جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في العقود المعاصرة

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر
في العلوم الإسلامية – تخصص: الفقه وأصوله

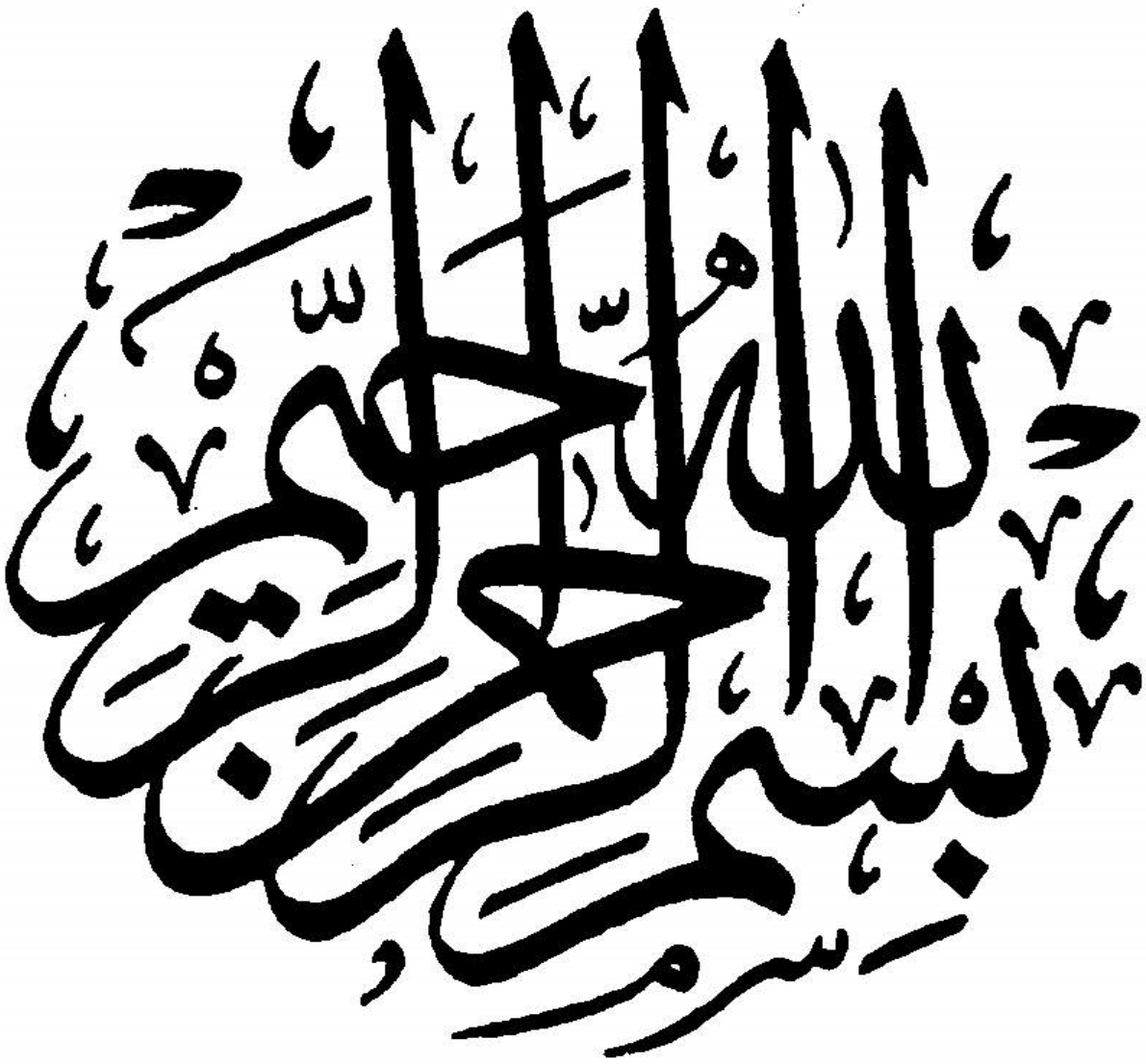
الطالب:
محمد طه حميدي

المشرف:
أ. أحمد غمام عمارة

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
نبيل موفق	دكتور	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	رئيسا
أحمد غمام عمارة	أستاذ مساعد أ	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	مشرفا ومقررا
حسين نتيش	أستاذ مساعد	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	ممتحنا

السنة الجامعية: 1437– 1438هـ/ 2016– 2017م



شكر وعرفان

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِن كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ ۝٧﴾ إبراهيم: ٧

الشكر لله أولا على توفيقه وإنعامه، فالحمد لله حمدا كثيرا مباركا فيه وبعد:

فإني أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ المشرف/ أحمد غمام عمارة، نظير كل ما أسداه لي من توجيهات وتصويبات في إنجاز هذا العمل.

كما لا يفوتني أن أشكر جامعة الوادي وكل الأساتذة الذين لم يبخلوا علينا بشيء طيلة المشوار الجامعي.

وإلى كل من مد لي يد العون في إتمام هذا البحث

بارك الله لهم جميعا وجعلها في موازين حسناتهم.

والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل.

محمد طه حميدي

الإهداء

أهدي هذا البحث إلى:

والديّ الكريمين أطال الله في عمرهما .

إلى زوجتي وأبنائي .

إلى إخوتي وأخواتي كل باسمه .

إلى أصدقائي الكرام .

إلى من علمني كيف أمسك القلم لأخط أولى الحروف أطال الله عمره وشكر له .

إلى كل من تعلم العلم وعلمه وأحبّ اهله .

أهدي هذا البحث

ملخص البحث

عالج هذا البحث موضوع " الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته على العقود المعاصرة."والذي يعتبر من النوازل التي يقع واجب بحثها على العلماء وطلبة العلم، حتى يتبين الناس عامة حكم الله فيها، وقد اشتمل هذا العمل على أربعة مباحث، تناول المبحث الأول مفهوم الشرط الجزائي، ومدى مشروعية الشروط المقترنة بالعقد. أما المبحث الثاني فقد حوى التكييف الفقهي للشرط الجزائي. ثم المبحث الثالث والذي تعرض لأثر الشرط الجزائي في عقود المداينات ومن ثمة المبحث الرابع مشتملا على أثر الشرط الجزائي في العقود المعاصرة. وفي الأخير تأتي الخاتمة لتحمل نتائج البحث وبعض التوصيات بالغة الأهمية. والله أسأل التوفيق والسداد.

Research Summary

This research dealt with the subject of "The Penal Condition in Islamic Jurisprudence and Its Applications in Contemporary Contracts", which is one of the contemporary issues that the duty of scholars and students of knowledge is to look at until all people find God's rule in them. This work covered four topics. The first topic dealt with the concept of the penal clause and the legality of the conditions attached to the contract. As for the second topic, it contains the juristic adjustment of the penal condition. Then the third topic, which was exposed to the، impact of the penalty clause in the contracts. Debts The fourth topic includes the impact of the penal condition in contemporary contracts Finally, the conclusion comes to bear the results of the research and some very important recommendations. God ask success and repayment.

.

مقدمة

بسم الله الرحمان الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحابته أجمعين، وعلى من اهتدى بهديه واستنّ بسنّته إلى يوم الدين.

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ۖ وَيُعَلِّمُكُمُ ٱللَّهُ ۗ وَٱللَّهُ بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمٌ ٢٨٢ ﴾ البقرة: ٢٨٢

و قال أيضا: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسۡلِمُونَ ١٠٢ ﴾ آل عمران: ١٠٢

أما بعد يقول جل من قائل: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡ ۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا ٥٩ ﴾ النساء: ٥٩

ومما يجب رده إلى الله والرسول ﷺ ما لم يرد فيه حكم شرعي من النوازل المستجدة في كل عصر ومصر، ولعل أكثرها في عصرنا ممّا يندرج ضمن أبواب المعاملات المالية، ومن هذه النوازل المنتقلة إلى البلاد الإسلامية الشرط الجزائي، والذي ظهر وترعرع في كنف القوانين الوضعية لا سيما القانون الفرنسي، لينتقل منه إلى قوانين الكثير من البلدان الإسلامية التي سرعان ما وجد فيها لنفسه مكانا ضمن أغلب العقود الحديثة.والشرط الجزائي هو: 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.

أهمية الموضوع: وتبرز أهمية موضوع الشرط الجزائي في الآتي:

1 . كونه من النوازل المعاصرة التي لا تزال تتطلب بحثا رغم ما بذل فيها من جهد.

2 . دخول الشرط الجزائي في شتى أنواع العقود التي يتطلب تنفيذها مددا زمنية متراخية.

3 . ما يترتب بموجب الشرط الجزائي من حقوق مالية يجعل بحث مشروعيتها يكتسي أهمية بالغة كونها بابا من أبواب الكسب.

إشكالية البحث:

إذا كان الشرط الجزائي قد ولد وترعرع في كنف القوانين الوضعية، نظرا لازدياد قيمة الزمن في الحركة الاقتصادية الناتج عن توسع التجارة وتطور أساليبها مما استدعى ضبط تلك العقود عن طريق اشتراط ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه.

فما موقف الشريعة الإسلامية من هذاالشرط؟

وللإجابة عن هذا الإشكال أطرح الأسئلة الفرعية الآتية:

1 . ما هو مفهوم الشرط الجزائي؟

2 . ما هو موقف المذاهب الأربعة من الشروط المقترنة بالعقود؟

3 . ما مدى مشروعية الشرط الجزائي في عقود المداينات، وفي بقية العقود الحديثة؟ وما هو أثر دخوله عليها؟

أهداف البحث: يهدف هذا البحث إلى تحقيق الآتي.

1 . تحقيق تقوى الله سبحانه وتعالى.

2 . إثراء المكتبة وفتح آفاق البحث.

3 . تنمية قدرات الباحث في مجال الفقه المقارن، لا سيما في باب المعاملات المالية.

4 . تحديد مفهوم الشرط الجزائي.

5 . بيان مدى مشروعية الشرط الجزائي في العقود المختلفة .

أسباب اختيار الموضوع: والتي يمكن إيجازها في الآتي.

1 . التعامل الشخصي بالعقود المشتملة على الشرط الجزائي بشتى صوره. كقرض الرفيق الفلاحي، وبيع المرابحة للآمر بالشراء، حيث يطرح الشرط الجزائي نفسه بقوة كإشكال حقيقي.

2 . الرغبة في دراسة مواضيع المعاملات المالية المختلفة.

3 . الرغبة في معرفة موقف الفقهاء من الشرط الجزائي في عقود المداينات وفي غيرها من العقود الحديثة.

المنهج المعتمد:

وقد اعتمدت في بحثي هذا المنهج الاستقرائي وذلك في تحديد المفاهيم، وتتبع آراء الفقهاء، كما اعتمدت المنهج التحليلي وذلك في دراسة الأدلة، وكذا المنهج المقارن في المناقشة والترجيح.

خطة البحث: تناولت هذا البحث في مقدمة وأربعة مباحث وخاتمة. بالتفصيل الآتي.

المقدمة.

المبحث الأول: مفهوم الشرط الجزائي ومدى مشروعيته. وقد اشتمل على مطلبين.

المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي. وفيه فرعان.

المطلب الثاني: مدى مشروعية اعتبار الشروط. وفيه ثلاثة فروع.

المبحث الثاني: التكييف الفقهي للشرط الجزائي. وفيه ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: الشرط الجزائي والضمان. وفيه ثلاثة فروع.

المطلب الثاني: الشرط الجزائي والعربون. وفيه فرعان.

المطلب الثالث: الشرط الجزائي والعقوبة بالتعزير المالي. وفيه فرعان.

المبحث الثالث: أثر الشرط الجزائي في عقود المداينات. وفيه ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: مفهوم الدين وأسبابه وأنواع المدينين. وفيه ثلاثة فروع.

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في حكم الشرط الجزائي في الديون. وفيه ثلاثة فروع.

المطلب الثالث: النماذج التطبيقية للشرط الجزائي في عقود المداينات. وفيه أربعة فروع.

المبحث الرابع: أثر الشرط الجزائي في العقود المعاصرة . وفيه مطلبان.

المطلب الأول: آراء الفقهاء في الشرط الجزائي في العقود المعاصرة. وفيه فرعان.

المطلب الثاني: النماذج التطبيقية للشرط الجزائي في العقود المعاصرة. وفيه ثلاثة فروع.

الخاتمة.

الدراسات السابقة:

تعرض لهذا الموضوع بالدراسة جمع من العلماء، وطلبة العلم من مختلف البلاد الإسلامية ضمن دراسات مستقلة، أو متضمنا في طيات مواضيع أوسع، وبصور شتى من صور الاجتهاد الفردي والجماعي أذكر منها:

1 . الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، درجة الدكتوراه، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 1425 . 1426هـ. وقد اشتملت على دراسة قانونية وهو ما لم يشتمل عليه البحث الذي بين أيدينا، إضافة إلى الالتزام بالمذاهب الأربعة فقط.

2 . الشرط الجزائي في الديون، أ. د. علي محمد الحسين الصوا، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، الكويت: جامعة الكويت، المجلد 19، العدد 58، سبتمبر 2004م.

وقد اقتصرت هذه الدراسة على الشرط الجزائي في الديون، فيما اشتمل هذا البحث على الشرط الجزائي في الديون، وبقية العقود.

3 . مجموعة الدراسات المقدمة لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض في موضوع الشرط الجزائي، وهي تدخل في إطار الاجتهاد الجماعي.

وغيرها من الدراسات المتضمنة داخل مواضيع أوسع كبحث الدكتور محمد عثمان شبير ضمن موضوع، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، نوفمبر 1996م. وبحث الدكتور إبراهيم رحماني، حماية الديون في الفقه الإسلامي، دار البشائر الإسلامية، بيروت 1432هـ . 2011م. وكلا الدراستين تناولتا الموضوع كجزء من دراسة أوسع مع الاقتصار على الديون.

منهج الدراسة:

1 . عزو الآيات إلى سورها.

2 . عزو الأحاديث النبوية الشريفة إلى مصادرها.

3 . الاقتصار على المذاهب الفقهية الأربعة .

4 . تتبع آراء الفقهاء من خلال كتبهم المعتمدة.

5 ـ عرض الخلاف في الشرط الجزائي والأدلة والمناقشة.

6 ـ ضرب الأمثلة التطبيقية للشرط الجزائي في عقود المداينات وبقية العقود كلّ على حده.

المصادر والمراجع:

إن طبيعة موضوع" الشرط الجزائي" تفرض اعتماد الكثير من المصادر والمراجع، وذلك لتحقيق المسائل المتشعبة ذات الصلة ، ومن أهم ما اعتمدت عله في دراستي رسالة الدكتوراه الموسومة ب" الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة" لمحمد بن عبد العزيز اليمني، وبحث الأستاذ الدكتور علي محمد الحسين الصوا بعنوان الشرط الجزائي في الديون، وبحث الدكتور محمد عثمان شبير بعنوان صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، وكتاب الدكتور إبراهيم رحماني بعنوان حماية الديون في الفقه الإسلامي، وكتاب الضمان في الفقه الإسلامي لعلي الخفيف، وكتاب المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى أحمد الزرقاء.

المبحث الأول: مفهوم الشرط الجزائي ومدى مشروعيته

واشتمل على المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي

المطلب الثاني:مدى مشروعية اعتبار الشروط

المقترنة بالعقد

للوصول إلى مفهوم الشرط الجزائي لابد من تحليل هذه العبارة إلى أجزائها ، وهي الشرط، والجزاء، وبيان مفهوم كل منهما في اللغة والاصطلاح، مرورا بأقسام الشروط عند الفقهاء، وبيان موقف المذاهب الأربعة منها، وسأبحث هذا الموضوع بعون الله في مطلبين.

المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي.

الفرع الأول: مفهوم الشرط، والجزاء.

أولا: مفهوم الشرط.

1 . الشرط لغة:

إذا أجلت النظر في قواميس اللغة العربية تبدّى لنا معنى الشرط كما كما أورده صاحب العين العين قائلا: الشرط معروف في البيع، والفعل: شارطه فشرط له على كذا وكذا، يشرط له. والشرط: بزغ الحجام بالمشرط، والفعل: شرط يشرط.[1]

وجاء في لسان العرب: الشرط معروف، وكذلك الشريطة، والجمع شروط وشرائط. والشرط: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط[2].

وعرفه صاحب التعريفات الفقهية بقوله[3].:" الشرطُ لغةً: عبارةٌ عن العلامة ومنه أشراط الساعة"،قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَا ﴾محمد: ١٨

2 . الشرط اصطلاحا :

عرفه الجرجاني بقوله:

الشرط في الشريعة: عبارة عما يضاف الحكم إليه وجودًا عند وجوده لا وجوبًا.[4]

---

[1] الخليل بن أحمد الفراهيدي ، العين. تحقيق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي. ج6 (لا:ط ؛ لا.م: دار ومكتبة الهلال، د.ت) ص234.

[2] أبو الفضل جمال الدين بن منظور، لسان العرب. ج 7 (ط: 3؛ بيروت: دار صادر ، 1414هـ) ص 329.

[3] محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية. (ط:1؛ لا.م: دار الكتب العلمية، 1424هـ - 2003م) ص121.

[4] علي بن محمد الجرجاني، التعريفات. (ط:1؛ بيروت : دار الكتب العلمية ، 1403هـ -1983م) ص 125.

واصطلاحاً هو تعليق شيء بشيء بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني وقيل: الشرطُ ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجاً عن ماهيته ولا يكون مؤثراً في وجوده. وقيل: الشرط ما يتوقف ثبوت الحكم عليه[5].

وعرفه ابن جزي بقوله: هو ما يلزم من عدمه العدم ولايلزم من وجوده وجود الحكم ولا عدمه لذاته، كالصحة والإقامة في وجوب الصيام.[6] وهذا التعريف يدخل في معنى الشرط الشرعي.

ثانيا: مفهوم الجزاء.

1 . الجزاء لغة:

جاء في القاموس: الجزاء: المكافأة على الشيء[7].

وجاء في العين : جزي: جزى يجزي جزاء، أي: كافأ بالإحسان وبالإساءة. وفلانٌ ذو غناءٍ وجَزَاء، ممدود. وتَجازيتُ ديني: تقاضيته[8].

2 . الجزاء اصطلاحا:

وعرفه البركتي بقوله: الجزاء ما فيه الكفاية من المقابلة خيراً وشراً.[9]

الفرع الثاني: الشرط الجزائي عند الفقهاء ورجال القانون.

للوقوف على مفهوم الشرط الجزائي لابد من الانطلاق من المهد الذي نشأ وترعرع فيه؛ وهو القانون الوضعي.

أولا: الشرط الجزائي عند القانونيين.

وقد عرف الشرط الجزائي بأنه: شرط في العقد يتعهد فيه الملتزم بأنه إذا لم يف بما تعهد

---

[5] محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، مرجعغ سابق، ص121.

[6] محمد بن جزي الغرناطي، تقريب الوصول إلى علم الأصول. تحقيق: د محمد المختار الشنقيطي،ج2 (ط: 2؛ المدينة المنورة:لا. ن، 1423هـ / 2002م) ص368.

[7] محمد بن يعقوب الفيروزآبادى، القاموس المحيط. تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ج1 (ط: 8؛ بيروت :مؤسسة الرسالة، 1426هـ . 2005 م) ص 1270.

[8] الخليل بن أحمد الفراهيدي ، العين، مرجع سابق، ص164.

[9] محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، مرجع سابق، ص70.

به يدفع كذا. والغرض منه حمل الملتزم على الوفاء بتعهداته والاحتراس من تقدير القضاء في التعويض عند الالتجاء إليه[10].

والملاحظ أن تعريفات الشرط الجزائي عند القانونيين ترجع إلى زمرتين : تعريفات تشريعية ، وتعريفات وظيفية، كما نقله الأستاذ الدكتور علي محمد الحسين الصوا في بحثه عن عبد المحسن الرويشد، الذي قصد بالتعريف التشريعي : التعريفات التي أوردتها النصوص القانونية منها ما جاء في القانون الفرنسي في مادته 1229: الشرط الجزائي هو : " التعويض عن الأضرار التي يتحملها الدائن بسبب عدم تنفيذ الالتزام الأصلي"[11].

أما التعريف الوظيفي فهو ما ركز على بيان وظيفة الشرط الجزائي ، منها ما نقله الصوا عن الشرقاوي الذي عرفه بأنه: " اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ أو التأخير"[12].

وبينه السنهوري في الوسيط قائلا : "يحدث كثيراً أن الدائن والمدين لا يتركان تقدير التعويض إلى القاضي، كما هو الأصل، بل يعمدان إلى الاتفاق مقدماً على تقدير هذا التعويض، فيتفقان على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن، إذا لم يقم المدين بالتزامه . وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ . أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن، إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه . وهذا هو التعويض عن التأخير . هذا الاتفاق مقدماً على التعويض يسمى بالشرط الجزائي، ويسمونه أيضاً بالتعويض الاتفاقي. وسمي بالشرط الجزائي لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه. ولكن لا شيء يمنع من أن يكون في اتفاق لاحق لهذا العقد "[13].

---

[10] سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية، تحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية. (ط: 1؛ القاهرة: دار السلام، 1421هـ ت 2001م) ص 853.

[11] د. عبد المحسن الرويشد، الشرط الجزائي، ((رسالة دكتوراه، مخطوطة)) (جامعة القاهرة، 1983م) ص47 . بواسطة أ.د. علي محمد الحسين الصوا، ((الشرط الجزائي في الديون))، http://www.kantakji.com/media/6077/w273.doc ، ص 05، تاريخ التحميل 2016/10/22.

[12] نقلا عن أ.د. علي محمد الحسين الصوا، الشرط الجزائي في الديون، مرجع سابق ، ص 07.

[13] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني. ج2 (لا:ط ؛ القاهرة: دار النهضة العربية، 1968م) ص 851.

فالوظيفة المبينة من خلال ما سبق ذكره هي الوظيفة التعويضية، لكنها ليست الوحيدة، حيث توجد أيضا الوظيفة العقابية، والتي أظهرها الصوا من خلال نقله عن عبد المحسن الرويشد حين أورد المادة الأولى من اتفاقية (بيوتلكس) المتعلقة بأحكام الشرط الجزائي، والموقعة في لاهاي في 26 نوفمبر 1973م والتي عرفت الشرط الجزائي بأنه: "كل شرط يلتزم بموجبه المدين بدفع مبلغ من المال أو أي عمل قانوني بصفة جزاء او تعويض، إذا لم يف بالتزامه"[14].

فالشرط الجزائي في القانون إذا يحمل المعنيين التعويضي من حيث هو تعويض تقديري متفق عليه عند العقد أو بعده، ومعنى العقوبة على التأخر أو عدم التنفيذ من حيث هو جزائي.

ثانيا:الشرط الجزائي عند الفقهاء:

الشرط الجزائي لم يكن معروفاً بهذا الاسم لدى فقهائنا الأقدمين، وإنما جاء ذكره في صور مسائل فقهية، ولعل أول وجود له في الفقه الإسلامي ما روى البخاري في صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلاً قال لكريه: أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا أو كذا فلك مائة درهم فلم يخرج، فقال شريح: **من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه**، وقال أيوب، عن ابن سيرين: أن رجلاً باع طعاماً وقال: إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع فلم يجيء فقال شريح للمشتري :أنت أخلفت فقضى عليه[15].

أما الفقهاء المعاصرون فقد تعرضوا لبحثه في كتبهم بهذا الاسم وبينوا العوامل التي أدت إلى التوسع في الأخذ به[16]. ومن تلك العوامل ما يمكن إيجازه من كلام الأستاذ مصطفى الزرقاء في الآتي[17]:

---

[14] علي محمد الحسين الصوا، الشرط الجزائي في الديون، مرجع سابق، ص07.

[15] أخرجه محمد بن إسماعيل البخاري ت 256هـ، صحيح البخاري مع كشف المشكل لابن الجوزي. تحقيق: د. مصطفى الذهبي، ج2(ط:1؛ القاهرة: دار الحديث 1429هـ . 2008م) كتاب الشروط، باب: ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار والشروط التي يتعارف الناس بينهم، ص 398.

[16] أبحاث هيئة كبار العلماء، ((الشرط الجزائي)) المجلد 1، ص152.

[17] مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام. ص713 . 714، نقلا عن، أبحاث هيئة كبار العلماء، المجلد الأول، مرجع سابق،ص 152 . 153.

1 . اتساع التجارة الخارجية في أوروبا.

2 . تطور أساليب التجارة الداخلية والصنائع.

3 . اتساع مجال عقود الاستصناع، وعقود التوريد وغيرها.

4 . ازدياد قيمة الزمن في الحركة الاقتصادية، فازدادت معها وتوسعت المشارطات بما فيها الشرط الجزائي، دفعا وتحفيزا لتنفيذ الالتزامات، وجبرا للضرر الحاصل جراء عدم التنفيذ أو التأخر فيه.

ثالثا: خصائصه ومميزاته:

بعد هذه النبذة الوجيزة عن الشرط الجزائي عند القانونيين والفقهاء نحاول حصر أهم خصائصه ومميزاته في النقاط الآتية:

1 . هو شرط؛ لأنه التزام أحد طرفي الوفاء بأمر زائد عن أصل التصرف ، وغير موجود وقت التعاقد.

2 . هو شرط في العقد أو بعده وقبل حدوث الإخلال ، يعمل عند حدوث الإخلال بما التزمه المتعاقد.

3 . هو جزائي؛ لأنه يتضمن معنى العقوبة، فهو ينص على مقدار الجزاء المالي الذي يتحمله المتعاقد المخل بالتزامه[18].

4 . هو تقدير جزافي، لكون مقدار التعويض يقدر قبل وقوع الضرر .

5 . هو إلزام تبعي أي أنه يبرم لضمان تنفيذ الالتزام الأصلي[19].

6 . هو شرط ذو أثر محفز على الوفاء بالالتزام بما ورد في العقد تحاشيا للوقوع في الإخلال الموجب للجزاء المنصوص عليه في الشرط[20].

---

[18] حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي. (ط:1؛ الرياض: دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، 1430هـ . 2009م) ص701 . 702.

[19] علي محمد الحسين الصوا، الشرط الجزائي في الديون، مرجع سابق، ص10.

[20] حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، مرجع سابق.

المطلب الثاني: مدى مشروعية اعتبار الشروط وفيه ثلاثة فروع.

الفرع الأول: أقسام الشروط وخصائصها:

تنقسم الشروط باعتبارات مختلفة منها اعتبار العلاقة مع المشروط، وكذا باعتبار الشارط وهذا ما يهمنا ، وهي بهذا الاعتبار تنقسم إلى شروط شرعية، وشروط جعلية .

أولا : الشرط الشرعي

عرفه العلامة ابن باديس بقوله:

"أو شرطا يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، كالوضوء لصحتها"[21].

وهي مثل كل ما أوجبه الشارع من شروط لصحة الصلاة، أو الحج، أو إقامة الحدود.

وهذا ليس موضوع بحثنا.

ثانيا: الشرط الجعلي:

ويقصد به ما يكون اشتراطه بتصرف الإنسان، وإرادته، فيجعل بعض عقوده، أو التزاماته معلقة عليه، أو مرتبطة به. وهو قسمان:

1 . تعليقي : وهو أمر يعتبره المكلف ويعلق عليه تصرفا من تصرفاته[22]. مثل إن دخلت الدار فأنت طالق. ويكون التعليق إما بأداة من أدوات الشرط، او ما يقوم مقامها مما يدل على ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى.

والتعليق لا عمل له في آثار العقد وأحكامه، فعند تحقيق الشرط الذي علق عليه العقد يصبح العقد واقعا كأنه ليس به شرط وينتج كل آثاره وأحكامه.

---

[21] عبد الحميد محمد بن باديس، مبادئ الأصول. تحقيق:د. عمار الطالبي(ط:2؛ الجزائر: الشركة الوطنية للكتاب، 1988م) ص17.

[22] أ.د. حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص60.

2 . تقييدي، أو الشرط المقترن بالعقد:

الشرط التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة. أو هو أن يقترن التصرف بالتزام أحد الطرفين بالوفاء بأمر زائد عن أصل التصرف وغير موجود وقت التعاقد، وذلك بكلمة : بشرط كذا ، أو على أن يكون كذا، أو غيره [23].

أو هو ما يضعه الناس بعضهم على بعض في عقودهم، وتصرفاتهم من التزامات زائدة تعدل آثار العقد[24].

كما لو شرط البائع على المشتري سكنى الدار المبيعة شهرا، أو ركوب الدابة إلى مكان معين. ومنه الشرط الجزائي الذي هو محل بحثنا.

ثالثا: خصائصه.

1 . أنه أمر زائد عن أصل التصرف[25]:

كما لو قال شخص لآخر بعتك هذه السيارة بخمسمائة ألف دينار جزائري إلى أجل كذا بشرط ان تعطيني رهنا أو كفيلا معينا بالثمن، فقبل الآخر. فالعقد اقترن بالتزام المشتري بتقديم رهن أو كفيل بالثمن وكلاهما أمر زائد عن العقد؛ لأنه ينعقد دون هذا الشرط.

2 . أنه أمر محتمل الوقوع:

لأنه لو كان محقق الوقوع كان أجلا لا شرطا[26].

فالشرط التقييدي أو المقترن بالعقد إذا شرط يعمل في المرحلة التالية لتمام العقد ، فهو إما أن يؤكد مقتضى العقد كشرط الرهن والكفيل، او أن يقيد آثار العقد كشرط سكنى الدار المبيعة شهرا ونحوه.

---

[23] حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 62.

[24] محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ((دراسة فقهية مقارنة))، رسالة دكتوراه في الفقه والأصول، كلية التربية، جامعة الملك سعود، المملكة السعودية، 1425هـ . 1426هـ، ص 59.

[25] حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، مرجع سابق.

[26] المرجع نفسه، ص66.

الفرع الثاني: مدى مشروعية الشروط المقترنة بالعقد.

اختلف الفقهاء في العقود والشروط المقترنة بها من حيث الأصل، هل هو الحظر أم الإباحة، إلى فريقين :

أولا: الفريق الأول .قالوا: أنّ الأصل في العقود والشروط الإباحة إلا ما ورد عن الشارع الكريم نص بتحريمه وهو رأي الجمهور [27]. ويقول ابن تيمية أن نصوص أحمد أكثرها تجري على هذا القول، ومالك قريب منه، لكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه[28].

ثانيا: الفريق الثاني. واعتبروا أن الأصل في العقود والشروط الحظر إلا ما ورد عن الشارع إباحته وهو رأي الظاهرية، وعزاه ابن تيمية إلى الكثير من أصول أبي حنيفة وأصول الشافعي، وطائفة من أصحاب مالك وأحمد.

قال ابن تيمية في الفتاوى الكبرى[29] :

"القاعدة الثالثة في العقود والشروط فيها فيما يحل منها ويحرم وما يصح منها ويفسد ومسائل هذه القاعدة كثيرة جدا، والذي يمكن ضبطه منها قولان:

أحدهما: أن يقال الأصل في العقود والشروط فيها ونحو ذلك، الحظر. إلا ما ورد الشرع بإجازته.

فهذا قول أهل الظاهر، وكثير من أصول أبي حنيفة تبنى على هذا، وكثير من أصول الشافعي، وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد، فإن أحمد قد يعلل أحيانا بطلان العقد بكونه لم يرد به أثر، ولا قياس كما قاله في إحدى الروايتين في وقف الإنسان على نفسه، وكذلك طائفة من أصحابه قد يعللون فساد الشروط بأنها تخالف مقتضى العقد، ويقولون ما خالف مقتضى العقد فهو باطل، أما أهل الظاهر فلم يصححوا، لا عقدا، ولا شرطا إلا ما ثبت

---

[27] كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي.(ط:2؛ السعودية: جامعة الملك فيصل،1404هـ . 1984م) ص22.

[28] أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، الفتاوى الكبرى. ج4(ط :1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1408هـ . 1987م)ص 80

[29] أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، الفتاوى الكبرى، المرجع نفسه، ص 76

جوازه بنص أو إجماع، وإذا لم يثبت جوازه أبطلوه، واستصحبوا الحكم الذي قبله، وطردوا ذلك طردا جاريا، لكن خرجوا في كثير منه إلى أقوال ينكرها عليهم غيرهم".

وأما أبو حنيفة فأصوله تقتضي أنه لا يصحح في العقود شرطا يخالف مقتضاها المطلق، وإنما يصحح الشرط في المعقود عليه إذا كان العقد مما يمكن فسخه، ولهذا له أن يشرط في البيع خيارا ولا يجوز عنده تأخير تسليم المبيع بحال.

ثالثا: المناقشة والترجيح.

الناظر إلى كلام الأئمة وأعلام مذاهبهم يجد أن الراجح عندهم هو عكس ما نسبه إليهم ابن تيمية من منع إنشاء العقود والشروط إلا ما نص عليه الشرع.[30] وهذه اقوالهم.

1 . فقد ذكر الكاساني في إطار بيان مشروعية شركة العنان: " ولأن هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم إلى استنماء المال متحققة وهذا النوع طريق صالح للاستنماء فكان مشروعا"[31].

2 . يقول الإمام الشاطبي:"أن لا يظهر في الشرط منافاة لمشروطه ولا ملاءمة. والقاعدة المستمرة في أمثال هذا التفرقة بين العبادات والمعاملات، فما كان من العبادات لا يكتفى فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة؛ لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى المعاني... إذ لا مجال للعقول في اختراع التعبدات. وما كان من العاديات يكتفى فيه بعدم المنافاة؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه"[32].

3 . أما الشافعية في المسألة فنورد فيه قول الإمام الشافعي:" فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا، إلا ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه

---

[30] كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص33.

[31]أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج6 (ط:2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1406هـ . 1986م) ص58.

[32] أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة. تحقيق: عبد الله دراز، ج 1(ط:2؛ القاهرة: المكتبة التوقيفية، 2012م)ص 203.

وسلم منها، وما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم محرم بإذنه، داخل في المعنى المنهي عنه ، وما فارق ذلك أبحناه بما وصفنا من إباحة البيع في كتاب الله تعالى"[33].

وقد ذهب ابن القيم إلى أن جمهور العلماء على خلاف الظاهرية في هذه المسألة حين قال: " اعتقادهم (أي الظاهرية) أن عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم كلها على البطلان حتى يقوم دليل على الصحة. وجمهور الفقهاء على خلافه، وأن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه وهذا القول هو الصحيح... والأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر، والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم"[34].

فالراجح أن الجمهور على خلاف الظاهرية في أن الأصل في الشروط والعقود الإباحة لا الحظر كما تبين من خلال نصوص العلماء سابقة الذكر، على اختلاف بينهم في التوسع والتضييق في تصحيح الشروط.

[33] محمد بن إدريس الشافعي، الأم. تحقيق: د. رفعت فوزي عبد المطلب،ج4 (ط:1؛ المنصورة: دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، 1422هـ . 2001م) ص5 . 6.

[34] ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين.ج 1(ط:1؛ الجزائر: دار الإمام مالك، 1435هـ . 2014م) ص272

الفرع الثالث: موقف المذاهب الفقهية الأربعة من الشروط المقترنة بالعقود

بعد أن رأينا أن الأصل عند الجمهور في إنشاء العقود والشروط الإباحة لا الحظر حتى يرد دليل على المنع، نجدهم قد اختلفوا في تصحيح الشروط، فقد حكي عن عبد الوارث بن سعيد قال: حججت فدخلت بمكة على أبي حنيفة وسألته عن البيع بالشرط فقال: باطل فخرجت من عنده ودخلت على ابن أبي ليلى وسألته عن ذلك فقال: البيع جائز والشرط باطل فدخلت على ابن سيرين وسألته عن ذلك فقال: البيع جائز والشرط جائز، فقلت: هؤلاء من فقهاء الكوفة وقد اختلفوا علي في هذه المسألة كل الاختلاف فعجزني أن أسأل كل واحد منهم عن حجته فدخلت على أبي حنيفة فأعدت السؤال عليه فأعاد جوابه فقلت: إن صاحبيك يخالفانك فقال لا أدري ما قالا حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده **أن النبي – صلى الله عليه وسلم – نهى عن بيع وشرط**[35]. فدخلت على ابن أبي ليلى فقلت له مثل ذلك فقال: لا أدري ما قال حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أنها «لما أرادت أن تشتري بريرة – رضي الله عنها – أبى مواليها إلا بشرط أن يكون الولاء لهم فذكرت ذلك لرسول الله – صلى الله عليه وسلم – **فقال صلوات الله عليه وسلامه اشتري واشترطي لهم الولاء فإن الولاء لمن أعتق ثم خطب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال: ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق والولاء لمن أعتق**»[36] فدخلت على ابن سيرين وقلت له مثل ذلك فقال[37]: لا أدري ما قالا حدثني محارب بن دثار عن أبي الزبير عن جابر بن عبد الله الأنصاري – رضي الله تعالى عنهم – «**أن النبي – صلى الله عليه وسلم – اشترى منه ناقة في بعض الغزوات وشرط له ظهرها إلى المدينة**»[38].

---

[35] أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، تحقيق: د. ماهر ياسين فحل (ط: 1؛ الرياض: دار القبس للنشر والتوزيع، 1435هـ . 2014م) ص 308.

[36] المرجع نفسه، ص 305.

[37] محمد بن أحمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط.ج 13(لا:ط؛ بيروت: دار المعرفة، 1414هـ - 1993م) ص 13 . 14.

[38] المرجع نفسه،ص 14؛ ينظر : الإمام البخاري، صحيح البخاري مع كشف المشكل لابن الجوزي، مرجع سابق، كتاب الشروط، ج 2، ص 380 . 381.

وسنبين بإذن الله تعالى آراء المذاهب في الشروط من حيث تصحيحها.

أولا . الشروط عند الأحناف:

الشروط عند الأحناف بهذا الاعتبار ثلاثة أنواع ، شروط تصح هي والعقد، وشروط تفسد هي والعقد، وشروط تبطل ويصح العقد.

1 . شروط تصح هي والعقد:

أ . شرط يقتضه العقد، كشرط الملك للمشتري في المبيع أو شرط تسليم الثمن أو تسليم المبيع؛ لأن هذا بمطلق العقد يثبت، فالشرط لا يزيده إلا وكادة.

ب . شرط لا يقتضيه العقد لكنه ملائم له، فهو مقرر لحكم العقد من حيث المعنى: كشرط الرهن والكفيل[39].

ج . شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه لكن للناس فيه تعامل ، فالبيع جائز كما إذا اشترى نعلا على أن يحذوه البائع؛ لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي؛ ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجا بينا[40].

2 . شروط فاسدة مفسدة للعقد:

أ . شرط في وجوده غرر: نحو ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل؛ لأن المشروط لا يحتمل الوجود والعدم ولا يمكن الوقوف عليه للحال؛ لأن عظم البطن والتحرك يحتمل أن يكون لعارض داء أو غيره فكان في وجوده غرر فيوجب فساد البيع.

ب . شرط محظور: كمن اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها فالبيع فاسد؛ لأن التغنية صفة محظورة لكونها لهوا فشرطها في البيع يوجب فساده[41].

ج . شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للمعقود عليه الآدمي، وليس بملائم للعقد ولا جرى به التعامل كأن يقرضه المشتري قرضا أو على أن يهب له هبة أو يزوج ابنته منه أو يبيع منه كذا ونحو ذلك .

---

[39] الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق،ج 5، ص 171.

[40] السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ص 15.

[41] الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 5، ص 168 . 169.

3 . شروط تسقط ويصح العقد:

أ . شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا جرى به العرف ، ولا منفعة فيه لأحد : كمن باع ثوبا على أن لا يبيعه المشتري ، أو دابة على أن لا يركبها ، فالشرط باطل والبيع صحيح[42].

ب . شرط فيه مضرة: كمن باع ثوبا على أن يحرقه المشتري أو دارا على أن يخربها فالبيع جائز والشرط باطل؛ لأن شرط المضرة لا يؤثر في البيع. فلا معتبر بعين الشرط بل بالمطالبة به والمطالبة تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر[43].

فالملاحظ أن الأحناف قد صححوا من الشروط ما جرى به العرف وإن لم يكن ملائما للعقد ، ولم يقتضه؛ لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي.

ثانيا . الشروط عند المالكية:

تنقسم الشروط عند المالكية إلى ثلاثة أقسام، شروط تبطل هي والبيع معا وشروط تجوز هي والبيع معا، وشروط تبطل ويثبت البيع.وقد أرجع ابن رشد الحفيد معيار التفريق بين هذه الأصناف الثلاثة إلى كثرة أو قلة ما تتضمنه من صنفي الفساد الذي يخل بصحة البيوع وهما: الربا والغرر، وكذا ما يفيد نقصا في الملك. وذلك بقوله: " فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثير من قبل الشرط أبطله(يقصد الإمام مالك) وأبطل الشرط، وما كان قليلا أجازه وأجاز الشرط، وما كان متوسطا أبطله وأجاز البيع"[44].

1 . شروط تصح هي والبيع:

أ . شرط يقتضيه العقد: كشرط تسليم المبيع للمشتري.

ب . شرط لا يقتضيه العقد، ولا ينافيه: كشرط الأجل، والخيار، والرهن[45].

---

[42] السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ص15؛ و كمال الدين بن الهمام، فتح القدير. ج 6 (لا: ط؛ بيروت: دار الفكر،د . ت) ص 443.

[43] الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق،ج 5، ص 170.

[44] أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد.ج 2(لا:ط؛ لا.م: دار شريفة، 1409هـ . 1989م) ص 159.

[45] محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.ج 3 (لا: ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت) ص 65.

ج . شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين باستثناء منفعة المعقود عليه مدة يسيرة معلومة، كاستثناء ركوب الدابة وسكنى الدار.

د . شرط فيه معنى من معاني البر: كالبيع بشرط العتق ، وذلك لتشوف الشارع للحرية، ومثله التحبيس والهبة والصدقة[46].

هـ . اشتراط عمل في المعقود عليه أو في غيره[47]: كأن يشتري ثوبا على أن يخيطه البائع.

2 . شروط تبطل هي والبيع:

أ . شرط لا يقتضيه العقد وينافي المقصود منه، أو يخل بالثمن: كشرط أن لا يبيع أو لا يهب، أو على أنه إن باع ما اشتراه فالبائع أحق به بالثمن[48].

ب . شرط محرم: كمن باع دارا واشترط على المشتري اتخاذها مجمعا لأهل الفساد. كما ذكر صاحب التحفة: والشرط إن كان حراما بطلا _ به المبيع مطلقا إن جعلا[49].

ج . شرط يؤدي إلى جهل وغرر في العقد، أو في الثمن أو المثمون أو الوقوع في الربا، كشرط مشاورة شخص بعيد، أو شرط الخيار إلى مدة مجهولة[50].

3 . شروط تسقط ويصح البيع:

وهي ثلاثة أقسام كما بين صاحب نظرية الشرط في الفقه الإسلامي: شرط يؤدي إلى إسقاط حق ثبت بالعقد، وشرط يخالف النص، واشتراط ما لا غرض فيه ولا مالية[51].

أ . شرط يؤدي إلى إسقاط حق من حقوق العقد: كالبيع بشرط البراءة من العيب، أو كمن باع بستانا واشترط أن لا جائحة عليه في ثمار ونحوها،أو باع سلعة إلى أجل وشرط على المشتري إن لم يأت بالثمن إلى الأجل المحدد فلا بيع بينهما[52].

---

[46] المرجع السابق ، ج 3، ص 66؛ وأبو الوليد بن رشد، ج2، ص 160.

[47] محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. مرجع سابق، ج 4، ص 5.

[48] المرجع نفسه، ج 3، ص 65.

[49] علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي، البهجة في شرح التحفة. تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، ج 2(ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية،1418هـ - 1998م)ص 12.

[50] محمد بن أحمد بن محمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك. ج 2 (لا:ط؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت) ص341.

[51] حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 275.

[52] محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. مرجع سابق، ج3، ص 176 . 177.

ب . شرط يخالف النص: وهو فيما إذا اشترط احد المتعاقدين شرطا يخالف نصا في كتاب الله ، أو في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم. كاشتراط الولاء في عقد بيع العبد **لقول النبي صلى الله عليه وسلم: " ما بال رجال يشترطون شروطا 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"**[53].

ج . اشتراط ما لا غرض فيه ولا مالية: كأن يشترط شرطا فيتحقق له أفضل منه دون زيادة في الثمن، لأنه وكما في رواية أشهب : كل شيء يباع في البلد من جنسين متساويين فالبيع يقع على أفضلهما[54].

بعد عرض رأي المالكية في الشروط من حيث تصحيحها نلاحظ أنهم قد صححوا من الشروط مالا يقتضيه العقد بشرط ألا ينافيه، فالضابط كما سبق بيانه عدم المنافاة في العاديات مع عدم الاشتمال على الربا، أو الغرر الفاحش[55].

ثالثا . الشروط عند الشافعية:

قال النووي: "الشروط عند أصحابنا خمسة أضرب[56]، ويمكننا أن نقسمها إلى ثلاث مجموعات".

شروط تصح هي والعقد، وشروط تلغو ويصح العقد، وشروط تبطل هي والعقد.

1 . شروط تصح هي والعقد:

أ . شرط يقتضيه العقد: كالقبض والرد بالعيب[57].

---

[53] البخاري، صحيح البخاري مع كشف المشكل لابن الجوزي. مرجع سابق، كتاب الشروط: باب الشروط في الولاء ج2،حديث رقم: 2729، ص 384.

[54] : أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. ج 4 (ط: 3؛ بيروت: دار الفكر، 1412هـ - 1992م) ص 427.

[55] ينظر البحث ص 20 . 21.

[56] أبو زكريا محيي الدين يحي بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي)) ج9 (لا:ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت) ص 364.

ب . شرط لا يقتضيه العقد لكن فيه مصلحة للعاقد، كالخيار والأجل والرهن.

ج . شرط يتعلق بمصلحة العقد: كوصف الدابة بكونها لبونا، أو حاملا، ومصلحة العقد هنا هي العلم بصفات المبيع[58].

د . شرط فيه معنى من معاني البر: كالبيع بشرط الإعتاق.

2 . شروط تبطل ويصح العقد:

. اشتراط ما لا يتعلق به غرض عرفا ، يورث التنازع، كشرط ألا يأكل إلا الهريسة أو ألا يلبس إلا الخز او الكتان[59].

3 . شروط تبطل ويبطل العقد:

أ . شرط ينافي مقتضى العقد: كمن باع عبدا بشرط أن لا يبيعه أو لا يعتقه أو باع دارا بشرط أن يسكنها مدة أو ثوبا بشرط أن يخيطه له أو فلعة بشرط أن يحذوها له[60].

ب . شرط يخالف ما استقر عليه الشرع: فلو شرط مع العتق الولاء له أو شرط تدبيره أو كتابته أو تعليق عتقه بصفة أو إعتاقه بعد شهر أو لحظة أو وقفه ولو حالا كما هو ظاهر. (لم يصح البيع) لمخالفة الأول ما استقر عليه الشرع من أن الولاء لمن أعتقه والبقية لغرض الشارع من تنجيز العتق[61].

والملاحظ بعد العرض الموجز لآراء الشافعية في الشروط من حيث تصحيحها أنهم صححوا منها ما لا يقتضيه العقد وفيه مصلحة للعقد بشرط عدم وجود المعارض الشرعي.

رابعا . الشروط عند الحنابلة:

تنقسم الشروط عند الحنابلة من حيث تصحيحها إلى قسمين: أولهما صحيح لازم، وثانيهما محرم لا يجوز اشتراطه.

1 . الشروط الصحيحة اللازمة: وهي ثلاثة أنواع.

---

[57] محمد بن أحمد شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. ج3 (ط: أخيرة؛ بيروت: دار الفكر، 1404هـ/1984م) ص 459.

[58] المرجع نفسه، ج3، ص 460.

[59] النووي، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق،ج 9، ص 364.

[60] المرجع نفسه،ج 9، ص 367.

[61] شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق،ج3، ص 458.

أ . شرط مقتضى العقد: كالتقابض وحلول الثمن، والرد بالغيب. فهو تأكيد لمقتضى العقد.

ب . شرط من مصلحة العقد: كالخيار والأجل والرهن ، أو اشتراط صفة في المبيع كالدابة لبونا أو الطير مصوّتا.

ج . شرط بائع نفعا مباحا معلوما في البيع كسكنى الدار المبيعة شهرا أو أكثر أو أقل ، وكحملان البعير إلى موضع معلوم[62].

2 . الشروط التي يحرم اشتراطها في البيع:

أ . اشتراط عقد آخر في البيع : كسلف أو سلم أو قرض أو إجارة أو بيع أو شركة أو صرف الثمن لأنه بيعتان في بيعة. وهو مبطل للبيع[63].

ب . شرط ما ينافي مقتضى العقد : كأن لا يبيع ولا يهب المبيع، فيبطل الشرط ويصح البيع في رواية لحديث بريرة، وفي رواية يفسد؛ لأنه يؤدي إلى الجهالة في تقويم ما يجب رده من الثمن المقابل للشرط[64].

[62] منصور بن يونس البهوتى، كشاف القناع عن متن الإقناع. ج3 (لا:ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية،د. ت) ص 189 . 190.

[63] المرجع نفسه ، ج 3، ص 193.

[64] أبو محمد موفق الدين ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد. ج2 (ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1414 هـ - 1994 م) ص 22.

المبحث الثاني: التكييف الفقهي للشرط الجزائي

وينقسم إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الشرط الجزائي والضمان

المطلب الثاني: الشرط الجزائي والعربون

المطلب الثالث: الشرط الجزائي والعقوبة بالتعزير المالي

بما أن الشرط الجزائي لم يكن معروفا عند فقهائنا لأنه وليد القوانين الوضعية كما رأينا، فكان لزاما بعد التعرض لمفهومه البحث في تكييفه الفقهي،والتكييف الفقهي هو تحديد لحقيقة الواقعة المستجدة لإلحاقها بأصل فقهي، خصه الفقه الإسلامي بأوصاف فقهية، بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من المجانسة والمشابهة بين الأصل والواقعة المستجدة في الحقيقة[1]. وسأتناول هذا الموضوع ضمن المطالب الآتية:

. الشرط الجزائي والضمان.

. الشرط الجزائي و العربون.

. الشرط الجزائي و العقوبة بالتعزير المالي.

المطلب الأول: الشرط الجزائي والضمان: ويشتمل هذا المطلب على ثلاثة فروع.

الفرع الأول: مفهوم الضمان.

أولا:الضمان لغة.

ضمن: الضَّمْنُ والضَّمانُ واحدٌ، والضَّمينُ: الضامِنُ[2].

ضمن: الضَّمِينُ: الْكَفِيلُ. ضَمِنَ الشيءَ وَبِهِ ضَمْناً وضَمَاناً: كَفَل بِهِ. وضَمَّنَه إِياه: كَفَّلَه[3].

ثانيا: الضمان اصطلاحا.

شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد ثبوته فيها مطلوبا أداؤه شرعا عند تحقق شروط أدائه[4].

[1] محمد عثمان شبير، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية.(ط: 2؛ دمشق: دار القلم، 1435هـ . 2014م) ص 30.

[2] الخليل بن أحمد الفراهيدي،العين، مرجع سابق، ج 7، ص 50.

[3] ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق،ج 13، ص 257.

[4] علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي. (لا:ط؛ القاهرة: دار الفكر العربي،2000م) ص 8.

الفرع الثاني: ضمان الفعل الضار.

أولا: الضرر لغة.

النقصان يدخل على الشيء، تقول : دخل عليه ضرر في ماله[5].

وجاء في لسان العرب: الضَّرُّ والضُّرُّ لغتان : ضدُّ النفع، فكل ما كان من سوء حال وفقر أو شدة في بدن فهو ضُرٌّ، وما كان ضدًّا للنفع فهو ضَرٌّ[6].

ثانيا: الضرر اصطلاحا.

للضرر تعريفات كثيرة عند الفقهاء منها : أنه إلحاق مفسدة بالغير مطلقا[7].

وقد اختار صاحب كتاب الضرر في الفقه الإسلامي تعريف الضرر بعد أن أورد الكثير من التعريفات بالآتي: " هو الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير تعديا، أو تعسفا، أو إهمالا"[8].

وقد عرف الشيخ علي الخفيف الفعل الضار بأنه: "كل فعل حسّي ترتب عليه ضرر بطريق المباشرة، أو بطريق التسبب"[9].

من خلال التعريفات السابقة يتبين أن الضرر الموجب للضمان هو ما كان ناتجا عن التعدي أو التقصير سواء كان بطريق مباشر أو غير مباشر، وأخل بمصلحة مشروعة.

ولا يكون الضرر المالي الموجب للتعويض إلا في مال متقوَّم[10].

بعد هذه النظرة الموجزة لضمان الفعل الضار سنبين أوجه الاتفاق والاختلاف بين الشرط الجزائي والتعويض عن الفعل الضار والتي يمكن حصرها في الآتي:

---

[5] الخليل بن أحمد الفراهيدي،العين، مرجع سابق، ج 7، ص 7.

[6] ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق،ج 4، ص 482.

[7] محمد زين العابدين المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير. ج 6 (ط: 1؛ مصر: المكتبة التجارية الكبرى ، 1356هـ) ص 431.

[8] أحمد موافي ، الضرر في الفقه الإسلامي.م 1(ط:1؛ المملكة السعودية: دار ابن عفان، 1418هـ . 1997م) ص 97.

[9] علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 34.

[10] المرجع نفسه، ص 39.

. يتفق التعويض في الشرط الجزائي و التعويض عن الفعل الضار في كونهما تعويضا عن الضرر.

ويختلفان في:

. التعويض في الشرط الجزائي ناتج عن التزام وارد في العقد أو بعده ، وقبل وقوع الضرر. خلافا لضمان الفعل الضار، فهو ناتج عن التعدي أو الإتلاف[11] .

. الشرط الجزائي يمكن أن يزيد فيه مقدار التعويض عن الضرر. أما التعويض عن الفعل الضار فأساسه المساواة[12].

. الشرط الجزائي تعويض اتفاقي عن الإخلال بالالتزامات الواردة في العقد والمؤدية إلى ضرر متوقع مادي أو معنوي. أما التعويض عن الفعل الضار فلا يكون إلا عن ضرر مالي واقع فعلا؛ لأنه السبب في التعويض والمسبب لا يتقدم سببه وإلا لم يكن سببا له[13].

. التعويض في الشرط الجزائي يتفق على تقديره العاقدان. أما التعويض عن الفعل الضار فيقدر بعد وقوعه.

وبهذه الفروق يتضح عدم صحة تكييف الشرط الجزائي على ضمان الفعل الضار .

[11] محمد بن عبد العزيز اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود ، مرجع سابق،ص 139.

[12] المرجع نفسه، ص 140.

[13] علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 38.

الفرع الثالث: ضمان العقد (المسؤولية العقدية).

أولا: مفهومه:

وهو ضمان مال تالف بناء على عقد اقتضى الضمان[14].

والظاهر أن هناك تشابها بين الشرط الجزائي وضمان العقد في المعنى العام من حيث ارتباطهما بالعقود ، لكنهما يختلفان في أمور منها:

. أن ضمان العقد ليس مرتبطا بالضرر، فالمشتري مثلا إذا قبض السلعة فهي في ضمانه، أما الشرط الجزائي فهو تعويض عن الضرر، فالضرر شرط لاستحقاقه أو على الأقل الإخلال بالالتزامات العقدية[15].

. أن تقدير ضمان العقد مرتبط بقيمة العقد خلافاً للشرط الجزائي فتقديره مستقل عن العقد.

. ضمان العقد في أغلب أحواله لا يتأثر بالأعذار الطارئة ،خلافاً للشرط الجزائي الذي يؤثر عليه العذر الطارئ[16].

ثانيا: الترجيح.

بعد بيان أوجه الاختلاف لم يبق مسوّغ لتكييف الشرط الجزائي على ضمان العقد.

[14] المرجع السابق ، ص19.

[15] محمد بن عبد العزيز اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود ، مرجع سابق،ص 141.

[16] المرجع نفسه، ص 141.

المطلب الثاني: العربون والشرط الجزائي.وفيه فرعان.

الفرع الأول: مفهوم العربون. ومدى مشروعيته.

أولا: مفهومه:

1 . لغة:

العربون وزان عصفور لغة فيه والعربان بالضم لغة ثالثة ونونه أصلية، وأعرب في بيعه بالألف أعطى العربون وعربنه مثله وقال الأصمعي العربون أعجمي معرب[17].

2 . العربون اصطلاحا:

هو أن يشتري سلعة بثمن معلوم ويعربن شيئا على أنه إن رضي كان ذلك العربون من الثمن ، وإن كره لم يعد إليه[18].

وعرفه مجمع الفقه الإسلامي الدولي بأنه: بيع السلعة مع دفع المشتري مبلغا من المال إلى البائع على أنه إن أخذ السلعة احتسب المبلغ من الثمن وإن تركها فالمبلغ للبائع.ويجري مجرى البيع الإجارة، لأنها بيع المنافع[19].

وبيع العربون على هذه الصورة ممنوع عند المالكية[20]، لما ورد في الموطّأ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : **" أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربان"**[21].

---

[17] أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. ج 2 (لا:ط؛ بيروت: المكتبة العلمية، د. ت) ص 400.

[18] عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة. تحقيق: أ. د. حميد بن محمد لحمر، ج 1(لا: ط؛ فاس: دار الغرب الإسلامي، د. ت)ص 673.

[19] مجلة مجمع الفقه الإسلامي (8/ 540، بترقيم الشاملة آليا).

[20] الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته. ج 3(ط:1؛ بيروت: دار ابن حزم، 1429هـ . 2008م) ص 435.

[21] مالك بن أنس، الموطّأ.كتاب البيوع: باب ما جاء في بيع العربان (لا: ط؛ القاهرة: دار الحديث، 1425هـ . 2004م) ص 308.

ثانيا: مدى مشروعيته.

اختلف الفقهاء في حكم بيع العربون فكانت آراؤهم كالآتي:

1 . ذهب جمهورهم، من الحنفية والمالكية والشافعية، وأبو الخطاب من الحنابلة، إلى أنه لا يصح، وهو المروي عن ابن عباس رضي الله عنهما والحسن.

2 . أما الحنابلة فذهبوا إلى جواز هذه الصورة من البيوع[22]. كما ورد في كشاف القناع : (وإلا بيع العربون وإجارته فيصح)[23].

كما جوزه مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الثامن ببندر سيري باجوان، بروناي دار السلام من 1 إلى 7 محرم 1414هـ الموافق 21 - 27 يونيو 1993 م.

في البند الثاني الذي نصه: يجوز بيع العربون إذا قيدت فترة الانتظار بزمن محدود.

ويحتسب العربون جزءا من الثمن إذا تم الشراء، ويكون من حق البائع إذا عدل المشتري عن الشراء[24].

[22] الموسوعة الفقهية الكويتية. ج 9، ص 94.

[23] منصور بن يونس البهوتى، كشاف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق،ج 3، ص195.

[24] ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ج 8، ص 540.

الفرع الثاني: علاقة العربون بالشرط الجزائي.

بعد تعريف العربون وبيان اختلاف الفقهاء في جوازه حيث منعه الجمهور ، وجوزه الحنابلة ، ومجمع الفقه الإسلامي . نلاحظ أن بينه وبين الشرط الجزائي تشابها ، وذلك في كون كل منهما تقدير للتعويض، فالشرط الجزائي تقدير للتعويض في حالة الإخلال بالعقد ، والعربون تقدير للتعويض في حالة العدول عن العقد[25]. لكن بينهما فروقا عديدة يمكن حصرها في الآتي:

. العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد أما الشرط الجزائي فتقدير للتعويض عن الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ المدين للعقد.

. الالتزام بدفع العربون عند عدول المشتري قائم ولو لم يترتب على العدول ضرر، لأنه مقابل العدول، أما الشرط الجزائي فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر على الدائن[26].

. العربون جزء من الثمن، ولا علاقة للشرط الجزائي بالثمن[27].

وكما يبدو فإن نقاط الاختلاف المذكورة لا يسعنا معها تكييف الشرط الجزائي على العربون. فبيع العربون ليس فيه إخلال بالشرط، وإنما هو إعمال للخيار[28].

[25] الصديق الضرير مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي ج12، ص 56.

[26] المرجع نفسه، ج12، ص56.

[27] محمد بن عبد العزيز اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود ، مرجع سابق، ص 151.

[28] الصديق الضرير مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي ج12، ص 57.

المطلب الثالث: العقوبة بالتعزير المالي والشرط الجزائي. ويشتمل على فرعين.

الفرع الأول: مفهوم التعزير.

أولا: التعزير لغة.

جاء في لسان العرب عزر: العَزْر: اللَّوْم. وعَزَرَهُ يَعْزِره عَزْراً وعَزَّرَه: ردَّه. والعَزْرُ والتَّعْزِيرُ: ضَرْبٌ دُونَ الْحَدِّ لِمَنْعِه الجانِيَ مِنَ المعاودَة ورَدْعِه عَنِ الْمَعْصِيَةِ[29].

وجاء في المصباح المنير التعزير التأديب دون الحد[30].

ثانيا: التعزير اصطلاحا.

هو عقوبة غير مقدرة تجب حقا لله تعالى أو لآدمي في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة[31].

وعرفه الماوردي في الأحكام السلطانية بقوله: هو تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود[32].

الفرع الثاني: أقسام التعزير وعلاقته بالشرط الجزائي.

أولا: أقسامه.

والتعزير منه ما يتعلق بالأبدان، ومنه ما يتعلق بالأموال، وهو ما يهمنا في بحثنا.

وينقسم باعتبار أثره في المال إلى :

. التعزير بإتلاف المال، كشق أوعية الخمر وغيرها.

. التعزير بتغيير المال، مثل تقطيع الستر الذي فيه صورة إلى وسادتين.

. التعزير بالتغريم وهذا هو المقصود مثل: أخذ شطر مال مانع الزكاة.

ثانيا: علاقته بالشرط الجزائي.

ولا علاقة للشرط الجزائي الذي هو اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه[33]. فهو معاملة بين أفراد ، أما التعزير

---

[29] ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 4، ص 561.

[30] أحمد بن محمد الفيومي ، المصباح المنير، مرجع سابق ، ص 407.

[31] محمد بن عبد العزيز اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود ، مرجع سابق، ص 154.

[32] أبو الحسن علي بن محمد الشهير بالماوردي، الاحكام السلطانية.(لا:ط؛ القاهرة: دار الحديث، د. ت) ص 344.

[33] الموسوعة العربية الميسرة. (ط:3؛ لبنان: المكتبة العصرية،2009م) ص 2013.

المالي فهو عقوبة موكولة إلى ولي الأمر. كما أنها تعود إلى خزانة الدولة، أو إلى مستحقها وهي تهدف إلى تحقيق أهداف العقاب وليس التعويض [34].

الترجيح:

بعد النظر فيما سبق تبين أن الشرط الجزائي معاملة مستحدثة، سأبحث بعون الله تعالى موقف الشريعة الإسلامية منها في شقين، أولهما في الديون، وثانيهما في بقية العقود.

[34] محمد بن عبد العزيز اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود ، مرجع سابق، ص 157.

المبحث الثالث: أثر الشرط الجزائي في عقود المداينات

وتطرقت في هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم الدين وأسبابه وأنواع المدينين

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في حكم الشرط الجزائي في الديون

المطلب الثالث: النماذج التطبيقية للشرط الجزائي في عقود المداينات

بعد النظر في التكييف الفقهي للشرط الجزائي على العقود المسماة القريبة منه، وبعد ترجح كونه معاملة حديثة عمّ العمل بها في العقود المختلفة، سأشرع بعون الله تعالى في البحث في حكمه الشرعي في الديون، مبينا مفهوم الدين، وأنواع المدينين، ومن ثمّة استعراض آراء العلماء في الشرط الجزائي في هذا المجال.

المطلب الأول: مفهوم الدين وأسبابه. وفيه فرعان.

الفرع الأول : مفهومه.

أولا: الدّين لغة.

جاء في العين: دين: جمعه ديون، وكل شيء لم يكن حاضرا فهو دين[1].

و جاء في لسان العرب الدين: واحد الديون، معروف. وكل شيء غير حاضر دين، والجمع أدين مثل أعين وديون، يقال: دان واستدان وادّان، مشددا، إذا أخذ الدّين واقترض، فإذا أعطى الدّين قيل أدان مخففا[2].

وعرفه صاحب القاموس الفقهي بقوله:

الدين: القرض ذو الأجل.(ج) ديون. وهو كل ما ليس حاضرا[3].

ثانيا: الدين اصطلاحا.

وهو عند الفقهاء يستعمل بمعنيين عام وخاص[4].

1 . الدين بالمعنى العام: كل ما يشغل ذمة المرء ويطالب بالوفاء به من مال وغيره. وهذا اختيار الموسوعة الفقهية الكويتية حين عرفت الدين بتعريف ابن نجيم: الدّين لزوم حق في الذمّة[5]. وهذا يشمل المال والحقوق غير المالية[6].

---

[1] الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين، مرجع سابق، ج ، ص 72.

[2] ابن منظور،رلسان العرب، مرجع سابق، ج 13، ص 167.

[3] سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا.(ط: 2؛ دمشق: دار الفكر، 1408 هـ . 1988 م) ص133.

[4] محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر من التعثر في الفقه الإسلامي. مجلة الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد العاشر، جمادى الثاني/ رجب 1417هـ . نوفمبر 1996م. ص 18.

[5] زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي ت 970هـ، فتح الغفار شرح المنار. ج3 (ط: 1؛ مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1355هـ . 1936م) ص 22.

2 . الدين بالمعنى الخاص: ويطلق على ما يشغل ذمة المرء من مال ويطالب بالوفاء به[7].
وقد اختلف الفقهاء في حقيقته على قولين، قول الجمهور وقول الحنفية[8]:

القول الأول وهو قول الحنفية: عبارة عن مال حكمي يحدث في الذمة ببيع أو استهلاك أو غيرهما[9].

وعرّف صاحب فتح القدير الدّين بأنه: اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلا عن مال أتلفه أو قرض اقترضه أو مبيع عقد بيعه أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة وهو المهر أو استئجار عين[10].

ويرى أصحاب هذا المذهب أن الدّين مال حكمي[11] ، فهو ليس مالا في الحقيقة إذ هو وصف شاغل للذمة.
القول الثاني وهو أن الدّين ما كان ثابتا في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته وهو قول الجمهور[12]: فقد جاء في أحكام القرآن في تفسير قوله تعالى من سورة البقرة: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُ﴾ البقرة: ٢٨٢

حقيقة الدّين: هو عبارة عن كل معاملة، كان أحد العِوَضين فيها نقدًا، والآخر في الذمة نسيئة؛ فإنّ العين عند العرب ما كان حاضرًا، والدَّيْن ما كان غائبًا"[13].

---

[6] الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 21، ص 102.
[7] محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر من التعثر في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 18.
[8] إبراهيم رحماني، حماية الديون في الفقه الإسلامي. ج 1(ط: 1؛ بيروت: دار البشائر الإسلامية، 1432هـ . 2011م) ص 61.
[9] زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي ت 970هـ، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان. (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ . 1999م) ص 305.
[10] كمال الدين محمد بن الهمام، فتح القدير. ج7(لا: ط؛ لا: م، دار الفكر، د.ت) ص 221.
[11] د. إبراهيم رحماني، حماية الديون في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ، ص 63.
[12] المرجع نفسه، ص 65.

وعرفه صاحب بدائع الصنائع بأنّه عبارة عن مال حكمي في الذمة[14].

الفرع الثاني: أسباب نشوء الديون.

من خلال التعريفات السابقة يتبين أن للدين أسبابا أهمها:

. العقد: كالبيع بثمن آجل والسلم، والإجارة.

. الفعل الضار: كالإتلاف والغصب.

. النصوص الشرعية: كنفقة الزوجة ومهرها، ونفقة الأقارب.

كما تعتبر البيوع الآجلة في عصرنا سببا رئيسيا لنشوء الديون في المعاملات البنكية[15]، سواء كانت بنوكا تقليدية أو إسلامية. ومن أمثلة تلك المعاملات: السّلم والسّلم الموازي، والاستصناع والاستصناع الموازي، والمرابحة للآمر بالشراء، والبيع بالتقسيط، والإجارة المنتهية بالتمليك وغيرها.

[13] أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن. ج1(ط:3؛ بيروت: دار الكتب العلمية،1424 هـ - 2003 م) ص 327.

[14] الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج5، ص234.

[15] محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 19.

الفرع الثالث: أنواع المدينين.

وما تتمخض عنه هذه المعاملات هو وجود دائن ومدين، والمدين إما أن يكون موسرا أو معسرا، والموسر إما أن يكون مؤديا لدينه، أو مماطلا.

والمدين الموسر المؤدي لدينه ليس مقصودا بالبحث وإنما نقتصر على المدين المماطل وهو نوعان:

أولا: المدين المعسر.

1 . مفهوم العسر:

قلة ذات اليد. والعسر نقيض اليسر[16].

2 . حكم المدين المعسر.

قال تعالى : ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ البقرة: ٢٨٠. قال مجاهد: هذا في الدّين[17].

قال الشافعي رحمه الله تعالى[18]: ولا يؤخذ الحر في دين عليه إذا لم يوجد له شيء، ولا يحبس إذا عرف أن لا شيء له؛ لأن الله – عز وجل – يقول: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ البقرة: ٢٨٠

وقال ابن العربي في أحكام القرآن: مسألة المعنى المقصود من قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ﴾ البقرة: ٢٨٠

أنّه عام في كل دين، وهو قول العامة[19]. فالمدين المعسر حقه الإنظار إلى الميسرة.

---

[16] الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين، مرجع سابق، ج1، ص 326.

[17] أبو الحجاج مجاهد بن جبر التابعي، تفسير مجاهد. ت: محمد عبد السلام أبو النيل (ط: 1؛ مصر: دار الفكر الإسلامي الحديثة، 1410هـ . 1989م) ص 245.

[18] الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج 3، ص 217.

[19] ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج1، ص 325.

والمدين المعسر يطلق على العديم: وهو الذي لا يجد شيئا يقضي منه دينه، أو الذي يجحف به الآداء[20].

ثانيا: المدين الموسر المماطل.

واليسار بالفتح لا غير: الغنى والثروة مذكر وبه سمي ومنه معقل بن يسار وأيسَر بالألف صار ذا يسار والميسرة بضم السين وفتحها والميسور أيضا واليسر بضم السين وسكونها ضد العسر[21].

والمطل كما جاء في المصباح المنير: كل ممدود ممطول ومنه مطَله بدينه مطلا إذا سوَّفَه بوعد الوفاء مرة بعد أخرى[22].

وهذا هو المقصود بالبحث، حيث وصف النبي صلى الله عليه وسلم الموسر المماطل بالظلم فيما أخرجه البخاري: حدثنا عبد الله بن يوسف، أخبرنا مالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة . رضي الله عنه . أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((**مطل الغني ظلم، فإذا أتبع أحدكم على مليّ، فليتبع**))[23].

فالمطل إذا هو امتناع المدين الموسر عن آداء الدين الحالّ[24]. وهو ظلم يستحق صاحبه العقوبة كما روى عمرو بن الشريد عن أبيه . رضي الله عنه . قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((**لي الواجد يحلّ عرضه وعقوبته**)).رواه أبو داود والنسائي، وعلّقه البخاري، وصححه ابن حبان[25].

---

[20] أبو القاسم محمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية.(لا: ط؛ لا: م، لا:ن، د. ت) ص 209.

[21] أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 2 ، ص 680.

[22] المرجع نفسه، ص 575.

[23] محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري ، مرجع سابق، ج 2، ص 199 . 200.

[24] محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 23.

[25] محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام. ج 3(لا: ط؛ القاهرة: دار الحديث، 1428هـ . 2007م) ص 75.

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في حكم الشرط الجزائي في الديون.

وصورته أن يتضمن العقد الأصلي شرطاً يدفع بموجبه المدين مبلغاً من النقود للدائن إذا تأخر المدين عن سداد الدين في الوقت المحدد في أصل العقد، يتفق عليه الدائن مع المدين عند التعاقد.[26]

وللشرط الجزائي في الديون ثلاث حالات، حالتان يستفيد فيهما الدائن من مبلغ التعويض، والحالة الثالثة يستفيد فيها الفقراء من قيمة الشرط الجزائي، وسنتناول هذه الحالات بعون الله تعالى في ثلاثة فروع.

الفرع الأول: اشتراط التعويض الاتفاقي عن عدم الوفاء بالدين أو التأخر فيه.

وصورته أن يكون مبلغ الشرط مستحقاً عند عدم الوفاء بالدين أو التأخر فيه كأن يقول :إذا لم يوفه دينه في وقت كذا فله عليه كذا وكذا من المال.

وهذه الزيادة عن الدين المتفق عليها مسبقا عند إبرام العقد أو بعده وقبل حصول موجبه، هي مطابقة تماما لربا الجاهلية : (تقضي أو تربي).

قال الحطاب: إذا التزم المدعى عليه للمدعي أنّه إذا لم يوفّه حقه في كذا فله عليه كذا وكذا، فهذا لا يختلف في بطلانه، لأنه صريح الربا[27]. وهو رأي جمهور الأمة وقد قال الجصاص: معلوم أن ربا الجاهلية إنما كان قرضا مؤجلا بزيادة مشروطة، فكانت الزيادة بدلا من الأجل فأبطله الله تعالى وحرّمه[28]. وقال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤۡمِنِينَ ٢٧٨﴾ البقرة: ٢٧٨

وقال تعالى: ﴿وَإِن تُبۡتُمۡ فَلَكُمۡ رُءُوسُ أَمۡوَٰلِكُمۡ﴾ البقرة: ٢٧٩.

كما قال ابن عبد البر: لما كان الربا المجتمع عليه في قوله عزّ وجلّ: اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا. ما حكاه عن زيد بن أسلم أن أهل الجاهلية كانوا إذا كان لأحدهم الدين إلى أجل

---

[26] علي محمد الحسين الصوا، مرجع سابق ص 23.

[27] شمس الدين أبو عبد الله محمد الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام. (ط: 1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1404هـ . 1984م) ص 176.

[28] أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، أحكام القرءان. ج 1 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1415هـ . 1994م) ص 566.

على غيره وحلّ الأجل قال له: إما أن تربي...فكانت تلك الزيادة ثمنا للأجل الثاني وسماه الله ربا بإجماع من أهل العلم بتأويل القرءان[29].

ومما سبق ذكره من نصوص نجد أن الشرط الجزائي في الديون بالصورة المذكورة آنفا زيادة مشروطة في أصل العقد لا يقابلها عوض، فهي بدل عن تأخير الدين وهي ممنوعة. وجمهور العلماء المعاصرين على هذا. ومنهم:

الأستاذ علي الخفيف الذي يقول: إن عدم قيام الملتزم بالتزامه يستلزم شرعا إلزامه وإجباره عليه، فإن امتنع كان امتناعه معصية يستحق عليها التعزير إلى أن يمتثل. أما إلزامه على وجه التعويض عمّا أحدثه بامتناعه من ضرر لا يتمثل في فقد مال، فلا تبيحه القواعد الفقهية، والأصول الشرعية التي تقضي بأن أخذ المال لا يكون إلا تبرعا، أو في مقابلة مال أخذ أو أتلف، وإلا كان أكلا له بالباطل[30]. كما صرح بذلك مجموعة من العلماء كالأستاذ مصطفى الزرقاء الذي يقول في خلاصة مقال له في مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي: ولا يجوز الاتفاق مسبقا بين الدائن والمدين على تحديد ضرر الدائن من تأخير الوفاء[31].

والصدّيق محمد الأمين الضرير في بحثه المقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي حول الشرط الجزائي حيث قال في الخلاصة في البند الثالث: يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينا[32]. كما صرح بذلك الشيخ وهبة الزحيلي حين قال: يحرم التغريم بسبب تأخير الديون بمقتضى حكم الشرط الجزائي، لأن الزيادة المقررة على أصل الدين هي بغير شك من ربا الجاهلية: (أتقضي أم تربي)[33]. وقد صرح كذلك الأستاذ علي السالوس في خاتمة بحثه المقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته

---

[29] يوسف بن عبد الله ابن عبد البرالنمري، الكافي في فقه أهل المدينة.ت: محمد محمد ولد ماديك الموريتاني، ج 2 (ط: 2؛ الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، 1400هـ . 1980م) ص 669.

[30] علي محمد الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي.(لا: ط؛ القاهرة: دار الفكر العربي، 2000م) ص 19.

[31] مصطفى أحمد الزرقاء، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، م 2، ع 2، 1405هـ . 1985م. ص 112.

[32] الصديق محمد الامين الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ع 12، 1421هـ . 2000م ،ج 2 ، ص 76.

[33] وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة.(ط: 4؛ دمشق: دار الفكر،ر1428هـ . 2007م) ص 179.

الثانية عشرة بخصوص الشرط الجزائي بما نصّه: في المعاملات المعاصرة لا يجوز الشرط الجزائي الذي يؤدي إلى زيادة على الدين كالفوائد وغرامات التأخير، مهما كانت الأسباب؛ فهذا من الربا المحرم[34].

ومن الإفتاء الجماعي نجد مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي حيث ورد في القرار رقم 109(3/ 12) بشأن موضوع الشرط الجزائي[35]، في دورته الثانية عشرة المنعقدة بالرياض من الخامس والعشرين جمادى الآخرة إلى غرة رجب 1421هـ الموافق ل من 23 . 28 سبتمبر 2000م. في البند الثاني: يؤكّد المجلس قراراته السابقة بالنسبة للشرط الجزائي الواردة في قراره في السلم رقم: 85(9/2)[36]. ونصه: لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه؛ لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير.وقراره في البيع بالتقسيط رقم 53(6/2). ونصه: إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط، لأن ذلك ربا محرم[37].

وكذا هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية حيث ورد في المعيار الشرعي رقم 3 بخصوص المدين المماطل ما نصه: لا يجوز اشتراط التعويض المالي نقدا أو عينا وهو ما يسمى بالشرط الجزائي، على المدين إذا تأخر عن سداد الدين سواء نصّ على مقدار التعويض أم لم ينصّ، وسواء كان التعويض عن الكسب الفائت (الفرصة الضائعة) أم عن تغير قيمة العملة[38].

---

[34] أ. د. علي أحمد السالوس، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق، ص 165.

[35] مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مرجع سابق ، ص 305.

[36]. المرجع نفسه، ع 9، ص 493.

[37] المرجع نفسه، ع 6، ص 321

[38] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين، المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، 1431هـ . 2010م، معيار رقم: 3، ص 26.

وقد حذت دار الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية حذو المانعين من الشرط الجزائي في الديون في أكثر من فتوى منها الفتوى رقم 258 بتاريخ 2009/04/23 في سياق الإجابة عن سؤال: هل يجوز فرض غرامة على الأقساط التي يتأخر سدادها؟ فجاء في الرد ما نصه: والشرط الجزائي في العقود التي يكون الالتزام فيها ديناً هو من الربا الصريح الذي حرمه الله تعالى ونص على حرمته رسوله صلى الله عليه وسلم، وهو عين ربا الجاهلية في قولهم: (إما أن تربي وإما أن تقضي)، والغرامة التي تشترط بسبب التأخر في وفاء الدين أو دفع قسط من الأقساط هي من هذا القبيل، فهي محرمة بالنص[39].

وكذا دار الإفتاء المصرية التي أفتت بقلم د. علي جمعة في سياق الرد عن سؤال حول البيع بالتقسيط والفوائد عند التأخر في السداد بما نصه: "الفائدة التي تكون على التأخير سواء كانت باتفاقٍ أو عدمه حرامٌ شرعًا؛ لأنّ فائدة التأخير هي من ربا النسيئة المنهي عنه شرعًا، فالأقساط التي على المشتري هي في حكم الدَّيْن، والدَّيْن لا يجوز الزيادة فيه في مقابلة زيادة المدة. ومما ذكر يعلم الجواب[40]". فمن خلال ما تقدّم ذكره من فتاوى جماعية وفردية، نرى أن جمهور الفقهاء المعاصرين على منع الشرط الجزائي في الديون بصورته سالفة الذكر، باعتباره مطابقا لربا الجاهلية الذي ثبت تحريمه بالنص والإجماع.

[39] الموقع الرسمي لدار الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية، فتوى رقم: 258، في 23/ 04/ 2009 . http://aliftaa.jo/Question.aspx?QuestionId=258، تاريخ التحميل، 04 شعبان 1438هـ . 2017/05/01م؛ ينظر: الفتوى رقم، 2066 بتاريخ 2012/06/14م.

[40] الموقع الرسمي لدار الإفتاء المصرية، فتوى رقم: 829، في 2005/01/25م، http://dar-alifta.org/AR/ViewCategoryFatawa.aspx?MuftiType=0&ID=967، تاريخ التحميل، 04 شعبان 1438هـ . 2017/05/01م.

الفرع الثاني: اشتراط التعويض التأخيري بعد وقوع الضرر الفعلي.

وصورته أن يشترط الدائن على المدين أنه وفي حالة امتناعه عن الوفاء بالدين في الوقت المحدد، وكان موسرا، ولحق بالدائن ضرر بسبب هذا الامتناع، أن يدفع تعويضا عن الضرر يقرّه أهل الخبرة أو المتعاقدان فيما بعد، أو يقرره القاضي[41].

والفرق بين الحالتين أن الشرط في الأولى يتضمّن تحديد مقدار الضرر الذي يستحق بمجرد عدم الالتزام. أما الشرط في الحالة الثانية، فيخلو من ذكر مقدار التعويض الافتراضي ، ولا يستحق إلا بوقوع الضرر الفعلي ويرجع تقديره إلى العاقدين، أو إلى لجنة يرتضيانها، أو إلى القاضي[42].

وقد ذهب فريق من العلماء المعاصرين إلى جواز هذه الصورة.

أولا: القائلون بجواز هذه الصورة وأدلتهم.

1 . القائلون بالجواز:

ممن قال بالجواز الشيخ مصطفى الزرقاء، والصديق محمد الأمين الضرير، و د. علي جمعة[43] وغيرهم. قال الشيخ مصطفى الزرقاء: مبدأ تعويض الدائن عن ضرره نتيجة لتأخير المدين عن وفاء الدين في موعده مبدأ مقبول فقها، ولا يوجد في نصوص الشريعة وأصولها ومقاصدها ما يتنافى معه، بل بالعكس يوجد ما يؤيده ويوجبه[44].

ويقول الدكتور الصديق الضرير: يجوز شرعا إلزام المدين المماطل في الآداء، وهو قادر على الوفاء بتعويض الدائن عن ضرره الناشئ عن تأخر المدين في الوفاء دون عذر مشروع، لأن

---

[41] محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 43.

[42] علي محمد الحسين الصوا، الشرط الجزائي في الديون، مرجع سابق، ص 31.

[43] ينظر دار الإفتاء المصرية، الفتوى رقم 833، بتاريخ: 2005/05/01، http://dar-alifta.org/AR/ViewCategoryFatawa.aspx?MuftiType=0&ID=967

[44] مصطفى أحمد الزرقاء، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق، ص 112.

مثل هذا المدين ظالم. فيكون حاله كحالة الغصب التي قرر الفقهاء فيها تضمين الغاصب منافع الأعيان المغصوبة، علاوة على ردّ الأصل[45].

2 . أدلة القائلين بالجواز:

أ . من القرءان الكريم:

استدلوا بقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾ المائدة: ١

يقول الزرقاء: وهذا النص يجعل الوفاء بما أنشأه العقد الصحيح من آثار حقوقية بين العاقدين أمرا واجبا، بمقتضى القاعدة الأصولية: الأمر التشريعي يفيد الوجوب ما لم تقم قرينة أو دليل آخر تصرفه عن الوجوب.والوفاء بالعقد يدخل فيه لزوم التقيد بمواعيد الوفاء[46].

كما استدلوا بعموم الآيات الدالة على الحثّ على أداء الأمانة والوفاء بالعهد، من مثل قوله تعالى في سورة المؤمنون: ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِأَمَٰنَٰتِهِمۡ وَعَهۡدِهِمۡ رَٰعُونَ ۝٨ ﴾ المؤمنون: ٨

وقوله تعالى: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِ ﴾ النساء: ٥٨

وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ ﴾ البقرة: ١٨٨

ب . من السنّة:

واستدلوا من السنة بقوله صلى الله عليه وسلم : ((**مطل الغني ظلم**)). وحديث ((**لي الواجد يحل عرضه وعقوبته**))[47].

وحديث: ((**لا ضرر ولا ضرار**))[48]. الذي استخرجت منه قاعدة : الضرر يزال.

---

[45] نقلا عن محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 44.

[46] مصطفى أحمد الزرقاء، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق، ص 105.

[47] ينظر البحث: ص 31 . 32.

[48] حديث حسن، رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسندا، ورواه مالك في" الموطإ " عن عمرو بن يحيى، عن أبيه، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – مرسلا، فأسقط أبا سعيد، وله طرق يقوى بعضها ببعض؛ ينظر: ابن رجب الحنبلي،

يقول الشيخ مصطفى الزرقاء: لإزالة الضرر الذي لحق الدائن من مماطلة المدين لابدّ من التعويض عليه، لانّ معاقبة المتسبب لا تفيد المضرور شيئا دون التعويض عليه، فهو وحده الذي يزيل الضرر عنه[49].

ج . ومن مقاصد الشريعة:

استدل الشيخ الزرقاء بضرورة عدم التسوية بين الأمين العادل، والظالم المماطل. لأنه إن تساوى هذا وذاك، كان تشجيعا لكل مدين أن يؤخّر الديون ويماطل فيها بقدر ما يستطيع[50]. ويقصد الشيخ الزرقاء من المساواة هنا تكليف كلا الطرفين في النهاية برد قيمة الدين الأصلية دون عقوبة مالية على المدين الموسر المماطل.

د . المبادئ والقواعد الفقهية:

يقول الأستاذ مصطفى الزرقاء : ذهب الاجتهاد الشافعي والاجتهاد الحنبلي إلى أن المنافع أموال متقومة في ذاتها، لأنها هي المقصودة من الأعيان، ومن ثمّ قرر الشافعية والحنابلة ومن على رأيهم أن منافع المغصوب مضمونة على الغاصب كعين المال المغصوب.وإذا هلك المال المغصوب عند الغاصب يضمن لصاحبه قيمة المال المغصوب، وأجرة المثل لمنافعه عن مدّة الغصب[51].

حيث خرجوا المماطل القادر على الوفاء على الغاصب؛ لكون المماطلة ظلم بنص الحديث، ولكون الديون مقرها الذمة فتأخيرها ظلما وعمدا هو حجب لها عن صاحبها الدائن، وهذا الحجب هو كالسطو على الأشياء المادية بالغصب، فتلحق به في الحكم[52].

جامع العلوم والحكم، تحقيق: الدكتور محمد الأحمدي أبو النور ج3 (ط: 2؛ لا. م: دار السلام للطباعة والنشر 1424هـ . 2004م) ص 905.

[49] مصطفى أحمد الزرقاء، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق، ص 107.

[50] المرجع نفسه، ص 108.

[51] المرجع نفسه، ص 109.

[52] المرجع نفسه.

كما استدلوا بأن الأصل في الشروط الصحة واللزوم لقول النبي صلى الله عليه وسلّم: ((**المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحلّ حراما أو حرّم حلالا**))[53]. وقول عمر رضي الله عنه: مقاطع الحقوق عند الشروط[54].

واشتراط التعويض لمن لحق به الضرر على المدين المماطل شرط صحيح لازم؛ لأنه يتفق مع قواعد العدالة التي قررتها الشريعة الإسلامية ولم يرد نهي عنه بخصوصه[55].

ثانيا: المناقشة والترجيح. وقد نوقشت أدلة المجيزين من وجوه أهمها:

1. المناقشة.

أ. استدلالهم بعموم الآيات الدالة على الوفاء بالعقود والعهود على التعويض التأخيري في الديون، لا يسلم ؛ وذلك لكونه يؤدي إلى زيادة على أصل الدين، والذي يفضي إلى الوقوع في الربا.

ب . أما استدلالهم بحديث: ((**مطل الغني ظلم**))، وحديث: ((**ليّ الواجد يحلّ عرضه وعقوبته**))[56] على جواز التعويض المالي مقابل المطل فإنه لا يسلم كذلك ؛ لأن الفقهاء فسروا العقوبة بالحبس والتعزير وليس بالتعويض المالي؛ لأنه ربا[57].

وهذا ما قرره شيخ الإسلام ابن تيمية في مجموع الفتاوى حين قال: وأما عقوبة من عرف أن الحق عنده وقد جحده أو منعه فمتفق عليها بين العلماء ولا أعلم منازعا في أن من وجب

---

[53] أخرجه البخاري أنظر؛ أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري. ج 9 (لا: ط؛، بيروت: دار المعرفة، 1379هـ) ص 219؛ ينظر ج 1، ص 41، ج4، ص 451.

[54]. المرجع نفسه، ص 217.

[55] محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 46.

[56] ينظر البحث: ص 41 . 42..

[57] محمد عثمان شبير، مرجع سابق، ص 49.

عليه حق من دين أو عين وهو قادر على وفائه ويمتنع من أنه يعاقب حتى يؤديه وقد نصوا على عقوبته بالضرب وذكر ذلك المالكية والشافعية والحنبلية وغيرهم[58].

وقال الصنعاني في سبل السلام: عقوبته حبسه[59].

وأما استدلالهم بحديث: ((**لا ضرر ولا ضرار**))[60] على جواز التعويض المالي فيجاب عنه بأنه ليس كل ضرر يوجب الضمان وإنما ما يوجبه هو الضرر المادي من الأذى في الجسم أو الإتلاف في المال[61].

وفي هذا السياق يقول الشيخ علي الخفيف: إنّ وجوب التضمين يكون في ضرر مالي أصاب المضرور، وذلك بتلف بعض ماله، أو نقص قيمته بفعل ضار، أما الضرر الذي لا يتمثل في فقد مال كان قائما، فلا يرى الفقهاء فيه تعويضا[62].

فالضرر إذا يزال بزجر الظالم وحمله على أداء ما عليه، أما جبر المماطلة في أداء الديون بالتعويض المالي فلا سبيل إليه كونه يؤدي إلى الربا المحظور.

ج . وأما ما استدلوا به من قياس التعويض التأخيري على ضمان منافع العين المغصوبة فقياس مع الفارق، لأن من قال به من الشافعية[63] والحنابلة[64] اشترطوا في المنفعة المضمونة أن تكون مالا يجوز أخذ العوض عنه، وذلك بأن يكون المغصوب من الأعيان التي يصحّ ورود عقد

---

[58] أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، ج 35 (لا: ط؛ المملكة العربية السعودية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1416هـ . 1995) ص 402.

[59] الصنعاني، سبل السلام، مرجع سابق، ص75.

[60] ينظر: البحث، ص 47.

[61] محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 49.

[62] علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 17.

[63] ينظر: النووي، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق ، ج 14، ص 227.

[64] ينظر، موفق الدين بن قدامة المقدسي، المغني. ج 5(لا: ط؛ القاهرة: مكتبة القاهرة،1388هـ . 1968م) ص 209.

الإجارة عليها. أما النقود فهي أموال لا تصح إجارتها بالإجماع فلا يضمن من غصبها زيادة على مقدار المبلغ المغصوب مهما طالت مدة غصبه[65].

د . واستدلالهم بمقاصد الشريعة في ضرورة عدم المساواة بين المماطل الظالم، والأمين الطائع المؤدّي، فنوقش بأن النصوص لم تسوِّ بينهما حيث اعتبرت المماطل القادر ظالما، كما أجازت معاقبته حبسا أو ضربا، وهذا من شأنه أن يدفع المدينين للمبادرة إلى الوفاء .

هـ . وأما استدلالهم بكون الأصل في الشروط الصحة واللزوم، والشرط الجزائي بهذا شرط صحيح لازم. فيناقش بأنه ليس على إطلاقه، وإنما هو مقيد بما لا يتعارض مع الشريعة فلا يحلّ حراما، ولا يحرّم حلالا. وهذا الاشتراط يتعارض تعارضا واضحا مع الشريعة الإسلامية؛ لأنه ربا صريح[66].

2 . الترجيح.

بعد مناقشة أدلة القائلين بجواز هذه الصورة وهي التعويض التأخيري عن ضرر المماطلة في آداء الديون، وتبين عدم صمودها أمام المناقشة يترجح عدم جوازها. وهو قول الدكتور زكي الدين شعبان، والدكتور نزيه حماد[67]، ومن الاقتصاديين الدكتور رفيق يونس المصري الذي ذكر في تعقيبه على مقال الشيخ مصطفى الزرقاء: أخشى أن تتخذ هذه الاقتراحات ذريعة في التطبيق العملي إلى الربا، فتصبح الفائدة الممنوعة نظريا تمارس عمليا باسم " العقوبة" جزاء التّأخير[68].

[65] محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 51.

[66] المرجع نفسه، ص 52.

[67] المرجع نفسه، ص 47.

[68] رفيق يونس المصري، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق، ص 172.

الفرع الثالث: إلزام المدين المماطل بالتّصدّق.

وصورته أن يُنصّ في العقد على أن يلتزم المدين عند المماطلة بالتصدق بمبلغ معين أو نسبة معينة. وما حملني على جعله صورة ثالثة من صور الشرط الجزائي في الديون هو كونه لا يختلف في شيء عن الشرط الجزائي، بل تمحضّ فيه الجزاء لكون المستفيد فيه من القيمة أو النسبة المتفق عليها، هو طرف ثالث متمثلا في الفقراء، فخرج بذلك معنى التعويض ، وبقي معنى الجزاء المالي. فهو إذا شرط جزائي تصرف قيمته عند استحقاقه لصالح الفقراء .

أولا: القائلون بالجواز وأدلتهم.

1 . المجيزون.

وقال بجواز التزام المدين المماطل بالتصدق من المعاصرين محمد تقي العثماني، والدكتور وهبة الزحيلي، والدكتور عبد الستار أبو غدة، والدكتور محمد عثمان شبير، والدكتور إبراهيم رحماني[69].

حيث يصرح الدكتور وهبة الزحيلي بجواز أن ينص في عقد المداينة كالمرابحة، على التزام المدين عند المماطلة بالتصدق بمبلغ من المال ، أو نسبة مالية على أن يصرف ذلك في وجوه الخير[70].

وعدّه من قبيل الالتزام بالتبرع عند أبو عبد الله بن نافع، ومحمد بن إبراهيم بن دينار، من المالكية. فقد ذكر الحطاب هذا القول لهما في قوله: وفي المدينة لمحمد بن دينار أن الصدقة بالشرط تلزمه... ولابن نافع أيضا من باع سلعة من رجل وقال إن خاصمتك فيها فهي صدقة عليك فخاصمه فيها أنّ الصدقة تلزمه[71].

[69] إبراهيم رحماني، حماية الديون في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 640 . 641.
[70] وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص 178.
[71] الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ص 171.

وكذا هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، حيث ورد في البند (ح) من معيار المدين المليء المماطل ما نصه: يجوز أن ينص في عقود المداينات ؛ مثل المرابحة، على التزام المدين عند المماطلة بالتصدق بمبلغ أو نسبة بشرط أن يصرف ذلك في وجوه البر بالتنسيق مع هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة[72].

كما أفتت بذلك الهيئة الشرعية لبنك البركة بما نصه: إذا كان العميل مماطلا، فيمكن للبنك أن يأخذ من المال على أساس الالتزام بالتصدق عند التأخير في السداد لإجباره على ذلك، وعندها يأخذ البنك قيمة التكلفة الفعلية للمطالبة بالدين،(كبدل عن الوقت والجهد والأوراق وغيرها)، ولكن من دون أية زيادة على هذه التكلفة، ويضمها إلى رأس ماله، وما بقي من الغرامات يصرف في وجوه الخير بمعرفة الهيئة الشرعية[73].

2 . أدلة القائلين بالجواز.

إضافة إلى الأدلة التي سبق ذكرها للمجيزين للصورة السابقة، من الاستدلال بعموم الآيات الدالة على الوفاء بالعهد والوعد، وأن الأصل في الشروط الجواز فقد استدل أصحاب هذا الرأي بأدلة مختلفة أهمها:

أ . الاعتماد على ما ذهب إليه ابن نافع وابن دينار من المالكية[74] من جواز هذا الشرط، وأن الصدقة تلزم المدين[75].

كما ذكر الحطاب مسألة مشابهة لما ذكر من كلام ابن نافع فقال: ومثل مسألة بن نافع ما يكتب الآن في مستندات البيع أن البائع التزم للمشتري متى قام وادعى في الشيء المبيع أو

---

[72] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين، المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، مرجع سابق، ص 26.

[73] الموقع الرسمي لبنك البركة، تاريخ التحميل، 2017/03/27. www.al baraka.com/arabic/fatawa.php .

[74] ينظر: البحث ص 52.

[75] محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 59.

خاصمه فيه كان عليه للمشتري، أو للفقراء كذا وكذا فلا يحكم عليه بذلك على المشهور، ويحكم بذلك على قول بن نافع[76].

واستدل الدكتور شبير بأن ماذهب إليه ابن نافع وابن دينار هو مقتضى قول الحنابلة والشافعية. كما استدل بأن هذا الشرط فيه مقصود صحيح موردا قول ابن تيمية فيما نصه: وأصول أحمد ونصوصه تقتضي جواز شرط كل تصرف فيه مقصود صحيح، وإن كان فيه منع من غيره. قال ابن القاسم: قيل لأحمد: الرجل يبيع الجارية على أن يعتقها، فأجازه. فقيل له: فإن هؤلاء – يعني أصحاب أبي حنيفة – يقولون: لا يجوز البيع على هذا الشرط، قال: لم لا يجوز؟ قد اشترى النبي صلى الله عليه وسلم بعير جابر واشترط ظهره إلى المدينة واشترت عائشة بريرة على أن تعتقها، فلم لا يجوز هذا[77].

ثانيا: المناقشة والترجيح.

1 . المناقشة:

ويمكن مناقشة ما ذهب إليه المجيزون من وجوه أهمها:

أ . أن جواز هذا الشرط خلاف فلا يسلم؛ قال الحطاب: "وأما إذا التزم أنه إن لم يوفّه حقه في وقت كذا فعليه كذا وكذا لفلان، أو صدقة للمساكين، فهذا هو محل الخلاف المعقود له هذا الباب والمشهور أنه لا يقضي به، وقال ابن دينار يقتضي به"[78].

وإن أخذنا بقول ابن نافع وابن دينار خلاف المشهور في المذهب، فقولهما محمول عمن شرط على نفسه طائعا بالتصدق وهو عمل من أعمال البر، أما أن يكون الشرط منصوصا عليه ضمن عقد إذعان فالعميل يقدم عليه راغما غير راغب، وبالرغم من بقاء معنى للبر من

[76] الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ص 172.

[77] تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، القواعد النورانية الفقهية.تحقيق: د. أحمد بن محمد الخليل (ط: 1؛ المملكة العربية السعودية: دار بن الجوزي، 1422هـ) ص 292.

[78] الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ص 176.

حيث الوجه الذي سينفق فيه المال، إلا أنه أخذ صورة الجزاء على عدم الوفاء في الأجل كما أن ما ورد عنهما لم يكن في الديون فكلام ابن دينار كان فيما إذا اشترطت المرأة على زوجها عند عقدة النكاح إن تسرر عليها فالسرية صدقة على امرأته، وكلام ابن نافع في من باع سلعة من رجل وقال إن خاصمتك فيها فهي صدقة عليك[79].

ب . أمّا ما ورد في فتوى الهيئة الشرعية لبنك البركة [80]، فهو إلزام للمدين من خلال العقد حملا له على سداد دينه، فيأخذ منه البنك قيمة التكلفة الفعلية والمتضمنة لبدل الوقت، أي المماطلة فالتصريح بكون البنك يأخذ مالا بدلا عن المماطلة فهذه زيادة صريحة على أصل الدين وهي ربا. إضافة إلى احتمال التنازع حول تحديد قيمة الجهد المبذول وغيره من التكاليف وإلى من يرجع تحديدها.

يقول الشيخ عبد الله بن بية في سياق مناقشته موضوع الشرط الجزائي: وهذا هو الحل الذي لا أب له ولا أم أن يجعل قيمة الشرط الجزائي في صندوق آخر، هذا إلزام للمدين بأموال لا تلزمه شرعا[81].

كما ورد في موقع الإسلام سؤال وجواب الذي يشرف عليه الشيخ محمد صالح المنجد: أنه لا يجوز للبنك أن يشترط فائدة أو غرامة على التأخر في سداد الأقساط، سواء كان التأخر لعذر أو لغير عذر واشتراط هذه الفائدة ربا صريح، سواء أخذها البنك لنفسه، أو أعطاها للفقراء[82]، وقرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته المنعقدة ما بين 13/08 من ذو القعدة 1423هـ شامل لهذه الصورة، بل إنما وضع لأجلها.

---

[79] ينظر: المرجع السابق، ص 170 . 171.

[80] ينظر: البحث ، ص 53.

[81] مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مرجع سابق، ج2 عدد 12 ص 305.

[82] إسلام سؤال وجواب، فتوى رقم 147777، تارخ التحميل، 2017/04/29، https://islamqa.info/ar/147777

2 . الترجيح:

ومن خلال ما تقدم فإنه يترجح لي والله أعلم أن اشتراط هذا الشرط في عقود المداينات

لا يجوز ولا يصح، وللمصرف أن يستوثق لدينه بما هو مشروع من وسائل مثل:

. الكتابة عملا بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُ﴾ البقرة: ٢٨٢

. الإشهاد على الدين كما في قوله تعالى: ﴿وَأَشۡهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡ﴾ البقرة: ٢٨٢

. الرهن: كما قال تعالى: ﴿فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞ﴾ البقرة: ٢٨٣

وحقيقة الرهن توثيق الدين بتعليقه بالعين، ليسلم المرتهن به عن مزاحمة الغرماء عند الإفلاس[83].

. الكفالة: وهي عقد يقتضي التزام مكلف مختار حقا ثابتا في ذمة غيره يقرر المطالبة ممن له الحق عند عدم الأداء[84].قال تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ آل عمران: ٣٧

. اشتراط حلول الأقساط المؤجّلة وصورته: إذا تأخر المدين المماطل عن سداد قسط منها فيسقط الأجل، ويصير الدين حالاّ[85] . وقد صدر في ذلك قرار من مجمع الفقه الإسلامي الدولي تحت رقم 51 وتأكد بالقرار رقم 64(7/2).

.كما يمكن اللجوء للقضاء مع تغريم المدين المماطل النفقات القضائية وأتعاب المحامي[86].

---

[83] إبراهيم رحماني، حماية الديون في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 371.

[84] المرجع نفسه، ص 382.

[85] وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص 176.

[86] محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 74.

المطلب الثالث: النماذج التطبيقية للشرط الجزائي في الديون.

بعد استعراض آراء العلماء في الشرط الجزائي في الديون، وترجيح عدم جوازه، سأعرج بعون الله على ذكر بعض النماذج التطبيقية المعاصرة.

الفرع الأول: الاعتماد المستندي.

والذي يعتبر من أساسيات التجارة الخارجية ، وقد استعارت البنوك الإسلامية العمل به من البنوك التجارية، وذلك بعد تخليصه من الفوائد الربوية. مبقية إياه على أساس الوكالة بأجرة إذا ملك المستورد مبلغ الاعتماد، أما إذا لم يملك المبلغ المحدد فتتم العملية إما على أساس المرابحة للآمر بالشراء، أو على أساس المشاركة[87].

أولا: تعريفه. هو التسهيل المالي الذي تمنحه المصارف لعملائها المستوردين، حيث يمكنهم من فتح اعتمادات لحساب المصدرين في الخارج، حيث يصبح بإمكان هؤلاء الحصول على ثقة المصارف[88]. كما بين الدكتور وهبة الزحيلي ماهيته بقوله: هو وثيقة يوجهها البنك إلى بنك آخر في الخارج، بناء على طلب شخص يسمى الآمر، وهو المستورد لصالح عميل لهذا الآمر هو المصدّر ، يتضمن الالتزام بدفع مبلغ من النقود عند الطلب، وهو مضمون برهن حيازي على المستندات الدالة على شحن بضاعة مصدّرة أو معدة للإرسال[89].

ثانيا: دخول الشرط الجزائي على الاعتماد المستندي:

والصورة المقصودة هنا في حالة ما إذا كان العميل لا يملك مبلغ الاعتماد كله، أو بعضه، فيشترط المصرف على العميل أنه في حالة تأخره في سداد ديونه فعليه دفع كذا وكذا أو نسبة كذا جزاء عدم التزامه، وهذا الشرط فاسد يؤدي إلى ربا النسيئة فهو مفسد للعقد[90].

---

[87] محمد عثمان شبير،المعاملات المالية المعاصرة.(ط: 6؛ عمّان: دار النفائس، 1427هـ . 2007م) ص 284.

[88] نقلا عن: المرجع نفسه، ص 280.

[89] وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص 464.

[90] محمد بن عبد العزيز اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود ، مرجع سابق،ص 311.

الفرع الثاني: الاستصناع.

جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة على أن الاستصناع قسم من أقسام السلم ولذلك يندرج في تعريفه. أما الحنفية فقد جعلوه عقدا مستقلا له اعتباره الذي يجعله متميزا عن عقد السلم[91]، وله عندهم تعريفات متنوعة نذكر منها، ما جاء في بدائع الصنائع:

أما صورة الاستصناع فهي أن يقول إنسان لصانع – من خفاف أو صفار أو غيرهما –: اعمل لي خفا، أو آنية من أديم أو نحاس، من عندك بثمن كذا، ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته، فيقول الصانع: نعم.

أولا: تعريفه.

وقد اختلفوا في تكييفه الفقهي؛ هل يرجع إلى البيع،أو إلى عقد السلم فقال بعضهم: هو مواعدة وليس ببيع، وقال بعضهم: هو بيع، لكن للمشتري فيه خيار، وهو الصحيح. وعرفه بعضهم بأنه عقد على مبيع في الذمة، وقال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل[92].

وجاء في النهر الفائق: والاستصناع هو طلب عمل الصنعة في نحو خف وطست وقمقم.بأن يقول اعمل خفاً طوله كذا وعرضه كذا أو طستاً زنته كذا يسع كذا على هيئة كذا بكذا دفع له الثمن أو لا فيقبل الآخر فهو استحسان للتعامل الراجع إلى الإجماع العملي من له – صلى الله عليه وسلم – إلى اليوم بلا نكير[93].

---

[91] أسامة محمد الصلابي، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة في المجال المصرفي.(لا:ط؛ ليبيا: جامعة قاريونس، د. ت) ص 02.

[92] الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 5، ص 02.

[93] سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي ت 1005هـ، النهر الفائق شرح كنز الدقائق. ج 3(ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1422هـ . 2002م) ص 510.

ثانيا: عقد الاستصناع والمقاولة:

ومن التطبيقات المعاصرة لعقد الاستصناع ما يعرف بالمقاولة؛ الناتجة من التطور الحضاري للعقود، وتداخلها وترابط أجزائها، وتركيبها من عدة عقود، وقد توسعت صور الاستصناع اليوم لتشمل كل أنواع الصناعات من الخفيفة إلى الثقيلة مثل الطائرات والسفن وغيرها، إذا كان التعاقد على صنع شيء معين وكانت المواد والعمل من المقاول.

وعرفه الدكتور وهبة الزحيلي بأنه عقد مع صانع على عمل شيء في الذمة، أو عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئا[94]. وهو عقد مستقل محله العمل والعين لاختلافه عن الإجارة التي محلها العمل[95].

يقول الشيخ مصطفى كمال التارزي في بحثه الموسوم ب((الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر))، والذي قدمه لمجمع الفقه الإسلامي : هذا وإن الاستصناع ضرب من ضروب ما يعرف في زماننا بالمقاولة. فإن تعهد المقاول بتقديم العمل والمادة كان مقاولة في العرف، واستصناعا في الشرع، وإن تعهد بتقديم العمل فقط كان مقاولة في العرف، وإجارة في الشرع[96].

ثالثا: دخول الشرط الجزائي على المستصنع في عقد الاستصناع

وصورته أنه في حالة تأخر المستصنع في دفع ديونه فإن عليه كذا وكذا لكل يوم تأخير، أو لكل قسط أو غيره ، فهذا شرط موصل إلى ربا النسيئة لأنه زيادة على أصل الدين مقابل الأجل وهو ربا محرم فهو بهذه الصورة شرط فاسد مفسد للعقد[97].

---

[94] وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص 303.

[95] محمد بن عبد العزيز اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود ، مرجع سابق،ص 319.

[96] مصطفى كمال التارزي، ((الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر)) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 7، ص 997.

[97] ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مرجع سابق، ج2 عدد 12 ص 306.

الفرع الثالث:بيع المرابحة للآمر بالشراء

وهي من صيغ التمويل المعتمدة لدى البنوك الإسلامية والتي تشغل الحيز الأكبر فيها .

أولا: تعريفها.

عند الفقهاء البيع بزيادة عن الثمن الأول[98]، كما أنها مصنفة ضمن بيوع الأمانة ، لأن البائع مؤتمن على الإخبار بالثمن الذي اشترى به المبيع، عدا المالكية[99] الذين يصنفونها ضمن بيوع العينة ومن باب بيع ما لا يملك. وقد صرح الإمام الشافعي بجوازها بشرط الخيار

قائلا: وإذا أرى الرجلُ الرجلَ السلعةَ فقال اشتر هذه وأربحك فيها كذا فاشتراها الرجل فالشراء جائز والذي قال أربحك فيها بالخيار إن شاء أحدث فيها بيعا، وإن شاء تركه[100].هذه الصورة القديمة للمرابحة أما المرابحة الحديثة فهي المرابحة للآمر بالشراء وصورتها: أن يطلب شخص من آخر أو من المصرف أن يشتري له سلعة معينة بمواصفات محددة ، وذلك على أساس وعد منه بشراء تلك السلعة اللازمة له مرابحة ، وذلك بالنسبة أو الربح المتفق عليه، ويدفع الثمن على أقساط تبعا لإمكانيته وقدرته لمالية[101].

---

[98] زين الدين محمد بن علي بن زين العابدين المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف.(ط:1؛ القاهرة: عالم الكتب، 1410هـ . 1990م) ص 302.

[99] ينظر: أبو الوليد بن رشد القرطبي ت 520 هـ، البيان والتحصيل. تحقيق: محمد حجي وآخرون، ج 7(ط: 2؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1408هـ . 1988م) ص 87 . 88.؛ و الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، قضايا فقهية ومالية معاصرة. (ط: 1؛ بيروت: دار ابن حزم، 1434هـ . 2013م) ص 287 . 297.

[100] الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج 4، ص 75.

[101] محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق،ص 309.

ثانيا: مدى مشروعيتها.

وقد أقر هذه الصورة مجمع الفقه الإسلامي بشرط التملك والقبض[102]. واعتبر الوعد ملزما قضاء إذا كان معلقا على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد، ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلا بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر، أخذا برأي بعض المالكية[103] في هذه المسألة.

والمتأمل في هذا العقد يرى أنه بني على تجويز الإمام الشافعي لهذه الصورة لكن دون اعتبار لشرط الخيار، ومن جهة ثانية الأخذ بمسألة إلزام الوعد قضاء عند بعض المالكية، يقول الدكتور رفيق المصري: أنصار الإلزام بالوعد في المرابحة اعتمدوا على التلفيق بين المذاهب فأخذوا من الإمام الشافعي مرابحته وتركوا له خياره، واخذوا من المالكية وعدهم وتركوا لهم مرابحتهم، وهذا التلفيق ليس من النوع الجائز لما دخله من اعتراضات شرعية[104].

فعقد المرابحة للآمر بالشراء الذي تترجح لي صحته هو ما خلا عن الوعد الملزم وكان فيه الخيار للطرفين بعد إحضار السلعة. وهو اختيار الشيخ الغرياني[105] والدكتور رفيق المصري وغيرهما.

---

[102] وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص 69؛ وينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 5، ج2، قرار رقم (2،3) بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للآمر بالشراء، ص 1599.

[103] ينظر: الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ص 156 . 157.

[104] ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 5، ج2، قرار رقم (2،3) بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للآمر بالشراء، ص 860.

[105] ينظر: الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ج 3، ص 389 . 391؛ و قضايا فقهية معاصرة، مرجع سابق، ص 187 . 195.

ثالثا: أثر دخول الشرط الجزائي على عقد المرابحة للآمر بالشراء.

وصورته أنه إذا تخلف العميل عن دفع الأقساط المترتبة عليه بموجب العقد فعليه أن يدفع مبلغا معينا أو نسبة معينة. وهذا كما أسلفنا الذكر زيادة مقابل الأجل وهو ربا النسيئة بعينه، فهو شرط فاسد مفسد للعقد.

الفرع الرابع البيع بالتقسيط: وهو من البيوع الآجلة التي تقوم على المداينة.

أولا: تعريفه.

وهو بيع السلعة بأكثر من سعر يومها لأجل الأجل، على أن يكون الدفع مقسطا أي مقسما على فترات زمنية محددة ومبالغ معينة. كما عرف بأنه: عقد على مبيع حال بثمن مؤجل كله، أو بعضه يؤدى مفرقاً على أجزاء معلومة في أوقات معلومة[106].

والجمهور على جوازه، وقد ذهب إلى هذا الكثير من العلماء المعاصرين كالشيخ القرضاوي والشيخ عبد العزيز بن باز وغيرهم[107]. وقد صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم66/2/7، في دورة مؤتمره السابع بجدة، من 7 إلى 12 ذي القعدة 1412هـ،بجوازه فيما نصه: البيع بالتقسيط جائز شرعاً، ولو زاد فيه الثمن المؤجل على المعجل[108].

ثانيا: دخول الشرط الجزائي على عقد البيع بالتقسيط.

وصورته كصورة دخوله على عقد المرابحة للآمر بالشراء، فهو زيادة على أصل دين مقابل الأجل، وهذا هو الربا المحرم، فهو شرط فاسد مفسد للعقد[109].

---

[106] ينظر: محمد بن عبد العزيز اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود ، مرجع سابق،ص 298.

[107] محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق،ص 312.

[108] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 7، قرار رقم (66/2/7) بشأن البيع بالتقسيط، ص 736.

[109] ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 12، ج2، قرار رقم 109(12،3) بشأن الشرط الجزائي، ص 306.

المبحث الرابع: أثر الشرط الجزائي في العقود المعاصرة

وحوى هذا المبحث المطالب الآتية:

المطلب الأول: آراء العلماء في الشرط الجزائي في العقود المعاصرة

المطلب الثاني: النماذج التطبيقية

أي في العقود التي لا يكون الالتزام الأصلي فيها دينًا، كعقد الاستصناع بالنسبة للصانع، وعقد المقاولة، وعقد التوريد، وعقود الصيانة وغيرها من العقود التي كثر التعامل بها في العصر الحديث وأصبح الشرط الجزائي يكاد يكون جزءا لا يتجزأ منها، وذلك للقيمة الاقتصادية المهمة للزمن في هذه العقود، دفعا للعميل من أجل القيام بالتزامه في مواعيده ، وحفاظا على حقوق المتعاملين من التأخير أو عدم التنفيذ. وقد انقسم العلماء المعاصرون إلى فريقين، حيث ذهب جمهور المعاصرين إلى جواز هذه الصورة في حين منعها البعض، وسأبحث هذا الموضوع بعون الله في مبحثين أعرض فيهما آراء الفريقين وأدلة كل فريق ومناقشتها ومن ثمة الترجيح، ثم ذكر أمثلة تطبيقية لعقود دخل عليها الشرط الجزائي.

المطلب الأول: آراء العلماء في الشرط الجزائي في غير الديون، ومناقشتها.

الفرع الأول: المجيزون وأدلتهم.

أولا: المجيزون.

ذهب جمهور العلماء المعاصرين إلى جواز هذه الصورة، ومنهم مصطفى الزرقاء، والصديق محمد الأمين الضرير، وعلي السالوس، ووهبة الزحيلي، وحسن علي الشاذلي، وغيرهم[1]، وهو قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم: 109(12/3) في دورته الثانية عشرة في 1421هـ حيث جاء فيه: يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينا[2].

[1] ينظر: وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص 179.؛ و مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 12، ج2، ص 165؛ وينظر: ص 76؛ وينظر: أ. د. حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي. (ط: 1؛ المملكة العربية السعودية: دار كنوز إشبيليا، 1430هـ . 2009م) ص 718.

[2] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 12، ج2، قرار رقم 109(12،3) بشأن الشرط الجزائي،مرجع سابق، ص 306.

وقرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية رقم: 25 بتاريخ 1394/08/21هـ[3]، الذي جاء فيه: الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر، يجب الأخذ به، ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعا، فيكون العذر مسقطا لوجوبه حتى يزول.

وكذا دار الإفتاء الأردنية [4]التي أفتت بالجواز ردا على سؤال حول الشرط الجزائي في عقد العمل استنادا على قرار مجمع الفقه الإسلامي سابق الذكر.

ثانيا: أدلة المجيزين.

استدل المجيزون للشرط الجزائي في غير الديون بأدلة كثيرة أبرزها.

1 . استدلوا من كتاب الله تعالى بعموم الآيات الدالة على الوفاء بالعهود والعقود ومنه حرص الفقه الإسلامي على وجوب الوفاء بالالتزامات ومنع الإخلال بها، ومما استدلوا به قوله تعالى:

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾ المائدة: ١

وقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِأَمَٰنَٰتِهِمۡ وَعَهۡدِهِمۡ رَٰعُونَ ۝٨ ﴾ المؤمنون: ٨

2 .كما استدلوا بحديث : ((**مطل الغني ظلم**))، وحديث: ((**لا ضرر ولا ضرار**))[5].

وذلك لان عدم التنفيذ أو التأخير ظلم، ينتج عنه ضرر، والقاعدة أن الضرر يزال.

3 . واستدلوا بأن الأصل في الشروط الوضعية التي يشترطها المكلف في المعاملات الإباحة لا الحظر ومنها الشرط الجزائي[6].

---

[3] أبحاث هيئة كبار العلماء، المجلد الأول، ص 293 . 296.

[4] [4] الموقع الرسمي لدار الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية، فتوى رقم: 2803، في 2012/04/30 . http://aliftaa.jo/Question.aspx?QuestionId=2803#.WQw_qTdFeUk، تاريخ التحميل، 04 شعبان 1438هـ . 2017/05/01م.

[5] ينظر: البحث، ص 41، 47.

4 .كما استدلوا بأن الشروط عند الفقهاء تنقسم إلى صحيحة وفاسدة، والصحيحة ثلاثة أقسام : شرط يقتضيه العقد، وشرط من مصلحة العقد، وشرط فيه منفعة معلومة وليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولا منافيا لمقتضاه، والشرط الجزائي من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد إذ هو حافز لإكمال العقد في وقته المحدد[7].

5 . واستدلوا كذلك بقاعدة (**الحاجة تنزل منزلة الضرورة**)[8] ووجه الاستدلال أن بعض العقود في الشريعة الإسلامية رخص فيها وأبيحت خلافا للقياس لحاجة الناس إليها ورفعا للضرر عنهم، ومنها السلم والإجارة، فكذلك الشرط الجزائي يباح لحاجة الناس إليه[9].

ثالثا: المناقشة. وقد نوقشت أدلة المجيزين من وجوه أبرزها.

1 . نوقش استدلالهم بحديث ((**لا ضرر ولا ضرار**)) والقاعدة المستنبطة منه (**الضرر يزال**)[10]

بانّ مجرد الإخلال بالالتزام وما يؤدي إليه من تفويت فرصة متوهمة أو كسب مظنون لا يوجب التعويض[11].

ويجاب عنه بأن التعويض في الشرط الجزائي متعلق بالأضرار المحتملة لا المتوهمة وأنه يمكن تعديل قيمته أو إسقاطه قضاء إذا أثبت العميل عدم تحقق الضرر المحتمل بمن شرط له.

---

[6] علي أحمد السالوس، ((الشرط الجزائي)) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 12، ج 2، ص 165.

[7] أبحاث هيئة كبار العلماء، المجلد الأول، ص294.

[8] ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 78.

[9] محمد بن عبد العزيز اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود ، مرجع سابق،ص 222.

[10] تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، الأشباه والنظائر. ج1(ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ . 1991م) ص 41.

[11] محمد بن عبد العزيز اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود ، مرجع سابق،ص 220.

2 . كما نوقش استدلالهم بأن الأصل في الشروط الإباحة لا الحظر إلا ما دل الدليل على حرمته، فلا يسلم انه لا دليل على حرمة الشرط الجزائي لأن الاتفاق على تقدير الضرر قبل وقوعه لا يجوز للجهالة والغرر، ولما فيه من أكل لأموال الناس بالباطل.

ويجاب عنه بأن الاتفاق على تقدير الضرر في الشرط الجزائي مبدئي يمكن تعديله إن لم يكن مساويا لقيمة الضرر أو قريبا منه فتنتفي بذلك الجهالة والغرر.

3 . ونوقش استدلالهم بأنه شرط من مصلحة العقد بالآتي: أن وجود بعض المصالح لا يدل على الإباحة كما قال تعالى عن الخمر والميسر: ﴿ ۞ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ ۖ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا ﴾ البقرة: ٢١٩

ويجاب عنه بأن في الشرط الجزائي في غير الديون مصلحة غير متوهمة ولا ملغاة للعقد وهي الحث على الوفاء بالشروط، ولحديث: ((**المسلمون على شروطهم ، إلا شرطا أحل حراما أو حرّم حلالا**)).[12]

وقول القاضي شريح: من شرط على نفسه طائعا غير مكره، فهو عليه[13].

أما قياسه على الخمر والميسر فقياس مع الفارق لكونهما محرمين شرعا لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿٩٠﴾ ﴾ المائدة: ٩٠

[12] خرجه الترمذي، وابن ماجة في " الأحكام " وقال الترمذي حديث حسن صحيح، ورواه بتمامه الحاكم في " المستدرك "، وسكت عنه، وقال الذهبي هو حديث واهٍ. ينظر: أبو عيسى الترمذي، الجامع الكبير (سنن الترمذي)، تحقيق: بشار عواد، ج 3(لا: ط؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1988م) ص 28؛ وينظر: عبد الله بن يوسف الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد عوامة، ج 4(ط:1؛ بيروت: مؤسسة الريان للطباعة والنشر، 1418هـ . 1997م) ص 112.

[13] ينظر: البحث، ص 11.

4 . ونوقش استدلالهم بقاعدة الحاجة تنزل منزلة الضرورة: بأنه لا يسلم بوجود حاجة ماسة إليه، ففي التعويض بعد وقوع الضرر غنية عن تقديره مسبقا.

ويجاب عنه بأن الحاجة موجودة وهي متمثلة في تحفيز العميل من جهة من أجل القيام بما التزم به في مواعيده، مما من شأنه أن يجنب الطرفين الخسارة المتوقعة جراء عدم الالتزام بأداء العمل في وقته المتفق عليه بلا سبب.

الفرع الثاني: المانعون وأدلتهم ومناقشتها.

أولا: المانعون.

وإلي المنع من الشرط الجزائي ذهب كل من الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، والشيخ سيد عبد الله حسين، ومحمد بن عبد العزيز اليمني، والشيخ علي الخفيف وغيرهم[14].

ثانيا: أدلتهم. ومما استدلوا به.

1 . أن الشرط الجزائي هو اتفاق على تقدير جزافي للتعويض عن الضرر قبل وقوعه، وهذا لا يجوز لأنه يؤدي إلى محاذير شرعية منها: الجهالة، والغرر، والرهان المحرم والمقامرة، وأكل أموال الناس بالباطل[15].

ونوقش بأنه لا يسلم بأن فيه هذه المحاذير؛ لأنه إما أن يوافق الضرر وهذا سلمتم به وسيأتي ذكره في موضعه، وإما ألا يوافقه فيرجع إلى التحكيم أو القضاء ليرد قيمته إلى نصابها العادل، أما الغرر اليسير غير المفضي إلى التنازع فمغتفر.

2 . وقالوا أنه مادام مقدار التعويض موكول للقضاء مطلقا فلا يجوز تقديره مقدما بالشرط الجزائي[16].

---

[14] ينظر: الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 19؛ وينظر: محمد بن عبد العزيز اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود ، مرجع سابق، ص 224؛ وص 229.

[15] محمد بن عبد العزيز اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود ، مرجع سابق، ص 224.

ونوقش قولهم هذا بأنه لا يرفع للقاضي مطلقا بل يرفع فقط في حالة التنازع إما على مقدار التعويض أو حدوث الضرر من عدمه، أما عند عدم التنازع فيكتفى به لما فيه من دافع للوفاء بالالتزامات ما يقلل من وقوع التأخير المؤدي إلى الضرر.

3 . كما استدلوا بقاعدة سدّ الذرائع فقالوا: بأن الشرط الجزائي يؤدي إلى التنازع، وأكل أموال الناس بالباطل فيمتنع عملا بقاعدة سد الذرائع[17].

ويناقش هذا الاستدلال بأن المحاذير المذكورة غير موجودة بالضرورة كما تم بيانه، كما أن العمل بقاعدة سد الذرائع يستدل به لجواز الشرط الجزائي في غير الديون لا عليه فيشرع سدّا لذريعة وقوع الضرر المفضي إلى التنازع والناتج عن عدم الوفاء بالالتزامات.

ثالثا: الترجيح.

بعد استعراض أدلة الفريقين ومناقشتها تبين لي والله أعلم أن الراجح هو رأي جمهور العلماء المعاصرين والمجامع الفقهية لقوة أدلتهم وضعف أدلة الفريق الثاني التي لم تسلم من المناقشة القوية، والتي حملت في طياتها الاعتراف بجواز الشرط الجزائي في غير الديون إذا خلا من المحاذير سابقة الذكر حيث يقول محمد اليمني: أما إذا وافق التعويض الضرر الواقع فهذه الحالة الوحيدة التي يصبح الأمر فيها موافقا للعدل[18]. كما أن الشيخ سيد عبد الله حسين صرح بجواز الشرط الجزائي فيما نصه: أما الشرط الجزائي فهو صحيح كما أراه، وإن كان المنصوص غيره[19].

بالرغم من أنه ذكر في المرجع السابق نفسه عدم جواز الشرط الجزائي، لكن ما يفهم من كلامه في عدم الجواز يحمل على الشرط الجزائي في الديون، وهذا ما ذكره المحقق تعليقا على

---

[16] محمد بن عبد العزيز اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود ، مرجع سابق، ص 226.

[17] المرجع نفسه، ص 228.

[18] المرجع نفسه، ص 226.

[19] سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية، مرجع سابق، ص 721.

كلامه قائلا: إن منفعة النقود غير متقومة، ولو وجبت الغرامة في التأخير فيها لكان ذلك من الربا، ولعل هذا ما كان في ذهن المؤلف عندما صاغ رأيه في الشرط الجزائي[20].

فالاعتراض إذا ليس عن الشرط الجزائي المذكور، بل عن مدى موافقة التقدير للضرر، وهذا كما أسلفنا مكفول بإمكانية الرد إلى التحكيم أو القضاء عند التنازع لتحقيق العدل.

[20] المرجع السابق، ص 854.

المطلب الثاني: النماذج التطبيقية للشرط الجزائي في غير الديون

وسأعرض بعون الله مجموعة من النماذج لعقود ليس الالتزام الأصلي فيها دينا مثل عقد الاستصناع بالنسبة للصانع، وعقد المقاولة، وعقود التوريد، وعقود الصيانة.

الفرع الأول: عقد الاستصناع بالنسبة للصانع.

أولا: تعريفه. لغة طلب الصنعة[21].

ثانيا: اصطلاحا. عقد على موصوف في الذمة شرط فيه العمل على الصانع[22].

وعرفه الغرياني بانه عقد على صنع في الذمة مشروط فيه العمل. وهو جائز على خلاف الأصل، مستثنى من بيع ما ليس عند صاحبه لحاجة الناس إليه[23].

وتدخل المقاولة في عقود الاستصناع إذا تعهد المقاول بتقديم العمل والمادة.

ثالثا : أثر الشرط الجزائي على الصانع أو المقاول في عقد الاستصناع.

وصورته انه في حالة تأخر الصانع في تسليم المصنوع أو تأخر المقاول في تسليم المشروع منجزا، فإن عليه عن كل مدة تأخير معينة كذا مبلغا، أو نسبة.

فهذا شرط صحيح كما تم بيانه وهو قول الجمهور، على أن يترك باب التعديل أو الإسقاط للتحكيم، أو القضاء في حالة إثبات عدم حدوث ضرر نتيجة التأخير، أو خروج سبب التأخير عن إرادة الصانع أو المقاول[24].

---

[21] الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 5 ، ص 2.

[22] المرجع نفسه، ج 5، ص 02.

[23] الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ج 3، ص 338.

[24] ينظر: قرار مجمع الفقه الاسلامي، (12/3/109) بشأن الشرط الجزائي،مرجع سابق، ص 306.

الفرع الثاني: عقد التوريد بالنسبة للمورد.

أولا: تعريفه.هو عبارة عن اتفاقية بين الجهة المشترية والجهة البائعة على أنَّ الجهة البائعة تورد إلى الجهة المشترية سلعا أو موادَّ محددة الأوصاف في تواريخ مستقبلة معينة لقاء ثمن معلوم متفق عليه[25].

وعرفه مجمع الفقه الإسلامي بأنه عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلم سلعا معلومة، مؤجلة بصفة دورية خلال فترة معينة، لطرف آخر مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه[26].

ثانيا:مشروعيته.

وقد كيف عقد التوريد على أنه عقد استصناع، إذا كانت السلعة تتطلب صناعة[27].

أما إن كانت السلعة محل العقد لا تتطلب صناعة، وهي موصوفة في الذمة يلتزم بتسليمها المورد عند الأجل، وعجَّل المستورد ثمنها عند العقد فيأخذ العقد حكم السلم.

أما إن كانت السلعة موصوفة في الذمة والثمن آجلا فهذا عقد لا يجوز لكونه مبني على المواعدة الملزمة من الطرفين، أو بيع دين بدين[28].

ثالثا: دخول الشرط الجزائي على عقود التوريد.

إذا كان محل العقد يتطلب صناعة ودخل الشرط الجزائي على الصانع بأنه إن لم يسلم العين المصنوعة في الوقت المتفق عليه دون عذر فإن عليه كذا عن كل مدة تأخير متفق عليها في

---

[25] محمد تقي العثماني، ((قعود التوريد والمناقصة)) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد12، ج 2، ص 672.

[26] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 12، ج2، قرار رقم 109(12،3) بشأن الشرط الجزائي،مرجع سابق، ص 571.

[27] المرجع نفسه، عدد12، ج2، ص 571.

[28] ينظر: المرجع نفسه، ص 572.

العقد، فهذا شرط جائز، شريطة أن يكون باب التعديل أو الإلغاء بالطرق سالفة الذكر مفتوحا للتحكيم أو القضاء تحقيقا للعدل.

أما إن كان الشرط على المورد والعقد بصورة السلم المذكورة فهو غير جائز لأنه دين في الذمة، ولا تجوز الزيادة في الديون عند التأخير، وهذا ما صدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته المنعقدة بأبو ظبي ما بين 6/1 ذي القعدة 1415هـ الموافق لما بين 6/1 أبريل 1995م. في البند (ز)[29].

[29] المرجع السابق، عدد 09، قرار رقم (9/89/2) بشأن السلم وتطبيقاته المعاصرة، مرجع سابق، ص493.

الفرع الثالث: عقود الصيانة.

أولا: تعريف الصيانة لغة.

من صون: الصون: أن تقي شيئا أو ثوبا، وصان الشيء صونا وصيانة وصيانا واصطانه.وفي العين صون: الصون: أن تقي شيئا مما يفسده، والحر يصون عرضه كما يصون ثوبه [30].

ثانيا: تعريف الصيانة اصطلاحا.

وعرف مصطلح الصيانة على أنه: جميع الإجراءات التي تهدف إلى الكشف عن حالة السلعة، أو إعادة السلعة إلى وضعية قياسية محددة، كالفحص، والمعاينة، والاختبارات،والضبط والتغيير، والاستبدال، والإصلاح ، والبرمجة، وإعادة البرمجة، وغير ذلك.[31]

وقد عرف مجمع الفقه الإسلامي عقد الصيانة على أنه: 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، قد يلتزم فيه الصائن بالعمل وحده، أو بالعمل والمواد[32].

ثالثا: مشروعية عقد الصيانة.

بما أن عقد الصيانة هو عقد مستحدث فإنه يكيف حسب اختلاف صوره وهذا ما صدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية عشرة بالمنامة دولة البحرين من 25 . 30 رجب 1419 هـ الموافق لما بين (14 . 19 نوفمبر1998) .

فكيف صوره كالآتي:

1. عقد صيانة غير مقترن بعقد آخر يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل فقط، أو مع تقديم مواد يسيرة لا يعتبر العاقدان لها حسابا في العادة، هذا يكيف على أنه عقد إجارة على عمل،وهو

---

[30] ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 13، ص 250؛والخليل بن أحمد الفراهيدي، العين،مرجع سابق، ج 7، ص 157.

[31] وزارة التجارة والصناعة، مشروع أحكام تأمين الصيانة وقطع الغيار وضمان جودة الصنع، المادة الأولى، ص 2.

[32] المرجع نفسه، عدد11، قرار رقم (6/11/94) بشأن عقد الصيانة، ص 448.

عقد جائز شرعا بشروطه. وإذا التزم فيه الصائن بتقديم العمل والمالك بتقديم المواد فهو كالصورة الأولى.

2.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.

3. 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 تعينا نافيا للجهالة[33].

وحاصل هذه الصور أنها جائزة ما عدا اشتراط صيانة العين المؤجرة (بما يتوقف عليه استيفاء المنفعة) على المستأجر فإنه لا يجوز.

رابعا: أثر الشرط الجزائي على عقود الصيانة.

إذا دخل الشرط الجزائي على المصون له فهذا يرجع إلى الشرط الجزائي في الديون، وهو غير جائز لما سبق بيانه،أما على الصائن فجمهور العلماء والباحثين المعاصرين على صحته والإلزام به[34].

[33] ينظر: المرجع السابق، ص 448.

[34] محمد بن عبد العزيز اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود ، مرجع سابق،ص 329.

خاتمة

بعد إتمام هذه الدراسة المتواضعة بحمد الله وفضله ومنته، أوجز ما توصلت إليه من نتائج كالآتي:

أولا نتائج البحث:

وقد خلصت في بحثي هذا إلى النتائج الآتية:

- الشرط الجزائي هو: 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.

- الأصل في الشروط عند الجمهور الإباحة لا الحظر، إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا.
- الشروط المقترنة بالعقد عند الجمهور ثلاثة أقسام.

1 . شروط تصح هي والعقد.

2 . شروط تبطل هي والعقد.

3 . شروط تسقط ويصح العقد.

- من الشروط التي تصح هي والعقد، شرط من مصلحة العقد، والشرط الجزائي في العقود التي لا يكون الالتزام الأصلي فيها دينا صحيح بهذا الاعتبار، إذ هو حافز لإكمال العقد في وقته المحدد.
- من الشروط التي تبطل هي والعقد شرط يؤدي إلى الوقوع في الربا، والشرط الجزائي في عقود المداينات يؤدي إلى الربا فيكون بذلك باطلا مبطلا للعقد.
- اشتراط الالتزام بالتصدق في عقود المداينات يلحق بحكم الشرط الجزائي في هذه العقود.

ثانيا التوصيات:

- الاستفادة من الجانب الإيجابي للشرط الجزائي في العقود المعاصرة.
- الابتعاد عن الشرط الجزائي في عقود المداينات لأنه يؤدي إلى الربا.
- تفعيل البدائل الشرعية المختلفة لحفظ الحقوق الناشئة عن المداينات بأسبابها المختلفة.
- ضرورة إعادة البحث الفردي والجماعي في بعض العقود المعاصرة كالمرابحة للآمر بالشراء.
- البحث العميق في تحديد نطاق العمل المصرفي، والفصل بينه وبين نشاط الشركات الاستثمارية.

الفهارس العامة

فهرس الآيات القرءانية

الآية أو شطرها	السورة ورقمها	رقم الآية	الصفحة
وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم ...	البقرة 2	188	47
يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ ...	البقرة 2	219	67
يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ...	البقرة 2	278	42
وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ...	البقرة 2	279	42
وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ...	البقرة 2	280	40
يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم ...	البقرة 2	282	56 – 38
وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ۖ وَيُعَلِّمُكُمُ ٱللَّهُ ...	البقرة 2	282	01
فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ...	البقرة 2	283	56
وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا...	آل عمران 3	37	56
يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ...	آل عمران 3	102	01

إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ...	النساء 4	58	47
يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ...	النساء 4	59	01
يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ...	المائدة 5	01	65 - 47
يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ...	المائدة 5	90	67
وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِأَمَٰنَٰتِهِمۡ وَعَهۡدِهِمۡ رَٰعُونَ ٨	المؤمنون23	08	65 – 47
فَقَدۡ جَآءَ أَشۡرَاطُهَا...	محمد 47	18	08

فهرس الأحاديث النبوية

طرف الحديث	رقم الصفحة
اشتري واشترطي لهم الولاء فإن الولاء لمن أعتق...	18
أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى منه ناقة في بعض الغزوات ...	18
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربان.	31
أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ...	18
المسلمون عند شروطهم...	49
المسلمون على شروطهم...	67

لا ضرر ولا ضرار.	65-50-47 66 -
لي الواجد يحل عرضه وعقوبته.	49-47-41
ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله...	22
مطل الغني ظلم ...	-49-47-41 65

فهرس الآثار

طرف الأثر	الراوي	رقم الصفحة
أدخل ركابك...	ابن سيرين	11
من شرط على نفسه	شريح القاضي	11

قائمة المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: الكتب

1 – أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، الفتاوى الكبرى. (ط :1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1408هـ . 1987م).

2 – أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، (لا: ط؛ المملكة العربية السعودية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1416هـ . 1995).

3 – أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري. (لا: ط؛، بيروت: دار المعرفة، 1379هـ) .

4 – أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، أحكام القرءان. (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1415هـ . 1994م).

5 – أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. (لا:ط؛ بيروت: المكتبة العلمية، د. ت).

6 – أحمد موافي ، الضرر في الفقه الإسلامي. (ط:1؛ المملكة السعودية: دار ابن عفان، 1418هـ . 1997م).

7 – أسامة محمد الصلابي، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة في المجال المصرفي.(لا:ط؛ ليبيا: جامعة قاريونس، د. ت).

8 – أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة. تحقيق: عبد الله دراز، (ط:2؛ القاهرة: المكتبة التوقيفية، 2012م).

9 – أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن. (ط:3؛ بيروت: دار الكتب العلمية،1424 هـ – 2003 م).

10 – أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. (ط:2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1406هـ . 1986م).

11 – إبراهيم رحماني، حماية الديون في الفقه الإسلامي. (ط: 1؛ بيروت: دار البشائر الإسلامية، 1432هـ . 2011م).

12. تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، الأشباه والنظائر.(ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ . 1991م).

13 – تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، القواعد النورانية الفقهية.تحقيق: د. أحمد بن محمد الخليل (ط: 1؛ المملكة العربية السعودية: دار بن الجوزي، 1422هـ).

14 – أبو الحجاج مجاهد بن جبر التابعي، تفسير مجاهد. ت: محمد عبد السلام أبو النيل (ط: 1؛ مصر: دار الفكر الإسلامي الحديثة، 1410هـ . 1989م).

15 – أ.د.حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي. (ط:1؛ الرياض: دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، 1430هـ . 2009م).

16 – أبو الحسن علي بن محمد الشهير بالماوردي، الأحكام السلطانية.(لا:ط؛ القاهرة: دار الحديث، د. ت).

17 – الخليل بن أحمد الفراهيدي ، العين. تحقيق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي. (لا:ط ؛ لا.م: دار ومكتبة الهلال، د.ت).

18 – أبو زكريا محيي الدين يحي بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي)) (لا:ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت).

19 – زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي ت 970هـ، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان. (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ . 1999م).

20 – زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي ت 970هـ، فتح الغفار شرح المنار. (ط: 1؛ مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1355هـ . 1936م).

21 – زين الدين محمد بن علي بن زين العابدين المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف.(ط:1؛ القاهرة: عالم الكتب، 1410هـ . 1990م).

22 – سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي ت 1005هـ، النهر الفائق شرح كنز الدقائق. (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1422هـ . 2002م).

23 – سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا.(ط: 2؛ دمشق: دار الفكر، 1408 هـ . 1988 م).

24 – سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية، تحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية. (ط: 1؛ القاهرة: دار السلام، 1421هـ ت 2001م).

25 – شمس الدين أبو عبد الله محمد الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام. (ط: 1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1404هـ . 1984م).

26 – الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته. (ط:1؛ بيروت: دار ابن حزم، 1429هـ . 2008م).

27 – الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، قضايا فقهية ومالية معاصرة. (ط: 1؛ بيروت: دار ابن حزم، 1434هـ . 2013م).

28 – الصوا، الشرط الجزائي في الديون، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، الكويت: جامعة الكويت، المجلد 19، العدد 58، سبتمبر 2004م.

29 – عبد الحميد محمد بن باديس، مبادئ الأصول. تحقيق:د. عمار الطالبي(ط:2؛ الجزائر: الشركة الوطنية للكتاب، 1988م).

30 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني. (لا:ط ؛ القاهرة: دار النهضة العربية، 1968م).

31 – عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة. تحقيق: أ. د. حميد بن محمد لحمر (لا: ط؛ فاس: دار الغرب الإسلامي، د. ت).

32 – عبد الله بن يوسف الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد عوامة، (ط:1؛ بيروت: مؤسسة الريان للطباعة والنشر، 1418هـ . 1997م).

33 – عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. (ط: 3؛ بيروت: دار الفكر، 1412هـ – 1992م).

34 – علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي. (لا:ط؛ القاهرة: دار الفكر العربي،2000م)

35 – علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي، البهجة في شرح التحفة. تحقيق: محمد عبد القادر شاهين (ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية،1418هـ – 1998م).

36 – علي بن محمد الجرجاني، التعريفات. (ط:1؛ بيروت : دار الكتب العلمية ، 1403هـ -1983م).

37 – أبو عيسى الترمذي، الجامع الكبير (سنن الترمذي)، تحقيقّ: بشار عواد، (لا: ط؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1988م).

38 – أبو فضل جمال الدين بن منظور، لسان العرب. (ط: 3؛ بيروت: دار صادر ، 1414هـ).

39 – أبو القاسم محمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية.(لا: ط؛ لا: م، لا:ن، د. ت).

40 – ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين. (ط:1؛ الجزائر: دار الإمام مالك، 1435هـ . 2014م).

41 – كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي.(ط:2؛ السعودية: جامعة الملك فيصل،1404هـ . 1984م).

42 – كمال الدين محمد بن الهمام، فتح القدير. (لا: ط؛ لا: م، دار الفكر، د.ت).

43 – مالك بن أنس، الموطّأ. (لا: ط؛ القاهرة: دار الحديث، 1425هـ . 2004م).

44 – محمد بن أحمد بن محمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك. (لا:ط؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت).

45 – محمد بن أحمد شمس الأئمة السرخسي، المبسوط. (لا:ط؛ بيروت: دار المعرفة، 1414هـ – 1993م).

46 – محمد بن أحمد شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. (ط: أخيرة؛ بيروت: دار الفكر، 1404هـ/1984م).

47 – محمد بن إدريس الشافعي، الأم. تحقيق: د. رفعت فوزي عبد المطلب، (ط:1؛ المنصورة: دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، 1422هـ . 2001م).

48 – محمد بن إسماعيل البخاري ت 256هـ، صحيح البخاري مع كشف المشكل لابن الجوزي. تحقيق: د. مصطفى الذهبي، (ط:1؛ القاهرة: دار الحديث 1429هـ . 2008م).

49 – محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام. (لا: ط؛ القاهرة: دار الحديث، 1428هـ . 2007م).

50 – محمد بن جزي الغرناطي، تقريب الوصول إلى علم الأصول. تحقيق: د محمد المختار الشنقيطي، (ط: 2؛ المدينة المنورة:لا. ن، 1423هـ / 2002م).

51 – محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. (لا: ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت).

52 – محمد بن يعقوب الفيروزآبادى، القاموس المحيط. تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، (ط: 8؛ بيروت :مؤسسة الرسالة، 1426هـ . 2005 م).

53 – محمد زين العابدين المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير. (ط: 1؛ مصر: المكتبة التجارية الكبرى ، 1356هـ).

54 – محمد عثمان شبير،المعاملات المالية المعاصرة.(ط: 6؛ عمّان: دار النفائس، 1427هـ . 2007م).

55 – محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية. (ط:1؛ لا.م: دار الكتب العلمية، 1424هـ – 2003م).

56 – محمد موفق الدين ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد. (ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1414 هـ – 1994 م).

57 – مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام. ، نقلا عن، أبحاث هيئة كبار العلماء.

58 – منصور بن يونس البهوتى، كشاف القناع عن متن الإقناع. (لا:ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية،د. ت).

59 – المومسوعة العربية الميسرة. (ط:3؛ لبنان: المكتبة العصرية،2009م).

60 – الموسوعة الفقهية الكويتية.

61 – موفق الدين بن قدامة المقدسي، المغني. (لا: ط؛ القاهرة: مكتبة القاهرة،1388هـ . 1968م).

62 – هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين، المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، 1431هـ . 2010م.

63 – وزارة التجارة والصناعة، مشروع أحكام تأمين الصيانة وقطع الغيار وضمان جودة الصنع.

64 – أبو الوليد بن رشد القرطبي ت 520 هـ، البيان والتحصيل. تحقيق: محمد حجي وآخرون، (ط: 2؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1408هـ . 1988م).

65 –أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد. (لا:ط؛ لا.م: دار شريفة، 1409هـ . 1989م).

66 – وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة.(ط: 4؛ دمشق: دار الفكر،ر1428هـ . 2007م).

67 – يوسف بن عبد الله ابن عبد البر النمري، الكافي في فقه أهل المدينة.ت: محمد محمد ولد ماديك الموريتاني، (ط: 2؛ الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، 1400هـ . 1980م).

ثالثا: المقالات والبحوث والرسائل الجامعية.

1 – أبحاث هيئة كبار العلماء، ((الشرط الجزائي)).

2 – صديق محمد الأمين الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ع 12، 1421هـ . 2000م.

3 – عبد المحسن الرويشد، الشرط الجزائي، ((رسالة دكتوراه، مخطوطة)) (جامعة القاهرة، 1983م) . بواسطة 9أ.د. علي محمد الحسين الصوا، ((الشرط الجزائي في الديون))، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، (الكويت: جامعة الكويت، المجلد 19، العدد 58، سبتمبر 2004م).

4 – محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ((دراسة فقهية مقارنة))، رسالة دكتوراه في الفقه والأصول، كلية التربية، جامعة الملك سعود، المملكة السعودية، 1425هـ . 1426هـ.

5 – محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر من التعثر في الفقه الإسلامي. مجلة الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد العاشر، جمادى الثاني/ رجب 1417هـ . نوفمبر 1996م.

6 – مصطفى أحمد الزرقاء، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، 1405هـ . 1985م.

7 – مصطفى كمال التارزي، ((الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر)) مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

رابعا: المراجع الإلكترونية

1 – إسلام سؤال وجواب، فتوى رقم 147777، تارخ التحميل، 2017/04/29. https://islamqa.info/ar/14777

2 – الموقع الرسمي لبنك البركة، تاريخ التحميل، 2017/03/27. www.al-baraka.com/arabic/fatawa.php .

3 – الموقع الرسمي لدار الإفتاء المصرية، فتوى رقم: 829، في 2005/01/25م، http://dar-alifta.org/AR/ViewCategoryFatawa.aspx?MuftiType=0&ID=967، تاريخ التحميل، 04 شعبان 1438هـ . 2017/05/01م.

4 – الموقع الرسمي لدار الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية، فتوى رقم: 258، في 23/ 04/ 2009 . http://aliftaa.jo/Question.aspx?QuestionId=258، تاريخ التحميل، 04 شعبان 1438هـ . 2017/05/01م؛ ينظر: الفتوى رقم، 2066 بتاريخ 2012/06/14م.

فهرس الموضوعات

المقدمة	أ – هـ
المبحث الأول: مفهوم الشرط الجزائي ومدى مشروعيته	8
المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي	8
الفرع الأول: مفهوم الشرط والجزاء	9-8
الفرع الثاني: الشرط الجزائي عند الفقهاء	9
المطلب الثاني: مدى مشروعية اعتبار الشرط	13
الفرع الأول: أقسام الشروط وخصائصها	13
الفرع الثاني: مشروعية الشروط بالعقد	15
الفرع الثالث:موقف المذاهب الأربعة من الشروط المقترنة بالعقود	18
المبحث الثاني: التكييف الفقهي للشرط الجزائي	27
المطلب الأول: الشرط الجزائي والضمان	27
الفرع الأول: مفهوم الضمان	27
الفرع الثاني: ضمان الفعل الضار	28
الفرع الثالث: ضمان العقد (المسؤولية العقدية)	30
المطلب الثاني: الشرط الجزائي والعربون	31
الفرع الأول: مفهوم العربون	31
الفرع الثاني: علاقته بالشرط الجزائي	33
المطلب الثالث: الشرط الجزائي والعقوبة بالتعزير المالي	34
الفرع الأول: مفهوم التعزير	34
الفرع الثاني: أقسام التعزير وعلاقته بالشرط الجزائي	34
المبحث الثالث: أثر الشرط الجزائي في عقود المداينات	37
المطلب الأول: مفهوم الدين وأسبابه وأنواع المدينين	37

الفرع الأول: مفهوم الدين	37
الفرع الثاني: أسباب نشوء الدين	39
الفرع الثالث: أنواع المدينين	40
المطلب الثاني: آراء الفقهاء في حكم الشرط الجزائي في الديون	42
الفرع الأول: اشتراط التعويض الاتفاقي عن عدم الوفاء بالدين أو التأخر عنه	42
الفرع الثاني: اشتراط التعويض التأخيري بعد وقوع الضرر الفعلي	46
الفرع الثالث: إلزام المدين المماطل بالتصديق بالتصدق لصالح الفقراء	52
المطلب الثالث: النماذج التطبيقية للشرط الجزائي في العقود المدانيات	57
الفرع الأول: الاعتماد المستندي	57
الفرع الثاني: عقد الاستصناع	58
الفرع الثالث: بيع المرابحة للآمر بالشراء	60
الفرع الرابع: البيع بالتقسيط	62
المبحث الرابع: أثر الشرط الجزائي في العقود المعاصرة	64
المطلب الأول: آراء العلماء في الشرط الجزائي في العقود المعاصرة	64
الفرع الأول: المجيزون وأدلتهم	64
الفرع الثاني: المانعون وأدلتهم	68
المطلب الثاني: النماذج التطبيقية	71
الفرع الأول: عقد الاستصناع بالنسبة للصانع	71
الفرع الثاني: عقد التوريد بالنسبة للمورد	72
الفرع الثالث: عقود الصيانة	74
خاتمة	77
قائمة المصادر والمراجع	79
الفهارس	87