

٣٦ رس



دار الإفتاء
٢٥

الشروط التحويضية

في
المعاملات المالية

تأليف
د. عياض بن عوف بن مقبل العنزي
عضو هيئة التدريس في كلية الشريعة وأصول الدين بجامعة القصيم

الجزء الأول

دار الزكوة وشيخنا
للشؤون الإسلامية

الطبعة رقم الخيري لنشر البحوث والرسائل العلمية ٢٥

الشرط التحويضي

في
المعاملات
المالية

د. عياض العنزي

دار الزكوة وشيخنا

الشروط التعويضية
في المعاملات المالية

١

ح) دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، ١٤٣٠هـ
فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر
العنزي، عياد بن عساف
الشروط التعويضية في المعاملات المالية/ عياد عساف العنزي - الرياض ١٤٣٠هـ
٤٨٤ ص؛ ٢٤×١٧ سم، ٢ مج
ردمك: ١٧-٢-١٧-٨٠٠١-٦٠٣-٩٧٨ (مجموعة)
٩-١٨-١-٨٠٠١-٦٠٣-٩٧٨ (ج ١)
١- المعاملات (فقه إسلامي) ٢- الشروط (فقه إسلامي) ٣- التعويضات أ.العنوان
ديوي ٢٥٣ ١٤٣٠/٥٩٦٧

رقم الإيداع: ١٤٣٠/٥٩٦٧
ردمك: ١٧-٢-١٧-٨٠١١-٦٠٣-٩٧٨ (مجموعة)
٩-١٨-١-٨٠٠١-٦٠٣-٩٧٨ (ج ١)

ساعد على نشره لبيع بسعر التكلفة



مؤسسة سليمان بن عبدالعزيز الراجحي الخيرية
SULAIMAN BIN ABDUL AZIZ AL RAJHI CHARITABLE FOUNDATION

- جزاهم الله خيراً -

جميع حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى

١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م

دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع

المملكة العربية السعودية ص.ب ٢٧٢٦١ الرياض ١١٤١٧

هاتف: ٤٧٤٢٤٥٨ - ٤٧٧٣٩٥٩ - ٤٧٩٤٣٥٤ فاكس: ٤٧٨٧١٤٠

E-mail: eshbelia@hotmail.com



الصندوق الخيري لنشر البحوث والرسائل العلمية
(٣٥)

الدراسات الفقهية
(٢٥)

الشروط المحيضية

في
المعاملات المالية

تأليف

د. عياض بن يوسف بن مقبل العنزي

عضو هيئة التدريس في كلية الشريعة وأصول الدين جامعة القصيم

الجزء الأول

دار كنوز سنننا
للنشر والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أصل هذا الكتاب

رسالة دكتوراه تقدم بها المؤلف إلى قسم الفقه في كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية وقد نوقشت بتاريخ ١/٣/١٤٢٨هـ ونال بها المؤلف درجة الدكتوراه بتقدير ممتاز مع مرتبة الشرف الأولى، وكان أعضاء لجنة المناقشة والحكم على الرسالة كل من:

- ١- فضيلة الأستاذ الدكتور صالح بن محمد السلطان مشرفاً
- ٢- فضيلة الأستاذ الدكتور عبدالله بن عبدالواحد الخميس عضواً
- ٣- فضيلة الأستاذ المشارك الدكتور فهد بن عبدالكريم السنيدي عضواً

المقدمة

إن الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا،
ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له،
وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ (١).

﴿يَتَأْتِيهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ
مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ؕ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ ؕ وَالْأَرْحَامَ ؕ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ
رَقِيبًا﴾ (٢).

﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ
لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ ؕ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾ (٣)(٤).

(١) سورة آل عمران، الآية [١٠٢].

(٢) سورة النساء، الآية [١].

(٣) سورة الأحزاب، الآيتان [٧٠-٧١].

(٤) هذه خطبة الحاجة التي رواها ابن مسعود رضي الله عنه قال: علمنا رسول الله ﷺ خطبة الصلاة،
وخطبة الحاجة... وخطبة الحاجة: إن الحمد لله نحمده... الحديث. أخرجه أبو داود في كتاب
النكاح، باب في خطبة النكاح ٦٤٤/١ رقم (٢١١٨)، والترمذي في كتاب النكاح، باب ما
جاء في خطبة النكاح ٤١٣/٣ رقم (١١٠٥)، وقال: «حديث حسن»، والنسائي في كتاب
النكاح، ما يستحب من الكلام عند النكاح ٨٩/٦ رقم (٣٢٧٧)، وابن ماجه في كتاب
النكاح، باب خطبة النكاح ٦٠٩/١، رقم (١٨٩٢)، والإمام أحمد في المسند ٣٩٢/١،
٣٩٣ رقم (٣٧٢٠، ٣٧٢١)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار ٦/١-٧، وابن أبي شيبة =

أما بعد:

فإن الله تعالى أرسل رسوله بالهدى، ودين الحق، ليظهره على الدين كله، فجعل رسالته عامة للناس، وختم بها الرسالات، فهو خاتم الأنبياء لا نبي بعده ﷺ، فجاءت شريعته كاملة صالحة لكل زمان ومكان إلى قيام الساعة، قال الله تعالى: ﴿الْيَوْمَ يَبْسُ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنَ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾^(١)، وقال تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^(٢)، وقال تعالى: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تَبْيِينًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِّلْمُسْلِمِينَ﴾^(٣)، فأحاطت نصوص هذه الشريعة، وأصولها، وقواعدها الكلية بكل شيء.

= في المصنف، في كتاب النكاح، ما قالوا في خطبة النكاح ٤٤٣/٣، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الجمعة، باب كيف يستحب أن تكون الخطبة ٢١٤/٣ - ٢١٥، والبغوي في شرح السنة في كتاب النكاح، باب خطبة النكاح والحاجة ٤٩/٩ رقم (٢٢٦٨). وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في الكلم الطيب ص (٩١): «خرجه الأربعة، وقال الترمذي: حديث حسن»، وقال ابن حجر في فتح الباري (١٠٩/٩): «وصححه أبو عوانة وابن حبان»، وصححه الألباني في صحيح سنن الترمذي (٣٢١/١)، وشعيب الأرنؤوط في تحقيقه لشرح مشكل الآثار. وهذه الخطبة تسمى عند العلماء بـ "خطبة الحاجة" وهي تشرع بين يدي كل خطبة. (ينظر: السنن الكبرى للبيهقي ١٤٦/٧، وحاشية الإمام السندي على سنن النسائي ٨٩/٦، والإحكام شرح أصول الأحكام لابن قاسم ٥٠٤/٣، وسلسلة الأحاديث الصحيحة ٢٨/١، وخطبة الحاجة للألباني ص ٣٦-٣٧).

(١) سورة المائدة، من الآية [٣].

(٢) سورة الأنبياء الآية [١٠٧].

(٣) سورة النحل، من الآية [٨٩].

ولما كانت الحوادث متجددة وغير متناهية - وما من حادثة تحدث إلا ولها حكم في شريعة الله الخالدة - فقد قام العلماء على تعاقب العصور بما أوجب الله عليهم من البيان، فبذلوا وسعهم في استنباط الأحكام للوقائع والحوادث من النصوص الشرعية، والقواعد الفقهية، والمقاصد الكلية للشريعة، فخلفوا بذلك ثروة فقهية كبيرة تفيد الباحث، والمتأمل فيها، فقه الشريعة، وسعة الأفق، والقدرة على الاستنباط، والإسهام في حل المشكلات الحادثة، والنوازل المستجدة.

وإن مما يجدر البحث فيه تبيانا لحكمه الشرعي - بناءً على النصوص المطهرة، والقواعد المقررة - ما استجد من المعاملات المالية في شروطها، وفي صورها، وفي سائر جوانبها، والتي ظهرت في هذا العصر نظراً للتطور السريع، والنمو المتلاحق في مجالات الحياة المعاصرة، والتي صار الناس بأشد الحاجة إلى معرفة حكمها، وتجليه حقيقتها.

وحيث إن الشروط في المعاملات لها أهمية لا تخفى، فقد أولاها الفقهاء اهتماماً، وعقدوا لها أبواباً في كتب الفقه، وتناولها بعض المعاصرين في كتب خاصة، إلا أنه قد برز في هذا العصر نوع منها، وأصبح في كثير من المعاملات المالية، ألا وهو الشروط التعويضية. والمقصود بها: الشرط الذي يكون تعويضاً عن ضرر؛ كعدم تنفيذ الالتزام، أو التأخير فيه، وهو ما يسمى بالشرط الجزائي. والشرط الذي يكون تعويضاً عن مظنة الضرر في حال العدول عن العقد، وهو شرط العربون. والشرط الذي يكون تعويضاً عن فسخ العقد، وهو شرط العوض في الإقالة. والشرط الذي يكون حافزاً على الوفاء بالدين عند حلول أجله، أو قبل حلوله، وهو اشتراط الحط من الدين المؤجل مقابل

الالتزام بتسديد الأقساط، أو مقابل تعجيل الأداء. والشرط الذي يكون تعويضاً عن ضرر لا يستحق بحكم العقد، وهو اشتراط الضمان على الأمين في حال التلف أو الخسارة. ومن ذلك الشروط التوثيقية إذا تضمنت الاعتياض عن الحق؛ كأن يشترط المرتهن تملك المرهون عند عدم الوفاء، أو بيعه، أو يشترط الدائن مطالبة الضامن دون مطالبة المضمون عنه.

ولأهمية هذه الشروط، ومسيب الحاجة إليها، عازمت - متوكلاً على الله سبحانه وتعالى سائله العون والتوفيق والسداد - على البحث فيها، وما يتصل بها من مسائل حادثة، وصور مستجدة، تحت هذا العنوان:

(الشروط التعويضية في المعاملات المالية)

وتقدمت به إلى قسم الفقه الموقر بكلية الشريعة بالرياض، ليكون موضوعاً لرسالة الدكتوراه، فتمت الموافقة عليه بحمد الله تعالى.

أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية البحث في هذا الموضوع من وجهين:

الوجه الأول: أنه يبحث في المعاملات المالية، والبحث في المعاملات المالية بالمنزلة التي لا تخفى من الأهمية؛ نظراً لعموم حاجة الناس إليها من الأفراد، أو الشخصيات الاعتبارية من المؤسسات، والشركات، والبنوك، ولخطورة محلها، وهو الأموال التي هي محل لكثير من الخصومات والمنازعات؛ نظراً للمشاحة فيها والحرص عليها والطمع في تحصيلها.

الوجه الثاني: أن التعاقد بالشروط التعويضية أصبح شائعاً في هذا العصر بين الناس على مستوى الأفراد، والمؤسسات، فصارت الحاجة قائمة إلى بيان أحكامها، وما يصح اشتراطه منها، وما لا يصح.

أسباب اختيار الموضوع:

الأسباب التي دعنتني إلى اختياره هي ما يلي:

[١] أهمية الموضوع، ومكانته، كما تقدم.

[٢] أن الشروط التعويضية تدخل في كثير من أبواب المعاملات المالية، وقد وقع خلاف الفقهاء في كثير منها، مما يدعو إلى دراستها دراسة متأنية، بغية الوصول إلى القول الراجح فيها، على ضوء النصوص المطهرة من الكتاب والسنة، وهدى القواعد الكلية، والمقاصد الشرعية، مما يعود بالفائدة على الباحث، وعلى المجتمع.

[٣] كثرة الإخلال بالالتزامات والمماطلة في الحقوق والديون من كثير من الناس، تدعو إلى معرفة ما يصح اشتراطه من الشروط التعويضية؛ ضماناً للوفاء بالالتزامات، وحماية للحقوق.

[٤] الإسهام في إظهار كمال الشريعة، وصلاحها على اختلاف الأحوال والأعصار، وأن في نصوصها وقواعدها العامة ما يبين أحكام الحوادث والنوازل المستجدة، ويحقق المصالح، ويدفع المضار.

[٥] أن الشروط التعويضية في المعاملات المالية لم تفرد ببحث مستقل - حسب علمي - على وجه التفصيل والاستيعاب، مما دفعني إلى اختيار هذا الموضوع للبحث والدراسة، وفي ذلك إثراء للبحوث الشرعية بموضوعات جديدة، والله من وراء القصد.

أهداف الموضوع:

يهدف البحث في هذا الموضوع إلى ما يلي:

[١] معرفة حكم الشرط الجزائي في الديون، وصوره فيها، وما يصح منها، وما لا يصح.

[٢] معرفة حكم الشرط الجزائي في غير الديون من المعاملات المالية، ومدى سلطة القاضي في تعديله.

[٣] معرفة حكم العربون في المعاملات المالية، وحكم العوض على الإقالة، وما يتصل بذلك من الأحكام.

[٤] معرفة أحكام الشروط التعويضية في عقود الأمانة، ومدى جواز اشتراط الضمان على الأمين.

[٥] معرفة أحكام الشروط التعويضية في العقود التوثيقية.

الدراسات السابقة:

بعد مراجعة المجامع العلمية لم أطلع على دراسة شاملة لهذا الموضوع من جميع جوانبه، ولكن ثمة بحوث تناولت بعضاً من جوانبه، كما هو الشأن في أكثر الدراسات الفقهية، ومن هذه البحوث ما يلي:

أولاً: البحوث المتعلقة بالفصل الأول من هذه الرسالة - الشرط الجزائي -:

وأهم ما اطلعت عليه من هذه البحوث ما يلي:

[١] الشرط الجزائي: بحث هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية،

منشور في مجلة البحوث الإسلامية في عددها الثاني ١٣٩٥ / ١٣٩٦ هـ، وقد

عني بتأصيل الشرط الجزائي وبيان حكمه في غير الديون، وقد توسع في بيان

الشروط في العقد، وأقسامها عند المذاهب، ومن ثم بيان أن الشرط الجزائي في

غير الديون من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد.

ولم يذكر خلافاً في الشرط الجزائي في غير الديون، ولم يتعرض لتطبيقاته في المعاملات المالية، كما لم يتعرض لبيان حكمه في الديون، فضلاً عن بيان صورته فيها.

[٢] الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون - تأليف الدكتور: أسامة الحموي، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ، وقد اشتمل على بابين بعد الباب التمهيدي:

الباب الأول: وقد اشتمل على أربعة فصول:

الفصل الأول: موقف الفقهاء من الشروط.

الفصل الثاني: موقف الفقهاء من الشرط الجزائي.

الفصل الثالث: الأدلة التي تنهض بمشروعية الشرط الجزائي.

الفصل الرابع: التكييف الفقهي للشرط الجزائي.

الباب الثاني: وقد اشتمل على ثلاثة فصول:

الفصل الأول: شروط تطبيق الشرط الجزائي.

الفصل الثاني: خصائص الشرط الجزائي وآثار تطبيقه.

الفصل الثالث: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.

ولم يعرض في بحثه لتطبيقات الشرط الجزائي في المعاملات المالية، كما لم يعرض لبيان صور الشرط الجزائي في الديون، ولم يعرض - أيضاً - لذكر الخلاف في حكم الشرط الجزائي في غير الديون، مع الاختلاف معه في تكييف الشرط الجزائي.

[٣] الشرط الجزائي وتطبيقاته في المحكمة الكبرى وديوان المظالم بمدينة

الرياض: بحث تكميلي في المعهد العالي للقضاء. إعداد الشيخ: عبد الله بن

محمد بن ناصر الشهري. ويحتوي بعد التمهيدي على أربعة فصول:

الفصل الأول: تمييز الشرط الجزائي عن غيره مما يشبهه.

الفصل الثاني: مشروعية الشرط الجزائي وصوره.

الفصل الثالث: شروط صحة استحقاق الشرط الجزائي وآثاره.

الفصل الرابع: تطبيقات على الشرط الجزائي من المحكمة الكبرى وديوان

المظالم ودراستها.

ولم يعرض في بحثه لذكر الخلاف في الشرط الجزائي في غير الديون، ولم

يتناول صور الشرط الجزائي في الديون، كما لم يتناول في بحثه تطبيقات الشرط

الجزائي في المعاملات المالية.

[٤] بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي في الشرط الجزائي: وذلك في دورة المجمع

الثانية عشرة، المنعقدة في الرياض عام ١٤٢١هـ، وهي ستة بحوث تقع في الجزء

الثاني من العدد الثاني عشر للمجلة (ص ٩-٢٦٠) تناولت في جملتها تعريف

الشرط، وأقسام الشروط عند الفقهاء، وتعريف الشرط الجزائي، وبيان حكمه.

ولم تعرض للخلاف في حكم الشرط الجزائي في غير الديون، ولا صور

الشرط الجزائي في الديون، ولا تطبيقاته في المعاملات المالية إلا بصورة مقتضبة

في بعض البحوث.

[٥] الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: رسالة دكتوراه، إعداد الشيخ:

محمد بن عبدالعزيز اليميني. مقدمة إلى قسم الثقافة الإسلامية في كلية التربية بجامعة

الملك سعود، وكانت إبان تسجيل الموضوع في طور الإعداد، وقد نوقشت العام

الماضي ١٤٢٦هـ، وتتكون من تمهيد، وثلاثة أبواب، وهي كالآتي:

الباب الأول: معنى الشرط الجزائي وتكييفه الفقهي.

الباب الثاني: حكم الشرط الجزائي وأثره والوفاء به.

الباب الثالث: الشرط الجزائي والعقود المعاصرة.

ولم يعرض في بحثه لصور الشرط الجزائي في الديون، ومنها: اشتراط حلول الأقساط عند التأخر في أداء بعضها، واشتراط أن تكون نفقات القضية على المدين المماطل، واشتراط زيادة في الدين عند التأخر في التسديد لمصلحة الغير، واشتراط حق المطالبة بما لحق الدائن من ضرر التأخير في التسديد، واشتراط تحميل المماطل هبوط القوة الشرائية للنقود، واشتراط الوفاء بقيمة العملة وقت وجوب الدين من عملة أخرى.

كما لم يعرض لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.

هذا مع الاختلاف معه في النتيجة التي توصل إليها في حكم الشرط الجزائي في غير الديون.

ثانياً: البحوث المتعلقة بالفصل الثاني من هذه الرسالة - اشتراط العربون في العقود المالية -:

وأهم ما اطلعت عليه من هذه البحوث ما يلي:

[١] بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي في بيع العربون: في دورة المجمع الثامنة المنعقدة ببيروناي - دار السلام - عام ١٤١٤ هـ، وهي أربعة بحوث تقع في الجزء الأول من العدد الثامن للمجلة (ص ٦٤٣ - ٧٤٣)، تناولت في جملتها تعريف العربون، والاختلاف في حكمه، وحكم العربون في بعض المعاملات المالية.

[٢] حكم العربون في الإسلام: إعداد الدكتور: ماجد محمد أبو رخصة، مطبوع ضمن كتاب (بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة) ١/ ٣٩٣ -

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

٤١٥ ، تناول فيه تعريف العربون ، وآراء العلماء في بيع العربون ، وأثر العربون في العقد ، والعربون في القانون المدني الأردني .

ولم يتطرق في بحثه لحكم العربون في المعاملات المعاصرة .

[٣] بيع العربون : إعداد الدكتور : لاشين محمد الغياتي ، منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية العدد (٢٦) ربيع الأول عام ١٤١٦ هـ تناول فيه : تعريف العربون ، وموقف القانون المدني المصري من العربون ، والتكييف القانوني للعربون ، وموقف القانون المدني الكويتي والبلاد العربية الأخرى من العربون ، ثم موقف الفقه الإسلامي من العربون .

ولم يتطرق في بحثه لحكم العربون في المعاملات المعاصرة .

هذه أهم البحوث التي تمس بعض جوانب هذا الموضوع مع الاختلاف مع كثير منها في الترتيب والعرض ، والقصد من بحثها ، فإن المسألة الواحدة يختلف البحث فيها باختلاف الهدف والقصد من بحثها .

وبهذا يتبين أن هذه الرسالة قد انفردت بكثير من المسائل ، والمباحث المهمة التي لم تتناولها الدراسات السابقة ، أو تناولت بعضها بصورة مقتضبة .

خطة البحث :

قسمت مادة هذا البحث إلى مقدمة ، وتمهيد ، وستة فصول ، وخاتمة .

المقدمة : وتشتمل على أهمية الموضوع ، وأسباب اختياره ، وأهداف

الموضوع ، والدراسات السابقة فيه ، وخطة البحث ، والمنهج المتبع فيه .

التمهيد :

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول: تعريف الشروط في العقود، والأصل فيها. وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الشرط. وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تعريف الشرط في اللغة.

المسألة الثانية: تعريف الشرط اصطلاحاً، وأقسامه. وفيها فرعان:

الفرع الأول: تعريف الشرط اصطلاحاً.

الفرع الثاني: أقسام الشرط.

المطلب الثاني: الفرق بين شروط العقد، وبين الشروط في العقد.

المطلب الثالث: حكم الشروط في العقود. وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تحرير محل النزاع في حكم الشروط في العقود.

المسألة الثانية: خلاف الفقهاء في الأصل في الشروط.

المطلب الرابع: ضابط ما يعتبر شرطاً في العقد. وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: ثبوت الشرط بدلالة اللفظ، أو العرف.

المسألة الثانية: ثبوت الشرط المقارن لإنشاء العقد، والمتقدم، والمتأخر عنه.

وفيها ثلاثة فروع:

الفرع الأول: ثبوت الشرط المقارن لإنشاء العقد.

الفرع الثاني: ثبوت الشرط المتقدم على العقد.

الفرع الثالث: ثبوت الشرط المتأخر عن العقد.

المبحث الثاني: أقسام الشروط في العقود. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أقسام الشروط في العقود من حيث الصحة وعدمها. وفيه

ست مسائل:

المسألة الأولى : أقسام الشروط عند الحنفية.

المسألة الثانية : أقسام الشروط عند المالكية.

المسألة الثالثة : أقسام الشروط عند الشافعية.

المسألة الرابعة : أقسام الشروط عند الحنابلة.

المسألة الخامسة : المقارنة بين المذاهب الأربعة في حكم الشروط المقترنة

بالعقد.

المسألة السادسة : أقسام الشروط عند الظاهرية.

المطلب الثاني : أقسام الشروط في العقود من حيث الغرض منها.

وأما الفصول فهي :

الفصل الأول : الشرط الجزائي.

وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول : تعريف الشرط الجزائي ، وحقيقته ، وخصائصه ، وشروط

استحقاقه في القانون.

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الشرط الجزائي باعتباره مركباً إضافياً. وفيه ثلاث

مسائل :

المسألة الأولى : تعريف الشرط.

المسألة الثانية : تعريف الجزاء.

المسألة الثالثة : تعريف الشرط الجزائي باعتباره مركباً إضافياً.

المطلب الثاني : تعريف الشرط الجزائي باعتباره علماً ولقباً.

- المطلب الثالث : حقيقة الشرط الجزائي في القانون.
- المطلب الرابع : خصائص الشرط الجزائي في القانون.
- المطلب الخامس : شروط استحقاق الشرط الجزائي في القانون.
- المبحث الثاني : الغرض من الشرط الجزائي.
- المبحث الثالث : تاريخ التعامل بالشرط الجزائي.
- المبحث الرابع : حكم الشرط الجزائي. وفيه ثلاثة مطالب :
- المطلب الأول : حكم الشرط الجزائي في الديون ، وصوره. وفيه مسألتان :
- المسألة الأولى : حكم الشرط الجزائي في الديون.
- المسألة الثانية : صور الشرط الجزائي في الديون. وفيها سبعة فروع :
- الفرع الأول : اشتراط حلول الأقساط عند التأخر في أداء بعضها.
- الفرع الثاني : اشتراط أن تكون نفقات القضية على المدين المماطل.
- الفرع الثالث : اشتراط زيادة في الدين عند التأخر في التسديد.
- الفرع الرابع : اشتراط زيادة في الدين عند التأخر في التسديد لمصلحة الغير.
- الفرع الخامس : اشتراط حق المطالبة بالتعويض عن الضرر المترتب على التأخر في التسديد.
- الفرع السادس : اشتراط تحميل المدين هبوط القوة الشرائية للنقود.
- الفرع السابع : اشتراط أن يكون الوفاء بقيمة العملة وقت وجوب الدين من عملة أخرى.
- المطلب الثاني : حكم الشرط الجزائي في غير الديون. وفيه سبع مسائل :
- المسألة الأولى : تعريف الضرر.

المسألة الثانية: تعريف التعويض، وطريقته، ووقت تقديره.

المسألة الثالثة: نوع الضرر الذي يعرض عنه.

المسألة الرابعة: التعويض عن الضرر المترتب على الإخلال بالعقد بعد وقوعه.

المسألة الخامسة: حقيقة الشرط الجزائي وتكييفه الفقهي.

المسألة السادسة: خلاف العلماء في حكم الشرط الجزائي.

المسألة السابعة: شروط الوفاء بالشرط الجزائي.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في غير الديون.

المبحث الخامس: تطبيقات الشرط الجزائي في بعض المعاملات المالية. وفيه

مطلبان:

المطلب الأول: الشرط الجزائي في الديون في بعض المعاملات المالية. وفيه

خمس مسائل:

المسألة الأولى: البيع بثمن مؤجل.

المسألة الثانية: بيع التقسيط.

المسألة الثالثة: الاعتماد المستندي.

المسألة الرابعة: القرض المصرفي (البنكي).

المسألة الخامسة: البطاقات الائتمانية.

المطلب الثاني: الشرط الجزائي في غير الديون في بعض المعاملات المالية. وفيه

خمس مسائل:

المسألة الأولى: عقد الاستصناع.

المسألة الثانية: عقد التوريد.

المسألة الثالثة: عقد الإجارة.

المسألة الرابعة: عقد الصيانة.

المسألة الخامسة: عقد المقاوله.

الفصل الثاني: اشتراط العربون في العقود المالية.

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف العربون. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف العربون في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف العربون في الاصطلاح.

المبحث الثاني: الغرض من العربون.

المبحث الثالث: الفرق بين العربون وبين الشرط الجزائي.

المبحث الرابع: أحكام العربون في المعاملات المالية. وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: العربون في البيع والإجارة.

المطلب الثاني: العربون في الصرف. وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: تعريف الصرف.

المسألة الثانية: حكم الصرف.

المسألة الثالثة: حكم العربون في الصرف.

المطلب الثالث: العربون في السلم. وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: تعريف السلم.

المسألة الثانية: حكم السلم.

المسألة الثالثة: حكم العربون في السلم.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

المطلب الرابع: العربون عند شراء الأوراق المالية. وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: تعريف الأوراق المالية.

المسألة الثانية: حكم بيع الأوراق المالية. وفيها فرعان:

الفرع الأول: حكم بيع الأسهم.

الفرع الثاني: حكم التعامل بالسندات.

المسألة الثالثة: حكم العربون عند شراء الأوراق المالية.

المطلب الخامس: العربون في بيع المراجحة للأمر بالشراء. وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: تعريف بيع المراجحة للأمر بالشراء.

المسألة الثانية: حكم بيع المراجحة للأمر بالشراء.

المسألة الثالثة: حكم العربون في بيع المراجحة للأمر بالشراء.

المطلب السادس: الضمان في المناقصات. وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: تعريف المناقصة.

المسألة الثانية: حكم المناقصة.

المسألة الثالثة: طلب الضمان في المناقصات.

المسألة الرابعة: حكم مصادرة الضمان في المناقصات. وفيها فرعان:

الفرع الأول: حكم مصادرة الضمان الابتدائي.

الفرع الثاني: حكم مصادرة الضمان النهائي.

الفصل الثالث: اشتراط العوض في الإقالة.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعريف الإقالة. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الإقالة في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف الإقالة في الاصطلاح.

المبحث الثاني: حكم الإقالة. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم الإقالة بغير عوض.

المطلب الثاني: حكم الإقالة بعوض، والفرق بينها وبين العربون. وفيه

مسألتان:

المسألة الأولى: حكم الإقالة بعوض. وفيها ثلاثة فروع:

الفرع الأول: أن يشترط المقييل مبلغاً من المال.

الفرع الثاني: أن يشترط المقييل الإنظار بالثمن.

الفرع الثالث: أن يشترط المقييل المعاوضة بالثمن.

المسألة الثانية: الفرق بين الإقالة بعوض وبين العربون.

الفصل الرابع: اشتراط الحط من الدين المؤجل مقابل الالتزام

بتسديد الأقساط، ومقابل تعجيل الأداء.

وفيه تمهيد ومبحثان:

التمهيد: حكم البيع نسيئة، وزيادة الثمن المؤجل عن الثمن الحال، وتأجيل

القرض. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حكم البيع نسيئة.

المطلب الثاني: حكم زيادة الثمن المؤجل عن الثمن الحال.

المطلب الثالث: حكم تأجيل القرض.

المبحث الأول: اشتراط الحط من الدين المؤجل مقابل التزام المدين بتسديد

الأقساط. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: اشتراط الحط من الدين المؤجل إذا كان قرضاً مقابل الالتزام بتسديد الأقساط.

المطلب الثاني: اشتراط الحط من الدين المؤجل إذا كان عن معاوضة مقابل الالتزام بتسديد الأقساط.

المبحث الثاني: اشتراط الحط من الدين المؤجل مقابل التعجيل. وفيه تمهيد ومطلبان:

التمهيد: في حكم الوضع والتعجيل "ضع وتعجل". وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حكم الوضع من الدين الحال.

المطلب الثاني: حكم الوضع والتعجيل إذا كان الدين المؤجل عن قرض.

المطلب الثالث: حكم الوضع والتعجيل إذا كان الدين المؤجل عن معاوضة. وأما مطلباً المبحث فهما:

المطلب الأول: إذا كان اشتراط الحط من الدين المؤجل مقابل التعجيل مشروطاً في بداية العقد بطلب من الدائن أو المدين. وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: إذا كان ذلك في عقد قرض.

المسألة الثانية: إذا كان ذلك في عقد معاوضة.

المطلب الثاني: اشتراط الوضع من الدين المؤجل إذا كان التعجيل محكوماً به لموت، أو فلس، أو مماثلة. وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: إذا كان ذلك في عقد قرض.

المسألة الثانية: إذا كان ذلك في عقد معاوضة.

الفصل الخامس: الشروط التعويضية في عقود الأمانة.

وفيه تمهيد وثلاثة مباحث:

التمهيد: في بيان المراد بعقود الأمانة. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العقد.

المطلب الثاني: تعريف الأمانة.

المطلب الثالث: المراد بعقود الأمانة.

المبحث الأول: اشتراط الضمان على الأمين في حال التعدي أو التفريط.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالتعدي والتفريط.

المطلب الثاني: حكم الأمانة من حيث الضمان.

المطلب الثالث: حكم اشتراط الضمان على الأمين في حال التعدي أو

التفريط. وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: أمثلة للتعدي والتفريط في الأمانات.

المسألة الثانية: حكم اشتراط الضمان على الأمين في حال التعدي أو التفريط.

المبحث الثاني: اشتراط الضمان على الأمين في حال التلف من غير تعد أو

تفريط. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تحديد الأيدي الأمانة في العقود.

المطلب الثاني: تقسيم عقود الأمانة من حيث المعاوضة وعدمها.

المطلب الثالث: اشتراط الضمان على الأمين في حال التلف من غير تعد أو

تفريط. وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: اشتراط الضمان على الأمين في عقود التبرعات.

المسألة الثانية: اشتراط الضمان على الأمين في عقود المعاوضات.

المسألة الثالثة: اشتراط الضمان على الأمين في عقود المشاركات.

المبحث الثالث: اشتراط ضمان رأس مال المضاربة في حال الخسارة. وفيه

مطلبان:

المطلب الأول: اشتراط ضمان رأس مال المضاربة على المضارب في حال

الخسارة.

المطلب الثاني: اشتراط ضمان رأس مال المضاربة على طرف ثالث في حال

الخسارة.

الفصل السادس: الشروط التعويضية في العقود التوثيقية.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: حكم اشتراط العقود التوثيقية في المعاملات المالية. وفيه

مطلبان:

المطلب الأول: اشتراط الرهن في العقود. وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تعريف الرهن.

المسألة الثانية: حكم اشتراط الرهن في العقود، والغرض منه. وفيها ثلاثة

فروع:

الفرع الأول: حكم الرهن.

الفرع الثاني: حكم اشتراط الرهن في العقود.

الفرع الثالث: الحكمة من مشروعية الرهن، والغرض من اشتراطه.

المطلب الثاني: اشتراط الضمان والكفالة في العقود. وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تعريف الضمان، والكفالة.

المسألة الثانية : حكم اشتراط الضمان والكفالة في العقود والغرض منهما.
وفيها فرعان :

الفرع الأول : حكم اشتراط الضمان في العقود ، والغرض منه .

الفرع الثاني : حكم اشتراط الكفالة في العقود ، والغرض منها .

المبحث الثاني : حكم الشروط التعويضية في العقود التوثيقية . وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : اشتراط بيع المرهون عند عدم الوفاء . وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : أن يشترط أن يبيع المرهون عند عدم الوفاء طرف ثالث .

المسألة الثانية : أن يشترط المرتهن بيع المرهون بنفسه عند عدم الوفاء .

المطلب الثاني : اشتراط تملك المرهون عند عدم الوفاء .

المطلب الثالث : اشتراط مطالبة الضامن عند عدم الوفاء ، دون الرجوع إلى المضمون عنه .

المطلب الرابع : اشتراط الضمان على الكفيل عند عدم إحضاره للمكفول وقت المطالبة . وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : حكم الكفالة إذا لم يقم الكفيل بإحضار المكفول به .

المسألة الثانية : حكم اشتراط الضمان على الكفيل إذا لم يأت بالمكفول به وقت المطالبة .

ثم الخاتمة : وتشتمل على أهم النتائج .

منهج البحث:

يتبين هذا المنهج فيما يلي:

[١] رتبت موضوعات البحث في فصول، يتكون كل فصل من مباحث، والمبحث من مطالب، وقد يتكون المطلب من مسائل، والمسائل من فروع، مع التمهيد لبعضها بما يبين المراد منها.

[٢] أصور المسألة المراد بحثها قبل بيان حكمها، ليتضح المقصود من دراستها.

[٣] إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق فأذكر حكمها بدليلها، مع توثيق

الاتفاق من مظانه المعتمدة.

[٤] إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف، فأتبع ما يلي:

(أ) تحرير محل الخلاف إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها

محل اتفاق.

(ب) ذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قال بها من أهل العلم، ويكون

عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية، ذاكرًا جميع الأقوال في أول المسألة،

مبتدئًا بذكر القول الراجح في أغلب المسائل، مرتبًا من قال بكل قول من

المذاهب حسب ترتيبهم الزمني.

(ج) الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتمدة، مع العناية بذكر ما تيسر

الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح، وإذا لم أقف على المسألة في مذهب

ما، فأسلك بها مسلك التخريج ما استطعت إلى ذلك سبيلًا.

(د) توثيق الأقوال من كتب أهل المذهب نفسه، مع إثبات نقل أو أكثر أحياناً

مما يتضح به هذا القول، ويتبين منه وجه فهمه.

(هـ) استقصاء أدلة الأقوال، مبتدئاً بأدلة القول الأول، ثم الثاني، وهكذا، ذاكراً كل دليل مع بيان وجه الدلالة منه إن لم يكن صريحاً، متبعاً إياه بما يرد عليه من مناقشات، وما يجاب به عنها إن كانت، فإن كان الدليل، أو المناقشة، أو الإجابة من فهمي قلت: يستدل، أو يناقش، أو يجاب.

(و) الترجيح مع بيان سببه، معتمداً في ذلك على قوة الأدلة، وموافقة مقاصد الشريعة.

[٥] الاعتماد على أمهات المصادر، والمراجع الأصلية في التحرير، والتوثيق، والتخريج، والجمع، وإذا نقلت نصاً جعلته بين قوسين مضاعفين " "، وأجعل رقماً على آخر النص، وأهمش عليه بذكر اسم الكتاب، ورقم الجزء، والصفحة، وإذا تصرفت في النقل أو ذكرته بالمعنى فإني لا أضع القوسين، وأجعل رقماً على آخر ما ينتهي به النقل أو المعنى، وأهمش عليه بقولي: ينظر، ثم أذكر اسم الكتاب، ورقم الجزء، والصفحة.

[٦] عزو الآيات إلى مواضعها من القرآن الكريم بذكر اسم السورة ورقم الآية.

[٧] تخريج الأحاديث وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها - إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما - فإن كانت كذلك فأكتفي حينئذ بتخريجها بذكر المصدر الذي ورد فيه الحديث، واسم الكتاب، والباب، ثم رقم الجزء، والصفحة، ثم رقم الحديث إن وجد.

[٨] تخريج الآثار من مصادرها الأصلية.

[٩] التعريف بالمصطلحات العلمية، وشرح الغريب.

[١٠] الترجمة للأعلام الذين ورد ذكرهم في صلب البحث ترجمة مختصرة، أذكر فيها اسم العلم، وشهرته العلمية، وأشهر مؤلفاته، وسنة وفاته، وذلك فيما عدا الخلفاء الأربعة، والأئمة الأربعة.

[١١] اتباع الرسالة بالفهارس الفنية المتعارف عليها، وهي: فهرس الآيات، وفهرس الأحاديث والآثار، وفهرس الأعلام، وفهرس المصادر والمراجع، وفهرس الموضوعات.

وبعد، فقد بذلت في هذه الرسالة جهدي، وهو جهدٌ مقل، فما كان من صواب فمن الله، وما كان من خطأ فمن نفسي والشيطان، وأستغفر الله، وأنا راجع عن الخطأ إلى الصواب متى تبين لي ذلك. وما أحسن ما قاله ابن رجب الحنبلي^(١) - رحمه الله - : «ويأبى الله العصمة لكتاب غير كتابه، والمنصف من اغتفر قليل خطأ المرء في كثير صوابه»^(٢).

هذا، والحمد لله أولاً وآخراً، وظاهراً وباطناً، فهو مولى النعم، وواهب المنن، الغني الكريم، العزيز الرحيم، فقد منّ عليّ بنعم عظيمة لا أحصيها، أعظمها نعمة الإسلام، وأن جعلني من أتباع خير الأنام نبينا محمد - عليه أفضل الصلاة والسلام - أسأل الله تعالى الثبات على ذلك وحسن الختام. ومنها أن سلك بي طريق طلب العلم الشرعي، ميراث خير الورى، وسبيل أولي

(١) هو: عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي الحنبلي، أبو الفرج، الحافظ، المحدث. من مصنفاته: "القواعد الفقهية"، و"شرح الأربعين النووية"، توفي سنة ٧٩٥هـ.

(شذرات الذهب ٦/٣٣٩ - ٣٤٠، والدرر الكامنة ٢/٤٢٨ - ٤٢٩).

(٢) القواعد في الفقه الإسلامي ص ٢.

العرفان والنهي، وأن أعانني على هذا البحث ويسر لي إتمامه، فله الحمد والشكر، وله الثناء الحسن، وأسأله سبحانه المزيد من فضله ورحمته وإحسانه. ثم إنني أتوجه بالشكر الجزيل لشيخي وأستاذي، فضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور: صالح بن محمد السلطان الذي طالما استفدت من علمه، وحسن خلقه في سني الدراسة الجامعية، فلقد كان نعم المعلم والمربي، ثم تفضل بقبول الإشراف على هذه الرسالة، فكان نعم المشرف متابعة، وتوجيهاً، وتسديداً، وتشجيعاً، برحابة صدر، وحسن خلق مما كان له أكبر الأثر في إخراج الرسالة على هذا الوجه، فجزاه الله عني خير الجزاء في الأولى والأخرى، وبارك له في عمره، وعلمه، وعمله، وماله، وولده، ونفع به المسلمين، إنه سميع مجيب.

كما أشكر جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية على ما تبذله من جهد كبير في خدمة العلم، وطلابه، ونشره بين الناس، وذلك بفضل من الله عز وجل ثم بما تلقاه من دعم ولاة الأمر في هذه البلاد المباركة، زادهم الله هداية وتوفيقاً، وأخص بمزيد الشكر والتقدير كلية الشريعة واسطة العقد في هذه الجامعة المباركة على ما تبذله من جهود كبيرة في سبيل تأصيل الدراسات الشرعية، والبحوث الفقهية، والأصولية.

كما أشكر كل من قدم لي معروفاً من نصح، أو إرشاد، أو توجيه، أو إعارة كتاب، أو غير ذلك، فجزاهم الله عني خير الجزاء.

وفي ختام هذه المقدمة أسأل الله تعالى أن يغفر لي خطأي، وتقصيري، وزللي، وأن يوفقني لصواب القول والعمل، وأن يرزقني اجتناب أسباب الزيف والزلل، وأن يمن علينا جميعاً بالفقه في الدين، وأن يجعلنا جميعاً ممن يهدون

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

٣٠

بأمره وهم على صراط مستقيم، وأن ينفع بهذا البحث، ويجعله خالصاً لوجهه الكريم، إنه سميع مجيب، وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وأصحابه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

التمهيد

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: تعريف الشروط في العقود، والأصل فيها.

المبحث الثاني: أقسام الشروط في العقود.

المبحث الأول

تعريف الشروط في العقود، والأصل فيها

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول

تعريف الشرط، وأقسامه

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تعريف الشرط:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الشرط في اللغة:

الشَّرْطُ: بفتح الشين وسكون الراء، مصدر بمعنى إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، تقول: شَرَطْتُ عليه كذا شرطاً، واشتَرَطْتُ عليه، وشَرَطَ له وعليه كذا شرطاً، واشتَرَطَ عليه، وشارطه: شرط كل منهما على صاحبه، وجمع الشرط: شروط، وشرائط.

والشَّرْطُ: بفتح الشين والراء العلامة، والجمع أشراط، ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾^(١) أي علاماتها، ومنه سمي الشَّرْطُ؛ لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها.

قال ابن منظور^(٢): «الشَّرْطُ: معروف، وكذلك الشَّرِيطَةُ، والجمع شروط، وشرائط.

(١) سورة محمد، جزء من الآية [١٨].

(٢) هو محمد بن مكرم بن علي بن منظور الإفريقي، جمال الدين أبو الفضل، صاحب لسان العرب في اللغة، ولي قضاء طرابلس توفي سنة ٧١١هـ.
(بغية الوعاة ١/٢٤٨، والدرر الكامنة ٥/٣١-٣٣).

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

والشُرْطُ: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط... وقد شَرَطَ له وعليه كذا يَشْرِطُ وَيَشْرُطُ شَرْطاً واشْتَرَطَ عليه، والشَّرِيطَةُ: كالشَّرْطِ... والشَّرْطُ بالتحريك: العلامة، والجمع أشرط، وأشرط الساعة: أعلامها، وهو منه، وفي التنزيل العزيز: ﴿فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾^(١). والاشترط العلامة التي يجعلها الناس بينهم. ومنه سُمي الشَّرْطُ؛ لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها^(٢).

وقال الفيروز أبادي^(٣): «الشَّرْطُ: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، كالشريطة جمع شروط، وفي المثل: الشَّرْطُ أَمَلَكُ عَلَيْكَ أَمْ لَكَ.. وبالتحريك العلامة جمع أشرط...»

والشَّرْطَةُ بالضم ما اشْتَرَطْتَ يقال: خذ شُرْطَتَكَ، وواحد الشُّرْطِ... وهو شُرْطِي كُتْرُكِي وَجُهَنِي، سَمَّوْا بِذَلِكَ لِأَنَّهُمْ أَعْلَمُوا أَنفُسَهُمْ بِعَلَامَاتٍ يَعْرِفُونَ بِهَا... وَشَارَطَهُ شَرْطاً كُلُّ مَنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ^(٤).

(١) سورة محمد، جزء من الآية [١٨].

(٢) لسان العرب مادة "شرط" ٣٢٩/٧، وينظر أيضاً: الصحاح مادة "شرط" ١١٣٦/٣، وتاج العروس مادة "شرط" ٤٠٤/١٩، والمصباح المنير مادة "شرط" ص ٣٠٩، والكلبيات للكفوي ص ٥٢٩.

(٣) هو محمد بن يعقوب بن إبراهيم الفيروز أبادي، مجد الدين أبو الطاهر، اللغوي، الشافعي العلامة، ولي قضاء اليمن. من مؤلفاته: "القاموس المحيط" و"الوجيز في لطائف الكتاب العزيز" مات سنة ٨١٧هـ.

(بغية الوعاة ١/٢٧٣-٢٧٥، وطبقات المفسرين ٢/٢٧٤-٢٧٩، والضوء اللامع ١٠/٧٩-٨٦).

(٤) القاموس المحيط مادة "الشرط" ٣٦٨/٢، وينظر: تاج العروس مادة "شرط" ٤٠٤/١٩-٤٠٧.

والذي يعنينا هنا في معنى الشرط: هو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، وفي المثل: الشرط أملك عليك أم لك^(١)، ومعناه أن الشرط يملك الإنسان كان له أو عليه، كما قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: (مقاطع الحقوق عند الشروط)^(٢)، ومقطع الحق لغة: ما يقطع به الباطل^(٣)، وأراد بمقاطع الحقوق: مواقفه التي ينتهي إليها^(٤).

الفرع الثاني: تعريف الشرط اصطلاحاً:

عُرّف الشرط بتعريفات كثيرة، وليس الشأن في هذا التمهيد استقصاءها، والموازنة بينها، ولكن ذكر ما يتبين به المراد من الشرط، ومن هذه التعريفات:

[١] تعريف أبي الخطاب^(٥) الحنبلي: فقد عرف الشرط بأنه: «ما وجد الحكم بوجوده، وانعدامه بانعدامه مع قيام سببه»^(٦)، ومثّل

(١) القاموس المحيط مادة "الشرط" ٣٦٨/٢.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه معلقاً بصيغة الجزم في كتاب الشروط، باب الشروط في المهر ١٧٥/٣، وفي كتاب النكاح باب الشرط في النكاح ١٣٨/٦، وأخرجه موصولاً ابن أبي شيبه في المصنف في كتاب النكاح، في الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها دارها ٣٢٦/٣، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح ٢٤٩/٧، وصححه الألباني في إرواء الغليل ٣٠٣/٦ رقم (١٨٩٣).

(٣) لسان العرب مادة "قطع" ٢٢٨/٨، والقاموس المحيط مادة "قطع" ٧٠/٣.

(٤) عمدة القاري شرح صحيح البخاري ٢٩٨/١٣.

(٥) هو محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوذاني، أبو الخطاب، الإمام العلامة شيخ الحنابلة في عصره، صاحب التصانيف، منها: "التمهيد"، و"الانتصار في المسائل الكبار" و"الهداية" مات سنة ٥١٠هـ.

(٦) طبقات الحنابلة ٢٨٥/٢، المنهج الأحمد ١٩٨/٢ - ٢٠٦، وشذرات الذهب ٢٧/٤ - ٢٨.

(٦) التمهيد في أصول الفقه ٦٨/١.

له بالإحصان^(١) في الرجم، فالإحصان شرط لحكم الرجم، والزنا سببه، ولو عدم الإحصان عدم الرجم، ولو وجد سببه وهو الزنا^(٢).

[٢] تعريف الغزالي^(٣): فقد عرفه بقوله: «ما لا يوجد المشروط مع عدمه، لكن لا يلزم أن يوجد عند وجوده»^(٤). وذكر من أمثله: الطهارة للصلاة، فالطهارة شرط لصحة الصلاة، فلا توجد الصلاة دونها، ولا يلزم من وجود الطهارة صحة الصلاة، فقد يتطهر ويصلي ولا تصح صلاته؛ لكونها قبل دخول الوقت، وقد يتطهر ويصلي وتصح صلاته لوجود السبب، وانتفاء المانع.

[٣] تعريف القرافي^(٥): فقد عرف الشرط بقوله: «ما يلزم من عدمه العدم،

(١) الإحصان لغة: المنع، وأحصن الرجل: تزوج. (ينظر: لسان العرب مادة "حصن" ١٢٠/١٣، والمصباح المنير مادة "الحصن" ص ١٣٩)، وقد أجمع أهل العلم على أن الإحصان شرط للرجم، واختلفوا في بعض شروطه، وشروطه عند الحنابلة: الوطء في القبل في نكاح صحيح، والحرية، والبلوغ، والعقل، وأن يوجد الكمال فيهما جميعاً حال الوطء. (ينظر: المغني ١٢/٣١٤-٣١٧، وبداية المجتهد ٢/٧٧٣).

(٢) ينظر: التمهيد في أصول الفقه ١/٦٨.

(٣) هو محمد بن محمد بن أحمد الغزالي، زين الدين أبو حامد، من أئمة الشافعية، تولى التدريس في نظامية بغداد ونيسابور، له مصنفات كثيرة منها: "إحياء علوم الدين"، و"المستصفى"، و"الوجيز" مات سنة ٥٠٥هـ.

(طبقات الشافعية للسبكي ٦/١٩١-٣٨٩، وطبقات الشافعية للإسنوي ٢/٢٤٢-٢٤٤).

(٤) المستصفى من علم الأصول ٢/١٨٠-١٨١.

(٥) هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي، شهاب الدين أبو العباس، فقيه أصولي، من علماء المالكية، له مصنفات كثيرة، منها: "الذخيرة"، و"شرح تنقيح الفصول" و"الفروق" مات سنة ٦٨٤هـ.

(الديباج المذهب ١/٢٣٦-٢٣٩، ودرة الحجال ١/٩٠٨، وشجرة النور الزكية ص ١٨٨-١٩٠).

ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته»^(١).

شرح التعريف وبيان محترزاته^(٢):

ما يلزم من عدمه العدم: أي يلزم من عدم الشرط عدم المشروط، فخرج بذلك المانع؛ لأنه لا يلزم من عدمه وجود ولا عدم؛ كالدين في الزكاة، فقد تجب الزكاة مع انتفاء المانع لوجود الغنى، وقد لا تجب مع انتفاء المانع لعدم بلوغ المال النصاب.

ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم: أي لا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط، ولا عدم وجوده، فخرج بذلك السبب، والمانع أيضاً: أما السبب؛ فلأنه يلزم من وجوده الوجود لذاته؛ كملك النصاب سبب لوجوب الزكاة. وأما المانع فلأنه يلزم من وجوده العدم.

لذاته: احتراز من مقارنة الشرط وجود السبب، فيلزم الوجود، أو مقارنة الشرط قيام المانع، فيلزم العدم لكن لا لذاته، وهو كونه شرطاً، بل لأمر خارج، وهو مقارنة السبب، أو قيام المانع.

فمثلاً: تمام الحول في الزكاة يلزم من عدمه عدم وجوب الزكاة، ولا يلزم من وجوده وجوبها؛ لاحتمال عدم بلوغ النصاب، ولا يلزم عدم وجوبها؛ لاحتمال بلوغ المال النصاب.

أما إذا قارن الشرط وجود السبب؛ فإنه يلزم وجوب الزكاة، ولكن لا لذات الشرط، بل لوجود السبب.

(١) شرح تنقيح الفصول ص ٧١، وقد تابعه على هذا التعريف المرداوي في التحبير شرح التحرير

١٠٦٧/٣، وابن النجار في شرح الكوكب المنير ٤٥٢/١.

(٢) ينظر: المصادر السابقة، والمهذب في علم أصول الفقه المقارن ٤٣٣/١.

وإذا قارن الشرط وجود المانع الذي هو الدين، لزم منه عدم وجوب الزكاة، نظراً لقيام المانع؛ لا لذات الشرط^(١).

المسألة الثانية: أقسام الشرط:

الشرط له تقسيمات متعددة باعتبارات مختلفة، وسأقتصر في هذا التمهيد على ماله صلة بهذا البحث:

التقسيم الأول: تقسيم الشرط باعتبار وصفه^(٢):

ينقسم الشرط باعتبار وصفه إلى أربعة أقسام:

"شرط شرعي"، "شرط عقلي"، "شرط عادي"، "شرط لغوي".

القسم الأول: الشرط الشرعي:

وهو: ما يتوقف عليه وجود الشيء بحكم الشرع حتى لا يصح بدونه^(٣). فالشارع هو الذي فرضه، وجعل تحققه لازماً لتحقيق أمر آخر يربط به عدماً، بحيث إذا لم يتحقق الشرط لم يتحقق ذلك الأمر^(٤). كالشروط التي اشترطها الشارع للعبادات، وإقامة الحدود، والتي اشترطها في العقود والتصرفات، وغير ذلك^(٥).

(١) ينظر: شرح تنقيح الفصول ص ٧١، والمهذب في أصول الفقه ٤٣٤/١.

(٢) ينظر: المستصفى ١٨١/٢، وروضة الناظر ١٦٢/١-١٦٣، وشرح تنقيح الفصول

ص ٧٣، وشرح مختصر الروضة ٤٣٠/١، والبحر المحييط ٣٠٩/١-٣١٠، والتحبير شرح

التحرير ١٠٧٠/٣-١٠٧١، وشرح الكوكب المنير ٤٥٥/١، والمهذب في أصول الفقه

٤٣٤/١-٤٣٦.

(٣) نظرية الشرط في الفقه الإسلامي ص ٤٩، وينظر: شرح التلويح على التوضيح ٣٠٢/٢.

(٤) ينظر: المدخل الفقهي العام ٣٠٦/١.

(٥) ينظر: أصول الفقه الإسلامي للزحيلي ١٠١/١.

ومن أمثلته: الطهارة للصلاة، وتمام الحول للزكاة، والإحصان للرجم، والقدرة على تسليم المبيع لصحة البيع. والشروط الشرعية جعلها الشارع مكملات لمشروطاتها، كتكميل الصفة للموصوف، بحيث إن عدمها يخل بالمقاصد الشرعية من الأحكام، فالطهارة - مثلاً - مكملة لفعل الصلاة، أو لحكمة الانتصاب للمناجاة والخضوع، إذ الوقوف بين يدي الله تعالى مع الطهارة أكمل في معنى الاحترام والتعظيم. وتمام الحول مكمل لحكمة الغنى الذي هو سبب الوجوب؛ إذ به يتمكن من الانتفاع بماله في وجوه المصالح، ومن ذلك إنماؤه واستثماره، وبذلك يظهر وجه كونه غنياً فتجب الزكاة في ماله. والإحصان مكمل لسبب الحكم بالرجم وهو الزنا؛ لأن الرجم عقوبة مغلظة فتستدعي جنابة مغلظة، والإحصان مع الزنا يغلظ الجنابة، فكان شرطاً للحكم بالرجم. والقدرة على تسليم المبيع مكملة للمقصود من البيع، إذ المقصود من البيع الوصول إلى الانتفاع، وعدم إمكان تسليم المبيع يخل بهذا المقصود الذي شرع من أجله البيع، ولذا كانت هذه القدرة شرطاً لصحة البيع^(١). وهكذا جميع الشروط الشرعية، فإنها ملائمة ومكملة لمشروطاتها، وعدمها يخل بالمقاصد الشرعية من الأحكام، ولذا لا تصح، ولا تترتب عليها آثارها إلا إذا وجدت شروطها التي فرضها الشارع.

القسم الثاني: الشرط العقلي:

وهو: ما يحكم بشرطية العقل^(٢). أو هو: ما لا يوجد المشروط ولا يمكن عقلاً بدونه^(٣).

(١) ينظر: الموافقات ١/١٩٣-١٩٦، والمدخل الفقهي العام ١/٣٠٥.

(٢) ينظر: فواتح الرحموت ١/٣٤١.

(٣) المهذب في أصول الفقه ١/٤٣٤.

مثاله: "الحياة للعلم" فإنها شرط له، فإن العقل يحكم بأنه لا يوجد عالم إلا وهو حي، ويلزم من انتفاء الحياة انتفاء العلم، إذ الجسم بدونها جماد، وقيام العلم بالجماد محال، ولا يلزم من وجود الحياة وجود العلم، كما في الحيوان البهيم^(١).

وإنما سُمي هذا شرطاً عقلياً؛ لأن العقل أدرك لزومه لمشروطه، وعدم تصور انفكاكه عنه^(٢).

القسم الثالث: الشرط العادي:

وهو: ما يكون شرطاً بحكم العادة^(٣).

مثاله: نصب السلم لصعود السطح^(٤).

فهذا من الشروط العادية التي يلزم من عدمها العدم، ولا يلزم من وجودها شيء، ففي هذا المثال إذا نصب السلم قد يصعد للسطح، وقد لا يصعد، لكن لا يمكنه صعود السطح إلا بوجود السلم، أو نحوه مما يقوم مقامه^(٥).

القسم الرابع: الشرط اللغوي:

وهو: ما يذكر بصيغة التعليق؛ كأن أو إحدى أخواتها^(٦).

(١) ينظر: شرح مختصر الروضة ٤٣١/١، ونزهة الخاطر العاطر ١٦٣/١.

(٢) المصدران السابقان، والبحر المحيط ٣١٠/١.

(٣) ينظر: المهذب في أصول الفقه ٤٣٥/١.

(٤) ينظر: الفروق ٦٢/١، ٨٢.

(٥) ينظر: الفروق ٨٢/١، والمهذب في أصول الفقه ٤٣٥/١.

(٦) ينظر: الفروق ٦٢/١، والتحبير شرح التحرير ١٠٦٨/١، والمهذب في أصول الفقه

ومثاله: قول الرجل لزوجته: "إن دخلت الدار فأنت طالق"، فأهل اللغة وضعوا هذا التركيب ليدل على أن ما دخلت عليه أداة الشرط هو: الشرط، وجوابه المعلق عليه هو: الجزاء^(١). وهذا وجه كونه شرطاً لغوياً، فإن دخول الدار ليس شرطاً لوقوع الطلاق شرعاً ولا عقلاً، بل من الشروط التي وضعها أهل اللغة^(٢).

وهذا ما ذهب إليه كثير من الأصوليين، حيث جعلوا الشرط اللغوي قسماً من أقسام الشرط^(٣).

وذهب بعضهم؛ كالقرافي، وابن الحاجب^(٤)، والزرکشي^(٥) إلى أن الشروط اللغوية من قبيل الأسباب، لا من قبيل الشروط، لأنه يلزم من وجودها الوجود، ومن عدمها العدم، ففي المثال السابق يلزم من دخول الزوجة الدار وقوع الطلاق، ومن عدم دخولها عدم الطلاق، وهذا هو

(١) المهذب في أصول الفقه ١/٤٣٥.

(٢) ينظر: التحبير شرح التحرير ٣/١٠٦٨، وشرح الكوكب المنير ١/٤٥٣.

(٣) ينظر: المستصفي ٢/١٨١، وروضة الناظر ١/١٦٢، وشرح مختصر الروضة ١/٤٣٠، والتحبير شرح التحرير ٣/١٠٧١، وشرح الكوكب المنير ١/٤٥٥.

(٤) هو عثمان بن عمر بن أبي بكر، جمال الدين أبو عمرو، المعروف بابن الحاجب، فقيه مالكي، من كبار العلماء بالعربية. من مصنفاته: "منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل" و"مختصر منتهى السؤل والأمل" و"مختصر الفقه"، مات سنة ٦٤٦هـ.

(٥) وفیات الأعيان ٣/٢٤٨ - ٢٥٠، وشذرات الذهب ٥/٢٣٤ - ٢٣٥، والأعلام ٤/٢١١.

(٥) هو محمد بن بهادر بن عبد الله الزرکشي، بدر الدين أبو عبد الله، عالم بفقہ الشافعية والأصول، من مصنفاته: "البحر المحيط" و"المنثور" و"إعلام الساجد بأحكام المساجد" مات سنة ٧٩٤هـ.

(الدرر الكامنة ٤/١٧ - ١٨، وشذرات الذهب ٦/٣٣٥).

حقيقة السبب، بخلاف الشروط الشرعية؛ كالطهارة مع الصلاة، والعقلية؛ كالحياة مع العلم، والعادية؛ كنصب السلم مع صعود السطح، لا يلزم من وجودها شيء^(١).

والشروط اللغوية ينشئها المكلف بإرادته، ويعلق عليها تصرفاته؛ إما بكلمة الشرط مثل: إن تزوجت امرأة فهي طالق، أو بدلالة كلمة الشرط؛ بأن يدل الكلام على التعليق دلالة كلمة الشرط عليه، مثل: المرأة التي أتزوجها فهي طالق؛ لأنه في معنى: إن تزوجت امرأة فهي طالق، باعتبار أن ترتب الحكم على الوصف تعليق له به كالشرط^(٢).

التقسيم الثاني: تقسيم الشرط باعتبار مصدره:

ينقسم الشرط باعتبار مصدره إلى قسمين: "شرط شرعي"، و"شرط جعلي".

القسم الأول: الشرط الشرعي:

وهو: ما كان مصدر اشتراطه الشارع^(٣). وهو المراد من الشرط عند الإطلاق، وهو ما يذكر في الأصول مقابلاً للسبب، والمانع^(٤). وقد سبق تعريفه، والتمثيل له^(٥).

(١) ينظر: شرح تنقيح الفصول ص ٧٣، والفروق للقرافي ١/٦٢-٦٣، ٨١-٨٢، والبحر المحيط ١/٣١٠، الموافقات ١/١٩٧.

(٢) ينظر: شرح التلويح على التوضيح ٢/٣٠١-٣٠٢.

(٣) المهذب في أصول الفقه ١/٤٣٧.

(٤) ينظر: التعبير شرح التحرير ٣/١٠٦٨، وشرح الكوكب المنير ١/٤٥٣، والمهذب في أصول الفقه ١/٤٣٧.

(٥) ينظر: ص ٣٨-٣٩.

القسم الثاني: الشرط الجعلي:

وهو الشرط الذي ينشئه المكلف بإرادته في بعض عقوده والتزاماته^(١).
فمصدر اشتراطه إرادة المكلف، وقد سُمي جعلياً؛ لأن المكلف هو الذي جعله شرطاً^(٢).

وهذا الشرط يجعله المكلف في عقوده والتزاماته، تعليقاً، أو تقييداً،
فالتعليق: أن يعلق بعض عقوده والتزاماته بحصول أمر، بحيث إذا لم يتحقق
ذلك الأمر لم توجد تلك العقود والالتزامات المعلقة عليه؛ كقول الرجل
لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق. وهذا النوع من الشروط الجعلية له ارتباط
بالسبب من حيث ارتباط مشروطه به وجوداً وعدمياً^(٣).

والتقييد: أن يشترط في العقد ماله فيه منفعة. وحكمه: أنه يعدل من آثار
العقد الأصلية؛ كأن يبيع منزلاً بشرط أن يسكنه شهراً أو سنة مثلاً. والعقد
المقترن بهذا الشرط غير متوقف على شيء - بخلاف العقد المعلق - لكن التزم
العاقده فيه أمراً زائداً على أصل العقد^(٤).

والشروط الجعلية مقيدة بحدود شرعية معينة، فليس للمكلف أن يشترط أي
شرط يريد، بل لابد من أن يكون غير مناف لحكم العقد - أثره والمقصود منه -،
وإلا كان شرطاً لاغياً مبطلاً للعقد؛ لأن الشرط مكمل للسبب، فإذا نافي

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام ١/٣٠٦، وضوابط العقود لعبد الحميد البعلي ص ٢٨٥.

(٢) ينظر: المدخل الفقهي العام ١/٣٠٧.

(٣) المصدر السابق.

(٤) ينظر: المدخل الفقهي الإسلامي لمحمد سلام مذكور ص ٦٤٨، ٦٥٠، وأصول الفقه

الإسلامي للزحيلي ١/١٠١-١٠٢.

حكمه أبطل سببته^(١).

فمن الشروط الصحيحة: اشتراط الرهن، أو الكفيل بدين قرض، أو ثمن مبيع، أو أجره دار، أو غير ذلك؛ لأن هذه الشروط ملائمة لحكم العقد، وهو الوفاء. ومن الشروط الباطلة: اشتراط عدم الانتفاع بالمبيع في عقد البيع، واشتراط عدم الولاء للمعتق؛ لأن هذه الشروط منافية لحكم العقد فلا يصح أن تجتمع معه^(٢).

والشرط الجعلي ليس بمنزلة الشرط الشرعي، بحيث لا يصح الحكم بدونه^(٣). فمثلاً: الطلاق المعلق على شرط لا يعني أن الطلاق لا يصح إلا إذا وجد الشرط المعلق عليه، إذ لو أنشأ طلاقاً آخر بعد التعليق لصح، نعم هو لا يقع بالنظر إلى ذات السبب المعلق عليه قبل وجوده، لكن لا يمنع من وقوعه بسبب آخر، وكذا لو اشترط في عقد البيع رهناً بالثمن - مثلاً - ثم تنازل عنه صح العقد، ولا يؤثر فوات هذا الشرط في صحة العقد، وهكذا.

التقسيم الثالث: تقسيم الشرط باعتبار ملاءمته لحكم مشروطه، أو عدم ملاءمته. ينقسم الشرط بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الشرط الملائم لحكمة المشروط، أو لحكم العقد:

وهو ما كان مكماً لمشروطه، وموافقاً له؛ كالطهارة للصلاة، والحول للزكاة، والقدرة على تسليم المبيع لصحة البيع، والإحصان للرجم، والحرز للقطع، وسائر الشروط الشرعية.

(١) ينظر: أصول الفقه الإسلامي للزحيلي ١/١٠١، والمهذب في أصول الفقه ١/٤٣٧.

(٢) ينظر: الموافقات ١/٢١٠-٢١١، والمهذب في أصول الفقه ١/٤٣٨.

(٣) ينظر: شرح التلويح على التوضيح ٢/٣٠٢.

وكذا اشتراط الرهن ، والكفيل ، والنقد أو النسيئة في الثمن في البيع ونحوه ،
واشتراط مال العبد ، وثمره الشجرة ، وسكنى الدار مدة معلومة في العقد ، وما
أشبه ذلك .

وهذا القسم لا إشكال في صحته شرعاً ؛ لملاءمته لمشروطه ، وعدم منافاته له ^(١) .

القسم الثاني: الشرط غير الملائم لمقصود المشروط، بل ينافيه:

كما لو اشترط في البيع أن لا ينتفع المشتري بالمبيع ، أو اشترط في النكاح أن لا
يطأ زوجته ، وليس بمجبوب ولا عين ، وما أشبه ذلك .

فهذا القسم لا إشكال أيضاً في إبطاله ؛ لأنه مناف لحكمة السبب - المقصود
من العقد - فلا يصح أن يجتمع معه ، فاشتراط البائع أن لا ينتفع المشتري
بالمبيع ، ينافي المقصود من عقد البيع وهو الانتفاع ، واشتراط عدم الوطء يبطل
حكمة النكاح الأولى وهي التناسل ، ويضر بالزوجة ، فلا يكون من الإمساك
بالمعروف الذي هو مظنة الدوام والمؤالفة ^(٢) .

القسم الثالث: الشرط الذي لا تظهر منافاته لمشروطه، ولا

ملاءمته له:

وهذا الشرط محل نظر: هل يلحق بالأول من جهة عدم المنافاة؟ أو بالثاني
من جهة عدم الملاءمة ظاهراً؟

أجاب الشاطبي ^(٣) - رحمه الله - عن ذلك بالتفصيل ، حيث قال:

(١) ينظر: الموافقات ١/٢١٠ .

(٢) ينظر: الموافقات ١/٢١١ .

(٣) هو إبراهيم بن موسى الغرناطي الشاطبي ، أبو إسحاق ، من كبار أئمة المالكية ، من
مصنفاته: "الموافقات" و"الاعتصام" ، مات سنة ٧٩٠هـ .

(درة الحجال ١/١٨٢ ، وشجرة النور الزكية ص ٢٣١) .

«والقاعدة المستمرة في أمثال هذا: التفريق بين العبادات، والمعاملات؛ فما كان من العبادات لا يكتفى فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة؛ لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى المعاني، والأصل فيها أن لا يقدم عليها إلا بإذن؛ إذ لا مجال للعقول في اختراع العبادات، فكذلك ما يتعلق بها من الشروط.

وما كان من العاديات يكتفى فيه بعدم المنافاة؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه. والله أعلم»^(١).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية^(٢) - رحمه الله - : «تصرفات العباد من الأقوال والأفعال نوعان: عبادات يصلح بها دينهم، وعادات يحتاجون إليها في دنياهم. فباستقراء أصول الشريعة نعلم أن العبادات التي أوجبها الله، أو أحبها لا يثبت الأمر بها إلا بالشرع. وأما العادات فهي ما اعتاده الناس في دنياهم مما يحتاجون إليه، والأصل فيه عدم الحظر، فلا يحظر منه إلا ما حظره الله سبحانه وتعالى. وذلك لأن الأمر والنهي هما شرع الله، والعبادة لا بد أن تكون مأموراً بها. فما لم يثبت أنه مأمور به كيف يحكم عليه بأنه عبادة؟! وما لم يثبت من العادات

(١) الموافقات ١/٢١١.

(٢) هو: أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن تيمية الحراني الدمشقي الحنبلي، تقي الدين أبو العباس، الإمام المجتهد المجدد شيخ الإسلام، برز في شتى العلوم، وملاّت شهرته الآفاق. له مصنفات كثيرة، منها: "الفرقان بين أولياء الرحمن وأولياء الشيطان" و"درء تعارض العقل والنقل". مات سنة ٧٢٨هـ.

(كتاب الأعلام العلية، والذيل على طبقات الحنابلة ٤/٣٨٧-٤٠٨، وشذرات الذهب

أنه منهي عنه كيف يحكم عليه بأنه محذور؟! ولهذا كان أحمد وغيره من فقهاء أهل الحديث يقولون: إن الأصل في العبادات التوقيف، فلا يشرع منها إلا ما شرعه الله تعالى، وإلا دخلنا في معنى قوله: ﴿أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِّنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنُ بِهِ اللَّهُ﴾^(١). والعادات الأصل فيها العفو، فلا يحظر منها إلا ما حرمه، وإلا دخلنا في معنى قوله: ﴿قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِّن رِّزْقٍ فَجَعَلْتُم مِّنْهُ حَرَامًا وَحَلَلًا﴾^(٢) «وقال - أيضاً - : «العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم»^(٤).

المطلب الثاني

الفرق بين شروط العقد وبين الشروط في العقد

شروط العقد: ما يشترط لصحة العقد شرعاً.

وهو: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته^(٥)، بحكم الشرع.

فالشارع هو الذي فرضه وجعل تحققه لازماً لتحقيق ما شرط له؛ بحيث إذا لم يتحقق الشرط لم يتحقق ذلك المشروط. كالطهارة شرط لصحة الصلاة،

(١) سورة الشورى، من الآية [٢١].

(٢) سورة يونس، من الآية [٥٩].

(٣) مجموع الفتاوى ١٦/٢٩ - ١٧.

(٤) مجموع الفتاوى ١٥٠/٢٩.

(٥) شرح تنقيح الفصول ص ٧١.

وأهلية العاقد شرط لصحة العقد، والقدرة على تسليم المبيع شرط لصحة البيع، والولي شرط لصحة النكاح، وسائر الشروط التي اشترطها الشارع لعبادة، أو عقد، أو تصرف.

والشروط في العقد: ما يشترطه العاقد في العقد.

والشرط في العقد هو: «التزام العاقد في عقده أمراً زائداً على أصل العقد»^(١) فيه مصلحة للعقد أو العاقد أو غيره^(٢).

فالشرط في العقد من وضع العاقد، فهو الذي يلزم نفسه، أو غيره أمراً لا يلزم بحكم العقد أصلاً، بحيث لو خلا العقد من ذلك الالتزام لصح وترتب عليه أثره وحكمه الشرعي. ولكن هذا الالتزام في العقد أوجب أمراً لم يكن واجباً بحكم العقد. كما لو باع داراً واشترط على المشتري سكنها مدة معينة.

وعند المقارنة بين شروط العقد، والشروط في العقد نجد بينهما فروقاً بيّنة وهي:

[١] أن شروط العقد من وضع الشارع، وأما الشروط في العقد فمن وضع العاقد^(٣).

(١) المدخل للفقهاء الإسلاميين محمد مذكور ص ٦٤٨، وينظر: المبدع ٥١/٤.

(٢) ينظر: نظرية الشروط المقترنة بالعقد لزكي الدين شعبان ص ٢٩، ونظرية الشرط للشاذلي ص ٥١.

(٣) ينظر: الشرح الممتع على زاد المستقنع ٢٣٤/٨.

[٢] أن شروط العقد يتوقف عليها صحة العقد^(١)، فمتى أخل بشرط منها فسد العقد^(٢)، وأما الشروط في العقد فلا تتوقف عليها صحة العقد، وإنما يتوقف عليها الإلزام به^(٣).

[٣] أن شروط العقد لا يلزم من وجودها وجود العقد، فلا يلزم من وجود شروط البيع - مثلاً - وجود البيع، وأما الشرط في العقد فإنه يلزم من وجوده وجود المشروط، فهو في الحقيقة سبب دائماً بالمعنى الاصطلاحي عند الفقهاء؛ ذلك أنه يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته، وهذا هو شأن السبب^(٤)، فإذا التزم المشتري - مثلاً - بتقديم رهن بالثمن المؤجل، فإنه يجب عليه تقديم الرهن، وليس له الخيار في تركه؛ لأن التخيير ضد الإلزام، والمكلف ملتزم بالوفاء بعقده وشرطه^(٥).

[٤] أن شرط العقد واجب الاحترام مطلقاً؛ لأنه من وضع الشارع، وأما الشروط في العقد؛ فمنها ما هو صحيح يصح التزامه، ويجب احترامه والوفاء به، ومنها ما هو فاسد لا يصح التزامه في العقد أصلاً^(٦)؛ ذلك لأنها من وضع

(١) ينظر: كشاف القناع ٢٤٨/١، وبدائع الصنائع ١٥٦/٥.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير ٨/٥.

(٣) ينظر: الشرح الممتع على زاد المستقنع ٢٣٤/٨ - ٢٣٥، وأحكام أهل الذمة ٧٩٣/٢ - ٧٩٤.

(٤) ينظر: شرح تنقيح الفصول ص ٧٣، والفروق للقرافي ٨١/١ - ٨٢، والبحر المحيطة

٣١٠/١.

(٥) ينظر: الاشتراط لمصلحة الغير ص ٢٧ - ٢٩.

(٦) سيأتي إن شاء الله في المبحث الثاني من هذا التمهيد تقسيم الفقهاء للشروط إلى صحيح، وفاسد.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

البشر، والبشر يخطئ ويصيب^(١).

[٥] أن شروط العقد لا يصح إسقاطها، وأما الشروط في العقد فيصح إسقاطها، ممن له الشرط^(٢)، والمعاوضة عما يصح أخذ العوض عنه بالتراضي. كما لو اشترى سيارة واشترط أن تكون مكيفة، فلم تكن كذلك فإن له أن يسقط هذا الشرط فيلزم البيع، وله أيضاً أن يأخذ عوضاً عن فقد هذه الصفة إذا رضي البائع بذلك، ويلزم البيع.

[٦] أن شروط العقد يستحيل أن يتأخر وجودها عن وجوده، فإن رتبة الشرط التقدم أو المقارنة لمشروطه^(٣)، قال ابن القيم^(٤) - رحمه الله - : «الفقهاء مجمعون على أن الشرائط الشرعية لا يجوز تأخرها عن المشروط، ولو تأخرت لم تكن شروطاً»^(٥)، وأما الشروط في العقد فيصح تأخرها عن العقد في زمن الخيارين - كما سيأتي إن شاء الله -^(٦).

(١) ينظر: الشرح الممتع على زاد المستقنع ٢٣٥/٨، والاشتراط لمصلحة الغير ص ٣٠.

(٢) ينظر: الشرح الممتع على زاد المستقنع ٢٣٥/١.

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر للسبكي ٢٣٩/١.

(٤) هو: محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي، شمس الدين أبو عبد الله بن قيم الجوزية، الإمام

العلامة المجتهد، لازم شيخ الإسلام ابن تيمية وسلك منهجه، ونشر علومه، وصنف

تصانيف كثيرة مشهورة، منها: "زاد المعاد" و"إعلام الموقعين". مات سنة ٧٥١ هـ.

(الذيل على طبقات الحنابلة ٤/٤٤٧ - ٤٥٢، وشذرات الذهب ٦/١٦٨ - ١٧٠).

(٥) إعلام الموقعين ٣/٢٧٣.

(٦) ينظر: ص ٩٥.

[٧] أن شرط العقد ليس من شأنه أن يزيد، أو ينقص من أثر العقد وحكمه المترتب عليه، وأما الشرط في العقد فمن شأنه أن يزيد هذا الأثر، أو ينقص منه، وقد يرد مؤكداً له، قال الزركشي - رحمه الله - : «الشرط وضعه التأثير؛ بأن يكون مؤسساً لا مؤكداً، وقد يرد مؤكداً إذا لم يوجد ما يؤثر فيه؛ كما لو شرط في البيع مقتضاه من التسليم ونحوه»^(١).

وبيان هذا الفرق أن العقود جعلها الشارع أسباباً لآثارها، وأحكامها، فشرع البيع سبباً لملك الأموال، والنكاح سبباً لحل الاستمتاع، والطلاق سبباً لحل عقد النكاح أو بعضه، وهكذا جعل كل عقد سبباً مفضياً إلى أثر رتبته عليه.

فإذا وقع العقد بإرادة العاقد ترتب عليه أثره وحكمه ترتب المسبب على السبب بحكم الشارع، لا بإرادة المكلف^(٢).

وفي هذا المعنى يقول شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - : «إن الأحكام الثابتة بأفعالنا؛ كالملك الثابت بالبيع، وملك البضع الثابت بالنكاح، نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا، لم يثبته ابتداءً، كما أثبت إيجاب الواجبات، وتحريم المحرمات المبتدأة»^(٣).

(١) المنشور ٢/٢٣٢.

(٢) ينظر: المستصفى ١/٩٣-٩٤، والموافقات ١/١٣٨، وكشف الأسرار للبخاري ٤/٢٨٧-٢٨٨،

والسبب عند الأصوليين ٢/٢٣٥، والمدخل الفقهي العام للزرقا ١/٤٧٣-٤٧٤، والمدخل

للفقه الإسلامي لمحمد مذكور ص ٦٥١-٦٥٢، والمدخل في التعريف بالفقه الإسلامي

لشليبي ص ٤٧٥، والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لزيدان ص ٣٢٧، والمدخل للفقه

الإسلامي للدرعان ص ٣٩٦-٣٩٧.

(٣) مجموع الفتاوى ٢٩/١٥٣.

فالشارع الحكيم جعل سلطة إرادة المكلف في إنشاء العقد وإيجاده، لا في أحكامه وآثاره، وإنما هذه من جعل الشارع وإنشائه، فهو الذي يرتب الأحكام وينشئ الآثار.

وعلى هذا فمتى أنشأ العاقدان عقداً مستكماً لأركانها وشروطه الشرعية، ترتب عليه حكمه وأثره بإيجاب الشارع، لا بإيجاب العاقدين؛ إلا أن الشارع لم يمنع من تعديل أحكام العقد وآثاره، بالزيادة عليها، أو النقص منها بالحدود والضوابط الشرعية، وهذا إنما يكون بالشرط الصحيح الذي يضعه المتعاقدان في العقد ويلتزمان به.

فمثلاً إذا باع داراً، ولم يشترط في العقد شيئاً، ترتب على ذلك العقد أحكامه من انتقال ملكية الدار إلى المشتري، وملكية الثمن إلى البائع، وصار للمشتري حق التصرف في الدار من السكنى وغيرها من حين العقد، لكن لو اشترط البائع في العقد سكنى الدار شهراً - مثلاً - لم يكن للمشتري حق السكنى في الدار إلا بعد مضي الشهر. فهذا الشرط عدل من آثار العقد الواجبة بحكم الشرع.

وهكذا سائر الشروط الصحيحة، التي يضعها المتعاقدان في العقد؛ كتأجيل الثمن، واشتراط صفة في المبيع، والرهن، والكفيل، وحمل المبيع إلى مكان معلوم، وغير ذلك. كلها تلزم بالشرط، وليست واجبة في حكم العقد بدون الشرط - والله أعلم -.

المطلب الثالث

حكم الشروط في العقود

تبين - فيما سبق - أن الشارع جعل العقود أسباباً مفضية لآثارها، فإذا وقع العقد بإرادة العاقد ترتب عليه أثره الذي جعله الشارع، والشروط في العقد من شأنها أن تزيد، أو تنقص من هذه الآثار لمصلحة هذا العاقد أو ذاك. فما مدى سلطة العاقد في تعديل هذه الآثار بما يشترطه من شروط؟ أو ما مدى حرية العاقد في اشتراط الشروط؟

والكلام على حرية الاشتراط يسبقه، أو يقارنه الكلام على حرية التعاقد، فإن الشارع قد نص على بعض العقود، والإنسان قد يحتاج إلى إنشاء عقد جديد يحقق له مصلحة لا تتحقق بالعقود المنصوص عليها. فما مدى حرية الإنسان في إنشاء العقود؟

وهاتان المسألتان - حرية العاقد في إنشاء العقود، وحرية في اشتراط الشروط - مترابطتان، بل إن حرية التعاقد تابعة لحرية الاشتراط؛ فإذا كان للعاقد تعديل مقتضيات وآثار العقود المنصوصة بما يشترطه من شروط، فله بالأولى أن ينشئ ما يحتاج إليه من عقود تحقق مصالحه؛ إذ لا تعديل - حينئذٍ - ولا تغيير.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - مبيناً نكتة المسألة في منع الشروط عند القائلين بالمنع: «وذلك لأن العقود توجب مقتضياتها بالشرع، فيعتبر تغييرها تغييراً لما أوجبه الشرع بمنزلة تغيير العبادات. وهذا نكتة القاعدة: وهي أن العقود مشروعة على وجه، فاشتراط ما يخالف مقتضياتها تغيير للمشروع»^(١).

(١) مجموع الفتاوى ١٣١/٢٩.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

ولهذا نجد أن الأصل في العقود الجواز عند الجمهور^(١).

(١) ينظر عند الحنفية: أحكام القرآن للجصاص ٢٩٦/٢ حيث قال: «فمتى اختلفنا في جواز عقد أو فساد، وفي صحة نذر ولزومه، صح الاحتجاج بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لاقتضاء عموم جواز جميعها من الكفالات، والإجازات، والبيوع وغيرها». وقال أيضاً في المصدر السابق (١٧٤/٢): «وقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ عموم في إطلاق سائر التجارات وإباحتها، وهو كقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ في اقتضاء عمومه لإباحة سائر البيوع إلا ما خصه التحريم؛ لأن اسم التجارة أعم من اسم البيع». وقال الزيلعي في تبين الحقائق ٨٧/٤: «ولا نسلم أن حرمة البيع أصل، بل الأصل هو الحل، والحرمة إذا ثبتت إنما تثبت بالدليل الموجب لها، وهذا لأن الأموال خلقت للابتدال فيكون باب تحصيلها مفتوحاً، فيجوز ما لم يقم الدليل على منعه». وقال الكاساني في بدائع الصنائع ٧٩/٦ في الاستدلال لمشروعية المضاربة: «ونوع من القياس يدل على الجواز أيضاً، وهو أن الناس يحتاجون إلى عقد المضاربة... والله تعالى ما شرع العقود إلا لمصالح الناس ودفع حوائجهم». وعند المالكية: المقدمات الممهدة لابن رشد ٦١/٢-٦٢ حيث قال: «البيوع الجائزة هي التي لم يحظرها الشرع ولا ورد فيها نهي، وإنما قلنا ذلك؛ لأن الله تعالى أباح البيع لعباده، وأذن لهم فيه إذناً مطلقاً، وإباحة عامة في غير ما آية من كتابه، من ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾... واللفظ العام إذا ورد يحمل على عمومه إلا أن يأتي ما يخصصه، فإن خص منه شيء بقي ما بعد المخصوص على عمومه أيضاً، فيندرج تحت قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ كل بيع إلا ما خص منه بالدليل، وقد خص منه بأدلة الشرع بيوع كثيرة، فبقي ما عداها على أصل الإباحة». وأحكام القرآن لابن العربي ٥٢٧/٢ حيث قال: «وكذلك الوفاء بالعقود، ولكن الأصل فيها الوجوب، إلا ما قام الدليل على ندبه». والموافقات للشاطبي ٢١١/٢ حيث قال: «وما كان من العاديات يكتفى فيه بعدم المنافاة؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه».

بينما الأصل عندهم في الشروط التحريم^(١)، وكل من قال بحرية الاشتراط قال بحرية التعاقد.

=وعند الشافعية: الأم للشافعي ٣/٣ حيث قال: «وذكر الله البيع في غير موضع من كتابه بما يدل على إباحته، فاحتمل إحلال الله عز وجل البيع معنيين؛ أحدهما: أن يكون أحل كل بيع تبايعه المتبايعان جائزي الأمر فيما تبايعاه عن تراض منهما، وهذا أظهر معانيه». وقال بعد ذلك: «فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا إلا ما نهى عنه رسول الله ﷺ منها،... وما فارق ذلك أبخناه بما وصفنا من إباحة البيع في كتاب الله تعالى».

وقال الفخر الرازي في تفسيره الكبير ١٤/١٣٤ على قوله تعالى: ﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا﴾: «هذه الآية دالة على أن كل عقد وقع التراضي عليه بين الخصمين، فإنه انعقد وصح وثبت؛ لأن رفعه بعد ثبوته يكون إفساداً بعد الإصلاح، والنص دال على أنه لا يجوز... إذا ثبت هذا فنقول: إن وجدنا نصاً دالاً على أن بعض العقود التي وقع التراضي به من الجانبين غير صحيح قضينا فيه بالبطلان، تقديماً للخاص على العام، وإلا حكمنا فيه بالصحة؛ رعاية لمدلول هذه العمومات».

وقال إمام الحرمين الجويني في غياث الأمم ص ٢٢٥: «والذي يقتضيه مذهب الشافعي إجراء الأحكام على التحليل إلى أن يقوم دليل على الحظر والتحريم»، وقال في ص ٢٢٦: «فأما القول في المعاملات فالأصل المقطوع به فيها اتباع تراضي الملاك».

وعند الخنابلة: المغني لابن قدامة ٦/٤٣٧، حيث قال: «والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها، بل بمشروعيتها، ولأن هذا ليس بمنصوص على تحريمه، ولا في معنى المنصوص، فوجب إبقاؤه على الإباحة». ومجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩/١٣٢ حيث قال - رحمه الله - : «الأصل في العقود والشروط الصحة.. وأصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على هذا القول، ومالك قريب منه». وإعلام الموقعين لابن القيم ١/٣٤٤ حيث نسب القول في أن الأصل في العقود الصحة إلى الجمهور في مقابل أهل الظاهر.

(١) ستأتي نسبة الأقوال فيها قريباً - إن شاء الله -.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

والسبب في ذلك - والله أعلم - أن قاعدة العقود والشروط فرع عن قاعدة: «الأصل في الأشياء - الأعيان والتصرفات العادية - الإباحة»، بعد ورود الشرع^(١)، وهي قاعدة قال بها عامة العلماء^(٢)، بل حكي الإجماع عليها^(٣)، ولم يرد ما يخصص العقود منها، بخلاف الشروط؛ فقد ثبت بالشرع أن كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وروي النهي عن بيع وشرط^(٤). ولذا صار الجمهور إلى المنع من الشروط بخلاف العقود.

(١) قال شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - في مجموع الفتاوى (١٥٠/٢٩): "العقود، والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم... كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم".

(٢) ينظر: أصول الجصاص ١٠٤/٢، والتقرير والتحبير ١٠١/٢، وغمز عيون البصائر بهامش الأشباه لابن نجيم ٩٧/١، ورد المختار ٧١/١، والتمهيد ١٤٢/٤، والفروق للقرافي ١٤٥/٣، والمنثور للزركشي ١٧٦/١، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٠، والمغني لابن قدامة ٤٣٧/٦، وشرح الكوكب المنير ٣٢٥/١، والتحبير شرح التحرير ٧٦٦/٢، ومجموع الفتاوى ٥٣٨/٢١ - ٥٣٩، ١٧/٢٩، ١٥٠، والفتاوى الكبرى ١٣/٤، والقواعد والأصول الجامعة للسعدي ص ٣١، ورسالة في القواعد الفقهية للسعدي ص ٥٨، وجامع العلوم والحكم ١٦٦/٢، والمحلى ١٧٧/١، والإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ١٨٠/٢، ١٨٨.

(٣) قال شيخ الإسلام ابن تيمية في مجموع الفتاوى (٥٣٨/٢١): «ولست أعلم خلاف أحد من السالفين في أن ما لم يجيء دليل بتحريمه فهو مطلق غير محجور، وقد نص على ذلك كثير ممن تكلم في أصول الفقه وفروعه، وأحسب بعضهم ذكر في ذلك الإجماع يقيناً، أو ظناً كاليقين». وقال ابن رجب في جامع العلوم والحكم (١٦٦/٢): "... واستقر أن الأصل في الأشياء الإباحة بأدلة الشرع، وقد حكي بعضهم الإجماع على ذلك"، وقال الزركشي في المنثور (١٧٦/١): «... فإن لم نجد ما يدل على تحريم فهو حلال بعد الشرع بلا خلاف».

(٤) سيأتي تخريج هذين الحديثين عند الاستدلال بهما قريباً - إن شاء الله -.

ومن قال بمنع العقود إلا ما ثبت بالشرع كابن حزم^(١) - رحمه الله - وهو يرى أن الأصل في الأشياء الإباحة^(٢)، وسع مفهوم الشرط الذي ليس في كتاب الله، وقال: إن العقد شرط، فيكون باطلاً، وفي هذا يقول: «العقود، والعهود، والأوعاد شروط، واسم الشرط يقع على جميع ذلك»^(٣).

والخلاف في العقود، والشروط هل الأصل فيهما الحل أو التحريم؟ يسوقه أكثر من تكلم عليهما من العلماء مساقاً واحداً، ويجري الخلاف فيهما جميعاً؛ كابن حزم، وابن تيمية، وابن القيم - رحمهم الله - وإن كانت تختلف نسبة القولين في المسألتين كما سبق، ولذا نجد من ينسب القول بالمنع فيهما إلى الجمهور؛ كابن تيمية، ومن ينسب القول بالجواز فيهما إلى الجمهور؛ كابن القيم، وهذا من باب تغليب إحدى المسألتين على الأخرى في النسبة، وإن كان الأشهر في الخلاف فيهما هو الخلاف في الشروط، وهو ما لاحظته ابن تيمية - رحمه الله - فنسب القول بالمنع إلى الجمهور نظراً للشروط، وسياقه للمسألة يدل على ذلك، وابن القيم - رحمه الله - نظر إلى أن الأصل في العاديات الإباحة، وهو ما قال به الجمهور في العقود، فنسب القول بالجواز إلى الجمهور نظراً للعقود - والله أعلم -.

(١) هو: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، أبو محمد، الإمام الحافظ الفقيه، أحد أئمة الإسلام. من أشهر مصنفاته: "الفصل في الملل والأهواء والنحل" و"المحلى". مات سنة ٤٥٦هـ.
(تذكرة الحفاظ ٣/١١٤٦ - ١١٥٥، وسير أعلام النبلاء ١٨/١٨٤ - ٢١٢، ولسان الميزان ٤/١٩٨ - ٢٠٢).

(٢) ينظر: المحلى ١/١٧٧، والإحكام في أصول الأحكام ٢/١٨٠، ١٨٨.

(٣) الإحكام في أصول الأحكام ٢/١٥٠.

وإجراء الخلاف فيهما جميعاً هو الأولى لسببين.
أحدهما: أن أدلة المسألتين واحدة، فلا فائدة من التفريق بينهما.
والثاني: أن حرية التعاقد تلزم من قال ببحرية الاشتراط، فمن قال ببحرية
الاشتراط يلزمه القول ببحرية التعاقد - والله أعلم - .
وعلى هذا فسأورد في هذا المطلب حكم الشروط في العقود، كما عنون له،
وفي ذلك مسألتان:

المسألة الأولى: تحرير محل النزاع في حكم الشروط في العقود:

لا خلاف بين الفقهاء أن الشروط منها ما هو جائز بالاتفاق، ومنها ما هو
باطل بالاتفاق، ومنها ما هو مختلف فيه. وبيان ذلك كالآتي:
[١] اتفق الفقهاء على جواز اشتراط ما ورد به نص من كتاب، أو سنة، أو
إجماع؛ كالرهن، والتأجيل، واشتراط صفات المبيع، وغير ذلك.
قال شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - : «وأما اشتراط صفة مباحة
مقصودة في المعقود عليه؛ مثل صفة المبيع، ومثل الأجل في الثمن، أو نقد غير
نقد البلد، فهذا يجوز باتفاقهم، وكذلك ما كان محلاً للمعقود عليه، كالرهن،
والضمين»^(١).

وقال ابن القيم - رحمه الله - : «فالأمة مجمعة على جواز اشتراط الرهن،
والكفيل، والضمين، والتأجيل، والخيار ثلاثة أيام، ونقد غير نقد البلد، فهذا
بيع وشرط متفق عليه»^(٢).

(١) العقود لشيخ الإسلام ابن تيمية ص ٥٩-٦٠.

(٢) إعلام الموقعين ٢/٣٢٨.

ويدخل في هذا اشتراط مقتضى العقد، وهو أثره الواجب بحكم الشرع بدون الشرط؛ كاشتراط التسليم، والتقابض في الحال، وخيار المجلس في عقد البيع^(١)، وغير ذلك من الآثار التي تختلف باختلاف العقود، فإن لكل عقد آثاره الشرعية الخاصة به.

واشتراط مقتضى العقد لا أثر له؛ لأنه بيان وتأكيده لمقتضى العقد^(٢).

[٢] اتفق الفقهاء على بطلان كل شرط دل الشرع على تحريمه، وإبطاله نصاً أو قياساً، كأن يحل حراماً، أو يحرم حلالاً، أو يؤدي إلى الربا، أو الغرر، أو ينافي قواعد الشريعة وأصولها العامة، ومقاصدها الخاصة من شرعية التعاقد؛ كاشتراط الولاء للبائع، والسلف في عقد البيع، واشتراط ما ينافي مقصود العقد؛ كاشتراط الطلاق في النكاح، أو اشتراط الفسخ في العقد^(٣). وغير ذلك.

(١) ينظر: المبسوط ١٤/١٣، وبدائع الصنائع ١٧١/٥، وحاشية الدسوقي ٦٥/٣، وحاشية البناني على شرح الزرقاني ٨٩/٥، والحاوي الكبير ٣١٢/٥، والمهذب ٢٦٨/١، والمغني ٣٢٣/٦، والكافي لابن قدامة ٥٧/٣.

(٢) ينظر: المصادر السابقة.

(٣) ينظر عند الحنفية: المبسوط ١٤/١٣، ١٥، وبدائع الصنائع ١٦٨/٥، ١٧٠، ١٧٤-١٧٦، والهداية ٥٣/٣، وتبيين الحقائق ٥٧/٤. وعند المالكية: المقدمات الممهديات ٦٧/٢، وبداية المجتهد ٢٨٠/٢، والخرشي على خليل ٨٠/٥، وحاشية البناني على شرح الزرقاني ٨٩/٥، ومواهب الجليل ٣٧٣/٤. وعند الشافعية: الأم ٧٩/٥، والحاوي الكبير ٦٦/٥، ٣١٣، والمجموع ٣٦٨/٩-٣٦٩، ٣٧٦. وعند الحنابلة: الهداية لأبي الخطاب ١٣٥/١-١٣٦، والمغني ٣٢٤/٦-٣٢٥، والشرح الكبير مع الإنصاف ٢٣٢/١١، والمبدع ٥٧/٤، ومجموع الفتاوى ١٣٢/٢٩، ١٤٧-١٤٨، ١٥٦، والعقود لشيخ الإسلام ابن تيمية ص ٥٧-٥٨، وإعلام الموقعين ٣٤٤/١، ٤٠٢/٣.

قال ابن عبد البر^(١) - رحمه الله - : «أجمع العلماء على أنه إذا باع بيعاً على شرط سلف يسلفه ، أو يستسلفه فيعه فاسد مردود»^(٢).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - : «ولهذا اتفق العلماء على أن من شرط في عقد من العقود شرطاً يناقض حكم الله ورسوله فهو باطل ؛ مثل أن يشترط أحد المتعاقدين أن يكون نسب الولد لغير أبيه الواطئ ، أو ولاء العبد لغير المعتق.. فهذه الشروط مخالفة لحكم الله ورسوله ، فهي باطلة باتفاق المسلمين ، وهذا في جميع العقود»^(٣).

وقال - رحمه الله - : «... فإن العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صورته ، وشرط فيه ما ينافي ذلك المقصود فقد جمع بين المتناقضين ، بين إثبات المقصود ونفيه ، فلا يحصل شيء ، ومثل هذا الشرط باطل بالاتفاق»^(٤).

[٣] ما سوى ذلك من شرط لم يرد النص بجوازه ، ولم يرد في الشرع ما يدل على تحريمه ، وإبطاله ، وهو مما يجوز فعله وتركه بدون الشرط - هو محل النزاع بين الفقهاء.

(١) هو يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي ، المالكي ، أبو عمر ، من كبار حفاظ الحديث ، تولى القضاء من مصنفاته : " الاستيعاب " ، و" التمهيد " ، و" الاستذكار " مات سنة ٤٦٣ هـ.

(ترتيب المدارك ٤/ ٨٠٨ - ٨١٠ ، وتذكرة الحفاظ ٣/ ١١٢٨ - ١١٣٢ ، والديباج المذهب ٢/ ٣٦٧ - ٣٧٠).

(٢) التمهيد ٢٤/ ٣٨٥ ، وينظر : الإفصاح لابن هبيرة ١/ ٣٦٠.

(٣) العقود لشيخ الإسلام ابن تيمية ص ٥٧ - ٥٨.

(٤) مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٥٦ ، والقواعد النورانية ص ٢٢٥ - ٢٢٦.

وبيان ذلك في المسألة التالية :

المسألة الثانية: اختلاف الفقهاء في هذه الشروط، هل الأصل فيها الحل، أو التحريم؟:

اختلف الفقهاء في هذه الشروط، وتشعبت أقوالهم فيها، ولكل مذهب تفصيلاته في بيان ما يجوز منها وما لا يجوز، لكنهم في أصل هذه الشروط على قولين^(١):

القول الأول: أن الأصل في الشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله.

ذهب إلى ذلك الحنابلة في ظاهر المذهب^(٢)، «وأصول أحمد المنصوصة عنه: أكثرها يجري على هذا القول»^(٣)، ورجحه شيخ الإسلام ابن تيمية^(٤)، وابن القيم^(٥)، وهو ما يظهر لي من مذهب المالكية، فإنني لم أجد - فيما اطلعت عليه من مصادرهم - ما يمكن أن يستند عليه في أن الأصل عندهم فيها الحظر، وحينئذ فنسبة الإباحة إليهم فيها هو الأولى طرداً للقاعدة المقررة «الأصل في

(١) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام ٨/٢، ومجموع الفتاوى ١٢٦/٢٩.

(٢) ينظر: كتاب الإرشاد إلى سبيل الرشاد ص ١٩٠، والهداية لأبي الخطاب ١٣٥/١، والمغني

١٦٥/٦ - ١٦٨، ٣٢١ - ٣٢٣، والإنصاف مع الشرح الكبير ١١/٢١٩ - ٢٢١، ٢١٤،

٢٤٠، والفتح الرباني بمفردات ابن حنبل الشيباني ٢٩٧/١.

(٣) مجموع الفتاوى ١٣٢/٢٩، وينظر: الإنصاف ١١/٢٤٠.

(٤) ينظر: مجموع الفتاوى ١٣٨/٢٩، والفتاوى الكبرى ٨٣/٤، والقواعد النورانية ص ٢١٤،

والعقود له ص ٥٩، والأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية ص ١٨٣.

(٥) ينظر: إعلام الموقعين ١/٣٤٤، ٣/٤٠٢، وأحكام أهل الذمة ١/٣٨٤.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

العاديات الإباحة»^(١)، وأيضاً فالظاهر من تعليلاتهم لما يصح ويبطل من الشروط أن الأصل فيها الإباحة^(٢)، إضافة إلى أنهم لم يجعلوا حديث النهي عن بيع وشرط أصلاً في إبطال الشروط؛ بل حملوه على شرط يناقض مقتضى العقد - أي لا يتم معه المقصود من العقد^(٣) -، أو يخل بالثمن. قال الخرشي^(٤) - رحمه الله - : «قد نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط، وحمل أهل المذهب النهي على شرط يناقض أو يخل بالثمن»^(٥)، وقال معللاً لصحة بيع السلعة على رهن، أو كفيل، أو إلى أجل معلوم، أو على خيار، أو نحوه: «لأن ذلك كله مما يعود على البيع بمصلحته، ولا معارض له من جهة الشرع»^(٦).

بل صرح الشاطبي - رحمه الله - وهو مالكي المذهب بأن الأصل في الشروط الإذن، حيث قال: «الشروط مع مشروطاتها على ثلاثة أقسام: ... الثالث: أن لا يظهر في الشرط منافاة لمشروطه ولا ملاءمة. وهو محل نظر؛ هل يلحق بالأول من جهة عدم المنافاة؟ أو بالثاني من جهة عدم الملاءمة ظاهراً؟

(١) ينظر: مبدأ الرضا في العقود ١١٨٨/٢، والمدخل للفقهاء الإسلاميين لمذكور ص ٦٥٦،

ومصادر الحق في الفقه الإسلامي ١٧٤/٣.

(٢) ينظر: المقدمات الممهدة ٦٧/٢، وبداية المجتهد ٢٨٠/٢، وحاشية الدسوقي ٦٥/٣،

وحاشية البناني على شرح الزرقاني ٨٩/٥.

(٣) ينظر: مواهب الجليل ٣٧٣/٤.

(٤) هو محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، أبو عبد الله، فقيه أصولي، من مصنفاته: "منح

الجليل"، و"الدرر السنية لحل ألفاظ الأجرومية" مات سنة ١١٠١ هـ.

(شجرة النور الزكية ص ٣١٧، ومعجم المؤلفين ٢١٠/١٠ - ٢١١).

(٥) الخرشي على خليل ٨٠/٥.

(٦) الخرشي على خليل ٨٢/٥.

والقاعدة المستمرة في أمثال هذا التفريق بين العبادات والمعاملات، فما كان من العبادات لا يُكتفى فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة؛ لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى المعاني، والأصل فيها أن لا يقدم عليها إلا بإذن... وما كان من العاديات يكتفى فيه بعدم المنافاة؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه»^(١).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - : «وأصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على هذا القول، ومالك قريب منه؛ لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه»^(٢).

القول الثاني: أن الأصل في الشروط التحريم والبطلان، إلا ما دل الشرع على إباحته.

ذهب إلى ذلك الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، وهو قول أهل الظاهر^(٥)، وذكر شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - أن أصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد تنبني على هذا القول^(٦).

(١) الموافقات ١/٢١٠-٢١١.

(٢) مجموع الفتاوى ٢٩/١٣٢-١٣٣.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٥/١٧٢، ١٧٤، ١٧٥، والهداية للمرغيناني ٣/٥٣، وشرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير ٦/٧٦-٧٧، ٨٥، والكفاية على الهداية بهامش فتح القدير ٦/٧٩، وتبيين الحقائق ٤/٥٧، والبحر الرائق ٦/٩٢، والبنية شرح الهداية ٧/٢٣٨.

(٤) ينظر: الأم ٣/٨٩، والمهذب ١/٢٦٨، وحلية العلماء للقفال ٤/١٢٩، والمجموع ٩/٣٧٦-٣٧٧، ومغني المحتاج ٢/٣١، ٣٢، والاعتناء في الفرق والاستثناء ١/٤٤٥، ونهاية المحتاج ٣/٤٥١، ٤٥٢.

(٥) ينظر: المحلى ٨/٤١٢، والإحكام في أصول الأحكام ٢/٨-٢٤.

(٦) مجموع الفتاوى ٢٩/١٢٦-١٢٧، وينظر: العقد المنظم للحكام بهامش تبصرة الحكام ١/١٩٧، والإنصاف مع الشرح الكبير ١١/٢١٤-٢١٥، ٢١٩-٢٢١.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

قال السرخسي^(١) - رحمه الله - : «والصحيح ما استدل به أبو حنيفة، فإنه حديث مشهور [حديث النهي عن بيع وشرط] ومطلق النهي يوجب فساد المنهي عنه»^(٢).

وقال الكاساني^(٣) - رحمه الله - معللاً فساد البيع بشرط الحوالة والضمان: «لأن شرط الحوالة والضمان شرط لا يقتضيه العقد، والشرط الذي لا يقتضيه العقد مفسد في الأصل»^(٤).

وقال أيضاً: «ثم فساد العقد بما ذكرنا من الشروط مذهب أصحابنا... والصحيح قولنا؛ لما روى أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب^(٥) عن أبيه^(٦) عن

(١) هو محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، شمس الأئمة أبو بكر، قاض من أئمة الحنفية،

أشهر كتبه "المبسوط"، و"شرح السير الكبير"، مات سنة ٤٨٣هـ، وقيل غير ذلك.

(الجواهر المضية ٣/٧٨-٨٢، والفوائد البهية ص ١٥٨-١٥٩).

(٢) المبسوط ١٣/١٤.

(٣) هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، علاء الدين، ملك العلماء، الفقيه الحنفي، من

مصنفاته: "بدائع الصنائع"، مات سنة ٥٨٧هـ.

(الجواهر المضية ٤/٢٥-٢٨، والفوائد البهية ص ٥٣).

(٤) بدائع الصنائع ٥/١٧٢.

(٥) هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه، السهمي، القرشي،

الإمام المحدث، فقيه أهل الطائف، قال ابن حجر: صدوق. مات سنة ١١٨هـ.

(تقريب التهذيب ص ٣٢٤، وسير أعلام النبلاء ٥/١٦٥-١٨٠).

(٦) هو شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص، صدوق، ثبت سماعه من جده.

(تقريب التهذيب ص ٢٦٧، وسير أعلام النبلاء ٥/١٨١).

جده^(١) أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وشرط. والنهي يقتضي فساد المنهي، فيدل على فساد كل بيع وشرط إلا ما خص عن عموم النص^(٢).

وقال الشيرازي^(٣) - رحمه الله - : «فإن شرط ما سوى ذلك من الشروط التي تنافي مقتضى البيع؛ فإن باع عبداً بشرط أن لا يبيعه، ولا يعتقه، أو باع داراً بشرط أن يسكنها مدة، أو ثوباً بشرط أن يخيطه، أو فلعة^(٤) بشرط أن يحذوها له بطل البيع لما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط^(٥).

وقال الشربيني^(٦) - رحمه الله - : «وعدم الصحة للنهي عن بيع وشرط... وذلك كبيع بشرط بيع، أو بشرط قرض.. ويستثنى من النهي عن بيع وشرط

(١) هو عبد الله بن عمرو بن العاص بن وائل القرشي، أبو محمد، وقيل: أبو عبد الرحمن، أسلم قبل أبيه، وكان حافظاً عالماً، وكان يكتب الحديث عن النبي ﷺ مات سنة ٦٣ هـ، وقيل غير ذلك.

(الاستيعاب ٣/٩٥٦ - ٩٥٩، وأسد الغابة ٣/٢٣٣ - ٢٣٥، والإصابة ٤/١١١ - ١١٢).

(٢) بدائع الصنائع ٥/١٧٥، وينظر: البناية شرح الهداية ٧/٢٣٨، وتبيين الحقائق ٤/٥٧.

(٣) هو إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، أبو إسحاق، إمام أصحاب الشافعي في زمنه، بنى له الوزير نظام الملك المدرسة النظامية ببغداد، فكان يدرس فيها ويديرها إلى أن مات، له مصنفات كثيرة منها: "التنبيه"، و"النكت في الخلاف"، و"اللمع"، و"التبصرة" في أصول الفقه، و"المعونة" في الجدل، مات سنة ٤٧٦ هـ.

(طبقات الشافعية الكبرى ٤/٢١٥ - ٢٥٦، وفيات الأعيان ١/٢٩ - ٣١).

(٤) فلعة: بكسر الفاء، قطعة من الجلد. ومعنى يحذوها: يجعلها حذاء. (ينظر: النظم المستعذب ١/٢٤٠).

(٥) المهذب ١/٢٦٨.

(٦) هو محمد بن محمد الشربيني، شمس الدين، المعروف بالخطيب الشربيني، من فقهاء الشافعية، من مصنفاته: "شرح كتاب المنهاج"، و"شرح كتاب التنبيه"، مات سنة ٩٧٧ هـ. (شذرات الذهب ٨/٣٨٤، ومعجم المؤلفين ٨/٢٦٩).

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

صور تصح؛ كالبيع بشرط الخيار، أو البراءة من العيب، أو بشرط قطع الثمر، أو بشرط الأجل...»^(١).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - : «فهذا قول أهل الظاهر، وكثير من أصول أبي حنيفة تنبني على هذا، وكثير من أصول الشافعي، وأصول طائفة من أصحاب مالك، وأحمد»^(٢).

ثم قال بعد ذلك: «وهؤلاء الفرق الثلاث يخالفون أهل الظاهر، ويتوسعون في الشروط أكثر منهم؛ لقولهم بالقياس، والمعاني، وآثار الصحابة، ولما يفهمونه من معاني النصوص التي ينفردون بها عن أهل الظاهر»^(٣).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدلوا بأدلة من الكتاب، والسنة، والأثر، والنظر.

أولاً: من الكتاب:

[١] الآيات التي فيها الأمر بالوفاء بالعقود، والعهود؛ كقول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤)، وقوله: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(٥)، ونحو ذلك من الآيات.

(١) مغني المحتاج ٢/٣١-٣٢، وينظر: نهاية المحتاج ٣/٤٥٢، والاعتناء في الفرق والاستثناء ٤٤٥/١.

(٢) مجموع الفتاوى ٢٩/١٢٦-١٢٧.

(٣) مجموع الفتاوى ٢٩/١٢٩.

(٤) سورة المائدة، من الآية [١١].

(٥) سورة الإسراء، من الآية [٣٤].

وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى أمر بالوفاء بالعقود، والعهود - على العموم - أمراً مطلقاً^(١)، والشرط عقد^(٢)، وعهد^(٣)، فدخل في ذلك كل شرط وعقد لم يخالف كتاب الله، ولو كان الأصل في الشروط والعقود الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع لم يجز أن يؤمر بها مطلقاً، فدل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة^(٤).

«وإذا كان جنس الوفاء، ورعاية العهد مأموراً به، علم أن الأصل صحة العقود والشروط؛ إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره، وحصل به مقصوده، ومقصود العقد هو الوفاء به. فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة»^(٥).

المناقشة: نوقش هذا الاستدلال بأن هذه الآيات ليست على عمومها، ولكنها خاصة بالعقود والعهود والشروط التي ورد النص بإباحتها أو الأمر بها، فلا يدخل فيها ما لم يرد النص بإباحته^(٦).

الإجابة: أجيب بأن تخصيص الآيات، وقصر ما دلت عليه من الإباحة على ما ورد النص به لا وجه له، فإن ذلك يتضمن إبطال ما دلت عليه من العموم، وذلك غير جائز إلا ببرهان من الله ورسوله ﷺ^(٧).

(١) ينظر: مجموع الفتاوى ١٣٨/٢٩، ١٤٦.

(٢) ينظر: أحكام القرآن للجصاص ٢٩٥/٢.

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى ١٣٨/٢٩، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ٦٣.

(٤) ينظر: مجموع الفتاوى ١٤٦/٢٩.

(٥) مجموع الفتاوى ١٤٦/٢٩.

(٦) ينظر: الإحكام لابن حزم ١٧/٥، والمحلى ٤١٤/٨، وأحكام القرآن للكيالهراسي ٨/٣.

(٧) ينظر: إعلام الموقعين ٣٤٨/١، وجامع البيان في تأويل القرآن ٣٨٨/٤.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

[٢] قول الله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١).

وجه الدلالة: أن الآية عامة في إباحة التجارات إلا ما خصه التحريم^(٢)، وعقود التجارة يشترط فيها ما تدعو الحاجة والمصلحة إليه. ولم يشترط الله تعالى في التجارة إلا التراضي، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيع للتجارة، وإذا كان كذلك فإذا تراضى المتعاقدان بتجارة ثبت حلها بدلالة القرآن، إلا أن تتضمن ما حرمه الله ورسوله ﷺ؛ كالتجارة في الخمر ونحو ذلك^(٣).

[٣] قول الله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾^(٤).

وجه الدلالة: أن كل ما لم يبين الله ولا رسوله ﷺ لنا تحريمه من الأعيان، والأفعال العادية من العقود والشروط ونحوها، فلا يجوز لنا تحريمه، فإن الله سبحانه وتعالى قد فصل لنا ما حرم علينا، فما كان من هذه الأشياء حراماً فلا بد أن يكون تحريمه مفصلاً، وكما أنه لا يجوز إباحة ما حرم الله، فكذلك لا يجوز تحريم ما عفا الله عنه، ولم يحرمه^(٥).

ثانياً: من السنة:

[١] عن أبي هريرة رضي عنه^(٦) قال: قال رسول الله ﷺ: (الصلح جائز بين

(١) سورة النساء، من الآية [٢٩].

(٢) ينظر: أحكام القرآن للجصاص ١٧٤/٢.

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى ١٥٥/٢٩.

(٤) سورة الأنعام، من الآية [١١٩].

(٥) ينظر: إعلام الموقعين ٣٨٣/١.

(٦) هو عبد الرحمن بن صخر الدوسي، أبو هريرة رضي عنه، كان أكثر الصحابة حفظاً للحديث ورواية

له، ولي إمرة المدينة مدة، واستعمله عمر على البحرين. مات سنة ٥٧هـ، وقيل غير ذلك.

(الاستيعاب ٤/١٧٦٨-١٧٧٢، وأسد الغابة ٥/٣١٥-٣١٧، والإصابة ٧/١٩٩-٢٠٧).

المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً، والمسلمون على شروطهم»^(١).

(١) أخرجه أبو داود في سننه في كتاب الأفضية، باب في الصلح ٣٢٧/٢، رقم ٣٥٩٤، والدارقطني في سننه في كتاب البيوع ٢٧/٣، والحاكم في المستدرک في كتاب البيوع ٤٩/٢، وقال الذهبي في التلخيص بهامش المستدرک ٤٩/٢: «لم يصححه، وكثير ضعفه النسائي ومشاه غيره»، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الشركة، باب الشرط في الشركة وغيرها ٧٩/٦، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وفي إسناده: كثير بن زيد. قال فيه الحافظ ابن حجر في تقريب التهذيب ص ٤٥٩: «صدوق يخطئ». وصحح حديثه هذا عبد الحق في أحكامه كما في (إرواء الغليل ١٤٣/٥)، وقال الحافظ ابن كثير في إرشاد الفقيه ٥٤/٢: «رواه أبو داود بإسناد حسن». وضعفه ابن حزم، وقال في الإحكام (٢٤/٥): «كثير بن زيد... هالك تركه أحمد ويحيى».

وله شاهد من حديث عمرو بن عوف المزني - رضي الله عنه - أخرجه الترمذي في سننه في كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس ٦٣٤/٣ رقم ١٣٥٢ بلفظ: (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً)، وقال: «هذا حديث حسن صحيح»، والدارقطني في سننه في كتاب البيوع ٢٧/٣ بلفظ: (المسلمون عند شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً)، والحاكم في المستدرک في كتاب الأحكام ١٠١/٤، قال الحافظ الذهبي في التلخيص: «واه»، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الشركة، باب الشرط في الشركة وغيرها ٧٩/٦، وفي إسناده: كثير بن زيد رضي الله عنه وضعفه الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير ٢٣/٢، وقال في فتح الباري (٥٢٨/٤): «وكثير بن زيد رضي الله عنه ضعيف عند الأكثر، لكن البخاري ومن تبعه؛ كالترمذي وابن خزيمة يقرؤون أمره»، وقال في بلوغ المرام ص ٢٢٢ معلقاً على تصحيح الترمذي له: «وأنكروا عليه؛ لأن راويه كثير بن زيد رضي الله عنه بن عمرو بن عوف ضعيف، وكأنه اعتبره بكثرة طرقه».

وأخرجه البخاري معلقاً بصيغة الجزم في كتاب الإجارة، باب أجر السمسرة ٥٢/٣ بلفظ: (المسلمون عند شروطهم)، قال ابن حجر في تغليق التعليق ٢٨١/٣: «حديث: (المسلمون عند شروطهم) روي من حديث أبي هريرة، وعمرو بن عوف، وأنس بن مالك، ورافع بن خديج، وعبد الله بن عمر، وغيرهم، وكلها فيها مقال، لكن حديث أبي هريرة أمثلها».

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ جعل كل صلح، وكل شرط بين المسلمين جائزاً، إلا ما دل الشرع على تحريمه، «فإن المشرط ليس له أن يبيح ما حرمه الله، ولا يحرم ما أباحه الله، فإن شرطه حينئذ يكون مبطلاً لحكم الله، وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله. وإنما المشرط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً»^(١).

المناقشة: نوقش هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول: أنه لا يصح، فهو ضعيف، والضعيف لا تقوم به حجة^(٢).

= وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في مجموع الفتاوى ١٤٧/٢٩ بعد ذكره بعض أسانيد هذا الحديث: «وهذه الأسانيد وإن كان الواحد منها ضعيفاً فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضاً»، وقال ابن العربي في عارضة الأحوزي (١٠٣/٦): «قد روي من طرق عديدة، ومقتضى القرآن وإجماع الأمة على لفظه ومعناه»، وقد صححه السخاوي في المقاصد الحسنة ص ٣٨٦، فقال معلقاً على إخراج البخاري له معلقاً: «فهو صحيح على ما تقرر في علوم الحديث».

وقال الشوكاني في نيل الأوطار ٢٦٢/٥: «ولا يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض، فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسناً»، و صححه التهانوي في إعلاء السنن ٩٥/١٤، وله شاهد مرسل أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، في كتاب البيوع والاقضية، باب من قال المسلمون عند شروطهم ٢٣٧/٥ عن عطاء قال: بلغنا أن النبي ﷺ قال: (المسلمون عند شروطهم)، وقد ذكره ابن حجر في التلخيص ٢٣/٢ وسكت عليه، قال عنه الألباني في إرواء الغليل ١٤٦/٥: «وإسناده مرسل صحيح رجاله كلهم ثقات رجال مسلم».

وقد صحح الألباني الحديث بمجموع طرقه في إرواء الغليل ١٤٦/٥.

(١) مجموع الفتاوى ١٤٧/٢٩ - ١٤٨.

(٢) ينظر: المحلى ٤١٤/٨، والإحكام في أصول الأحكام ٢٤/٢.

الإجابة: أجيب بأن هذا الحديث له شواهد وطرق كثيرة، يشد بعضها بعضاً، فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسناً، فيكون الحديث بمجموع طرقه صالحاً للاحتجاج^(١).

الوجه الثاني: أنه لو صح هذا الحديث لكان حجة لنا؛ لأن فيه إضافة النبي ﷺ الشروط إلى المسلمين، ولا شروط للمسلمين إلا التي أباح الله عقدها في القرآن أو السنة الثابتة، لا شروط للمسلمين غيرها؛ لأن المسلمين لا يجيزون إحداث شروط لم يأذن الله تعالى بها^(٢).

الإجابة: أجيب بأن الحديث عام فكل شرط يعقده المسلم لم يدل الشرع على تحريمه وإبطاله، فهو من شروط المسلمين، وقصر الحديث على ما ورد النص به تخصيص للحديث ببعض أفراده، والتخصيص لا يجوز إلا بدليل، ولا دليل^(٣).
وأيضاً فإن حمل الحديث على هذا الوجه لا يؤسس معنىً جديداً، والتأسيس أولى من التأكيد^(٤).

[٢] عن عقبة بن عامر رضي الله عنه^(٥) قال: قال رسول الله ﷺ: (أحق الشروط

(١) ينظر: مجموع الفتاوى ١٤٧/٢٩، ونيل الأوطار ٢٦٢/٥.

(٢) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام ٢٤/٢.

(٣) ينظر: أحكام المشاع في الفقه الإسلامي ص ٢٥٨.

(٤) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٥، والوجيز في قواعد الفقه الكلية ص ٢٧٤، وموسوعة القواعد الفقهية ١٥١/٣.

(٥) هو عقبة بن عامر بن عبس الجهني، الصحابي المشهور، روى كثيراً من الأحاديث، وروى عنه جماعة من الصحابة والتابعين، كان قارئاً عالماً بالفرائض والفقه، مات في أول خلافة معاوية على الصحيح.

(الإصابة ٢٥٠/٤ - ٢٥١، وتقريب التهذيب ص ٣٩٥).

أن توفوا به ما استحللتم به الفروج^(١).

وجه الدلالة: دل الحديث على أن الشروط جميعها مستحقة الوفاء بحكم الشارع إلا ما دل الشرع على تحريمه، وأحقها بالوفاء شروط النكاح، وإذا كانت كذلك كانت صحيحة جائزة؛ إذ لا يستحق الوفاء إلا ما كان جائزاً^(٢).

ولو كان الأصل في الشروط الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع، لم يجوز أن يؤمر بالوفاء بها مطلقاً، ويذم من نقضها مطلقاً، كما أن قتل النفس لما كان الأصل فيه الحظر إلا ما أباحه الشرع أو أوجبه، لم يجوز أن يؤمر بقتل النفوس ويحمل على القدر المباح أو الواجب^(٣).

المناقشة: نوقش بأن المراد بالشروط في الحديث، الشروط التي أمر الله تعالى أن يستحل بها الفروج؛ من الصداق، والنفقة، والكسوة، والمعاشرة بالمعروف ونحوها^(٤).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الشروط، باب الشروط في المهر ١٧٥/٣، بهذا اللفظ، وفي كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح ١٣٨/٦، ومسلم في صحيحه في كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح ١٠٣٥/٢، رقم ١٤١٨، وأبو داود في سننه في كتاب النكاح، باب في الرجل يشترط لها دارها ٦٥٠/١ رقم ٢١٣٩، والترمذي في سننه في كتاب النكاح، باب ما جاء في الشرط عند عقدة النكاح ٤٣٤/٣ رقم ١١٢٧، والنسائي في سننه في كتاب النكاح، الشروط في النكاح ٩٢/٦ رقم ٣٢٨١، وابن ماجه في سننه في كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح ٦٢٨/١، رقم ١٩٥٤، والإمام أحمد في المسند ١٤٤/٤، ١٥٠، ١٥٢.

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى ١٤٥/٢٩، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ٦٥.

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى ١٤٦/٢٩.

(٤) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام ٢٣/٢.

الإجابة: أجيب بأن هذا التأويل مخالف لظاهر الحديث، فإن كلمة "أحق الشروط" تقتضي أن الشروط كلها مستحقة الوفاء، وأن بعضها أشد اقتضاء له، وهي شروط النكاح؛ لأن أمره أحوط وبابه أضيق، والشروط التي هي مقتضى العقود - الواجبة بالعقد بحكم الشارع - مستوية في وجوب الوفاء، شرطت في العقد أو لم تشترط، فلا تكون مرادة في الحديث، وحمله عليها يجعل الحديث خالياً من الفائدة^(١).

ثالثاً: من الأثر:

استدلوا بما جاء عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: (مقاطع الحقوق عند الشروط)^(٢) دل الأثر على أن الشروط لازمة لمن التزم بها، إذ هي الفاصلة قطعاً فيما يترتب على العقد من حقوق والتزامات بين المتعاقدين. فدل على صحة الشروط ولزوم الوفاء بها ما لم تخالف الشرع.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - في معرض استدلاله لهذا القول: «وأثار الصحابة رضي الله عنهم توافق ذلك، كما قال عمر رضي الله عنه: (مقاطع الحقوق عند الشروط)^(٣)».

رابعاً: من النظر:

[١] أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم، وإذا لم

(١) ينظر: إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ١٧٥/٢، وفتح الباري ١٢٥/٩ - ١٢٦.

(٢) تقدم تخريجه: ص ٣٥.

(٣) مجموع الفتاوى ١٥٠/٢٩، وينظر: إعلام الموقعين ٤٠٢/٣.

تكن حراماً لم تكن فاسدة ؛ لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم ، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة^(١) .

[٢] ليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط ، إلا ما ثبت حله بعينه ، وانتفاء دليل التحريم دليل على عدمه ، فثبت بالاستصحاب العقلي ، وانتفاء الدليل الشرعي عدم التحريم ، فيكون فعلها إما حلالاً ، وإما عفواً ؛ كالأعيان التي لم تحرم^(٢) .

[٣] أن الشروط يحتاج الناس إليها كثيراً في عقودهم وتصرفاتهم ، إذ هي الوسيلة إلى جعل أحكام العقد محققة لمصلحة العاقد ، والشروط لا يخلو من أن يكون منافياً لمقصود العقد ، أو منافياً لمقصود الشارع ، أو لا يكون كذلك ؛ فإذا كان الشرط منافياً لمقصود العقد كان العقد لغواً ، وإذا كان منافياً لمقصود الشارع كان مخالفاً لله ورسوله فلا يصح ، وإذا لم يشتمل على واحد منهما فلم يكن لغواً ، ولا اشتمل على ما حرمه الله ورسوله فلا وجه لتحريمه ، بل الواجب حله ؛ لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه ، إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه ؛ فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه ، ولم يثبت تحريمه ، فيباح ؛ لما في الكتاب والسنة مما يرفع الحرج^(٣) .

أدلة القول الثاني:

استدلوا بأدلة من الكتاب ، والسنة ، والمعقول .

(١) ينظر: مجموع الفتاوى ١٥٠/٢٩ ، والقواعد النورانية ص ٢٢٢ .

(٢) ينظر: المصدران السابقان .

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى ١٥٦/٢٩ .

أولاً: من الكتاب.

قول الله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَعَصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا﴾^(٣).

وجه الدلالة من الآيات: أن الله تعالى أخبر الأمة بإكمال الدين، وحرمة تعدي حدوده، وحكم على من تعداها بأنه ظالم، فمن أباح العقود والشروط التي لم تشرع فقد تعدى حدود الله، وزاد في الدين ما ليس منه^(٤).

المناقشة: نوقش هذا الاستدلال بأن كمال الدين والشريعة فيما دلت عليه نصاً ومعنى وقياساً، وقد دلت على قواعد كلية يتخرج عليها من الفروع ما لا حصر له، ومنها إباحة ما يحتاجه الناس في معاملاتهم من العقود والشروط ونحوها، ما لم يرد في الشرع خلافه، فلا يكون القول بإباحتها زيادة في الدين ولا تعدياً لحدود الله؛ لأن الدين هو الذي أثبت ذلك ودل عليه^(٥)، «وتعدي حدود الله هو تحريم ما أحله الله، أو إباحة ما حرمه، أو إسقاط ما أوجبه، لا إباحة ما سكت عنه وعفا عنه، بل تحريمه هو نفس تعدي حدوده»^(٦).

(١) سورة المائدة، من الآية [٣].

(٢) سورة البقرة، من الآية [٢٢٩].

(٣) سورة النساء، من الآية [١٤].

(٤) ينظر: مجموع الفتاوى ١٣١/٢٩ - ١٣٢.

(٥) ينظر: التفسير الكبير للرازي ١٣٨/١١، والقواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند

ابن تيمية ١٦١/٢.

(٦) إعلام الموقعين ٣٤٨/١.

ثانياً: من السنة:

[١] عن عائشة رضي الله عنها ^(١) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد) ^(٢).

وجه الدلالة: أن كل عقد أو شرط لم يرد في الشرع ما يدل على جوازه وإباحته، فليس عليه أمر النبي صلى الله عليه وسلم فيكون مردوداً، فصح بذلك بطلان كل عقد وشرط إلا ما جاء النص أو الإجماع بإباحته ^(٣).

المناقشة: نوقش هذا الاستدلال بعدم التسليم، فإن الحديث لا يدل على بطلان كل عقد وشرط لم يرد النص به، وذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم أخبر في هذا الحديث أن كل من عمل عملاً من العبادات، أو العادات يخالف ما عليه أمر النبي صلى الله عليه وسلم فهو باطل مردود، وهذا محل اتفاق، أما ما لم يرد فيه نص من ذلك؛ فإن الأدلة جاءت بالتفريق بين العبادات والعادات، فما كان من العبادات فالشارع يحظره ويمنع منه،

(١) هي عائشة بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنه أم المؤمنين، زوج النبي صلى الله عليه وسلم، وأشهر نسائه، من فقهاء الصحابة، ومن المكثرين عن النبي صلى الله عليه وسلم، ماتت سنة ٥٧ هـ، وقيل ٥٨ هـ.

(الاستيعاب ٤/١٨٨١ - ١٨٨٥، وأسد الغابة ٥/٥٠١ - ٥٠٤، والإصابة ٨/١٣٩ - ١٤١).

(٢) أخرجه البخاري معلقاً بهذا اللفظ في كتاب البيوع، باب النجش ٣/٢٤، وفي كتاب الاعتصام،

باب إذا اجتهد العامل أو الحاكم فأخطأ ٨/١٥٦، وموصولاً في كتاب الصلح، باب إذا

اصطلحوا على صلح جور ٣/١٦٧ بلفظ: (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد)،

ومسلم في صحيحه في كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور

٣/١٣٤٣ رقم ١٧١٨ بهذا اللفظ، وأبو داود في سننه في كتاب السنة، باب في لزوم السنة

٢/٦١١، رقم ٤٦٠٦، بلفظ: (من أحدث...)، وابن ماجه في المقدمة من سننه، باب تعظيم

حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم والتغليظ على من عارضه ١/٧ رقم ١٤ بلفظ: (من أحدث...).

(٣) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام ٢/٣١.

ويصح الاستدلال بهذا الحديث على منعه ، وما كان من العادات فإن الأدلة تدل على جوازه والإذن فيه ، فلا يكون القول بجواز العقود والشروط مخالفاً لأمر الشارع ؛ لأن الشارع هو الذي أجاز ذلك وأذن فيه^(١).

[٢] عن عائشة رضي عنها أن رسول الله ﷺ قال : (ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق ، وإنما الولاء لمن أعتق)^(٢).

وجه الدلالة : دل هذا الحديث على أن كل عهد ، وكل عقد ، وكل وعد ، وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به ، أو النص على إباحة عقده فهو باطل ؛ لأن العقود ، والعهود والأوعاد شروط ، واسم الشرط يقع على جميع ذلك^(٣).

(١) ينظر : مجموع الفتاوى ١٦/٢٩ - ١٧ ، والحوافز التجارية التسويقية ص ٢٤ ، والوساطة التجارية في المعاملات المالية ص ٣١.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه بهذا اللفظ في كتاب البيوع ، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل ٢٩/٣ ، وفي كتاب المكاتب ، باب ما يجوز من شروط المكاتب ١٢٦/٣ - ١٢٧ ، ومسلم في صحيحه في كتاب العتق ، باب إنما الولاء لمن أعتق ١١٤١/٢ ، ١١٤٣ ، ١١٤٤ ، رقم ١٥٠٤ ، وأبو داود في سننه في كتاب الفرائض ، باب في الولاء ١٤١/٢ ، رقم ٢٩١٥ ، والترمذي في سننه في كتاب الولاء والهبه ، باب ما جاء أن الولاء لمن أعتق ٣٨٠/٤ ، رقم ٢١٢٥ ، والنسائي في سننه في كتاب البيوع ، باب بيع المكاتب ٣٠٥/٧ رقم ٤٦٥٥ ، وابن ماجه في سننه في كتاب العتق ، باب المكاتب ٨٤٢/٢ رقم ٢٥٢١ ، والدارمي في سننه في كتاب الطلاق ، باب في تخيير الأمة تكون تحت العبد فتعتق ٢٢٢/٢ ، رقم ٢٢٨٩ ، ومالك في الموطأ في كتاب العتق والولاء ، باب مصير الولاء لمن أعتق ٧٨٠/٢ - ٧٨١ ، والإمام أحمد في المسند ٣٣/٦.

(٣) ينظر : الإحكام في أصول الأحكام ١٥/٢.

المناقشة: نوقش بأنه لا يسلم أن المراد بكتاب الله في قوله ﷺ: (ليس في كتاب الله) القرآن، بدليل أن الشرط الذي ثبت جوازه بالسنة أو الإجماع صحيح بالاتفاق^(١)، فوجب أن يكون في كتاب الله وإلا لم يكن صحيحاً، وهو ليس في القرآن بخصوصه، وعلى هذا فالمراد بقوله ﷺ: (ليس في كتاب الله) أحد معنيين:

الأول: أن المراد بقوله ﷺ: (ليس في كتاب الله) الشرط المخالف لحكم الله تعالى، بأن يكون المشروط مما حرمه الله تعالى، بدليل قوله ﷺ: (كتاب الله أحق وشرط الله أوثق)، أي: كتاب الله أحق من هذا الشرط، وشرط الله أوثق منه، وهذا إنما يكون إذا خالف ذلك الشرط كتاب الله وشرطه، وأما إذا كان المشروط مما لم يحرمه الله، فإنه لا يكون مخالفاً لكتاب الله وشرطه حتى يقال: (كتاب الله أحق وشرط الله أوثق)^(٢).

الثاني: أن المراد بقوله ﷺ: (ليس في كتاب الله)، أي ليس في كتاب الله لا بعمومه، ولا بخصوصه، وما دل كتاب الله على إباحته بعمومه فإنه في كتاب الله، وقد دلت الأدلة من الكتاب والسنة على أن الأصل في العقود والشروط الصحة والجواز، فكل عقد وشرط لم يرد الشرع بتحريمه، فهو صحيح وجائز في كتاب الله، فلا يدخل في قول النبي ﷺ: (ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل)^(٣).

(١) ينظر: مجموع الفتاوى ١٦٣/٢٩، وإعلام الموقعين ١/٣٤٨.

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى ١٦٠/٢٩، والحديث تقدم تخريجه ص ٧٧.

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى ١٦٣/٢٩، والقواعد النورانية ص ٢٣٠، والحديث سبق تخريجه

[٣] عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنه أن النبي ﷺ : (نهى عن بيع وشرط)^(١).

وجه الدلالة: أن النهي يدل على فساد المنهي عنه، فدل على فساد كل بيع وشرط، إلا ما خص من عموم النص^(٢).

المناقشة: نوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول: أنه لا يصح، فلا تقوم به حجة، قال ابن قدامة^(٣) - رحمه الله - :
«وحديثهم لم يصح، وليس له أصل، وقد أنكره أحمد، ولا نعرفه مروياً في مسند فلا يعول عليه»^(٤).

(١) أخرجه الخطابي في معالم السنن بسنده في كتاب البيوع ١٢٤/٣، وابن حزم في المحلى ٤١٥/٨، والطبراني في المعجم الأوسط ١٨٤/٥ رقم (٤٣٥٨)، وقال الزيلعي في نصب الراية ١٧/٤ - ١٨: «رواه الطبراني في معجمه الأوسط... ورواه الحاكم أبو عبد الله النيسابوري في كتاب علوم الحديث في باب الأحاديث المتعارضة.. ومن جهة الحاكم ذكره عبدالحق في أحكامه وسكت عنه. قال ابن القطان: وعلته ضعف أبي حنيفة في الحديث»، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٨٥/٤: «رواه الطبراني في الأوسط وفي طريق عبد الله بن عمرو مقال»، وقال ابن كثير في إرشاد الفقيه ١٧/٢ بعد أن ذكر رواية الخطابي له: «وإسناده: ضعيف»، وقال عنه شيخ الإسلام ابن تيمية في (مجموع الفتاوى ٦٣/١٨): «هذا حديث باطل ليس في شيء من كتب المسلمين، وإنما يروى في حكاية منقطعة».

(٢) ينظر: المبسوط ١٣/١٣، وبدائع الصنائع ١٧٥/٥، والاختيار لتعليل المختار ٢٤/٢، والمهذب ٢٦٨/١.

(٣) هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن محمد بن قدامة المقدسي، موفق الدين، أبو محمد، أحد الأئمة الأعلام، من أكبر فقهاء الحنابلة، من مصنفاته: المغني، وروضة الناظر، ولمعة الاعتقاد، مات سنة ٦٢٠هـ.

(الذيل على طبقات الحنابلة ١٣٣/٤ - ١٤٩، وشذرات الذهب ٨٨/٥ - ٩٢).

(٤) المغني ٣٢٣/٦.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

الثاني: أنه مخالف للسنة الصحيحة، والإجماع؛ أما مخالفته للسنة الصحيحة فإن جابراً رضي عنه ^(١) باع النبي ﷺ جملاً، واشترط ظهره إلى المدينة، قال: (ولك ظهره إلى المدينة) ^(٢)، فهذا بيع وشرط، وقال ﷺ: (من ابتاع عبداً وله مال فماله للذي باعه، إلا أن يشترط المبتاع) ^(٣)، فجعله للمشتري بالشرط الزائد على عقد البيع، وقال ﷺ: (من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع) ^(٤)، فهذا بيع وشرط ثابت بالسنة الصحيحة الصريحة.

(١) هو جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الخزرجي الأنصاري، السلمي، أحد المكثرين عن النبي ﷺ شهد تسع عشرة غزوة، مات سنة ٧٨ هـ، وقيل غير ذلك.
(الاستيعاب ٢١٩/١ - ٢٢٠، والإصابة ٢٢٢/١ - ٢٢٣).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز ١٧٤/٣، وقال: "الاشترط أكثر وأصح عندي"، ومسلم في كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه ١٢٢٣/٣ رقم ٧١٥ واللفظ له، وأبو داود في كتاب البيوع، باب في شرط في بيع ٣٠٦/٢ رقم ٣٥٠٥، والترمذي في كتاب البيوع، باب في اشترط ظهر الدابة عند البيع ٥٥٤/٣ رقم ١٢٥٣، والنسائي في كتاب البيوع، باب البيع يكون فيه الشرط فيصح البيع والشرط ٢٩٧/٧ رقم ٤٦٣٧.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط ٨١/٣ بهذا اللفظ، ومسلم في كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر ١١٧٣/٣ رقم ١٥٤٣، وأبو داود في كتاب البيوع، باب في العبد يباع وله مال ٢٨٩/٢ رقم ٣٤٣٣، والترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير والعبد وله مال ٥٤٦/٣ رقم ١٢٤٤، والنسائي في كتاب البيوع، باب العبد يباع ويستثنى المشتري ماله ٢٩٧/٧ رقم ٤٦٣٦، وابن ماجه في كتاب التجارات، باب ما جاء فيمن باع نخلاً مؤبراً أو عبداً له مال ٧٤٦/٢ رقم ٢٢١١، والإمام أحمد في المسند ٩/٢، ٧٨، ٨٢، من حديث ابن عمر رضي عنهما.

(٤) جزء من الحديث السابق في جميع المواضع السابقة.

«وأما مخالفته للإجماع؛ فالأمة مجمعة على جواز اشتراط الرهن، والكفيل، والضمين، والتأجيل، والخيار ثلاثة أيام، ونقد غير نقد البلد، فهذا بيع وشرط متفق عليه»^(١).

[٤] أن المنفعة التي يشتمل عليها الشرط زيادة ليس في مقابلها عوض، فيؤدي ذلك إلى الربا، وبيان ذلك أن قصد المتعاقدين بالعقد هو مقابلة الثمن بالثمن، ودخول الشرط على العقد يجعل الشرط عارياً عن العوض، وهو منفعة يجوز أخذ العوض عليه، ولم يعوض عنه بشيء، وهذه حقيقة الربا؛ إذ هو زيادة لا يقابلها عوض في عقد^(٢).

المناقشة: نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن هذا القول يؤدي إلى إفساد جميع الشروط، والعلماء متفقون على جواز اشتراط صفة في المعقود عليه، واشتراط توثيق الثمن المؤجل برهن أو كفيل، وكل ذلك منافع، ولم يقل أحد منهم أن اشتراطها يؤدي إلى الربا.

الوجه الثاني: لا يسلم بأن الشرط لا يقابله جزء من الثمن، بل إن هذا ينافي حقيقة الشرط في العقد، فإن لكل شرط مقابلاً من الثمن زيادة أو نقصاً، فإذا نظرنا إلى اشتراط صفة قائمة في المبيع وقت العقد وجدنا أن هذا يؤثر في الثمن زيادة إن كانت الصفة مرغوبة، ونقصاً إن كانت الصفة غير مرغوبة^(٣).

(١) إعلام الموقعين ٢/٣٢٧-٣٢٨، وينظر: مجموع الفتاوى ١٣٢/٢٩.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ٥/١٦٩، والهداية ٣/٥٣، وشرح العناية على الهداية ٦/٧٧.

(٣) ينظر: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي ص ٥٠٣-٥٠٤.

ثالثاً: من المعقول:

[١] أن كل شرط ليس في النصوص إيجابه، ولا الإذن فيه، لا ينفك ضرورة من أحد أربعة أوجه لا خامس لها أصلاً: إما أن يكون المشتري قد التزم به إباحة ما حرم الله تعالى، أو تحريم ما أباحه الله، أو التزم إسقاط ما أوجبه، أو التزم إيجاب ما لم يوجبه. وكل ذلك عظيم، وتعد لحدود الله تعالى، وخروج عن الدين، والمفرق بين شيء من ذلك قائل في الدين بالباطل^(١).

المناقشة: ناقش ابن القيم - رحمه الله - هذا الدليل بقوله: «وأما ما ذكرتم من تضمن الشرط لأحد تلك الأمور الأربعة ففاتكم قسم خامس، وهو الحق، وهو ما أباح الله سبحانه وتعالى للمكلف تنويع أحكامه بالأسباب التي ملكه إياها، فيباشر من الأسباب ما يحله له بعد أن كان حراماً عليه، أو يحرمه عليه بعد أن كان حلالاً له، أو يوجبه بعد أن لم يكن واجباً، أو يسقط وجوبه بعد وجوبه، وليس في ذلك تغيير لأحكامه، بل كل ذلك من أحكامه، فهو الذي أحل وحرّم وأوجب وأسقط، وإنما إلى العبد الأسباب المقتضية لتلك الأحكام ليس إلا، فكما أن شراء الأمة ونكاح المرأة يحل له ما كان حراماً عليه قبله، وبيعها بالعكس يحرمها عليه ويسقط عنه ما كان واجباً عليه من حقوقها، كذلك التزامه بالعقد والعهد والنذر والشرط، فإذا ملك تغيير الحكم بالعقد ملكه بالشرط الذي هو تابع له»^(٢)، فالعقد والشرط يرفع موجب الاستصحاب، لكن لا يرفع ما أوجبه كلام الشارع^(٣).

(١) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام ١٥/٥ - ١٦.

(٢) إعلام الموقعين ١/٣٤٨ - ٣٤٩.

(٣) مجموع الفتاوى ١٥٠/٢٩.

[٢] أن العقود توجب مقتضياتها بحكم الشارع، فاشتراط ما يخالف مقتضى العقد يعتبر تغييراً لما أوجبه الشارع، وذلك لا يجوز إلا بإذن منه^(١).

المناقشة: يناقش بأنه كما جاز تغيير مقتضى العقد المطلق بالشروط المنصوصة، فكذلك يجوز بالشروط التي لا مخالفة فيها لحكم الله مما لم يرد النص به؛ لأن الشارع قد أذن فيها وأمر بالوفاء بها، فلا يكون في ذلك تغيير للمشروع، فللعقد المطلق حكمه ومقتضاه، وللعقد المقيّد بالشروط حكمه ومقتضاه، وكل ذلك بحكم الشارع وجعله^(٢).

الترجيح:

يظهر - والله أعلم - أن القول الأول هو الراجح، وهو أن الأصل في الشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله، وذلك لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة، وضعف أدلة القول الآخر القائل بأن الأصل فيها الحظر بما ورد عليها من المناقشات، وبما يترتب عليه من الحرج والمشقة وإبطال كثير من معاملات الناس بدون دليل، والشريعة قد جاءت بالتيسير ورفع الحرج ورعاية مصالح العباد، وهذا ما يتفق مع القول بإباحة الشروط وصحتها.

وإذا تبين أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، فلا يجوز القول بموجب هذا الأصل في أنواع المسائل وأعيانها، إلا بعد الاجتهاد في خصوص ذلك النوع أو المسألة، هل ورد من الأدلة الشرعية ما يقتضي التحريم، أم لا؟^(٣).

(١) ينظر: مجموع الفتاوى ١٣١/٢٩.

(٢) ينظر: نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ٧٩.

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى ١٦٥/٢٩ - ١٦٦.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

ذلك «أن لعدم تحريم العقود والشروط - جملة - أصليين: الأدلة الشرعية العامة، والأدلة العقلية - التي هي الاستصحاب، وانتفاء المحرم -...
أما إذا كان المدرك الاستصحاب ونفي الدليل الشرعي فقد أجمع المسلمون، وعلم بالاضطرار من دين الإسلام أنه لا يجوز لأحد أن يعتقد ويفتي بموجب هذا الاستصحاب والنفي إلا بعد البحث عن الأدلة الخاصة إذا كان من أهل ذلك، فإن جميع ما أوجبه الله ورسوله، وحرمه الله ورسوله مغير لهذا الاستصحاب، فلا يوثق به إلا بعد النظر في أدلة الشرع لمن هو من أهل ذلك.

وأما إذا كان المدرك هو النصوص العامة، فالعام إذا كثرت تخصيصاته المنتشرة أيضاً لا يجوز التمسك به، إلا بعد البحث عن تلك المسألة، هل هي من المستخرج، أو من المستبقى؟ وهذا أيضاً لا خلاف فيه»^(١).

المطلب الرابع

ضابط ما يعتبر شرطاً في العقد

الأصل خلو العقد من الشرط، فلا يثبت الشرط في العقد إلا بما يدل عليه من لفظ ونحوه، أو عرف. قال ابن تيمية - رحمه الله - : «والشرط إنما يثبت لفظاً، أو عرفاً»^(٢). والمعتبر من ذلك ما كان في صلب العقد - أثناء التعاقد - وهل يلحق به في الحكم ما كان قبل العقد، أو بعده؟

بيان ذلك في المسألتين الآتيتين:

(١) مجموع الفتاوى ٢٩/١٦٥-١٦٦.

(٢) مجموع الفتاوى ٢٩/٣٥٤.

المسألة الأولى: ثبوت الشرط بدلالة اللفظ، أو العرف:

لا خلاف بين الفقهاء في أن الشرط يثبت باللفظ الصريح^(١)؛ كقول البائع بـ «بشمن مؤجل: بعتك بشرط أن ترهنني دارك، أو على أن ترهنني دارك». وأما ما كان محتملاً للشرط وغيره، فالمرجع فيه إلى العرف وقرائن الأحوال^(٢).

وفي الجملة فالشرط عقد، يعبر عن إرادة العاقد ورغبته في تحديد آثار العقد، فيعبر عنه بما يعبر به عن العقد؛ من قول، أو فعل، أو كتابة، أو غير ذلك. وللفقهاء في ذلك تفصيلات ليس هذا محل بسطها.

(١) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/١٣١، والفروق للقرافي ٣/٢٨٨، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ٦٩، ١٢٩، وقواعد الأحكام ٢/١٢٦، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٦، ومجموع الفتاوى ٢٩/٣٥٤، وزاد المعاد ٥/١١٨، والمحلى ٨/٤١٢.

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/١٣٣، والبيان والتحصيل ٦/١٢٨، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ١٥٩، والموافقات ٢/٢١٦، والمنثور ٢/٣٨٣، والأشباه والنظائر للسبكي ١/٥٠-٥١، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٦، ومجموع الفتاوى ٣٢/٢٨٧، والأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية ص ٢٩٣، ومن القواعد المقررة: "العادة محكمة" و«استعمال الناس حجة يجب العمل بها» (ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/١٢٦، وشرح تنقيح الفصول ص ٣٥٢، والفروق ٣/٢٨٧-٢٨٨، والمنثور ٢/٣٥٦، ٣٦١، والأشباه والنظائر للسبكي ١/٥٠-٥١، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٩، ٩٦، ومجموع الفتاوى ٣١/١٨، والأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية ص ٢٥٣، والقواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب ص ٢٩٥، ٢٩٧، والقواعد والأصول الجامعة ص ١١٠، ودرر الأحكام شرح مجلة الأحكام ١/٤٠، ٤١، وشرح القواعد الفقهية ص ٢١٩، ٢٢٣، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ص ٢١٣، ٢٣٥، وموسوعة القواعد الفقهية ١/٣٨٨).

وأما ثبوت الشرط في العقد بدلالة العرف^(١) فمحل خلاف بين الفقهاء. فذهب الجمهور؛ من الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية في أحد الوجهين^(٤)، والحنابلة^(٥) إلى ثبوت الشرط في العقد بدلالة العرف، فيتقيد العقد

(١) العرف لغة: المعروف، سمي بذلك؛ لأن النفوس تسكن إليه (ينظر: معجم مقاييس اللغة مادة "عرف" ٢٨١/٤، ولسان العرب مادة "عرف" ٢٣٩/٩).

واصطلاحاً: "عادة جمهور قوم في قول أو فعل". (المدخل الفقهي العام ١٣١/١، وينظر: التعريفات للجرجاني ص ١٩٤، وأصول الفقه وابن تيمية ٥١١/٢، والعرف وأثره في الشريعة والقانون ص ٣١-٣٦).

والعرف لا يعتبر، ولا يكون صحيحاً يجب بناء الأحكام عليه إلا إذا توفرت فيه شرائط اعتباره وهي كالاتي: ١ - أن يكون العرف مطرداً، أو غالباً. ٢ - أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائماً عند إنشائها. ٣ - أن لا يخالف العرف نصاً شرعياً من كتاب أو سنة. ٤ - أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه. (ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٢٨/١، ١٣٣، وغمز عيون البصائر بهامش الأشباه والنظائر ١٢٦/١، ١٢٧، والمبسوط ١٩٦/١٢، ١٤٦/١٠، وشرح تنقيح الفصول ص ١٦٥-١٦٦، وقواعد الأحكام ١٨٦/٢، والمنثور ٣٥٧/٢-٣٥٨، ٣٦١، ٣٦٤، ٣٩٤، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٢، ٩٦، والقواعد في الفقه الإسلامي ص ٢٩٥، ودرر الحكماء شرح مجلة الأحكام ٢٨/١، ٤٥، والعرف وأثره في الشريعة والقانون ص ٨٩ - ١٠٤، والعرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة ٢٣١/١-٢٤٦).

(٢) ينظر: المبسوط ١٣٠/١٥، والأشباه والنظائر لابن نجيم ١٣١/١، ١٣٢، ودرر الحكماء شرح مجلة الأحكام ٤٦/١، والمدخل الفقهي العام ١٠٠١/٢.

(٣) ينظر: حاشية الدسوقي ١٦٢/٣، والعقد المنظم للحكام بهامش تبصرة الحكام ٣٣/١-٣٤، وتبصرة الحكام ٦٦/٢، ومعين الحكام ١٥٦/١.

(٤) ينظر: المنثور ٣٦١/٢، ٣٦٢، وقواعد الأحكام ١٢٦/٢، ١٢٨، ١٣٠، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٦.

(٥) ينظر: مجموع الفتاوى ٣٧٨/٢٠، ٣٥٤/٢٩، ٩٨/٣٠، ٢٨٧/٣٢، والأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية ص ٢٩٣، وإعلام الموقعين ٣٩٣/٢، ٣/٣، وزاد المعاد ١١٨/٥.

به بناءً على ما تعارفه الناس وجروا عليه في تصرفاتهم، حتى أصبح من قواعدهم المقررة: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»^(١)، «الشرط العرفي كالشرط اللفظي»، «المشروط عرفاً كالمشروط لفظاً»، أي أن الشيء الذي يتعارفه الناس في معاملاتهم يلزم في العقد، كما لو نص على اشتراطه فيه لفظاً^(٢). قال القرافي - رحمه الله - : «أما العرف فمشارك بين المذاهب، ومن استقرأها وجددهم يصرحون بذلك فيها»^(٣).

ومن أمثلة ذلك: إذا باعه بنقد وأطلق، فإنه يرجع إلى نوع النقد المتعارف في البلد الذي جرى فيه التعامل، كما لو نص عليه في العقد. ومنها وجوب وفاء المسلم فيه في مكان العقد، وإن لم يشترطه لفظاً بناءً على الشرط العرفي.

ومنها توكيل الوكيل لما لا يباشره مثله بنفسه؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

ومنها لو جرت العادة بأن الدلال يسلم السلعة إلى غيره من شركائه، جاز له ذلك وليس للبائع أن يدعي على الدلال بأنه لم يأذن له في تسليمها لغيره؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

ومنها ما لو تعارف الناس تقسيط ثمن سلعة على أشهر معلومة، فاشتراها شخص ولم يشترط في العقد حلول ولا تأجيل، فإن الثمن يتقسط على تلك الشهور المتعارفة، ويكون ذلك شرطاً في البيع كالشرط اللفظي.

(١) ينظر: مجموع الفتاوى ٣٧٨/٢٠، وزاد المعاد ١١٨/٥، والأشباه والنظائر لابن نجيم ١٣١/١، ١٣٢، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ٤٦/١، والمدخل الفقهي العام ١٠٠١/٢.

(٢) ينظر: نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ٤٣.

(٣) شرح تنقيح الفصول ص ٣٥٣.

وأمثلة ذلك كثيرة، وهي تختلف باختلاف الأزمان، والأماكن، والطوائف. وذهب الشافعية في الوجه الآخر^(١) إلى عدم اعتبار الشرط العرفي، ويمكن تخريجه قولاً للظاهرية بناءً على أن كل شرط لم يذكره العاقدان حين العقد فهو باطل عندهم^(٢).

والراجع - والله أعلم - هو قول الجمهور؛ ذلك أن ما تعارفه الناس في معاملاتهم، وتصرفاتهم أمر تتجه إليه الإرادة حين إنشاء العقد أو التصرف - ما لم يصرح بخلافه - وهذا أمر مفهوم عند الناس ومستقر في نفوسهم، ويسلمون له جميعاً فتقطع عنده منازعاتهم، وتنتهي إليه خصوماتهم، فلا يقل في الدلالة على ثبوت الشيء المتعارف عن دلالة اللفظ عليه^(٣).

المسألة الثانية: ثبوت الشرط المقارن لإنشاء العقد، والمتقدم، والمتأخر عنه:
وفيها ثلاثة فروع:

الفرع الأول: ثبوت الشرط المقارن لإنشاء العقد:

الشرط المقارن لإنشاء العقد، وهو ما يذكر في صلب العقد مقترناً بالصيغة الدالة على إنشاء العقد، لا خلاف بين العلماء في ثبوته، وتأثيره في العقد تأثيراً يختلف باختلاف ذلك الشرط صحة وفساداً^(٤).

(١) ينظر: المنثور ٣٦١/٢، ٣٦٢، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٦.

(٢) ينظر: المحلى ٤١٢/٨.

(٣) ينظر: نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ٤٤.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع ١٧٦/٥، والبحر الرائق ٩٤/٦، وشرح ميارة ٩/٢، ومواهب

الجليل ٤٤٦/٣، والحاوي الكبير ٣١٢/٥، والمجموع ٣٧٤/٩، والمبدع ٦٠/٤، وكشاف

القناع ١٨٩/٣، والمحلى ٤١٢/٨.

فمثلاً لو اشترى سلعة واشترط على البائع حين التعاقد تأجيل الثمن إلى وقت معلوم صح البيع، ولزم الشرط. ولو باع سلعة بثمن مؤجل، واشترط على المشتري حين التعاقد غرامة تأخير بنسبة ٢٪ من الثمن عن كل شهر يتأخر فيه عن التسديد، فالبيع باطل لبطلان الشرط المتضمن للربا.

الفرع الثاني: ثبوت الشرط المتقدم على العقد:

وأما الشرط المتقدم، وهو ما يتفق عليه المتعاقدان قبل العقد، ثم يتعاقدان من غير ذكر له في صلب العقد. فقد اختلف الفقهاء في ثبوته وتأثر العقد به على قولين:

القول الأول: أن الشرط المتقدم كالشرط المقارن في ثبوته وتأثر العقد به؛ إما صحة ووفاء، أو فساداً وإلغاءً.

ذهب إلى ذلك أبو يوسف^(١) ومحمد^(٢) من الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، وهو قول عند بعض الشافعية^(٥)، وظاهر مذهب الحنابلة ومنصوص الإمام

(١) هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري، أبو يوسف، صاحب الإمام أبي حنيفة، وتلميذه، وأول من نشر مذهبه، كان فقيهاً عالماً، ولي القضاء ببغداد إلى أن مات، وهو أول من دعي قاضي القضاة، وله مصنفات منها: "الخراج" و"النوادر" و"الأمال في الفقه"، مات سنة ١٨٢ هـ. (الجواهر المضية ٦١١/٣، ووفيات الأعيان ٣٧٨/٦ - ٣٨٨).

(٢) هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني بالولاء، أبو عبد الله، صاحب أبي حنيفة، دون فقهه، ونشر مذهبه، إمام بالفقه والأصول، عالم بالعربية، له مصنفات كثيرة منها: "الجامع الكبير" و"المبسوط" و"الحجة على أهل المدينة"، مات سنة ١٨٩ هـ. (الجواهر المضية ١٢٢/٣، ووفيات الأعيان ١٨٤/٤ - ١٨٥).

(٣) ينظر: الرد المحتار ٢٤٦/٤.

(٤) ينظر: تبصرة الحكام ١٦/١ - ١٧، وشرح ميارة ٩/٢، وفتح العلي المالك ٣٧٣/١.

(٥) ينظر: مغني المحتاج ٢٢٨/٣.

أحمد^(١)، وصححه شيخ الإسلام ابن تيمية^(٢)، وابن القيم^(٣)، وصوبه المرادوي^(٤) في الإنصاف^(٥).

القول الثاني: أن الشرط المتقدم لا تأثير له في العقد، بل هو كالوعد المطلق يستحب الوفاء به.

ذهب إلى ذلك أبو حنيفة^(٦)، والشافعية^(٧)، وهو قول عند الحنابلة^(٨)، وقول الظاهرية^(٩).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بأن الشرط المتقدم كالمقارن في ثبوته وتأثر العقد به، بأدلة من الكتاب والسنة، والمعقول.

(١) ينظر: الفتاوى الكبرى ٧٨/٣، ١٠٨/٤، والإنصاف ٣٨٩/٢٠، وكشاف القناع ٩٠/٥.

(٢) ينظر: الفتاوى الكبرى ٢٧١/٦، ومجموع الفتاوى ٣٥٣/٢٩.

(٣) ينظر: إعلام الموقعين ١٤٥/٣.

(٤) هو علي بن سليمان بن أحمد بن محمد المرادوي، علاء الدين، أبو الحسن، الحنبلي، فقيه

محدث أصولي، شيخ المذهب ومصححه، ومنقحه، صنف كتباً كثيرة منها: "الإنصاف"،

و"التنقيح المشبع" و"التحبير شرح التحرير" مات سنة ٨٨٥هـ.

(شذرات الذهب ٣٤٠/٧ - ٣٤١، والبدر الطالع ٤٤٦/١).

(٥) الإنصاف ٣٨٩/٢٠.

(٦) ينظر: بدائع الصنائع ١٧٦/٥، ورد المختار ١٢١/٤، ٢٤٦.

(٧) ينظر: الحاوي الكبير ٣١٢/٥، والمجموع ٣٧٤/٩، وتحفة المحتاج بهامش حواشي الشرواني

وابن قاسم ٢٩٦/٤، وحواشي الشرواني وابن قاسم على تحفة المحتاج ٣٠١/٤، ٣٠٢.

(٨) ينظر: مجموع الفتاوى ٣٥٣/٢٩، والفتاوى الكبرى ٧٨/٣، والروض المربع ص ٣١٨.

(٩) ينظر: المحلى ٤١٢/٨.

أولاً: من الكتاب:

الآيات التي فيها الأمر بالوفاء بالعقود والعهود، والذم للناقضين لعهودهم، الناكثين لها؛ كقول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، وقوله: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَتْ مَسْئُولاً﴾^(٢)، وقوله: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴿١﴾ كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾^(٣)، وقوله: ﴿فَمَنْ نَكَثَ فَإِنَّمَا يَنْكُثُ عَلَىٰ نَفْسِهِ﴾^(٤)، وقوله: ﴿وَلَا تَنْقُضُوا ءَلَيْمَنَ بَعَدَ تَوْكِيدِهَا﴾^(٥).

وجه الدلالة من الآيات: أن الله تعالى أوجب الوفاء بكل عقد وعهد، ولم يفرق بين عقد وعقد، وعهد وعهد، ومن شرط غيره في عقد على صفات اتفقا عليها، ثم تعاقدنا بناءً عليها، فإنه يقال: إنهما تعاقدنا على ذلك، كما يقال ذلك في حالة الشرط المقارن، والعرب لا يفهمون ولا يعقلون إلا ذلك، والقرآن نزل بلغة العرب، والأصل عدم نقل اللغة وتغييرها، ومن نكث الشرط المتقدم فهو ناكث، كمن نكث المقارن، لا تفرق العرب بينهما في ذلك^(٦).

ثانياً: من السنة:

قول النبي ﷺ: (المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً)^(٧).

(١) سورة المائدة، من الآية [١].

(٢) سورة الإسراء من الآية [٣٤].

(٣) سورة الصف الآيتان [٢-٣].

(٤) سورة الفتح من الآية [١٠].

(٥) سورة النحل من الآية [٩١].

(٦) ينظر: الفتاوى الكبرى ٦/٢٦٧-٢٦٨.

(٧) تقدم تخريجه ص ٦٩.

وجه الدلالة: أن الشرط المتقدم شرط كالمقارن، والمسلمون يفهمون ذلك، حتى إنه وقت الخصام يقول أحدهما لصاحبه: ألم يكن الشرط بيننا كذلك، ألم نشارطك على كذا، والأصل عدم نقل اللغة وتغييرها^(١).

ثالثاً: من المعقول:

[١] أن الرضا هو أساس صحة العقود، كما دل عليه قول الله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَجَرَّةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٢)، وكلام المتعاقدين دليل على رضاهما، فإذا تشارطا على أمر، ثم تعاقدنا، كان من المعلوم أن كلا منهما إنما رضي بالعقد على الشرط الذي اتفقا عليه أولاً، ومن ادعى أن أحدهما قد رضي بعقد مطلق خال عن شرط كان بطلان قوله معلوماً بالاضطرار، وإذا كانا رضيا بالعقد الذي تشارطا عليه من قبل، وملاك العقود هو الرضا، وجب أن يكون العقد ما رضيا به، وهو المشتمل على الشرط السابق، لا الخالي منه^(٣).

[٢] أن اعتبار الكلام المتقدم قيماً كان أو شرطاً واقع في خطاب جميع الخلق، بل في أفصح الكلام وأبلغه، فإن من مهد قاعدة بين بها مراده، فإنه يطلق الكلام ويرسله، وإنما يريد بذلك المقيد الذي تقدم، والمستمع يفهم ذلك منه، ويحمل كلامه عليه؛ كالعالم يقول مثلاً: يجوز للرجل أن يوصي بثلاث ماله، فلا يدخل في كلامه المجنون ونحوه؛ للعلم بأنه قرر في موضع آخر أن المجنون لا تنفذ تصرفاته.

(١) ينظر: الفتاوى الكبرى ٦/٢٦٨.

(٢) سورة النساء، من الآية [٢٩].

(٣) ينظر: الفتاوى الكبرى ٦/٢٦٩.

فكذلك الرجل يقول: بعت، وأنكحت - وقد اتفقا على شروط بينهما في البيع، أو النكاح - فإن هذا اللفظ وإن كان مطلقاً - في الظاهر - عن أي شرط، فهو مقيد بما تشارطا عليه من قبل، ومعنى كلامه: بعتك البيع الذي تشارطنا، وأنكحتك النكاح الذي تراضينا به، ومن جعل كلامه مطلقاً بعد تقدم المشاركة والمواطأة فقد خرج عن مقتضى قواعد خطاب الخلق وكلامهم في جميع إيجابهم ومقاصدهم^(١).

[٣] أن المبيع لو وصف بصفات عند التساوم، ثم بعد ذلك بزمن تعاقد كان العقد مبنياً على ما تقدم بينهما من الصفات، حتى إذا ظهر المبيع ناقصاً عن تلك الصفات كان للمشتري الفسخ، ولولا أن الصفة المتقدمة بالمقارنة لما وجب ذلك، ولا فرق بين اشتراط الصفة وغيرها من الشروط^(٢).

[٤] أن اعتبار الشرط المتقدم بالمقارن يسد باب التحايل على من يريد التوصل إلى الشروط المحرمة المفسدة للعقد شرعاً؛ لأنه لا يفرق في تأثر العقد بالشرط الفاسد بين الشرط المتقدم عليه وبين المقارن له، والقول بعدم اعتبار الشرط المتقدم يؤدي إلى فتح باب التحايل إلى الشروط المحرمة، إذ لا يعجز المتعاقدان إذا أرادوا عقداً حرمه الله ورسوله لما فيه من الشرط المحرم، أن يتفقا على ذلك الشرط قبل العقد، ثم يسكتا عن ذكره في صلب العقد ليتم غرضهما، ويحصل مقصودهما. ومن تأمل الشريعة حق التأمل علم أنه لا فرق بين الشرط المتقدم وبين المقارن: إذ مفسدة الشرط لم تزل بتقدمه على العقد، بل مفسدته مقارناً كمفسدته متقدماً، وكيف تفرق الشريعة بين متماثلين من كل

(١) ينظر: الفتاوى الكبرى ٦/٢٧٠.

(٢) ينظر: الفتاوى الكبرى ٦/٢٦٩.

وجه لافتراقهما في تقدم لفظ وتأخره، مع استواء العقدين في الحقيقة والمعنى، وهل هذا إلا أقرب الوسائل والذرائع إلى حصول ما قصد الشارع إعدامه وإبطاله، فنهى عنه وحرمه؟^(١).

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بأن الشرط المتقدم لا أثر له في العقد، ولا يلحق به بما يلي:
[١] أن حكم العقد إنما يستفاد من الإيجاب والقبول المنشئ للعقد، فيلزم اعتبار الصيغة والنظر إليها وحدها في ترتب الأحكام، فإن كانت مطلقة كان العقد مطلقاً تبعاً لذلك، وإن كانت مقيدة بشرط كان العقد مقيداً تبعاً لذلك، وما تقدم العقد من الشروط قد يغفل عنه المتعاقدان ولا يذكرانه حين العقد، فكيف نحكم باعتباره، ونقيد التصرف به؟ فكان الأولى اعتبار صيغة العقد؛ لأنها الأصل^(٢).

المناقشة: نوقش بأن استفادة حكم العقد من الصيغة لا يستلزم اعتبارها، والنظر إليها وحدها من غير التفات إلى ما تقدمها من شروط والتزامات وما يقارنها من قصود ونيات، وقد ثبت بالأدلة النقلية والعقلية المستندة إلى الشرع، أن الشرط المتقدم على العقد يجب اعتباره وتقييد العقد به؛ كالشرط المقارن^(٣).
[٢] ما يتفق المتعاقدان عليه قبل العقد، لا يكون شرطاً، وإنما يكون وعداً، أو خبراً، فلا يلحق بالعقد^(٤).

(١) ينظر: إعلام الموقعين ٣/١٤٥.

(٢) ينظر: رد المحتار ٤/٢٤٥، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ٥٢.

(٣) ينظر: نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ٥٣.

(٤) ينظر: الحاوي الكبير ٥/٣١٢.

المناقشة: نوقش بأن أهل اللغة والعرف متفقون على تسميته شرطاً، والمعاني الشرعية توافق ذلك^(١). والقصود معتبرة في العقود.

الترجيح:

يظهر - والله أعلم - رجحان القول الأول، لقوة أدلته، وظهور حجته، وضعف أدلة القول الآخر بما ورد عليها من المناقشة.

الفرع الثالث: ثبوت الشرط المتأخر عن العقد:

وأما الشرط المتأخر، وهو ما اتفق عليه المتعاقدان بعد إجراء العقد، فقد اختلف الفقهاء في التحاقه بالعقد، وتأثر العقد به على خمسة أقوال: القول الأول: أن الشرط المتأخر بعد العقد يلتحق بأصل العقد إن كان قبل لزومه - في زمن خيار المجلس^(٢)، أو الشرط^(٣) - ولا يلتحق بأصل العقد إن كان بعد لزومه واستقراره.

(١) ينظر: الفتاوى الكبرى ٧٨/٣.

(٢) الخيار في اللغة: "الاسم من الاختيار، وهو طلب خير الأمرين... (لسان العرب مادة "خير" ٢٦٧/٤). وفي الاصطلاح: "هو طلب خير الأمرين من إمضاء العقد، أو فسخه" (مغني المحتاج ٤٣/٢).

والمجلس في اللغة: "موضع الجلوس" (لسان العرب مادة "جلس" ٣٩/٦)، والمراد به: "مكان التباعد" (المطلع على أبواب المقنع ص ٢٣٤)، وخيار المجلس في الاصطلاح: "هو حق العاقد في إمضاء العقد، أو رده منذ التعاقد إلى التفرق، أو التخاير" (الموسوعة الفقهية الكويتية ١٦٩/٢٠). وينظر: الإقناع للشرييني ٢٦/٢ - ٢٧، والروض المربع ص ٣٢٣ - ٣٢٤.

(٣) الشرط في اللغة: "إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه" (لسان العرب مادة "شرط" ٣٢٩/٧). وخيار الشرط اصطلاحاً: أن يشترط العاقد الخيار مدة معلومة. (ينظر: المقنع مع المبدع ٦٧/٤).

ذهب إلى ذلك الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢).

القول الثاني: أن الشرط المتأخر بعد العقد يلتحق بأصل العقد إن كان قبل تمام العقد بالتفرق بالأبدان أو بالتخيير - في مدة خيار المجلس - ولا يلتحق بالعقد إن كان بعد تمام العقد بالتفرق أو بالتخيير.

ذهب إلى ذلك الظاهرية^(٣)، وهو وجه عند الشافعية^(٤).

القول الثالث: أن الشرط المتأخر بعد العقد ولو قبل لزومه التزام جديد، فلا يلتحق بأصل العقد.

ذهب إلى ذلك المالكية^(٥)، وهو وجه عند الشافعية^(٦).

القول الرابع: أن الشرط المتأخر يلتحق بأصل العقد، ولو بعد لزومه، فيصح ويلزم الوفاء به إن كان صحيحاً، ويبطل ويفسد العقد به إن كان فاسداً، كما لو اقترن بالعقد.

(١) ينظر: روضة الطالبين ٤١٢/٣ - ٤١٣، والمجموع ٣٧٤/٩، وتحفة المحتاج بهامش حواشي

الشرواني وابن قاسم ٢٩٦/٤، ٣٠١ - ٣٠٢.

(٢) ينظر: المغني ٣٠/٦، والشرح الكبير مع الإنصاف ٤٥١/١١ - ٤٥٢، والإنصاف مع

الشرح الكبير ٢٧٦/١١، ٣٨٩/٢٠، وكشاف القناع ٢٠٢/٣، ٩٠/٥، وحاشية النجدي

على منتهى الإرادات ٩٧/٤ - ٩٨.

(٣) ينظر: المحلى ٤١٢/٨.

(٤) ينظر: روضة الطالبين ٤١٣/٣، والمجموع ٣٧٤/٩.

(٥) ينظر: مواهب الجليل ٤٤٦/٣، وفتح العلي المالك ٣٦٩/١، وشرح ميارة ٢٨١/١،

والإشراف على مسائل الخلاف ٢٣٢/٢، وحاشية الدسوقي ٩٤/٣.

(٦) ينظر: روضة الطالبين ٤١٢/٣، والمجموع ٣٧٤/٩.

ذهب إلى ذلك أبو حنيفة^(١).

القول الخامس: أن الشرط المتأخر يلتحق بأصل العقد، ولو بعد لزومه، إن كان صحيحاً، فيصح ويلزم الوفاء به، ولا يلتحق بأصل العقد إن كان فاسداً. ذهب إلى ذلك أبو يوسف، ومحمد، وهو الأصح عند الحنفية^(٢).

الأدلة:

دليل القول الأول:

أن العقد قبل لزومه لم يستقر، ولكل واحد من المتعاقدين فسخه وإلغاؤه بدون رضا الآخر، وعليه فلكل واحد منهما أن يلحق به شرطاً من باب أولى، ويأخذ هذا الشرط حكم المقارن إذا اتفقا عليه. أما بعد لزوم العقد واستقراره، فلا يجوز تغيير آثاره وأحكامه^(٣)؛ لأن العقد سبب لحكمه وإذا وجد السبب وجد المسبب، وفي القول بالتحاق الشرط به تغيير لهذه الأحكام بعد لزومها واستقرارها، وذلك لا يجوز، كما لا يجوز القول بعدم وجوب الشيء إذا وجد سبب وجوبه.

دليل القول الثاني:

لم أطلع لهم على دليل، ودليل القول الأول يدل لهذا القول، وإنما لم يقل الظاهرية بجواز إلحاق الشرط في مدة خيار الشرط؛ لأنهم لا يرون جواز خيار

(١) ينظر: بدائع الصنائع ١٧٦/٥، والبحر الرائق ٩٤/٦، ورد المختار ١٢٠/٤، ٢٤٧.

(٢) ينظر: المصادر السابقة.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير ٢٨١/٥، والمغني ٣٠/٦، وكشاف القناع ٩٠/٥، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ٥٨.

الشرط أصلاً، بخلاف أكثر العلماء^(١).

وأما من قال بهذا القول من الشافعية - وهم يقولون بخيار الشرط - فلم أطلع لهم على دليل يفرق بين خيار المجلس وبين خيار الشرط في جواز الإلحاق، ويمكن أن يقال: إنهم لا يرون إلحاق الشرط بعد العقد أصلاً، وإنما جاز ذلك في المجلس استثناء لعدم طول الفصل غالباً، فيأخذ الشرط فيه حكم المذكور في العقد - والله أعلم -.

دليل القول الثالث:

أن إلحاق الشرط بالعقد تقيده له، فيشترط أن يكون مذكوراً في العقد؛ كالاستثناء في الكلام يشترط اتصاله به^(٢)، ويؤيد ذلك - عند المالكية - أن العقد يلزم بالإيجاب والقبول، ولذا لا يثبت فيه خيار المجلس^(٣).

المناقشة: نوقش بأن قياس الشرط على الاستثناء قياس مع الفارق؛ ذلك أن الاستثناء إنما اشترطت مقارنته واتصاله بالمستثنى منه؛ لأنه كلام لا يستقل بنفسه في الإفادة، وأما الشرط فإنه يستقل بنفسه في الإفادة، فلا يشترط اقترانه بالعقد^(٤).

(١) ذهب أكثر العلماء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة إلى جواز خيار الشرط، وذهب الظاهرية إلى بطلانه. (ينظر: شرح فتح القدير ٤٩٨/٥، وبداية المجتهد ٣٦٧/٢ - ٣٦٨، والمجموع ١٩٠/٩، والمغني ٣٨/٦، والمحلى ٣٧٠/٨ - ٣٧٨).

(٢) ينظر: الإشراف على مسائل الخلاف ٢٣٢/٢.

(٣) ينظر: الاستذكار ٢٢٦/٢٠ - ٢٣٩، والذخيرة للقرافي ٢٠/٥ - ٢٣.

(٤) ينظر: التحبير شرح التحرير ٢٥٦٠/٦، والمهذب في علم أصول الفقه ١٦٧١/٤، ونظرية

الشروط المقترنة بالعقد ص ٥٣.

وأما القول بأن العقد يلزم بالإيجاب والقبول ولا يثبت فيه خيار المجلس عند الملكية، فهو منتقض عليهم بخيار الشرط، فإن العقد فيه لا يلزم إلا بانقضاء المدة، أو الاختيار^(١).

وأيضاً لا يسلم عدم ثبوت خيار المجلس، بل الراجح ثبوته، وهو رأي أكثر أهل العلم من الصحابة ومن بعدهم^(٢).

دليل القول الرابع:

أن العاقدين يملكان فسخ العقد - إن كان المحل قابلاً - فالتغيير بالشرط اللاحق أولى؛ لأن التغيير تبديل الوصف، والفسخ رفع الأصل والوصف^(٣).
 المناقشة: يناقش بأن فسخ العقد بعد لزومه التزام جديد، فلا يلتحق بأصل العقد، بل هو بمنزلة عقد آخر، وكذلك الالتزام بشرط لاحق التزام جديد، فلا يجوز إلحاقه بأصل العقد بعد لزومه واستقراره. ووجوب الالتزام بما يتفقان عليه بعد لزوم العقد لا يقتضي إلحاقه بأصل العقد بعد ثبوته واستقراره، ألا ترى أنه يجوز للبائع بثمن معلوم أن يحط عن المشتري الثمن كله، أو بعضه بعد لزوم العقد، ولا يقال بأنه باعه بلا ثمن، أو بما أخذ منه من الثمن، وإنما يقال: تصالحا على كذا وكذا، أو تنازل عن كذا وكذا من الثمن، وكل ذلك لا يلتحق بأصل العقد.

(١) ينظر: التلقين ٣٦٤/٢، والتفريع ١٧١/٢، والقوانين الفقهية ص ٢٣٤.

(٢) ينظر: شرح فتح القدير ٤٦٤/٥ - ٤٦٦، والاستذكار ٢٠/٢٢٦ - ٢٣٩، والحاوي الكبير

٣٠/٥ - ٣٨، والمجموع ١٨٤/٩ - ١٨٨، والمغني ١٠/٦ - ١٢، والمحلى ٣٥١/٨ - ٣٥٨.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ١٧٦/٥.

دليل القول الخامس:

أن إلحاق الشرط الفاسد بالعقد، يغير العقد من الصحة إلى الفساد، فلا يصح، فيبقى العقد صحيحاً كما كان؛ لأن العقد كلام لا بقاء له، والالتحاق بالمدوم لا يجوز، فكان ينبغي ألا يصح الإلحاق أصلاً، إلا أن إلحاق الشرط الصحيح جاز للحاجة إليه، ولا حاجة إلى إلحاق الشرط الفاسد ليفسد العقد، ولهذا لم يصح قرانه بالعقد^(١).

المناقشة: يناقش بما نوقش به دليل القول السابق، وأيضاً، فإنه لا دليل على التفريق بين الشرط الصحيح وبين الشرط الفاسد في الإلحاق، فإذا لحق الشرط الصحيح بأصل العقد، لحق الشرط الفاسد؛ كما لو اقترن بالعقد. والحاجة إلى الشرط الصحيح تندفع بإيجاب الوفاء بما اتفقا عليه من شرط بعد لزوم العقد؛ بناءً على أنه التزام مستقل، غير لاحق بأصل العقد^(٢).

الترجيح:

يظهر - والله أعلم - رجحان القول الأول؛ لقوة دليله، وضعف أدلة الأقوال الأخرى بما ورد عليها من المناقشة.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ١٧٦/٥.

(٢) ينظر: نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ٥٧.

المبحث الثاني

أقسام الشروط في العقود

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

أقسام الشروط في العقود من حيث الصحة وعدمها

اتفق الفقهاء على أن الشروط في العقود، تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: شروط صحيحة، تصح في العقد ويلزم الوفاء بها.

القسم الثاني: شروط غير صحيحة.

وتنقسم الشروط غير الصحيحة عند الفقهاء - عدا الظاهرية - إلى قسمين:

القسم الأول: شروط فاسدة تفسد العقد الذي تقترن به.

القسم الثاني: شروط فاسدة في نفسها، ولا تفسد العقد الذي تقترن به، بل

يصح العقد ويبطل الشرط.

ومع اتفاق الفقهاء على هذا التقسيم، إلا أنهم مختلفون اختلافاً كثيراً في

أعيان الشروط التي تدخل تحت كل قسم من هذه الأقسام، ولذلك سأفرد كل

مذهب بتقسيمه الخاص به، وذلك في المسائل الآتية:

المسألة الأولى: أقسام الشروط عند الحنفية:

قسم الحنفية الشروط المقترنة بالعقد إلى ثلاثة أقسام:

قسم العقد والشرط جائزان (الشروط الصحيحة)، وقسم كلاهما

فاسدان (الشروط الفاسدة)، وقسم العقد جائز والشرط باطل (الشروط

الباطلة^(١).**القسم الأول: الشروط الصحيحة:**

وهذه الشروط أربعة أنواع: الشرط الذي يقتضيه العقد، الشرط الذي يلائم مقتضى العقد، الشرط الذي ورد الشرع بجوازه، الشرط المتعارف (الذي جرى تعامل الناس به).

الأول: الشرط الذي يقتضيه العقد:

وهو ما يجب بالعقد من غير شرط^(٢)، كشرط الملك للمشتري في المبيع، وشرط تسليم الثمن للبائع، وشرط حبس المبيع على الثمن، وشرط تسليم المبيع، وكذا اشتراط كل حكم يجب بمقتضى العقد. وهذا الشرط لا يثبت شيئاً زائداً على حكم العقد ومقتضاه، وإنما هو بيان وتأكيد له^(٣)، وعلى هذا فاشتراط هذا الشرط، وعدم اشتراطه سواء.

الثاني: الشرط الذي يلائم مقتضى العقد:

وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد، ولكنه يؤكد ما يجب بالعقد ويقرره^(٤). وذلك كاشتراط البائع على المشتري أن يعطيه رهناً معيناً بالثمن المؤجل، أو

(١) ينظر: المبسوط ١٣/١٤-١٥، وبدائع الصنائع ٥/١٦٩-١٧٢، والهداية ٣/٥٣-٥٤،

وشرح العناية على الهداية ٦/٧٦-٧٨، والاختيار لتعليل المختار ٢/٢٥.

(٢) ينظر: الكفاية بهامش فتح القدير ٦/٧٧، والبحر الرائق ٦/٩٢.

(٣) ينظر: المبسوط ١٣/١٤، وبدائع الصنائع ٥/١٧١، وشرح العناية على الهداية ٦/٧٧،

وشرح فتح القدير ٦/٧٨.

(٤) ينظر: البحر الرائق ٦/٩٢، ورد المختار ٤/١٢١، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ١٠٤.

أن يأتيه بكفيل معين به، فإن كلاً من الرهن، والكفالة لا تجب بالبيع من غير شرط، واشتراطها يؤكد ما يجب به، وهو الثمن، فإن كلاً من الرهن، والكفالة توثيق للثمن، وضمنان للحصول عليه، فيكونان ملائمين لهذا العقد.

وهذا الشرط إنما جاز عند الحنفية استحساناً، «والقياس أن لا يجوز، لأن الشرط الذي يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل، وشرط الرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد، فكان مفسداً، إلا أنا استحسنا الجواز؛ لأن هذا الشرط وإن كان مخالفاً لمقتضى العقد صورة، فهو موافق له معنى، لأن الرهن بالثمن شرع توثيقاً للثمن، وكذا الكفالة، فإن حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة، فكان كل واحد منهما مقررًا لمقتضى العقد معنى، فأشبهه اشتراط صفة الجودة للثمن، وأنه لا يوجب فساد العقد فكذا هذا»^(١).

ومن الشرط الملائم اشتراط صفة في المبيع، أو الثمن، كاشتراط كون العبد كاتباً، أو خياطاً، واشتراط كون الثمن من نقد كذا، ونحو ذلك^(٢). فإن هذا محقق لرغبة المشتري ورضاه بالعقد^(٣).

الثالث: الشرط الذي ورد الشرع بجوازه.

وهو شرط لا يقتضيه العقد^(٤)، ولا يلائم مقتضاه، ولكن ورد النص الشرعي بجوازه على خلاف القياس رخصة وتيسيراً^(٥).

(١) بدائع الصنائع ١٧١/٥.

(٢) ينظر: البحر الرائق ٩٢/٦، ورد المختار ١٢١/٤.

(٣) ينظر: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمحمد شلبي ص ٤٧٨.

(٤) ينظر: شرح فتح القدير ٧٨/٦.

(٥) ينظر: المبسوط ١٧/١٣، وبدائع الصنائع ١٧٤/٥، وشرح فتح القدير ٧٨/٦، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ١٠٥.

وذلك كاشتراط الخيار، والأجل^(١)، فاشتراط الخيار جائز للعاقدين، أو أحدهما مدة ثلاثة أيام - عند أبي حنيفة وزفر - في البيع ونحوه، وكذا اشتراط تأجيل الثمن في البيع، والمهر في النكاح إلى أجل معين، لورود الأخبار التي تدل على جواز ذلك وصحته^(٢).

وهذا الشرط إنما صح استحساناً لورود النص به، وفي القياس لا يصح؛ لأنه يخالف مقتضى العقد، فإن مقتضى عقد المعاوضة اللزوم، وثبوت الملك في الحال، إذ هو تمليك بتمليك وتسليم بتسليم، واشتراط الخيار والتأجيل ينافي ذلك، فكان مخالفاً لمقتضى العقد^(٣).

الرابع: الشرط المتعارف:

وهو الشرط الذي جرى به عرف الناس في تعاملهم، وإن كان لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، ولم يرد النص به^(٤).
وذلك كشراء نعل على أن يحذوها البائع، أو جراب على أن يخزئه له خفاً^(٥)، ونحو ذلك من الشروط التي جرى بها عرف الناس في معاملاتهم.

(١) ينظر: الكفاية على الهداية ٧٧/٦، وشرح فتح القدير ٧٨/٦، وتبيين الحقائق ٥٧/٤، والبحر الرائق ٩٢/٦.

(٢) ينظر: المبسوط ٢٦-٢٧/١٣، ٤٠-٤١، وبدائع الصنائع ١٧٤/٥، والهداية ٣١/٣، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ١٠٥.

(٣) ينظر: المبسوط ٤٠-٤١/١٣، وبدائع الصنائع ١٧٤/٥.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع ١٧٢/٥، وشرح فتح القدير ٧٨/٦، والكفاية على الهداية ٧٧/٦، والبحر الرائق ٩٥/٦، ورد المختار ١٢٣/٤، ورسائل ابن عابدين (رسالة نشر العرف) ١٢١/٢.

(٥) ينظر: المبسوط ١٤/١٣، وبدائع الصنائع ١٧٢/٥.

والقياس فساد هذا الشرط ؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، وكل شرط كذلك يفسد العقد^(١) . وإنما جاز استحساناً ؛ لأن الناس تعارفوا هذا الشرط ، وتعاملوا به ، والثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ، والعرف قاض على القياس ؛ لكونه إجماعاً فعلياً ، فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع ، ولأن في النزوع عن العادة حرجاً بيناً ، بخلاف ما لم تجر العادة به ، فيبقى على أصل القياس^(٢) .

فإن قيل : إنهم قد صرحوا بفساد البيع بشرط لا يقتضيه العقد ، وفيه نفع لأحد المتعاقدين ، واستدلوا على ذلك بنهي ﷺ عن بيع وشرط^(٣) . وإذا لم يفسد الشرط المتعارف العقد ، يلزم أن يكون العرف قاضياً على الحديث .

أجيب : بأن العرف ليس بقاض على الحديث بل على القياس ، لأن الحديث معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به ، وهو قطع المنازعة ، والعرف ينفي النزاع ، فكان موافقاً لمعنى الحديث ، فلم يبق من الموانع إلا القياس ، والعرف قاض عليه^(٤) .

القسم الثاني : الشروط الفاسدة :

وهي كل شرط لا يقتضيه العقد ، ولا يلائمه ، ولم يرد الشرع بجوازه ، ولم يجز العرف به ، وكان فيه منفعة لأحد المتعاقدين ، أو للمعقود عليه إذا كان من

(١) ينظر : المبسوط ١٣/١٥ ، وبدائع الصنائع ٥/١٧٢ ، والبحر الرائق ٦/٩٥ ، وشرح العناية على الهداية ٦/٨٥ .

(٢) ينظر : المصادر السابقة .

(٣) تقدم تخريجه ص ٧٩ .

(٤) ينظر : شرح العناية على الهداية ٦/٧٧ ، ورد المختار ٤/١٢٣ .

أهل الاستحقاق "وهو الآدمي"^(١).

وهذا القسم من الشروط يؤثر في العقد بالفساد، فلا يترتب على انعقاده أي أثر ما لم يحصل القبض، إذا كان العقد من عقود المعاوضات المالية، كالبيع والإجارة، وأما إذا كان العقد من غيرها، كعقود المعاوضات غير المالية، كالنكاح والطلاق على مال والخلع، أو عقود التبرعات، كالهبة والوديعة والعارية ونحوها، فلا يؤثر فيها بالفساد، بل يلغو الشرط وحده، ويبقى العقد صحيحاً يترتب عليه أثره^(٢).

ومن أمثلة ذلك: ما إذا اشترى شيئاً وشرط على البائع أن يحمله إلى منزله، أو ثوباً وشرط عليه خياطته، أو حباً وشرط عليه طحنه، أو باع داراً وشرط على المشتري أن يسكنها شهراً، أو دابة وشرط ركوبها إلى مكان معلوم، أو شرط أحد المتبايعين على الآخر أن يقرضه، أو يهبه، أو يبيعه، أو باع عبداً وشرط على المشتري أن لا يبيعه، أو أمة واشترط عليه أن يدبرها، أو يستولدها، فالبيع في جميع هذه الأمثلة فاسد^(٣).

ذلك أن الشرط باطل في نفسه، لنهي النبي ﷺ عن بيع وشرط^(٤)، وفساد البيع المقترن به معلول بعلتين:

(١) ينظر: المبسوط ١٣/١٥، ١٨، وبدائع الصنائع ٥/١٦٩، والهداية ٣/٥٤-٥٥، وتبيين الحقائق ٤/٥٧، والبحر الرائق ٦/٩٢-٩٣.

(٢) ينظر: تبين الحقائق ٤/١٣١، والبحر الرائق ٦/١٩٤-١٩٥، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ١١٣.

(٣) ينظر: المبسوط ١٣/١٦، ١٨، والهداية ٣/٥٤، وبدائع الصنائع ٥/١٦٩، والبحر الرائق ٦/٩٣.

(٤) ينظر: المبسوط ١٣/١٥، والحديث سبق تخريجه ص ٧٩.

الأولى: أن المنفعة التي يشتمل عليها الشرط زيادة ليس في مقابلها عوض، فيؤدي إلى الربا^(١) «لا يقال لا تطلق الزيادة إلى على المجانس للمزيد عليه، والمشروط منفعة فكيف يكون ربا؛ لأنه مال جاز أخذ العوض عليه، ولم يعوض عنه بشيء فكان ربا»^(٢).

وإن كان في مقابل المنفعة المشروطة بعض العوض، فهو إجارة مشروطة في البيع، أو كان الشرط عقداً آخر، فذلك مفسد للعقد لنهي النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة^(٣).

الثانية: أن الشرط باطل في نفسه، والمتفع به غير راض بدونه، فيقع بسببه المنازعة، فيعزى العقد عن مقصوده، لأن المقصود من شرع الأسباب للمعاملات قطع النزاع، ليختص به المباشر للسبب^(٤).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ١٦٩/٥، والهداية ٥٣/٣، وشرح العناية على الهداية ٧٧/٦.

(٢) شرح العناية على الهداية ٧٧/٦.

(٣) ينظر: المبسوط ١٦/١٣، ١٨، والهداية ٥٤/٣، والحديث أخرجه الترمذي في سننه في كتاب البيوع، ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة ٥٣٣/٣ رقم (١٢٣١). وقال: "حديث حسن صحيح"، والنسائي في كتاب البيوع، باب بيعتين في بيعة ٢٩٥/٧ رقم (٤٦٣٢)، وابن حبان في صحيحه بترتيب ابن بلبان، في كتاب البيوع، باب البيع المنهي عنه ٣٤٧/١١ رقم (٤٩٧٣). قال شعيب الأرنؤوط: "إسناده حسن"، والبيهقي في السنن الكبرى، في كتاب البيوع، باب النهي عن بيعتين في بيعة ٣٤٣/٥، والإمام أحمد في المسند ٤٣٢/٢، ٤٧٥، ٥٠٣، كلهم من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه -، وحسنه الألباني في إرواء الغليل ١٤٩/٥.

(٤) ينظر: المبسوط ١٥/١٣، والهداية ٥٣/٣، وشرح العناية على الهداية ٧٧/٦، وتبيين الحقائق ٥٧/٤.

فإن كان الشرط الفاسد في غير عقود المعاوضات المالية، كما لو شرط الواهب على الموهوب له أن ينتفع هو بالعين الموهوبة، أو وهبه عبداً وشرط عليه أن لا يبيعه ونحو ذلك، صح العقد وبطل الشرط، لأن الربا هو الزيادة العارية عن العوض، وذلك يختص بالمعاوضات المالية دون غيرها^(١).

ومن هذا القسم الشرط الذي ورد النهي عنه، أو المؤدي للغرر والجهالة. كشرط الربا، كما لو باعه درهماً بدرهم إلى أجل، وكاشتراط صفة محرمة، كما لو اشترى جارية على أنها مغنية، وكاشتراط ما فيه غرر وجهالة، كما لو اشترى شاة على أنها تحلب كذا، فهذه الشروط فاسدة، ومفسدة للعقد، لأنه قد ورد تحريمها والنهي عنها^(٢)، كقول الله تعالى في الربا: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٣)، وفي الغرر: نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر^(٤)، ولأن شرط ما فيه جهالة وغرر يؤدي إلى المنازعة والاختلاف، وكل شرط أدى إلى ذلك فهو

(١) ينظر: تبين الحقائق ١٣١/٤، والبحر الرائق ١٩٤/٦.

(٢) ينظر: المبسوط ١٣/١٩-٢٠، وبدائع الصنائع ١٦٨/٥-١٦٩، ١٧٥-١٧٦، والكفاية

٧٠/٦، والهداية مع شرح فتح القدير ٨٨/٦، وتبين الحقائق ١٣١/٤، ونظرية الشرط

للشاذلي ص ١٨-١٩٢.

(٣) سورة البقرة من الآية (٢٧٥).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة، والبيع الذي فيه غرر

رقم ١١٥٣/٣، وأبو داود في سننه في كتاب البيوع، باب في بيع الغرر ٢٧٤/٢

رقم (٣٣٧٦)، والترمذي في سننه في كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الغرر ٥٣٢/٣

رقم (١٢٣٠)، والنسائي في سننه في كتاب البيوع، بيع الحصاة ٢٦٢/٧ رقم (٤٥١٨)، وابن

ماجة في سننه في كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر ٣٧٩/٢

رقم (٢١٩٤)، وأحمد في المسند ٢٥٠/٢ رقم (٧٤٠٥) كلهم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

فاسد مفسد للعقد^(١).

القسم الثالث: الشروط الباطلة:

وهي كل شرط لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، ولم يرد به الشرع، ولم يجر به عرف، وفيه مضرة لأحدهما، أو ليس فيه منفعة ولا مضرة لأحد، أو فيه منفعة لغير المتعاقدين والمبيع إذا كان آدمياً^(٢).

وذلك كاشتراط البائع على المشتري أن لا يبيع المبيع، ولا يهبه، ولا يلبس الثوب، ولا يركب الدابة، وكاشتراط صاحب العمل على الأجير أن يعمل بآلة خاصة مما يقوم غيرها مقامها، وكاشتراط المشتري على البائع أن يقرض شخصاً آخر، أو يهبه^(٣).

وهذا الشرط لا أثر لاشتراطه في العقد، بل يصح العقد ويلغو الشرط؛ لأن فساد البيع بالشرط الفاسد لأجل الربا، وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض، أو لأجل ما يحصل بسببه من المنازعة ولم يوجد في هذا الشرط، لخلوه عن الفائدة التي تعود على المشتري فلم يتحقق الربا، ولعدم توجه المطالبة بما لا منفعة فيه، والعقد إنما يوجب حقاً للمتعاقدين، أما الأجنبي فلا يوجب له العقد حقاً، فلا تتحقق المنازعة، فيلغو الشرط لفساده في نفسه، ويبقى العقد صحيحاً^(٤).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ١٦٩/٥، والعناية ٨٦/٦.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ١٧٠/٥، والاختيار لتعليل المختار ٢٥/٢، والهداية ٥٣/٣، والبحر الرائق ٩٣/٦، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ١١٦.

(٣) ينظر: المصادر السابقة.

(٤) ينظر: المبسوط ١٥/١٣، وبدائع الصنائع ١٧٠/٥، والهداية ٥٣/٣-٥٤، وشرح العناية ٧٨/٦، والاختيار ٢٥/٢.

المسألة الثانية: أقسام الشروط عند المالكية:

قسم المالكية الشروط المقترنة بالعقد إلى ثلاثة أقسام، شروط تصح هي والعقد معاً، وشروط تبطل هي والعقد معاً، وشروط تبطل ويصح العقد^(١).

القسم الأول: الشروط الصحيحة:

وهي كل شرط لم يرد في الشرع نهي عنه، وخلا من الربا والغرر المؤثر في الثمن أو المثلن، ولم يناقض مقتضى العقد إلا شرطاً فيه معنى من معاني البر، وخلا من التحجير على المالك في ملكه، إلا ما كان يسيراً، أو ضماناً للوفاء بحكم العقد، وفيه مصلحة لأحد المتعاقدين^(٢).

وعند التأمل نجد المالكية ينطلقون في تصحيح الشروط من قاعدة أن الأصل في الشروط الصحة والجواز، ما لم يرد في الشرع وقواعده ما يدل على التحريم والمنع، ولذا يرون صحة كل شرط لا يؤدي إلى الربا أو الغرر في الثمن أو المثلن، بل حتى إن وجد شيء من ذلك وكان قليلاً لم يؤثر في صحة الشرط والعقد، وإن كان متوسطاً صح العقد وبطل الشرط، وإن كان كثيراً بطل الشرط والعقد معاً^(٣)، ولا يجعلون حديث النهي عن بيع وشرط أصلاً في إبطال الشروط، بل حملوه على ما يناقض مقتضى العقد، أو يخل بالثمن^(٤). والمناقض لمقتضى العقد - عندهم - ليس هو ما يخالف مقتضى العقد (ما لا

(١) ينظر: بداية المجتهد ٢/٢٨٠، والمقدمات الممهدة ٢/٦٦-٦٧.

(٢) ينظر: المقدمات الممهدة ٢/٦٦-٦٧، وبداية المجتهد ٢/٢٨٠، والقوانين الفقهية ص ٢٢٣،

وحاشية الدسوقي ٣/٦٥-٦٦، وحاشية البناني على شرح الزرقاني ٥/٨٩، والخرشي

٥/٨٠-٨٢، ومواهب الجليل ٤/٣٧٣، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ٣٣٩.

(٣) ينظر: بداية المجتهد ٢/٢٨٠، والمقدمات الممهدة ٢/٦٧.

(٤) ينظر: الخرشي على خليل ٥/٨٠.

يقتضيه العقد) كما عند الحنفية، بل هو ما لا يتم معه المقصود من العقد^(١). فيصح عندهم الشرط الذي يخالف مقتضى العقد إذا لم يناقض المقصود منه أصلاً، بخلاف الحنفية الذين صححوا الملائم، والمتعارف من ذلك استحساناً، أخذاً بمقتضى العقد.

فيدخل في الشروط الصحيحة عند المالكية ما يلي:

[١] الشرط الذي يقتضيه العقد، وهو ما يلزم بالعقد من غير شرط، كشرط تسليم المبيع للمشتري، والرد بالعيب، فهذا يقضى به ولو لم يشترط ويتأكد بالشرط^(٢).

[٢] الشرط الذي يحقق مصلحة للعقد (الملائم لمقتضى العقد)، كشرط الرهن، والكفيل. فهذا الشرط لا يقتضيه العقد، ولا ينافي مقتضاه، بل يلائمه، إذ يوثق موجب العقد ويؤكدده، ولا معارض له من جهة الشرع، ولذلك كان شرطاً صحيحاً يلزم الوفاء به^(٣).

[٣] الشرط الذي لا يقتضيه العقد، ولا ينافي مقتضاه، وفيه مصلحة لأحد المتعاقدين، كشرط الأجل، والخيار^(٤)، وكان يشترط المشتري على البائع أن يخيط الثوب، أو يحمل المتاع ونحو ذلك^(٥).

(١) ينظر: مواهب الجليل ٣٧٣/٤.

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي ٦٥/٣، والخرشي على خليل ٨٠/٥، وحاشية البناني على الزرقاني ٨٩/٥، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ٣٣٩.

(٣) ينظر: الخرشي على خليل ٨٠/٥، ٨٢، وحاشية الدسوقي ٦٥/٣، وحاشية البناني على الزرقاني ٨٩/٥، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ٣٣٩.

(٤) ينظر: المصادر السابقة.

(٥) ينظر: بداية المجتهد ٢٨٦/٢، والشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٥/٤، ومواهب الجليل ٣٩٦/٥، والخرشي على خليل ٤/٧.

[٤] الشرط الذي يحقق مصلحة لأحد المتعاقدين باستثناء منفعة المعقود عليه مدة يسيرة، كأن يبيع داراً ويشترط سكنها أشهراً معلومة، أو دابة ويشترط ركوبها أياماً يسيرة، أو إلى مكان قريب، ونحو ذلك. فهذا الشرط لا ينافي مقتضى العقد منافاة تامة؛ لأنه لا يمنع المشتري من التصرف في ملكه منعاً تاماً، إذ هو منع جزئي، ولا تأثير له في الثمن، فيصح^(١).

[٥] الشرط الذي يحقق مصلحة لأحد المتعاقدين بالمنع من التصرف في المعقود عليه مدة معلومة. أو بالمنع من تصرف خاص. فمثال الأول أن يبيع سلعة بثمن مؤجل، ويشترط على المشتري أن لا يبيع، ولا يهب حتى يعطي الثمن، لأن ذلك بمنزلة الرهن^(٢). ومثال الثاني أن يبيع داراً ويشترط على المشتري أن لا يبيعها من فلان، أو من نفر قليل؛ لأن ذلك يحقق مصلحة مقصودة للبائع، كدفع ضرر عنه، ولا ينافي مقتضى العقد منافاة تامة؛ لأنه لا يمنع المشتري من التصرف في ملكه منعاً تاماً، وإنما يمنعه منعاً جزئياً^(٣).

[٦] اشترط معنى من معاني البر، كما لو باع عبداً واشترط تنجيز عتقه، أو باع شيئاً واشترط وقفه، أو هبته، أو التصديق به، وهذا الشرط ينافي مقتضى العقد؛ لأن العقد يقتضي ثبوت ملك المشتري على المبيع، وحق التصرف فيه، وهذا

(١) ينظر: المقدمات الممهدة ٦٧/٢، وبداية المجتهد ٢٨١/٢، والقوانين الفقهية ص ٢٢٣، وفتح العلي المالك ٣٣٨/١، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ٣٣٩.

(٢) ينظر: مواهب الجليل ٣٧٣/٤، وبداية المجتهد ٢٨٢/٢.

(٣) ينظر: مواهب الجليل ٣٧٣/٤، وفتح العلي المالك ٣٤٩/١، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ٣٥٨.

الشرط يمنع من ذلك ، ولكن جاز ذلك استثناءً لتشوف الشارع إلى أعمال البر^(١).

القسم الثاني: الشروط الباطلة التي تبطل العقد؛

وهي كل شرط يناقض مقتضى العقد ، أو يؤول العقد به إلى الإخلال بشرط من الشروط المشترطة لصحة العقد ، كالمشتمل على الربا أو الغرر المؤثر^(٢) ، أو كان الشرط محرماً^(٣).

فالشرط المناقض هو ما لا يتم معه المقصود من العقد ، كشرط أن لا يبيع ، ولا يهب ، ولا يركب ، ولا يلبس ، ولا يسكن ، فيبطل الشرط والعقد معاً ، إلا أن يسقط المشترط شرطه فيصح العقد^(٤).

والمشتمل على الربا كالبيع بشرط الإقراض ، فيبطل ويبطل العقد معه^(٥).
والمشتمل على الغرر أو الجهالة كشرط الخيار مدة مجهولة ، أو تأجيل الثمن مدة مجهولة فيبطل الشرط والعقد معاً للجهالة^(٦).

(١) ينظر: بداية المجتهد ٢/٢٨١ ، والخرشي على خليل ٥/٨٠-٨١ ، ومواهب الجليل ٤/٣٧٤-٣٧٥ ، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ٣٥٢ ، ٣٥٦ ، وفتح العلي المالك ١/٣٤٥ ، ٣٤٨.

(٢) ينظر: المقدمات الممهدة ٢/٦٧ ، والقوانين الفقهية ص ٢٢٣ ، والخرشي على خليل ٥/٨٠ ، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ٣٤٥ ، ٣٥٠ ، وفتح العلي المالك ١/٣٤١ ، ٣٤٤.

(٣) ينظر: البهجة شرح التحفة ٢/١٤ ، وحلى المعاصم شرح التحفة ٢/١٤.

(٤) ينظر: القوانين الفقهية ص ٢٢٣ ، والخرشي على خليل ٥/٨٠ ، ومواهب الجليل ٤/٣٧٣ ، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ٣٥٠.

(٥) ينظر: بداية المجتهد ٢/٢٨٢-٢٨٣ ، والخرشي على خليل ٥/٨٢.

(٦) ينظر: الخرشى على خليل ٥/٨٠ ، وفتح العلي المالك ١/٣٤١ ، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ٣٤٥.

والشروط المحرم، كمن اشترى جارية على أن تكون مغنية، أو داراً على أن تكون مجمعاً للفساد، فيبطل الشرط والعقد معاً^(١).

واستدلوا على بطلان هذه الشروط وبطلان العقد معها، بنهي النبي ﷺ عن بيع وشرط^(٢). إذ حملوه على الشرط المناقض لمقتضى العقد، والشرط الذي يخل بالثمن^(٣).

القسم الثالث: الشروط الباطلة التي لا تبطل العقد:

وهي كل شرط خالف النص، أو أدى إلى إسقاط حق من حقوق العقد، أو لا غرض فيه ولا مالية^(٤). وضابط ذلك أن يكون الشرط خفيفاً فلم تقع له حصة من الثمن، فيصح العقد ويبطل الشرط^(٥).

فالشروط المخالف للنص كأن يبيع أمة أو عبداً، ويشترط أنه متى عتق كان له ولاؤه دون المشتري للحديث الوارد في قصة بريرة^(٦)، وفيه أن النبي ﷺ قال: (اشترىها، واشترط ليهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق)^(٧). فأبطل شرط الولاء، ولم يبطل البيع^(٨).

(١) ينظر: البهجة شرح التحفة ١٤/٢، وحلى المعاصم شرح التحفة ١٤/٢.

(٢) سبق تخريجه ص ٧٩.

(٣) ينظر: الخرشني على خليل ٨٠/٥.

(٤) ينظر: الذخيرة ٥٣/٥، وحاشية البناني على شرح الزرقاني ٨٩/٥-٩٠، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ٣٨١.

(٥) ينظر: المقدمات الممهدة ٦٧/٢، والقوانين الفقهية ص ٢٢٣، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ٣٦٥، وفتح العلي المالك ٣٥٢/١، ٣٦٠.

(٦) هي: بريرة مولاة عائشة رضي الله عنها اشترتها عائشة فأعتقتها، وكانت تخدمها قبل أن تشتريها، وقصتها في ذلك في الصحيحين. (الإصابة ٢٩/٨).

(٧) تقدم تخريجه ص ٧٧.

(٨) ينظر: بداية المجتهد ٢٨١/٢.

والشرط المؤدي إلى إسقاط حق من حقوق العقد، كاشتراط عدم الرد بالعيب، فيلغو الشرط ويصح العقد^(١)، لأن تأثير الشرط على العقد محدود أو معدوم، لأنه لا يؤدي إلى خلل في ثمن، ولا جهالة، ولا يمنع من التصرف في الملك^(٢). والشرط الذي لا غرض فيه ولا مالية، كما لو اشترى عبداً على أنه أمي فيجده كاتباً، أو أنه جاهل فيجده عالماً، فالمعروف من المذهب أن الشرط يلغو ويصح العقد^(٣).

المسألة الثالثة: أقسام الشروط عند الشافعية:

تنقسم الشروط المقترنة بالعقد عند الشافعية إلى ثلاثة أقسام، شروط صحيحة يلزم الوفاء بها، وشروط باطلة تبطل العقد، وشروط باطلة لا تبطل العقد، بل تلغو ويصح العقد.

القسم الأول: الشروط الصحيحة.

وهي كل شرط يقتضيه العقد، أو يلائم مقتضاه، أو ورد النص به. فالشرط الذي يقتضيه العقد، كاشتراط التسليم، والانتفاع، والرد بالعيب، وما أشبهها فهذه الشروط واجبة بالعقد، واشتراطها تأكيد وبيان لما يقتضيه العقد^(٤).

(١) ينظر: تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ٣٨٢، وفتح العلي المالك ١/٣٦٠-٣٦١.

(٢) ينظر: نظرية الشرط للشاذلي ص ٢٤٢.

(٣) ينظر: تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ٣٨١، وفتح العلي المالك ١/٣٦٠.

(٤) ينظر: الحاوي الكبير ٥/٣١٢، والمهذب ١/٢٦٨، وروضة الطالبين ٣/٤٠٥، والمجموع

والشروط الملائم هو ما لا يقتضيه العقد، وفيه مصلحة للعقد، مما يعد اشتراطه توكيداً للعقد، أو ضماناً له، أو بياناً للمعقود عليه، أو تأجيلاً أو خياراً. وذلك كاشتراط الإشهاد على العقد، أو الكتابة فإن في ذلك تأكيداً لنفس العقد، و ضماناً له من الجحود والإنكار^(١). وكاشتراط الرهن، أو الكفالة بالثمن أو المبيع المؤجل، فإن في ذلك تأكيداً أو ضماناً لموجب العقد، وهو تسليم المعقود عليه^(٢). وكاشتراط صفة في المعقود عليه، ككون العبد خياطاً، أو كاتباً، ونحو ذلك من الصفات ؛ لأنه شرط يتعلق بمصلحة العقد، وهو العلم بصفات المعقود عليه التي تختلف بها الأغراض ؛ ولأنه التزم موجوداً عند العقد، ولا يتوقف التزامه على أمر مستقبل فلا يدخل في النهي عن بيع و شرط^(٣). وكاشتراط التأجيل إلى أجل معلوم أو الخيار ثلاثة أيام ؛ لأن الشرع ورد بذلك، وفيه مصلحة للعاقدة، والحاجة تدعو إليه^(٤).

والشروط الذي ورد النص به يصح، وإن خالف مقتضى العقد، كالبيع بشرط العتق، لخبر بريرة، حيث لم ينكر النبي ﷺ على عائشة رضي الله عنها شرط العتق، وإنما أنكر شرط الولاء^(٥).

(١) ينظر: المجموع ٣٦٤/٩، ونهاية المحتاج ٤٥٤/٣، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ١١٨.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير ٣١٢/٥، والمهذب ٢٦٨/١، وروضة الطالبين ٤٠٥/٣، والمجموع

٣٦٤/٩، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ١١٨.

(٣) ينظر: روضة الطالبين ٤٠٥/٣-٤٠٦، والمجموع ٣٦٤/٩، ومغني المحتاج ٣٤/٢.

(٤) ينظر: الحاوي الكبير ٣١٢/٥، والمهذب ٢٦٨/١، وروضة الطالبين ٤٠٦/٣، والمجموع

٣٦٤/٩، ونهاية المحتاج ٤٥٢/٣.

(٥) ينظر: الحاوي الكبير ٣١٤/٥، والمهذب ٢٦٨/١، والمجموع ٣٦٤/٩، وحاشية البجيرمي

القسم الثاني: الشروط الباطلة التي تبطل العقد:

وهي كل شرط ينافي مقتضى العقد، أو يخالفه وليس من مصلحته، وفيه غرض مقصود لأحد المتعاقدين لم يرد النص به.

فالشرط المنافي لمقتضى العقد - الذي لا يتحقق معه المقصود الأصلي من العقد - يبطل ويبطل العقد، كما لو باع داراً بشرط أن لا يسكنها المشتري، أو دابة بشرط أن لا يركبها، أو شيئاً بشرط أن لا ينتفع به، أو لا يبيعه، أو لا يؤجره، أو لا يعتقه، أو لا يسافر به، وما أشبه ذلك من كل شرط يؤدي إلى المنع من الانتفاع بمحل العقد، أو المنع من التصرف فيه^(١).

والشرط المخالف لمقتضى العقد، وليس من مصلحته، وفيه غرض مقصود لأحد المتعاقدين لم يرد النص به، يبطل ويبطل العقد، وذلك كما لو باع داراً واشترط سكونها مدة، أو دابة واشترط ظهرها مدة، أو اشترى ثوباً واشترط على البائع خياطته، أو شيئاً واشترط عليه حمله إلى منزله، أو زرعاً واشترط عليه أن يحصده، أو شيئاً واشترط أن لا خسارة عليه في ثمنه إن باعه فنقص، أو اشترط البائع على المشتري أن لا يبيعه إلا منه، أو باع أو اشترى بشرط عقد آخر، كبيع، أو قرض، أو إجارة، أو إعارة^(٢).

واستدلوا على بطلان هذه الشروط بما روي أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط^(٣). وإذا بطل الشرط، وكان فيه منفعة مقصودة للمشتري، وجب أن

(١) ينظر: الحاوي الكبير ٥/٦٦، ٣١٢، وحلية العلماء ٤/١٢٩، وروضة الطالبين ٣/٤٠٦، والمجموع ٩/٣٦٨، ٣٧٦.

(٢) ينظر: المهذب ١/٢٦٨، وحلية العلماء ٤/١٢٩، وروضة الطالبين ٣/٤٠٦، والمجموع ٩/٣٦٨، ونهاية المحتاج ٣/٤٥١.

(٣) ينظر: المهذب ١/٢٦٨، ومغني المحتاج ٢/٣١.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

يبطل العقد أيضاً، لفوات الرضا به حينئذٍ من المشرط ؛ لأنه لم يرض بالعقد إلا بالشرط ، فإذا بطل الشرط فإذاً بطل رضاه بالعقد ، والرضا شرط لصحة العقود جميعها ، فانعدامه يوجب بطلانها^(١).

فهذه الشروط تثور بسببها المخاصمة والمنازعة بين المتعاقدين ، وهذه هي العلة في النهي عن بيع وشرط^(٢).

القسم الثالث: الشروط الباطلة التي لا تبطل العقد:

وهي كل شرط لا يتعلق به غرض صحيح يورث تنازعا^(٣).

وذلك كما لو باع عبداً بشرط أن لا يأكل إلا الهريسة ، أو لا يلبس إلا الخنز ، ونحو ذلك ، فهذا الشرط لا يقتضيه العقد ، ولا ينافي مقتضاه ، لأن التزامه لا يترتب عليه نقض لأحكام العقد ، وليس فيه غرض صحيح ، ولذا لا تثور بسببه المطالبة ، وإذا انعدمت المطالبة لم يحصل تنازع بين المتعاقدين ، فلذلك يلغو الشرط ويصح العقد^(٤).

فالشافعية يرون أن الأصل في الشروط التحريم والبطلان ، للنهي عن بيع وشرط ، ويرون أن النهي معلل بوقوع النزاع بين المتعاقدين ، فحيث وجدت العلة وجد الفساد ، فيفسد العقد ، وإذا انتفت العلة انتفى الفساد ، فيصح العقد ويفسد الشرط ، كالشرط الذي لا غرض فيه ، وما صح من الشروط خلافاً

(١) ينظر: نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ١١٩.

(٢) ينظر: مغني المحتاج ٣١/٢ ، ونظرية الشرط في الفقه الإسلامي ص ٢٦٩ ، ٢٧٢.

(٣) ينظر: حلية العلماء ١٣١/٤ - ١٣٢ ، وروضة الطالبين ٤٠٦/٣ ، والمجموع ٣٦٤/٩.

(٤) ينظر: المصادر السابقة ، ونهاية المحتاج ٤٥٩/٣ ، ونظرية الشرط في الفقه الإسلامي

لهذا الأصل كان استثناءً، استند فيه إلى دليل يخرج من هذه القاعدة من نص، أو حاجة تدعو إليه^(١).

المسألة الرابعة: أقسام الشروط عند الحنابلة:

تنقسم الشروط المقترنة بالعقد عند الحنابلة إلى ثلاثة أقسام: شروط صحيحة، وشروط باطلة تبطل العقد، وشروط باطلة لا تبطل العقد.

القسم الأول: الشروط الصحيحة:

الحنابلة هم أكثر الفقهاء تصحيحاً للشروط التقييدية المقترنة بالعقود، حيث يرون أن الأصل في الشروط الإباحة لا الحظر، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص، أو قياس، كالشرط المشتمل على الربا أو الغرر، أو المنافي لحكم العقد، أو المخالف للنص، وفي ذلك يقول ابن تيمية - رحمه الله -: «الأصل في العقود والشروط: الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله، نصاً أو قياساً عند من يقول به، وأصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على هذا القول، ومالك قريب منه، لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه.

وعامة ما يصححه أحمد من العقود والشروط فيها يثبتته بدليل خاص أو قياس، لكنه لا يجعل حجة الأولين مانعاً من الصحة، ولا يعارض ذلك بكونه شرطاً يخالف مقتضى العقد، أو لم يرد به نص. وقد كان بلغه في العقود

(١) ينظر: مغني المحتاج ٣٢/٢، ونهاية المحتاج ٤٥٢/٣، ٤٥٣، ٤٥٤، والاعتناء في الفرق والاستثناء ٤٤٥/١-٤٤٦، ونظرية الشرط في الفقه الإسلامي ص ٢٥٣-٢٥٤، ٢٧٢-

والشروط من الآثار عن النبي ﷺ والصحابة ما لا تجده عند غيره من الأئمة، فقال بذلك، وبما في معناه قياساً عليه»^(١).

وقد نص فقهاء الحنابلة على كثير من الشروط الصحيحة، بل لم يبطلوا من الشروط إلا ما قام الدليل عندهم على بطلانه، فلم يأخذوا بمقتضى العقد في إبطال ما خالفه، ولا بجديث النهي عن بيع وشرط لعدم ثبوته، ومما نصوا عليه من الشروط الصحيحة ما يلي:

[١] الشرط الذي يقتضيه العقد، كالبيع بشرط التقابض، أو بشرط التصرف في المبيع، أو بشرط الخيار في المجلس، فهذا لا يفيد حكماً، ولا يؤثر في العقد، لأنه بيان وتأكيد لمقتضى العقد^(٢).

[٢] الشرط الذي من مصلحة العقد، كاشتراط تأجيل الثمن في البيع ونحوه إلى أجل معلوم أو الخيار، وكاشتراط الرهن أو الضمين بالثمن المؤجل على المشتري، وكاشتراط الإشهاد على العقد، وكاشتراط المشتري صفة مقصودة في المبيع، ككون العبد كاتباً، أو صانعاً، والدابة حلوبة، أو حاملاً^(٣).

فهذه الشروط لا يقتضيها العقد المطلق، ولا تنافي مقتضاه، وفي اشتراطها مصلحة للعقد تعود على المشتري؛ لأنها توثق موجب العقد وتؤكدده، وتبين

(١) مجموع الفتاوى ١٣٢/٢٩-١٣٣، والفتاوى الكبرى ٧٩/٣-٨٠، والقواعد النورانية ص ٢١٠.

(٢) ينظر: الهداية لأبي الخطاب ١/١٣٥، والمغني ٦/٣٢٣، والكافي ٣/٥٧، والشرح الكبير ٢٠٥/١١.

(٣) ينظر: الهداية لأبي الخطاب ١/١٣٥، والمغني ٦/٣٢٣، والشرح الكبير ١١/٢٠٥-٢٠٦، وكشاف القناع ٣/١٨٩.

محل العقد وتوضحه ، ولذا فهي شروط صحيحة يلزم الوفاء بها^(١).

[٣] الشرط الذي ليس من مقتضى العقد ، ولا من مصلحته ، ولكن لا ينافي مقتضاه وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولم يرد في الشرع النهي عنه ، كاشتراط البائع نفعاً معلوماً في المبيع ، مثل أن يبيع داراً ويستثنى سكنها شهراً ، أو جملاً ويشترط ركوبه إلى مكان معلوم ، أو عبداً ويشترط خدمته مدة معلومة. وكاشتراط المشتري نفع البائع في المبيع ، مثل أن يشتري ثوباً ويشترط على البائع خياطته قميصاً ، أو زرعاً ويشترط حصاده ، أو حزمة حطب ويشترط حملها إلى منزله ، ونحو ذلك^(٢) . فكل هذه الشروط صحيحة يلزم الوفاء بها^(٣).

[٤] الشرط الذي ورد الشرع بجوازه ، وإن خالف مقتضى العقد ، كأن يبيع رقيقاً ويشترط على المشتري عتقه ؛ لأن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة ، وشرط عليها أهلها عتقها وولاءها ، فأنكر النبي صلى الله عليه وسلم شرط الولاء دون العتق^(٤) . فاشتراط العتق على المشتري يخالف مقتضى العقد ؛ لأنه شرط يزيل ملك المشتري عن المبيع ، وإنما صح لورود الشرع به ، ولأنه مبني على التغليب والسراية ، لتشوف الشارع إليه^(٥) .

(١) ينظر: المغني ٦/٣٢٣ ، والشرح الكبير ١١/٢٠٦ ، وكشاف القناع ٣/١٨٩ ، ونظرية الشرط في الفقه الإسلامي ص ٢٧٧ .

(٢) ينظر: الهداية لأبي الخطاب ١/١٣٥ ، والمغني ٦/١٦٥-١٦٦ ، والشرح الكبير ١١/٢١٤ ، وكشاف القناع ٣/١٩٠-١٩١ ، والفتح الرباني ١/٢٩٧-٢٩٩ .

(٣) ينظر: المصادر السابقة.

(٤) ينظر: المغني ٦/٣٢٤ ، والشرح الكبير ١١/٢٣٧ ، وكشاف القناع ٣/١٩٤ ، والحديث سبق تخريجه ص ٧٧ .

(٥) ينظر: المغني ٦/٣٢٤ ، والمبدع ٤/٥٩ .

القسم الثاني: الشروط الباطلة التي تبطل العقد:

وهي الشروط التي ورد عن الشارع النهي عن العقد لأجلها، أو كان اشتراطها ينافي المقصود من العقد. وهي ما يلي:

[١] اشتراط عقد في عقد، كأن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر، أو يشتري منه، أو يؤجره، أو يصرف له الثمن أو غيره، أو يقرضه، أو يزوجه، ونحو ذلك^(١). فهذا شرط باطل يبطل به العقد على المشهور في المذهب؛ لأن النبي ﷺ قال: (لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع)^(٢)، ونهى عن بيعتين في بيعة^(٣)، وهذا منه، والنهي يقتضي الفساد^(٤).

[٢] اشتراط شرطين في عقد، لقول النبي ﷺ: (لا يحل سلف وبيع، ولا

(١) ينظر: المغني ٦/٣٢٣ - ٣٢٤، ٣٢٢-٣٢٣، والشرح الكبير ١١/٢٣١، وكشاف القناع ١٩٣/٣.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه في كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ٣٠٥/٢ رقم (٣٥٠٤)، والترمذي في سننه في كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ٥٣٦-٥٣٥/٣ رقم (١٢٣٤)، وقال: «هذا حديث حسن صحيح»، والنسائي في سننه في كتاب البيوع، بيع ما ليس عند البائع ٢٨٨/٧ رقم (٤٦١١)، وفي باب شرطان في بيع ٢٩٥/٧ رقم (٤٦٣١)، وأحمد في المسند ١٧٨-١٧٩ رقم (٦٦٧١)، والدارمي في سننه في كتاب البيوع، باب في النهي عن شرطين في بيع ٣٢٩/٢ رقم (٢٥٦٠)، والحاكم في المستدرک في كتاب البيوع، باب لا يجوز بيعان في بيع... (١٧/٢)، وقال: «هذا حديث على شرط جملة من أئمة المسلمين. صحيح». كلهم رووه من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنه، وحسنه الألباني في إرواء الغليل ١٤٦/٥.

(٣) تقدم تخريجه ص ١٠٧.

(٤) ينظر: المغني ٦/٣٢٢-٣٢٣، والشرح الكبير ١١/٢٣١.

شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يُضمن، ولا بيع ما ليس عندك^(١)، وقد اختلفوا في تفسير الشرطين المنهي عنهما على روايتين - مع اتفاقهم على أن ما كان من مقتضى العقد، كالانتفاع والتسليم، أو كان من مصلحته، كالرهن والضمين، لا يؤثر اشتراطه في العقد وإن كثر - أشهرهما عن الإمام أحمد: تفسير الشرطين المنهي عنهما بشرطين صحيحين ليسا من مصلحة العقد، ولا من مقتضاه، كما لو اشترى ثوباً واشترط على البائع خياطته، وقصارته، أو طعاماً واشترط طحنه وحمله. والثانية: تفسيرهما بشرطين فاسدين، كما لو باع جارية واشترط على المشتري أن لا يبيعه ولا يطأها^(٢).

[٣] اشتراط ما ينافي مقصود العقد، كأن يشترط البائع على المشتري فسخ البيع، أو لا يملك المبيع، واشترط المؤجر ألا ينتفع المستأجر بالعين المؤجرة، واشترط الطلاق في النكاح^(٣). فهذه الشروط باطلة ومبطلّة للعقد؛ لأنها تنافي المقصود من العقد، وهو ما وضع العقد لإفادته في جميع صورته. قال ابن تيمية - رحمه الله - : «... فإن العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صورته، وشرط فيه ما ينافي ذلك المقصود فقد جمع بين المتناقضين، بين إثبات المقصود ونفيه، فلا يحصل شيء، ومثل هذا الشرط باطل بالاتفاق، بل هو مبطل للعقد عندنا»^(٤).

(١) تقدم تخريجه قريباً.

(٢) ينظر: المغني ٦/٣٢١-٣٢٣، والشرح الكبير ١١/٢٢٦-٢٢٩، وتهذيب السنن ٩/٤٠٦،

والمبدع ٤/٥٥-٥٦، وكشاف القناع ٣/١٩١-١٩٢.

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى ٢٩/١٣٨، ونظرية الشرط في الفقه الإسلامي ص ٢٩٨.

(٤) مجموع الفتاوى ٢٩/١٥٦.

[٤] اشتراط تعليق العقد على شرط ، كأن يقول : بعتك إن جئتني بكذا ، أو إن رضي فلان ، فهذا الشرط يبطل العقد ؛ لأنه يعلق البيع على أمر مستقبل فلم يصح ، لأن مقتضى البيع نقل الملك حال التبايع وهذا الشرط يمنعه^(١) . هذا هو المذهب^(٢) ، وعن الإمام أحمد : صحة العقد وبطلان الشرط . وعنه : صحتها ، اختاره الشيخ تقي الدين ابن تيمية^(٣) .

القسم الثالث : الشروط الباطلة التي لا تبطل العقد :

وهي الشروط التي تنافي مقتضى العقد ، ولا تلغي المقصود منه ، كأن يشترط على المشتري ألا يبيع ، ولا يهب ، ولا يعتق ، ولا يطاء ، أو يشترط عليه أن يبيعه ، أو يهبه ، أو يقفه ، أو يشترط عليه إن أعتق فالولاء له ، أو يشترط المشتري أن لا خسارة عليه ، أو متى نفق المبيع وإلا رده ، أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن^(٤) . فهذه الشروط تنافي مقتضى العقد ، فإن العقد إذا تم ترتبت عليه أحكامه ، فعقد البيع - مثلاً - إذا تم ترتب عليه حكمه من ثبوت ملكية المبيع للمشتري ، والثلث للبايع ، والملك يقتضي حرية التصرف المشروع في الشيء المملوك ، وتحمل نتيجة هذا التصرف خسارة أم ربحاً ، والرجوع على الغاصب بما غصب لا على البائع . فإذا اشترط أحد المتعاقدين ما ينافي هذه الأحكام كان شرطه منافياً لمقتضى العقد . فإذا اشترط البائع على المشتري ألا

(١) ينظر : الشرح الكبير ١١/٢٤٩ ، والمبدع ٤/٥٩ ، وكشاف القناع ٣/١٩٥ .

(٢) ينظر : الإنصاف مع الشرح الكبير ١١/٢٤٩ .

(٣) ينظر : الفروع ٤/٦٢ ، والمبدع ٤/٥٩ ، والإنصاف مع الشرح الكبير ١١/٢٤٩ .

(٤) ينظر : الهداية لأبي الخطاب ١/١٣٥-١٣٦ ، والمغني ٦/٣٢٥ ، والشرح الكبير ١١/٢٣٢ ،

والمبدع ٤/٥٧ .

يبيع - مثلاً - منعه من التصرف في المعقود عليه ، وإذا اشترط عليه أن يبيع أو يهب ، ألزمه بتصرف يخرج المعقود عليه عن ملكه ، وإذا اشترط المشتري أن لا خسارة عليه ، أو متى نفق المبيع وإلا رده ، فقد اشترط ما يخالف الحكم الشرعي المترتب على ثبوت الملك في المعقود عليه ، من كونه يتحمل تبعه تصرفه في ملكه ، ومن كون ضمانه عليه^(١) .

فهذه الشروط المنافية لمقتضى العقد باطلة غير مبطللة للعقد على الصحيح من المذهب^(٢) . وذلك لما جاء في خبر بريرة رضي عنها وفيه : أن النبي ﷺ قال لعائشة رضي عنها : (خذيها واشترطي لهم الولاء ، فإنما الولاء لمن أعتق)^(٣) . حيث أبطل النبي ﷺ شرط الولاء لغير المعتق ، ولم يبطل العقد وقيس عليه سائر الشروط ؛ لأنها في معناه^(٤) .

ويحسن بنا أن نستكمل المذهب الحنبلي بذكر رأي ابن تيمية ، وابن القيم في الشروط :

ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية ، وابن القيم - رحمهما الله - إلى أن الأصل في الشروط الجواز ، والصحة ، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله ، نصاً أو قياساً^(٥) .

(١) ينظر : المبدع ٥٧/٤ ، ونظرية الشرط في الفقه الإسلامي ص ٢٨٨ .

(٢) ينظر : المغني ٣٢٥/٦ ، والإنصاف مع الشرح الكبير ٢٣٣/١١ .

(٣) سبق تخريجه ص ٧٧ .

(٤) ينظر : المغني ٣٢٥/٦ - ٣٢٦ ، والشرح الكبير ٢٣٢/١١ .

(٥) ينظر : مجموع الفتاوى ١٣٨/٢٩ ، والفتاوى الكبرى ٨٣/٤ ، وإعلام الموقعين ٣٤٤/١ ،

٤٠٢/٣ ، وأحكام أهل الذمة ٣٨٤/١ .

وقد استدل ابن تيمية لهذا الأصل بأدلة من الكتاب، والسنة، والآثار، والاعتبار، وقد سبق ذكر عامتها في المبحث الأول (حكم الشروط في العقود)^(١). وبناءً على هذا الأصل فقد أجازا كثيراً من الشروط التي يرى أكثر فقهاء المذاهب بطلانها، كاجتماع شرطين فأكثر في العقد^(٢)، واشتراط عقد في عقد^(٣)، وأما النهي عن شرطين في البيع^(٤)، فالمراد به النهي عن بيعتين في بيعة^(٥)، وفسرا ذلك ببيع العينة^(٦)، وكاشتراط ما يخالف مقتضى العقد إن كان فيه غرض صحيح، كاشتراط العتق، أو أن لا يبيع ولا يهب، أو أن لا يبيع لغير البائع، أو إن باع فهو أحق به بالثمن^(٧). وكالشرط المعلق، كبعتك إن رضي أبي^(٨).

وفرق ابن تيمية - رحمه الله - بين مقتضى العقد، ومقصود العقد، وبناءً على هذا أجاز الشرط المنافي لمقتضى العقد ما لم يكن مخالفاً للشرع، وأبطل

(١) ينظر: ص ٦٦-٧٤.

(٢) ينظر: الإنصاف مع الشرح ٢٢٦/١١، وتهذيب السنن مع عون العبود ٤٠٥/٩.

(٣) ينظر: العقود لشيخ الإسلام ابن تيمية ص ٣٧٩، ٣٨١، والأخبار العلمية ص ١٨٠، ٢٢٦، وإعلام الموقعين ٣٥٤/٣.

(٤) سبق تخريجه ص ١٢٢.

(٥) سبق تخريجه ص ١٠٧.

(٦) ينظر: مجموع الفتاوى ٤٣٢/٢٩-٤٣٣، وإعلام الموقعين ٣/١٦١-١٦٢، ١٨٣، وتهذيب سنن أبي داود مع عون المعبود ٣٣٧/٩، ٣٤٤، ٤٠٦-٤٠٧.

(٧) ينظر: الأخبار العلمية ص ١٨٣، والإنصاف مع الشرح ٢٤٠/١١، وإعلام الموقعين ٣/٤٠٠-٤٠١.

(٨) ينظر: العقود لشيخ الإسلام ابن تيمية ص ٤٤١، ٤٤٣، والأخبار العلمية ص ١٨٢، وإعلام الموقعين ٣/٣٩٩-٤٠٠.

الشرط المنافي لمقصود العقد، وفي ذلك يقول: «العقد له حالان: حال إطلاق، وحال تقييد، ففرق بين العقد المطلق وبين المعنى المطلق من العقود. فإذا قيل: هذا شرط ينافي مقتضى العقد، فإن أريد به: ينافي العقد المطلق، فكذلك كل شرط زائد، وهذا لا يضر. وإن أريد ينافي العقد المطلق والمقيد احتاج إلى دليل على ذلك، وإنما يصح هذا إذا نافي مقصود العقد. فإن العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صورته، وشرط فيه ما ينافي ذلك المقصود، فقد جمع بين المتناقضين، بين إثبات المقصود ونفيه، فلا يحصل شئ. ومثل هذا الشرط باطل بالاتفاق، بل هو مبطل للعقد عندنا»^(١).

وبناءً على الأصل الذي قراره: الأصل في الشروط الجواز والصحة، فلا يبطل من الشروط إلا ما يلي:

[١] الشرط المنافي لمقصود العقد، كاشتراط الفسخ في العقد، والطلاق في النكاح^(٢). وهذا يبطل العقد^(٣).

[٢] الشرط المنافي لمقصود الشارع وإن لم يناف مقتضى العقد، كاشتراط الولاء لغير المعتق^(٤). وهذا الشرط باطل في نفسه غير مبطل للعقد^(٥).

قال ابن تيمية - رحمه الله - : «... العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صورته، وشرط فيه ما ينافي ذلك المقصود، فقد جمع بين المتناقضين، بين إثبات

(١) ينظر: مجموع الفتاوى ٢٩/١٥٥-١٥٦.

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى ٢٩/١٣٨.

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى ٢٩/١٥٦.

(٤) ينظر: المصدر السابق ٢٩/١٥٦.

(٥) ينظر: مجموع الفتاوى ٢٩/٣٣٩-٣٤٠، والعقود لشيخ الإسلام ابن تيمية ص ٤٢٥-٤٢٦.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

المقصود ونفيه، فلا يحصل شيء. ومثل هذا الشرط باطل بالاتفاق، بل هو مبطل للعقد عندنا.

والشروط الفاسدة قد تبطل لكونها تنافي مقصود الشارع، مثل اشتراط الولاء لغير المعتق، فإن هذا لا ينافي مقتضى العقد ولا مقصوده، فإن مقصوده الملك، والعقد قد يكون مقصوداً للعقد، فإن اشتراء العبد لعتقه يقصد كثيراً، فثبوت الولاء لا ينافي مقصود العقد، وإنما ينافي كتاب الله وشرطه، كما بين النبي ﷺ بقوله: (كتاب الله أحق وشرط الله أوثق)^(١).

فإذا كان الشرط منافياً لمقصود العقد، كان العقد لغواً، وإذا كان منافياً لمقصود الشارع كان مخالفاً لله ورسوله. فأما إذا لم يشتمل على واحد منهما، فلم يكن لغواً، ولا اشتمل على ما حرمه الله ورسوله فلا وجه لتحريمه، بل الواجب حله؛ لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه، إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه، فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه، ولم يثبت تحريمه فيباح، لما في الكتاب والسنة مما يرفع الحرج^(٢).

المسألة الخامسة: المقارنة بين المذاهب الأربعة في حكم الشروط المقترنة

بالعقد:

عند المقارنة بين المذاهب الأربعة في حكم الشروط المقترنة بالعقد، فإنه يتضح ما يلي:

أولاً: اتفاقهم على جواز الشرط المؤكد لمقتضى العقد، والشرط الذي ورد النص بجوازه، والشرط الملائم لمقتضى العقد^(٣).

(١) سبق تخريجه ص ٧٧.

(٢) مجموع الفتاوى ١٥٦/٢٩.

(٣) ينظر: ص ١٠٢-١٠٤، ١١١-١١٣، ١١٥-١١٦، ١٢٠-١٢١.

ثانياً: اتفقهم على إبطال الشرط الذي ورد النهي عنه، والشرط المؤدي لمحرم، كالربا والغرر، وغير ذلك، والشرط المنافي لمقتضى العقد^(١).

ثالثاً: أن الحنفية، والشافعية تمسكوا بمقتضيات العقود، فأبطلوا كل شرط يخالفها إلا إذا قام الدليل المعين على صحته، فضيقوا دائرة الشروط الصحيحة. بينما المالكية، والحنابلة لم يأخذوا بمقتضى العقد في إبطال ما خالفه، ولهذا اتسعت عندهم دائرة الشروط الصحيحة^(٢).

رابعاً: أن فقهاء المذاهب يختلفون في التطبيق والحكم على أعيان الشروط اختلافاً كثيراً، وهذا يرجع إلى عدد من الأسباب منها^(٣):

[١] اختلافهم في التمسك بمقتضيات العقود، كما تقدمت الإشارة إليه.

[٢] اختلافهم في مقتضيات كثير من العقود، إذ يرى بعضهم أن مقتضى عقد ما كذا من الأحكام، ويرى البعض الآخر خلاف ذلك فينشأ النزاع في الشرط صحة وفساداً تبعاً لذلك.

مثال ذلك: عقد الرهن، فقد اختلف الفقهاء في مقتضاه وحكمه بالنسبة لضمان العين المرهونة على المرتهن، وعدم ضمانها، فذهب الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، إلى أن العين المرهونة أمانة في يد المرتهن ولا ضمان عليه ما لم

(١) ينظر: ص ١٠٨، ١١٣، ١١٧، ١٢٢.

(٢) ينظر: نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ١٣٦.

(٣) ينظر: نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ١٣٣-١٣٦.

(٤) ينظر: الحاوي ٢٥٤/٦، ٤٣٣، وروضة الطالبين ٩٦/٤، وكفاية الأختار ص ٢٥٥.

(٥) ينظر: الشرح الكبير لابن قدامة ٤٣٦/١٢، وشرح منتهى الإرادات ٢٣٦/٢، وكشاف

يحصل منه تعد أو تفريط. وذهب الحنفية^(١) إلى أن العين المرهونة مضمونة على المرتهن إذا كانت قيمتها مساوية لقيمة المرهون به أو أقل، وما زاد على قيمة المرهون به من الرهن فهو أمانة. وفصل في ذلك المالكية^(٢)، فالرهن عندهم أمانة فيما لا يغاب عليه كالعقار ونحوه، ومضمون على المرتهن إذا كان مما يغاب عليه، ويمكن إخفاؤه كالحلي والثياب ونحوهما.

وبناءً على هذا اختلفوا في اشتراط الراهن الضمان على المرتهن، فذهب الشافعية، والحنابلة إلى فساده لمخالفته لمقتضى العقد في نظرهم، وذهب الحنفية إلى صحته لموافقته لمقتضى العقد إذا كانت قيمته مساوية لقيمة المرهون به أو أقل، وفصل المالكية في ذلك، فقالوا بصحة هذا الشرط إن كان المرهون مما يغاب عليه، وبفساده إن كان المرهون مما لا يغاب عليه.

[٣] قيام الدليل المعين على صحة الشرط المخالف لمقتضى العقد في نظر من قال بصحته، وعدم قيامه في نظر من قال بفساده، بل يخالف في دلالة الدليل ومعناه.

مثال ذلك: ما جاء في الصحيح من أن جابراً رضي الله عنه باع جملة من النبي صلى الله عليه وآله واشترط ظهره إلى المدينة^(٣)، فهذا الحديث استدل به الحنابلة^(٤) على جواز اشتراط البائع الانتفاع بالمبيع مدة معلومة، ووافقهم على جواز هذا الشرط

(١) ينظر: المبسوط ٦٤/٢١-٦٥، وتبيين الحقائق ٦٣/٦، والبحر الرائق ٢٦٣/٨.

(٢) ينظر: المعونة ١١٥٦/٢-١١٥٧، وبداية المجتهد ٤٩٢/٢، والقوانين الفقهية ص ٢٧٨.

(٣) تقدم تخريجه ص ٨٠.

(٤) ينظر: المغني ١٦٧/٦، والشرح الكبير ٢١٤/١١-٢١٦، وكشاف القناع ١٩٠/٣.

المالكية^(١)، بينما الحنفية^(٢)، والشافعية^(٣) لم يتمسكوا بهذا الحديث فأفسدوا هذا الشرط، إما لرجحان غيره عليه كحديث النهي عن بيع وشرط^(٤) كما قال الحنفية، لأن هذا الحديث محرم، وحديث جابر مبيح، والحاضر مقدم على المبيح عندهم. وإما لتأويل في معناه ودلالته كما فعل الشافعية، حيث قالوا: إن ركوب جابر لم يكن على جهة الاشتراط في البيع، وإنما كان على وجه التبرع به من النبي ﷺ كما ورد في بعض طرق هذا الحديث.

[٤] اختلافهم في صحة النص، فمن صحح حديث النهي عن بيع وشرط، أفسد كثيراً من الشروط احتجاجاً بهذا الحديث، ومن لم ير صحته كالحنابلة، اتسعت عنده دائرة تصحيح الشروط.

[٥] اختلافهم في فهم النص ومعناه، فالشافعية أخذوا بحديث النهي عن بيع وشرط على إطلاقه فتوسعوا في إفساد الشروط، أما الحنفية والمالكية فلم يأخذوا به على إطلاقه، فالحنفية أخرجوا من عموم ما جرى به العرف من الشروط. والمالكية حملوه على الشرط المناقض لمقتضى العقد، والشرط الذي يخل بالثمن، أو يورث جهالة أو غرراً.

[٦] اختلافهم في اعتبار بعض الأدلة، كالعرف، فالحنفية باعتمادهم العرف في تصحيح الشروط التي تخالف مقتضى العقد، قد وسعوا في تصحيح الكثير

(١) ينظر: المقدمات الممهدة ٦٧/٢، والقوانين الفقهية ص ٢٢٣، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ٣٣٩.

(٢) ينظر: الهداية ٥٤/٣، وبدائع الصنائع ١٦٩/٥، والبحر الرائق ٩٣/٦.

(٣) ينظر: الحاوي ٣١٣/٥، والمجموع ٣٧٧/٩.

(٤) تقدم تخريجه ص ٧٩.

من الشروط أمام المتعاقدين. بينما الشافعية لم يأخذوا بدلالة العرف في تصحيح الشروط المخالفة لمقتضى العقد، فأبطلوا الشروط المتعارفة إذا كانت مخالفة لمقتضى العقد، فضيقوا بذلك باب الشروط أمام المتعاقدين .

المسألة السادسة: أقسام الشروط عند الظاهرية:

تنقسم الشروط المقترنة بالعقد عند الظاهرية إلى قسمين: شروط صحيحة، وشروط باطلة مبطله للعقد.

القسم الأول: الشروط الصحيحة:

وهي الشروط المنصوص على صحتها^(١). وهي سبعة شروط فقط، فإنها لازمة، والبيع صحيح إن اشترطت فيه، وهي^(٢):

- [١] اشتراط الرهن فيما تبايعاه إلى أجل مسمى.
- [٢] اشتراط تأخير الثمن، إذا كان دنائير أو دراهم إلى أجل مسمى.
- [٣] اشتراط أداء الثمن إلى الميسرة، وإن لم يذكر أجلاً.
- [٤] اشتراط صفات المبيع التي يتراضيانها معاً، ويتبايعان ذلك الشيء على أنه بتلك الصفة.

[٥] اشتراط أن لا خلافة^(٣).

[٦] اشتراط مشتري العبد أو الأمة ما لهما أو بعضه مسمى معيناً، أو جزءاً منسوباً مشاعاً في جميعه.

(١) ينظر: المحلى ٤١٣/٨.

(٢) ينظر: المحلى ٤١٢/٨.

(٣) أي: لا خديعة. (النهاية في غريب الحديث والآثر ٥٨/٢).

[٧] اشترط مشتري نخل فيها ثمرة قد أبرت الثمرة لنفسه، أو جزءاً معيناً منها، أو مسمى مشاعاً في جميعها.

القسم الثاني: الشروط الباطلة:

وهي كل شرط لم يرد النص بصحته، والباطل محرم، وكل محرم لا يحل الوفاء به، والعقد باشرطاطها باطل^(١). قال ابن حزم - رحمه الله - بعد أن ذكر الشروط السبعة الصحيحة: «فهذه ولا مزيد، وسائرهما باطل كما قدمنا، كمن باع مملوكاً بشرط العتق، أو أمة بشرط الإيلاد، أو دابة واشترط ركوبها مدة مسماة قلت أو كثرت، أو إلى مكان مسمى قريب أو بعيد، أو داراً واشترط سكنها ساعة فما فوقها، أو غير ذلك من الشروط كلها»^(٢).

وقال أيضاً: «فلما كانت الشروط كلها باطلة غير ما ذكرنا، كان كل عقد من بيع أو غيره عُقد على شرط باطل باطلاً ولا بد؛ لأنه عُقد على أن لا يصح إلا بصحة الشرط، والشرط لا صحة له فلا يصح لما عقد، بأن لا صحة له إلا بصحة ما لا يصح»^(٣).

وقد سبق ذكر ما استدل به على بطلان الشروط إلا ما ورد النص به في (حكم الشروط في العقود)^(٤).

(١) ينظر: المحلى ٤١٢/٨ - ٤١٤.

(٢) المحلى ٤١٢/٨.

(٣) المحلى ٤١٣/٨.

(٤) ينظر: ص ٧٦ - ٨٢.

المطلب الثاني

أقسام الشروط في العقود من حيث الغرض منها

يمكن تقسيم الشروط في العقود من حيث الغرض منها إلى خمسة أقسام:

- القسم الأول: شروط توكيدية.
- القسم الثاني: شروط توثيقية.
- القسم الثالث: شروط تبينية.
- القسم الرابع: شروط تقييدية.
- القسم الخامس: شروط تعويضية.

وبيانها كالآتي:

القسم الأول: الشروط التوكيدية:

الشرط التوكيدي هو: الشرط الذي يوجب حكماً من أحكام العقد الواجبة من غير اشتراط. أو هو: الشرط الذي يقتضيه العقد^(١). أي يوجب العقد المطلق. ومن أمثلته: اشتراط تسليم المبيع، أو الرد بالعيب، أو خيار المجلس، أو الانتفاع بالمبيع. فهذه الشروط لا تفيد حكماً لا يقتضيه العقد، ولا تؤثر في العقد، فاشتراطها وعدم اشتراطها سواء، وإنما هي بيان وتأكيد لمقتضى العقد^(٢). ومن ثم ساغ أن تسمى بالشروط التوكيدية.

القسم الثاني: الشروط التوثيقية:

الشرط التوثيقي هو: الشرط الذي يوثق العقد وموجبه. وهذا الشرط لا يقتضيه العقد، فلا يجب بدون الشرط، ولا يغير مقتضى العقد (ما يجب بحكم

(١) ينظر: الكفاية بهامش فتح القدير ٧٧/٦، وحاشية الدسوقي ٦٥/٣، والحاوي الكبير

٣١٢/٥، والكافي لابن قدامة ٥٧/٣.

(٢) ينظر: المصادر السابقة.

العقد)، ولكنه يؤدي إلى اطمئنان صاحب الحق على حقه. ومن أمثله: اشتراط كتابة العقد، أو الإشهاد عليه، أو الرهن، أو الضمان، أو الكفالة^(١).

القسم الثالث: الشروط التبيينية:

الشرط التبييني: هو الشرط الذي يبين محل العقد الموصوف ويوضحه، بذكر أوصافه. وهذا الشرط لا يقتضيه العقد، فلا يجب بالعقد بدون الشرط، ولكنه يبين المحل الذي وقع عليه العقد بذكر أوصافه التي تميزه، فلا يقع الاختلاف والتنازع بين المتعاقدين في محل العقد. ومن أمثله: اشتراط كون العبد كاتباً، أو خياطاً، والدابة حلوبة، أو هملاجة^(٢). ونحو ذلك.

القسم الرابع: الشروط التقييدية:

الشرط التقييدي: هو الشرط الذي يغير من مقتضى العقد الأصلي بالتعديل أو بالتعليق، أو بالإضافة. وهذا الشرط لا يقتضيه العقد، بل يخالف مقتضى العقد المطلق، فيؤدي إلى تعديل أحكام العقد وآثاره زيادة، أو نقصاناً، أو غير ذلك، أو إلى تعليقها، أو إضافتها.

فعقد البيع - مثلاً - مقتضاه: اللزوم، وثبوت ملكية المبيع للمشتري، والتمن للبائع في الحال، وحرية التصرف المشروع في الشيء المملوك^(٣). فاشتراط

(١) ينظر: البحر الرائق ٩٢/٦، ورد المختار ١٢١/٤، والخرشى على خليل ٨٢/٥، ٨٠، وحاشية الدسوقي ٦٥/٣، والحاوي الكبير ٣١٢/٥، والمجموع ٣٦٤/٩، والمغني ٣٢٣/٦، وكشاف القناع ١٨٩/٣.

(٢) ينظر: البحر الرائق ٩٢/٦، ومغني المحتاج ٣٤/٢، وكشاف القناع ١٨٩/٣.

(٣) ينظر: المبسوط ٤٠/١٣-٤١، وبدائع الصنائع ١٧٤/٥، والشرح الكبير لابن قدامة ٢٤٩/١١، والمبدع ٥٩/٤.

الخيار، أو الأجل فيه يعدل من حكمه ويغير من مقتضاه، إذ الخيار ينافي اللزوم، والأجل ينافي ثبوت الملك في الحال.

واشترط البائع منفعة المبيع مدة معلومة كسكنى الدار شهراً، يعدل من آثار العقد بالنقصان في حق المشتري، فلا يملك الانتفاع بالدار هذه المدة لأجل الشرط، إذ العقد المطلق يقتضي ملكية الدار والانتفاع بها من حين العقد.

واشترط المشتري نفع البائع في المبيع، كحمل الشيء المبيع إلى مكان معلوم، أو صيانتها، يعدل من آثار العقد بالزيادة عليه في حق المشتري، فيستحق حمل المبيع، أو صيانتها، لأجل الشرط، إذ العقد المطلق لا يقتضي نفع البائع في المبيع. واشترط تعليق البيع، كقوله: بعتك إن رضي أبي. يعلق حكم العقد ومقتضاه إلى حصول الشرط المعلق عليه لأجل الشرط، ولولا ذلك لترتب حكم العقد ومقتضاه من حين العقد. وكذلك إضافة العقد، كقوله: بعتك إن جاء رأس الشهر. فهذا الشرط يضيف أثر العقد ومقتضاه إلى زمن معين في المستقبل، ولولا هذا الشرط لترتب أثر العقد ومقتضاه من حين العقد.

القسم الخامس: الشروط التعويضية:

الشرط التعويضي: هو الشرط في العقد الموجب عوضاً لا يقتضيه العقد، وغالباً ما يكون ذلك الشرط معلقاً على حصول مضرة أو منفعة يكون موجب الشرط عوضاً عنها، أو في مقابلها عند حصولها.

فالشرط التعويضي، قد يكون معلقاً على حصول ضرر، كالتأخر في تنفيذ الالتزام، أو الإخلال في تنفيذه، وهو ما يسمى بالشرط الجزائي، أو معلقاً على فسخ العقد، وهو ما يسمى بالعربون.

وقد يكون الشرط التعويضي مقترناً بالعقد من غير تعليق، كاشتراط العوض في الإقالة، فإنه شرط تعويضي في العقد لا يقتضيه العقد.

وقد يكون الشرط التعويضي معلقاً على حصول منفعة للمشتري بموجبها العقد، لكن يترتب على فواتها حصول ضرر به، كاشتراط الحط من الدين مقابل التزام المدين بتسديد جميع الأقساط في أوقاتها المحددة.

وقد يكون معلقاً على حصول منفعة للمشتري لا بموجبها العقد، كالوضع من الدين المؤجل مقابل التعجيل.

وقد يكون الشرط التعويضي معلقاً على حصول ضرر، اشتراط العوض عنه يخالف مقتضى العقد، كاشتراط الضمان على الأمين في حال التلف أو الخسارة، وكاشتراط تملك الرهن عند عدم الوفاء، ونحو ذلك.

وهذه الشروط هي موضوع البحث والدراسة، وقد جعلتها في ستة فصول:

الفصل الأول: الشرط الجزائي.

الفصل الثاني: اشتراط العربون في العقود المالية.

الفصل الثالث: اشتراط العوض في الإقالة.

الفصل الرابع: اشتراط الحط من الدين المؤجل مقابل الالتزام بتسديد

الأقساط، ومقابل تعجيل الأداء.

الفصل الخامس: الشروط التعويضية في عقود الأمانة.

الفصل السادس: الشروط التعويضية في العقود التوثيقية.

الفصل الأول

الشرط الجزائي

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الشرط الجزائي، وحقيقته،
وخصائصه، وشروط استحقاقه في القانون.

المبحث الثاني: الغرض من الشرط الجزائي.

المبحث الثالث: تاريخ التعامل بالشرط الجزائي.

المبحث الرابع: حكم الشرط الجزائي.

المبحث الخامس: تطبيقات الشرط الجزائي في بعض
المعاملات المالية.

المبحث الأول

تعريف الشرط الجزائي، وحقيقته، وخصائصه، وشروط استحقاقه في القانون

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول

تعريف الشرط الجزائي باعتباره مركباً إضافياً

وفيه ثلاث مسائل :

المسألة الأولى: تعريف الشرط لغة واصطلاحاً :

وفيه فرعان :

الفرع الأول: تعريف الشرط لغة :

الشرط: بفتح الشين، وسكون الراء، مصدر بمعنى إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه. تقول: شرطت عليه كذا شرطاً، واشترطت عليه. وشرط له وعليه كذا شرطاً، واشترط عليه. وشارطه: شرط كل منهما على صاحبه. وجمع الشرط: شروط وشرائط^(١).

الفرع الثاني: تعريف الشرط اصطلاحاً :

قد سبق في مبحث التمهيدي تعريف الشرط اصطلاحاً، وذكر أقسامه باعتبارات مختلفة، والتعريف بها^(٢).

(١) ينظر: لسان العرب مادة " شرط " ٣٢٩/٧، وتاج العروس مادة " شرط " ٤٠٤/١٩،

والصحيح مادة " شرط " ١٣٦/٣، والقاموس المحيط مادة " الشرط " ٣٦٨/٢.

(٢) ينظر: ص ٣٥-٤٧.

والمراد بالشرط في هذه الرسالة، الشرط الجعلي وهو: الشرط الذي ينشئه المكلف بإرادته في بعض عقود، والتزاماته، فيعلق حكمها، أو يقيد^(١).
أو هو: التزام المكلف في عقده أو تصرفه أمراً زائداً على أصل العقد أو التصرف^(٢).

المسألة الثانية: تعريف الجزاء لغة وشرعاً:

وفيها فرعان:

الفرع الأول: تعريف الجزاء لغة:

الجزاء في اللغة: "هو المقابل للشيء"^(٣) مصدر جزى يجزي جزأً، وجزأً. يقال: «جزاه به، وعليه جزاءً، وجزاه مجازاة وجزأً... واجتزاه: طلب منه الجزاء»^(٤).

ومنه قول الله تعالى: ﴿فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾^(٥)، أي: «فعلية جزاء في مقابل ما أتلّف وبدل منه... وعليه يحمل جزاء الأعمال؛ لأنه في مقابلتها ثواباً بثواب، وعقاباً بعقاب»^(٦).

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام ٣٠٦/١، والمدخل للفقهاء الإسلاميين لمحمد سلام مذكور ص ٦٤٨، ٦٥٠.

(٢) ينظر: المدخل للفقهاء الإسلاميين لمحمد سلام مذكور ص ٦٤٨.

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ٦٦٩/٢.

(٤) لسان العرب مادة "جزي" ١٤٣/١٤.

(٥) سورة المائدة من الآية (٩٥).

(٦) أحكام القرآن لابن العربي ٦٦٩/٢.

والجزاء: "المكافأة على الشيء"^(١). و«الجزاء يكون ثواباً، ويكون عقاباً، قال الله تعالى: ﴿فَمَا جَزَاؤُهُ إِنْ كُنْتُمْ كَاذِبِينَ﴾^(٢) قَالُوا جَزَاؤُهُ مَنْ وَجِدَ فِي رَحْلِهِ فَهُوَ جَزَاؤُهُ»^(٣). قال: معناه: فما عقوبته»^(٣).

والجزاء: "الغناء، والكفاية"^(٤). ومنه قول الله تعالى: ﴿وَأَتَّقُوا يَوْمًا لَا تَجْزِي نَفْسٌ عَنْ نَفْسٍ شَيْئًا﴾^(٥). وقوله: ﴿لَا تَجْزِي وَالِدٌ عَنْ وَلَدِهِ﴾^(٦) أي: لا يغني، ولا يكفي.

والجزاء: «ما فيه الكفاية من المقابلة إن خيراً فخير، وإن شراً فشر. يقال: جزيته كذا وبكذا، قال الله تعالى: ﴿وَذَلِكَ جَزَاءُ مَنْ تَزَكَّى﴾^(٧)، وقال: ﴿فَلَهُ جَزَاءُ الْحُسْنَى﴾^(٨)، وقال: ﴿وَجَزَاؤُا سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾^(٩)، وقال تعالى: ﴿وَجَزَنُهُم بِمَا صَبَرُوا جَنَّةً وَحَرِيرًا﴾^(١٠)»^(١١).

(١) القاموس المحيط مادة "الجزاء" ٣١٢/٤.

(٢) سورة يوسف الآيتان (٧٤-٧٥).

(٣) لسان العرب مادة "جزى" ١٤٣/١٤، وينظر: تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٤٨٥/٢.

(٤) المفردات في غريب القرآن ص ٩٣.

(٥) سورة البقرة من الآية (٤٨).

(٦) سورة لقمان من الآية (٣٣).

(٧) سورة طه من الآية (٧٦).

(٨) سورة الكهف من الآية (٨٨).

(٩) سورة الشورى من الآية (٤٠).

(١٠) سورة الإنسان الآية (١٢).

(١١) المفردات في غريب القرآن ص ٩٣.

قال الراغب الأصفهاني^(١): «ولم يجئ في القرآن إلا جَزَى دون جازى، وذلك أن المجازاة هي المكافأة، وهي المقابلة من كل واحد من الرجلين. والمكافأة هي مقابلة نعمة بنعمة هي كفؤها، ونعمة الله تعالى ليست من ذلك، ولهذا لم يستعمل لفظ المكافأة في الله عز وجل، وهذا ظاهر»^(٢).

والجزاء: «القضاء. وجَزَى هذا الأمر أي قضى، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَتَّقُوا يَوْمًا لَا تَجْزِي نَفْسٌ عَنْ نَفْسٍ شَيْئًا﴾^(٣) «^(٤) أي: "لا تقضي"^(٥).

والاجتزاء: «الاكتفاء بالشيء. يقال: اجتزأتُ بالشيء اجتزاءً، إذا اكتفيت به. وأجزأني إجزاءً إذا كفاني»^(٦).

وعلى هذا فالجزاء في اللغة يأتي بمعان متعددة، منها: المقابلة، والبدل، وال عوض، والثواب، والعقاب، والمكافأة، والغناء، والكفاية، والقضاء. وهي معاني متقاربة يمكن إرجاعها إلى أصل واحد، هو: مقابلة الشيء بالشيء.

والذي يعنينا من ذلك ثلاثة معان هي: المقابلة، والعقاب، وال عوض؛ لأن الشرط الجزائي في مقابلة الإخلال بالعقد، فهو تعويض عما يقع من ضرر بسبب الإخلال بالعقد، وفيه معنى العقوبة.

(١) هو: الحسين بن محمد بن الفضل الأصفهاني، أبو القاسم، الملقب بالراغب الأصفهاني، من تصانيفه: "المفردات في غريب القرآن"، و"الذريعة إلى مكارم الشريعة" توفي سنة ٥٠٢ هـ. (سير أعلام النبلاء ١٨/١٢٠-١٢١، ومعجم المؤلفين ٤/٥٩، والأعلام ٢/٢٥٥).

(٢) المفردات في غريب القرآن ص ٩٣.

(٣) سورة البقرة من الآية (٤٨).

(٤) لسان العرب مادة "جزى" ١٤/١٤٤.

(٥) النظم المستعذب ١/١٩٥.

(٦) معجم مقاييس اللغة مادة "جزي" ١/٤٥٥.

الفرع الثاني: تعريف الجزاء شرعاً:

لا يخرج معنى الجزاء شرعاً عن معناه اللغوي، وأكثر ما يستعمل في الشرع في الثواب والعقاب في مقابلة أفعال العباد في الدنيا والآخرة. وبناءً على ذلك يمكن تعريف الجزاء شرعاً بأنه: «ما ينال المكلف من ثواب مقابل عمله الحسن شرعاً في الدنيا والآخرة، وما يناله من عقاب مقابل عمله السيء شرعاً في الدنيا والآخرة»^(١).

فالجزاء يكون ثواباً للأعمال الحسنة، ويكون عقاباً على الأعمال السيئة، والعقاب على العمل السيء يكون حقاً لله تعالى، ويكون حقاً للمخلوق، فمن الأول قول الله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾^(٢)، ومن الثاني قول الله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ﴾^(٣). فالجزاء في الآية عقوبة^(٤) شرعها الله تعالى^(٥) حقاً للمساء إليه على من أساء إليه أن يجازيه بمثل ما أساء إليه، كما قال تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ، وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾^(٦).

(١) ينظر: المسؤولية والجزاء في القرآن الكريم ص ٣٨٠.

(٢) سورة المائدة الآية (٣٨).

(٣) سورة الشورى الآية (٤٠).

(٤) ينظر: تفسير الطبري (جامع البيان في تأويل القرآن) ١١/١٥٥.

(٥) ينظر: تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٤/١١٨.

(٦) سورة النحل الآية (١٢٦).

والعلاقة بين المعنى اللغوي وبين المعنى الشرعي هي العموم والخصوص المطلق، فالجزاء في اللغة عام في كل مقابلة شيء بشيء، وفي الشرع خاص في مقابلة أعمال المكلفين بالثواب، والعقاب، الثواب على الأعمال الحسنة شرعاً، والعقاب على الأعمال السيئة شرعاً.

المسألة الثالثة: تعريف الشرط الجزائي باعتباره مركباً إضافياً:

تبين لنا فيما سبق تعريف الشرط، والجزاء. وبناءً على ذلك يمكن تعريف الشرط الجزائي باعتباره مركباً إضافياً بأنه:

التزام المكلف في عقده بتعويض، أو تحمل، إذا ما أخل بما التزم به.

المطلب الثاني

تعريف الشرط الجزائي باعتباره علماً ولقباً

الشرط الجزائي من المصطلحات الحديثة التي لم تكن معروفة لدى فقهاء المسلمين السابقين^(١)، وإنما دخل مجال القوانين المدنية المعمول بها في الدول العربية نتيجة التأثير بالقوانين الوضعية الغربية، وأول قانون عربي أخذ به هو القانون المصري أخذه عن القانون الفرنسي، وتبعت أكثر قوانين البلاد العربية القانون المصري^(٢).

وقد عرّف أرباب القانون وغيرهم الشرط الجزائي بتعريفات كثيرة، تنبئ عن حقيقته وأبرز خصائصه، وشروطه، ومن هذه التعريفات ما يلي:

(١) ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ١/١٠٢، ومعجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص ١٦٣.

(٢) ينظر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ٢/٨٥٤، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي .٥٠، ٤٩/٢/١٢

- [١] الشرط الجزائي: «اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفاً التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه، أو إذا تأخر في تنفيذه»^(١).
- [٢] وعرف بأنه: «اتفاق بين العاقدين على تقدير مسبق للتعويض الذي يستحقه الدائن، أو الملتزم له، إذا لم ينفذ الملتزم، أو المدين التزامه، أو تأخر في تنفيذه»^(٢).
- [٣] وعرف بأنه: «اتفاق بين المتعاقدين على مقدار التعويض الذي يستحقه أحدهما عند إخلال الآخر بالالتزام»^(٣).
- [٤] وعرف بأنه: «اتفاق تابع يحدد بموجبه الطرفان مسبقاً التعويض، أو العقوبة عند عدم التنفيذ، أو التأخر فيه»^(٤).
- [٥] وعرف بأنه: «اتفاق سابق وتابع على مقدار التعويض الذي يستحقه أحد الطرفين المتعاقدين عند عدم تنفيذ أحدهما لالتزامه، أو تأخره فيه»^(٥).
- [٦] وعرف بأنه: «اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه»^(٦).

(١) أحكام الالتزام لأنور سلطان ص ٧١، وينظر: أحكام الالتزام لجلال العدوي ص ٦٢٨، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد لزكي شعبان ص ١٦١، والنظرية العامة للالتزام لنبل سعد ٧١/٢، والوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٨٤٧/٢.

(٢) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص ١٦٣.

(٣) الشامل في معاملات وعمليات المصارف ص ٣٨٢.

(٤) الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي لعبد المحسن الرويشد ص ٥٢.

(٥) الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني ص ٩٠.

(٦) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (قرار المجمع بشأن الشرط الجزائي) ٣٠٥/٢/١٢.

وهذه التعريفات متقاربة، وكلها تبين حقيقة الشرط الجزائي، وإن تفاوتت في إبراز خصائصه، وشروطه، ويمكن أن نخرج منها بتعريف نحسبه جامعاً لصور المعرف، مانعاً من دخول ما ليس منه فيه، وذلك أن يقال:

الشرط الجزائي: اتفاق بين المتعاقدين على تقدير تعويض معين يستحقه أحدهما عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه.

شرح التعريف:

"اتفاق بين المتعاقدين" فالشرط الجزائي اتفاق، فلا يصح ويلزم إلا بالتراضي، كسائر الشروط والعقود.

"على تقدير" فالشرط الجزائي إنما هو تقدير للتعويض عن الضرر الذي سيلحق بسبب الإخلال بالالتزام.

"تعويض" فالشرط الجزائي في حقيقته تعويض عن الأضرار التي تلحق بسبب الإخلال بالالتزام، وليس عقوبة محضة.

"معين" أي محدد بمقدار أو نسبة معلومة.

"الذي يستحقه أحدهما" فالتعويض إنما هو عن ضرر يحق التعويض عنه، وهذا يخرج التعويض الذي لا يستحق، كالتعويض عن الضرر الحاصل بسبب الدائن أو الملتزم له، أو بغير خطأ من الملتزم أو الدائن، أو التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي.

"أحدهما" أي أن الشرط الجزائي قد يشترطه الملتزم أو الملتزم له.

"عن الضرر" أي الضرر الذي يعرض عنه، وهو في الفقه الإسلامي الضرر المادي، وما لحق المشتري من خسارة، وما فاته من ربح محقق بسبب إخلال الآخر بالتزامه.

"الذي يلحقه" أي يلحق المشتري.

"إذا لم ينفذ الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه" أي أن الضرر حصل بسبب إخلال الملتزم بالتزامه. وهذا الإخلال له صورتان: عدم التنفيذ، أو التأخر فيه.

وهذا يعني أن الشرط الجزائي التزم تابع للالتزام الأصلي، وليس مستقلاً عنه. ويخرج بهذا القيد ما إذا كان الضرر - بسبب عدم التنفيذ أو التأخر فيه - حصل لا بسبب من الملتزم كافة سماوية، أو بسبب الملتزم له، فإنه لا يجب التعويض على الملتزم في ذلك.

سبب التسمية:

سمي الشرط الجزائي شرطاً: لأنه يوضع عادة كشرط من شروط العقد الأصلي الذي يستحق الدائن، أو الملتزم له التعويض على أساسه^(١).
وسمي جزائياً: لأن له بعض آثار العقوبة، من كونه يقدر سلفاً مرتباً على إخلال الملتزم بالتزامه، ولأن مبلغ التعويض الذي يتضمنه يكون عادة أكبر من الضرر الحقيقي الذي يصيب الملتزم له نتيجة عدم التنفيذ، أو التأخر فيه، وليس للقاضي سلطة في تعديله ما لم يكن مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة^(٢).

(١) ينظر: النظرية العامة للالتزام لنبييل سعد ٧١/٢-٧٢، وأحكام الالتزام لأنور سلطان ص ٧١، ومعجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص ١٦٣.

(٢) ينظر: الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي للرويشد ص ٩١ - ٩٢، والشرط الجزائي في القانون المدني الأردني لفؤاد درادكه ص ٩١ - ٩٢.

وقد أطلق على الشرط الجزائي تسميات أخرى، فسمي بالتعويض الاتفاقي^(١)؛ لأنه في حقيقته تعويض عن الضرر تتحدد قيمته باتفاق الطرفين المتعاقدين.

وسمي بالبند الجزائي^(٢)؛ لأنه غالباً ما يتخذ صورة بند من بنود العقد، يتضمن مبلغاً محدداً من المال أو قابلاً للتحديد جزاء عدم التنفيذ أو التأخر فيه. كما سمي بتسميات أخرى، كالجزاء الاتفاقي، والجزاء التعاقدي، والتعويضات الاتفاقية وتعويض النكوص^(٣).

وأشهر هذه التسميات "الشرط الجزائي" وهي التي استعملها القانون، ودرج عليها الناس في معاملاتهم، وهي الأفضل للدلالة على معناه في الفقه الإسلامي^(٤) - والله أعلم -.

وهذه التسميات اصطلاحية، ولا مشاحة في الاصطلاح^(٥)، ما لم يخالف اللغة والشرع، وإلا فالحظر والمنع^(٦).

(١) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ٨٥١/٢، وأحكام الالتزام لجلال العدوي ص ٦٢٨.

(٢) ينظر: النظرية العامة للموجبات والعقود لممصاني ص ٤٦٩، والبند الجزائي في القانون المقارن لإلياس ناصيف ص ٢٣ - ٢٤.

(٣) ينظر: الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني لفوائد درادكة ص ٩١، والشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله للحموي ص ٤٧.

(٤) ينظر: الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله للحموي ص ٤٧.

(٥) ينظر: البحر المحيط ٨٨/٦، ٩٣، والتوضيح شرح التنقيح ٥١/١، وشرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ٣٠٩/١، وفقه النوازل لبكر أبو زيد ١٢٣/١.

(٦) ينظر: فقه النوازل لبكر أبو زيد ١٢٣/١.

ومن القواعد المقررة في الفقه الإسلامي: «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني»^(١)، فتنوع العبارات والألفاظ لا يضر إذا عرف المعنى المقصود^(٢)، إذ لم يشرع الله ورسوله لنا التعبد بألفاظ معينة لا نتعدها في عقودنا ومعاملاتنا بخلاف العبادات^(٣).

والأمثلة على الشرط الجزائي كثيرة، ومتنوعة، فمنها: ما يُنصُّ عليه عادة في عقود المقاولات من إلزام المقاول بدفع مبلغ من المال عن كل يوم، أو شهر يتأخر فيه عن تنفيذ العمل الذي تعهد به^(٤).

ومنها، أن يشترط المشتري على البائع دفع مبلغ معين عن كل يوم أو شهر يتأخر فيه عن تنفيذ التزامه بتسليم المبيع^(٥)، أو مبلغ معين عند عدم التنفيذ. ومنها، أن يشترط المؤجر على المستأجر دفع مبلغ معين عن كل يوم أو شهر يتأخر فيه عن تنفيذ التزامه بإخلاء العين المؤجرة عند انتهاء مدة الإجارة^(٦).

(١) ينظر: غمز عيون البصائر ١/٣٢٢، والأشباه والنظائر لابن الوكيل ٢/٢٢٢، والأشياء والنظائر للسبكي ١/١٧٤-١٧٦، والأشياء والنظائر للسيوطي ص ١٦٦، ومجموع الفتاوى ٣٠/١١٢، ٣٣/١٥٤، وإعلام الموقعين ١/٢٩٢، ٢/٤، ودرر الأحكام شرح مجلة الأحكام ١/١٨، وشرح القواعد الفقهية للزرقاء ص ٥٥.

(٢) ينظر: الفتاوى الكبرى ٦/٣٥٢، وزاد المعاد ٥/١١٠، ٨١٣.

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى ٣٢/١٧، وإعلام الموقعين ١/٢٩٢.

(٤) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني ٢/٨٥٢، وأحكام الالتزام لأنور سلطان ص ٧١، والنظرية العامة للالتزام لنبييل سعد ٢/٧٢-٧٣، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد لزكي شعبان ص ١٦١.

(٥) ينظر: نظرية الشروط المقترنة بالعقد لزكي شعبان ص ١٦١.

(٦) ينظر: المصدر السابق.

ومنها: اشتراط حلول جميع أقساط الدين، إذا تأخر المدين في دفع قسط منها، وهذا الشرط يختلف محله عن محل الشرط الجزائي عادة، فمحل الشرط الجزائي عادة مبلغ من المال يقدر به التعويض، ومحل هذا الشرط من نوع آخر، وهو الالتزام بتعجيل الأقساط المؤجلة^(١).

ومنها، اشتراط فسخ العقد إذا تأخر الآخر في تنفيذ التزامه، أو أخل في تنفيذه. ومن تعريف الشرط الجزائي تبين لنا حقيقته، وخصائصه، وشروط استحقاقه في القانون، وهي التي يتناولها البحث في المطالب الآتية، وذلك أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره.

المطلب الثالث

حقيقة الشرط الجزائي في القانون

لقد تنازع حقيقة الشرط الجزائي في القانون عدد من النظريات:

النظرية الأولى: نظرية العقوبة الخاصة^(٢)؛

أي أن الشرط الجزائي في حقيقته عقوبة يفرضها أحد المتعاقدين على الآخر، دون التفات إلى قدر الضرر المحتمل نتيجة الإخلال بالالتزام.

وهذه النظرية أخذ بها القانون الروماني، وجواز الشرط الجزائي كعقوبة - في القانون الروماني - ناشيء عن التطرف في تطبيق مبدأ حرية الفرد في التعاقد، إذ يُجوز لكل من المتعاقدين أن يفرض على الآخر عقوبات مالية في

(١) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني ٨٥٢/٢.

(٢) ينظر: الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي للرويشد ص ٧٤ - ٧٨، والشرط الجزائي

لدرادكه ص ١٣٦ - ١٣٩.

حال إخلاله بالالتزام، حتى ولو لم يقع أي ضرر من ذلك^(١)، وبناء على ذلك ليس للقاضي الحق في تعديل الشرط الجزائي أو إلغائه.

وهذه النظرية لم تعد مقبولة اليوم، وقد وجهت إليها انتقادات كثيرة، منها؛ أنها تقوم على فكرة الانتقام التي كانت معروفة في ظل القانون الروماني^(٢).

النظرية الثانية: نظرية التعويض الاحتمالي:

أي أن الشرط الجزائي في حقيقته تقدير مسبق للتعويض عن الضرر المحتمل نتيجة عدم تنفيذ العقد، أو التأخر فيه^(٣). وبناءً على ذلك فإنها تفتح الباب أمام القاضي لكي يعدل المبلغ المحدد مسبقاً في العقد تبعاً للضرر الواقع فعلاً^(٤). وهذه النظرية أخذ بها القضاء الفرنسي القديم^(٥).

وقد تعرضت هذه النظرية للنقد، ومن ذلك أنها ألغت الفائدة من الشرط الجزائي، إذ جعلت للقاضي سلطة تعديله تبعاً للضرر الواقع، وصار الشرط الجزائي كالتعويض القضائي، ففقد الشرط فائدته والغرض منه^(٦).

كما أن الأخذ بها أدى إلى عدم احترام الشرط، فلم يعد مفيداً في حمل الملتزم على تنفيذ التزامه والوفاء به^(٧).

(١) ينظر: المصدران السابقان.

(٢) ينظر: الشرط الجزائي في القانون الأردني لدرادكه ص ١٣٧.

(٣) ينظر: الشرط الجزائي للرويشد ص ٧٩، والشرط الجزائي لدرادكه ص ١٣٩.

(٤) ينظر: المصدران السابقان.

(٥) ينظر: المصدران السابقان.

(٦) ينظر: المصدران السابقان.

(٧) ينظر: المصدران السابقان.

النظرية الثالثة: نظرية الاتفاق:

أي أن الشرط الجزائي في حقيقته مجرد اتفاق على مقدار التعويض المستحق في حال عدم تنفيذ الالتزام الأصلي، أو التأخر فيه، ولو لم يحصل خطأ من المدين^(١). وبناءً على ذلك يجب أن يسود الشرط الجزائي مبدأ الثبات؛ لأجل أنه مبلغ متفق عليه، ولهذا لا يمكن طلب تخفيضه إذا كان أكبر من الضرر الواقع، كما لا يمكن طلب إلغاءه في حال انعدام الضرر، بل يتعين على الملتزم في حال عدم تنفيذ العقد أو التأخر فيه، أن يدفع الشرط الجزائي المتفق عليه^(٢).

وهذه النظرية قد تعرضت للنقد، ومن ذلك أنها لا تحقق العدالة والتوازن بين التزامات المتعاقدين؛ لأنها لا تميز تعديل الشرط الجزائي إذا كان مرتفعاً بصورة كبيرة، بل تلزم بدفعه كاملاً حتى في حال انعدام الضرر^(٣).

والفرق بين هذه النظرية وبين نظرية العقوبة - فيما يبدو - هو في كيفية تحديد مقدار الشرط الجزائي المتفق عليه، فعلى نظرية العقوبة لا ينظر إلى مقدار الشرط بناءً على الضرر المحتمل، بل على ما يراه المشتري عقوبة كافية في حمل الملتزم على الوفاء بالتزاماته، بخلاف نظرية الاتفاق، فتحدد الشرط الجزائي فيها مبني على تقدير التعويض المستحق عن الضرر المحتمل وقوعه.

(١) ينظر: الشرط الجزائي للرويشد ص ٨٣ - ٨٥، والشرط الجزائي لدرادكه ص ١٤٠ - ١٤٢.

(٢) ينظر: المصدران السابقان.

(٣) ينظر: المصدران السابقان.

النظرية الرابعة: نظرية الازدواجية:

أي أن الشرط الجزائي في حقيقته مزيج من التعويض والعقوبة معاً^(١). فهو تعويض عن الضرر المحتمل له بعض آثار العقوبة^(٢).

وهذه الحقيقة للشرط الجزائي هي المطابقة في الواقع لأحكام الشرط الجزائي في القانون المدني المصري^(٣)، ومن تبعه من القوانين العربية.

و«هذه السمة المزدوجة من التعويض والعقوبة، تعد أسلم السبل لكفالة شرط جزائي يستطيع أن يحقق أهدافه دون أن يكون طريقاً من طرق الحيف والظلم، فمجرد تقدير التعويض لا يكفي لكي يؤدي الشرط الجزائي دوره المطلوب منه، فيتطلب الأمر إعطاءه بعض سمات العقوبة المدنية الخاصة من أجل أن يقوم بهذا الدور ويسد ذلك النقص، ويدعم هذا الرأي أيضاً أنه هو الطريق الذي اعتمده معظم التشريعات (القوانين الوضعية) عند اعتمادها النص على الشرط الجزائي»^(٤).

وإذا استعرضنا واقع الحال في القانون المدني المصري، فسنجد أن الشرط الجزائي لديه تعويض ذو سمة عقابية^(٥).

(١) ينظر: الشرط الجزائي للرويشد ص ٨٦، والبند الجزائي في القانون لإلياس ناصيف ص ٣٦-٣٧، والشرط الجزائي لدرادكه ص ١٤٣، والتعويض القضائي والشرط الجزائي لمحمد شتا أبو سعد ص ٨٥، ٩٣، ٩٥.

(٢) ينظر: المصادر السابقة.

(٣) ينظر: الشرط الجزائي للرويشد ص ٨٩، والتعويض القضائي والشرط الجزائي لمحمد شتا أبو سعد ص ٨٥، ٩٣.

(٤) الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي للرويشد ص ٨٩.

(٥) ينظر: المصدر السابق ص ٨٩ - ٩٠.

فهو تعويض حيث اشترط لاستحقاقه وقوع الضرر نتيجة عدم تنفيذ العقد، أو التأخر فيه .

وهذا ما جاء في المادة (٢٢٤):

[١] «لا يكون التعويض الاتفاقي "الشرط الجزائي" مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر»^(١). واشترط أن يكون ذلك بسبب خطأ "تعدي" المدين "المتلزم"^(٢).

وهو تعويض عندما لم يعتد بقاعدة ثبات الشرط الجزائي، وأجاز للقاضي تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو كان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، وكان الشرط الجزائي قد وضع عن عدم التنفيذ أصلاً.

وهذا ما جاء في المادة (٢٢٤):

[٢] «ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه»^(٣). وهو ذو سمة عقابية تتمثل في الآتي^(٤):

(١) أعفى القانون الدائن من إثبات الضرر الذي لحقه ليحكم له بالشرط الجزائي، وألقى على المدين عبء إثبات الضرر ليتخلص من الحكم عليه به، وذلك بنص المادة (٢٢٤) في فقرتها الأولى السابقة.

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ٢/٨٥٧، ٨٦٧.

(٢) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني ٢/٨٥٦.

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني ٢/٨٦٨.

(٤) ينظر: الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي للرويشد ص ٩١ - ٩٢.

(٢) ليس للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي لمجرد ارتفاعه عن مستوى الضرر، بل يلزم لجواز ذلك أن يثبت المدين أن الشرط الجزائي كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٢٤) في فقرتها الثانية السابقة.

(٣) نص القانون - أيضاً - على مبدأ الثبات في الشرط الجزائي عندما يكون الضرر أكبر من قيمته، وهذا ما جاء في المادة (٢٢٥): «إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشاً، أو خطأ جسيماً»^(١).

المطلب الرابع

خصائص الشرط الجزائي في القانون

يتميز الشرط الجزائي في القانون بخاصيتين: خاصية التبعية، وخاصية الاتفاقية.

الخاصية الأولى: خاصية التبعية:

الالتزام بالشرط الجزائي لا يوجد مستقلاً بنفسه، بل يوجد دائماً تابعاً لالتزام أصلي، فالشرط الجزائي فرع، والالتزام الذي يتضمنه هو الأصل، والفرع يتبع الأصل، ويترتب على كون الالتزام الأصلي تابعاً ما يلي:

[١] أن العبرة هي بالالتزام الأصلي - موجب العقد - لا بالشرط الجزائي، فلا يجوز للدائن "الملتزم له" أن يطالب المدين "الملتزم" إلا بالالتزام الأصلي "موجب العقد" ما دام تنفيذه ممكناً، وكذلك لا يجوز للمدين "الملتزم" أن يعرض على الدائن إلا الوفاء بالالتزام الأصلي، وإنما يصر إلى الشرط الجزائي إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلًا بخطأ المدين، أما إذا أصبح مستحيلًا بسبب أجنبي عن المدين فقد

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ٢/٨٦٨.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

انقضى هذا الالتزام، ولا يجوز عندئذ للدائن المطالبة بالشرط الجزائي؛ لأن الشرط الجزائي ليس إلا تقديراً لتعويض مستحق، وهنا - عند انعدام شرط الخطأ "التعدي" من المدين - لا يستحق الدائن تعويضاً ما^(١).

وينبغي على ذلك أن الشرط الجزائي كالتعويض، لا يعتبر التزاماً تخبيراً، ولا التزاماً بديلاً، فهو ليس بالالتزام تخيري، لأن الدائن ليس له أن يختار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي، فيطلب تنفيذ أيهما شاء، بل ليس له أن يطلب إلا تنفيذ الالتزام الأصلي ما دام ممكناً، ولأن المدين أيضاً لا يملك هذا الخيار، بل ليس له أن يعرض إلا تنفيذ الالتزام الأصلي ما أمكن ذلك^(٢).

والشرط الجزائي ليس بالالتزام بدلي؛ لأن المدين لا يملك أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي إذا كان ممكناً إلى تنفيذ الشرط الجزائي كبديل عن الالتزام الأصلي^(٣).

[٢] بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي، أما بطلان الشرط الجزائي فلا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي. فإذا كان الالتزام الأصلي باطلاً بأي سبب من أسباب البطلان، كما لو عقده غير ذي أهلية، وتضمن شرطاً جزائياً، كان كل من الالتزام الأصلي والشرط الجزائي باطلاً. ولكن إذا كان الشرط

(١) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني ٢/٨٦٠-٨٦١، والنظرية العامة للالتزامات للبدرأوي ص ٨٥-٨٦، وأحكام الالتزام لجلال العدوي ص ٦٣٢، والنظرية العامة للالتزامات لمنذر الفضل ص ٧٨، ونظرية الالتزام لنبيل سعد ٢/٧٧، وأحكام الالتزام لأنور سلطان ص ٧٥، والتعويض القضائي والشرط الجزائي لمحمد أبو سعد ص ٩٨.

(٢) ينظر: الوسيط ٢/٨٦١، والنظرية العامة للالتزامات للبدرأوي ص ٨٧، وأحكام الالتزام لجلال العدوي ص ٦٣٢، وأحكام الالتزام لأنور سلطان ص ٧٦.

(٣) ينظر: المصادر السابقة.

الجزائي باطلاً فلا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي ؛ لأن الشرط الجزائي تابع فلا يتعلق به مصير الالتزام الأصلي ، كما لو اشترط المرتهن تملك العين المرهونة كشرط جزائي إذا لم يوف المدين الدين عند حلول الأجل ، ففي هذه الحال يكون الشرط الجزائي باطلاً دون أن يبطل الالتزام الأصلي^(١).

[٣] ويترتب على تبعية الشرط الجزائي أن الدائن إذا اختار عند إخلال المدين بالتزامه الأصلي فسخ العقد بدلاً من المطالبة بالشرط الجزائي ، سقط الالتزام الأصلي بالفسخ وسقط معه الشرط الجزائي ؛ لأنه تابع له ، ويطالب الدائن حينئذٍ بالتعويضات التي يقدرها القاضي وفقاً للقواعد العامة ، ولا يطالب بالتعويض المقدر في الشرط الجزائي ، ما لم يكن الشرط الجزائي قد أريد به مواجهة الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة الفسخ^(٢).

[٤] ويترتب على تبعية الشرط الجزائي أن جميع الأوصاف التي تلحق الالتزام الأصلي من شرط ، وأجل ، ونحو ذلك تلحق بالتبعية الشرط الجزائي ، ويصير هذا الالتزام موصوفاً بوصف الالتزام الأصلي^(٣).

وأيضاً فإن الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض ومصدره ، وإنما ينشأ التعويض من مصدر آخر ، هو عدم تنفيذ العقد أو التأخر فيه. ويترتب

(١) ينظر: الوسيط ٢/٨٦٠ ، ٨٦٢-٨٦٣ ، والنظرية العامة للالتزامات للبدر اوي ص ٨٥ ، والنظرية العامة للالتزامات لمنذر الفضل ص ٧٨ ، وأحكام الالتزام لأنور سلطان ص ٧٦ ، وأحكام الالتزام لجلال العدوي ص ٦٣٣.

(٢) ينظر: الوسيط ٢/٨٦٣-٨٦٤ ، والنظرية العامة للالتزامات للبدر اوي ص ٨٦ ، وأحكام الالتزام لأنور سلطان ص ٧٦ ، وأحكام الالتزام لجلال العدوي ص ٦٣٣.

(٣) ينظر: النظرية العامة للالتزامات للبدر اوي ص ٨٦ ، وأحكام الالتزام لأنور سلطان ص ٧٦ ، وأحكام الالتزام لجلال العدوي ص ٦٣٢-٦٣٣.

على ذلك أنه يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي كل ما يشترط لاستحقاق التعويض، من الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية، ثم الإعذار حين يكون الإعذار واجباً لاستحقاق التعويض^(١).

الخاصية الثانية: خاصية الاتفاقية؛

الشرط الجزائي في القانون اتفاق عقدي، فهو مبني على إرادة المتعاقدين، والتعويض فيه محدد باتفاقهما، ولذلك تسري عليه جميع أحكام العقد العامة، من اشتراط أهلية المتعاقدين ورضاهما، ومعلومية المحل، وغير ذلك^(٢).

المطلب الخامس

شروط استحقاق الشرط الجزائي في القانون

لما كان الشرط الجزائي تعويضاً للدائن عن الضرر الذي يصيبه نتيجة عدم قيام مدينه بتنفيذ التزامه، فالشروط اللازم توافرها لاستحقاقه هي شروط التعويض^(٣). وهي: وجود خطأ من المدين، وضرر يصيب الدائن، وعلاقة

(١) ينظر: الوسيط ٨٥٤/٢، ٨٥٥، والنظرية العامة للالتزامات للبدرابي ص ٨٨، ونظرية الالتزام لنبييل سعد ٧٧/٢.

(٢) ينظر: البند الجزائي في القانون المقارن ص ٤٩، والتعويض القضائي والشرط الجزائي لمحمد شتا أبو سعد ص ٨٥، ٨٨ - ٨٩.

(٣) التعويض في القانون ثلاثة أنواع: ١- تعويض قضائي: وهو ما يتم بمعرفة القاضي وتقديره للضرر. وهذا هو الأصل في تقدير التعويض. ٢- تعويض اتفاقي (الشرط الجزائي): وهو ما يتم باتفاق الطرفين مسبقاً على مقدار التعويض. ٣- تعويض قانوني: وهو الفائدة التي يحددها القانون عن التأخر في الوفاء بمبلغ من النقود عن الأجل المحدد.

ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني ٨٢٥/٢، وأحكام الالتزام لأنور سلطان ص ٧٠، وأحكام الالتزام لجلال العدوي ص ٦٢٧، والنظرية العامة للالتزامات للبدرابي ٦٤/٢، ٩٧.

سببية ما بين الخطأ والضرر، وإعذار المدين^(١).

الأول: شرط الخطأ: إخلال الملتزم بالتزامه:

فلا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا كان هناك خطأ عقدي من جانب المدين "الملتزم". والخطأ العقدي هو: عدم قيام المدين "الملتزم" بتنفيذ التزامه الناشئ من العقد، ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين "الملتزم" بالالتزام ناشئاً عن عمد، أو عن إهماله، أو عن فعله - أي دون عمد أو إهمال -^(٢).

فإذا لم يكن هناك خطأ من المدين "الملتزم" فلا مسؤولية في جانبه، ولا يكون التعويض مستحقاً - كما لو كان عدم تنفيذ الالتزام بسبب حادث فجائي، أو شخص أجنبي، أو الدائن "الملتزم له" نفسه - ومن ثم لا محل لإعمال الشرط الجزائي؛ لأنه تقدير لتعويض قد استحق، ولم يستحق التعويض^(٣). وعلى الدائن (الملتزم له) إثبات هذا الخطأ، وفقاً للقواعد العامة^(٤).

(١) ينظر في هذه الشروط: الوسيط في شرح القانون المدني ٨٥٥/٢-٨٦٠، وأحكام الالتزام لأنور سلطان ص ٧٤-٧٥، وأحكام الالتزام لجلال العدوي ص ٦٣٠-٦٣٢، والنظرية العامة للالتزامات للبدر اوي ٨٨/٢-٩١، والنظرية العامة للالتزامات لمنذر الفضل ٧٨-٧٤/٢، والموجز في شرح القانون المدني لعبد المجيد الحكيم ٤٢/٢، والبند الجزائي في القانون المقارن ص ١١٩-١٣٥، والتعويض القضائي والشرط الجزائي لمحمد شتا أبو سعد ص ١٦٧-٢٠٥.

(٢) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني ٦٥٦.

(٣) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني ٨٥٦/٢.

(٤) ينظر: النظرية العامة للالتزامات للبدر اوي ٨٨/٢-٩١، والتعويض القضائي والشرط الجزائي لمحمد شتا أبو سعد ص ١٧٤.

الثاني: شرط الضرر؛

فلا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا كان هناك ضرر أصاب الدائن (الملتزم له)؛ لأن الضرر من أركان استحقاق التعويض، فإذا لم يوجد ضرر لم يكن التعويض مستحقاً، وإذا لا محل لإعمال الشرط الجزائي.

والشرط الجزائي يفترض وقوع الضرر على الدائن (الملتزم له) إذا حصل الخطأ من جانب المدين (الملتزم)، فلا يكلف الدائن (الملتزم له) - المشتري - بإثبات الضرر، ويكون الشرط الجزائي مستحقاً، إلا إذا أثبت المدين (الملتزم) أنه لم يقع ضرر على الدائن (الملتزم له) نتيجة الخطأ، فالشرط الجزائي يجعل عبء إثبات عدم الضرر على المدين (الملتزم)، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٢٢٤) من القانون المصري حيث تقول: «لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر»^(١).

والضرر الذي يعرض عنه بالشرط الجزائي - في القانون - هو الضرر المادي^(٢)، والضرر الأدبي^(٣)، وما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب.

(١) الوسيط ٦٨٠/١.

(٢) الضرر المادي هو: الضرر الذي يتعلق بالمال، أو بالبدن. (ينظر: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ص ١١٨، والنظريات الفقهية لفتحى الدريني ص ١١٤، ونظرية الضمان في الفقه الإسلامي لمحمد فوزي فيض الله ص ٩٢).

(٣) الضرر الأدبي هو: كل تعد على الغير في حريته، أو في عرضه، أو في شرفه، أو في سمعته، أو في مركزه الاجتماعي، أو في اعتباره المالي. (الفعل الضار والضمان فيه ص ١٢١). والضرر الأدبي يقع كثيراً في المسؤولية التقصيرية، ولكن وقوعه في المسؤولية العقدية نادر؛ إذ الأصل أن الشخص يتعاقد على شيء ذي قيمة مالية. (ينظر: الوسيط ٦٨٢/١).

وقد نصت على هذا المادة (٢٢١)، والمادة (٢٢٢) من القانون المصري^(١).
ويجب أن يكون الضرر الذي يعرض عنه في المسؤولية العقدية^(٢) متوقع
الحصول عند العقد، فلا يعرض عن الضرر غير المتوقع إلا في حالتي الغش، أو
الخطأ الجسيم، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٢١) على هذا حيث تقول:
«ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب
غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت

(١) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني ١/٦٨٣، ٢/٨٤٣، والنظرية العامة للالتزامات
لمنذر الفضل ٢/٦٨، والنظرية العامة للالتزامات للبدر اوي ٢/٧٩.

(٢) المسؤولية في القانون: «تعويض الضرر الناشئ عن عمل غير مشروع». (الموجز في النظرية
العامة للالتزامات ص ٣١١). ويقابل هذه المسؤولية في الفقه الإسلامي على وجه الإجمال
مصطلح الضمان، والضمان في الفقه الإسلامي ينقسم إلى قسمين: ضمان عدوان،
وضمان عقد. ضمان العقد: "شغل الذمة بحق مالي للغير جبراً للضرر الناشئ عن عدم
تنفيذ العقد، أو الإخلال بشروطه". وضمان العدوان: "شغل الذمة بحق مالي للغير جبراً
للضرر الناشئ عن التعدي بمخالفة الأحكام الشرعية العامة القاضية بحرمه مال المسلم،
ودمه، وعرضه، وسائر حقوقه مما لا يرجع إلى واجب الوفاء بالعقود" (ضمان العدوان في
الفقه الإسلامي ص ٥٢، ٥٦، ٦٤، وضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة
ص ١٩١، وينظر: مسؤولية الطبيب المهنية ص ٢٥). والمسؤولية في القانون قسمان:
مسؤولية عقدية، ومسؤولية تقصيرية.

فالمسؤولية العقدية: هي تلك المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالعقد، أو الامتناع عن الوفاء
به دون عذر يبرر هذا الامتناع.

والمسؤولية التقصيرية: هي تلك المسؤولية الناشئة عن عمل غير مشروع.

ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني ١/٦٥٣، وضمان العدوان في الفقه الإسلامي
ص ٥٥.

التعاقد»^(١). ذلك أن المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على ما يتوقعانه من الضرر، فالضرر غير المتوقع لا يدخل في دائرة التعاقد، أما إذا كان هناك غش، أو ما يعادل الغش من خطأ جسيم في جانب المدين فمسؤولية المدين تنقلب إلى مسؤولية تقصيرية تشمل الضرر غير المتوقع^(٢).

الثالث: شرط علاقة السببية؛

فلا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا قامت علاقة السببية بين الخطأ والضرر، فلا يكفي أن يكون هناك خطأ أو ضرر، بل يجب أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر، أما إذا انتفت هذه العلاقة لوجود سبب أجنبي لحدوث الضرر فلا تتحقق المسؤولية، ولا يستحق التعويض، فلا محل إذن لإعمال الشرط الجزائي^(٣). والمفترض أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر قائمة، فلا يكلف الدائن "الملتزم له" بإثباتها، بل إن المدين "الملتزم" هو الذي يكلف بنفي هذه العلاقة إذا ادعى أنها غير موجودة، فعلى الإثبات يقع عليه لا على الدائن، والمدين لا يستطيع نفي علاقة السببية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، وذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة، أو حادث فجائي، أو يرجع إلى خطأ الدائن، أو يرجع إلى فعل الغير.

وقد نصت على ذلك المادة (٢١٥) من القانون المصري حيث تقول: «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء

(١) ينظر: الوسيط ١/٦٨٣-٦٨٤، ٢/٨٤٦.

(٢) ينظر: الوسيط ١/٦٨٥.

(٣) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني ٢/٨٥٩، ١/٦٨٧-٦٨٨.

بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه»^(١).

الرابع: شرط إعدار المدين:

الإعذار^(٢) شرط لاستحقاق الشرط الجزائي في الأحوال التي يجب فيها، فإذا لم يقم الدائن بإعذار المدين في هذه الأحوال لم يكن التعويض مستحقاً، وإذا لا محل لإعمال الشرط الجزائي^(٣).

والإعذار: هو وضع المدين قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه^(٤). وعند إعذار المدين يصبح ملزماً بتنفيذ التزامه فوراً، وكل تأخر في التنفيذ يستوجب التعويض^(٥).

وقد نصت المادة (٢١٨) من القانون المصري على أنه: «لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك»^(٦). وبينت المادة (٢١٩) كيفية الإعذار، حيث جاء فيها: «يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ١/٦٨٨، ٢/٨٤٧.

(٢) الإعذار: من عذر واعتذر أي صار ذا عذر في إيقاع العقوبة، يقال: أعذر الرجل: إذا بلغ

أقصى الغاية من العذر. (ينظر: النهاية في غريب الحديث ٣/١٩٧، ومختار الصحاح ص ٢٠٤).

والإنذار: هو الإبلاغ ولا يكون إلا في التخويف. (مختار الصحاح ص ٣٠٨).

(٣) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني ٢/٨٥٩.

(٤) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني ٢/٨٣٠.

(٥) المصدر السابق.

(٦) الوسيط في شرح القانون المدني ٢/٨٢٦.

المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل، دون حاجة إلى أي إجراء آخر»^(١).

وتبين المادة (٢٢٠) الأحوال التي لا يجب فيها الإعذار حيث نصت على ما يأتي: «لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية:

- (أ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن، أو غير مجد بفعل المدين.
- (ب) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع.
- (ج) إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.
- (د) إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه»^(٢).

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ٨٢٦/٢-٨٢٧.

(٢) المصدر السابق.

المبحث الثاني

الغرض من الشرط الجزائي

لقد شاع الشرط الجزائي في هذا العصر في ميدان التعامل، فقلما تجد عقداً من العقود المالية يخلو من هذا الشرط لا سيما عقود المقاولات والتوريد. وذلك لما يحققه من أغراض ومزايا خاصة بالمتعاقدين، وعمامة، ولما له من أهمية عملية من ضمان حسن التنفيذ، وحماية الحقوق، وحفظ التوازن بين طرفي العقد. ويمكن إجمال هذه الأغراض والمزايا بما يلي:

أولاً: مزايا الشرط الجزائي الخاصة بالمتعاقدين:

[١] ضمان تنفيذ الالتزام، وعدم الإخلال به:

إن الشرط الجزائي بما يفرضه من تعويض عن ضرر الإخلال بالعقد، يضمن تنفيذ الالتزام على الوجه المطلوب، في الوقت المحدد، فإن الملتزم إذا أدرك بأنه سيدفع التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي في حال إخلاله بالالتزام، فإن ذلك يحمله على تنفيذه في الوقت المحدد، وعدم الإخلال به^(١).

وفي ذلك استقرار للتعامل، وحماية للحقوق من التقصير أو الضياع، وتحقيق لرغبات المشتري، وأمان للمتعاقدين، وسد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق العباد، وحافز على الوفاء بالعقود والالتزامات تحقيقاً لقول الله تعالى: ﴿

(١) ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ٢١٤/١، والشرط الجزائي لعبد المحسن الرويشد ص ٥٨، والشرط الجزائي لأسامة الحموي ص ٥٤-٥٥، والشرط الجزائي في القانون الأردني ص ٩٦، والشرط الجزائي في القانون الجزائري ص ١٥.

يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴿١﴾ (٢).

[٢] تحقيق التعويض العادل عن الضرر عند الإخلال بالالتزام؛

إن الشرط الجزائي يحقق للملتزم له التعويض الأمثل عن الضرر في حالة الإخلال بالعقد؛ لأن المتعاقدين أعرف بتقدير الضرر الحاصل بسبب عدم تنفيذ العقد، أو التأخر فيه، ولهذا يتفقان عليه، ويبرمان العقد على هذا الشرط، والقاضي ملزم باحترام هذا الاتفاق^(٣).

ولو خلا العقد من الشرط الجزائي، ولجأ الدائن إلى القاضي لتقدير التعويض عن الضرر الحاصل بسبب الإخلال بالالتزام، لربما قدر تعويضاً لا يعادل الضرر بعد طول الانتظار، وتحمل النفقات الباهظة^(٤). إضافة إلى أن القضاء قد لا يعرض عن ضرر التعطل، أو الخسارة، أو فوات الربح، وإنما يضمن أصل الحق لصحابه^(٥).

[٣] تجنب المتعاقدين اللجوء إلى القضاء، وتوفير الوقت والمال؛

الشرط الجزائي في العقد يجنب المتعاقدين اللجوء إلى القضاء لتقدير التعويض عن الضرر، وما يترتب على ذلك من إهدار للوقت والمال بسبب الاجراءات

(١) سورة المائدة الآية (١).

(٢) ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ٢١٤/١، والشرط الجزائي للرويشد ص ٥٨، ٦٣، والشرط الجزائي للحموي ص ٥٤، ٥٦، ٥٨.

(٣) ينظر: الشرط الجزائي للحموي ص ٥٦، والشرط الجزائي في القانون الجزائري ص ١٥-١٦، والشرط الجزائي للرويشد ص ٦١.

(٤) ينظر: المصادر السابقة.

(٥) ينظر: المدخل الفقهي العام ٧١١/٢.

القضائية الطويلة، وتكاليفها المالية^(١).

[٤] التقليل من المنازعات حول الضرر، ومقدار التعويض عنه:

إن الشرط الجزائي من شأنه أن يمنع كثيراً من الجدل حول وقوع الضرر، ونوعيته، ومقداره، ومقدار التعويض عنه؛ لأن وجود الشرط الجزائي يعني ضمناً إقرار الملتزم به أنه في حال إخلاله بالالتزام يترتب على ذلك ضرر بالدائن "الملتزم له" ولهذا يرفع الشرط الجزائي إثبات الضرر عن كاهل الدائن "الملتزم له"، ويجعل نفيه على كاهل المدين "الملتزم" خلافاً للقواعد العامة^(٢).

كما أن الشرط الجزائي يجعل من المفروض أن تقدير التعويض الوارد فيه تقدير صحيح للضرر الواقع، فإذا ادعى المدين (الملتزم) أنه تقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة فعليه هو - أيضاً - لا على الدائن (الملتزم له) عبء إثبات ذلك، والقاضي لا يستطيع تخفيضه إلا إذا بلغ هذه الدرجة، وحتى لو أثبت المدين (الملتزم) ذلك فإن التخفيض سيكون إلى حد التناسب، وليس بالضرورة أن يكون مساوياً للضرر^(٣).

(١) ينظر: الشرط الجزائي للرويشد ص ٦٠، ٦١-٦٢، والشرط الجزائي للحموي ص ٥٦-

٥٧، والشرط الجزائي في القانون الجزائري ص ١٤، والشرط الجزائي في القانون المدني

الأردني ص ٩٧، ٩٨، وأحكام الالتزام لجلال العدوي ص ٦٢٩.

(٢) ينظر: الشرط الجزائي للرويشد ص ٥٩، والشرط الجزائي للحموي ص ٥٧، والشرط

الجزائي في القانون الأردني ص ٩٩، والشرط الجزائي في القانون الجزائري ص ١٥، ١٦،

والموجز في شرح القانون المدني لعبد المجيد الحكيم ٤٠/٢.

(٣) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني ٥٧٨/٢، والشرط الجزائي للرويشد ص ٦٠-٦١.

ثانياً: مزايا الشرط الجزائي العامة:

يحقق الشرط الجزائي - بالإضافة إلى مزاياه الخاصة - عدداً من المزايا والمصالح العامة، ومنها:

[١] تقليل اللجوء إلى المحاكم:

إن الأخذ بالشرط الجزائي في العقود من شأنه أن يقلل من اللجوء إلى المحاكم، ويقلل من النزاعات التي تثور بسبب الإخلال بالعقود، وبالتالي يضع عبئاً عن كاهل المحاكم والقضاة، وفي ذلك تحقيق لهذه المصلحة العامة^(١).

[٢] الإسهام في الازدهار العام:

إن الشرط الجزائي يحقق ثقة المتعاقدين بتنفيذ الالتزامات، مما يؤدي إلى ازدياد الروابط التعاقدية، وبالتالي يؤدي إلى زيادة حركة رؤوس الأموال، وحركة التبادل، وهذا يدفع إلى الانتعاش الاقتصادي، وزيادة الانتاج، وازدهار المجتمع، وتشغيل الأيدي العاملة، وزيادة الأرباح في أيدي المتعاملين بازدياد حركة التعامل، والحركة التعاقدية^(٢).

[٣] تنفيذ المشروعات العامة في وقتها المحدد:

يحقق الشرط الجزائي مصلحة عامة للمجتمع إذا ما طبق في العقود العامة التي تبرمها الدولة مع الشركات لتنفيذ المشروعات العامة، كإنشاء المستشفيات،

(١) ينظر: الشرط الجزائي للرويشد ص ٦٠، والشرط الجزائي للحموي ص ٥٨، والشرط الجزائي في القانون الأردني ص ١٠٠.

(٢) ينظر: الشرط الجزائي للرويشد ص ٦٩، والشرط الجزائي للحموي ص ٥٩، والشرط الجزائي في القانون الأردني ص ١٠٠.

وتعبيد الطرق، والنهوض بالبيئة، وغير ذلك؛ لأن ذلك يحقق اتمام المشروعات في وقتها المحدد دون ممانلة أو تأخير^(١).

ومن شأن هذه المزايا التي يحققها الشرط الجزائي، أن تسهم في انتشاره، وكثرته في العقود المالية، كالبيع، والإيجار، وعقود التوريد، والمقاوله، وغيرها.

(١) ينظر: الشرط الجزائي للحموي ص ٥٩.

المبحث الثالث

تاريخ التعامل بالشرط الجزائي

يعتبر الشرط الجزائي من المعاملات ذات الجذور المتأصلة في القدم، فقد عرفت بعض التشريعات الوضعية القديمة الشرط الجزائي بمفهوم قد يتفق أو يختلف عن مفهومه في العصر الحديث. فقد عُرف في التشريعات البابلية، وفي التشريع الروماني، الذي هو مصدر لمعظم التشريعات الوضعية الحديثة، ثم في القانون الكنسي، ثم في القانون الفرنسي، ومنه إلى القوانين العربية الحديثة. ففي التشريعات البابلية كشفت الوثائق التاريخية بأن العراقيين القدماء كان لديهم كثير من أوجه النشاط الاجتماعي والاقتصادي الذي أدى إلى الالتزام الفعلي في العقود، ضماناً لاستقرار المعاملات، واحتراماً للحقوق، ورتبوا على الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد مسؤولية عقدية، وردت صورها في جميع قوانين الرافدين.

فكان المتعاقدان يُضمنان العقد شرطاً يقضي بعدم الرجوع عن العقد، ومن يناع في ذلك يعرض الطرف الآخر عن كل ما لحق من إضرار نتيجة لذلك. وهذا الشرط صورة من صور ما يعرف اليوم بالشرط الجزائي^(١).

وفي التشريع الروماني ظهر الشرط الجزائي، وكان الهدف من استعماله أول الأمر ضمان تنفيذ الالتزامات التي لا يكون محلها مبلغاً من النقود، إذ لم يكن

(١) ينظر: شريعة حمورابي ص ١٦٩-١٧٠، ودراسات في تاريخ الحقوق ص ٢٢٥-٢٢٦،

والشرط الجزائي في القانون الأردني ص ٧٦-٧٨.

القانون آنذاك يعترف لها بالقوة الإلزامية، وكان الشرط الجزائي يتسم بطابع عقابي، يرمي إلى عقاب المدين وليس إلى تقدير التعويض المستحق عند وقوع الضرر كما هو في القوانين الحديثة.

وبتطور القانون الروماني لم يعد الشرط الجزائي يهدف إلى ضمان تنفيذ التصرفات المجردة من القوة الملزمة - وهي التي لا يكون محلها مبلغاً من النقود - إذ أصبحت كل الاتفاقات لها قوة ملزمة، ويكفل القانون تنفيذها، بل صار يهدف إلى تعويض الدائن عن الضرر الذي يلحقه من عدم تنفيذ الالتزام الأصلي، وبدأ الشرط الجزائي يفقد طابعه العقابي متجهاً نحو الطابع التعويضي، ولكن سرعان ما اندثر هذا الطابع، واستعاد طابعه العقابي، خاصة في المراحل الأخيرة لهذا القانون، إذ اعتبر الرومان المدين المخل بالتزامه مجرمًا يستوجب العقاب، وأوجب القانون الشرط الجزائي بمجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه حتى ولو لم يلحق الدائن أي ضرر، وحتى لو نُفِذَ جزء من الالتزام، ولا ضرورة لإعذار المدين في حال تحديد أجل الالتزام الأصلي، ولا أثر للقوة القاهرة في إعفاء المدين من دفع الشرط الجزائي^(١).

وفي القانون الكنسي اهتم رجال الدين بالشرط الجزائي، لأنه أصبح عند الناس وسيلة لإخفاء الربا الذي حرّمته الكنيسة. فكشف رجال الدين ذلك، وتوصلوا إلى تحديد دور الشرط الجزائي الذي اعتبروه تعويضاً، فميز الكنسيون بين الفائدة الربوية والتعويض. فالفائدة الربوية كما حددتها الكنيسة هي: كل إضافة، أو زيادة على رأس المال. والتعويض هو: إصلاح الضرر الذي أصاب

(١) ينظر: البند الجزائي في القانون المقارن ص ١٩، والشرط الجزائي في القانون الجزائي

الدائن. وعلى هذا الأساس للمقرض أن يطلب تعويضاً بسبب عدم رد القرض في الأجل المحدد زيادة على مبلغ القرض، وهذا التعويض لا يعتبر مبلغاً زائداً، وبالتالي لا يمكن تكييفه من الناحية القانونية على أنه ربا، بل هو تعويض عن الضرر الذي لحق المقرض من جراء التأخر في السداد. وجعل بعضهم للشرط الجزائي وظيفتين: وظيفة التعويض، ووظيفة العقوبة. فإذا كان ضماناً لعمل معين، أو شيء معين كان صحيحاً، أما إن كان محله مبلغاً من النقود فلا يكون صحيحاً إلا إذا كان تقديراً للتعويض الذي يستحقه الدائن بسبب الضرر الذي يلحقه من جراء عدم الوفاء^(١).

وفي القانون الفرنسي القديم اتسم الشرط الجزائي بطابع العقاب، ولم يسمح الاجتهاد الفرنسي بمنح الدائن مبلغاً من النقود يفوق الجزاء المشروط، ولو كان الضرر الذي لحق به يفوق الشرط الجزائي، لكنه كان يسمح بتخفيف هذا الجزاء لصالح المدين إذا كان يفوق بوضوح الضرر الحقيقي، إلا أن سلطة التخفيف هذه لم تكن تركز على أساس قانوني، ولذلك انتقدت اجتهادات المحاكم، واقترحت اللجنة المكلفة بوضع مشروع القانون المدني الفرنسي الإبقاء على الاجتهاد القديم بشأن إمكان تخفيف الشرط الجزائي، إلا أن هذا الاقتراح رفض بحجة أن المتعاقدين هما الأعراف بتقدير التعويض عن الضرر الذي يمكن أن ينجم عن الإخلال بالعقد، وقد اتفقا على ذلك، ونصوص العقد يجب احترامها. وصدرت المادة (١١٥٢) من القانون المدني الفرنسي منوهة بأنه عندما يتضمن العقد نصاً يقضي بأن من ينكث في تنفيذه يتوجب عليه دفع مبلغ ما

(١) ينظر: الشرط الجزائي في القانون الجزائري ص ٢٥-٣٠.

كبدل عطل وضرر، لا يمكن منح الفريق الثاني مبلغاً أكثر أو أقل من المبلغ المتفق عليه. وبذلك منع القانون الفرنسي إمكان تخفيف الشرط الجزائي^(١).

وقد اتجه الفقه الفرنسي بمجملة استناداً إلى المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي التي تعتبر أن العقد شريعة المتعاقدين إلى اعتبار أن القاضي لا يمكنه إجراء أي تعديل على الشرط الجزائي لاعتبارات تتعلق بمقتضيات العدالة.

وقد أدى مبدأ ثبات الشرط الجزائي إلى نتائج خطيرة حيث أصبح الدائنون يشترطون شروطاً جزائية مفرطة، وأمام هذا الوضع كان القاضي مجرداً من كل سلطة تمكنه من حماية المدينين، ولذلك نادى بعضهم بضرورة تدخل القاضي للحد من هذه التعسفات، فعُدل هذا الحكم بمقتضى قانون يوليو عام ١٩٧٥م الذي أدخل فقرة جديدة على نص المادة (١١٥٢) مدني فرنسي نصت على ما يلي: «غير أنه يحق للقاضي أن يعدل أو يزيد الغرامة المتفق عليها في العقد إذا كانت فاحشة، أو بخسة، وأن كل اشتراط مخالف يعتبر كأنه غير مكتوب». وبهذا النص أجاز القانون تعديل الشرط الجزائي، وبذلك واكب التشريع الفرنسي الاجتهاد الحديث في إمكان تعديل الشرط الجزائي تخفيضاً، أو زيادة في قيمته^(٢).

ثم دخلت فكرة الشرط الجزائي إلى القوانين العربية متأثرة بالقانون الفرنسي، فتلقفها القانون المدني المصري الذي أجاز للمتعاقدين في المادة (٢٢٣) منه أن يحدد قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق

(١) ينظر: البند الجزائي في القانون المقارن ص ٢٠، والشرط الجزائي للحموي ص ٥٠.

(٢) ينظر: البند الجزائي في القانون المقارن ص ٢٠، والشرط الجزائي للحموي ص ٥١،

والشرط الجزائي في القانون الجزائري ص ٣٢-٣٣.

لاحق ، وقد تأثرت القوانين العربية الأخرى بالقانون المدني المصري فجاءت مطابقة أو مشابهة له^(١).

وأما في الفقه الإسلامي فإن الشرط الجزائي لم يكن معروفاً لدى فقهاءنا الأقدمين بمعناه الاصطلاحي المعروف به الآن في القانون^(٢) ، فإن الباحث لا يجد من الفقهاء السابقين من تكلم - بوضوح - عن تعويض الضرر الناتج عن عدم الوفاء بموجب العقد ، أو التأخير فيه ، كفوات ربح أو لحوق خسارة ، الذي يشكل في جوهره موضوع الشرط الجزائي. إضافة إلى أن الحاجة إلى الشرط الجزائي في العقود والالتزامات لم تكن ظاهرة في الزمن السابق ، كظهورها في العصر الحاضر ، حيث أصبح لعامل الزمن في هذا العصر تأثير كبير في الاقتصاد بشكل عام ، وفي الصفقات التجارية ، وفي إنشاء المساكن والمتاجر والأسواق ، وفي تقديم الخدمات ، وغير ذلك ، مما جعل الوفاء بالعقود والالتزامات في مواعيدها المحددة له أهمية كبيرة لم تكن من قبل ، وعدم الوفاء بها ، أو التأخير فيه تترتب عليه أضرار كبيرة من فوات ربح أو لحوق خسارة^(٣).

لكن هل تكلم الفقهاء السابقون عن مسائل أو صور في معنى الشرط الجزائي ، أو لا ؟.

(١) ينظر: الشرط الجزائي للحموي ص ٥١ ، والبند الجزائي في القانون المقارن ص ٢٣-٢٤ ، وفي ص ٢٤ ذكر نصوص عدد من القوانين العربية في الشرط الجزائي.

(٢) ينظر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ٨٥٤/٢ ، والشرط الجزائي للحموي ص ١٦٣.

(٣) ينظر: الشرط الجزائي للحموي ص ١٦٣-١٦٤.

اختلف الفقهاء المعاصرون في ذلك، فمنهم من رأى أن الشرط الجزائي المبينة حقيقته في القانون هو معاملة مستحدثة لم يتكلم عنه فقهاؤنا السابقون. وما ذكره بعض المعاصرين من مسائل في الفقه الإسلامي تشبه الشرط الجزائي، كالعربون ونحوه، هي في الحقيقة ليست من الشرط الجزائي، ولا تنطبق عليها حقيقته، ووجود التشابه في بعض الأوجه لا يعني كونها شروطاً جزائية^(١).

ومنهم من رأى أن الشرط الجزائي، وإن لم يكن معروفاً باسمه وضوابطه في الفقه الإسلامي؛ إلا أن الفقهاء قد تكلموا عن مسائل هي في حقيقتها شروط جزائية، ومن ذلك ما جاء عن ابن سيرين^(٢) - رحمه الله - أنه قال: «قال رجل لكريه^(٣) أدخل ركابك^(٤) فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم، فلم يخرج. فقال شريح^(٥): من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه^(٦)».

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الاسلامي (الشرط الجزائي للضرير) ١٢/٢/٥٥-٥٩.

(٢) هو محمد بن سيرين البصري، الأنصاري بالولاء، أبو بكر التابعي، إمام وقته، تفقه وروى الحديث، واشتهر بالورع، وتفسير الرؤيا، مات سنة ١١٠هـ. (طبقات ابن سعد ٧/١٩٣-٢٠٦، وتذكرة الحفاظ ١/٧٧-٧٨، وتهذيب التهذيب ٩/٢١٤-٢١٧).

(٣) الكريء: الذي يكري دابته، فعيل بمعنى مفعول. يقال: أكرى دابته فهو مُكر، وكري، واكثرت منه دابة، واستكريتها فأكرانيها إكراء، ويقال للأجرة نفسها كراء. (النهاية في غريب الحديث ٤/١٧٠، ولسان العرب مادة "كرا" ١٥/٢١٩).

(٤) الركاب: الرواحل من الإبل. (النهاية في غريب الحديث ٢/٢٥٦).

(٥) هو شريح بن الحارث بن قيس الكندي، أبو أمية، أدرك النبي - صلى الله عليه وسلم - ولم يلقه. وقيل: لقيه، يعد من كبار التابعين، من أشهر القضاة في صدر الإسلام، مات سنة ٨٧هـ، وقيل غير ذلك.

(الاستيعاب ٢/٧٠١-٧٠٢، وأسد الغابة ٢/٣٩٤، وتذكرة الحفاظ ١/٥٩).

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الشروط، باب ما يجوز من الاشتراط ٣/١٨٤-١٨٥.

فشريح قضى على المشترط بما اشترطه على نفسه بغير إكراه^(١).
 ووجهت هذه المسألة بأن العادة جرت أن صاحب الجمال يرسلها إلى المرعى، فإذا اتفق مع المستأجر على يوم بعينه، فأحضر له الإبل فلم يرحل أضر ذلك بصاحب الجمال، لعدم الخروج بإبله إلى المرعى، واحتاج بذلك إلى علفها، أو تبقى بدون ذلك، فوقع بينهم التعارف على مال معين يشترطه المستأجر على نفسه إذا أخلف، لتعويض الجمال عما لحقه من ضرر^(٢).
 جاء في بحث هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية: «فهذه المسألة صريحة في أنها من أنواع الشروط الجزائية»^(٣).
 وقال الأستاذ مصطفى الزرقاء^(٤) - تعليقا على قول شريح - : «وهذا النوع من الاشتراط المروي عن القاضي شريح في ضمان التعويض عن التعطل والانتظار ما يسمى في الفقه الأجنبي الحديث: الشرط الجزائي»^(٥).

(١) ينظر: فتح الباري ٤١٨/٥، وعمدة القاري ٢١/١٤.

(٢) ينظر: فتح الباري ٤١٨/٥.

(٣) أبحاث هيئة كبار العلماء ٢١١/١، وينظر: الشرط الجزائي للحموي ص ١٩٣، والشرط الجزائي للرويشد ص ٥٩٨، والشرط الجزائي للشهري ص ٧٢.

(٤) هو: مصطفى بن أحمد الزرقاء، فقيه، أصولي، من أبرز فقهاء الحنفية في هذا العصر، له بحوث نافعة، ومؤلفات عديدة، منها: "المدخل الفقهي العام" و"الفعل الضار والضمان فيه" مات سنة ١٤٢٠هـ.

(٥) فتاوى مصطفى الزرقاء ص ٢١-٣٦.

(٥) المدخل الفقهي العام ٤٩٦/١، وينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (أثر الاستصناع للفرفور)

ومن ذلك مسألة العربون، يقول الأستاذ مصطفى الزرقاء: «إن طريقة العربون هي أساس لطريقة التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار»^(١).

وجاء في بحث هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية: «ويمكن أن يقال: بأن الشرط الجزائي يشبه بيع العربون في أن كلا منهما شرط يوجب على من أخل بالشرط عقوبة مالية يجري تعيينها قبل حصول ذلك»^(٢).

ويظهر للباحث - والله أعلم - أن الشرط الجزائي في حقيقته وهي أنه تقدير مسبق للتعويض عن الضرر، معاملة مستحدثة، لا ينطبق عليها ما نقل من مسائل، وسيأتي - إن شاء الله - بيان الفروق بين الشرط الجزائي، وبين العربون^(٣)، والمسألة المنقولة عن شريح هي في حقيقتها من مسائل العربون لا الشرط الجزائي، على أن ذلك لا يمنع من الاستئناس بهاتين المسألتين في بيان حكم الشرط الجزائي^(٤).

(١) المدخل الفقهي العام ١/٤٩٥.

(٢) أبحاث هيئة كبار العلماء ١/٢٠٨.

(٣) ينظر: ص ٣٦٠-٣٦٢.

(٤) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (الشرط الجزائي للضرير) ١٢/٢/٥٥-٥٨.

المبحث الرابع حكم الشرط الجزائي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

حكم الشرط الجزائي في الديون، وصوره

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: حكم الشرط الجزائي في الديون:

للشرط الجزائي في الديون صور متعددة؛ منها ما هو زيادة مالية تفرض على المدين، إما بالشرط ابتداءً، وإما بالتعويض بعد وقوع الضرر. ومنها ما ليس بزيادة مالية؛ كاشتراط حلول الأقساط المؤجلة عند التأخر في تسديد بعضها. وسيأتي بيان هذه الصور - إن شاء الله - في المسألة الثانية. وفي هذه المسألة نتناول بالبحث أبرز صور الشرط الجزائي، وهي الصورة المتبادرة إلى الذهن عند الإطلاق. وهي: أن يتفق المتعاقدان عند العقد على اشتراط زيادة مالية معلومة على أصل الدين، عند التأخر في الوفاء.

وهذه الصورة من الشرط الجزائي في الديون، هي المطبقة في أكثر البنوك الربوية، والمشروطة في أكثر البطاقات البنكية الإقراضية^(١)، وأقرتها التقنيات الوضعية^(٢)، ولها عدة أسماء، منها: الغرامة التأخيرية، والفوائد التأخيرية.

(١) ينظر: البطاقات البنكية الإقراضية، د/ عبدالوهاب أبو سليمان ص ٧٠-٨٣، ١٦١.

(٢) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني ٢/٨٢٥، ٨٨٠، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي

مثال ذلك : أن يبيع سيارة بثمن مؤجل إلى سنة، ويشترط على المشتري في العقد، أنه إذا تأخر عن موعد السداد، فإن عليه غرامة تأخير: مائة ريال عن كل شهر يتأخر فيه، أو ما نسبته ٥٪ من المبلغ عن كل شهر، أو مبلغاً مقطوعاً كالف ريال مثلاً. وكما يكون ذلك في الثمن المؤجل، يكون كذلك في القرض، والأجرة المؤجلة، والتمن المؤجل في عقد الاستصناع، وفي كل دين ثابت في الذمة، فما حكم ذلك الشرط؟

هذا الشرط الجزائي مقابل التأخر في تسديد الدين عن مواعده المحدد، محرم شرعاً، وهو عين ربا الجاهلية، الذي دل الكتاب، والسنة، وإجماع الأمة على تحريمه. وبيانها كالآتي:

أولاً: الأدلة من الكتاب:

قول الله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾^(٢) فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(٤).

(١) سورة البقرة، الآية ٢٧٥.

(٢) سورة البقرة، الآيتان ٢٧٨ - ٢٧٩.

(٣) سورة آل عمران، الآية ١٣٠.

وجه الدلالة من الآيات : يظهر وجه الدلالة من هذه الآيات من وجهين :

الوجه الأول : يتبين من بيان حقيقة الربا .

فالربا في اللغة : الفضل ، والزيادة ، والنمو ، والعلو ، والارتفاع . يقال : ربا الشيء يربو إذا زاد^(١) . فأصل الربا : الزيادة مطلقاً^(٢) . ويقال للمرب : مُرَبٍ «لتضعيفه المال الذي كان على غريمه حالاً ، أو لزيادته عليه فيه لسبب الأجل الذي يؤخر إليه ، فيزيده إلى أجله الذي كان له قبل حل دينه»^(٣) .

وفي الشرع : يطلق على شيئين : ربا الفضل ، وربا النسيئة^(٤) . «وغالبه : ما كانت العرب تفعله من قولها للغريم : أتقضي ، أم تربني ؟ فكان الغريم يزيد في عدد المال ، ويصبر الطالب عليه»^(٥) .

ونص النهي عن الربا في القرآن الكريم عام «يتناول كل ما نهى عنه من ربا النساء ، والفضل ، والقرض الذي يجر منفعة ، وغير ذلك . فالنص متناول لهذا كله»^(٦) . قال ابن القيم - رحمه الله - : «الربا نوعان : جلي ، وخفي . فالجلي حرم لما فيه من الضرر العظيم ، والخفي حرم ؛ لأنه ذريعة إلى الجلي ، فتحريم الأول قصداً ، وتحريم الثاني وسيلة . فأما الجلي : فربا النسيئة ، وهو الذي كانوا يفعلونه في الجاهلية ، مثل أن يؤخر دينه ، ويزيده في المال ، وكلما أخره زاده في

(١) ينظر : المصباح المنير مادة "ربا" ص ٢١٧ .

(٢) ينظر : تفسير الطبري ١٠٢/٣ ، وتفسير القرطبي ٣٤٨/٣ ، وفتح القدير ٤٣٩/١ .

(٣) تفسير الطبري ١٠٢/٣ .

(٤) ينظر : فتح القدير للشوكاني ٤٣٩/١ .

(٥) تفسير القرطبي ٣٤٨/٣ .

(٦) الفتاوى الكبرى ١٥٥/١ .

المال، حتى تصير المائة عنده آلافاً مؤلفة... فمن رحمة أرحم الراحمين، وحكمته، وإحسانه إلى خلقه أن حرم الربا، ولعن آكله، ومؤكله، وكاتبه، وشاهديه، وأذن من لم يدعه بحربه وحرب رسوله، ولم يجئ مثل هذا الوعيد في كبيرة غيره، ولهذا كان من أكبر الكبائر... وأما ربا الفضل فتحريمه من باب سد الذرائع... فمنعهم من ربا الفضل لما يخافه عليهم من ربا النسيئة، وذلك أنهم إذا باعوا درهماً بدرهمين، ولا يفعل هذا إلا للتفاوت بين النوعين... تدرجوا بالربح المعجل فيها إلى الربح المؤخر، وهو عين ربا النسيئة»^(١).

قال الجصاص^(٢): «من الربا ما هو بيع، ومنه ما ليس ببيع، وهو ربا الجاهلية، وهو القرض المشروط فيه الأجل، وزيادة مال على المستقرض»^(٣). وقال ابن رشد^(٤): «اتفق العلماء على أن الربا يوجد في شيئين: في البيع، وفيما تقرر في الذمة من بيع، أو سلف، أو غير ذلك. فأما الربا فيما تقرر في الذمة، فصنفان: صنف متفق عليه، وهو ربا الجاهلية... وأما الربا في البيع فإن العلماء أجمعوا على أنه صنفان: نسيئة، وتفاضل...»^(٥).

(١) إعلام الموقعين ١٣٥/٢ - ١٣٦، وينظر: تفسير آيات أشكلت ٥٩٧/٢ - ٦٠٠.

(٢) هو: أحمد بن علي الرازي، أبو بكر، الجصاص، الفقيه، الأصولي، المفسر، انتهت إليه رئاسة الحنفية في عصره، له مصنفات كثيرة، منها: "أحكام القرآن" و"مختصر اختلاف العلماء" و"الفصول في الأصول" مات سنة ٣٧٠هـ. (سير أعلام النبلاء ١٦/٣٤٠ - ٣٤١، وشذرات الذهب ٧١/٣).

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٤٦٩/١، وينظر: ٤٦٥/١.

(٤) هو: محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، المالكي، أبو الوليد، الإمام العلامة، ولي قضاء قرطبة، له مصنفات كثيرة، منها: "بداية المجتهد" و"منهاج الأدلة" مات سنة ٥٩٥هـ.

(الديباج المذهب ٢٥٧/٢ - ٢٥٩، وشذرات الذهب ٣٢٠/٤).

(٥) بداية المجتهد ٢٢٥/٢.

فظهر من ذلك أن الربا المحرم شرعاً نوعان: ربا الديون، وهو ربا الجاهلية. وربا البيوع، وهو نوعان: فضل، ونسيئة.

فما هو ربا الديون - ربا الجاهلية - الذي حرم قصداً، والذي يدخل دخولاً أولياً في آيات تحريم الربا؟

يتبين مما ذكره المفسرون، والفقهاء أن ربا الديون^(١) - ربا الجاهلية - ينقسم إلى قسمين رئيسين:

الأول: ربا القروض:

وهو الزيادة في أصل الدين ابتداءً مقابل تأجيله. فهو: إقراض مال إلى أجل بشرط الزيادة. حيث كان الواحد منهم يدفع ماله لغيره قرضاً إلى أجل مسمى بزيادة مشروطة مقابل الأجل، على أن يأخذها منه عند حلول الأجل، أو على أن يأخذ منه كل شهر مبلغاً معيناً ورأس المال باق بحاله إلى حلول الأجل.

قال الجصاص: «والربا الذي كانت العرب تعرفه وتفعله، إنما كان قرض الدراهم والدنانير إلى أجل، بزيادة على ما استقرض، على ما يتراضون به»^(٢)، وقال أيضاً: «معلوم أن ربا الجاهلية إنما كان قرضاً مؤجلاً بزيادة مشروطة، فكانت الزيادة بدلاً من الأجل، فأبطله الله تعالى وحرمه»^(٣).

(١) هذا النوع من الربا يجري في كل شيء، فليس خاصاً بعلّة معينة، أو أجناس محددة. قال ابن حزم في المحلى (٤٦٧/٨ - ٤٦٨): "وهو (أي الربا) في القرض في كل شيء، فلا يحل إقراض شيء ليرد إليك أقل ولا أكثر، ولا من نوع آخر أصلاً، لكن مثل ما أقرضت في نوعه ومقداره... وهذا إجماع مقطوع به".

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٤٦٥/١، وينظر: تفسير الطبري ١٠٧/٣، وتفسير آيات أشكلت ٥٩٧/٢، والفتاوى الكبرى ١٧٠/٦.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٤٦٧/١، وينظر: الفتاوى الكبرى ١٧٠/٦.

وقال ابن حجر الهيتمي^(١): «وربا النسيئة: هو الذي كان مشهوراً في الجاهلية؛ لأن الواحد منهم كان يدفع ماله لغيره إلى أجل، على أن يأخذ منه كل شهر قدرًا معيناً ورأس المال باق بحاله، فإذا حل طالبه برأس المال، فإن تعذر عليه الأداء، زاد في الحق والأجل، وتسمية هذا نسيئة مع أنه يصدق عليه ربا الفضل؛ لأن النسيئة فيه هي المقصودة فيه بالذات، وهذا النوع مشهور بين الناس، وواقع كثيراً»^(٢).

وربا القروض، هو ما يسمى في هذا العصر بالقرض بفائدة.

الثاني: ربا الديون:

وهو الزيادة في الدين المقرر في الذمة - من بيع ونحوه - مقابل تأجيله. حيث كان الواحد منهم يكون له الدين الثابت على غيره - من بيع، أو إجارة، أو سلم، أو نحو ذلك - فإذا حل الأجل، قال للغريم: إما أن تقضي، وإما أن تربى؟ فإن قضاها، وإلا أخر عنه في الأجل، وزاده في الدين^(٣).

روى مالك عن زيد بن أسلم^(٤) قال: (كان الربا في الجاهلية، أن يكون

(١) هو: أحمد بن محمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، السعدي، الأنصاري، شهاب الدين، أبو العباس، من فقهاء الشافعية، له مصنفات كثيرة، منها: "تحفة المحتاج شرح المنهاج" و"الزواجر عن اقتراف الكبائر" و"الفتاوى الهيتمية" مات بمكة، سنة ٩٧٣هـ. (شذرات الذهب ٣٧٠/٨ - ٣٧٢، والأعلام ٢٣٤/١).

(٢) الزواجر عن اقتراف الكبائر ٤٨٣/١.

(٣) ينظر: تفسير الطبري ١٠٢/٣، وتفسير القرطبي ٣٤٨/٣، ٢٠٢/٤، وفتح القدير ٤٣٩/١.

(٤) هو: زيد بن أسلم العدوي، أبو عبد الله، المدني، مولى ابن عمر، الإمام، الفقيه، العالم. مات سنة ١٣٦هـ. (سير أعلام النبلاء ٣١٦/٥ - ٣١٧، وتقريب التهذيب ص ٢٢٢).

للرجل على الرجل الحق إلى أجل، فإذا حل الأجل قال: أتقضي أم تربى؟ فإذا قضاها أخذ، وإلا زاده في حقه، وأخر عنه في الأجل^(١).

وقال مجاهد^(٢) في الربا الذي نهى الله عنه: كانوا في الجاهلية يكون للرجل على الرجل الدين، فيقول: لك كذا وكذا وتؤخر عني! فيؤخر عنه^(٣).

وعن قتادة^(٤) أن ربا الجاهلية: يبيع الرجل البيع إلى أجل مسمى، فإذا حل الأجل، ولم يكن عند صاحبه قضاء، زاده وأخر عنه^(٥).

قال ابن عبد البر: «أجمع العلماء من السلف والخلف أن الربا الذي نزل القرآن بتحريمه هو أن يأخذ صاحب الدين لتأخير دينه بعد حلوله عوضاً - عيناً أو عرضاً - وهو معنى قول العرب: إما أن تقضي، وإما أن تربى؟»^(٦).

إذا تبين ذلك وأن قول الرجل لصاحبه عند حلول دينه: إما أن تقضي، وإما أن تربى؟ من ربا الجاهلية المحرم بنص الكتاب، المتوعد فاعله بالنار، المأمور

(١) موطأ مالك ٤٦٧/٢.

(٢) هو: مجاهد بن جبر المكي المخزومي، مولاهم، أبو الحجاج، تابعي، شيخ القراء والمفسرين، إمام متفق على جلالته، مناقبه كثيرة مشهورة، مات سنة ١٠٢هـ، وقيل غير ذلك.

(تهذيب الأسماء واللغات ٨٣/٢، وسير أعلام النبلاء ٤٤٩/٤ - ٤٥٧).

(٣) رواه الطبري في تفسيره ١٠٢/٣ رقم (٦٢٣٣).

(٤) هو: قتادة بن دعامة بن قنادة السدوسي، البصري، أبو الخطاب، مفسر، حافظ، ثقة ثبت، رأس في العربية، ومفردات اللغة، وأيام العرب والنسب، مات سنة ١١٨هـ، وقيل غير ذلك.

(طبقات ابن سعد ٢٢٩/٧ - ٢٣١، وتذكرة الحفاظ ١٢٢/١ - ١٢٤، وتهذيب التهذيب

٣٥١/٨ - ٣٥٦).

(٥) رواه الطبري في تفسيره ١٠٢/٣ رقم (٦٢٣٥).

(٦) الكافي في فقه أهل المدينة ص ٣٠٢.

بتركه، الذي آذن الله من لم يذره بالحرب منه ومن رسوله، ومن حارب الله ورسوله فهو الخاسر المهزوم قطعاً^(١). فإن اشترط ذلك عليه عند العقد، بأن يشترط زيادة عليه عند التأخر في سداد الدين أولى بعدم الجواز لمقارنة الشرط الفاسد أصل العقد، ومثل الشرط ما إذا جرى العرف بذلك، أو كان قانوناً مطبقاً، مثل ما يسمى بغرامات التأخير، أو بالتعويض مقابل التأخير، أو بالشرط الجزائي.

وتسمية هذه الزيادة بالغرامة التأخيرية، أو بالعوض مقابل التأخير، أو بالشرط الجزائي لا يصرفها عن حقيقتها؛ لأن العبرة بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني.

الوجه الثاني: أن الربا المحرم الذي كان يأخذه العرب في الجاهلية، هو زيادة في الدين مقابل التأخر عن سداده عند حلول أجله، فأبطل الله عز وجل هذه الزيادة وحرّمها، وبيّن أن الدائن لا يستحق على مدينه إلا رأس ماله، فقال تعالى: ﴿وَإِنْ تَبْتَأْكُمْ فَتَرْكَبْتُمْ أَكْلَ الرِّبَا وَأَنْتُمْ إِلَى اللَّهِ عِزٌّ وَجَلٌّ: ﴿فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾ من الديون التي لكم على الناس دون الزيادة التي أحدثتموها على ذلك: ﴿لَا تَظْلِمُونَ﴾ أي المدين بأخذ زيادة منه على رأس المال: ﴿وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ أي بنقصكم عن رؤوس أموالكم أو بمنعكم إياها^(٢). فدل ذلك على أن الزيادة في الدين على المدين مقابل تأخره في السداد عن الموعد المحدد ربا، مطلقاً، سواء كان المدين موسراً، أو معسراً، لعموم الآيات.

(١) ينظر: تفسير القرطبي ٢٠٢/٤.

(٢) ينظر: تفسير الطبري ١٠٩/٣، والزواجر عن اقتراف الكبائر ٤٨٩/١.

ثانياً: من السنة:

حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته يوم عرفة في حجة الوداع: (ألا كل شيء من أمر الجاهلية تحت قدمي موضوع... وربما الجاهلية موضوع، وأول ربا أضع ربانا، ربا عباس بن عبدالمطلب، فإنه موضوع كله)^(١). وفي لفظ: (إلا إن كل ربا من ربا الجاهلية موضوع، لكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون)^(٢).

وجه الدلالة: دل الحديث على أن ربا الجاهلية متروك، وساقط، وهو خبر بمعنى الأمر لتأكيد وضعه، وتحريم أخذه، ووجوب تركه، وأن الدائن ليس له على مدينه إلا رأس ماله، دون الزيادة التي تزداد على المدين من أجل التأجيل، سواء كانت هذه الزيادة عند حلول الأجل، أو عند إنشاء العقد، وسواء كان المدين موسراً، أو معسراً.

ثالثاً: من الإجماع.

نقل جمع من العلماء الإجماع على أن الزيادة في الدين مقابل تأجيله ربا،

منهم:

(١) أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم ٨٨٩/٢ رقم (١٢١٨)، وأبو داود في كتاب المناسك، باب صفة حجة النبي صلى الله عليه وسلم ٥٨٨/١ رقم (١٩٠٥)، وابن ماجه في كتاب المناسك، باب حجة رسول الله صلى الله عليه وسلم ١٠٢٥/٢ رقم (٣٠٧٤)، والدارمي في كتاب المناسك، باب في سنة الحاج ٦٩/٢ رقم (١٨٥٠).

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع، باب في وضع الربا ٢٦٤/٢ رقم (٣٣٣٤)، والدارمي في سننه في كتاب البيوع، باب في الربا الذي كان في الجاهلية ٣٢٠/٢ رقم (٢٥٣٤)، وأحمد في المسند ٧٣/٥ رقم (٢٠٧١٤)، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود ٦٤٢/٢.

[١] الجصاص، حيث قال: «ولا خلاف أنه لو كان عليه ألف درهم حالة، فقال له: أجلني وأزيدك فيها مائة درهم لا يجوز؛ لأن المائة عوض عن الأجل»^(١).

[٢] وابن المنذر^(٢)، حيث قال: «وأجمعوا على أن المسلف إذا شرط عشر السلف هدية، أو زيادة فأسلف على ذلك، أن أخذه الزيادة ربا»^(٣).

[٣] وابن عبد البر، حيث قال: «أجمع العلماء من السلف والخلف أن الربا الذي نزل القرآن بتحريمه، هو أن يأخذ صاحب الدين لتأخير دينه بعد حلوله عوضاً - عيناً أو عرضاً - وهو معنى قول العرب: إما أن تقضي، وإما أن تربى؟»^(٤).

إذا تبين ذلك، وهو أن الزيادة على الدين مقابل تأخيره عن أجله من ربا الجاهلية الذي دل الكتاب، والسنة، والإجماع القطعي على تحريمه، فإن اشتراط ذلك على المدين عند إنشاء العقد شرط باطل، ويبطل به العقد؛ لقول النبي ﷺ: (المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً)^(٥). وهذا الشرط يحل ما حرم الله من الربا المجمع على تحريمه، فيكون شرطاً باطلاً، يحرم اشتراطه، والوفاء به.

(١) أحكام القرآن للجصاص ٤٦٧/١.

(٢) هو: محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، أبو بكر، الإمام المشهور، المجتهد الحافظ، كان شيخ الحرم بمكة، له المصنفات المهمة النافعة في الإجماع، والخلاف، وبيان مذاهب العلماء، منها: "الأوسط" و"الإشراف" و"الإجماع" مات سنة ٣١٨هـ.

(تهذيب الأسماء واللغات ١٩٦/٢ - ١٩٧، وطبقات الشافعية للسبكي ١٠٢/٣ - ١٠٨).

(٣) الإجماع له ص ٧٥، وينظر: المغني ٤٣٦/٦، وبداية المجتهد ٢٢٥/٢، وتفسير القرطبي ٢٤١/٣.

(٤) الكافي له ص ٣٠٢، وينظر: فتح القدير للشوكاني ٤٣٩/١.

(٥) تقدم تخريجه ص ٦٩.

وقد نقل الإجماع على ذلك الخطاب^(١) حيث قال: «إذا التزم المدعى عليه للمدعي أنه إن لم يوفه حقه في وقت كذا، فله عليه كذا وكذا، فهذا لا يختلف في بطلانه؛ لأنه صريح الربا، وسواء كان الشيء الملتزم به من جنس الدين، أو غيره، وسواء كان شيئاً معيناً، أو منفعة»^(٢).

وقد صدر بذلك عدد من القرارات من المجمع، والهيئات العلمية، منها:
[١] قرار مجلس المجمع الفقهي، التابع لرابطة العالم الإسلامي، المقرر بالإجماع، حيث جاء فيه: «إن الدائن إذا شرط على المدين، أو فرض عليه، أن يدفع له مبلغاً من المال غرامة مالية جزائية محددة، أو نسبة معينة إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما، فهو شرط، أو فرض باطل، ولا يجب الوفاء به، بل ولا يحل، سواء كان الشرط هو المصرف، أو غيره؛ لأن هذا بعينه، هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه»^(٣).

[٢] وجاء في قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، بشأن بيع التقسيط: «إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط

(١) هو: محمد بن محمد بن عبد الرحمن بن حسين الرعيني، أبو عبد الله، المعروف بالخطاب، فقيه مالكي، له مصنفات منها: "مواهب الجليل" و"تحرير الكلام في مسائل الالتزام" مات سنة ٩٥٤هـ.

(شجرة النور الزكية ص ٢٧٠، والأعلام ٥٨/٧).

(٢) تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ١٧٦. وقد أنكر على من قال بلزومه، وجعله غفلة منه، إذ يقول بعد هذا الكلام: "وحكم به بعض قضاة المالكية الفضلاء بموجب الالتزام، وما أظن ذلك إلا غفلة منه".

(٣) مجلة المجمع الفقهي الإسلامي - السنة الثامنة - العدد العاشر ص ٣١٤.

عن الموعد المحدد، فلا يجوز إلزامه أيّ زيادة على الدين بشرط سابق، أو بدون شرط؛ لأن ذلك ربا محرم»^(١).

[٣] وجاء في قراره - أيضاً - بشأن الشرط الجزائي: «رابعاً: يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً، فإن هذا من الربا الصريح»^(٢).

[٤] وانتهى مؤتمر المستجدات الفقهية بشأن الشرط الجزائي المنعقد في عمان عام ١٤١٤ هـ إلى ما يلي: «لا يجوز الشرط الجزائي على دفع زيادة عن المدة التي يتأخر فيها الملتزم عن سداد مال في الذمة، سواء اتفق مسبقاً على مقدار الزيادة، أو ترك تقديرها لما بعد وقوع التأخير؛ لأن ذلك من ربا النسيئة»^(٣).

[٥] وجاء في معيار المدين المماثل المقرر من المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما يلي: «لا يجوز اشتراط التعويض المالي نقداً، أو عيناً، وهو ما يسمى بالشرط الجزائي على المدين إذا تأخر عن سداد الدين، سواء نُص على مقدار التعويض أم لم ينص، وسواء كان التعويض عن الكسب الفائت (الفرصة الضائعة) أم عن تغير قيمة العملة»^(٤).

ومما تقدم يتبين أن الشرط الجزائي المقرر لفرض غرامات مالية مقابل التأخر في وفاء الديون المعمول به في البنوك والمصارف الربوية، أنه ربا محرم بالنص، والإجماع. وعلى هذا فكل شرط جزائي يترتب عليه زيادة مالية ربوية على

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٤٤٧/١/٦، القرار رقم (٦/٢/٥٣).

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣٠٦/٢/١٢، قرار رقم (١٢/٣).

(٣) الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية ص ٣٨٢.

(٤) المعايير الشرعية ص ٣٤، وينظر: المعايير الشرعية لصيغ التمويل المصرفي اللاربوي ص ٦٠، ٩٩.

أصل الدين ، فهو شرط باطل ، دون الشرط الجزائي الذي يحمل المدين على الوفاء ، ويمنع من المماطلة دون أن تترتب عليه زيادة مالية فهو جائز ؛ كاشتراط حلول الأقساط المؤجلة عند المماطلة في تسديد قسط منها مع القدرة على الوفاء - كما سيأتي إن شاء الله - .

المسألة الثانية : صور الشرط الجزائي في الديون :

وفيها سبعة فروع :

الفرع الأول : اشتراط حلول الأقساط عند التأخر في أداء بعضها :

مثال ذلك ، أن يبيع سيارة بثمن مؤجل على أقساط في آجال محددة ، ويشترط على المشتري ، أنه إن تأخر في سداد قسط من الأقساط ، أو أكثر ، عن مواعده المحدد ، فإنها تحل عليه جميع الأقساط ، ويسقط حقه في التأجيل ، ويصبح كل ما عليه من هذا الدين حالاً .

والداعي لهذا الشرط هو مماطلة كثير من المدينين في سداد ما عليهم من أقساط في آجالها المحددة ، خاصة في هذا العصر الذي انتشر فيه بيع التقسيط^(١) انتشاراً

(١) تقسيط الدين في اللغة : جعله أجزاء معلومة ، من القسْط ، وهو الحصة والنصيب ، وجمعه أقساط . (ينظر : القاموس المحيط مادة "قسط" ٣٧٩/٢ ، والمصباح المنير مادة "قسط" ص ٥٠٣) .

وفي الاصطلاح الفقهي : "التقسيت : هو تقسيم الدين إلى حصص ، أو مقادير ، لتدفع نجوماً معلومة ، في آجال معلومة محددة " وبيع التقسيط : " بيع يتفق فيه على تعجيل المبيع ، وتأجيل الثمن كله ، أو بعضه ، يؤدي مفرقاً على أجزاء معلومة في أوقات معلومة " .

(معجم المصطلحات الاقتصادية ص ١٠٥ ، ومعجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٤٨٢/١ ، وبيع التقسيط للتركي ص ٣٤) .

كبيراً، فيشترط البائع هذا الشرط ليحمل المدين على السداد في الوقت المحدد. فهو وسيلة ضغط على المدين لسداد ما عليه من أقساط في أوقاتها المحددة، فيؤدي ما عليه في وقته؛ لئلا تحل عليه الأقساط المؤجلة، ويسقط حقه في التأجيل.

فما حكم هذا الشرط؟

لا يخلو حال المتأخر عن أداء الأقساط وقت حلولها من أن يكون معسراً أو معذوراً في مطلقه، أو موسراً مطلقاً بغير حق، ولكل من الحالين حكمها الخاص بها^(١).

الحال الأولى: أن يكون المدين المماطل معسراً أو معذوراً في مطلقه:

إذا كان المدين المماطل معسراً، عاجزاً عن الوفاء بالدين وقت حلوله، لم يجز إلزامه بتعجيل الأقساط المؤجلة، ولا اشتراط حلولها عند التأخر في أداء بعضها؛ لأن الواجب تجاه المعسر هو الإنظار إلى حال القدرة واليسار؛ كما قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(٢)^(٣) فإذا وجب إنظاره إلى اليسار في الدين الحال، فمن باب أولى أن يجب إنظاره فيما لم يحل، وألا يسقط هذا الأجل بسبب الإعسار؛ لأن حلوله هنا بالشرط، وهذا الشرط باطل

(١) ينظر: بيع التقييط للمصري ص ١٠٦، وبيع التقييط للتركي ص ٣٤٢.

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٨٠.

(٣) ينظر: تفسير الطبري ١١٠/٣، ١١٢، وتبيين الحقائق ٢٠١/٥، والمقدمات الممهدة ٣٠٥/٢-٣٠٦، والمنتقى ٦٦/٥، والأم ٢٠٦/٣، وشرح السنة ١٩٥/٨، وشرح النووي على صحيح مسلم ٢١٨/١٠، والمغني ٥٨٤/٦، ومجموع الفتاوى ٧٤/٢٨، وموسوعة فتاوى ابن تيمية في المعاملات وأحكام المال ٣٣٨/١، وكشاف القناع ٤١٨/٣، ومجموع الفوائد للسعدي ص ١١٣، والموسوعة الفقهية الكويتية ٢٦٨/٢.

لمخالفته لكتاب الله تعالى، فيبقى الدين إلى أجله، فإذا حل وهو لا يزال معسراً، وجب إنظاره - أيضاً - إلى الميسرة.

وضابط الإعسار الذي يوجب الإنظار: «ألا يكون للمدين مال زائد عن حوائجه الأصلية، يفي بدينه نقداً، أو عيناً»^(١).

والمعذور في التأخر بسداد ما حل عليه من أقساط، كالمحبوس، والغائب بعذر، ونحو ذلك، كالمعسر في بطلان هذا الشرط.

الحال الثانية: أن يكون المدين المماطل موسراً قادراً على الوفاء:

إذا كان المدين المماطل موسراً قادراً على الوفاء، فهل يجوز اشتراط حلول بقية الأقساط عليه إذا تأخر في أداء بعضها؟ في ذلك قولان:

القول الأول: جواز هذا الشرط.

نص على ذلك بعض الفقهاء من الحنفية، والحنابلة، وهو رأي كثير من المعاصرين.

ومن ذلك ما جاء في بدائع الصنائع: «لو جعل المال نجوماً^(٢) بكفيل، أو بغير كفيل، وشرط أنه إن لم يوفه كل نجم عند محله، فالمال حال عليه، فهو جائز على ما شرط؛ لأنه جعل الإخلال بنجم شرطاً لحلول كل المال عليه، وأنه صحيح»^(٣).

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢١٨/٢/٧ من القرار رقم ٧/٢/٦٦.

(٢) النجم: "الكوكب... وكانت العرب تؤقت بطلوع النجم؛ لأنهم ما كانوا يعرفون الحساب.. وكانوا يسمون الوقت الذي يحل الأداء فيه: نجماً، تجوزاً؛ لأن الأداء لا يعرف إلا بالنجم.. واشتقوا منه فقالوا: نجمت الدين بالثقل إذا جعلته نجوماً". (المصباح المنير مادة "نجم" ص ٥٩٤).

(٣) بدائع الصنائع ٤٥/٦.

وما جاء في الدر المختار: «عليه ألف جعله ربه نجوماً، إن أخل بنجم حل الباقي، فالأمر كما شرطاً»^(١).

وما جاء في درر الحكام: «إذا اشترط الدائن في الدين المقسط بأنه إذا لم يدفع المدين الأقساط في أوقاتها المضروبة يصبح الدين معجلاً، فيجب مراعاة الشرط، فإذا لم يوف المدين بالشرط، ولم يدفع القسط الأول مثلاً عند حلول أجله، يصبح الدين جميعه معجلاً»^(٢).

ويقول ابن القيم - رحمه الله - : «فإن خاف صاحب الحق أن لا يفي له من عليه بأدائه عند كل نجم كما أجله، فالحيلة أن يشترط عليه أنه إن حل نجم ولم يؤده قسطه، فجميع المال عليه حال، فإذا نجمه على هذا الشرط جاز، وتمكن من مطالبته به حالاً ومنجماً»^(٣).

وهو قول كثير من المعاصرين^(٤)، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي ذو الرقم (٦/٢/٥٣) حيث جاء فيه: «يجوز شرعاً أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين عن أداء بعضها ما دام المدين قد رضي بهذا الشرط عند التعاقد»^(٥). وقراره ذو الرقم (٧/٢/٦٦) حيث جاء فيه: «يجوز

(١) الدر المختار ٢٤/٤.

(٢) درر الحكام ٧٥/١.

(٣) إعلام الموقعين ٣٩/٤.

(٤) ينظر: بيع التقسيط للمصري ص ١٠٦، والبيع بالتقسيط للدكتور علي السالوس، بحث في

مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢٦٥/١/٦، وأحكام البيع بالتقسيط لمحمد تقي الدين العثماني،

ضمن بحوث مجلة المجمع ٥٣/٢/٧، وبيع التقسيط للتركي ص ٣٤٢.

(٥) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٤٤٨/١/٦.

اتفاق المتدائنين على حلول سائر الأقساط عند امتناع المدين عن وفاء أي قسط من الأقساط المستحقة عليه، ما لم يكن معسراً»^(١).

وصدر بجوازه - أيضاً - قرار المجلس الشرعي لهيئة معايير المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، فقد جاء في معيار المدين المماطل: «يجوز اشتراط حلول الأقساط جميعها إذا تأخر المدين المماطل عن سداد قسط منها، والأولى أن لا يطبق هذا الشرط إلا بعد إشعار المدين، ومضي مدة مناسبة لا تقل عن إسبوعين»^(٢).

القول الثاني: عدم الجواز.

ذهب إلى ذلك طائفة من العلماء المعاصرين، وبه أفتت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في المملكة العربية السعودية^(٣).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل المجيزون لهذا الشرط، بما يلي:

- [١] أن الأصل في العقود والشروط الصحة، والجواز، إلا ما قام الدليل على منعه، ولا دليل على المنع من هذا الشرط، فيبقى على الأصل.
- [٢] أن الحاجة داعية إلى هذا الشرط، لكثرة المطل من المدينين، وفيه مصلحة للمتعاقدين، فالدائن يحصل به على حقه في وقته، والمدين لا يتأخر بوفاء ما عليه لئلا تحل بقية الأقساط، ولا مانع منه فيصح، ويلزم الوفاء به.

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢١٨/٢/٧.

(٢) المعايير الشرعية ص ٣٤.

(٣) ينظر: فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ١٨٢/١٣ الفتوى رقم (١٨٧٩٦).

[٣] أن موجب هذا الشرط حلول الدين المؤجل بالمماطلة من غير حق، فيصح، قياساً على حلول الدين المؤجل بالإفلاس "عند الملكية"^(١)، وقول عند الشافعية^(٢)، ورواية عن الإمام أحمد^(٣) وبالموت "عند الجمهور"^(٤) بجامع مظنة ضياع الحق في كل.

أدلة القول الثاني:

استدل المانعون من هذا الشرط، بما يلي:

[١] أن اشتراط حلول الأقساط المؤجلة عند التأخر في أداء بعضها، شرط ينافي مقتضى العقد، وهو بقاء الدين المؤجل إلى أجله، فيكون باطلاً^(٥).

المناقشة: نوقش من يعلل بطلان الشروط بمنافاة مقتضى العقد، بأن يقال له: هل هذا الشرط ينافي مقتضى العقد المطلق، أو مقتضى العقد المقيد؟ فإن أراد الأول فصحيح، وكل الشروط في العقود كذلك، فيلزم على هذا إبطال الشروط جملة؛ كاشتراط تأجيل الثمن، والرهن، والضمين، والكفيل، وهو خلاف الإجماع. وإن أراد الثاني، وهو أنه ينافي مقتضى العقد المقيد، فلا يسلم له ذلك؛ لأن مقتضى العقد المقيد ما قيد به، كما أن مقتضى العقد المقيد بتأجيل الثمن، والرهن، والضمين هو ما قيد به، وإن كان مقتضاه عند إطلاقه خلاف ذلك، فمقتضى العقد المطلق يختلف عن مقتضى العقد المقيد.

(١) ينظر: الشرح الكبير للدردير وحاشيته ٢٦٦/٣، أسهل المدارك ١١/٣.

(٢) ينظر: روضة الطالبين ١٢٨/٤، ونهاية المحتاج ٣١٢/٤.

(٣) ينظر: المغني ٥٦٦/٦.

(٤) ينظر: المبسوط ١٨٧/١٨، بدائع الصنائع ٢١٣/٥، المدونة ٢٣٦/٥، التفريع ٢٨٧/٢،

الأم ٢١٦/٣، الحاوي ٣٢٢/٦، المحرر ٣٦٤/١، المغني ٥٦٧/٦، المحلى ٨٤/٨ - ٨٥.

(٥) ينظر: فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ١٨٢/١٣.

وإنما المحذور أن ينافي الشرط مقصود العقد، فلو كان للعقد مقصود يراد في جميع صورته، وشرط في العقد ما ينافي ذلك المقصود، فقد جمع فيه بين المتناقضين بين إثبات المقصود وبين نفيه، فلا يحصل به شيء، وذلك مثل أن يشترط الطلاق في النكاح، أو الفسخ في العقد^(١).

واشترط حلول الأقساط المؤجلة عند التأخر في أداء بعضها، لا ينافي المقصود من العقد، فيصح.

[٢] أن المتعاقدين قد دخلا في هذا العقد على التأجيل، وزيادة الثمن في مقابلة الأجل، واشترط حلول الأقساط عند التأخر في أداء بعضها من غير مراعاة إسقاط ما يقابل الأجل من الزيادة في الثمن من أكل المال بالباطل؛ لأن المشترط قد أخذ هذه الزيادة دون مقابل بهذا الشرط، فيكون باطلاً^(٢).

المناقشة: يناقش هذا الدليل من أربعة وجوه:

الوجه الأول: لا يسلم بأن ذلك من أكل المال بالباطل؛ لأن الثمن إنما هو في مقابلة العين، ودخول الزيادة فيه مقابل الأجل لها حكم التابع، والتابع لا يفرد بحكم^(٣).

(١) ينظر: مجموع الفتاوى ١٣٧/٢٩ - ١٣٨، ١٥٥ - ١٥٦، القواعد النورانية ص ٢١٤،

إعلام الموقعين ١١/٢.

(٢) أشار إليه الشيخ / عبد الله بن محمد آل خنين، عضو الهيئة الشرعية بشركة الراجحي المصرفية للاستثمار في تحفظه حول هذا الشرط إذ يرى عدم صحته.

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٥٤/١، والمنثور ٢٣٤/١، والأشباه والنظائر للسيوطي

ص ١١٧، وشرح القواعد الفقهية ص ٢٥٧، وموسوعة القواعد الفقهية ١٦٤/١.

الوجه الثاني: أن المشتري قد رضي بهذا الشرط على نفسه فجاز؛ كالعربون. لا سيما وأن المماطلة بالوفاء تلحق الضرر بالبائع، والمماطلة في بعض الأقساط دليل على المماطلة في الباقي؛ إذ المماطلة طبع وعادة، وقد رضي بهذا الشرط عند التعاقد، فلا يترتب على ذلك ظلم، ولا أكل للمال بالباطل - والله أعلم -.

الوجه الثالث: أن المماطل بما حل عليه من أقساط مع قدرته على الوفاء، قد أضر بالدائن بتأخير أداء حقه فكان التعجيل دفعا للضرر الذي تعمده، ولأنه قد رضي بهذا الشرط، وهو الذي أدخل نفسه في موجب الشرط باختياره من غير عذر.

الوجه الرابع: لأنه لو وضع عنه لكان ذلك سببا لمماطلة كثير من القادرين حتى يحصلوا على ذلك الوضع من الزيادة مقابل التأجيل، فيفقد العقد بعض مقصوده، ولا تحصل الفائدة من الشرط - والله تعالى أعلم -.

الترجيح:

يظهر - والله أعلم - رجحان القول الأول؛ لقوة أدلته، وضعف أدلة القول الثاني بما ورد عليها من المناقشة.

هذا إن كان الدين عن معاوضة، فإن كان عن قرض مؤجل، واشترط المقرض على المقرض حلول الأقساط بالتأخر في أداء بعضها، صح ذلك عند من يرى أن القرض يتأجل بالتأجيل، وهم المالكية^(١)، والظاهرية^(٢)، ووجه

(١) ينظر: التفريع ١٤٠/٢، والمعونة ١٠٠٠/٢، والتمهيد ٢٠٧/٣ - ٢٠٨، والكافي

ص ٣٥٨، والذخيرة ٢٩٥/٥.

(٢) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام ٤٥/٥، والمحلى ٨١/٨، ٨٤.

عند الحنابلة^(١)، ويبدو أن الخلاف السابق لا يجري في القرض إلا عند التمسك بمقتضى العقد، وأما من يمنع من ذلك بشبهة أكل المال بالباطل، فلا يرد ذلك هنا؛ لأن القرض لا زيادة فيه في مقابل الأجل.

وأما من يرى أن القرض حال، ولا يتأجل بالتأجيل، وهم الحنفية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، فلا أثر لهذا الشرط؛ لأن القرض حال بحكم العقد.

الفرع الثاني: اشتراط أن تكون نفقات القضية على المدين الماطل؛

سبق أن المدين الماطل إما أن يكون معذوراً بإعسار، ونحوه، أو غير معذور، وهو الماطل المليء القادر على الوفاء. فأما الأول فلا تجوز مطالبته أصلاً كما سبق^(٥)، ومن ثم فلو طالبه الدائن وغرم بسبب ذلك مالاً، فإنه لا يتحمل منه المدين شيئاً؛ لأنه معذور في مطلقه، والدائن ظالم في مطالبته في هذه الحال، وبناءً على ذلك فلا يجوز اشتراط أن تكون نفقات القضية عليه، ولو شرط ذلك عليه كان الشرط باطلاً؛ لأنه مخالف لحكم الله تعالى، الذي يوجب إنظار المعسر؛ كما قال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(٦).

(١) ينظر: الفروع ٢٠٢/٤، والمبدع ٢٠٨/٤، والإنصاف ٣٤٠/١٢.

(٢) ينظر: المبسوط ٣٧/١٤، وبدائع الصنائع ٣٩٦/٧، والهداية ٦٧/٣، والنتف في الفتاوى ٤٩٣/١.

(٣) ينظر: الحاوي ٣٥٥/٥، والمهذب ٣٠٣/١، وروضة الطالبين ٣٤/٤، وأسنى المطالب ١٤٢/٢.

(٤) ينظر: الهداية لأبي الخطاب ١٤٩/١، والمغني ٤٣١/٦، والمبدع ٢٠٨/٤، والإنصاف ٣٤٠/١٢.

(٥) ينظر: ص ١٩٣، وقواعد الأحكام ٣٠/٢.

(٦) سورة البقرة من الآية (٢٨٠).

وأما المماطل المليء القادر على الوفاء، ففي حكم اشتراط ذلك عليه أمران:
الأمر الأول: حكم إلزام المدين المماطل القادر على الوفاء بغرم نفقات
 الدعوى والمطالبة من غير اشتراط ذلك عليه.
الأمر الثاني: حكم اشتراط أن تكون نفقات الدعوى والمطالبة على المدين
 المماطل القادر على الوفاء.

وبيانهما كالآتي:

الأمر الأول: حكم إلزام المدين المماطل القادر على الوفاء بغرم
 نفقات الدعوى والمطالبة من غير اشتراط ذلك عليه:
 إن تأخر المدين عن الوفاء بما وجب عليه، مع قدرته على ذلك، بماطلة
 تستدعي مطالبة الدائن بحقه، وغالباً ما تستلزم تلك المطالبة نفقات ومصروفات
 من أجرة تنقل، أو مُحضِر، أو أجرة وكيل بالدعوى، ونحو ذلك.
 فما حكم إلزام المدين المماطل الظالم بمطله، بغرم ما تسبب فيه على الدائن
 من نفقات ومصروفات لأجل استخلاص ما وجب عليه من حق؟
 نص بعض العلماء من المالكية^(١)، والحنابلة^(٢) على إلزام المدين المماطل بغير
 حق، بغرم ما أنفق صاحب الحق من نفقات ومصروفات الدعوى، والمطالبة،
 إذا كان ما أنفقه على الوجه المعتاد المعروف.

(١) ينظر: معين الحكام ٦١٤/٢، وتبصرة الحكام ٢٤٣/١، والبهجة شرح التحفة ٧١/١-
 ٧٢، وحلى المعاصم ٧٢/١، وشرح ميارة ٤٢/١، وحاشية المعداني على تحفة الحكام
 ٤١/١، ومواهب الجليل ١١٣/٦، وحاشية الدسوقي ٢٧٨/٣، ومنح الجليل ٢٨٦/٨.
 (٢) ينظر: مجموع الفتاوى ٢٤/٣٠-٢٥، والأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية ص ٢٠١،
 والفروع ٢٩٢/٤، والإنصاف ٢٣٥/١٣، وكشاف القناع ٤١٩/٣، ومطالب أولي النهى
 ٣٧١/٤، وموسوعة فقه ابن تيمية ١١٠٧/٢. ولم أجد في المسألة نصاً عند الحنفية، والشافعية.

فهذان شرطان لإلزام المدين المماطل بغرم نفقات الدعوى والمطالبة:

الشرط الأول: أن يكون المدين المماطل قادراً على الوفاء، عالماً بوجوب الحق عليه، لا أن يكون معذوراً في تأخره، أو يظن أن الحق معه.

الشرط الثاني: أن يكون ما أنفقه صاحب الدعوى على الوجه المعتاد المعروف، فلا يغرم المدين ما زاد على ذلك.

جاء في معين الحكام: «إن تبين أن المطلوب ألد^(١) بالطالب، ودعاه إلى الارتفاع إلى القاضي، فأبى، فيكون على المطلوب أجره الرسول إليه، ولا يكون على الطالب من ذلك شيء»^(٢).

وفي البهجة شرح التحفة: «إن كان الحق جلياً، والمطلوب به ملياً، والحاكم المدعو إليه من حكام العدل، فالصواب إغرامه حيث لا عذر له في التخلف. وإن كان له عذر ظاهر في التخلف من غرم، أو يخاف أن يسجن ولا يعرف عدمه، أو كان طالبه مؤاخذاً له بشهادة زور مثلاً، أو كان الحاكم من حكام الجور، ونحو ذلك فلا غرم عليه.

وإن لم تعرف حقيقة الأمر في ذلك فالأصل عصمة مال المسلم فلا يباح بالاحتمال والشك، إذ لا يرتفع اليقين إلا باليقين»^(٣).

(١) اللد في اللغة: يطلق على شدة الخصومة، والجدال، والمغالبة. يقال: رجل ألد، وقوم لُدّ. (ينظر: معجم مقاييس اللغة ٥/٢٠٣، ولسان العرب مادة (لدد) ٣/٣٩٠-٣٩١، والمصباح المنير مادة (لد) ص ٥٥١).

واستعمله بعض الفقهاء، بمعنى المماطلة، جاء في الشرح الكبير للدردير ١/٥٤٩: "اللدد: الفرار من دفع الحق، والمماطلة به".

(٢) معين الحكام ٢/٦١٤، وتبصرة الحكام ١/٢٤٣، وينظر: فتح العلي المالك ٢/١٣٦.

(٣) البهجة شرح التحفة ١/٧٢.

وفي شرح ميارة: «أجرة العون على من يحتاج إلى إحضار خصمه وإمساكه، وبعثه إلى موضع انتصافه منه بقضاء ماله عليه، أو إعطاء رهن، أو حميل، أو اقتضاء يمين، أو حبس، هذا إن لم يظهر من المطلوب مطل ولا لجاج، فإن ظهر ذلك منه ألزمه الفقهاء أجرة هذا العون؛ لكونه والله أعلم ظالماً، والظالم أحق أن يحمل عليه»^(١).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: «إذا كان الذي عليه الحق قادراً على الوفاء، ومطل صاحب الحق حقه، حتى أحوجه إلى الشكاية، فما غرمه بسبب ذلك، فهو على الظالم المماطل، إذا كان غرمه على الوجه المعتاد»^(٢).

وقال أيضاً: لو تغيب مضمون عنه قادر على الوفاء، فأمسك الضامن، وغرم شيئاً بسبب ذلك، أو أنفقه في حبس، رجع به على المضمون عنه الذي ظلمه^(٣). قال المرداوي بعد أن نقل ذلك عنه: «قلت: وهو الصواب الذي لا يعدل عنه»^(٤).

وفي مطالب أولي النهى: «وما غرم "رب دين" بسببه "أي بسبب مطل مدين أحوج رب الدين إلى شكواه (فعلى مماطل) لتسببه في غرمه، أشبه ما لو تعدى على مال لحملة أجرة، وحمله لبلد آخر، وغاب، ثم غرم مالكه أجرة حملة لعوده إلى محله الأول، فإنه يرجع به على من تعدى بنقله»^(٥).

(١) شرح ميارة ٤٢/١.

(٢) مجموع الفتاوى ٢٤/٣٠ - ٢٥، والأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية ص ٢٠١، وموسوعة فتاوى الإمام ابن تيمية في المعاملات وأحكام المال ٥٩٥/٢.

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى ٥٥٣/٢٩، والإنصاف ٤١/١٣ - ٤٢.

(٤) الإنصاف ٤٢/١٣.

(٥) مطالب أولي النهى ٣٧١/٤.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

وجاء في معيار المدين المماطل الذي قرره المجلس الشرعي لهيئة معايير المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: «يتحمل المدين المماطل مصروفات الدعوى، وغيرها من المصروفات التي غرمها الدائن من أجل تحصيل أصل دينه»^(١). ويمكن تخريج ذلك قولاً للحنفية، والشافعية، فقد جاء في بدائع الصنائع: «ومؤونة الرد على الغاصب؛ لأنها من ضرورات الرد، فإذا وجب عليه الرد، وجب عليه ما هو من ضروراته، كما في رد العارية»^(٢). ويتخرج على ذلك أجره التقاضي لاستخلاص الحق، فتكون على الظالم المماطل؛ لأنها من ضرورات رد الحقوق إلى أصحابها.

وجاء في قواعد الأحكام في مصالح الأنام: «إذا لزم المدعى عليه إحضار العين لتقوم عليها البينة، فأحضرت فإن ثبت الحق كانت مؤونة الإحضار على المدعى عليه، وإن لم يثبت كانت مؤونة الإحضار والرد على المدعى؛ لأنه مبطل في ظاهر الشرع»^(٣). فجعل أجره إحضار الشيء المدعى به على من عليه الحق؛ لأنه مبطل، فيتخرج على ذلك أجره التقاضي، فتكون على الظالم المماطل؛ لأنه هو الذي ألجأ صاحب الحق إلى ذلك بغير حق.

فظهر من هذه النقول أن المدين المماطل بغير حق يضمن ما يغرمه الدائن من نفقات ومصروفات لأجل تحصيل دينه، إذا كان ما غرمه على الوجه المعتاد المعروف.

(١) المعايير الشرعية ص ٣٤، وينظر: المعاملات المالية المعاصرة، د/ وهبة الزحيلي ص ١٨٠،

وفتاوى الهيئة الشرعية للبركة ص ٣٠٤.

(٢) بدائع الصنائع ١٤٨/٧.

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٣١/٢.

واستدلوا لذلك بما يلي:

[١] أن مطل الغني القادر على الوفاء ظلم، ورفع الظلم واجب، فإذا ترتب على ذلك بذل مال من الدائن لأجل تحصيل دينه من نفقات ومصروفات الدعوى، وكان ذلك على الوجه المعتاد المعروف، فهو على المماطل الظالم؛ لأنه هو المتسبب في ذلك^(١).

[٢] أن قصد كثير من المماطلين القادرين على الوفاء من المماطلة هو تئيس صاحب الحق من حقه، وتزهيده فيه، أو المضارة له، لما يتكبد من المشاق والمتاعب، وبذل الأموال، لأجل الوصول إلى حقه، من المرافعة والمطالبة، والأجور، والنفقات، فيحجم عن المطالبة ويدع الحق بيد المماطل، ومن ثم كان من الواجب معاملة هذا الظالم المماطل بنقيض قصده، فيلزم بإيفاء ما عليه من حق، وما أنفق صاحب الحق من مال لأجل مطالبته، وتخليص الحق منه؛ لأنه هو المتسبب في ذلك ظلماً وعدواناً، ومن ثم يصبح هذا الحكم حاملاً على

(١) ينظر: مجموع الفتاوى ٢٤/٣٠ - ٢٥، وكشاف القناع ٤١٩/٣، وشرح ميارة ٤٢/١.

وقد اعترض ابن الفخار من المالكية على ذلك بقوله: «ولا نعلم ذنباً يوجب استباحة مال الإنسان إلا الكفر وحده، وليس مطلقه يوجب استباحة ماله، وأن تكون أجرة العوين عليه، وإنما هو ظالم بمطله، وتبطل بذلك شهادته، ويستحق اسم الظلم، وماله محرم، ولا يؤخذ منه شيء».

وأجيب عن ذلك: «بأن هذا ليس من باب استباحة المال، وإنما هو أدخل غريمه في غرم، وعرض بإتلاف ماله بعدم انقياده إلى الحكم، فتوجه عليه غرم ذلك». (معين الحكام ٦١٤/٢ - ٦١٥، وينظر: تبصرة الحكام ٢٤٣/١، والبهجة شرح التحفة ٧٢/١، وحلى المعاصم ٧٢/١، وحاشية المعداني على تحفة الحكام ٤١/١).

المبادرة إلى الوفاء، وترك المماطلة بغير حق، ويأمن أرباب الحقوق على حقوقهم، ويستريح القضاة من كثير من الخصومات^(١).

الأمر الثاني: حكم اشتراط أن تكون نفقات الدعوى والمطالبة على المدين المماطل القادر على الوفاء:

إذا جاز تغريم المماطل بغير حق نفقات الدعوى والشكاية من غير شرط، فاشتراط ذلك عليه في بداية العقد أولى بالجواز؛ لأن في ذلك إعداراً إليه، وتقريراً له بجزاء مطلقه، وتحذيراً له من الوقوع فيه، فإذا ماطل بغير حق فقد أدخل نفسه في موجب الشرط عن اختيار وعلم، فساغ تغريمه ما تسبب فيه بغير حق، مع علمه بأثر ذلك وعاقبته - والله أعلم -.

ولأن المدين المماطل هو المتسبب في تحميل أخيه الدائن نفقات الدعوى ومصاريف المطالبة بغير حق، وذلك بسبب ظلمه ومطلقه، ومن تسبب في إهلاك مال أخيه بغير حق لزمه ضمانه.

ولأن الأصل في الشروط الصحة، والإباحة، إلا ما دل الشرع على تحريمه، ولم يرد في الشرع ما يدل على تحريم هذا الشرط، أو المنع منه، فيبقى على الأصل.

الفرع الثالث: اشتراط زيادة في الدين عند التأخر في التسديد:

تقدم في حكم الشرط الجزائي في الديون بيان هذه الصورة، وأنها من الربا المحرم بالنص، والإجماع^(٢).

(١) ينظر: فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم ١٣/٥٤-٥٥، والمماطلة في الديون -

رسالة دكتوراه - للشيخ / سلمان الدخيل ص ١٥٨، والتعويض عن أضرار التقاضي ص ٣٤.

(٢) ينظر: ص ١٨٠-١٩٢.

الفرع الرابع: اشتراط زيادة في الدين عند التأخر في التسديد لمصلحة الغير:

إذا كان اشتراط زيادة في الدين على المدين عند التأخر في السداد من ربا الجاهلية المحرم بنص الكتاب، كما تقدم، فهل يختلف الحكم فيما لو كانت هذه الزيادة مشروطة لجهة بر، أو مصلحة من مصالح المسلمين، فتؤخذ من المدين ولا يملكها الدائن.

مثال ذلك: أن يبيع سلعة بثمن مؤجل، أو يقرض قرضاً، أو نحو ذلك، ويشترط على المدين أنه إذا تأخر في السداد عن الموعد المحدد، فإن عليه أن يدفع مبلغاً مقطوعاً؛ كالف ريال، أو ما نسبته كذا وكذا من الدين؛ كخمس بالمائة على أن يصرف ذلك المبلغ في وجوه البر والخير، فيسلم إلى الدائن، أو إلى طرف ثالث ليقوم بصرفه نيابة عن المدين إلى تلك الجهات.

وهذا الشرط يحمل المدين على الوفاء بالتزامه في الوقت المحدد، أكثر مما يحمله فرض التعويض المالي عليه عند التأخر في السداد؛ لأن مقدار هذا التبرع للجهات الخيرية لا يجب أن يكون بمقدار الأرباح الحاصلة في حساب الاستثمار في مدة المماثلة، بل يمكن أن يكون أكثر من ذلك؛ لأنه لا يراعى فيه تقدير الضرر الذي أصاب الدائن كما في حال التعويض^(١).

فما حكم هذا الشرط؟**تحرير محل النزاع:**

أولاً: اتفق الفقهاء على أن المدين المعسر، أو العاجز عن الوفاء، يجب إنظاره إلى الميسرة، أو إلى حال القدرة على الوفاء، ولا تجوز مطالبته، ولا

(١) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ٤٥.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

إلزامه بأي زيادة أو تعويض مقابل تأخره عن الوفاء بالدين في وقته المحدد، وقد دل على ذلك قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^{(١)(٢)}.

ثانياً: اختلف الفقهاء المعاصرون في هذا الشرط، إذا كان اشتراطه على المدين المماطل بغير حق، على قولين:

القول الأول: عدم جواز هذا الشرط. ذهب إلى ذلك بعض المعاصرين^(٣).

القول الثاني: جواز هذا الشرط. ذهب إلى ذلك بعض المعاصرين^(٤).

وصدرت به بعض الفتاوى، والقرارات منها:

[١] ما جاء في معيار المدين المماطل المقر من المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة

والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: «يجوز أن ينص في عقود المدائنة مثل

(١) سورة البقرة من الآية (٢٨٠).

(٢) ينظر: ص ١٩٣.

(٣) منهم الشيخ: عبد الله بن منيع، كما في بحثه في أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ص ٢٤٤.

والدكتور: أحمد فهمي أبو سنة، كما في مقاله "المدين المماطل يعاقب بالحبس لا بتفريم المال" في مجلة الأزهر، الجزء السابع، السنة الثالثة والستون ص ٧٥٤. وأوماً إليه الدكتور: عبدالعزيز بايندر كما في بحثه المنشور في حولية البركة، العدد الأول، ص ٨٧ - ٨٨.

(٤) منهم: محمد تقي العثماني كما في كتابه بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص ٤٤ - ٤٥، ٤٦.

والدكتور: محمد عثمان شبير كما في بحثه في أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ص ٢٨٥.

والدكتور: محمد علي القرني بن عيد كما في بحثه ضمن كتاب: قضايا معاصرة في النقود والبنوك، ندوة رقم ٣٨، ص ٢٤٥.

والدكتور: وهبة الزحيلي كما في كتابه: المعاملات المالية المعاصرة ص ٣٤.

المراجعة على التزام المدين عند المماثلة بالتصدق بمبلغ، أو نسبة بشرط أن يصرف ذلك في وجوه البر بالتنسيق مع هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة»^(١).

[٢] وهو ما انتهى إليه مؤتمر المستجدات الفقهية الأول بشأن الشرط الجزائي المنعقد في عمان عام ١٤١٤ هـ. حيث جاء في قراره: «ج - يجوز أن يشترط على المدين دفع مبلغ من المال ليصرف في وجوه البر، إذا تأخر عن سداد الدين بدون عذر مقبول»^(٢).

[٣] وجاء في فتاوى الهيئة الشرعية للبركة، ما يلي: «التعويض عن طريق الحكم على المتخلف عن السداد لا يجوز شرعاً، إلا إذا كان هناك التزام مسبق من العميل بدفع زيادة تصرف في وجوه الخير وفي حال المماثلة، وحينئذ تؤخذ هذه الزيادة وتصرف في وجوه البر، دون أن تدخل في موارد البنك»^(٣).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بعدم جواز اشتراط زيادة في الدين على المدين عند التأخر في التسديد، مصرفها الجهات الخيرية بما يلي:

[١] قول الله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ

(١) المعايير الشرعية ص ٣٥.

(٢) الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية ص ٣٨٢.

(٣) فتاوى الهيئة الشرعية للبركة ص ٣٠٤ رقم (١٤/١٣)، وينظر: الفتوى رقم (٣٠/١٣)

الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴿١﴾.

وجه الدلالة: أن الله تعالى حرم الربا، وتوعد من عاد إليه بعد علمه بالتحريم بعذاب النار، وربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه إنما هو زيادة في الدين على المدين مقابل التأخر في سداد الدين، ولا فرق في الحكم بين أن تدفع هذه الزيادة للدائن، وبين أن تدفع لغيره، ولو كان جهة بر، فحقيقة الربا تشمل ذلك كله.

[٢] قول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٢﴾.

وجه الدلالة: يتبين وجه الدلالة من هاتين الآيتين من أربعة وجوه:
الوجه الأول: دلت هاتان الآيتان على تحريم الربا، وأمرت بتركه، وأذنت فاعله بالحرب من الله ومن رسوله ﷺ وحققة ربا الديون الذي نزل القرآن بتحريمه - وهو ربا الجاهلية - : أخذ زيادة من المدين فوق دينه مقابل التأخر في سداد الدين. ولا فرق بين أن يأخذها الدائن، أو يأخذها غيره، ولو كان جهة بر؛ لأن حقيقة الربا تشمل ذلك كله؛ لأن الربا هو الزيادة، وهو زيادة مقابل التأخر في السداد، وهذه زيادة مقابل التأخر في السداد، ولو كانت لجهة بر^(٣).

(١) سورة البقرة، الآية (٢٧٥).

(٢) سورة البقرة، الآيتان (٢٧٨، ٢٧٩).

(٣) ينظر: المماثلة في الديون ص ٥١٠.

الوجه الثاني: أن أخذ الزيادة من المدين، ولو لغير الدائن فيه مخالفة لقول الله تعالى: ﴿وَذُرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا﴾. والمعنى: اتركوا الزيادة الربوية فلا تأخذوها من المدين، وهذا أمر بالترك، والأمر للوجوب، فإذا أخذت منه ولم تترك، وصرفت لغير الدائن، ولو لجهة بر، فقد تحققت معصية الله بمخالفة أمره، فتمنع^(١).

الوجه الثالث: منطوق قول الله تعالى: ﴿فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾ يدل على أن الدائن لا يستحق أكثر من رأس ماله، ويدل بمفهومه على أن المدين لا يلزمه إلا أداء رأس المال فقط، فالزامه بدفع زيادة مالية على رأس المال مقابل التأخر في السداد تدفع لغير الدائن مخالف لهذا المفهوم^(٢).

الوجه الرابع: أشار قول الله تعالى: ﴿لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ إلى الحكمة من تحريم الزيادة على المدين مقابل التأخر في السداد، وهي كون ذلك ظلماً له، فكما لا يجوز أن يظلم الدائن بعدم رجوع رأس ماله إليه، لا يجوز كذلك أن يظلم المدين بإلزامه بدفع زيادة على رأس المال، سواء أخذها الدائن، أو غيره كجهة بر؛ لكونها ظلماً للمدين في الحالين^(٣).

[٣] أن الربا محرم على الدائن والمدين جميعاً، وقد لعن رسول الله ﷺ آكل الربا، ومؤكله^(٤). والآكل: هو الآخذ للزيادة. والمؤكل: هو المعطي لها، وقد

(١) ينظر: المماثلة في الديون، ص ٥١١.

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ينظر: المصدر السابق.

(٤) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة، باب لعن آكل الربا ومؤكله ١٢١٩/٣ رقم (١٥٩٨)،

وأحمد في المسند ٣٠٤/٣ رقم (١٤٣٠٢) من حديث جابر رضي الله عنه قال: (لعن رسول الله

ﷺ آكل الربا، ومؤكله وكاتبه، وشاهديه)، وقال: (هم سواء). واللفظ لمسلم.

سوى بينهما في الحكم، وقال أيضاً: «فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطي فيه سواء»^(١)، فكما لا يجوز للدائن أن يأخذ الربا، لا يجوز كذلك للمدين أن يعطي الربا، وإعطاؤه للربا يشمل إعطاءه للدائن، أو غيره إذا كان مشروطاً عليه في العقد، مقابل التأخر في السداد، بل إن الشارع يراعي حال المدين المتحمل أكثر من مراعاته للدائن في كثير من الأحكام؛ لقوة جانب الدائن، وضعف جانب المدين، ولذا أوجب الله عز وجل إنظار المعسر بلا عوض يؤخذ عليه، ورجب في الصدقة عليه^(٢)، قال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^(٣).

[٤] أن الماطلة في الديون لا توجب زيادة في الدين^(٤)، وليس للدائن إلا ما ورد به الشرع من حل عرض الماطل الظالم، وعقوبته، فحل العرض: يشمل شكايته، ووصفه بالمطل، والظلم، ونحو ذلك. وحل العقوبة: يشمل ما يزره عن فعله؛ كالحبس، والضرب، وبيع ماله جبراً عليه، ونحو ذلك^(٥).

(١) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة، باب الربا ١٢١١/٣ رقم (١٥٨٤)، والنسائي في كتاب البيوع، باب بيع الشعير بالشعير ٢٧٧/٧ رقم (٤٥٦٥) وأحمد في المسند ٤٩/٣ - ٥٠، ٦٦-٦٧، ٩٧ رقم (١١٤٨٤، ١١٦٥٣، ١١٩٤٧) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

(٢) ينظر: أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي "بحث في أن مطل الغني ظلم" للشيخ المنيع ص ٢٤٤، والماطلة في الديون ص ٥١١.

(٣) سورة البقرة، الآية (٢٨٠).

(٤) ينظر: حاشية البناني على شرح الزرقاني ٦٠/٥، ومنح الجليل ٥٣٢/٤.

(٥) ينظر: السياسة الشرعية ص ٦٢، والزواج عن اقتراف الكبائر ١/٥٣٩-٥٤٠، وروضة الطالبين ١٣٧/٤، ودراسات في أصول المداينات ص ٢٩٣، والماطلة في الديون ص ٥١٢.

[٥] أنه باستقراء ما ذكره العلماء في عقوبة المدين المماطل بغير حق، نجد أنه لم ينقل عن أحد منهم قبل هذا العصر أنه قضى، أو أفتى بجواز اشتراط غرامة مالية تدفع لغير المدين؛ كجهات البر ونحوها، مع قربها من الذهن لو كانت جائزة، بل لا يذكرون في عقوبة المماطل بغير حق إلا العقوبات الزاجرة عن الماطل؛ كالحبس، والضرب، وبيع ماله جبراً عليه، ونحو ذلك، مما يدل على أنه من المقرر عندهم: أن مثل هذا الشرط داخل في الربا المحرم؛ إذ هو زيادة في الدين مقابل زيادة في الأجل^(١).

[٦] أن اشتراط زيادة على المدين عند التأخر في السداد لمصلحة الغير، يعني التراخي على التأخير مقابل تلك الزيادة؛ كتراضي الدائن والمدين على التأجيل بربا، ولا فرق في الحكم بين أن تكون هذه الزيادة للدائن، أو لغيره، ويتضح ذلك بالحكم على المثال التالي: «رجل قدم لبنك ربوي وديعة من المال لغرض استثمارها استثماراً ربوياً، على أن تكون عوائد هذه الوديعة لجهة بر؛ كمدرسة، أو مسجد، أو مستشفى، أو غير ذلك، فهل نجد أحداً من أهل العلم المعتد بقوله يميز هذا التصرف؟»^(٢).

أدلة القول الثاني:

استدل من قال بجواز اشتراط زيادة في الدين على المدين عند التأخر في السداد، مصرفها الجهات الخيرية، بما يلي:

(١) ينظر: المصادر السابقة.

(٢) أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي "بحث في أن مطل الغني ظلم" للمنيح

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

[١] أن الأصل في العقود والشروط الصحة والإباحة، إلا ما قام الدليل على تحريمه ومنعه؛ لقول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، وقول النبي ﷺ: (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً)^(٢)، واشتراط تغريم المماطل بغير حق إذا تأخر في الوفاء لمصلحة الغير، شرط صحيح معتبر، ويجب على المدين الوفاء به؛ لأن تلك الزيادة على المدين لا يأخذها الدائن، وفي اشتراطها غرض صحيح مقصود، وهو حفز المدين على الوفاء بالدين في الوقت المحدد، وتوفير الاطمئنان للدائن على دينه، وتحقيق النفع للفقراء^(٣).

المناقشة: نوقش بأن هذا الشرط يفضي إلى الربا؛ لأنه زيادة في مقابل التأخر في الوفاء، فلا يصح، كما لو اشترطه الدائن لنفسه^(٤).

[٢] ما روى عمرو بن الشريد^(٥) عن أبيه رضي الله عنه^(٦) قال: قال رسول الله

(١) سورة المائدة، من الآية (١).

(٢) تقدم تخريجه ص ٦٩.

(٣) ينظر: أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي "الشرط الجزائي ومعالجة المديونات المتعثرة" د/ محمد شبير، ص ٢٨٥.

(٤) ينظر: المماطلة في الديون ص ٥١٣.

(٥) هو: عمرو بن الشريد الثقفي، أبو الوليد، الطائفي، ثقة. (تقريب التهذيب ص ٤٢٣).

(٦) هو: الشريد بن سويد الثقفي، صحابي جليل، شهد بيعة الرضوان، روى عنه ابنه عمرو،

وأبو سلمة بن عبدالرحمن، وعمرو بن نافع الثقفي، وغيرهم. (الإصابة ٢٠٤/٣، وتقريب

التهذيب ص ٢٦٦).

ﷺ: (لي الواجد محل عرضه، وعقوبته)^(١).

وجه الدلالة: أن العقوبة الواردة في الحديث تدل على جواز معاقبة المماطل بما يردعه عن المطل والظلم، ما لم تخالف هذه العقوبة دليلاً شرعياً فتمنع، وتغريم المماطل لصالح الجهات الخيرية، لا يترتب عليه مخالفة فيجوز^(٢).

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الأفضية، باب في الحبس في الدين وغيره ٣٣٧/٢، رقم (٣٦٢٨) وقال: «قال ابن المبارك: محل عرضه: يغلظ له. وعقوبته: يحبس له». والنسائي في كتاب البيوع، باب مطل الغني ٣١٦/٧ رقم (٤٦٨٩) قال جلال الدين السيوطي في شرحه لسنن النسائي: «قال النووي: قال العلماء: محل عرضه بأن يقول: ظمني، مطلني. وعقوبته: الحبس والتعزير».

وابن ماجة في كتاب الصدقات، باب الحبس في الدين والملازمة ٨١١/٢ رقم (٢٤٢٧) وقال: «قال علي الطنّافسي: يعني عرضه: شكايته، وعقوبته: سجنه». والإمام أحمد في المسند ٣٨٨/٤ رقم (١٩٤٧٤) وقال: «قال وكيع: عرضه: شكايته، وعقوبته: حبسه». والبيهقي في السنن الكبرى، في كتاب التفليس، باب حبس من عليه دين إذا لم يظهر ماله ٥١/٦، والحاكم في المستدرک في كتاب الأحكام، باب حبس الرجل في التهمة احتياطاً ١٠٢/٤ وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه»، وصححه الذهبي في التلخيص ١٠٢/٤، وابن حبان في صحيحه في كتاب الدعوى، باب عقوبة المماطل ٤٨٦/١١ رقم (٥٠٨٩)، وقال محققه شعيب الأرنؤوط: إسناده حسن، والطحاوي في شرح مشكل الآثار، باب مشكل ما روي عن النبي ﷺ من قوله: (لي الواجد محل... ٤١٠/٢ رقم (٩٤٩)، وابن أبي شيبة في المصنف في كتاب البيوع والأفضية، باب في مطل الغني ودفعه ٢٨٧/٥، وقد رواه البخاري معلقاً بصيغة التمريض في كتاب الاستقراض، باب لصاحب الحق مقال ٨٥/٣، وقال: «قال سفيان: عرضه: يقول: مطلني، وعقوبته: الحبس». وحسن إسناده الحافظ ابن حجر في فتح الباري ٧٦/٥.

(٢) ينظر: المماطلة في الديون ص ٥١٣.

المناقشة: نوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: أن ولاية التعزير بالمال ليست للدائن، بل هي للحاكم، ولو فوض تنفيذ العقوبة الشرعية إلى آحاد الناس بدون حكم الحاكم، لأدى ذلك إلى فوضوية، لا يقبلها شرع ولا عقل^(١).

الوجه الثاني: أن الحديث أحل أمرين من المماطل الواجد: العرض، والعقوبة. ولم يقل: (ويحل ماله)، فدل على أن العقوبة المالية ليست داخلية فيما دل عليه الحديث، ولا يوجد في الفقهاء والمحدثين من فسر العقوبة هنا بالعقوبة المالية، على اختلاف بينهم في جواز التعزير بالمال^(٢).

[٣] أن حقيقة اشتراط زيادة على المدين عند التأخر في السداد لمصلحة الغير؛ كجهة بر، التزام بالتبرع من المدين معلق على عدم الوفاء، وإلزام به من قبل الدائن، والالتزام بالتبرع جائز، ويستحب الوفاء به بالاتفاق^(٣). وأما الإلزام به فقد قال به بعض المالكية في هذه المسألة، قال الخطاب: «وأما إذا التزم أنه إن لم يوفه حقه في وقت كذا، فعليه كذا وكذا لفلان، أو صدقة للمساكين فهذا هو محل الخلاف - المعقود له هذا الباب - فالمشهور: أنه لا يقضى به كما تقدم. وقال ابن دينار^(٤): يقضى به»^(٥).

(١) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ٤٢.

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ينظر: التمهيد ٢٠٧/٣، وفتح العلي المالك ٢٥٤/١، وعمدة القارئ ١٢/١٢١، والأذكار للنووي ص ٤٥٢، والمبدع ٣٤٥/٩، والمحلى ٢٨/٨.

(٤) هو: عيسى بن دينار الغافقي، القرطبي، الإمام، أبو محمد، فقيه الأندلس ومفتيها، ارتحل ولزم ابن القاسم مدة، كان صالحاً ورعاً، يذكر بإجابة الدعوة، مات سنة ٢١٢هـ. (سير أعلام النبلاء ١٠/٤٣٩ - ٤٤٠، وشذرات الذهب ٢/٢٨).

(٥) تحرير الكلام ص ١٧٦، وينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ٤٥ - ٤٦.

المناقشة: نوقش بأن هذا خارج عن محل النزاع؛ لأن اشتراط زيادة على المدين عند التأخر في السداد، يعتبر معاوضة وليس تبرعاً - ولو كان لجهة بر - فهو إلزام من الدائن، والتزام من المدين، وليس تبرعاً من المدين نفسه دون اشتراط. وما نقل عن المالكية من الخلاف في القضاء بالوعد، إنما هو خاص بالوعد المعروف بالالتزام، قال الخطاب: «وأما [الالتزام] في عرف الفقهاء فهو: إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً، أو معلقاً على شيء... وقد يطلق في العرف على ما هو أخص من ذلك، وهو التزام المعروف بلفظ الالتزام، وهو الغالب في عرف الناس اليوم»^(١)، ومن ثم لا يصح تخريج هذا الشرط على التزام التبرع^(٢).

ويدل لذلك أن المدين لا يتولى صرف هذه الزيادة للجهات الخيرية بنفسه، بل مقتضى الشرط أنه يدفعها للدائن، وهو الذي يقوم بصرفها، فتبين كونها معاوضة عن المثل، وليست تبرعاً محضاً^(٣).

الترجيح:

يظهر - والله أعلم - أن الراجح هو القول الأول، وهو أن اشتراط زيادة على المدين عند التأخر في السداد لمصلحة الغير شرط باطل، وذلك لقوة أدلة هذا القول، ولما ورد على أدلة القول الآخر من المناقشة، ولأن هذا الشرط ما هو في حقيقته إلا اشتراط للربا، والتزام من الدائن بالتصدق به؛ ولأنه لو لم يكن ربا فهو وسيلة إليه، فيجب منعه سداً للذريعة، وصوناً للشريعة، وقد تحقق كونه وسيلة إلى الربا فعلاً «فقد استطاع أحد البنوك تحصيل موافقة من الهيئة الشرعية لديه على

(١) تحرير الكلام ص ٦٨.

(٢) ينظر: المماثلة في الديون ص ٥١٤.

(٣) ينظر: المصدر السابق ص ٥١٤ - ٥١٥.

اشتراط التعويض عن التأخير، وعلى غرامة التأخير، فوافقت الهيئة على أن تصرف في وجوه الخير، ولكن الإدارة كانت ذكية فأخذت موافقة أخرى من الهيئة على اقتطاع جزء من هذه الغرامة في مقابل الإجراءات الإدارية، وحينئذ كلفت الإدارة أحد موظفيها باحتساب مقدار التكلفة الإدارية، حيث بلغت قريباً من الغرامة المحصلة، وبالتالي دخلت في جيب البنك»^(١).

الفرع الخامس: اشتراط حق المطالبة بالتعويض عن الضرر المترتب على التأخر في

التسديد:

وفيه أمران:

الأمر الأول: حكم التعويض عن الضرر المترتب على التأخر في التسديد:

إن تأخر كثير من المدينين ومماطلتهم في أداء ما وجب عليهم بسبب ضعف الوازع الديني والخلقي في هذا الزمان الذي كثر فيه المظل، يسبب أضراراً تلحق بالدائنين أفراداً كانوا أو مؤسسات خاصة في هذا العصر الذي يشكل فيه عنصر الوقت أهمية بالغة في النظام التجاري، لا سيما في النظام المصرفي؛ نظراً لتطور وسائل الاتصال. وما تعانیه المصارف الإسلامية من الأضرار بسبب المماطلة أكثر وأشد مما تعانیه المصارف والبنوك الربوية التي تفرض على مدينيها فوائد تأخير تؤدي دوراً فعالاً في الضغط على المدين بأداء دينه في مواعده المحدد تفادياً لتلك الفوائد التي تتضاعف عليه بصورة تلقائية، بينما المصارف الإسلامية التزاماً منها بأحكام الشريعة وبجرمة الربا في معاملاتها، لا تفرض على مدينيها

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي "مشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية" للقره داغي

فوائد تأخير، الأمر الذي جعل بعض هؤلاء المدينين لا يرعوي عن المماطلة، معرفة منه بعدم إمكان إلزامه بأداء أكثر مما عليه من الدين^(١).

ولذا أثبتت هذه المسألة - تعويض الدائن عن ضرر المماطلة - في محيط المصارف الإسلامية، وحصل فيها خلاف بين المعاصرين بين مجيز ومانع.

وقبل عرض الخلاف تجدر الإشارة إلى تحرير محل النزاع في ذلك:

أولاً: اتفق الفقهاء المعاصرون على أن المدين المعسر، أو العاجز عن الوفاء لا تجوز مطالبته، ولا إلزامه بتعويض عن التأخر في الوفاء؛ لأن الواجب في حقه الإنظار إلى اليسار، كما قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(٢)، والإلزام بالتعويض ينافي الإنظار المأمور به في الآية فكان باطلاً^(٣).

ثانياً: اتفق الفقهاء المعاصرون على حرمة اتفاق المتعاقدين - الدائن والمدين - على مبلغ محدد، أو نسبة معينة يدفعها المدين لتعويض الدائن عن ضرر التأخر والمماطلة؛ لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه^(٤).

(١) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ٣٧، ومجلة جامعة الملك عبدالعزيز - الاقتصاد الإسلامي - المجلد الثالث - ١٤١١هـ / ١٩٩١م "التعويض عن ضرر المماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد" ص ٣١، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٤/٤/٤٥٩ - ٤٦٠.

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٨٠.

(٣) ينظر: مجلة دراسات اقتصادية إسلامية المجلد الثالث العدد الثاني، والمجلد الرابع العدد الأول رجب ١٤١٧هـ / ١٩٩٦م "حول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض للدائن" لمصطفى الزرقا ص ٢٠، وبحوث في الاقتصاد الإسلامي للمنع ص ٣٩٤، ٤١٧، ٤٢٦. وتعليق الدكتور رفيق المصري على مقال الزرقا في المجلة السابق ص ٥٩، ومجلة جامعة الملك عبدالعزيز - الاقتصاد الإسلامي، المجلد الأول - ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م، ص ١٩٨ "تعليق زكي الدين شعبان على مقال الزرقا".

(٤) ينظر: ص ١٨١، والتعويض عن ضرر المماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد ص ٣٨.

ثالثاً: اتفق الفقهاء المعاصرون على أن الضرر الأدبي الذي يلحق الدائن بسبب المماطلة لا يعرض عنه^(١).

رابعاً: اتفق الفقهاء المعاصرون على أن الضرر المادي الفعلي الواقع بسبب فعل المماطل نفسه - القادر على الوفاء - كنفقات الشكاية، ومصروفات الدعوى والمطالبة يتحملة المدين؛ لأنه المتسبب في ذلك بغير حق. جاء في معيار المدين المماطل المعتمد من المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ما يلي: «يتحمل المدين المماطل مصروفات الدعوى وغيرها من المصروفات التي غرمها الدائن من أجل تحصيل أصل دينه»^(٢).

خامساً: اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم تعويض الدائن عن الضرر اللاحق بسبب مماطلة المدين الموسر القادر على الوفاء.

وقبل عرض الخلاف يحسن بنا أن نذكر صور الضرر المترتبة على المماطلة في الديون.

أبرز صور الضرر المترتبة على المماطلة في الديون ما يلي:

الصورة الأولى: ضرر فوات الربح المفترض أو المحتمل الوقوع:

فإذا تأخر المدين عن سداد دينه في وقته المحدد، ومضت مدة كان من الممكن أن يربح فيها الدائن من ماله لو أنه سلّم إليه في وقته المحدد؛ إذ بإمكانه أن

(١) ينظر: مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي - المجلد الخامس، ١٤١٣هـ -

تعليق الصديق الضير على بحث: التعويض عن ضرر المماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد" ص ٧١.

(٢) المعايير الشرعية ص ٣٤.

يستثمره بالطرق المشروعة الحلال من تجارة، أو مضاربة، أو مزارعة، ونحو ذلك، إلا أن المدين بمماطلته قد فوت على الدائن تلك الأرباح المتوقعة^(١). فهل له مطالبة المدين بالتعويض عن ذلك الربح الفائت المفترض حصوله لولا المماطلة؟

كما لو باع سيارة بسبعين ألف ريال إلى سنة بربح عشرة آلاف ريال عن ثمنها حالاً، فماتل المدين في الوفاء ثلاث سنين، فلو أن ماله سدد إليه عند حلول أجله ولم يماطل به، لأمكنه تكرار هذا البيع ثلاث مرات خلال مدة المطل، ولربح في ذلك ربحاً مقداره ثلاثون ألف ريال، فهل للدائن أن يطالب المدين المماطل بتعويضه عن هذا الربح المفترض خلال تلك المدة؟

الصورة الثانية: ضرر فوات الربح المحقق الوقوع:

فإذا تأخر المدين عن سداد دينه في وقته المحدد، وفي أثناء مدة المماطلة حقق الدائن ربحاً من استثمار أمواله التي لديه، ولو أنه تسلم دينه في مواعده لحقق منه ربحاً مساوياً لما حققه من أمواله التي استثمارها، إلا أن المدين بمماطلته قد فوت على الدائن ذلك الربح المحقق الوقوع^(٢).

كما لو كان له عشرة آلاف ديناً إلى أجل، فحل الأجل وماتله المدين في الوفاء لمدة سنة، وفي هذه المدة كان لديه عشرة آلاف ريال فاشترى بها أسهماً، وربح خلال هذه السنة ألف ريال مثلاً، ولو أن المدين سدد إليه دينه عند حلول

(١) ينظر: حول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض للدائن للزرقا ص ١٨، ٢٠.

(٢) ينظر: مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي، المجلد الخامس، ١٤١٣ هـ

"تعليق الضرب على بحث: التعويض عن ضرر المماطلة بين الفقه والاقتصاد" ص ٧٢.

أجله لأمكنه شراء أسهم إضافية ولربح فيها ألف ريال أخرى، فهل للدائن مطالبة المدين المماطل بالتعويض عن هذا الربح المحقق خلال تلك المدة؟

الصورة الثالثة: الضرر المادي الفعلي الواقع على الدائن نتيجة تأخر المدين

عن الوفاء:

كأن يكون له دين على آخر إلى أجل فيرتبط اعتماداً على أن مدينه سيوفيه دينه عند حلول أجله بعقد مقاولة، أو مداينة إلى أجل، فيماطله مدينه، ونتيجة لذلك يعجز عن الوفاء بالتزامه في وقته المحدد، فيطالب بالتعويض بناءً على شرط جزائي، أو يباع ماله جبراً عليه فيخسر بسبب ذلك، فهذه أضرار مادية فعلية مترتبة على المماطلة^(١). فهل للدائن أن يطالب مدينه بالتعويض المالي عن هذا الأضرار؟

وهذه الأضرار المذكورة في الصور السابقة من فوات الربح المحتمل، أو المحقق الوقوع، أو ما ترتب على الدائن من ضرر مادي بسبب شرط جزائي، أو نحو ذلك، كلها أضرار خارجة عن فعل المماطل نفسه، فهل يجوز إلزام المدين المماطل القادر على الوفاء بتعويض مالي يدفعه للدائن عن هذه الأضرار أم لا؟

اختلف الفقهاء المعاصرون في ذلك على قولين:

القول الأول: عدم جواز إلزام المدين المماطل القادر على الوفاء بتعويض

مالي يدفعه للدائن عن هذه الأضرار.

(١) ينظر: مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي - المجلد الأول، ١٤٠٩هـ -

تعليق زكي الدين شعبان على مقال الزرقاء "ص ١٩٨، والمجلد الثالث، ١٤١١هـ من المجلة

نفسها "تعليق محمد زكي عبد البر على رأي الضيرير" ص ٦٢.

ذهب إلى ذلك جمهور العلماء المعاصرين^(١)، وبه صدرت قرارات المجامع

(١) ومنهم: الأستاذ الدكتور أحمد فهمي أبو سنة كما في مجلة الأزهر، الجزء السابع، السنة

٦٣ رجب ١٤١١هـ ص ٧٥٤.

والدكتور وهبة الزحيلي كما في كتابه المعاملات المالية المعاصرة ص ١٧٩، ١٨٠.

والدكتور نزيه حماد كما في كتابه دراسات في أصول المداينات ص ٢٩٥، وبجته: منهج الفقه

الإسلامي في عقوبة المدين الماطل في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة - السنة الرابعة - العدد

الرابع عشر، ١٤١٣هـ ص ٢٥.

والدكتور علي السالوس كما في كتابه الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة

ص ٥٦٤-٥٦٨.

والدكتور رفيق المصري كما في كتابه الجامع لأصول الربا ص ٤٣٠-٤٣٥، وكتابته بحوث في

الاقتصاد الإسلامي ص ١٧٢-١٧٤، وكتابته بيع التقسيط ص ١٣٧.

والدكتور تقي العثماني كما في كتابه بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص ٣٧-٤٣.

والدكتور محمد شبير كما في بحثه في أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ص ٢٨١.

والدكتور عبد الله بن بيه كما في كتابه توضيح أوجه اختلاف الأقوال في مسائل من

معاملات الأموال ص ١٣١-١٤٠.

والدكتور حسن الأمين كما في تعليقه على بحث الزرقا في مجلة دراسات اقتصادية إسلامية -

المجلد الثالث - العدد الثاني ص ٤١.

والدكتور محمد القري بن عيد كما في بحثه في كتاب قضايا معاصرة في النقود والبنوك -

وقائع ندوة (٣٨) ص ٢٤٥.

والدكتور يوسف حامد العالم كما في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٤/٤/٦١٩-٦٢٠.

والدكتور عبد الناصر العطار كما في أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي

ص ٢٧٦.

والأستاذ علي الخفيف كما في كتابه الضمان في الفقه الإسلامي ص ٥٥-٥٦.

والدكتور محمد زكي عبد البر كما في تعليقه على رأي الضيرير في مجلة جامعة الملك

عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي - المجلد الثالث - ١٤١١هـ، ص ٦١-٦٢، حيث منع =

الفقهية، والهيئات العلمية.

فقد جاء في القرار الثامن الصادر عن الدورة الحادية عشرة لمجلس المجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة عام ١٤٠٩هـ بشأن: هل يجوز للمصرف أن يفرض غرامة جزائية على المدين بسبب تأخره عن سداد الدين في المدة المحددة بينهما؟ ما نصه: «بعد البحث والدراسة قرر مجلس المجمع الفقهي بالإجماع ما يلي: إن الدائن إذا شرط على المدين أو فرض عليه أن يدفع له مبلغاً من المال غرامة مالية جزائية محددة، أو بنسبة معينة إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما، فهو شرط أو فرض باطل، ولا يجب الوفاء به، بل ولا يحل، سواء كان الشرط هو المصرف أو غيره؛ لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه»^(١).

=التعويض عن ضرر فوات الربح مفترضاً كان أو محققاً، وأجازه عن الضرر المادي الفعلي، وقريباً منه رأي الدكتور زكي الدين شعبان كما في تعليقه على بحث الزرقا في مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي - المجلد الأول، ١٤٠٩هـ، ص ١٩٩.

والدكتور علي القره داغي كما في بحثه في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٤/٤/٥٠٧.

وهذا القول هو ما يمكن نسبه إلى الفقهاء المتقدمين من جميع المذاهب حيث لم ينقل عن أحد منهم أنه أفتى، أو قضى بإلزام المدين المماطل بتعويض يدفعه للدائن، ولم يذكر أحد منهم في معرض كلامه عن عقوبة المدين المماطل التعويض المالي للدائن. (ينظر: المصنف لابن أبي شيبة ٥/٢٨٧، وشرح مشكل الآثار ٢/٤١٣، وعمدة القاري ١٢/١١٠ - ١١١، وتبيين الحقائق ٤/١٨٠ - ١٨١، وتبصرة الحكام ٢/٢١٩ - ٢٢٠، والخرشني ٦/٥٨٨، والسياسة الشرعية ص ٦١ - ٦٢، ومجموع الفتاوى ٣٠/٢٢ - ٢٤).

(١) مجلة المجمع الفقهي الإسلامي - السنة الثامنة - العدد العاشر، ص ٣١٤.

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن البيع بالتقسيط ما يلي :
 «[٣] إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد، فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق، أو بدون شرط؛ لأن ذلك رباً محرماً.
 [٤] يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط، ومع ذلك لا يجوز شرعاً اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء»^(١).
 وانتهى مؤتمر المستجدات الفقهية الأول بشأن الشرط الجزائي المنعقد في عمان عام ١٤١٤ هـ إلى ما يلي :

«(ب) لا يجوز الشرط الجزائي على دفع زيادة عن المدة التي يتأخر فيها الملتزم عن سداد مال في الذمة سواء اتفق مسبقاً على مقدار الزيادة، أو ترك تقديرها لما بعد وقوع التأخير؛ لأن ذلك من ربا النسيئة»^(٢).
 وجاء في معيار المدين المماطل المعتمد من المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ما يلي : «ب - لا يجوز اشتراط التعويض المالي نقداً، أو عيناً، وهو ما يسمى بالشرط الجزائي على المدين إذا تأخر عن سداد الدين، سواء نص على مقدار التعويض، أم لم ينص، وسواء كان التعويض عن الكسب الفائت (الفرصة الضائعة) أم عن تغير قيمة العملة.
 (ج) لا تجوز المطالبة القضائية للمدين المماطل بالتعويض المالي نقداً، أو عيناً عن تأخير الدين»^(٣).

وجاء في المذكرة التفسيرية لمعيار المراجعة المصرفية - لمجموعة من العلماء المعاصرين - : «ولا يجوز لأي سبب من الأسباب أن يطالب البنك عميله بزيادة

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١/٦ - ٤٤٧/١ - ٤٤٨.

(٢) الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية ص ٣٨٢.

(٣) المعايير الشرعية ص ٣٤.

الدين المترتب في ذمته، سواء بسبب زيادة الأجل أو غيره؛ لأن ذلك هو ربا الجاهلية المتفق على تحريمه، وصورته بأن يزداد الدين نظير زيادة أجل السداد، والذي يعبر عنه الفقهاء بقاعدة: «أنظرنى أزدك»^(١).

وبه صدر قرار من الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار^(٢)، وفتوى من الهيئة الشرعية للبركة^(٣).

القول الثاني: جواز إلزام المدين المماطل القادر على الوفاء بتعويض مالي يدفعه للدائن عن ضرر التأخر في السداد.

ذهب إلى ذلك بعض العلماء المعاصرين^(٤).

(١) المعايير الشرعية لصيغ التمويل المصرفي اللاربوي ص ٦٠.

(٢) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار ١٢٨/٣ رقم القرار (١٩٤).

(٣) ينظر: فتاوى الهيئة الشرعية للبركة ص ٣٠٤ رقم (١٤/١٣) وص ٣٢٧ رقم ٣١/١٣.

(٤) ومنهم: الشيخ مصطفى بن أحمد الزرقا كما في بحثه: حول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض للدائن في مجلة دراسات اقتصادية إسلامية المجلد الثالث، العدد الثاني، رجب ١٤١٧هـ، ص ٩-٢٠.

والشيخ عبد الله بن سليمان المنيع كما في كتابه بحوث في الاقتصاد الإسلامي ص ٣٩٣-٤٢٧. والدكتور عبد الحميد السائح كما في أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ص ٢٧٤.

والدكتور عبد الحميد البعلي كما في كتابه أساسيات العمل المصرفي الإسلامي ص ٥٧ إذ يرى التعويض عن فوات الربح المحقق لا المفترض.

والدكتور الصديق محمد الأمين الضرير كما في تعليقه على بحث أنس الزرقا وعلي القرني في مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي - المجلد الخامس ١٤١٣هـ، ص ٧٠-٧٢، وهو كذلك يرى التعويض عن فوات الربح المحقق لا المفترض.

والدكتور علاء الدين زعتري كما في كتابه الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها ص ٤٤٥.

وقد اختلف أصحاب هذا القول في الضرر الذي يعرض عنه بين موسع ومضيق، فالموسع رأى التعويض عما فات من ربح ولو مفترضاً أو متوقفاً، وما لحق من خسارة. والمضيق رأى التعويض فقط عن الضرر المادي الواقع بالمماثلة، وهو ما وقع من خسارة على الدائن بسبب المثل، ومنهم من توسط فمنع التعويض عن الربح المفترض، وأجاز التعويض عن الربح المحقق وما وقع من خسارة بسبب المثل^(١).

واختلفوا كذلك في حقيقة المال المدفوع للدائن: هل هو عقوبة تعزيرية زاجرة، أم أنه تعويض مالي جابر لضرر واقع؟ ويترتب على ذلك كيفية تقدير هذا المال، ومن يتولى تقديره، على رأيين^(٢):

الرأي الأول: أن هذا المال تعويض للدائن عن الضرر الذي أصابه بسبب مماثلة مدينه، ولذا فقد اشترط أصحاب هذا الرأي أن يكون التعويض مساوياً للضرر الواقع، واختلفوا فيمن يتولى تقديره، وكيفية التقدير:

(أ) فيرى الشيخ مصطفى الزرقا: أن تقدير التعويض يكون للقضاء، فيعود إلى القاضي وحده في جميع الأحوال تقدير ضرر الدائن، وتقدير معذرة المدين من عدمها.

وتقدير هذا الضرر يكون بمقدار ما فات الدائن من ربح معتاد في طريق التجارة العامة بأدنى حدوده العادية، لو أنه قبض دينه في مواعده، واستثمره

(١) فمن الموسعين: الزرقا، وابن منيع. ومن المضيقين: محمد زكي عبد البر، وزكي الدين شعبان. ومن المتوسطين: الصديق الضير، وعبد الحميد البعلي. ينظر: الهامش السابق، والهامش رقم (١)، ص ٢٢٣-٢٢٤.

(٢) ينظر: المماثلة في الديون ص ٣٥٧.

بالطرق المشروعة الحلال في الإسلام؛ كالمضاربة والمزارعة، ونحوهما، ولا عبرة بسعر الفائدة المصرفية، وتعتمد المحكمة في هذا التقدير رأي أهل الخبرة في هذا الشأن، ويمكن بعد وجود البنوك الإسلامية في هذا العصر، أن تعتمد المحكمة نسبة ما توزعه هذه البنوك من أرباح سنوية^(١).

(ب) ويرى الدكتور الصديق الضيرير^(٢): أن تقدير التعويض يكون على أساس معدل الربح الفعلي الذي حققه الدائن - البنك - من استثماره لأمواله في مدة المماطلة، بحيث إذا لم يحقق البنك، ربحاً في تلك المدة، فإنه لا يستحق تعويضاً؛ لأنه لم يفته ربح^(٣).

وبناء على ذلك يتولى الدائن - البنك - والمدين تقدير هذا التعويض عند حصول المماطلة ووقوع الضرر، دون اللجوء إلى القضاء، فإن اختلفا في حدوث المماطلة، أو في حدوث الضرر، أو مقداره، فالحكم في هذه الحال للقضاء^(٤).

(١) ينظر: حول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض للدائن ص ٢٠.

(٢) هو: الأستاذ الدكتور الصديق محمد الأمين الضيرير، معاصر، أستاذ الشريعة في جامعة الخرطوم، عضو مجمع الفقه الإسلامي ورئيس الهيئة الشرعية لبنك البركة السوداني، له عدة مؤلفات، منها: "الغرر وأثره في العقود" و"التصرف في الديون". (مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد (٧) العدد (٢) ص ٧١).

(٣) وهذا بناءً على رأيه في نوع الضرر الذي يعرض عنه؛ إذ يرى أنه لا تعويض عن الربح المفترض، بخلاف الربح الحقيقي الفعلي.

(٤) ينظر: رد الضيرير على تعليق محمد زكي عبد البر على رأيه، وتعليقه على بحث "التعويض عن ضرر المماطلة بين الفقه والاقتصاد"، في مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي - المجلد الخامس، ١٤١٣هـ، ص ٦٤، ٦٦، ٧٢، ٧٣.

الرأي الثاني: أن ما يغرمه المدين المماطل لدائنه، إنما هو عقوبة تعزيرية زاجرة، وليس تعويضاً إلا على سبيل التبعية، ولذلك لا يشترط أن يكون مساوياً للضرر الواقع على الدائن، وتقديره راجع إلى ما يوجب الردع والزجر باجتهاد القاضي^(١). وهو رأي الشيخ عبد الله المنيع^(٢).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بعدم جواز إلزام المدين المماطل بدفع تعويض مالي للدائن، بما يلي:

[١] عموم الآيات الدالة على تحريم الربا، ومنها: قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَبَتُّمُ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلُمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٢٧١﴾ وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾^(٤).

وجه الدلالة: دلت الآيتان على تحريم الربا، وأنه لا يحل للدائن أخذ ما زاد على أصل الدين "رأس المال" مقابل التأخير، وذلك هو ربا الجاهلية الذي نزل

(١) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي للمنيع ص ٤١٦، ٤٢٦، ٤٢٧.

(٢) هو: عبد الله بن سليمان بن محمد المنيع، من بني زيد قبيلة قضاعية قحطانية، ولد في مدينة شقراء عام ١٣٤٩هـ، وعمل في التدريس، والقضاء، والإفتاء، وهو عضو في هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، وقاضي تمييز في مكة المكرمة، وعضو في عدة مجالس إدارية في المملكة، له مجموعة مؤلفات، منها: "الورق النقدي" و"بحوث في الاقتصاد الإسلامي".

(ينظر: ترجمة ابنه له في مقدمة كتابه: بحوث في الاقتصاد الإسلامي ص ٥-٧).

(٣) سورة البقرة من الآية (٢٧٥).

(٤) سورة البقرة من الآيتين (٢٧٩، ٢٨٠).

القرآن بتحريمه، قال ابن عبد البر: «أجمع العلماء من السلف والخلف أن الربا الذي نزل القرآن بتحريمه هو أن يأخذ صاحب الدين لتأخير دينه بعد حلوله عوضاً - عيناً أو عرضاً - وهو معنى قول العرب: إما أن تقضي، وإما أن تربي»^(١)، فكل زيادة على أصل الدين بعد ثبوته تعتبر حراماً إجماعاً من غير تفصيل، ولا استفصال مما يدل على العموم، وتسمية هذه الزيادة بالغرامة، أو بالعقوبة، أو بالتعويض عن ضرر التأخير لا يصرفها عن أصلها وحقيقتها، فالعبرة بالمقاصد لا بالألفاظ^(٢).

ولم تفرق الآيات في تحريم الربا، وأخذ ما زاد على رأس المال بين مدين معسر وبين مدين موسر، إلا في وجوب إنظار المعسر وترك مطالبته برأس المال إلى الميسرة، وتخصيص الموسر المماطل بالتعويض مقابل التأخير دون المعسر مخالف لعموم الآيات^(٣).

ونص قول الله تعالى: ﴿فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ على أن الزيادة على رأس المال ظلم، ولو كان المدين ظالماً بمطله وتأخره في الوفاء من غير عذر، فلا يجوز رد الظلم بظلم آخر^(٤).

وأيضاً فإن الله تعالى لما أبطل الربا الذي كانوا يتعاملون به لم يقر للدائنين تعويضاً عما فاتهم من نفع أموالهم مدة بقائها في أيدي المدينين، فدل ذلك على أن الدائن لا يستحق تعويضاً عما فاته من الانتفاع بدينه، ولو كان صاحب

(١) الكافي له ص ٣٠٢، وينظر: فتح القدير للشوكاني ٤٣٩/١.

(٢) ينظر: أوجه اختلاف الأقوال في مسائل من معاملات الأموال ص ١٣٣ - ١٣٤.

(٣) ينظر: المصدر السابق.

(٤) ينظر: دراسات في أصول المداينات ص ٢٩١ - ٢٩٢.

الحق يستحق تعويضاً عما فاته من نفع ماله لفرض لهم تعويضاً عنه ؛ لأنهم إنما أبقوها في أيدي المدينين من أجل الفوائد المتحصلة لهم من الربا^(١).

المناقشة : نوقش الاستدلال بآيات تحريم الربا بأن ثمة فروقاً بين الربا وبين التعويض عن ضرر المماثلة تمنع من إلحاق التعويض بالربا ، وهذه الفروق هي ما يلي :

الفرق الأول : أن الزيادة الربوية في مسألة : أتقضي أم تربى ؟ زيادة في غير مقابلة عوض ، فهي نتيجة تراض بين الدائن والمدين على تأجيل السداد مقابل زيادة في الدين ، أما التعويض فهو مقابل تفويت منفعة على الدائن ، ولو لم يرض المدين المماطل^(٢).

الإجابة : أجيب عن هذا الفرق بعدم التسليم بأن الزيادة الربوية المتفق عليها في غير مقابلة عوض ، بل إنها في مقابلة عدم الاستفادة من المال والانتفاع منه خلال مدة التأجيل^(٣) ، وبمثل هذا التعليل ابتكر الغربيون نظرية الفرصة الضائعة لتبرير أخذ الربا المحرم ، وهي نفسها حجة من يرى التعويض ، حيث يرى أنه في مقابل تفويت منفعة المال على الدائن في مدة التأخير. ولو كان التعويض عن الربح الفائت على صاحب الدين جائزاً لأباح الشارع الفائدة عن الدين المأخوذ للاستثمار في التجارة أو الصناعة ، أو غيرهما ؛ لأن هذه الفائدة تعويض للدائن عن منافع ماله مدة بقاءه عند المدين^(٤).

(١) ينظر : استيفاء الديون ١/٢٠٥.

(٢) ينظر : بحوث الاقتصاد الإسلامي للمنيح ص ٤١٥ - ٤١٦.

(٣) ينظر : بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ٤١ ، وتعليق زكي الدين شعبان على بحث الزرقا ص ٢٠٠.

(٤) ينظر : المصدران السابقان.

وكذلك المقرض بلا فائدة تفوته منافع، وتلحق به مضار من جراء قرضه المجاني، ولا يجوز له أن يطالب بالتعويض عن هذه المنافع الفائتة، والمضار التي لحقت به، فدل ذلك على أن التعويض نوع من الربا^(١).
وبناءً على ذلك فالزيادة الربوية، والتعويض عن ضرر التأخير من باب واحد.

الفرق الثاني: أن الزيادة الربوية اتفاق بين الدائن والمدين على زيادة الدين في مقابل التأخر في السداد لمدة مستقبلية، فلا يسمى المدين بهذا التأخر مماًطلاً، ولا ظالماً، أما التعويض فهو في مقابلة الضرر الحاصل بسبب التأخر في السداد من غير رضا الدائن، وهو تعويض عن ضرر واقع في مدة ماضية لا مستقبلية، لإزالة الضرر ورفع الظلم، والمدين بهذا التأخر يسمى ظالماً، ومماًطلاً، ومعتدياً^(٢).

الإجابة: أجيب عن ذلك من أربعة أوجه:

الوجه الأول: أن هذا التفريق نظري لا يصلح أن يكون مناطاً للحكم، ثم على القول بجواز التعويض يصبح الأمر معلوماً سلفاً بالعرف لدى الطرفين، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً^(٣).

الوجه الثاني: أن الربا ظلم حتى وإن تم عن تراض بين المتعاقدين، ثم لماذا صار المماطل ظالماً ومعتدياً إذا كان سيضمن ما فوته على الدائن؟ فإنه إنما صار

(١) ينظر: تعليق المصري على بحث الزرقا في مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد الثالث،

العدد الثاني، والمجلد الرابع، العدد الأول، رجب ١٤١٧هـ، ص ٦٣.

(٢) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي للمنيح ص ٤١٦.

(٣) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ٤٢، ٤٣، وحولية البركة، العدد

الأول، ص ٧٩، والمماطلة في الديون ص ٣٦١.

ظالماً لتفويته الانتفاع على الدائن، أما وقد عوضه، فقد يقال: إنه محسن؛ لأنه أدى الربح المتوقع بدون عمل أو جهد من الدائن^(١).

الوجه الثالث: أن التعويض إذا كان مشروطاً في العقد على المدين عند تأخره، فقد تم التراضي عليه في العقد مسبقاً، وإنما الذي يتأخر هو تحديد مقدار هذا التعويض^(٢).

الوجه الرابع: أن اعتبار المدين المماطل بغير عذر ظالماً لإلحاقه الضرر بالدائن أمر مسلم لا خلاف فيه، ولكن ليس كل ضرر يلحقه الإنسان بغيره يعد موجباً للتعويض المالي، وهذا أصل لا مرء فيه^(٣).

الفرق الثالث: أن الزيادة الربوية لا يفرق فيها بين مدين موسر وبين مدين معسر، فمتى حل الأجل طوّل المدين بالوفاء أو بالزيادة، أما التعويض عن ضرر المظل فلا يلزم به إلا من كان موسراً ممّاطلاً، وإذا ثبت إعساره فلا يلزم بأداء أي تعويض^(٤).

الإجابة: أجيب عن ذلك من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن النصوص في تحريم أخذ الزيادة عامة لم تفرق بين مدين معسر وبين مدير موسر، فكلاهما يحرم أخذ الربا منه، إلا أن المعسر يجب إنظاره، وتحرم مطالبته برأس المال حتى يوسر، فيبقى الموسر مطالباً برأس المال

(١) ينظر: بيع التقييط وأحكامه للتركي ص ٣٣٧.

(٢) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف للشيلي ٦٤٦/١.

(٣) ينظر: دراسات في أصول المداينات ص ٢٩٠.

(٤) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي للمنيح ص ٤١٧، وبحوث في قضايا فقهية معاصرة

للعثماني ص ٣٩.

فقط دون زيادة، ولم يفرق أحد من علماء المسلمين بينهما في تحريم الزيادة، باعتبار أنها من ربا الجاهلية، فالزيادة على المدين الموسر وإن سميت تعويضاً، أو عقوبة داخلية في ربا الجاهلية المحرم^(١).

الوجه الثاني: أن هذا التعويض إن كان المقصود منه جبر ضرر الدائن، وليس عقاب المدين، فلا فرق بين أن يكون المدين موسراً أو معسراً؛ لأن المتضرر يستحق الجبر، ولو كان المدين معسراً، كما يستحق الأرش على الجاني ولو كان فقيراً^(٢).

الوجه الثالث: أن هذا الفرق نظري لا يخرج إلى حيز التطبيق العملي إلا في أحوال نادرة لا يصلح أن يدار عليها الأحكام، ذلك أن إعسار المدين ويساره من الأمور النسبية، التي يتعذر الثبوت فيها في كل قضية، فإن كل مدين يدعي الإعسار، ولا سبيل إلى رد دعواه إلا برفع القضية إلى المحكمة، ولذا لجأت المصارف الإسلامية التي تقر بمبدأ التعويض إلى أن تصرح في اتفاقياتها على أن المدين يعتبر موسراً إلا في حال الحكم عليه بالإفلاس قانوناً، وهي حال نهائية لا توجد إلا نادراً، ومن المتيقن أن كثيراً ممن لم يحكم عليهم بالإفلاس هم معسرون فعلاً، فهذا الفرق وإن صح نظرياً لا يمكن تطبيقه عملياً^(٣).

(١) ينظر: توضيح أوجه اختلاف الأقوال في مسائل من معاملات الأموال ص ١٣٣ - ١٣٤، والمماثلة في الديون ص ٣٦٢.

(٢) ينظر: مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي - المجلد الثالث، ١٤١١ هـ "تعليق محمد زكي عبد البر على رأي الضيرير" ص ٦٢.

(٣) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ٤٢ - ٤٣.

الفرق الرابع: أن نسبة الزيادة الربوية معلومة للطرفين في بداية العقد، أما التعويض عن ضرر التأخير فلا يمكن معرفته ابتداءً، وإنما يتحدد على أساس الضرر الواقع على الدائن خلال مدة المثل، والذي يقاس على أساس نسبة الأرباح المتحققة للدائن في تلك المدة^(١).

الإجابة: أجيب عن ذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن هذا الفرق غير مؤثر فمتى اشترطت الزيادة في رد الدين، أو قام عرف يدل عليها، أو أمكن فرضها للدائن فهي ربا، سواء حددت في العقد أو بعده باتفاق الطرفين، أو حكم بها، وسواء كانت قليلة أو كثيرة^(٢).

الوجه الثاني: أن هذا الفرق نظري وليس عملي؛ لأن نسبة تحقيق الأرباح من العمليات الاستثمارية في المصارف تكاد تكون معلومة، خصوصاً أن معظم عمليات المصارف الإسلامية تدور حول المراجعة المؤجلة، ونسبة أرباحها معلومة في الجملة، فعاد الأمر إلى العلم بنسبة التعويض سلفاً، ومن غير المستبعد مع كثرة المنازعات أن يتم الاتفاق على التعويض بنسبة ما حققه البنك من أرباح في آخر سنة مالية قبل التعاقد، ثم يتطور الأمر إلى وضع نسبة ثابتة، أو مرتبطة بسعر الفائدة في السوق، الأمر الذي يجعل الفرق بين الفائدة الربوية والتعويض معدوماً^(٣).

[٢] ما روى عمرو بن الشريد عن أبيه رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: (لي الواجد محل عرضه وعقوبته)^(٤).

(١) ينظر: حول جواز إلزام المدين المماثل بتعويض للدائن للزرقا ص ١٩-٢٠، وبحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ٣٩.

(٢) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف للشبيلي ١/٦٤٧، والمماثلة في الديون ص ٣٦٣.

(٣) ينظر: المصدران السابقان.

(٤) سبق تخريجه ص ٢١٥.

وجه الدلالة: دل الحديث على عدم مشروعية تعويض الدائن عن ضرر بماطلة غريمه، وذلك من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: دل الحديث على أن الماطلة كانت موجودة على عهد النبي ﷺ وعلى عهد الصحابة، ومن بعدهم، وليست مسألة نازلة تحتاج إلى اجتهاد جديد، ومع ذلك فإن النبي ﷺ قرر في حق الماطل العقوبة التعزيرية من الحبس ونحوه مما يحمله على الوفاء بما في ذمته، ولو كان التعويض الجابر لضرر الماطلة مشروعاً لبينه ﷺ لشدة الحاجة إليه، والسكوت في موضع الحاجة بيان^(١).

الوجه الثاني: أن النبي ﷺ حصر ما يحل من المدين الماطل في شيئين: حل العرض، وحل العقوبة. ولم يقل: ويحل ماله. فالمشروع في حق الماطل شكايته، وعقوبته بما يزره ويردعه عن المطل من الحبس ونحوه، فدل على أنه لا يشرع في حقه غير ذلك^(٢).

الوجه الثالث: أن المراد بالعقوبة في الحديث العقوبة التعزيرية من الحبس ونحوه، وبذلك فسرها العلماء من المحدثين والفقهاء، ولم ينقل عن أحد منهم قبل هذا العصر أنه فسرها بالعقوبة المالية - على اختلاف بينهم في جواز التعزير بالمال^(٣) -.

(١) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ٤٠، ومجلة دراسات اقتصادية إسلامية

- المجلد الثالث - العدد الثاني - رجب ١٤١٧هـ "تعليق حسن الأمين على بحث الزرقا"

ص ٤٣، والخدمات الاستثمارية في المصارف ١/٦٤٨.

(٢) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ٤٢.

(٣) ينظر: المصدر السابق.

قال الجصاص بعد أن فسر العقوبة بالحبس: «لاتفاق الجميع على أن ما عداه من العقوبات ساقط عنه في أحكام الدنيا»^(١).

المناقشة: نوقش الاستدلال بالحديث بأن عموم لفظ العقوبة يشمل العقوبة المالية، والنصوص العامة في اعتبار العقوبة المالية ضرباً من التعزير صريحة وواضحة، وليس ثمة ما يمنع من أن يكون تعويض الدائن عن ضرر الماطلة داخلاً فيها^(٢).

الإجابة: أجيب بأنه لا يصح اعتبار تعويض الدائن عن ضرر الماطلة من باب العقوبة المالية، وذلك لأمر:

الأول: أن ولاية إيقاع العقوبة التعزيرية للحاكم، والتعويض هنا يقع بالشرط أو العرف ويتولاه الدائن بنفسه، فخرج عن كونه تعزيراً بالمال، ولو فوض تنفيذ العقوبة الشرعية إلى آحاد الناس بدون حكم الحاكم، لأدى ذلك إلى فوضى ونزاع، ولا يقر ذلك شرع ولا عقل^(٣).

ولو جاز للدائن أن يعاقب بالتعويض المالي، لجاز له أن يعاقب بالعقوبة المقررة بالشرع من الحبس أو الضرب، ونحوه^(٤).

الثاني: أن العقوبة المالية على القول بجوازها إنما مصرفها بيت المال؛ لأن المال المأخوذ من المدين في هذه الحال إنما هو من باب الزواجر، بينما التعويض المالي للدائن عن التأخير في الوفاء لو جاز فإنه يكون من باب الجوابر، جبراً

(١) أحكام القرآن للجصاص ٤٧٤/١.

(٢) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي للمنيع ص ٣٩٨.

(٣) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ٤٢.

(٤) ينظر: الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة للسالوس ٥٦٧/٢.

للدائن عما فاته من انتفاع بسبب المماطلة، فلا يدخل في مسمى العقوبة، وإنما هو من باب التعويض^(١).

الثالث: أن المراد من العقوبة الردع والزجر، وليس الجبر، وإلا لوجب جبر ضرر الدائن من مماطلة مدينه المعسر^(٢).

[٣] أن مسألة المماطلة في الديون ليست مسألة نازلة تحتاج إلى اجتهاد جديد، بل هي من المسائل السابقة التي لم يزل الناس يواجهونها ويعانون منها في كل عصر ومصر، من زمن النبي ﷺ إلى يومنا هذا، ومع هذا لم ينقل عن أحد من العلماء من المحدثين أو الفقهاء قبل هذا العصر أنه قضى، أو أفتى بجواز التعويض المالي عن ضرر المماطلة في الديون، مع أن فكرة التعويض عن الضرر الناتج عن المماطلة قريبة إلى أذهانهم لو كانت جائزة، ومع ذلك نصوا على العقوبات الزاجرة عن المماطلة في الديون؛ كالسجن، والضرب، وبيع المال ونحوه، ولم يذكروا التعويض المالي عن ضرر المماطلة، مما يدل على اتفاقهم على أن التعويض المالي للدائن بسبب المطل داخل في الربا المحرم، سواء كان مقابل التأخير، أو فوات الربح، أو الضرر الفعلي، إذ هو زيادة في الدين مقابل الزيادة في الأجل. وعلى هذا فالقول بالتعويض اجتهاد جديد في مقابل هذا الاتفاق^(٣).

(١) ينظر: استيفاء الديون ٢٠٦/١.

(٢) ينظر: المماطلة في الديون ص ٣٦٤.

(٣) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ٤٠، ومجلة الأزهر، الجزء السابع،

السنة (٦٣) "المدين المماطل يعاقب بالحبس لا بتفريم المال" لفهمي أبو سنة ص ٧٥٤،

والمماطلة في الديون ص ٣٦٤ - ٣٦٥.

المناقشة: نوقش بأن الفقهاء من قبل لم يبحثوا هذه المسألة لعدم حاجتهم إليها؛ لأنه لم يكن للزمن من الأهمية والتأثير في حركة التعامل والتجارة مثل ما أصبح له في العصر الحاضر، وكان وصول الدائن إلى حقه في عصرهم عن طريق القضاء ميسوراً وسريعاً، بخلاف ما عليه الحال في هذا العصر من طول الإجراءات وبطء السير في القضايا في ظل نظام المرافعات وأصول المحاكمات، وفن المجادلة والمماطلة والمراوغة الذي برع فيه كثير من المحامين، مما جعل ضرر الدائن من تأخير الوفاء جسيماً جداً^(١).

الإجابة: أجيب بعدم التسليم بأن الفقهاء لم يبحثوا هذه المسألة، بل إنهم بحثوها، إلا أنهم لم يلحوا عليها، ولم يتوقفوا عندها لكونها في نظرهم من مسلمات الفقه، إذ هي مشمولة بعموم نصوص الكتاب والسنة في تحريم الربا، ومنه: الزيادة في الدين مقابل التأخر في الوفاء^(٢). وقد نص بعض الفقهاء على أن المماطل ليس عليه إلا أداء رأس المال، وأن مطل المدين لا يوجب زيادة في الدين^(٣).

[٤] أن من الأصول المعتمدة شرعاً أصل «سد الذرائع»^(٤)، وهو أصل مجمع عليه في الجملة^(٥)، وتعويض الدائن عن ضرر المماطلة إن لم يكن من الربا

(١) ينظر: حول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض للدائن للزرقا ص ١٢.

(٢) ينظر: مجلة دراسات اقتصادية إسلامية المجلد الثالث، العدد الثاني، رجب ١٤١٧ هـ "تعليق ابن بيه على بحث الزرقا" ص ٤٨.

(٣) ينظر: حاشية البناني على شرح الزرقاني ٦٠/٥، ومنح الجليل ٥٣٢/٤.

(٤) ومعنى هذا الأصل: "منع الفعل الجائز إذا كان مفضياً إلى محذور" (ينظر: الفروق ٣٢/٢، والموافقات ١٤٣/٤، وقواعد الوسائل ص ٣٦٦، واعتبار المآلات ص ٢٤٦).

(٥) ينظر: الفروق ٣٣/٢، والموافقات ١٤٥/٤، ٢٤٤/٣، وقواعد الوسائل ص ٣٧١، ٣٧٥-٣٧٨، وسد الذرائع في الشريعة الإسلامية ص ٣٢٩ وما بعدها.

الصريح، فهو ذريعة مفضية إليه، وإعمالاً لهذا الأصل يجب الاقتصار في عقوبة المدين المماطل على ما ورد به النص، وما ذكره أهل العلم من الزواج الشرعية الكافية لردع الظالم وحمله على الوفاء، خشية أن يؤول الأمر إلى استباحة الفوائد الربوية بحجة أنها تعويض للدائن عن ضرر المماطلة، كما وقع للنصارى الذين استحلوا الربا المحرم في شريعتهم بسبب دعوى التعويض عن الضرر والربح الفائق، كما أن القول بالتعويض عن الضرر ينقلب مع مرور الزمن إلى اتفاق ضمني على التأخير مقابل التعويض، وهي ذريعة يجب سدها ومنعها، بالإضافة إلى أن إرجاء تحديد مقدار التعويض إلى ما بعد السداد يؤدي إلى المنازعة والخلاف في حصول الضرر، وفي مقدار التعويض، ولذا فليس من المستبعد أن يتم تحديد مقدار التعويض في بداية العقد، أو أن يكون مربوطاً بعدد أيام التأخير، أو بنسبة معينة كما في الفوائد الربوية، فيؤدي القول بالتعويض إلى الوقوع في الربا المحرم بالاتفاق، ولذلك لزم القول بمنعه سداً للذريعة، وصوناً للشريعة، والربا أولى ما حميت مراتعه والطرق المفضية إليه^(١).

[٥] أن القول بجواز التعويض عن ضرر المماطلة في الديون - عند من يقول به - مقيد بشروط تخرجه عن الربا، وهذه الشروط نظرية، يصعب تحقيقها في الواقع العملي، ومن هذه الشروط:

(١) ينظر: بحوث في فقه المعاملات المالية د/ رفيق المصري ص ٣٢٢، وبحوث في الاقتصاد الإسلامي للمصري ص ١٧٣ - ١٧٤، وتوضيح أوجه اختلاف الأقوال في مسائل من معاملات الأموال ص ١٣٨ - ١٣٩.

(١) كون المدين المماطل موسراً؛ لأن المعسر يجب إنظاره إلى الميسرة بنص القرآن. وهذا الشرط يستلزم النظر في حال المماطل من حيث اليسار والإعسار، وهو أمر يصعب على الدائن التحقق منه في كل قضية بعينها، لا سيما في المصارف التي يتعامل معها آلاف الأشخاص والمؤسسات، ولذا نجد هذه المصارف في الواقع العملي تحتال على إسقاط هذا الشرط، فتنص في اتفاقياتها على أن المدين يعتبر موسراً، ويعامل بناءً على ذلك، إلا أن يحكم عليه بالإفلاس قانوناً، وهي حالة نهائية لا توجد إلا نادراً، مما يعني أن كثيراً من المدينين الذين حكم عليهم بالتعويض هم من المعسرين حقاً^(١).

(٢) أن القول بالتعويض يفترض وقوع ضرر على الدائن، يتمثل في تفويت فرصة استثمار الدين مدة المماطلة؛ إذ إن الدائن لو قبض ماله في الوقت المحدد لأمكنه استثماره بتجارة، أو مضاربة، أو مشاركة، أو نحو ذلك. وهذا الشرط إن جاز نظرياً فهو بعيد في الواقع العملي؛ لأن الدائن لا يقطع بتنمية ماله واستثماره، ثم لو استثماره فإنه لا يقطع بمحصول ربح، فقد يربح وقد يخسر، والمصارف لا تتمكن دائماً من استثمار كل ما لديها من أموال، بل إن نسبة السيولة لديها غالباً ما تكون أكثر من النسبة المحددة التي يجب الاحتفاظ بها من قبل البنوك المركزية - وهو ما يمثل سمة أساسية من سمات الحياة المعاصرة - فإذا كان عند الدائن مال - فائض نقدي - يمكن أن يسدد به التزاماته في مواقيتها، ويدفع به عن نفسه الأضرار الطارئة، ويستغل أي فرصة استثمارية يظن أنها تدر له ربحاً، دون انتظار للمدين المستحق على المدين، فإن دعوى

(١) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ٤٢ - ٤٣.

وقوع الضرر لا تقبل، فلا يتحقق هذا الشرط^(١).

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بجواز إلزام المدين المماطل بغير حق بتعويض للدائن عن ضرر المماطلة، بما يلي:

[١] الآيات الدالة على وجوب الوفاء بالعقود، وأداء الأمانات، والعدل، وتحريم أكل المال بالباطل؛ كقول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾^(٤)، وقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٥).

وجه الدلالة: أن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود، وأداء الأمانة، والعدل، والأمر يقتضي الوجوب، والوفاء بالعقد يشمل الوفاء بجميع آثاره الحقوقية بين العاقدين، ويدخل في ذلك لزوم التقيد بالوفاء في مواعده المحدد دون تأخير، إذ لا يقل أهمية عن أصل الوفاء، والعاقدة مؤتمن ديناً على أداء ما وجب عليه، وأداء الإنسان ما وجب عليه من حقوق في مواعيدها من العدل الذي أمر الله

(١) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف للشيلبي ١/٦٥٠-٦٥١، والمماطلة في الديون ص ٣٧٣.

(٢) سورة المائدة من الآية (١).

(٣) سورة النساء من الآية (٥٨).

(٤) سورة النحل من الآية (٩٠).

(٥) سورة النساء من الآية (٢٩).

به، ومن تجنب العدل كان ظالماً، وكل ظالم أدى ظلمه إلى إلحاق ضرر بغيره فهو مسؤول عن ذلك الضرر، ولا شك أن تأخير المماطل أداء الدين عن مواعده المحدد - بلا عذر شرعي - هو ظلم يلحق ضرراً بالدائن بحبس ماله عنه مدة المظل، وحرمانه من الانتفاع به تلك المدة، وهو أيضاً من أكل المال، أو منفعته بالباطل، مما يوجب مسؤولية الآكل، فيضمن منفعة المال تلك المدة^(١).

المناقشة: نوقش هذا الاستدلال من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن مدلول هذه الآيات خارج عن محل النزاع، فلا دلالة فيها على تعويض الدائن عن ضرر المماطل من المدين^(٢).

الوجه الثاني: أن اعتبار المدين المماطل بغير عذر ظالماً أمر مسلم لا خلاف فيه، ومنشأ ظلمه إلحاقه الضرر بالدائن نتيجة تأخير الوفاء، ولكن ليس كل ضرر يلحقه الإنسان بغيره ظلماً يعد موجباً للتعويض المالي، وهذا أصل لا ريب فيه^(٣).

الوجه الثالث: لا يسلم كون التأخير في أداء الدين أكلاً لمنفعة المال بالباطل خلال مدة المماطل؛ لأن قابلية النقود للزيادة أمر محتمل، فلا تعتبر منفعة محققة أكلها المدين المماطل عدواناً حتى يطالب بالتعويض المالي عنها^(٤).

(١) ينظر: حول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض للدائن للزرقا ص ١٣ - ١٤.

(٢) ينظر: استيفاء الديون ١/٢٠١.

(٣) ينظر: دراسات في أصول المداينات ص ٢٩٠.

(٤) ينظر: المصدر السابق.

[٢] ما جاء عن النبي ﷺ من أنه قال: (لا ضرر ولا ضرار) (١).

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه، في كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ٧٨٤/٢ رقم (٢٣٤٠) من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه وأخرجه أيضاً من حديث ابن عباس رضي الله عنه في الموضع السابق رقم (٢٣٤١). قال ابن حجر في الدراية (٢٨٢/٢) عن حديث عبادة ابن الصامت: «وفيه انقطاع»، وعن حديث ابن عباس رضي الله عنه: «وفيه جابر الجعفي». وأحمد في المسند ٣٢٧/٥ رقم (٢٢٨٣٠) من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه. والحاكم في المستدرک في کتاب البيوع ٥٧/٢ - ٥٨ من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه. وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه» ووافقه الذهبي في التلخيص. والدارقطني في سننه في كتاب الأقضية والأحكام ٢٢٨/٤ رقم (٨٥) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه. والبيهقي في السنن الكبرى، في كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرر ٦٩/٦ من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه. والطبراني في الأوسط من حديث جابر بن عبدالله رضي الله عنه، وعائشة رضي الله عنها كما في الدراية (٢٨٢/٢) وفي مجمع الزوائد (١١٠/٤). والحديث له طرق كثيرة قد استوعبها الزيلعي في نصب الراية ٣٨٤/٤ - ٣٨٦، والألباني في إرواء الغليل ٤٠٨/٣ - ٤١٣، ومع تعدد هذه الطرق إلا أن ابن حزم قال في المحلى ٢٤١/٨: «فهذا خبر لم يصح» هذا من حيث السند، أما من حيث المعنى فقد قال بعد تضعيفه: «إلا أن معناه صحيح» وكذلك قال عنه ابن عبد البر في التمهيد ١٥٧/٢٠ بعد الكلام على بعض طرقه: «وأما معنى هذا الحديث فصحيح في الأصول». وقد حسنه النووي في الأربعين النووية ص ٧٤ حيث قال: «حديث حسن.. وله طرق يقوي بعضها بعضاً»، وابن رجب في جامع العلوم والحكم (٢١٠/٢ - ٢١١)، وقد نقل أن الإمام أحمد احتج بهذا الحديث، وأن جماهير أهل العلم قد قبلوا هذا الحديث واحتجوا به. وقد احتج به الإمام مالك، وجزم بنسبته إلى النبي ﷺ فقال في الموطأ (٨٠٥/٢): «وقد قال رسول الله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)». وقد صححه الألباني بمجموع طرقه كما في إرواء الغليل (٤١٣/٣).

وجه الدلالة: دل الحديث على تحريم الضرر ووجوب إزالته، والضرر الواقع على الدائن بالمماطلة لا يزول إلا بتعويضه مالياً عما لحقه من ضرر المظل، ومعاقبة المدين المماطل بغير التعويض المالي لا يفيد الدائن المتضرر شيئاً، فالتعويض وحده هو الذي يزيل الضرر عنه^(١).

المناقشة: نوقش هذا الاستدلال من أربعة وجوه:

الوجه الأول: نسلم دلالة الحديث على تحريم الضرر ووجوب إزالته بالطرق المشروعة، ولكن ليس كل ضرر يجب إزالته بالتعويض المالي، ولا دلالة من النص صراحة أو إشارة تدل على أن إزالة ضرر المظل تكون بالتعويض المالي، ولو دل النص على ذلك لكان واجباً، ولوجب على كل قاض وكل مفت أن يقضي ويفتي بالتعويض المالي، ولكن لا يوجد في التاريخ قاض، أو مفت حكم، أو أفتى بذلك، مع كثرة قضايا المظل في كل عصر ومصر^(٢).

الوجه الثاني: أن ضرر الدائن المعترف به شرعاً هو عدم حصوله على ماله في وقته المحدد، وإزالة هذا الضرر بأن يسلم إليه ذلك المبلغ الذي هو حقه، وليس من حقه المشروع أخذ شيء زائد عن مبلغ دينه؛ لأنه يكون رباً^(٣).

الوجه الثالث: أن من شرط إزالة الضرر أن لا يزال بضرر مثله، ولا بأشد منه، وهو مقتضى القاعدة الشرعية «الضرر لا يزال بمثله»^(٤)، وفي إلزام المماطل بالتعويض المالي عن ضرر المظل، مقابلة للظلم بظلم آخر، كما أن تضرر

(١) ينظر: حول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض للدائن ص ١٥.

(٢) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ٤٠.

(٣) ينظر: المصدر السابق.

(٤) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٦، والمنثور للزركشي ٣٢١/٢، وشرح القواعد الفقهية ص ١٩٥.

الدائن بالمطل - نتيجة تفويت الاتجار بالمال والانتفاع به - متوقع أو متوهم، فلا يزال بضرر متحقق يلحق بالمماطل^(١).

الوجه الرابع: كون معاقبة المدين المماطل بغير التعويض المالي لا يفيد الدائن شيئاً، لا يعني جواز الإلزام بالتعويض؛ لأن هذه المسألة - أي عقوبة المماطل - لا تعالجها أصلاً قاعدة الجوابر في الفقه الإسلامي، لخروجها عن نطاقها، وانضوائها تحت قاعدة الزواجر التي تكفل رفع هذه المفسدة واستئصالها من حياة الناس، والعقوبات الشرعية ليس من شأنها الجبر، ووظيفتها تنحصر في الزجر، فالسارق إذا قُطعت يده، والقاتل إذا قتل قصاصاً فإن هذه العقوبات لا تزيل الضرر عن المظلوم المضروب؛ لأن من شأن العقوبات زجر الناس عن الظلم، واقتراف الذنب الموجب لها، درءاً للمفسدة المتوقعة^(٢).

[٣] ما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (مطل الغني

ظلم)^(٣).

(١) ينظر: دراسات في أصولا لمداينات ص ٢٩١-٢٩٢، والخدمات الاستثمارية في المصارف للشبيلي ٦٣٢/١.

(٢) ينظر: دراسات في أصول المداينا ص ٢٩٢.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الحوالات، باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة ٥٥/٣، ومسلم في كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني ١١٩٧/٣ رقم (١٥٦٤)، وأبوداود في سننه في كتاب البيوع، باب في المطل ٢٦٧/٢ رقم (٣٣٤٥)، والترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء في مطل الغني أنه ظلم ٦٠٠/٣، رقم (١٣٠٨)، والنسائي في كتاب البيوع، باب الحوالة ٣١٧/٧ رقم (٤٦٩١)، وابن ماجه في كتاب الصدقات، باب الحوالة ٨٠٣/٢ رقم (٢٤٠٣)، ومالك في الموطأ في كتاب البيوع، باب جامع الدين والحول ٦٧٤/٢.

وما روى عمرو بن الشريد عن أبيه رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: (لي الواجد يحل عرضه، وعقوبته)^(١).

وجه الدلالة: دل الحديثان على أن المماطلة من القادر على الوفاء ظلم يستوجب فاعله حل العرض، والعقوبة التعزيرية، ومن أنواع العقوبة التعزيرية، التعزير بالمال، كما قرر ذلك جمع من المحققين من أهل العلم؛ كشيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم، وغيرهما^(٢)، والتعزير بالمال ثلاثة أنواع: تعزير بالإتلاف، وتعزير بالتغيير، وتعزير بتمليك الغير. وتعويض الدائن عما لحقه من ضرر المماطلة من النوع الثالث^(٣).

المناقشة: نوقش هذا الاستدلال من خمسة وجوه:

الوجه الأول: عدم التسليم بأن العقوبة المالية داخلية فيما دل عليه الحديث من مشروعية عقوبة المماطل، ذلك أن أهل العلم قصرُوا هذه العقوبة على الحبس، والضرب، وبيع المال، ونحو ذلك، ولم ينقل عن أحد منهم تفسير العقوبة هنا بتفريم المماطل مالا عوضاً عن ضرر الماطل يدفع للدائن، واتفقهم على ذكر هذه العقوبات مع إعراضهم عن القول بالتعويض مع وجود المقتضي للقول به من كثرة حوادث المماطلة في الديون، دليل على أنه متقرر لديهم المنع

(١) تقدم تخريجه ص ٢١٥.

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى ١٠٩/٢٨ - ١١٩، والفتاوى الكبرى ٥٣٠/٥، والطرق الحكمية ص ٢٦٦ - ٢٧١، وتبصرة الحكام ٢٠٣/٢، والتشريع الجنائي لعبد القادر عودة ٧٠٥/١، والحدود والتعزيرات عند ابن القيم ص ٤٩٦ - ٤٩٨.

(٣) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي للمنيع ص ٣٩٩، ٤٠٤، ٤١٩، وحول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض للدائن ص ١٥.

منه لاشتماله على الربا المحرم^(١).

الوجه الثاني: أن الحديث أحل أمرين من المماطل: العرض، والعقوبة. ولم يقل: ويحل ماله. فإحلال العرض يعني: جواز شكايته، ووصفه بالمطل، والظلم، وحل العقوبة يعني: جواز حبسه، وضربه، ونحو ذلك من الزواجر التي تحملها على الوفاء، وأما الجبر بالتعويض فليس داخلاً في عقوبته، وإلا لجاز التعويض في حق المعسر المتأخر في الوفاء متى ما أيسر ولم يقل به أحد^(٢).

الوجه الثالث: أن الأصل في العقوبات الشرعية أن تكون زاجرة رادعة، وليس من شأنها أن تجبر الضرر، والعقوبات الزاجرة شرعت لكي ترفع المفسدة وتستأصلها من حياة الناس، أما التعويض فإنه ربما حمل الطرفين على التواطئ على المماطلة والتحيل لأخذه، فيصبح هذا التعويض ستاراً للربا المحرم، فالتعويض لا يعالج مشكلة المطل بقدر ما يزيدا تعقيداً^(٣).

الوجه الرابع: أن ولاية التعزير بالمال - على القول بأن التعويض للدائن عن ضرر المطل داخل في عقوبة المماطل - للحاكم وليست للدائن، وقيام الدائن بالحكم بها على المدين، وتنفيذها يؤدي إلى فوضى ونزاعات لا يقرها شرع، ولا يقبلها عقل، ولذا لم يقل أحد بأن للدائن أن يعاقب المدين بالحبس، أو الضرب، دون الحاكم الشرعي^(٤).

(١) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ٤٢، والمماطلة في الديون ص ٣٧٨.

(٢) ينظر: المصدران السابقان.

(٣) ينظر: دراسات في أصول المداينات ص ٢٩٢، ٢٩٥، وبحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ٤٤، والمماطلة في الديون ص ٣٨٠ - ٣٨١.

(٤) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ٤٢، والمماطلة في الديون ص ٣٨١.

الوجه الخامس: أن هذا المال المأخوذ من المدين المماطل تعزيراً، إما أن يدفع لبيت المال، أو للدائن، والغرض من هذه العقوبة، إما أن يكون الزجر والردع، وإما أن يكون تعويض الدائن عن ضرر الماطل، فإن دفع لبيت المال كما هو الشأن في الغرامات المالية التعزيرية فإن الغرض لا يتحقق منه؛ لأنه إن كان الغرض الردع والزجر، فإن المدين إذا كان غنياً فتغريمه بالمال لا يضره، وربما كان ربحه من المال الذي ماطل به أكثر مما يدفعه من الغرامة. وأما إن كان الغرض من ذلك هو تعويض الدائن فإن الدائن لا تلحقه مصلحة من تغريم المدين في هذه الحال. فتبقى العقوبات الأخرى محققة للردع والزجر ومصلحة المجتمع، ومحققة لمصلحة الدائن، فإنها أنجح في التضييق على المدين من العقوبة المالية.

وأما إن دفع هذا المال للدائن، فإن مصلحة الزجر والردع لا تتحقق لما تقدم، وأما مصلحة الدائن فغير معتبرة في هذه الحال إذ يؤول الأمر إلى أن يكون زيادة في دين مقابل زيادة في أجل، وذلك بعينه ربا الجاهلية المحرم^(١).

فصار الحكم بالغرامة على المدين المماطل يدور أمره بين الحكم بعقوبة مخالفة لإجماع العلماء، ولا تؤدي الغرض المطلوب منها، وبين الحكم بالربا الصريح، وكل منهما ممنوع شرعاً^(٢).

[٤] أن من أسس الشريعة ومقاصدها العامة عدم المساواة بين الأمين والخائن، وبين المطيع والعاصي لأوامرها، وبين العادل والظالم، وبين من يؤدي الحقوق إلى أصحابها في مواعيقتها ومن يؤخرها، ولا شك أن تأخير الحق عن صاحبه

(١) ينظر: مجلة الأزهر - الجزء السابع - السنة (٦٣) "المدين المماطل يعاقب بالحبس لا بتغريم

المال" د. أحمد فهمي أبو سنة ص ٧٥٤.

(٢) ينظر: المصدر السابق.

عمداً بلا عذر شرعي ظلم، وجور بشهادة النصوص الشرعية، وفيه ضرر لصاحب الحق بجرمانه من منافع ماله مدة التأخير التي قد تطول كثيراً، فإذا لم يلزم المماطل بتعويض صاحب الحق عن ضرره من هذا التأخير، كانت النتيجة أن هذا الظالم العاصي يتساوى مع الأمين العادل المطيع الذي لا يؤخر حقاً عليه، ولا يسبب ضرراً. وهذا يشجع كل مدين على المماطلة وتأخير الحقوق ليستفيد من هذا أكبر قدر ممكن دون أن يخشى طائلة أو محذوراً، ما دام لن يؤدي في النهاية إلا أصل الحق، وهذا خلاف مقاصد الشريعة وسياستها الحكيمة قطعاً. والجزاء الأخرى بمعاقة هذا الظالم لا يفيد صاحب الحق المهضوم المحروم شيئاً في هذه الدنيا، وحفظ المال من الضرورات التي جاءت الشريعة بالمحافظة عليها، ولذا جعلت له حماية وضمائن قضائية، وغيرها لتحصيله في الدنيا قبل الآخرة، ومن ذلك إلزام المماطل بالتعويض عن ضرر مماطلته^(١).

المناقشة: نوقش بعدم التسليم بأن عدم التعويض عن ضرر المماطلة يستلزم مساواة المماطل بغيره، وأن ذلك يشجع على المماطلة، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن الشريعة إذ قضت بعدم جواز التعويض المالي على المدين المماطل لم تسو بينه وبين مؤدي الدين في وقته دنيوياً وأخروياً، بل اعتبرت المماطل - بغير حق - ظالماً، والمسلم الذي يؤمن بالله واليوم الآخر يخاف كل الخوف ويخشى عظيم الخشية من الوقوع في الظلم بعد ما حذرت منه النصوص الشرعية، وبينت أنه ظلمات يوم القيامة، وسبب لسخط الله ونقمته على

(١) ينظر: مجلة دراسات اقتصادية إسلامية - المجلد الثالث - العدد الثاني، رجب ١٤١٧هـ،

"حول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض للدائن" للزرقة ص ١٥-١٦.

الظالم، وأوضحت كونه موجباً لأشد العقوبات وأعظمها، وفتحاً أبواب السماء لاستجابة دعوة المظلوم على ظالمه، وهذا أمر عظيم هائل يكفي في زجر المسلم وإبعاده عن الظلم، ولو لم يكن هناك غرامة مالية^(١).

الوجه الثاني: أن الشريعة لم تقتصر على الوعيد الرباني الذي ينتظر الظالم في الدنيا والآخرة، بل اعتبرت المماطل الظالم بمطله مسيئاً مستحقاً للعقوبة الدنيوية الزاجرة من الحبس، والضرب، والتعزير بصوره المختلفة الحاملة على الوفاء دون تأخير، وهذه العقوبات الزواجر كفيلة بردع الظالم، وكفه عن المخالفة بقوة لا تعدلها أي غرامة مالية^(٢).

وأيضاً فإن هذا استدلال بالمصلحة المرسله، ومن شروط الاستدلال بها ألا تخالف نصاً شرعياً، وهذه المصلحة تخالف النصوص الخاصة بمنع الزيادة في الدين لا في البدء ولا في الانتهاء^(٣).

[٥] أن المماطلة في أداء الدين من المدين القادر على الوفاء تشبه الغصب، فيجب أن تأخذ حكمه لسببين:

الأول: أن المماطلة ظلم بنص الحديث.

الثاني: أن الديون مقرها الذمة، فتأخيرها - بغير عذر شرعي - حجب لها عن صاحبها الدائن، والتعدي عليها إنما يكون بهذا الحجب؛ لأنها ليست أعياناً يتأتى فيها السطو المادي، فحجبها عن صاحبها هو كالسطو على الأشياء المادية بالغصب، ويترتب على ذلك أن المدين المماطل ملزم بضمان منافع الدين

(١) ينظر: دراسات في أصول المداينات ص ٢٩٢ - ٢٩٣.

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٤٨٨/٤/١٤.

التي فوتها على الدائن في مدة المماطلة وهي ما كان يجنيه الدائن من ربح لو قبض دينه في ميعاد وفائه واستثمره بالطرق المشروعة الحلال؛ كما يضمن الغاصب منافع العين المغصوبة مدة الغصب إلى جانب ضمان المغصوب على الراجح من أقوال العلماء^(١).

المناقشة: نوقش بأن قياس تضمين المماطل لمنافع الدين الذي ماطل به، على تضمين الغاصب لمنافع العين المغصوبة، قياس مع الفارق، فلا يصح، وبيان ذلك من ستة وجوه:

(١) ينظر: حول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض للدائن ص ١٧-١٨، وبحوث في الاقتصاد الإسلامي للمنيع ص ٣٩٤، ٤٠٤، ٤٢٢.

وقد اختلف الفقهاء في حكم ضمان منافع المغصوب، وهي المنافع التي تستوفى من الأعيان، ويرد عليها عقد الإجارة، هل يجب على الغاصب ضمانها مدة الغصب سواء انتفع بها أم لا؟ على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنها مضمونة على الغاصب مطلقاً، سواء انتفع بها أم لا، وهو مذهب الشافعية، والحنابلة، والظاهرية. (ينظر: الأم ٢٥٤/٣، وفتح العزيز ٢٦٢/١١، والمغني ٤١٧/٧، والتنقيح المشبع ص ٢٨٦، والمحلى ١٣٥/٨).

القول الثاني: أن منافع المنصوب غير مضمونة على الغاصب مطلقاً سواء انتفع بها أم لا، وهو مذهب الحنفية، واستثنى المتأخرون منهم: مال اليتيم، ومال الوقف، والمعد للاستغلال. (ينظر: المبسوط ٧٨/١١، ويدائع الصنائع ١٥٤/٧، ومجمع الضمانات ٣١٣/١).

القول الثالث: القول بالتفصيل: فإذا لم ينتفع بها الغاصب فلا ضمان عليه، وأما إذا انتفع بها فثلاثة أقوال؛ فقليل: لا يضمن مطلقاً. وقيل: يضمن إلا في الحيوان، وقيل: يضمن ما أغلته دون غيره. وهذا القول هو مذهب المالكية. (ينظر: المعونة ١٢١٧/٢، والذخيرة ٣١٤/٨، وأسهل المدارك ٥٢/٣).

الوجه الأول: أن الغصب لا يتحقق إلا بالاستيلاء على المغصوب قهراً وغلبة^(١). والمماطل حصل على المال برضى الدائن واختياره لا بالقهر والغلبة.

الوجه الثاني: أن الغصب ظلم ابتداءً ودواماً، أما المطل فهو ظلم باستدامة المال بيد المماطل بعد حلول أجله، دون ابتدائه؛ إذ حصل بيده ابتداءً برضى الدائن واختياره، ومن القواعد الشرعية، قاعدة: «يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء»^(٢).

الوجه الثالث: أن قياس منافع الديون على منافع الأعيان المغصوبة قياس مع الفارق؛ لأنه لا مشابهة بين الأعيان والديون، فالأعيان يجوز الاعتياض عن منافعها ويسمى إجارة بالإجماع، وأما الديون فلا يجوز الاعتياض عن منافعها، ويسمى ربا بالإجماع، وعلى هذا فلا يجوز الاعتياض عن منافع الدين مدة المماطلة^(٣).

الوجه الرابع: أن القائلين بتضمن الغاصب منافع العين المغصوبة مدة الغصب - وهم الشافعية والحنابلة - يشترطون في المنفعة التي تضمن أن تكون مالاً يجوز أخذ العوض عنه، وذلك بأن يكون المغصوب من الأعيان التي يصح

(١) ينظر: تبين الحقائق ٢٢١/٥، واللباب ١٨٨/٢، ومواهب الجليل ٢٧٤/٥، والفواكه الدواني ١٩١/٢، وكفاية الأخيار ص ٢٨٢، وأسنى المطالب ٣٣٦/٢، والمبدع ١٥٠/٥، والروض المربع ص ٤٢٢.

(٢) ينظر: المنشور ٣٧٤/٣، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٢٠، وشرح القواعد الفقهية ص ٢٩٣.

(٣) ينظر: حولية البركة - العدد الأول - "عقوبة المدين القادر المماطل بالغرامة المالية" د. عبدالعزيز بايندر ص ٧٩.

أن يرد عليها عقد الإجارة^(١).

قال في فتح العزيز: «إذا تقرر ذلك، فكل عين لها منفعة تستأجر من أجلها، يضمن - أي الغاصب - منفعتها إذا بقيت في يده مدة لمثلها أجرة»^(٢).
وقال في المغني: «متى كان للمغصوب أجر، فعلى الغاصب أجر مثله مدة مقامه في يديه، سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب، هذا هو المعروف في المذهب... وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يضمن المنافع... والخلاف في ماله منافع تستباح بعقد الإجارة؛ كالعقار، والثياب، والدواب، ونحوها. فأما الغنم، والشجر، والطيور، ونحوها، فلا شيء فيها؛ لأنه لا منافع لها يستحق بها عوض»^(٣).

وهذا الشرط غير متحقق في النقود المماطل بها؛ لأنها لا تصح إيجارتها بالإجماع^(٤). وعلى هذا لو غصبت النقود، فلا يضمن الغاصب زيادة على مقدار المبلغ المغصوب مهما طالت مدة غصبه، وقد نصّ على ذلك الحنابلة، وهو القول الأظهر عند الشافعية فيما إذا ربح الغاصب بالنقد المغصوب - أما إذا لم يربح فلا يضمن شيئاً مهما حبسه عن مالكه - جاء في شرح منتهى الإرادات: «ولا يضمن ربح فات على مالك بحبس غاصب مال تجارة مدة يمكن أن يربح فيها»^(٥).

(١) ينظر: دراسات في أصول المدائيات ص ٢٨٨.

(٢) فتح العزيز ٢٦٢/١١، وينظر: روضة الطالبين ١٣/٥، ومغني المحتاج ٢٨٦/٢.

(٣) المغني ٤١٧/٧ - ٤١٨، وينظر: المبدع ١٨٥/٥، وكشاف القناع ١١١/٤.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع ١٧٥/٤، والمعونة ١٠٩٠/٢، وروض الطالب ٤٠٦/٢، والمغني

١٢٥/٨، والمحلى ١٨٢/٨.

(٥) شرح منتهى الإرادات ٤٠١/٢.

وفي المذهب: «وإن غصب دراهم فاشترى سلعة في الذمة، ونقد الدراهم في ثمنها، وربح، ففي الربح قولان... في الجديد: هو للغاصب؛ لأنه بدل ماله فكان له»^(١).

وبهذا يتضح أن ما فوته الغاصب من حق الانتفاع بالنقود لا يضمن في قول أحد من أهل العلم.

والقياس الصحيح أن تقاس المماثلة بالديون وهي نقد على غصب النقود، لا على غصب الأعيان، وعلى هذا لا يضمن حق الانتفاع بالنقود إذا فوته المدين المماثل على الدائن في قول أحد من أهل العلم^(٢). قياساً على غصب النقود.

الوجه الخامس: أن قياس منافع الديون على منافع الأعيان المغصوبة قياس مع الفارق؛ لأن منافع الأعيان المغصوبة التي يصح ورود عقد الإجارة عليها أموال متقومة في ذاتها، مملوكة ملكاً تاماً للمغصوب منه، ويصح أخذ العوض عنها، وهي منافع متحققة لها أجره المثل، ولذا جازت المطالبة بالتعويض المالي عما فات منها، بخلاف الديون فمنافعها المفوتة على الدائن لا تعد مالاً، ولا يصح مبادلتها بمال، وهي محتملة مظنونة، وقابليتها للربح بالاستثمار غير محققة، فقد يربح الدائن من الدين الذي يأخذه من المدين، وقد لا يربح، بل قد يخسر، فلذا لم يجز التعويض المالي عن مدة التأخير فيها، حيث إن مبدأ الضمان المالي في الشريعة قائم على أساس المماثلة بين الفئات وعوضه، ولا مماثلة هنا^(٣).

(١) المذهب ٣٧٠/١، وينظر: روضة الطالبين ٥٩/٥.

(٢) ينظر: دراسات في أصول المدائيات ص ٢٨٩.

(٣) ينظر: مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي - المجلد الأول، ١٤٠٩ هـ "تعليق زكي الدين شعبان على مقال الزرقا" ص ٢٠٠، ودراسات في أصول المدائيات ص ٢٨٩ - ٢٩٠.

الوجه السادس: أن هذا القياس لو فرضنا أنه مستوف لشروطه، فإنه لا يصح مع وجود النص، وهذا ما يسميه الأصوليون بفساد الاعتبار، وهو من القوادح في القياس^(١). والنص هنا ما ورد في ربا الجاهلية من النصوص القرآنية والنبوية^(٢).

[٦] أن المدين المماطل بتأخيره أداء الدين عن موعد وفائه، قد فوت على الدائن ما يجنيه من أرباح دينه لو قبضه في ميعاد وفائه، واستثمره بالطرق المشروعة، وهذا يستوجب تعويضه عنه^(٣).

المناقشة: نوقش بأن هذا القول مبني على اعتبار الربح المتوقع ربحاً حقيقياً، وعلى أن النقود مدرة للربح بنفسها بحساب كل يوم، وهذا المبدأ إنما أقرته النظرية الربوية، ولا عهد للفقهاء الإسلاميين به، ولو كان هذا المبدأ معتبراً في الإسلام لكان الغاصب والسارق أولى بتطبيقه عليه، ولكن لا يوجد في تاريخ الفقه الإسلامي أحد ذهب إلى فرض التعويض المالي على غاصب النقود، أو سارقها؛ لكونه فوت ربحاً على المالك مدة بقائها في يده، وهذا دليل على أن المبدأ المذكور لا تقره الشريعة الإسلامية، والمدين المماطل لا يتجاوز من أن يكون غاصباً أو سارقاً، فغاية ما يتصور في حقه أن تجري عليه أحكام السرقة والغصب، وليس فيها فرض تعويض مالي على السارق أو الغاصب، ولا شك أن كلاهما قد أحدث ضرراً بالمالك لا في حرمانه من أصل ماله فقط، بل في فوات الربح المتوقع منه أيضاً، ولكن الشريعة الإسلامية قد أمرت بإزالة هذا

(١) ينظر: شرح مختصر الروضة ٤٦٧/٣، ٥٧١.

(٢) ينظر: توضيح أوجه اختلاف الأقوال في مسائل من معاملات الأموال ص ١٣٥ - ١٣٦.

(٣) ينظر: حول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض للدائن للزرقة ص ١٨.

الضرر برد المال إلى المالك فقط ، وبعقوبة الجاني في جسمه ، أو عرضه. فتبين أن فوات الربح المتوقع من النقود ليس ضرراً معوضاً عنه في الشرع^(١).

[٧] قياس جواز إلزام المدين المماطل بتعويض يدفعه للدائن عن ضرر المماطلة ، على جواز أخذ البائع للعربون في حال عدول المشتري عن العقد ، بجامع تفويت الفرصة في كل منهما ؛ ذلك أن العربون تعويض عن منفعة مظنونة الوجود ، وهي تفويت فرصة البيع من شخص آخر قد تكون فيها غبطة ومصالحة للبائع ، فيقاس على ذلك جواز إلزام المدين المماطل بتعويض مالي يدفعه للدائن مقابل فوات منافع ماله خلال فترة المماطلة^(٢).

المناقشة : نوقش هذا الدليل من ستة وجوه :

الوجه الأول : لا مشاحة في تضمين المنافع غير المحققة ، فإن الغاصب يضمن منافع الدار المغصوبة ، سواء انتفع بها أم لا ، مع أن المالك قد لا يتمكن من الانتفاع بها كراء أو سكنى لو كانت بيده مدة الغصب ، والمنع من إلزام المدين المماطل بالتعويض لا لمجرد أنه تضمين لمنافع غير محققة فقط ، بل لما يتضمنه من الربا المحرم^(٣).

الوجه الثاني : أن هذا قياس مع الفارق فلا يصح ؛ لأن البيع أوسع من الدين في كثير من الأحكام الشرعية ، فما جاز في البيع قد لا يجوز في الدين ؛ لأن الشارع احتاط احتياطاً شديداً في الديون كيلا يترتب عليها ربا محرم ، ومن المقرر أن أي زيادة على أصل الدين ناتجة عن إلزام ، أو اشتراط أنها حرام ؛ لكونها نوعاً من الربا^(٤).

(١) ينظر : بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ٤١ .

(٢) ينظر : بحوث في الاقتصاد الإسلامي للمنيح ص ٤٠٩ ، ٤١٢ .

(٣) ينظر : الخدمات الاستثمارية في المصارف للشبيلي ١/٦٤١ - ٦٤٢ .

(٤) ينظر : مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٤/٤/٥٠٠ ، والمماطلة في الديون ص ٣٨٧ .

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

الوجه الثالث: أن مبلغ العربون معلوم عند التعاقد، بخلاف التعويض عن الضرر بسبب التأخر في سداد الدين، فإنه مجهول، والجهالة فيه من حيث الوجود، ومن حيث المقدار، ومن حيث الزمان^(١).

الوجه الرابع: أن تفويت الفرصة لو كان موجبا للتعويض للزم القول به في خيار الشرط، في حال نكول المشتري عن الشراء، تعويضاً للبائع عما فاتته من فرصة بيع السلعة مدة الخيار، ولا قائل به فيما أعلم^(٢).

الوجه الخامس: أن مبلغ العربون يشترط تحديده ابتداءً - عند القائلين به - بينما لا يصح تحديد التعويض عن ضرر التأخر في سداد الدين ابتداءً بالاتفاق، فقياس أحدهما على الآخر قياس مع الفارق، فلا يصح^(٣).

الوجه السادس: أن محل الالتزام في الماطلة هو دين ثابت في الذمة، يلزم الماطل سداً، فالزيادة عليه شبيهة بالربا، وليس الأمر كذلك في العربون^(٤).

[٨] قياس جواز إلزام المدين الماطل بتعويض مالي يدفعه للدائن على جواز الشرط الجزائي، بجامع أن كلا منهما تعويض عن منفعة مظنونة غير محققة الوقوع^(٥).

المناقشة: نوقش هذا الدليل من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن هذا قياس مع الفارق فلا يصح، ذلك أن التعويض عن الماطلة في الديون يخالف التعويض عن الإخلال في الالتزامات العقدية الأخرى، ولذا فإن العلماء الذين أجازوا الشرط الجزائي استثنوا من ذلك الشرط الجزائي

(١) ينظر: المصدران السابقان.

(٢) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف ١/٦٤٢.

(٣) ينظر: المصدر السابق ١/٦٤٣.

(٤) ينظر: المصدر السابق.

(٥) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي للمنيع ص ٤٠٩.

الذي يكون الالتزام الأصلي فيه ديناً في الذمة حتى لا يفضي ذلك إلى الوقوع في ربا الجاهلية المحرم، والشرط إذا أحل حراماً فإنه باطل لا يجوز الوفاء به^(١).

الوجه الثاني: أن المقصود الأصلي من الشرط الجزائي هو الحث والتحفيز على تنفيذ العقد في وقته المحدد، أما التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي عند التأخر في التنفيذ في عقود المقاولات ونحوها فهو مقصود تبعاً، عند عدم تحقق المقصود الأصلي من الشرط الجزائي، ولذا فإن العوض في الشرط الجزائي لا يلزم أن يكون بمقدار الضرر الحقيقي، بل لهم أن يتفقوا على أي مبلغ، ما لم يكن كثيراً عرفاً يظهر أن القصد منه التهديد المالي^(٢).

الوجه الثالث: أن التعويض في الشرط الجزائي يصح تحديده باتفاق المتعاقدين عند بداية العقد، بينما التعويض عن ضرر التأخر في سداد الدين لا يصح تحديده ابتداءً بالاتفاق^(٣).

[٩] أن المصلحة تقتضي الحكم بجواز إلزام المدين المماطل بتعويض للدائن عن ضرر المطل؛ إذ يحمل ذلك المدين على الوفاء بالدين في وقته المحدد، ويحمي أموال الناس من الضياع^(٤).

المناقشة: نوقش بأنه وإن كان فيه مصلحة، إلا أنها مصلحة مطرحة شرعاً؛ إذ المصالح منها المعتبر، ومنها الملغى، ومنها المرسل^(٥). ووضع زيادة على دين المدين

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٢/٣٠٥-٣٠٦، قرار رقم ١٠٩ (١٢/٣) بشأن موضوع الشرط الجزائي.

(٢) ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ١/٢١٤، والمماثلة في الديون ص ٣٨٩.

(٣) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف ١/٦٤٣.

(٤) ينظر: توضيح أوجه اختلاف الأقوال في مسائل من معاملات الأموال ص ١٣٩.

(٥) ينظر: الاعتصام ٢/١١٣-١١٥، والمقاصد العامة للشريعة الإسلامية د/ يوسف العالم ص ١٤٩، ١٥٣، وتعليل الأحكام لشلبي ص ٢٨١.

مقابل تأخره في الوفاء أمر مناسب لإنصاف صاحب الدين في ظاهر الأمر، إلا أن الشارع ألغى هذه المناسبة، ومنع من هذه المصلحة، وحرّم الزيادة على أصل الدين، ولم يجعل لصاحب الدين إلا رأس ماله، فكل قرض، ودين ثابت في الذمة تشترط فيه زيادة نصاً، أو عرفاً فهو باطل؛ لأنه معقود على ربا^(١). «وليس يسوغ لنا أن نستحدث وجوهاً في استصلاح العباد، أو جلب أسباب الرشاد لا أصل لها في الشريعة، فإن هذا يجر خرمًا عظيمًا، وخطبًا هائلًا جسيمًا»^(٢).

الترجيح:

الراجع - والله أعلم - هو القول الأول، وهو عدم جواز إلزام المدين المماطل بتعويض للدائن عن ضرر المماطلة، وذلك للآتي:

[١] قوة أدلة هذا القول، والإجابة عما ورد عليها من مناقشات، وسلامتها في الدلالة على المنع.

[٢] ضعف أدلة القول الثاني بما ورد عليها من المناقشات القوية، الكافية في منع دلالتها على الجواز.

[٣] أن التعويض عن ضرر المماطلة إذا لم يكن رباً في ذاته، فهو ذريعة إليه فيمنع.

[٤] أن النتيجة النهائية للتعويض هي نفس نتيجة الربا، إذ هو أخذ مال زائد بسبب التأخر في زمن الوفاء، ولا فرق بينهما إلا في الصور والتخریجات فحسب.

[٥] أن التعويض عن ضرر المماطلة إذا حدد مقداره عند التعاقد ابتداءً منع منه اتفاقاً؛ لأنه ربا، فكذا يمنع من الإلزام به آخرًا؛ لأن ماله عند تكرار الإلزام

(١) ينظر: توضیح أوجه اختلاف الأقوال في مسائل من معاملات الأموال ص ١٣٩.

(٢) غياث الأمم في التياث الظلم ص ١٣٠.

به أن يكون معروفاً عند التعاقد، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

[٦] اختلاف القائلين بالتعويض في تكييفه هل هو تعزير، أو تعويض؟ وفي كيفية تقديره؟ دليل على ضعف القول بالتعويض.

الأمر الثاني: اشتراط حق المطالبة بالتعويض عن الضرر المترتب على التأخر في السداد:

تبين مما تقدم أنه لا يجوز إلزام المدين المماطل في الوفاء بلا عذر شرعي بتعويض مالي للدائن عما لحقه من ضرر المماطلة والتأخر في السداد، وخالف في ذلك بعض المعاصرين، فقالوا: يجوز ذلك.

وبناء على هذا فللعلماء في اشتراط المطالبة في ذلك بالعقد قولان:

القول الأول: أن اشتراط حق المطالبة بالتعويض عن ضرر المماطلة، شرط باطل.

ذهب إلى ذلك العلماء القائلون بعدم جواز التعويض عن ضرر الماطل^(١).

القول الثاني: أن اشتراط حق المطالبة بالتعويض عن ضرر المماطلة شرط صحيح، واجب الوفاء.

ذهب إلى ذلك العلماء القائلون بجواز تعويض الدائن عن ضرر الماطل^(٢).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل من قال ببطلان اشتراط حق المطالبة عن ضرر المماطلة بما يلي:

أن الدائن لا يستحق التعويض عن الضرر الناتج عن التأخر في السداد من فوات الربح، ونحوه، ويحرم إلزام المدين المماطل بتعويض للدائن عن ضرر

(١) ينظر: ص ٢٢٣.

(٢) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي للمنيح ص ٤١٤-٤١٥، ٢٠٢.

المطل. وقد تقدم ذكر أدلة ذلك بالتفصيل^(١).

وإذا كان كذلك فإنه لا يجوز اشتراطه في العقد، ولا يصح؛ إذ هو اشتراط لأمر محرم، والشرط لا يبيح ما حرم الله، ولا يسقط ما أوجب الله تعالى.

أدلة القول الثاني:

استدل من قال بجواز اشتراط حق المطالبة بالتعويض عن ضرر المماطلة بما يلي:
أن تعويض الدائن عما لحقه من ضرر المماطلة أمر جائز؛ إذ هو في مقابلة الأضرار اللاحقة به - وقد تقدم ذكر أدلة ذلك بالتفصيل^(٢) - وإذا كان التعويض جائزاً جاز اشتراطه في العقد، ووجب الوفاء به؛ لقول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣)، ولقول النبي ﷺ: (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً)^(٤).

المناقشة: يناقش بأنه لا يسلم القول بجواز التعويض عن ضرر المماطلة حتى يصح اشتراطه في العقد، والأدلة التي استدلوها بها على الجواز لا تنهض للدلالة على ذلك بما ورد عليها من المناقشة، ولقوة أدلة القائلين بالمنع من التعويض، ووضوح دلالتها على المطلوب.

الترجيح:

بناءً على ما تقدم ترجيحه في الأمر الأول، من عدم جواز التعويض عن ضرر المماطلة والتأخر في السداد، فإنه لا يجوز اشتراط المطالبة به في العقد - والله تعالى أعلم -.

(١) ينظر: ص ٢٢٩-٢٤٢.

(٢) ينظر: ص ٢٤٢-٢٥٩.

(٣) سورة المائدة من الآية (١).

(٤) تقدم تخريجه ص ٦٩.

الفرع السادس: اشتراط تحميل المدين هبوط القوة الشرائية للنقود:

وفيه أمران:

الأمر الأول: أثر هبوط القوة الشرائية للنقود^(١) على الوفاء بالديون:

وفيه ثلاث فقرات:

الفقرة الأولى: النقود الخلقية (الذهب أو الفضة):

إذا كان الدين الثابت في الذمة ذهباً، أو فضة "دنانير أو دراهم" سواء كان ثمناً مؤجلاً، أو صداقاً مؤجلاً، أو نحو ذلك، وقبل حلول أجله نقصت قيمته "رخصت" أو زادت "غلت" فإنه لا يجب على المدين عند الوفاء سوى مقدار ما ثبت في ذمته، وتم الاتفاق عليه عند العقد، من الدنانير أو الدراهم، وذلك

(١) النقود: جمع نقد، ويطلق في اللغة على عدة معان، منها: تمييز الدراهم والدنانير لمعرفة جيدها من مدخولها. ومنها: خلاف النسيئة، فنقد الثمن إعطاؤه نقداً معجلاً. ومنها: العملة من الذهب أو الفضة، أو غيرهما مما يتعامل به. (ينظر: لسان العرب مادة (نقد) ٤٢٥/٣، والقاموس المحيط مادة (نقد) ٣٤١/١، ومختار الصحاح ص ٣١٧، والمعجم الوسيط مادة "نقد" ص ٩٤٤).

وفي الاصطلاح: «أي شيء يصطلح عليه الناس ويلقى بينهم رواجاً في تسهيل مبادلاتهم». (قضايا معاصرة في النقود والبنوك ص ١٨٧، وأصول الاقتصاد الإسلامي لرفيق المصري ص ١٣٦. وينظر في هذا المعنى: المبسوط ٢٥/١٤، وبدائع الصنائع ٥٩/٦، والمدونة ٣٩٦/٣، والبرهان للجويني ٧٠٠/٢، ومجموع الفتاوى ٢٥١/١٩ - ٢٥٢، والمحلى ٤٧٧/٨).

وعرف أيضاً بأنه: "كل وسيط للتبادل يلقي قبولاً عاماً، مهما كان ذلك الوسيط، وعلى أي حال يكون" (بحوث في الاقتصاد الإسلامي للمنيع ص ١٧٨). والنقد عند الاقتصاديين: «ما يستخدم وسيطاً للتبادل، ومقياساً للقيم، ومخزوناً للثروة، ومعياراً للمدفوعات الآجلة من الديون» (مجلة مجمع الفقه الإسلامي "تذبذب قيمة النقود" للقره داغي ١٧٨١/٣/٥).

باتفاق المذاهب الأربعة^(١)، وحكي الإجماع على ذلك^(٢).

واستدلوا لذلك بما يلي:

[١] أن النقود الخلقية من الذهب والفضة من المثليات، فالواجب فيها المثل غلت أو رخصت^(٣).

[٢] أن النقود الخلقية من الذهب والفضة إذا ثبتت في الذمة، فغلت أو رخصت، لم يجب بدلها، ولا يمنع ذلك من ردها قياساً على الحنطة ونحوها، إذا رخصت أو غلت، فإنه لا يجب غيرها^(٤).

[٣] أن النقود الخلقية من الذهب والفضة أثمان بالخلقة لا بالاصطلاح، فغلاؤها ورخصها لا تبطل به ثمنيتها، ولكن تتغير بتغير رغائب الناس فيها، وذلك غير معتبر، فلا يجب غيرها^(٥).

(١) ينظر عند الحنفية: بدائع الصنائع ٢٤٢/٥، ورد المختار ٢٥/٤، ومجموعة رسائل ابن عابدين "تنبيه الرقود على مسائل النقود" ٦٤/٢.
وعند المالكية: المدونة ٤٤٥/٣، والتفريع ١٥٩/٢، والكافي ص ٣٠٩، والشرح الصغير ٣٨٦/٢.

وعند الشافعية: الأم ٣٣/٣، والحاوي للفتاوي ٩٦/١، ٩٧، ومغني المحتاج ١٧/٢، وتحفة المحتاج ٢٥٨/٤، وفتاوى الرملي ١٩٢/٣.
وعند الحنابلة: المغني ٤٤١/٦ - ٤٤٢، والفروع ٢٠٣/٤، وشرح منتهى الإرادات ٢٢٦/٢، ومطالب أولي النهى ٢٤٥/٤.

(٢) ينظر: مجموعة رسائل ابن عابدين "تنبيه الرقود على مسائل النقود" ٦٤/٢، ورد المختار ٢٥/٤.

(٣) ينظر: رد المختار ٢٥/٤، والمغني ٤٤١/٦.

(٤) ينظر: المغني ٤٤٢/٦، والحاوي الكبير ١٤٩/٥.

(٥) ينظر: المبسوط ٣٠/١٤، ورد المختار ٢٥/٤.

[٤] أن النقد معيار، ومن شأن المعيار الثبات النسبي، وفي ذلك ضمان لاستمرار المعاملات بين الناس على أسس ثابتة، ومتعارف عليها، إذ لو اعتبر الرخص أو الغلاء في النقد لأدى ذلك إلى نقض العقود والحقوق، واضطراب المعاملات، وشيوع المنازعات، وكل ذلك مما تأباه الشريعة وتنهى عنه^(١). يقول ابن القيم - رحمه الله - : «الدرهم والدنانير أثمان المبيعات، والثلث هو المعيار الذي به يعرف تقويم الأموال، فيجب أن يكون محدوداً مضبوطاً، لا يرتفع ولا ينخفض... ولا يقوم هو بغيره، إذ يصير سلعة يرتفع وينخفض، فتفسد معاملات الناس، ويقع الخلف، ويشتد الضرر»^(٢).

الفقرة الثانية: إذا كان النقد فلوساً (نقوداً اصطلاحية):

إذا كان الدين الثابت في الذمة فلوساً^(٣)، فتغيرت قيمته قبل حلول أجل أدائه بأن غلت بازدياد القيمة بالنسبة للذهب والفضة، أو رخصت بنقصان القيمة، فللعلماء فيما يجب على المدين أدائه قولان في الجملة:

(١) ينظر: دراسات في علم الاقتصاد الإسلامي، د/ عبد الرحمن يسري ص ٢٠٠-٢٠١.

(٢) إعلام الموقعين ١٣٧/٢.

(٣) الفلوس في اللغة: جمع فلّس، وأفلس الرجل كأنه صار إلى حال ليس له فلوس، وبعضهم يقول: صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم، فهو مفلس. (ينظر: المصباح المنير مادة "فلوس" ص ٤٨١).

وفي الاستعمال الفقهي: «ما ضرب من المعادن من غير الذهب والفضة، سكة، وصار نقداً بالتعامل عرفاً، وثمناً باصطلاح الناس»، فهي نقد بالاصطلاح لا بالخلقة؛ لأن قيمتها ليست ذاتية كالمسكوكات من الدنانير الذهبية، والدرهم الفضية، بل هي مفترضة مصطلح عليها في العرف وتعامل الناس. (معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص ٢١٩-٢٢٠، وينظر: الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ١٧٩، وبدائع الصنائع ٢٣٦/٥، والعناية ١٦٢/٦، ١٦٣، وشرح فتح القدير ٢٧٧/٦، والموسوعة الفقهية الكويتية ٢٠٤/٣٢).

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

القول الأول: أن الواجب أدائه - إذا غلت الفلوس أو رخصت بعد التعامل بها وقبل قبضها - هو مقدار ما تم عليه التعاقد منها دون زيادة أو نقصان. ذهب إلى ذلك أبو حنيفة، وقال به أبو يوسف أولاً^(١)، واقتصر عليه بعض الحنفية وحكوه إجماعاً في المذهب^(٢)، وهو مشهور مذهب المالكية^(٣)، ومذهب الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

القول الثاني: أن الواجب أدائه في حال غلاء الفلوس أو رخصها بعد التعامل بها وقبل الوفاء هو قيمتها يوم ثبوتها في الذمة من نقد رائج. ذهب إلى ذلك أبو يوسف وعليه الفتوى عند الحنفية^(٦)، وقول عند الحنابلة^(٧)، والرهوني^(٨) من المالكية، وقيده فيما إذا كان التغيير كثيراً جداً^(٩).

-
- (١) ينظر: بدائع الصنائع ٢٤٢/٥، وشرح فتح القدير ٢٧٧/٦، والبحر الرائق ٢١٩/٦، ورد المختار ٢٤/٤، ومجموعة رسائل ابن عابدين ٦٠/٢.
- (٢) ينظر: بدائع الصنائع ٢٤٢/٥، والعناية ٢٧٧/٦، وشرح فتح القدير ٢٧٧/٦، والبحر الرائق ٢١٩/٦، ومجموعة رسائل ابن عابدين ٦٢/٢.
- (٣) ينظر: المدونة ٤٤٤/٣ - ٤٤٥، ٤٤٦، والتفريع ١٥٨/٢، والمعونة ١٠٢٤/٢، والكافي ص ٣٠٩، والخرشي ٥٥/٥، وشرح الزرقاني ٦٠/٥، ومواهب الجليل ٣٤١/٤.
- (٤) ينظر: تحفة المحتاج ٢٥٨/٤، ونزهة النفوس في حكم التعامل بالفلوس ص ٣٠، ٥٩، ٦٤، والحاوي للفتاوي "قطع المجادلة عند تغيير المعاملة" ٩٧/١، ٩٨، والمجموع ٢٨٢/٩.
- (٥) ينظر: المغني ٤٤١/٦، ٤٤٢، وشرح منتهى الإرادات ٢٢٦/٢، والإقناع ٣٠٤/٢ - ٣٠٥، ومطالب أولي النهى ٢٤٤/٤ - ٢٤٥.
- (٦) ينظر: البحر الرائق ٢١٩/٦، ورد المختار ٢٤/٤، ومجموعة رسائل ابن عابدين ٦٠/٢، ٦١.
- (٧) ينظر: الفروع ٢٠٣/٤.
- (٨) هو: محمد بن أحمد بن محمد الرهوني، أبو عبد الله، فقيه مالكي، مغربي، له مصنفات منها: "حاشية على شرح الزرقاني" مات سنة ١٢٣٠هـ. (هدية العارفين ٣٥٧/٢، والأعلام ١٧/٦).
- (٩) ينظر: حاشية الرهوني ١٢١/٥.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بوجوب رد المثل في الفلوس غلت أو رخصت، بما يلي:
[١] أن رخص الفلوس وغلاءها لا يبطل ثمنيتها، فلا يجب غيرها، قياساً على الدنانير والدرهم^(١).

[٢] أن رخص الفلوس وغلاءها لا يخرجها عن وصف المثلية، فيجب فيها المثل، قياساً على المثليات^(٢).

المناقشة: نوقش بأن الواجب في المثليات رد المثل الكامل والتام صورة ومعنى، فإن لم يمكن ذلك فالواجب مراعاة المعنى لا الصورة. والمعنى في الفلوس المالية والتمنية، وفي حال الرخص تنقص المثلية المالية، وإن بقيت المثلية الصورية، والمقصود في النقود المثلية المالية لا المثلية الصورية، فلا يتحقق بردها صورة المثلية الكاملة والتامة؛ لفوات المثلية المالية، فتجب القيمة ضرورة مراعاة للمعنى؛ ولأن المثلي يضمن عند إعوازه بالقيمة^(٣).

الإجابة: يجاب بأن ذلك لا يصح إلا في حال تعذر المثل وعدم وجوده؛ كما لو انقطعت الفلوس، أما في حال وجودها وتعامل الناس بها فإنها لا تخرج عن المثلية غلت أو رخصت، كسائر المثليات من دينار أو درهم، أو بر، أو شعير^(٤).

(١) ينظر: المبسوط ٣٠/١٤، وبدائع الصنائع ٢٤٢/٥.

(٢) ينظر: المبسوط ٣٠/١٤، ومنح الجليل ٥٣١/٤، وفتح العزيز ٣٤١/٩، والحاوي للفتاوي ٩٦/١، والمغني ٤٤١/٦.

(٣) ينظر: المغني ٤٣٥/٦، وإحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ١٢٠/٢.

(٤) ينظر: المغني ٤٤٢/٦.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

[٣] أن رخص الفلوس وغلاءها، لا يوجب قيمة ما ثبت منها في الذمة، كما لو رخصت الحنطة الواجبة في الذمة، أو غلت، فإن الواجب ردها لا غير^(١).
 المناقشة: نوقش بأنه قياس مع الفارق، وذلك أن الفلوس ثمن يعرف به تقويم الأموال، وليست مقصودة لذاتها، أما الحنطة فهي قوت مقصود لذاته، وهذا المقصود لا يتأثر برخصها أو غلائها، بخلاف الفلوس، فرخصها عيب يؤثر فيها تأثيراً بالغاً^(٢).

الإجابة: يجاب بأن الغلاء والرخص كما يطرأ على الفلوس يطرأ على الدراهم والدنانير، ومع ذلك لا أثر للغلاء والرخص فيها، بل الواجب المثل في حال وجوده بالاتفاق^(٣).

[٤] أن القول بوجوب الوفاء بقيمة الفلوس في حال رخصها، يفضي إلى فتح باب الربا؛ لأنه اعتياض عن الدين الثابت في الذمة بأكثر منه^(٤). كما لو كان الدين مائة فلس قيمتها يوم العقد - يوم ثبوتها في الذمة - درهم، فصارت عند الوفاء مائة وعشرة بدرهم، فعلى القول بوجوب الوفاء بالقيمة يلزم المدين مائة وعشرة فلوس، وذلك ربا.

المناقشة: نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن منع الربا في الأموال الربوية لما فيه من الظلم، وأكل المال بالباطل، فإن الزيادة التي يأخذها رب الدين يأخذها على غير

(١) ينظر: المغني ٤٤٢/٦، والفتاوى الكبرى الفقهية للهيتمي ٢٢٧/٢، والمجموع ٢٨٢/٩، ونزهة النفوس ص ٦٥، ٦٦.

(٢) ينظر: قاعدة المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي ص ١٩٤.

(٣) ينظر: ص ٢٦٣-٢٦٤.

(٤) ينظر: المدونة الكبرى ٢٥/٤.

عوض^(١). وإيجاب رد القيمة في الفلوس عند رخصها ليس من أكل المال بالباطل، ومحدور الربا ينتفي بتقدير القيمة من غير جنس الفلوس^(٢).

الإجابة: يجب بأن الحكم إنما يبنى على علته لا على الحكمة من مشروعيته، وعلة الربا موجودة في رد الدين الثابت في الذمة بأكثر منه، سواء وجدت الحكمة من المشروعية أم لا؟ كالأفطار للمسافر، علته السفر، والحكمة منه رفع الحرج والمشقة، والحكم يثبت بمجرد السفر وإن لم توجد المشقة والحرج.

وأيضاً لا يسلم بأنه ليس من الظلم، ولا من أكل المال بالباطل؛ لأن المدين ربما احتفظ بمقدار الدين من حين العقد لأجل الوفاء به، فبأي حق يجوز أخذ الزيادة منه، وقد حرص على الوفاء، وقام به عند وجوبه.

الوجه الثاني: أن الزيادة في مثل هذا لا تعد من الربا المحرم؛ إذ هي في الحقيقة تعويض لنقص القيمة التبادلية للفلوس، فلا ظلم فيها، وإنما الظلم في الزيادة إذا كانت بدون مقابل^(٣).

الإجابة: يجب عن ذلك بما أجيب به عن الوجه الأول. وأيضاً فإن الشارع قد أهدر الجودة والقيمة في الأموال الربوية، فلا يجوز مثلاً بيع صاع من التمر الجيد بأكثر منه من التمر الرديء مقابل جودته، وزيادة قيمته.

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بوجوب رد القيمة عند رخص الفلوس، بما يلي:
[١] أن رخص الفلوس بنقصان قيمتها بعد التعامل بها، وقبل القبض، عيب

(١) ينظر: مجموع الفتاوى ٣٤١/٢٠، ٤١٩/٢٩، وإعلام الموقعين ٣٨٧/١، والمواصفات ٣٠/٤.

(٢) ينظر: مطالب أولي النهى ٢٤٣/٤ - ٢٤٤.

(٣) ينظر: قاعدة المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي ص ٢٣١.

فيها، فلا يلزم الدائن قبولها، وقد تعيبت بنقصان قيمتها^(١).

المناقشة: نوقش بأن رخص الفلوس لا يوجب ثبوت القيمة؛ كما لو رخصت النقود الخلقية من الذهب والفضة^(٢).

[٢] أن رد قيمة الفلوس إذا غلت أو رخصت أقرب للعدالة الواجبة في جميع المعاملات^(٣)، وذلك أن المالكين إنما يتمثلان إذا استوت قيمتهما، وأما مع اختلاف القيمة فلا تماثل^(٤)، ورد الفلوس بعد نقص قيمتها بالرخص لا تتحقق به المثلية؛ لأن المثلية إنما تكون من حيث الصورة والمعنى، أو بالمثل من حيث المعنى، والمعنى المقصود من النقود ثمنيتها وقيمتها، وبالرخص تتعذر المثلية الكاملة، فتجب المثلية المالية وهي القيمة؛ لأنها هي المقصود، وفي ذلك - أيضاً - دفع للضرر عن الدائن^(٥).

وقد ذكر بعض الفقهاء أمثلة لعدم اعتبار المثلية الصورية إذا كانت تفوت معنى مقصوداً، فالماء على سبيل المثال مثلي، فإذا غصب في مفازة وغلاء، فإنه يضمن بقيمته وقت الغصب، ولا يكفي رد مثله في حال السعة والرخاء؛ لكون رد المثل صورة يهدر قيمته وماليته، فيجب رده معنى^(٦). وذلك أقرب للعدل.

(١) ينظر: مطالب أولي النهى ٢٤٣/٤.

(٢) ينظر: ص ٢٦٣-٢٦٤.

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى ٣٨٥/٢٨.

(٤) ينظر: الدرر السنية ١١٢/٥.

(٥) ينظر: المبسوط ٥٠/١١، والمنثور ٣٣٧/٢، والمغني ٤٨٠/٧، ومجموع الفتاوى

٤١٥/٢٩، وشرح القواعد الفقهية ص ١٧٤.

(٦) ينظر: الفروق للقرافي ٢١٤/١، وقواعد الأحكام ١٨٠/١-١٨١، والمنثور ٣٣٧/٢،

ومطالب أولي النهى ٣١٢/٥.

المناقشة: نوقش بعدم التسليم بأن الأقرب للعدالة هو التماثل في القيمة، بل الأقرب للعدالة هو التماثل في القدر، وذلك للآتي:

(أ) أن الثابت في الشرع هو اعتبار التماثل في القدر لا في القيمة، بل القيمة والجودة غير معتبرة في الأموال الربوية^(١).

(ب) أن القاعدة المعتبرة في الفقه الإسلامي هو التماثل في القدر بدليل أن العروض المثلية؛ كالبر والشعير تقضى بأمثالها، ولا عبرة بتغير قيمتها غلاءً أو رخصاً^(٢).

(ج) أن القول بأن النقد يقضى بقيمته يوم الوفاء به، وليس بالمثل، يؤدي إلى الجهالة، بحيث إن من عليه الحق لا يعلم القدر الواجب عليه أداءه إلا حين الوفاء، بخلاف القول بأن النقد يقضى بالمثل، فهو أمر معلوم من حين الوجوب إلى حين الوفاء^(٣).

(د) أن مقتضى العدل أن يقضى النقد الثابت في الذمة بالقدر لا بالقيمة؛ لأن القدر هو الذي تم عليه التعاقد وتعهد المدين بإيفائه، ورضي الدائن باستيفائه، وفي القول بوجوب القيمة خروج بمحل الالتزام عما حصل الالتزام به، وتم التراضي عليه، إذ يلزم المدين في حال رخص النقد بإيفاء أكثر مما التزمه في ذمته، ويعطى الدائن أكثر مما رضي باستيفائه، وفي حال غلاء النقد يؤدي المدين أقل مما التزم بأدائه، ويعطى الدائن أقل مما التزم له به، وفي كل حال منهما غبن لأحدهما^(٤).

(١) ينظر: ص ٢٨٥.

(٢) ينظر: المغني ٤٤٢/٦.

(٣) ينظر: نزهة النفوس في بيان حكم التعامل بالفلوس ص ٧٢.

(٤) ينظر: استيفاء الديون في الفقه الإسلامي ص ٧٣٦.

[٣] أن الدائن دفع شيئاً منتفعاً به ليأخذ شيئاً منتفعاً به، فلا يظلم بإعطائه ما لا نفع فيه^(١).

المناقشة: نوقش بأن الرخص في الفلوس لا يصيرها كذلك؛ إذ إنه لا يلغي قيمتها بالكلية^(٢).

[٤] قياس رخص الفلوس على كسادها بجامع أنهما نقصان في القيمة، وذلك عيب يثبت القيمة في الكساد^(٣)، فكذلك في الرخص^(٤).

المناقشة: نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن الكساد يلغي القيمة بالكلية، ويبطل التعامل بالنقد، بخلاف الرخص فإنه لا يلغي القيمة بالكلية^(٥).

الوجه الثاني: أنه قياس على أمر مختلف فيه، فإن بعض الفقهاء يرى أن الكساد لا يوجب القيمة^(٦)، فلا يصح؛ لأن من شرطه الاتفاق على حكم الأصل^(٧).

(١) ينظر: حاشية الرهوني ١٢٠/٥.

(٢) ينظر: التضخم النقدي للمصلح ص ١٢٥.

(٣) الكساد مصدر "كسد: الكاف والسين والذال أصل صحيح يدل على الشيء الدون لا يرغب فيه" (معجم مقاييس اللغة مادة "كسد" ١٨٠/٥). والكساد: "خلاف النفاق ونقيضه" (لسان العرب مادة "كسد" ٣٨٠/٣).

والكساد عند الفقهاء: «أن يبطل التداول بنوع من العملة، ويسقط رواجها في البلاد كافة» (درر الحكام ١٠٨/١، وينظر: مجموعة رسائل ابن عابدين ٦٠/٢).

(٤) ينظر: منح الشفا الشافيات ٣٠٧/١.

(٥) ينظر: التضخم النقدي للمصلح ص ١٢٦.

(٦) وهو مشهور مذهب المالكية، والمذهب عند الشافعية. (ينظر: المعونة ١٠٢٤/٢، والخرشي على خليل ٥٥/٥، وروضة الطالبين ٣٦٧/٣، والحاوي للفتاوي ٩٧/١، وتحفة المحتاج ٢٥٨/٤).

(٧) ينظر: البحر المحيط ٨٦/٥، وروضة الناظر ٣٠٤/٢، وشرح الكوكب المنير ٢٧/٤، وإرشاد الفحول ص ٣٥٠.

الترجيح:

يظهر - والله أعلم - رجحان القول الأول، وهو وجوب رد المثل إذا غلت الفلوس أو رخصت، بعد التعامل بها وقبل قبضها، وذلك لقوة أدلته في الجملة في مقابل أدلة القول الآخر؛ إلا أن الرخص إذا بلغ درجة كبيرة جداً، فإنه لا بد من مراعاته دفعا للضرر عن الدائن، وهذا خارج عن مدار بحث هذه المسألة هنا - وهو تغير قيمة الفلوس في الأحوال العادية - ومندرج في نظرية الظروف الطارئة^(١)، وما توجبه من التخفيف عن المتضرر بسببها إعمالاً للقاعدة الفقهية الكلية «الضرر يزال».

ولا يقال بوجوب القيمة إذا كان النقص كبيراً جداً، وإنما يزال هذا الضرر إما بتصالح المتعاقدين، وإما بتقدير القاضي حسب ما تقتضيه طبيعة كل قضية وظروفها - والله أعلم -^(٢).

والذي يبدو «أن أساس الخلاف بين أبي يوسف والجمهور مبني على اختلافهم في تكييف هذه الفلوس، فيبدو أن جمهور الفقهاء اعتبروا الفلوس أثماناً اصطلاحية مستقلة غير مرتبطة بالدرهم والدنانير ارتباطاً دائماً، فمن اقترض عدداً من الفلوس فإنه يؤدي نفس العدد دون نظر إلى قيمتها بالنسبة للدرهم. وأما أبو يوسف - رحمه الله - فاعتبر الفلوس أجزاء اصطلاحية كالفكة للدرهم، فالمقصود بالاقتراض عنده ليس عدد الفلوس، وإنما المقصود

(١) الظرف الطارئ: هو كل أمر يؤدي إلى أن يكون تنفيذ العقد المؤجل مرهقاً أو مؤدياً إلى خسارة تخرج عن حد المألوف في جانب أحد المتعاقدين، ولم يكن ذلك الأمر قائماً ولا متوقفاً وقت نشوء العقد.

(ينظر: مصادر الحق ٢٠/٦، والحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص ١٤٠).

(٢) ينظر: استيفاء الديون في الفقه الإسلامي ص ٧٣٧-٧٣٨.

اقتراض أجزاء للدرهم يمثلها ذلك العدد من الفلوس ، فلذلك أوجب رد تلك الأجزاء للدرهم في صورة الفلوس ، وإن اختلف عددها عن العدد المقترض»^(١).
الفقرة الثالثة: أثر هبوط القوة الشرائية للنقود الورقية على الوفاء بالديون:
وفيها أمران:

الأمر الأول: حقيقة النقود الورقية المعاصرة.

لم تكن الأوراق النقدية معروفة عند قدماء فقهاء الإسلام ، لعدم تداولها في زمنهم ، فلذا لم نجد من تعرض لحكمها^(٢) ، وقد تدرجت منذ استعمالها وسيطاً للتبادل في أطوار عدة ، وأشكال متنوعة ، حتى انتهت إلى الأوراق النقدية المعاصرة ، وعم استعمالها جميع العالم.
وقد بحث الفقهاء المعاصرون هذه الأوراق من حيث حقيقتها ، ولهم في ذلك عدة أقوال يهمننا منها القول الراجح ، وهو ما ذهب إليه أكثر المعاصرين ، وبه صدرت قرارات المجامع الفقهية ، وقرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية ، وهو: أن الأوراق النقدية المعاصرة نقد قائم بذاته ؛ كالذهب والفضة ، يجري عليه ما يجري عليهما ، وتتعدد أجناسه بتعدد جهات الإصدار ، فيعتبر كل نوع منها جنساً مستقلاً.

جاء في خلاصة بحث هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية ، ما يلي:
(بناء على أن النقد هو كل شيء يجري اعتباره في العادة أو الاصطلاح بحيث يلقي قبولاً عاماً كوسيط للتبادل ؛ كما أشار إلى ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية حيث قال: «وأما الدرهم والدينار فما يعرف له حد طبيعي ولا شرعي ، بل مرجعه إلى العادة والاصطلاح ، وذلك لأنه في الأصل لا يتعلق المقصود به ، بل الغرض أن

(١) بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ١٨٧.

(٢) ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ٣٥/١.

يكون معياراً لما يتعاملون به، والدرهم والدنانير لا تقصد لنفسها، بل هي وسيلة للتعامل بها، ولهذا كانت أثماناً... إلى أن قال: والوسيلة المحضة التي لا يتعلق بها غرض لا بمادتها ولا بصورتها يحصل بها المقصود كيفما كانت»^(١).

وذكر نحو ذلك الإمام مالك في المدونة من كتاب الصرف حيث قال: «ولو أن الناس أجازوا بينهم الجلود حتى يكون لها سكة وعين، لكرهتها أن تباع بالذهب والورق نسيئة»^(٢).

وحيث إن الورق النقدي يلقي قبولاً عاماً في التداول، ويحمل خصائص الأثمان من كونه مقياساً للقيم، ومستودعاً للثروة، وبه الإبراء العام... كما اتضح أن مقومات الورقة النقدية قوة وضعفاً مستمدة مما تكون عليه حكومتها من حال اقتصادية، فتقوى الورقة بقوة دولتها، وتضعف بضعفها...، وحيث إن القول باعتبار مطلق الثمنية علة في جريان الربا في النقدين هو الأظهر دليلاً والأقرب إلى مقاصد الشريعة... وحيث إن الثمنية متحققة بوضوح في الأوراق النقدية، لذلك كله فإن هيئة كبار العلماء تقرر بأكثريتها:

أن الورق النقدي يعتبر نقداً قائماً بذاته، كقيام النقدية في الذهب والفضة، وغيرها من الأثمان، وأنه أجناس تتعدد بتعدد جهات الإصدار بمعنى أن الورق النقدي السعودي جنس، وأن الورق النقدي الأمريكي جنس، وهكذا كل عملة ورقية جنس مستقل بذاته، وأنه يترتب على ذلك الأحكام الشرعية الآتية:

أولاً: جريان الربا بنوعيه فيها، كما يجري الربا بنوعيه في النقدين الذهب والفضة، وفي غيرها من الأثمان كالفلوس...

(١) مجموع الفتاوى ١٩/٢٥١-٢٥٢.

(٢) المدونة ٣/٣٩٦.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

ثانياً: وجوب زكاتها إذا بلغت قيمتها أدنى النصابين من ذهب أو فضة، أو كانت تكمل النصاب مع غيرها من الأثمان والعروض المعدة للتجارة، إذا كانت مملوكة لأهل وجوبها.

ثالثاً: جواز جعلها رأس مال في السلم والشركات^(١).

وبنحو ذلك صدر قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي^(٢)، وقرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي^(٣).

الأمر الثاني: أثر هبوط القوة الشرائية للنقود الورقية (التضخم)^(٤) على الوفاء بالديون المؤجلة:

تعد مسألة الواجب في وفاء الديون المؤجلة بعد هبوط القوة الشرائية للنقود عما كانت عليه عند التعاقد من أهم وأبرز المسائل الاقتصادية المعاصرة، التي

(١) أبحاث هيئة كبار العلماء ١/٢٥٦ - ٢٥٨.

(٢) ينظر: قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي ص ٩٦ - ٩٧.

(٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣/٣/١٩٦٥.

(٤) التضخم في اللغة: مصدر الفعل تضخّم، وأصله الثلاثي ضخم يدل على العظم في الشيء

فالتضخم: العظيم من كل شيء، أو العظيم الجرم، أو الكثير. (القاموس المحيط مادة "ضخم"

٤/١٤٢، ولسان العرب مادة "ضخم" ١٢/٣٥٣).

وعند علماء الاقتصاد: "ارتفاع مستمر في المستوى العام للأسعار. أو هو: انخفاض مستمر في سعر النقود، أو في قيمة النقود، أو في القوة الشرائية للنقود".

فهناك علاقة عكسية بين المستوى العام للأسعار، والقيمة الحقيقية لوحد النقود، فإذا ارتفع المستوى العام للأسعار بنسبة معينة انخفضت القيمة الحقيقية - أي القوة الشرائية - لوحد النقود بنفس النسبة - والعكس صحيح - فإذا انخفض المستوى العام للأسعار بنسبة معينة ارتفعت القيمة الحقيقية أو القوة الشرائية لوحد النقود بنفس النسبة (قضايا معاصرة في النقود والبنوك "التضخم والربط القياسي" د/ شوقي دنيا ص ٣١، ودراسات في علم الاقتصاد الإسلامي ص ٢٣٧).

تناولها كثير من الباحثين في الجامعات الفقهية، والدراسات العلمية، نظراً لبروز هذه المشكلة في الوقت المعاصر بشكل أوضح وأعظم أثراً عما كانت عليه في السابق.

مثال ذلك: أن يبيع سيارة بخمسين ألف ريال مؤجلة إلى سنة، وفي أثناء هذه المدة هبطت القوة الشرائية للنقود عما كانت عليه وقت التعاقد إلى ثلاثين بالمائة، فهل الواجب للدائن ما تم عليه التعاقد قبل انخفاض القيمة الشرائية للنقود بدون زيادة، أو الواجب عليه قيمتها يوم التعاقد، فيستوفي من المدين المبلغ مضافاً إليه نسبة الهبوط ثلاثون بالمائة، أم غير ذلك؟

اختلف الفقهاء المعاصرون في هذه المسألة، وقبل ذكر الخلاف تجدر الإشارة إلى تحرير محل النزاع فيها.

تحرير محل النزاع:

أولاً: أن الهبوط اليسير في القوة الشرائية للنقود الورقية مغتفر قياساً على الغبن اليسير، والغرر اليسير المغتفرين شرعاً في عقود المعاوضات المالية من أجل رفع الحرج عن الناس؛ نظراً لعسر نفيهما في المعاملات بالكلية، ولغرض تحقيق أصل تشريعي مهم، وهو استقرار التعامل بين الناس^(١)، ولأن الأصل وفاء الديون بأمثالها، وتفريعاً على القاعدة الكلية: «أن ما قارب الشيء يعطى حكمه»^(٢).

(١) ينظر: دراسات في أصول المداينات ص ٢٢٧، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي "التضخم وتغير قيمة العملة" د/ شوقي دنيا ١٢/٤/٢٠٨، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي "حلقة العمل الثالثة حول معالجة آثار التضخم" ١٢/٤/٢٨٦.

(٢) ينظر: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ص ٦٨، والمثور للزركشي ٣/١٤٤.

وعلى هذا يؤدي الدين بالعملة التي تم بها التعاقد نوعاً وقدرًا دون نظر إلى هبوط قيمتها.

ثانياً: أن هبوط القوة الشرائية للنقود الورقية لا أثر له في غير المؤجل؛ كالودائع المصرفية، والدين الحال، إذا كان المدين مقراً باذلاً قادراً على الوفاء، ولم يطلبه الدائن حتى وقع التضخم؛ لأن بقاءه في يده كان بإرادة الدائن، ورغبته، فيلزمه وحده تحمل الغرم والخسارة الناشئة عن التضخم؛ كما لو كانت في جيبه، أو محفوظة في خزائنه، وكالوديعة في يد المودع. ومثل ذلك في الحكم رأس مال المضاربة والشركة؛ لأن بإمكان المالك فسخ العقد، والرجوع برأس المال إذا خشي عليه من نقص القيمة - والله أعلم -^(١).

ثالثاً: إذا كان هبوط القوة الشرائية للنقود "التضخم" متوقعاً عند التعاقد "ثبوت الحق في الذمة" فإنه لا يترتب عليه أي تأثير في تعديل الديون الآجلة، فيكون وفاؤها بالمثل، وليس بالقيمة، وذلك لحصول التراضي ضمناً بنتائج التضخم، ولما في ذلك من استقرار التعامل^(٢).

رابعاً: أن الهبوط في القوة الشرائية للنقود الورقية إذا بلغ درجة كبيرة جداً بحيث يفقد النقد الورقي ماله، ويعد القابض له قابضاً لشيء تافه، ففي هذه الحال تجب

(١) ينظر: قضايا فقهية معاصرة لنزيه حماد ص ٥٠٦، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي

١٢/٤/٢٨٦، وشرح القواعد الفقهية ص ١٧٤ - ١٧٥.

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي "توصيات حلقة العمل الثالثة حول معالجة آثار التضخم"

١٢/٤/٢٨٥، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي "تغير قيمة العملة" د/ يوسف قاسم

١٧١٢/٣/٥، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي "التضخم وتغير قيمة العملة" د/ شوقي دنيا

١٢/٤/٢٠٨.

القيمة ؛ لأنه حينئذ يصبح في حكم النقد المنقطع^(١). ولأن الدائن قد أعطى شيئاً منتفعاً به ليسترد بدله شيئاً منتفعاً به ، فلا يظلم بإعطائه ما لا نفع فيه^(٢).

إذن محل النزاع فيما إذا كان هبوط القوة الشرائية للنقود كبيراً ، وغير متوقع عند التعاقد ، فما الواجب على المدين أدائه ، المثل ، أو القيمة ، أو غير ذلك ؟ للفقهاء المعاصرين في ذلك أربعة أقوال في الجملة :

القول الأول : أن الواجب للدائن مثل ما ثبت في ذمة المدين من الأوراق النقدية وقت التعاقد ، ولا اعتبار لهبوط القوة الشرائية للنقود.

ذهب إلى ذلك جمهور العلماء المعاصرين^(٣) ، وبه صدر عدد من القرارات. جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي ، في دورته الخامسة ، ما يلي : «العبرة في وفاء الديون الثابتة في الذمة بعملة ما هي بالمثل ، وليس بالقيمة ؛ لأن الديون

(١) ينظر : ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار " توصيات الندوة " ص ٢٧٤.

(٢) ينظر : حاشية الرهوني ١٢١/٥.

(٣) ومنهم : الدكتور علي السالوس ، كما في بحثه في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٧٤٨/٣/٥. والدكتور محمد الصديق الضير كما في بحثه في كتاب " ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار " ص ١٦٠ ، ١٧١.

والشيخ محمد تقي العثماني كما في كتابه " بحوث في قضايا فقهية معاصرة " ص ١٧٥ - ١٧٩.

والشيخ محمد عبده عمر كما في بحثه في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٨٠٠/٣/٣ - ١٨٠١.

والشيخ محمد علي عبد الله كما في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢٢١٢/٣/٥.

والشيخ صالح البقمي كما في بحثه ضمن كتاب " قضايا معاصرة في النقود والبنوك " ص ١٧٥.

وينظر : عرض تقي العثماني للبحوث كما في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢٢١٢/٣/٥ ،

وتوضيح أوجه اختلاف الأقوال في مسائل من معاملات الأموال ص ١٠٨ ، وما لا يسع

التاجر جهله ص ٢٩٨.

تقضى بأمثالها، فلا يجوز ربط الديون الثابتة في الذمة أياً كان مصدرها بمستوى الأسعار^(١).

وجاء في توصيات الندوة العلمية حول: ربط الحقوق والالتزامات بتغير الأسعار، التي نظمها المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية بالتعاون مع المعهد العالمي الإسلامي بإسلام آباد، عام ١٤٠٧ هـ، ما يلي: «إن رخص النقود الورقية وغلاءها لا يؤثران في وجوب الوفاء بالقدر الملتزم به منها، قل ذلك الرخص والغلاء أو أكثر، إلا إذا بلغ الرخص درجة يفقد فيها النقد الورقي مألته فعندئذ تجب القيمة؛ لأنه حينئذ يصبح في حكم النقد المنقطع»^(٢).

وجاء في قرارات المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ما يلي: «لا يجوز اشتراط التعويض المالي نقداً، أو عيناً، وهو ما يسمى بالشرط الجزائي على المدين إذا تأخر عن سداد الدين، سواء نص على مقدار التعويض، أم لم ينص، وسواء كان التعويض عن الكسب الفائت "الفرصة الضائعة" أم عن تغير قيمة العملة»^(٣).

القول الثاني: أن الواجب للدائن قيمة ما ثبت في ذمة المدين من الأوراق

النقدية.

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢٢٦١/٣/٥.

(٢) ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار ص ٢٧٤.

(٣) المعايير الشرعية ص ٣٤.

ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء المعاصرين^(١).

القول الثالث: أن الواجب للدائن مثل ما ثبت في ذمة المدين من الأوراق النقدية، إلا إذا ماطل المدين في وفاء ما وجب عليه، فطراً التضخم النقدي، أو زادت نسبته أثناء مدة الماطلة، فحينئذ يجب عليه ضمان ما نقص من قيمة الدين وقت الماطلة.

ذهب إلى ذلك بعض المعاصرين^(٢).

القول الرابع: الأخذ بمبدأ نظرية الظروف الطارئة في حال هبوط القوة الشرائية للنقود هبوطاً كبيراً، فيقسم فرق السعر بين الدائن والمدين، ويحمل القاضي كلاهما نصفه.

- (١) ومنهم: الشيخ أحمد الزرقا كما في كتابه: شرح القواعد الفقهية ص ١٧٤.
والدكتور علي محيي الدين القره داغي كما في كتابه: قاعدة المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي ص ٢٠٣، ٢٢٧.
وعبد الجبار السبهاني كما في بحثه في مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي - المجلد ١١، ١٤١٩ هـ، ص ٣.
والدكتور عبد السلام العبادي كما في مناقشته في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧٧٣/٢/٩.
والدكتور محمد بن عبد اللطيف الفرفور كما في بحثه في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٧٥٦/٣/٥.
والشيخ محمد المختار السلامي، ود/ ناجي محمد شفيق، ود/ محمد علي القري، ود/ منذر قحف. ينظر: عرض البحوث كما في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧٦٥/٢/٩.
- (٢) ومنهم: الشيخ عبد الله بن منيع كما في بحثه ضمن كتاب "ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار" ص ١٨٠-١٨١، وكما في بحثه أيضاً في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٤٤٦/٢/٩.
والدكتور يوسف قاسم كما في بحثه في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٧١٣/٣/٥.

ذهب إلى ذلك بعض المعاصرين^(١).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بوجوب رد المثل في الديون، وعدم اعتبار التضخم في النقود

الورقية، بما يلي:

[١] قول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢).

وجه الدلالة: أن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقد، وهو يشمل الوفاء بأصل العقد ووصفه، ففي عقد المداينة يجب الوفاء بالدين عند حلول أجله بدون زيادة ولا نقصان، ومحاولة تغيير الالتزام بعد إبرام العقد - بدفع ما يعادل ذلك بالسعر الذي كان يوم العقد - يعد قولاً مخالفاً لما أمر الله به من الوفاء بالعقد، ولما تم عليه التعاقد، ومؤدياً إلى إبطال العقد الشرعي الصحيح، وما أدى إلى ذلك فهو باطل^(٣).

(١) ومنهم: الشيخ مصطفى الزرقا كما في بحثه في كتاب "قضايا معاصرة في النقود والبنوك" ص ١٩٧، ١٩٨، ٢٠٠-٢٠١. وكما في بحثه في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣٦٦/٢/٩.

والدكتور نزيه حماد كما في كتابه: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ٥٠٤.

(٢) سورة المائدة من الآية (١).

(٣) ينظر: ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار ص ١٧٧-١٧٨، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٧٩٨/٣/٣ - ١٨٠٠.

[٢] ما روى ابن عمر^(١) رضي الله عنهما قال: قلت يا رسول الله: إنني أبيع الإبل بالبقيع^(٢)، فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير، أخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه؟ فقال رسول الله ﷺ: (لا بأس أن تأخذها بسعر يومها، ما لم تفرقا وبينكما شيء)^(٣).

(١) هو: عبد الله بن عمر بن الخطاب بن نفيل العدوي القرشي، أبو عبد الرحمن، أحد الكثيرين من الصحابة، وأحد العبادة، كان من أهل الورع والعلم، ومن أشد الناس اتباعاً للأثر، مات سنة ٧٣هـ.

(الاستيعاب ٣/٩٥٠ - ٩٥٣، وأسد الغابة ٣/٢٢٧ - ٢٣١، والإصابة ٤/١٠٧ - ١٠٩).

(٢) «البيع من الأرض: المكان المتسع، ولا يسمى ببيعاً إلا وفيه شجر أو أصولها، وبيع الفرقد: موضع بظاهر المدينة فيه قبور أهلها، كان به شجر الفرقد، فذهب وبقي اسمه» (النهاية في غريب الحديث ١/١٤٦).

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع، باب في اقتضاء الذهب من الورق ٢/٢٧٠ رقم (٣٣٥٤)، والترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء في الصرف ٣/٥٤٤ رقم (١٢٤٢)، والنسائي في كتاب البيوع، في باب بيع الفضة بالذهب، وباب أخذ الورق من الذهب ٧/٢٨١، ٢٨٣ رقم (٤٥٨٢، ٤٥٨٩)، وابن ماجه في كتاب التجارات، باب اقتضاء الذهب من الورق ٢/٧٦٠ رقم (٢٢٦٢)، وأحمد في المسند ٢/١٣٩ رقم (٦٢٣٩)، والدارمي في سننه في كتاب البيوع، باب الرخصة في اقتضاء الورق من الذهب ٢/٣٣٦ رقم (٢٥٨١)، والدارقطني في سننه في كتاب البيوع ٣/٢٣ قال العظيم آبادي في التعليق المغني على الدارقطني (٣/٢٤): «والحديث رواه كلهم ثقات»، والطحاوي في شرح مشكل الآثار ٣/٢٨٢ رقم (١٢٤٦)، وابن حبان في صحيحه بترتيب ابن بلبان في كتاب البيوع، ذكر الأخبار عن جواز أخذ المرء ثمن سلعته المبيعة ١١/٢٨٧ رقم (٤٩٢٠)، قال محققه شعيب الأرنؤوط: «إسناده حسن على شرط مسلم»، والبيهقي في كتاب البيوع، باب اقتضاء الذهب من الورق ٥/٢٨٤، والحاكم في المستدرک في كتاب البيوع ٢/٤٤، وقال: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه»، ووافقه الذهبي في التلخيص ٢/٤٢.

وصححه النووي في المجموع ٩/٢٧٣، وحسنه السبكي في تكملة المجموع ١٠/١١٠ - ١١١، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/١١٥): «رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح».

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أباح لابن عمر رضي الله عنهما إذا وقع البيع بالدنانير أن يأخذ بدلها الدراهم بقيمة الدنانير يوم الأداء لا يوم ثبوتها في الذمة - وقت التعاقد - وكذلك العكس، فتبين أن القيمة إنما تعتبر يوم الأداء لا يوم ثبوت الدين في الذمة، ولو كانت المثلية المعتبرة في الديون المثلية في القيمة، لوجبت قيمة الدنانير يوم ثبوتها في الذمة، لا يوم الأداء^(١).

فهذا الحديث يعتبر أصلاً في أن الدين يؤدي بمثله لا بقيمته^(٢).

المناقشة: نوقش بأن نسبة التغير بين الدراهم والدنانير يومها كان طفيفاً لا يصل حد الغبن؛ لتعاملهم بالذهب والفضة عيناً، وقيمتها تكاد تكون ثابتة على مر العصور التي كان الذهب والفضة فيها العملة المتداولة^(٣)، بخلاف النقود الورقية المتعامل بها اليوم.

الإجابة: يجاب بأن النبي ﷺ نص على اعتبار القيمة يوم الأداء لا يوم الثبوت في الذمة، واعتبار قيمة الدين يوم التعاقد يلغي فائدة النص، وذلك لا يجوز. [٣] أن الأوراق النقدية مثلية، فالواجب عند ثبوتها ديناً في الذمة رد المثل، برد ذلك القدر الثابت منها في الذمة بدون زيادة ولا نقصان، ولو هبطت قوته الشرائية؛ لأنه لا يزول بذلك عنها وصف المثلية؛ كالقمح والشعير، إذا وجب شيء منهما في الذمة، فالواجب رد ذلك القدر سواء غلت قيمته أو رخصت، بإجماع الفقهاء قديماً وحديثاً^(٤).

(١) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ١٧٨.

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣٨٧/٢/٩.

(٣) ينظر: المصدر السابق ١٦١٩/٣/٥.

(٤) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ١٧٥.

فالأموال الربوية ينظر فيها إلى المثل قدرأً، ولا عبرة بالقيمة، ويوضح هذا أحاديث الربا، ومنها:

(أ) ما روى أبو سعيد الخدري^(١)، وأبو هريرة رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خبير، فجاءه بتمر جنيب، فقال رسول الله ﷺ: (أكل تمر خبير هكذا؟). قال: لا والله يا رسول الله، إننا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله ﷺ: (لا تفعل، بع الجمع بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيباً)^(٢)، وفي رواية: (أوه^(٣)، أوه، عين الربا، لا تفعل، ولكن إذا أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر ثم اشتر به)^(٤).

فهذا من أصرح الأدلة على أن التماثل المطلوب في الأموال الربوية هو التماثل في القدر دون التماثل في القيمة؛ لأن الجنيب كان أعلى من الجمع

(١) هو: سعد بن مالك بن سنان الخزرجي، الأنصاري، أبو سعيد الخدري، استصغر بأحد، وغزا ما بعدها، روى الكثير عن النبي ﷺ وممن بايعوه على ألا تأخذهم في الله لومة لائم، من أفقه صفار الصحابة، مات سنة ٧٤هـ، وقيل غير ذلك.

(الإصابة ٣/٨٥-٨٦، وصفة الصفوة ١/٣٦٢-٣٦٣، وتقريب التهذيب ص ٢٣٢).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه ٣/٣٥، ومسلم في كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل ٣/١٢١٥ رقم (١٥٩٣)، والنسائي في كتاب البيوع، باب بيع التمر بالتمر متفاضلاً ٧/٢٧١ رقم (٤٥٥٣)، ومالك في الموطأ في كتاب البيوع، باب ما يكره من بيع التمر ٢/٦٢٣.

(٣) «كلمة يقولها الرجل عند الشكاية، والتوجع». (النهاية في غريب الحديث ١/٨٢).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الوكالة، باب إذا باع الوكيل شيئاً فاسداً فبيعه مردود ٣/٦٤، ومسلم في كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل ٣/١٢١٥ رقم (١٥٩٣)، والنسائي في كتاب البيوع، باب بيع التمر بالتمر متفاضلاً ٧/٢٧٣ رقم (٤٥٥٧)، وأحمد في المسند

٢٢/٣ رقم (١١٦١٣) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

بكثير، وأجود نوعاً، ولكن رسول الله ﷺ أهدر الجودة والرداءة في مبادلة بعضها ببعض، وأوجب التماثل في القدر، كما في هذا الحديث، وكما في حديث أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ: (الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء)^(١)، وحديث عثمان بن عفان رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (لا تبيعوا الدينار بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين)^(٢)، فإنها تدل على أن المعتبر في الشريعة إنما هو التماثل في القدر، ولا عبرة بالتماثل في القيمة ما دامت الأموال ربوية.

جاء في توصيات ندوة ربط الحقوق والالتزامات بتغير الأسعار، ما يلي: «يؤكد العلماء الحاضرون في الندوة على أن المقصود بالمثل في أحاديث الربا المثل في الجنس، والقدر الشرعيين، أي الوزن، أو الكيل، أو العدد لا القيمة، وذلك اتباعاً لما دلت عليه السنة من إلغاء اعتبار الجودة في تبادل الأصناف الربوية، وما انعقد عليه إجماع الأمة، وجرى عليه عملها»^(٣).

المناقشة: نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن الأوراق النقدية يصدق عليها أنها مثلية في الوقت الواحد، أو المتقارب، حيث إن قيمتها الشرائية التبادلية لا تختلف اختلافاً بيناً، لكن

(١) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً ١٢١١/٣ رقم (١٥٨٤)، والنسائي في كتاب البيوع، باب بيع الشعير بالشعير ٢٧٧/٧ رقم (٤٥٦٥)، وأحمد في المسند ٤٩/٣ - ٥٠ رقم (١١٤٨٤).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة، باب الربا ١٢٠٩/٣ رقم (١٥٨٥)، ومالك في الموطأ في كتاب البيوع، باب بيع الذهب بالفضة تبرأً وعيناً ٦٣٣/٢.

(٣) ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار ص ٢٧٤.

بالنظر إليها عبر الزمن في حال التضخم النقدي فإنه لا يصدق عليها أنها مثلية، للتفاوت بين قيمتها في الزمانين، ولا عبرة بالمثلية الصورية الشكلية في مثل هذه الحال^(١)؛ لأن «من لازم اعتبار المثل الصوري اعتبار ما فيه من المعاني التي تزيد بها القيمة، فيرد ما يجمع تلك كلها، حتى لا يفوت عليه شيء»^(٢).

الإجابة: يجب بأن عدم اعتبار الأوراق النقدية مثلية عبر الزمن يؤدي إلى القول بجواز بيع بعضها ببعض متفاضلاً إلى أجل، وذلك باطل؛ لأنه ربا، وما أدى إلى باطل فهو باطل.

الوجه الثاني: أن الأوراق النقدية نقود ائتمانية^(٣)، ليس لها قيمة استعمالية ذاتية، «وبالتالي فما يقال عن مثلية القمح والشعير أو الذهب لا ينطبق عليها؛ لأن تلك الأعيان لها قيم سلعية، وقد تقترن هذه القيم السلعية بقيمة أخرى هي الثمنية كما في الذهب، لكن قيمة النقود الورقية تنحصر في قوتها الشرائية تماماً»^(٤)، ويترتب على ذلك أن النقود الورقية لا تكون مثلية عند اختلاف قوتها

(١) ينظر: مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي -، المجلد ١١ "وجهة نظر في

تغير قيمة النقود" د/ عبد الجبار السبهاني ص ٢١.

(٢) تحفة المحتاج ٤٤/٥.

(٣) الائتمان على وزن افتعال، مشتق من أمن، ومعنى الكلمة دائرة على الثقة والطمأنينة، أما النقود الائتمانية: فهي عبارة عن مستند بدفع مبلغ من النقود لحاملها تتكفل به جهة الإصدار. فهي ذات قيمة اسمية، بخلاف النقود السلعية فإنها ذات قيمة ذاتية.

(ينظر: المعجم الوسيط مادة "أمن" ص ٢٨، والنقود الائتمانية لإبراهيم العمر ص ٣١-٣٢، والإسلام والنقود للمصري ص ١٠).

(٤) مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي - المجلد ١١ «وجهة نظر في تغير قيمة النقود» د. عبد الجبار السبهاني ص ٢١.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

الشرائية بين زمن الوجوب، وزمن الأداء، وبخروجها عن المثلية تكون قيمة، فيجب رد القيمة؛ كما لو أتلّف ماء على صاحبه في الصحراء عند ندرته وعزته، فإنه يضمن بقيمته في ذلك المكان والزمان، لا بالمثل، مع أنه مثلي في الأصل^(١).

الإجابة: يجاب عن هذا الوجه بما أجيب به عن الوجه الأول، وأما التنظير بالماء فلا يصح؛ لأن الماء ليس من الأموال الربوية، ولأنه تنظير بمسألة مختلف فيها، فإن الرد بالقيمة لم يقل به سوى طائفة من العلماء عندما لا يكون للمثل قيمة^(٢).

[٤] أن هبوط القوة الشرائية للنقود الورقية لا يبطل ثمنيتها، فلا يجب على المدين غيرها؛ كالذهب، والفضة^(٣).

المناقشة: نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن إيجاب القيمة للدائن عند الوفاء ليس لبطلان ثمنية النقود الورقية، بل لنقصان قيمتها الشرائية، وهو عيب يؤثر على جميع وظائفها، وهذا كاف لإيجاب القيمة للدائن؛ دفعا للضرر عنه^(٤).

الإجابة: يجاب بأن العيب الذي لا يقبل به المثل هو عيب الذات، كما لو اقترض حنطة سليمة، فرد حنطة متعفنة، فذلك عيب يمنع من قبولها، وكما لو اقترض دنانير سليمة فرد مكسرة، وأما عيب النوع وهو نقص المالية بسبب الرخص، فلا أثر له في المنع من قبول المثل، كما لو اقترض حنطة، أو دنانير فرخصت، فإنه لا يجب غيرها.

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥٦٠/٢/٩.

(٢) ينظر: الفروق للقرافي ٢١٤/١، والمنثور ٣٣٧/٢، ومطالب أولي النهى ٣١٢/٥.

(٣) ينظر: المبسوط ٣٠/١٤، وبدائع الصنائع ٢٤٢/٥.

(٤) ينظر: التضخم النقدي للمصلح ص ١٩٩.

الوجه الثاني: أن قياس النقود الورقية على النقود المعدنية الذاتية "الذهب والفضة" قياس مع الفارق، وذلك من عدة وجوه^(١):

الأول: أن النقود الذاتية كالدرهم والدنانير لو ألغيت نقديتهما بقيت مثلتهما والانتفاع بهما كسلعة لها قيمة، فهما ضامنان للقيمة في حد ذاتهما على عكس الأوراق النقدية فإن قيمتها تكمن في قوتها الشرائية التبادلية، فإذا ألغيت لم تعد تحمل أية قيمة؛ إذ إنها لم تعد صالحة للانتفاع بها.

الثاني: أن النقود الورقية تكتسب قوتها من موارد الدولة، وقوتها الاقتصادية والسياسية والعسكرية، ولذلك تتقلب هبوطاً وارتفاعاً حسب التقلبات التي تقع على الدولة المصدرة لها، على عكس النقود الذهبية والفضية، حيث تكتسب قوتها من ذاتها، ولا تحتاج إلى هذه الاعتبارات.

الثالث: أن المعاصرين جميعاً متفقون على أن النقود الورقية تختلف باختلاف الدولة التي تصدرها، ولذلك لا يجري الربا بين عمليتي دولتين، فلا يجري الربا مثلاً بين ريال سعودي وبين ريال قطري، مع أن كلا منهما ريال، وبينهما شبه شكلي، فلا اعتبار إذن للاسم، ولا للشكل، ولا للوزن والعدد فيها، وإنما الاعتبار للقيمة، في حين لو كانت العملة ذهبية لما اختلفت باختلاف دولة الإصدار.

الإجابة: يجاب بأن قياس النقود الورقية على النقود المعدنية الذاتية "الذهب والفضة" إنما هو بجامع الثمنية، ولا شك أن النقود الورقية موغلة في الثمنية كمايغال الذهب والفضة، وبالتالي فما يترتب على ثمنية النقود المعدنية من حكم

(١) ينظر: قاعدة المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي ص ١٨٧ - ١٩٣.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

يترتب على النقود الورقية بجامع الثمنية، وما ذكر بينهما من فروق لا يبطل هذا القياس ما بقيت النقود الورقية أثماناً، فإذا فقدت ثمنيتها لم يصح القياس، والفرض بقاء ثمنيتها، وإن نقصت قيمتها الشرائية؛ كما لو نقصت القيمة الشرائية للذهب أو الفضة.

[٥] أن رد مثل ما ثبت في الذمة من النقود الورقية، ولو نقصت قيمتها الشرائية أقرب للعدل من رد القيمة^(١)؛ لأن مثل الدين «مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة والمعنى، والقيمة مماثلة له من طريق الظن والاجتهاد، والأول مقدم؛ كالنص مع القياس»^(٢).

المناقشة: نوقش بأنه عند وقوع التضخم وهو نقص القيمة الشرائية للنقود الورقية بعد التعاقد، فإن الأقرب للعدل هو رد القيمة^(٣)، وذلك "أن المالك إنما يتمثلان إذا استوت قيمتهما، وأما مع اختلاف القيمة فلا تماثل"^(٤)، فردها بعد نقص قيمتها لا يتحقق به المثلية؛ لأن المثلية إنما تكون بالمثل من حيث الصورة والمعنى، أو بالمثل من حيث المعنى أي القيمة^(٥)، وبالرخص تتعذر المثلية الكاملة فتجب القيمة، لما فيه من الضرر على الدائن بنقص القيمة^(٦).

(١) ينظر: قضايا معاصرة في النقود والبنوك ص ٥٢.

(٢) المبدع ١٨١/٥.

(٣) ينظر: دراسات في علم الاقتصاد الإسلامي ص ٢٤٧، وقضايا معاصرة في النقود والبنوك ص ٥٣.

(٤) الدرر السنية ١١٢/٥.

(٥) ينظر: المبسوط ٥٠/١١، وبدائع الصنائع ٢٦/٥، والمغني ٤٨٠/٧.

(٦) ينظر: المنثور في القواعد ٣٣٧/٢، وكشاف القناع ٣١٤/٣، وشرح القواعد الفقهية ص ١٧٤.

الإجابة: يجب بأن نقص القيمة الشرائية التبادلية للنقود الورقية مصيبة نزلت بالجميع، بالدائن بنقص مالية دينه، وبالمدين بنقص مالية كسبه، وما في يده من نقد، وليس من العدل مراعاة أحدهما دون الآخر، بل ربما كان المدين أولى بالمراعاة من الدائن لضعف جانبه، وظهور حاجته في الغالب.

[٦] أن إيجاب رد القيمة في الديون يفضي إلى فتح باب الربا؛ لأنه اعتياض عن الدين بأكثر منه، وسد الذرائع إلى المحرمات من أصول الشريعة التي يجب العمل بها^(١).

المناقشة: نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن الزيادة برد القيمة هي زيادة شكلية لا حقيقية؛ لأن المردود بقيمة ما ثبت في الذمة عند التعاقد، وهذه الزيادة في مقابل ما نقص من القيمة الشرائية للنقود الورقية بعد التعاقد، وهذا بخلاف الزيادة الربوية، فهي زيادة بدون مقابل^(٢).

الإجابة: يجب بأن الأموال الربوية مثلية، فيكون وفاؤها بالمثل، ولا اعتبار لنقص القيمة؛ كما لو كان الدين من دنائير، أو دراهم فنقصت قيمتها عند الوفاء، فإنه لا يجب غيرها.

وأيضاً فإن القيمة يقع النزاع والاختلاف في تحديدها، والجهل بالتمائل كالعلم بالتفاضل في باب الربا، فيجب سد هذه الذريعة.

الوجه الثاني: أن إيجاب رد القيمة ليس من باب الربا، بل هو من باب ضمان وتعويض النقص الطارئ على الدين حال كونه في يد المدين، فيكون من ضمانه^(٣).

(١) ينظر: دراسات في علم الاقتصاد الإسلامي ص ٢٤٩، وما لا يسع التاجر جهله ص ٢٩٩.

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥٨٨/٢/٩.

(٣) ينظر: التضخم النقدي في الفقه الإسلامي ص ٢٠١ - ٢٠٢.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

الإجابة: يجب بأن النقص الحاصل بسبب الرخص لا يدخل تحت الضمان؛ كما لو رخصت الحنطة الثابتة في الذمة، أو الدنانير.

[٧] أن ما أصاب النقود الورقية من نقص في يد المدين بسبب الرخص، كان سيصيبها كذلك لو بقيت في يد الدائن، والمدين لم يفعل ما يوجب الضمان؛ لأنه لم يتسبب فيما طرأ من نقص، فكيف نحمله مسؤولية أمر لا يد له فيه، ولا علاقة له بإحداثه؟^(١) «وفي تضمينه إبراء لساحة الجاني الحقيقي، وتحميل المجني عليه بجريرة لم يتسبب فيها، فالمسؤولية تعزى إلى الإدارة النقدية التي تفرط في الإصدار من جهة، وتغض الطرف عن ممارسات المصارف التجارية في الائتمان، وهو افتيات من المؤسسات على الجمهور»^(٢).

المناقشة: يناقش بأن ذلك لا يمنع من تحميل كل من العاقدين نقص السعر، فيوزع النقص بينهما، وذلك مقتضى العدل؛ كالمظالم المشتركة التي تؤخذ ممن يجمعهم وصف واحد، فتجب مراعاة العدل فيها، بحيث يتوزع الظلم على سائر المشتركين في ذلك الوصف، ولا يخص بذلك بعضهم دون بعض^(٣).

[٨] أن وجوب رد مثل ما ثبت في الذمة من النقود الورقية، والمنع من رد القيمة، يتعضد بما للنقد من مقصد ضروري؛ إذ هو معيار للقيم، ومن شأن المعيار الثبات النسبي، وإقرار التعويض برد القيمة نقض لهذا الأصل، وإذا عاد الشيء على أصله بالبطلان علم بطلانه^(٤).

(١) ينظر: مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي - المجلد ١١، ١٤١٩ هـ، "وجهة نظر في تغير قيمة النقود" ص ٢٧.

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى ٥٠/٢٥، ٣٠/٣٣٧-٣٥٥.

(٤) ينظر: مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي - المجلد ١١، ١٤١٩ هـ "وجهة نظر في تغير قيمة النقود" ص ٣٦-٣٧.

المناقشة: نوقش بأن الشيء الذي عاد على أصله بالبطلان ليس هو التعويض، إنما الذي عاد على أصله بالبطلان هو تغير قيمة النقد، وهي حقيقة واقعة مسلم بها^(١).

[٩] أن رد النقود الورقية بقيمتها يفضي إلى الخلاف والنزاع الذي يجب أن تخلو منه العقود الشرعية، ذلك أن الدائن لا يدري ماذا سيأخذ، والمدين لا يدري بما يطالب؟ ولا يدري الاثنان المقياس الذي يرجعان إليه عند الخلاف بالزيادة، أو النقصان، أو الثبات وتحديد مقدار الزيادة أو النقصان^(٢). ولهذا فإن القوانين الوضعية مع سوءها وإباحتها للربا المحرم، تنص على أن القرض يرد بمثله عدداً، دون نظر إلى القيمة^(٣).

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بوجوب رد القيمة، بما يلي:

[١] أن هبوط القوة الشرائية للنقود الورقية يعد عيباً فيها، والمراد عيب النوع، وليس المراد عيب الشيء المعين، والأنواع لا يعقل عيبها إلا بنقصان قيمتها، وذلك يحول دون إلزام الدائن بها؛ إذ هي دون حقه الذي رضي به^(٤).

المناقشة: يناقش بأن عيب النوع لا يعد عيباً مؤثراً يمنع من رد المثل في الأموال الربوية، ما دام للمثل قيمة، كما لو ثبت في ذمته دنانير، أو دراهم فرخست، أو بر أو شعير فرخص عند الأداء، فإنه لا يجب غير ما ثبت في ذمته، ولا اعتبار للرخص أو الغلاء.

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٧٤٩/٣/٥.

(٣) ينظر: الوسيط ٣٨٧/١.

(٤) ينظر: مطالب أولي النهى ٢٣٤/٤، وقضايا معاصرة في النقود والبنوك ص ٥٣.

[٢] أن الواجب في الديون رد مثل ما ثبت في الذمة ، وهبوط القوة الشرائية للنقود الورقية يفوت ذلك ؛ لأن المالين إنما يتمثلان إذا استوت قيمتهما^(١) ، ومع هبوط القوة الشرائية للنقود الورقية لا تتحقق المماثلة ؛ لنقص ماليتها بذلك ، فيجب رد القيمة للدائن .

المناقشة : نوقش من ثلاثة وجوه :

الوجه الأول : أن الثابت في الشرع هو اعتبار التماثل في القدر لا في القيمة ، بل القيمة والجودة غير معتبرة في الأموال الربوية^(٢) .

الوجه الثاني : أن القاعدة المعتبرة في الفقه الإسلامي هو التماثل في القدر بدليل أن العروض المثلية ؛ كالبر والشعير تقضى بأمثالها ، ولا عبرة بتغير قيمتها غلاءً أو رخصاً^(٣) .

الوجه الثالث : أن القول بأن النقد يقضى بقيمته يوم الوفاء ، وليس بالمثل يؤدي إلى الجهالة ، بحيث إن من عليه الحق لا يعلم القدر الواجب عليه أداءه إلا حين الوفاء ، بخلاف القول بأن النقد يقضى بالمثل فهو أمر معلوم من حين الوجوب إلى حين الوفاء^(٤) .

[٣] أن الدائن بذل شيئاً منتفعاً به ، ليأخذ شيئاً منتفعاً به ، وفي إعطائه ما نقصت قيمته الشرائية من النقود الورقية تفويت لأهم ما يقصد بالعقد ، ولو وافق ما للدائن في العدد والصورة^(٥) .

(١) ينظر: الدرر السنية ٥/١١٢ .

(٢) ينظر: ص ٢٨٥ .

(٣) ينظر: المغني ٦/٤٤٢ .

(٤) ينظر: نزهة النفوس في بيان حكم التعامل بالفلوس ص ٧٢ .

(٥) ينظر: التضخم النقدي في الفقه الإسلامي ص ١٩٧ .

المناقشة: يناقش بأن في اعتبار القيمة مراعاة للدائن دون المدين، وفي اعتبار المثلية مراعاة للمدين دون الدائن والعدل يقتضي مراعاة كل من المتعاقدين، وذلك بتوزيع فرق السعر بين يوم التعاقد وبين يوم الأداء على كل من المتعاقدين، وفي ذلك تحقيق للمقصود من العقد دون إجحاف بأحد طرفيه.

[٤] أن هبوط القوة الشرائية للنقود الورقية بعد التعامل بها وقبل قبضها عيب حدث وهي في يد المدين، فيكون من ضمانه، وإيجاب القيمة للدائن وسيلة تحقيق هذا الضمان^(١).

المناقشة: نوقش بأن المدين لم يفعل ما يوجب الضمان؛ لأنه لم يتسبب فيما طرأ من نقص، فكيف نحمله مسؤولية أمر لا يد له فيه، ولا علاقة له بإحداثه؟ كما أن ما أصاب النقود الورقية من نقص في يد المدين بسبب الرخص كان سيصيبها كذلك لو بقيت في يد الدائن^(٢).

[٥] أن رد مثل ما تم التعاقد عليه إلى الدائن بعد نقص القيمة الشرائية للنقود الورقية يفوت رضاه الذي هو شرط لصحة جميع عقود المعاوضات؛ كما قال الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٣)، والدائن لم يرض هذا العوض ولم يتعاقد عليه^(٤).

(١) ينظر: آثار التغيرات في قيمة النقود وكيفية معالجتها في الفقه الإسلامي ص ٣٩٧-٣٩٨، وتغير القيمة الشرائية للنقود الورقية ص ٢٦١.

(٢) ينظر: مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي، المجلد ١١، ١٤١٩هـ، ص ٢٧.

(٣) سورة النساء من الآية (٢٩).

(٤) ينظر: مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي - المجلد ١١، ١٤١٩هـ، ص ٣،

ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ٩/٢/٥٦٢-٥٦٤، ودراسات في علم الاقتصاد الإسلامي ص ٢٥٦-٢٥٧.

المناقشة: يناقش بأن الرضا الذي هو شرط لصحة جميع العقود مطلوب من المتعاقدين معاً، لا من أحدهما دون الآخر، والمدين لا يرضى بالزيادة على ما تم التعاقد عليه وتم الرضى به من الطرفين، لا سيما وأنه لم يكن هو السبب في حصول نقص القيمة للمدين، ومقتضى العدالة مراعاة كل من المتعاقدين، وذلك بتوزيع نقص القيمة على كل منهما، وبذلك يحصل الرضا من كل منهما.

[٦] أن من القواعد الفقهية المقررة: أن الضرر يزال، وفي حدوث التضخم ضرر على الدائن بنقصان مالية النقود الورقية، والضرر تجب إزالته، وفي رد القيمة رفع للضرر عن الدائن^(١).

المناقشة: نوقش بأن من شروط إزالة الضرر ألا يزال بمثله، وفي رد القيمة حال التضخم رفع للضرر عن الدائن وإثبات له على المدين، ومعلوم أن المدين ليس بمتسبب في حدوث التضخم حتى يتحمل تبعه الأضرار الناشئة عنه، والضرر لا يزال بمثله^(٢).

[٧] أن عدم القول بالقيمة عند انخفاض القوة الشرائية للنقود الورقية يؤدي إلى أن ينعدم، أو يضيق التعامل بالبيع الآجل، والقرض الحسن، وكل العقود الممتدة خلال الزمن، وفي ذلك ضرر لعموم الناس^(٣).

المناقشة: يناقش بأنه لا يسلم ذلك؛ إذ بإمكان المتعاقدين التعامل بالذهب أو الفضة، أو عملة مستقرة نسبياً، وفي ذلك تفادي لضرر التضخم ونقص قيمة العملة.

(١) ينظر: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد لنزيه حماد ص ٥٠٢.

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ينظر: مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي - المجلد ١١، ١٤١٩هـ، ص ٣١.

[٨] أن عدم القول بالقيمة عند انخفاض القوة الشرائية للنقود الورقية، يغري ضعاف النفوس بالمماطلة تحللاً من القيمة الحقيقية للدين الثابت في الذمة^(١).

المناقشة: يناقش بأن الشارع قد شرع من الأحكام الزواجر ما يحمل المدين المماطل على الوفاء، من الضرب، والحبس، ونحو ذلك^(٢).

أدلة القول الثالث:

استدل القائلون بأن الواجب للدائن مثل ما ثبت في ذمة المدين من النقود الورقية، إلا إذا ماطل المدين في وفاء ما وجب عليه منها، فطراً التضخم أو زادت نسبه أثناء المماطلة، فحينئذٍ يجب عليه ضمان ما نقص من قيمة الدين وقت المماطلة، بما يلي:

استدلوا بأدلة القول الأول على وجوب رد المثل في حال عدم المماطلة، وفي حال المماطلة استدلوا على وجوب رد القيمة، بما يلي:

[١١] قول النبي ﷺ: (مطل الغني ظلم)^(٣)، وقوله ﷺ: (لي الواجد يجل عرضه وعقوبته)^(٤).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ بين أن تأخير وفاء الدين من الغني القادر على الوفاء ظلم، والظالم لا محالة مستحق للعقوبة، ومن عقوبته تحميله ضمان ما ترتب على ظلمه من نقص القيمة الشرائية للنقود الورقية^(٥).

(١) ينظر: مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي - المجلد ١١، ١٤١٩ هـ، ص ٣٣.

(٢) ينظر: ص ٢٤٧-٢٤٨.

(٣) تقدم تخريجه: ص ٢٤٦.

(٤) تقدم تخريجه ص ٢١٥.

(٥) ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي للمنيح ص ٤٠٦، وربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار ص ١٨٠، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٧١٣/٣/٥، ١٨٤٨، ٤٤٤/٢/٩.

المناقشة: يناقش بأن كون المظل ظلماً لا يحل أن يلزم المدين بأكثر مما ثبت في ذمته؛ لأنه ظلم له، والذي يفيد تسمية المظل ظلماً "إلزام المماطل بدفع الدين، والتوصل إلى ذلك بكل طريق: من إكراهه على الإعطاء، وأخذه منه قهراً، وحبسه، وملازمته، فإن الأخذ على يد الظالم واجب"^(١)، وإلزامه بأكثر مما ثبت في ذمته لا يدخل في الحديث^(٢).

[٢] القياس على ضمان العارية، والوديعة فيما إذا تعدى من هي بيده، فإنه يلزمه بذلك ضمان نقص العين؛ فكذا المدين إذا تعدى وماطل في الوفاء بالدين حتى نقصت القيمة الشرائية له، فإنه يلزمه بذلك ضمان ما حصل من نقص في مدة المماطلة^(٣).

المناقشة: نوقش بأنه قياس مع الفارق فلا يصح، ذلك أن اليد في العارية والوديعة يد أمانة في الأصل، ولا يرتفع عنها هذا الوصف إلا بالتعدي أو التفريط، فتصير ضامنة بذلك^(٤). أما المدين فيده يد ضمان لما ثبت في ذمته، ولا يتصور التعدي على ما ثبت في الذمة إلا بالمطل، وذلك لا يوجب التعويض كما تقدم^(٥)، وأيضاً هو قياس للدين على العين ولا يخفى ما بينهما من فرق.

[٣] القياس على تضمين الغاصب منافع العين المغصوبة مدة الغصب على الراجح من أقوال العلماء، فكذا المدين إذا حجب المال عن صاحبه مدة

(١) طرح الشريب ١٦٣/٦.

(٢) ينظر: ص ٢١٦.

(٣) ينظر: تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية ص ٣٠٤ - ٣٠٥.

(٤) ينظر: ص ٧٠٣ - ٧٠٤.

(٥) ينظر: ص ٢٢٩ - ٢٤٢.

المماطلة هو كالمغاصب، فيكون ضامناً لما ترتب على ذلك من نقص للقيمة الشرائية للنقود الورقية في هذه المدة^(١).

المناقشة: نوقش بأنه قياس مع الفارق فلا يصح، ذلك أن المغصوب الذي تضمن منافعه يشترط أن يكون مما تصح إجارتته، والنقود لا تصح إجارتها بالإجماع^(٢).

أدلة القول الرابع:

استدل القائلون بتقسيم فرق السعر بين الدائن والمدين في حال هبوط القوة الشرائية للنقود الورقية، بما يلي:

[١] أن إلزام المدين بقيمة الدين كاملة عند حصول التضخم يرهقه، بينما يبقى الطرف الآخر لم يتأثر بذلك، مع أن التضخم كارثة عامة كغمامة تغطي المجتمع كله، فيجب أن يتحمل كل فرد جزءاً من مصيبتها وأثرها، ولا يجوز أن يقع ثقلها وبليتها على المدين وحده، ولا يتأثر الدائن منها بشيء. إن هذا مما تأباه قواعد العدل في الشريعة العادلة، وليس من فقها بشيء، والذي يقتضيه العدل أن يقسم فرق السعر بين يوم التعاقد وبين يوم الأداء فيحمل كل من المتعاقدين نصفه، ولا يترك كله على عاتق المدين وحده^(٣).

[٢] من القواعد الفقهية المقررة قاعدة «الضرر يزال»^(٤)، ومن شروط إزالة الضرر أن لا يزال بضرر مثله، ولا بما هو أشد منه، وهو مقتضى القاعدة

(١) ينظر: ص ٢٥٢.

(٢) ينظر: ص ٢٥٢-٢٥٤.

(٣) ينظر: ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار ص ١٩٧-١٩٨، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣٥٩/٢/٩ - ٣٦٠.

(٤) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ١١٨/١، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٦، وشرح القواعد الفقهية ص ١٧٩.

الشرعية «الضرر لا يزال بمثله»^(١). وبناءً على ذلك فإن الذي يحصل به رفع الضرر في حال حدوث نقص القيمة الشرائية للنقود الورقية دون أن يبوء به أحد المتعاقدين، ويضربه، هو توزيع النقص بين الطرفين المتعاقدين (الدائن والمدين). [٣] أن الرضا شرط لصحة جميع العقود، وهو شرط من جانب كل من المتعاقدين؛ كما قال الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٢)، ومراعاة أحد المتعاقدين في ذلك دون الآخر يفوت رضاه، ويحمله ما لا يرضاه، وفي تحميل كل من المتعاقدين نقص قيمة النقود الورقية بعد التعاقد مراعاة لذلك الشرط.

[٤] القياس على المظالم المشتركة التي تقع على من يجمعهم وصف واحد بغير حق، حيث يجب أن يتحمل الجميع تلك المظالم بالعدل، ولا يخص بعضهم بذلك دون بعض على ما ذهب إليه المحققون من أهل العلم^(٣)، فكذاك إذا وقع التضخم فإنه يشبه المظالم المشتركة؛ إذ لا يد لأحد من المتعاقدين في حدوثه، فيتحملة كل منهما بالعدل، وذلك بتقسيم فرق السعر عليهما.

الترجيح؛

يظهر لي - والله أعلم - بعد هذا العرض لأقوال أهل العلم، وما استدل به كل فريق، وما ورد على أدلته من مناقشة، أن الراجح هو القول الرابع، القائل بتوزيع فرق السعر للنقود الورقية بين يوم التعاقد وبين يوم الأداء على

(١) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/١٢٠، ١٢١، ١٢٢، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٦، والمنثور ٢/٣٢١، وشرح القواعد الفقهية ص ١٩٥.

(٢) سورة النساء من الآية (٢٩).

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى ٢٥/٥٠، ٣٠/٣٣٧-٣٥٥.

المتعاقدين ؛ لقوة أدلته ، وسلامتها من المناقشة ، مقابل أدلة الأقوال الأخرى وما ورد عليها من مناقشة ؛ ولأن في هذا القول تحقيقاً للعدل ، وإزالة للضرر الحاصل بالتضخم دون أن يبوء به أحد المتعاقدين ، وبعداً عن شبهة الربا .

ولقائل أن يقول : إنه لا اعتبار للقيمة - حتى على القول الرابع - إلا بشرط أن يكون المدين قد استفاد من الدين قبل وقوع التضخم ، كأن اشترى به سلعة ، أو استنفقه قبل وقوع التضخم ، أو استفاد منه بقيمته يوم العقد ، فهذا يقال بالقيمة عند الوفاء . أما لو وقع التضخم قبل أن يستفيد منه ، فلا وجه لإلزامه بدفع مال لا مقابل له ، وليس عليه إلا مثل ما اقترضه عدداً ؛ لأن إلزامه حينئذٍ بالقيمة إلزام له بمال لا مقابل له ، وهذا يحصل فيما لو وقع التضخم مفاجئاً بعد العقد مباشرة ، فلا يلزم المدين بزيادة على المثل ؛ لأنه لم يستفد منه بكامل قيمته يوم العقد ، ولو كان قد دخل في ضمانه ؛ إذ لا ضمان للنقد إلا بالمثل ، ولو اعتبرنا ضمان النقد بالقيمة لأدى ذلك إلى الربا ، والجهالة ، والغرر ، وعدم استقرار المعاملات حتى في النقدين (الذهب والفضة) ؛ لأن حصول الانخفاض أو الارتفاع أمر واقع كثيراً ، ولو كان يسيراً بالنسبة للنقدين - والله تعالى أعلم - .

الأمر الثاني: اشتراط تحميل المدين هبوط القوة الشرائية للنقود

الورقية:

وذلك بأن يشترط الدائن على المدين في العقد أن يضمن كل نقص في القيمة الشرائية للنقود الورقية من بعد التعاقد إلى حين الأداء ، وذلك بربط الدين بعملة أخرى مستقرة نسبياً ، أو مجموعة من العملات "سلة العملات" أو بسلعة معينة ، أو مجموعة من السلع "سلة السلع" ، أو بالمستوى العام للأسعار ، فينظر إلى ما يساويه الدين من النقود الورقية من العملة التي تم بها الربط مثلاً ،

كالدولار الأمريكي، أو الين الياباني، فإذا كان الدين مليون ليرة لبنانية يساوي عند التعاقد ستمائة دولار أمريكي، فإنه يجب على المدين عند الوفاء أن يرد من العملة التي تم بها التعاقد - الليرة اللبنانية - ما يساوي الستمائة دولار أمريكي، فإذا كان ما يساويها عند الأداء مليون وربع ليرة، وجب عليه أن يرد هذا المبلغ قيمة الستمائة دولار، وهكذا لو كان الربط بسلعة أو مجموعة من السلع أو بالمستوى العام للأسعار، وهذا ما يسمى بالربط القياسي للديون. وهو تقويم قيمة الديون، قروضاً، أو أثماناً مؤجلة، أو مهوراً، أو نحو ذلك - عند التعاقد - بسلعة أو مجموعة من السلع، أو عملة أو مجموعة من العملات مناسبة للقوة الشرائية للنقود^(١)، ومن ثم تسليم قيمة تلك السلعة أو السلع، أو العملة أو العملات التي تم بها الربط عند الوفاء من العملة التي تم بها التعاقد. والفرق بين الربط القياسي للديون - عند من قال به - وبين المسألة السابقة عند القائلين بوجوب الوفاء بقيمة العملة بعد حدوث التضخم أو زيادته، ما يلي^(٢):

[١] أن مسألة الربط القياسي للديون مبنية على أساس الاشتراط في العقد، أما مسألة إيجاب القيمة فهي محاولة لدفع ضرر التضخم بعد وقوعه عن طريق التحكيم، أو القضاء، دون أن يضبط ذلك بشروط عقدية.

(١) ينظر: قضايا معاصرة في النقود والبنوك ص ١٧٢.

وعرف - أيضاً - بأنه: "جعل دين أو التزام مالي آخر يتغير مبلغه عند الاستحقاق بتغير مقياس أو مؤشر لا يكون مستواه معروفاً عند التعاقد بل عند الاستحقاق" (أحكام تغير قيمة العملة النقدية وأثرها في تسديد القرض ص ٧٠).

(٢) ينظر: قضايا معاصرة في النقود والبنوك ص ١٩١، وربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير

[٢] أن مسألة الربط القياسي للديون يعوض فيها الدائن مهما كانت نسبة نقص القيمة الشرائية للنقود الورقية، أما مسألة إيجاب القيمة فلا يعوض فيها نقص القيمة إلا إذا كان فاحشاً يلحق الدائن به ضرر بين.

وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم الربط القياسي للديون على قولين:

القول الأول: عدم جواز الربط القياسي للديون المؤجلة.

ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء المعاصرين^(١)، وصدر به عدد من القرارات.

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة ما يلي: «العبرة في وفاء

الديون الثابتة بعملة ما هي بالمثل وليس بالقيمة؛ لأن الديون تقضى بأمثالها،

فلا يجوز ربط الديون الثابتة في الذمة أياً كان مصدرها بمستوى الأسعار»^(٢).

وجاء في قراره - أيضاً - في دورته الثانية عشرة، ما يلي: «ثالثاً: لا يجوز

شرعاً الاتفاق عند إبرام العقد على ربط الديون الآجلة بشيء مما يلي:

(١) ومنهم: الدكتور نزيه حماد كما في كتابه قضايا فقهية معاصرة ص ٤٩٨.

والشيخ محمد تقي العثماني كما في كتابه بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص ١٧٤ - ١٧٥،

وكما في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢٢١٣/٣/٥.

والشيخ عبد الله المنيع كما في بحثه في كتاب "ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار"

ص ١٧٩.

والشيخ عبد الله بن بيه كما في كتابه توضيح أوجه اختلاف الأقوال في مسائل من معاملات

الأموال ص ١٩٦، ١٩٧.

والدكتور محمد الصديق الضير كما في بحثه في كتاب "ربط الحقوق والالتزامات الآجلة

بتغير الأسعار" ص ١٧٤.

والدكتور صالح البقمي كما في بحثه في كتاب "قضايا معاصرة في النقود والبنوك" ص ١٧٥.

والدكتور علاء زعتري كما في كتابه "الخدمات المصرفية" ص ٤٣٨.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢٢٦١/٣/٥.

- (أ) الربط بعملة حسابية.
- (ب) الربط بمؤشر تكاليف المعيشة وغيره من المؤشرات.
- (ج) الربط بالذهب أو بالفضة.
- (د) الربط بسعر سلعة معينة.
- (هـ) الربط بمعدل نمو الناتج القومي.
- (و) الربط بعملة أخرى.
- (ز) الربط بسعر الفائدة.
- (ح) الربط بمعدل أسعار سلة من السلع.
- وذلك لما يترتب على هذا الربط من غرر كثير، وجهالة فاحشة بحيث لا يعرف كل طرف ماله، وما عليه، فيختل شرط المعلوماتية المطلوب لصحة العقود، وإذا كانت هذه الأشياء المربوط بها تنحو منحى التصاعد فإنه يترتب على ذلك عدم التماثل بين مافي الذمة وما يطلب أدائه، ومشروط في العقد فهو ربا^(١).
- وهذا ما أوصت به ندوة "ربط الحقوق والالتزامات بتغير الأسعار" التي نظمها المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية عام ١٤٠٧هـ، حيث جاء في توصياتها:
- «٣- لا يجوز ربط الديون التي تثبت في الذمة أياً كان مصدرها بمستوى الأسعار بأن يشترط العاقدان في العقد المنشيء للدين كالبيع والقرض وغيرهما ربط العملة التي وقع بها البيع أو القرض بسلعة أو مجموعة من السلع، أو عملة، أو مجموعة من العملات بحيث يلتزم المدين بأن يوفي للدائن قيمة هذه

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٤/٢٩٢-٢٩٣.

السلعة، أو العملة وقت حلول الأجل بالعملة التي وقع بها البيع، أو القرض»^(١).

القول الثاني: جواز الربط القياسي للديون المؤجلة.

ذهب إلى ذلك بعض الباحثين المعاصرين^(٢).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بعدم جواز الربط القياسي للديون، بما يلي:

[١] ما روى ابن عمر رضي الله عنهما قال: قلت: يا رسول الله إنني أبيع الإبل بالبيع، فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير، أخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه؟ فقال رسول الله ﷺ: (لا بأس بأن تأخذها بسعر يومها، ما لم تفترقا وبينكما شيء)^(٣).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أباح لابن عمر رضي الله عنهما أن يقتضي الدراهم عن الدنانير، أو الدنانير عن الدراهم بشرط أن يكون ذلك بقيمتها يوم الأداء، وألا يفترقا وبينهما شيء، وهذا يدل على عدم جواز ربط العملة بعملة أخرى عند

(١) ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار ص ٢٧٤.

(٢) ومنهم: الدكتور رفيق المصري كما في بحثه في كتاب قضايا معاصرة في النقود والبنوك ص ١٩٢.

والدكتور علي القره داغي كما في بحثه في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥٨٥/٢/٩ - ٥٨٦.

والشيخ محمد مختار السلامي كما في بحثه في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦٧١/٢/٩.

والدكتور منور إقبال كما في بحثه في كتاب ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار ص ٨١، ٩٥.

والدكتور محمد الفرفور كما في بحثه في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٧٧٣/٣/٥.

(٣) تقديم تخريجه ص ٢٨٣.

التعاقد على أن يقتضي العملة التي تم بها الربط ، أو قيمتها من العملة التي تم بها التعاقد عند الأداء ؛ لأن في ذلك مخالفة للشرطين اللذين نص عليهما النبي ﷺ عند ربط عملة بأخرى ، فهو أصل في أن الدين يؤدي بمثله ، أو بقيمته يوم الأداء لا يوم ثبوته في الذمة ، وأنه لا اعتبار لتغير الأسعار بين يوم التعاقد ، وبين يوم الأداء^(١) .

المناقشة : نوقش هذا الاستدلال من وجهين :

الوجه الأول : أن ما جاء في الحديث من كون بيع الدراهم بالدنانير أو العكس يشترط فيه أن يكون بسعر يوم القضاء هو من أحكام بيع الدين حيث باع ابن عمر رضي الله عنهما الدنانير التي له في ذمة المدين بالدراهم أو العكس ، فلا يصح الاحتجاج بهذا الحديث على عدم جواز الربط القياسي للدين ؛ لأن الربط القياسي للدين بعملة ، أو بمستوى الأسعار لا يتضمن بيعاً للدين ، أو القرض فالوفاء يتم بنفس العملة التي تم بها التعاقد وثبتت في ذمة المدين ، وأما الزيادة التي قد تحصل بسبب الربط فهي ليست معاوضة عن الدين ، بل إنما هي لتحقيق المماثلة المعنوية بتعويض ما حصل من نقص في القيمة الشرائية للنقود الورقية^(٢) .

الإجابة : يجاب بأنه إذا لم يجز بيع العملة بعملة أخرى إلا بسعرها يوم القضاء ، فمن باب أولى أن لا تجوز المعاوضة عن العملة بما هو أكثر منها من نفسها عند حلول الأجل ، إذ شبهة الربا في هذا أمكن ، ومخالفته لقول النبي

(١) ينظر : ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار ص ١٧٣ ، وبحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ١٧٨ .

(٢) ينظر : التضخم النقدي في الفقه الإسلامي ص ٢٨٦ .

ﷺ : (بسر يومها) أوضح وأجلى ، وإلا لو جاز ذلك لما كان لقوله "بسر يومها" فائدة ، والله تعالى أعلم .

الوجه الثاني : أن علة كون بيع الدراهم بالدنانير يشترط فيه أن يكون بسعر يوم القضاء ، ليس عدم اعتبار تغير الأسعار ، بل علة ذلك لئلا يربح فيما لم يدخل في ضمانه ، حيث إنه لم يقبض الثمن فهو مضمون على المشتري ، فإذا باعه البائع بربح قبل قبضه ، يكون قد ربح فيما لم يضمن^(١) .

الإجابة : يجاب بأن الواجب قضاء الدين بمثله فإذا قضى بأكثر منه ، فقد ربح الدائن فيما لم يدخل في ضمانه ؛ لعدم استحقاقه لما زاد عن المثل .

[٢] أن النقود الورقية مثلية ، فيجب رد ما ثبت منها في الذمة من الديون والقروض بالمثل ، والربط القياسي للديون يفضي إلى الزيادة على ما ثبت في الذمة منها فيما إذا غلت العملة التي تم بها الربط ، أو ارتفع معدل مستوى الأسعار ، فتكون هذه الزيادة في الدين - مشروطة في العقد - مقابل الأجل وذلك ربا^(٢) .

بل إنه لا معنى للقول بجرمة الفائدة المصرفية إذا قلنا بجواز الربط القياسي ؛ لأن تحريمها عندئذ لا يعدو أن يكون لغواً ، ذلك أن المحصلة واحدة والنتيجة واحدة للقول بجواز الربط القياسي بمستوى الأسعار ، والقول بجواز الفوائد المصرفية ، وأساس ذلك أن معدل مستوى الأسعار هو دائماً في اتجاه إلى

(١) ينظر: القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب ص ٨٠ ، والتضخم النقدي في الفقه الإسلامي ص ٢٨٦ .

(٢) ينظر: ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار ص ١٦١ ، وقضايا معاصرة في النقود والبنوك ص ١٧٥ .

الارتفاع لا إلى الانخفاض إلا في النادر جداً. فمآل ذلك القول استباحة الفائدة المصرفية تحت ستار الربط القياسي^(١).

المناقشة: نوقش من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن النقود الورقية لا يصح اعتبارها مثلية مطلقاً مع امتداد الزمن وتغير الأحوال، ذلك لأن القوة الشرائية للنقود تختلف مع امتداد الزمن، وهذا يخرجها في الحقيقة عن كونها مثلية كما تقدم^(٢).

الإجابة: يجب بأن عدم اعتبار النقود الورقية مثلية مع امتداد الزمن يؤدي إلى جواز بيع بعضها ببعض متفاضلاً إلى أجل، وذلك باطل؛ لأنه ربا، وما أدى إلى باطل فهو باطل.

الوجه الثاني: أن الزيادة في الدين في حال ربطه بمستوى الأسعار، أو بعملة أخرى ليست مقابل الأجل، بل هي مقابل ما يطرأ على النقود من نقص القيمة. ولذلك لا أثر لمدة الدين في هذه الزيادة، بل المؤثر في ذلك هو تغير مستوى الأسعار، كما أن هذه الزيادة ليست مؤكدة الحصول عند التعاقد^(٣).

الإجابة: يجب بأن هذه الزيادة لا تخرج عن كونها زيادة على القيمة، والزيادة على الدين بعد ثبوته في الذمة من الربا، سواء كانت زيادة مقطوعة، أو تزيد بزيادة الأجل، وسواء كانت معلومة أو مجهولة عند التعاقد، ما دام قد نص عليها في العقد.

(١) ينظر: قضايا فقهية معاصرة لنزيه حماد ص ٤٩٧.

(٢) ينظر: ص ٢٨٦-٢٨٧.

(٣) ينظر: التضخم النقدي في الفقه الإسلامي ص ٢٨٥.

الوجه الثالث: أن هذه الزيادة الحاصلة بالربط زيادة صورية لا حقيقية؛ إذ إن قيمة الأوراق النقدية لا تزيد بهذه الزيادة، وما هذه الزيادة الصورية إلا لجبر نقصان القيمة الحقيقية للنقد^(١).

الإجابة: يجاب بأن الزيادة في الأموال الربوية ينظر فيها إلى القدر لا إلى القيمة؛ كما في الحنطة، أو الدراهم أو الدينانير^(٢).

[٣] أن الربط القياسي للديون يفضي إلى الغرر والجهالة في ثمن المبيع المؤجل ونحوه، وذلك لأن كلاً من البائع والمشتري لا يدري مقدار ما يجب دفعه عند حلول الأجل، فيدخل ذلك فيما نهى عنه النبي ﷺ من بيع الغرر^(٣)، كما أن هذه المعاملة شبيهة بالبيع بسعر السوق في وقت مستقبل^(٤)، وهو ممنوع عند جميع الفقهاء^(٥).

المناقشة: نوقش من وجهين:

(١) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ١٧٤.

(٢) ينظر: المصدر السابق ص ١٧٥.

(٣) أخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصة، والبيع الذي فيه غرر ١١٥٣/٣ رقم (١٥١٣)، وأبو داود في كتاب البيوع، باب في بيع الغرر ٢٧٤/٢ رقم (٣٣٧٦)، والترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الغرر ٥٣٢/٣ رقم (١٢٣٠)، والنسائي في كتاب البيوع، باب بيع الحصة ٢٦٢/٧ رقم (٤٥١٨)، وابن ماجه في كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الحصة، وعن بيع الغرر ٣٧٩/٢ رقم (٢١٩٤)، وأحمد في المسند ٢٥٠/٢ رقم (٧٤٠٥) من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه -.

(٤) ينظر: ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار ص ١٧٣، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥١٠/٣/٨.

(٥) ينظر: الغرر وأثره في العقود ص ٢٧١.

الوجه الأول: أنه لا غرر في الثمن، بل هو معلوم لطرفي العقد، وما الربط القياسي إلا وسيلة وأداة لتثبيت القيمة الحقيقية للثمن^(١).

الإجابة: يجب بأنه لا يسلم عدم وجود الغرر؛ لأن الجهل في الأموال الربوية يعود إلى القدر لا إلى القيمة، والنقود الورقية مال ربوي.

الوجه الثاني: على التسليم بأن الربط القياسي يفضي إلى نوع غرر في الثمن المؤجل ونحوه، فليس كل غرر يوجب التحريم، إذ لا تكاد تخلو معاملة من شيء من الغرر، ولذلك ذكر العلماء أوصافاً للغرر الذي يتسامح فيه، ولا يؤثر منعاً، ومن ذلك أن تدعو حاجة الناس إلى معاملة فيها غرر، لو تركها الناس لتضرروا في الحال أو المال^(٢)، فهنا يغتفر ما في المعاملة من غرر إزاء ما يندفع به عن الناس من ضرر بسبب اضطراب قيمة الأوراق النقدية وتذبذبها^(٣).

الإجابة: يجب بأن الربط القياسي للدين يؤدي إلى الاعتياض عن الدين الثابت في الذمة بأكثر منه من جنسه، وهو مال ربوي، ومن المعلوم أن المعاوضة عن المال الربوي بجنسه يشترط لصحتها العلم بالتماثل قدرأً، فلا تجوز أدنى زيادة لقول النبي ﷺ: (ولا تشفوا بعضها على بعض)^(٤)، فالغرر اليسير في ذلك غير مغتفر لا سيما وأنه مشروط في العقد.

(١) ينظر: التضخم النقدي في الفقه الإسلامي ص ٢٨٧.

(٢) ينظر: بداية المجتهد ٢/٢٧٥، والمجموع ٩/٢٥٨، ومجموع الفتاوى ٢٩/٢٢٧.

(٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٨/٣/٦٣٥ - ٦٣٦، والتضخم النقدي في الفقه

الإسلامي ص ٢٨٧.

(٤) متفق عليه، وسيأتي تخريجه في حكم الصرف - إن شاء الله -.

وأيضاً فإن الحاجة لا تشتد إلى الربط ؛ إذ بإمكان العاقدين العقد بالعملة التي يتم بها الربط مباشرة ، دون الحاجة إلى ربط العملة بعملة أخرى ، ومن ثم فإن الغرر يكون مؤثراً.

[٤] أن الربط القياسي للديون الآجلة بتغير مستوى الأسعار للسلع فيه قلب للأوضاع السليمة ؛ إذ الأصل أن النقود على اختلاف أنواعها هي المعيار الذي يعرف به تقويم الأموال ، ولا تقوم بغيرها ؛ إذ تصير سلعة كبقية السلع^(١). والربط يقلب ذلك فيجعل معيار التقويم للسلع لا للأثمان والنقود^(٢).

[٥] أن ربط القروض بمستوى الأسعار قد يؤدي إلى أن يأخذ المقرض أكثر مما يأخذه المرابون ، وأكثر مما يربحه لو استثمر مبلغ القرض بطريق مشروع ؛ إذ قد تزيد نسبة التضخم على نسبة الربح من الاستثمار في المؤسسات المالية ، فلو أجبنا ربط القروض بمستوى الأسعار فإن أصحاب الأموال يفضلون استثمارها في القروض بدلاً من استثمارها عن طريق التجارة^(٣).

المناقشة : نوقش من وجهين :

الوجه الأول : لا يسلم كون ربط القروض بمستوى الأسعار يشجع على الإقراض بدلاً من الاستثمارات التجارية المشروعة ؛ إذ إن القروض يكتنفها إمكانية عدم قدرة المقرض على رد القروض ، وهذا الذي يمنع أكثر الناس من الإقراض^(٤).

(١) ينظر: إعلام الموقعين ١٣٧/٢.

(٢) ينظر: ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار ص ١٧٣ ، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢٢٤٥/٣/٥.

(٣) ينظر: ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار ص ١٧٢.

(٤) ينظر: التضخم النقدي في الفقه الإسلامي ص ٢٨٩.

الإجابة: يجب بأن هذا الاحتمال يمكن دفعه باشتراط الرهن أو الكفيل على المقرض، فيضمن بذلك أصل المال والزيادة، كما أن الاستثمارات التجارية يكتنفها - أيضاً - احتمال الخسارة وعدم الربح.

الوجه الثاني: أن هذا الإيراد مقابل بنظيره في قول المانعين للربط، وهو أن القول بعدم جواز الربط يفضي إلى إحجام الناس عن الإقراض؛ لما يترتب عليه من نقصان القيمة الشرائية للنقود لا سيما في أوقات التضخم النقدي، وكذلك إذا طالت مدة القرض^(١).

الإجابة: يجب بأنه لا يسلم بأن عدم جواز الربط يفضي إلى إحجام الناس عن الإقراض؛ لأنه بإمكان المقرض أن يقرض بالعملة التي يرى أنها أكثر ثباتاً واستقراراً، أو يقرض ذهباً بدلاً من أن يقرض بعملة ويربطها بسعر الذهب، وهكذا^(٢).

[٦] اتفاق المتقدمين من الفقهاء على عدم جواز الربط القياسي للقروض بمستوى الأسعار، ذلك أن المالكية، والشافعية، والحنابلة، وأبا حنيفة يوجبون على المقرض رد مثل ما اقترض من الدينار والدرهم والفلوس، ولا ينظرون إلى غلائها أو رخصها، وأبو يوسف يوافقهم في الدينار والدرهم، ويخالفهم في الفلوس في رأيه الأخير، فيوجب فيها رد القيمة^(٣). ويتخرج على هذا أن من اقترض شيئاً من الأوراق النقدية المتعامل بها يجب عليه رد مثلها، ولا ينظر إلى غلائها أو رخصها في المذاهب الأربعة؛ لأن هذه الأوراق النقدية حلت محل الدينار والدرهم في كونها أثماناً، ولم تحل محل الفلوس؛ لأنه لا توجد أثمان

(١) ينظر: التضخم النقدي في الفقه الإسلامي ص ٢٨٩.

(٢) ينظر: ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار ص ١٧١.

(٣) ينظر: ص ٢٦٤، ٢٦٦.

غيرها، فلا يرد فيها خلاف أبي يوسف؛ لأن رأيه معلل بأن الغلاء والرخص في الفلوس يخرجها عن الثمنية، فتقوم بالدرهم التي لا يخرجها الغلاء والرخص عن الثمنية، ولا يمكن أن يقال إن أوراقنا النقدية كالفلوس تخرج عن الثمنية بالغلاء والرخص؛ لأننا لو فعلنا ذلك لم تبق عندنا أثمان^(١). ولانسد باب الربا فيها.

المناقشة: نوقش بأن الربط القياسي لم يكن معروفاً لدى الفقهاء المتقدمين، فلا وجه لحكاية الاتفاق على ما لم يتكلموا عنه^(٢).

الإجابة: يجاب بأن هذا الاتفاق يتخرج على أقوالهم في الدينير والدرهم، وأن الواجب رد ما ثبت منها في الذمة سواء غلت أو رخصت، والتخريج طريق من طرق معرفة الحكم عند المذاهب.

[٧] أن الواجب في عقد القرض أداء المثل الحقيقي في القدر دون المثل المقدر بالجزاف والتخمين مهما كانت المجازفة دقيقة، أو قريبة من الصواب، والتماثل في الربط القياسي بمستوى الأسعار ليس تماثلاً فعلياً، وإنما هو تماثل مقدر على أساس المجازفة والتخمين؛ لأن نسبة الزيادة والنقصان في الأسعار ليست إلا نسبة تقريبية، إنما تقدر على أساس حساب مخصوص لا يرجع إلا إلى المجازفة والتخمين^(٣).

المناقشة: نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن نسبة تغير مستوى الأسعار تفيد دلالة تقريبية في معرفة نسبة التضخم النقدي، وهذا لا يلغي اعتبارها؛ لأن دلالتها ظنية، فقد دلت الأدلة الشرعية على اعتبار الظن الغالب، والعمل به عند تعذر اليقين^(٤).

(١) ينظر: ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار ص ١٦٣ - ١٧١.

(٢) ينظر: التضخم النقدي في الفقه الإسلامي ص ٢٩٠.

(٣) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ١٧٩.

(٤) ينظر: الإحكام للآمدي ٣/٣١٧، والمستصفي ٢/٢٩٩، والقواعد والفوائد الأصولية

لابن اللحام ص ٤.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

الإجابة: يجب بأن هذه قاعدة عامة استثني منها أشياء، ومن ذلك العلم بالتماثل في مبادلة الأموال الربوية.

الوجه الثاني: أن هذا النقد يتوجه لطريقة الربط المعمول بها، لا إلى مبدأ الربط، وفي هذه الحال يمكن أن يتوجه النقاش إلى طريقة الربط، ويبحث عن أقرب المقاييس دقة وجودة^(١).

الإجابة: يجب بأنه إذا لم يصح الربط القياسي بمستوى الأسعار؛ لكون ذلك قائماً على الخرص والتخمين، فما هي الطريقة التي ترونها أقرب المقاييس دقة وجودة؟!

[٨] أنا لو أجزنا ربط الديون المؤجلة عندما تكون أوراقاً نقدية بمستوى الأسعار، فإنه يلزمنا أن نميز ربط سائر الديون - سواء أكانت بدل قرض، أم دين سلم، أم غير ذلك - عندما تكون سلعاً مثلية؛ كالقمح، والتمر، وغيرهما بمستوى الأسعار من باب أولى^(٢). ولا خلاف بين الفقهاء في أن المدين في القرض لا يلزمه أكثر من مثل ما اقترضه وزناً أو كيلاً منها^(٣)، كما أن المسلم إليه في عقد السلم لا يلزمه إلا القدر المسلم فيه وزناً أو كيلاً، سواء زادت قيمته عما كانت عليه وقت الوجوب في الذمة أو نقصت^(٤).

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بجواز الربط القياسي للديون، بما يلي:

(١) ينظر: دراسات في علم الاقتصاد الإسلامي ص ٢٤٩.

(٢) ينظر: ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار ص ١٧٢.

(٣) ينظر: المغني ٤٣٤/٦.

(٤) ينظر: قضايا فقهية معاصرة لنزيه حماد ص ٤٩٨.

[١] أن العدل أصل واجب في جميع المعاملات ؛ لأنه لا يمكن أن تستقيم للناس معاملاتهم إلا به ، ولذلك فإن عامة ما جاء النهي عنه من المعاملات في الكتاب والسنة يعود في الحقيقة إلى إقامة العدل والنهي عن الظلم^(١) . وربط الديون المؤجلة بمستوى الأسعار وسيلة لتحقيق ذلك^(٢) . ومن القواعد المقررة : أن الوسائل لها أحكام المقاصد^(٣) .

المناقشة : نوقش بأن الربط القياسي للديون بمستوى الأسعار لا يحقق العدل ، بل على العكس من ذلك ، ويتبين ذلك من ثلاثة وجوه :

الوجه الأول : أن الربط القياسي للديون بمستوى الأسعار لا يمكن أن يحقق العدل في جميع المعاملات ، وذلك لاستحالة أن يكون الربط القياسي علاجاً عن مرض التضخم ، فإن ربط جميع العقود والمدفوعات المؤجلة بمستوى الأسعار أمر مستحيل من الناحية العملية ، وتطبيقه على نطاق واسع صعب التنفيذ ، مع ما يؤدي إليه من كثير من المشكلات ، وذلك لتناقضه مع إحدى أهم مميزات النقود ، وهي القدرة على إتمام المعاملات بتكاليف متدنية ، ذلك أن الربط القياسي يلغي هذه الميزة^(٤) .

(١) ينظر : بداية المجتهد ٢/٢٣٠ ، ومجموع الفتاوى ٢٨/٣٨٥ .

(٢) ينظر : تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية ص ٣٢٩ ، وربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار ص ١٩ ، ١٨٤ ، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ٩/٢/٥٨٥ ، ومجلة جامعة الملك عبد العزيز ، الاقتصاد الإسلامي ، العدد ١١ ، ص ٣٢ .

(٣) ينظر : الفروق ٣/١١١ ، وقواعد الأحكام في مصالح الأنام ١/٥٣ ، وإعلام الموقعين ٣/١٤٧ ، وقواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية ص ٢٢٣ .

(٤) ينظر : مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥/٣/١٧٥٠ ، وإلغاء الفائدة من الاقتصاد ص ٢٦-٢٧ ، وربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار ص ١٨٤-١٨٥ ، والتضخم النقدي في الفقه الإسلامي ص ٢٨١ .

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

الإجابة: أجيب بأن المقصود من الربط هو التخفيف من الأضرار الناجمة عن التضخم النقدي، ولم يزعم مؤيدوه أنه يخفف من نسبة التضخم، أو يوقف ارتفاع معدله^(١).

الوجه الثاني: أن الربط بمستوى الأسعار يحصل به التظالم الذي نهى الله عنه في قوله تعالى: ﴿فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾^(٢)؛ لأن المدين يرد بالربط أكثر مما ثبت في ذمته^(٣).

الوجه الثالث: أن الربط القياسي بمستوى الأسعار فيه مراعاة لجانب الدائن دون المدين، ومقتضى العدل في المعاملة مراعاة المتعاقدين معاً، والربط القياسي لا يحقق ذلك، وقد تقدم أن مقتضى العدل أن يقسم فرق السعر بين المتعاقدين لكيلا يضربه أحدهما دون الآخر^(٤).

[٢] أن الأصل في المعاملات الحل والإباحة، فلا يحرم منها إلا ما دل الكتاب والسنة على تحريمه^(٥)، ولا دليل على تحريم الربط القياسي للديون فيبقى على الأصل^(٦). لا سيما والحاجة داعية إليه، وذلك لما تتسم به النقود الورقية من

(١) ينظر: مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، العدد ١١، ص ٣٢، والتضخم النقدي في الفقه الإسلامي ص ٢٨١.

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٧٩.

(٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٨٣٦/٣/٥ - ١٨٣٧.

(٤) ينظر: ص ٣٠٠.

(٥) ينظر: أصول الجصاص ١٩٤/٢، والمقدمات الممهدة ٦١/٢ - ٦٢، وغيث الأمم في التياث الظلم ص ٢٢٧، ومجموع الفتاوى ٣٨٦/٢٨.

(٦) ينظر: تغير القيمة الشرائية للنقود الورقية ص ٣٢٩، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي

كثرة التذبذب والتقلب، وكثرة المداينات^(١).

المناقشة: يناقش بأنه قد قام الدليل على تحريم الربط القياسي للديون، وأن الحاجة تندفع بغيره، وذلك بما تقدم من أدلة القول الأول.

[٣] أن عدم الأخذ بالربط القياسي يفضي إلى امتناع الناس عن القروض، والمداينات؛ لأن عدم الربط في حال التضخم يسبب نقص القيمة الشرائية للنقود الورقية^(٢).

المناقشة: نوقش من وجهين:

الوجه الأول: عدم التسليم بأن عدم الأخذ بالربط القياسي يفضي إلى امتناع الناس عن القروض والمداينات؛ لأنه بإمكان الدائن أن يعقد بعملة يرى أنها أكثر ثباتاً واستقراراً، أو بالذهب ونحوه، إضافة إلى أن مبلغ القرض لو بقي في يد مالكة فإن قيمته الحقيقية ستنقص خلال فترة التضخم.

الوجه الثاني: أن القرض عقد إرفاق وقربة وإحسان، وليس المقصود منه المعاوضة والربح^(٣)، ولذلك لا ينظر إلى هذا النقص في قيمة الديون؛ كمن أقرض حنطة فرخصت.

جاء في توصيات ندوة "ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار": «يرى العلماء أن مقاصد الشريعة العامة، وأدلتها الجزئية تفيد أن القرض قد شرع أصلاً عملاً من أعمال البر والمعروف، والقصد من مشروعيته الإرفاق

(١) ينظر: الجامع في أصول الربا ص ٢٤٦.

(٢) ينظر: ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار ص ١٩٠، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٨٢٠/٣/٥.

(٣) ينظر: الفتاوى الكبرى ٦/٦٠، وأسنى المطالب ٢/١٤٢، والشرح الكبير ١٢/٣٢٤.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

بالمقترض، ولا يصح للمقترض أن يتخذ القرض طريقاً لاستثمار ماله، وتنميته، والحفاظ على قيمته، فمن جعله وسيلة لاستثمار أمواله وتنميته، والحفاظ على قيمتها، فقد خالف قصد الشارع»^(١).

[٤] أن الواجب في القروض أداء المثل، ولكن يجب الرجوع في تعيين معنى المثلية إلى العرف. فما اعتبره العرف مثلاً ينبغي أن يعتبر في الشرع كذلك، وبما أن قيمة النقود المقدرة على أساس قائمة الأسعار تعتبر مثلاً للمبلغ المقترض في العرف الاقتصادي، فينبغي أن تعتبر في الشريعة مثلاً في أداء القروض^(٢).
المناقشة: نوقش بأن هذا الاستدلال باطل، وذلك من وجهين^(٣):

الوجه الأول: أن العرف إنما يصار إليه عند عدم النص، وقد تقدم أن النص الذي حرم الربا قد عيّن معنى المثلية بكل صراحة ووضوح، وأن المعتبر هو التماثل في القدر دون القيمة فلا مجال بعد ذلك للعرف في تعيين هذا المثل.
الوجه الثاني: أن كون القيمة الحقيقية - باصطلاح الاقتصاد - مثلاً لم يصر عرفاً معتبراً إلى الآن حتى عند الاقتصاديين.

الترجيح:

يظهر لي - والله أعلم - رجحان القول الأول، وهو أنه لا يجوز الربط القياسي للديون، وذلك للآتي:

[١] قوة أدلة هذا القول في الجملة.

[٢] ورود المناقشة على أدلة القول الآخر.

(١) ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار ص ٢٧٤ - ٢٧٥.

(٢) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ١٨٨.

(٣) ينظر: المصدر السابق، ص ١٨٨ - ١٨٩.

[٣] أن الربط القياسي للديون يفتح باب الربا على مصراعيه، إذ بإمكان كل مراب، سواء أكان مصرفاً ربوياً، أم شخصاً اعتبارياً، أم طبيعياً، أن يمارس الربا، ويتذرع بأن هذا فارق الأسعار، وحينئذ لا يمكن قفل هذا الباب^(١).

[٤] أن الربط القياسي للديون يؤدي إلى وقوع عامة الناس في دائرة الجهل والشك فيما يجب لهم أو عليهم، وقد يدخل الربا من نفس هذا الباب لاختلاف معدلات التضخم^(٢).

[٥] أن القول بجواز الربط القياسي للديون أدى ببعض المعاصرين إلى القول بجواز الفائدة المصرفية إذا تساوى معدلها مع معدل الارتفاع في المستوى العام للأسعار، فالفائدة المصرفية في هذه الحال مجرد تعويض عادل عن الانخفاض الحادث في القيمة الحقيقية للنقود، وليس من الممكن أن يتحقق هذا عملياً من غير التعرض لشبهة الربا، أو للربا نفسه^(٣).

[٦] أن الربط القياسي للديون يجعل الأوراق النقدية قيمية، وليست مثلية، وعلى هذا فليست أموالاً ربوية؛ لأن الأموال الربوية مثلية، ويترتب على ذلك ألا ربا في عصرنا^(٤)، وهذا باطل.

[٧] أن الضرر لا يزال بالضرر^(٥)، والربط القياسي للديون يعني إزالة الضرر بضرر مثله أو أشد منه، والقاعدة الشرعية تنفي ذلك.

(١) ينظر: قضايا معاصرة في النقود والبنوك ص ١٧٧.

(٢) ينظر: دراسات في علم الاقتصاد الإسلامي ص ٢٥٩.

(٣) ينظر: المصدر السابق.

(٤) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢٢٣١/٣/٥.

(٥) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٢٠/١، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٦، وشرح القواعد الفقهية ص ١٩٥.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

[٨] أن الربط القياسي للديون يحمل المدينين وحدهم ضرر التضخم، مع أن ضرره لا يختص بالدائنين بل إن ضرره عام، وهذا خلاف العدل الواجب في المعاملات.

[٩] اتفاق العلماء المعاصرين على جواز قضاء الديون الآجلة بالمثل، ولو تغيرت القيمة الشرائية للنقود الورقية، وأنه لا ربا في ذلك ولا غرر^(١). بخلاف الربط القياسي فإن العلماء المعاصرين مختلفون في حكمه، والشبهة متمكنة فيه.

[١٠] أنه لا حاجة تدعو إلى الربط القياسي للديون؛ لأن في المعاملات الشرعية ما يغني عنه^(٢)، مع ما فيه من الربا أو شبهته.

ولا فرق في هذا الحكم بين المماطل وغيره، وقد تقدمت أدلة القائلين بالتفريق بينهما وما ورد عليها من مناقشة، وعلى هذا فلا يجوز اشتراط الربط القياسي للدين على المماطل جزاء مماطلته، وهذا القول لا يعدو أن يكون في حقيقته توظيفاً للقول بجواز إلزام المدين المماطل القادر على الوفاء بتعويض الدائن عن ضرر المماطلة عقوبة له على ظلمه وعدوانه، وقد تقدم بسط هذه المسألة^(٣).

الفرع السابع: اشتراط أن يكون الوفاء بقيمة العملة وقت وجوب الدين من عملة أخرى:

فيشترط الدائن على المدين في العقد أن يكون الوفاء بما يساوي قيمة العملة وقت التعاقد من عملة أخرى، يرى أنها أكثر ثباتاً واستقراراً، خشية هبوط قيمة العملة التي تم بها التعاقد، كأن يبيعه سيارة بعشرة آلاف ريال إلى سنة تساوي عند التعاقد ثلاثة آلاف دولار أمريكي - مثلاً - فيجب على المدين أن

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٨٠٥/٣/٣.

(٢) ينظر: ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار ص ١٧٤.

(٣) ينظر: ص ٢١٨ - ٢٦١.

يقضي الدائن عند حلول الأجل ثلاثة آلاف دولار بناءً على هذا الشرط. فما حكم هذا الربط للدين ؟

اختلف الفقهاء المعاصرون في ذلك على قولين :

القول الأول : عدم الجواز.

ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء المعاصرين^(١). وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة، ونصه: «الدين الحاصل بعملة معينة، لا يجوز الاتفاق على تسجيله في ذمة المدين بما يعادل قيمة تلك العملة من الذهب، أو من عملة أخرى، على معنى أن يلتزم المدين بأداء الدين بالذهب، أو العملة الأخرى المتفق على الأداء بها»^(٢).

وجاء في توصيات ندوة البركة: «وكذلك الحكم في كل دين ثبت في الذمة بعملة معينة، فلا يجوز الاتفاق عند نشوء الدين على أن يكون سداده بعملة أخرى يحدد سعرها عند التعاقد»^(٣).

القول الثاني : جواز ذلك.

ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء المعاصرين^(٤).

(١) ومنهم : سماحة الشيخ عبد العزيز بن باز - رحمه الله - كما في فتواه في كتاب فقه وفتاوى البيوع ص ٣٧٨.

والشيخ صالح بن فوزان الفوزان كما في فتواه في كتاب فقه وفتاوى البيوع ص ٣٨١. والدكتور الصديق الضير كما في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٨١٧/٢/٩.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧٨٨/٣/٨.

(٣) حولية البركة، العدد الأول، رمضان ١٤٢٠هـ، توصيات ندوة البركة الخامسة عشرة للاقتصاد الإسلامي ص ١٩٥.

(٤) ينظر: مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، المجلد ١١، ١٤١٩هـ، ص ٤٠.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بعدم جواز ربط الدين بعملة أخرى على أن يسدد الدين بتلك العملة، بما يلي:

[١] ما روى ابن عمر رضي الله عنهما قال: قلت يا رسول الله: إني أبيع الإبل بالبيع، فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير، أخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه؟ فقال رسول الله ﷺ: (لا بأس بأن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء)^(١).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ اشترط لقضاء الدين بعملة أخرى أن يكون ذلك بسعر يوم القضاء، ولو كان قضاء الدين بعملة أخرى جائزاً بسعر يوم التعاقد لما كان لقوله ﷺ: (بسعر يومها) فائدة.

[٢] أن اشتراط أن يكون الوفاء بقيمة العملة وقت وجوب الدين من عملة أخرى، والدين مؤجل، هو في الحقيقة بيع لعملة حاضرة بعملة أخرى نسيئة، وهذه معاملة ربوية؛ لأنه لا يجوز بيع عملة بعملة أخرى إلا يداً بيد^(٢).

المناقشة: نوقش بأن العقد المقترن بشرط السداد بنقد آخر لا يشاكل البصرف الذي يتأجل بدلاه لا من حيث النية، ولا من حيث الأثر، فهو عقد بيع، أو قرض، أو زواج أريد لذاته، ولم يرد منه التذرع إلى غيره، كبيع العينة مثلاً،

(١) تقدم تخريجه: ص ٢٨٣.

(٢) ينظر: فقه وفتاوى البيوع ص ٣٧٨، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ٩/٢/٨١٧.

كما أنه عقد أحد المعقود عليهما فيه ليس من جنس الأثمان، وبالتالي فهو لا يدخل في الصرف قطعاً^(١).

الإجابة: يجاب عن ذلك بعدم التسليم، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن ذلك في حقيقته معاوضة عما في الذمة، وهو نقد، بنقد آخر، وتلك هي حقيقة الصرف.

الوجه الثاني: أن العاقدين قد قصدا ذلك، وإلا لما احتاجا إلى الربط، ولعقدا الدين بالعملة التي يراد بها الوفاء مباشرة.

أدلة القول الثاني:

استدل من قال بجواز ربط الدين عند التعاقد بعملة أخرى يتم السداد بها، بما يلي:

أن الأصل في الشروط الصحة والإباحة، إلا ما دل الدليل على تحريمه^(٢)، وهذا الشرط لا دليل على تحريمه فيبقى على الأصل.

المناقشة: يناقش بما تقدم من أدلة القول الأول؛ إذ هي دالة على التحريم.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ لقوة أدلته، ولورود المناقشة على دليل القول الآخر؛ ولأنه ليس هناك حاجة تدعو إلى هذا الربط.

(١) ينظر: مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، المجلد ١١، ١٤١٩هـ،

ص ٤٠-٤١.

(٢) ينظر: المصدر السابق.

المطلب الثاني

حكم الشرط الجزائي في غير الديون

تقدم أن الشرط الجزائي هو: اتفاق بين المتعاقدين على تقدير تعويض معين يستحقه أحدهما عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه^(١).

فالشرط الجزائي في حقيقته وجوهره، ما هو إلا تعويض عن الضرر اللاحق بسبب الإخلال في العقد. وحيث إن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، فلا بد من تعريف الضرر، والتعويض، وبيان نوع الضرر الذي يعرض عنه. وهل يعرض عن الضرر المترتب على الإخلال بالعقد بعد وقوعه، أو لا يعرض عنه؟ ثم بيان حقيقة الشرط الجزائي وتكييفه الفقهي، وبيان خلاف العلماء فيه، وشروط الوفاء به.

وذلك في المسائل الآتية:

المسألة الأولى: تعريف الضرر:

وفيها فرعان:

الفرع الأول: تعريف الضرر في اللغة:

الضرر في اللغة: ضد النفع، والمُضَرَّةُ: خلاف المنفعة، والاسم الضرر. ويطلق على معان عديدة منها: الأذى، والضيق، والشدة، وسوء الحال، والنقصان يدخل في الشيء، والنقص في الأموال،

(١) ينظر: ص ١٤٨.

والأنفس، وما كان ضد النفع^(١).

الفرع الثاني: تعريف الضرر في الاصطلاح.

يطلق الضرر على السنة الفقهاء بمعنى «إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، سواء أكانت في الأموال، أو الحقوق، أو الأشخاص»^(٢).

وقد عرف بتعريفات كثيرة، منها:

[١] أنه: «كل أذى يلحق الشخص سواء أكان في مال متقوم محترم، أو جسم معصوم، أو عرض مصون»^(٣)، وهذا تعريف للضرر باعتبار محله.

[٢] أنه: «الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس، أو الغير تعدياً، أو تعسفاً، أو إهمالاً»^(٤). وهذا تعريف للضرر باعتبار سبب حدوثه.

والضرر هو علة وجوب التعويض (الضمان) في الفقه الإسلامي، فإذا وقع الضرر وجب التعويض، وإذا انتفى الضرر انتفى معه التعويض، فالتعويض يدور مع الضرر وجوداً وعدمياً^(٥).

(١) ينظر: لسان العرب مادة "ضرر" ٤/٤٨٢، والقاموس المحيط مادة "الضرر" ٢/٧٥، ومعجم مقاييس اللغة مادة "ضرر" ٣/٣٦٠، والتوقيف على مهمات التعريف ص ٢٢٢، والمصباح المنير مادة "الضرر" ص ٣٦٠، والمعجم الوسيط مادة "ضرر" ص ٥٣٨.

(٢) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص ١٧٩.

(٣) التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ص ٢٨، وينظر: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ص ١١٧-١١٨.

(٤) الضرر في الفقه الإسلامي ١/٩٧.

(٥) ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي للخفيف ص ٤٦-٤٧، وضمان العدوان في الفقه الإسلامي ص ١١٨، والنظريات الفقهية للدريني ص ٢١٢.

المسألة الثانية: تعريف التعويض وطريقته، ووقت تقديره:

وفيها أربعة فروع:

الفرع الأول: تعريف التعويض في اللغة:

التعويض لغة: من العوّض وهو البَدَل، أو الخَلْف، والجمع أعواض، تقول: عوّضتُ فلاناً تعويضاً إذا أعطيته بدل ما ذهب منه. وتعوّض منه واعتاض: أخذ العوّض^(١).

الفرع الثاني: تعريف التعويض اصطلاحاً:

التعويض اصطلاحاً: «دفع ما وجب من بدل مالي بسبب إلحاق ضرر بالغير»^(٢).

وعرّف بأنه: «المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في نفس، أو مال»^(٣).

فالتعويض قائم على مبدأ إزالة الضرر المادي اللاحق بالآخرين^(٤)، وهو مرتبط بوقوع الضرر ارتباط المعلول بعلمته فيوجد بوجوده، وينتفي بانتفائه^(٥).

الفرع الثالث: طريقة التعويض وضابطه:

لا ريب في مشروعية التعويض عن الضرر الذي يصيب الإنسان في ماله، وقد دل على ذلك أدلة كثيرة من الكتاب والسنة ليس هذا محل بسطها^(٦).

(١) لسان العرب مادة "عوض" ١٩٢/٧، ١٩٣، والمصباح المنير مادة "عوض" ص ٤٣٨.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٥/١٣.

(٣) التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ص ١٥٥، وينظر: دعاوى التعويض ٢١٦/١.

(٤) ينظر: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي لفوزي فيض الله ص ١٥٨.

(٥) ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي للخفيف ص ٤٦-٤٧، والنظريات الفقهية للدبرني ص ٢١٢.

(٦) ينظر: التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ص ١٥٦-١٦٠، وضمان المتلفات في

الفقه الإسلامي ص ٣٣-٣٨.

فمن ألحق بغيره ضرراً في ماله بغير وجه حق، فهو له ضامن بلا خلاف بين أهل العلم؛ لأن الأصل حرمة مال المسلم، فلا يجوز التعدي عليه، أو أخذه منه بغير وجه حق، ومن تعدى على مال أخيه المسلم أو أخذه منه فعليه ضمانه، مع الإثم، فإن كان مخطئاً، أو غير مكلف فلا إثم عليه، مع لزوم الضمان له؛ إذ «القصود من التعويض جبر الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ دون نظر لمن حدث منه الضرر، ودون اعتبار لوجود الإثم في الجناية، أو عدم وجوده؛ لأن الضرر واقعة مادية، وعليه فيجب أن يكون التعويض مقدراً على أساس تغطية ما وقع فعلاً دون زيادة أو نقصان، ودون تمييز بين متسبب وآخر»^(١)؛ «لأن تقويم المتلفات لا يختلف باختلاف الناس، إنما يختلف باختلاف البلاد والأزمان»^(٢)، «ولأن النظر في الضمان إلى نفس المفوت لا إلى أغراض الملاك»^(٣).

وعلى هذا فالمبدأ الذي يقوم عليه التعويض في الفقه الإسلامي هو أن يكون مساوياً للضرر الواقع فعلاً بلا زيادة تضر بالمعوض، ولا نقصان يضر بالمعوض^(٤)، لقول النبي ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)^(٥).

(١) التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ص ١٧٠، وينظر: قواعد الأحكام ١/١٧٨.

(٢) الفروق ٣١/٤.

(٣) فتح العزيز ١١/٢٥٨.

(٤) ينظر: قواعد الأحكام ١/١٨١-١٨٢، والتعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي

ص ١٧٠، والشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ١٩٧.

(٥) تقدم تخريجه ص ٢٤٤.

فالقاعدة العامة في التعويض هي مراعاة المثلية التامة بين الضرر وبين العوض^(١)، جاء في المبسوط^(٢): «ضمان العدوان مقدر بالمثل بالنص»، وهو قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾^(٣).

والأصل أن ترد الحقوق بأعيانها عند الإمكان - وهذا لا يدخل في معنى التعويض - وبه يبرأ من عهدها باتفاق العلماء^(٤).

فإن تعذر رد الحقوق بأعيانها وجب رد أمثالها إن كان المال مثلياً بالإجماع^(٥)، لأن الجبر بالمثل أعدل وأتم^(٦).

فإن لم يكن للمال مثل، سواء أكان المال قيمياً، أو مثلياً^(٧) تعذر وجود مثله، وجب تعويض المال بقيمته، لتعذر جبره بما يماثله في سائر الصفات^(٨).

(١) ينظر: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي لفيض الله ص ١٦٠.

(٢) ٧٩/١١.

(٣) سورة النحل من الآية (١٢٦).

(٤) ينظر: مراتب الإجماع لابن حزم ص ٦٧، والمغني ٣٦١/٧، وقواعد الأحكام ١٨٠/١.

(٥) ينظر: مراتب الإجماع لابن حزم ص ٦٧، والمغني ٣٦٢/٧.

(٦) ينظر: الاختيار ٥٩/٣، والمغني ٣٦١/٧.

(٧) المثلي: «ما تماثلت أفرادها بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق مطلقاً، أو مع فرق يسير لا يعتد به».

والقيمي: «ما تتفاوت أفرادها بحيث لا يقوم بعضها مقام بعض إلا بفرق يعتد به».

(التقويم في الفقه الإسلامي ص ١٥٣، ونظرية الضمان لفيض الله ص ١٦١، وينظر: إعلام

الموقعين ٣٢٢/١ - ٣٢٦، ٢٥/٢ - ٢٦).

(٨) ينظر: مراتب الإجماع لابن حزم ص ٦٧، والمغني ٣٦١/٧، وقواعد الأحكام ١٨١/١.

وعلى هذا فلا تجوز زيادة قيمة التعويض عن الضرر الواقع فعلاً؛ لأن في هذا ظلماً للضامن، وإضراراً به، وقد قال النبي ﷺ: **(لا ضرر ولا ضرار)**^(١)، فالشريعة راعت حتى جانب الظالم؛ كالغاصب والمعتدي بالإتلاف، فلم تجز الزيادة عليه، فالظالم وإن ظلم لا يظلم في شريعة الله، فغيره من باب أولى أن لا يزداد عليه التعويض^(٢).

وزيادة التعويض عن الضرر، أو نقصانه أكل لأموال الناس بالباطل، المنهي عنه بقول الله تعالى: **﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾**^(٣)، وقوله تعالى: **﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾**^(٤).

وقد بين المفسرون المراد بأكل المال بالباطل بألفاظ متقاربة، منها:

[١] أي: «أكله من غير الوجه الذي أباحه الله لآكله»^(٥).

[٢] «يعني: بما لا يحل شرعاً، ولا يفيد مقصوداً؛ لأن الشرع نهى عنه،

ومنع منه، وحرّم تعاطيه؛ كالربا، والغرر ونحوهما»^(٦).

[٣] أي: «ولا يأكل بعضكم مال بعض بالوجه الذي لم يبيحه الله تعالى»^(٧).

(١) تقدم تخريجه: ص ٢٤٤.

(٢) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ١٩٨، والتعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ص ٢٥١.

(٣) سورة البقرة من الآية (١٨٨).

(٤) سورة النساء من الآية (٢٩).

(٥) تفسير الطبري ١٨٩/٢.

(٦) أحكام القرآن لابن العربي ٩٧/١.

(٧) تفسير البيضاوي ص ٤٠.

[٤] وفصل بعضهم فقال: «وأكل المال بالباطل على وجهين: أحدهما: أخذه على وجه الظلم، والسرقه، والخيانة، والغصب، وما جرى مجراه. والآخر: أخذه من جهة محظورة، نحو القمار، وأجرة الغناء...، وما لا يجوز أن يملكه وإن كان بطيب نفس من مالكة، وقد انتظمت الآية حظر أكلها من هذه الوجوه كلها»^(١).

[٥] الباطل: «ما لم يكن في مقابلة شيء حقيقي، وهو من الباطل والبطلان، أي: الضياع والخسار، فقد حرمت الشريعة أخذ المال بدون مقابلة حقيقية يعتد بها، ورضى ممن يؤخذ منه»^(٢).

وبناءً على ذلك فلا تجوز زيادة التعويض أو نقصانه عن الضرر الواقع فعلاً؛ لأن هذا داخل في أكل المال بالباطل؛ لأنه أخذ مال بدون مقابلة شيء.

والاعتداء على المال بدون وجه حق محرم؛ كحرمة الاعتداء على النفس بدون وجه حق، قال النبي ﷺ: (إن دماءكم، وأموالكم، وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا، في بلدكم هذا، في شهركم هذا)^(٣)، قال ابن

(١) أحكام القرآن للجصاص ٢٥٠/١ - ٢٥١، وينظر: تفسير القرطبي ٣٣٨/٢.

(٢) تفسير المنار ٤٠/٥.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى ١٩١/٢، والإمام أحمد في المسند ٢٣٠/١، من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - وله شاهد من حديث أبي بكر، أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب العلم، باب قول النبي ﷺ رب مبلغ أوعى من سامع ٢٤/١، ومسلم في صحيحه في كتاب القسامة، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال ١٣٠٥/٣ - ١٣٠٦ رقم (١٦٧٩)، والدارمي في سننه في كتاب المناسك، باب في الخطبة يوم النحر ٩٣/٢، رقم (١٩١٦) والإمام أحمد في المسند ٤٠/٥.

حزم - رحمه الله - : « فلا يحل لأحد إيجاب غرامة على أحد إلا أن يوجبها نص صحيح ، أو إجماع متيقن »^(١).

بل حتى لو حكم الحاكم بالتعويض زائداً عن الضرر الواقع بناءً على لحن المتضرر فلا يحل له ذلك الزائد ، متى ما علم بطلان دعواه^(٢) ، قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾^(٣) ، « فإن حكم الحاكم لا يبيح محرماً ، ولا يحل حراماً ، إنما يحكم على نحو مما يسمع ، وإلا فحقائق الأمور باقية ، فليس في حكم الحاكم للمبطل راحة ، ولا شبهة ، ولا استراحة ، فمن أدلى إلى الحاكم بحجة باطلة وحكم له بذلك ، فإنه لا يحل له ، ويكون أكلاً لمال غيره بالباطل والإثم ، وهو عالم بذلك ، فيكون أبلغ في عقوبته ، وأشد في نكاله »^(٤).

الفرع الرابع : وقت تقدير التعويض :

لا خلاف بين فقهاء المذاهب في أن تقدير التعويض عن الضرر ، الحاصل بالإتلاف مباشرة أو تسبياً ، يكون بعد وقوع الضرر لا قبله ؛ لأن هذا هو الوقت المناسب شرعاً وعقلاً للتحقق من عدالة التعويض ومناسبته للضرر ، ولكن وقع الخلاف بينهم في الوقت الأنسب لتقدير التعويض بعد وقوع الضرر ، هل هو عند وقوع الضرر مباشرة ، أو بعده ، وذلك مراعاة لجانب العدل والإنصاف ،

(١) المحلى ٤١٥/١٠.

(٢) ينظر : تفسير الطبري ١٩٠/٢ ، وأحكام القرآن للجصاص ٢٥١/١ ، وأحكام القرآن لابن العربي ٩٨/١ ، وتفسير القرطبي ٣٣٨/٢.

(٣) سورة البقرة الآية (١٨٨).

(٤) تيسير الكريم الرحمن ص ٨٨.

لتحقيق التعويض المناسب والمساوي للضرر الواقع امثالاً لقول النبي ﷺ :
(لا ضرر ولا ضرار)^(١) ، وقطعاً للنزاع والاختلاف^(٢) .

ولهذا لا يجوز تقدير التعويض قبل وقوع الضرر^(٣) ، وذلك للآتي :

[١] أن الضرر معدوم قبل وقوعه ، ومجهول ، والمعدوم والمجهول لا تصح مقابله بالمال^(٤) .

[٢] أن الضرر هو سبب التعويض ، والمسبب لا يتقدم على السبب^(٥) .

[٣] أن الواجب أن يكون التعويض بقدر الضرر ، فلا يزيد عليه ، ولا ينقص عنه ، وإلا كان أكلاً للمال بالباطل كما تقدم^(٦) ، وتقدير التعويض قبل وقوعه يؤدي إلى الغرر ، والجهالة ؛ لأنه قد يكون أكثر من الضرر أو أقل منه^(٧) ، وقد نهى النبي ﷺ عن الغرر^(٨) ؛ «ولأن كل جهالة يمكن الاحتراز منها لم يعف

(١) تقدم تخريجه : ص ٢٤٤ .

(٢) ينظر : الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ١٩٩ ، والتعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ص ٢٧٣ ، وما بعدها ، والفعل الضار للزرقا ص ١١٨ ، ونظرية الضمان لفيض الله ص ١٦٢ ، وحول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض للدائن ص ٢٠ .

(٣) ينظر : الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ٢٠٢ ، والضمان في الفقه الإسلامي للخصيف ص ٤٦ ، وحول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض للدائن ص ٢٠ .

(٤) ينظر : الضمان في الفقه الإسلامي للخصيف ص ٤٦ ، والشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ٢٠٢ .

(٥) ينظر : الضمان في الفقه الإسلامي للخصيف ص ٤٦ .

(٦) ينظر : ص ٣٢٩ .

(٧) ينظر : الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ٢٠٣ .

(٨) تقدم تخريجه : ص ٣٠٩ .

عنها»^(١)، وهذه الجهالة يمكن الاحتراز عنها بالتعويض عن الضرر بعد وقوعه، ومعرفة قدره، و«الشيء الذي يشك في حصوله، أو تجهل حاله وصفاته المقصودة داخل في الغرر؛ لأن أحد المتعاقدين إما أن يغنم، أو يغرم فهو مخاطر كالرهان»^(٢).
 إلا أن الفقهاء المتقدمين لم يتكلموا عن الضرر الحاصل بسبب الإخلال بالعقود، وما ينتج عن ذلك من فوات كسب مؤكد، أو لحوق خسارة، ولا عن التعويض عنه لا قبل وقوعه، ولا بعده، والسبب في ذلك - والله أعلم - قلة المماثلة في الوفاء بالعقود والالتزامات في الزمن السابق، وأن الزمن لم يكن له من الأهمية والقيمة والتأثير ما صار له في هذا العصر، فلم تكن الحاجة داعية للكلام عنه، والحال في هذا العصر على العكس من ذلك، فتكلم الفقهاء المعاصرون عن هذا الضرر، فمنهم من رأى جواز التعويض عنه، ومنهم من لم يره - كما سيأتي - والقائلون بجواز التعويض عنه اختلفوا في حكم تقدير التعويض عن هذا الضرر بالشرط قبل وقوعه، فإذا وقع الضرر استحق المشتري التعويض المقدر بالشرط، وهذا هو الشرط الجزائي، وسيأتي بيان خلاف الفقهاء المعاصرين في حكمه - إن شاء الله تعالى -.

المسألة الثالثة: نوع الضرر الذي يعرض عنه:

الضرر باعتبار ما يقع عليه "المحل" نوعان:

النوع الأول: الضرر المادي (الحسي):

وينقسم إلى قسمين:

(١) الحاوي ٢٧٣/٥.

(٢) الإرشاد إلى معرفة الأحكام للسعدي ص ١١٠.

(أ) الضرر البدني (الجنائي أو الجسمي):

وهو ما يقع على بدن الإنسان من إزهاق نفس، أو جناية على جنين، أو قطع عضو من الأعضاء، أو تعطيل معنى من المعاني كإحداث الشلل في اليد، أو إذهاب السمع والبصر، أو جرح، أو تشويه ينقص الجمال، أو عاهة تقعد عن العمل أو الكسب^(١).

وهذا النوع من الضرر يفارق الضرر المالي في كونه شرع فيه القصاص في العمد إذا توفرت شروطه وانتفت موانعه، وأما إن كان عن خطأ، أو عمد وامتنع فيه القصاص لسبب من الأسباب، أو مانع من الموانع، ففيه الدية المقدرة شرعاً، أو الأرش مقدراً أو غير مقدر^(٢)، وهو جزاء يشبه التعويض من ناحية، ويشبه العقوبة من ناحية أخرى.

(ب) الضرر المالي:

وهو ما كان محله مالا، سواء أكان حيواناً، أم منقولاً، أم عقاراً، سواء أكان الضرر الذي لحق به إتلافاً تاماً للذات، أم تعطيلاً لبعض الصفات، أم حدوث نقص فيها، أو تعيب، حيث يخرج المال عن أن يكون منتفعاً به المنفعة المطلوبة، أو يؤدي ذلك إلى نقصان قيمته^(٣).

(١) ينظر: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ص ١٥١، والتعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ص ٣٩، والضمان في الفقه الإسلامي للخفيف ص ٤٦، ونظرية الضمان للزحيلي ص ٢٣.

(٢) ينظر: التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ص ٣٩-٤٠، والضمان للخفيف ص ٤٦، ٥٤، ٥٥.

(٣) ينظر: التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ص ٤٠، والضمان في الفقه الإسلامي للخفيف ص ٥٥، وضمان العدوان في الفقه الإسلامي ص ١١٨.

وهذا لا خلاف في جواز التعويض عنه عند وقوعه، سواء وقع مباشرة، أو تسبباً ممن أوقعه.

ويدخل في الضرر المالي ما يلحق المضرور من خسارة مالية، أو فوات ربح مؤكد، بسبب عدم تنفيذ العقد، أو التأخير فيه، على القول الراجح، كما سيأتي - إن شاء الله -.

النوع الثاني: الضرر الأدبي (المعنوي)^(١):

وهو الأذى الذي يصيب الإنسان في عرضه، أو عاطفته، أو شعوره^(٢).
وقيل هو: «إلحاق مفسدة في شخص الآخرين لا في أموالهم. وإنما فيما يمس كرامتهم، أو يؤذي شعورهم، أو يخذش شرفهم، أو يتهمهم في دينهم، أو يسيء إلى سمعتهم، أو نحو ذلك»^(٣).
وسمي ضرراً أدبياً أو معنوياً؛ لأنه غير مادي، فإن محله العاطفة والشعور^(٤).

(١) الضرر الأدبي يسمى أيضاً بالضرر المعنوي، وفرق الشيخ علي الخفيف بين الضرر الأدبي، والضرر المعنوي، فالضرر الأدبي: هو ما يصيب الإنسان في شرفه وعرضه من فعل أو قول يعد مهانة له، كما في القذف والسب، وفيما يصيبه من ألم في جسمه، أو في عاطفته من ضرب لا يحدث فيه أثراً، أو من تحقير في مخاطبته، أو امتهان في معاملته. وأما الضرر المعنوي: فهو ما يتمثل في تفويت مصلحة غير مالية ملتزم بها، كما في التزام امتنع فيه الملتزم عن تنفيذ التزامه، كالوديعة يمتنع عن تسليم الوديعة إلى مالكها، والمستاجر يمتنع عن تسليم العين المستأجرة إلى مؤجرها، ونحو ذلك من كل ما ليس فيه تفويت مال على صاحب العين. (ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي للخفيف ص ٥٥).

(٢) ينظر: التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ص ٢٩.

(٣) نظرية الضمان في الفقه الإسلامي لفيض الله ص ٩٢.

(٤) ينظر: التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ص ٢٩.

ويكون بالقول، أو الفعل، ومن أمثله: القذف، والسب، والتحقيق، واللطم على الوجه الذي لا يترك أثراً، ولا يفوت منفعة، والإخلال بالالتزام؛ كالامتناع عن تسليم الوديعة بعد طلب صاحبها له، وما يصيب الإنسان من أذى نتيجة الاعتداء على حق من حقوقه المالية، وغير المالية^(١).

والتعبير عن هذا النوع من الضرر بالضرر الأدبي، أو المعنوي تعبير حادث، لم يكن لدى الفقهاء السابقين. جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية: «لم نجد أحداً من الفقهاء عبر بهذا - أي الضرر الأدبي أو المعنوي - وإنما هو تعبير حادث، ولم نجد في الكتب الفقهية أن أحداً من الفقهاء تكلم عن التعويض المالي في شيء من الأضرار المعنوية»^(٢).

والذي عليه فقهاء المذاهب أنه لا تعويض مالي عن الأضرار الأدبية أو المعنوية، إذ لم يعوضوا عن مجرد السرقة، أو الغصب، أو النهب مع ما فيها من الأذى على المالك، وإنما الواجب فيها الحد إذا استجمع شروطه، وانتفت موانعه، أو التعزير لما دون الحد، وكذلك السب والشتم بما دون القذف عقوبته تعزيرية ولا مدخل للتعويض فيه، بل إن القذف وهو من أبلغ الأضرار المعنوية؛ لأنه اعتداء على العرض ليس فيه إلا الحد، ولا يعرض عنه بالمال^(٣).

(١) ينظر: المصدر السابق، ونظرية الضمان للزحيلي ص ٢٤ - ٢٥، والنظريات الفقهية للدريني ص ٢١٤، والضرر في الفقه الإسلامي لموافي ١٠٢٣/٢.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ٤٠/١٣.

(٣) ينظر: التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ص ٢٩ - ٣٤، والضمان في الفقه الإسلامي للخفيف ص ٥٥ - ٥٦، والضرر في الفقه الإسلامي لموافي ١٠٢٣/٢، والشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ١٦٩ - ١٧٠.

وقد نقل اتفاق المذاهب على عدم التعويض عن الأضرار الأدبية أو المعنوية^(١)، وإنما فيها العقوبة الحدية، أو التعزيرية. «والتعويض المالي عن الضرر الأدبي حكم مستحدث ليس له نظائر في الفقه الإسلامي»^(٢).

ومع ذلك فقد اختلف الباحثون المعاصرون في حكم التعويض عن الضرر الأدبي أو المعنوي^(٣)، إذا كان ضرراً أدبياً محضاً لا يترتب عليه ضرر مادي، أما ما ترتب عليه ضرر مادي كمن غصب بستاناً حتى يبس ثم رده، فهذا النوع له حكم التعويض عن الضرر المادي الفعلي - فهو خارج عن محل النزاع - .
ولهم في حكم التعويض عن الضرر الأدبي أو المعنوي - الذي لم يترتب عليه ضرر مادي - قولان:

القول الأول: عدم جواز التعويض المالي عن الضرر الأدبي، أو المعنوي. وهو مقتضى قول عامة فقهاء المذاهب، وقررت به بعض المجامع، وقال به أكثر المعاصرين^(٤).

(١) ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي للخفيف ص ٥٥.

(٢) الفعل الضار والضمان فيه للزرقا ص ١٢١.

(٣) أما القوانين الوضعية فقد أقرت التعويض المالي عن الأضرار الأدبية أو المعنوية، وقد حصل خلاف في بداية الأمر بين رجال القانون في ذلك، ثم استقر الأمر أخيراً على التعويض.

(ينظر: الوسيط ١/٨٦٨، والضمان للخفيف ص ٥٦-٥٧، والضرر لموافي ٢/١٠٢٨).

(٤) ومنهم: الشيخ علي الخفيف كما في كتابه الضمان في الفقه الإسلامي ص ٥٥.

والشيخ مصطفى الزرقا كما في كتابه الفعل الضار ص ١٩-٢٠، ١٢١-١٢٤.

والدكتور الصديق محمد الأمين الضير كما في بحثه في مجلة مجمع الفقه الإسلامي

١٢/٢/٦٣-٦٤، ٧٦.

والدكتور صبحي محمصاني كما في كتابه النظريات العامة للموجبات والعقود ١/١٧٢.

والدكتور محمد بوساق كما في كتابه التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ص ٣٤-٣٨.

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة بشأن الشرط الجزائي، ما يلي: «الضرر الذي يجوز التعويض عنه - أي بالشرط الجزائي - يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي»^(١).

وقال الشيخ علي الخفيف^(٢): «ليس فيهما - أي الضرر الأدبي والمعنوي - تعويض مالي على ما تقضي به قواعد الفقه الإسلامي»^(٣).

وقال الشيخ مصطفى الزرقا: «وخلاصة القول: أننا لا نرى مبرراً استصلاحياً لمعالجة الأضرار الأدبية بالتعويض المالي، ما دامت الشريعة قد فتحت مجالاً واسعاً لقمعه بالزواج التعزيرية»^(٤).

القول الثاني: جواز التعويض المالي عن الضرر الأدبي أو المعنوي.
وقال به بعض المعاصرين^(٥).

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٢/٣٠٦.

(٢) هو الشيخ علي بن محمد الخفيف، من العلماء المعاصرين ولد عام ١٣٠٩هـ في مصر، درس في جامعة القاهرة، من مصنفاته: أحكام المعاملات الشرعية، والشركات في الفقه الإسلامي، وغيرها، توفي عام ١٣٩٨هـ. (ينظر: ذيل الأعلام ص ١٤٠).

(٣) الضمان في الفقه الإسلامي للخفيف ص ٥٥.

(٤) الفعل الضار للزرقا ص ١٢٤.

(٥) ومنهم: الدكتور محمد فوزي فيض الله كما في كتابه نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ص ٩٢.

والدكتور وهبة الزحيلي كما في كتابه نظرية الضمان ص ٥٤.

والدكتور محمد أحمد سراج كما في كتابه ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ص ٣٤١ - ٣٨٠.

والأستاذ سعد خليفة العبار كما في كتابه ضمان عيوب المبيع، في ضوء مقاصد الشريعة ص ٢٢٦، ٢٣١.

والشيخ محمود شلتوت كما في كتابه المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة ص ٣٥.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بعدم جواز التعويض المالي عن الضرر الأدبي أو المعنوي بما يلي:

[١] أن الإجماع منعقد بين فقهاء المذاهب على عدم جواز التعويض المالي عن الأضرار الأدبية أو المعنوية، وإنما فيها الحد أو التعزير^(١)، والقذف، والغصب، والسرقه، والنهب، والشتم، والسب خير شاهد على ذلك^(٢)، فهي من أشد الأمور إيلاًماً للنفس، ومع ذلك لا يستحق المجني عليه تعويضاً مالياً عما أصابه من الأذى بها، إذا لم يترتب عليها فوات مال، فمن باب أولى أن لا يستحق التعويض المالي عما هو أقل منها^(٣).

[٢] أن الضرر الأدبي أو المعنوي ليس فيه خسارة مالية، وهو شيء غير محسوس، ولا يترك أثراً ظاهرة في الجسم، فلا يمكن تقديره بالمال بحال، وقواعد الشريعة تأبى ذلك؛ لأن التعويض بالمال لا يكون إلا عن ضرر مالي واقع فعلاً، أو ما في حكمه، كنقص جزء من أجزاء الجسم البشري، أو تشويهه في خلقته، أو بدلاً عن القصاص إذا لم يمكن استيفاؤه، لأن التعويض بالمال يقوم على الجبر بالتعويض إزالة للضرر وجبراً للنقص، وليس ذلك بمتحقق في الضرر الأدبي أو المعنوي^(٤).

(١) ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي للخفيف ص ٥٥، ٥٦.

(٢) ينظر: الإجماع لابن المنذر ص ١١٣، والمغني ٣٦٠/٧، ٥٢٣/١٢.

(٣) ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي للخفيف ص ٤٦ - ٥٥.

(٤) ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي ص ٥٥، والتعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي

فيكون التعويض المالي عن الضرر الأدبي أو المعنوي أخذ مال دون مقابل، فيكون أكلاً لأموال الناس بالباطل، الذي نهى الله تعالى عنه بقوله: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(١).

يقول الشيخ مصطفى الزرقا - رحمه الله - : «مبدأ التعويض المالي عن الأضرار الأدبية له محذور واضح، وهو أن مقدار التعويض اعتباطي محض، لا ينضبط بضابط، بينما يظهر في أحكام الشريعة الحرص على التكافؤ الموضوعي بين الضرر والتعويض، وهذا متعذر هنا. وكثيراً ما نسمع فندھش في أخبار الدعاوى والأقضية الأجنبية أرقاماً بالملايين لقاء مزاعم أضرار أدبية في منتهى التفاهة!!»^(٢).

[٣] أن الضرر الأدبي أو المعنوي لا يجبره التعويض المالي، ولذلك وضعت له الشريعة الإسلامية، ما يناسبه من الحد، والتأديب، وهذا كاف لإزالة آثار الضرر، وشفاء غيض المتضرر، وزوال العار عنه^(٣).

فالتعويض المالي مثلاً عند جرح الشعور، أو ثلم الشرف لا يعود بهما إلى ما كانا عليه من سلامة، وأخذ المال في نظير امتناع من تعاقد معه على أن يقوم له بتنفيذ ما التزم به لا تزول به آثار ذلك الامتناع، ولا يصير به الممتنع قائماً منفذاً لالتزامه، فالواجب فيه التعزير بما يراه الحاكم وقاية وزجراً، وقواعد الفقه الإسلامي لا تأبى ذلك، بل تأمر به إذا ما اقتضته المصلحة العامة^(٤).

(١) سورة النساء من الآية (٢٩).

(٢) الفعل الضار والضمان فيه ص ١٢٤.

(٣) ينظر: التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ص ٣٤.

(٤) ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي للخفيف ص ٥٦.

[٤] أن التعويض عما يشين الإنسان في عرضه بالمال يعتبر من باب الأخذ على العرض مالا، وهذا لا يجوز، ولذلك لا يجوز أن يصالح المقذوف من قذفه على مال. جاء في مواهب الجليل: «ومن صالح من قذف على شقص أو مال لم يجز، ورد، ولا شفعة فيه، بلغ الإمام أم لا... وجعله من باب الأخذ على العرض مالا»^(١). فالأعراض لها مكانتها الخطيرة عند المسلمين وجعلها محل تعويض مالي أمر تأباه الفطر السليمة^(٢). كما أن المثل العليا تأبى أن يساوم الإنسان على شرفه وعرضه كما يساوم على أمواله^(٣).

أدلة القول الثاني:

استدل من ذهب إلى جواز التعويض المالي عن الضرر الأدبي أو المعنوي، بما يلي:

[١] أن قواعد الشرع لا تأبى تقرير التعويض عن الضرر الأدبي، ولا يقال: إن التقويم يعتمد الإحراز، والإحراز يعتمد البقاء، ولا بقاء للأعراض، والضرر الأدبي عرض؛ لأن هذا رأي من لم يقل بتقوم المنافع، ولكن الأرجح تقومها^(٤)، ويقاس على المنافع المعنوية المضار المعنوية في التقويم، بجامع أن كلاً

(١) مواهب الجليل ٣٠٥/٦.

(٢) ينظر: التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ص ٣٤.

(٣) ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي للخفيف ص ٥٦ - ٥٧.

(٤) اختلف الفقهاء في مالية المنافع فذهب الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى أنها أموال، وهو الراجح، وذهب الحنفية إلى أن المنافع لا تعد مالا. (ينظر عند الجمهور: حاشية الدسوقي ٤٤٢/٣، وتخريج الفروع على الأصول ص ٢٢٥، ٢٢٦، والمنثور ١٩٨/٣، ٢٢٢، ومغني المحتاج ٤٥/٣، وكشاف القناع ٧٨/٤، وشرح منتهى الإرادات ٤٠١/٢، وعند الحنفية: المبسوط ٧٩/١١، ورد المختار ٣/٤، ١٠٠).

منهما عرض لا بقاء له، صيانة لأعراض الناس، يؤيد هذا: أن الشريعة قد حرمت الإضرار والإيذاء بشتى صورته. وأما أن الشريعة قد شرعت الحد لجريمة "القذف" وهو ضرر معنوي فلا يمنع هذا التعويض بالمال عن الأضرار المعنوية التي هي دون ذلك؛ إزالة للضرر بقدر الإمكان^(١).

المناقشة: نوقش بأن قياس الأضرار المعنوية على المنافع قياس مع الفارق، ذلك أن المنافع أموال، فلا تقاس عليها الأضرار المعنوية المجردة عن الضرر المالي^(٢).

[٢] ما جاء عن بعض الفقهاء من نصوص تؤيد القول بجواز التعويض المالي عن الضرر الأدبي أو المعنوي في الفقه الإسلامي، ومنها:

(أ) أن الإمام محمد بن الحسن - رحمه الله تعالى - قال في الجراحات التي تندمل دون أن يبقى لها أثر: «تجب حكومة بقدر ما لحقه من الألم»^(٣)، فهذا تقدير للألم بالمال^(٤).

(ب) نقل ابن قدامة عن مالك، والثوري^(٥) في قطع حلمتي الثدين أنهما

(١) ينظر: نظرية التعسف في استعمال الحق للدبريني ص ٢٩٠، والضرر في الفقه الإسلامي لموافي ١٠٢٤/٢.

(٢) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ١٧٤.

(٣) المبسوط ٨١/٢٦.

(٤) الضرر في الفقه الإسلامي لموافي ١٠٢٤/٢.

(٥) هو سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري، أبو عبد الله، أمير المؤمنين في الحديث، من أئمة المسلمين ومن أعلام الدين، كان آية في الحفظ، مات سنة ١٦١ هـ.

(طبقات ابن سعد ٦/٣٧١-٣٧٤، وتذكرة الحفاظ ١/٢٠٣-٢٠٧، وتهذيب الأسماء واللغات ١/٢٢٢-٢٢٣).

قالا: «إن ذهب اللبن وجبت ديتهما، وإلا وجبت حكومة بقدر شينه»^(١)، أي: بقدر العيب الجسدي الذي يصيب المرأة^(٢).

(ج) جاء في مجمع الضمانات: «ولو شج رجلاً، فالتحمت ولم يبق لها أثر، ونبت الشعر، سقط الأرش عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقال أبو يوسف - رحمه الله - عليه أرش الألم، وهو حكومة عدل»^(٣).

وجه الاستدلال من هذه الآثار: أن هؤلاء الفقهاء قرروا التعويض المالي عن مجرد الألم، وهو ضرر أدبي، فليس كل الفقهاء على عدم التعويض المالي عن الضرر الأدبي، فيكون هذا أصلاً للقول بالتعويض المالي عن الضرر الأدبي، أو المعنوي في غير هذه الصور^(٤).

المناقشة: نوقش بأن ما نقله ابن قدامة لا وجه لإيراده أصلاً؛ لأن الضرر بقطع حلمتي الثدي ضرر مادي جسدي، وأما ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد فيقال عنه: إن الألم الناتج عن الجرح والشج ليس ضرراً أدبياً أو معنوياً خالصاً، فهذا النوع من الضرر نتج عن فعل مادي وهذا مسوغ للتعويض عنه باعتباره ضرراً مادياً جسدياً قد يؤدي إلى خسارة مالية؛ لأنه قد يعطل عن العمل، بل وفيه أجره الطيب وثمر الدواء فهو خارج محل النزاع، فلا يجوز اتخاذه أصلاً للقول بالتعويض المالي عن الضرر الأدبي أو المعنوي^(٥).

(١) المغني ١٢/١٢ - ١٤٣.

(٢) الضرر في الفقه الإسلامي لموا في ١٠٢٤/٢.

(٣) مجمع الضمانات ٣٩١/١.

(٤) ينظر: التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ص ٣٦، والشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ١٧٥.

(٥) ينظر: المصدران السابقان.

ف«الأمثلة الفقهية جميعاً التي استشهدوا بها على التعويض عن الضرر الأدبي ليست من الضرر الأدبي في شيء، فالألم والشين، وفوات الزينة الطبيعية بفقدان الشعر، كلها أضرار مادية لا نزاع في جواز التعويض المالي عنها، ولا تصلح بحال للاحتجاج شرعاً على التعويض المالي عن الضرر الأدبي. على أنه يلاحظ أن بعض ما يوصف تساهلاً بأنه ضرر أدبي هو في حقيقته ضرر مادي يمكن تعويضه وفق القواعد الشرعية في تعويض الأضرار المادية»^(١).

[٣] أن الواجب في الضرر المعنوي هو التعزير، وقد ثبتت مشروعية التعزير بالعقوبات المالية^(٢).

المناقشة: نوقش بأن التعزير بالعقوبات المالية محل خلاف، وعلى التسليم بجوازه فإنه من باب العقوبات الزاجرة، وليس من باب التعويض المالي عن الضرر الذي هو من الجوابر^(٣).

[٤] أنه ليس المقصود بالتعويض مجرد إحلال مال محل مال، بل يدخل في الغرض منه المواساة إن لم تكن المماثلة، ومن أظهر تطبيقات ذلك الدية، والأرش^(٤).

المناقشة: نوقش بأن الدية والأرش تعويض عن ضرر مادي، فاستدل لكم خارج محل النزاع^(٥).

(١) الفعل الضار والضمان فيه للزرقا ص ١٢٣.

(٢) ينظر: التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ص ٣٧، وضمان العدوان في الفقه الإسلامي ص ٣٤٢، والضرر لموا في ١٠٢٥/٢ - ١٠٢٦.

(٣) ينظر: التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ص ٣٧ - ٣٨، والشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ١٧٦.

(٤) ينظر: الفعل الضار للزرقا ص ١٢٥.

(٥) ينظر: المصدر السابق، والشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ١٧٦.

[٥] أن القول بعدم التعويض عن الضرر الأدبي يفتح الباب على مصراعيه للمعتدين على أعراض الناس وسمعتهم^(١).

المناقشة: نوقش بأن هذه الحجة واهية بل موهومة؛ لأن عدم التعويض المالي عن الضرر الأدبي لا يعني أن الشريعة لم تضع العقوبات الرادعة المناسبة للأضرار الأدبية أو المعنوية، والكفيلة بردع الجناة على أعراض الناس وسمعتهم، وهي حد القذف، والتعزير^(٢). ف«الأسلوب الذي اتبعته الشريعة في معالجة الإضرار الأدبي إنما هو التعزير الزاجر، وليس التعويض المالي، إذ لا تعد الشريعة شرف الإنسان، وسمعته مالا متقوماً يعوض بمال آخر إذا اعتدي عليه»^(٣).

الترجيح:

الراجع - والله أعلم - هو القول الأول، وهو عدم جواز التعويض المالي عن الضرر الأدبي أو المعنوي؛ لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة، وضعف أدلة القول الثاني بما ورد عليها من المناقشة.

المسألة الرابعة: التعويض عن الضرر المترتب على الإخلال بالعقد بعد وقوعه:

تحرير محل النزاع:

أولاً: إذا كان عدم تنفيذ العقد، أو التأخير في تنفيذه لسبب يعذر به الملتزم شرعاً، كما لو كان معسراً، أو غير قادر على الوفاء به، فالواجب في هذه الحال إنظاره إلى المقدرة، كما قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(٤).

(١) ينظر: الفعل الضار للزرقا ص ١٢٥.

(٢) ينظر: الفعل الضار للزرقا ص ١٢٥، والشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ١٧٦.

(٣) الفعل الضار والضمان فيه للزرقا ص ١٢٤.

(٤) سورة البقرة من الآية (٢٨٠).

ثانياً: إذا ترتب على الامتناع عن تنفيذ العقد، أو التأخير فيه من غير عذر ضرر حقيقي فعلي؛ كنفقات الشكاية، ومصروفات الدعوى، فإن المتضرر يستحق التعويض عن ذلك بشرط أن يكون ما غرمه على الوجه المعتاد، كما تقدم في الديون^(١).

ثالثاً: إذا كان عدم تنفيذ العقد، أو التأخير فيه لم يترتب عليه ضرر بل مجرد امتناع، أو تأخير في تنفيذ العقد، فلا تعويض حينئذ للملتزم له؛ لعدم حصول الضرر الذي هو علة التعويض، والمعلول يدور مع علته وجوداً وعدماً.

رابعاً: إذا ترتب على الامتناع عن تنفيذ العقد، أو التأخير فيه من غير عذر ضرر أدبي؛ كالخوف من ضياع الحق، والأذى الذي يلحقه من ملاحقة خصمه وانتظاره، والتردد على المحاكم، ومراكز الشرط، وجهات التنفيذ الأخرى، وما يلحق سمعته عند الناس من اتهامه بالظلم بالمطالبة، والشدة والقسوة على معامليه حيث لا يعلمون حقيقة ملاءتهم ومماطلتهم بغير حق. فهذا وقع اختلاف المعاصرين في حكم التعويض عنه، والراجح، عدم جواز التعويض عنه، كما تقدم^(٢).

خامساً: إذا ترتب على الامتناع عن تنفيذ العقد، أو التأخير في تنفيذه من غير عذر ضرر يتمثل في لحوق خسارة، أو فوات ربح أو كسب مؤكد - في غير الديون^(٣) - كما لو التزم المقاول في عقد المقاولة ببناء مسكن خلال سنة، ثم تأخر عن الوفاء بذلك سنة أخرى، مما فوت على الملتزم له منفعة السكنى هذه المدة. فهل يجوز التعويض عن هذا الضرر؟

(١) ينظر: ص ٢٠١.

(٢) ينظر: ص ٣٤٥.

(٣) أما في الديون فإنه يؤدي إلى الربا كما تقدم: ص ١٨١.

اختلف الفقهاء المعاصرون في ذلك على قولين:

القول الأول: جواز التعويض عن هذا الضرر.

وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي، فقد جاء في قراره بشأن الشرط الجزائي، ما يلي: «الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي، أو المعنوي»^(١).

وبه قال أكثر المعاصرين^(٢).

القول الثاني: عدم جواز التعويض عنه، فالضرر المترتب على الامتناع عن الوفاء بالعقد، أو على التأخير فيه لا يوجب التعويض.

وبه قال بعض المعاصرين^(٣).

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٢/٣٠٦.

(٢) ومنهم: الشيخ مصطفى الزرقا كما في كتابه الفعل الضار والضمان فيه ص ١١٨.

والدكتور محمد الصديق الضير كما في بحثه في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٢/٦٣، ٧٦.

والدكتور ناجي شفيق عجم كما في بحثه في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٢/٢٠٧، ٢١٠.

والدكتور محمد سراج كما في كتابه ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ص ٥٩، ٦٣.

والدكتور أسامة الحموي كما في كتابه الشرط الجزائي ص ١٧٩، ٢١١، ٢٦٨.

وكل من قال بجواز التعويض عن الضرر الأدبي. ينظر: ص ٣٣٨.

(٣) ومنهم: الشيخ علي الخفيف كما في كتابه الضمان في الفقه الإسلامي ص ١٨، ٢٠، ٤٦.

والدكتور فتحي الدريني كما في كتابه النظريات الفقهية ص ١٩٦، ٢٢٦.

والدكتور عبد الرزاق السنهوري كما في كتابه مصادر الحق ٦/١٦٨.

والشيخ سيد عبد الله علي حسين كما في كتابه المقارنات التشريعية ٢/٨٥٠.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بجواز التعويض عن الضرر المتمثل في حقوق خسارة، أو فوات ربح مؤكد بسبب الامتناع عن الوفاء بالعقد، أو التأخير فيه، بما يلي:

[١] قول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١).

وجه الدلالة: أن الوفاء بالعقد واجب بنص الآية، والامتناع عن الوفاء بالعقد، أو التأخير فيه مخالفة للأمر فيها، مما يعد معه تعدياً، والتعدي يوجب الضمان عن الضرر المالي.

[٢] أن لحوق الخسارة، وفوات الربح أو الكسب المؤكد ضرر مالي، ولا خلاف أن الضرر المالي يوجب التعويض؛ لقول النبي ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)^(٢)، وللقاعدة الفقهية المأخوذة منه «الضرر يزال»، وإزالة الضرر المالي تكون بالتعويض عنه.

[٣] أن فوات المنفعة بعدم التنفيذ، أو التأخير فيه يعتبر ضرراً مالياً؛ لأن المنفعة مال عند جمهور الفقهاء^(٣)، والضرر المالي يوجب التعويض^(٤).

(١) سورة المائدة من الآية (١).

(٢) تقدم تخريجه: ص ٢٤٤.

(٣) ينظر: حاشية الدسوقي ٤٤٢/٣، وتخرىج الفروع على الأصول ص ٢٢٥، ٢٢٦، والمنثور ١٩٨/٣، ٢٢٢، ومغني المحتاج ٤٥/٣، وكشاف القناع ٧٨/٤، وشرح منتهى الإرادات ٤٠١/٢.

(٤) ينظر: ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة ص ٢٤٣.

[٤] أن الملتزم بعدم تنفيذه للعقد، أو التأخير فيه، قد فوت المنفعة المؤكدة على الملتزم له بغير حق، فيلزمه الضمان كالغاصب.

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعدم جواز التعويض عن الضرر المترتب على الامتناع عن الوفاء بالعقد، أو التأخير فيه، بما يلي:

[١] أن أساس التعويض هو قيام مال بدل مال مكافئ له، وهذا الضرر ليس بمال، فالتعويض عنه ضرب من أكل أموال الناس بالباطل^(١).

المناقشة: نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن هذا مبني على أن المنفعة ليست مالاً، ومن ثم فإن فواتها لا يوجب تعويضاً، وهذا غير مسلم، فإن الصحيح^(٢) أن المنفعة مال، بدليل الإجارة، فإنها عقد على المنافع.

الوجه الثاني: أنه لا دليل على اختصاص الضرر الذي يوجب التعويض بالضرر الوارد على الأعيان المالية دون المنافع.

[٢] أن رفع هذا الضرر يكون بالإجبار على التنفيذ لا بالتعويض^(٣)؛ كالمدين المماطل.

المناقشة: نوقش من وجهين:

(١) ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي للخفيف ص ٢٠.

(٢) وهو رأي الجمهور خلافاً للحنفية.

ينظر: المبسوط ٧٩/١١، ورد المختار ٣/٤، ١٠٠، وحاشية الدسوقي ٤٤٢/٣، وتخرىج الفروع على الأصول ص ٢٢٥، ٢٢٦، والنشور ٣/١٩٨، ٢٢٢، ومغني المحتاج ٤٥/٣، وكشاف القناع ٧٨/٤، وشرح منتهى الإرادات ٤٠١/٢.

(٣) ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي للخفيف ص ٢٠.

الوجه الأول: أن الإجماع على التنفيذ ليس كافياً لجبر الضرر المتمثل في حقوق خسارة مالية، أو فوات منفعة متحققة، كما لو امتنع الأجير عن سقي الزرع حتى تلف، فإن إجباره على سقيه لا يرفع الضرر^(١).

الوجه الثاني: أن القياس على المدين المماطل لا يصح، وذلك من وجهين:
الأول: أن الضرر المترتب على المماطلة في الدين ليس مالاً، والدين خلاف العين، فمنفعة الدين محتملة، ومنفعة العين متحققة.

الثاني: أن ترك تغريم المدين المماطل لما في تغريمه من الربا أو شبهته.

الترجيح:

يظهر للباحث - والله أعلم - رجحان القول الأول؛ لقوة أدلته، وضعف أدلة القول الآخر بما ورد عليها من المناقشة.

المسألة الخامسة: حقيقة الشرط الجزائي، وتكييفه الفقهي:

تقدم أن أرباب القانون مختلفون في طبيعة الشرط الجزائي القانونية، وأنهم في ذلك على أربع نظريات، وهي^(٢):

النظرية الأولى: أن الشرط الجزائي عقوبة خاصة، فيستحق بمجرد الإخلال بالعقد، دون التفات إلى قدر الضرر المحتمل نتيجة الإخلال بالالتزام. وهذه النظرية أخذ بها القانون الروماني.

النظرية الثانية: أن الشرط الجزائي مجرد اتفاق على مقدار التعويض المستحق عند الإخلال بالعقد، لا علاقة له بالضرر، فيجوز أن يزيد وينقص، ويستحق بمجرد الإخلال بالعقد دون نظر إلى الضرر.

(١) ينظر: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ص ٥٩.

(٢) ينظر: ص ١٥٢.

النظرية الثالثة: أن الشرط الجزائي تعويض اتفاقي احتمالي عن الضرر المحتمل نتيجة عدم تنفيذ العقد، أو التأخير فيه. وهذه النظرية تفتح الباب أمام القاضي لكي يعدل المبلغ المحدد مسبقاً في العقد، ليكون مساوياً للضرر الواقع فعلاً. وقد أخذ بهذه النظرية القضاء الفرنسي القديم.

النظرية الرابعة: أن الشرط الجزائي تعويض اتفاقي عن الضرر المحتمل نتيجة الإخلال بالعقد له بعض آثار العقوبة، فيشترط لاستحقاقه وقوع الضرر، ويجوز أن يزيد التعويض عن الضرر وأن ينقص عنه، ويحق للقاضي تعديله إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة عند طلب المتضرر.

فهل يجوز تكييف الشرط الجزائي فقهاً على إحدى هذه النظريات؟

النظرية الأولى: أن الشرط الجزائي عقوبة؛

لا يجوز تكييف الشرط الجزائي فقهاً على أنه عقوبة^(١) تعزيرية^(٢)،

(١) العقوبة لغة: المجازاة على الفعل. (ينظر: لسان العرب مادة "عقب" ٦١٩/١).

واصطلاحاً: زواج شرعية عن ترك واجب، أو فعل محرم (ينظر: الطرق الحكيمة ص ٢٦٥، وتبصرة الحكام ٢٠٠/٢).

وهي: إما حدود مقدرة، وإما تعزيرات غير مقدرة. (ينظر: الطرق الحكيمة ص ٢٦٥، وتهذيب الفروق ٢٠٤/٤).

(٢) التعزير لغة: الرد، والمنع، والتأديب، وهو من أسماء الأضداد فيأتي بمعنى التوقير، والتعظيم، والنصرة. (ينظر: لسان العرب مادة "عزر" ٥٦١/٤ - ٥٦٢، والمصباح المنير مادة "عزر" ص ٤٠٧).

واصطلاحاً: «عقوبة غير مقدرة شرعاً، تجب حقاً لله تعالى، أو لآدمي في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة غالباً». (معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص ١٠١، وينظر: التوقيف على مهمات التعريف ص ١٠١، والمبسوط ٣٦/٩، وتبصرة الحكام ٢٠٠/٢، ومغني المحتاج ١٩١/٤، والروض المربع ص ٦٧١).

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

بالمال^(١)؛ إذ ليس بين العقوبة المالية، والشرط الجزائي أي شبه سوى المعنى اللغوي العام إذ العقوبة جزاء، والشرط الجزائي فيه معنى الجزاء، وأما فيما عدا ذلك فلا وجه شبه بين الأمرين يوجب إلحاق الشرط الجزائي بالعقوبة المالية؛ إذ التعزير المالي عقوبة تأخذ حكم العقوبات التعزيرية، وخصائصها، والغرض

(١) اختلف الفقهاء في حكم التعزير بالمال على قولين:

القول الأول: عدم جواز التعزير بالمال، وهو قول جماهير العلماء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة.

(ينظر عند الحنفية: شرح فتح القدير ٥/١١٢-١١٣، ورد المختار ٣/١٧٨، والفتاوى الهندية ٢/١٦٧).

وعند المالكية: البيان والتحصيل ٩/٣٥٩، وحاشية الدسوقي ٤/٣٥٥، وبلغه السالك ٣/٤٩٦.

وعند الشافعية: الأم ٤/٢٦٥، والسنن الكبرى ٨/٢٧٩، والجواهر النقي ٨/٢٧٩.

وعند الحنابلة: المغني ١٢/٥٢٦، وكشاف القناع ٦/١٢٤، ومطالب أولي النهى ٩/١٨).
القول الثاني: جواز التعزير بالمال، وهو مروى عن أبي يوسف، وقال به بعض الحنفية، وبعض المالكية، وبعض الحنابلة، وهو قول شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم.

(ينظر عند الحنفية: شرح فتح القدير ٥/١١٢-١١٣، ورد المختار ٣/١٧٨، والفتاوى الهندية ٢/١٦٧).

وعند المالكية: تبصرة الحكام ٢/٢٠٣، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٤/٢٦٠.

وعند الحنابلة: مجموع الفتاوى ٢٨/١٠٩-١١٩، والفتاوى الكبرى ٥/٥٣٠، وإعلام الموقعين ٢/٩٨، والطرق الحكمية ص ٢٦٦-٢٦٧، وكشاف القناع ٦/١٢٥).

وللاستزادة ينظر: التشريع الجنائي ١/٧٠٥-٧٠٨، والحدود والتعزيرات عند ابن القيم ص ٤٩٦-٤٩٨، والتعزير في الشريعة الإسلامية لعبد العزيز عامر ص ٣٩٤-٤٠٩، وبحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة (التعزير بالمال لماجد أبو رحية) ١/٣٣٣-٣٥٤).

منها^(١)، ومنها ما يلي:

[١] أن العقوبات التعزيرية زواجر عن محظورات توقع استجابة لأمر الله وأمر رسوله ﷺ وتحقيقاً لأهداف الإسلام في الحياة والمجتمع، واستصلاحاً للأفراد والجماعة، وقطعاً لدابر الفساد، وزجراً للجنة^(٢).

[٢] أن العقوبات التعزيرية - ومنها التعزير بالمال - لا بد فيها من دليل يدل عليها، وهذا لا يتعارض مع ممارسة القاضي لسلطته التقديرية في العقوبة التعزيرية؛ لأنه يتقيد في تقديره بالضوابط والحدود التي رسمها الشرع، فلا يتجاوزها^(٣).

[٣] أن العقوبات التعزيرية - ومنها التعزير بالمال - موكولة لولي الأمر، فهو صاحب الحق في إيقاعها دون غيره^(٤).

[٤] أن المال المأخوذ تعزيراً يعود إلى بيت المال، أو إلى مستحقه^(٥).

[٥] أن العقوبة المالية تهدف إلى تحقيق أهداف العقاب وليس التعويض^(٦).

(١) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ١٥٥.

(٢) ينظر: العقوبات المالية للبشر ص ٣٤، والتشريع الجنائي ١/٦٨٦.

(٣) ينظر: الجريمة لأبوزهرة ص ١٦٦-١٦٧، والعقوبات المالية للبشر ص ٢٥٤-٢٥٥.

(٤) ينظر: العناية ١١٢/٥-١١٣، وشرح فتح القدير ١١٢/٥-١١٣، وحاشية سعدي جلبي

١١٢/٥، والبنية ٣٦٣/٦، والمعونة ١٤٠٦/٣، وأسهل المدارك ١٤٤/٣، والمنهاج

١٩٢/٤، ومغني المحتاج ١٩٣/٤، والمغني ٥٢٦/١٢، ومطالب أولي النهى ١٤/٩، ١٧،

والسياسة الشرعية ص ١٣٧، والموسوعة الفقهية الكويتية ١٢/٢٦١.

(٥) ينظر: العقوبات المالية للبشر ص ٢٦٨.

(٦) ينظر: العقوبات المالية للبشر ص ٢٦٨.

[٦] أن المجني عليه ليس له العفو عن العقوبة التعزيرية إلا فيما يتعلق به، دون ما يتعلق بالجماعة^(١).

فأين هذا من الشرط الجزائي؟ الذي هو شرط مقترن بالعقد يتضمن التزاماً بتعويض مقدر يستحق عند وقوع الضرر، فهو معاملة بين الأفراد لا علاقة له بالجنايات والعقوبات^(٢).

فالشرط الجزائي إذاً من باب المعاملات يقصد به تيسير التعامل وحفظ الحقوق، وضمان الضرر، أما التعزير المالي فمن باب العقوبات المتعلقة بالجنايات ومنعها وزجر المجرمين، وإصلاحهم، فالفرق بين الأمرين كبير جداً^(٣).

والقول بأن الشرط الجزائي عقوبة محضة يعود إلى قانون الرومان الوحشي الذي يقوم على فكرة الانتقام، ويعطي الأقوى حق معاقبة الأضعف دون رادع^(٤). والعقوبة في شرع الله حق أعطاه الله للحاكم لا لسواه من عامة الأمة، فهو المكلف والمؤمن على القيام به للوصول إلى العدل المنشود، وحتى لا تقع الأمة في الفوضى والاضطراب لو أعطي هذا الحق للجميع^(٥).

(١) ينظر: الأحكام السلطانية للماوردي ص ٣٨٨، والتشريع الجنائي ١/٧٧٧.

(٢) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ١٥٦.

(٣) ينظر: المصدر السابق.

(٤) ينظر: ص ١٥٢.

(٥) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ١٣٠.

النظرية الثانية: أن الشرط الجزائي مجرد اتفاق على مقدار التعويض لا علاقة له بالضرر:

لا يجوز تكييف الشرط الجزائي فقهياً على أنه مجرد اتفاق لا علاقة له بالضرر؛ لأن ذلك ظلم صريح تأباه العقول السليمة، وهو مبني على أن العقد شريعة المتعاقدين في القانون الوضعي، فللعاقدين الحرية المطلقة فيما يشترطانه من الشروط، وهذا المبدأ باطل في شريعة الله المنزهة عن كل حيف وجور^(١).

النظرية الثالثة: أن الشرط الجزائي تقدير للتعويض عن الضرر المحتمل؛ وللقاضي الحق في تعديله كي يساوي الضرر الواقع فعلاً.

النظرية الرابعة: أن الشرط الجزائي تعويض اتفاقي عن الضرر المحتمل له بعض آثار العقوبة:

وللقاضي الحق في تعديله إذا أثبت الملتزم أن الشرط الجزائي مبالغ فيه إلى درجة كبيرة.

وهاتان النظريتان هما الأقرب إلى العدل، ومن ثم إلى الشريعة المطهرة، إلا أن الأولى منهما تجعل الشرط الجزائي عديم الفائدة والجدوى، إذ لا فرق بينه وبين التعويض القضائي؛ لأنه يعطي القاضي حق التدخل في تعديل الشرط الجزائي مطلقاً. بينما النظرية الثانية لا تعطي القاضي حق التدخل في تعديل الشرط الجزائي إلا إذا أثبت الملتزم أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة تخرج عن حد العدل، وهذا هو الأسلم - في نظري - إذ به تتحقق المصلحة من الشرط، ويستقر التعامل، ويقل النزاع والاختلاف - والله أعلم -.

(١) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، ص ١٢٩.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

وليس معنى "أن له بعض آثار العقوبة" على هذه النظرية أن للمشتري حق الزيادة في تقدير التعويض عقوبة للملتزم على إخلاله بالالتزام، فإن ذلك لا يجوز في الشرع كما تقدم.

وإنما معنى ذلك أن التعويض متى اتفق عليه المتعاقدان، وتحرياً فيه العدل، فإنه لا يجوز للقاضي التدخل في تعديله، إلا إذا أثبت الملتزم أن التعويض أكبر بكثير من الضرر الواقع، فإنه في هذه الحال يجب الرجوع بالشرط إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من مصلحة، أو ما لحق من مضرة.

فتبين من ذلك أن حقيقة الشرط الجزائي أنه تقدير اتفاقي للتعويض عن الضرر المحتمل نتيجة الإخلال بالعقد قبل وقوعه.

وفيما يلي بيان للتخریجات الفقهية التي خرج عليها الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي:

التخريج الأول: أن الشرط الجزائي شرط مقترن بالعقد، ومن مصلحته، وفيه معنى الالتزام كسائر الشروط، والأصل في الشروط الصحة والإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه نصاً، أو قياساً - على القول الراجح^(١) - ولا دليل يدل على تحريم الشرط الجزائي، فيبقى على الأصل. ذهب إلى ذلك أكثر المعاصرين^(٢).

(١) ينظر: ص ٨٣.

(٢) ينظر: نظرية الشروط المقترنة بالعقد لشعبان ص ١٦٤، وأبحاث هيئة كبار العلماء ١/٢١٣، ومجلة البحوث الإسلامية، العدد الثاني ١٣٩٥هـ، ص ١٤٠، والشرط الجزائي للرويشد ص ٥٩٠-٥٩٤، والشرط الجزائي للشهري ص ١٦٤، وتوصيف الأقضية في الشريعة الإسلامية ٢٧/٣، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٢/٥٩، ١٦٥، ٢٢٣، ٢٣٠، والجامع في فقه النوازل ص ٦٤.

المناقشة: نوقش بأنه على التسليم بهذا الأصل - وهو الراجح - فإنه لا يصح الاستدلال به على إباحة شرط ما قبل معرفة طبيعته، وحقيقته، إذ قد يتبين بعد معرفة حقيقة الشرط، وفهم طبيعته معان تؤدي إلى تحريمه، فيكون حراماً للدلالة الدليل المحرم^(١).

وقد نبه على هذا المعنى وأكده شيخ الإسلام ابن تيمية، حيث قال: «فإذا ظهر أن لعدم تحريم العقود والشروط جملة وصحتها أصليين: الأدلة الشرعية العامة، والأدلة العقلية التي هي الاستصحاب، وانتفاء المحرم، فلا يجوز القول بموجب هذه القاعدة في أنواع المسائل، وأعيانها إلا بعد الاجتهاد في خصوص ذلك النوع، أو المسألة، هل ورد من الأدلة الشرعية ما يقتضي التحريم أم لا؟... فقد أجمع المسلمون وعلم من دين الإسلام: أنه لا يجوز لأحد أن يعتقد ويفتي بموجب هذا الاستصحاب والنفي إلا بعد البحث عن الأدلة الخاصة إذا كان من أهل ذلك، فإن جميع ما أوجبه الله ورسوله وحرمه الله ورسوله مغير لهذا الاستصحاب، فلا يوثق به إلا بعد النظر في أدلة الشرع لمن هو من أهل ذلك»^(٢).

والشرط الجزائي بعد معرفة حقيقته يتضمن معان محرمة، كما سيأتي في أدلة القائلين بفساده.

الإجابة: يجب بأنه لم يرد من الأدلة الشرعية ما يدل على تحريم الشرط الجزائي، فيبقى على الأصل، وما سيذكر من معان تؤدي إلى تحريمه مجاب عنها كما سيأتي - عند عرض الخلاف فيه -.

(١) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ١٢٥.

(٢) مجموع الفتاوى ١٦٥/٢٩ - ١٦٦، والفتاوى الكبرى ٩٩/٤.

التخريج الثاني: أن الشرط الجزائي يشبه العربون فيقاس عليه، ويعطى حكمه، وهو الجواز على القول الراجح^(١).

والعربون هو: ما يقدمه المشتري من مبلغ مالي معلوم عند عقد البيع، على أنه بالخيار، إن أمضى البيع كان ما قدمه جزءاً من الثمن، وإن رد البيع كان ما قدمه حقاً للبائع.

فهو عقد يثبت فيه الخيار للمشتري في إمضاء العقد، أو رده، فإذا أمضى البيع كان العربون جزءاً من الثمن، وإن رد البيع كان العربون حقاً للبائع، فهو خيار شرط يقابله شيء من المال في حال الرد. وأما البائع فإن العقد لازم بالنسبة له، لا يستطيع رده^(٢).

ووجه الشبه بين الشرط الجزائي والعربون، ما يلي:

[١] أن كلاهما التزام من أحد العاقدين للآخر^(٣).

[٢] أن كلاهما يقصد منه سلامة العقود من التلاعب بها، وحث المتعاقد على التنفيذ، وذلك بتخويله من مغبة عدم التنفيذ؛ لأن هذا يعرضه لخسارة العربون الذي دفعه وقت العقد، ودفع المبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي^(٤).

[٣] أن كلاهما تقدير للتعويض، فالشرط الجزائي تقدير للتعويض في حالة الإخلال بالعقد، والعربون تقدير للتعويض في حالة العدول عن العقد^(٥).

(١) سيأتي - إن شاء الله - تعريف العربون، وبيان حكمه في الفصل التالي.

(٢) ينظر: الغرر وأثره في العقود ص ١٠٢، والفقهاء الإسلاميين وأدلتهم للزحيلي ٤/٤٤٨ - ٤٤٩.

(٣) ينظر: نظرية الشروط المقترنة بالعقد لشعبان ص ١٦٤.

(٤) ينظر: المصدر السابق.

(٥) ينظر: مجلة مجمع الفقهاء الإسلاميين (بحث الضرب) ١٢/٢/٥٦.

هذا التشابه دعا بعض الباحثين^(١)، إلى القول بأن الشرط الجزائي من باب العربون، أو الاستدلال على جواز الشرط الجزائي بجواز العربون عند بعض الفقهاء.

يقول الشيخ مصطفى الزرقا - رحمه الله - : «ومن المعلوم أن طريقة العربون هي وثيقة الارتباط العامة في التعامل التجاري في العصور الحديثة، وتعتمدها قوانين التجارة وعرفها، وهي أساس لطريقة التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار»^(٢)، وهذا ما يسمى في الفقه الأجنبي الحديث: الشرط الجزائي^(٣).

وجاء في بحث هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية: «ويمكن أن يقال: بأن الشرط الجزائي يشبه بيع العربون في أن كلاً منهما شرط يوجب على من أخل بالشرط عقوبة مالية يجري تعيينها قبل حصول ذلك»^(٤).

المناقشة: نوقش ذلك من وجهين:

الوجه الأول: أنه قياس على أصل مختلف فيه، ومن شروط صحة القياس الاتفاق على حكم الأصل، وبيع العربون خالف فيه جمهور الفقهاء فقالوا بطلانه.

(١) ينظر: المدخل الفقهي العام ٤٩٥/١، وأبحاث هيئة كبار العلماء ٢٠٨/١، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد لشعبان ص ١٦٤، ومناقصات العقود الإدارية للمصري ص ٦٠، ٦٥، والشرط الجزائي للحموي ص ١٨٨، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢٠٥/٢/١٢.

(٢) المدخل الفقهي العام ٤٩٥/١.

(٣) المدخل الفقهي العام ٤٩٦/١.

(٤) أبحاث هيئة كبار العلماء ٢٠٨/١.

الوجه الثاني: على التسليم بجواز بيع العربون - وهو الراجح - إلا أن بينه وبين الشرط الجزائي فروقاً كثيرة تمنع من أن يكون الشرط الجزائي من باب العربون. ومن هذه الفروق ما يلي:

[١] أن بيع العربون يثبت به حق الخيار للمشتري "دافع العربون" بين إمضاء العقد بإكمال الثمن وتملك المبيع، وبين فسخ العقد في مقابل ما دفعه عربوناً عند العقد. أما الشرط الجزائي فلا يثبت به حق الخيار للملتزم به بين تنفيذ العقد وبين عدم التنفيذ وأداء التعويض المقدر بالشرط، بل يلزمه الوفاء بالالتزام الأصلي - تنفيذ العقد - ما دام ممكناً، ولا يصار إلى الشرط الجزائي إلا عند تعذر الوفاء بالالتزام الأصلي، أو التأخير في الوفاء به، إن كان الشرط الجزائي عن التأخير في الوفاء^(١).

[٢] أن العربون مقابل لحق العدول عن العقد، فلا يشترط لاستحقاقه لحق ضرر بالبائع من جراء رد البيع من قبل المشتري، بل يستحقه بمجرد الرد، ولو لم يلحقه أي ضرر، فلا أثر للضرر في استحقاق العربون، ولا في زيادته، أو نقصانه. أما الشرط الجزائي فهو تقدير للتعويض عن الضرر، فيشترط لاستحقاقه لحق الضرر بالملتزم له نتيجة عدم تنفيذ العقد، أو التأخير فيه. ويترتب على ذلك أن العربون لا يجوز للقاضي تخفيضه ولا إلغاؤه سواء حصل ضرر من جراء العدول عن العقد، أو لم يحصل، وسواء كان الضرر مناسباً للعربون أم غير مناسب.

(١) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني ٦٨١/٢، والبند الجزائي في القانون المقارن ص ٤٢، والتعويض القضائي والشرط الجزائي لمحمد شتا أبو سعد ص ٧٧.

وأما الشرط الجزائي فيجوز للقاضي تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة؛ ليكون مناسباً للضرر، ويجوز إلغاؤه فيما إذا لم يترتب على الملتزم له نتيجة الإخلال بالعقد أي ضرر^(١).

فالشرط الجزائي تقدير للتعويض عن الضرر، وأما العربون فهو مقابل لحق العدول عن العقد^(٢).

[٣] أن العربون لا يشترط لاستحقاقه خطأ المدين (المشتري)، واختياره للعدول عن العقد لا يمكن اعتباره خطأ؛ لأن ذلك حق له، منصوص عليه في العقد.

أما الشرط الجزائي فيشترط لاستحقاقه خطأ من المدين ترتب عليه ضرر للدائن، ولذلك ينتفي بانتفاء خطأ المدين^(٣).

[٤] أن العربون في حال إمضاء العقد يكون جزءاً من الثمن.

أما الشرط الجزائي فلا يكون مستحقاً في حال الوفاء بالالتزام وعدم الإخلال به^(٤).

[٥] أن العربون يشترط في حال العدول عن العقد، ولا يشترط في حال التأخير في التنفيذ، فليس ثمة عربون تأخير.

(١) ينظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٨٩/٢، والبند الجزائي في القانون المقارن ص ٤٢، والتعويض القضائي والشرط الجزائي لمحمد شتا أبو سعد ص ٧٧.

(٢) ينظر: المصادر السابقة.

(٣) ينظر: التعويض القضائي والشرط الجزائي لمحمد شتا أبو سعد ص ٧٧.

(٤) ينظر: المصدر السابق ص ٨٨.

أما الشرط الجزائي فيكون في حال عدم تنفيذ الالتزام، وفي حال التأخير فيه^(١).

[٦] أن العربون مبلغ مالي يدفع للدائن (البائع) عند التعاقد.

أما الشرط الجزائي فهو التزام بالتعويض عن الضرر بمبلغ مقدر، لا يستحق الدائن (الملتزم له) المطالبة به، إلا عند الإخلال بالعقد.

[٧] أن تحقق الشرط الجزائي لا يؤدي بالضرورة إلى فسخ العقد، أما العدول بموجب العربون فإنه يؤدي إلى فسخ العقد^(٢).

[٨] أن العربون يتفق عليه وقت التعاقد، ولا يتصور بعده، أما الشرط الجزائي فيجوز بعد العقد في اتفاق لاحق قبل وقوع الضرر^(٣).

الإجابة: يسلم بأن الشرط الجزائي ليس من باب العربون لما بينهما من فروق، ولكن ذلك لا يمنع من الاستدلال بالعربون على جواز الشرط الجزائي، وبيان ذلك أن في كل منهما تقديراً للتعويض عن الضرر قبل وقوعه، فإن قيل: إن العربون ليس تعويضاً عن ضرر، وإنما هو في مقابل حق العدول، فالجواب: أن علة استحقاق العربون كون العدول عن العقد مظنة للضرر، فإذا جاز التعويض عن ذلك قبل وقوعه، جاز التعويض عن الضرر المتحقق قبل وقوعه من باب أولى.

(١) ينظر: النظرية العامة للالتزام لعبد الحمي حجازي ١/٤٥١-٤٥٢.

(٢) ينظر: مجلة الحقوق والشريعة (أحكام العربون في الشريعة والقانون) لعبد السلام الترماني،

العدد الأول، ١٩٧٧م، ص ٦١، والشرط الجزائي للحموي ص ١٨٩.

(٣) ينظر: الشرط الجزائي للشهري ص ٨٠.

التخريج الثالث: أن الشرط الجزائي من باب ضمان العقد^(١)، فكما يستحق الثمن عند هلاك المبيع بيد البائع، وأرث العيب عند وجود العيب بالمبيع قبل القبض، فكذلك يستحق التعويض المقدر بالشرط الجزائي عند الإخلال بالعقد بعدم التنفيذ، أو التأخير فيه^(٢).

ووجه الشبه بين الشرط الجزائي، وبين ضمان العقد، ما يلي:

[١] أن كلا منهما سببه مخالفة العقد، أو شرط من الشروط المقترنة به.

[٢] أن تقدير التعويض يرجع فيه إلى ما تم الاتفاق عليه في العقد، فلا اعتبار

للمماثلة والمساواة بين التعويض والضرر الحاصل بالمخالفة.

وبناءً على ذلك فالشرط الجزائي جائز؛ لأنه من باب ضمان العقد، ولا

يشترط لصحته أن يكون مساوياً للضرر الواقع، وإنما المرجع في تقديره إلى ما تم

الاتفاق عليه في العقد؛ كضمان المعقود عليه بالعقد.

(١) الضمان بمعناه الأعم: «شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل». (الضمان في الفقه الإسلامي للخفيف ص ٥). وقيل هو: «شغل الذمة بحق أو تعويض عن ضرر». (نظرية الضمان لفيض الله ص ١٤).

وأسباب الضمان في الجملة أربعة: إلزام ائشارع، والفعل الضار، ووضع اليد غير المؤتمنة، والالتزام بالعقد (ضمان العقد). (ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي للخفيف ص ٩ وما بعدها، ونظرية الضمان لفيض الله ص ٢٠ وما بعدها، ونظرية الضمان الشخصي ص ٤٢ وما بعدها).

وضمان العقد هو: «شغل الذمة بسبب اتفاق الطرفين المتعاقدين لا بسبب إلزام الشارع». (نظرية الضمان لفيض الله ص ٢٥). والضمان الناشئ عن العقد إما أن يكون مطلقاً في جميع الحالات سواء كان هناك تعدد أو تفريط أم لا؟ وهذه هي عقود الضمان؛ كالبيع، والقسمة، والنكاح، والقرض، وإما أن يكون حال التعدي أو التفريط فقط، وهذه هي عقود الأمانة؛ كالوديعة، والوكالة، والشركة، وإما أن يكون من وجه دون وجه، وهذه هي العقود مزدوجة الأثر؛ كالإجارة، والرهن. (ينظر: نظرية الضمان لفيض الله ص ٢٥، ونظرية الضمان الشخصي ص ٤٦).

(٢) ينظر: الشرط الجزائي للحموي ص ٢٢٥، ٢٢٦، ٢٢٨، ٢٣٧، ٢٤٥، ٤٠٠ - ٤٠١.

المناقشة: نوقش بأن ثبت فروقاً جوهرية تمنع من إلحاق الشرط الجزائي بضمان العقد، ومنها:

[١] أن ضمان العقد يختص بما عيّن في العقد؛ كالمبيع، والتمن المعين. جاء في المنشور^(١): «ما هو ضمان عقد قطعاً، وهو ضمان العوض المعين في عقد المعاوضة المحضة؛ كالمبيع، والتمن المعين قبل القبض، وكذلك السلم في رأس المال المعين»، فهذه الأعيان وأمثالها تعد مضمونة ضمان عقد في يد من وجب عليه بالعقد تسليمها إذا تلفت قبل تسليمها، وضمانها عندئذ يكون بما يقتضيه العقد من بدل دون مراعاة لقيمتها كأساس في التقدير، فالمبيع عند هلاكه في يد البائع مضمون بالتمن فيسقط الثمن بهلاكه، ويبطل عقد البيع، ويرد الثمن إذا كان قد قبضه قبل ذلك، وكذلك الحكم عند هلاك الثمن إذا كان عيناً^(٢).

وأما الشرط الجزائي فلا علاقة له بالأعيان المعينة في العقد، بل هو تعويض عن ضرر يلحق الملتزم له بسبب عدم تنفيذ العقد، أو التأخير فيه.

[٢] أن المضمون ضمان عقد يجب ضمانه بحكم العقد، ولو لم يكن هناك شرط في ضمانه، كما لو وجد المشتري عيباً في السلعة فله ردها، أو أخذ الأرش بدون شرط^(٣)، أما الشرط الجزائي فلا يستحق بدون الشرط؛ إذ لو لم يكن هناك شرط لما استحق التعويض المقدر في العقد، فالشرط الجزائي ناتج عن شرط في العقد، وأما المضمون بالعقد فهو ناتج عن حكم العقد الأصلي^(٤).

(١) ٣٣٢/٢، وينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٦١.

(٢) ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي للخفيف ص ١٩، والنظريات الفقهية للدبريني ص ٢٢٥-٢٢٦.

(٣) ينظر: المغني ٢٢٥/٦، ٢٢٩.

(٤) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ١٤٠، والنظريات الفقهية للدبريني ص ٢٢٦.

[٣] أن تقدير ضمان العقد مرتبط بقيمة العقد، أما الشرط الجزائي فتقديره مستقل عن قيمة العقد^(١).

[٤] أن ضمان العقد واجب على كل حال سواء كان الهلاك بسبب الملتزم أم لا، فإذا تلف المبيع مثلاً بأفة سماوية قبل تسليمه فهو من ضمان البائع، فيكون مضموناً بالثمن المتفق عليه في العقد، خلافاً للشرط الجزائي فلا يستحق التعويض به إلا إذا وقع تعد أو تفريط من الملتزم، أما لو لم يحصل منه تعد ولا تفريط فلا يستحق الشرط الجزائي، كما لو كان الضرر بسبب آفة سماوية. وبعبارة أخرى: الشرط الجزائي من شروط استحقاقه التعدي أو التفريط من الملتزم، أما ضمان العقد فلا يشترط له ذلك^(٢).

[٥] أن للقاضي السلطة في تعديل الشرط الجزائي في حالة الزيادة الفاحشة، خلافاً لضمان العقد، فلا سلطة للقاضي في تعديله، بل يستحق بمقدار ما وقع عليه التراضي في العقد^(٣).

[٦] أن المضمون بالعقد يجب ضمانه في العقد الصحيح والفاسد^(٤)، أما الشرط الجزائي فلا يجب إلا إذا كان العقد صحيحاً، أما إذا فسد العقد فإن الشرط يسقط تبعاً له؛ لأنه التزام تابع.

التخريج الرابع: أن الشرط الجزائي تعويض اتفاقي مقدر جزافاً قبل وقوع الضرر^(٥).

(١) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ١٤٠.

(٢) ينظر: المصدر السابق ص ١٤٠-١٤١.

(٣) ينظر: الضمان للخصيف ص ١٩، ونظرية الضمان لفيض الله ص ٦٧، والشرط الجزائي وأثره في العقود ص ١٤١.

(٤) ينظر: نهاية المحتاج ٢٨٢/٤، والمغني ١٨١/٧.

(٥) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة للدكتور محمد بن عبدالعزيز اليميني ص ١٥٧.

فالشرط الجزائي معاملة مستحدثة لا مثل لها في الفقه الإسلامي ، ولا شبيهه^(١) ، يمكن أن يكيف الشرط الجزائي على وفقه بناءً على الاتفاق في المعنى الأصلي للشرط الجزائي ، وإن وجد بعض أوجه الشبه بين الشرط الجزائي وبعض المعاملات ، فإنها أوجه شبه ظاهرية لا يمكن من خلالها تكيف الشرط الجزائي التكيف الذي يبين حكمه^(٢) .

ولهذا يجب أن ينظر إلى الشرط الجزائي من خلال حقيقته للوصول إلى حكمه الشرعي ، وحقيقته أنه تعويض اتفاقي مقدر جزافاً قبل وقوع الضرر ، ولا يستحق إلا بعد وقوع الضرر .

وبناءً على ذلك فإن الشرط الجزائي شرط فاسد ، لما يلي :

[١] أنه تقدير للتعويض عن الضرر قبل وقوعه ، وقد تقدم أنه لا يجوز تقدير التعويض عن الضرر قبل وقوعه ؛ لما في ذلك من الغرر ، والقمار ، وأكل المال بالباطل^(٣) .

[٢] أن تقدير التعويض عن الضرر موكول إلى القضاء في جميع الأحوال ، فلا يجوز تقديره مقدماً بالشرط الجزائي .

[٣] أن الشرط الجزائي يستحق ، وإن تبين أنه يزيد عن الضرر ما لم تكن الزيادة فاحشة جداً ، وقد تقدم أن التعويض عن الضرر يشترط له المساواة ، وعدم الزيادة أو النقصان عن الضرر .

[٤] أن الشرط الجزائي يعوض فيه عن الأضرار الأدبية ، والمعنوية ، وقد تقدم أنه لا يجوز التعويض المالي عنها^(٤) .

(١) ينظر : مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥٩/٢/١٢ .

(٢) ينظر : الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ١٥٧ .

(٣) ينظر : ص ٣٣٢-٣٣٣ .

(٤) ينظر : ص ٣٤٥ .

المناقشة: يناقش بالتسليم بأن الشرط الجزائي تعويض اتفاقي عن الضرر قبل وقوعه، لكن لا يسلم ما رتب على ذلك من الحكم بفساده لما ذكر، لورود المناقشة عليه، وذلك في وجوه:

الوجه الأول: يسلم بأن الأصل في تقدير التعويض أن يكون بعد وقوع الضرر، ولكن ذلك لا يمنع من تقديره قبل وقوع الضرر إذا دعت الحاجة لذلك، وما قد يكون في ذلك من غرر مغتفر لدعاء الحاجة إليه، والشرط الجزائي تمس الحاجة إليه، وفيه من المصلحة واحترام الوفاء بالعقود والالتزامات ما يربو على ما فيه من مفسدة الغرر اليسير.

الوجه الثاني: لا يسلم بأن تقدير التعويض عن الضرر موكول إلى القضاء في جميع الأحوال، إنما هذا عند التنازع والاختلاف، فإذا اتفق المتعاقدان على تقدير التعويض جاز ذلك دون الرجوع إلى القضاء.

الوجه الثالث: يسلم بأن تقدير التعويض بعد وقوع الضرر يشترط له المساواة، وعدم الزيادة أو النقصان عن الضرر الواقع، لكن تقدير التعويض عن الضرر قبل وقوعه بالشرط لا يشترط فيه العلم بالمساواة، بل يكفي في تقديره تحري العدل، وذلك لدعاء الحاجة لذلك بخلاف تقدير التعويض بعد وقوع الضرر.

الوجه الرابع: أن الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي إنما يعوض فيه عن الأضرار المادية، وما فات من كسب مؤكد، أو ما لحق من خسارة، ولا يجوز التعويض فيه عن الأضرار الأدبية أو المعنوية.

وللوصول إلى حكم هذا الشرط لا بد من استعراض أقوال المعاصرين فيه، وما استدل به أصحاب كل قول، وما ورد على أدلته من مناقشة، ومن ثم الوصول إلى القول الراجح.

وذلك في المسألة الآتية.

المسألة السادسة: خلاف الفقهاء المعاصرين في حكم الشرط الجزائي؛

اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم الشرط الجزائي في غير الديون على ثلاثة

أقوال:

القول الأول: جواز الشرط الجزائي في غير الديون.

ذهب إلى ذلك جمهور المعاصرين.

وبه صدر قرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، حيث جاء فيه

ما يلي: «لذلك كله فإن المجلس يقرر بالإجماع: أن الشرط الجزائي الذي يجري

اشتراطه في العقود^(١)، شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر

في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً، فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى

يزول. وإذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي، ويكون

بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية، فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل

والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة. ويرجع تقدير ذلك

عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر عملاً بقوله

تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾^(٢)، وقوله سبحانه: ﴿وَلَا

يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾^(٣)، وبقوله ﷺ:

(١) المراد بالعقود هنا: العقود التي يكون محل الالتزام فيها القيام بعمل من الأعمال؛ كتوريد

سلعة، أو إنشاء مبنى، أو صناعة شيء، أو رعي غنم، أو حصد زرع، أو نحو ذلك، أما إذا

كان محل الالتزام ديناً؛ كئتمن سلعة حال أو مؤجل، أو مسلم فيه، أو قرض فحكمه داخل في

الشرط الجزائي في الديون، وهو التحريم اتفاقاً كما تقدم. فهذا العموم في القرار غير مراد.

(٢) سورة النساء من الآية (٥٨).

(٣) سورة المائدة من الآية (٨).

(لا ضرر ولا ضرار)^(١)، وبالله التوفيق^(٢).

وقرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة، حيث جاء فيه ما يلي: «يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً؛ فإن هذا من الربا الصريح. وبناءً على هذا فيجوز هذا الشرط - مثلاً - في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه. ولا يجوز - مثلاً - في البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية سواء كان بسبب الإعسار، أو المماطلة، ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه^(٣).

وقرار دار الإفتاء المصرية^(٤)، وفتوى الهيئة الشرعية في بيت التمويل الكويتي^(٥). وأقرته هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، حيث جاء في معيار المدين المماطل ما يلي: «يجوز النص على الشرط الجزائي في عقود المقاولات، وعقود الاستصناع، وعقود التوريد^(٦).

القول الثاني: جواز الشرط الجزائي إذا كان لعدم التنفيذ، وعدم جوازه إذا كان لأجل التأخير في التنفيذ.

(١) تقدم تخريجه: ص ٢٤٤.

(٢) مجلة البحوث الإسلامية، العدد الثاني ١٣٩٥ هـ، ص ١٤١-١٤٢، وأبحاث هيئة كبار العلماء ٢١٤/١.

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣٠٦/٢/١٢.

(٤) ينظر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ٨٥٩/٢.

(٥) ينظر: الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية ٣٣/١، الفتوى رقم (٦).

(٦) المعايير الشرعية ص ٣٥.

ذهب إلى ذلك بعض المعاصرين^(١).

القول الثالث: عدم جواز الشرط الجزائي مطلقاً في الديون وغيرها.

ذهب إلى ذلك بعض المعاصرين^(٢).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بجواز الشرط الجزائي في غير الديون، بما يلي:

(١) منهم: الدكتور رفيق المصري كما في كتابه مناقصات العقود الإدارية ص ٦٥.

وحسن الجواهري كما في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣١٠/٢/٩.

(٢) ومنهم: الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود كما في كتابه أحكام عقود التأمين ص ١٢٣،

١٢٧، ١٢٨.

والشيخ سيد عبد الله علي حسين كما في كتابه المقارنات التشريعية ٨٥٤/٢.

والدكتور محمد بن عبد العزيز اليميني كما في رسالته: الشرط الجزائي وأثره في العقود

المعاصرة ص ٢٢٦.

وينظر: الشرط الجزائي في المعاملات المالية والمصرفية في مجلة كلية الدراسات الإسلامية

والعربية، دولة الإمارات العربية المتحدة، العدد الخامس والعشرون، ص ١٢٢.

وذهب كل من: عبد الرزاق السنهوري، وعلي الخفيف، وفتحي الدريني، ومحمد حافظ

صبري، وشفيق شحاته إلى أن الضرر الحاصل بسبب الامتناع عن الوفاء بالعقد، أو التأخير

في تنفيذه لا يوجب التعويض في الفقه الإسلامي، ولازم هذا القول هو عدم جواز الشرط

الجزائي؛ لأنهم أنكروا جواز جوهره، وأصله، وهو التعويض عن الضرر الحاصل بسبب

عدم تنفيذ العقد، أو التأخير فيه. (ينظر: مصادر الحق ١٦٨/٦، ١٧١، والضمان للخفيف

ص ١٧، ٥٥، ٥٦، ٢١٣، والنظريات الفقهية للدريني ص ١٩٦، ٢٢٦، والمقارنات

والمقابلات لحافظ صبري ص ٢٢، والشرط الجزائي للحموي ص ٢٠٤-٢١١).

[١] أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الصحة والإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه نصاً أو قياساً، والشرط الجزائي لم يأت دليل يدل على تحريمه فيبقى على الأصل^(١)، وساقوا الأدلة العامة الدالة على هذا الأصل؛ كقول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢)، وقول النبي ﷺ: (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حراماً حلالاً، أو أحل حراماً)^(٣)، وغيرها مما تقدم ذكره في مسألة "الأصل في الشروط"^(٤).

المناقشة: نوقش بأنه لا يسلم بأنه لا دليل على تحريم الشرط الجزائي، بل الأدلة متوافرة ومتضافرة على تحريمه، كما سيتبين في أدلة القول الثالث، ومن ثم فلا يصح الاحتجاج بهذا الأصل^(٥).

الإجابة: يجب أن ما ذكر من أدلة تدل على تحريمه لا يسلم بها، بل ترد عليها المناقشة، كما سيتبين عند إيرادها، ومن ثم يبقى الاستدلال بهذا الأصل على جواز الشرط الجزائي قائماً.

[٢] الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعقود، وأداء الأمانة، ووجوب العدل، ووجوب رفع الضرر وإزالته، كقول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا

(١) ينظر: نظرية الشروط المقترنة بالعقد لشعبان ص ١٦٤، وأبحاث هيئة كبار العلماء ٢١٣/١، والشرط الجزائي للحموي ص ١٧٦، والشرط الجزائي في المعاملات المالية للزحيلي في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، العدد الخامس والعشرون، ص ١٢٢ - ١٢٣.

(٢) سورة المائدة من الآية (١).

(٣) تقدم تخرجه: ص ٦٩.

(٤) ينظر: ص ٦٦ - ٧٤.

(٥) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ٢١٧.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

بِالْعُقُودِ^(١)، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾^(٣)، وقول النبي ﷺ: **(لا ضرر ولا ضرار)**^(٤)، فإذا تعاقد المتعاقدان عقداً صحيحاً وجب الوفاء به وبما فيه من التزامات، وما تضمنه من شروط، وصارت الذمة مشغولة به حتى يؤديه في موعده وبشروطه، وعدم الوفاء به، أو تأخير أدائه عن موعده يعد من الظلم، وهو خلاف ما أمر الله به من العدل، ومن الضرر الذي يجب رفعه وإزالته، سواء أكان الضرر مادياً، أو معنوياً، لعموم الحديث، ويعد هذا من قبيل التعدي بالتسبب الموجب للتعويض عن الضرر الناشئ عنه، ولا طريق إلى إزالة الضرر الواقع إلا بإيجاب التعويض^(٥).

المناقشة: نوقش ذلك من وجهين:

الوجه الأول: لا خلاف أن عدم الوفاء بالعقد، أو التأخير في تنفيذه قد يترتب عليه ضرر بالعاقد الآخر، ولو معنوياً، وأن ذلك من الضرر الذي يجب رفعه وإزالته، وأن الملتزم ظالم وآثم بذلك إذا كان من غير عذر شرعي، لكن من أين لكم الدليل على أن رفع الضرر لا يكون إلا بالتعويض المالي عنه، إذ إن رفع الضرر يكون بالإجبار على التنفيذ، وتعزيز التعدي بالحبس، والتوبيخ، والضرب، ونحو ذلك.

(١) سورة المائدة من الآية (١).

(٢) سورة النساء من الآية (٥٨).

(٣) سورة النحل من الآية (٩٠).

(٤) تقدم تخريجه: ص ٢٤٤.

(٥) ينظر: الشرط الجزائي للحموي ص ١٦٥ - ١٧٤.

ومن أين لكم الدليل على أن كل ضرر يوجب التعويض المالي عنه، وقد تقدم أن الضرر المعنوي، أو الأدبي لا يعرض عنه بالمال، وأن التعويض المالي لا يكون إلا عن الضرر المادي^(١).

الإجابة: يجاب بالتسليم أن الضرر المعنوي أو الأدبي لا يعرض عنه بالمال، لكن الضرر المادي تبقى الأدلة قائمة على وجوب التعويض عنه بالمال.

الوجه الثاني: على التسليم بأن الضرر يعرض عنه ولو معنوياً، لكن ليس في أدلتكم ما يدل على أن تقدير التعويض يكون قبل وقوع الضرر، وإنما فيها وجوب إزالة الضرر ورفعته وهذا لا خلاف فيه، وقد تقدم أن تقدير التعويض عن الضرر لا يكون إلا بعد وقوعه ومعرفة قدره؛ لأن تقدير التعويض عن الضرر قبل وقوعه قد يؤدي إلى زيادة التعويض عن الضرر، وفي ذلك أكل لأموال الناس بالباطل، مع ما فيه من الجهالة، والغرر، وما يؤديان إليه من النزاع والاختلاف^(٢).

الإجابة: يجاب بأن تقدير التعويض - عن الضرر الحاصل بالإخلال بالالتزام قبل وقوعه - تجب مراعاة العدل فيه، وتراضي الطرفين عليه، وتحديد مبلغ معلوم، فإذا وقع الضرر بسبب الإخلال بالعقد من الملتزم وجب الوفاء بالشرط تعويضاً عن الضرر، وليس في ذلك أكل للمال بالباطل، وما فيه من غرر مغتفر لدعاء الحاجة إليه، فإذا تبين مخالفة الشرط للعدل وتجاوزه للحد المعقول، وجب الرجوع فيه للعدل، والإنصاف على حسب ما فات من مصلحة، أو ما لحق من مضرة.

(١) ينظر: ص ٣٣٣، ٣٤٥.

(٢) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ٢١٧.

[٣] أن الشرط الجزائي من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد؛ إذ هو حافز لإكمال العقد في وقته، فكان شبيهاً باشتراط الرهن، والكفيل^(١).

المناقشة: نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن وجود بعض المصالح في الشرط الجزائي لا يدل على إباحته، كما قال الله تعالى عن الخمر والميسر: ﴿يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾^(٢)، والشرط الجزائي وإن كان فيه مصالح فقد قامت الأدلة على إلغائها فهي مصالح ملغاة^(٣)، كما سيتبين من أدلة القول الثالث.

الإجابة: يجب بأن الأصل في المعاملات والشروط الإباحة لا سيما ما تدعو الحاجة إليه، ويترتب عليه من المصالح ما لا يتحقق بدونه، فإنه لا يجوز القول بتحريمه إلا بدليل واضح بين، ودعوى أن المصالح في الشرط الجزائي ملغاة تحتاج إلى إثبات، وما سيذكر من أدلة تدل لذلك ترد عليها المناقشة كما سيأتي.

الوجه الثاني: أن القياس على اشتراط الرهن والكفيل قياس مع الفارق، وذلك لما يلي:

(أ) أن الشرط الجزائي تعويض عن ضرر، وأما الرهن والكفالة فإنهما للاستيثاق والاستيفاء وليس فيهما تعويض عن ضرر^(٤).

(١) ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ١/٢٠٤.

(٢) سورة البقرة من الآية (٢١٩).

(٣) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ٢١٧-٢١٨.

(٤) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٢/٥٨.

(ب) أن الرهن عين معلومة مقبوضة قبل حصول الماطلة في الوفاء، يستوفى منها الدين أو من ثمنها، أما الشرط الجزائي فهو تقدير للتعويض عن الضرر قبل حصوله، ولا يستحق إلا بعد وقوع الضرر^(١).

(ج) أن الكفالة التزام من طرف آخر يضم ذمته إلى ذمة المدين، بينما الشرط الجزائي التزام من أحد المتعاقدين^(٢).

(د) في الكفالة الدائن مخير بين مطالبة المدين أو الكفيل بالمال^(٣)، أما صاحب الشرط الجزائي فليس مخيراً بين الالتزام الأصلي بالعقد وبين الشرط الجزائي، فلا يحق له المطالبة بالشرط الجزائي إلا في حالة تعذر الالتزام الأصلي^(٤).

الإجابة: يجب بأن الاستدلال بالرهن والكفالة ليس من باب القياس الذي يشترط له عدم وجود الفارق المؤثر بين الأصل والفرع، وإنما هو من باب أن في كل مصلحة للعقد، وما كان من هذا الباب جاز اشتراطه.

[٤] أن في القول بتصحيح الشرط الجزائي سداً لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله، وسبباً من أسباب الحفز على الوفاء بالعهود والعقود تحقيقاً لقول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^{(٥)(٦)}.

المناقشة: نوقش بالوجه الأول من مناقشة الدليل السابق.

(١) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ١٤٦.

(٢) ينظر: المصدر السابق ص ١٤٣.

(٣) سيأتي الخلاف في موجب الكفالة - إن شاء الله - في الفصل السادس.

(٤) ينظر: الوسيط للسنهوري ٨٦١/٢.

(٥) سورة المائدة من الآية (١).

(٦) ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ٢١٤/١.

الإجابة: يجب بأنها قد تقدمت الإجابة عن هذا الوجه عند ذكره.

[٥] أن الشرط الجزائي يشبه بيع العربون في أن كلاً منهما شرط يوجب على

من أخل بالعقد عقوبة مالية يجري تعيينها قبل حصول ذلك^(١).

المناقشة: نوقش من أربعة أوجه:

الوجه الأول: أن العربون مختلف في حكمه، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى

عدم جوازه^(٢)، فلا يصح القياس عليه.

الإجابة: يجب بأن الراجح الذي تدل عليه الأدلة الصحيحة هو القول

بجوازه، فالقياس صحيح.

الوجه الثاني: لا يسلم بأن العربون عقوبة مالية، بل الفقهاء مختلفون في

حقيقته، فقال بعضهم: إنه هبة^(٣). وقال بعضهم: إنه تعويض^(٤). «ولعل

العربون هو أقرب إلى الجابر "التعويض" منه إلى الزاجر (العقوبة أو الغرامة)»^(٥). ولا

يسلم أيضاً بأن الشرط الجزائي عقوبة مالية، بل هو تعويض عن ضرر، يشترط

لاستحقاقه وقوع الضرر.

الإجابة: يجب بأن القياس يصح إذن؛ لأنهما إما أن يكونا عقوبة، أو

تعويضاً عن ضرر.

(١) ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ٢٠٨/١.

(٢) سيأتي - إن شاء الله - بيان خلاف الفقهاء في حكم العربون في الفصل الثاني.

(٣) ينظر: المجموع ٣٣٥/٩، وروضة الطالبين ٣٩٩/٣.

(٤) ينظر: المغني ٣٣٢/٦.

(٥) بيع العربون لرفيق المصري ص ١٨.

الرد: رد بأن العربون ليس عقوبة، ولا تعويضاً عن ضرر، وإنما هو في مقابل حق العدول عن العقد، بدليل أنه لا يشترط لاستحقاقه وقوع الضرر.

الإجابة: يجب بأن العربون وإن كان في مقابلة حق العدول عن العقد، إلا أن العلة في استحقاقه هي كون العدول عن العقد مظنة للضرر، فإذا جاز التعويض عن ذلك قبل وقوعه، جاز التعويض بالشرط الجزائي عن ضرر الإخلال بالعقد قبل وقوعه من باب أولى، إذ هو تعويض عن ضرر حقيقي.

الوجه الثالث: ما تقدم ذكره من فروق بين الشرط الجزائي والعربون، تمنع من إلحاق الشرط الجزائي بالعربون^(١).

الإجابة: أجيب بأن ما تقدم ذكره من فروق بين الشرط الجزائي والعربون لا يستحق تفريقاً في الحكم الشرعي بينهما^(٢).

الوجه الرابع: على التسليم بأن الشرط الجزائي يشبه العربون، وإنما يشبهه إذا كان عن عدم التنفيذ، لا إذا كان عن التأخير في التنفيذ؛ لأنه إذا كان عن التأخير في التنفيذ فإن الملتزم له يحصل على الشرط الجزائي عن التأخير مع تنفيذ العقد، وذلك بخلاف العربون، فإنه لا يجمع فيه بين تنفيذ العقد واستحقاق العربون.

الإجابة: يمكن أن يجب عن ذلك فيقال: إن شبه الشرط الجزائي بالعربون إنما هو من جهة تقدير التعويض عن الضرر المترتب على الإخلال بالعقد قبل وقوعه، فإذا كان ذلك جائزاً في العربون فكذلك في الشرط الجزائي، وبالتالي لا فرق في تقدير التعويض بين عدم التنفيذ، أو التأخير فيه.

(١) ينظر: ص ٣٦٠ - ٣٦٢.

(٢) ينظر: بيع العربون لرفيق المصري ص ٣٣.

[٦] ما جاء عن ابن سيرين - رحمه الله - أنه قال: «قال رجل لكريه أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا، فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه»^(١).

وجه الدلالة: هذا الأثر عن شريح صريح في جواز الشرط الجزائي عن عدم التنفيذ؛ إذ هو تعويض عن الضرر اللاحق بسبب عدم تنفيذ العقد^(٢).

المناقشة: نوقش من وجهين:

الوجه الأول: أنه لا وجه شبه بين هذه المسألة التي حكم فيها القاضي شريح وبين الشرط الجزائي، وأوجه الاختلاف بينها وبين الشرط الجزائي، هي أوجه الاختلاف بين العربون والشرط الجزائي^(٣)، ثم إن حكم شريح في هذه المسألة خالفه فيه الناس كما يقول ابن حجر^(٤).

الإجابة: يجاب بأن هذه المسألة هي أقرب إلى الشرط الجزائي منها إلى العربون؛ لأن العربون يقبض مقدماً عند العقد، وفي هذه المسألة لا يكون القبض إلا عند عدم الخروج، وعدم تنفيذ العقد. وعلى التسليم بأن هذه المسألة تشبه العربون، فقد تقدم توجيه الاستدلال بالعربون على جواز الشرط الجزائي.

الوجه الثاني: أن هذه المسألة إن سلمت دلالتها على جواز الشرط الجزائي، فإنها إنما تدل على جوازه عن عدم التنفيذ فقط، لا عن التأخير في التنفيذ.

(١) تقدم تخريجه: ص ١٧٧.

(٢) ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ٢١١/١، والمدخل الفقهي العام ٤٩٦/١، ٧١٨/٢.

(٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (بحث الضرير) ١٢/٢/٥٧ - ٥٨.

(٤) ينظر: فتح الباري ٤١٨/٥.

الإجابة: يجب بأنه إذا جاز الشرط الجزائي عن عدم التنفيذ، جاز عن التأخير في التنفيذ؛ إذ هو في كلا الحالين تعويض عن الضرر قبل وقوعه.

[٧] أن الحاجة إلى الشرط الجزائي حاجة عامة، فقد شاع الشرط الجزائي في ميدان التعامل، فقلما تجد عقداً من عقود المقاولات، أو التوريد، أو الاستصناع يخلو من هذا الشرط، وأصبحت الحاجة إليه ماسة على مستوى الأفراد والمؤسسات، وعموم الحاجة مما يأخذه الشرع بالاعتبار، ولذا كان من القواعد الفقهية المعتمدة: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة»^(١)، و«الحاجة إذا عمت كانت كالضرورة»^(٢)، فهذه القواعد تدل على مراعاة الحاجة، وأنها تنزل منزلة الضرورة، فيباح ما كان فيه حاجة عامة، ولو اشتمل على بعض المحاذير، ولهذا جاز الاستصناع للحاجة، ودخول الحمام بالأجرة مع جهالة المكث فيه، وما يستعمل من مائه، ونحو ذلك^(٣). قال ابن تيمية - رحمه الله - : «فكل ما احتاج الناس إليه في معاشهم، ولم يكن سببه معصية هي: ترك واجب، أو فعل محرم، لم يحرم عليهم؛ لأنهم في معنى المضطر الذي ليس بباغ ولا عاد»^(٤). وقال ابن القيم - رحمه الله - : «وفي المنع مما يحتاجون إليه من البيع ضرر أعظم من ضرر المخاطرة، فلا يزال أدنى

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٨، والأشباه والنظائر لابن نجيم ١٢٦/١، والمنثور ٢٤/٢. وينظر: غياث الأمم في التياث الظلم ص ٢١٩، وقواعد الأحكام ١٨٨/٢، وشرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٠٩، والقواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير ١/٢٤١.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٨، والمنثور ٢٤/٢.

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٢٦/١.

(٤) القواعد النورانية ص ١٦٥.

الضررين بأعلاهما، بل قاعدة الشريعة ضد ذلك، وهو دفع أعلى الضررين باحتمال أدناهما»^(١). فإذا دعت حاجة الناس إلى معاملة فيها غرر - مثلاً - فإنه يكون من الغرر المعفو عنه، قال ابن رشد - رحمه الله - في ضابط الغرر غير المؤثر: «اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين (مؤثر، وغير مؤثر) وأن غير المؤثر هو اليسير، أو الذي تدعو إليه الضرورة، أو ما جمع الأمرين»^(٢)، وقال ابن تيمية: «والشارع لا يحرم ما يحتاج الناس إليه من البيع لأجل نوع من الغرر، بل يبيح ما يحتاج إليه من ذلك»^(٣).

المناقشة: نوقش بأنه لا يسلم بوجود حاجة ماسة إلى الشرط الجزائي، ففي التعويض عن الضرر بعد وقوعه غنية عن تقدير التعويض بالشرط الجزائي مسبقاً وجزافاً قبل وقوع الضرر^(٤).

الإجابة: يجب بأن الحاجة ماسة وشديدة إلى الشرط الجزائي، وليس في التعويض القضائي بعد وقوع الضرر غنية عن التعويض بالشرط الجزائي؛ لأن التعويض القضائي خاصة في هذا العصر يكلف الكثير من الجهد، والوقت، والمال، ويقع النزاع والاختلاف في تقدير الضرر والتعويض عنه، بل إن بعض القضاة لا يرون التعويض - أصلاً - عن الضرر الحاصل بالإخلال في العقود والالتزامات، ومن ثم فالحاجة ماسة وشديدة إلى الاتفاق على تقدير التعويض عن الضرر الحاصل بالإخلال في العقود والالتزامات بالشرط الجزائي.

(١) إعلام الموقعين ٧/٢.

(٢) بداية المجتهد ٢/٢٧٥، وينظر: المجموع ٩/٢٥٨.

(٣) مجموع الفتاوى ٢٩/٢٢٧.

(٤) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ٢٢٠.

[٨] دليل العرف، والعرف مما يقره الشرع إذا لم يصادم نصاً شرعياً، والشرط الجزائي قد جرى عرف الناس به في عقودهم لا سيما عقود المقاولات، والتوريد، والاستصناع، وعرف التعامل بالشرط الجزائي عرف صحيح شرعاً؛ لأنه لا يعارض دليلاً شرعياً، ولا يبطل واجباً، ولا يحل حراماً، فهو جائز وصحيح^(١).

المناقشة: نوقش بأنه لا يسلم عدم مخالفة هذا العرف للأدلة الشرعية، إذ قد دلت الأدلة على منع الشرط الجزائي - كما سيأتي - فلا اعتبار لعرف التعامل به ما دام يخالف الشرع^(٢).

الإجابة: يجاب بأنه لا يسلم مخالفة هذا العرف للشرع، بل الأدلة والأصول الشرعية، والقواعد الفقهية تدل على جوازه كما تقدم، وما سيذكر من أدلة تدل على تحريم الشرط الجزائي ستأتي مناقشتها.

[٩] مبدأ السياسة الشرعية: فالعمل بمبدأ السياسة الشرعية يؤدي إلى القول بشرعية الشرط الجزائي؛ لأنه وإن لم يرد في مشروعيته نصوص صريحة خاصة، إلا أننا لو نظرنا إلى الشرط الجزائي من خلال مبدأ السياسة الشرعية فإننا نستطيع القول بأن الحكم بجوازه يدخل في إطار هذا المبدأ، وإن لم يدل عليه دليل خاص، ولكنه لا يصادم دليلاً معيناً، ويحقق مصلحة ملائمة، ولا يصادم قواعد الشريعة، ولذلك فإن القاضي يستطيع الحكم بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالملتزم له من جراء عدم تنفيذ العقد، أو التأخير في تنفيذه، أو الحكم بالتعويض المقدر في الشرط الجزائي الذي اتفق عليه المتعاقدان ما دام

(١) ينظر: الشرط الجزائي للحموي ص ١٧٧، والشرط الجزائي للشهري ص ١٦٣.

(٢) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ٢١٨.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

في حدود المعقول، وذلك بمقتضى السلطة التقديرية الممنوحة له فيما لا نص فيه عملاً بمبدأ السياسة الشرعية من إقامة العدل، وإحقاق الحق، ودفع الضرر^(١).

المناقشة: نوقش بأن العمل بالسياسة الشرعية هو فيما لم يرد بحكمه دليل، أو الأمور التي من شأنها التغير والتبدل^(٢)، والشرط الجزائي قد دلت الأدلة الظاهرة على عدم جوازه فلا مدخل فيه للسياسة الشرعية^(٣).

الإجابة: يجاب بأنه لا يسلم بأن الأدلة الظاهرة تدل على عدم جوازه، بل على العكس من ذلك كما تقدم.

[١٠] يستدل على جواز الشرط الجزائي في عقود المقاولات ونحوها بقاعدة وجود المقتضي، وانتفاء المانع، وذلك أن الحكم يثبت إذا وجد مقتضيه وانتفى مانعه^(٤). أما المقتضي للشرط الجزائي فهو المصالح أو المزايا التي يحققها للمتعاقدين، والمجتمع من ضمان تنفيذ الالتزام وعدم الإخلال به، واحترام الوفاء بالعقود والالتزامات، وتحقيق التعويض العادل عن الضرر الحاصل بالإخلال بالالتزام، وتجنب اللجوء إلى القضاء في تقديره، وتوفير الجهد، والوقت، والمال، وتقليل النزاع والاختلاف حول الضرر ومقدار التعويض عنه، إذعانا للشرط الذي اتفقا عليه وتراضيا عليه^(٥). وأما انتفاء المانع فإنه لا

(١) ينظر: الشرط الجزائي للحموي ص ١٧٨ - ١٧٩.

(٢) ينظر: المدخل إلى السياسة الشرعية ص ٥٧.

(٣) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ٢١٩.

(٤) ينظر: فقه المعاملات الحديثة لأبو سليمان ص ٨٢، ٨٦.

(٥) ينظر: ص ١٦٧ - ١٧١.

يوجد في الأدلة والأصول الشرعية ما يكون مانعاً من جوازه، وما استدل به المخالف لا يقوى على المنع بما يرد عليه من المناقشة.

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بجواز الشرط الجزائي في حال عدم التنفيذ، وعدم جوازه في حال التأخير في التنفيذ، بما يلي:

أولاً: استدلو على جوازه في حال عدم التنفيذ بما يلي:

القياس على مسألة العربون، ووجه ذلك: أن كلاً منهما شرط يوجب على من أخل بالعقد دفع مبلغ مالي يجري تقديره سلفاً قبل حصول الضرر^(١).

المناقشة: نوقش من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن العربون مختلف في حكمه، وقد منع منه جمهور العلماء^(٢)، ولا يصح القياس على أمر مختلف فيه.

الإجابة: يجاب بأن الأدلة الصحيحة دلت على صحته، ومن ثم فالقياس عليه صحيح.

الوجه الثاني: ما تقدم ذكره من فروق بين العربون والشرط الجزائي تمنع من إلحاق الشرط الجزائي بالعربون في الحكم^(٣).

الإجابة: أجيب بأن ما ذكر من فروق بين الشرط الجزائي والعربون لا يستحق تفريقاً في الحكم الشرعي بينهما^(٤)، كما تقدم.

(١) ينظر: مناقصات العقود الإدارية ص ٦٥.

(٢) سيأتي بيان ذلك في الفصل التالي - إن شاء الله -.

(٣) ينظر: ص ٣٦٠-٣٦٢.

(٤) ينظر: بيع العربون للدكتور رفيع المصري ص ٣٣.

الوجه الثالث: على التسليم بأن الشرط الجزائي يشبه العربون في حال عدم التنفيذ، فإنه يلزم على ذلك جوازه عن التأخير في التنفيذ أيضاً؛ لأن كلاً من العربون والشرط الجزائي إما أن يكونا عقوبة، أو تعويضاً عن الضرر يقدر سلفاً قبل وقوعه، ويستوي في ذلك كون الشرط الجزائي عن عدم التنفيذ أو عن التأخير في التنفيذ، ما دام في غير الديون.

ثانياً: استدلووا على عدم جوازه حال التأخير في التنفيذ، بما يلي:

أن المبيع المستحق التسليم في أجل محدد سواء في عقود المقاوله أم التوريد، ضرب من الالتزام (=الدين) فيكون في الشرط الجزائي عن التأخير في التنفيذ شبهة ربا النسيئة: تقضي أم تربى؟^(١) بل يكون عندئذ في حكم ربا النسيئة^(٢).

المناقشة: نوقش بأن «كون المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام لا خلاف فيه، وأما كون هذا الالتزام مساوياً للدين فغير مسلم؛ لأن الالتزام أعم من الدين، فكل دين التزام وليس كل التزام ديناً، والالتزام في عقد المقاوله ليس ديناً، وإنما هو التزام بأداء عمل، والمقاول قد يكون دائماً لا مديناً في كثير من الحالات، فالبنوك العقارية تقوم ببناء المساكن مقاوله وتتقاضى المقابل على أقساط بعد تسليم المبنى، وكذلك يفعل كبار المقاولين، والفرق كبير جداً بين التزام المقاول والمورد، والتزام المقترض والمشتري بثمن مؤجل والمسلم إليه، فالتزام هؤلاء الثلاثة دين حقيقي ثبت في ذمتهم وأخذوا مقابله، أما التزام المقاول والمورد فهو التزام بأداء عمل لا يستحقون مقابله إلا بعد أدائه، والله أعلم»^(٣).

(١) ينظر: مناقصات العقود الإدارية ص ٦١.

(٢) ينظر: المصدر السابق ص ٦٥.

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (بحث الضرب) ١٢/٢/٧٣-٧٤.

أدلة القول الثالث:

استدل القائلون بعدم جواز الشرط الجزائي ، بما يلي :

[١] أن الشرط الجزائي في حقيقته ماهو إلا اتفاق على تقدير جزائي للتعويض عن الضرر الحاصل بسبب الإخلال بالعقد قبل وقوعه ، وهذا لا يجوز ؛ لأنه يؤدي إلى محاذير شرعية - قد تقدم بيانها -^(١) ومنها : الجهالة ، والغرر ، والقمار ، وأكل أموال الناس بالباطل ؛ لأن الشرط الجزائي قد يكون أكثر من الضرر الواقع ، وأكثر القوانين تجيز هذه الزيادة^(٢) .

المنقشة : لا يسلم بأن الشرط الجزائي يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل ؛ لأنه تعويض عن ضرر ، لا يستحق إلا بعد وقوعه ، وما قد يوجد فيه من غرر أو جهالة مغتفر للحاجة كما تقدم بيانه^(٣) . بل إن تقدير العوض قد أباحه الشارع فيما يشترط فيه العلم بالمساواة للحاجة ، وذلك في باب الربا ، ف«أباح بيع العرايا بخرصها ، فأقام التقدير بالخرص مقام التقدير بالكيل عند الحاجة ، مع أن ذلك يدخل في الربا الذي هو أعظم من بيع الغرر ، وهذه قاعدة الشريعة : وهو تحصيل أعظم المصلحتين بتفويت أدناهما ، ودفع أعظم المفسدتين بالتزام أدناهما»^(٤) ، «ومفسدة الغرر أقل من الربا ، فلذلك رخص فيما تدعو إليه الحاجة منه ، فإن تحريمه "أي ما تدعو إليه الحاجة من الغرر" أشد ضرراً من ضرر كونه غرراً»^(٥) ، «وإذا كانت مفسدة الغرر هي كونه مظنة العداوة والبغضاء

(١) ينظر : ص ٣٣٢-٣٣٣ .

(٢) ينظر : الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ٢٢٢ .

(٣) ينظر : ص ٣٧٩-٣٨٠ .

(٤) مجموع الفتاوى ٢٩/٢٢٧-٢٢٨ .

(٥) مجموع الفتاوى ٢٩/٢٥-٢٦ ، والقواعد النورانية ص ١٤٠ .

وأكل الأموال بالباطل ، فمعلوم أن هذه المفسدة إذا عارضتها المصلحة الراجحة قدمت عليها... ومعلوم أن الضرر على الناس بتحريم هذه المعاملات أشد عليهم مما قد يتخوف فيها من تباغض ، أو أكل مال بالباطل ؛ لأن الضرر فيها يسير ، والشريعة جميعها مبنية على أن المفسدة المقتضية للتحريم إذا عارضها حاجة راجحة أبيح المحرم»^(١) .

[٢] أن تقدير التعويض بالشروط الجزائي يؤدي إلى التنازع والاختلاف ما دام أنه يجوز الرجوع في تقديره إلى القاضي ليعدله في حالة الزيادة الفاحشة^(٢) .

المناقشة: لا يسلم بأن الشرط الجزائي يؤدي إلى التنازع والاختلاف ، بل هو على العكس من ذلك ، يؤدي إلى تقليل النزاع والاختلاف حول الضرر ومقدار التعويض عنه إذعاناً للشرط الذي اتفق عليه المتعاقدان ، وتراضياً عليه . والرجوع إلى القضاء بعد تقدير التعويض بالشروط الجزائي ليس في كل الأحوال ، بل فيما إذا تبين أن الشرط الجزائي مبالغ في تقديره مبالغة فاحشة ، وإثبات ذلك يقع على عبء الملتزم ، فلا ينازع إلا إذا كان عنده ما يثبت ذلك .

[٣] أن الشرط الجزائي في واقع الأمر أصبح يستحق بمجرد الإخلال دون ضرر ، وأصبح ذلك عرفاً جرى بين الناس ، وأكدته الحكم بجواز الشرط الجزائي ، وأنه لا يعدل إلا في حالة المغالاة فيه^(٣) ، مما يجعل الزيادة غير المبالغ

(١) القواعد النورانية ص ١٥٤ - ١٥٥ .

(٢) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ٢٢٢ .

(٣) ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ١/٢١٤ ، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٢/٣٠٦ ،

والخدمات الاستثمارية للشبيلي ٢/٥٤٠ ، ٥٤٢ .

فيها حقاً مستحقاً للمشتري كضمن المبيع، وهذا مكنم الخطر، إذ إن فيه تأكيداً لأكل أموال الناس بالباطل، وتقريراً لهم على ذلك^(١).

المناقشة: لا يسلم استحقاق الشرط الجزائي بدون ضرر، بل من شروط استحقاقه حصول الضرر، فإذا أثبت الملتزم عدم حصوله لم يجب عليه تعويض لا بالشرط ولا بغيره، والحكم بجواز الشرط الجزائي مشروط بحصول الضرر بسبب الإخلال بالالتزام من غير عذر، وكون التعويض بالشرط الجزائي قد يزيد عن الضرر أو ينقص عنه أمر يعسر التحرز منه، وهذا من الغرر المعفو عنه للحاجة، فإذا خرج التقدير عن حد المعقول واتضح أنه مبالغ فيه، وجب الرجوع بالشرط إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من مصلحة، أو ما لحق من مضرة، سواء كان باتفاق الطرفين، أو بالرجوع إلى القضاء.

[٤] أن تقدير التعويض عن الضرر موكول إلى القضاء في جميع الأحوال، فلا يجوز تقديره مسبقاً بالشرط الجزائي^(٢).

المناقشة: نوقش بأنه لا يسلم بأن التعويض عن الضرر موكول إلى القضاء مطلقاً، إنما هذا عند التنازع^(٣)، أما عند الاتفاق فلا يلزم تركه للقضاء^(٤)، وهذه مجرد دعوى تحتاج إلى دليل.

[٥] أن الشرط الجزائي في صورته القانونية يستحق حتى عن الأضرار الأدبية والمعنوية، وتفويت الفرصة، والكسب المظنون، ومجرد الإخلال بالالتزام،

(١) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ٢٢٣.

(٢) ينظر: حول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض للدائن ص ٢٠، والشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ٢٢٤.

(٣) ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ١/٢١٤، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٢/٣٠٦.

(٤) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ٢٢٤.

وهذه ترجح أنه لا يجوز التعويض المالي عنها^(١)، وبالتالي لا يجوز الشرط الجزائي؛ لأنه تعويض عما لا يستحق التعويض عنه^(٢).

المناقشة: يناقش بأنه لا يلزم من قال بجواز الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي أن يجيزه بجميع صورته في القانون، فالشرط الجزائي في الفقه الإسلامي لا يجوز في الديون، ولا عن الأضرار الأدبية والمعنوية، وإنما يجوز في غير الديون عن الأضرار المادية، وما فات من كسب مؤكد، أو ما لحق من خسارة، وهذه يجوز التعويض عنها كما تقدم، وبالتالي فالشرط الجزائي في الفقه الإسلامي تعويض عما يستحق التعويض عنه.

[٦] أن الشرط الجزائي لا يخلو عند الاستحقاق من إحدى أربع حالات^(٣):

(أ) أن يزيد التعويض عن الضرر، ويُدفع التعويض، فهذا أكل لأموال الناس بالباطل.

(ب) أن ينقص التعويض عن الضرر، ولا يُطالب المتضرر نزولاً عند الشرط الجزائي فهذا كسابقه.

(ج) أن يتنازعا فيه ويرفعا إلى القضاء، فهنا زاد الشرط الجزائي من التنازع بل وأدى إليه، وفقد فائدته.

(د) أن يساوي التعويض الضرر، وهذه الحال الوحيدة الموافقة للعدل. وإذن فلا تجوز معاملة هذا واقعها.

(١) ينظر: ص ٣٤٥، ٣٤٦.

(٢) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ٢٢٥.

(٣) ينظر: المصدر السابق.

المناقشة: يناقش بأن كون التعويض بالشرط الجزائي قد يزيد عن الضرر، أو ينقص عنه، هذا مسلم، لكن الغرر يختلف، وقد يكون من الغرر المعفو عنه لدعاء الحاجة إلى هذه المعاملة، وعلى هذا فلا يكون من أكل المال بالباطل، كما تقدم إيضاحه من كلام شيخ الإسلام ابن تيمية^(١)، وأما كونه يؤدي إلى التنازع والاختلاف، فلا يسلم، بل الشرط الجزائي على العكس من ذلك، كما تقدم^(٢).

[٧] أن من الأصول المعتبرة شرعاً أصل «سد الذرائع»^(٣)، وهو أصل مجمع عليه في الجملة^(٤)، والشرط الجزائي إن لم يكن فيه أكل لأموال الناس بالباطل، فهو ذريعة مفضية إليه، وإلى الغرر، والقمار، فسداً لهذه الذريعة يمنع الشرط الجزائي^(٥).

المناقشة: يناقش بأنه لا يسلم بأن الشرط الجزائي ذريعة مفضية لأكل أموال الناس بالباطل، بل هو تعويض عن ضرر، وما قد يكون فيه من غرر مغتفر لدعاء الحاجة إليه. وعلى التسليم بأنه قد يكون ذريعة إلى ذلك فإن ما حرم سداً

(١) ينظر: ص ٣٨٥-٣٨٦.

(٢) ينظر: ص ٣٨٦.

(٣) ومعنى هذا الأصل: "منع الفعل الجائز إذا كان مفضياً إلى محذور". (ينظر: الفروق ٣٢/٢، والموافقات ١٣٤/٤، وقواعد الوسائل ص ٣٦٦، واعتبار المآلات ص ٢٤٦).

(٤) ينظر: الفروق ٣٣/٢، والموافقات ١٤٥/٤، ٢٤٤/٣، وقواعد الوسائل ص ٣٧١، ٣٧٥-٣٧٨، وسد الذرائع في الشريعة الإسلامية ص ٣٢٩ وما بعدها.

(٥) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ٢٢٦.

للذريعة فإنه يباح عند الحاجة والمصلحة الراجحة^(١)، كما حرم النظر سداً للذريعة الزنا، وأبيح منه ما تدعو إليه الحاجة والمصلحة الراجحة؛ كالنظر إلى المخطوبة، ونظر الشاهد، والطبيب، وحرَم الذهب والحريِر على الرجال سداً للذريعة التشبه بالنساء الملعون فاعله، وأبيح منه ما تدعو إليه الحاجة، وحرَم ربا الفضل سداً للذريعة ربا النسئة وأبيح منه ما تدعو إليه الحاجة من العرايا، وغير ذلك. فباب سد الذرائع متى ما فاتت به مصلحة راجحة لم يلتفت إليه^(٢).

[٨] أن الشريعة كفلت تعويض المتضرر بعد وقوع الضرر تحريماً للعدل، والحق، والإنصاف، والمساواة بين التعويض والضرر، ومراعاة كلا الطرفين؛ لحديث: **(لا ضرر ولا ضرار)**^(٣)، والقواعد الفقهية المأخوذة منه؛ كقاعدة: «الضرر يزال»، و«الضرر لا يزال بالضرر»^(٤)، فلا يعدل عن ذلك إلى هذه المعاملة المستحدثة المنقولة عن القانون الوضعي البشري القاصر الذي نظر إلى مصلحة المشتري فقط، دون الطرف الثاني، ولما فيها من مخالفة الأصول، والقواعد الشرعية المحكمة^(٥).

(١) ينظر في قاعدة: "ما حرم سداً للذريعة أبيع للحاجة والمصلحة الراجحة": مجموع الفتاوى ٢٥١/٢١، ٢٩٨/٢٢، ١٨٦/٢٣، وتفسير آيات أشكلت ٦٢٥/٢، وزاد المعاد ٧٨/٤، ١٤٨/٥، وإعلام الموقعين ١٤٢/٢، ١٧٧/٣، والقواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية ٢٨٣/١ - ٢٩٧، والقواعد الفقهية المستخرجة من إعلام الموقعين ص ٣٢٠ - ٣٢٢.

(٢) ينظر: إعلام الموقعين ١٧٧/٣، وزاد المعاد ١٤٨/٥.

(٣) تقدم تخريجه: ص ٢٤٤.

(٤) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٦، والمنثور ٣٢١/٢، وشرح القواعد الفقهية ص ١٩٥.

(٥) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ٢٢٦.

المناقشة: يناقش بأنه لا يسلم بأن جواز الشرط الجزائي مخالف للأصول، والقواعد الشرعية، بل الأصول والقواعد الشرعية تدل على جوازه، كما تقدم في أدلة القول الأول. وكون الأصل في التعويض عن الضرر تقديره بعد وقوع الضرر، لا يمنع من تقديره قبل وقوع الضرر باتفاق الطرفين لا سيما إذا دعت الحاجة لذلك، وتوخيا العدل في التقدير، وليس في ذلك إضرار بالملتزم وإن كان فيه مصلحة للمشتري؛ كاشتراط الرهن بالثمن المؤجل، وذلك أن التعويض عن الضرر الحاصل بسبب إخلال الملتزم بالتزامه واجب عليه، وتقديره بالشرط باتفاقهما ليس فيه إضرار بالملتزم، حتى يقال: إن الضرر لا يزال بالضرر، وكون هذه المسألة مستحدثة أو منقولة عن القانون الوضعي لا يمنع من القول بجلها؛ لأن الأصل في المعاملات الحل والجواز ما لم يقم الدليل البين على تحريمها، وفي هذا من التيسير، ورفع الضيق والخرج عن العباد ما تقتضيه نصوص الشريعة وقواعدها.

الترجيح:

يظهر للباحث - والله أعلم - رجحان القول الأول، وهو جواز الشرط الجزائي في غير الديون، وذلك لما يلي:

[١] قوة أدلة هذا القول في الجملة، في مقابل أدلة القولين الآخرين بما ورد عليها من المناقشة.

[٢] أن المعاملات المالية نظراً لكثرة حدوثها، وسرعة تطورها، وتجديدها بحسب المطالب والحاجات، واختلافها باختلاف الأحوال والعادات. قد راعى الشارع فيها ذلك، فجعل الأصل فيها الحل، وجعلها مبنية على التخفيف ورفع الخرج، وعدم تكليف ما يشق، فإذا احتاج الناس إلى معاملة من

المعاملات، وكانت مشتملة على ما يقتضي المنع منها، لكن المصلحة الداعية إليها تغمر المفسدة المتوقعة من إباحة التعامل بها، فإن الشارع حينئذ لا يحرمها، لأجل هذه المفسدة القليلة المتوقعة، وفي هذا يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «الشارع لا يحرم ما يحتاج الناس إليه من البيع لأجل نوع من الغرر، بل يبيح ما يحتاج إليه في ذلك... وهذه قاعدة الشريعة، وهو تحصيل أعظم المصلحتين بتفويت أدناهما، ودفع أعظم المفسدتين بالتزام أدناهما»^(١). ويقول - أيضاً - : «وإذا كانت مفسدة الغرر هي كونه مظنة العداوة والبغضاء، وأكل الأموال بالباطل، فمعلوم أن هذه المفسدة إذا عارضتها المصلحة الراجحة قدمت عليها... ومعلوم أن الضرر على الناس بتحريم هذه المعاملات أشد عليهم مما قد يتخوف فيها من تباغض، أو أكل مال بالباطل؛ لأن الغرر فيها يسير، والحاجة إليها ماسة، والحاجة الشديدة يندفع بها يسير الغرر، والشريعة جميعها مبنية على أن المفسدة المقتضية للتحريم إذا عارضها حاجة راجحة أبيح المحرم»^(٢).

[٣] أن في هذه المعاملة من المصلحة - من احترام الوفاء بالعقود والشروط وعدم التلاعب بها، والتعويض عما يحصل من ضرر بسبب الإخلال بها - ما لا يتم بدونها. ولا يقال: إن التعويض القضائي عن الضرر بعد وقوعه يغني عن هذه المعاملة؛ لأن من القضاة والفقهاء من لا يرى - أصلاً - جواز التعويض عن الضرر المترتب على الإخلال بالعقود، وقد تقدم أن الراجح جواز التعويض عنه^(٣).

(١) مجموع الفتاوى ٢٢٧/٢٩ - ٢٢٨.

(٢) القواعد النورانية ص ١٥٤ - ١٥٥.

(٣) ينظر: ص ٣٤٧.

وعلى القول بفساد الشرط الجزائي في غير الديون، فما أثره على العقد المقترن به؟ هل يتعدى فساده إلى إفساد العقد، أو يقتصر عليه، فيفسد الشرط ويصح العقد؟

الأصل أن شرط ما فيه غرر لا يقتصر فساده على الشرط بل يتعداه إلى إفساد العقد المقترن به، وهو ما عليه المذاهب الفقهية كما تقدم في أقسام الشروط^(١). ولكن الشرط الجزائي يختلف عن سائر الشروط بما يلي:

[١] أن الشرط الجزائي في غير الديون لا يتعلق بالثمن ولا بالثمن، ولا يقصد به الربح، وإنما هو تعويض عن ضرر، وبالتالي فالجهالة والغرر فيه تقتصر عليه، ولا تتعداه إلى المقصود بالعقد.

[٢] أن الشرط الجزائي في غير الديون لا يؤدي إلى جهالة الربح، فيقتصر فساده عليه، ولا يفسد به العقد^(٢).

[٣] أن الشرط الجزائي في غير الديون مختلف في حكمه، وقد ذهب جمهور الفقهاء المعاصرين إلى جوازه.

[٤] كثرة وقوع الشرط الجزائي في غير الديون، وجريان عرف الناس به، فلو قيل بإفساده للعقد لترتب على ذلك إبطال كثير من عقود الناس^(٣).

وبناء على ذلك فالشرط الجزائي في غير الديون يقتصر فساده عليه، ولا يتعداه إلى العقد المقترن به، فيكون لغواً غير معتبر، ويصح العقد المقترن به، ويقدر التعويض بعد وقوع الضرر^(٤).

(١) ينظر: ص ١٢٩.

(٢) ينظر: المغني ١٧٩/٧، والغرر وأثره في العقود ص ٥٧٨.

(٣) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ص ٢٣٢.

(٤) ينظر: المصدر السابق.

المسألة السابعة: شروط الوفاء بالشروط الجزائي في غير الديون:

تقدم أن الشرط الجزائي في غير الديون شرط صحيح معتبر يجب الوفاء به عند جمهور الفقهاء المعاصرين. لكن يشترط لاستحقاقه - عندهم - أربعة شروط، فإن توفرت استحق المشتري التعويض المشروط، وإن اختلف أحدها لم يستحق التعويض المشروط.

وهذه الشروط هي التي ذكرها القانونيون^(١)، وتبعهم في ذكرها بعض الفقهاء المعاصرين^(٢)، وهي ما يلي:

[١] شرط الخطأ "إخلال الملتزم بالتزامه بعدم التنفيذ، أو التأخير فيه".

[٢] شرط الضرر، فإن حصل إخلال بالعقد ولم يقع ضرر على المشتري لم يستحق التعويض، لكن في القانون يستحق التعويض بالشرط عن الضرر المادي، والضرر الأدبي أو المعنوي، والراجح في الفقه الإسلامي عدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي أو المعنوي، وإنما يعوض عن الضرر المالي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاتته من كسب مؤكد كما تقدم^(٣).

[٣] شرط علاقة السببية، فلا بد لاستحقاق الشرط الجزائي من أن يكون إخلال الملتزم (خطأه) هو السبب المفضي إلى وقوع الضرر، فإذا انتفت هذه العلاقة بأن كان الضرر نتيجة لفعل غير الملتزم؛ كفعل المشتري نفسه، أو فعل أجنبي عن

(١) ينظر: ص ١٦٠-١٦٦.

(٢) ينظر: الشرط الجزائي للرويشد ص ١٥٠-٢٦٠، والشرط الجزائي لدرادكه ص ١٥٤-

٢٤٠، والشرط الجزائي للحموي ص ٢٥٦-٢٩٠، والشرط الجزائي للشهري ص ١٨٨-

٢٤٢، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٢/٥٢، ٧٠-٧١.

(٣) ينظر: ص ٣٤٥، ٣٤٧، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٢/٣٠٦.

المتعاقدين ، أو لأسباب وأعدار طارئة فلا يجب الشرط الجزائي على الملتزم. والملتزم لا يستطيع نفي هذه العلاقة إلا إذا أثبت أن الضرر لم يكن بسببه^(١).

[٤] شرط الإعدار، وهو تنبيه الملتزم من قبل الملتزم له بوجوب أداء ما عليه من التزام قبل توقيع الشرط الجزائي عليه، ومطالبته بالتعويض مما يشعر أن الملتزم له غير متهاون في طلب حقه في التنفيذ^(٢).

وقد يستحق الشرط الجزائي بدون إعدار متى اتفق الطرفان على تركه، أو كان النظام ينص على عدم اعتباره^(٣).

وهذا الشرط لم يذكره بعض الفقهاء المعاصرين^(٤)، شرطاً لاستحقاق الشرط الجزائي؛ لأن الإنذار حاصل للعاقدين بالنصوص الشرعية التي تدل على وجوب الوفاء بالعقود والشروط، وأن الإخلال بذلك ظلم، وفاعله معتد آثم، فلا حاجة إذاً إلى الإنذار من قبل العاقدين الآخر. واستدلال بعضهم لشرطيته بالنصوص الشرعية العامة الدالة على أن الله عز وجل لم يكن معذباً قوماً حتى ينذرهم^(٥)، استدلال في غير محله؛ لأن هناك فرقاً بين حقوق الله، وبين حقوق العباد فحقوق الله لا يؤاخذ فيها الجاهل، والناسي والمخطئ، بينما حقوق العباد لا سيما المالية، لا يشترط لضمانها تعمد المثلّف، أو علمه، بل هي مضمونة على الصغير، والمجنون، والناسي، والمخطئ، والجاهل - والله أعلم -.

(١) ينظر: ص ١٦٤، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣٠٦/٢/١٢.

(٢) ينظر: الشرط الجزائي لدرادكه ص ٢٢٦، والشرط الجزائي للحموي ص ٢٨٧.

(٣) ينظر: الشرط الجزائي لدرادكه ص ٢٣٤ - ٢٣٨، والشرط الجزائي للحموي ص ٢٨٨.

(٤) ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ٢١٤/١، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣٠٦/٢/١٢.

(٥) ينظر: الشرط الجزائي للرويشد ص ٢٥١ وما بعدها.

المطلب الثالث

سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في غير الديون

أجمع المسلمون على وجوب نصب القضاة للفصل بين الناس بالحق لئلا تذهب حقوقهم^(١)، وتضطرب أحوالهم. قال الإمام أحمد: «لابد للناس من حاكم أتذهب حقوق الناس»^(٢)، ولأن فيه أمراً بالمعروف، ونصرة المظلوم، وأداء الحق إلى مستحقه، ورداً للظالم عن ظلمه، وإصلاحاً بين الناس، وتخليصاً لبعضهم من بعض، ولذلك تولاه النبي ﷺ والأنبياء قبله، فكانوا يحكمون لأمرهم^(٣). قال الله تعالى: ﴿يَنْدَاوَرُدُّ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ﴾^(٤)، وقال تعالى: ﴿وَأَن آحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾^(٥)، واتفق العلماء على أنه فرض على القاضي أن يحكم بالعدل والحق^(٦)، كما أمر الله تعالى بقوله: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾^(٧)، وقوله: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾^(٨)، وقوله: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾^(٩)، وقوله:

(١) ينظر: المغني ٥/١٤، وحاشية الروض المربع لابن قاسم ٥٠٨/٧.

(٢) المغني ٥/١٤-٦.

(٣) المغني ٦/١٤، وينظر: مقاصد الشريعة لابن عاشور ص ٤٩٨، ٥٠٠.

(٤) سورة ص من الآية (٢٦).

(٥) سورة المائدة من الآية (٤٩).

(٦) مراتب الإجماع لابن حزم ص ٥٧.

(٧) سورة الحديد من الآية (٢٥).

(٨) سورة النحل من الآية (٩٠).

(٩) سورة النساء من الآية (٥٨).

﴿وَأَقْسَطُوا^ط إِنَّ اللَّهَ تَحِبُّ^ط الْمُقْسِطِينَ﴾^(١). «فالمقصود من إرسال الرسل، وإنزال الكتب، أن يقوم الناس بالقسط في حقوق الله، وحقوق خلقه»^(٢). «فالواجب في كتاب الله الحكم بين الناس في الدماء والأموال، وغيرها بالقسط الذي أمر الله به، ومحو ما كان عليه كثير من الناس من حكم الجاهلية»^(٣).

قال ابن القيم: «فإن الله سبحانه أرسل رسله، وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسماوات، فإن ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأي طريق كان فثمّ شرع الله ودينه... بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق: أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست مخالفة له»^(٤).

وقال ابن تيمية: «العدل جماع الدين والحق والخير كله... والعدل الحقيقي قد يكون متعذراً، أو متعسراً إما علمه، وإما العمل به، لكون التماثل من كل وجه غير ممكن، أو غير معلوم، فيكون الواجب في مثل ذلك ما كان أشبه بالعدل، وأقرب إليه، وهي الطريقة المثلى، ولهذا قال سبحانه: ﴿وَأَوْفُوا^ط الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ^ط بِالْقِسْطِ^ط لَا تُكَلِّفُ^ط نَفْسًا^ط إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(٥)»^(٦).

(١) سورة الحجرات من الآية (٩).

(٢) مجموع الفتاوى ٢٨/٢٦٣، وينظر: الجواب الكافي ص ١٩٨.

(٣) السياسة الشرعية ص ١٧٥.

(٤) الطرق الحكمية ص ١٤.

(٥) سورة الأنعام، من الآية (١٥٢).

(٦) مجموع الفتاوى ٢٢/١٣٢.

والأصل في حقوق الآدميين من الأموال ونحوها أن لا يقضى فيها بينهم إلا بمطالبة من له الحق ؛ لأن الحق فيها له ، فإن أسقطه ، أو تركه ، جاز له ذلك ، بخلاف ما كان حقاً لله تعالى^(١) .

والأصل وجوب الوفاء بالعقود التي يتعاقدونها المسلمون فيما بينهم ؛ لقول الله تعالى : ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾^(٢) ، ولقول النبي ﷺ : (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حراماً)^(٣) ، و«الأصل حمل العقود على الصحة»^(٤) ، فإذا وقع خلاف بين المتعاقدين في صحة عقد أو فساد ، أو في صحة شرط أو فساد ، وليس ثمة ما يؤيد أحد القولين على الآخر فإن الغالب في عقود المسلمين جريانها على حكم الصحة ، أما الفساد فهو طارئ على العقد ، والأصل عدم وجوده ، فيكون حمل العقد على الصحة أولى من حمله على الفساد^(٥) .

(١) ينظر: مجموع الفتاوى ٢٨/٢٩٧ ، ٣٨٢ .

(٢) سورة المائدة من الآية (١) .

(٣) تقدم تخريجه : ص ٦٩ .

(٤) مجموع الفتاوى ٢٩/٤٦٦ ، وينظر: مجموع الفتاوى ٣٠/١٨٩ ، وغيث الأمم في التياث

الظلم ص ٢٢٧ ، والأشباه والنظائر لابن الوكيل ٢/١٨٢ - ١٨٣ ، والأشباه والنظائر لابن

السبكي ١/٢٥٣ ، والمنثور ٢/٤١٢ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٧ ، والقواعد في

الفقه الإسلامي لابن رجب ص ٣٧٠ ، والقواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية

عند ابن تيمية ٢/١٩١ .

(٥) ينظر: المصادر السابقة .

ومن القواعد المقررة: «يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان»^(١)، فالشرط الجائز تلزم مراعاته بقدر الإمكان، ومراعاته بالوفاء به كما دل على ذلك الحديث السابق^(٢).

وبناءً على ذلك فإن الأصل في الشرط الجزائي وجوب الوفاء به - إذا تحققت شروط استحقاقه - على ما اتفق عليه المتعاقدان وتراضيا به، ولا يلزم للحكم به مساواته للضرر الواقع المساواة التامة، إذ يعسر ذلك أثناء التعاقد قبل وقوع الضرر، ولكن هذا التفاوت اليسير مغتفر للحاجة الماسة إلى هذا الشرط، وعلى هذا فلا سلطة للقاضي في تعديله، أو التدخل فيه؛ لأن الأصل مراعاة الشرط بقدر الإمكان، إلا إذا أثبت المدعي أن الشرط الجزائي كان خارجاً عن حد المعقول، ولا مناسبة بينه وبين الضرر الحاصل بسبب الإخلال بالالتزام، فإنه في هذه الحال يجب على القاضي أن يستعمل سلطته في تقدير التعويض فيرده إلى حد العدل والإنصاف، إزالة للضرر، ورفعاً للظلم، وإقامة للعدل.

أو أثبت أن شرطاً من شروط التعويض لم يتحقق، كما لو أثبت أن المشتري لم يلحقه أي ضرر من جراء عدم تنفيذ العقد، أو التأخير فيه، أو أن هناك عذراً في الإخلال بالالتزام يعتبر شرعاً، أو أن الإخلال بالالتزام كان بفعل الملتزم له، أو بفعل أجنبي، وليس بسبب الملتزم، فإن القاضي في هذه الأحوال لا يحكم بالشرط الجزائي نظراً لعدم تحقق شروطه.

(١) درر الحكام ٧٤/١ م (٨٣)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤١٩، وينظر: بدائع

الصنائع ٩٨/٦.

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤١٩.

وبذلك صدر قرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، حيث جاء فيه: «... فإن المجلس يقرر بالإجماع: أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به، ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً، فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول.

وإذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي، ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة، أو لحق من مضرة، ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر، عملاً بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾^(١)، وقوله سبحانه: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾^(٢)، وبقوله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)^(٣)، وبالله التوفيق»^(٤).

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن الشرط الجزائي، ما يلي: «يجوز للمحكمة بناءً على طلب أحد الطرفين أن تعدل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك، أو كان مبالغاً فيه»^(٥).

فتبين من ذلك أن للقاضي سلطة في إلغاء الشرط الجزائي، أو تخفيضه، وبيان ذلك في مسألتين:

(١) سورة النساء من الآية (٥٨).

(٢) سورة المائدة من الآية (٨).

(٣) تقدم تخريجه: ص ٢٤٤.

(٤) أبحاث هيئة كبار العلماء ١/٢١٤.

(٥) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٢/٣٠٦.

المسألة الأولى: سلطة القاضي في إلغاء الشرط الجزائي^(١):

إذا اختلف المتعاقدان في استحقاق التعويض، فالمشترط يطالب بالشرط الجزائي، والملتزم ينفي استحقاقه، وترافعا إلى الحاكم، فإن الأصل أن القاضي يحكم بموجب الشرط الذي اتفق عليه المتعاقدان، فإذا أثبت المدعي "الملتزم" أن الملتزم له لم يلحقه أي ضرر بسبب عدم تنفيذ الالتزام، أو التأخير فيه، فإن القاضي حينئذ يحكم بعدم استحقاق الشرط الجزائي على الملتزم؛ لأن الشرط الجزائي في حقيقته تعويض عن الضرر الناتج بسبب الإخلال بالالتزام، وحيث لا ضرر فلا تعويض؛ لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً. أو أثبت أن هناك عذراً في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً، فيكون العذر مسقطاً لوجوب التعويض.

أو أثبت أن الإخلال بالالتزام من عدم تنفيذه، أو التأخير فيه، كان بسبب الملتزم له، فإن القاضي لا يحكم بالشرط الجزائي لانعدام شرط السببية بين الخطأ والضرر.

وهذا الإلغاء في الحقيقة ليس فيه إهمال للشرط، أو إفساد له، وإنما لم يعتبر لعدم تحقق شرط من شروطه، وسلطة القاضي فيه إنما هي الحكم بعدم استحقاقه لعدم توافر شروطه.

المسألة الثانية: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي:

للقاضي تخفيض الشرط الجزائي في حالتين^(٢):

- (١) ينظر: الوسيط ٨٦٧/٢، والشرط الجزائي للحموي ص ٣٨٢-٣٨٣.
- (٢) ينظر: الوسيط ٨٦٨/٢-٨٧٥، والشرط الجزائي في الفقه الإسلامي للرويشد ص ٣٧٦-٤٦٥، والشرط الجزائي لدرادكه ص ٣٤٩-٣٥٢، ٣٩٦، والشرط الجزائي للشهري ص ٢٥٨-٢٦٤، والتعويض القضائي والشرط الجزائي لمحمد شتا أبو سعد ص ٢٢٤-٢٥١، والنظرية العامة للالتزامات لمنذر الفضل ٨٢/٢، والنظرية العامة للالتزامات للبدر وادي ٩١/٢-٩٤، والشرط الجزائي للحموي ص ٣٧٧-٤٠٢.

الحال الأولى: إذا نُفذ الالتزام الأصلي في جزء منه:

إذا كان الملتزم قد قام بتنفيذ جزء من التزامه، وكان الشرط الجزائي وضع لعدم تنفيذ الالتزام كاملاً، أو التأخير في تنفيذه كاملاً، فإن قواعد الفقه الإسلامي العامة من إقامة العدل، ورفع الظلم، وإزالة الضرر توجب على القاضي تخفيض الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ من الالتزام، ويعتبر الأساس في ذلك هو المبلغ المقدر في الشرط الجزائي، فيخفض هذا المبلغ إلى النسبة التي تتفق مع الجزء الباقي دون تنفيذ، أو الجزء الذي تأخر تنفيذه، ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على الملتزم.

وليس في ذلك خروج على الشرط، أو ما اتفق عليه المتعاقدان، بل ذلك هو موجب الشرط حقيقة، فإن الضرر اللاحق بسبب عدم التنفيذ أصلاً، أو التأخير فيه، ليس كالضرر الحاصل بسبب عدم تنفيذ جزء منه، أو التأخير في تنفيذ جزء منه، والتعويض يدور مع الضرر يزيد بزيادته، وينقص بنقصانه، إذ هو سببه وعلته، وليس سببه مجرد الاشتراط.

فإن تبين للقاضي أن التنفيذ الجزئي لم يعد على الملتزم له بأية فائدة، وأن مقدار الضرر واحد فيما لو لم ينفذ الملتزم التزامه كاملاً، أو حصل منه تنفيذ جزئي، فإن القاضي يحكم بوجوب الشرط الجزائي كاملاً من دون تعديل أو نقصان.

الحال الثانية: إذا كان الشرط الجزائي مرتفعاً إلى درجة كبيرة**وفاحشة:**

إذا تبين بعد وقوع الضرر أن التعويض المقدر في الشرط الجزائي أكبر بكثير من التعويض عن الضرر الواقع، نتيجة لغلط في التقدير وقع فيه المتعاقدان، أو

لفرط ثقة الملتزم بتنفيذ التزامه فلم يلق بالألتك الزيادة المجحفة، أو لتغير الاعتبارات والظروف التي كانت أمام المتعاقدين وقت الاتفاق، أو لغير ذلك. وأثبت المدعي "الملتزم" ذلك، فإن أحكام الفقه الإسلامي وقواعده الأساسية من وجوب العدل، ورفع الظلم، وإزالة الضرر، توجب على القاضي الرجوع بالشرط إلى العدل والإنصاف، معتمداً بذلك رأي أهل الخبرة والنظر، عملاً بقول الله تعالى: ﴿ فَسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾^(٢)، وقول النبي ﷺ: (لا ضرر ولا ضرر)^(٣).

(١) سورة الأنبياء من الآية (٧).

(٢) سورة النساء من الآية (٥٨).

(٣) تقدم تخريجه: ص ٢٤٤.

المبحث الخامس

تطبيقات الشرط الجزائي في بعض المعاملات المالية

وفيه مطلبان :

المطلب الأول

الشرط الجزائي في الديون في بعض المعاملات المالية

وفيه خمس مسائل :

المسألة الأولى : البيع بثمن مؤجل :

وفيها فرعان :

الفرع الأول : حكم البيع بثمن مؤجل :

لا خلاف في جواز البيع بثمن مؤجل إلى أجل معلوم ، وقد دل على جوازه

الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، وسيأتي بيان ذلك إن شاء الله^(١).

الفرع الثاني : صورة الشرط الجزائي في البيع بثمن مؤجل ، وحكمه :

وصورته : أن يبيع سلعة بثمن مؤجل إلى سنة مثلاً ، ويشترط على المشتري

أنه إن تأخر عن سداد الدين بعد حلول أجله ، فعليه زيادة مقدرة على أصل

الدين ، سواء كانت هذه الزيادة مبلغاً مقطوعاً ، أو مبلغاً يزيد بزيادة الأجل ؛

كمائة ريال عن كل شهر يتأخر فيه عن السداد.

وحكم هذا الشرط التحريم ؛ لأنه ربا صريح ، وهو مفسد للعقد ؛ لأن العقد

أصبح عقد ربا وقد تقدم بيان حكم الشرط الجزائي في الديون^(٢) ، وهذا منها.

(١) ينظر : ص ٦٣٥.

(٢) ينظر : ص ١٨٠ - ١٩٢.

المسألة الثانية: بيع التقسيط:

وفيها ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف بيع التقسيط:

(أ) التقسيط في اللغة:

مصدر قَسَطَ، قال ابن فارس^(١): «القاف، والسين، والطاء، أصل صحيح يدل على معنيين متضادين، والبناء واحد، فالقِسط: العدل. ويقال منه: أقسط يُقْسِطُ، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾^(٢)، والقَسْطُ بفتح القاف: الجور، والقُسوط: العدول عن الحق. يقال: قَسَطَ إذا جار، يُقْسِطُ قَسْطًا... ومن الباب الأول القِسط: النصيب. وتَقَسَّطْنَا الشيء بيننا. والقِسْطاس: الميزان. قال الله سبحانه: ﴿وَزِنُوا بِالْقِسْطَاسِ الْمُسْتَقِيمِ﴾^(٣) «^(٤). مأخوذ من القِسط وهو العدل^(٥)». والقِسط: الحصة، والنصيب. يقال: أخذ كل واحد من الشركاء قِسطه أي: حصته. وكل مقدار فهو قِسط في الماء وغيره. وتَقَسَّطُوا الشيء بينهم: تقسّموه على العدل والسواء^(٦).

(١) هو: أحمد بن فارس بن زكريا القزويني أبو الحسن، اللغوي، المحدث، كان رأساً في الأدب، بصيراً بفقهِ مالك، من مصنفاته: "المجمل في اللغة"، و"معجم مقاييس اللغة" و"حلية الفقهاء" توفي سنة ٣٩٥هـ.

(ترتيب المدارك ٤/٦١٠-٦١١، والديباج المذهب ١/١٦٣-١٦٥، وبغية الوعاة ١/٣٥٢-٣٥٣).

(٢) سورة الحجرات من الآية (٩).

(٣) سورة الإسراء من الآية (٣٥).

(٤) معجم مقاييس اللغة مادة "قسط" ٥/٨٥-٨٦.

(٥) المصباح المنير مادة "قسط" ص ٥٠٣.

(٦) لسان العرب مادة "قسط" ٧/٣٧٧.

وقسَّط الشيء: فرقه^(١).

ويقال: قسَّط على عياله النفقة تقسيطاً إذا قترها^(٢).

وتقسيت الدين: جعله أجزاء معلومة من القسط، وهو الحصة والنصيب، وجمعه أقساط^(٣).

(ب) التقسيط في الإصلاح:

التقسيت: «هو تقسيم الدين إلى حصص أو مقادير، لتدفع نجوماً معلومة في آجال معلومة محددة»^(٤).

وبيع التقسيط اصطلاحاً: «عقد على مبيع حال، بثمن مؤجل، يؤدي مفرقاً على أجزاء معلومة، في أوقات معلومة»^(٥).

فهو بيع مؤجل الثمن، ولا يتصور بيع التقسيط إلا أن يكون مؤجل الثمن، لكن البيع مع تأجيل الثمن قد يكون إلى أجل واحد يؤدي فيه الثمن كله دفعة واحدة، فلا يسمى حينئذ بيع تقسيط، وقد يكون الثمن مؤجلاً إلى عدة آجال، لكل أجل جزء من الثمن فيكون حينئذ بيع تقسيط. فالعلاقة بين التقسيط والتأجيل علاقة عموم وخصوص مطلق، فكل تقسيط تأجيل، وليس كل تأجيل تقسيطاً^(٦).

(١) لسان العرب مادة "قسط" ٣٧٨/٧.

(٢) المصدر السابق.

(٣) ينظر: القاموس المحيط مادة "قسط" ٣٧٩/٢، والمصباح المنير مادة "قسط" ص ٥٠٣.

(٤) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص ١٠٥، ومعجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٤٨٢/١.

(٥) بيع التقسيط وأحكامه للتركي ص ٣٤.

(٦) ينظر: المصدر السابق ص ٣٨.

الفرع الثاني: حكم بيع التقسيط:

بيع التقسيط بيع مؤجل الثمن، وقد ذكره الفقهاء المتقدمون عند كلامهم عن البيع بثمن مؤجل^(١)، لكنهم لم يفرده بكتاب، أو باب مستقل، ولم يصطلحوا على تسميته بهذا الاسم^(٢).

وحكمه: أنه بيع جائز بالإجماع، لعموم الأدلة، ومنها قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٣)؛ لأنه لم يفصل بين ثمن حال، وثن مؤجل^(٤). وجواز البيع بثمن مؤجل يعني جواز بيع التقسيط؛ لأنه ليس إلا بيعاً مؤجل الثمن، غاية ما فيه أن ثمنه مقسط أقساطاً، لكل قسط منها أجل معلوم، ولا فرق في الحكم الشرعي بين ثمن مؤجل لأجل واحد، وثن مؤجل لآجال متعددة^(٥).

الفرع الثالث: صورة الشرط الجزائي في بيع التقسيط، وحكمه:

صورته: أن يبيع سيارة - مثلاً - بالتقسيط، يُدفع كل قسط عند حلول أجله، ويشترط على المشتري أنه في حال تأخره عن سداد قسط، أو أكثر عن مواعده المتفق عليه، فإنه يفرض عليه زيادة مقدرة على أصل الدين، سواء كانت هذه الزيادة مبلغاً مقطوعاً، أو مبلغاً يزيد بزيادة الأجل.

(١) ينظر: البناية ٣٠/٧، والمغني ١٩/٨، ومجموع الفتاوى ٢٦/٣٠، وبيع التقسيط للمصري ص ١٤.

(٢) ينظر: بيع التقسيط للمصري ص ١٤، وبيع التقسيط للتركي ص ٣٣.

(٣) سورة البقرة من الآية (٢٧٥).

(٤) ينظر: البناية ٣١/٧.

(٥) ينظر: مجموع الفتاوى ٣٢/٣٠، والمغني ١٩/٨، وبيع التقسيط للمصري ص ١٥، ومجلة

مجمع الفقه الإسلامي (بيع التقسيط د/ محمد عطا السيد) ٢٠٩/١/٦.

وحكم هذا الشرط التحريم ؛ لأنه ربا صريح ، وهو مفسد للعقد ؛ لأن العقد أصبح عقد ربا ، وقد تقدم بيان حكم الشرط الجزائي في الديون^(١) ، وهذا منها .

المسألة الثالثة : الاعتماد المستندي :

وفيها أربعة فروع :

الفرع الأول : تعريف الاعتماد^(٢) المستندي^(٣) :

الاعتماد المستندي من المعاملات المصرفية المعاصرة ، وله أهمية كبيرة في التجارة الخارجية ، فلا يتم غالباً سداد الثمن إلا عن طريقه ، وفيه مصلحة لكل من المورد والمستورد ، فبه يطمئن المورد على استلام الثمن في مواعده ، ويأمن من ممانعة المستورد أو محاطلته بالثمن ، أو إفلاسه ، وبه يطمئن المستورد من حيث تسليم السلعة في الوقت المحدد مستوفية للشروط التي تم الاتفاق عليها . وقد عرف الاعتماد المستندي بتعريفات كثيرة ، منها :

[١] الاعتماد المستندي : «تعهد كتابي صادر من مصرف بناءً على طلب مستورد لصالح مورد ، يتعهد فيه المصرف بدفع المبالغ التي يستحقها المورد ثمناً لسلع يصدرها للمستورد طالب فتح الاعتماد متى قدم المورد المستندات المتعلقة

(١) ينظر : ص ١٨٠ - ١٩٢ .

(٢) الاعتماد لغة : مصدر اعتمد مأخوذ من اعتمدت على الشيء إذا اتكأت عليه . واعتمدت عليه في كذا : أي اتكلت عليه . وعمدت للشيء : أي قصدت له ، والعمدة : ما يعتمد عليه ، واعتمد الرئيس الأمر : وافق عليه وأمر بإنفاذه . (ينظر : لسان العرب مادة " عمد " ٣/٣٠٣ ، والمعجم الوسيط ٢/٦٢٦) .

(٣) المستند في اللغة : ما يستند إليه ، وتساند إليه ، واستند بمعنى : اعتمد عليه ، وسند إليه سنوداً : ركن إليه ، واعتمد عليه واتكأ .

(ينظر : لسان العرب مادة " سند " ٣/٢٢٠ ، والمعجم الوسيط ١/٤٥٣) .

بالسلع، والشحن على أن تكون هذه المستندات مطابقة لشروط الاعتماد^(١).
 [٢] وعرف تعريفاً وصفيًا بأنه: «عقد يبرم بين البنك "ولنفترض أنه هنا شركة الراجحي" وطالب الاعتماد "العميل" تتعهد فيه شركة الراجحي للمصدر، أو بائع البضاعة على العميل بدفع قيمة البضاعة المستوردة المطلوبة من العميل إذا طابقت المستندات المتعلقة بالبضاعة شروط فتح الاعتماد، ويقوم بنك مراسل لشركة الراجحي التي أصدرت الاعتماد "وهذا المراسل عادة يكون في بلد المصدر، أو بائع البضاعة للعميل" بتبليغ الاعتماد للمصدر، أو بائع البضاعة، ويراقب تقديم المصدر أو البائع للمستندات في موعدها المنصوص عليه في الاعتماد المستندي ويفحصها، وبعد التأكد من مطابقتها لشروط الاعتماد يقوم البنك المراسل بدفع قيمة البضاعة "نيابة عن شركة الراجحي التي أصدرت الاعتماد" للمصدر أو بائع البضاعة للعميل، ثم يرسل المستندات لشركة الراجحي لتدفع للبنك المراسل المبلغ الذي دفعه نيابة عن شركة الراجحي، وهذه المستندات تكون عادة فاتورة البضاعة، ووثيقة الشحن، ووثيقة التأمين، وشهادة المنشأ^(٢).

(١) الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية د/ علي السالوس ص ١٥٩، وينظر: الأعمال المصرفية والإسلام للهمشري ص ٢١٣.

(٢) قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية ١٤٥/٣، ولزيد من التوضيح لهذه المعاملة، ينظر: الأعمال المصرفية والإسلام للهمشري ص ٢١٥-٢١٦، وتطوير الأعمال المصرفية لحمود ص ٣٠٣-٣٠٤، والربا والمعاملات المصرفية للمترك ص ٣٩٨-٣٩٩، والنظام المصرفي الإسلامي لمحمد سراج ص ١١٣، والمعاملات المالية المعاصرة لشبير ص ٢٣٧-٢٣٨، وإنشاء الالتزام في حقوق العباد ١/١٠٤، والمنفعة في القرض ص ٥٣٦-٥٣٧، والخدمات المصرفية لزعتري ص ٣٦٨-٣٦٩، والمصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق للهيبي ص ٤٠٥-٤٠٧، والشامل لإرشيد ص ١٧١-١٧٢.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

وسميت الاعتمادات المستندية بهذا الاسم ؛ لأنها تتطلب تقديم مستندات تثبت انتقال البضائع للمشتري ، ويعتمد البائع على هذا التعهد ، ويقوم بشحن البضائع للمشتري^(١) .

الفرع الثاني : أنواع الاعتماد المستندي :

للاعتداع المستندي أنواع كثيرة باعتبارات متعددة^(٢) ، أبرزها أنواعه من حيث كون مبلغ الاعتماد مغطى من قبل العميل ، أو غير مغطى ، وهو بهذا الاعتبار نوعان^(٣) :

النوع الأول : الاعتماد المستندي المغطى غطاءً كلياً :

وهو الاعتماد المستندي الذي يدفع فيه العميل كامل قيمة البضاعة للمصرف الذي فتح فيه الاعتماد ، ويكون دور المصرف في هذه الحال الوكالة ، والكفالة "الضمان" في الوقت نفسه ، فهو وكيل عن فاتح الاعتماد في تسليم الثمن

(١) ينظر : الأعمال المصرفية والإسلام للمشري ص ٢١٤ ، والبنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق ص ١٤٧ ، وموقف الشريعة من المصارف الإسلامية ص ٢٩٩ ، والاعتمادات المستندية لعللي العقلاء ص ٢٩ .

(٢) ينظر : المعاملات المالية المعاصرة لشبير ص ٢٣٨ - ٢٣٩ ، وقرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي ١٤٦/٣ ، والمعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية ص ٢٥٨ ، والمنفعة في القرض ص ٥٤١ - ٥٤٥ ، والربا في المعاملات المصرفية للسعيد ص ٣٨٦ - ٣٨٩ ، والاعتمادات المستندية وحكمها في الفقه الإسلامي للعقلاء ١٥٠/١ - ١٥١ .

(٣) ينظر : الربا والمعاملات المصرفية للمتراك ص ٤٠١ - ٤٠٢ ، والكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية للسالوس ص ١٦٠ ، والمعاملات المالية المعاصرة لمحمد رواس قلعه جي ص ١٠٤ ، ودراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة ٣٠٦/١ ، وقرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي ١٤٦/٣ ، والفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٣٦٠/٩ ، وما لا يسع التاجر جهله ص ٣٤٥ ، والاعتمادات المستندية وحكمها في الفقه الإسلامي للعقلاء ٢٤٤/١ ، ٢٥٢ .

واستلام سندات البضاعة، والتأكد من مطابقتها لشروط العميل "فاتح الاعتماد"، وكفيل عنه بالثمن لحق المصدر "البائع" الذي يعد مكفولاً له. وما يأخذه المصرف من عمولة في مقابل أتعابه من فتح الاعتماد، والمراسلات، وفحص المستندات، والتحويل يعد من باب الإجارة فهو جائز، ولا يجوز أخذ العمولة على الكفالة ذاتها؛ لأن الكفالة عقد إرفاق ومعاونة، لا عقد معاوضة؛ ولأنه يؤول إلى قرض جر نفعاً في حال السداد عن المدين، وذلك ربا.

النوع الثاني: الاعتماد المستندي غير المغطى بالكامل، أو المغطى جزئياً:

وهو الذي لا يدفع فيه العميل قيمة البضاعة للمصرف الذي فتح فيه الاعتماد، أو يدفع له جزءاً منها فقط، ويكون المصرف في هذه الحال كفيلاً بالثمن عن العميل لحق المصدر (البائع) الذي يعد مكفولاً له، وهو في نفس الوقت يعد وكيلاً عن العميل في فحص المستندات، والتأكد من مطابقتها لشروط العميل (فاتح الاعتماد).

فإذا قام المصرف بدفع الثمن عن العميل كاملاً، كان قد أقرض العميل الثمن كله أو بعضه، وفي هذا النوع تفرض المصارف غير الإسلامية فوائد ربوية على العميل على هذا القرض، وهو ربا محرم. وأما العمولة التي تؤخذ على هذا النوع، فحكمها كحكمها في النوع الأول.

الفرع الثالث: حكم الاعتماد المستندي:

مما تقدم يتبين أن الاعتماد المستندي عقد أصله: أن يكفل "يضمن" المصرف الذي أصدر الاعتماد لبائع بضاعة ما أو مصدرها دفع مبلغ معين نيابة عن العميل متى ما تحققت شروط العميل التي ضمنها طلبه فتح الاعتماد. ويدخل في العقد توكيل العميل للبنك بأداء ما عليه للمصدر سواء كان الاعتماد مغطى بالكامل أو

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

جزئياً، وهو بهذا الشكل المركب عقد مستحدث يتكون من: كفالة، ووكالة معاً، لا يوجد ما يمنع من التعامل به شرعاً إذا خلا من الفوائد الربوية، كما تجر به المصارف الإسلامية، لكن الذي يجري في البنوك الربوية أنهم يحتسبون على العميل فوائد عن المبلغ غير المغطى منذ قيام البنك المراسل بدفع مبلغ الاعتماد إلى البائع، أو مصدر البضاعة، كأنه قرض تمولي بفوائد ربوية^(١).

الفرع الرابع: صورة الشرط الجزائي في الاعتماد المستندي، وحكمه:

صورة ذلك تجري في النوع الثاني من الاعتمادات المستندية، ذلك أن المصرف قد يفرض على العميل شرطاً جزائياً في حال تأخره عن سداد المبلغ في الوقت المحدد، كمائة ريال عن كل يوم تأخير، أو ما نسبته ٥٪ من المبلغ عن كل شهر، أو أسبوع يتأخر فيه العميل عن السداد، وهذه زيادة ربوية محرمة، إذ هي زيادة مشروطة على المبلغ المقرض، وذلك ربا، فهو شرط فاسد مفسد للعقد الذي اقترن به.

المسألة الرابعة: القرض المصرفي (البنكي):

وفيها أربعة فروع:

الفرع الأول: تعريف القرض:

القرض في اللغة: القطع، مصدر قرض الشيء يقرضه إذا قطعه. والقرض: ما تعطيه الإنسان من مالك لتقضاه، وكأنه شيء قد قطعه من مالك^(٢).

وفي الاصطلاح: «دفع مال لمن ينتفع به، ويرد بدله»^(٣).

(١) ينظر: قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية ١٤٧/٣، والكفالات المعاصرة د. عبدالرحمن بن سعود الكبير ٦٩٥/٢ - ٦٩٦، والربا في المعاملات المصرفية للسعيد ٤٢٨/١، والمعايير الشرعية ص ٢٦٠.

(٢) ينظر: معجم مقاييس اللغة مادة "قرض" ٧١/٥ - ٧٢، ولسان العرب مادة "قرض" ٢١٦/٧.

(٣) الروض المربع ص ٣٦١.

الفرع الثاني: تعريف المصرف (البنك):

المَصْرَفُ: «مكان الصرف، وبه سمي البنك مصرفاً»^(١).

والصرف في اللغة: يطلق على معان كثيرة، منها: الرجوع، والإنفاق، والبيع، ورد الشيء عن وجهه، والزيادة، وفضل الدرهم على الدرهم والدينار على الدينار^(٢).

وفي الاصطلاح: «بيع الأثمان بعضها ببعض»^(٣).

وكلمة مصرف في اللغة العربية تقابل بنك في اللغة الإنجليزية^(٤)، فهما اسمان لمسمى واحد^(٥)، وتسمية البنك مصرفاً في الاستعمال المعاصر مستفادة من الصرف بالمعنى الاصطلاحي الذي هو مبادلة عملة بعملة أخرى، باعتبار أنه المكان الذي تتم فيه هذه المعاملة^(٦).

(١) المعجم الوسيط ١/٥١٣.

(٢) ينظر: معجم مقاييس اللغة ٣/٣٤٢، ولسان العرب مادة "صرف" ٩/١٨٩، ١٩٠، والمصباح المنير ص ٣٣٨.

(٣) بدائع الصنائع ٥/٢١٥، والاختيار لتعليل المختار ٢/٣٩، والبحر الرائق ٦/٢٠٩، والمغني ٦/١١٢، والشرح الكبير ١٢/١٠٦.

(٤) ينظر: الأعمال المصرفية والإسلام للهمشري ص ٣٢. والبنك مأخوذ من الكلمة الإيطالية -بانكو- أي: مائدة، إذ كان الصيارفة في القرون الوسطى يجلسون في الموائى والأمكنة العامة للتجار بالنقود -الصرف- وأمامهم مناضد عليها نقودهم تسمى (بانكو) بالإيطالية، ونقلت إلى العربية ثم حصل توسع في الاستعمال حتى صارت كلمة بنك تدل على ما يتصل بجميع عمليات البنوك التي تزاولها الآن، ولم تقتصر على الصرف. (ينظر: الربا والمعاملات المصرفية للمترك ص ٣٠٩، والبنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق للطيار ص ٢٨).

(٥) ينظر: المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق للهيبي ص ٣٠.

(٦) ينظر: معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص ٢٥١.

جاء في المعجم الوسيط: «البنك: مؤسسة تقوم بعمليات الائتمان^(١) بالاقتراض والإقراض»^(٢).

وجاء في الموسوعة العربية الميسرة: «مصرف، أو بنك: تطلق هذه الكلمة بصفة عامة على المؤسسات التي تختص في إقراض واقتراض النقود»^(٣).
وقيل: البنك أو المصرف هو: «المنشأة التي تقبل الودائع من الأفراد والهيئات تحت الطلب، أو الأجل، ثم تستخدم هذه الودائع في منح القروض والسلفيات»^(٤).

فالمصرف لم يعد قاصراً على ما يتم فيه الصرف، بل أصبح معناه، أوسع من ذلك، فيشمل الكثير من المعاملات المالية؛ كالإقراض، وقبول الودائع، والأوراق التجارية، والحوالات، وغير ذلك.

(١) الائتمان في اللغة: مصدر على وزن افتعال من أمن نقيض الخوف، وأمنته على كذا وائتمنته بمعنى واحد، أي: وثقت به، واطمأنت إليه. (لسان العرب مادة "أمن" ٢١/١٣، ٢٢، والمعجم الوسيط ص ٢٨).

وهو: مصطلح مصرفي عُرف بعدة تعريفات، منها: ١ - هو: "عمليات الإقراض والاقتراض" (الموسوعة العربية الميسرة ١/٢٧٦). ٢ - "الائتمان اصطلاح مستخدم في الاقتصاد للدلالة على قدرة شخص على الحصول بطريق الاقتراض على الأموال التي يحتاج إليها في مزاولة نشاطه. وقد يعني أيضاً نفس الأموال المقرضة، ومن ثم يكون مرادفاً، أو معادلاً لكلمة قرض". (الموسوعة الاقتصادية لراشد البراوي ص ١).

(٢) المعجم الوسيط ١/٧١.

(٣) الموسوعة العربية الميسرة ٢/١٧٠٨، والربا في المعاملات المالية المعاصرة للسعيد ٢/٩٧٧.

(٤) مذكرات في النقود والبنوك لإسماعيل هاشم ص ٤٣، والربا في المعاملات المالية المعاصرة

الفرع الثالث: حكم القرض المصرفي (البنكي):

القرض المصرفي هو إقراض المصرف العميل مالا إلى أجل، أو آجال محددة بشرط فائدة^(١) معينة على رأس المال، إما مقطوعة كألف ريال - مثلاً - أو بنسبة مئوية معينة في الشهر أو السنة.

وهذا هو ربا القروض أحد نوعي ربا الديون - ربا الجاهلية - الذي دل الكتاب، والسنة، والإجماع على تحريمه كما تقدم^(٢).

الفرع الرابع: حكم الشرط الجزائري في القرض المصرفي (البنكي):

القرض المصرفي "البنكي" المشروط فيه الزيادة مقابل القرض ربا محرم بالنص والإجماع، لكن إذا خلا القرض المصرفي من اشتراط الزيادة (الفائدة) فإن دخول الزيادة عليه بالشرط الجزائري عند التأخر في السداد يجعله عقد ربا. فيكون هذا الشرط فاسداً مفسداً للعقد الذي اقترن به، وقد تقدم بيان ذلك في حكم الشرط الجزائري في الديون^(٣).

(١) الفائدة في اللغة: استحداث مال وخير. يقال: أفدت غيري، وأفدت من غيري.

(معجم مقاييس اللغة مادة "فيد" ٤/٤٦٤).

وفي اصطلاح الاقتصاديين: «الثمن الذي يدفعه المقرض مقابل استخدام نقود المقرض» وعادة يعبر عن هذا الثمن في صورة نسبة مئوية في السنة، ولهذا يسمى معدل أو سعر الفائدة. (ينظر: موسوعة المصطلحات الاقتصادية لحسين عمر ص ١٧٤).

واستعمل النصارى لفظ الفائدة بدلاً من لفظ الربا تحايلاً على تحريم القانون الكنسي في العصور الوسطى للربا. (ينظر: الفائدة والربح وأدوات التمويل الإسلامي لدرويش جستنيه ص ٣-٤، والمنفعة في القرض ص ٨٢).

(٢) ينظر: ص ١٨٠-١٩٢.

(٣) ينظر: ص ١٨٠-١٩٢.

المسألة الخامسة: البطاقات الائتمانية:

وفيهما ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف بطاقات^(١) الائتمان^(٢):

عرّف مجمع الفقه الإسلامي بطاقات الائتمان "غير

(١) البطاقات: جمع بطاقة، وهي: الورقة، أو الرقعة الصغيرة. (ينظر: لسان العرب مادة "بطق" ٢١/١٠).

والبطاقة المصرفية من الناحية الفنية هي: «قطعة لدائنية مستطيلة (٥,٥ × ٨,٥ سم تقريباً) مكتوب عليها بحروف نافرة اسم حاملها، وتاريخ إصدارها غالباً، وتاريخ انتهاء صلاحيتها، ورقمها المتسلسل، ومكتوب بحروف غير نافرة صورة حاملها وتوقيعه غالباً، واسم مصدرها، وشعاره، ومطبوع عليها طباعة شفافة شعار المنظمة التابعة لها، وشعار الشبكة الحاسوبية، ويوجد خلف أغلب أنواعها شريط ممغنط تسجل عليه بعض المعلومات المهمة، كرقم البطاقة، ورقم الإثبات الشخصي لحاملها». (البطاقات اللدائنية للعصيمي ص ٨٧-٨٨).

(٢) الائتمان: تقدم تعريفه: ص ٤١٤.

وسميت البطاقات الائتمانية بذلك؛ لأن الائتمان معناه الثقة التي يمنحها المصرف لعميله حتى يكون مستعداً لإقراضه أو كفالاته. (بطاقات الائتمان غير المغطاة د/ محمد القري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٣/٥٣٠).

ولأنها أداة اطمئنان و ضمان للبائع بأن قيمة ما يشتريه حاملها من السلع والخدمات سيدفعها له البنك مصدر هذه البطاقة. (ينظر: الشرط الجزائري لليمني ص ٣٠٠).

وقد اختلف بعض الباحثين المعاصرين فيما هو الأصح في تسميتها، فذهب بعضهم إلى أن الأصح (بطاقات الائتمان). (ينظر: بطاقات الائتمان غير المغطاة د/ محمد القري، في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٣/٥٣٠، وبطاقات الائتمان غير المغطاة د/ نزيه حماد، في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٣/٤٩٩).

وذهب بعضهم إلى أن الأصح تسميتها بـ(بطاقات الإقراض) إذ هو المناسب الدال على حقيقتها وماهيتها المميزة لها عن غيرها، نظراً لاشتغالها على القرض. (ينظر: البطاقات البنكية الإقراضية د/ عبدالوهاب أبو سليمان ص ٢٥).

المغطاة^(١) في دورته الثانية عشرة، بأنها: «مستند يعطيه مصدره "البنك المصدر" لشخص طبيعي أو اعتباري "حامل البطاقة" بناءً على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع، أو الخدمات، ممن يعتمد المستند "التاجر" دون دفع الثمن حالاً لتضمنه التزام المصدر بالدفع، ويكون الدفع من حساب المصدر، ثم يعود على حاملها في مواعيد دورية، وبعضها يفرض فوائد ربوية على مجموع الرصيد غير المدفوع بعد فترة محددة من تاريخ المطالبة، وبعضها لا يفرض فوائد»^(٢).

الفرع الثاني: أنواع بطاقات الائتمان، وحكمها:

تنوع بطاقات الائتمان غير المغطاة تبعاً للأسلوب الذي يتم به سداد

(١) أما البطاقات المغطاة، وتسمى بطاقات السحب المباشر من الرصيد، أو البطاقة العادية، أو بطاقة الصرف الآلي، أو بطاقة الخصم الفوري، ويقال: البطاقة التقليدية، وهي بطاقة يمنحها البنك للعميل الذي له حساب لديه، وذلك للخصم الفوري من حسابه عند استخدامها بواسطة أجهزة الصرف الآلي، أو أنظمة التحويل الإلكتروني، فهي ليست محل البحث هنا، لعدم وجود الإقراض فيها للعميل، وهي جائزة ولا شائبة في حلها، ما لم يحصل لها شرط أو وصف إضافي ينقلها من الحل ويحولها إلى التحريم. (ينظر: بطاقة الائتمان لبكر أبو زيد ص ٢٧-٢٨، والشامل لإرشيد ص ١٨٣، والخدمات المصرفية لزعتري ص ٥٦٤، والبطاقات البنكية الإقراضية لعبد الوهاب أبو سليمان ص ٢٢٩، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي (بحث عبدالستار أبو غدة) ١٢/٣/٤٦٧).

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٣/٦٧٦.

وللوقوف على مزيد من التعريفات (ينظر: البطاقات البنكية لعبد الوهاب أبو سليمان ص ٢٤-٢٧، والبطاقات اللادائية للعصيمي ص ٧٣-٨٩).

دينها إلى نوعين^(١):

النوع الأول: بطاقة الائتمان العادية، أو بطاقة الائتمان لدين لا يتجدد، وتسمى بـ "البطاقة على الحساب"، أو "بطاقة الدفع الشهري" أو "بطاقة الوفاء المؤجل" أو "بطاقة الإقراض المؤقت الخالي من الفائدة ابتداءً".

ومن أمثلتها: بطاقة أمريكان إكسبرس، وداينرز كلوب. وهي تخول حاملها حق الاستدانة - عن طريق السحب النقدي المباشر، أو عن طريق شراء السلع والخدمات - إلى حد معين لأجل قصير، قد يصل في بعض الأحيان إلى شهرين، ويزود العميل بكشف حساب البطاقة بصورة دورية (شهرياً غالباً) دون احتساب فائدة ابتداءً على هذا القرض. فإذا تأخر صاحب البطاقة عن وفاء الدين زيادة على الأجل الممنوح له مجاناً، فإن المصدر يحمله غرامة تأخير منصوص عليها في اتفاقية الإصدار.

وحكم هذه الغرامة حكم ربا النسئة "ربا الديون" المحظور شرعاً، فلا يجوز

(١) ينظر: البطاقات البنكية الإقراضية د/ عبد الوهاب أبو سليمان ص ١٤٢، ٢٢٧، والائتمان المولد على شكل بطاقة د/ محمد القري، في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥٨٢/٢/٨ - ٥٨٣، وبطاقات الائتمان غير المغطاة د/ محمد علي القري، في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥٤٨/٣/١٢ - ٥٥٠، وبطاقات الائتمان غير المغطاة د/ نزيه حماد، في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥٠٠/٣/١٢ - ٥٠١، ٥١٣، ٥١٤، وبطاقات الائتمان للضربير في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥٩٢/٣/١٢، وبطاقات الائتمان د/ محمد علي القري في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣٧٩/١/٧ - ٣٨٠، وبطاقات الائتمان المصرفية والتكيف الشرعي المعمول به في بيت التمويل الكويتي، إعداد مركز تطوير الخدمة المصرفية، بيت التمويل الكويتي، في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٤٤٩/١/٧ - ٤٥١، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦٥٦/١/٧، ٦٢٩/٣/١٢، ٦٣٢، والخدمات المصرفية لزعتري ص ٥٦٥، والشامل في معاملات وعمليات المصارف لإرشيد ص ١٨٧، والبطاقات اللادائية للعصيمي ص ١٢٠ - ١٢١، ١٥٥ - ١٥٦.

إصدار هذه البطاقة بهذا الشرط ، فإن خلت منه جاز إصدارها ، وهو ما أخذت به المصارف الإسلامية فإنها لا تفرض على صاحب البطاقة غرامة تأخير عن التخلف في السداد ؛ كبطاقة فيزا المصدرة من شركة الراجحي المصرفية للاستثمار ، وبطاقتي فيزا وماستركارد المصدرتين من بيت التمويل الكويتي ، وبطاقة فيزا المصدرة من بنك دبي الإسلامي ، وغيرها.

النوع الثاني : بطاقة الائتمان القرضية ، أو بطاقة الائتمان لدين قابل للتجدد ، وتسمى ببطاقة الإقراض بفوائد ، والتسديد على أقساط. وهذا النوع هو الأكثر انتشاراً في العالم ، ويحق لحاملها الاقتراض عن طريق السحب النقدي المباشر ، أو عن طريق شراء السلع والخدمات ، إلى حد معين يختلف باختلاف فئة البطاقة ، ويتم تسديد هذا الدين على أقساط مع زيادة ربوية مشروطة ابتداءً ، وهو قابل للتجدد ، فكلما سدد جزءاً من القرض مع فائدته حق له الاقتراض إلى ما يبلغ الحد الأعلى لبطاقته ، وهكذا. وإذا تأخر عن سداد قسط من الأقساط مع فائدته ، فرض عليه غرامة تأخير.

وأشهر الأمثلة لهذا النوع من البطاقات : فيزا ، وماستركارد.

وهذا النوع لا يحل إصداره ، ولا التعامل به شرعاً لتضمنه للربا الصريح - ربا الجاهلية - ربا القروض - الزيادة على الدين ابتداءً - وربي الديون بصيغته أتقضي أم تربى.

الفرع الثالث: حكم الشرط الجزائي في البطاقات الائتمانية:

الشرط الجزائي - المتمثل في فرض غرامة تأخير عن التخلف في السداد - في النوع الأول ، الذي لا يشترط فيه فائدة ربوية ابتداءً يحوله من القرض إلى الربا المحرم ربا الديون (أتقضي أم تربى) ، وذلك شرط فاسد مفسد للعقد المقترن به. وأما النوع الثاني الذي يشترط فيه زيادة ربوية ابتداءً فهو ربا صريح ، حتى ولو لم يشترط فيه الشرط الجزائي.

المطلب الثاني

الشرط الجزائي في غير الديون في بعض المعاملات المالية

وفيه خمس مسائل:

المسألة الأولى: عقد الاستصناع:

وفيها ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الاستصناع:

الاستصناع في اللغة: مصدر استصنع الشيء: أي دعا إلى صنعه^(١).
فالاستصناع: طلب الصنع وسؤاله^(٢). والصانع: من يحترف الصناعة، جمعه صنّاع، والصنّاعة: حرفة الصانع. وعمّله: الصنّعة. والصنّاعة: ما تستصنع من أمر، يقال: استصنع فلاناً كذا: طلب منه أن يصنعه له^(٣).
وفي الاصطلاح: «عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل»^(٤).

(١) ينظر: لسان العرب مادة "صنع" ٢٠٩/٨.

(٢) طلبة الطلبة ص ٢٢٧.

(٣) ينظر: لسان العرب مادة "صنع" ٢٠٩/٨، والمعجم الوسيط مادة "صنع" ص ٥٢٥.

(٤) بدائع الصنائع ٢/٥، وينظر: المبسوط ٨٤/١٥، وتحفة الفقهاء ٣٦٢/٢، وشرح فتح القدير ٢٤١/٦، والمفصل في الفقه الحنفي (الأموال والمعاملات المالية) ص ٢٣١، وأحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي لعبدالبر ص ٥٥٥، وأوفوا بالعقود لعبدالستار أبو غدة ص ١٩، ومعجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص ٥٢، ومعجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ١٤٢/١، ومعجم مصطلحات الاقتصاد الإسلامي ص ٢٨. والعقود المسماة د/ وهبة الزحيلي ص ٢٧٦، والفقه الميسر للطيار وآخرون ص ٩٦، وبحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة للقره داغي ص ١٣٦-١٣٧، وعقد البيع للزرقا ص ١٥٣، والجمالة والاستصناع لشوقي دنيا ص ٢٩.

فهو عقد مستقل المعقود عليه فيه العين والعمل جميعاً، فالعمل، ومادة الشيء المصنوع كلها من عند الصانع، ولا يشترط فيه تعجيل الثمن، فيجوز أن يكون معجلاً، أو مقسطاً، أو مدفوعاً عند التعاقد جزءاً منه، ويكون الباقي مؤخراً إلى حين تسليم الشيء المصنوع، أو إلى أجل معين.

وهو عقد يشبه السلم؛ لأنه عقد على موصوف في الذمة، ويفترق عنه من حيث كونه يشترط فيه العمل، ولا يشترط فيه تعجيل الثمن، ولا كون المصنوع مما يوجد في الأسواق، بخلاف السلم.

ويشبه الإجارة؛ لأن عمل الصانع جزء من المعقود عليه، ويفترق عنها من حيث كون المواد في الاستصناع من الصانع بخلاف الإجارة فالعين من المستأجر، والعمل من الصانع.

ويشبه أصل البيع من حيث إن الصانع يبيع المصنوع على المستصنع، ويفترق عنه من حيث اشتراط العمل فيه، وكون المعقود عليه معدوماً وقت العقد^(١). فهو نوع من البيوع يختص باسم فلا بد من اختصاصه بمعنى يقتضيه ذلك الاسم^(٢).

وصورته: أن يجيء إنسان لصانع خفاف، أو أواني، أو غيرهما، فيقول له: اصنع لي خفاً، أو آنية من أديم، أو نحاس من عندك، ويبين نوع ما يصنع وقدره وصفته، فيقول الصانع: نعم، سواء كان المصنوع منه موجوداً أثناء العقد أم لا، وذلك بثمن معلوم يتفقان عليه، سواء دفع الثمن فوراً عند التعاقد، أو جعله على أقساط معينة، أو عند انتهاء العمل، أو غير ذلك^(٣).

(١) ينظر: المصادر السابقة.

(٢) ينظر: المبسوط ٨٥/١٥.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٢/٥، وشرح فتح القدير ٢٤١/٦.

وفي عصرنا اتسعت دائرة الاستصناع بحيث شملت كل الصناعات: الخفيفة، والثقيلة، والمتوسطة، والبرية، والبحرية، والجوية، والفضائية؛ كالأقمار الصناعية، ونحو ذلك^(١).

الفرع الثاني: حكم الاستصناع:

عقد الاستصناع - كما تقدم - عقد قائم بنفسه، مستقل عن غيره من العقود^(٢)، هذا من حيث الخصوص، أما من حيث العموم فإنه نوع من أنواع البيوع الجائزة، وقد دل على جوازه النص، والإجماع العملي، والمعقول. فمن النص ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ اصطنع خاتماً من ذهب، وكان يلبسه فيجعل فسه في باطن كفه، فصنع الناس - وفي رواية

(١) ينظر: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة للقره داغي ص ١٤١.

(٢) هذا عند الحنفية عدا زفر، وأما المالكية، والشافعية، والحنابلة فيدخلون الاستصناع ضمن عقد السلم، ويجيزون منه ما توافرت فيه شروط السلم، ومن أهم ذلك تسليم جميع الثمن معجلاً، وأما في صورته المستقلة عند الحنفية فلا يرون جوازه؛ لأنه بيع ما ليس عند الإنسان على وجه السلم.

(ينظر عند الحنفية: المبسوط ١٥/٨٤ - ٨٥، وتحفة الفقهاء ٢/٣٦٢ - ٣٦٣، وبدائع الصنائع ٢/٥ - ٣، وشرح فتح القدير ٦/٢٤١ - ٢٤٢، وعند المالكية: المدونة ٤/١٨ - ١٩، والمقدمات ٢/٣٢، والشرح الصغير وعليه بلغة السالك ٢/٥٥٧ - ٥٥٨، ومواهب الجليل وبهامشه التاج والإكليل ٤/٥٣٩ - ٥٤٠، وعند الشافعية: الأم ٣/١٣٤، والمهذب ١/٢٩٧، ٢/٢٩٨، وروضة الطالبين ٤/٢٧ - ٢٨، وشرح المحلى على منهاج الطالبين ٢/٢٥٤، وعند الحنابلة: المغني ٦/٣٨٦ - ٣٨٧، ٣٩٨، والفروع ٤/٢٤، والإنصاف ١١/١٠٥، وكشاف القناع ٣/١٦٥).

وينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (عقد الاستصناع للسالوس)، و(عقد الاستصناع للزحيلي) ٧/٢٧١، ٢٧٢، ٣١٠.

فاصطنع الناس خواتيم من ذهب - ثم إنه جلس على المنبر فنزعه، فقال: إني كنت ألبس هذا الخاتم وأجعل فسه من داخل فرمى به، ثم قال: والله لا ألبسه أبداً فنبذ الناس خواتيمهم^(١).

وعن أنس بن مالك رضي الله عنه^(٢) قال: اصطنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتماً، فقال: إنا قد اصطنعنا خاتماً، ونقشنا فيه نقشاً، فلا ينقش أحد عليه^(٣).

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتماً أي: «أمر أن يصنع له، كما تقول: اكتب: أي أمر أن يكتب له، والطاء بدل من تاء الافتعال لأجل الصاد»^(٤)، واصطنع الصحابة كذلك، ولم ينقل أنه صلى الله عليه وسلم قدم المال للصانع فيكون سلماً، ولا أنه أتى بالمادة من عنده فيكون إجارة؛ لأنه لو حصل ذلك لنقل، فعدم النقل هنا دليل على العدم؛ لأن هذا مما تتوافر الدواعي على نقله، ثم إن كثيراً من الصحابة فقراء لا يملكون المادة التي يصنع منها الخاتم، خصوصاً

(١) أخرجه البخاري في كتاب الأيمان والنذور، باب من حلف على الشيء وإن لم يحلف ٢٢٢/٧، وفي كتاب اللباس باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه ٥٣/٧.

(٢) هو: أنس بن مالك بن النضر الأنصاري الخزرجي، أبو حمزة، خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم خدمه عشر سنين، وأحد المكثرين من الرواية عنه، مناقبه وفضائله كثيرة جداً، مات سنة ٩٢هـ، وقيل غير ذلك.

(الإصابة ٧١/١ - ٧٣، وتقريب التهذيب ص ١١٥).

(٣) أخرجه أحمد في المسند ١٠١/٣ رقم (١٢٠٠٨)، وابن ماجه في كتاب اللباس، باب نقش الخاتم ١٣٠١/٢ رقم (٣٦٤٠)، والنسائي في كتاب الزينة، صفة خاتم النبي صلى الله عليه وسلم ونقشه ١٩٣/٨ رقم (٥٢٨١)، ومسلم في كتاب اللباس والزينة، باب في اتخاذ النبي صلى الله عليه وسلم خاتماً ١٦٥٧/٣ رقم (٢٠٩٢) ولفظه: "فاصطنع خاتماً من فضة".

(٤) النهاية في غريب الحديث مادة "صنع" ٥٦/٣.

خواتيم الذهب التي استصنعها الصحابة في أول الأمر، وبذلك يندفع ما قد يرد على هذا الدليل من اعتراض - والله أعلم -^(١).

وأما الإجماع فهو ما ذكره الحنفية من تعامل الناس به في سائر الأعصار من لدن رسول الله ﷺ إلى اليوم من غير تكبير، فجوازه راجع إلى الإجماع العملي^(٢).

وأما المعنى فإن الحاجة داعية إليه؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى شيء معين من ثياب، أو أثاث، أو آلات، أو أجهزة، أو سيارات على صفة مخصوصة ونوع مخصوص، ولا يجد ما يريد من ذلك مصنوعاً ليشتريه فيكون بيعاً، ولا يتمكن من تقديم الثمن ليكون سلماً، ولا من إحضار المواد للصانع ليكون إجارة، فيحتاج إلى التعامل بالاستصناع كما هو واقع أكثر الناس اليوم أفراداً وجماعات، وفي القول بعدم الجواز حرج ومشقة، والحرج مرفوع في هذه الشريعة الميسرة^(٣).

ولأن الأصل في العقود والشروط الصحة والجواز، إلا ما دل الدليل على تحريمه نصاً أو قياساً، والاستصناع عقد لا يشتمل على محذور، وفيه مصالح عظيمة، وتيسير على الخلق، فيبقى على الأصل، وهو الحل والجواز. ولأن فيه معنى عقدين جائزين، وهما السلم والإجارة؛ لأن السلم عقد على مبيع في الذمة والاستصناع كذلك، والإجارة عقد على العمل،

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (الاستصناع د/ سعود الشبيبي) ٦٥٥/٢/٧.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ٢/٥-٣، وشرح فتح القدير ٦/٢٤٢.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٣/٥، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي (الاستصناع للشبيبي) ٦٥٩/٢/٧.

والاستصناع يشترط فيه عمل الصانع ، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزاً^(١) ، ما لم يفض إلى محذور ، والاستصناع لا يفضي إلى محذور .
وقد صدر بجواز الاستصناع قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة ،
حيث جاء فيه :

«[١] إن عقد الاستصناع - وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم للطرفين ، إذا توافرت فيه الأركان والشروط .

[٢] يشترط في عقد الاستصناع ما يلي :

(أ) بيان جنس المستصنع ، ونوعه ، وقدره ، وأوصافه المطلوبة .

(ب) أن يحدد فيه الأجل .

[٣] يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله ، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة»^(٢) .

الفرع الثالث: حكم الشرط الجزائي في الاستصناع:

صورة الشرط الجزائي في الاستصناع أن يشترط المستصنع على الصانع أنه إذا تأخر عن تسليم المعقود عليه في الوقت المحدد ، أو لم يقم بتنفيذ التزامه ، فإن عليه أن يدفع مبلغ كذا وكذا عن عدم التنفيذ ، أو عن كل يوم يتأخر فيه عن التنفيذ ، وهذا الشرط جائز وصحيح يلزم الوفاء به عند جمهور العلماء المعاصرين .

أما الشرط الجزائي على المستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه من الثمن ، فهو الشرط الجزائي في الديون ، وهو فاسد مفسد للعقد ؛ لأنه ربا .

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٣/٥ .

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (قرار المجمع بشأن الاستصناع) ٧/٢/٧٧٧ - ٧٧٨ .

المسألة الثانية: عقد التوريد:

وفيها ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف التوريد:

التوريد لغة: مصدر ورّد يورد، يقال: ورد فلان وروداً إذا حضر، وأورد غيره، واستورده أي: أحضره^(١). يقال: استورد السلعة ونحوها: جلبها من خارج البلاد. والواردات: البضائع الأجنبية التي تشتريها الدولة، وهي مقابل الصادرات^(٢).

واصطلاحاً هو: عقد يتعهد أحد طرفيه للآخر بتسليم أشياء موصوفة في الذمة بصفة دورية غالباً، مقابل ثمن معلوم مقسط غالباً^(٣).

وعرف بأنه: «عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلم سلعة معلومة مؤجلة بصفة دورية خلال فترة معينة لطرف آخر، مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه»^(٤).

ومن أمثلة عقود التوريد: عقود توريد السلع؛ كالأغذية، والأدوية، والآلات، والملابس، والأثاث، ونحو ذلك. وعقود توريد الخدمات؛ كتوريد الكهرباء، والغاز، والماء^(٥).

(١) لسان العرب مادة "ورد" ٤٥٧/٣، والقاموس المحيط مادة "ورد" ٣٤٥/١.

(٢) المعجم الوسيط مادة "ورد" ص ١٠٢٤.

(٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (العقود المستجدة لنزيه حماد) ٥٠٥/٢/١٠، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي (عقود التوريد للمصري) ٤٧٧/٢/١٢، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي (عقد التوريد لعبدالوهاب أبو سليمان) ٣٥٢/٢/١٢.

(٤) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (قراره بشأن عقود التوريد والمناقصات) ٥٧١/٢/١٢.

(٥) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥٠٥/٢/١٠.

والتوريد يمكن أن يكون لشيء، أو أشياء تسلم دفعة واحدة، ويمكن أن يكون لأشياء تسلم على دفعات خلال فترة معينة وهو الغالب، ويمكن أن يكون التوريد لأشياء موجودة، ويمكن أن يكون لأشياء يراد إيجادها وتصنيعها. كما أن الغالب أن يكون الثمن في عقود التوريد مقسطاً، أو مؤجلاً كله، أو بعضه، وقد يكون معجلاً^(١).

الفرع الثاني: حكم عقد التوريد؛

عقد التوريد عقد جديد لم يرد في العقود المسماة في الفقه الإسلامي، وهو في مضمونه وجوهره عقد من عقود المعاوضات ينتهي بتمليك السلعة للمشتري والثمن للبائع بصورة مؤكدة، وبهذا المعنى يحقق مفهوم البيع شرعاً، وهو من قبيل بيوع الصفات لا بيوع الأعيان، حيث إن الوصف غالباً، أو العينة أو الأتموزج، أو الرؤية السابقة هي وسيلة التعريف بالمبيع، لا الرؤية والمشاهدة الآنية^(٢).

غير أن له صوراً يمكن تكييف بعضها على بعض العقود المسماة في الفقه الإسلامي، وأبرز صور هذا العقد ما يلي:

(١) ينظر: عقد المقاوله للعايد ص ٣٥٢.

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (عقد التوريد لأبو سليمان) ١٢/٢/٣٤٩-٣٥٠، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي (تعقيب عبدالسلام العبادي) ١٢/٢/٥٣٢، وعقد التوريد للمطلق في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد العاشر، ص ٢٥، ٣٩، والبيع على الصفة للعين الغائبة للعايشي فداد ص ١٢٢-١٢٦، وعقد المقاوله والتوريد لأبو البصل ص ١٩٩، ٢٠٢، والشامل في معاملات وعمليات المصارف لإرشيد ص ١٣٢-١٣٣.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

[١] أن يكون محل عقد التوريد سلعة تتطلب صناعة، كما لو اتفقا على أن يقوم المورد بصنع أجهزة بمواصفات معينة، فالعقد في هذه الصورة استصناع تنطبق عليه أحكامه^(١).

[٢] أن يكون محل عقد التوريد سلعة لا تتطلب صناعة، وهي موصوفة في الذمة؛ كالحبوب والثمار ونحو ذلك، يلتزم المورد بتسليمها عند حلول الأجل المتفق عليه، وفي هذه الصورة لا يخلو الأمر من حالين:

(أ) أن يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد، فهذا عقد يأخذ حكم السلم، فيجوز بشروطه المعتبرة شرعاً^(٢).

(ب) أن لا يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد، بل هو مؤجل كله، أو بعضه، أو مقسطاً، ففي هذه الحال إن كان ما تم بينهما من اتفاق هو مواعدة غير ملزمة لأحد الطرفين أو لكليهما فذلك جائز، على أن يتم البيع بعقد جديد، أو بالتسليم^(٣).

أما إن كان ما تم بينهما من اتفاق هو عقد، أو مواعدة ملزمة، فقد ذهب مجمع الفقه الإسلامي إلى عدم جواز ذلك؛ لأن العقد هنا من بيع الكالئ بالكالئ، والمواعدة الملزمة تشبه العقد نفسه^(٤).

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (قراره بشأن موضوع عقود التوريد) ٥٧١/٢/١٢، وعقد المقابلة للعايد ص ٣٥٣.

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (قراره بشأن موضوع عقود التوريد) ٥٧٢/٢/١٢.

(٣) ينظر: المصدر السابق.

(٤) ينظر: المصدر السابق.

وذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى جواز ذلك^(١)؛ لأن الدينين - الثمن والمثمن المؤجلين - في هذا العقد منشآن وليسا مستقرين في الذمة أولاً قبل الاتفاق والتعاقد حتى يصدق عليه اسم الدين بالدين^(٢).

الفرع الثالث: حكم الشرط الجزائي في عقد التوريد:

إذا اشترط المستورد على مورد السلعة أنه في حال تأخره عن تسليم السلعة في الوقت المتفق عليه، فإن عليه شرطاً جزائياً مقداره كذا عن كل يوم تأخير، فهذا شرط صحيح يلزم الوفاء به عند جمهور العلماء المعاصرين.

وأما إذا اشترط المورد على المستورد أنه في حال تأخره عن تسليم الثمن في الوقت المتفق عليه، فإن عليه شرطاً جزائياً مقداره كذا من النقود عن كل يوم تأخير، فهذا الشرط الجزائي في الديون، وهو شرط فاسد مفسد للعقد؛ لأنه ربا.

(١) ومنهم: الدكتور رفيع المصري، كما في بحثه (عقود التوريد) في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٢/٤٨١ - ٤٨٥، وكتابه: مناقصات العقود الإدارية ص ٤٥ - ٤٨.

والدكتور عبد الوهاب أبو سليمان كما في بحثه (عقد التوريد) في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٢/٣٤٢ - ٣٤٤، ٤٠١ - ٤٠٨.

والدكتور عبد الله المطلق كما في بحثه (عقد التوريد) في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد العاشر ص ٣١، ٣٣ - ٣٥، ٣٩.

والدكتور نزيه حماد كما في بحثه (العقود المستجدة) في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٠/٢/٥٠٥.

والدكتور العياشي فداد كما في كتابه: البيع على الصفة للعين الغائبة وما يثبت في الذمة ص ١٢٥.

والدكتور علي أبو البصل كما في كتابه: عقد المقاوله والتوريد ص ٢٣٢.

ومحمود عبد الكريم إرشيد كما في كتابه: الشامل في معاملات وعمليات المصارف ص ١٣٣.

(٢) ينظر: البيع على الصفة للعين الغائبة للعياشي فداد ص ١٢٥.

المسألة الثالثة: عقد الإجارة:

وفيها أربعة فروع:

الفرع الأول: تعريف الإجارة:

الإجارة في اللغة: بكسر الهمزة، وحكي فيها الضم والفتح، والكسر أشهر^(١)، من أَجَرَ يَأْجُرُ: وهو ما أعطيت من أجر في عمل^(٢). والإجارة: اسم للأجرة، وهي كراء الأجير^(٣). والأجر لا يقال إلا في النفع دون الضر بخلاف الجزاء^(٤). والأجر: الجزاء على العمل، والجمع أجور، والفعلُ أَجَرَ يَأْجُرُ، والمفعول مأجور، والأجير: المستأجر^(٥). والأجر: الثواب، وأجر المرأة: مهرها، والأجرة: الكراء. والأجر: العوض، والذكر الحسن^(٦). فالإجارة على هذا اسم للأجرة، ثم اشتهرت في العقد^(٧). والإجارة اصطلاحاً: «عقد على منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة، من

(١) ينظر: معجم مقاييس اللغة مادة "أجر" ٦٣/١، ولسان العرب مادة "أجر" ١١/٤،

والقاموس المحيط مادة "الأجر" ٣٦٢/١، وتهذيب الأسماء واللغات ٤/٣.

(٢) ينظر: معجم مقاييس اللغة مادة "أجر" ٦٢/١ - ٦٣، ولسان العرب مادة "أجر" ١٠/٤.

(٣) ينظر: أنيس الفقهاء ص ٩٦.

(٤) ينظر: التوقيف على مهمات التعريف ص ٣٩.

(٥) ينظر: معجم مقاييس اللغة مادة "أجر" ٦٢/١ - ٦٣، ولسان العرب مادة "أجر" ١٠/٤.

(٦) ينظر: لسان العرب مادة "أجر" ١٠/٤، والقاموس المحيط مادة "الأجر" ٣٦٢/١،

والمغني ٦/٨.

(٧) ينظر: مغني المحتاج ٢/٣٣٢.

عين معينة، أو موصوفة في الذمة، أو عمل معلوم بعوض معلوم»^(١).

الفرع الثاني: حكم الإجارة:

الإجارة جائزة بالكتاب، والسنة، والإجماع^(٢).

فمن الكتاب:

قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾^(٣)، استفاد العلماء من هذه الآية: «أن للرجل أن يستأجر امرأته للرضاع كما يستأجر أجنبية»^(٤)، قال الشافعي - رحمه الله - : «فأجاز الإجارة على الرضاع، والرضاع يختلف لكثرة رضاع المولود وقلته، وكثرة اللبن وقلته، ولكن لما لم يوجد فيه إلا هذا جازت الإجارة عليه، وإذا جازت عليه جازت على مثله، وما هو في مثل معناه، وأحرى أن يكون أبين منه»^(٥). فإذا جازت الإجارة في الإرضاع ففي غيره أولى بالجواز.

ومن السنة:

ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (قال الله تعالى: ثلاثة

(١) منتهى الإرادات ٦٤/٣، والروض المربع ص ٤٠٩. وينظر في تعريف الإجارة عند فقهاء المذاهب: حاشية الشلبي على تبين الحقائق ١٠٥/٥، والشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٢/٤، وأسهل المدارك ٢٤٣/٢، وكفاية الأخيار ص ٢٩٤، والمغني ٧/٨، والملخص الفقهي للفوزان ١٤٥/٢.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ١٧٣/٤ - ١٧٤، والمعونة ١٠٨٧/٢ - ١٠٨٨، والإشراف لابن المنذر ١٠٦/٢، والمغني ٥/٨ - ٦.

(٣) سورة الطلاق من الآية ٦.

(٤) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٦٨/١٨.

(٥) الأم ٢٦/٤.

أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطي بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه، ولم يوفه أجره^(١). وفي ذلك تهديد لمن منع أجر الأجير الذي عمل عنده بمخاصمة الله تعالى له يوم القيامة، ومن خاصمه الله غلبه، وهو دليل واضح على جواز الإجارة، ووجوب إعطاء الأجير أجرته إذا وفى عمله، لأنها لو لم تكن واجبة لما أمر الله بإعطاء الأجير أجرته، وهدد مانع الأجرة بالمخاصمة يوم القيامة، وقد ترجم البخاري على هذا الحديث بقوله: «باب إثم من منع أجر الأجير».

وأما الإجماع:

فقد أجمع العلماء على مشروعية الإجارة وإباحتها، اعتماداً على الأدلة المتواترة من الكتاب والسنة، وعمل الصحابة - رضوان الله عليهم - يقول الإمام الشافعي - رحمه الله - : «فمضت بها السنة، وعمل بها غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ ولا يختلف أهل العلم ببلدنا علمناه في إجازتها، وعوام فقهاء الأمصار»^(٢). وقال ابن المنذر: «واتفق على إجازتها كل من نحفظ عنه قوله من علماء الأمة، وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إجازة أن يكتري الرجل من الرجل داراً معلومة قد عرفها، وقتاً معلوماً، بأجر معلوم»^(٣).

(١) أخرجه البخاري في كتاب الإجارة، باب إثم من منع أجر الأجير ٥٠/٣، وابن ماجه في كتاب الرهون، باب أجر الأجراء ٨١٦/٢ رقم (٢٤٤٢)، وفيه: (ومن كنت خصمه خصمته يوم القيامة)، وأحمد في المسند ٣٥٨/٢ وفيه زيادة ابن ماجه.

(٢) الأم ٢٦/٤.

(٣) لإشراف لابن المنذر ١٠٦/٢ - ١٠٧، وينظر: الإجماع له ص ١٠١.

الفرع الثالث: أنواع الإجارة:

تنقسم الإجارة باعتبار العقود عليه إلى نوعين^(١):

النوع الأول: إجارة عين:

وهي ما أضيف العقد فيها إلى عين تستوفى المنفعة منها؛ كالدار، والأرض، والمحل التجاري، والسيارة، والسفينة، والطائرة، وغير ذلك من الأعيان المنتفع بها.

وهذه العين المستأجرة، إما أن تكون معينة، أو موصوفة في الذمة، فالمعينة كأجرتك هذه السيارة، أو هذه الدار. والموصوفة في الذمة، كأجرتك سيارة صفتها كذا، أو داراً صفتها كذا.

وهذه المنفعة الاستفادة من العين، إما أن تقدر بمدة معينة معلومة كأجرتك هذه الدار سنة، أو تكون مقدرة باستيفاء المنفعة المعينة كإجارة سيارة لنقل بضاعة معينة إلى موضع معين.

(١) ينظر: تحفة الفقهاء ٣٤٧/٢، ٣٥٢، وبدائع الصنائع ١٧٤/٤، والبنية ٢٧٩/٩ - ٢٨٠، والفتاوى الهندية ٤١١/٤، والمعونة ١٠٩٣/٢، وأسهل المدارك ٢٤٦/٢، وروضة الطالبين ١٧٣/٥، وقواعد الأحكام ٨١/٢، ومغني المحتاج ٣٣٣/٢، وكفاية الأختار ص ٢٩٦، والمغني ١٠٣/٨، وشرح منتهى الإرادات ٣٦٠/٢، ٣٦٥، ودرر الحكام ٣٨٢/١، ومرشد الخيران ص ١٠٦، وأحكام المعاملات المالية في المذهب الحنبلي لعبد البر ص ٣٢٠، والملخص الفقهي للفوزان ١٤٦/٢، والفقهاء الميسر د/ عبد الله الطيار وآخرون ص ٢٠٢ - ٢٠٣، وفقه المعاملات الحديثة لعبد الوهاب أبو سليمان ص ٢٧٢، والإجارة الواردة على عمل الإنسان ص ٥٢ - ٥٣، ٥٩ - ٦٠، وأوفوا بالعقود لأبو غدة ص ٢٤، ٢٥، والمفصل في الفقه الحنفي (الأموال والمعاملات المالية) ص ٣٠٩، ٣١٣.

النوع الثاني: إجارة عمل:

وهي ما أضيف العقد فيها إلى عمل يثبت في ذمة الأجير للمستأجر. ولا يكون الأجير هنا إلا آدمياً؛ لأنها متعلقة بالذمة، ولا ذمة لغير الآدمي، والإجارة في هذا النوع، إما أن تكون مقدرة بزمن معين، أو مقدرة بعمل معين. فالمقدرة بزمن معين، كاستئجار شخص للخدمة، أو للرعي شهراً مثلاً، ويسمى الأجير هنا بالأجير الخاص، وهو الذي يقع العقد على منفعة مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها، كرجل استؤجر لخدمة، أو عمل في بناء، أو خياطة، أو رعاية يوماً، أو شهراً.

سمي خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس.

وأما المقدرة بعمل معين، فكاستئجار شخص لخياطة ثوب، أو بناء حائط، أو إصلاح آلة.

ويسمى الأجير هنا بالأجير المشترك، وهو الذي يقع العقد معه على عمل معين. سمي مشتركاً؛ لأنه يتقبل أعمالاً لاثنين وثلاثة وأكثر في وقت واحد، ويعمل لهم فيشتركون في منفعته واستحقاقها؛ كالخياط، والصباغ، والصانع، والطبيب، ونحوهم.

ومن أنواع الإجارة في هذا العصر ما يسمى بعقد العمل، وهو: «عقد مبرم بين صاحب عمل وعامل، يتعهد الأخير بموجبه أن يعمل تحت إدارة صاحب العمل، أو إشرافه مقابل أجر، ويتضمن شروط العمل المتفق عليها بينهما، وذلك لمدة محددة، أو غير محددة، أو من أجل القيام بعمل معين»^(١).

أو هو: «عقد يلتزم فيه أحد الطرفين بعمل نظير أجر»^(٢).

(١) الإجارة الواردة على عمل الإنسان ص ٥٤-٥٥.

(٢) المقارنات التشريعية ١٢٢٨/٣.

الفرع الرابع: حكم الشرط الجزائي في عقد الإجارة:

صورة ذلك: أن يشترط المؤجر على مستأجر العين؛ كالدَّار، أو السيارة، أو الأرض أنه إذا تأخر في تسليم العين المؤجرة عن الوقت المحدد لنهاية الإجارة، فإنه يدفع مائة ريال مثلاً عن كل يوم يتأخر فيه، أو ما نسبته ٥٪ من الأجرة عن كل يوم يتأخر فيه، وكما لو اشترط رب العمل على العامل كالبناء، أو الخياط، أو الصانع أنه إذا تأخر عن تنفيذ العمل عن الوقت المحدد فإنه يخضع عليه مبلغ كذا من الأجرة عن كل يوم تأخير، فهذا الشرط صحيح يلزم الوفاء به عند جمهور العلماء المعاصرين.

أما لو كان الشرط الجزائي عن تأخير المستأجر في دفع الأجرة عن الوقت المحدد، فهذا الشرط الجزائي في الديون، وقد تقدم أنه شرط فاسد مفسد للعقد؛ لأنه ربا.

المسألة الرابعة: عقد الصيانة:

وفيها ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف الصيانة:

الصيانة في اللغة: الحفظ، والوقاية، مصدر صان الشيء يصونه صوناً وصيانة^(١). والصَّوْنُ: أن تقي شيئاً، أو ثوباً. وصُنُّته: حفظته في صُوَانِهِ، وهو وعاءه الذي يصاب فيه، فهو مصون. وصان الرجل عرضه عن الدنس فهو صَيِّنٌ، والحريصون عرضه كما يصون الإنسان ثوبه^(٢). ويقال: صان عِرْضه:

(١) ينظر: معجم مقاييس اللغة مادة "صون" ٣/٣٢٤، ولسان العرب مادة "صون" ١٣/٢٥٠.

(٢) ينظر: لسان العرب مادة "صون" ١٣/٢٥٠، والمصباح المنير مادة "صون" ص ٣٥٢.

وقاه مما يعيبه^(١). وأصل الصون: القيام على الشيء، ومنعه من الأقدار والتلف^(٢).

وعقد الصيانة اصطلاحاً: «عقد معاوضة يترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه آلة، أو أي شيء آخر من إصلاحات دورية، أو طارئة لمدة معلومة في مقابل عوض معلوم»^(٣).

الفرع الثاني: حكم عقد الصيانة:

عقد الصيانة عقد مستحدث مستقل تنطبق عليه الأحكام العامة لعقود المعاوضات، ويختلف تكييفه وحكمه باختلاف صورته^(٤).

وقد جاء بيان أحكامها في قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن عقد الصيانة، في دورته الحادية عشرة، حيث جاء فيه ما يلي: «عقد الصيانة له صور كثيرة، منها ما تبين حكمه، وهي:

[١] عقد صيانة غير مقترن بعقد آخر يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل فقط، أو مع تقديم مواد يسيرة لا يعتبر العاقدان لها حساباً في العادة.

(١) المعجم الوسيط مادة "صان" ص ٥٣٠.

(٢) النظم المستعذب ١٢/١.

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢٧٩/٢/١١، وينظر في تعريفه: أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي (عقود الصيانة د/ أحمد الكردي) ص ٣٢١-٣٢٢، والمصدر السابق (تطبيقات الإجارة والصيانة على عقود الإجارة د/ يوسف قاسم) ص ٣٣٤، والمصدر السابق (تطبيقات الإجارة والصيانة على عقود الصيانة) ص ٣٥٥، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي (خمسة بحوث لكل من: السلامي، والضري، والتسخيري، ومنذر قحف، ومحمد أنس الزرقا) ١٣/٢/١١-١٤، ١٠٧، ١٢٦، ١٤٧، ١٩٢.

(٤) ينظر: المصادر السابقة.

هذا العقد كيف على أنه عقد إجارة على عمل، وهو عقد جائز شرعاً، بشرط أن يكون العمل معلوماً، والأجر معلوماً.

[٢] عقد صيانة غير مقترن بعقد آخر يلتزم فيه الصائن تقديم العمل، ويلتزم المالك بتقديم المواد.

تكييف هذه الصورة وحكمها كالصورة الأولى.

[٣] الصيانة المشروطة في عقد البيع على البائع لمدة معلومة.

هذا عقد اجتمع فيه بيع وشرط، وهو جائز سواء أكانت الصيانة من غير تقديم المواد أم مع تقديمها.

[٤] الصيانة المشروطة في عقد الإجارة على المؤجر أو المستأجر.

هذا عقد اجتمع فيه إجارة وشرط، وحكم هذه الصورة أن الصيانة إذا كانت من النوع الذي يتوقف عليه استيفاء المنفعة فإنها تلزم مالك العين المؤجرة من غير شرط، ولا يجوز اشتراطها على المستأجر، أما الصيانة التي لا يتوقف عليها استيفاء المنفعة، فيجوز اشتراطها على أي من المؤجر أو المستأجر، إذا عينت تعييناً نافياً للجهالة. وهناك صور يرى المجمع إرجاءها لمزيد من البحث والدراسة.

يشترط في جميع الصور أن تعين الصيانة تعييناً نافياً للجهالة المؤدية إلى النزاع، وكذلك تبين المواد إذا كانت على الصائن، كما يشترط تحديد الأجرة في جميع الحالات»^(١).

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١١/٢/٢٧٩ - ٢٨٠. وللإستزادة والتفصيل ينظر البحوث في

عقود الصيانة في المصادر السابقة.

الفرع الثالث: حكم الشرط الجزائي في عقد الصيانة:

صورته أن يشترط المصون له على الصائن أنه إن تأخر في صيانة وإصلاح ما اتفقا على صيانته؛ كالمصاعد الكهربائية، أو الأجهزة الطبية، أو أجهزة الحاسب الآلي عن الأوقات المحددة، فإن عليه شرطاً جزائياً قدره كذا وكذا عن كل يوم تتعطل فيه الآلة عن العمل، أو يضعف أداؤها. فهذا الشرط شرط صحيح يلزم الوفاء به عند جمهور المعاصرين كما تقدم.

أما إن كان الشرط الجزائي في عقد الصيانة على المصون له، بأن يشترط الصائن عليه أنه إذا تأخر في أداء ما عليه من الأجرة عن الوقت المحدد، فإن عليه مبلغ كذا وكذا شرطاً جزائياً مقابل التأخير، فهذا هو الشرط الجزائي في الديون، وهو شرط فاسد مفسد للعقد؛ لأنه ربا، كما تقدم.

المسألة الخامسة: عقد المقاولة:

وفيهما ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف المقاولة:

المقاولة في اللغة: المفاوضة والمجادلة، على وزن مفاعلة، من قاوله في الأمر مُقَاوَلَةً إذا فاضه وجادله^(١). وقاولة: أعطاه العمل مقاولة على تعهد منه بالقيام به^(٢).

(١) ينظر: لسان العرب مادة "قول" ٥٧٧/١١، والمصباح المنير مادة "قول" ص ٥٢٠، ومختار

الصحاح مادة "قول" ص ٢٦٢.

(٢) ينظر: المعجم الوسيط مادة "قال" ص ٧٦٧.

واصطلاحاً: «عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر»^(١).

ويسمى من يقوم بالعمل المقاول، ومن يتم العمل لحسابه رب العمل، والعقد مقاوله^(٢).

وعرفت بأنها: «عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً، أو يصنع شيئاً للطرف الآخر، مقابل عوض، دون أن يكون تابعاً له، أو نائباً عنه»^(٣).

فقيد «دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه» يخرج عقد العمل إذ هو: عقد يلتزم فيه العامل أن يقوم بعمل لمصلحة رب العمل تحت إشرافه وإدارته لقاء أجر^(٤). فالفرق بين عقد العمل وعقد المقاوله أن العامل في عقد العمل يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه، أما العامل في المقاوله فإنه لا يخضع لإدارة صاحب العمل وإشرافه بل يعمل مستقلاً طبقاً لشروط العقد المبرم بينهما^(٥).

وعقد المقاوله يشمل أنواعاً مختلفة من حيث جنس العمل، فيشمل إنشاء المباني، وهي أشهر أنواع عقود المقاوله، ويشمل إنشاء الطرق، والجسور، وحفر القنوات والمصارف، ومد خطوط السكك الحديدية، ومد أنابيب المياه وأسلاك الهاتف والكهرباء، وفتح الأنفاق، وحفر الآبار وما شابه ذلك^(٦).

(١) عقد المقاوله لعزت عبد القادر ص ١١، وعقد المقاوله للعايد ص ٤٩، ٥٠، والعقود المسماة لوحة الزحيلي ص ٢٧٦، وعقد المقاوله والتوريد لأبو البصل ص ٢٢، ٢٥، ومناقصات العقود الإدارية ص ٢٥.

(٢) ينظر: عقد المقاوله لعزت عبد القادر ص ١١.

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (عقد المقاوله لمحمد جبر الألفي) ١٤/٢/١٣٩، ١٧١.

(٤) عقد المقاوله والتوريد لأبو البصل ص ٤٠.

(٥) ينظر: عقد المقاوله والتوريد لأبو البصل ص ٢٦.

(٦) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (عقد المقاوله للألفي) ١٤/٢/١٤٦، وعقد المقاوله للعايد ص ٩٣، وعقد المقاوله لأبو البصل ص ٥٣.

الفرع الثاني: حكم المقاولة:

عقد المقاولة يشتمل على صورتين رئيسيتين:

الصورة الأولى: أن يقدم المقاول العمل فقط، ويقدم رب العمل الأدوات، كما لو اتفق رب العمل مع المقاول على إنشاء عمارة على أن يقوم رب العمل بتقديم الأدوات والمواد، ويقوم المقاول بالبناء والإنشاء(العمل).

فهذه الصورة هي في حقيقتها عقد إجارة الأجير المشترك؛ وذلك لأنه يتم التعاقد بين المقاول ورب العمل على إنجاز عمل موصوف في الذمة دون أن يكون لرب العمل أحقية امتلاك نفع المقاول في جميع مدة العقد.

الصورة الثانية: أن يقدم المقاول العمل والأدوات أيضاً، كما لو اتفق رب العمل مع المقاول على صنع شيء معين، أو بناء عمارة مثلاً على أن تكون الأدوات والمواد على المقاول.

فهذه الصورة هي في حقيقتها عقد استصناع. وقد أطلقت مجلة الأحكام العدلية على الاستصناع لفظ "مقاولة" فقد جاء في المادة(١٢٤): «الاستصناع عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً»، وجاء في شرح هذه المادة: "إذا قاول شخص خياطاً على صنع جبة وقماشها وكل لوازمها من الخياط، فيكون قد استصنعه تلك الجبة، وذلك هو الذي يدعى بالاستصناع، أما لو كان القماش من المستصنع وقاوله على صنعها فقط، فيكون قد استأجره، والعقد حينئذ عقد إجارة لا عقد استصناع»^(١).

(١) درر الحكام ٩٩/١، ١٠٠.

وعلى هذا فعقد المقاولة عقد يندرج تحته عقدان من العقود المسماة، هما عقد إجارة الأجير المشترك، وعقد الاستصناع فيأخذ أحكامهما، فعقد المقاولة قد يكون أحياناً عقد إجارة الأجير المشترك فيأخذ أحكامه، وقد يكون أحياناً عقد استصناع فيأخذ أحكامه^(١).

ويمكن أن يشتمل عقد المقاولة على عقد وكالة، وذلك كما لو وكل رب العمل المقاول في شراء الأدوات والمواد اللازمة، وهو الذي يقوم بدفع قيمتها^(٢). وقد صدر بجواز عقد المقاولة قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن عقد المقاولة والتعمير، حيث جاء فيه ما نصه: «عقد المقاولة - عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر - وهو عقد جائز، سواء قدم المقاول العمل والمادة وهو المسمى عند الفقهاء الاستصناع، أو قدم المقاول العمل وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل»^(٣).

الفرع الثالث: حكم الشرط الجزائي في عقد المقاولة:

إذا اشترط رب العمل على المقاول أنه في حال تأخره عن تسليم العقود عليه - إنشاء مبنى مثلاً - في الوقت المحدد فإن عليه شرطاً جزائياً مقداره كذا عن كل يوم تأخير، فهذا شرط صحيح يلزم الوفاء به عند جمهور العلماء المعاصرين.

(١) ينظر: مناقصات العقود الإدارية ص ٢٦، وعقد المقاولة للعايد ص ١١٩ - ١٢٠، والغرر وأثره في العقود ص ٤٥٩ - ٤٦٠، وأوفوا بالعقود لعبد الستار أبو غدة ص ٢٠، والشامل في معاملات وعمليات المصارف لإرشيد ص ١٢٧، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي (عقد المقاولة للألفي)، و(عقد المقاولة لقطب سانو)، و(عقد المقاولة للزحيلي) ١٤٧/٢/١٤ - ١٥١، ١٨٦، ٢١٥، ٢٣٣، ٢٣٥.

(٢) ينظر: عقد المقاولة للعايد ص ١١٨.

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢٨٧/٢/١٤.

وأما إذا اشترط المفاوض على رب العمل أنه في حال تأخره عن تسليم الثمن في الوقت المحدد، فإن عليه شرطاً جزائياً مقداره كذا من النقود عن كل يوم تأخير، فهذا الشرط الجزائي في الديون، وهو فاسد مفسد للعقد؛ لأنه ربا.

{ الفصل الثاني }

اشتراط العريون في العقود المالية

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف العريون.

المبحث الثاني: الغرض من العريون.

المبحث الثالث: الفرق بين العريون وبين الشرط

الجزائي.

المبحث الرابع: أحكام العريون في المعاملات المالية.

المبحث الأول تعريف العربون

وفيه مطلبان :

المطلب الأول

تعريف العربون في اللغة

العُربون في اللغة: "ما عُقد به المبيعة من الثمن"^(١). «سُمي بذلك ؛ لأن فيه إعراباً لعقد البيع : أي إصلاحاً، وإزالة فساد؛ لئلا يملكه غيره باشتراؤه»^(٢). وهو أعجمي معرَّب^(٣). يقال: أَعْرَبَ في كذا، وَعَرَّبَ، وَعَرَّبَنَ إذا أعطى العُربون^(٤). وتقول: عَرَّبْتُهُ إذا أعطيته ذلك^(٥). وَعَرَّبَنَهُ إذا أعطاه ذلك^(٦). و«فيه لغات كثيرة، حاصلها ست»^(٧): العُرْبَان، والعُرْبُون، والعَرَبُون، وتبدل عينهن همزة: الأُرْبَان، والأُرْبُون، والأُرْبُون^(٨).

قال بعض العلماء: «وأصله في اللغة: التقديم، والتسليف»^(٩).

(١) القاموس المحيط، مادة "العرب" ١/١٠٣، وينظر: لسان العرب مادة "عرب" ١/٥٩٢.

(٢) النهاية في غريب الحديث ٣/٢٠٢.

(٣) ينظر لسان العرب مادة "عرب" ١/٥٩٢، وتحرير ألفاظ التنبيه ١/١٧٦.

(٤) ينظر: النهاية في غريب الحديث ٣/٢٠٢، ولسان العرب مادة "عرب" ١/٥٩٢.

(٥) لسان العرب مادة "عرن" ١٣/٢٨٤.

(٦) مختار الصحاح ص ٢٠٤.

(٧) تهذيب الأسماء واللغات ٣/٦.

(٨) ينظر: القاموس المحيط ١/١٠٣، وتهذيب الأسماء واللغات ٣/٦.

(٩) مغني المحتاج ٢/٣٩.

المطلب الثاني

تعريف العربون في الاصطلاح

عرف الفقهاء العربون بتعريفات متقاربة:

[١] فقد عرفه الإمام مالك - رحمه الله - بأنه: «أن يشتري الرجل العبد، أو الوليدة، أو يتكاري الدابة، ثم يقول للذي اشترى منه، أو تكارى منه: أعطيك ديناراً، أو درهماً، أو أكثر من ذلك، أو أقل، على أنني إن أخذت السلعة، أو ركبت ما تكاريت منك، فالذي أعطيتك هو من ثمن السلعة، أو من كراء الدابة، وإن تركت ابتياع السلعة، أو كراء الدابة، فما أعطيتك لك باطل بغير شيء»^(١).

[٢] وقيل: «هو أن يشتري الرجل السلعة بثمن، ويقدم بعضه، على أنه إن اختار تمام البيع، نقد تمام الثمن، وإن كره البيع رده، ولم يرجع على البائع فيما نقده من الثمن»^(٢).

[٣] وقيل: «هو أن يشتري شيئاً، ويعطي البائع درهماً، أو دراهم، ويقول: إن تم البيع بيننا فهو من الثمن، وإلا فهو هبة لك»^(٣).

[٤] وقيل: «هو أن يشتري سلعة من غيره، ويدفع إليه دراهم، على أنه إن أخذ السلعة فهي من الثمن، وإلا فهي للمدفع إليه مجاناً»^(٤).

(١) الموطأ ٢/٦٠٩ - ٦١٠.

(٢) التفریح ٢/١٦٨ - ١٦٩، وينظر: حلية العلماء للشاشي ٤/٣١٣.

(٣) المجموع ٩/٣٣٥.

(٤) روضة الطالبين ٣/٣٩٩.

- [٥] وقيل: «هو أن يشتري السلعة، فيدفع إلى البائع درهماً، أو غيره، على أنه إن أخذ السلعة، احتسب به من الثمن، وإن لم يأخذها فذلك للبائع»^(١).
- وبالنظر في هذه التعريفات يتبين لنا، أنها اتفقت على ما يلي:
- [١] أن العربون هو ما يدفع وقت التعاقد، لا قبله، ولا بعد تمام العقد.
- [٢] أن العربون "المدفوع وقت التعاقد" يحسب من الثمن عند إمضاء العقد.
- [٣] أن العربون "المدفوع وقت التعاقد" يكون للمدفوع إليه "البائع ونحوه" عند رد العقد من جهة الدافع "المشتري ونحوه".
- [٤] أن بيع العربون يثبت فيه الخيار للمشتري فقط من غير أن يحد ذلك بزمان، وأما البائع فالبيع لازم له، لا يستطيع رده.
- [٥] أن العربون يكون في البيع، ومثله الإجارة^(٢)؛ لأنها بيع المنافع^(٣).
- واختلفت في بيان حقيقة العربون عندما يصير للمدفوع إليه "البائع ونحوه" عند رد العقد، وعدم إمضائه؛ هل يعد هبة، أو جزاء، أو تعويضاً، أو ثمن خيار؟^(٤) ففي التعريف الأول يكون للمدفوع إليه: "باطل بغير شيء"، وفي الثالث: "هبة"، وفي الرابع: "مجانياً". وبعضهم جعله عوضاً عن انتظار البائع^(٥).

(١) المغني ٣٣١/٦، وينظر: الإقناع ١٩٤/٢.

(٢) ينظر: الموطأ ٦٠٩/٢ - ٦١٠، والمعونة للقاضي عبد الوهاب ١٠٣٧/٢، وروضة الطالبين

٣٩٩/٣، والفروع ٦٢/٤، والمبدع ٦٠/٤.

(٣) ينظر: الاختيار لتعليل المختار ٥٠/٢، وشرح حدود ابن عرفة ٥١٦/٢، والخرشي

٧٨/٥، ومغني المحتاج ٣٣٣/٢، والمغني ٧/٨.

(٤) ينظر: بيع العربون للدكتور رفيق المصري ص ١٧.

(٥) ينظر: المغني ٣٣٢/٦.

«ولعل العربون هو أقرب إلى الجابر "التعويض" منه إلى الزاجر "العقوبة أو الغرامة"»^(١).

وبناءً على ما سبق، يمكن اختيار تعريف لبيع العربون، فيقال: بيع العربون هو: تقديم المشتري مبلغاً معلوماً من المال عند عقد البيع، على أنه بالخيار، إن أمضى البيع كان ما قدمه جزءاً من الثمن، وإن رد البيع كان ما قدمه حقاً للبائع.

والعربون - بالمعنى الاسمي - هو: ما يقدمه المشتري من مبلغ مالي معلوم عند عقد البيع، على أنه بالخيار، إن أمضى البيع كان ما قدمه جزءاً من الثمن، وإن رد البيع كان ما قدمه حقاً للبائع.

ومن تعريف العربون، يتبين لنا أنه بيع يثبت فيه الخيار للمشتري فقط من غير تحديد بزمان، فإذا أمضى البيع كان العربون جزءاً من الثمن، وإن رد البيع كان العربون حقاً للبائع، فهو خيار شرط يقابله شيء من المال في حال الرد. وأما البائع فإن العقد لازم بالنسبة له، لا يستطيع رده^(٢).

(١) بيع العربون للدكتور رفيق المصري ص ١٨.

(٢) ينظر: الفرر وأثره في العقود ص ١٠٢، والفقهاء الإسلاميين وأدلتهم للزحيلي ٤/٤٤٨ - ٤٤٩.

المبحث الثاني

الغرض من العربون

أصبح التعامل بالعربون في البيع، أو الإجارة شائعاً في هذا العصر، وخاصة عند التجار، وذلك لما يحققه من أغراض، ومزايا للمتعاقدين، ولغيرهما، ومنها:

[١] إعطاء المشتري، أو المستأجر حق الخيار في رد العقد (حق النكول) إذا بدا له - بعد التروي - أن إمضاء العقد في غير صالحه، كما لو بدا له أن خسارته في إمضاء العقد، قد تربو على خسارة العربون فقط^(١).

[٢] جبر ما قد يحصل من ضرر للبائع، أو المؤجر، نتيجة نكول المشتري أو المستأجر عن إمضاء العقد، باستحقاق مبلغ العربون^(٢).

[٣] توثيق الارتباط بين المتعاقدين، وجدية التعامل، وتأكيد العقد، عن طريق البدء في تنفيذه، بدفع العربون، الذي هو جزء من ثمن الشيء المبيع، أو من أجرة الشيء المستأجر، عند إمضاء العقد^(٣).

[٤] المحافظة على تنفيذ العقد بقدر الإمكان، وسلامة العقود من التلاعب فيها، خصوصاً في هذا الزمن الذي كثر فيه التلاعب، والنكث في العقود،

(١) ينظر بيع العربون للدكتور رفيع المصري ص ١٥، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ١٦٠.

(٢) ينظر: المصدر الأول من المصدرين السابقين، وحكم العربون لأبو رحية مطبوع ضمن

كتاب: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ١/٤٠٥-٤٠٦.

(٣) ينظر: مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية العدد (٢٦) (بيع العربون) ص ١١١، ١١٩،

والمدخل الفقهي العام ١/٤٩٥.

والمماثلة في الحقوق، فصارت الحاجة ماسة إلى هذا الشرط^(١).
[٥] الأخذ بمبدأ العربون، يؤدي إلى جدية التعامل بين المتعاقدين، أفراداً،
ومؤسسات، ويوثق الارتباط بينهم فتزداد الروابط التعاقدية؛ بيعاً، وشراءً،
وإجارة، وينمو الاقتصاد، ويتطور المجتمع، وفي ذلك مصلحة عامة.

(١) ينظر: نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ١٦٠.

المبحث الثالث

الفرق بين العريون وبين الشرط الجزائي

سبق التعريف بكل منهما، وبيان أغراضهما، ومن ذلك تتبين الفروق بينهما، وقد تقدم ذكرها عند مناقشة تخريج الشرط الجزائي على العريون^(١).

(١) ينظر: ص ٣٦٠-٣٦٢.

المبحث الرابع

أحكام العربون في المعاملات المالية

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول

العربون في البيع والإجارة

للعربون في البيع، والإجارة، صورتان في الفقه الإسلامي:

الصورة الأولى:

أن يدفع المشتري للبائع مبلغاً من المال، على أنه إن أمضى البيع احتسبه من الثمن، وإن لم يمضه أخذ ما دفعه^(١)، والإجارة في ذلك كالبيع. وهذه الصورة ذكرها فقهاء المالكية، ووصفوها بالعربان الجائز، في مقابلة العربان المنهي عنه، وإن كانت في الحقيقة لا تدخل في العربان اصطلاحاً. والبيع في هذه الصورة - وكذا الإجارة - صحيح، بلا خلاف، قال ابن عبد البر - رحمه الله - : «قال مالك في الرجل يتاع ثوباً من رجل، فيعطيه عرباناً، على أن يشتريه؛ فإن رضيه أخذه، وإن سخطه رده، وأخذ عربانه، أنه لا بأس به. قال أبو عمر: لا أعلم في هذا خلافاً»^(٢).

وقال أيضاً: «والجائز في بيع العربان، إن رضي الشيء أخذه، وأوفاه باقي الثمن، وإن لم يرضه رده، وأخذ عربانه، ولا يكون العربان إلا يسيراً لا يشبه

(١) ينظر: التمهيد ١٧٩/٢٤، والكافي لابن عبد البر ص ٣٦٦، والقوانين الفقهية ص ٢٢٢،

والشرح الصغير للدردير ٤١٠/٢، والشرح الكبير للدردير ٦٣/٣.

(٢) الاستذكار ١١/١٩.

أن يقصد الانتفاع به، فيكون كالسلف عند مالك، والكراء في هذا الباب؛ كالبيع سواء»^(١).

وقال القاضي عبد الوهاب^(٢) - رحمه الله - : «ووقوعه على الصفة الجائزة، فهو أن يجعل العربان على يد غير البائع، وعلى يده مختوماً؛ لئلا ينتفع به، ثم يرده إن كره المشتري، فيكون بيعاً وسلفاً، فإذا ختم عليه زال ما يخاف من ذلك. ثم ينظر؛ فإن اختار الإمضاء احتسب به من الثمن، أو الأجرة إن كان كراء، وإن كره استرجعه، فهذا جائز؛ لأنه ليس فيه ما يقتضي المنع»^(٣).
فهذه الصورة، بيع بالخيار، قدم فيه جزء من الثمن، فلا إشكال في صحته، بشرط أن تحدد مدة الخيار؛ كما هو الشأن في خيار الشرط^(٤).

(١) الكافي لابن عبد البر ص ٣٦٦.

(٢) هو عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي، القاضي، أبو محمد، من أئمة المذهب المالكي له مؤلفات كثيرة، منها: "التلقين" و"المعونة" و"الإشراف على مسائل الخلاف" مات سنة ٤٢٢هـ.

(ترتيب المدارك ٦٩١/٢، والديباج المذهب ٢٦/٢).

(٣) المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٠٣٧/٢، وينظر: التلقين له ٣٨٥/٢ - ٣٨٦، والمنتقى ١٥٧/٤ - ١٥٨.

(٤) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، بيع العربون للضرير ٦٥٤/١/٨، والغرر وأثره في العقود ص ٥٧٤. (وقد اختلف الفقهاء في مدة خيار الشرط، فذهب الحنفية، والشافعية إلى أن مدة خيار الشرط ثلاثة أيام فما دونها، ولا يجوز أكثر منها، وذهب المالكية إلى أنها تختلف باختلاف المبيعات، وذهب الحنابلة إلى جواز ما يتفقان عليه من المدة المعلومة قلت أو كثرت. ينظر: شرح فتح القدير ٤٩٨/٥ - ٤٩٩، والقوانين الفقهية ص ٢٣٤ - ٢٣٥، وبداية المجتهد ٣٦٨/٢، والمجموع ١٩٠/٩، والمغني ٣٨/٦ - ٣٩).

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

واشترط المالكية لصحته، أن لا ينتفع البائع بما أخذه من العريان؛ لئلا يتردد بين السلفية، والتمنية^(١)، وذلك مفسد.

الصورة الثانية:

أن يدفع المشتري، أو طالب الشراء للبائع، أو من طلب منه البيع مبلغاً من المال، على أنه إن تم البيع كان ما دفعه جزءاً من الثمن، وإن لم يتم البيع كان ما دفعه حقاً للبائع.

وفي هذه الصورة، لا يخلو الشرط من أن يكون مقترناً بالعقد، أو لا، فصار لهذه الصورة حالتان، وبيانها في المسألتين التاليتين:

المسألة الأولى:

أن يدفع طالب الشراء مبلغاً من المال، لمن طلب منه البيع، على أنه إن اشترى منه السلعة كان ما دفعه جزءاً من الثمن، وإن لم يشتريها، كان ما دفعه حقاً لصاحب السلعة.

كأن يقول مثلاً: لا تبع هذه السلعة لغيري، وإن لم أشتريها منك، فهذا الدرهم لك^(٢).

فالشرط في هذه المسألة، وقع قبل إبرام العقد. ثم لا يخلو الأمر من حالين:

الحال الأولى: أن يحصل التعاقد بعد ذلك.

والحال الثانية: أن لا يحصل التعاقد.

فإن حصل التعاقد بعد ذلك، فاشترى منه السلعة، وحُسب المدفوع من الثمن على ما شرطاه قبل العقد، صح ذلك؛ لأن العقد حينئذ وقع لازماً خالياً

(١) ينظر: بلغة السالك ٤١٠/٢، وحاشية العدوي ٧٨/٥.

(٢) ينظر: المغني ٢٣١/٦ - ٢٣٢، والشرح الكبير ٢٥٣/١١، وكشاف القناع ١٩٥/٣.

من الشرط المفسد^(١). «وهو شرط العربون على رأي الجمهور، كما سيأتي - إن شاء الله-».

نصر على ذلك الحنابلة^(٢)، وهو قول الشافعية^(٣)، والمالكية^(٤)، ويمكن تخريجه قولاً لأبي حنيفة، بناءً على أنه يرى أن الشرط المتقدم لا تأثير له في العقد^(٥)، ومن ثم لا يؤثر هذا الشرط، وإن كان مفسداً.

فإن قال قائل: ألا يمكن أن يخرج للمالكية قول بعدم الصحة، بناءً على أنهم يرون أن الشرط المتقدم كالشرط المتأخر في ثبوته، وتأثر العقد به^(٦)، وهم يرون أن شرط العربون مفسد - كما سيأتي -.

أجيب بالمنع؛ لأن العقد هنا لم يقع على الشرط المتقدم، بل وقع على اللزوم والتنجز، ولو وقع العقد على الشرط لم يكن لازماً، وثبت فيه الخيار، فكأنهما حين العقد صرحا بإلغاء الشرط المتقدم.

وإن لم يحصل التعاقد بعد ذلك، فإن صاحب السلعة لا يستحق ما دفع إليه، ولصاحبه الرجوع فيه؛ لأن صاحب السلعة لو أخذه لأخذه بغير عوض، ولا يصح جعله عوضاً عن انتظاره، وتأخير بيعه من أجله؛ لأنه لو كان عوضاً عن ذلك، لما جاز جعله من الثمن في حال الشراء^(٧). ولأن هذا الانتظار ليس

(١) ينظر: المصادر السابقة.

(٢) ينظر: المصادر السابقة.

(٣) ينظر: المجموع ٣٣٥/٩.

(٤) ينظر: المنتقى ١٥٧/٤.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع ١٧٦/٥، ورد المختار ١٢١/٤، ٢٤٦.

(٦) ينظر: تبصرة الحكام ١٦/١-١٧، وشرح ميارة ٩/٢، وفتح العلي المالك ٣٧٣/١.

(٧) ينظر: المغني ٣٣٢/٦، والشرح الكبير ٢٥٣/١١، وكشاف القناع ١٩٥/٣.

واجباً عليه ؛ لأن العقد الموجب لم يتم، فبوسعه أن يعقد مع غيره، وإذا لم يكن واجباً عليه لم يستحق عوضاً عنه - والله أعلم - .
وهذه المسألة ليست من العربون اصطلاحاً، سواء تم العقد بعد ذلك، أو لم يتم، وإنما هي على صورة العربون، دون حقيقته.

المسألة الثانية:

أن يدفع المشتري مبلغاً من المال عند عقد البيع، على أنه بالخيار، إن أمضى البيع كان ما قدمه جزءاً من الثمن، وإن رد البيع كان ما قدمه حقاً للبياع. والإجارة مثل البيع.

وهذا هو بيع العربون - اصطلاحاً - وقد اختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال:
القول الأول: أن بيع العربون - وكذا إجارته - لا يصح، وإن وقع فهو مفسوخ، ويرد العربون على كل حال.

ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، وأبو

(١) ينظر: عمدة القاري ٢٦٢/١٢، حيث أشار مؤلفه إلى فساد هذا الشرط، وهو من فقهاء الحنفية، وقد نسب هذا القول إلى الحنفية الخطابي في معالم السنن ١١٩/٣، وابن عبد البر في التمهيد ١٧٨/٢٤، وفي الاستذكار ١٠/١٩، والنووي في المجموع ٣٣٥/٩، وابن قدامة في المغني ٣٣١/٦.

(٢) ينظر: الموطأ ٦٠٩/٢، والمعونة ١٠٣٧/٢، والتلقين ٣٨٥/٢ - ٣٨٦، والتمهيد ١٧٨/٢٤ - ١٧٩، والاستذكار ١٠/١٩، والمنتقى ١٥٧/٤، وبداية المجتهد ٢٨٣/٢ - ٢٨٤، والخرشي ٧٨/٥.

(٣) ينظر: حلية العلماء ٣١٣/٤، والمجموع ٣٣٥/٩، وروضة الطالبين ٣٩٩/٣، ومغني المحتاج ٣٩/٢، ونهاية المحتاج ٤٧٦/٣، وشرح الجلال المحلي ١٨٦/٢.

الخطاب من الحنابلة^(١)، وهو رواية عن الإمام أحمد^(٢)، ويخرج مذهباً للظاهرية؛ لأنهم يرون بطلان كل شرط لم يرد النص بجوازه^(٣)، ورجحه الشوكاني^(٤).

القول الثاني: أن بيع العربون، وإجارته صحيح، سواء حددت فترة الانتظار فيه بمدة، أو لم تحدد.

روي ذلك عن عمر، وابنه رضي الله عنهما^(٥) ومجاهد، وابن سيرين، ونافع بن عبد الحارث^(٦)، وزيد بن أسلم^(٧)، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة، نص عليه الإمام أحمد، وهو من مفردات المذهب^(٨).

(١) الهداية لأبي الخطاب ١/١٣٦.

(٢) ينظر: الإنصاف مع الشرح الكبير ١١/٢٥٢.

(٣) ينظر: المحلى ٨/٤١٢، والإحكام في أصول الأحكام ٢/٨-٢٤.

(٤) ينظر: نيل الأوطار ٥/١٥٦، والدرر البهية في المسائل الفقهية ص ٧٨، والروضة الندية ٢/٤٠٤-٤٠٥.

والشوكاني هو: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، أبو عبد الله، فقيه، مجتهد، برز في شتى العلوم، من كبار علماء اليمن، تولى القضاء، وكان يرى تحريم التقليد، له مصنفات كثيرة منها: "نيل الأوطار" و"البدر الطالع" و"فتح القدير". مات سنة ١٢٥٠هـ. (الأعلام ٦/٢٩٨، ونيل الأوطار ١/٩-٣٠).

(٥) ينظر: معالم السنن ٣/١١٩، والمغني ٦/٣٣١، ونيل الأوطار ٥/١٥٦، ووعون المعبود ٩/٤٠٠، والمجموع ٩/٣٣٥.

(٦) هو: نافع بن عبد الحارث الخزاعي، صحابي، أسلم عام الفتح، أمره عمر على مكة فأقام بها إلى أن مات.

(٧) الإصابة ٦/٢٢٦، وتقريب التهذيب ص ٥٥٨.

(٨) ينظر في نسبة القول لهؤلاء: المصنف لابن أبي شيبة، كتاب البيوع، في العريان في البيع ٥/٣٩٢، والاستذكار ١٩/١٠، والتمهيد ٢٤/١٧٩، وبداية المجتهد ٢/٢٨٤، والمجموع ٩/٣٣٥.

(٨) ينظر: الهداية لأبي الخطاب ١/١٣٦، والمغني ٦/٣٣١، والفروع ٤/٦١، والإنصاف ١١/٢٥١-٢٥٢، وهداية الراغب ص ٢٤٩.

القول الثالث: أن بيع العربون، وإجارته صحيح، إذا حددت فترة الانتظار بمدة معلومة.

ذهب إلى ذلك بعض الحنابلة^(١).

جاء في مطالب أولي النهى^(٢): «ويتجه صحة هذا الاشتراط في بيع العربون وإجارته، إن قيد المتعاقدان ذلك بزمن معين؛ كإلى شهر من الآن...، وإلا يقيدها بزمن فلا يصح اشتراطه من أصله...».

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل الجمهور على بطلان العربون بما يلي:

[١] قول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٣).

وجه الاستدلال: أن أخذ العربون من أكل أموال الناس بالباطل^(٤).

المناقشة: يناقش هذا الاستدلال بأنه لا يسلم بأن أخذ العربون من أكل أموال الناس بالباطل، حتى يكون مشمولاً بعموم هذه الآية. قال ابن العربي^(٥)

(١) ينظر: الفروع ٦٢/٤، والإنصاف ٢٥٣/١١، وغاية المنتهى ٢٦/٢، ومطالب أولي النهى

٨٠/٤.

(٢) ٨٠/٤.

(٣) سورة النساء، من الآية ٢٩.

(٤) ينظر: تفسير القرطبي ١٥٠/٥، والمقدمات الممهدة ٧٢/٢.

(٥) هو محمد بن عبدالله بن محمد، أبو بكر، المعروف بابن العربي، المالكي، الإمام العلامة الحافظ

القاضي، صاحب التصانيف، منها: "أحكام القرآن" و"عارضه الأحوذى" مات سنة ٥٤٣هـ.

(سير أعلام النبلاء ١٩٧/٢٠-٢٠٤، والديباج المذهب ٢٥٢/٢-٢٥٦).

- رحمه الله - : «هذه الآية^(١) متمسك كل مؤالف، ومخالف، في كل حكم يدعو له لأنفسهم بأنه لا يجوز، فيستدل عليه بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٢). فجوابه أن يقال له: لا نسلم أنه باطل حتى تبينه بالدليل، وحينئذ يدخل في هذا العموم، فهي دليل على أن الباطل في المعاملات لا يجوز، وليس فيها تعيين الباطل»^(٣).

[٢] ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنه، أنه قال: (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع العُربان)^(٤).

(١) أي قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [سورة البقرة من الآية ١٨٨]، وهي بمعنى الآية المستدل بها.

(٢) سورة البقرة، من الآية (١٨٨).

(٣) أحكام القرآن ١/٩٧.

(٤) أخرجه مالك في الموطأ، في كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع العربان ٢/٦٠٩، ولم يُسم من رواه عنه، بل قال: «عن الثقة»، وأبو داود في سننه، في كتاب البيوع، باب في العربان ٢/٣٠٥ رقم (٣٥٠٢) من طريق مالك بن أنس أنه بلغه عن عمرو بن شعيب... وابن ماجه في سننه، في كتاب التجارات، باب بيع العربان ٢/٧٣٨-٧٣٩ رقم (٢١٩٢، ٢١٩٣) من طريقين:
الأول: من طريق مالك بن أنس قال: بلغني عن عمرو بن شعيب...

والثاني: من طريق مالك بن أنس حدثنا عبد الله بن عامر الأسلمي عن عمرو بن شعيب... والبيهقي في السنن الكبرى، في كتاب البيوع، باب النهي عن بيع العربان ٥/٣٤٢-٣٤٣ من طرق عن أنس بن مالك، في الأول: قال: بلغني عن عمرو بن شعيب.. وفي الثاني: رواه حبيب بن أبي حبيب عن مالك قال حدثني عبد الله بن عامر الأسلمي عن عمرو بن شعيب... وفي الثالث: مالك عن الثقة عن عمرو بن شعيب...

ثم أخرجه من غير طريق مالك، وفيه ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب... ومن طريق آخر، وفيه عاصم بن عبد العزيز. ثم قال: «عاصم بن عبد العزيز الأشجعي فيه نظر، وحبيب بن أبي حبيب ضعيف، وعبد الله بن عامر، وابن لهيعة لا يحتج بهما، والأصل في هذا الحديث مرسل مالك». وأخرجه الإمام أحمد في المسند ٢/١٨٣ من طريق مالك، أخبرني الثقة عن =

= عمرو بن شعيب، فذكره، والبغوي في شرح السنة ١٣٥/٨ رقم (٢١٠٦) من طريق مالك عن الثقة عنده عن عمرو بن شعيب فذكره.

قال ابن عبد البر في التمهيد ١٧٦/٢٤: «وقد تكلم الناس في الثقة عنده "أي عند مالك" في هذا الموضع، وأشبه ما قيل فيه: أنه أخذه عن ابن لهيعة، أو عن ابن وهب عن ابن لهيعة؛ لأن ابن لهيعة سمعه من عمرو بن شعيب، ورواه عنه، حدث به عن ابن لهيعة ابن وهب وغيره..». وقال الزرقاني في شرحه على الموطأ ٣٢٤/٣ بعد أن نقل كلام ابن عبد البر السابق: «وأشبهه من ذلك أنه عمرو بن الحارث المصري، فقد رواه الخطيب من طريق الهيثم ابن يمان أبي بشر الرازي عن مالك عن عمرو بن الحارث».

قال ابن حجر في تلخيص الحبير ١٧/٣ في تخريجه لهذا الحديث: «وفيه راو لم يسم، وسمي في رواية لابن ماجه ضعيفة: عبد الله بن عامر الأسلمي، وقيل: هو ابن لهيعة، وهما ضعيفان. ورواه الدارقطني، والخطيب في الرواة عن مالك من طريق الهيثم بن اليمان عنه عن عمرو بن الحارث عن عمرو بن شعيب، وعمرو بن الحارث ثقة، والهيثم ضعفه الأزدي، وقال أبو حاتم: صدوق، وذكر الدارقطني أنه تفرد بقوله عن عمرو بن الحارث. قال ابن عدي: يقال: إن مالكا سمع هذا الحديث من ابن لهيعة».

وقال النووي في المجموع ٣٣٤/٩ عن رواية مالك في الموطأ: «ومثل هذا لا يحتج به عند أصحابنا، ولا عند جماهير العلماء» وقال عن رواية أبي داود: «وهذا أيضاً منقطع لا يحتج به»، وقال في إسناد ابن ماجه لهذا الحديث: «وحبيب بن أبي ثابت هذا، وعبد الله بن عامر الأسلمي ضعيفان باتفاق المحدثين».

ثم قال بعد ذلك ص ٣٣٥: «وقال البيهقي في معرفة السنن والآثار: بلغني أن مالكا أخذه عن عبد الله بن عامر، وقيل: عن ابن لهيعة، وقيل: عن الحارث بن عبد الرحمن عن عمرو بن شعيب. قال: وفي الجميع ضعف، فالحاصل أن هذا الحديث ضعيف، قال: وإنما بسطت الكلام فيه لشهرته، والحاجة إلى معرفته». وضعفه الإمام أحمد كما في معالم السنن ١١٩/٣، والمغني ٣٣١/٦، ونقل الحافظ ابن القيم في بدائع الفوائد (٦٩/٤) عن الإمام أحمد أنه قال عن هذا الحديث: «لا شيء». وضعفه من المعاصرين الألباني في ضعيف سنن أبي داود ص ٣٤٧، وفي ضعيف سنن ابن ماجه ص ١٦٨، وينظر في تخريجه، وبيان ضعفه الموسوعة الحديثية: مسند الإمام أحمد ٣٣٢/١١-٣٣٣، والأحاديث الواردة في البيوع المنهي عنها ٣٧٩/١-٣٨٤.

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ نهى عنه، والنهي يقتضي الفساد^(١)، فدل على فساد بيع العربون.

المناقشة: نوقش هذا الدليل بأنه ضعيف، ضعفه الإمام أحمد، وغيره^(٢).

الإجابة: أجيب عن هذه المناقشة، بأن الحديث قد ورد من طرق يقوي بعضها بعضاً، وقد تضمن الحظر، وهو أرجح من الإباحة^(٣).

الرد: أن جميع طرق الحديث ضعيفة، والضعيف لا يقوي مثله، و«ليس كل ضعف في الحديث يزول بمجيئه من وجوه»^(٤). وتقديم الحظر على الإباحة، إنما يكون عند تعارض الدليلين^(٥)، والضعيف لا يقوى على المعارضة. فيبقى هذا العقد داخلاً تحت قاعدة "الأصل في العقود والشروط الصحة"، مشمولاً بحكمها.

[٣] أن أخذ العربون من أكل المال بالباطل؛ لأنه يؤخذ بغير عوض، ولا على وجه الهبة والصدقة^(٦). ولا يصح جعله عوضاً عن انتظار المشتري، وتأخير البيع من أجله؛ لأنه لو كان عوضاً عن ذلك، لما جاز جعله من الثمن في حال الشراء؛ ولأن الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه، ولو جازت لوجب أن يكون معلوم المقدار كما في الإجارة^(٧).

(١) ينظر: أصول الجصاص ١/٣٣٦-٣٣٩، وأصول السرخسي ١/٨٠-٨٢، وكشف الأسرار ١/١٤٠ وما بعدها، والبرهان ١/١٩٩-٢٠٥، والتوضيح على التنقيح ١/٤١١-٤١٢، والرسالة ص ٣٤٧-٣٤٨، وقواطع الأدلة ١/٢٥٥ وما بعدها، والعدة ٢/٤٣٢ وما بعدها، والمسودة ص ٧٤، والمهذب في علم أصول الفقه ٣/١٤٤٦ وما بعدها.

(٢) ينظر: تخريج الحديث.

(٣) ينظر: نيل الأوطار ٥/١٥٦.

(٤) مقدمة ابن الصلاح ص ٤٥.

(٥) ينظر: المنشور في القواعد ١/١٢٥، وموسوعة القواعد الفقهية ١/٤٢٢.

(٦) ينظر: المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١٠٣٧، والتمهيد ٢٤/١٧٩، والمغني ٦/٣٣١.

(٧) ينظر: المغني ٦/٣٣٢، والشرح الكبير ١١/٢٥٣، وكشاف القناع ٣/١٩٥.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

المناقشة: نوقش بأنه إن سلم بأن العربون ليس تعويضاً عن الانتظار، فلا يسلم بأنه ليس ثم ما يكون عوضاً عنه، بل هو عوض عن الضرر - المترتب على فسخ العقد - الذي يلحق البائع بسبب حبس السلعة عن البيع مدة الانتظار لحظ المشتري^(١)، ولو جاء من يطلبها بثمن أكثر، فيترتب على ذلك فوات فرصة البيع الأصلح^(٢)، أو كساد المبيع؛ لانصراف الناس عنه؛ لكونه موسمياً فوات موسمه^(٣)، أو ظهر في السوق من جنسه ما هو أحسن منه بقيمته، أو غير ذلك، أو هبوط قيمته في أعين الناس بسبب الفسخ، ولو لم يحصل أدنى انتظار. وحصول الضرر للبائع، يقابله أيضاً حصول منفعة للمشتري؛ إذ لولا أن مصلحته في فسخ العقد لما فسخ العقد، فالبائع يأخذ العربون في مقابل الضرر، والمشتري يذهب عليه مقابل مصلحته في الفسخ - والله أعلم -.

وعلى فرض أن العربون تعويض عن زمن الانتظار، فلا يسلم بأنه لا يجوز، نعم هو حرام في القرض، ولكنه جائز في البيع المؤجل، فقد نص الفقهاء على أن للزمن قيمة^(٤)، ونحن في العربون أمام بيع لا أمام قرض^(٥). وحينئذ يلزم أن

(١) ينظر: نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ١٦٠، والمدخل الفقهي العام ٤٩٥/١، والفقهاء الإسلامي وأدلته ٤٥٠/٤.

(٢) ينظر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة "حكم العربون" لأبورخية ٤٠٥/١ - ٤٠٦، ومصادر الحق ٥٩/٢، وما لا يسع التاجر جهله ص ١٠٣.

(٣) ينظر: المصدر الأول من المصادر السابقة.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع ١٨٧/٥، وتبيين الحقائق ٧٨/٤، والشرح الكبير للدردير ١٦٥/٣، والشرح الصغير للدردير ٥٠٧/٢، ومغني المحتاج ٧٩/٢، وتكملة المجموع للمطيعي ٦/١٣، ومجموع الفتاوى ٤٩٩/٢٩، ٥٢٥، ونيل الأوطار ١٥٥/٥، ١٨٢، وبيع التقيط لرفيق المصري ص ٣٩-٤٠، ٦٧.

(٥) ينظر: بيع العربون لرفيق المصري ص ٣٣.

تكون فترة الانتظار معلومة المقدار، وهذا شرط عندنا لصحة بيع العربون^(١). ولا يسلم بأنه إذا كان عوضاً عن الانتظار، لا يجوز أن يجعل من الثمن في حال الشراء؛ إذ لا يكون عوضاً عن الانتظار إلا في حال الفسخ، أما في حال الشراء فقد اتفقا على أنه يكون من الثمن لتمام العقد، وعدم الضرر الذي لا يحصل إلا بالفسخ.

ويمكن أن يقال - أيضاً - إن حصول الضرر للبائع المترتب على فسخ العقد غالب، وتختلف ذلك في بعض الصور، لا يؤثر في الحكم؛ لأن مظنة الضرر بالشيء تقام مقام تحققه، إذا حصل الاتفاق على اشتراط المعاوضة عنه، أو أنيط الحكم بذلك الشيء، لا بالضرر كما هنا، لا سيما أن الفائدة من الشرط، وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً، مما يجوز فعله وتركه بدون الشرط، وذلك منه، والله أعلم.

[٤] أن بيع العربون غرر^(٢)، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر^(٣)، فيكون فاسداً^(٤)، ووجه الغرر فيه؛ أنه مستور العاقبة، فلا يدري كل من البائع، والمشتري هل يتم البيع أو لا؟^(٥).

(١) ينظر: غاية المنتهى ٢/٢٦، ومطالب أولي النهى ٤/٨٠.

(٢) الغرر لغة: «الخطر الذي لا يدري أيكون أم لا؟» (معجم مقاييس اللغة مادة "غر" ٤/٣٨١، ولسان العرب، مادة "غرر" ٥/١٣).

واصطلاحاً: «ما كان مستور العاقبة» (المبسوط ١٣/٦٨، وحاشية الدسوقي ٣/٥٥، والمهذب ١/٢٦٢، والقواعد النورانية ص ١٣٨، والعقود لشيخ الإسلام ابن تيمية ص ٤٣٧، والغرر وأثره في العقود ص ٣٤).

(٣) تقدم تخريجه: ص ١٠٨.

(٤) ينظر: معالم السنن ٣/١١٩، والتمهيد ٢٤/١٧٩، والمنتقى ٤/١٥٨، وبداية المجتهد ٢/٢٨٤، والمجموع ٩/٣٣٥، وسبل السلام ٣/٣٣.

(٥) ينظر: المقدمات الممهدة ٢/٧٣، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي (بيع العربون للضرير) ٨/١/٦٥٢.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

فإن تم البيع كسب المشتري العربون باحتسابه من الثمن، وإذا ترك البيع خسر العربون، وكان من نصيب البائع، وذلك غرر^(١).

المناقشة: نوقش بعدم التسليم، فليس في بيع العربون غرر؛ ذلك أن الثمن معلوم، والمبيع معلوم، وقدر العربون معلوم، ومدة الخيار محددة، فلا غرر في الثمن، ولا في الثمن، ولا في الأجل، ولا في العقد، وكون العقد لا يدرى هل يتم، أو لا؟ ليس غرراً مؤثراً، وإلا أبطلنا بذلك البيع بخيار الشرط، فإنه لا يدرى هل يتم العقد بعد ذلك، أو يفسخ؟^(٢)

وإمضاء العقد، أو فسخه راجع للمشتري - في بيع العربون - فهو وحده، الذي يملك عدم إتمام العقد؛ كالمشتري بشرط الخيار له، وكون العربون من نصيب البائع عند الفسخ، ليس مجرد حظ، بل هو مقابل الضرر الحاصل بالفسخ من المشتري، وأيضاً قد تم الاتفاق على ذلك عند العقد، فأين الغرر إذن؟

وإعطاء المشتري حق الفسخ مع استحقاق البائع للعربون، فيه مصلحة للطرفين؛ مصلحة للمشتري حيث رأى أن خسارته في إمضاء العقد تزيد على خسارة العربون فاختر الفسخ لذلك، ومصلحة للبائع حيث يندفع ضرره بالفسخ باستحقاق العربون.

[٥] أن بيع العربون يشتمل على شرطين مفسدين؛ أحدهما: شرط كون ما دفعه المشتري للبائع يكون له مجاناً، إن اختار المشتري ترك السلعة. والثاني: شرط الرد على البائع إذا لم يقع من المشتري الرضا بالبيع^(٣).

(١) ينظر: بيع العربون لفريق المصري ص ١٢.

(٢) ينظر: بيع العربون لفريق المصري ص ٣٤، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي (حكم العربون لابن منيع) ٦٨٠/١/٨، وينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧٦٦/١/٨، ٧٧٦.

(٣) ينظر: مغني المحتاج ٣٩/٢، وشرح الجلال المحلي على المنهاج ١٨٦/٢، ونيل الأوطار ١٥٦/٥.

المناقشة: نوقش بأن هذا استدلال بمحل النزاع، ولا يسلم بأنهما شرطان فاسدان، بل هما صحيحان، أما الأول، وهو كون العربون يكون من نصيب البائع عند الفسخ، فلا يسلم بأنه يكون له مجاناً، بل هو في مقابل الضرر الحاصل بالفسخ - وقد سبق بيان ذلك - وأما الثاني، وهو شرط الرد إذا اختار المشتري ذلك، فليس بمفسد؛ لأن ذلك هو مقتضى الخيار الثابت بالعقد؛ فهو كما لو اختار الرد في خيار الشرط.

[٦] أن بيع العربون بمنزلة الخيار المجهول، فإن المشتري اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة، فلم يصح؛ كما لو قال: ولي الخيار متى شئت، رددت السلعة، ومعها درهماً^(١).

المناقشة: نوقش بعدم صحة القياس على الخيار المجهول؛ لأن الشرط في جواز بيع العربون، أن تحدد مدة الانتظار^(٢)، ومع تحديدها يبطل هذا القياس، وينتفي هذا المحذور. فالمشتري له الخيار في هذه المدة، فإذا مضت ولم يرجع، مضت الصفقة، وانقطع الخيار^(٣).

ويمكن أن يقال - أيضاً - إن مدة الخيار إن لم ينص عليها في العقد، فالمرجع فيها إلى العرف، وغير جائز أن تكون مدة الخيار إلى غير أمد، لما يترتب على ذلك من الضرر، والغرر^(٤).

(١) ينظر: المغني ٣٣١/٦، والشرح الكبير ٢٥٢/١١.

(٢) ينظر: غاية المنتهى ٢٦/٢، ومطالب أولي النهى ٨٠/٤.

(٣) ينظر: مصادر الحق ٩٥/٢ - ٩٦، وما لا يسع التاجر جهله ص ١٠٣.

(٤) ينظر: مطالب أولي النهى ٨٠/٤.

أدلة القول الثاني:

استدل من قال بجواز بيع العربون، وإجارته، سواء حددت فترة الانتظار فيه بمدة، أو لم تحدد بما يلي:

[١] ما روي عن زيد بن أسلم: (أن النبي ﷺ أحل العربان في البيع)^(١). وهذا صريح في جوازه^(٢).

المناقشة: نوقش هذا الدليل بأنه ضعيف مع كونه مرسلًا^(٣)، فلا تقوم به حجة.

[٢] ما جاء عن نافع بن عبد الحارث أنه اشترى داراً للسجن بمكة من صفوان ابن أمية^(٤) "بأربعة آلاف درهم" على أن عمر إن رضي فالبيع له، وإن لم يرض

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، في كتاب البيوع والأقضية، في العربان في البيع ٣٩١/٥، قال ابن عبد البر في التمهيد ١٧٩/٢٤: «وهذا لا يعرف عن النبي ﷺ من وجه يصح، وإنما ذكره عبدالرزاق عن الأسلمي عن زيد بن أسلم مرسلًا، وهذا ومثله ليس بحجة»، وقال الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير ١٧/٣: «وقال عبد الرزاق في مصنفه أنا الأسلمي عن زيد بن أسلم سئل رسول الله ﷺ عن العربان في البيع فأحله، وهذا ضعيف مع إرساله، والأسلمي هو: إبراهيم بن محمد بن أبي يحيى»، وقال عنه الشوكاني في نيل الأوطار ١٥٦/٥: «وهو مرسل، وفي إسناده إبراهيم بن أبي يحيى، وهو ضعيف». ولم أجد هذا الحديث في مصنف عبد الرزاق.

(٢) ينظر: التمهيد ١٧٩/٢٤، ونيل الأوطار ١٥٦/٥، وعون المعبود ٤٠٠/٩ - ٤٠١.

(٣) ينظر: المصادر السابقة.

(٤) هو: صفوان بن أمية بن خلف بن وهب القرشي، صحابي، أسلم بعد الفتح، وحسن إسلامه، وروى أحاديث. مات سنة ٤١ هـ، وقيل غير ذلك.

(الإصابة ٢٤٦/٣ - ٢٤٧، وسير أعلام النبلاء ٥٦٢/٢ - ٥٦٧، وتقريب التهذيب ص ٢٧٦).

عمر فلصفوان أربعمائة^(١).

وجه الدلالة: أن نافع بن عبد الحارث عامل عمر على مكة اشترى دار السجن لعمر بالعربون، ولم يكن ذلك إلا بأمره، ومثل ذلك لا يخفى على الصحابة، ولم ينكروه. «قال الأثرم^(٢): قلت لأحمد: تذهب إليه؟ قال: أي شيء أقول؟ هذا عمر رضي الله عنه»^(٣)، يعني أنه أجازته^(٤).

المناقشة: نوقش هذا الاستدلال من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن هذا الشرط "شرط الأربعمائة لصفوان إن لم يرض عمر بالبيع" لم يكن داخلاً في نفس العقد، بل هو وعد، والبيع تم بعد ذلك بعقد مبتدأ^(٥). فهو كما لو قال: لا تبع هذه السلعة لغيري، وإن لم أشرها منك،

(١) أخرجه البخاري في صحيحه معلقاً بصيغة الجزم، في كتاب الخصومات، باب الربط والحبس في الحرم ٩١/٣، ووصله عبدالرزاق في المصنف، في كتاب المناسك، باب الكراء في الحرم ١٤٨/٥ رقم (٩٢١٣)، وابن أبي شيبة في المصنف، في كتاب البيوع والأقضية، في العربان في البيع ٣٩٢/٥، والبيهقي في كتاب البيوع، باب ما جاء في دور مكة ٣٤/٦ وما بين القوسين ليس عند البخاري.

واحتج به الإمام أحمد. (ينظر: المغني ٣٣١/٦، وبدائع الفوائد ٦٩/٤ - ٧٠، وإعلام الموقعين ٤٠١/٣) وجوده الشيخ ابن باز (ينظر: الجامع لأحاديث البيوع ص ٢٦).
(٢) هو: أحمد بن محمد بن هانئ الطائي، أبو بكر، الأثرم، تلميذ الإمام أحمد، كان حافظاً إماماً من محور العلم، نقل عن الإمام أحمد مسائل كثيرة، له كتب مصنفة في العلل، والناسخ والمنسوخ. مات سنة ٢٩٦هـ.

(طبقات الحنابلة ١/٦٦ - ٧٤، والبداية والنهاية ١١/١١٥).

(٣) المغني ٣٣١/٦، وبدائع الفوائد ٧٠/٤، ومعالم السنن ١١٩/٣.

(٤) معالم السنن ١١٩/٣، وإعلام الموقعين ٤٠١/٣.

(٥) ينظر: المغني ٣٣١/٦ - ٣٣٢، وعمدة القاري ١٢/٢٦٢.

فهذا الدرهم لك. ثم اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتدأ، وحسب الدرهم من الثمن صح؛ لأن البيع خلا عن الشرط المفسد^(١). قال ابن قدامة - رحمه الله -: «ويحتمل أن الشراء الذي اشترى لعمر كان على هذا الوجه، فيحمل عليه جمعاً بين فعله وبين الخبر، وموافقة القياس، والأئمة القائلين بفساد العربون»^(٢).

الإجابة: أن هذا مجرد احتمال لا دليل عليه في مقابلة الظاهر من الأثر، فلا يقوى على إبطال الاستدلال. ولا يسلم بأن بيع العربون لا يوافق القياس، بل هو موافق له؛ لما يترتب على الفسخ من ضرر، وهذا العربون في مقابله، كما سبق إيضاحه - والله أعلم -.

الوجه الثاني: أن شرط نافع لصفوان الأربعمائة، يحتمل أن يكون جعلها في مقابلة انتفاعه بتلك الدار إلى أن يعود الجواب من عمر رضي الله عنه^(٣).

الإجابة: هذا مجرد احتمال - أيضاً - لا دليل عليه، ولم ينقل أن نافع انتفع بالسجن قبل رد الجواب من عمر، ولكنه انتفع بهذا الشرط من وجه آخر، وهو استحقاق الخيار حتى يأتي رد الجواب من عمر رضي الله عنه والله أعلم.

الوجه الثالث: أن الأثر ليس فيه شرط العربون، وإنما فيه أن نافعاً اشترى دار السجن من صفوان، وشرط عليه إن رضي عمر بالابتياح فهي لعمر، وإن لم يرض فهي لنافع بالثمن المذكور، وهذا بيع جائز. فهو قد اشترى على البتات، وللوكيل أن يأخذ الشيء لنفسه إذا رده الموكل؛ لأنه المباشر للعقد^(٤).

(١) ينظر: المغني ٦/٣٣١-٣٣٢.

(٢) المغني ٦/٣٣٢.

(٣) ينظر: فتح الباري ٥/٩٢، وعمدة القاري ١٢/٢٦٢.

(٤) ينظر: فتح الباري ٥/٩١، وعمدة القاري ١٢/٢٦٢.

الإجابة: أجيب عنه، بأن القائل بذلك، وقف على ظاهر اللفظ المعلق - عند البخاري - ولم ير سياق الأثر تاماً، فظن أن الأربعمائة هي الثمن، الذي اشترى به نافع، وليس الأمر كذلك، وإنما كان الثمن أربعة آلاف، وكان نافع عاملاً لعمر على مكة، فلذلك اشترط الخيار لعمر بعد أن أوقع العقد له، كما صرح بذلك كل من وصل الأثر^(١).

[٣] القياس على ما قاله سعيد بن المسيب^(٢)، وابن سيرين، من أنه لا بأس إذا كره المشتري السلعة أن يردّها، ويرد معها شيئاً^(٣). قال الإمام أحمد: «هذا في معناه»^(٤) أي في معنى بيع العربون. فإن في كل منهما يرد المشتري السلعة، ومعها شيئاً، وليس ثم فرق بينهما، إلا أنه في العربون تم الاتفاق على ذلك في العقد، وفي هذه المسألة تم الاتفاق على ذلك بعد العقد، وهذا الفرق غير مؤثر هنا، لأن العلة في منع بيع العربون عند المانعين، هي أن ما يأخذه البائع لا عوض له، فهو من قبيل أكل المال بالباطل، وهذه العلة ترد عليهم في هذه المسألة، فإما أن يسووا بينهما في الحكم، أو يفرقوا بينهما بفارق مؤثر - والله اعلم -.

(١) ينظر: فتح الباري ٩١/٥.

(٢) هو: سعيد بن المسيب بن حزن القرشي، المخزومي، أبو محمد، سيد التابعين، وفقه الفقهاء، من أروع الناس، مات سنة ٩٤هـ، وقيل غير ذلك.

(البداية والنهاية ١٠٥/٩ - ١٠٦، وتقريب التهذيب ص ٢٤١).

(٣) ينظر: المغني ٣٣١/٦، وأخرج الآثار عنهما في ذلك ابن أبي شيبة في المصنف، في كتاب البيوع والأقضية، في الرجل يشتري من الرجل الشيء فيستغليه فيرده ويرد معه درهماً ٥١/٥.

(٤) المغني ٣٣١/٦.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية

المناقشة: نوقش بأن قياس بيع العربون على هذه المسألة، غير مقبول؛ لأن هذه المسألة إقالة للبيع، وهي شراء مستأنف، ولا مانع من أن يشتري شخص سلعة بمائة نقداً، ثم يبيعه لمن اشتراها منه بتسعين نقداً^(١).

الإجابة: يجاب عن ذلك بأنه لا يسلم بأن المسألة المقيس عليها بيع مستأنف، بل هي إقالة بعوض، وعلى هذا جرى القياس، وحينئذ فالقياس صحيح؛ إذ هما بمعنى واحد.

[٤] ما جاء عن ابن سيرين - رحمه الله - أنه قال: «قال رجل لكرهه ادخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا، فلك مائة درهم، فلم يخرج. فقال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه»^(٢). فشريح قضى في هذه المسألة على المشتري بما اشترطه على نفسه من غير إكراه، والعربون اشترطه المشتري على نفسه من غير إكراه كذلك، فيكون صحيحاً لازماً.

فإن قيل: ما نقل عن شريح من إجازته الشرط في المسألة المذكورة، محمول على أنه أجازته باعتباره عوضاً عن الضرر الذي يلحق بالجمال بسبب عدم إتمام العقد، والعربون ليس كذلك.

قيل: بل العربون كذلك، فهو عوض عن ضرر الفسخ اللاحق بالبائع، كما سبق إيضاحه.

[٥] عموم الأدلة الدالة على أن الأصل في الشروط الصحة، واللزوم، والعربون شرط، فيكون داخلاً تحت هذا الأصل مشمولاً بحكمه. وقد سبقت هذه الأدلة في حكم الشروط في العقود^(٣).

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (بيع العربون للضرير) ٦٥٥/١/٨.

(٢) تقدم تخريجه: ص ١٧٧.

(٣) ينظر: ص ٦٦ - ٧٤.

أدلة القول الثالث:

أدلة هذا القول هي أدلة القول الثاني، فهم يرون صحة بيع العربون، ولكنهم يشترطون تحديد مدة الانتظار؛ لأن في عدم تحديد المدة غرراً، وذلك مفسد، ولئلا يتضرر البائع أو المؤجر بالانتظار إلى غير أمد^(١).

ويناقش ذلك، بأن تحديد المدة إن لم ينص عليها في العقد، فالمرجع فيها إلى العرف، وهي في العرف يسيرة يوم، أو يومان، وللبائع أن يقول للمشتري إما أن تختار الفسخ، أو الإمضاء، وله أن يحدد له مدة يختار فيها، فإن لم يختار المشتري الفسخ حتى مضت لزمه البيع. وإن كان ثمة غرر في ذلك فهو يسير مغتفر - والله أعلم -.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول بجواز بيع العربون، وإجارته، إذا قيدت فترة الانتظار بزمن محدود. وهو ما قال به أصحاب القول الثالث، ولا يمانع أصحاب القول الثاني من تحديد فترة الانتظار، فإن قولهم بالجواز مطلق سواء حددت فترة الانتظار، أو لم تحدد، وفي تحديدها مباحة عن الغرر، والنزاع، والاختلاف بين المتعاقدين، ومما يرجح هذا القول ما يلي:

[١] قوة أدلة القائلين بالجواز في مقابل أدلة المانعين، لا سيما أن الأصل في الشروط والعقود الصحة، فلا نخرج عن هذا الأصل إلاً بدليل، وليس في أدلة المانعين ما يقوى على إخراج العربون عن هذا الأصل، وبالناس حاجة إليه؛ إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه، والشريعة لا تأتي بتحريم ما فيه مصلحة راجحة، بل تأتي بإباحته، انطلاقاً من قاعدتها الكلية «اليسر، ورفع الحرج».

(١) ينظر: مطالب أولي النهى ٨٠/٤.

[٢] ضعف أدلة المانعين بما ورد عليها من المناقشة، التي أحسبها كافية في رد الاستدلال بها على المنع.

وبهذا القول صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي، حيث جاء بقراره بشأن بيع العربون: «يجوز بيع العربون إذا قيدت فترة الانتظار بزمن محدود، ويحتسب العربون جزءاً من الثمن إذا تم الشراء، ويكون من حق البائع إذا عدل المشتري عن الشراء»^(١).

وينبغي أن لا يبالغ في مقدار العربون، بل يكون يسيراً بالنسبة للثمن، أو الأجرة، وهذا هو المتعارف عليه عند الفقهاء، كما يتضح من تعريفاتهم للعربون، ولو حاولنا أن نحدد حداً أعلى لنسبة العربون من الثمن، فإن أول ما يتبادر إلى الذهن أثر نافع بن عبدالحارث في شراء دار السجن من صفوان، حيث اشترى دار السجن بأربعة آلاف درهم، واشترط لصفوان أربعمئة درهم عربوناً، أي ما نسبته ١٠٪ من الثمن، فلا ينبغي الزيادة عليها، ويؤيد ذلك أن المعاوضات مبناهما على العدل بين الجانبين، والنهي عن الظلم^(٢)، والمبالغة في العربون لا تناسب ذلك - والله أعلم -.

صورة بيع العربون في القانون:

للعربون في القانون صورة تختلف عن صورة العربون في الفقه الإسلامي، وهي جارية في المعاملات التجارية في هذا العصر، وهي: أن يكون العربون مشروطاً من الطرفين "البائع والمشتري"، أو المؤجر والمستأجر" فلكل واحد منهما حق العدول عن العقد في المدة المحددة للعدول عن العقد، وعلى من عدل عن

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧٩٣/١/٨، القرار رقم ٧٦/٣/٨٥.

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى ٣٨٥/٢٨، ١٠٧/٢٩، ٢٦٦/٣٠، وإعلام الموقعين ٣٨٧/١.

العقد أن يدفع مبلغ العربون ومثله معه إن كان هو الآخذ للمبلغ، وإن كان هو الدافع له ذهب عليه، وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٣) من القانون المدني المصري الجديد، حيث تقول: «١- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل واحد من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. ٢- فإذا عدل من دفع العربون فقدمه، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه. هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر»^(١).

وقد جاءت نصوص التقنينات المدنية العربية في هذه المسألة متفقة مع التقنين المدني المصري، ما عدا التقنين العراقي، فإنه جعل دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً، لا على أنه جزاء للعدول عن العقد^(٢).

فالقانون المدني المصري اعتبر دفع العربون دليلاً على ثبوت حق العدول لكل من المتعاقدين - ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك - ولكنه عدول بمقابل، هو مبلغ العربون، فإذا أخذ المشتري بحقه في العدول وجب عليه ترك العربون للبائع، وإذا عدل البائع وجب عليه رد العربون ومثله معه، من غير نظر إلى مقدار الضرر الذي يصيب أحد الطرفين نتيجة عدول الطرف الآخر^(٣).

فإذا لم يعدل أحد منهما عن العقد، خلال المدة التي يجوز فيها العدول، أصبح العقد باتاً، وعُدّ العربون تنفيذاً جزئياً له، ووجب استكمال التنفيذ^(٤).

(١) مصادر الحق ٨٨/٢.

(٢) ينظر المصدر السابق. وصورة العربون في التقنين العراقي، ليست من العربون المختلف فيه عند الفقهاء، بل هي جائزة عند الجميع، لأن المبلغ المدفوع فيها جزء من الثمن، أو الأجرة، والعقد بات، فيلزم الوفاء به.

(٣) ينظر: مصادر الحق ٨٩/٢.

(٤) ينظر: المصدر السابق.

حكم هذه الصورة في الفقه الإسلامي:

هذه الصورة في القانون تختلف عن صورة العربون في الفقه الإسلامي، من حيث إن العربون فيها مشروط من كل من الطرفين المتعاقدين البائع والمشتري مثلاً، ولكل واحد منهما حق العدول في المدة المتفق عليها. فإذا عدل أحدهما فيها لزمه العربون للطرف الآخر. وذلك بخلاف العربون في صورته المعروفة في الفقه الإسلامي، فإن العربون فيها مشروط من طرف واحد، ولمن شرط عليه العربون مشترياً، كان أو مستأجراً حق العدول عن العقد، وأما من شرط له العربون بائعاً كان، أو مؤجراً فالعقد لازم في حقه، وليس له حق العدول، فإذا عدل من شرط عليه العربون عن العقد ذهب عليه العربون للطرف الآخر.

وصورة العربون في القانون لم يتعرض لها الفقهاء، ويمكن أن يخرج للفقهاء في حكمها قولان، قول بالتحريم، وقول بالجواز، بناء على اختلافهم في حكم العربون في صورته المعروفة في الفقه الإسلامي؛ فإن من قال منهم بتحريم بيع العربون، يمنع من العربون في صورته القانونية من باب أولى؛ لأن العربون فيها مشروط من الجانبين، وما عللوا به تحريم بيع العربون من كونه أكلاً للمال بالباطل، ومن غير عوض، وكونه غرراً، موجود على هذا القول في هذه الصورة من جانب كل من المتعاقدين.

وأما من قال منهم بالجواز - جواز بيع العربون - فيمكن أن يخرج على قوله القول بجواز العربون في صورته القانونية؛ بناء على أنه إذا جاز اشتراط العربون من طرف واحد، جاز اشتراطه من الطرفين؛ كشرط الخيار؛ ولأن الضرر بالفسخ كما يكون في جانب البائع أو المؤجر، يكون كذلك في جانب المشتري، أو المستأجر، فساغ لكل واحد منهما اشتراط العربون عند فسخ الآخر - والله أعلم -.

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٥	المقدمة
٥	الاستفتاح
٨	أهمية الموضوع
٩	أسباب اختيار الموضوع
١٠	الدراسات السابقة
١٤	خطة البحث
٢٦	منهج البحث
التمهيد	
٣٣	المبحث الأول: تعريف الشروط في العقود، والأصل فيها
٣٣	المطلب الأول: تعريف الشرط وأقسامه
٣٣	المسألة الأولى: تعريف الشرط
٣٣	الفرع الأول: تعريف الشرط في اللغة
٣٥	الفرع الثاني: تعريف الشرط اصطلاحاً
٣٨	المسألة الثانية: أقسام الشرط
٣٨	تقسيم الشرط باعتبار وصفه
٤٢	تقسيم الشرط باعتبار مصدره
٤٤	تقسيم الشرط باعتبار ملاءمته لحكم مشروطه أو عدم ملاءمته

الصفحة	الموضوع
٤٧	المطلب الثاني: الفرق بين شروط العقد، وبين الشروط في العقد
٥٣	المطلب الثالث: حكم الشروط في العقود
٥٨	المسألة الأولى: تحرير محل النزاع في حكم الشروط في العقود
٦١	المسألة الثانية: خلاف الفقهاء في الأصل في الشروط
٨٤	المطلب الرابع: ضابط ما يعتبر شرطاً في العقد
٨٥	المسألة الأولى: ثبوت الشرط بدلالة اللفظ، أو العرف
	المسألة الثانية: ثبوت الشرط المقارن لإنشاء العقد، والمتقدم، والتأخر عنه
٨٨	الفرع الأول: ثبوت الشرط المقارن لإنشاء العقد
٨٩	الفرع الثاني: ثبوت الشرط المتقدم على العقد
٩٥	الفرع الثالث: ثبوت الشرط المتأخر عن العقد
١٠١	المبحث الثاني: أقسام الشروط في العقود
	المطلب الأول: أقسام الشروط في العقود من حيث الصحة وعدمها
١٠١	المسألة الأولى: أقسام الشروط عند الحنفية
١١٠	المسألة الثانية: أقسام الشروط عند المالكية
١١٥	المسألة الثالثة: أقسام الشروط عند الشافعية
١١٩	المسألة الرابعة: أقسام الشروط عند الحنابلة

الصفحة	الموضوع
المسألة الخامسة: المقارنة بين المذاهب الأربعة في حكم الشروط	
المقترنة بالعقد ١٢٨	
المسألة السادسة: أقسام الشروط عند الظاهرية ١٣٢	
المطلب الثاني: أقسام الشروط في العقود من حيث الغرض منها ١٣٤	
القسم الأول: الشروط التوكيدية ١٣٤	
القسم الثاني: الشروط التوثيقية ١٣٤	
القسم الثالث: الشروط التبيينية ١٣٥	
القسم الرابع: الشروط التقييدية ١٣٥	
القسم الخامس: الشروط التعويضية ١٣٦	

الفصل الأول

الشرط الجزائي

المبحث الأول: تعريف الشرط الجزائي، وحقيقته، وخصائصه، وشروط استحقاقه في القانون ١٤١	
المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي باعتباره مركباً إضافياً ١٤١	
المسألة الأولى: تعريف الشرط لغة واصطلاحاً ١٤١	
المسألة الثانية: تعريف الجزاء لغة وشرعاً ١٤٢	
المسألة الثالثة: تعريف الشرط الجزائي باعتباره مركباً إضافياً ١٤٦	
المطلب الثاني: تعريف الشرط الجزائي باعتباره علماً ولقباً ١٤٦	
المطلب الثالث: حقيقة الشرط الجزائي في القانون ١٥٢	

الصفحة	الموضوع
١٥٧	المطلب الرابع : خصائص الشرط الجزائي في القانون
١٦٠	المطلب الخامس : شروط استحقاق الشرط الجزائي في القانون
١٦٧	المبحث الثاني : الغرض من الشرط الجزائي
١٧٢	المبحث الثالث : تاريخ التعامل بالشرط الجزائي
١٨٠	المبحث الرابع : حكم الشرط الجزائي
١٨٠	المطلب الأول : حكم الشرط الجزائي في الديون ، وصوره
١٨٠	المسألة الأولى : حكم الشرط الجزائي في الديون
١٩٢	المسألة الثانية : صور الشرط الجزائي في الديون
١٩٢	الفرع الأول : اشتراط حلول الأقساط عند التأخر في أداء بعضها
	الفرع الثاني : اشتراط أن تكون نفقات القضية على المدين
٢٠٠	المماطل
٢٠٦	الفرع الثالث : اشتراط زيادة في الدين عند التأخر في التسديد
	الفرع الرابع : اشتراط زيادة في الدين عند التأخر في التسديد
٢٠٧	لمصلحة الغير
	الفرع الخامس : اشتراط حق المطالبة بالتعويض عن الضرر
٢١٨	المرتب على التأخر في التسديد
	الأمر الأول : حكم التعويض عن الضرر المرتب على التأخر في
٢١٨	التسديد

الصفحة

الموضوع

- الأمر الثاني : اشتراط حق المطالبة بالتعويض عن الضرر المترتب
على التأخر في السداد ٢٦١
- الفرع السادس : اشتراط تحميل المدين هبوط القوة الشرائية
للنقود ٢٦٣
- الأمر الأول : أثر هبوط القوة الشرائية للنقود على الوفاء
بالديون ٢٦٣
- الفقرة الأولى : النقود الخلقية (الذهب والفضة) ٢٦٣
- الفقرة الثانية : إذا كان النقد فلوساً (نقوداً اصطلاحية) ٢٦٥
- الفقرة الثالثة : أثر هبوط القوة الشرائية للنقود الورقية على
الوفاء بالديون ٢٧٤
- الأمر الأول : حقيقة النقود الورقية المعاصرة ٢٧٤
- الأمر الثاني : أثر هبوط القوة الشرائية للنقود الورقية (التضخم)
على الوفاء بالديون المؤجلة ٢٧٦
- الأمر الثاني : اشتراط تحميل المدين هبوط القوة الشرائية للنقود
الورقية ٣٠١
- الفرع السابع : اشتراط أن يكون الوفاء بقيمة العملة وقت
وجوب الدين من عملة أخرى ٣٢٠
- المطلب الثاني : حكم الشرط الجزائي في غير الديون ٣٢٤
- المسألة الأولى : تعريف الضرر ٣٢٤

الصفحة	الموضوع
٣٢٦	المسألة الثانية: تعريف التعويض، وطريقته، ووقت تقديره
٣٢٦	الفرع الأول: تعريف التعويض في اللغة
٣٢٦	الفرع الثاني: تعريف التعويض اصطلاحاً
٣٢٦	الفرع الثالث: طريقة التعويض وضابطه
٣٣١	الفرع الرابع: وقت تقدير التعويض
٣٣٣	المسألة الثالثة: نوع الضرر الذي يعرض عنه
٣٣٣	النوع الأول: الضرر المادي
٣٣٥	النوع الثاني: الضرر الأدبي (المعنوي)
	المسألة الرابعة: التعويض عن الضرر المترتب على الإخلال بالعقد
٣٤٥	بعد وقوعه
٣٥٠	المسألة الخامسة: حقيقة الشرط الجزائي وتكييفه الفقهي
	المسألة السادسة: خلاف الفقهاء المعاصرين في حكم الشرط
٣٦٨	الجزائي
٣٩٤	المسألة السابعة: شروط الوفاء بالشرط الجزائي في غير الديون ...
	المطلب الثالث: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في غير
٣٩٦	الديون
٤٠١	المسألة الأولى: سلطة القاضي في إلغاء الشرط الجزائي
٤٠١	المسألة الثانية: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي

الموضوع	الصفحة
المبحث الخامس: تطبيقات الشرط الجزائي في بعض المعاملات المالية	٤٠٤
المطلب الأول: الشرط الجزائي في الديون في بعض المعاملات المالية	٤٠٤
المسألة الأولى: البيع بثمن مؤجل	٤٠٤
الفرع الأول: حكم البيع بثمن مؤجل	٤٠٤
الفرع الثاني: صورة الشرط الجزائي في البيع بثمن مؤجل وحكمه	٤٠٤
المسألة الثانية: بيع التقسيط	٤٠٥
الفرع الأول: تعريف بيع التقسيط	٤٠٥
الفرع الثاني: حكم بيع التقسيط	٤٠٧
الفرع الثالث: صورة الشرط الجزائي في بيع التقسيط وحكمه ...	٤٠٧
المسألة الثالثة: الاعتماد المستندي	٤٠٨
الفرع الأول: تعريف الاعتماد المستندي	٤٠٨
الفرع الثاني: أنواع الاعتماد المستندي	٤١٠
الفرع الثالث: حكم الاعتماد المستندي	٤١١
الفرع الرابع: صورة الشرط الجزائي في الاعتماد المستندي وحكمه	٤١٢
المسألة الرابعة: القرض المصرفي (البنكي)	٤١٢

الصفحة	الموضوع
٤١٢	الفرع الأول: تعريف القرض
٤١٣	الفرع الثاني: تعريف المصرف
٤١٥	الفرع الثالث: حكم القرض المصرفي (البنكي)
٤١٥	الفرع الرابع: حكم الشرط الجزائي في القرض المصرفي (البنكي) ...
٤١٦	المسألة الخامسة: البطاقات الائتمانية
٤١٦	الفرع الأول: تعريف بطاقات الائتمان
٤١٧	الفرع الثاني: أنواع بطاقات الائتمان وحكمها
٤١٩	الفرع الثالث: حكم الشرط الجزائي في البطاقات الائتمانية
	المطلب الثاني: الشرط الجزائي في غير الديون في بعض المعاملات
٤٢٠	المالية
٤٢٠	المسألة الأولى: عقد الاستصناع
٤٢٠	الفرع الأول: تعريف الاستصناع
٤٢٢	الفرع الثاني: حكم الاستصناع
٤٢٥	الفرع الثالث: حكم الشرط الجزائي في الاستصناع
٤٢٦	المسألة الثانية: عقد التوريد
٤٢٦	الفرع الأول: تعريف التوريد
٤٢٧	الفرع الثاني: حكم عقد التوريد
٤٢٩	الفرع الثالث: حكم الشرط الجزائي في عقد التوريد
٤٣٠	المسألة الثالثة: عقد الإجارة

الصفحة	الموضوع
٤٣٠	الفرع الأول: تعريف الإجارة
٤٣١	الفرع الثاني: حكم الإجارة
٤٣٣	الفرع الثالث: أنواع الإجارة
٤٣٥	الفرع الرابع: حكم الشرط الجزائي في عقد الإجارة
٤٣٥	المسألة الرابعة: عقد الصيانة
٤٣٥	الفرع الأول: تعريف الصيانة
٤٣٦	الفرع الثاني: حكم عقد الصيانة
٤٣٨	الفرع الثالث: حكم الشرط الجزائي في عقد الصيانة
٤٣٨	المسألة الخامسة: عقد المقاولة
٤٣٨	الفرع الأول: تعريف المقاولة
٤٤٠	الفرع الثاني: حكم المقاولة
٤٤١	الفرع الثالث: حكم الشرط الجزائي في عقد المقاولة

الفصل الثاني

اشتراط العربون في العقود المالية

٤٤٥	المبحث الأول: تعريف العربون
٤٤٥	المطلب الأول: تعريف العربون في اللغة
٤٤٦	المطلب الثاني: تعريف العربون في الاصطلاح
٤٤٩	المبحث الثاني: الغرض من العربون

الصفحة	الموضوع
٤٥١	المبحث الثالث: الفرق بين العربون وبين الشرط الجزائي
٤٥٢	المبحث الرابع: أحكام العربون في المعاملات المالية
٤٥٢	المطلب الأول: العربون في البيع والإجارة
٤٥٢	الصورة الأولى
٤٥٤	الصورة الثانية
٤٥٤	المسألة الأولى
٤٥٦	المسألة الثانية
٤٧٢	صورة بيع العربون في القانون
٤٧٤	حكم هذه الصورة في الفقه الإسلامي