



كلية الآداب والعلوم الإنسانية مراكش
Fakultät der Lettres et des Sciences Humaines - Marrakech
Faculté des Lettres et des Sciences Humaines - Marrakech

مرکز دراسات الدكتوراه Centre d'Etudes Doctorales

تكوين الدكتوراه

مدارك الاجتماع في المستجدات الإنسانية المعاصرة

ألصوغة جامعة

لنيل شهادة الدكتوراه في موضوع:

الشرق الجزائري وتطبيقاته المعاصرة

في البنوك الإسلامية والتشاركية

تحت إشراف الأستاذ الدكتور

عبد اللطيف أيت عمي

من إعداد الطالب الباحث:

محمد فيري

الموسم الجامعي: 1443 - 1444هـ (2022-2023م)



إهداء

إلى أُمي الحبيبة الغالية

إلى والدي العزيز الغالي

إلى زوجتي الكريمة التي صبرت على انشغالي، وآثرت راحتي عما سواها، وكانت

لي نعم السند في دراستي وبحثي.

إلى فلذات أكبادي: أنس وأنور وبراء حفظهم الله تعالى

إلى قرة عيني ولاء التي اختارها الله إلى جواره

إلى أختي لبني وأخوي منير وياسر أطال الله في عمرهم

إلى كل عاشق للعلم محب للمعرفة

أهدي هذا العمل المتواضع

شكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا مُحَمَّد وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد، أتوجه بخالص شكري وعظيم امتناني إلى أستاذي الجليل فضيلة الدكتور عبد اللطيف أيت عمي الذي أشرف على هذا البحث، وتحمل جهده في متابعته قراءة و مراجعة وتصويبا، وتقديم النصح والتوجيه والإرشاد حتى إتمام هذا العمل في صورته النهائية.

كما أتقدم بالشكر الجزيل، والامتنان الوافر إلى السادة الأساتذة الكرام، أعضاء لجنة المناقشة، على تفضلهم قبول قراءة ومناقشة هذا البحث، وإبداء ملحوظاتهم القيمة وتوجيهاتهم السديدة.

وأجزل الشكر مني، وأوفاه إلى كل من أسهم في هذا البحث وأثراه تقويما وتوجيها ونصحا وإرشادا.

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى جامعة القاضي عياض، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، وأخص بالذكر السيد العميد، ومركز دراسة الدكتوراه: مدارك الاجتهاد في المستجدات الإنسانية المعاصرة، ومختبر الدراسات والبحوث الفقهية وقضايا الهجرة والأقليات، فجزاهم الله خير الجزاء والحمد لله رب العالمين.

مقدمة البحث

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء وأشرف المرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن اتبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد،

فقد اتسم الفقه الإسلامي بشموليته لجميع مناحي الحياة، وصلاحيته لكل الأزمنة والأمكنة والأحوال، وتفاعله مع مختلف الظروف والتغيرات الاجتماعية والاقتصادية والمالية؛ ذلك أنه يمتلك من المقومات الكلية، والمبادئ العامة، والوسائل المرنة، ما يكفل له استيعاب مختلف النوازل المستجدة، والمسائل المستحدثة.

ومن أبرز ما اهتم به الفقه الإسلامي في مساره الاجتهادي قديما وحديثا؛ فقه المعاملات المالية تنظيرا وتطبيقا لاتصاله بالنشاط الإنساني، وارتباطه بالمجتمع العمراني، وحاجة الناس الشديدة والملحة لأحكامه وفتاويه لممارسة أنشطتهم الاقتصادية والمالية، وحماية حقوقهم، وحفظ أموالهم.

وتلك أحد معالم قوة الفقه الإسلامي التشريعية، فضلا عن قدرته على التفاعل مع جزئيات المعاملات المالية بابتكار الوسائل الكفيلة بمسايرة التطورات المتعاقبة في مسار الأمة، في جميع مباحثها وفروعها الفقهية، من ذلك استحداث عقود وشروط جديدة تتوافق مع أصوله الكلية، وقواعده العامة، ومقاصده الإنسانية. وقدرته كذلك على حفظ أصول الأمة المتفق عليها صونا لمقاصد الشرع الكلية. لذا لا غرابة أن تجده متمسكا بتحريم الربا، والغرر والجهالة، وأكل أموال الناس بالباطل لما يترتب عن ذلك من خصومات ومنازعات.

إلا أنه أمام كثرة الإخلال بالالتزامات، والتراخي في تنفيذ العقود، وانتشار المماطلة والإلداد، واستسهال الوعود والأمانات، فإن الاجتهاد الفقهي المعاصر كرس جهده للبحث المطرد والمضني في

مدى انسجام بعض الوسائل المستحدثة في عقود المعاملات المالية مع أصول الشريعة الإسلامية ومقاصدها للتوصل إلى الحكم الراجح فيها وتنزيله على أرض الواقع.

ومن أهم هاته الوسائل التي شاع إعمالها أثناء إبرام العقود، واشتهرت بين الناس في معاملاتهم الفردية والجماعية، وضع شرط جزائي يضمن سلامة العقود المالية واستمرارها. وهو شرط ممتد الجذور في تاريخ البشرية القديمة، غير أن انتشاره ارتبط بالمجتمعات الغربية المعاصرة في جميع مجالاتها، حتى أصبح بندا مضمنا في كل عقد ذي شأن، وشرطا معتمدا من قبل البنوك التقليدية والشركات والمؤسسات والدول.

وكما انكب الفقه الاسلامي على معالجة كل القضايا المستحدثة، فإنه قد تصدى لهاته القضية بحثا ودراسة باعتماد منهجي التأصيل والتنزيل في جميع جزئياتها وتفصيلاتها، وارتباطاتها العلمية والمعرفية والفقهية مع المباحث المالية. وما يقتضيه ذلك من استنباط لأحكام شرعية تنزيلا لشرع الله عز وجل وإنحاضا للواقع. غير أن الخلاف حولها مستمر في المجامع الفقهية، والمؤتمرات العلمية، والندوات الفكرية، والهيئات الشرعية.

وفي هذا السياق تأتي هاته الدراسة الجامعة بين التنظير والتطبيق، رصدًا لمسائل الشرط الجزائي وتحريرها ومناقشتها واستشراف مآلاتها، تحت عنوان: " الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة في البنوك الإسلامية والتشاركية".

إشكالية البحث:

وبناء على ما سبق؛ فإن البحث يروم مقارنة إشكالية يمكن صياغتها كالآتي:

هل يصح شرعا تضمين الشرط الجزائي في جميع عقود المعاملات المالية المعاصرة أم أن الأمر يختلف تبعا لاختلاف طبيعة العقود؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسة مجموعة من الأسئلة، نجملها في الآتي:

1. ما مفهوم الشرط الجزائي؟
2. ما حكم الشرط الجزائي في عقود المعاملات المالية المعاصرة؟
3. هل يختلف حكم الشرط الجزائي تبعاً لاختلاف طبيعة العقود؟
4. ما التطبيقات المعاصرة للشرط الجزائي؟

أهمية الموضوع:

وإذا تقرر أن الإشكالية التي سبق طرحها تأخذ بعداً تأصيلياً وتنزيلياً لمسألة الشرط الجزائي في المعاملات المالية، فإن بحثها يعد من الأهمية بمكان خاصة إن تبين أنها لم تأخذ حيزها المستحق من التقليل العلمي والفقهي والمعرفي ضمن الدراسات الأكاديمية، في ظل حداثة تجربة البنوك التشاركية بالمغرب، وتخوفها من مشكلة تعثر سداد الديون المستحقة في مواعيدها في غياب حلول علاجية واضحة. زاد من حدة ذلك غموض القصد من التعويض عن الضرر بالقانون الإطار المنظم لعمل البنوك التشاركية.

وعطفاً على ما سبق؛ فإن هذا البحث لا تقتصر أهميته في بعده فقط، إنما الإسهام في إبراز قوة الفقه الإسلامي وثبات أهدافه ومرونة وسائله، وصلاحيته لكل الأزمنة والأمكنة والأحوال، وإظهار قدرته على استيعاب القضايا المستعصية والظروف المتغيرة، وإعطاء الأجوبة للنوازل المستجدة، منها: إيجاد بعض الحلول لمشكلة المماطلة في تنفيذ العقود.

ومما زاد البحث أهمية أنه يخوض في قضية الخلاف فيها حاصل بين الفقهاء المعاصرين مما يستدعي استعراض الأدلة ومناقشتها. وقد يظن الظان أن ذلك يتعلق بجمع وترتيب، وليس الأمر كذلك، بل هو تقليب للفكر والنظر في قوتها وحجيتها، للخروج بما يترجح منها نصاً واستنباطاً. خاصة أن المماطلة اللاأخلاقية في تنفيذ الوعود والعقود، والاستهتار بأموال الناس وضياع حقوقهم، أصبحت ظاهرة متفشية في كثير من المعاملات المالية.

لقد شكل الجانب العملي والتطبيقي عنصرا هاما في البحث؛ ذلك أن عرض ودراسة وتحليل ومناقشة الآراء الفقهية المعاصرة التي أجازت فكرة التعويض عن ضرر المماثلة في ضوء أصول الشريعة الإسلامية وقواعدها ومقاصدها. لا يمكن تخطيطها لما لها من تأثير على بناء الرؤية المنهجية الكلية للقضية في ضوء الآليات الاجتهادية.

وإذا كانت النصوص الشرعية هي الموجهة لبنيات البحث، فإن عرض ودراسة المناشير والنصوص القانونية المتصلة بموضوع البحث في بعدها القانوني، قد جعل البحث يتجاوز الإخلال بالرؤية الشمولية، وبوظيفة الربط بواقع المجتمع التشريعي في انسجام تام مع القواعد الفقهية، والمقاصد الشرعية، والمذهب المالكي، والاجتهاد الفقهي المعاصر. وذلك ما تحصل في جزئيات البحث حين أبرز بعض القضايا التي اختلف أو تميز فيها الإطار القانوني المنظم للبنوك التشاركية عن غيره، وبيان مستندها، ومناقشتها.

أسباب اختيار الموضوع:

لم تكن فكرة البحث في مجال المعاملات المالية فكرة طارئة على مساري العلمي، إنما امتدت جذورها إلى مسار الإجازة حين بدأ شغفي العلمي بعلم أصول الفقه ومقاصد الشريعة، وربطه بواقع الأمة العملي في مختلف المجالات. وما إن بدأ ارتباطي بقضاياها من خلال مشاركتي في الندوات والمحاضرات الفكرية والعلمية، حتى برزت أمامي مسائل المعاملات المالية، وهناك بدأ نهمي وازدادت رغبتني في إثراء بحوث المالية الإسلامية بموضوعات ذات جدوى وأهمية للأفراد والجماعات، والدول والمؤسسات.

ولقد كان لنشأة البنوك التشاركية في المغرب دافع أكبر في تعميق الفهم والمعرفة والتخصص بمجال المعاملات المالية المعاصرة، لما توفره من إشكالات ميدانية عملية تفاعلية، وهو ما حصل من خلال احتكاكي بها في جزء هام من البحث خاصة في جانبه التطبيقي. في ظل حاجة البنوك التشاركية

الحديثة الظهور بالمغرب إلى دراسات نظرية وتطبيقية متخصصة في قضايا المعاملات المالية المعاصرة، تُسهم في التعريف بنظامها، وتطوير أدائها، وإيجاد الحلول للمشاكل التي تعيق عملها.

وأمام تفاعلي العلمي والمعرفي مع القضايا الكلية والجزئية في المعاملات المالية، جعلني وفي لحظة أقع على إشكالات جمة، على رأسها إشكالات قضية الشرط الجزائي، خاصة وأن المشرع المغربي لم يدرجها في المواد القانونية المؤطرة لعمل البنوك التشاركية، واقتصر على التعويض عن الضرر الفعلي بعد حدوثه، مما سيعقد حل مشكلة التراخي في تنفيذ العقود، وكثرة الإخلال بالالتزامات، الأمر الذي جعل الحاجة ماسة وملحة لمقاربة هذه القضية بحثاً ودراسة.

إن عدم تمييز المشرع المغربي بين عقود المداينات وعقود الأعمال في تضمين الشرط الجزائي من عدمه كان من أهم أسباب اختياري لهذا الموضوع رغبة في بسط رؤية معرفية ومنهجية كفيلة بإمداد المشرع المغربي بما يسهم في تجويد نصوصه القانونية والتشريعية في مجال المعاملات المالية خاصة منها تلك المتعلقة بالبنوك التشاركية.

الصعوبات:

ولما كان البحث على درجة كبيرة من الأهمية، لم أتردد في الاستفادة ممن أتاحت لي فرصة اللقاء بهم من الأساتذة والباحثين، وعلى رأسهم أستاذي الفاضل الدكتور عبد اللطيف أيت عمي، الذي كان السند في توجيه العمل إلى ما هو عليه، مما كان له الأثر الكبير في تذليل الصعوبات التي واجهت البحث، والتي يمكن إجمالها كالآتي:

- خطورة البحث في الموضوع، والتهيب من ترجيح بعض الأحكام حوله، لالتباسه بمسألة الربا المتشعبة.
- حادثة تجربة البنوك التشاركية.
- ندرة التطبيقات المعاصرة للشرط الجزائي بالبنوك التشاركية.

■ غياب بحوث اللجنة الشرعية للمالية التشاركية التي استندت إليها في إصدار الآراء بالمطابقة حول القانون المنظم لعمل البنوك التشاركية.

الدراسات السابقة:

إن الصعوبات السابقة كما دُللت بمن التقيتهم شفهيًا، فإنها ذلت أيضًا بما أُتيح لي من اطلاع على كتب في المجال؛ إذ ليست هذه أول دراسة كتبت في الموضوع، بل تناولته مجموعة من الدراسات القانونية والفقهية، غير أن هذه الدراسة تختلف عن سابقتها من حيث الرؤية والمنهج، وطريقة العرض والترتيب، والمناقشة العلمية، مما أفرز اختلافًا مع أغلبها في مجموعة من النتائج، كما سيتبين من خلال عرض خلاصة عن كل دراسة على حدة.

زد على ذلك أن هذا البحث يتناول بالدراسة والتحليل قضية الشرط الجزائي بما يراعي الخصوصية المغربية، ويستلهم أصول وقواعد المذهب المالكي، ومقاصد الشريعة الإسلامية، ويستحضر الاجتهاد الفقهي المعاصر. ويسعى إلى تفسير الغموض الذي يكتنف المواد القانونية المتعلقة بمسألة التعويض عن الضرر الفعلي المثبت في حالة عدم وفاء العميل بالوعد بالشراء، أو في حالة التوقف عن السداد، خاصة وأن المشرع المغربي اكتفى بنفس المحتوى، وكرره في جميع المواد النازمة للصيغ التمويلية دون تمييزه بين عقود المداينات والأعمال.

ومن أهم ما وقفت عليه الدراسات الآتية:

الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة- (رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 1416هـ/1995م): إعداد أسامة الحموي، الطبعة الأولى، دار النوادر، بيروت، 1433هـ/2012م.

وقد تناول في بحثه موقف الفقهاء من الشروط، ومن الشرط الجزائي، والأدلة التي تنهض بمشروعته وتكييفه الفقهي، وخصائصه وآثار تطبيقه، وسلطة القاضي في تعديله.

وقد اختلفت هذه الدراسة معه في المنهج والتكيف، وطريقة عرض الأقوال ومناقشتها، وموقف المذهب المالكي من الأصل في الشروط المقترنة بالعقود؛ حيث عرضت هذه الدراسة للشرط الجزائي من الناحيتين: القانونية والفقهية في فصلين منفصلين في حين مزج الباحث بينهما في بحثه مزجا يصعب معه إدراك التصور والتحليل والمناقشة والاحتجاج وترجيح الأحكام.

كما لم يتناول في بحثه صور الشرط الجزائي في الديون وغير الديون، والتطبيقات المعاصرة للشرط الجزائي في المداينات والأعمال، ولم يعرض لأقوال الفقهاء في المسائل، ومناقشتها، واختيار الحكم الراجح منها.

بحوث الشرط الجزائي المقدمة لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، في دورته الثانية عشرة المنعقدة في الرياض سنة 1421هـ، منشورة بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، الجزء الثاني، 1421هـ/2000م.

وقد تناولت هذه البحوث قضية الشرط الجزائي بصورة عامة ومختصرة؛ من حيث بيان تعريف الشرط وأقسامه، وتحديد مفهوم الشرط الجزائي وتكييفه الفقهي وحكمه الشرعي. ولم تتناول القضية من خلال تفصيلاتها وصورها في الديون وفي غير الديون. ولم تعرض بتفصيل لمختلف الأقوال الفقهية، وتناقشها للتوصل إلى الحكم الراجح منها بناء على الأدلة الشرعية والعقلية.

الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، دراسة فقهية مقارنة: إعداد محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، رسالة دكتوراه، جامعة الملك سعود، 1425-1426هـ.

وقد تناول الباحث في دراسته الشرط الجزائي في القانون باختصار، وبين معناه في الفقه الإسلامي وتكييفه الفقهي، وحكمه الشرعي في الديون وفي غير الديون، وأثر الوفاء به، وبعض التطبيقات المعاصرة له في عقود المداينات والأعمال.

ولم يتناول بالدراسة والتحليل مناهج الفقهاء في تقسيم الشرط وإطلاقاته، وأسباب تباين مواقف الفقهاء من الشروط المقترنة بالعقود، والقواعد الفقهية المتصلة بالشروط التقييدية المقترنة بالعقد.

كما أن هذه الدراسة اختلفت معه في حكم الشرط الجزائي في غير الديون.

هذه أهم الدراسات التي تناولت موضوع البحث بالدراسة والتحليل، وهناك دراسات أخرى تناولته في جزء منها ضمن موضوع عام، وقد استفاد البحث من المادة العلمية لمجموع هذه الدراسات بعد الرجوع إلى مضامها الأصلية، والتوسع فيها، وفي كل ما يتصل بالموضوع من الناحيتين القانونية والفقهية، مما ساعده على وضوح الرؤية والمنهج والخطوة.

منهج البحث:

هكذا يتضح أن الجمع بين ما سبق في قالب علمي معرفي، تأصيلي تنزيلي، يحتاج إلى آليات منهجية قادرة على استيعاب تعقيدات الموضوع في تكامله وارتباطاته، وزوايا النظر، وتعدد علومه، وتنوع مصادره ومراجعته، سواء منها الأصلي كأمهات الكتب المتخصصة أو التبعية كالدراسات الحديثة، وما يستتبع ذلك من إمكانات المراجعة والاستدراك، لذلك اقتضت طبيعة البحث وموضوعه اعتماد المناهج الآتية:

المنهج الاستقرائي: الذي ساعد في جمع وتتبع المادة العلمية والمسائل الفقهية من مصادرها المتعددة، حيث تم الرجوع إلى أمهات المصادر في اللغة والتفسير والحديث وأصول الفقه، والكتب الفقهية على اختلاف مذاهبها ومشاربها، والدراسات الحديثة الفقهية والقانونية، والمقالات بالمجلات العلمية المحكمة، وقرارات المجامع الفقهية، وفتاوى بعض الهيئات الشرعية، وكل ما أسهم في إثراء مادة البحث المعرفية.

المنهج الوصفي التحليلي: الذي يبنى على وصف وتحليل وتفكيك المادة العلمية المرتبطة بموضوع البحث؛ وذلك من خلال الوقوف على دراسة المفاهيم والمسائل الفقهية والقانونية، وتحليلها ومناقشتها.

المنهج المقارن: الذي يستند على المقارنة بين الأقوال والآراء الفقهية في المسائل المختلفة، وبيان أدلتها، ومناقشتها، واختيار الراجح منها بناء على قوة دلالتها، وحجية منطقتها، وملاءمتها لأصول الشريعة ومقاصدها.

وقد سلكت في **الخطوة** منهجا منسجما مع القضية البحثية التي تجمع بين التأصيل والتنزيل تبعا للمنهجية المعرفية التكاملية الإسلامية؛ لذلك فقد كان البحث على وعي تام، وإدراك كلي لمسألة تقسيم أبوابه وفصوله ومباحثه ومطالبه وفروعه، فإن انتظم في بابين: أحدها نظري، والآخر تطبيقي، فإن القضايا المتفرعة عنهما والمتمثلة في الفصول والمباحث والمطالب والفروع كان تقسيمها تبعا لما تحصل فيها من النظر القانوني والفقهية، ومن ثم فلا مندوحة إن تمايز التقسيم بينها من حيث الكم لا الكيف.

أما التوثيق فقد سلكت فيه المنهج الآتي:

1. اعتماد رواية ورش عن نافع في كتابة الآيات القرآنية.
2. توثيق الأقوال من مضانها الأصلية.
3. توثيق الآيات القرآنية في الهامش ببيان السورة وذكر رقم الآية.
4. تخريج الأحاديث النبوية بذكر المؤلف الحديثي، وصاحبه، والكتاب، والباب، ورقم الحديث، والجزء والصفحة.
5. تخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية، مع بيان درجتها إن لم تكن من الصحيحين أو أحدهما.
6. التعريف بالأعلام غير المشهورين من كتب التراجم والسير المعتمدة.

7. التعريف بالدلالات اللغوية من كتب المعاجم المعتمدة، وأحيل عليها في الهامش بذكر المادة اللغوية والجزء والصفحة.

8. جعل الأحاديث النبوية والآثار بين قوسين ()، وأقوال العلماء بين مزدوجتين " "، وقد يتم وضع الجملة الاعتراضية بين عارضتين تيسيرا للفهم على القارئ.

خطة البحث:

اقتضت الضرورة المنهجية أن ينتظم هذا البحث في مقدمة ومدخل وبابين وخاتمة، بالإضافة إلى لائحة المصادر والمراجع.

أما المقدمة فقد تحدثت عن التصور العام عن موضوع البحث، وإشكاليته، وأهميته، وأسباب اختياره، والصعوبات التي واجهتني أثناء إنجازهِ، والدراسات السابقة حوله، والمنهج المعتمد، والخطة.

أما المدخل فقد تناول وسائل حفظ الالتزامات المالية في الفقه الإسلامي في أربع قضايا رئيسة، وهي: الرهن والكفالة وهامش الجدية والتأمين التكافلي. وذلك من حيث تعريفها وحُكمها وأهميتها باعتبارها ضمانات أساسية لضمان حقوق المتعاقدين وحفظ التزاماتهم.

وأما الباب الأول النظري: فقد حُصص للحديث عن الشرط الجزائي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، وانتظم في ثلاثة فصول:

أما الفصل الأول فقد أُفرد للشرط الجزائي في القانون الوضعي، واشتمل على مبحثين: حُصص المبحث الأول للحديث عن الشرط الجزائي في القانون من حيث مفهومه، وطبيعته، والمقصد من تشريعه، وشروط استحقاقه، وانتظم في أربعة مطالب، تناول المطلب الأول مفهوم الشرط الجزائي في القانون، والمطلب الثاني المقصد القانوني من تشريعه، والمطلب الثالث طبيعته، والمطلب الرابع شروط استحقاقه.

أما المبحث الثاني فقد حُصص للحديث عن الشرط الجزائي والمفاهيم ذات الصلة، وانتظم في مطلبين: تناول المطلب الأول تعريف الشرط الجزائي والغرامة التهديدية وبين أهم الفروق بينهما، وتناول المطلب الثاني تعريف الشرط الجزائي والعربون وبين أهم الفروق بينهما.

وأما الفصل الثاني فقد تحدث عن الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، واشتمل على مبحثين: حُصص المبحث الأول للحديث عن مفهوم الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، وانتظم في ثلاثة مطالب: تناول المطلب الأول تعريف الشرط لغة واصطلاحاً عند الأصوليين والفقهاء، والمطلب الثاني تعريف السبب لغة واصطلاحاً، والمطلب الثالث تعريف الجزاء لغة واصطلاحاً.

أما المبحث الثاني فقد تحدث عن مناهج الفقهاء في تقسيم الشرط وإطلاقاته، وانتظم في ثلاثة مطالب: تناول المطلب الأول إطلاق الشرط، والمطلب الثاني مناهج الفقهاء في تقسيمات الشرط، والمطلب الثالث تقسيم الشرط باعتبار مصدر اشتراطه.

وأما الفصل الثالث فقد تحدث عن الشروط التقييدية المقترنة بالعقد، واشتمل على أربعة مباحث: حُصص المبحث الأول للحديث عن الشرط التقييدي والتعليقي، وانتظم في مطلبين: أُفرد المطلب الأول لمعنى الشروط التقييدية المقترنة بالعقد، والمطلب الثاني للفرق بين الشرط التقييدي والتعليقي.

وأما المبحث الثاني فقد حُصص لأقسام الشروط المقترنة بالعقد، وانتظم في خمسة مطالب: تناول المطلب الأول أقسام الشروط عند الحنفية، والمطلب الثاني أقسامها عند المالكية، والمطلب الثالث أقسامها عند الشافعية، والمطلب الرابع أقسامها عند الحنابلة، والمطلب الخامس أقسامها عند الظاهرية.

وأما المبحث الثالث فقد أُفرد لموقف الفقهاء من الشروط المقترنة بالعقد، وانتظم في مطلبين: تناول المطلب الأول مقارنة بين المذاهب في حكم الشروط المقترنة بالعقود، والمطلب الثاني أسباب تباين مواقف الفقهاء من الشروط المقترنة بالعقود.

وأما المبحث الرابع فقد تحدث عن القواعد الفقهية المتصلة بالشروط التقييدية المقترنة بالعقد، واشتمل على خمسة مطالب: تناول المطلب الأول: قاعدة الأصل في الشروط الصحة إلا ما دل الدليل على فساده، والمطلب الثاني: قاعدة مقاطع الحقوق عند الشروط، والمطلب الثالث: قاعدة كل عقد شرط فيه شرط مناف لما يقتضيه مفسد له، والمطلب الرابع: قاعدة العرف يتنزل منزلة الشرط، والمطلب الخامس: قاعدة ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط.

وأما الباب الثاني التطبيقي فقد حُصص للحديث عن الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة في البنوك الإسلامية والتشاركية، وانتظم في فصلين:

أما الفصل الأول فقد أُفرد للشرط الجزائي في المداينات وتطبيقاته المعاصرة في البنوك الإسلامية والتشاركية، واشتمل على مبحثين: حُصص المبحث الأول للحديث عن الشرط الجزائي في المداينات، وانتظم في مطلبين: تناول المطلب الأول حقيقة الدين لغة واصطلاحاً، والمطلب الثاني حكم الشرط الجزائي في الديون.

أما المبحث الثاني فقد حُصص للحديث عن التطبيقات المعاصرة للشرط الجزائي في المداينات في البنوك الإسلامية والتشاركية، وانتظم في ثلاثة مطالب: تناول المطلب الأول الشرط الجزائي في بيع المراجعة للآمر بالشراء، والمطلب الثاني الشرط الجزائي في الاعتماد المستندي، و المطلب الثالث الشرط الجزائي في عقد السلم.

وأما الفصل الثاني فقد تحدث عن الشرط الجزائي في غير الديون (الأعمال) وتطبيقاته المعاصرة في البنوك الإسلامية والتشاركية، واشتمل على مبحثين: حُصص المبحث الأول للحديث عن حكم

الشرط الجزائي في غير الديون، وانتظم في مطلبين: تناول المطلب الأول صور الشرط الجزائي في غير الديون، والمطلب الثاني خلاف العلماء المعاصرين في حكم الشرط الجزائي في غير الديون.

أما المبحث الثاني فقد تحدث عن التطبيقات المعاصرة للشرط الجزائي في غير الديون (الأعمال) في البنوك الإسلامية والتشاركية، وانتظم في مطلبين: تناول المطلب الأول الشرط الجزائي في عقد الإجارة، والمطلب الثاني الشرط الجزائي في عقد الاستصناع.

وذيلت البحث بخاتمة تضمنتها أهم النتائج.

ولا يفوتني في الختام، أن أتقدم بجزيل الشكر، ووافر الامتنان، لكل من أعانني على إنجاز هذا البحث، وساعدني على إتمامه، وفي مقدمتهم أستاذي المشرف الدكتور عبد اللطيف أيت عمي، الذي أفادني بتوجيهاته القيمة، وآرائه السديدة، وتعليقاته النفيسة، وأعطاني من وقته وتوجيهاته ما ذلل أمامي عقبات كثيرة، وشجعني وحفزني على إنهاء البحث. فجزاه الله عني خير الجزاء وبارك في جهوده.

مدخل: وسائل حفظ الالتزامات المالية في الفقه الإسلامي

أولاً: الرهن.

ثانياً: الكفالة.

ثالثاً: هامش الجدية.

رابعاً: التأمين التكافلي

مدخل: وسائل حفظ الالتزامات المالية في الفقه الإسلامي

شرع الإسلام وسائل عديدة لحفظ الالتزامات المالية وحمايتها من المخاطر الائتمانية بعثا للاطمئنان في نفوس الأطراف المتعاقدة، وتحقيقا للأمن على أموالها من الضياع والغدر والغرر، وتسهيلا لعمليات الائتمان، وتسريعا لوتيرة حركة التعاقد، وتشجيعا للاستثمار، وتقليلا للمنازعات، ودعما لمفسدة المماطلة عن السداد، الأمر الذي يؤثر بشكل إيجابي على النظام الاقتصادي والتنمية المجتمعية. ومن أهم هذه الوسائل: العقود التوثيقية التبعية التي غايتها حفظ الحقوق وحمايتها، والمتمثلة في الرهن والكفالة، وهامش الجدية، والتأمين التكافلي.

أولا: الرهن

1. تعريف الرهن:

أ- الرهن في اللغة: يطلق ويراد به معان متعددة أهمها:

• الدوام والثبوت:

تقول: "رهن الشيء: دام وثبت"¹، قال ابن فارس: "الراء والهاء والنون أصل يدل على ثبات شيء، يُمسك بحق، أو غيره، ... والشيء الراهن: الثابت الدائم"²، و"كل شيء ثبت ودام فقد رهن...، يقال: طعام راهن، أي: دائم...، وراهنه في البيت: أي: دائمة ثابتة"³.

¹ الصحاح: أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري (ت393هـ)، باب النون، فصل الراء، مادة (رهن)، 2128/5، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، الطبعة الرابعة، دار العلم للملايين، بيروت، 1407هـ/1987م. ومختار الصحاح: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الرازي (ت666هـ)، باب الراء، مادة (رهن)، ص130، تحقيق يوسف الشيخ محمد، الطبعة الخامسة، المكتبة العصرية، بيروت، 1420هـ/1999م.

² مقاييس اللغة: أبو الحسين أحمد بن فارس (ت395هـ)، كتاب الراء، باب الراء والهاء وما يثلاثهما، مادة (رهن)، 452/2، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دون طبعة، دار الفكر، 1399هـ/1979م.

³ لسان العرب: محمد بن مكرم بن منظور، (ت711هـ)، حرف النون، فصل الراء، مادة (رهن)، 189/13-190، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، 1414هـ.

• الحبس:

تقول: رهنه المتاع بالدين رهنا حبسته به فهو مرهون¹. ومنه قوله تعالى: ﴿كُلُّ إِمْرٍءٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾²، وقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾³، أي: محبوسة⁴.

• اللزوم: فالرهن في كلام العرب هو "الشيء الملزم"⁵.

ب- الرهن في اصطلاح الفقهاء:

عرف الفقهاء الرهن بتعريفات متقاربة نوردتها حسب كل مذهب من المذاهب الفقهية:

• تعريف الحنفية:

عرف الحنفية الرهن بأنه: "عقد وثيقة بمال، مشروع للتوثق في جانب الاستيفاء"⁶، كما عُرِفَ أيضا بأنه: "حبس شيء مالي بحق يمكن استيفاؤه منه"⁷.

¹ المصباح المنير: أحمد بن محمد بن علي الفيومي (770هـ)، كتاب الرء، باب الرء مع الهاء وما يثلثهما، مادة (رهن)، 242/1، تحقيق عبد العظيم الشناوي، الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة، دون تاريخ.

² سورة الطور، الآية: 19.

³ سورة المدثر، الآية: 38.

⁴ عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ: أحمد بن يوسف بن عبد الدائم المعروف بالسمين الحلبي (ت756هـ)، باب الرء، فصل الرء والهاء، مادة (رهن)، 118/2، تحقيق محمد باسل عيون السود، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1417هـ/1996م.

⁵ لسان العرب: ابن منظور، حرف النون، فصل الرء، مادة (رهن)، 189/13.

⁶ المبسوط: محمد بن أحمد السرخسي (ت483هـ)، 63/21، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، 1409هـ/1989م.

⁷ رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين): محمد أمين بن عمر ابن عابدين (ت1252هـ)، 68/10-69، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ/2003م.

• تعريف المالكية:

عرف المالكية الرهن بأنه: "احتباس العين وثيقة بالحق ليستوفي الحق من ثمنه، أو من ثمن منافعتها عند تعذر أخذه من الغريم مفردة كانت أو مشاعة"¹، وعُرف أيضا بأنه: "إعطاء امرئ وثيقة بحق"². واعترض ابن عرفة (ت894هـ) على هذا التعريف بأنه: "لا يتناول الرهن بحال لأنه اسم، والإعطاء مصدر وهما متباينان، ويعني بذلك أن الرهن وإن كان في الأصل مصدرا لكن غلب في عرف الفقهاء إطلاقه على الشيء المرهون، فالأولى أن يقول: مال معطى"³، واعتبارا لذلك عرفه بأنه: "مال قبضه توثق به في دين"⁴.

• تعريف الشافعية:

عرف الشافعية الرهن بأنه: "جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفي منها عند تعذر وفائه"⁵.

• تعريف الحنابلة:

عرف الحنابلة الرهن بأنه: "جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفي منها عند تعذر استيفائه ممن هو عليه"⁶.

¹ التلقين: أبو مُحمَّد عبد الوهاب القاضي المالكي (ت466هـ)، 163/2، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1425هـ/2004م.

² جامع الأمهات: أبو عمرو جمال الدين ابن الحاجب (ت646هـ)، ص 376، تحقيق أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضر، الطبعة الثانية، اليمامة، 1421هـ/2000م.

³ منح الجليل شرح مختصر خليل: مُحمَّد عlish، 418/5، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، 1404هـ/1984م.

⁴ شرح حدود ابن عرفة: أبو عبد الله مُحمَّد الأنصاري الرصاع (ت894هـ)، ص409، تحقيق مُحمَّد أبو الأجناف والطاهر المعموري، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1993م.

⁵ الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: شمس الدين مُحمَّد بن أحمد الخطيب الشربيني (ت977هـ)، 51/2، تحقيق مُحمَّد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1425هـ/2004م. ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: الخطيب الشربيني (ت977هـ)، 159/2، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1418هـ/1997م.

⁶ المبدع في شرح المقنع: أبو إسحاق إبراهيم بن مُحمَّد بن مفلح، برهان الدين (ت884هـ)، 202/4، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ/1997م.

ويستفاد من هذه التعريفات أن الجميع عرف الرهن بالمعنى المصدري، إلا ابن عرفة فقد عرفه بالمعنى الاسمي فدل ذلك على أن الشيء المرهون هو "مال يجعل وثيقة بدين يُستوفى منها عند تعذر الوفاء به ممن هو عليه".

2. حكم الرهن:

دل على مشروعية الرهن الكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَبَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَ مَقْبُوضَةٌ﴾¹.

ومن السنة: ما روي عن عائشة رضي الله عنها، أنها قالت: (اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاماً من يهودي بنسيئة، ورهنه درعاً له من حديد)².

وعنها أنها قالت: (توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ودرعه مرهونة عند يهودي بثلاثين صاعاً من شعير)³.

وأما الإجماع: فقد أجمع أهل العلم على جواز الرهن في السفر، واختلفوا في حكمه في الحضر، والجمهور على جوازه، ولم يخالف إلا مجاهد والضحاك وداود الظاهري، مستدلين بآية الرهن، يقول القرطبي: "قال جمهور من العلماء: الرهن في السفر بنص التنزيل، وفي الحضر ثابت بسنة الرسول صلى الله عليه وسلم، وهذا صحيح. وقد بينا جوازه في الحضر من الآية بالمعنى؛ إذ قد تترتب الأعذار في الحضر، ولم يرو عن أحد منعه في الحضر سوى مجاهد والضحاك وداود، متمسكين بالآية. ولا حجة

¹ سورة البقرة، الآية: 282.

² أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب السلم، باب الكفيل في السلم، رقم الحديث: 2252، 86/3، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، الطبعة الأولى، دار طوق النجاة، 1422هـ. ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر، رقم الحديث: 1603، 1226/3، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1374هـ/1955م.

³ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب ما قيل في درع النبي صلى الله عليه وسلم والقميص في الحرب، رقم الحديث: 2916، 41/4.

فيها، لأن هذا الكلام وإن كان خرج مخرج الشرط فالمراد به غالب الأحوال. وليس كون الرهن في الآية في السفر مما يحظر في غيره".¹ وقال ابن المنذر رحمه الله: "وأجمعوا على أن الرهن في السفر والحضر جائز، وانفرد مجاهد، فقال: لا يجوز في الحضر"²، وقال ابن هبيرة: "اتفقوا على جواز الرهن في الحضر والسفر"³. فالرهن "جائز في السفر بالكتاب وفي الحضر بالسنة، وبه قال عامة أهل العلم، فالرهن جائز في السفر بنص الكتاب واتفاق الأمة"⁴.

وفي المعقول: أن الناس يحتاجون إليه في تعاملاتهم المالية عموماً، وذلك لما فيه من توثيق الحق عن الجحود والضياع، والقدرة على استيفائه من الكفيل عند حلول أجله.

ثانياً: الكفالة

1. تعريف الكفالة:

أ- **الكفالة في اللغة:** الضمان، قال ابن فارس: "الكاف والفاء واللام أصل صحيح يدل على تضمن الشيء للشيء، من ذلك الكفل: كساء يدار حول سنام البعير ومن الباب الكفيل، وهو الضامن، تقول: كفل به يكفل كفالة، والكافل الذي يكفل إنساناً يعوله"⁵.

¹ الجامع لأحكام القرآن: أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي (ت 671هـ)، 4/465، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وآخرون، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1427هـ/2006م.

² الإجماع: محمد بن إبراهيم بن المنذر، ص 101، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد، الطبعة الأولى، دار المسلم، السعودية، 1425هـ/2004م.

³ اختلاف الأئمة العلماء: يحيى بن محمد بن هبيرة الذهلي الشيباني، أبو المظفر، عون الدين (ت 560هـ)، 1/415، تحقيق السيد يوسف أحمد، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1423هـ/2002م.

⁴ الإقناع في مسائل الإجماع: علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان (ت 628هـ)، 2/191، تحقيق حسن بن فوزي الصعدي، الطبعة الأولى، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، 1424هـ/2004م.

⁵ مقاييس اللغة: ابن فارس، كتاب الكاف، باب الكاف والفاء وما يثقلهما، مادة (كفل)، 5/187.

ب- الكفالة في اصطلاح الفقهاء:

اختلف الفقهاء في تعريف الكفالة تبعا لاختلافهم فيما يترتب عليها من أثر¹:

• تعريف الحنفية:

الكفالة عند جمهور الحنفية تعني "ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة"² لا غير، فلا تُثبت الكفالة الدين في ذمة الكفيل عند الأحناف، وإنما يبقى الدين ثابتا في ذمة الأصيل، والضم إنما يكون في "المطالبة مطلقا بنفس أو بدين أو عين"³. وبناء عليه "لا تشغل ذمة الكفيل بالدين، وإنما حق الدائن في مطالبته ليكون ذلك دافعا للأصيل على الوفاء بما عليه"⁴.

وعرفها بعضهم بأنها: "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في الدين"⁵. وقال في الهداية: "والأول أصح"⁶.

وقد اختلف الحنفية في أقسام الكفالة إلى فريقين: فريق يرى أن الكفالة ثلاثة أقسام، هي: كفالة النفس وكفالة العين وكفالة الدين، وزاد بعضهم قسما رابعا وهو الكفالة بتسليم المال، ويمكن دخوله في كفالة الدين⁷، في حين يرى فريق آخر أنها في الأصل قسمان هما: كفالة بالنفس وكفالة

¹ الموسوعة الفقهية: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، 287/34، الطبعة الأولى، دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1416هـ/1995م.

² الهداية شرح بداية المبتدي: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (ت593هـ)، 87/3، تحقيق طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون طبعة وتاريخ.

³ الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: محمد بن علي بن عبد الرحمن الحصكفي (ت1088هـ)، ص451، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1423هـ/2002م. ورد المختار: ابن عابدين، 553/7.

⁴ نظرية الضمان الشخصي (الكفالة): محمد بن إبراهيم الموسى، ص139، دون طبعة، الناشر: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1411هـ/1991م.

⁵ الهداية شرح بداية المبتدي: المرغيناني، 87/3. والعناية شرح الهداية: محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرقي (ت786هـ)، 163/7، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، دون طبعة ولا تاريخ.

⁶ الهداية شرح بداية المبتدي: المرغيناني، 87/3.

⁷ الدر المختار: الحصكفي، ص451. و ورد المختار: ابن عابدين، 553/7.

بالمال¹، ثم تنقسم الكفالة بالمال إلى قسمين هما: كفالة الديون، وكفالة الأعيان. جاء في تبين الحقائق: " وأنواعها في الأصل نوعان هما: كفالة بالنفس وكفالة بالمال، والكفالة بالمال نوعان: كفالة بالديون... وكفالة بالأعيان"².

• تعريف المالكية:

الكفالة عند المالكية تعني: "شغل ذمة أخرى بالحق"³، وقوله: (شغل) جنس شمل الضمان وغيره، وإضافته ل (ذمة) فصل مخرج لشغل غيرها، ونعت ذمة ب (أخرى) فصل ثان مخرج الحوالة والبيع والإجارة والنكاح والخلع ونحوها، إذ ليس فيهما شغل ذمة أخرى مع الذمة الأولى، لأن البيع ليس فيه إلا شغل ذمة المشتري، والحوالة ليس فيها إلا شغل ذمة المحال عليه، وقوله (شغل ذمة أخرى) من باب إضافة المصدر لمفعوله، والمراد: أن يشغل رب الحق ذمة الضامن مع ذمة المضمون عنه بالحق. وقوله: (بالحق) إما ابتداء أو انتهاء، وأل في الحق للعهد أي الحق الأول. والشغل بالحق شامل لشغل الذمة بالحق دون التوقف على شيء كما في ضمان الدين، أو بعد التوقف على شيء آخر كعدم إتيان الضامن بالمضمون، أو تفريط الضامن في الطلب، كما في ضمان الوجه والطلب، فشمل التعريف أنواع الضمان الثلاثة: ضمان المال، وضمان الوجه، وضمان الطلب⁴.

¹ المبسوط: السرخسي، 162/19. وشرح فتح القدير: كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن الهمام، 155/7، تحقيق عبد الرزاق غالب المهدي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1424هـ/2003م. والهداية شرح بداية المبتدي: المرغيناني، 87/3. والعناية شرح الهداية: البابرتي، 164/7.

² تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: عثمان بن علي الزيلعي (ت1021هـ)، 147/4، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1314هـ.

³ التلقين: القاضي عبد الوهاب، 174/2.

⁴ منح الجليل: عlish، 198/6. وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت1230هـ)، 329/3-330، دار الفكر، دون طبعة وبدون تاريخ. ونظرية الضمان الشخصي (الكفالة): محمد ابن إبراهيم الموسى، ص141-142. بتصرف

• تعريف الشافعية:

الكفالة عند الشافعية تعني: "التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونة"¹. فقوله: (التزام حق ثابت في ذمة الغير)، أي: أن يلتزم الكفيل (الضامن) حقا ثابتا للمكفول له في ذمة غيره، لأنه لا يصح عند الشافعية ضمان ما لم يجب بل لا بد أن يكون المضمون ثابتا، وقوله: (إحضار من هو عليه)، أي: أن يلتزم إحضار الذي عليه الحق، وهذه كفالة البدن، وقوله: (عين مضمونة)، أي: أن يلتزم أن يحضر له عينا من يد غيره التي هي في يده مضمونة عليه، كأن تكون مغصوبة².

• تعريف الحنابلة:

الكفالة عند الحنابلة تعني: "التزام رشيد إحضار من عليه حق مالي إلى ربه"³، أي: أن الكفيل ملزم بإحضار بدن المكفول به الذي عليه حق مالي ليؤدي الحق إلى صاحبه، وبناء عليه لا تصح كفالة من عليه حد، أو قصاص⁴.

• تعريف الظاهرية:

يقول ابن حزم: "فمن كان له على آخر حق مال من بيع، أو من غير بيع من أي وجه كان - حالا أو إلى أجل - سواء كان الذي عليه الحق حيا أو ميتا، فضمن له ذلك الحق إنسان لا شيء

¹ مغني المحتاج: الشربيني، 257/2. وأسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا بن مُجَدِّد بن زكريا الأنصاري (ت 926هـ)، 235/2، دار الكتاب الإسلامي، دون طبعة وبدون تاريخ.

² الإقناع: الشربيني، 84/2-85. ونظرية الضمان الشخصي (الكفالة): مُجَدِّد ابن إبراهيم الموسى، ص142. بتصرف

³ منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات: تقي الدين مُجَدِّد بن أحمد الفتوحي الشهير بابن النجار (ت 972هـ)، 295/1، تحقيق عبد الله المحسن التركي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، 1421هـ/2000م. والروض المربع: منصور بن يونس البهوتي (ت 1051هـ)، 316/2، تحقيق خالد بن علي المشيقح وآخرون، الطبعة الأولى، دار رقائق للنشر والتوزيع، الكويت، 1438هـ. بتصرف

⁴ كشف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت 1051هـ)، 1605/5-1607، تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ/2003م. بتصرف

عليه للمضمون عنه بطيب نفسه وطيب نفس الذي له الحق، فقد سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال - ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه، ولا على ورثته أبدا بشيء من ذلك الحق - انتصف أو لم ينتصف - ولا بحال من الأحوال - ولا يرجع الضامن على المضمون عنه، ولا على ورثته أبدا بشيء مما ضمن عنه أصلا - سواء رغب إليه في أن يضمه عنه أو لم يرغب إليه في ذلك - إلا في وجه واحد، وهو: أن يقول الذي عليه الحق: اضمن عني ما لهذا علي فإذا أديت عني فهو دين لك علي: فها هنا يرجع عليه بما أدى عنه لأنه استقرضه ما أدى عنه: فهو قرض صحيح"¹.

وبناء على هذا النص الذي أورده ابن حزم عن الكفالة (الضمان) يمكن أن نستخلص تعريفا لها عند الظاهرية فنقول: "الكفالة نقل حق من ذمة إلى ذمة أخرى"، "فتكون الكفالة والحالة سواء"². وذهب إلى هذا الرأي أيضا ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأبو ثور³.

¹ المحلى بالآثار: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، 396/6، تحقيق عبدالغفار سليمان البنداري، دار الفكر، بيروت، دون طبعة وبدون تاريخ.

² المحلى بالآثار: ابن حزم، 400/6.

³ المحلى بالآثار: ابن حزم، 400/6. والمعونة على مذهب عالم المدينة: القاضي عبد الوهاب البغدادي (ت422هـ)، 1231/2، تحقيق حميش عبد الحق (رسالة دكتوراه من جامعة أم القرى)، المكتبة التجارية، مكة المكرمة. والإشراف على مذاهب العلماء: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر، 228/6، تحقيق صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، الطبعة الأولى، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، 1425هـ/2004م. والمغني: موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، (ت620هـ)، 84/7، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 1417هـ/1997م. والاستذكار: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر (ت463هـ)، 217/7، تحقيق سالم محمد عطا، محمد علي معوض، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ/2000م.

وتأسيساً على ما سبق؛ يمكن تصنيف هذه التعريفات إلى ثلاثة اتجاهات¹:

الاتجاه الأول: يرى أن الكفالة ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في الدين، فيثبت الدين في ذمتها معاً. وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية.

الاتجاه الثاني: يرى أن الكفالة ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة فقط لا في أصل الدين، حيث يبقى الدين ثابتاً في ذمة الأصيل، والمطالب به الاثنان: الكفيل والمكفول عنه. وهو القول المختار عند الحنفية.

الاتجاه الثالث: يرى أن الكفالة نقل للدين من ذمة الأصيل إلى ذمة الكفيل الذي تبرأ ذمته من الدين، فهي والحوالة سواء. وهو قول الظاهرية.

2. حكم الكفالة:

دل على مشروعية الكفالة الكتاب والسنة والإجماع:

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿وَلَمَسْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾²، أي: "كفيل³ ضامن، وهذا نص في جواز الكفالة"⁴.

¹ الشروط التعويضية في المعاملات المالية (رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1428هـ): عياد بن عساف بن مقبل العنزي، 806-801/2، الطبعة الأولى، دار كنوز إشبيلية، السعودية، 1430هـ/2009م. بتصرف

² سورة يوسف، الآية: 72.

³ معاني القرآن وإعرابه: إبراهيم بن السري بن سهل، أبو إسحاق الزجاج (ت311هـ)، 120/3، تحقيق عبد الجليل عبده شلبي، الطبعة الأولى، عالم الكتب، بيروت، 1408هـ/1988م. وجامع البيان عن تأويل آي القرآن: أبو جعفر محمد بن جرير الطبري (ت310هـ)، 253/13، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، دار هجر للطباعة والنشر، 1422هـ/2001م. والجامع لأحكام القرآن: القرطبي، 407/11.

⁴ أحكام القرآن: محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي (ت543هـ)، 64/3، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ/2003م. والجامع لأحكام القرآن: القرطبي، 409/11. وتفسير القرآن العظيم: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير (ت774هـ)، 401/4، تحقيق سامي بن محمد السلامة، الطبعة الثانية، دار طيبة، 1420هـ/1999م.

ومن السنة: قوله ﷺ: (العارية مؤداة، والزعيم غارم)¹، و"الزعيم: الكفيل"²، و"الغارم: الذي يلتزم ما ضمنه وتكفل به ويؤديه"³. وكذلك حديث سلمة بن الأكوع الذي جاء فيه: (أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجنادة ليصلي عليها، فقال: هل عليه من دين، قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتى بجنادة أخرى، فقال: هل عليه من دين، قالوا: نعم، قال: صلوا على صاحبكم، قال أبو قتادة: علي دينه يا رسول الله، فصلى عليه)⁴.

¹ أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في تضمين العارية، رقم الحديث: 3564، 417/5، تحقيق شعيب الأرناؤوط ومُجد كامل قره بللي، الطبعة الأولى، دار الرسالة العالمية، 1430هـ/2009م. والترمذي في سننه، أبواب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، رقم الحديث: 1265، 556/3-557، تحقيق أحمد شاکر وآخرون، الطبعة الثانية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1395هـ/1975م. قال الترمذي: "حديث حسن، وقد روي عن أبي أمامة عن النبي صلى الله عليه وسلم من غير هذا الوجه". وقال ابن الملقن: "هذا الحديث حسن"؛ يُنظر: البدر المنير في تخریج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير: ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد (ت 804هـ)، 707/6، تحقيق مصطفى أبو الغيط وآخرون، الطبعة الأولى، دار الهجرة، الرياض، 1425هـ/2004م. وقال الألباني: صحيح؛ ينظر: إرواء الغلیل في تخریج أحاديث منار السبیل: مُجد ناصر الدين الألباني (ت 1420هـ)، 245/5-246، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، 1405هـ/1985م.

² لسان العرب: ابن منظور، حرف الميم، فصل الغين المعجمة، مادة (غرم)، 436/12. ومختار الصحاح: الرازي، باب الزاي، مادة (زعم)، ص 136. والنهاية في غريب الحديث والأثر: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن مُجد ابن الأثير (ت 606هـ)، حرف الغين المعجمة، باب الغين مع الراء، مادة (غرم)، 363/3، تحقيق طاهر أحمد الزاوي ومحمود مُجد الطناحي، دون طبعة، المكتبة العلمية، بيروت، 1399هـ/1979م. وشرح السنة: أبو مُجد الحُسين بن مسعود البغوي (ت 516هـ)، كتاب البيوع، باب ضمان العارية، 226/8، تحقيق شعيب الأرناؤوط ومُجد زهير الشاويش، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، دمشق، 1403/1983م.

³ النهاية في غريب الحديث: ابن الأثير، مادة (غرم)، 363/3.

⁴ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الكفالة، باب من تكفل عن ميت دينا فليس له أن يرجع، رقم الحديث: 2295، 96/3، واللفظ له. وابن أبي شيبه في المصنف في الأحاديث والآثار، كتاب الجنائز، باب في الرجل يموت وعليه الدين، من قال: لا يصلى عليه حتى يضمن دينه، رقم الحديث: 12017، 49/3، تحقيق كمال يوسف الحوت، الطبعة الأولى، دار التاج، لبنان، 1409هـ/1989م. وابن ماجه في سننه، أبواب الصدقات، باب من ادان دينا وهو ينوي قضاءه، رقم الحديث: 2407، 484/3، تحقيق شعيب الأرناؤوط وآخرون، الطبعة الأولى، دار الرسالة العالمية، 1430هـ/2009م.

ومن الإجماع: قول ابن المنذر: "وأجمعوا على أن الرجل إذا ضمن على الرجل لرجل مالا معلوما بأمره: أن الضمان لازم له، وله أن يأخذ ممن ضمن عنه"¹.

وتلجأ البنوك الإسلامية والتشاركية في الواقع المعاصر إلى هذين النوعين من الضمانات سواء العينية (الرهن) أو الشخصية (الكفالة) لحفظ مالهها وتوثيق عقودها في حالة عدم التزام العملاء في الوفاء بالتزاماتهم، الأمر الذي ينتج عنه تعرض البنوك لأضرار فعلية وخسائر مالية.

فقد نص الضابط 50 من الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد على ما يلي: "يجوز للبنك أخذ ضمانات على العميل في مرحلة الوعد في المراجعة، من كفيل غارم أو رهن أو تحويل الراتب، على ألا يشترط عليه إبقاء الراتب مدة معينة قبل الشراء أو بعده أو حال العدول عن الشراء، وألا تستخدم هذه الضمانات إلا بعد توقيع عقد المراجعة، وفي حال الكفيل الغارم يجب النص على أن التزامه معلق على بيع سلعة المراجعة للعميل وثبوت الدين في ذمته"².

وورد في الضابط 51 أنه: "يجوز للبنك في المراجعة طلب ضمانات مشروعة من العميل ككفالة طرف ثالث، أو رهن عقارات ومنقولات، أو رهن حساب جار أو استثماري، أو رهن السلعة محل العقد حيازياً أو رسمياً على أنه ينبغي حينئذ فك الرهن تدريجياً حسب السداد"³.

ونصت المادة 8 من منشور والي بنك المغرب على أنه: "يمكن أن يقترن عقد المراجعة بضمانات لفائدة المؤسسة كالرهن والكفالة وغيرهما من الضمانات المنصوص عليها في النصوص التشريعية الجاري

¹ الإجماع: ابن المنذر، كتاب الكفالة والحوالة، ص103.

² الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد: أمانة الهيئة الشرعية، ص26-27، الطبعة الأولى، دار الميمان للنشر والتوزيع، 1434هـ/2013م.

³ المرجع نفسه: ص27.

بها العمل، مع مراعاة مقتضيات المادة ¹² من هذا المنشور². والأمر نفسه بالنسبة للعقود الأخرى المنصوص عليها بالمنشور السالف الذكر.

ثالثاً: هامش الجدية

يعتبر هامش الجدية من أهم التوثيقات والضمانات المالية التي تلجأ إليها البنوك الإسلامية خلال مرحلة المواعدة لإظهار صدق العميل وضمان جديته في وعده والتأكد من ملاءته؛ حيث يتيح للبنك فرصة جبر الضرر الناتج عن عدم وفاء العميل بوعده بشراء السلعة، ويعفيه في هذه الحالة من تكاليف وإجراءات التقاضي لدى المحاكم، ويقلل من هامش المخاطرة.

1. تعريف هامش الجدية:

عُرف هامش الجدية بعدة تعريفات نورد منها الآتي:

هامش الجدية هو: "المبلغ المدفوع على سبيل ضمان الجدية في مرحلة الوعد الملزم في المراجعة للواعد بالشراء، ويستوفى منه التعويض عن الضرر الفعلي في حال نكّل الواعد عن الدخول في عقد المراجعة"³.

كما عُرف أيضاً بأنه: "مبلغ نقدي يدفعه العميل بطلب من المؤسسة المانحة للتمويل من أجل أن تتأكد من القدرة المالية للعميل، وكذلك لتطمئن على إمكان تعويضها عن الضرر اللاحق بها في

¹ والإشارة إلى هذه المادة يُراد منها أنه لا يجوز أخذ الضمانات إلا بعد الرأي بالمطابقة الصادر عن اللجنة الشرعية للمالية التشاركية، يُنظر: منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17: الصادر في 27 يناير 2017، بعد المصادقة عليه بمقتضى قرار لوزير المالية رقم 339.17 بتاريخ 177 فبراير 2017، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6548 في 03 جمادى الآخرة 1438 هـ (02 مارس 2017)، وقد صدر الرأي بالمطابقة عن اللجنة الشرعية للمالية التشاركية رقم 01 الصادر بتاريخ 10 ربيع الأول 1438 هـ / 10 دجنبر 2016 بشأن منشور والي بنك المغرب المشار إليه أعلاه، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6548 بتاريخ 02 مارس 2017، ص581. بتصرف

² منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17: ص582.

³ المعايير الشرعية: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوبي) بالمنامة، المعيار (37)، ص947، البحرين، الصيغة المعتمدة حتى صفر 1439 هـ - نونبر 2017م، الراعي الحصري (ساب، SABB)، الخدمات المصرفية الإسلامية، (نسخة إلكترونية).

حال نكول العميل عن وعده الملزم. وبذلك لا تحتاج المؤسسة إلى المطالبة بدفع تعويض الضرر وإنما تقتطع ذلك من مبلغ هامش الجدية"¹.

وورد في معناه أيضا أنه: " مبلغ يؤخذ من العميل الواعد بالشراء لتوثيق وعده إذا كان الوعد ملزما للعميل؛ بغرض التأكد من جديته في الطلب، ولتغطية الضرر الفعلي الحاصل عند نكوله عن الوعد"².

وقد تعددت تسميات هامش الجدية تبعا للوظيفة التي يؤديها، فيطلق عليه "هامش الجدية أو ضمان الجدية أو التأمين النقدي"³.

2. الحكمة من هامش الجدية:

من خلال ما سبق إيراده من تعريفات هامش الجدية يتبين أن الحكمة منه تتجلى في إظهار نية العميل الصادقة، ورغبته الأكيدة في شراء السلعة حال تملك البنك لها، والتأكد من جديته في الوعد بالشراء وقدرته المالية، وكذلك لضمان التعويض عن الضرر الفعلي اللاحق بها في حال عدوله عن إبرام العقد؛ وذلك تقليلًا من المخاطر ودرءًا لمفاسد اللجوء إلى المحاكم، وما يترتب عن ذلك من تكاليف وبطء في الإجراءات⁴.

¹ المعايير الشرعية: (الأيوبي)، المعيار (8)، ص 208.

² ضمانات الاستثمار في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة (رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية): عمر مصطفى جبر إسماعيل، ص 190، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 1430هـ/2010م.

³ أحكام التسهيلات الائتمانية في الفقه الإسلامي (رسالة دكتوراه، جامعة الإمام بن سعود الإسلامية، الرياض): إياس بن إبراهيم الهزاع، ص 212، الطبعة الأولى، دار الميمان، الرياض، 1440هـ/2019م. وهامش الجدية وتطبيقاته في المصارف الإسلامية: عمر يوسف عابنه، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، العدد 6، المجلد 5، ص 69، 30 مارس 2021. والمستجدات في أحكام الوعد وتطبيقاته في بيع المراجعة للأمر بالشراء: عبد الله بن محمد العمراني، مجلة العلوم الشرعية (جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية)، العدد 32، ص 93، السعودية، رجب 1435هـ.

⁴ يُنظر: ضمان الجدية في المراجعة المصرفية: خالد بن زيد الجبلي، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد الثاني، المجلد 25، ص 201-227، 1434هـ. ومخاطر الثقة في تطبيقات المضاربة وعلاجها: محمد علي القري، بحوث ندوة البركة الحادية والثلاثون للاقتصاد الإسلامي المنعقدة بتاريخ 07-08 رمضان 1431هـ الموافق 18-19 أغسطس 2010م، ص 222، الطبعة الأولى، 2010م.

وخلاصة القول إن هامش الجدية يهدف إلى تحقيق أمرين أساسيين:

- ضمان جدية وملاءة العميل الواعد بالشراء.
- تأمين التعويض عن الضرر الفعلي الناتج عن تراجع العميل عن إبرام العقد.

3. حكم هامش الجدية:

هامش الجدية من المسائل الحديثة التي لم ترد في كتب الفقهاء المتقدمين، وقد صدرت قرارات المجامع الفقهية وفتاوى الهيئات الشرعية بجواز تعامل المؤسسات البنكية به لضمان تنفيذ العملاء لوعودهم وضبط المعاملات واستقرارها، وحفظ الحقوق، ومنع التلاعب، فقد جاء في المعيار رقم 8 من معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما يلي:

"3/5/2 يجوز للمؤسسة في حالة الإلزام بالوعد أن تأخذ مبلغًا نقديًا يسمى هامش الجدية، يدفعه العميل بطلب من المؤسسة من أجل أن تتأكد من القدرة المالية للعميل، وكذلك لتطمئن على إمكان تعويضها عن الضرر اللاحق بها في حال نكول العميل عن وعده الملزم، وبذلك لا تحتاج المؤسسة إلى المطالبة بدفع تعويض الضرر، وإنما تقتطع ذلك من مبلغ هامش الجدية، ولا يعتبر هامش الجدية عربونًا، وهذا المبلغ المقدم لضمان الجدية إما أن يكون أمانة للاستثمار بأن يأذن العميل للمؤسسة باستثماره على أساس المضاربة الشرعية بين العميل والمؤسسة، وإما أن يودع في حساب جار باختيار العميل.

4/5/2 لا يجوز للمؤسسة حجز مبلغ هامش الجدية في حالة نكول العميل عن تنفيذ وعده الملزم، وينحصر حقها في اقتطاع مقدار الضرر الفعلي المتحقق نتيجة النكول، وهو الفرق بين تكلفة السلعة وثن بيعها لغير الأمر بالشراء. ولا يشمل التعويض ما يسمى بالفرصة الضائعة.

5/5/2 إذا تم تنفيذ العميل لوعده وإبرامه عقد المراجعة فيجب على المؤسسة إعادة هامش الجدية للعميل، ولا يحق لها تملكه إلا في حالة النكول حسب التفصيل في البند 3/5/2. ويجوز الاتفاق مع العميل عند إبرام عقد المراجعة على حسم هذا المبلغ من ثمن السلعة¹.

وهذا ما نصت عليه المادة 12 من منشور والي بنك المغرب، حيث جاء فيها: " يمكن للمؤسسة أن تطلب دفع مبلغ نقدي يسمى "هامش الجدية" لضمان تنفيذ وعد العميل، وتحتفظ المؤسسة بهامش الجدية في حساب خاص، ولا يحق لها التصرف فيه، على ألا يتعدى هذا المبلغ نسبة من كلفة اقتناء العين من طرف المؤسسة يحددها بنك المغرب.

إذا لم تسلم المؤسسة العين للعميل في الأجل المحدد، وحسب الكيفيات والمواصفات المحددة في الوعد ينقضي الالتزام الناشئ عن الوعد، وللعميل أن يسترد هامش الجدية من المؤسسة في الحال، كما أن له أن يطالب المؤسسة بتعويض الضرر الفعلي المثبت الذي لحق به.

كما أن للعميل أن يسترد هامش الجدية بمجرد إبرام عقد المراجعة، أو في حالة تراجع المؤسسة عن إبرام عقد المراجعة، وله في الحالة الأخيرة أن يطالب المؤسسة بتعويض الضرر الفعلي المثبت الذي لحق به².

ونصت المادة 13 على أنه: "في حالة عدم وفاء العميل بوعده بالشراء، يجوز أن تقتطع المؤسسة من هامش الجدية مبلغا لا يتجاوز مقدار الضرر الفعلي المثبت الذي تحمّلته من جراء ذلك، دون المطالبة بأي مبلغ إضافي³.

¹ المعايير الشرعية: الأيوبي، ص 208-209.

² منشور والي بنك المغرب رقم 1 /و/ 17: ص 584.

³ المرجع نفسه، ص 584.

وتأسيسا على ما سبق؛ فإن مبلغ هامش الجدية يقدمه العميل للبنك على سبيل الأمانة لحفظ حقوقه عند حصول ضرر فعلي بسبب التراجع عن إتمام الوعد، وينحصر حقه في اقتطاع ما يساوي الضرر الفعلي فقط، وإرجاع الباقي للعميل.

رابعاً: التأمين التكافلي:

التأمين التكافلي من أقوى الضمانات ذات النفع المتبادل بين البنك الممول والعميل المشترك باعتباره دعامة رئيسة لتحقيق الحماية الاجتماعية والمساهمة الفاعلة في تحقيق التكافل والتضامن المجتمعي، والتخفيف من آثار المخاطر المحتملة التي يتعرض لها حملة الوثائق. كما أنه "يشكل رافعة أساسية للتنمية الاقتصادية على اعتبار مساهمته في تحريك العجلة الاقتصادية عن طريق استثمار الفائض التأميني الناتج عن أقساط المشتركين، وتشجيعه على الادخار الذي يعتبر أحد المحركات الرئيسة للتنمية الاقتصادية"¹.

1. تعريف التأمين التكافلي:

أ- التأمين التكافلي لغة:

التأمين مشتق من مادة (أمن) يقال: أمن فلان يأمن أمناً، وأماناً، وأمنة فهو آمن²، والأمن: ضد الخوف. والأمانة: ضد الخيانة، ومعناها سكون القلب³. وأمن البلد اطمأن به أهله فهو آمن وأمين، وآمنت الأسير بالمد أعطيته الأمان فأمن هو بالكسر⁴.

¹ التأمين التكافلي في المغرب؛ الإطار القانوني والمميزات: أحمد الإدريسي، مجلة القانون والأعمال الدولية، تاريخ نشر المقال: 2019-12-26: <https://www.droitentreprise.com>

² تهذيب اللغة: محمد بن أحمد بن الأزهري (ت370هـ)، باب النون والميم، مادة (أمن)، 366/15، تحقيق محمد عوض مرعب، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001م.

³ مقاييس اللغة: ابن فارس، كتاب الهمزة، باب الهمزة والميم وما بعدهما في الثلاثي، مادة (أمن)، 133/1. ولسان العرب: ابن منظور، حرف النون، فصل الألف، مادة (أمن)، 21/13.

⁴ المصباح المنير: الفيومي، كتاب الألف، باب الألف مع الميم وما يثلثهما، مادة (أمن)، 24/1.

وبناء عليه فإن التأمين في اللغة يدل على المعاني التالية: إعطاء الأمان، الاطمئنان، ضد الخوف، ضد الخيانة.

والتكافل مشتق من مادة (كفل) أي ضمن، والتكافل التضامن¹.

ب- التأمين التكافلي اصطلاحاً:

تنوعت تعريفات الباحثين في مجال المالية الإسلامية للتأمين التكافلي، نورد بعضها منها على سبيل المثال لا الحصر:

التأمين التكافلي عرّف بأنه: "اتفاق أشخاص يتعرضون لأخطار معينة على تلافي الأضرار الناشئة عن هذه الأخطار، وذلك بدفع اشتراكات على أساس الالتزام بالتبرع، ويتكون من ذلك صندوق تأمين له حكم الشخصية الاعتبارية، وله ذمة مالية مستقلة، (صندوق) يتم منه التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد المشتركين من جراء وقوع الأخطار المؤمن منها، وذلك طبقاً للوائح والوثائق، ويتولى إدارة هذا الصندوق هيئة مختارة من حملة الوثائق، أو تديره شركة مساهمة بأجر تقوم بإدارة أعمال التأمين واستثمار موجودات الصندوق"².

كما عرّف أيضاً بأنه: "تعاون مجموعة من الأشخاص، يسمون "هيئة المشتركين" يتعرضون لخطر أو أخطار معينة، على تلافي آثار الأخطار التي يتعرض لها أحدهم، بتعويضه عن الضرر الناتج من وقوع هذه الأخطار، وذلك بالتزام كل منهم بدفع مبلغ معين، على سبيل التبرع، يسمى "القسط" أو "الاشتراك" تحدده وثيقة التأمين أو "عقد الاشتراك"، وتتولى شركات التأمين الإسلامية إدارة

¹ مقاييس اللغة: ابن فارس، كتاب الكاف، باب الكاف والفاء وما يثلاثهما، مادة (كفل)، 187/5.

² المعايير الشرعية: الأيوبي، ص 685.

عمليات التأمين واستثمار أمواله، نيابة عن هيئة المشتركين، في مقابل حصة معلومة من عائد استثمار هذه الأموال باعتبارها مضارباً، أو مبلغاً معلوماً باعتبارها وكيلاً أو هما معاً¹.

ومما ورد في معناه أنه: "اتفاق بين شركة التأمين التكافلي باعتبارها ممثلة لهيئة المشتركين (حساب التأمين، أو صندوق التأمين)، وبين الراغبين في التأمين (شخص طبيعي، أو قانوني) على قبوله عضواً في هيئة المشتركين، والتزامه بدفع مبلغ معلوم (القسط) على سبيل التبرع به وبعودته لصالح حساب التأمين، على أن يدفع له عند وقوع الخطر، طبقاً لوثيقة التأمين، والأسس الفنية، والنظام الأساسي للشركة"².

كما أنه عبارة عن: "تقديم الحماية بطريقة تعاونية مشروعة خالية من الغرر المفسد للعقود والربا وسائر المحظورات، وذلك بتقديم المؤمن له اشتراكات متبرعاً كلياً أو جزئياً لتكوين محفظة تأمينية تُدفع منها التعويضات عند وقوع الخطر المؤمن عليه، وما يتحقق من فائض بعد التعويضات والمصاريف واقتطاع الاحتياطات يوزع على حملة الوثائق (المؤمن عليهم)"³.

وعرّفه المشرع المغربي بقوله: "عملية تأمين تتم وفق الآراء بالمطابقة الصادرة عن المجلس العلمي الأعلى المنصوص عليها في الظهير الشريف رقم 1.03.300 الصادر في 2 ربيع الأول 1425 (22 أبريل 2004) بإعادة تنظيم المجالس العلمية كما تم تنظيمه، بهدف تغطية الأخطار المنصوص

¹ التأمين على الحياة والسيارات والحق التعويضي والجهة المستفيدة في التأمين على الحياة: حسين حامد حسان، ص1، بحث مقدم لمؤتمر التأمين التعاوني -أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه"، الجامعة الأردنية، 1431هـ/2010م.

² معالم التأمين الإسلامي "مع تطبيقات عملية لشركات التأمين الإسلامية دراسة فقهية للتأمين التجاري والإسلامي": صالح العلي وسميح الحسن، ص214، الطبعة الأولى، دار النوادر، دمشق، 2010م.

³ تقييم تطبيقات وتجارب التأمين التعاوني: ناصر عبد الحميد، بحث مقدم للملتقى الدولي الأول للتأمين التعاوني، ص6، الرياض، 20 و22 يناير، 2009م.

عليها في عقد التأمين التكافلي أو الاستثمار التكافلي بواسطة صندوق التأمين التكافلي، يسير مقابل أجرة التسيير، من طرف مقابلة التأمين وإعادة التأمين معتمدة لمزاولة عمليات التأمين التكافلي"¹.

من خلال التأمل في التعريفات السابقة نجد أنها متقاربة المعنى في مدلولها العام الذي يتأسس على أربعة مبادئ رئيسية، نذكرها كالآتي:

- مبدأ الالتزام بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها.
- مبدأ التعاون والتضامن على تفتيت الأخطار وتعويض الأضرار الناجمة عنها.
- مبدأ الاشتراك على أساس الالتزام بالتبرع.
- مبدأ الشخصية الاعتبارية لصندوق التأمين التكافلي المتمتعة بالذمة المالية المستقلة.

إلا أن هناك فروقا دقيقة بينها نجليها بعرض مقارنة بين التأمين التكافلي في القانون المغربي، والتأمين التكافلي لدى هيئة المحاسبة والمراجعة (الأيوبي)، والتي يمكن إجمالها فيما يلي²:

1. الهيئة المسيرة لمقابلة التأمين: صندوق التأمين التكافلي في معيار الأيوبي تتولى إدارته هيئة

مختارة من حملة الوثائق، أو شركة مساهمة في حين صندوق التأمين التكافلي في القانون المغربي تختص مقابلة معتمدة لمزاولة التأمين التكافلي بتسييره وإدارة شؤونه.

2. الالتزام بالتبرع: في معيار الأيوبي يكون الالتزام بالتبرع مطلقا حيث إن المشترك يتبرع

بالاشتراك وعوائده وفوائضه لفائدة صندوق التأمين التكافلي في حين يتبرع المشترك في القانون المغربي بقدر الضرر المؤمن منه، أما العوائد والفوائض فتظل في ملكيته.

¹ القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات: الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.238 بتاريخ 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)، ص5787، الجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 02 رمضان 1423 (7 نوفمبر 2002)، المغير والمتمم بالقانون رقم 87.18 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف 1.19.110 بتاريخ 7 ذي الحجة 1440 (9 أغسطس 2019)، الجريدة الرسمية عدد 6806 بتاريخ 20 ذو الحجة 1440 (22 أغسطس 2019).

² يُنظر: المعايير الشرعية: الأيوبي، المعيار 26، ص686-688. والقانون رقم 87.18 المغير والمتمم للقانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات: ص5792-5794.

3. تدبير العجز: في معيار الأيوبي يجوز للشركة إلزام المشتركين بتغطية العجز الحادث؛ وذلك برفع

قيمة الاشتراك، في حين في القانون المغربي فإن مقابلة التأمين هي المكلفة حصريا بتغطية

العجز من حسابها الخاص عن طريق ما يسمى "بالتسبيق التكافلي"¹.

4. عملية الاستثمار: في معيار الأيوبي تُسند إلى الهيئة المختارة من حملة الوثائق، أو إلى الشركة،

في حين في القانون المغربي فالمقابلة المعتمدة لمزاولة التأمين التكافلي هي من يتولى القيام بهذه

العملية.

5. الفوائض التأمينية: في معيار الأيوبي فهي ملك لصندوق التأمين، وتصرف في وجوه الخير عند

تصفية الشركة، في حين الفوائض التأمينية في القانون المغربي فتوزع على المشتركين بحسب

حجم اشتراكاتهم وعوائدها.

6. مجلس الإدارة: ينص معيار الأيوبي على أفضلية مشاركة حملة الوثائق في مجلس الإدارة، وذلك

حماية لمصالحهم، وممارسة لحقهم في الرقابة على أموالهم في حين لا يتيح القانون المغربي

للمشتركين هذه الإمكانية.

وجماع القول: إن الشريعة جاءت بهذه الوسائل لحماية حقوق الناس وضمان التزاماتهم

وتعهداتهم، وحفظا لأموالهم من المماطلة والضياع، ودفعاً للمدينين إلى الوفاء بعقودهم وديونهم في

مواعيدها المقررة على اعتبار أن المال ضرورة شرعية وقوام للحياة، جاءت أحكام الشريعة لحفظه.

وقد استحدثت الناس في عصرنا الحاضر وسيلة أخرى تعد صلب موضوع البحث (الشرط

الجزائي)، يشترطونها عند إبرام بعض عقودهم خاصة بعد تفشي مشكلة المماطلة في الوفاء بالالتزامات

¹ التسبيق التكافلي: مبلغ يؤدي من طرف مقابلة التأمين وإعادة التأمين التكافلي لصندوق التأمين أو إعادة التأمين التكافلي لسد العجز الناجم عن عدم كفاية الأصول المثلثة للاحتياطيات التقنية لحسابات التأمين المكونة له مقارنة مع هذه الاحتياطيات، والذي يمكن استرجاعه من الفوائض التقنية والمالية المستقبلية للحسابات المعنية.

ولا يمكن أن تترتب عن التسبيق التكافلي أي فائدة. يُنظر: القانون رقم 87.18 المغير والمتمم للقانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات: ص 5787.

التي تبرمها مؤسسات الائتمان مع عملائها، وتأخر الفصل في المنازعات من لدن المحاكم، الأمر الذي دفع الفقه الإسلامي إلى بحث موضوع الشرط الجزائي ودراسته دراسات فردية وجماعية لتصوير ماهيته، وتحديد طبيعته، والتوصل إلى التكييف الفقهي الملائم له، والمنسجم مع أحكام الشريعة ومقاصدها، والمراعي للواقع المتغير والمستجدات المعاصرة.

ويروم هذا البحث دراسة موضوع الشرط الجزائي في القانون الوضعي حيث ظهر وانتشر، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، ثم دراسته في الفقه الإسلامي؛ وذلك ببيان ماهيته وتكييفه الفقهي وحكمه الشرعي من خلال المناقشة والتحليل لأقوال الفقهاء وأدلتهم للتوصل إلى الآراء الراجحة استناداً إلى النصوص الشرعية والقواعد الفقهية والمقاصد المرعية.

الباب الأول: الشرع الجزائي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي

الفصل الأول: الشرط الجزائي في القانون الوضعي.

الفصل الثاني: الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.

الفصل الثالث: الشروط التقييدية المقتربة بالعقد.

الباب الأول: الشرط الجزائي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي

تعد قضية الشرط الجزائي أحد المستجدات المعاصرة التي برزت في القانون الوضعي صونا لحقوق الأفراد والجماعات، وضمانا لتنفيذ العقود واستقرار المعاملات المالية. والفقه الإسلامي جريا على عادته في التفاعل مع مختلف القضايا والمستجدات لإبداء رأيه فيها تناول موضوع الشرط الجزائي تأصيلا وتنزيلا. لذا كان لزاما على هذا الباب منهجيا مقارنة القضية من جانبين رئيسين:

الجانب القانوني: وذلك بدراسة الشرط الجزائي من حيث مفهومه، وطبيعته، والمقصد من تشريعه، وشروط استحقاقه، وذلك لإدراك ماهيته وتصوره في المجال التشريعي الذي في كنفه ظهر ونُزل وتطوّر لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره.

الجانب الفقهي: وذلك بتناول مسألة الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي سواء من حيث مفهومه وتقسيماته ومواقف الفقهاء منه، والقواعد الفقهية المرتبطة به لتحديد نطاق البحث ومجاليه من خلال استحضار التصور المدرك عنه في القانون تيسيرا لإبداء الرأي حوله في الباب الثاني.

الفصل الأول: الشرط الجزائي في القانون الوضعي

المبحث الأول: الشرط الجزائي في القانون: مفهومه، المقصد من تشريعه، شروط

استحقاقه

المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي في القانون

الفرع الأول: نشأة الشرط الجزائي

يعود تاريخ الشرط الجزائي إلى القانون الروماني¹، وكان يطلق عليه اسم stipulatio poena، وهو عبارة عن اشتراط غايته تقديم شيء من قبل الواعد، وهذا الشيء لم يكن سوى مبلغا من المال يدفعه الواعد في حالة عدم تنفيذه لالتزامه الأصلي².

إن الشرط الجزائي في ظل القانون الروماني لم يكن يتغيا تعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ الالتزام الأصلي، وإنما معاقبة المدين عن الإخلال بالتزامه باعتباره مجرما يجب قمعه؛ حيث إن هذا الشرط كانت له صبغة عقابية محضة، لذلك فقد كان بإمكان الدائن إضافة إلى قيمة الشرط الجزائي المطالبة بالتعويض في حالة ما إذا كان الضرر المتحقق أكبر من المبلغ المتفق عليه بمقتضى ذلك الشرط. وفي المقابل لم يكن بإمكان المدين الحصول على تخفيض قيمة ذلك الشرط في الحالة التي يفوق فيها قدر الضرر المتحقق³.

¹ الشرط الجزائي في القانون المغربي: فؤاد معلال، ص 5، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 1992/1993م.

² البند الجزائي في القانون المدني: طلال المهتار، ص 40، رسالة دكتوراه، جامعة باريس للحقوق والاقتصاد والعلوم الاجتماعية، سنة 1974م. بتصرف

³ البند الجزائي في القانون المدني: طلال المهتار، ص 41. والشرط الجزائي في القانون المغربي: فؤاد معلال، ص 6. وسلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي - دراسة مقارنة-: عبد الرزاق أيوب، ص 12، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2003م. بتصرف

كما كان يهدف إلى إضفاء الصفة الإلزامية على الالتزامات، لأنها لم تكن لها قوة ملزمة في ظل القانون الروماني بخلاف ما عليه الوضع الآن حيث كافة الالتزامات ملزمة بقوة القانون¹.

وهكذا فقد كان الشرط الجزائي في ظل هذا القانون يخضع لعدة أحكام خاصة، أبرزها:

- أن الشرط الجزائي يصبح نافذا بمجرد حلول الأجل، ودون حاجة لتوجيه إنذار.
- أن الشرط الجزائي يستحق كاملا، حتى ولو لم يتم تنفيذ الالتزام الأصلي إلا جزئيا.
- أن بطلان الالتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الشرط الجزائي.

إن الشرط الجزائي هو الذي يضيفي الصفة الإلزامية على الاشتراطات والوعود لمصلحة الغير، ومن ثم فإذا كان الالتزام الأصلي لا محل له من جراء انعدام مصلحة المشتري، فإن ذلك لا يؤدي إلى بطلان الشرط الجزائي لأنه هو الذي يمثل مصلحة المشتري².

فهذه أهم الأحكام التي كانت تؤطر الشرط الجزائي في القانون الروماني؛ إذ تقوم على المفهوم الذي كان يحكم ذلك الشرط في ظله، من حيث إنه جزاء وعقاب للمدين الذي لا ينفذ التزامه التعاقدية.

الشرط الجزائي في القانون الفرنسي القديم:

أصبح الشرط الجزائي في القانون الفرنسي القديم يتسم بطابع العقاب، وصار الإنذار القانوني شرطا أساسا لاستحقاق الشرط الجزائي، حيث يتوجب على الدائن توجيهه إلى المدين³.

¹ الشرط الجزائي في القانون المغربي: فؤاد معلال، ص 5. بتصرف

² البند الجزائي في القانون المدني: طلال المهتار، ص 40-41. والشرط الجزائي في القانون المغربي: فؤاد معلال، ص 6-7. وسلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي: عبد الرزاق أيوب، ص 12. بتصرف

³ البند الجزائي في القانون المدني: طلال مهتار، ص 41-42. وسلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي: عبد الرزاق أيوب، ص 15. بتصرف

وقد سمح الاجتهاد للقضاء بمراجعة الشرط الجزائي لصالح المدين إذا كان يفوق الضرر الحقيقي لتحقيق العدالة، لأن المدين ارتكز في قبوله شرطا جزائيا مفردا على أساس خاطئ وهمي، أما الدائن فكان لا يمنح له إلا مبلغ الشرط الجزائي ولو كان أقل من الضرر الحقيقي¹.

الشرط الجزائي في مدونة نابليون:

اقترحت اللجنة المكلفة بوضع مشروع مدونة نابليون الإبقاء على موقف (بوتيه)، القاضي بمراجعة الشرط الجزائي تحقيقا للعدالة، لكن مجلس الشورى رفض هذا الاقتراح مبرا موقفه بأن المتعاقدين هم أقدر على تقدير الضرر الذي ينجم من جراء عدم تنفيذ الالتزام. ومن ثم يجب احترام إرادة الأطراف المتعاقدة تقريراً لمبدأ سلطان الإرادة، وإعمالاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين².

ويظهر ذلك جليا في المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على "عدم إمكانية تعديل الشرط الجزائي بالزيادة أو النقصان"³.

واستمر الوضع على ما هو عليه في أغلب أحكام القضايا الصادرة عن المحاكم في احترام تام لمبدأ القوة الملزمة للعقد، غير أنه بسبب تنامي الشروط الجزائية المجحفة في عقود الإذعان "تدخل المشرع الفرنسي بمقتضى قانون رقم 75-597 بتاريخ 9 يوليوز 1975م، حيث أضاف فقرة ثانية للمادة 1152 سمح بمقتضاها للقضاء بتخفيض التعويض المتفق عليه إذا ظهر أنه مبالغ فيه، أو زيادته إذا كان زهيدا، واعتبر أن كل اتفاق مخالف يعتبر باطلا"⁴.

¹ البند الجزائي في القانون المدني: طلال مهتار، ص42-43. وسلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي: عبد الرزاق أيوب، ص15. والشرط الجزائي في ضوء ظهير 11-08-1995 والاجتهاد القضائي المغربي: الحسن رحو، ص7، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2000م. بتصرف

² البند الجزائي في القانون المدني: طلال مهتار، ص43. بتصرف

³ سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي: عبد الرزاق أيوب، ص15.

⁴ المرجع نفسه، ص16.

الشرط الجزائي في التشريع المغربي:

عرّف القانون المغربي فراغا تشريعيا بخصوص الشرط الجزائي منذ صدور قانون الالتزامات والعقود بتاريخ 12 غشت 1913م الذي لم يتضمن نصا صريحا يُعرّف الشرط الجزائي وينظم أحكامه وآثاره، وعلى الرغم من ذلك فقد استند القضاء المغربي في التعامل معه على مقتضيات الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي ينص على أن: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون"¹.

وبذلك ظل المشرع المغربي متمسكا بمبدأ سلطان الإرادة المقرر في الفصل السالف الذكر رغم التعديل الذي أحدثته نظيره الفرنسي على المادة 1152؛ ذلك أن القوة الملزمة للعقد تمنع القاضي من تغيير أو تعديل شروط العقد وتلزمه احترام إرادة طرفي المعاهدة.

وقد انضبط الاجتهاد القضائي المغربي لمقتضيات الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود المغربي ولو على حساب فكرة العدالة، وأكد في قراراته على تنفيذ الشرط الجزائي رغم عدم ثبوت الضرر، مادام الطرفان قد اتفقا على قيام الشرط ومبلغه، وهما على يقين بأن عدم تنفيذ الالتزام يسبب ضررا للدائن مع بعض الاستثناءات النادرة جدا لبعض القرارات²، "غير أنها قرارات وإن كسرت

¹ الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

² جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بفاس ما يلي: "إن الشرط الجزائي المتمسك به يؤول إلى تعويض، يجب أن يكون مناسبا للضرر الذي لحق المستأنف عليها من جراء عدم تنفيذ المستأنف البائع لالتزامه في عقد البيع": قرار بتاريخ 18 دجنبر 1989. ملف مدني. عدد 86/1853. قرار غير منشور. يُنظر: سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي: عبد الرزاق أيوب، ص 127. وجاء في قرار محكمة الاستئناف بآسفي ما يلي: "إن الدعوى انحصرت في تصفية الشرط الجزائي وهو يعتبر حسب الاجتهاد القضائي تعويضا عن الخسارة التي لحقت طالبتها نتيجة عدم تنفيذ العقد في الأجل المحدد ... وأن للمحكمة التصرف في التعويض المذكور، وإن كان على شكل شرط جزائي شأنه في ذلك شأن الغرامة التهديدية، وهي تحدد في مبلغ 1500 درهم في الشهر، وهو المبلغ الذي يمكن أن يكري به المكري منزله ...". قرار بتاريخ 29 أبريل 1985. ملف مدني. عدد 82/840. قرار غير منشور. يُنظر: سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي: عبد الرزاق أيوب، ص 126.

حاجز الحجية المطلقة للتعويض الاتفاقي، وخضوع هذا الأخير للمراجعة القضائية، إلا أنها استندت في تفسير هذه المراجعة على أسانيد غير مبررة"¹.

ولعل من أبرز القرارات التي حظيت بالدراسة والتحليل، قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 10 أبريل 1991م الذي تبنى إمكانية مراجعة وتعديل مبلغ الشرط الجزائي إن كان مبالغاً فيه على اعتبار أن الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود المغربي لا يمنع من تعديل الشرط الجزائي². وكان هذا القرار بمثابة تحديد في الاتجاه القضائي المغربي الذي توخى منه تحقيق التوازن بين مبدأ القوة الملزمة للعقد وفكرة العدالة.

وبذلك يكون هذا القرار قد أحدث تحولاً نوعياً بخصوص أحكام الشرط الجزائي وخالف ما استقر عليه القضاء المغربي منذ زمن، حيث قيد مبدأ حرية التعاقد عن طريق إقرار سلطة القضاء في ممارسة رقابته على العقد حتى يؤدي وظيفته الاجتماعية في إنشاء علاقات إنسانية واقتصادية متوازنة وعادلة. ووضع حداً للتعسف والظلم الذي أصبح يتعرض له المدين من جراء الشروط الجزائية المجحفة.

¹ القراءة الأخلاقية لتعديل الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود: عبد الرزاق أيوب، مجلة المناهج، العدد 3-4، ص 68-69، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2003م.

² قرار عدد 977، بتاريخ 10 أبريل 1991، ملف مدني عدد 85/3874.

جاء فيه: " لكن حيث كانت محكمة الاستئناف (بأسفي) لا تملك حق تعديل العقد إلا طبق مقتضيات الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود المغربي فإنه ليس ثمة ما يمنعها من تعديل تقدير التعويض موضوع الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه جداً، وأن محكمة الاستئناف التي أسست قرارها المطعون فيه على هذا النحو بقولها: " وحيث إن المبالغ التي قضى بها الحكم الابتدائي الذي أخذ بالشرط الجزائي كما ورد في العقد بدون تصرف مبالغ فيه، وذلك يؤدي إلى إثراء المدعي على حساب المدعى عليه " لم تخرق مقتضيات الفصل 230 المشار إليه، وأن عبارة " أن للمحكمة التصرف في التعويض وإن كان على شكل شرط جزائي شأنه في ذلك شأن الغرامة التهديدية " علة زائدة يستقيم القرار بدونها، كما تكون معه الوسيلتان غير مرتكزتين على أساس.

يُنظر: الاجتهاد القضائي المغربي في ميدان الالتزامات والعقود كموضوع للبحوث والدراسات: أحمد ادريوش، ص 165، الطبعة الأولى، مطبعة الأمنية، الرباط، 1996م.

وقد انتقد هذا القرار لاعتماده الإثراء كأساس للسماح للقاضي بتعديل الشرط الجزائي، لأن إثراء الدائن له سبب قانوني يتمثل في العقد الذي أبرم بشكل صحيح، وكان الأجدر به بناء قرار التعديل على فكرة العدالة والإنصاف بدل الإثراء.

يُنظر: سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي: عبد الرزاق أيوب، ص 131. بتصرف

ومن ثم فقد وجد القضاء المغربي نفسه أمام وضعيتين: وضعية التطبيق الحرفي للفصل 230 إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، ووضعية المراجعة القضائية للشرط الجزائي، الأمر الذي دعا المشرع المغربي إلى تأييد التحول الذي أحدثه قرار 1991م والتدخل لحسم مسألة سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي وذلك بتعديل الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود المغربي بموجب قانون 95-27، الذي دخل حيز التنفيذ بمقتضى ظهير 11 غشت 1995م، خاصة بعد تقديم النائب البرلماني السيد المسعودي العياشي مقترحاً يصب في نفس الاتجاه¹.

وقد أصبح الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود بعد التعديل على الشكل الآتي:

"الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاتته من كسب متى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام. وتقدير الظروف الخاصة بكل حالة موكل لفطنة المحكمة، التي يجب عليها أن تقدر التعويضات بكيفية مختلفة حسب خطأ المدين أو تدليسه.

يجوز للمتعاقد أن يتفقا على التعويض عن الأضرار التي قد تلحق الدائن من جراء عدم الوفاء بالالتزام الأصلي كلياً أو جزئياً أو التأخير في تنفيذه.

يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغاً فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيداً، ولها أيضاً أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي.

يقع باطلاً كل شرط يخالف ذلك"².

¹ مستقبل الشرط الجزائي بعد صدور القانون 95-27 بتاريخ 13 يوليوز 1995م: فؤاد معلال، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 14، ص 56، 1997م. بتصرف

² القانون 95-27 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 157.95.1 بتاريخ 13 من ربيع الأول 1416 (11 أغسطس 1996)، ص 2443، الجريدة الرسمية، عدد 4323، بتاريخ 6 شتنبر 1995م.

الفرع الثاني: تعريف الشرط الجزائي في القانون

لقد أطلق الفقه والقانون والقضاء على الشرط الجزائي تعبيرات وتسميات عديدة منها: الشرط الجزائي، والبند الجزائي، والتعويض الاتفاقي، والجزاء الاتفاقي، والجزاء التعاقدي، إلا أن عبارة الشرط الجزائي حظيت بتفضيل في الفقه والقانون والقضاء، لأنها تشير بصفة عامة إلى كل شرط مضاف إلى العقد أو إلى التصرف القانوني الصادر من جانب واحد¹.

وحظي الشرط الجزائي بتعريفات تعددت بتعدد الرؤى والتصورات حول طبيعة هذه المؤسسة القانونية، الأمر الذي حدا بأغلبها عن التعريف الحدي للمفهوم، وتركيزه على النظام القانوني للشرط الجزائي وأحكامه، وفيما يلي بعض تعريفات الشرط الجزائي من الناحية الفقهية والتشريعية:

أولاً: تعريف رجال القانون للشرط الجزائي

اختلفت تعريفات فقهاء القانون للشرط الجزائي تبعاً لاختلافها في حقيقة الشرط الجزائي، وفي إبراز طبيعته، وخصائصه، وشروطه، نورد منها الآتي:

عرّف الدكتور السنهوري الشرط الجزائي بأنه: "التعويض الذي يقوم بتقديره المتعاقدان مقدماً بدلاً من تركه للقاضي، والذي يستحقه الدائن إذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه، وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ، أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وهذا هو التعويض عن التأخير"².

¹ الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة -: عبد المحسن سعد الرويشد، ص54، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983م. والتعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي -: حسني محمد جاد الرب، ص10، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 2006م. وسلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي: محمد بوكماش، ص326، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، الجزائر، 1432-1433هـ/2011-2012م.

² الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام -: عبد الرزاق أحمد السنهوري، 851/2، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968م.

وعرفه أنور سلطان بأنه: "اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه، أو إذا تأخر في تنفيذه"¹.

وعرفه احميدو أكري بأنه: "اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه الأصلي أو لمجرد التأخير في تنفيذه"².
وقد انتقدت هذه التعاريف من أوجه أربعة:

- **الوجه الأول:** أنها اعتبرت الشرط الجزائي ذا وظيفة تعويضية فقط دونما أي إشارة إلى وظيفته التهديدية الجزائية.
- **الوجه الثاني:** أنها أغفلت عنصر الضرر باعتباره أحد الشروط الأساسية لاستحقاق التعويض³.
- **الوجه الثالث:** أنها قصرت الشرط الجزائي على المدين دون الدائن، وقد يقع الإخلال بالالتزام من الدائن دون المدين، وقصرته أيضا على الدين دون غيره، وقد يكون محل الشرط الجزائي عملا لا ديناً⁴.
- **الوجه الرابع:** أنها قصرت الشرط الجزائي على حالة عدم التنفيذ أو التأخر فيه دون حالة التنفيذ الجزئي أو المعيب⁵.

¹ النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام): أنور سلطان، ص173، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2005م.

² الشرط الجزائي من خلال الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن: احميدو أكري، مجلة الإشعاع، العدد 10، ص77، 5 يناير 1994م.

³ الوسيط: السنهاوري، 855/2.

⁴ الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، دراسة فقهية مقارنة: مُجَّد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، ص16، رسالة دكتوراه، جامعة

الملك سعود، 1425-1426هـ، منشورة. بتصرف

⁵ الوسيط: السنهاوري، 870/2-871.

وعرفه فؤاد درادكة بأنه: "اتفاق سابق وتابع، على مقدار التعويض الذي يستحقه أحد الطرفين المتعاقدين، عند عدم تنفيذ أحدهما لالتزامه، أو تأخره فيه"¹.

وهذا التعريف، وإن أشار إلى بعض خصائص الشرط الجزائي المتمثلة في كونه اتفاقاً سابقاً وتابعاً للالتزام الأصلي فإنه يصدق عليه نفس الانتقادات الموجهة للتعريف السابقة.

وقد ذكر الدكتور عبد المحسن سعد الرويشد أن هذه التعريفات أثارت معارضة شديدة تتعلق بموضوع الشرط الجزائي، لأن كلمة التعويض الواردة فيها تعني: أنه لا محل لتطبيق الشرط الجزائي في حالة عدم تحمل المدين أيّ أضرار، وهو ما يصعب التسليم به في القانون الفرنسي الذي يعترف للدائن بجواز المطالبة بالشرط الجزائي في حالة انعدام الضرر الناتج عن عدم تنفيذ الالتزام الأصلي أو تأخير تنفيذه².

وانسجاماً مع ما سبق؛ قدم الدكتور عبد المحسن سعد الرويشد تعريفاً للشرط الجزائي يجمع بين الوظيفتين معاً، الوظيفة التعويضية والتهديدية مبرزاً في تعريفه الطبيعة القانونية للشرط الجزائي، والبناء القانوني له، فقال: "اتفاق مقارن، أو تابع، يحدد بموجبه الطرفان مسبقاً التعويض أو العقوبة عند عدم التنفيذ أو التأخر فيه"³.

وينتقد هذا التعريف من وجهين:

- أنه استعمل "أو" الاختيارية التي يفهم منها أن الشرط الجزائي قد تكون وظيفته تعويضية أو عقابية حسب طبيعة العقد والاتفاق، وأغفل الوظيفة المزدوجة للشرط الجزائي التي تجسدها النصوص القانونية والممارسة الفعلية.

¹ الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني (رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1994م): فؤاد صالح موسى درادكة، ص 63، الطبعة الأولى، مطابع دار الشعب، 1415هـ/1995م.

² الشرط الجزائي: الرويشد، ص 48.

³ المرجع نفسه: ص 25.

• لم يشر إلى عنصر الضرر في تحديد معنى الشرط الجزائي.

وعرف الدكتور سليمان مرقس الشرط الجزائي على أنه: "اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص بالقيام بأمر معين - يكون في الغالب دفع مبلغ من النقود - في حالة إخلاله بالتزام أصلي مقرر في ذمته أو تأخره في الوفاء بذلك الالتزام الأصلي، جزاء له على هذا الإخلال أو التأخير وتعويضاً للدائن عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك"¹.

وعرفه الدكتور أسامة الحموي في رسالته بأنه: " اتفاق المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يجب على المدين دفعه للدائن في حالة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه جزاء لما سببه المدين من ضرر لحق بالدائن"².

وعرفه الدكتور عياد العنزي بأنه: "اتفاق بين المتعاقدين على تقدير تعويض معين يستحقه أحدهما عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه"³.

وهذه التعريفات أولى من سابقتها - في نظر الباحث - في مراعاتها للوظيفة المزدوجة للشرط الجزائي التي ستبين عند دراسة طبيعته القانونية، لأن قصر الشرط الجزائي على وظيفة التعويض فقط سيفرغ هذه المؤسسة القانونية من محتواها وجدواها المتمثل في الحرص على السلامة العقدية وضمان تنفيذ العقد من خلال إجبار المدين على الوفاء بالتزامه.

إلا أن التعريف الجامع المانع يجب أن يشير إلى خصائص المعرف، وقد أغفلته التعريفات السابقة، كما ينبغي أن يتميز بالإيجاز وهو ما لم يراعاه تعريف سليمان مرقس.

¹ الوافي في شرح القانون المدني: سليمان مرقس، 177/4، الطبعة الثانية، مكتبة صادر، بيروت، 1992م.

² الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - (رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 1416هـ/1995م): أسامة الحموي، ص55، الطبعة الأولى، دار النوادر، بيروت، 1433هـ/2012م.

³ الشروط التعويضية في المعاملات المالية: العنزي، 148/1.

ومن خلال ما سبق، وبالنظر لتعدد الرؤى ووجهات النظر في تعريف الشرط الجزائي، والتفاوت الحاصل في إبراز وظيفته وخصائصه وشروطه، يمكن أن يقدم الباحث تعريفا للشرط الجزائي ينطلق من التعريفات السابقة، ويستند على ما تم تقريره من انتقادات، وقد جاء على الشكل الآتي:

"اتفاق تابع يحدد بموجبه المتعاقدان مقدما مقدار التعويض المستحق عن الضرر المفترض جزاء عن الإخلال بالالتزام من غير عذر معتبر عند الامتناع أو التأخر في التنفيذ".

أسباب اختيار التعريف:

- لأنه يتميز بالإيجاز المطلوب توفره في التعريف توفيا للإطناح الممل.
- لأنه أشار إلى الخاصيتين المميزتين للشرط الجزائي: الاتفاقية والتبعية.
- لأنه أشار إلى أن الاتفاق على الشرط الجزائي يجب أن يسبق مرحلة الإخلال بالالتزام الأصلي لتمييزه عن الصلح.
- لأنه أشار إلى الوظيفة المزدوجة للشرط الجزائي، فالأصل في الشرط الجزائي التعويض عن الضرر المستحق أما التهديد فتبّع.
- لأنه "يتضمن تسليما من المدين بأن إخلاله بالتزامه العقدي يترتب عنه ضرر معين للدائن تم تقديره بالمبلغ المتفق عليه، فيعفى بذلك الدائن من عبء الإثبات"، لأن الضرر مفترض مسبقا¹.

ثانيا: تعريف القانون المدني للشرط الجزائي:

عرف المشرع الفرنسي الشرط الجزائي في المادتين (1226، 1229) من القانون المدني الفرنسي، حيث أشارت المادة 1226 إلى أنه " الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضمانا لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ "، في حين نصت المادة 1229 على أنه: " تعويض

¹ الشرط الجزائي في القانون المغربي: فؤاد معلال، ص 34.

الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي"، غير أن التعريف الأول يُعدّ عاماً وناقصاً إذ اقتصر على حالة عدم التنفيذ، وأما الثاني فقد لقي معارضة شديدة من قبل الفقهاء، لأنه قصر التعويض على حالة وقوع الضرر وهذا يخالف المادة (1152) من القانون المدني الفرنسي التي بمقتضاها يمكن للمشتري الحصول على التعويض المشتري في حالة الإخلال ولو لم يحصل ضرر، وهذا الأمر يُظهر مدى الخلاف والتردد الذي وقع فيه القانون الفرنسي¹.

وبالنظر إلى هذا التردد والتناقض الذي وقع فيه المشرع الفرنسي إزاء تعريفه للشرط الجزائي، فإن القوانين العربية، وفي مقدمتها القانون المدني المصري لم تورد تعريفاً للشرط الجزائي، وإنما اكتفت ببيان أحكامه، ومدى سلطة القاضي في تعديله.

تنص المادة 223 من القانون المدني المصري على أنه "يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد 215 إلى 220"².

وقد سلك الاتجاه نفسه مختلف القوانين العربية مثل قانون الالتزامات والعقود المغربي، والقانون المدني الجزائري والليبي والعراقي والأردني والسوري³ حيث اتفقت جميعها حول مفهوم الشرط الجزائي

¹ المادة 1226 من القانون المدني الفرنسي.

² المادة 223 من القانون المدني المصري.

وتنص المادة 224 على أنه: "1. لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. 2. ويجوز للقاضي أن يخفف هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

3. ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين".

وتنص المادة 225 على أنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً".

³ يُنظر: الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، والمادة 183 من القانون المدني الجزائري، والمادة 226 من القانون المدني الليبي، والمادة 170 من القانون المدني العراقي، و المادة 364 من القانون المدني الأردني، والادة 224 من القانون المدني السوري.

من حيث كونه التزاما سابقا وتابعا يحدد بموجبه المتعاقدان قيمة التعويض في حالة عدم التنفيذ أو التأخر فيه، سواء تم النص على الشرط الجزائي ضمن بنود الالتزام الأصلي أو في اتفاق لاحق، إلا أنها اختلفت في سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي؛ فبعضها منح القضاء سلطة مطلقة في التعديل ليتساوى مبلغ الشرط الجزائي مع الضرر اللاحق بالدائن مثل القانون المدني المغربي والأردني والإماراتي¹؛ وذلك انسجاما مع مبادئ العدالة وضمانا للتوازن العقدي، في حين قيّد بعضها من هذه السلطة مثل القانون المدني المصري والسوري والعراقي والجزائري والليبي² خاصة في حالة الزيادة في مقدار الشرط الجزائي إذا لم يساو الضرر، ولم يُسمح بها إلا استثناء في حالي الغش أو الخطأ الجسيم اللذان يعد إعمالهما من باب القواعد العامة التي لا تحتاج إلى نص.

الفرع الثالث: خصائص الشرط الجزائي

1. خاصية الاتفاقية:

يستمد الشرط الجزائي قوامه من مبدأ سلطان الإرادة؛ إذ إن ما يميزه أنه ينشأ بمقتضى إرادة الأطراف، "إرادة الدائن من جهة بتقرير التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) ضمانا لعدم التنفيذ، وإرادة المدين بقبوله له من خلال الالتزام به في حالة الإخلال بالالتزام الأصلي"³. أي: أن اتفاق إرادة المتعاقدين مسبقا على تقدير التعويض هو مصدر الشرط الجزائي، أما إذا كان مصدره شيئا آخر

¹ تنص المادة 364 من القانون المدني الأردني على أنه:

1. " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون. ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساويا للضرر ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك". ويُنظر أيضا: الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، والمادة 390 من القانون المدني الإماراتي.

² يُنظر: المادتين: 224 و225 من القانون المدني المصري، والمادتين 225 و226 من القانون المدني السوري، والمادة 170 من القانون المدني العراقي، والمادتين 184 و185 من القانون المدني الجزائري، والمادتين 227 و228 من القانون المدني الليبي.

³ سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي: عبد الرزاق أيوب، ص23.

غير اتفاق إرادة المتعاقدين فإنه لم يكن شرطا جزائيا، كأن يكون جزاء الإخلال بالالتزام مصدره القانون، أو الحكم القضائي، أو تنظيم إداري معين¹.

والغالب أن يتم النص على الشرط الجزائي في عقد الالتزام الأصلي، غير أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون الاتفاق عليه لاحقا للعقد الأصلي، أما إذا ورد هذا الاتفاق بعد حصول الإخلال وتحقق الضرر فإنه يعتبر صلحا وليس شرطا جزائيا².

2. خاصية التبعية:

باعتبار الشرط الجزائي اتفاقا عقديا على مقدار التعويض في حالة عدم تنفيذ العقد الأصلي، فإنه لا يتصور وجوده مستقلا بنفسه، وإنما وجوده مرتبط بوجود الالتزام الأصلي، وذلك لأنه لم يقصد لذاته، بل غايته ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي تنفيذا عينيا، ومن ثم "فهو التزام تابع يدور مع الالتزام الأصلي وجودا وعدما"³، يسري عليه ما يسري على متبوعه، ويترتب على هذه الخاصية أمران هما:

• بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي:

إن تبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي تقتضي بطلان الشرط الجزائي عند بطلان الالتزام الأصلي، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من الفصل 307 من قانون الالتزامات والعقود المغربي⁴، كما لو أبرم الالتزام الأصلي غير ذي أهلية فإن كلا من الالتزام الأصلي والشرط الجزائي باطل⁵، أما

¹ مستقبل الشرط الجزائي: فؤاد معلال، ص 66.

² سلطة القاضي في نقض وتعديل المعاملات: عزة حنورة، ص 323، دون طبعة، دار الطباعة الحديثة، 1994، فقرة 325.

³ الشرط الجزائي في القانون المغربي: فؤاد معلال، ص 44.

⁴ تنص الفقرة الأولى من الفصل 307 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أن: "بطلان الالتزام الأصلي يترتب عليه بطلان الالتزامات التابعة".

⁵ قرار المجلس الأعلى، عدد 211، بتاريخ 1 أكتوبر 1987 في الملف الإداري عدد 4968 الذي أيد القرار الاستئنائي في ما ذهب إليه من إبطال عقد العمل الذي التزم فيه فتاة قاصرة بالعمل مع المكتب الوطني للسكك الحديدية لمدة ثماني سنوات تحت طائلة إرجاع ثلثي أجرة السنتين الأوليتين في حالة الإخلال بذلك الالتزام، حيث قررت محكمة الاستئناف إبطال هذا الالتزام لنقصان أهلية العاقدة ورفضت بالتالي أعمال الشرط الجزائي المضمن في العقد تبعا لذلك، قرار غير منشور، يُنظر: الشرط الجزائي في القانون المغربي: فؤاد معلال، ص 47.

بطلان الشرط الجزائي فإنه لا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي، لأن الشرط الجزائي تابع فلا يتعلق به مصير الالتزام الأصلي.

وكذلك إذا كان الالتزام الأصلي مرتبطاً بأجل أو خاضعاً لشرط، فإن الشرط الجزائي لا يطبق إلا عند حلول الأجل، أو تحقق الشرط¹.

أما إذا اختار الدائن عند إخلال المدين بالالتزام الأصلي فسخ العقد بدلاً من المطالبة بالشرط الجزائي، فإنه يترتب على ذلك سقوط الالتزام الأصلي وكافة الالتزامات التابعة له بما فيها الشرط الجزائي، وحينئذ يتم تقدير التعويض من لدن القاضي وفقاً للقواعد العامة².

• العبرة بالالتزام الأصلي لا بالشرط الجزائي:

ذلك أن الشرط الجزائي التزم تابع للالتزام الأصلي، وليس التزاماً بديلاً بحيث يمكن للمدين أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي إلى تنفيذ الشرط الجزائي، ولا التزاماً تخييرياً بحيث يحتفظ للدائن حق الخيار في المطالبة بين تنفيذ الالتزام الأصلي أو الشرط الجزائي. والعبرة في ذلك تكمن في أن محل الالتزام التخيري متعدد، وتبرأ ذمة المدين بالوفاء بأحد الشيئين محل الالتزام، وهذا لا يصدق على الشرط الجزائي باعتباره التزاماً تبعياً للالتزام الأصلي³. ومن ثم فلا تجوز المطالبة من طرفي العقد إلا بالالتزام الأصلي مادام تنفيذه ممكناً، ولا يصار إلى الشرط الجزائي إلا عند استحالة تنفيذه بخطأ من المدين، أما إذا استحال تنفيذ الالتزام الأصلي بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه فإنه لا تجوز مطالبته بالشرط الجزائي لعدم تحقق شروط استحقاق الشرط الجزائي.

¹ النظرية العامة للالتزامات: عبد المنعم البدرأوي، 86/2، دون طبعة، دار النهضة للطباعة والنشر، بيروت، 1968م.

² الوسيط: السنهوري، 863/2-864. والشرط الجزائي في القانون المغربي: فؤاد معلال، ص 50. بتصرف

³ الوسيط: السنهوري، 861/2. والشرط الجزائي في القانون المغربي: فؤاد معلال، ص 45-47. وسلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي: عبد الرزاق أيوب، ص 24-25.

المطلب الثاني: مقاصد تشريع الشرط الجزائي في القانون

الفرع الأول: مقاصد الشرط الجزائي على الذات المتعاقدة

المقصد الأول: مقصد ضمان تنفيذ العقد

الشرط الجزائي صمام أمان ووسيلة قانونية فعالة لضمان تنفيذ الالتزامات، وتعزيز آثارها القانونية؛ ذلك أن المدين يدرك مسبقا أثناء مرحلة إبرام العقد أن أي إخلال يصدر منه سيعرضه إلى دفع تعويض عن الضرر الذي سيلحق الدائن نتيجة عدم التنفيذ أو التأخر فيه، الأمر الذي يُسهم في توثيق الروابط القانونية، ومنحها القوة الملزمة، ويسد أبواب الفوضى والتلاعب بحقوق الناس، وهذا من أهم المزايا التي يحققها الشرط الجزائي¹.

كما أن الشرط الجزائي يتميز بدور وقائي يؤمن العلاقة التعاقدية، ويزيد من حرص المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، ويحمي الدائن من امتناع أو تراخي المدين في تنفيذ العقد خاصة في الحالات التي قد يتعذر فيها التنفيذ العيني بخطأ من المدين، أو التي يمتنع فيها عن التنفيذ بسوء نية².

المقصد الثاني: مقصد التقليل من المنازعات والحد من الخلافات

بتضمين المتعاقدين شرطا جزائيا للعقد يكونان قد افترضا وقوع الضرر، وتوقعا مقداره، وتصير عندئذ قيمة التعويض عن الضرر المتفق عليها مستحقة للدائن بمجرد حصول الإخلال أو التراخي في

¹ الشرط الجزائي: رويشد، ص58. ونظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون: زكي الدين شعبان، ص161، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968م. والاجتهاد القضائي المغربي في ميدان الالتزامات والعقود كموضوع للبحوث والدراسات: أحمد ادريوش، ص121-122. والشرط الجزائي في الشريعة والقانون: زكي الدين شعبان، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، ص126، السنة الأولى، جامعة الكويت، 1977م. والبند الجزائي في القانون المدني الفرنسي: طلال مهتار، ص49-51-59. والشرط الجزائي في الفقه الإسلامي: الحموي، ص63. ومستقبل الشرط الجزائي: فؤاد معلال، ص60-63. بتصرف

² التنفيذ العيني للالتزامات العقدية -دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة-: عادل جبري محمد حبيب، ص476-477، دون طبعة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2004م. وضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي تنفيذ العقود -دراسة مقارنة-: بسام سعيد جبر جبر، ص96، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011م. بتصرف

تنفيذ العقد من قبل المدين، دون حاجة لإثبات الدائن ركن الضرر، بل يقع عبء الإثبات على المدين خلافا لقواعد المسؤولية التعاقدية¹، مما يجنب الأطراف المتعاقدة الكثير من النزاعات المحتملة.

المقصد الثالث: مقصد وسيلة لحفظ أموال الناس من المماطلة والضياع²

إذا كان المال قوام الحياة ومحور النشاط الاقتصادي والمالي، عنيت الشريعة الإسلامية بحفظه وضبطه كسبا وإدارة وإنفاقا وتنمية، ونهت عن تضييعه إتلافا وتبذيرا وإسرافا، فإن الشرط الجزائي يعد من الوسائل الإجرائية الضامنة لحمايته وحفظه باعتباره يشكل قوة ضاغطة وملزمة تدفع المدين وتجبره على تنفيذ التزاماته وعقوده.

الفرع الثاني: مقاصد الشرط الجزائي على المحيط السوسيواقتصادي

المقصد الأول: مقصد التخفيف من الالتجاء إلى القضاء

يهدف الشرط الجزائي إلى الحد من تحكم القانون والقضاء، وتجنيب المتعاقدين الإجراءات القضائية البطيئة والمعقدة، ويخفف من كثرة اللجوء إلى المحاكم اقتصادا في الجهد وربحا للوقت، وتوفيرا للمال، وتخفيفا لنفقات التقاضي. كما ييسر الأمر على القاضي في الحالة التي يمتنع فيها المدين عن أداء قيمة التعويض المتفق عليه لأنه يعتبر منطلقا تتأسس عليه عملية المراجعة القضائية في حالة كون التعويض مبالغا فيه أو زهيدا، أو في حالة التنفيذ الجزئي³.

المقصد الثاني: مقصد تسريع وتيرة التقدم وتحقيق التنمية

إن تضمين العقود شرطا جزائيا باعتباره أداة حامية للمتعاقدين، ومصدر أمان للرابطة التعاقدية أسهم ولايزال، إلى حد كبير في تنشيط حركة التعاقد التي لا يخفى أثرها الإيجابي على النمو الاقتصادي الذي يشكل أحد الأعمدة الأساس للتنمية المجتمعية، خاصة في ظل ضعف الحس الأخلاقي وقيم

¹ البند الجزائي في القانون المدني: طلال المهتار، ص52. ومستقبل الشرط الجزائي: فؤاد معلال، ص64. بتصرف

² الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي: الحموي، ص65. بتصرف

³ الشرط الجزائي: رويشد، ص70. والبند الجزائي في القانون المدني: طلال المهتار، ص51. ومستقبل الشرط الجزائي، فؤاد

معلال، ص64-71. والشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، الحموي، ص68.. بتصرف

النزاهة الذي يُعد أحد العناصر الأساس لتفشي ظاهرة التراخي في تنفيذ العقود، علاوة على انتشار الرشوة لكونها مصدرا من مصادر التعسف، وتعدد المساطر القانونية، وضعف الحماية القضائية التي ولدت أزمة الثقة تجاه الفعل القضائي؛ ذلك أن تصفية الشرط الجزائي مرده إلى القضاء عند التنازع¹.

المقصد الثالث: مقصد استقرار وتماسك المجتمع

إن المكانة الأساس التي تتمتع بها مؤسسة الشرط الجزائي في تأمين الرابطة التعاقدية داخل المجتمع كما تبين من المقاصد السابقة، خاصة بعد اقتناع المشرع بأهمية القضاء في مراجعة الشرط الجزائي تحقيقا لمبادئ الإنصاف وقواعد العدالة، واستجابة للقيم الأخلاقية²، لمن شأنها أن تشكل الدعامة الأساسية لنشوء علاقات تعاقدية سليمة خالية من التعسف والتحكم مُسهممة في استقرار وتماسك المجتمع.

¹ الشرط الجزائي: رويشد، ص69. والشرط الجزائي في الفقه الإسلامي: الحموي، ص68-69. والنموذج التنموي الجديد -

التقرير العام-: اللجنة الخاصة بالنموذج التنموي، أبريل 2021م، ص 19-32-64. بتصرف

² القراءة الأخلاقية لتعديل الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود المغربي: عبد الرزاق أيوب، ص70. بتصرف

المطلب الثالث: طبيعة الشرط الجزائي

تأسس الشرط الجزائي في بدايته على فكرة العقاب والتهديد، مستمدا مشروعيته من مبدأ سلطان الإرادة، لكن مع مرور الزمن، شهد العالم تغيرات اقتصادية واجتماعية وفكرية حولت الشرط الجزائي من "أداة لتحديد التعويض، بشكل مسبق، عما يتوقعونه من ضرر ناتج عن عدم تنفيذ التزاماتهم التعاقدية، وبالتالي وسيلة لتفادي الالتجاء إلى القضاء بما يمثله ذلك من مصاريف وضياع وقت ونتائج غير مضمونة في نهاية المطاف، وكذلك أداة تحديد لضمان السلامة العقدية"¹، إلى أداة للسيطرة والتحكم، وللاغتناء والثراء، واستغلال الطرف القوي للطرف الضعيف، ما استدعى تدخل المشرع لإقرار سلطة القاضي في مراجعة الشرط الجزائي مراجعة مقيدة، مما انتهى به الأمر إلى أداة ذات طبيعة مزدوجة: تعويضية في جوهرها تهديدية في عرضها، وهذه الطبيعة المزدوجة للشرط الجزائي هي التي تبناها الفقه المعاصر، وأخذت بها العديد من القوانين الحديثة لأنها جامعة بين التعويض باعتباره أصلا، والتهديد باعتباره تبعا.

الفرع الأول: طبيعة تهديدية

برز الشرط الجزائي مكتسيا طابعه العقابي في القانون الروماني، وحافظ على تلك الصبغة العقابية في القانون الفرنسي القديم الذي تبني "مبدأ ثبات الشرط الجزائي"²، ويظهر ذلك جليا من خلال المادة 1152³ من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل الذي طأها سنة 1975م، حيث كان يجيز القانون للدائن فرض عقوبات مالية على المدين في حالة إخلاله بالالتزام ولو لم يصب الدائن أي

¹ مستقبل الشرط الجزائي: فؤاد معلال، ص 70-71.

² الشرط الجزائي من خلال الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن: احميدو أكري، ص 80-81.

³ تنص المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي على أنه: "عندما ينص العقد على أن من يخل بتنفيذه، يدفع مبلغا معيناً على سبيل التعويض، فإنه لا يمكن أن يقرر للطرف الآخر مبلغاً أكبر أو أقل". يُنظر: الشرط الجزائي في القانون المغربي: فؤاد معلال، ص 215. وسلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي: عبد الرزاق أيوب، ص 100. والشرط الجزائي من خلال الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن: احميدو أكري، ص 87.

ضرر إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولم يكن يسمح للقضاء بمراجعة الشرط الجزائي تحقيقاً للعدالة.

ومع أن القانون المدني الفرنسي قام بتعديل لأحكام الشرط الجزائي بأن سمح للقضاء بمراجعة الشرط الجزائي من خلال الفقرة الثانية التي أضيفت للمادة 1152¹، إلا أن هذا الأمر لم ينف عن الشرط الجزائي وظيفته العقابية التي ظلت لصيقة به لأن المراجعة صارت مشروطة بالمبالغة الفاحشة فقط تجنباً للشروط التعسفية المجحفة.

وقد ساد التصور نفسه في التشريع المغربي، وهو ما جسده الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، واستقرت عليه الممارسات التعاقدية، وأيدته الاجتهادات القضائية مع بعض الاستثناءات القليلة، إلا أن تنامي الشروط الجزائية التعسفية التي ظهرت نتيجة لكثرة النزاعات والخلافات الناتجة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية، والمبالغة في الوظيفة الاستغلالية التهديدية للشرط الجزائي² لاعتبارات فكرية واقتصادية وقانونية أدت إلى انقسام القضاء المغربي

¹ القانون رقم 75-597 الصادر بتاريخ 9 يوليوز 1975م، حيث تنص الفقرة الثانية الجديدة من المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي: "مع ذلك، يمكن للقاضي تخفيض أو رفع الجزاء المتفق عليه، إذا ظهر أنه زهيدا أو مبالغا فيه وكل اتفاق مخالف يعتبر غير موجود". يُنظر: الشرط الجزائي من خلال الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن: احميدو أكري، ص 87. والشرط الجزائي في القانون المغربي: فؤاد معلال، ص 215. وسلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي: عبد الرزاق أيوب، ص 111.

² قرار المجلس الأعلى عدد 1054 بتاريخ 1987/5/6م - غير منشور - الذي دفعت فيه الطالبة بأن القرار الاستثنائي (قرار محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 1981/7/9 في الملف المدني عدد 4863 - غير منشور-) : "أجاب على طلب مراجعة تحديد الغرامة التماطلية في حالة الحكم بها، بأنه لا يجوز التصرف في تحديدها بالزيادة أو النقصان ما دامت محددة بالعقد المتفق عليه بين الطرفين، لم يبين النص الذي اعتمد عليه لفرض القاعدة بالنسبة لمسألة ثانوية، والحالة أنها تم إرجاع التوازن بين الطرفين، هذا التوازن الذي يسعى المشرع إلى تواجده بين المتعاقدين" فأجاب المجلس الأعلى بأن: "القرار قد تمشى مع القاعدة: العقد شريعة المتعاقدين، وطبق الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود، وما دام أن العقد قد وقع برضى الطرفين على تحديد الغرامة التماطلية، فإنه لم يبق للمحكمة سبيل للتصرف في تحديد الغرامة المذكورة وكان قرارها مستندا على نص قانوني ولو لم تصرح به..." يُنظر: الشرط الجزائي في القانون المغربي: فؤاد معلال، ص 250 وما بعدها.

بين مؤيد¹ له، ورافض² لفكرة المراجعة القضائية للشرط الجزائي، مما أحدث اضطرابا في مفهوم الشرط الجزائي وتضاربا وتناقضا في أحكامه، الأمر الذي شكل منطلقا أساسا لتحسين الإطار القانوني المنظم للشرط الجزائي، وتحديد التصور حول حجته المطلقة باعتباره تعويضا اتفاقيا عن الضرر الذي يلحق الدائن نتيجة إخلال المدين بالتزامه من خلال صياغة الفصل 264 صياغة جديدة أقرت بسلطة القاضي في مراجعة الشرط الجزائي انسجاما مع مبدأ العدالة الذي أضحي مرتكزا للعديد من القوانين الحديثة.

ومن خلال ما سبق؛ نتبين أن أصحاب هذا الاتجاه قد ارتكزوا على مبررين: الأول تاريخي مرجعه القانون الروماني، والثاني فلسفي مستنده سلطان الإرادة.

الفرع الثاني: طبيعة تعويضية

الشرط الجزائي هو اتفاق مسبق على تقدير التعويض عن الضرر المحتمل المستحق عند إخلال المدين بالالتزام الأصلي، مما يدل دلالة واضحة على أن وظيفته التعويضية هي الأصل فيه والتهديد

¹ منها: قرار محكمة الاستئناف بآسفي بتاريخ 1985/4/21 في الملف المدني عدد 84/1447 - غير منشور-؛ يُنظر: سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي: عبد الرزاق أيوب، ص 126. وحكم المحكمة الابتدائية بفاس رقم 1483 في الملف المدني رقم 3048/89 بتاريخ 19 أبريل 1990 - غير منشور- الذي جاء ليحد من الشروط الجزائية التعسفية والمجحفة، ويُنْبَه إلى ضرورة تدخل القضاء للتقييد من مبدأ سلطان الإرادة، فذهب إلى أنه: "... حيث إن طبيعة التعويض الاتفاقي المحدد بالعقد أعلاه كجزاء عن عدم تنفيذ التزامات الفريق المدعى عليه هو من جهة وسيلة للضغط على الملتزم لتنفيذ التزامه المحدد بالعقد، ومن جهة أخرى وسيلة لجبر الأضرار الناتجة عن عدم تنفيذ الالتزامات في إبانها، ومن ثم فهو في طبيعته، وأحكامه مثل الغرامة التهديدية يُصنف في شكل تعويض تبعا للضرر، وأهميته، وطبيعته، ومداه، وأن القول بذلك من شأنه أن يُصحح المراكز القانونية للأطراف إزاء العقد، ويحد من مبدأ سلطان الإرادة، الوارد بمقتضيات الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود باعتبار أن أحد الأطراف قد يتعاقد تحت تأثير ظروف معينة بشروط مجحفة في حقه قد لا تعبر عن إرادته الصحيحة، ومن ثم وجب أن يتدخل القضاء لتصحيح المراكز القانونية للطرفين حول العقد، وخصوصا منه الشرط الجزائي." يُنظر: الشرط الجزائي في القانون المغربي: فؤاد معلال، ص 253 وما بعدها.

² قرار المجلس الأعلى السابق عدد 1054 بتاريخ 1987/5/6م - غير منشور - ؛ يُنظر: الشرط الجزائي في القانون المغربي: فؤاد معلال، ص 250-252. وسلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي: عبد الرزاق أيوب، ص 123-125.

تبع، ويتجلى ذلك بوضوح أيضا في كون أغلب الأنظمة العربية اشترطت لاستحقاقه حصول الضرر، وسمحت للقضاء بمراجعته، وسمته بالتعويض الاتفاقي¹ بدل الشرط الجزائي.

الفرع الثالث: طبيعة مزدوجة

من خلال ما سبق بيانه؛ نخلص إلى أن الشرط الجزائي في حقيقته تعويض أصالة يحمل معنى التهديد تبعا، وهذه الطبيعة المزدوجة للشرط الجزائي لا يمكن أن يجادل فيها أحد، وإلا صار الشرط الجزائي لغوا لا فائدة منه، وانتفى منه مقصده الأساس المتمثل في ضمان التنفيذ العيني للالتزام الأصلي، وإن سارت جميع الإصلاحات في محاربة الشروط الجزائية المجحفة حماية للطرف الضعيف، وتحقيقا لمبادئ العدالة وقواعد الإنصاف، ونصت في قوانينها على قابلية الشرط الجزائي للمراجعة، فإنها قيدت تلك المراجعة وسمحت بها في حالة كون الشرط الجزائي مبالغا فيه، أو في حالة كونه زهيدا، مما يتبين عدم حصر طبيعة الشرط الجزائي في الوظيفة التعويضية المحضة.

يقول عبد الرزاق أيوب: "لو كان يريد المشرع المغربي أن يحصر طبيعة الشرط الجزائي في الوظيفة التعويضية المحضة، لما احتاج إلى هذه الصياغة لتحديد ضوابط التعديل، بل كان يكفي القول بأن "للمحكمة أن تعدل التعويض الاتفاقي كلما كان مبلغه يزيد أو يقل عن الضرر"². ويقول أيضا: "لا أحد يجادل في مشروعية الوظيفة التهديدية للشرط الجزائي لأن أحكام المسؤولية العقدية - مبدئيا - لا تتعلق بالنظام العام لا من حيث شروطها ولا من حيث آثارها، ومن جهة أخرى فعنصر التهديد للشرط الجزائي من شأنه أن يدعم تنفيذ العقود وفي هذا استقرار للمعاملات"³.

¹ الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود، والمادة 224 من القانون المدني المصري، والمادة 225 من القانون المدني السوري، والمادة 170 من القانون المدني العراقي، والمادة 184 من القانون المدني الجزائري.

² سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي: عبد الرزاق أيوب، ص 140.

³ المرجع نفسه، ص 150.

المطلب الرابع: شروط استحقاق الشرط الجزائي

يشترط لاستحقاق مقتضى الشرط الجزائي توفر جميع أركان المسؤولية المدنية العقدية المتمثلة في: الخطأ العقدي، والضرر، والعلاقة السببية¹، بالإضافة إلى إنذار المدين، ولعل "هذه الشروط ضرورية وتستلزمها فكرة الشرط الجزائي ذاته كبند عقدي غايته ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي حسب ما تم الاتفاق عليه، وبصرف النظر عن مصدر ذلك الالتزام. كما أن الفقه متفق على هذه الشروط، لأن الشرط الجزائي ليس مجرد بديل يقوم مقام التعويض، وإنما هو تعويض اتفاقي"².

الفرع الأول: الخطأ العقدي

وجود الخطأ من المدين شرط لاستحقاق الشرط الجزائي، ويقصد بالخطأ هنا إخلال المدين بالتزامه الأصلي الناشئ من العقد عند عدم تنفيذه له تنفيذاً كلياً أو جزئياً، أو إذا تأخر في تنفيذه، "وبالتالي فإن استحالة تنفيذ الالتزام أو جزء منه لسبب يعود للمدين، يعطي الحق للدائن في طلب استحقاق التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)"³. وكذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ ما التزم به في موعده المحدد. ويتعين "على الدائن إثبات هذا الخطأ، إلا إذا كان الالتزام العقدي الذي قصد المدين الوفاء به التزاماً بتحقيق نتيجة، فيكتفى من الدائن بإثبات عدم تحققها، فإن فعل يفترض الخطأ في جانب المدين، ويكون هذا الأخير إذا أراد نفي المسؤولية عن نفسه إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي.

¹ الوسيط: السنهاوري، 855/2.

² استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله: فرقاني قويدر نور الإسلام، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد السابع، العدد الثاني، ص 1659، سنة 2020م.

³ سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي: عبد الرزاق أيوب، ص 39.

فإذا تخلف الخطأ فلا محل لإعمال الشرط الجزائي، حيث إنه تقدير للتعويض، ولم يستحق هذا الأخير لانتفاء الخطأ"¹، وهذا ما أكدته المجلس الأعلى في أحد قراراته بقوله: "إن دعوى المظلومين انبنت على واقعة عدم قيام الطالب بتنفيذ التزامه حسب العقدين المبرمين معه ... وذلك بإتمام بناء الدارين في الأجل المحدد ... الأمر الذي كان يجب معه على المظلومين لكي يطالبوا بالجزاء عن عدم تنفيذ التزامه، أن يدلوا بما يثبت واقعة عدم إتمام البناء في أجله ... وهو ما لم يفعلوه"².

الفرع الثاني: إصابة الدائن بالضرر

لا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا أصيب الدائن بضرر³ باعتباره ركنا أساسا لقيام المسؤولية العقدية، ويعرف الضرر بأنه "ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاتته من كسب متى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام"⁴. ولذلك فإن الشرط الجزائي يفترض وقوع الضرر على الدائن إذا حصل خطأ من جانب المدين، ويكون الشرط الجزائي مستحقا عندئذ للدائن إلا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. وهذا ما نصت عليه المادة 224 من القانون المدني المصري حيث تقول: "لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر"⁵.

¹ النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام): أنور سلطان، ص 174. والوسيط: السنهوري، 855/2. والنظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام دراسة مقارنة في القوانين العربية - : محمد صبري السعدي، ص 82، دون طبعة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1424هـ/2004م. وسلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي: محمد بوكماش، ص 330.

² قرار عدد 1992 بتاريخ 10 أكتوبر 1990، ملف مدني 86/1142، غير منشور، وما هذا الحكم إلا تطبيق للقاعدة الواردة في الفصل 400 ق. ل. ع. الذي ينص على ما يلي: "إذا أثبت المدعي وجود الالتزام، كان على من يدعي انقضاءه أو عدم نفاذه تجاهه أن يثبت ادعائه"، يُنظر: سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي: عبد الرزاق أيوب، ص 39.

³ نصت الفقرة الأولى من المادة 224 من القانون المدني المصري على أنه: "لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر" وهو نفس ما تقضي به المادة 184 من القانون المدني الجزائري، والمادة 225 من القانون المدني العراقي.

⁴ الفقرة الأولى من الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

⁵ الوسيط: السنهوري، 680/1.

الفرع الثالث: علاقة السببية بين الخطأ والضرر

يقصد بالعلاقة السببية تلك الصلة التي تربط الخطأ العقدي بحدوث الضرر، إذ لا يكفي لاستحقاق الشرط الجزائي وجود الخطأ، وتحقق الضرر، بل لا بد أن يكون الخطأ راجعاً إلى المدين، "والضرر متولد عنه ونتيجة له"¹ فإذا ما أثبت المدين أن الخطأ يعود لسبب أجنبي لا يد له فيه، فلا محل لإعمال الشرط الجزائي لانتفاء أحد شروطه الأساسية.

والمفترض أن علاقة السببية بين الخطأ والضرر قائمة، فلا يكلف الدائن بإثباتها، بل إن المدين هو من يتعين عليه نفي هذه العلاقة، بأن يثبت أن هناك سبباً أجنبياً أدى إلى حدوث الضرر الذي لحق الدائن، كالقوة القاهرة، أو الحادث الفجائي²، أو يكون الضرر راجعاً إلى الدائن نفسه أو إلى فعل الغير³.

الفرع الرابع: الإنذار

الإنذار شرط لاستحقاق مقتضى الشرط الجزائي في الأحوال التي يجب فيها، وإجراء قانوني يلجأ إليه الدائن لإثبات أن عدم الوفاء ينطوي على إخلال المدين بالتزامه التعاقدي⁴، ويعفى الدائن من هذا الإنذار متى كان الالتزام مقترناً بأجل، وحل هذا الأجل دون أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه التعاقدي، ويستثنى من ذلك ما قرره المشرع المغربي بالنسبة للالتزامات التي حل أجلها بعد وفاة المدين، حيث يتوجب على الدائن أن يوجه إنذاراً إلى ورثة مدينه، أو إلى نائبيه القانوني من أجل

¹ سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي: محمد بوكماش، ص 331.

² أما إذا تهاون المدين وتماطل في الوفاء بالتزامه رغم إنذاره فإنه يتحمل مسؤولية ما يقع بسبب القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وهذا ما نص عليه الفصل 266 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه: "المدين الموجود في حالة مطل يكون مسؤولاً عن الحادث الفجائي والقوة القاهرة".

³ النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام): أنور سلطان، ص 175. والوسيط: السنهاوي، 859/2. وسلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي: محمد بوكماش، ص 331-332.

⁴ جاء في قرار المجلس الأعلى عدد 682 بتاريخ 1978 ما يلي: "... المماطلة لا تثبت إلا بإنذار المكتري بأداء الكراء...". يُنظر: مجلة المحاماة، ص 193، عدد 14، السنة 1979م. وسلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي: عبد الرزاق أيوب، ص 48.

تنفيذ الالتزام¹. أما إذا لم يقترن الالتزام بأجل فيتعين على الدائن أن يوجه إنذارا إلى المدين لإثبات مطله في تنفيذ التزامه².

وكذلك يعفى الدائن من الإنذار إذا رفض المدين صراحة تنفيذ التزامه، أو إذا أصبح هذا التنفيذ مستحيلا³.

ويشترط لصحة الإنذار شروطا ضرورية حددها المشرع المغربي في الفصل 255 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، وهي كالآتي⁴:

1. طلب موجه إلى المدين بتنفيذ التزامه في أجل معقول.
2. تصريح بأنه إذا انقضى هذا الأجل، فإن الدائن يكون حرا في أن يتخذ ما يراه مناسبا إزاء المدين. فإذا تعلق الالتزام بشرط جزائي فإنه يتعين على الدائن أن يشير إلى استحقاقه بانقضاء الأجل المقرر.
3. يجب أن يحصل هذا الإنذار كتابة، ويسوغ أن يحصل ولو ببرقية أو برسالة مضمونة أو بالمطالبة القضائية ولو رفعت إلى قاض غير مختص.
4. يجب أن يوجه الإنذار إلى المدين أو نائبه القانوني، أو إلى ورثته أو نائبهم القانوني، في وقت ومكان، يكون التنفيذ فيهما واجبا⁵.

¹ ينص الفصل 257 من قانون الالتزامات والعقود المغربي في فقرته الأولى على أن: " إذا حل الالتزام بعد موت المدين، لم يعتبر ورثته في حالة مطل إلا إذا وجه إليهم الدائن أو ممثلوه إنذارا صريحا لتنفيذ التزام موروثهم. وإذا كان بين الورثة قاصر أو ناقص أهلية، وجب توجيه الإنذار لمن يمثله قانونا".

² ينص الفصل 255 من قانون الالتزامات والعقود المغربي في فقرته الثانية على الآتي: " فإن لم يعين للالتزام أجل، لم يعتبر المدين في حالة مطل، إلا بعد أن يوجه إليه أو إلى نائبه القانوني إنذار صريح بوفاء الدين...".

³ ينص الفصل 256 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أنه: 1. إذا رفض المدين صراحة تنفيذ التزامه.

2. إذا أصبح التنفيذ مستحيلا.

⁴ سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقية: عبد الرزاق أيوب، ص 50. بتصرف

⁵ ينص الفصل 258 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أنه: " لا أثر للإنذار الحاصل من الدائن إذا وقع في وقت أو مكان لا يكون التنفيذ فيهما واجبا".

المبحث الثاني: الشرط الجزائي والمفاهيم ذات الصلة

المطلب الأول: الفروق بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية

الفرع الأول: تعريف الغرامة التهديدية

الغرامة التهديدية من الوسائل القانونية الجزية والردعية التي يلجأ إليها القضاء لضمان التنفيذ الجبري للالتزام تنفيذاً عينياً، وكذلك لإجبار المدين وحمله على الوفاء بالتزامه في حالة تماطله وتعنّته، "وقد منحها المشرع المغربي بمقتضى المادة 448 من قانون المسطرة المدنية للدائن لتمكينه من الحصول على التنفيذ العيني، متى كان الأمر الذي يتعلق بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه لصيق بشخص المنفذ عليه"¹، وقد جاء في الفصل المذكور سابقاً: "إذا رفض المنفذ عليه أداء التزام بعمل أو خالف التزاما بالامتناع عن عمل، أثبت عون التنفيذ ذلك في محضره، وأخبر الرئيس الذي يحكم بغرامة تهديدية ما لم يكن سبق الحكم بها.

يمكن للمستفيد من الحكم أن يطلب علاوة على ذلك التعويض من المحكمة التي أصدرته.

وقد وردت تعريفات عديدة للغرامة التهديدية عند فقهاء القانون متشابهة في أغلبها، نورد منها

الآتي:

¹ قرار محكمة الاستئناف عدد 752 بتاريخ 1977/11/11 في الملف عدد 76/701، مشار إليه في مرجع "التنفيذ الجبري في التشريع المغربي - بين النظرية والتطبيق" - الطيب برادة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 1987م، ص363، الطبعة الأولى، شركة بابل بالرباط، 1988م، نقلا عن أطروحة الدكتوراه، عبد اللطيف هداية الله، قواعد القضاء المستعجل الموضوعية، 297/1، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 1985-1986م. والغرامة التهديدية وتصنيفاتها في ضوء التشريع والقضاء في المغرب: محمد محجوبي، ص 23-24، الطبعة الأولى، مطبعة الأمانة، الرباط، 1414هـ/1993م. وللمزيد من التفاصيل يُنظر: آليات تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية في مواجهة أشخاص القانون العام: محمد قصري، مجلة الوكالة القضائية للمملكة، العدد الأول، ص51 وما بعدها، ماي 2018م.

عرفها الفقيه السنهاوري بأنها: "مبلغ من المال يقضي بإلزام المدين بأدائه عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر، أو أية وحدة أخرى من الزمن، أو عن كل إخلال يرد على الالتزام، وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني، أو إلى أن يمتنع نهائيا عن الإخلال بالالتزام، ثم يرجع إلى القضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية، ويجوز للقاضي أن يخفض هذه الغرامات أو أن يحوها بتاتا"¹.

وعرفها الأستاذ الطيب برادة بأنها: "وسيلة إكراه عندما يتعنت المدين في موقفه ولا يريد أن يقوم بما التزم به من العمل، أو خالف ما التزم به من الامتناع عن العمل، مع أن تدخله لازم وممكن في التنفيذ العيني للالتزام"².

واستخلص الأستاذ محمد محجوي بعد إيراد مجموعة من التعريفات الفقهية والقضائية أن الغرامة التهديدية: "وسيلة إجبار وتهديد، منحها المشرع للدائن، عن طريق القضاء ليتغلب بها على عناد المدين المحكوم عليه، وحمله على تنفيذ التزام يقتضي منه تدخلا شخصيا، سلبا أو إيجابا"³.

وقد اختلف الاجتهاد القضائي المغربي في تأويل الفصل 448 بين إمكانية الجمع بين الغرامة التهديدية والتعويض عن الضرر على اعتبار أن الغرامة التهديدية مستقلة عن تعويض الضرر، وأن الغاية من الغرامة التهديدية هو إجبار المدين وتهديده من أجل التنفيذ العيني للالتزام، ولا يوجد ما يمنع الدائن من أن يطلب علاوة على ذلك التهديد الذي قد يصفى في شكل مبالغ مالية، تعويضا من المحكمة مقابل إثبات⁴، وهو ما يستفاد من منطوق الفصل السابق ودلالته الظاهرة. وأمام المواقف المتباينة للاجتهاد القضائي المغربي، فإن الأمر يستدعي من المشرع التدخل لتفسير مضمون النص تفسيراً يقطع الخلاف ويحسم التنازع ويوحد الآراء.

¹ الوسيط: السنهاوري، 807/2-808.

² التنفيذ الجبري في التشريع المغربي - بين النظرية والتطبيق -: الطيب برادة، ص 363.

³ الغرامة التهديدية وتصنيفاتها في ضوء التشريع والقضاء في المغرب: محمد محجوي، ص 15.

⁴ المرجع نفسه، ص 23-24. بتصرف

الفرع الثاني: الفروق بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية

من خلال ما سبق يمكن تحديد أوجه الشبه والاختلاف بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية كالآتي:

أوجه الشبه بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية:

- أن كلا منهما يعد جزاء عن عدم تنفيذ الالتزام أو مقابل التأخر في تنفيذه.
- أن كلا منهما يهدف إلى ضمان تنفيذ الالتزام.
- أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية أثناء تنفيذ الحكم بهما معا¹.

أوجه الاختلاف بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية:

رغم التشابه الظاهري بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية، فإنه ثمة فروق جوهرية بينهما تتمثل فيما يأتي:

- **من حيث المصدر:** الغرامة التهديدية سندها القانون بحيث يرجع الحكم بها إلى القاضي، في حين الشرط الجزائي تحدده إرادة الأطراف المتعاقدة² ويمكن للقاضي تعديله.
- **من حيث المحل:** لا يحكم بالغرامة التهديدية إلا في الالتزامات التي يكون موضوعها القيام بعمل أو الامتناع عن عمل³، في حين أن الشرط الجزائي يمكن أن يقع الاتفاق على ترتيبه كجزء عند الإخلال بأي التزام كيفما كان موضوعه⁴.

¹ التعويض الاتفاقي في القانون المدني: طارق مُجَد مطلق أبو ليلي، ص65، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007م.

² الغرامة التهديدية وتصنيفاتها في ضوء التشريع والقضاء في المغرب: مُجَد محجوبي، ص 31. والتعويض الاتفاقي في القانون المدني: طارق مُجَد مطلق أبو ليلي، ص65. وضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي تنفيذ العقود - دراسة مقارنة-: بسام سعيد جبر جبر، ص63، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرط الأوسط، 2011م.

³ المادة 448 من قانون المسطرة المدنية المغربي.

⁴ الغرامة التهديدية وتصنيفاتها في ضوء التشريع والقضاء في المغرب: مُجَد محجوبي، ص 31.

- **من حيث الوظيفة:** الغرامة التهديدية ذات وظيفة تهديدية محضة، في حين الشرط الجزائي فوظيفته مزدوجة تعويضية في جوهرها، وتهديدية تبعا.
- **من حيث مدى إمكانية التنفيذ:** إن الغرامة التهديدية هي حكم وقطي تهديدي فهو لا يقبل التنفيذ إلا إذا حول من مجرد غرامة تهديدية إلى تعويض نهائي عند تصفيتها، أما الشرط الجزائي فليس بوقتي ولا تهديدي فهو اتفاق نهائي قابل للتنفيذ على حاله¹.
- **من حيث تحديد مقداره:** الغرامة التهديدية تقدر على أساس وحدة زمنية عند الامتناع عن التنفيذ العيني ...، أما الشرط الجزائي فغالبا ما يقدر موضوعه ك مبلغ جزائي من قبل المتعاقدين ابتداء.

¹ الغرامة التهديدية وتصفيتها في ضوء التشريع والقضاء في المغرب: محمد محجوبي، ص 32. وضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي تنفيذ العقود -دراسة مقارنة-: بسام سعيد جبر جبر، ص 65.

المطلب الثاني: الفروق بين الشرط الجزائي والعربون

ينظر القانون المقارن إلى العربون على أنه من الإجراءات القانونية والآليات العملية الكفيلة بضمان تنفيذ الالتزام الذي وقع الاتفاق حولَه بين المتعاقدين، حيث يعتبر من الوسائل الفعالة لردع الطرف المخل بالعقد، ودفعه إلى التحلي بروح المسؤولية عند الشروع في عملية التعاقد. "والتعاقد بالعربون لا يقتصر على نوع معين من العقود دون سواه، فهو يشمل العقود الناقلة للملكية كالبيع، كما يشمل تلك التي تقتصر على نقل منافع الأعيان كالإكراء مثلاً، إلا أن الذي يتعين التذكير به هو أن معظم المعاملات التي تستند إلى دفع العربون غالباً ما تكون من صنف العقود الابتدائية التي يتم بها التمهيد لتكوين عقود نهائية، فيكون العربون بذلك واحداً من جملة الأشياء التي يتم بها ضمان تنفيذ العقود النهائية حماية لحقوق المتعاقدين باعتباره أداة رادعة للطرف المخل بالعقد"¹.

الفرع الأول: تعريف العربون

لم تعرف التشريعات القانونية المعاصرة العربون تعريفاً بالماهية، وإنما ركزت في تعريفه على طبيعته القانونية استناداً إلى الموقف الذي تبنته واقتنعت به، فقد "تنازع موضوع العربون مدرستان فقهيّتان، الأولى ذات أصل لاتيني ترى بأن العربون مجرد أداة عدول عن عملية التعاقد يمكن بمقتضاها لكل من المتعاقدين أن يتراجعا عن العقد مقابل فقد العربون من طرف من أعطاه، أو رده مضاعفاً إذا حصل العدول ممن تسلمه.

أما المدرسة الثانية، فذات أصل جرمانى وترى بأن العربون علامة على إبرام العقد، وأي عدول أو تراجع عن تنفيذ مقتضيات العقد إلا ويستوجب الفسخ مع ثبوت الحق في المطالبة بالتعويض الذي

¹ دور العربون في توثيق العقود والاتفاقات - دراسة مقارنة -: عبد القادر العرعاري، 2020م، موقع الرابطة المحمدية للعلماء، <https://www.arrabita.ma/blog/>

تقديره المحكمة على أساس حجم الضرر الذي لحق الطرف المضرور من جراء العدول عن إتمام العقد"¹.

وعلى ضوء هاتين المدرستين اختلفت التشريعات القانونية المعاصرة في تحديد دلالة العربون، بين الدلالة التي تقتضي الحق في العدول، والدلالة التي تقتضي التأكيد والبت، وبالدلالة الأولى تأثر القانون المدني الفرنسي²، والقانون المدني المصري³، والقانون المدني السوري⁴ والليبي⁵ والجزائري⁶ والأردني⁷، وبالدلالة الثانية تأثر القانون المدني الألماني⁸، والقانون العراقي⁹، والقانون التونسي¹⁰، وكذا قانون الالتزامات والعقود المغربي، فقد نظمت الفصول 288 و 289 و 290 من قانون الالتزامات

¹ العربون في توثيق العقود والاتفاقات - دراسة مقارنة -: عبد القادر العرعاري، 2020م، موقع الرابطة المحمدية للعلماء، <https://www.arrabita.ma/blog/>. وللمزيد من التفاصيل حول دلالات العربون في القانون الوضعي يُنظر: الوسيط في شرح القانون المدني: عبد الرزاق أحمد السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون طبعة وبدون تاريخ، 87/4.

² تنص المادة 1590 من القانون المدني الفرنسي على أنه: "إذا اقترن الوعد بالبيع بدفع العربون، كان لكل من العاقلين حق العدول عن العقد فإذا عدل من دفع العربون خسره وإذا عدل من قبضه وجب عليه رد ضعفه".

³ جاء في المادة 103 من القانون المدني المصري الجديد بأن: "1. دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. 2. فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر".

⁴ المادة 104 من القانون المدني السوري.

⁵ المادة 103 من القانون المدني الليبي.

⁶ المادة 72 مكرر من القانون المدني الجزائري.

⁷ المادة 107 من القانون المدني الأردني.

⁸ تنص المادة 336 من القانون المدني الألماني على أنه: "إذا تم الاتفاق بين المتعاقدين على تقديم عربون فيعد ذلك دليلاً على انعقاد العقد، وفي حالة عدم التأكد من العربون فلا يعد ذلك ندامة". يُنظر: العربون - دراسة مقارنة -: فؤاد صالح درادكة، مجلة الحقوق، العدد الرابع، ص 487، السنة الثامنة والعشرون، الأردن، دجنبر 2004م.

⁹ تنص المادة 92 من القانون المدني العراقي على أنه: "1. يعتبر دفع العربون دليلاً على أنّ العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك".

¹⁰ الفصل 303 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

والعقود المغربي مقتضيات العربون وأحكامه¹ باعتباره "بمثابة دفعة أولية من الثمن الإجمالي المتفق عليه، الأمر الذي يعني أنه لا يحق لأي من الأطراف أن يتراجع بصورة انفرادية عن إتمام العقد"².

الفرع الثاني: الفروق بين الشرط الجزائي والعربون

انطلاقاً مما سبق يمكن تحديد وجه الشبه ونقط الاختلاف بين الشرط الجزائي والعربون كالآتي:

• وجه الشبه بين الشرط الجزائي والعربون:

يتمثل في أن كلا منهما تقدير للتعويض، فالشرط الجزائي تقدير للتعويض في حالة الإخلال بشروط العقد، والعربون تقدير للتعويض في حالة العدول عن العقد.

• نقط الاختلاف بين الشرط الجزائي والعربون تتمثل في الآتي:

1. العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد، فمن أراد من المتعاقدين أن يعدل عن العقد كان له ذلك في مقابل دفع العربون، أما الشرط الجزائي فهو تقدير للتعويض عن الضرر الذي يلحق الدائن بسبب عدم تنفيذ المدين للعقد أو التأخر في تنفيذه. ويترتب على ذلك أن

¹ ينص الفصل 288 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أن: "العربون هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان تنفيذ تعهده"، وينص الفصل 289 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أنه: "إذا نفذ العقد، خصم مبلغ العربون مما هو مستحق على من أعطاه. مثلاً إذا كان من أعطى العربون هو المشتري أو المكتري خصم من ثمن البيع أو من الكراء، وإذا كان من أعطى العربون هو البائع أو المكري، ونفذ العقد وجب رده. كما يجب رد العربون أيضاً، إذا ألغى العقد بتراضي عاقيه".

وينص الفصل 290 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أنه: "إذا كان الالتزام غير ممكن التنفيذ، أو إذا فسخ، بسبب خطأ الطرف الذي أعطى العربون، كان لمن قبضه أن يحتفظ به، ولا يلزم برده، إلا بعد أخذه التعويض الذي تمنحه له المحكمة إن اقتضى الأمر ذلك".

² هذا الموقف هو الذي يكرسه الاتجاه الغالب في ميدان الاجتهاد القضائي الذي صدر بخصوص هذه المادة، يُنظر على سبيل المثال: قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ: (1976/1/21) في الملف المدني عدد: 196566. أيضاً قرار المجلس الأعلى الصادر عنه بتاريخ (1977/1/10) في الملف المدني عدد: 50623. للمزيد من التفاصيل يُنظر: دور العربون في توثيق العقود والاتفاقات - دراسة مقارنة -: عبد القادر العرعاري، 2020م، موقع الرابطة المحمدية للعلماء،

/ <https://www.arrabita.ma/blog/>

الالتزام بدفع العربون قائم حتى لو لم يترتب على العدول عن العقد أي ضرر، أما الشرط الجزائي فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر للدائن¹.

2. يتم دفع العربون مسبقا عند إبرام العقد بالعربون، وبهذا تتوفر فيه إحدى خصائص العقود العينية. في حين الشرط الجزائي لا يدفع عند إبرام العقد بل يتم تقديره، أمّا دفعه فيأتي عند تحقق واقعة عدم التنفيذ أو التأخير في ذلك والتي تظهر في مرحلة تنفيذ العقد، وهذا أحد الفروق الرئيسية والأساسية بين العربون والشرط الجزائي².

3. العربون يتفق عليه وقت العقد ولا يتصور بعده، أما الشرط الجزائي فيجوز بعد العقد في اتفاق لاحق قبل وقوع الضرر³.

4. إذا انتهت المدة المتفق عليها في التعاقد بالعربون دون استعمال الحق في العدول من أحد المتعاقدين تأكد العقد، واعتبر العربون جزءا من الثمن. أمّا الشرط الجزائي فيبقى تعويضا اتفاقيا عن الضرر، ولذا لا يكون جزءا من الثمن⁴.

5. العربون لا يجوز تعديله، سواء كان الضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر من جراء العدول عن العقد مساويا للعربون أو غير مساو، بل إنه يجب دفع مبلغ العربون ولو لم يلحق هذا الطرف

¹ الوسيط: السنهاوي، 864/2. والشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري: عبد الله نجاري، ص 60، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983م. والبند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد اليزنغ: إلياس ناصيف، ص 42، 1991م.

² الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري: عبد الله نجاري، 1983م، ص 59.

³ أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون -دراسة مقارنة-: طلبة وهبة خطاب، ص 69، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983م. والشرط الجزائي وتطبيقاته في المحكمة الكبرى وديوان المظالم بمدينة الرياض: عبدالله بن محمد بن ناصر الشهري، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1418هـ، ص 82.

⁴ الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري: عبد الله نجاري، ص 59.

الآخر أي ضرر من العدول عن العقد، لانتفاء ارتباط العربون بالضرر، أما الشرط الجزائي فيجوز تعديله حتى يتناسب مع حجم الضرر¹.

6. العربون جزء من الثمن، أو الأجرة متى ما اختار دافعه المضي في العقد، أما الشرط الجزائي فلا يعدو أن يكون تعويضا عن الضرر فقط، لا علاقة له بالثمن أو الأجرة².

¹ الوسيط: للسنيهوري، 865/2. والشرط الجزائي في القانون الجزائري: عبد الله نجاري، ص 60. والبند الجزائي: إلياس ناصيف، ص 42.

² الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري: عبد الله نجاري، ص 59.

الفصل الثاني: الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي

المبحث الأول: مفهوم الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: تعريف الشرط لغة واصطلاحاً

الفرع الأول: تعريف الشرط لغة

يقود البحث في المعنى اللغوي لكلمة (الشرط) إلى الوقوف عند مجموعة من المعاني المختلفة باختلاف السياقات اللغوية التي ترد فيها. كما تزرع المعاجم اللغوية بالعديد من المشتقات المأخوذة من الجذر اللغوي (ش ر ط).

قال الخليل: " الشَّرْطُ: معروف في البيع، والفعل: شارطه فشرط له على كذا وكذا، يشرط له"¹. وقال ابن منظور: "وَقَدْ شَرَطَ لَهُ وَعَلَيْهِ كَذَا، يَشْرُطُ وَيَشْرُطُ شَرْطاً وَاشْتَرَطَ عَلَيْهِ. وَالشَّرِيطَةُ: كَالشَّرِطِ، وَقَدْ شَارَطَهُ وَشَرَطَ لَهُ فِي ضِيعَتِهِ يَشْرِطُ وَيَشْرُطُ، وَشَرَطَ لِلْأَجِيرِ يَشْرُطُ شَرْطاً"². وبالتعمق في مادة (ش ر ط) في المعاجم اللغوية نجد أنها تدور حول معان متعددة، منها:

المعنى الأول: عَلمٌ وعلامة

قال ابن فارس: "الشين والراء والطاء أصل يدل على عَلمٍ وعلامة، وما قارب ذلك من علم. من ذلك، الشَّرْط: العلامة. وأشراط الساعة: علاماتها"³، "... وسمي الشَّرْط لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يُعرفون بها"⁴.

¹ العين: الخليل، حرف الشين، أبواب الثلاثي الصحيح، باب الشين والطاء والراء معهما ش ط ر، ش ر ط، ط ر ش مستعملات، 234/6، تحقيق الدكتور مهدي المخزومي والدكتور إبراهيم السامرائي، دار مكتبة الهلال، دون طبعة وبدون تاريخ.

² لسان العرب: ابن منظور، باب الطاء، فصل الشين المعجمة، مادة (شرط)، 329/7.

³ مقاييس اللغة: ابن فارس، كتاب الشين، باب الشين والراء وما يثلاثهما، مادة (شرط)، 260/3.

⁴ المصدر نفسه، كتاب الشين، باب الشين والراء وما يثلاثهما، مادة (شرط)، 260/3.

وقال الأزهرى: "ومنه الاشتراط الَّذِي يَشْتَرِطُ النَّاسُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ، إِنَّمَا هِيَ عِلَامَاتٌ يَجْعَلُونَهَا بَيْنَهُمْ"¹، وقال أيضا: "وَأَشْرَطَ فُلَانٌ مِنْ إِبِلِهِ وَغَنَمِهِ، إِذَا أَعَدَّ مِنْهَا شَيْئًا لِلْبَيْعِ، وَقَدْ أَشْرَطَ نَفْسَهُ لَكَذَا وَكَذَا: أَيَّ أَعْلَمَهَا وَأَعَدَّهَا"²، وقال ابن منظور: "وأشراط الشيء: أوائله؛ قال بعضهم: ومنه أشراط الساعة، والاشتقاقان متقاربان لأن علامة الشيء أوله. ومشاريط الأشياء: أوائلها كأشراطها"³.

وجاء في المقاييس: "ومن الباب الشَّرْطَانِ: نجمان يقال إنهما قَرْنَا الحَمَلِ، وهما معلمان مشتهران. ويقال: جمل شَرَوَاطُ، أي ضخم. وإنما سمي شرواطا لأنه إذا كان مع إبل تبين كأنه علم"⁴. وفيه معنى العلامة؛ ذلك أن ضخامته علامةٌ تميزه عن باقي الإبل.

والعلامة وظيفتها تمييز شيء من بين أشياء.

المعنى الثاني: الإلزام

قال ابن منظور: "والشَّرْطُ: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجَمْعُ شُرُوطٌ"⁵.

وجاء في المعجم الوسيط: "الشَّرْطُ مَا يَوْضَعُ لِيَلْتَزِمَ فِي بَيْعٍ أَوْ نَحْوِهِ"⁶.

¹ تهذيب اللغة: الأزهرى، أبواب الشين والطاء، ش ط د ش ط ت ش ط ظ ش ط ذ ش ط ث (مهملات)، مادة (شرط)، 211/11.

² المصدر نفسه، أبواب الشين والطاء، مادة (شرط)، 212/11.

³ لسان العرب: ابن منظور، باب الطاء، فصل الشين المعجمة، مادة (شرط)، 330/7.

⁴ مقاييس اللغة: ابن فارس، كتاب الشين، باب الشين والراء وما يثلثهما، مادة (شرط)، 260/3.

⁵ لسان العرب: ابن منظور، باب الطاء، فصل الشين المعجمة، مادة (شرط)، 329/7.

⁶ المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية، باب الشين، مادة (شرط)، ص 479، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، 1425هـ/2004م.

المعنى الثالث: الأثر

قال الخليل: و"الشَّرْطُ: بزْعُ الحجام بالمِشْرَطِ"¹.

وقال ابن فارس: "ومن الباب شَرَطُ الحاجم، وهو معلوم، لأن ذلك علامة وأثر. جاء في الحديث عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، قَالَ: (الشِّقَاءُ فِي ثَلَاثَةٍ: شَرَبَةُ عَسَلٍ، وَشَرْطَةُ مَحْجَمٍ، وَكَيْتَةُ نَارٍ، وَأَنْتَهَى أُمَّتِي عَنِ الْكَيْ)².

ويقال: إن أشرط الساعة أوائلها. ومن الباب: الشريط، وهو خيط يُرَبَّقُ بِهِ الْبَهْمُ. وإنما سمي بذلك لأنها إذا ربطت به صار لذلك أثر. ومن الباب: الشَّرْطُ، وهو المسيل الصغير يجيء من قدر عشر أذرع، وسمي بذلك لأنه أثر في الأرض كشرط الحاجم"³.

المعنى الرابع: الربط والشد والتوثيق والتماسك

قال الخليل: "والشريط: شبه خُيُوطٍ تفتل من الخُوص"⁴، وعند الأزهري: " والشَّرْطُ: حِبَالٌ دِقَاقٌ تُفْتَلُ مِنَ اللَّيْفِ وَالْخُوصِ، وَاحِدُهَا شَرِيطٌ"⁵.

والشرط يوثق الرابطة التعاقدية ويؤمنها ويحفظها من كل ما قد يؤدي إلى التنازع والخلاف.

¹ العين: الخليل، حرف الشين، أبواب الثلاثي الصحيح، باب الشين والطاء والراء معهما ش ط ر، ش ر ط، ط ر ش (مستعملات)، 234/6.

² أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الطب، باب الشفاء في ثلاث، رقم الحديث: 5680، 122/7-123.

³ مقاييس اللغة: ابن فارس، كتاب الشين، باب الشين والراء وما يتلثهما، مادة (شرط)، 260/3.

⁴ العين: الخليل، حرف الشين، أبواب الثلاثي الصحيح، باب الشين والطاء والراء معهما ش ط ر، ش ر ط، ط ر ش (مستعملات)، 234/6.

⁵ تهذيب اللغة: الأزهري، أبواب الشين والطاء، ش ط د ش ط ت ش ط ظ ش ط ذ ش ط ث (مهملات)، مادة (شرط)، 213/11.

المعنى الخامس: التنظيم

جاء في المعجم الوسيط: "الشرطة حفظة الأمن في البلاد"¹، وحفظ الأمن يتطلب بالضرورة حفظ النظام، فلا أمن دون نظام.

المعنى السادس: الحفظ والأمن

قال في تهذيب اللغة: "الشَّرِيطُ الْعَتِيدَةُ لِلنِّسَاءِ تَضَعُ فِيهَا طَبِيحَهَا وَأَدَاتَهَا"²، وفيه معنى الحفظ والأمن لأنها تحفظ فيها الأشياء الثمينة وتؤمنها مخافة الضياع. ومنه كذلك ما سبق مجيئه في المعجم الوسيط: "الشرطة حفظة الأمن في البلاد"³.

المعنى السابع: الإضرار بالنفس

جاء في تهذيب اللغة: "أشْرَطَ نَفْسَهُ: اسْتَخَفَّ بِهَا وَجَعَلَهَا شَرْطًا، أَي شَيْئًا دُونَ خَاطِرِهَا"⁴، وفيه معنى الضرر بالنفس لأن المخل بالشرط يضر نفسه.

لا شك أن المتأمل في المعاني التي تدور في فلكها مادة (ش ر ط) في المعاجم اللغوية، سيجد أنها لا تخرج عن إطار العلامة، وال لزوم، والأثر، والشد، والربط، والتوثيق، والنظام والأمن. كما أن هذه المعاني اللغوية تقترب من التعريف الاصطلاحي للشرط؛ ذلك أن الشروط في العقود تكون لازمة للمتعاقدين، وهي بمثابة العلامة الدالة على التوثيق، المميّزة للعقد عن غيره الموضحة لمساره، كما تعطيه قوة وتماسكا يحفظه من كل ما يخل به، ويقيه من المنازعات.

¹ المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية، باب الشين، مادة (شرط)، ص479.

² تهذيب اللغة: الأزهري، أبواب الشين والطاء، ش ط د ش ط ت ش ط ظ ش ط ذ ش ط ث (مهملات)، مادة (شرط)، 213/11.

³ المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية، باب الشين، مادة (شرط)، ص479.

⁴ تهذيب اللغة: الأزهري، أبواب الشين والطاء، ش ط د ش ط ت ش ط ظ ش ط ذ ش ط ث (مهملات)، مادة (شرط)، 212/11.

ويترتب عن انضباط العقد للشروط الواردة فيه آثار في واقع المعاملات، مما يحقق للمجتمع الأمن التعاقدي، والنفسي، والاجتماعي، والاقتصادي، وكلها معان ترتبط ارتباطا وثيقا بالشرط الجزائي، وهذا ما سنعمل على التحقق من صحته في ثنايا هذا البحث.

الفرع الثاني: تعريف الشرط عند الأصوليين والفقهاء

وقع اختلاف بين علماء الفقه والأصول في تحديد ماهية الشرط ومرد ذلك حاصل بالنظر إلى التداخل بينه وبين "السبب" و"جزء السبب" و"العلة"، وأورد على التحديدات الاصطلاحية لمفهوم الشرط اعتراضات وردود سواء من حيث المفردات الكلامية الواردة في حده كـ "المؤثر" و"التأثير"، أم من حيث الاستناد في تعريفه إلى ما يُتوقف فهم معناه على فهم معنى أحدهما، وهما سيان في الخفاء (الشرط والسبب).

ولا شك أن الشرط والسبب يتلازمان تلازما دقيقا، ويرتبطان ارتباطا وثيقا إلى درجة تحتم دراسة كل واحد منهما أثناء دراسة أحدهما.

وسنورد هذا الاختلاف محاولين تحليل عناصره ودراستها، وحل الإشكالات المثارة حوله، مع إيضاح الفرق بين الشرط والسبب للتلازم الحاصل بينهما.

1. تعريف الغزالي (ت505هـ):

عرف الشرط بأنه: "عبارة عما لا يوجد المشروط مع عدمه، لكن لا يلزمه أن يوجد عند وجوده، وبه يفارق العلة، إذ العلة يلزم من وجودها وجود المعلول، والشرط يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجوده"¹.

¹ المستقصى من علم الأصول: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (ت505هـ)، 188/2، تحقيق محمد سليمان الأشقر، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1417هـ/1997م.

واعتراض الآمدي (631هـ) على هذا التعريف في إحكامه، وذكر أنه فاسد من وجهين:

• **الوجه الأول:** " أن فيه تعريف الشرط بالمشروط، والمشروط مشتق من الشرط فكان أخفى

من الشرط، وتعريف الشيء بما هو أخفى منه ممتنع.

• **الوجه الثاني:** أنه يلزم عليه جزء السبب إذا اتحدا، فإنه لا يوجد الحكم دونه، ولا يلزم من

وجود الحكم عند وجوده، وليس بشرط¹.

ويمكن أن نتفق مع الآمدي في اعتراضه على الغزالي للأسباب التالية:

أ- التعريف بالأثر ليس تعريفاً للحقيقة، وإنما هو تعريف بالوجود، وهذا فيه نوع إلباس إن لم يكن

الوجود مستقلاً بتلك الآثار.

ب- التعريف بالأثر يصرار إليه عند تعذر التعريف بالحقيقة أو الرسم، وهنا غير متعذر في نظر

الآمدي، ومنه فهو انتقال من الأولى إلى ما بعده دون حاجة.

لكن هذا حين نريد التحقيق في الأحرف والكلمات، والأسلم والأصوب - والله تعالى

أعلم- أن المحدودات ما لم تشبه مع غيرها في الحد بالأثر اشتباها مربكاً فإنه لا ينبغي الاعتراض

عليها لما يفوق ذلك من مصالح النظر في قضايا أهم والغوص فيها لا طائل تحته. وأظن أن الغزالي

ينحى هذا المنحى، فتعريفاته مُفهِمة وشبه بسيطة.

لذلك لا يمكن اعتبار اعتراض الآمدي إفساداً لأنه لا يُلزم الغزالي؛ ذلك أن الغزالي لم يشترط

على نفسه تعريف الحد بالحقيقة، ومن ثم فتعريفه للشرط لا غبار عليه لأنه عَرَّفَ الشيء بانتفاء لازمه

عند انتفائه، وهو أظهر.

¹ الإحكام في أصول الأحكام: علي بن محمد الآمدي (ت631هـ)، 379/2، تحقيق عبد الرزاق عفيفي، الطبعة الأولى، دار الصميعي، المملكة العربية السعودية، 1424هـ/2003م.

أما عن قوله "أخفى من المشروط" ففيه نظر، لأن انتفاء المشروط حاصل بانتفاء الشرط، والشرط متقدم عليه، فيلزم منه أن عدم الإتيان بشيء يترتب عليه عدم وجود شيء مقصود لذاته، فيكون هذا هو الشرط.

وهذا كاف في الإجابة عن كونه ليس فاسدا كما ذكر الآمدي لعدم اعتبار الغزالي لتعريفه للشرط تعريفا حديا، وإنما يمكن اعتباره حدا للشرط بالأثر.

ويعضد هذا ما أجاب به عبد الرحمن بن أحمد الإيجي¹ عن هذا الاعتراض بأن:

• **الأول:** "بمثابة قولنا: شرط الشيء ما لا يوجد ذلك الشيء بدونه، وظاهر أن تصور حقيقة المشروط غير محتاج إليه في تعقل ذلك"²؛ ونضرب مثالا بالطهارة باعتبارها شرطا في الصلاة؛

¹ عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الغفار بن أحمد الإيجي بكسر الهمزة، ثم إسكان آخر الحروف، ثم جيم مكسورة، قاضي القضاة عضد الدين الشيرازي يذكر أنه من نسل أبي بكر الصديق رضي الله عنه، كان إماما في المعقولات عارفا بالأصلين، والمعاني، والبيان، والنحو، مشاركا في الفقه، له في علم الكلام كتاب المواقف وغيرها، وفي أصول الفقه شرح مختصر ابن الحاجب، وفي المعاني والبيان القواعد الغيائية، وكانت له سعادة مفرطة، ومال جزيل، وإنعام على طلبه العلم، وكلمة نافذة، مولده بإيج من نواحي شيراز بعد سنة ثمانين وستمائة، واشتغل على الشيخ زين الدين الهنكي تلميذ القاضي ناصر الدين البيضاوي وغيره، وكان أكثر إقامته أولا بمدينة سلطانية، وولي في أيام أبي سعيد قضاء الممالك، ثم انتقل بالآخرة إلى إيج، وأنجب تلامذة عظاما اشتهروا في الأفاق مثل شمس الدين الكرمانلي وضياء الدين العفيفي وسعد الدين التفناراني وغيرهم ووقع بينه وبين الأبهري منازعات وماجريات، وتوفي مسجوناً بقلعة بقرب إيج، غضب عليه صاحب كرمان فحبسه بها فاستمر محبوسا إلى أن مات سنة ست وخمسين وسبعمائة رحمه الله تعالى. يُنظر: طبقات الشافعية الكبرى: تاج الدين ابن السبكي (ت771هـ)، 46/10-47، تحقيق محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد لخلو، الطبعة الثانية، دار هجر للطباعة والنشر، 1413هـ. والدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة: ابن حجر العسقلاني (ت852هـ)، 3/110، تحقيق محمد عبد المعيد ضان، الطبعة الثانية، مجلس دائرة المعارف العثمانية، صيدر اباد، الهند، 1392هـ، 1972م. والبدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع: للشوكاني (ت1250هـ)، 1/326-327، دار المعرفة، بيروت، دون طبعة وبدون تاريخ. والأعلام: خير الدين بن محمود الزركلي (ت1396هـ)، 3/295، الطبعة الخامسة عشر، دار العلم للملايين، 2002م.

² شرح العضد على مختصر المنتهى الأصولي: عبد الرحمن بن أحمد الإيجي (ت756هـ)، ص223، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1421هـ/2000م.

فما لا توجد الصلاة (المشروط) بدونه هو الطهارة (الشرط)، لأن وجود الصلاة متوقف على الطهارة، ولا نحتاج لتعقل هذا إلى تصور حقيقة المشروط "الصلاة".

• **والثاني:** "أن جزء السبب قد يوجد المسبب دونه إذا وجد سبب آخر"¹، وقد يقال بأنه يلزم منه أيضاً السبب، فإنه لا يوجد المسبب دونه، ولا يلزم من وجوده وجود الحكم، فقد يوجد النصاب ولا توجد الزكاة لانتفاء الشرط أو لوجود المانع على ما سنبينه في تعريف القراني رحمه الله².

2. تعريف الرازي (ت606هـ):

عرفه بقوله: "هو الذي يقف عليه المؤثر في تأثيره، لا في ذاته، ولا ترد عليه العلة لأنها نفس المؤثر، والشيء لا يقف على نفسه ولا جزء العلة، ولا شرط ذاتها، لأن العلة تقف عليه في ذاتها"³.
فالمؤثر يتوقف في تأثيره على الشرط أو على علة المؤثر أو جزء علته أو شرط علته، ويتوقف في ذاته على علته أو جزء علته أو شرط علته، فأخرج بقوله "لا في ذاته" العلة وجزء العلة وشرط العلة وأبقى الشرط.

قال الأصفهاني معترضاً: "وهذا التعريف باطل بذات المؤثر؛ فإنه يقف عليه المؤثر في تأثيره ضرورة أن تأثير الشيء في غيره بدون ذاته محال، ويصدق عليه لا في ذاته لاستحالة توقف ذات الشيء على ذات الشيء"⁴.

¹ شرح العضد على مختصر المنتهى الأصولي: الإيجي، ص223.

² شرح تنقيح الفصول: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القراني (ت684هـ)، ص82، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، الطبعة الأولى، شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1393هـ/1973م. يُنظر الصفحة 87-88 من هذا البحث.

³ الحصول في علم أصول الفقه: فخر الدين محمد بن عمر الرازي (ت606هـ)، 57/3-58، تحقيق الدكتور طه جابر العلواني، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، 1418هـ/1997م.

⁴ الكاشف عن الحصول في علم الأصول: أبو محمد بن محمود بن عباد الأصفهاني (ت653هـ)، 480/4، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1419هـ/1998م.

ثم قال رحمه الله: "اعلم أن ما ذكره المصنف من التعريف لا يستقيم إلا على رأي المعتزلة والغزالي، فلا يستقيم على رأيه، لأنه يرى أن العلل أمارات وعلامات معرّفات، فلا تأثير ولا مؤثر على رأيه"¹.

واعترض الآمدي أيضا على هذا التعريف بقوله: "وقال بعض أصحابنا: الشرط هو الذي يتوقف عليه تأثير المؤثر في تأثيره، لا في ذاته"²، وهو فاسد أيضا؛ فإن الحياة القديمة شرط في وجود علم الباري تعالى وكونه علما، ولا تأثير ولا مؤثر"³.

3. تعريف البيضاوي (ت685هـ):

عرفه بقوله: "الشرط ما يتوقف عليه تأثير المؤثر لا وجوده كالإحصان"⁴، فالمؤثر يتوقف في وجوده على علته، أو جزء علته، أو شرط علته، ويتوقف في تأثيره على الشرط، أو على علة المؤثر، أو جزء علته، أو شرط علته، وكذلك يتوقف التأثير على وجود المؤثر "فكل ما توقف عليه المؤثر توقف عليه التأثير"⁵، فأخرج بقوله "لا وجوده" كل ما يتوقف عليه المؤثر في وجوده مما ذكرناه وأبقى الشرط لأنه لا يتوقف عليه وجود المؤثر بل يتوقف عليه تأثيره؛ كالإحصان فإن ذات الزنا لا تتوقف عليه، وإنما يتوقف عليه تأثير الزنا في الرجم.

¹ الكاشف عن الحصول في علم الأصول: الأصفهاني، 480/4.

² ويشير إلى تعريف الرازي السابق في الحصول، لكن كلمة "تأثير" الأولى التي أتى بها في التعريف غير موجودة بتعريف الرازي فصار نوع تحريف.

³ الإحكام في أصول الأحكام: الآمدي، 379/2. ورفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب: تاج الدين أبي نصر عبد الوهاب بن علي السبكي (771هـ)، 294/3، تحقيق محمد علي معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى، علم الكتب، بيروت، لبنان، 1419هـ/1999م.

⁴ منهاج الوصول إلى علم الأصول: عبد الله بن عمر البيضاوي (ت685هـ)، ص130، تحقيق الدكتور شعبان محمد اسماعيل، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1429هـ، 2008م. ونهاية السؤل في شرح منهاج الوصول: جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي (772هـ)، ص208، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ/1999م.

⁵ نهاية السؤل: الإسنوي، ص208.

وقال الإسنوي (ت776هـ): " هذا التعريف إنما يستقيم على رأي المعتزلة والغزالي فإنهم يقولون إن العلل الشرعية مؤثرات، لكن المعتزلة يقولون مؤثرات بذاتها، والغزالي يقول بجعل الشارع، وغيره من الأشاعرة فإنهم يقولون إنها أمارات على الحكم وعلامات عليه فلا تأثير ولا مؤثر عندهم"¹، ويصدق ما قاله الإسنوي اعتراضا على تعريف الرازي أيضا قبله.

4. تعريف ابن قدامة (ت620هـ):

عرفه بقوله: "ما يلزم من انتفائه انتفاء الحكم، كإلحصان مع الرجم، والحول في الزكاة"²، ويلزم عليه السبب فإنه يلزم من انتفائه انتفاء المسبب.

5. تعريف الآمدي (ت631هـ):

عرفه بقوله: "الحق في ذلك أن يقال: الشرط ما يلزم من نفيه نفي أمر ما على وجه لا يكون سببا لوجوده ولا داخلا في السبب"³، ومعرفة الشرط في هذا التعريف متوقفة على معرفة السبب، فكان "فيه تعريف المساوي في الخفاء لأن الفرق بين السبب والشرط متوقف على فهم المعنى المميز بينهما"⁴.

6. تعريف ابن الحاجب (ت646هـ):

عرف ابن الحاجب الشرط (ت646هـ) في مختصر منتهى السؤل بتعريف اقتبسه من الآمدي (631هـ)، قال: الشرط "ما يستلزم نفيه نفي أمر ما على غير جهة السببية"⁵.

¹ نهاية السؤل: الإسنوي، ص208.

² روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه: عبد الله بن أحمد بن قدامة (ت620هـ)، 179/1، تحقيق الدكتور شعبان محمد اسماعيل، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان، بيروت، 1419هـ/1998م.

³ الإحكام في أصول الأحكام: الآمدي، 379/2-380.

⁴ تحفة المسؤول في شرح مختصر منتهى السؤل: أبو زكرياء يحيى بن موسى الرهوني (ت773هـ)، 220/3، تحقيق الدكتور يوسف الأخضر القيم، الطبعة الأولى، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، 1422هـ/2002م.

⁵ مختصر منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل: أبو عمرو عثمان بن عمرو بن الحاجب (ت646هـ)، 819/2، تحقيق نذير حمادو، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، 1427هـ/2006م.

وقد اعترض الأصفهاني على هذا التعريف بأنه يتجه عليه جزء العلة¹، وهو اعتراض فاسد؛ ذلك أن السببية لفظ عام يشمل العلة وجزء العلة، قال ابن السبكي (ت771هـ) في شرحه لمختصر ابن الحاجب موضحاً: "ما يستلزم نفيه نفي أمر ما على غير جهة السببية، ألا يكون سبباً تاماً، ولا جزءاً منه"².

فقوله: "ما يستلزم نفيه نفي أمر كالجنس؛ لكونه مشتركاً بين الشرط والسبب وجزء السبب، والباقي كالفصل، وبه يخرج عنه السبب وجزؤه، ويدخل تحت الحد شرط الحكم وشرط السبب"³. ثم قال ابن السبكي: "ولقائل أن يقول معرفة الشرط حينئذ تتوقف على معرفة السبب، وهو مثله في الخفاء"⁴.

7. تعريف القراني (ت684هـ):

اختار ابن السبكي بعد إيراد بعض تعريفات الشرط، وذكره للاعتراضات الواردة عليها⁵ تعريف القراني للشرط الذي ورد فيه أن "الشرط ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، فالأول احتراز من المانع، والثاني احتراز من السبب والمانع أيضاً، والثالث احتراز من مقارنته لوجود السبب، فيلزم الوجود عند وجوده، أو قيام المانع فيقارن العدم.

¹ الكاشف عن المصطلح: الأصفهاني، 4/479.

² رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب: ابن السبكي، 3/294. والإجماع في شرح المنهاج: تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي (ت756هـ) وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي (ت771هـ)، 4/1429، تحقيق أحمد جمال الزمزمي، ونور الدين عبد الجبار صغيري، الطبعة الأولى، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات المتحدة العربية، دبي، 1424هـ/2004م.

³ بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب: محمود بن عبد الرحمن بن أحمد الأصفهاني (ت749هـ)، 2/298، تحقيق محمد مظهر بقا، الطبعة الأولى، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1406هـ/1986م.

⁴ رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب: ابن السبكي، 3/294.

⁵ المصدر نفسه: 3/294. ويُنظر: جمع الجوامع في أصول الفقه: تاج الدين السبكي، ص50، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ/2003م.

ومثاله: الحول في الزكاة يلزم من عدمه عدم وجوب الزكاة ولا يلزم من وجوده وجوبها لاحتمال عدم النصاب، ولا عدم وجوبها لاحتمال وجود النصاب. وكذلك جمع الشروط¹.

والسبب ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته، فالأول احتراز من الشرط، والثاني احتراز من المانع، والثالث احتراز من مقارنته فقدان الشرط أو وجود المانع، فلا يلزم من وجوده الوجود أو إخلاله بسبب آخر فلا يلزم من عدمه العدم².

مثال السبب: دخول الوقت فإنه سبب في وجوب الصلاة يلزم من وجوده وجوب الصلاة، ومن عدمه عدم وجوبها لذاته.

إشكال:

في تعريف الشرط والسبب عند القرافي يتبين أن وجه الشبه بينهما يتجلى في كونهما يلزم من عدمهما العدم، ووجه الاختلاف بينهما في كون السبب يلزم من وجوده الوجود، والشرط لا يلزم من وجوده الوجود.

فالطهارة شرط يلزم من انتفائه انتفاء الصلاة، ولا يلزم من وجوده وجود الصلاة، فقد يتوضأ المرء ولا يصلي لانتفاء السبب (عدم دخول الوقت)، وكذلك الأمر في شرط البلوغ فلا يلزم من وجوده الوجود لاحتمال وجود المانع من الصلاة (الحيض)، إذا تبين هذا نقرر بأن الشرط لا يلزم من وجوده الوجود لا لذاته، وإنما لاحتمال انتفاء السبب أو وجود المانع.

¹ شرح تنقيح الفصول: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت684هـ)، ص82، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، الطبعة الأولى، شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1393هـ/1973م. ورفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب: ابن السبكي، 294/3. وشرح الكوكب المنير: محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار، 452/1، تحقيق محمد الزحيلي ونزيه حماد، الطبعة الأولى، مكتبة العبيكان، الرياض، 1413هـ/1993م.

² شرح تنقيح الفصول: القرافي، ص81.

فالنصاب سبب في وجوب الزكاة فيلزم من انتفائه انتفاء الزكاة، ولا يلزم من وجود النصاب وجوب الزكاة، فقد يملك الإنسان النصاب ولا يخرج الزكاة لعدم دوران الحول (انتفاء الشرط)، أو لوجود دين (وجود مانع) عند من يقول به، فيمكن تعريف السبب كذلك بأنه يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده الوجود، وهذا ما ذهب إليه الحسن الددو في شرحه لمتن الورقات¹.

والجواب على الإشكال: أنه يلزم من وجود السبب وجود المسبب، وقد يعرض عارض كوجود مانع مثلاً يحول دون وجود المسبب، فعدم الوجود لا لذات السبب بل للعارض، أما السبب فهو المظهر للحكم والمعرف له، فوجوده يلزم منه وجود المسبب، أما العارض فلا مدخل له في العلاقة السببية بين السبب والمسبب.

أما الشرط فلا يلزم من وجوده وجود المشروط، لأنه قد يوجد الشرط ولا يوجد المشروط، لا لذات الشرط بل لذات السبب، فانتفاء السبب هو الذي أثر في عدم وجود المشروط لا الشرط. فلزوم الوجود مرتبط بالسبب لا الشرط. قال القرافي: "أما إذا قارن - أي الشرط - وجود السبب فإنه يلزم وجوب الزكاة، ولكن لا لذاته بل لذات وجود السبب؛ أو يقارن وجود الشروط قيام المانع الذي هو الدين فيلزم العدم لكن للمانع لا لذات الشرط، فالشرط بالنظر إلى ذاته لا يلزم من وجوده شيء، وإنما يتأتى اللزوم بالنظر إلى الأمور الخارجة"².

فإن قيل: يلزم من وجود السبب (الزوال) وجود المسبب (صلاة الظهر)، ويلزم من وجود المانع (الحيض) عدم وجود الصلاة، فإذا وجد السبب (الزوال)، ووجد المانع (الحيض)، فهل يلزم وجود الصلاة أم عدمها؟ فالجواب حتماً سيكون عدم الوجود، إذا فلا يلزم من وجود السبب وجود المسبب.

¹ شرح ورقات لإمام الحرمين: مُجَدِّدُ الْحَسَنِ الدَّدُو الشَّنْقِيطِي، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية، ص9، <http://shamela.ws/index.php/book/7689>

² شرح تنقيح الفصول: القرافي، ص82.

والجواب عن هذا أن التحقيق يوجب أن القاعدة السببية تُلزم من وجود السبب (الزوال) وجود المسبب (الصلاة)، فكل مسلم يلزمه من وجود السبب وجود المسبب لأنه به يظهر الحكم، أما العوارض: انتفاء الشرط أو وجود المانع فهي استثناء، والاستثناء لا يلغي القاعدة.

فزوال الشمس سبب في وجوب صلاة الظهر مبدئياً وعلى وجه العموم، بغض النظر عن تفاصيل آحاد الناس كمن حاضت وكمن جن أو كان في غيبوبة أو غيرها من الأعراض التي لا تلغي القاعدة السببية.

وإذا تقرر ذلك "فالمعتبر من المانع وجوده، والمعتبر من الشرط عدمه، ومن السبب وجوده وعدمه"¹.

ولذلك فالسبب متميز بكونه مؤثر في المسبب وجوداً وعدمه خلافاً للشرط الذي يؤثر فقط في مشروطه بالعدم لا بالوجود.

ومن ثم فإن القيد الثالث "لذاته" الذي أضافه القرافي في التعريف له من الأهمية بمكان ولم أجد - في ما أعلم - من ذكره قبله، قال القرافي: "والثالث - أي لذاته - احتراز من مقارنته فقدان الشرط أو وجود المانع، فلا يلزم من وجوده الوجود أو إخلافه بسبب آخر، فلا يلزم من عدمه العدم"².

وقال أيضاً: "إنما قلت احترازاً من الشرط لأنه لا يلزم من وجود الشرط وجود ولا عدم، وقولي يلزم من عدمه العدم احتراز من المانع، فإن عدم المانع لا يلزم منه شيء، كما تقول الدين مانع من الزكاة، فإذا لم يكن عليه دين لا يلزم أن تجب عليه الزكاة، لاحتمال فقره مع عدم الدين، ولا أن لا

¹ الإجماع في شرح المنهاج: تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، 1429/4.

² شرح تنقيح الفصول: القرافي، ص 81.

تجب الزكاة لاحتمال أن يكون عنده نصاب حال عليه الحول، وكذلك دوران الحول شرط، ولا يلزم من وجوده وجوب الزكاة لاحتمال فقره، ولا عدم وجوب الزكاة لاحتمال غناه، فإن قارن السبب فقدان الشرط كالنصاب قبل الحول فإنه لا يلزم من وجوده وجود الحكم الذي هو وجوب الزكاة، وكذلك وجود المانع الذي هو الدين لا يلزم الوجود.

وكذلك إذا أخلف السبب سبب آخر لا يلزم العدم، كما إذا فقد الزنا لا يلزم أن لا يجب الجلد لإخلافه بالقذف، وكذلك الردة بسبب القتل فقد تخلفها جناية القتل عمداً أو ترك الصلاة أو غير ذلك؛ فيلزم وجود الحكم لأن الأسباب الشرعية يخلف بعضها بعضاً، فإذا قلت: لذاته خرجت هذه النقوض، فإن هذه الأسباب كلها بالنظر لذاتها إذا قطعنا النظر عن كونها لها شروط أو أبدال أو موانع لزم من وجودها الوجود ومن عدمها العدم، وإنما لا يلزم ذلك في الحالين، إذا عرض لها هذه الأمور فهي بالنظر إلى ذاتها تقتضي ذلك، وبالنظر إلى الأمور الخارجية يتأخر عنها ذلك، ولا تنافي بين اقتضاء الشيء بالذات وبين تخلفه للعوارض¹.

وإذا قلت: "لذاته" كذلك أخرجت جزء العلة الذي يلتبس بالشرط لأنه يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده الوجود لأن "الفرق بينهما أن جزء العلة مناسب في ذاته والشرط مناسب في غيره كجزء النصاب، فإنه مشتمل على بعض الغنى في ذاته. ودوران الحول ليس فيه شيء من الغنى وإنما هو مكمل للغنى الكائن في النصاب"².

فإذا تأملت هذا ارتفع الإشكال.

¹ شرح تنقيح الفصول: القرافي، ص 81-82.

² المصدر نفسه: ص 82-83.

فلفظ " لذاته " جعل التعريف جامعا مانعا، وقد غابت أهميته عند بعض العلماء لذا نجد بعضهم يقول في تعريفه: "وشرط الشيء: ما كان خارجا عن حقيقته، وركنه ما كان جزءا من حقيقته. والشرط ما يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم"¹.

أما الشاطبي (ت 790هـ) فنظر إلى الشرط من جهة تعلقه بحكمة السبب من حيث المناسبة، وبين أن السبب مشتمل على الحكمة في ذاته، وأن الشرط لا تقتزن به مناسبة في ذاته، وإنما هو مكمل لحكمة السبب، فاستند في تعريفه للشرط إلى مقصده، والحقيقة أن هذا المعنى مستفاد أيضا من القرافي الذي قال: " يُعلم بأن السبب مناسب في ذاته، والشرط مناسبته في غيره كالنصاب مشتمل على الغنى في ذاته، والحول مكمل لحكمة الغنى في النصاب بالتمكن من التنمية"².

قال الشاطبي (ت 790هـ): "الشرط ما كان وصفا مكملا لمشروطه فيما اقتضاه ذلك المشروط، أو فيما اقتضاه الحكم فيه؛ كما نقول: إن الحول أو إمكان النماء مكمل لمقتضى الملك أو لحكمة الغنى، والإحصان مكمل لوصف الزنى في اقتضائه للرجم، والتساوي في الحرمة مكمل لمقتضى القصاص أو لحكمة الزجر، والطهارة والاستقبال وستر العورة مكملة لفعل الصلاة أو لحكمة الانتصاب للمناجاة والخضوع، وما أشبه ذلك، وسواء علينا أكان وصفا للسبب أو العلة، أو المسبب أو المعلول، أو محالها، أو لغير ذلك مما يتعلق به مقتضى الخطاب الشرعي؛ فإنما هو وصف من أوصاف ذلك المشروط، ويلزم من ذلك أن يكون مغايرا له، بحيث يعقل المشروط مع الغفلة عن الشروط، وإن لم ينعكس، كسائر الأوصاف مع الموصوفات حقيقة أو اعتبارا، ولا فائدة في التطويل هنا؛ فإنه تقرير اصطلاح"³.

¹ بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك (حاشية الصاوي على الشرح الصغير): أحمد بن محمد الصاوي (ت 1241هـ)، 258/1، دار المعارف، دون طبعة وبدون تاريخ.

² شرح تنقيح الفصول: القرافي، ص 84.

³ الموافقات في أصول الشريعة: أبو إسحاق الشاطبي (ت 790هـ)، ص 158-160، تحقيق عبد الله دراز، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1425هـ/2003م.

المطلب الثاني: تعريف السبب لغة واصطلاحاً

الفرع الأول: تعريف السبب لغة

إذا أطلق السبب يراد منه معان، أهمها:

• المعرفة والوسيلة:

ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّا مَكَّنَّا لَهُ فِي الْأَرْضِ وَءَاتَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبَبًا﴾¹، أي: "أن الله تعالى آتاه من كل شيء معرفة وذريعة يتوصل بهما"².

• الطريق:

ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّا مَكَّنَّا لَهُ فِي الْأَرْضِ وَءَاتَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبَبًا﴾³، أي: طريقاً⁴.

• الباب:

ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَالَ فِرْعَوْنُ يَهْمَاسُ ابْنِ لِي صَرَحًا لَعَلِّي أَبْلُغُ الْأَسْبَابَ﴾⁵، أي: أبوابها⁶.

¹ سورة الكهف، الآية: 83.

² المفردات في غريب القرآن: أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني (ت 502هـ)، كتاب السين، مادة (سبب)، ص 391، تحقيق صفوان عدنان الداودي، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، 1412هـ. وبصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (ت 817هـ)، الباب الثالث عشر: في وجوه الكلمات المفتوحة بحرف السين، بصيرة في السبب، 169/3، تحقيق محمد علي النجار، الطبعة الثالثة، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية - لجنة إحياء التراث الإسلامي، القاهرة، 1416هـ/1996م.

³ سورة الكهف، الآية: 83.

⁴ الكليات: أبو البقاء أيوب بن موسى الكفوي، (ت 1094هـ)، 495/1، تحقيق عدنان درويش ومحمد المصري، فصل السين، (السبب)، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1419هـ/1998م.

⁵ سورة غافر، الآية: 36.

⁶ تهذيب اللغة: الأزهري، باب السين والباء، سب، بس (مستعملان)، مادة (سب)، 220/12. ولسان العرب: ابن منظور، حرف الباء، فصل السين المهملة، مادة (سبب)، 459/1.

• الحبل:

ومنه قوله تعالى: ﴿فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ﴾¹، أي بحبل إلى السقف²، ومنه كذلك الحبل الذي يُتوصل به إلى الماء، ثم استعير لكل ما يتوصل به إلى شيء³.

من خلال التأمل في هذه المعاني يتبين أن السبب طريق للوصول إلى الحكم من غير أن يكون الوصول به إلى المقصود؛ ذلك أن الوصول إلى المقصود يكون بالمشي لا بالطريق⁴، وكذلك إخراج الماء من البئر يكون بحركة المخرج للماء من البئر لا بالحبل، أما الطريق والحبل فليسا بمؤثرين وإنما هما وسيلتان يتوصل بهما إلى المقصود.

ومن ثم فالسبب في اللغة عبارة "عما يتوصل به إلى مقصود ما"⁵.

الفرع الثاني: تعريف السبب اصطلاحاً

عُرف السبب بتعريفات عديدة اختلفت باختلاف الجهة التي نُظر إليه منها، فمن نُظر إليه من جهة العلاقة بينه وبين الشرط والمانع عرفه بما يميزه عنهما، وهو ما أشرنا له عند تعريفنا لمفهوم الشرط. ومن نظر إليه من جهة الوضع عرّفه بما دل عليه موضوعه لغة، نذكر من ذلك ما يأتي:

¹ سورة الحج، الآية: 15.

² تهذيب اللغة: الأزهرى، باب السين والباء، سبّ، بس (مستعملان)، مادة (سبّ)، 220/12.

³ لسان العرب: ابن منظور، حرف الباء، فصل السين المهملة، مادة (سبب)، 459/1.

⁴ كشف الأسرار شرح أصول البزدوي: عبد العزيز البخاري (ت730هـ)، 170/4، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1308هـ. بتصرف

⁵ لسان العرب: ابن منظور، حرف الباء، فصل السين المهملة، مادة (سبب)، 458/1-459. والتعريفات: الجرجاني (ت816هـ)، ص117، تحقيق إبراهيم الأبياري، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، 1405هـ. وكشف الأسرار: عبد العزيز البخاري، 170/4، والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد: عبد القادر بن بدران (ت1346هـ)، ص160، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، 1401هـ/1981م.

عرفه أبو يعلى الفراء (ت 458هـ) بقوله: "ما يتوصل به إلى الحكم ويكون طريقاً لثبوته، سواء كان دليلاً أو علة أو شرطاً أو سؤالاً مثيراً للحكم.

والدليل عليه: أن الله تعالى سَمَّى الطريق سَبَباً، فقال عَزَّ من قائل: ﴿بَاتَّبَعَ سَبَباً﴾¹، أي: طريقاً².

وعرفه البزدوي (482هـ) بقوله: "عبارة عما هو طريق إلى الشيء، من سلكه وصل إليه فناله في طريقه ذلك، لا بالطريق الذي سلك، كمن سلك طريقاً إلى مصر بلغه من ذلك الطريق لا به لكن بمشيئه"³.

وعرفه السرخسي (ت 490هـ) بقوله: "عبارة عما يكون طريقاً للوصول إلى الحكم المطلوب من غير أن يكون الوصول به، ولكنه طريق الوصول إليه بمنزلة طريق الوصول إلى مكة، فإن الوصول إليها يكون بمشي الماشي، وفي ذلك الطريق لا بالطريق، ولكن يُتوصل إليها من ذلك الطريق عند قصد الوصول إليها، وكذلك الحبل فإنه طريق للوصول إلى قعر البئر أو إلى الماء الذي في البئر ولكن لا بالحبل بل بنزول النازل أو استقاء النازح بالحبل"⁴.

وعرفه ابن قدامة بقوله: "عبارة عما يحصل الحكم عنده لا به"⁵.

¹ سورة الكهف، الآية: 84.

² العدة في أصول الفقه: أبو يعلى بن الفراء (ت 458هـ)، 182/1-183، تحقيق أحمد بن علي بن سير المباركي، الطبعة الثانية، 1410هـ/1990م.

³ كنز الوصول إلى معرفة الأصول (أصول البزدوي): علي بن محمد البزدوي (ت 482هـ)، ص 680، تحقيق سائد بكداش، الطبعة الثانية، دار السراج، المدينة المنورة، 1437هـ/2016م. وكشف الأسرار: عبد العزيز البخاري، 4/170.

⁴ أصول السرخسي: محمد بن أحمد السرخسي (ت 483هـ)، 2/301، تحقيق أبو الوفا الأفغاني، الطبعة الأولى، الناشر: لجنة إحياء المعارف العثمانية، حيدر آباد، 1414هـ/1993م.

⁵ روضة الناظر: ابن قدامة، 1/178.

إن تعريف السبب بهذه التعريفات يبين أنه وسيلة يتوصل بها إلى الحكم وليس بمؤثر فيه، فالحبل مثلاً ليس بمؤثر في إخراج الماء من البئر، وإنما هو وسيلة فقط يُتوصل بها إلى الإخراج، إذ المؤثر حركة المستقي.

واعتبر الأكثرية أن هذا التعريف هو تعريف للسبب من جهة اللغة لا من جهة الاصطلاح¹ على ما سيأتي.

ومن نظر إليه من جهة حكمته ومقصوده عرفه أنه: "ما وضع شرعاً لحكم لحكمة يقتضيها ذلك الحكم، كما كان حصول النصاب سبباً في وجوب الزكاة، والزوال سبباً في وجوب الصلاة، والسرقه سبباً في وجوب القطع، والعقود أسباباً في إباحة الانتفاع أو انتقال الأملاك، وما أشبه ذلك"².

ومن نظر إليه من جهة وظيفته عرفه بأنه: "كل وصف ظاهر منضبط دلّ الدليل السمعي على كونه معرفاً بحكم شرعي"³، وعزاه الزركشي في البحر المحيط إلى الأكثرين⁴. وخالف الغزالي الأشاعرة في هذا التعريف، فذهب إلى أن الله عز وجل نصب أسباباً لأحكامه وجعلها موجبة ومقتضية

¹ البحر المحيط: الزركشي (ت794هـ)، 306/1، تحقيق عبد القادر عبد الله العاني، راجعه الدكتور عمر سليمان الأشقر، الطبعة الثانية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، 1413هـ/1992م.

² الموافقات: الشاطبي، ص160.

³ الإحكام في أصول الأحكام: الأمدي، 170/1. والمحصل: الرازي، 110/1. وكشف الأسرار: عبد العزيز البخاري، 170/4. ورفع الحاجب عن مختصر بن الحاجب: السبكي، 12/2. وأصول الفقه: شمس الدين محمد بن مفلح (ت763هـ)، 251/1، الطبعة الأولى، مكتبة العبيكان، 1420هـ/1999م.

⁴ البحر المحيط: الزركشي، 306/1. والإبهاج في شرح المنهاج: تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، 176/2.

للأحكام¹ لكن لا بذاتها بل يجعل الشارع إياها موجبة²، أما المعتزلة فقد ذهبوا إلى أن الأسباب مؤثرة في مسبباتها³.

والمختار من هذه التعريفات ما ذهب إليه أكثر علماء الأصول إذ عرّفوا السبب بما يدل عليه دلالة صريحة مفهومة غير مبهمة، فقالوا: "السبب هو كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي على كونه علامة لحكم شرعي".

¹ المستصفي: الغزالي، 175/1.

² المصدر نفسه، 176/1.

³ المعتمد في أصول الفقه: أبو الحسين محمد بن علي البصري (ت436هـ)، 200/2، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ.

المطلب الثالث: تعريف الجزاء لغة واصطلاحاً

الفرع الأول: تعريف الجزاء لغة

من خلال تتبع مادة (ج ز ي) في المعاجم اللغوية والتأمل في سياقاتها المختلفة نجد أنها تحيل على المعاني الآتية:

• قيام الشيء مقام غيره، وفيه معنى العوض والبدل:

جاء في مقاييس اللغة: "الجيم والزاء والياء: قيام الشيء مقام غيره ومكافأته إياه. يقال جزيت فلاناً أجزيه جزاءً، وجازيته مجازاةً. وهذا رجل جازيك من رجل، أي حسبك. ومعناه أنه ينوب مناب كل أحد، كما تقول كافيك وناهيك. أي كأنه ينهك أن يطلب معه غيره"¹.

وورد في لسان العرب لابن منظور (ت771هـ): "وأجزيت عن فلان إذا قمت مقامه"²، "...وأجزى الشيء عن الشيء: قام مقامه ولم يكف"³.

وفي الكتاب العزيز: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَفْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾⁴، أي فبدله ومبدله"⁵.

¹ مقاييس اللغة: ابن فارس، كتاب الجيم، باب الجيم والزاء وما يثلثهما، مادة (جزي)، 455/1-456. ولسان العرب: ابن منظور، باب الواو والياء من المعتل، فصل الجيم، مادة (جزي)، 144/14.

² المصدر نفسه، باب الواو والياء من المعتل، فصل الجيم، مادة (جزي)، 146/14.

³ لسان العرب: ابن منظور، باب الواو والياء من المعتل، فصل الجيم، مادة (جزي)، 146/14. والقاموس المحيظ: أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (ت817هـ)، باب الواو والياء، فصل الجيم، 1270/1، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1426هـ/2005م.

⁴ سورة المائدة، الآية: 97.

⁵ بصائر ذوي التمييز: الفيروزآبادي، في وجوه الكلمات المفتوحة بالجيم، بصيرة في الجزاء، 380/2.

• المكافأة على الشيء، ومقابلة الشيء بما يماثله:

قال ابن فارس (ت395هـ) في مقاييس اللغة: " الجيم والزاء والياء: قيام الشيء مقام غيره ومكافأته إياه"¹، وقال في مجمل اللغة: "قال بعضهم: جازيته جزاء بالكسر، إذا قابلته على فعله القبيح بمثله"²، وقال الراغب: " والجزاء ما فيه الكفاية من المقابلة إن خيرا فخير، وإن شرا فشر. يقال: جزيته كذا وبكذا. قال الله تعالى: ﴿جَنَّتْ عَدُوِّي تَجْرِي مِ مِّنْ تَحْتِهَا أَلْأَنْهَرُ خَلِيدِينَ فِيهَا وَذَلِكَ جَزَاءُ مَن تَزَكَّى﴾"³، وقال أيضا: ﴿قُلْهُ جَزَاءُ الْحُسْنَى﴾"⁴، وقال أيضا: ﴿وَجَزِيهِمْ بِمَا صَبَرُواْ جَنَّةً وَحَرِيرًا﴾"⁵6.

وورد في لسان العرب لابن منظور (ت771هـ): "الجزاء: المكافأة على الشيء، جزاه به وعليه جزاء وجزاه مجازاة وجزاء"⁷، " وجزيت عنك فلانا كافأته"⁸، "والمكافأة هي مقابلة نعمة بنعمة هي

¹ مقاييس اللغة: ابن فارس، كتاب الجيم، باب الجيم والزاء وما يثلثهما، مادة (جزي)، 455/1.

² مجمل اللغة: ابن فارس، كتاب الجيم، باب الجيم والزاي وما يثلثهما، مادة (جزأ)، 188/1، تحقيق زهير عبد المحسن سلطان، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1406هـ/1986م.

³ سورة طه، الآية: 75.

⁴ سورة الكهف، الآية: 86.

⁵ سورة الإنسان، الآية: 12.

⁶ مفردات ألفاظ القرآن: الراغب الأصفهاني، كتاب الجيم، مادة (جزا)، ص195. وبصائر ذوي التمييز: الفيروزآبادي، في وجوه الكلمات المفتوحة بالجيم، بصيرة في الجزاء، 380/2.

⁷ لسان العرب: ابن منظور، باب الواو والياء من المعتل، فصل الجيم، مادة (جزي)، 143/14. والقاموس المحيط: الفيروزآبادي، باب الواو والياء، فصل الجيم، 1270/1. وتاج العروس: محمد مرتضى الزبيدي (ت1205هـ)، باب الواو والياء، فصل الجيم مع الواو والياء، مادة (جزي)، 351/37، تحقيق مصطفى حجازي، الطبعة الأولى، الكويت، 1422هـ/2001م. والكليات: أبو البقاء الكفوي، فصل الجيم، (الجزاء)، 356/1.

⁸ لسان العرب: ابن منظور، باب الواو والياء من المعتل، فصل الجيم، مادة (جزي)، 146/14.

كفوها، ونعمة الله تعالى عن ذلك، فلهذا لا يستعمل لفظ المكافأة في حق الله تعالى¹، والمكافأة تكون بالإحسان والإساءة².

● القضاء:

جاء في مقاييس اللغة: "وتقول: جزي عني هذا الأمر يجزي، كما تقول قضى يقضي. وتجازيت ديني على فلان أي تقاضيته. وأهل المدينة يسمون المتقاضى المتجازي. قال الله جل ثناؤه: ﴿وَاتَّقُوا يَوْمًا لَا تَجْزِي نَفْسٌ عَنْ نَفْسٍ شَيْئًا﴾³، أي لا تقضي"⁴.

وورد في تهذيب اللغة: والجزاء القضاء، وجزي هذا الأمر أي قضى؛ ومنه قوله تعالى: ﴿وَاتَّقُوا يَوْمًا لَا تَجْزِي نَفْسٌ عَنْ نَفْسٍ شَيْئًا﴾⁵.

¹ مفردات ألفاظ القرآن: الراغب الأصفهاني، كتاب الجيم، مادة (جزي)، ص 196.

² العين: الخليل، حرف الجيم، باب الجيم والزاي و (واي ء) معهما ج ز ء، ج ء ز، ء ج ز، ج ز ي، ج و ز، ز ج و، و ج ز، ز و ج مستعملات، مادة (جزي)، 164/6.

³ سورة البقرة، الآية: 47.

⁴ مقاييس اللغة: ابن فارس، كتاب الجيم، باب الجيم والزاء وما يثلاثهما، مادة (جزي)، 456/1. ومجمل اللغة: ابن فارس، كتاب الجيم، باب الجيم والزاي وما يثلاثهما، مادة (جزي)، 188/1. والعين: الخليل، حرف الجيم، باب الجيم والزاي و (واي ء) معهما ج ز ء، ج ء ز، ء ج ز، ج ز ي، ج و ز، ز ج و، و ج ز، ز و ج مستعملات، مادة (جزي)، 164/6. تهذيب اللغة للأزهري، باب الجيم والزاي، مادة (جزي)، 99/11. ومختار الصحاح: الرازي، باب الجيم، مادة (ج ز ي)، ص 58. ولسان العرب: ابن منظور، باب الواو والياء من المعتل، فصل الجيم، مادة (جزي)، 144/14 - 145. وبصائر ذوي التمييز: الفيروزآبادي، في وجوه الكلمات المفتوحة بالجيم، بصيرة في الجزاء، 380/2. وتاج العروس: الزبيدي، باب الواو والياء، فصل الجيم مع الواو والياء، مادة (جزي)، 352/37.

⁵ سورة البقرة، الآية: 47.

⁶ تهذيب اللغة: الأزهري، باب الجيم والزاي، مادة (جزي)، 98/11. ولسان العرب: ابن منظور، باب الواو والياء من المعتل، فصل الجيم، مادة (جزي)، 144/14.

● الكفاية والغناء:

ورد في مفردات القرآن للراغب الأصفهاني: "الجزء: الغناء والكفاية، قال تعالى: ﴿وَاحْشَوْا

يَوْمًا لَا يَجْزِيهِ وَالِدٌ عَنْ وَلَدِهِ وَلَا مَوْلُودٌ هُوَ جَارٍ عَنْ وَالِدِهِ شَيْئًا﴾¹ 2".

و"يقال: ما يُجزيني هذا الثوب أي ما يكفيني"³، "وجزى الشيء يَجْزِي كفى"⁴، وفسر أبو جعفر

بن جرير الطبري قوله تعالى: ﴿وَاحْشَوْا يَوْمًا لَا يَجْزِيهِ وَالِدٌ عَنْ وَلَدِهِ وَلَا مَوْلُودٌ هُوَ جَارٍ

عَنْ وَالِدِهِ شَيْئًا﴾⁵، فقال: معناه لا تغني، فعلى هذا يصح أجزيك عنه أي أغنيك"⁶، "

وتأتي جزى بمعنى أغنى"⁷، "ورجل ذو جزاء أي غناء"⁸.

وأشار في تهذيب اللغة إلى أن "أهل اللغة يذهبون إلى أن معنى أجزأني الشيء أجزاء مهموز:

كفى، وبعض الفقهاء يذهبون إلى أن أجزى بمعنى جزى أي قضى، قال الأصمعي: أجزأني الشيء

¹ سورة لقمان، الآية: 32.

² مفردات ألفاظ القرآن: الراغب الأصفهاني، كتاب الجيم، مادة (جزا)، ص195. وبصائر ذوي التمييز: الفيروزآبادي، في وجوه الكلمات المفتحة بالجيم، بصيرة في الجزء، 380/2. والتوقيف على مهمات التعاريف: زين الدين نُجْد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (1031هـ)، فصل الزاي، ص125، الطبعة الأولى، عالم الكتب، القاهرة، 1410هـ/1990م.

³ تهذيب اللغة: الأزهري، باب الجيم والزاي، مادة (جزى)، 100/11. وتاج العروس: الزبيدي، باب الواو والياء، فصل الجيم مع الواو والياء، مادة (جزى)، 356/37.

⁴ لسان العرب: ابن منظور، باب الواو والياء من المعتل، فصل الجيم، مادة (جزى)، 146/14. والقاموس المحيط: الفيروزآبادي، باب الواو والياء، فصل الجيم، 1270/1. وتاج العروس: الزبيدي، باب الواو والياء، فصل الجيم مع الواو والياء، مادة (جزى)، 352/37.

⁵ سورة لقمان، الآية: 32.

⁶ لسان العرب: ابن منظور، باب الواو والياء من المعتل، فصل الجيم، مادة (جزى)، 145/14.

⁷ المصدر نفسه، باب الواو والياء من المعتل، فصل الجيم، مادة (جزى)، 146/14.

⁸ تهذيب اللغة: الأزهري، باب الجيم والزاي، مادة (جزى)، 102/11. ولسان العرب: ابن منظور، باب الواو والياء من المعتل، فصل الجيم، مادة (جزى)، 146/14. وتاج العروس: الزبيدي، باب الواو والياء، فصل الجيم مع الواو والياء، مادة (جزى)، 356/37.

إجزاء مهموز، معناه كفاني"¹، وأشار الفيومي في المصباح المنير إلى أنه: "قد يستعمل أجزاً بالألف والهمز بمعنى جزى، ونقلهما الأخفش بمعنى واحد فقال: الثلاثي من غير همز لغة الحجاز، والرباعي المهموز لغة تميم"²، ثم قال الأزهري: "الفعلين إذا تقارب معناهما جاز وضع أحدهما موضع الآخر"³.

• الثواب، والعقوبة:

جاء في المعجم الوسيط (جازاه) أثابه، وعاقبه"⁴، وورد في تاج العروس: "جزى: سمعت المنذري يقول: سمعت أبا الهيثم يقول: الجزاء يكون ثواباً، ويكون عقاباً. قال الله جل وعز: ﴿قَالُوا بِمَا جَزَّاءُؤُهُ إِنْ كُنْتُمْ كَاذِبِينَ﴾"⁵، قال: معناه، قالوا فما عقوبته؟"⁶.

• خراج أهل الذمة⁷:

ومنه قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾"⁸، و(الجزية) ما يؤخذ من أهل الذمة⁹، "وهي فعلة من الجزاء كأنها جزت عن قتله"¹⁰.

ومما يناسب الشرط الجزائي من هذه المعاني: قيام الشيء مقام غيره، والمقابلة، والعوض والبدل، والعقوبة، والقضاء، والغناء؛ ذلك أن الشرط الجزائي هو مقابلة الضرر المتوقع بعوض يتفق عليه بين المتعاقدين مسبقاً، وهو متضمن لمعنى العقوبة لما ينطوي عليه من زجر المخل على عدم التزامه

¹ تهذيب اللغة: الأزهري، باب الجيم والزاي، مادة (جزى)، 99/11.

² المصباح المنير: الفيومي، كتاب الجيم، باب الجيم مع الزاي وما يثلهما، مادة (جزى)، 100/1.

³ المصدر نفسه، كتاب الجيم، باب الجيم مع الزاي وما يثلهما، مادة (جزى)، 100/1.

⁴ المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية، باب الجيم، مادة (جزى)، ص122.

⁵ سورة يوسف، الآية: 74.

⁶ لسان العرب: ابن منظور، باب الواو والياء من المعتل، فصل الجيم، مادة (جزى)، 143/14. وتاج العروس: الزبيدي، باب

الواو والياء، فصل الجيم مع الواو والياء، مادة (جزى)، 351/37.

⁷ بصائر ذوي التمييز: الفيروزآبادي، في وجوه الكلمات المفتوحة بالجيم، بصيرة في الجزاء، 380/2.

⁸ سورة التوبة، الآية: 29.

⁹ مختار الصحاح: الرازي، باب الجيم، مادة (ج ز ي)، ص58.

¹⁰ لسان العرب: ابن منظور، باب الواو والياء من المعتل، فصل الجيم، مادة (جزى)، 146/14.

بمقتضيات العقد، كما يغني الطرف المتضرر عن المشاكل والأتعاب التي سيتعرض لها خلال مطالبته بالتعويض القضائي.

الفرع الثاني: تعريف الجزاء اصطلاحاً

عرف الجزاء في اصطلاح النحاة بأنه: "جملة علقت على جملة أخرى مسمّاة بالشرط. وكلم المجازاة عندهم هي كلمات تدلّ على كون إحدى الجملتين جزاء للأخرى، فالمجازاة بمعنى الشرط والجزاء كإن ولو وإذا ومتى ونحوها"¹.

أما في الاصطلاح الشرعي فلم أعر في كتب التعريفات الاصطلاحية على تعريف لمفهوم الجزاء عند المتقدمين، وإنما اكتفوا بعرض معانيه اللغوية، فلجأت إلى المتأخرين ووجدت له تعريفاً في معجم لغة الفقهاء جاء فيه: "ما يكافئ التصرف من خير أو شر"².

ومن خلال ما استنبطناه من معان لغوية يمكن أن نصوغ منها تعريفاً اصطلاحياً للجزاء، فنقول: "هو مقابلة الشيء بما هو مثله إساءة أو إحساناً"، أو "هو ما يترتب على تصرف الإنسان من نتيجة سواء أكانت ثواباً أم عقوبة".

ورد في مفردات ألفاظ القرآن أنه "لم يجئ في القرآن إلا جزى دون جازى، وذلك أن المجازاة هي المكافأة، وهي المقابلة من كل واحد من الرجلين، والمكافأة هي: مقابلة نعمة بنعمة هي كفؤها ونعمة الله تعالى عن ذلك، ولهذا لا يستعمل لفظ المكافأة في الله عز وجل"³، واستدرك عليه السمين الحلبي

¹ كشاف اصطلاحات الفنون: مُجَدِّد بن علي التهانوي (ت1158هـ)، 557/1، تحقيق علي دحروج، الطبعة الأولى، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 1996م.

² معجم لغة الفقهاء: مُجَدِّد رواس قلعجي وحامد صادق قنبي، ص163، الطبعة الثانية، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، 1408هـ/1988م.

³ مفردات ألفاظ القرآن: الراغب الأصفهاني، كتاب الجيم، مادة (جزا)، 195-196.

فقال: "وكانه سها عن قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ جَزَيْنَهُمْ بِمَا كَفَرُوا وَهَلْ يُجْزَى إِلَّا الْكُفُورُ﴾¹، لم يقرأ إلا بلفظ المفاعلة وإن اختلفوا في بنائه للفاعل أو للمفعول"².

¹ سورة سبأ، الآية: 17.

² عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ: السمين الحلبي، باب الجيم، فصل الجيم والزاي، مادة (ج ز ي)، 325/1.

المبحث الثاني: مناهج الفقهاء في تقسيم الشرط وإطلاقاته

المطلب الأول: إطلاق الشرط¹

الفرع الأول: الإطلاق الأول

ما يذكر في الأصول هنا قسيما للسبب والمانع، وما يذكر في قول المتكلمين: "شرط العلم الحياة". وقول الفقهاء: "شرط الصلاة الطهارة"، و"شرط صحة البيع التراضي"، ونحو ذلك.

الفرع الثاني: الإطلاق الثاني

الشرط اللغوي، والمراد به: صيغ التعليق بـ "إن" ونحوها، وهو ما يذكر في أصول الفقه من المخصصات للعموم، نحو قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُمْ مِّنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تَضَارُّوهُمْ لِنُضْيِفُوا عَلَيْهِمْ وَإِنْ كُرِهُوا فَانْفِقُوا عَلَيْهِمْ حَتَّى يَبْضَعُوا حَمْلَهُمْ﴾²، وما يذكر في الفقه من قولهم: "لا يصح تعليق البيع على شرط". ونحو "إن دخلت الدار فأنت طالق"³.

ويعتبر القراني الشرط لفظا مشتركا بين ما عرف أنه شرطا كالطهارة للصلاة، وبين نوع الأسباب، وهو التعاليق اللغوية، لأنه يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم⁴، فقول القائل: "إن دخلت الدار فأنت طالق" يلزم منه وجود الطلاق عند وجود الدخول، وعدم الطلاق عند عدم الدخول، فهو من قبيل الأسباب لا الشروط لأنه تنطبق عليه حقيقة السبب.

¹ شرح الكوكب المنير: ابن النجار الفتوحى، 1/ 453 - 454. بتصرف

² سورة الطلاق، الآية: 6.

³ شرح الكوكب المنير: ابن النجار الفتوحى، 1/ 453.

⁴ نفائس الأصول: أحمد بن إدريس القراني (ت684هـ)، 5/ 2040، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، الطبعة الأولى، الناشر: مكتبة نزار مصطفى الباز، 1416هـ/ 1995م.

ومن ثم يكون قد أخرجها من دائرة الشروط المعروفة عند الفقهاء، قال القرافي: "الشروط اللغوية أسباب"¹، وتسميته لها بالشروط على سبيل المجاز لا الحقيقة، قال رحمه الله تعالى: "الشرط المفسر بالتعليق اللغوي الذي هو سبب في نفسه، لا شرط"².

وإلى هذا الرأي ذهب جماعة من العلماء كابن الحاجب، والشاطبي³، والزرکشي، وابن النجار الفتوحي، والشوكاني⁴.

الفرع الثالث: الإطلاق الثالث

ويقصد به ما "جعل الشيء قيداً في شيء كسواء الدابة بشرط كونها حاملاً، ونحو ذلك"⁵.

ويسمى الإطلاق الثالث بالشرط الجعلي الذي هو من وضع المكلف، ودراسي هذه تصب في هذا الباب؛ ذلك أن الشرط الجزائي ينشئه المتعاقدان بإرادتهما.

¹ أنوار البروق في أنواء الفروق: أحمد بن إدريس القرافي (ت684هـ)، 107/1، تحقيق خليل منصور، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ، 1998م. وتنقيح الفصول: القرافي، ص73. ونفائس الأصول: القرافي، 2042/5. ومختصر منتهى السؤل والأمل: ابن الحاجب، 821/2. وبيان المختصر: الأصفهاني، 299/2. وشرح العضد: الإيجي، ص223. ورفع الحاجب: ابن السبكي، 294/3. وتحفة المسؤول: الرهوني، 220/3. ومختصر التحرير في أصول الفقه: ابن النجار الفتوحي (ت972هـ)، ص89، تحقيق محمد مصطفى محمد رمضان، الطبعة الأولى، دار الأرقم، المملكة العربية السعودية، 1420هـ/2000م. وشرحه المسمى بشرح الكوكب المنير: ابن النجار الفتوحي، 455/1.

² نفائس الأصول: القرافي (ت684هـ)، 2040/5.

³ قد جعلت الشاطبي منهم؛ وذلك لأنه جعل الشروط على ثلاثة أقسام: عقلية، وعادية، وشرعية، ولم يذكر اللغوية ولعله يعتبرها من قبيل الأسباب لا الشروط.

⁴ نفائس الأصول: القرافي، 2042/5. ومختصر منتهى السؤل والأمل: ابن الحاجب، 821/2، والموافقات: الشاطبي، ص161، والبحر المحيط: الزركشي، 310/1. ومختصر التحرير: ابن النجار الفتوحي، ص89. وشرحه المسمى بشرح الكوكب المنير: ابن النجار الفتوحي، 456/1. وإرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: محمد بن علي الشوكاني (ت1250هـ)، ص668، تحقيق أبي حفص سامي بن العربي الأثري، الطبعة الأولى، دار الفضيلة، 1421هـ/2000م.

⁵ شرح الكوكب المنير: ابن النجار الفتوحي، 453/1 - 454.

المطلب الثاني: مناهج الفقهاء في تقسيمات الشرط

الفرع الأول: منهج الأحناف في تقسيم الشرط

قسم الأحناف الشرط باعتبار ثبوته على معناه الأصولي الذي وُضع له حقيقة، أو انتفاؤه معنى لا اسماً، أو إضافة إليه معنى أصولياً آخر يصير به في حكم العلة أو السبب أو العلامة.

وهناك من قسمه باعتبار الحقيقة أو المجاز، فعد الشرط المحض شرطاً حقيقياً، وما سواه شروطاً مجازية¹.

واعترض السمعاني في قواطع الأدلة على هذه التقسيمات المجازية للشرط لأن الأصل في الشرط "أن لا يكون شرطاً حتى تكون له الحقيقة، وإنما يعدل إلى المجاز فيه بدليل"².

وجملة القول بلغت أقسام الشرط عند الأحناف ستة، ذكر منها أبوزيد الدبوسي في تقويم الأدلة أربعة: شرط محض وهو شرط حقيقي، وشرط هو في حكم العلة، وشرط هو في حكم العلامة

¹ شرح المنار وحواشيه: عز الدين عبد اللطيف بن عبد العزيز، ص 921، دون طبعة، المطبعة عثمانية، مصر، 1315هـ. عبد اللطيف بن عبد العزيز بن أمين الدين ابن الملك الكرمانى الحنفى، الإمام، العالم، الفاضل، البليغ، الكامل، الذى انتفع الناس بتأليفه، واستفادوا من تصانيفه، الشهير بابن فرشته، وفرشته هو الملك، ذكره التميمي في "طبقاته"، وقال: وكان إماماً فاضلاً فقيهاً، أصولياً، وكان مؤدباً للأمير محمد بن أيدين، وولى تدريس المدرسة المنسوبة إليه بمدينة "بتره". وكان ماهراً في أكثر العلوم. ومن تصانيفه: "شرح مجمع البحرين"، و"مبارق الأنهار في شرح مشارق الأنوار"، و"شرح المنار"، و"شرح تحفة الملوك"، و"شرح الوقاية"، وله غير ذلك. رحمه الله تعالى، وكان من علماء الروم الموحدين في أيام السلطان مراد، وكان معلماً للأمير محمد بن أيدين، وهو ماهر في جميع العلوم خصوصاً الشرعية، توفي سنة 801هـ وقيل 885هـ. يُنظر: البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني (ت 1250هـ)، حرف العين، 374/1، دار المعرفة، بيروت، دون طبعة وبدون تاريخ. والضوء اللامع لأهل القرن التاسع: شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر السخاوي (ت 902هـ)، 329/4، الطبعة الأولى، دار الجيل، بيروت، 1412هـ/1992م. وشذرات الذهب في أخبار من ذهب: عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد الحنبلي، أبو الفلاح (ت 1089هـ)، 512/9، تحقيق محمود الأرناؤوط، الطبعة الأولى، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، 1406هـ/1986م. والبذور المضية في تراجم الحنفية: محمد حفظ الرحمن بن محب الرحمن الكُمَيْلاني، 405/11-406، الطبعة الثانية، دار الصالح، مصر، 1439هـ/2018م. والأعلام: الزركلي، حرف العين، (عب)، 4/59-60.

² قواطع الأدلة في أصول الفقه: السمعاني، 567/4، تحقيق عبد الله بن حافظ الحكمي و علي بن عباس الحكمي، الطبعة الأولى، مكتبة التوبة، 1418هـ/1998م.

الخالصة، وشرط صورة ما له حكم. ورد البزدوي وغيره تسمية هذا الأخير بالشرط الصوري¹ واعتبره شرطا حقيقيا واردا في الشرط المحض، فصارت عنده الأربعة ثلاثة، وأضاف إليها في أصوله شرطين: شرط له حكم الأسباب، وشرط اسما لا حكما، فصارت خمسة، وزاد السرخسي في أصوله شرطا سادسا سماه: الشرط الذي يشبه العلة².

1. شرط محض:

ويعرف الشرط المحض بأنه "ما يمتنع به وجود العلة إلا بوجوده"³، أي أن وجود العلة متوقف على وجوده، "فإذا وجد الشرط وجدت العلة، وإذا تخلف تخلفت، فيصير الوجود مضافا إلى الشرط دون الوجوب"⁴، "فإن الوقت علة الوجوب، والعلم بالخطاب شرطه، فلا يوجد ابتداء الوجوب إلا بعد العلم أو ما يقوم مقامه، ولكن يجب بالوقت"⁵.

¹ أصول البزدوي: البزدوي، ص 695، والفوائد على أصول البزدوي: علي الضرير الرامشي البخاري (ت 666هـ)، (دراسة وتحقيق سيّد حسين أحمد سيّد أشرف مدني أشرفي، رسالة دكتوراه-منشورة-، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1429هـ/1430م)، ص 304-305. والمغني في أصول الفقه: أبو محمد عمر بن محمد الخبازي (ت 691هـ)، ص 345-346، تحقيق الدكتور محمد مظهر بقا، الطبعة الأولى، مركز البحث وإحياء التراث الإسلامي، كلية الشريعة، مكة المكرمة، 1403هـ. وكشف الأسرار: عبد العزيز البخاري، 203/4-206، ونهاية الوصول إلى علم الأصول: مظفر الدين أحمد بن علي بن الساعاتي (ت 694هـ)، 654/1-655، تحقيق سعد بن غرير بن مهدي السلمي (رسالة دكتوراه، جامعة أم القرى، 1405هـ/1985م).

² تقويم الأدلة في أصول الفقه: أبو زيد عبيد الله بن عمر الدبوسي (ت 430هـ)، ص 384، تحقيق خليل محيي الدين الميس، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1421هـ/2001م. وأصول السرخسي: السرخسي، 320/2، وأصول البزدوي: البزدوي، ص 694.

³ تقويم الأدلة: الدبوسي، ص 384. والأسرار في الأصول والفروع في تقويم أدلة الشرع: الدبوسي (ت 430هـ)، 77/4، تحقيق الدكتور محمد توفيق عبد الله العواطي، الطبعة الأولى، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، عمان، 1999م. وأصول السرخسي: السرخسي، 320/2. والمغني: الخبازي، ص 345. وكشف الأسرار: عبد العزيز البخاري، 202/4.

⁴ تقويم الأدلة: الدبوسي، ص 384. والأسرار في الأصول والفروع في تقويم أدلة الشرع: الدبوسي، 77/4. وأصول السرخسي: السرخسي، 320/2. ونهاية الوصول إلى علم الأصول: ابن الساعاتي (ت 694هـ)، 653/2. وكشف الأسرار: عبد العزيز البخاري، 202/4.

⁵ قواطع الأدلة: السمعاني، 563/4.

ومن أمثلته:

• الشروط الشرعية:

- كالطهارة للصلاة في العبادات، والإشهاد على النكاح، و"الرهن في البيع"¹ في المعاملات.

• الشروط اللغوية:

ما كان بحرف من حروف الشرط نحو قوله: "عبدني حر إن دخل الدار، فإن التحرير قد انعدم حكماً، وامتنع وجوده حتى يوجد الشرط"².

• ما عرف من جهة الدلالة أنه شرط³:

وهو ما جاء فيه "التعليق بالشرط دلالة"⁴ أي ضمناً دون تصريح به أو بأدواته، مثل أن يقول الرجل: "المرأة التي أتزوجها طالق"، فإنه في معنى قوله: "إن تزوجتها فهي طالق"، والفرق بين دلالة الشرط وتصريح الشرط، أن هذا الأخير يتعلق بالحكم به في المعين وغير المعين، مثل أن يقول: إن تزوجت امرأة فهي كذا، أو إن تزوجت هذه المرأة فهي كذا يتعلق الطلاق بالشرط في الوجهين لأنه مذكور على سبيل الوصف للنكرة، أما التعليق بالشرط دلالة فيتعلق بالحكم به في غير المعين دون المعين لأن الوصف في المعين لغو⁵.

¹ الموسوعة الفقهية: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، 6/26، الطبعة الأولى، دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1412هـ/1992م.

² قواطع الأدلة: السمعاني، 563/4. وتقويم الأدلة: الدبوسي، ص384. والأسرار في الأصول والفروع في تقويم أدلة الشرع: الدبوسي، 77/4. وكشف الأسرار: عبد العزيز البخاري، 202/4.

³ أصول السرخسي: السرخسي، 321/2. والمغني في أصول الفقه: الحبازي، ص346. ونهاية الوصول إلى علم الأصول: ابن الساعاتي، 655/2. وكشف الأسرار: عبد العزيز البخاري، 203/4.

⁴ كشف الأسرار: عبد العزيز البخاري، 206/4. والمغني في أصول الفقه: الحبازي، ص347.

⁵ كشف الأسرار: عبد العزيز البخاري، 206/4. والتحرير في أصول الفقه: كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن الهمام (ت861هـ)، ص476، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1351هـ. والتقريب والتحبير: أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد المعروف بابن أمير الحاج (ت879هـ)، 273/3، تحقيق عبد الله محمود محمد عمر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ/1999م. بتصرف

وقد صنف التفتازاني الأمثلة المذكورة سابقا إلى صنفين مع زيادة الشرط العقلي:

○ شرط حقيقي، وهو قسمان:

- الأول: ما يتوقف عليه الشيء في الواقع كالحياة للعلم، وهو ما يسميه المتكلمون الشرط العقلي لأنه بالرجوع إلى العقل تتم معرفة أن الحياة شرط للعلم.
- والآخر: ما كان بحكم الشارع، كالطهارة للصلاة.

○ شرط جعلي:

يكون من وضع المكلف بحيث يعلق تصرفاته عليه تصريحاً بكلمة الشرط، أو دلالة¹.

أما المحقق ابن الهمام (861هـ) فقد قصر الشرط الحقيقي على الشرط العقلي فقط، وذكر الشرط الشرعي ضمن الشرط الجعلي إلى جانب الشرط الذي يكون من وضع المكلف²، ولعله جمع بينهما لأن الأول من جعل الشارع، والثاني من جعل المكلف فاعتبرهما شرطا جعليا من هذه الجهة، ومن فرق اعتبر ما كان من وضع الشارع شرطا شرعيا، وما كان من وضع المكلف شرطا جعليا كما سبق بيانه، وهذا تقسيم بالنظر إلى مصدر الشرط.

والشرط الجعلي إطلاق اصطلاحى مختلف فيه باعتبار الجهة المنظور إليها لا باعتبار حقيقته في نفسه كليا.

بمعنى أن الشرط الجعلي هو الشرط الذي جعل مقدمة حتمية لحصول شيء، وهذا الجعل سواء صدر من الشارع أو المكلف لا يخرج عن كونه جعليا، فدخل فيه الشرعي كما ترى.

¹ شرح التلويح على شرح التوضيح: سعد الدين بن مسعود بن عمر التفتازاني (ت792هـ)، 145/2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دون طبعة وبدون تاريخ. أما صاحب شرح المنار، فقد ذهب إلى نفس التقسيم، لكنه خص الحقيقي بالعقلي، ولم يذكر الشرط الشرعي. يُنظر: شرح المنار: عبد اللطيف بن عبد العزيز، ص921. بتصرف

² التحرير في أصول الفقه: ابن الهمام، ص476. والتقريب والتحبير: ابن أمير الحاج، 272-273. وتيسير التحرير: محمد أمين المعروف بأمرير بادشاه (972هـ)، 69/4-70، مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1351هـ.

وهذا الأمر يشبه أن يكون تصرفاً من بعض الأصوليين مقابل الجمهور.

وجعل ابن الهمام الشرط العقلي هو الحقيقي لأن الأصل في العقليات المسلمة أنها من الله تعالى لكل البشر، وما كان كذلك لم يكن إلا حقيقة. فتطلق الحقيقة على الشيء إن كان أصلاً لغيره، كالحقيقة التي تقابل المجاز في اللغة.

وبعد تتبع ما تيسر لي تتبعه من كتب الأصول¹ عند الأحناف لم أجد من ذكر منهم في قسم الشرط الجعلي: "ما جعل قيماً من قبل المتعاقدين في العقد كسواء الدابة بشرط كونها حاملاً، أو شراء السلعة بشرط الحمل"، ولعل ذكرهم لما عرف من جهة الدلالة أنه شرط يدخل فيه الشرط التقييدي المقتزن بالعقد.

2. شرط هو في حكم العلة:

ويقصد به كل شرط لم تعارضه علة تصلح لإضافة الحكم إليها، فصار شبيهاً بالعلل، فصلاح أن يكون علة يضاف الحكم إليه؛ ذلك أن العلة هي الأصل في إضافة الحكم إليها لكنها لما لم تكن علة بذاتها بل يجعل الشارع إياها علة صلح أن يخلفها الشرط².

ومثاله: كمن شق زقاً³ حتى سال ما فيه من الدهن، فإن الزق كان حافظاً للدهن مانعاً له من السيولان، فكان شق الزق إزالة للمانع فكان شرطاً، ولما كان سيولان المائع الذي هو علة الحكم أمراً

¹ تقويم الأدلة: الدبوسي (ت430هـ). والأسرار في الأصول والفروع في تقويم أدلة الشرع: الدبوسي (ت430هـ). وأصول السرخسي: السرخسي (ت490هـ). والفوائد على أصول البزدوي، علي الضير (ت666هـ). وكشف الأسرار: عبد العزيز البخاري (ت730هـ).

² أصول البزدوي: البزدوي، ص696. ونهاية الوصول إلى علم الأصول: ابن الساعاتي، 655/2. بتصرف

³ الزَّق: السِّقَاءُ، وَجَمْعُ الْقِلَّةِ أَزْقَاقٌ، وَالْكَثِيرُ زَقَاقٌ وَزَقَانٌ مِثْلُ ذَنْبٍ وَذُؤْبَانٍ. وَالزَّقُ مِنَ الْأُهْبِ: كُلُّ وَعَاءٍ اتَّخَذَ لِشَرَابٍ وَنَحْوِهِ. وَقِيلَ: لَا يُسَمَّى زَقًا حَتَّى يُسْلَخَ مِنْ قَبْلِ عُنُقِهِ، وَتَزْقِيَّتُهُ سَلْخُهُ مِنْ قَبْلِ رَأْسِهِ عَلَى خِلَافِ مَا يَسْلُخُ النَّاسُ الْيَوْمَ الزَّقُّ. يُنْظَرُ: لسان العرب: ابن منظور، حرف القاف، فصل الزاي، مادة (زقق)، 143/10.

طبيعيا لا يصلح لإضافة الحكم إليه (الضمان)، قام الشرط مقامه في إضافة الحكم إليه لتعذر إضافته إليها لشبهه بالعلة من حيث تعلق الوجود به.

وكمن حفر بئرا في شارع عام وقع فيه إنسان فمات، فعلة الوقوع هي الثقل لكن الأرض تمنعه من الوقوع، فإزالة المانع لا تتأتى إلا بالحفر فصار الحفر شرطا، ولما كانت هذه العلة (الثقل) غير صالحة لإضافة الحكم (الضمان) إليها، أضيف الحكم إلى الشرط، ولذلك فإن الفقهاء يضمنون الحافر لأنه متعد¹، لكن "ليس عليه كفارة ولا يحرم من الميراث لأن الحافر ليس بمباشر للإتلاف خلافا للشافعي الذي يرى أن الكفارة تجب على الحافر ويحرم من الميراث؛ وذلك لأن الحفر لما جعل كالمباشرة في حكم الضمان يجعل كذلك في حكم الكفارة والميراث"².

وذكر السرخسي في أصوله المثال الأول في الشرط الذي هو في حكم العلة، والثاني في الشرط الذي يشبه العلة فيكون هو النوع الثالث عنده³، وغيره⁴ جعلهما في الشرط الذي في حكم العلة، وهو الصحيح؛ ذلك أن علة السقوط هي الثقل، وعلة تلف الدهن هو سيلانه، ولما كانا أمران طبيعيان لا يصلح إضافة الحكم إليهما، وكان الحفر والشق شرطان لإزالتهما المانع من السقوط والسيلان، أضيف الحكم إليهما.

ومن هنا يتضح أنهما سيان في قيام أحدهما مقام الآخر في التمثيل.

¹ أصول البزدوي: البزدوي، ص 697. والمغني في أصول الفقه: الحبازي، ص 347. والفوائد على أصول البزدوي: علي الضير، ص 306. بتصرف

² كشف الأسرار عن أصول البزدوي: عبد العزيز البخاري، 211/4.

³ أصول السرخسي: السرخسي، 323/2.

⁴ كشف الأسرار: عبد العزيز البخاري، 209/4 - 210. والتحرير في أصول الفقه: ابن الهمام، ص 476.

3. شرط هو في حكم العلامة الخالصة:

كالإحصان في الزنا، فهو علامة وليس بشرط، "لأن حكم الشرط أن يمنع انعقاد العلة إلى أن يوجد الشرط"¹ وهذا لا يتحقق في الزنا؛ ذلك أن الشرط يتوقف وجود الحكم عليه، "أما الزنا إذا وجد لم يتوقف حكمه على إحصان يحدث بعده"²، لأن الرجم لا يتحقق وجوده بالإحصان بعد الزنا، فلو كان الإحصان شرطاً لرجم سواء حصل الإحصان قبل الزنا أو بعده، لذلك لم يعتبروه شرطاً، خلافاً للمتكلمين³، والبعض من المتقدمين وعامة المتأخرين من الحنفية فقد عدوا الإحصان شرطاً؛ ذلك أن وجوب الرجم بالزنا يتوقف على الإحصان، فلا يثبت حكم الرجم إلا بثبوته، فصح كونه شرطاً، "أما كونه سابقاً على الزنا غير متأخر فيه لا يخل بشرطيته كالطهارة وستر العورة والنية سابقة على الصلاة بحيث لا يتصور تأخرها عن صورة الصلاة وتوقف انعقادها صلاة عليها، وأما قولهم لم يتعلق به وجود غير مسلم عندهم بل ثبوت وجوب الرجم بالزنا متعلق به، إذا الزنا لا يوجب الرجم بدون إحصان"⁴.

ولذا فإن من ذهب من الأحناف إلى أن الإحصان علامة لا يتوقف وجود الحكم عليه، يقصد بذلك الحكم الحد، لا نوع العقوبة، فالزاني وجب عليه انعقاد الحد بزناه، فلا يتوقف انعقاد الحد على وجود الإحصان من عدمه، فهو إذا وجد كان معرفاً لحكم الزنا لا شرطاً، أي محدداً لنوعية الحد أيكون رجماً أم جلداً، وغيرهم ممن عدوه شرطاً يتحدث عن حد الرجم، أي عن نوعية العقوبة بالضبط التي يتوقف وجودها على وجود شرط الإحصان.

¹ الموسوعة الفقهية الكويتية: 8/26. وشرح التلويح على التوضيح: التفتازاني، 148/2. والفوائد على أصول البزدوي: علي الضير، ص308.

² الموسوعة الفقهية الكويتية: 8/26. والفوائد على أصول البزدوي: علي الضير، ص308.

³ قال القرافي: "إنه شرط اقتضاء الزنا لوجوب الرجم". يُنظر: نفائس الأصول: القرافي، 2040/5. والمحصل: الرازي، 58/3، والإحكام، الآمدي، 380/2. والمنهاج: البيضاوي، ص130. ونهاية السؤل: الإسوي، ص208.

⁴ كشف الأسرار عن أصول البزدوي: عبد العزيز البخاري، 219/4.

4. شرط صورة ما له حكم:

ويقصد الدبوسي من ذكره هذا النوع أن صيغة الشرط قد تخلو عن معنى الشرط فيصير الشرط لغوا لا معنى له، "وهو الشرط الخارج على وفاق العادة، نحو قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾¹،². وقد ذكر الله سبحانه وتعالى هذا الشرط على سبيل العادة الجارية إذ الغالب أن الإنسان إنما يكتب العبد إذا رأى فيه خيرا، لا أنه شرط حقيقي، بدليل جواز كتابة العبد الذي لا يُعلم فيه خير بإجماع أهل الفقه، ولو كان شرطا حقيقة لم يجوز.

وكما في قوله تعالى: ﴿وَرَبَّيْبُكُمْ إِلَيْهِ حُجُورُكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمْ﴾³، فهو شرط على سبيل العادة الغالبة إذ الغالب في الريبة أن تكون في بيت زوج أمها، ولو لم تكن في بيته لا يجوز له نكاحها.

ورد هذا الرأي البزدوي وغيره على اعتبار أن صيغة الشرط لا تنفك قط عن معناه، وأما قوله تعالى: (فكاتبوهم) الذي قيل فيه هو شرط عادة وليس كذلك. وهذا قول بأنه لغو، وكتاب الله تعالى منزّه عن مثله، والدليل على أنه شرط حقيقي يتجلى في كون قوله تعالى: "فكاتبوهم" أمر، وأدنى درجات الأمر الاستحباب، واستحباب الكتابة متعلق بهذا الشرط وهو العلم بالخيرية لا يوجد إلا به، وينعدم استحباب الكتابة قبله، أما إباحة الكتابة فهي غير متعلقة بهذا الشرط، فجواز الكتابة مباح وإن لم توجد الخيرية لأنه تصرف في ملكه⁴.

¹ سورة النور، الآية: 33.

² تقويم الأدلة: الدبوسي، ص 386. والأسرار في الأصول والفروع في تقويم أدلة الشرع: الدبوسي، 81/4.

³ سورة النساء، الآية: 23.

⁴ أصول البزدوي: البزدوي، ص 695. والفوائد على أصول البزدوي: علي الضير، ص 304-305. والمغني في أصول الفقه: الحبازي، ص 345-346. وكشف الأسرار: عبد العزيز البخاري، 203/4-206. ونهاية الوصول إلى علم الأصول: ابن الساعاتي، 654/2-655. وأصول السرخسي: السرخسي، 322/2. بتصرف

5. شرط له حكم الأسباب:

وهو الشرط السابق عن العلة الذي اعترض بينه وبين العلة فعل فاعل مختار، غير منسوب ذلك الفعل إلى الشرط؛ ذلك أنه لو كان منسوباً إلى الشرط كان ذلك الشرط في حكم العلل، كمن فك قيد عبد فهرب لم يضمن قيمته، لأن فك القيد وإن كان شرطاً حقيقياً لإزالته القيد المانع من الهرب فهو في حكم السبب، لأنه سبق علة التلف (الهرب)، فالسبب مما يسبق، والشرط مما يتأخر، ثم إن الهرب حصل من العبد باختياره، لا من الفاك، فلا يكون في حكم العلة¹.

6. شرط اسما لا حكما:

"فكل حكم تعلق بشرطين، أولهما شرطاً اسماً لا حكماً"²، أي أنه شرط صورة لا معنى، لأن "حكم الشرط أن يضاف الوجود إليه، وذلك مضاف إلى آخرهما فلم يكن الأول شرطاً حكماً بل اسماً"³.

¹ أصول البزدوي: البزدوي، ص 698-699. والفوائد على أصول البزدوي: علي الضير، ص 306-307. وكشف الأسرار: عبد العزيز البخاري، 212/4. والمغني في أصول الفقه: الخبازي، ص 349-350. وأصول السرخسي: السرخسي، 325/2-327. بتصرف

² المغني في أصول الفقه: الخبازي، ص 351.

³ الموسوعة الكويتية الفقهاء: 7/26-8.

الفرع الثاني: منهج المتكلمين في تقسيم الشرط

قسم المتكلمون الشرط باعتبار المرجع في معرفته أو باعتبار الحاكم¹ إلى أربعة²:

1. الشرط العقلي:

وهو الذي يكون المرجع في معرفته العقل، كالحياة للعلم، فبالرجوع إلى العقل يحصل معرفة أن الحياة شرط للعلم، بحيث لا يتوقع حصول العلم عقلا دون وجود حياة.

2. الشرط الشرعي:

وهو الذي يكون المرجع في معرفته الشارع، كالطهارة للصلاة، فإن الشارع هو الذي نصب الطهارة شرطا لصحة الصلاة، فلا يصح شرعا وجود الصلاة دون وجود الطهارة، لأنه يتوقف وجود الصلاة على وجود الطهارة.

وقد جعل الشاطبي الشروط الشرعية على ضربين:

الضرب الأول: ما كان راجعا إلى خطاب التكليف: وهو الذي قصد الشارع فعله، وأمر بتحصيله كالطهارة للصلاة، أو تركه ونهى عن تحصيله كنكاح المحلل المقصود منه إرجاع الزوجة لزوجها الأول، والجمع بين المفترق والتفريق بين المجتمع خشية الصدقة الذي هو شرط لنقصان الصدقة.

¹ وذلك أن الحاكم في الشرط العقلي هو العقل، والحاكم في الشرط الشرعي، هو الشارع. يُنظر: بيان المختصر: الأصفهاني، 299/2. وشرح العضد: الإيجي، ص 223. وتحفة المسؤول: الرهوني، 220/3.

² المستصفي: الغزالي، 188/2-189. والمحصل: الرازي، 58/3. وروضة الناظر وجنة المناظر: ابن قدامة، 180/1. ونفائس الأصول: القرافي، 2042/5. والإحكام: الآمدي، 380/2. ولباب الحصول في علم الأصول: الحسين بن رشيق (ت 632هـ)، 193/2، تحقيق محمد غزالي عمر جابي، الطبعة الأولى، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، 1422هـ/2001م. ومختصر منتهى السؤل والأمل: ابن الحاجب، 820/2. ونهاية السؤل: الإسنوي، 439/2. وبيان المختصر: الأصفهاني، 299/2. وشرح العضد: الإيجي، ص 223. والإبهاج في شرح المنهاج: 450/4. ورفع الحاجب، ابن السبكي، 294/3. وتحفة المسؤول: الرهوني، 220/3. ومختصر التحرير: ابن النجار الفتوحي، 88-89. وشرحه المسمى بشرح الكوكب المنير: ابن النجار الفتوحي، 456/1. وإرشاد الفحول: الشوكاني، 668.

الضرب الثاني: ما كان راجعاً إلى خطاب الوضع: وهو الذي ليس للشارع قصد في تحصيله من حيث هو شرط، ولا في عدم تحصيله، كالحول في الزكاة، فإن إبقاء النصاب حتى يمر عليه الحول، ليس بمطلوب الفعل ولا الترك، فلا يصح أن يقال: يجب إمساكه حتى يمر الحول لتجب على صاحبه الزكاة فيه، ولا إنفاقه قبل مرور الحول خوفاً من أن تجب عليه الزكاة فيه¹.

3. الشرط اللغوي:

وهو الذي يُرجع في معرفته إلى اللغة، نحو قولك: إن دخلت الدار فأنت طالق.

وقد أشرنا سابقاً إلى أن الشروط اللغوية أو التعليقات أسباب لأنها تنطبق عليها حقيقة السبب، وهي قسمان:

- **شروط لغوية شرعية:** من وضع الشارع، نحو قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾²، فالإنفاق مشروط بوجود الحمل، يلزم من انتفاء الحمل انتفاء الإنفاق، ومن وجوده وجود الإنفاق.

- **شروط لغوية جعلية:** من وضع المكلف، نحو قوله: "إن دخلت الدار فأنت طالق".

وهناك من ذهب إلى أن الشرط اللغوي "أغلب استعماله في أمور سببية عقلية، نحو إذا طلعت الشمس فالعالم مضيء، وسببية شرعية، نحو قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا﴾³، فإن طلوع الشمس سبب ضوء العالم عقلاً، والجنابة سبب لوجوب التطهير شرعاً"⁴.

¹ الموافقات: الشاطبي، ص 165-166. بتصرف

² سورة الطلاق، الآية: 6.

³ سورة المائدة، الآية: 7.

⁴ بيان المختصر: الأصفهاني، 300/2. وشرح الكوكب المنير: ابن النجار، 456/1.

4. الشرط العادي:

وهو الذي يكون المرجع في معرفته العادة، كالغذاء للحيوان، ونصب السلم لصعود السطح¹، فإن العادة الجارية أن وجود الحياة يتوقف على الغذاء، وأن صعود السطح يتوقف على نصب السلم أو ما يقوم مقامه، وذكر القرافي في تنقيح الفصول أن الشروط العادية ليست أسباباً²، وذهب ابن النجار إلى أن الغذاء يلزم من وجوده وجود الحياة، ومن عدمه عدمها، "فيكون كالشرط اللغوي في كونه مطرداً منعكساً"³.

ولم أجد فيما اطلعت عليه من كتب الأصول عند الأحناف والمالكية والشافعية ذكراً للشرط الجعلي الذي ينشئه المكلف بإرادته قيداً في شيء لمعنى كسواء الدابة بشرط كونها حاملاً، أو شراء السلعة بشرط الحمل، وقد أشار إلى هذا النوع من الشروط ابن النجار الفتوحي من الحنابلة في معرض تقسيمه للشرط واعتبره كالشرط الشرعي فلم يفرد له قسماً خاصاً، فقال: "وما جعل قيداً في شيء لمعنى في ذلك الشيء كشرط في عقد، حكمه كشرط شرعي"⁴.

وهذا النوع من الشروط الجعلية أو ما يطلق عليها الشروط التقييدية المقترنة بالعقد، وكذلك الشروط اللغوية الجعلية بحثها الفقهاء في كتبهم تحت مسمى الشروط المقترنة بالبيع⁵، أو الشروط في العقد إلى جانب الشروط الشرعية، وقد اكتفى بعض العلماء المعاصرين في تقسيمهم للشرط باعتبار مصدر اشتراطه بهذين النوعين: الشرعي والجعلي، ولعل السبب في ذلك يعود لكونهما محل بحث

¹ الفروق: القرافي (ت684هـ) 107/1.

² شرح تنقيح الفصول: القرافي، ص73.

³ شرح الكوكب المنير: ابن النجار الفتوحي، 455/1-456.

⁴ مختصر التحرير: ابن النجار الفتوحي، ص89. وشرحه المسمى بشرح الكوكب المنير: ابن النجار الفتوحي، 456/1.

⁵ البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت520هـ)، 77/9، تحقيق محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1408هـ/1988م. والذخيرة: القرافي (ت684هـ)، 405/4، تحقيق محمد حجي وآخرون، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994م.

الفقهاء الذي تترتب عليهما أحكام فقهية تطبيقية. وهذان هما القسمان المهمان بالنسبة لهذا البحث، وعلى أحدهما مداره، لذلك سأتناولهما بمزيد من الشرح والتفصيل.

المطلب الثالث: تقسيم الشرط باعتبار مصدر اشتراطه

وهو نوعان: شرعي وجعلي

الفرع الأول: الشرط الشرعي

وهو الذي يكون مصدر اشتراطه الشارع، بحيث لا يصح وجود المشروط إلا بوجوده، وهو ما يطلق في مقابل السبب والمانع، كالشروط التي اشتراطها الشارع في العبادات والمعاملات وإقامة الحدود وغيرها مثل الطهارة للصلاة، والإحصان للرجم، والحول للزكاة.

الفرع الثاني: الشرط الجعلي

وهو الشرط الذي ينشئه المكلف بتصرفه وإرادته، فيجعل عقوده أو التزاماته متوقفة عليه ومرتبطة به تعليقاً أو تقييداً، بحيث إذا لم يتحقق ذلك الأمر لا تتحقق تلك العقود والالتزامات¹، "وسمي بالشرط الجعلي لأن المكلف هو الذي جعله شرطاً"² وعلق عليه قيام العقد.

فالشرط المعلق: أو الشرط اللغوي الجعلي، هو كل شرط يعلق المكلف فيه بعض عقوده أو تصرفاته أو التزاماته على حصول أمر تصريحاً بأداة من أدوات الشرط أو دلالة، بحيث إذا لم يتحقق ذلك الأمر لا يوجد أثر لتلك العقود أو الالتزامات، كقول الرجل لامرأته تصريحاً: إن دخلت الدار فأنت طالق فإن دخولها الدار يصبح تحققه شرطاً لوقوع الطلاق فلا يقع هذا الطلاق المعلق ما لم

¹ المدخل الفقهي العام: مصطفى أحمد الزرقا (ت1420هـ)، 394/1، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، 1425هـ/2004م.

بتصرف

² الشروط التعويضية في المعاملات المالية: العنزي، 44/1.

يتحقق ذلك الشرط¹، وكقول الرجل لامرأته دلالة: المرأة التي أتزوجها طالق، فإنه في معنى قوله: إن تزوجتها فهي طالق، وهذا النوع من الشروط تنطبق عليه حقيقة السبب لأن مشروطه ربط به وجودا وعدمًا.

والشرط المقيد: وهو عبارة عن التزامات زائدة يضعها المتعاقدان في بعض عقودهما وتصرفاتهما للتعديل من آثار العقد² حينما يجدان أن آثار العقد المترتبة عليه في حالة صدور الصيغة مطلقة من القيود غير محققة لأغراضهما فيضطران إلى تقييد عقدهما ببعض الشروط.

ومثاله: أن يقول بائع لمشتري: بعثك هذه الدار بشرط أن أسكنها شهرا قبل تسليمها إليك ويقبل المشتري، فمقتضى هذا البيع أن تنتقل ملكية الدار إلى المشتري تنجيذا، غير أن المتعاقدين قيذا عقدهما بشرط عدل من آثاره، وهو ما عبر عنه ابن النجار بقوله: "وما جعل قيذا في شيء لمعنى في ذلك الشيء كشرط في عقد"³.

أو أن يشتري أحدهم سيارة ويلزم البائع بإصلاح ما تتعرض إليه من خلل خلال سنة، أو يلزمه يشترئها منه بشرط أن يعلمه السياقة⁴.

أو "كقول المؤجر: آجرتك داري اعتبارا من أول الشهر القادم، فقبل المستأجر، يكونان قد أخرا حكم الإجارة وأضافاه إلى زمن المستقبل"⁵. وهو ما يطلق عليه الشرط الإضافي، وهو في الحقيقة يدخل تحت الشرط التقييدي المقترن بالعقد لتضمنه لمعنى تقييد العقد بشرط.

¹ المدخل الفقهي العام: الزرقا، 394/1. وأصول الفقه الإسلامي: وهبة الزحيلي (ت 1436هـ)، 101/1، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، 1406هـ/1986م. بتصرف

² أصول الفقه الإسلامي: وهبة الزحيلي (ت 1436هـ)، 101/1. بتصرف

³ مختصر التحرير: ابن النجار الفتوح، ص 89. وشرحه المسمى بشرح الكوكب المنير: ابن النجار الفتوح، 456/1.

⁴ المدخل الفقهي العام: الزرقا، 572/1 - 578. بتصرف

⁵ المرجع نفسه: 572/1.

والمقصود من الشرط الإضافي "تأخير سريان آثار العقد إلى زمن المستقبل"¹ لا التعديل من مقتضياته وأحكامه الأصلية.

كالاتفاق على بدء الإجارة بعد شهر كما في المثال السابق، فتقييد العقد بهذه المدة أجل حكم الإجارة وأخره إلى زمن المستقبل، ولولا القيد لاقتضى العقد سريان حكم الإجارة من حين العقد، ومن العلماء من عدّه قسماً مستقلاً².

و"الشروط الجعلية مقيدة بحدود شرعية معينة، فليس للمكلف أن يشترط أي شرط يريده"³ لأن الشارع لم يتركها تسير وفق أهواء المتعاقدين تحقيقاً لرغباتهم وشهواتهم، بل أجاز منها ما كان غير مناف لحكمة العقد وأبطل ما عداه.

¹ المدخل الفقهي العام: الزرقا، 573/1. بتصرف

² المدخل الفقهي العام: الزرقا، 572/1 – 579. و أصول الفقه الإسلامي: وهبة الزحيلي، 102/1. وبحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله: فتحي الدريني، 373/2، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، دمشق، 1429هـ/2008م. بتصرف

³ أصول الفقه، الزحيلي، 101/1.

الفصل الثالث: الشروط التقييدية المقترنة بالعقد: أقسامها وموقف الفقهاء منها

المبحث الأول: معنى الشروط التقييدية المقترنة بالعقد، والفرق بينها وبين الشرط

الاجعلي اللغوي (التعليقي)، والشرط الإضافي.

المطلب الأول: معنى الشروط التقييدية المقترنة بالعقد

وهي ما يعبر عنها بالشرط في العقد¹، أو الشرط المقيد²، أو الشرط المقارن³.

وقد عُرِفَ هذا النوع من الشروط بتعريفات متعددة نذكر منها:

- عرفه الزركشي (ت794هـ) بأنه: "ما جُزِمَ فيه بالأصل وشرط فيه أمر آخر"⁴، ونقل هذا التعريف بنصه الحموي في شرحه لكتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم وفسره بقوله: "والشرط التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة"⁵، والأول أدق ذلك أن الشرط التقييدي قد يكون أمراً موجوداً حال العقد كاشتراط صفة في المعقود عليه، وهذا يشمل تعريف الأول دون الثاني، ويؤخذ على تعريف الزركشي أنه لم يشمل جميع أفراد المعرف إذ أغفل الشرط المؤكد الذي يقتضيه العقد، فهو داخل في أصل العقد.

¹ الروض المربع: البهوتي، 218/2. وشرح الكوكب المنير: ابن النجار الفتوح، 456/1.

² شرح الكوكب المنير: ابن النجار الفتوح، 456/1.

³ المقدمات الممهّدات: أبو الوليد مُجَدِّد بن أحمد بن رشد (ت 520هـ)، 67/2، تحقيق مُجَدِّد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1408هـ/1988م. والفروق: القرائي، 397/1. ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: مُجَدِّد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي (ت1004هـ)، 459/3، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، 2003/1424م.

ذكر القرائي الشرط المقارن في الفرق الخامس والأربعين بين قاعدة قبول الشرط وبين قاعدة قبول التعليق على الشرط في القسم الثالث حيث قال: ما يقبل الشرط دون التعليق عليه من نحو البيع والإجارة فإنه يصح أن يقال بعثك على أن تأتي بالرهن أو الكفيل بالثمن أو غير ذلك من الشروط المقارنة لتنجز البيع.

⁴ المنشور في القواعد الفقهية: الزركشي بدر الدين مُجَدِّد بن عبد الله بن بهادر الشافعي (ت794هـ)، 370/1، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود، الطبعة الثانية، شركة الكويت للصحافة، 1405هـ/1985م.

⁵ غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر: أحمد بن مُجَدِّد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحموي (ت1098هـ)، 41/4، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1405هـ/1985م.

• وعرفه مصطفى الزرقا بأنه: " التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه"¹.

ويؤخذ عليه أنه لم يشر إلى الشرط العرفي، وكذلك إغفاله للشرط الذي يقتضيه العقد² لأنه يثبت بمطلق العقد.

• وعرفه فتحي الدريني بأنه: "التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه، زائد عن أصل مقتضاه شرعا"³.

وهو في الحقيقة مستمد من تعريف الزركشي السابق، ذلك أن " ما جزم فيه بالأصل وشرط فيه أمر آخر"، هو التزام زائد عن أصل مقتضى التصرف شرعا، وتعريف الزركشي أدق، لأنه عام يشمل التصرف القولي وغيره، وقد قصره صاحب التعريف على القولي فقط.

وأثناء تحليله للتعريف أشار إلى أن قوله: " وارد في التصرف القولي عند تكوينه" يفيد التعبير عنه في صلب العقد إبان إنشائه لينطبق عليه معنى الاقتران⁴، ويؤخذ عليه أنه أغفل الشرط السابق أو اللاحق عن العقد.

وأخرج بقوله "زائدا" ما كان من مقتضى العقد؛ ذلك أنه لا يفيد التزاما زائدا عما يقرره العقد، فوجوده وعدمه سواء⁵، لكن الفقهاء يذكرونه عند إيرادهم للشروط المقترنة بالعقد كما سيأتي عند الحديث عن أقسامها، فدل ذلك أنه شرط زائد صورة لتحقيق معنى مقررًا لمقتضى العقد⁶.

¹ المدخل الفقهي العام: الزرقا، 575/1.

² الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: اليميني، ص72. بتصرف

³ بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله: فتحي الدريني، 372/2.

⁴ المرجع نفسه: 372/2.

⁵ المرجع نفسه: 372/2. بتصرف

⁶ الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي: ناجي شفيق عجم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، العدد الثاني عشر، 192/2، 1421هـ/2000م.

- وعرفه زكي الدين شعبان بأنه: "التزام المتصرف في تصرفه بأمر من الأمور زائداً على أصل التصرف سواء أكان هذا الالتزام الزائد من مقتضى التصرف أم لا، وسواء كان فيه منفعة للملتزم أم لغيره أو لا، ثبت ذلك باللفظ أم لا"¹.

وما دفع صاحب التعريف إلى إطالته هو رغبته في أن يجعل التعريف جامعاً مانعاً.

ومن خلال ما سبق؛ يمكن القول إن الشرط التقييدي المقترن بالعقد هو التزام زائد عن أصل التصرف عند تكوينه صورة أو حقيقة يتقيد به أثر العقد توكيداً أو تعديلاً أو إضافة.

المطلب الثاني: الفرق بين الشرط التقييدي والتعليقي

انطلاقاً مما سبق؛ يمكن تحديد الفروق بين الشرط التقييدي والتعليقي كالآتي:

- الشرط التعليقي يتحكم في أصل إنشاء العقد فلا يتحقق العقد دون تحقق شرطه، أما الشرط التقييدي فيتحكم في أثر العقد فيُقيّد إطلاقه توكيداً أو تعديلاً أو إضافة.
- لا ينعقد العقد المعلق على شرط قبل وقوع الشرط المعلق عليه، أما العقد المقترن بشرط تقييدي فإنه ينعقد ويوجد منذ إنشائه، وإنما التزم في ضمنه حكم زائد مقيد لآثاره².
- العقد المعلق على شرط يتوقف وجوده على وجود الشرط المعلق عليه، في حين العقد المقترن بشرط تقييدي عقد ناجز اقترن به شرط أضافه أحد المتعاقدين لتحقيق مصلحة.

¹ نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون: زكي الدين شعبان، ص29.

² المدخل الفقهي العام: الزرقا، 578/1. ونظرية الشرط في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي مع المقابلة بالقوانين الوضعية-: حسن علي الشاذلي، ص67، الطبعة الأولى، دار كنوز شبيليا، السعودية، 1430هـ/2009م. بتصرف

المبحث الثاني: أقسام الشروط المقترنة بالعقد باعتبار الصحة والبطلان

المطلب الأول: أقسام الشروط عند الحنفية

الفرع الأول: الشرط الصحيح

الأصل في اقتران الشروط بالعقد عند الحنفية حديث (النهي عن بيع وشرط)¹، وقد أخذ به الحنفية مطلقا واستثنوا منه ما كان من مقتضى العقد لثبوته بمطلق العقد، أما ما لم يكن من مقتضى

¹ أخرجه الخطابي في معالم السنن، كتاب البيوع، ومن باب شرط في بيع، 145/3، الطبعة الأولى، المطبعة العلمية، حلب، 1351هـ، 1932م. والطبراني في المعجم الأوسط، باب العين، من اسمه عبد الله، 336-335/4، تحقيق أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد وأبو الفضل عبد المحسن بن إبراهيم الحسني، دار الحرمين، القاهرة، 1415هـ/1995م. قال الزيلعي: "رواه الحاكم أبو عبد الله النيسابوري في كتاب علوم الحديث في باب الأحاديث المتعارضة...، ومن جهة الحاكم ذكره عبد الحق في أحكامه، وسكت عنه، قال ابن القطان: وعلمه ضعف أبي حنيفة في الحديث"؛ يُنظر: نصب الراية: الزيلعي (762هـ)، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد، 18/4، تحقيق محمد عوامة، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، 1418هـ/1997م. وقال ابن حجر: "روي أنه ﷺ نهي عن بيع وشرط بيّض له الرافعي في التذنيب، واستغربه النووي، وقد رواه ابن حزم في المحلى والخطابي في المعالم والطبراني في الأوسط والحاكم في علوم الحديث من طريق محمد بن سليمان الذهلي عن عبد الوارث بن سعيد عن أبي حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به في قصة طويلة مشهورة، ورويناه في الجزء الثالث من مشيخة بغداد للدمياطي، ونقل فيه عن ابن أبي الفوارس أنه قال: غريب"؛ يُنظر: التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت 852هـ)، كتاب البيوع، باب البيوع المنهي عنها، رقم الحديث: 1150، 32/3، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1419هـ/1989م. وقال عنه أيضا: غريب؛ يُنظر: بلوغ المرام من أدلة الأحكام: ابن حجر العسقلاني (ت 852هـ)، كتاب البيوع، باب شروطه وما نهي عنه منه، رقم الحديث: 800، تحقيق ماهر ياسين الفحل، الطبعة الأولى، دار القبس، الرياض، 1435هـ/2014م. وقال عنه أيضا: "حديث النهي عن بيع وشرط، ففي إسناده مقال وهو قابل للتأويل"؛ يُنظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري: ابن حجر العسقلاني (ت 852هـ)، كتاب الشروط، باب الشروط في البيع، 418/8، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، الطبعة الأولى، دار الرسالة العالمية، دمشق، 1434هـ/2013م. وقال ابن تيمية: "هذا حديث باطل ليس في شيء من كتب المسلمين وإنما يروى في حكاية منقطعة"؛ يُنظر: مجموع الفتاوى: تقي الدين أحمد بن تيمية الحراني (ت 728هـ)، 63/18، تحقيق عامر الجزار وأنور الباز، الطبعة الثالثة، 1426هـ/2005م. وقال أحمد بن الصديق: "الطبراني في الأوسط، والخطابي في معالم السنن، والحاكم في علوم الحديث، ومن جهته ابن حزم في المحلى، والقاضي عياض في الغنية وهو معجمه، وأبو نعيم في مسند أبي حنيفة، وكذلك ابن خسرو وأبو بكر محمد بن عبد الباقي الأنصاري، كلهم من طريق محمد بن سليمان الذهلي، ورواه طلحة بن محمد في مسند أبي حنيفة من طريق الحسين البجلي"؛ يُنظر: الهداية في تخريج أحاديث البداية (بداية المجتهد لابن رشد): أحمد بن محمد بن الصديق بن أحمد العُمّاري (ت 1380هـ)، 248/7-249، تحقيق يوسف عبد الرحمن المرعشلي وآخرون، الطبعة الأولى، دار عالم الكتب، بيروت، 1407هـ/1987م.

العقد فالأصل فيه المنع، واستحسنوا منه ما كان ملائماً له لكونه مؤكداً لموجب العقد، وما كان قاضياً على القياس ونافياً للمنازعة كالعرف، وما كان ثابتاً بدليل شرعي مخصص لمطلق النهي.

فصارت الشروط الصحيحة عندهم أربعة أقسام:

1. الشرط الذي يقتضيه العقد:

وهو الذي يثبت بمطلق العقد من غير شرط، ويكون اشتراطه من باب زيادة تأكيد وبيان، كما لو اشترى سيارة بشرط أن يركبها، أو داراً بشرط أن يملكها ويسكنها، أو هاتفاً بشرط أن يتصل به، فكلها شروط تجب بنفس العقد وتفيد ما يفيد مطلقه، وإن لم ينص العاقدان عليها، فصار وجودها كعدمها¹.

ومن هذا الشرط أيضاً اشتراط صفة مباحة محضة في المبيع أو الثمن، فهو عند الحنفية بمثابة ما كان من مقتضى العقد²، كما لو اشترى جارية على أنها بكر أو طبخة، فالبيع جائز³، " لأن المشروط صفة للمبيع أو الثمن صفة محضة، لا يتصور انقلابها أصلاً، ولا يكون لها حصة من الثمن بحال، ولو كان موجوداً عند العقد يدخل فيه من غير تسمية. وإنها صفة مرغوب فيها لا على وجه التلهي، والمشروط إذا كان هذا سبيله؛ كان من مقتضيات العقد.

¹ المبسوط: السرخسي، 14/13. وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني (ت 587 هـ)، 171/5، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1406 هـ/1986 م. والهداية شرح بداية المبتدي: المرغيناني، 48/3. وتبيين الحقائق: الزيلعي، 57/4. والعناية شرح الهداية: البابرتي، 442-441/6. والبنية شرح الهداية: محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين، بدر الدين العيني (ت 855 هـ)، 180/8-181، تحقيق أيمن صالح شعبان، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1420 هـ/2000 م. والبحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين ابن نجيم (ت 970 هـ)، 140/6، تحقيق زكريا عميرات، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1418 هـ/1997 م. ورد المختار: ابن عابدين، 284-282/7. وشرح فتح القدير: ابن الهمام، 407/6. بتصرف

² يعتبر عند الشافعية شرطاً مجازاً لا حقيقة، وقد جعلوه تحت الشرط الذي يحقق مصلحة للمشتري، وعملوه بالحاجة إليه.

³ بدائع الصنائع: الكاساني، 172/5.

واشتراط شرط يقتضيه العقد لا يوجب فساد العقد كما إذا اشترى بشرط التسليم وتملك المبيع والانتفاع به ونحو ذلك، بخلاف ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل أن البيع يفسد في ظاهر الرواية؛ لأن الشرط هناك عين وهو الحمل فلا يصلح شرطاً، وكون الناقة حاملاً وإن كان صفة لها، لكن لا تحقق له إلا بالحمل، وهو عين في وجوده غرر، ومع ذلك مجهول فأوجب ذلك فساد البيع.

ويُخرج على هذا أيضاً ما ذكرنا من مسائل: إذا اشترى ناقة على أنها تحلب كذا وكذا رطلاً، أو على أنها حلوبة، أو على أنها لبون أن البيع بهذه الشروط فاسد؛ لأن المشروط في هذه المواضع عين فلا يصلح شرطاً، وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها؛ لأن جهة الغناء جهة التلهي فاشتراطها في البيع يوجب الفساد ... ، بخلاف ما إذا اشترى كلباً على أنه معلم ...؛ لأنه صفة لا حظر فيها¹.

من خلال التأمل في هذا النص نتبين الشروط التي اشترطها الحنفية لجواز الصفة المشروطة في العقد، وهي كالآتي:

- أن تكون صفة محضة في المبيع لا تنفصل عنه، ولا يتصور انقلابها أصلاً، ولا يكون لها حصة من الثمن بحال، كاشتراط الحمل في الناقة فإنه عين ينفصل عنها، ويتصور انقلابه أصلاً، فأوجب ذلك فساد الشرط والبيع.
- أن يكون المشروط صفة مرغوباً فيها لا صفة محظورة يتلهى بها، كما لو اشترى جارية على أنها مغنية فإنها صفة محظورة تشترط في العقد لأجل التلهي عادة، لذلك فوجودها في العقد يوجب فساده على ما سنبينه في الشرط المحظور.
- أن تكون الصفة مما يمكن التحقق منه والوقوف عليه حال المعاقدة احترازاً من الغرر والجهالة المنهي عنهما.

¹ بدائع الصنائع: الكاساني، 172/5.

2. الشرط الذي يلائم مقتضى العقد:

وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد إلا أنه مقرر لحكمه من حيث المعنى، مؤكداً لموجبه، فيلحق بما اقتضاه، كاشتراط البائع على المشتري أن يعطيه بالثمن المؤجل رهناً معلوماً أو كفيلاً معيناً، وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر، لأن العقد لا يقتضيه وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولأن الرهن والكفالة من العقود ويكون اشتراط أحدهما في عقد البيع من باب عقد في عقد، أو صفقتين في صفقة، وفي الاستحسان يجوز، ووجه الاستحسان أنه شرط ملائم لموجب العقد ذلك أن المقصود من اشتراط الرهن أو الكفيل التوثيق للثمن فيكون بمنزلة اشتراط الجودة في الثمن¹.

3. الشرط الذي ورد الشرع بجوازه:

وهو شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه لكونه مخالفاً لموجبه الذي يقتضي ثبوت الملك في الحال كشرط الخيار والأجل في الثمن، فإنه وإن كان الشرط لا يقتضيه ولا يلائمه فقد ثبت تصحيحه بالشرع رخصة وتيسيراً واستحساناً فصار مخصصاً للنص العام².

¹ المبسوط: السرخسي، 13/18-19. وبدائع الصنائع: الكاساني، 5/171-172. وشرح فتح القدير: ابن الهمام، 6/407، والهداية شرح بداية المبتدي: المرغيناني، 4/424. وتبيين الحقائق: الزيلعي، 4/57. والبنية شرح الهداية: بدر الدين العيني، 8/181، والبحر الرائق: ابن نجيم (ت970هـ)، 6/140. ورد المختار: ابن عابدين، 7/282-285. بتصرف

² بدائع الصنائع: الكاساني، 5/174. وشرح فتح القدير: ابن الهمام، 6/407، وتبيين الحقائق: الزيلعي، 4/57. والعناية شرح الهداية: البابرتي، 6/325. والبنية شرح الهداية: بدر الدين العيني، 8/181، والبحر الرائق: ابن نجيم، 6/140. ورد المختار: ابن عابدين، 7/283. بتصرف

وقد اختلف أبو حنيفة وصاحباؤه في مدة الخيار، فأخذ أبو حنيفة بظاهر حديث حبان بن منقذ من أن النبي ﷺ قال: (إذا بايعت فقل: لا خلافة، ولي الخيار ثلاثة أيام)¹، فحدد المدة في ثلاثة أيام فما دونها، أما أبو يوسف ومحمد بن الحسن فاكتفوا بأن تكون معلومة طالت أو قصرت².

ومن هذا الشرط أن يبيع شيئا على أنه إن لم ينقد الثمن ثلاثة أيام فلا يبيع بينهما، فالبيع جائز استحسانا لا قياسا، ووجه استحسانه أنه يبيع في معنى البيع بشرط الخيار فألحق به، للحاجة إلى التأمل والتروي والاستشارة في كل منهما³.

4. الشرط الذي جرى به العرف:

وهو كل شرط لا يقتضيه العقد لكن جرى التعامل به بين الناس، ك شراء نعل بشرط ترقيعه، أو شراء قبقاب بشرط تسميره، ومثله في عصرنا شراء سلعة بشرط إصلاحها، أو ثوب بشرط خياطته، وما إلى ذلك مما تعارف الناس عليه واعتادوه بحيث إذا تركوا التعامل به وقعوا في الحرج، والإسلام يدعو إلى رفع الحرج، وهذا الشرط وإن كان القياس يأبى جوازه لأن العقد لا يقتضيه، وفيه زيادة منفعة لأحد المتعاقدين عارية عن العوض، فإنهم جوزوه استحسانا.

ووجه الاستحسان أن العرف قاض على القياس، والثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، وقد علل بعض الحنفية حديث النهي عن بيع وشرط "بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع

¹ أخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين، 26/2، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، كتاب البيوع، رقم الحديث: 2201، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ/1990م. وسكت عنه؛ وقال الذهبي في التلخيص بهامش المستدرك: صحيح.

² المبسوط: السرخسي، 41/13. بتصرف

³ بدائع الصنائع: الكاساني، 175/5. والمبسوط: السرخسي، 17/13. بتصرف

المنازعة، والعرف ينفي النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث¹. وخلاصة ذلك أن كل شرط جرى التعامل به يكون معتبرا إذا لم يؤد إلى منازعة أو غرر أو ربا².

الفرع الثاني: الشرط غير الصحيح

وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد، ولا وجه لاستحسانه عند الحنفية، أي ما كان دون الأربعة السالفة الذكر، وهذا القسم عندهم على ضربين فاسد وباطل: فالأول يتعدى فسادَه إلى العقد، فيُلغى الشرط والعقد، والآخر يقتصر فسادَه على نفسه، فيُلغى ويصح العقد.

الضرب الأول: الشرط الفاسد

1. شرط في وجوده غرر أو جهالة:

وهو ما كان المشروط فيه مما لا يمكن الوقوف عليه في الحال كما لو اشترى ناقة على أنها حامل، أو بقرة على أنها حلوب أو على أنها تحلب كذا أو كبشا على أنه نطاح لأنه شرط زيادة صفة الوقوف عليها غير ممكن، فصار في وجودها غرر يوجب فساد العقد³، ومنه أيضا إذا كان المشروط فيه جهالة فاحشة كالبيع بشرط الخيار مدة مجهولة، أو تأجيل الثمن إلى أجل مجهول كهبوب الريح ومجيء المطر وقدوم فلان وموت فلان ونحو ذلك، أما إذا كانت الجهالة يسيرة كالتأجيل إلى الحصاد جاز البيع⁴.

¹ رد المحتار: ابن عابدين 286/7. والعناية شرح الهداية: البابري، 442/6. والبنية شرح الهداية: بدر الدين العيني، 182/8.

² المبسوط: السرخسي، 15-14/13. وبدائع الصنائع: الكاساني، 172/171/5. والهداية شرح بداية المبتدي: المرغيناني، 50-49/3. وتبيين الحقائق: الزيلعي، 57/4. والعناية شرح الهداية: البابري، 451-442/6. والبنية شرح الهداية: بدر الدين العيني، 182/8. والبحر الرائق: ابن نجيم، 140/6. ورد المختار: ابن عابدين 286/7. بتصرف

³ بدائع الصنائع: الكاساني، 168/5. بتصرف

⁴ الهداية شرح بداية المبتدي: المرغيناني، 60/3. والعناية شرح الهداية: البابري، 454-453/6. وبدائع الصنائع: الكاساني، 174/5. وتبيين الحقائق: الزيلعي، 84/4، والبحر الرائق: ابن نجيم، 145/6. بتصرف

2. شرط محظور:

وهو ما كان المشروط فيه صفة محظورة موجبة للفساد كما لو اشترى جارية على أنها مغنية¹.

3. شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يجر به العرف ولم يرد به الشرع وفيه منفعة لأحد

المتعاقدين:

وهذه المنفعة قد تكون المطالبة بها من البائع كما لو باع شيئاً بشرط أن يقرضه المشتري لنهي النبي ﷺ عن بيع وسلف²، أو كما لو باع الدار واشترط سكنها مدة معينة، فهذا الشرط فاسد لأن فيه زيادة منفعة عارية عن العوض لا يقتضيه العقد وهو الربا بعينه، وهو مع ذلك من باب صفقتين في صفقة لاحتمال الإجارة والعارية فإذا قابل السكنى شيء من الثمن تكون إجارة في بيع، وإذا لم يقابلها شيء من الثمن تكون إجارة في بيع³، وقد تكون المطالبة بها من المشتري كما لو اشترى شيئاً بشرط أن يوصله البائع إلى البيت، أو ثوبا بشرط أن يخيطة⁴، أو سيارة بشرط أن يتكلف البائع بإصلاحها مدة من الزمن.

¹ بدائع الصنائع: الكاساني، 169/5.

² أخرجه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب السلف، وبيع العروض، بعضها ببعض، رقم الحديث: 2424، 950/4، تحقيق محمد مصطفى الأعظمي، الطبعة الأولى، مؤسسة زايد بن سلطان، أبو ظبي، 1425هـ/2004م. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع وسلف، رقم الحديث: 11025، 289/11، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، القاهرة، 1432هـ/2011م. وأحمد في المسند، مسند عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، رقم الحديث: 6628، 190/6، تحقيق أحمد محمد شاكر، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، 1416هـ/1995م. قال الألباني: صحيح؛ يُنظر: إرواء الغليل: الألباني، 233/5.

³ المبسوط: السرخسي، 15/13. وبدائع الصنائع: الكاساني، 169/5. والعناية شرح الهداية: البابري، 446/6. والبحر الرائق: ابن نجيم، 140/6. ورد المختار: ابن عابدين، 282/7. بتصرف

⁴ تحفة الفقهاء: علاء الدين السمرقندي (539هـ)، 52/2، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 144هـ/1994م. والبحر الرائق: ابن نجيم، 139/6. بتصرف

وبالتأمل في هذه الشروط يتبين أن فسادها يرجع إلى علتين أساسيتين عند الحنفية:

● **العلة الأولى:** خلو المنفعة عن العوض في الشرط الذي يتضمن زيادة منفعة مشروطة في العقد تجوز المطالبة بها، وهذا فيه معنى الربا أو شبهة الربا، وقد يؤدي إلى وقوع النزاع المعري للعقد عن مقصوده بسبب المطالبة بالمنفعة.

● **العلة الثانية:** تعدد الصفقة وذلك بانضمام عقد ثان إلى عقد البيع الأصلي لأن المنفعة المشروطة في العقد قد تكون إما إجارة أو إعارة أو بيعا أو قرضا أو غير ذلك.

4. شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يجر به العرف ولم يرد به الشرع وفيه منفعة للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق أي الآدمي:

كاشتراط ألا يبيع المشتري العبد المبيع، فإن هذا الشرط تعود منفعته على المبيع لأنه من مصلحته ألا تتداوله الأيدي¹.

ولما تبين أن هذه الشروط قد لحقها الفساد باعتبار إفضائها إلى الربا فإنها اختصت بالمعاوضات المالية دون غيرها من المعاوضات غير المالية كالنكاح والطلاق على مال والخلع والتبرعات فإنها تصح ويطل الشرط².

الضرب الثاني: الشرط الباطل

وهو كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يجر به العرف ولم يرد به الشرع ولا منفعة فيه لأحد كما لو باع ثوبا أو حيوانا واشترط على المشتري أن لا يبيعه أو يهبه، فإنه شرط فاسد في نفسه

¹ المبسوط: السرخسي، 15/13. وتبيين الحقائق: الزيلعي، 131/4. والعناية شرح الهداية: البابري، 442/6. والبنية شرح الهداية: بدر الدين العيني، 181/8. والبحر الرائق: ابن نجيم، 140/6-141. بتصرف

² تبيين الحقائق: الزيلعي، 131/4-134. والعناية شرح الهداية: البابري، 449/6. ورد المختار: ابن عابدين، 497/7. بتصرف

غير مؤثر في العقد، يبطل ويصح العقد لأنه ليس لأحد المتعاقدين فيه منفعة مؤدية إلى الربا، ولا إلى المنازعة.

جاء في المبسوط " ... وإن لم يكن فيه منفعة لأحد فالشرط باطل والبيع صحيح، نحو ما إذا اشترى دابة أو ثوبا بشرط ألا يبيع؛ لأنه لا مطالب بهذا الشرط فإنه لا منفعة فيه لأحد، وكان لغوا والبيع صحيح، إلا في رواية عن أبي يوسف قال يبطل به البيع، نص عليه في آخر المزارعة؛ لأن في هذا الشرط ضررا على المشتري من حيث إنه يتعذر عليه التصرف في ملكه، والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين. ولكننا نقول لا معتبر بعين الشرط، بل بالمطالبة به، والمطالبة تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر¹.

وقد تقدم أن الفساد لا ينفذ إلى صلب العقد إلا بعلتين أساسيتين: الربا وتعدد الصفقة، والشرط الذي لا منفعة فيه لأحد لما لم يكن له مطالب لانعدام منفعته؛ ذلك أن المطالبة إنما تتوجه بالمنفعة، لم تكن فيه معنى الزيادة الخالية عن العوض، فانعدمت فيه المبررات الموجبة لفساد العقد، فيصح العقد ويسقط الشرط.

¹ المبسوط: السرخسي، 15/13. وتحفة الفقهاء: السمرقندي، 53/2. وبدائع الصنائع: الكاساني، 171/5. والعناية شرح الهداية: البابرتي، 442/6-443-444. والبنية شرح الهداية: بدر الدين العيني، 182/8. والبحر الرائق: ابن نجيم، 140/6. بتصرف

المطلب الثاني: أقسام الشروط عند المالكية

يمكن تقسيم الشروط المقترنة بالعقد عند المالكية إلى قسمين:

القسم الأول: شروط صحيحة غير مؤثرة في العقد، تجوز هي والعقد معا.

القسم الثاني: شروط باطلة وهي ثلاثة أنواع: شروط تبطل هي والعقد معا، وشروط تبطل ويصح العقد، وشروط يبطل معها العقد مادام صاحب الشرط متمسكا بشرطه، فإذا ترك الشرط صح العقد¹.

الفرع الأول: الشرط الصحيح:

ضابط الشروط الصحيحة عند المالكية أن لا تقول إلى غرر، ولا إلى ربا، ولا إلى فساد في الثمن ولا في المثلون، وأن لا يوجد لها معارض من جهة الشارع، وأن لا تخل بشرط من شروط صحة البيع، ولا توجب تحجيها إلا ما كان يسيرا، أو بمنزلة رهن، وأن لا تُنافي المقصود من العقد إلا ما كان فيه معنى من معاني البر معجلا لتشفو الشارع إليه².

ومن خلال التأمل في ما أجازته فقهاء المالكية من الشروط يمكن تقسيمها إلى خمسة أقسام:

1. شرط يقتضيه العقد:

وهو شرط يوجب الحكم من غير شرط لكونه يثبت بمطلق العقد، كأن يشترط البائع على المشتري دفع الثمن عند البيع دون تأخير، أو يشترط المشتري على البائع تسليم المبيع³.

¹ المقدمات الممهدة: ابن رشد، 67/2. والبيان والتحصيل: ابن رشد، 288/8-289.

² بداية المجتهد ونهاية المقتصد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد (ت595هـ)، 178/3-179، دون طبعة، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ/2004م. بتصرف

³ تحرير الكلام في مسائل الالتزام: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن، المعروف بالخطاب (ت954هـ)، ص339، تحقيق عبد السلام محمد الشريف، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1404هـ/1984م. وشرح مختصر خليل: محمد بن عبد الله الخرشبي (ت1101هـ)، 80/5، دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون طبعة ولا تاريخ. والشرح الكبير على مختصر خليل مع حاشية الدسوقي: الدردير، 65/3، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة ولا تاريخ.

2. شرط يحقق مصلحة للعقد ولأحد المتعاقدين:

وهو شرط لا يقتضيه العقد ولا ينافي مقصوده، بل إنه مما يحقق مصلحته ويلائم ما اقتضاه، وليس له معارض من جهة الشرع، فهو شرط صحيح يلزم الوفاء به ويتأكد به موجب العقد كاشتراط رهن أو حميل، أو اشتراط الأجل المعلوم والخيار¹، أو أن لا يبيع ولا يهب حتى يعطي الثمن لأنه بمنزلة الرهن².

3. اشتراط أحد المتعاقدين منفعة في المعقود عليه لنفسه: وهو على وجهين:

• الوجه الأول: شرط استثناء منفعة المبيع مدة معلومة:

وهو "من باب الغرر اليسير فأجاز له مالك في المدة القليلة ولم يجزه في الكثيرة"³، كبيع الدابة واستثناء ركوبها أياما يسيرة أو الدار واستثناء سكنها أشهر معلومة⁴.

ودليله حديث جابر رضي الله عنه أنه: (كان يسير على جمل له قد أعيا، فمر النبي ﷺ فضربه، فدعا له فسار بسير ليس يسير مثله، ثم قال: بعنيه بوقية، قلت: لا، ثم قال: بعنيه بوقية، فاستثنيت حملانه إلى أهلي، فلما قدمنا أتيت به بالجمل ونقدي ثمنه، ثم انصرفت، فأرسل على إثري قال: ما كنت

¹ التاج والإكليل لمختصر خليل: أبو عبد الله المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم (ت897هـ)، 246/6، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1416هـ/1994م. وتحرير الكلام في مسائل الالتزام: الخطاب، ص339. وشرح مختصر خليل: الخرشبي، 80/5. والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: الدردير، 67/3. بتصرف

² المنتقى شرح الموطأ: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي (ت474هـ)، 213/4، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر، 1332هـ. والتاج والإكليل: المواق، 450/6. وشرح مختصر خليل: الخرشبي، 80/5. ومنح الجليل: عlish، 52/5.

³ بداية المجتهد: ابن رشد، 179/3.

⁴ المنتقى شرح الموطأ: الباجي، 212/4. والكافي في فقه أهل المدينة: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر (ت463هـ)، 683/2، تحقيق محمد أحمد ولد ماديك، الطبعة الثانية، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1400هـ/1980م. والمقدمات الممهدات: ابن رشد، 67/2. والبيان والتحصيل: ابن رشد، 201/7. والاستذكار: ابن عبد البر، 297/6. والقوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية: أبو القاسم، محمد بن أحمد بن جزي (ت741هـ)، ص438، تحقيق ماجد الحموي، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، 1434هـ/2013م. وتحرير الكلام في مسائل الالتزام: الخطاب، ص339.

لأخذ جملك، فخذ جملك، ذلك فهو مالك»، وقال مُجَدِّدُ بن المنكدر، عن جابر: شرط ظهره إلى المدينة...¹. وحديث جابر بن عبد الله أنه ﷺ: (نهي عن الثنيا إلا أن تعلم)²، والمنفعة المستثناة بالشرط هنا معلومة.

• **الوجه الثاني: اشتراط عمل في المعقود عليه أوفي غيره:** ك شراء ثوب واشتراط خيطه أو لبسه³، وكذلك شراء بعض التجهيزات أو الأثاث واشتراط حملها. ورغم كونه لا يقتضيه العقد، ويترتب عليه اجتماع عقدين في عقد إلا أن المالكية أجازوه لحديث جابر السابق، ولأن المذهب لا يمنع من اجتماع عقدي البيع الإجارة⁴.

4. اشتراط المنع من تصرف خاص:

كمن يبيع دارا ويشترط على المشتري أن لا يبيعها من فلان، أو من نفر قليل⁵، وقد أجازوه المالكية لأنه لا ينافي المقصود من العقد منافاة تامة، حيث إنه لا يمنع المالك من التصرف في ملكه منعاً تاماً، وإنما يمنعه من التصرف منعاً جزئياً لإزالة الضرر وتحقيق مصلحة مقصودة لأحد المتعاقدين،

¹ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، رقم الحديث: 189/3، 2718.

² أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في المخابرة، رقم الحديث: 3405، 284/5. والترمذي في سننه، أبواب البيوع، باب ما جاء في النهي عن الثنيا، رقم الحديث: 1290، 577/3. قال الترمذي: حديث حسن صحيح غريب. والنسائي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب النهي عن الثنيا حتى تعلم، رقم الحديث: 6184، 67/6، تحقيق حسن عبد المنعم شلبي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1421هـ، 2001م. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب من باع ثم حائطه، واستثنى منه مكيلة مسماة فلا يجوز، لنهي عن الثنيا، ولما فيه من الغرر، رقم الحديث: 10720، 130/11. قال ابن المللق: "هذا الحديث صحيح رواه مسلم في «صحيحه» من حديث جابر بلفظ: «نهي عن بيع الثنيا» ورواه الترمذي والنسائي بزيادة حسنة، وهي: «إلا أن تعلم». قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. ورواه بهذه الزيادة أيضا ابن حبان في «صحيحه» ، وهذه الزيادة مبينة لرواية مسلم المتقدمة."؛ يُنظر: البدر المنير: ابن المللق، كتاب البيوع، باب ما يصح به البيع، 458/6.

³ المنتقى شرح الموطأ: الباجي، 212/4.

⁴ القوانين الفقهية: ابن جزى، ص438. بتصرف

⁵ تحرير الكلام في مسائل الالتزام: الخطاب، ص358. وشرح مختصر خليل: الخرشى، 80/5. ومنح الجليل: عlish، 52/5. وفتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك: مُجَدِّدُ بن أحمد عlish، 349/1، دون طبعة وبدون تاريخ، دار المعرفة. بتصرف

فقد يبيع رجل طابقاً من منزله الذي يتكون من ثلاثة طوابق ويشترط على المشتري أن لا يبيع ذلك الطابق لشخص ذي أخلاق فاسدة خوفاً من الضرر الذي سيلحقه حينما يصير جاره.

5. اشتراط إيقاع معنى من معاني البر يتشوف الشارع إليه:

وهو شرط لا يقتضيه العقد وينافي مقصوده كالبيع بشرط تنجيز العتق وقد أجازته المالكية لتشوف الشارع إلى الحرية، وألحق به شرط الهبة والصدقة والتحبيس¹.

الفرع الثاني: الشرط الباطل

• الشروط الباطلة التي تبطل العقد:

وهي الشروط التي تؤول إلى غرر أو جهالة أو فساد في الثمن أو في المثمن، أو تؤدي إلى الوقوع في الربا، أو تجر إلى حرام، وهذه الشروط يفسخ معها العقد على كل حال ولا خيار لأحد المتعاقدين في إمضائه، وترد السلعة إلى البائع إن كانت قائمة، أو قيمتها يوم القبض إن كانت فائتة، ويرد البائع الثمن على المشتري، ويمكن تقسيمها إلى ثلاثة أقسام:

1. الشرط الذي يؤول إلى الغرر أو الجهالة:

وهو على وجهين:

• الوجه الأول: شرط الخيار مدة مجهولة: فإذا اشترط أحد المتبايعين الخيار مدة غير معلومة

فإن البيع "يفسخ على كل حال، ولا يمضي إن رضي مشترط الخيار بترك الشرط، لأن رضاه بذلك ليس تركاً منه للشرط، وإنما هو مختار للبيع على الخيار الفاسد الذي اشترط"².

• الوجه الثاني: شرط تأجيل الثمن إلى أجل مجهول³.

¹ تحرير الكلام في مسائل الالتزام: الخطاب، ص 352-358. والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: الدردير، 66/3. وحاشية الصاوي على الشرح الصغير: 102/3.

² البيان والتحصيل: ابن رشد، 266/7. والمقدمات الممهدة: ابن رشد، 65/2، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام: الخطاب، ص 345. والتاج والإكليل: المواق، 242/6. وفتح العلي المالك: عيش، 344/1.

³ تحرير الكلام في مسائل الالتزام: الخطاب، ص 345.

2. الشرط الذي يفضي إلى حرام: كمن اشترى دارا على أن تكون مجمعا للفساق، أو محلا على أن يكون لبيع الخمر¹.

3. شرط الثنيا:

حمل أكثر فقهاء المالكية الثنيا² على أن يشترط البائع على المشتري أن له الحق في استرداد سلعته متى دفع ثمنها، وهذا الشرط باطل مبطل للعقد على المشهور³ لتردده بين السلفية والثنمية، فتارة يكون بيعا عند وجود السلعة بيد المشتري، وتارة ينقلب سلفا جر نفعا عندما يسترد البائع سلعته، ونضرب لذلك مثالا للتوضيح فإذا باع رجل لآخر سيارة بهذا الشرط فإن هذه المعاملة تعد بيعا ابتداء عندما يتسلم المشتري السيارة ويدفع ثمنها للبائع، وعندما يدفع البائع الثمن ويسترد السيارة بالشرط يصير ثمنها الأول سلفا جر نفعا لأن المشتري سينتفع بالسيارة في تلك المدة ويستعيد ماله، ويصير البيع صوريا، وهذا ربا، وهذه المعاملة أقرب إلى سلف جر نفعا من البيع.

قال ابن رشد الحفيد: "وأما من قال له البائع: متى جئتك بالثمن رددت علي المبيع فإنه لا يجوز عند مالك، لأنه يكون مترددا بين البيع والسلف؛ إن جاء بالثمن كان سلفا، وإن لم يجيء كان بيعا"⁴.

¹ شرح مختصر خليل مع حاشية العدوي: الخرشى، 22/7. والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: الدردير، 21/4.

² وعممها ابن رشد في المقدمات على جميع بيوع الشرط. قال ابن عرفة: عمم ابن رشد لفظ الثنيا في بيعات الشروط المنافية للبيع. قال في المقدمات: بيع الشروط المسماة عند الفقهاء بيع الثنيا كالبيع على أن لا يبيع ولا يهب، قال الشيخ - رحمه الله - - أي ابن عرفة - وخصه الأكثر بمعنى قولها في بيوع الآجال فمن ابتاع سلعة على أن البائع متى رد الثمن فالسلعة له قال فيها وأنه لا يجوز لأنه سلف جر نفعا. يُنظر: المقدمات الممهدة: ابن رشد، 63/2. والهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية (شرح حدود ابن عرفة): محمد بن قاسم الأنصاري الرصاع (ت894هـ)، ص257، الطبعة الأولى، المكتبة العلمية، 1350هـ.

³ التاج والإكليل: المواق، 450/6. ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن، المعروف بالخطاب الرعيني المالكي (ت954هـ)، 373/4، الطبعة الثالثة، دار الفكر، 1412هـ، 1992م. ومنح الجليل: عlish، 52/5. وفتح العلي المالک: عlish، 290/1-291.

⁴ بداية المجتهد: ابن رشد، 179/3.

وقال عlish: " ومن ابتاع سلعة على أن البائع متى رد اليمين فالسلعة له لم يجز؛ لأنه بيع وسلف. قال سحنون: بل سلف جر منفعة، قال أبو الحسن: معنى قوله في المدونة بيع وسلف، أنه تارة يكون بيعا وتارة يكون سلفا، لا أنه يكون حكم البيع والسلف في الفوات بل فيه القيمة ما بلغت إذا فاتت السلعة"¹.

وكذلك حملوها على أن يبيع رجل سلعة لآخر على أنه إن باعها فهو أحق بها بالثمن فإن هذا الشرط يبطل ويفسخ البيع، قال ابن رشد الجد: "وقد روي عن ابن القاسم أنه فرّق بين أن يبيع الرجل الرجل السلعة، على أن لا يبيع ولا يهب، وما أشبهه من الشروط؛ وبين أن يبيعه إياها على أنه إن باعها فهو أحق بها بالثمن، فجعل البيع في الذي باع على أنه أحق بها بالثمن إن باع بيعا فاسدا يفسخ على كل حال، وإن رضي البائع بترك الشرط بخلاف الذي يبيع على تلك الشروط"².

واستدل المالكية بما رواه مالك في الموطأ: (عن ابن شهاب أن عبيد الله بن عتبة بن مسعود أخبره: أن عبد الله بن مسعود ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية وشرطت عليه إنك إن بعتهما فهي لي بالثمن الذي تبيعها به. فسأل عبد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب، فقال عمر بن الخطاب: لا تقرها وفيها شرط لأحد)³.

¹ فتح العلي المالك: عlish، 291/1.

² البيان والتحصيل: ابن رشد، 266/7.

³ أخرجه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب ما يفعل في الوليدة إذا بيعت والشرط فيها، رقم الحديث: 2280، 890/4. والمتنقى شرح الموطأ: الباجي، 210/4.

• الشروط الباطلة التي تبطل العقد مادام صاحب الشرط متمسكا بشرطه:

حمل الملكية حديث النهي عن بيع وشرط¹ على كل شرط ينافي مقصود العقد منافاة تامة إلا العتق المعجل، أو الشرط الذي يخل بالثمن²، فإن وُجد في العقد بطل البيع والشرط معا، وإن حُذفا صح البيع³، وهو نوعان:

1. الشرط الذي ينافي مقصود العقد منافاة تامة:

وهو كل شرط لا يوجب غررا ولا فسادا في ثمن أو مضمون، وإنما يوجب تحجيرا على المشتري فيما اشترى، لأن العقد يقتضي إطلاق التصرف للمشتري وهذا الشرط يمنعه، وذلك كأن يبيع الرجل داره أو سيارته، ويشترط على المشتري ألا يبيع، ولا يهب، ولا يسكن، ولا يركب، فإن أسقط مشترط الشرط شرطه جاز⁴.

وأضيف إليه أيضا شرط البر الذي يتأجل مقصوده كما لو باع بشرط التدبير أو العتق المؤجل أو الكتابة فإن هذا الشرط يبطل ويبطل العقد ما لم يفت، لما فيه من الغرر والجهالة، ومن التحجير على المشتري، لأن البائع وضع من الثمن لأمر قد يكون وقد لا يكون، كما أنه ليس مما يتشوف الشارع إليه من العتق الناجز، وحكمه على المشهور أن البيع يفسخ مادام صاحب الشرط متمسكا بشرطه وإن ترك شرطه صح البيع⁵.

¹ سبق تخريجه، ص 125.

² مواهب الجليل: الخطاب، 373/4. وشرح مختصر خليل: الخرشي، 80/5. وفتح العلي المالك: عlish، 344/1. بتصرف

³ حاشية الصاوي على الشرح الصغير: 104/3.

⁴ المنتقى شرح الموطأ: الباجي، 212/4-213. وبداية المجتهد: ابن رشد، 179/3. والموافقات: الشاطبي، ص 571. والقوانين الفقهية: ابن جزي، ص 437. والتاج والإكليل: المواق، 242/6. وتحرير الكلام في مسائل الالتزام: الخطاب، ص 350. وفتح العلي المالك: عlish، 349/1.

⁵ المنتقى شرح الموطأ: الباجي، 212/4، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام: الخطاب، 356.

2. الشرط الذي يخل بالثمن:

كشرط بيع وسلف، لأن الثمن يصير بالسلف مجهولاً¹، فإن كان البائع هو المتسلف فإن المشتري قد انتفع بشراء السلعة بثمن أقل، وإن كان المشتري هو المتسلف فإن البائع قد انتفع ببيع سلعته بثمن عال²، والأصل في صحة البيع أن يكون الثمن معلوماً.

فالمشهور في مذهب مالك أن البيع بشرط السلف يُفسخ ما دام صاحب الشرط متمسكاً بشرطه، فإن رضي بترك الشرط جاز البيع³.

• الشروط الباطلة التي تبطل ويصح البيع:

هذا النوع من الشروط غير صحيح إلا أنه خفيف لا يقتضي تحجيماً على أحد المتعاقدين، ولم تقع له حصة من الثمن بزيادة أو نقصان⁴، وهو أربعة أنواع:

1. الشرط المخالف للنص:

كمن يبيع جارية ويشترط أن يكون الولاء له بعد العتق دون المشتري، لحديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: (جاءت بريرة فقالت: إني كاتبته أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعنيني. فقالت عائشة: إن أحب أهلك أن أعدها لهم عنك، عددها ويكون لي ولاؤك، فعلت. فذهبت بريرة إلى أهلها. فقالت لهم ذلك فأبوا عليها. فجاءت من عند أهلها ورسول الله ﷺ جالس. فقالت لعائشة: إني قد عرضت عليهم ذلك فأبوا علي إلا أن يكون الولاء لهم. فسمع ذلك رسول الله ﷺ فسألها.

¹ تحرير الكلام في مسائل الالتزام: الخطاب، ص345. وشرح مختصر خليل: الخرشي، 81/5. والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: الدردير، 66/3.

² الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: الدردير، 67/3.

³ البيان والتحصيل: ابن رشد، 265/7. وبداية المجتهد: ابن رشد، 180/3. والقوانين الفقهية: ابن جزي، ص438.

⁴ البيان والتحصيل: ابن رشد، 289/8. والمقدمات الممهدة: ابن رشد، 67/2. والقوانين الفقهية: ابن جزي، ص438. والتاج والإكليل: المواق، 451/6. وتحرير الكلام في مسائل الالتزام: الخطاب، ص365. وفتح العلي المالك: عlish، 352/1.

فأخبرته عائشة. فقال رسول الله ﷺ: «خذيها واشترطي لهم الولاء. فإنما الولاء لمن أعتق» ففعلت عائشة. ثم قام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه. ثم قال: «أما بعد فما 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»¹.

وهذا الحديث دليل على أن الشرط الباطل لا يؤثر في البيع ولا يفسده ولا يقدر فيه، وأن البيع صحيح.²

2. الشرط الذي يؤدي إلى إسقاط حق من حقوق العقد:

الشرط الذي يؤدي إلى إسقاط حق من حقوق العقد يُلغى ويصح البيع، لأنه شرط خفيف لا تأثير له في الثمن بزيادة أو نقصان³ كما لو باع سلعة واشترط أن لا عهدة عليه في عيب، أو استحقاق، فإن البيع يمضي والشرط يبطل⁴، أو من باع حقلا واشترط البراءة من الجائحة لقول النبي ﷺ: (لو بعت من أخيك ثمرا، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا. بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟)⁵، والوجه فيها أن الجائحة لو أسقطها بعد وجوب البيع لم يلزمه ذلك؛ لأنه أسقط حقا قبل وجوبه، فلما اشترط إسقاطها في عقد البيع لم يسقط ولا أثر ذلك عنده في صحته إذا رأى أن الشرط لم يقع له حصة من الثمن من أجل أن الجائحة أمر نادر والسلامة منها أغلب، فوجب أن

¹ أخرجه مالك في الموطأ، كتاب العتاقة والولاء، باب مصير الولاء لمن أعتق، رقم الحديث: 2893، 1134/5-1135. واللفظ له. والبخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل، رقم الحديث: 2168، 73/3. ومسلم في صحيحه، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، رقم الحديث: 1504، 1141/2.

² التمهيد لما في الموطأ من المعاني والمسانيد: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر (ت 463هـ)، 326/15، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري، دون طبعة، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387هـ.

³ المقدمات الممهدة: ابن رشد، 67/2. والبيان والتحصيل: ابن رشد، 70/7. والتاج والإكليل: المواق، 451/6. وفتح العلي المالك: عlish، 352/1.

⁴ تحرير الكلام في مسائل الالتزام: الخطاب، ص382. والتاج والإكليل: المواق، 450/6. وشرح مختصر خليل: الخرشي، 184/5. والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: الدردير، 175/3.

⁵ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، رقم الحديث: 1554، 1190/3.

يثبت البيع ويسقط الشرط¹، وكذلك من اشترى أرضاً وفيها زرع أخضر أو فيها ثمر لم يبد صلاحه واشترط أن الزكاة على البائع، فإن الزكاة عليه لحدوث سبب وجوبها عنده، ولما في ذلك من الغرر لعدم العلم بمقدار الزكاة².

3. الشرط الذي لا غرض فيه ولا مالية³:

كما لو اشترط المشتري في المبيع شرطاً لا فائدة فيه ولا تأثير له في الثمن بزيادة أو نقصان فإنه يلغى ويمضي البيع، كالذي يشتري دابة ويشترط على صاحبها أن تكون صالحة للحرث فوجد أنها صالحة للحمل والركوب.

4. شرط فسخ العقد إذا لم يُنقد الثمن خلال مدة محددة:

كما لو باعه شيئاً واشترط عليه إن لم يأتيه بالثمن إلى ثلاثة أيام أو نحوها فلا بيع بينهما⁴.

¹ البيان والتحصيل: ابن رشد، 12/ 150. والمقدمات الممهدات: ابن رشد، 2/ 67. والذخيرة: القرافي، 5/ 212. والتاج والإكليل: المواق، 6/ 451. وتحرير الكلام في مسائل الالتزام: الخطاب، ص 365، وشرح مختصر خليل: الخرشي، 5/ 184، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: الدردير، 3/ 175. وفتح العلي المالك: عيش، 1/ 353. بتصرف

² تحرير الكلام في مسائل الالتزام: الخطاب، ص 372-373. والتاج والإكليل: المواق، 6/ 450. وشرح مختصر خليل: الخرشي، 5/ 184. والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: الدردير، 3/ 174. بتصرف

وهناك رأي آخر في المذهب يرى أن البيع فاسد لأنه يؤدي لجهل الثمن إذ لا يدري ما يفضل له منه لو زكى؛ يُنظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: الدردير، 3/ 175.

³ تحرير الكلام في مسائل الالتزام: الخطاب، ص 381. والتاج والإكليل: المواق، 6/ 451. والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: الدردير، 3/ 176.

⁴ المقدمات الممهدات: ابن رشد، 2/ 67. والقوانين الفقهية: ابن جزي، ص 438. وتحرير الكلام في مسائل الالتزام: الخطاب، ص 365. والتاج والإكليل: المواق، 6/ 451. والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: الدردير، 3/ 175. وفتح العلي المالك: عيش، 1/ 352.

المطلب الثالث: أقسام الشروط عند الشافعية.

الفرع الأول: الشرط الصحيح:

ضابط الشرط الصحيح عند الشافعية أن يكون مما يجب بالعقد نفسه، أو مما ورد الشرع به تحقيقاً لمصلحة العقد، وللحاجة الملحة إليه، وهو ثلاثة أنواع:

1. الشرط الذي يقتضيه العقد:

كمن اشترى سلعة على شرط تسليمها، أو ردها بالعيب، أو الانتفاع بها، فإن هذا الشرط صحيح يُمضي ويصح العقد لأنه يثبت بمطلق العقد، فما اشترطه إلا زيادة بيان وتوكيد لما اقتضاه¹.

2. الشرط الذي يحقق مصلحة العقد:

وهذا الشرط رغم كونه مما لا يقتضيه العقد فإنه صحيح لتعلقه بمصلحة العقد وملاءمته لمقتضاه، كما أنه يتأيد بالشرع ويعلل بالحاجة إليه، وهو على ثلاثة أقسام:

¹ المهذب في فقه الإمام الشافعي: أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت 476 هـ)، 22/2، دار الكتب العلمية، بدون طبعة ولا تاريخ. والوسيط في المذهب: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (ت 505 هـ)، 73/3، تحقيق أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر، الطبعة الأولى، دار السلام، القاهرة، 1417 هـ. والعزیز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير: عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي (ت 623 هـ)، 115/4، تحقيق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1417 هـ/1997 م. والمجموع شرح المهذب: أبو زكرياء محيي الدين بن شرف النووي (ت 676 هـ)، 447/9، تحقيق محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، دون طبعة وبدون تاريخ. وروضة الطالبين وعمدة المفتين: أبو زكرياء محيي الدين بن شرف النووي (ت 676 هـ)، 405/3، تحقيق زهير الشاويش، الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، بيروت، 1412 هـ/1991 م. والغرر البهية في شرح البهجة الوردية، وحاشية الشرييني: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري (ت 926 هـ)، 427/2، المطبعة الميمنية، دون طبعة وبدون تاريخ. بتصرف

• ما يتعلق بالثمن: كشرط الرهن والكفيل والأجل¹ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَبَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَلسْ مَّفْبُوضَةً﴾²، وقوله تعالى: ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾³، وقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾⁴.

• ما يتعلق بالثمن: كاشتراط وصف محض منضبط قائم بمحل العقد وقت التعاقد، كما لو اشترى بقرة على أنها لبون لأن ذلك من "العلم بصفات المعقود عليه التي تختلف بها الأغراض، ولأنه التزم بوجود عند العقد، ولا يتوقف التزامه على إنشاء أمر مستقبل، فلا يدخل في النهي عن بيع وشرط، وإن سمي شرطا تجوزا فإن الشرط لا يكون إلا مستقبلا"⁵، بخلاف لو اشترط أنها تدر كل يوم كذا لبنا فإنه فاسد مفسد للعقد لأنه لا ينضبط⁶.

• ما يتعلق بهما: كشرط الخيار ثلاثة أيام فما دونه بشرط أن يكون معلوما وأن لا يزيد على الثلاثة⁷ لما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أن رجلا ذكر للنبي ﷺ أنه يخذع في

¹ المذهب: الشيرازي، 22/2. والوسيط في المذهب: الغزالي، 74/3. والعزیز شرح الوجيز: الرافعي، 115/4. والمجموع شرح المذهب: النووي، 447/9. وروضة الطالبين وعمدة المفتين: النووي، 405/3. والغرر البهية في شرح البهجة الوردية، وحاشية الشريبي: زكريا الأنصاري، 427/2.

² سورة البقرة، الآية: 282.

³ سورة يوسف، الآية: 72.

⁴ سورة البقرة، الآية: 281.

⁵ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (ت 1004هـ)، 460/3، دار الفكر، بيروت، 1404هـ/1984م. والوسيط في المذهب: الغزالي، 83/3. والعزیز شرح الوجيز: الرافعي، 115/4 — 116-118. والمجموع شرح المذهب: النووي، 447/9. والغرر البهية في شرح البهجة الوردية، وحاشية الشريبي: زكريا الأنصاري، 434/2.

⁶ الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، وحاشية الشريبي: زكريا الأنصاري، 434/2. والعزیز شرح الوجيز: الرافعي، 118/4.

⁷ الوسيط في المذهب: الغزالي، 74/3. والمذهب: الشيرازي، 22/2. والعزیز شرح الوجيز: الرافعي، 115/4. والمجموع شرح المذهب: النووي، 447/9. وروضة الطالبين وعمدة المفتين: النووي، 406/3. والغرر البهية في شرح البهجة الوردية، وحاشية الشريبي: زكريا الأنصاري، 427/2.

البيوع، فقال: (إذا بايعت فقل لا خلافة)¹، وفي رواية عن ابن عمر قال: سمعت رجلا من الأنصار وكانت بلسانه لوثة يشكو إلى رسول الله - ﷺ - أنه لا يزال يغبن في البيع، فقال له رسول الله - ﷺ - : (إذا بايعت فقل: لا خلافة. ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فاردد). قال ابن عمر: فلكأني الآن أسمعه إذا ابتاع يقول: لا خلافة. يلوث لسانه².

3. الشرط الذي يقتضي العتق:

فمن باع عبدا واشترط عتقه "فالصحيح المشهور الذي نص عليه الإمام الشافعي، وقطع به أصحابه أن الشرط صحيح يلزم الوفاء به"³ لحديث بريرة، فقد روى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت: (جاءت بريرة فقالت: إني كاتبته أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني. فقالت عائشة: إن أحب أهلك أن أعدها لهم عنك. عددها ويكون لي ولاؤك، فعلت. فذهبت بريرة إلى أهلها. فقالت لهم ذلك فأبوا عليها. فجاءت من عند أهلها ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس. فقالت لعائشة: إني قد عرضت عليهم ذلك فأبوا علي إلا أن يكون الولاء لهم. فسمع ذلك رسول الله ﷺ. فسألها. فأخبرته عائشة. فقال رسول الله ﷺ: «خذيها واشترطي لهم الولاء. فإنما الولاء لمن أعتق» ففعلت عائشة. ثم قام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه. ثم قال: «أما بعد فما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله؟ ما كان من شرط ليس في كتاب

¹ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع، رقم الحديث: 2117، 65/3، واللفظ له. ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب من يخدع في البيع، رقم الحديث: 1533، 1165/3.

² أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع، رقم الحديث: 2117، 65/3. ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب من يخدع في البيع، رقم الحديث: 1533، 1165/3. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب الدليل على أن لا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام، رقم الحديث: 10556، 39/11، واللفظ له.

³ المجموع شرح المذهب: النووي، 447/9-448. والمهذب: الشيرازي، 22/2. والوسيط في المذهب: الغزالي، 78/3. والعزير شرح الوجيز: الرافعي، 110/4. ونهاية المحتاج: الرملي، 456/3.

الله فهو باطل. وإن كان مائة شرط. قضاء الله أحق. وشرط الله أوثق. وإنما الولاء لمن أعتق¹.
ولتشوف الشارع إلى العتق، وعمل الخير. ويرى الرملي أن في البيع بشرط العتق "منفعة للمشتري في الدنيا بالولاء، وفي الآخرة بالثواب، وللبائع بالتسبب فيه"².

الفرع الثاني: الشرط الباطل

• الشرط الباطل الذي يبطل العقد:

ضابط الشرط الباطل المبطل للعقد عند الشافعية أن يكون منافيا لمقتضى العقد، "مقصودا لا يوجبه العقد، وليس من مصالحه، وليس له ما يتأيد به من جهة الشرع"³، ولا يتضمن معنى من معاني البر المعجل الذي يتشوف الشارع إليه.

1. الشرط الذي يؤدي إلى محذور: كما لو باع سيفاً بشرط قطع الطريق⁴، أو أقرض مالا بشرط أن يرده وزيادة.

2. الشرط المخالف للنص: كشرط الولاء لغير المعتق، لأنه شرط ليس من مقتضى العقد، ولا من مصلحته، فالمشهور في المذهب أن البيع باطل والشرط باطل⁵.

¹ سبق تخريجه، ص142.

² نهاية المحتاج: الرملي، 456/3.

³ الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، وحاشية الشربيني: زكريا الأنصاري، 427/2.

⁴ نهاية المحتاج: الرملي، 459/3.

⁵ البيان في مذهب الإمام الشافعي: أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني (ت 558هـ)، 132/5، تحقيق قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، 1421هـ/2000م. والجموع شرح المذهب: النووي، 450/9. والعزیز شرح الوجيز: الرافعي، 114-113/4. وروضة الطالبين وعمدة المفتين: النووي، 405/3. ونهاية المحتاج: الرملي، 458/3. بتصرف

3. الشرط الذي ينافي مقتضى العقد:

سواء أكانت المنافاة منافاة تامة بأن منعت منعاً كلياً من الانتفاع بمحل العقد، أو التصرف فيه كما لو باع داراً بشرط ألا يبيعها المشتري أو لا يسكنها، أو سيارة بشرط ألا يركبها¹، أو كما لو اشترى داراً بشرط أن يقفها أو ثوباً بشرط أن يتصدق به²، أو كانت منافاة جزئية بأن منعت منعاً جزئياً من الانتفاع بمحل العقد، أو التصرف فيه، كشرط استثناء منفعة المبيع مدة معلومة كيبيع الدابة واستثناء ركوبها أياماً يسيرة، أو بيع الدار واستثناء سكنها مدة³، أو شراء بعض التجهيزات أو الأثاث واشترط حملها. واستدل الشافعية بحديث النهي عن بيع وشرط الذي يقتضي منطوقه امتناع كل شرط في البيع، وعللوه بأن المراد من مفهومه أنه إذا اقترن شرط ببيع استمر بينهما رابط بعد العقد قد يورث تنازعا يفوت مقصود العقد المتمثل في استمرار التعامل، فحيثما انتفى هذا المعنى صح الشرط⁴، واستدلوا كذلك بحديث: (عبد الله بن مسعود أنه اشترى جارية من امرأته زينب الثقفية واشترطت عليه أنك إن بعته فهي لي بالثمن الذي تبيعها به. فسأل عبد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب. فقال عمر بن الخطاب: لا تقر بها وفيها شرط لأحد)⁵.

¹ المهذب: الشيرازي، 23/2. والعزیز شرح الوجیز: الرافعي، 115/3-116. والمجموع شرح المهذب: النووي، 451/9-452-453. وروضة الطالبين وعمدة المفتين: النووي، 406/3. بتصرف

² البيان في مذهب الإمام الشافعي: العمراني، 134/5. والمجموع شرح المهذب: النووي، 450/9. ومغني المحتاج: الشربيني، 46/2. ونهاية المحتاج: الرملي، 458/3-459.

³ المهذب: الشيرازي، 23/2. والعزیز شرح الوجیز: الرافعي، 118/4. والمجموع شرح المهذب: النووي، 451/9-454. وروضة الطالبين وعمدة المفتين: النووي، 408/3. بتصرف

⁴ الوسيط في المذهب: الغزالي، 73/3. و العزیز شرح الوجیز: الرافعي، 105/4. بتصرف

⁵ سبق تخريجه، ص 139.

4. اشتراط عمل في المعقود عليه أوفي غيره: كسواء ثوب بشرط خيطه أو لبسه¹، فالشرط باطل والبيع باطل لسببين:

- السبب الأول: لأنه شرط عمل فيما لم يملكه المشتري بعد.
 - السبب الثاني: لأنه من باب الصفقتين في صفقة لاجتماع عقد البيع مع عقد الإجارة².
5. شرط عقد في عقد: كما لو باع داره بشرط أن يبيعه المشتري داره أو يقرضه مالا³، واحتجوا بالآتي:

- أنه بيعتان في بيعه، وقد نهى النبي ﷺ (عن بيعتين في بيعة)⁴.
- أنه صفقتان في صفقة، وقد نهى النبي ﷺ (عن صفقتين في صفقة)⁵.
- وأنه بيع وسلف، وقد نهى النبي ﷺ (عن بيع وسلف)⁶.

¹ مغني المحتاج: الشربيني، 43/2. ونهاية المحتاج: الرملي، 451/3. والمهذب: الشيرازي، 23/2. والمجموع شرح المهذب: النووي، 451/9-452. بتصرف

² نهاية المحتاج: الرملي، 451/3. بتصرف

³ الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد الماوردي (ت 450هـ)، 341/5-351، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ/1999م. والعزیز شرح الوجيز: الرافعي، 105/4. ونهاية المحتاج: الرملي، 450/3. بتصرف

⁴ أخرجه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب النهي عن بيعتين في بيعة، رقم الحديث: 2448، 958/4. والترمذي في سننه، أبواب البيوع، كتاب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، رقم الحديث: 1231، 525/3، قال الترمذي: حديث حسن صحيح. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب النهي عن بيعتين في بيعة، رقم الحديث: 10982، 265/11-266. وقال ابن الملقن: حديث صحيح؛ يُنظر: البدر المنير: ابن الملقن، كتاب البيوع، باب البيوع المنهي عنها، 496/6.

⁵ أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف: كتاب البيوع والأفضية، باب الرجل يشتري من الرجل المبيع، فيقول: إن كان نسيئة فبكذا وإن كان نقدا فبكذا"، رقم الحديث: 20454، 307/4. وأحمد في مسنده، مسند عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه، رقم الحديث: 3783، 30/4.

⁶ سبق تخريجه، ص 131.

6. شرط البر الذي يتأجل مقصوده: كما لو باع عبدا بشرط تدييره أو مكاتبته أو إعتاقه بعد شهر فإن الشرط باطل مبطل للبيع لأنه لم يتحصل به ما يتشوف الشارع إليه من العتق الناجز¹.

7. شرط التزام ما ليس بلازم: كما لو باع بشرط أن يصلي النوافل، أو يصوم شهرا غير رمضان، أو يصلي الفرائض في أول أوقاتها، فالبيع باطل؛ لأنه ألزم ما ليس بلازم².

8. شرط عدم التسليم قبل استيفاء الثمن في البيع المؤجل³.

• الشرط الباطل الذي لا يبطل العقد: وهو شرط لا فائدة منه، ولا يؤدي إلى المنازعة. وهو نوع واحد:

1. شرط ما لا يتعلق به غرض يورث تنازعا:

كشرط ألا يأكل إلا الهريسة ولا يلبس إلا الخنز أو الكتان⁴.

¹ العزيز شرح الوجيز: الرافعي، 113/4. والمجموع شرح المذهب: النووي، 450/9، وروضة الطالبين وعمدة المفتين: النووي، 404/3-405. ونهاية المحتاج: الرملي، 458/3. ومغني المحتاج: الشربيني، 45/2-46.

² العزيز شرح الوجيز: الرافعي، 115/4. والمجموع شرح المذهب: النووي، 447/9. وروضة الطالبين وعمدة المفتين: النووي، 406/3.

³ العزيز شرح الوجيز: الرافعي، 209/8.

⁴ الوسيط في المذهب: الغزالي، 74/3. و العزيز شرح الوجيز: الرافعي، 115/4. والمجموع شرح المذهب: النووي، 447/9. وروضة الطالبين وعمدة المفتين: النووي، 406/3.

المطلب الرابع: أقسام الشروط عند الحنابلة

الفرع الأول: الشرط الصحيح: وينقسم إلى أربعة أقسام:

1. الشرط الذي يقتضيه العقد:

وهذا النوع كما سبقت الإشارة إليه يجب بنفس العقد دونما حاجة إلى ذكره، ولا تأثير له عليه، إذ وجوده في العقد كعدمه، وإنما يُشترط في العقد من باب زيادة تأكيد وبيان لما أوجبه مقتضاه كاشتراط التقابض في البيع، وحلول الثمن، وخيار الشرط¹.

2. الشرط الذي فيه مصلحة للعقد أو للمتعاقدين:

كاشتراط الأجل، أو الخيار، أو الرهن، أو الكفيل، أو الشهادة، أو اشتراط صفة مقصودة في المبيع ككون الدابة حلوبة، أما إذا اشترط أن تحلب قدرا معلوما فإنه لا يصح لأنه لا يمكن ضبطه فتعذر الوفاء به².

¹ الهداية على مذهب الإمام أحمد: محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوزاني (ت510هـ)، ص239، تحقيق عبد اللطيف هميم، وماهر ياسين الفحل، الطبعة الأولى، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، 1425هـ/2004م. والكافي في فقه الإمام أحمد: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (ت620)، 22/2، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1414هـ/1994م. والمغني: ابن قدامة، 323/6. والمقنع في فقه الإمام أحمد: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (ت620)، ص157، تحقيق محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، الطبعة الأولى، مكتبة السوادى للتوزيع، جدة، 1421هـ/2000م. والشرح الكبير على متن المقنع: شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت682 هـ)، 205/11، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو، الطبعة الأولى، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1415هـ/1995م. والمبدع في شرح المقنع: ابن مفلح، 50/4، والروض المربع: البهوتي، 220/2، وكشاف القناع: البهوتي، 1419/4. بتصرف

² الهداية: أبو الخطاب الكلوزاني، ص239. والكافي في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة، 22/2. والمغني: ابن قدامة، 323/6. والمقنع في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة، ص157. والشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 205/11-209. والمبدع في شرح المقنع: ابن مفلح، 50/4. والروض المربع: البهوتي، 220/2. وكشاف القناع: البهوتي، 1419/4-1420. بتصرف

فهذه الشروط وإن كان لا يقتضيها العقد إلا أنها شروط صحيحة يلزم الوفاء بها لحديث النبي ﷺ: (المسلمون عند شروطهم)¹، ولورود الشرع بها، ولأنها لا تنافي مقتضى العقد وإنما تلائم ما يوجبه، وتوثق ما يقتضيه وتؤكد، وتعود بالمصلحة على العقد والمشتراط، ولمشترط الصفة الخيار في الفسخ عند فقدها، أو أن ينقص مقدار هذه الصفة المفقودة من قيمة السلعة².

3. اشتراط أحد المتعاقدين نفعا معلوما في المبيع، وهو نوعان:

1. اشتراط نفع البائع في المبيع: وذلك بأن يشترط المشتري على البائع عملا في المعقود عليه؛ مثل أن يشتري ثوبا ويشترط خياطته، أو سلعة ويشترط حملها إلى موضع معلوم³.

واحتجوا على صحة هذا الشرط بما يلي:

• بأنه وإن كان مما لا يقتضيه العقد، ولا هو من مصلحته، فإنه لا ينافيه، وعدم المنافاة لا توجب البطلان⁴.

¹ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإجارة، باب أجر السمسرة، رقم الحديث: 2274، 92/3. وابن أبي شيبة في المصنف، كتاب البيوع والأقضية، باب من قال: المسلمون عند شروطهم، رقم الحديث: 22022، 450/4. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح، رقم الحديث: 4548، 530/14. قال ابن حجر: "وأما حديث المسلمون عند شروطهم فروي من حديث أبي هريرة وعمرو بن عوف وأنس بن مالك ورافع بن خديج وعبد الله بن عمر وغيرهم، وكلها فيها مقال، لكن حديث أبي هريرة أمثلها". يُنظر: تعليق التعليق على صحيح البخاري: ابن حجر العسقلاني (ت852هـ)، 281/3، تحقيق سعيد عبد الرحمن موسى القزقي، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي، بيروت، 1405هـ. وقال السخاوي: "وقد علقه البخاري جازما به، فقال في الإجارة: وقال النبي ﷺ المسلمون عند شروطهم، فهو صحيح على ما تقرر في علوم الحديث". يُنظر: المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة: مُجَدِّد بن عبد الرحمن بن مُجَدِّد السخاوي (ت902هـ)، ص607، تحقيق مُجَدِّد عثمان الخشت، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، 1405هـ/1985م.

² الشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 205/11-206. والمبدع في شرح المقنع: ابن مفلح، 51/4، والروض المربع: البهوتي، 220/2-221، بتصرف.

³ الهداية: أبو الخطاب الكلوزاني، ص239. والمغني: ابن قدامة، 165/6. والمقنع في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة، ص157. والشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 214/11. والمبدع في شرح المقنع: ابن مفلح، 53/4. والروض المربع: البهوتي، 222/2. وكشاف القناع: البهوتي، 1421/4. والكافي في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة، 23/2.

⁴ المغني: ابن قدامة، 323/6.

- بما رواه أحمد أن مُحمَّدًا بن مسلمة اشترى من نبطي حزمة حطب وشارطه على حملها¹.
- بأن غاية ما في هذا الشرط اجتماع البيع مع الإجارة " فقد باعه الثوب وأجره نفسه على خياطته، وكل واحد منهما يصح إفراده بالعقد فإذا جمعهما جاز"².
- 2. اشتراط البائع منفعة المبيع مدة معلومة: مثل أن يبيع دارا ويستثني سكانها شهرا، أو دابة ويشترط ظهرها إلى مكان³، وهذا الشرط ليس من مقتضى العقد، ولا من مصلحته، إلا أنه لا ينافي مقتضاه ومقصوده.
- واحتجوا على صحته بما يلي:
- حديث جابر رضي الله عنه: (أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، فمر النبي ﷺ فضربه، فدعا له فسار بسير ليس يسير مثله، ثم قال: بعنيه بوقية، قلت: لا، ثم قال: بعنيه بوقية، فبعته، فاستثنت حملانه إلى أهلي، فلما قدمنا أتيت به بالجمال ونقدي ثمنه، ثم انصرفت، فأرسل على إثري قال: ما كنت لأخذ جملك، فخذ جملك، ذلك فهو مالك»....، وقال مُحمَّد بن المنكدر، عن جابر: شرط ظهره إلى المدينة⁴.
- حديثه ﷺ: (أنه نهى عن الثنيا إلا أن تعلم)⁵، وهذه المنفعة المستثناة معلومة⁶.

¹ الكافي في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة، 23/2. والشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 220/11. والمبدع في شرح المقنع: ابن مفلح، 53/4. والروض المربع: البهوتي، 222/2. والمغني: ابن قدامة، 165/6.

² الكافي في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة، 23/2. والشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 221/11. والمبدع في شرح المقنع: ابن مفلح، 53/4. والروض المربع: البهوتي، 222/2. وكشاف القناع: البهوتي، 1422/4.

³ الهداية: أبو الخطاب الكلوزاني، ص 239. والمغني: ابن قدامة، 166/6. والمقنع في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة، ص 157. والشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 214/11. والمبدع في شرح المقنع: ابن مفلح، 53-52/4. والروض المربع: البهوتي، 221/2. وكشاف القناع: البهوتي، 1420/4-1421. والكافي في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة، 22/2.

⁴ سبق تخرجه، ص 136.

⁵ سبق تخرجه، ص 136.

⁶ المغني: ابن قدامة، 168/6. والشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 216/11. والمبدع في شرح المقنع: ابن مفلح، 53/4. وكشاف القناع: البهوتي، 1421/4.

- حديث أم سلمة أنها (أعتقته - أي سفينة¹ -، واشترطت عليه أن يخدم النبي صلى الله عليه وسلم ما عاش)²، واستثناء خدمة عبده في العتق كاستثنائها في البيع³.
- شراء عثمان من صهيب أرضا وشرط وقفها عليه، وعلى عقبه⁴.
- قياسا على ما لو باعه دارا مؤجرة، أو نخلا مؤبرة⁵.

¹ سفينة: مولى النبي ﷺ، وكان عبدا لأم سلمة زوج النبي ﷺ - فأعتقته، وشرطت عليه أن يخدم رسول الله ﷺ - حياته، يقال: اسمه مهران بن فروخ. قاله الواقدي. وقال محمد بن سعد: اسمه نجران. وقيل: اسمه رومان. وقيل: رباح، وقال ابن البرقي في "تاريخه": اسمه قيس، وقيل: اسمه شنبه بن مافنة، ويكنى أبا عبد الرحمن. روى عن: علي، وأم سلمة أيضا. وروى عنه: ابنه عمر، وسالم بن عبد الله، وسعيد بن جهمان، وأبو ربحانة عبد الله بن مطر، ومحمد بن المنكدر، وجماعة. وروى له عن رسول الله ﷺ - صلى الله عليه وسلم - أربعة عشر حديثا، روى له مسلم حديثا واحدا. روى عنه: أبو ربحانة عبد الله بن مطر، ومحمد بن المنكدر، وسعيد بن جهمان، وابنه عمر بن سفينة، والحسن. روى له: أبو داود، والترمذي، والنسائي، وابن ماجه. قال حماد: (أنبأنا) سعيد بن جهمان، عن سفينة قال: (كنا مع رسول الله ﷺ - في سفر وكان إذا أعياء بعض القوم ألقى علي سيفه، ألقى علي ترسه، حتى حملت من ذلك شيئا كثيرا، فقال النبي ﷺ - صلى الله عليه وسلم -: أنت سفينة)، قال الذهبي: عاش إلى بعد السبعين. يُنظر: الكمال في أسماء الرجال: أبو محمد عبد الغني بن عبد الواحد المقدسي (ت 600 هـ)، 277/1، تحقيق شادي بن محمد بن سالم آل نعمان، الطبعة الأولى، شركة غراس للدعاية والإعلان والنشر والتوزيع، الكويت، 1437هـ/2016م. وتذهيب تهذيب الكمال في أسماء الرجال: شمس الدين الذهبي (ت 748 هـ)، 86/4، تحقيق غنيم عباس غنيم ومجدي السيد أمين، الطبعة الأولى، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، 1425هـ/2004م. والإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني (ت 856 هـ)، 111/3، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلى محمد معوض، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ.

² أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، كتاب البيوع والأقضية، باب في الرجل يعتق العبد، ويشترط خدمته، رقم الحديث: 23094، 556/4. وابن ماجه في سننه: أبواب العتق، باب من أعتق عبدا واشترط خدمته، رقم الحديث: 2526، 567/3. والنسائي في السنن الكبرى، كتاب العتق، ذكر العتق على الشرط، رقم الحديث: 4977، 42/5. قال الألباني: حديث حسن. يُنظر: إرواء الغليل، الألباني، 175/6.

³ كشف القناع: البهوتي، 1421/4.

⁴ المبدع في شرح المقنع: ابن مفلح، 53/4. والروض المربع: البهوتي، 221/2.

⁵ المغني: ابن قدامة، 168/6. والشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 216/11. والمبدع في شرح المقنع: ابن مفلح، 53/4. وكشاف القناع: البهوتي، 1421/4.

3. شرط العتق: المشهور في المذهب أنه شرط صحيح لحديث بريرة، ولأنه مما بُني على التغليب والسرابة¹.

4. شرط حبس المبيع حتى استيفاء الثمن: كما لو شرط البائع فسخ العقد إذا لم ينقد المشتري الثمن خلال ثلاثة أيام أو مدة معلومة².

الفرع الثاني: الشرط الباطل

• الشرط الباطل الذي يبطل العقد:

1. اشتراط عقد في عقد: كما لو باع شيئاً بشرط أن يسلفه مالاً، أو بشرط أن يبيع له داره أو يؤجرها له، فإن المشهور في المذهب³ أن الشرط فاسد مفسد للبيع⁴ واحتجوا على فساد هذا الشرط بالآتي:

- أنه شرط عقد في آخر فلم يصح كنكاح الشغار⁵.
- وأنه بيعتان في بيعة⁶، وقد نهي النبي ﷺ (عن بيعتين في بيعة)⁷.

¹ المغني: ابن قدامة، 324/6. و الهداية: أبو الخطاب الكلوزاني، ص239. والكافي في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة، 23/2. والشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 232/11-233. والمبدع في شرح المقنع: ابن مفلح، 56/4-57. وكشاف القناع: البهوتي، 1424/4. وروي في المذهب خلافه لأنه شرط يناهز مقتضى العقد. يُنظر: الهداية: أبو الخطاب الكلوزاني، ص239. والكافي في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة، 23/2. والمغني: ابن قدامة، 324/6. والشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 232/11-233.

² الشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 254/11.

³ وروي في المذهب أن الشرط باطل والبيع صحيح والمشهور أن البيع باطل. يُنظر: الشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 230/11. والمقنع في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة، ص157. والمبدع في شرح المقنع: ابن مفلح، 55/4.

⁴ الكافي في فقه الإمام أحمد، لابن قدامة، 23/2. والمغني: ابن قدامة، 324-323/6. والمقنع في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة، ص157. والشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 230/11. والروض المربع: البهوتي، 223/2. وكشاف القناع: البهوتي، 1423/4. والمبدع في شرح المقنع: ابن مفلح، 55/4.

⁵ الشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 231/11. وكشاف القناع: البهوتي، 1423/4.

⁶ الكافي في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة، 23/2. والشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 230/11، والروض المربع: البهوتي، 223/2. وكشاف القناع: البهوتي، 1423/4.

⁷ سبق تخريجه، ص149.

• وأنه صفقتان في صفقة¹، وقد نهي النبي ﷺ (عن صفقتين في صفقة)²، وروي عن ابن مسعود أنه قال: (صفقتان في صفقة ربا)³.

• وأنه بيع وسلف، وقد نهي النبي ﷺ (عن بيع وسلف)⁴.

والنهي في هذه الأحاديث يقتضي فساد المنهي عنه. وتتجلى الحكمة فيه أنه إذا فسد الشرط وجب رد ما في مقابله من الثمن، وهو مجهول، فيصير الثمن مجهولاً⁵.

2. اشتراط شرطين في عقد:

مذهب أحمد أن البيع يبطل إذا اقترن به شرطان، ولا يبطل بالشرط الواحد⁶، لما ورد عنه صلى الله عليه وسلم: (لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا بيع ما ليس عندك)⁷، وقد اختلفوا في المراد بالشرطين في عقد على خمسة أقوال:

¹ الشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 230-231/11. وكشاف القناع: البهوتي، 1423/4.

² سبق تخريجه، ص 149.

³ أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، كتاب البيوع والأقضية، باب الرجل يشتري من الرجل المبيع فيقول: "إن كان بنسيئة فبكذا، وإن كان نقدا فبكذا"، رقم الحديث: 20454، 307/4. وابن حبان في صحيحه، باب ذكر الأمر بإسباغ الوضوء لمن أراد أداء فرضه، رقم الحديث: 1355، 296/2، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، 1433هـ/2012م. قال الألباني: صحيح، يُنظر: إرواء الغليل: الألباني (ت 1420هـ)، 148/5.

⁴ سبق تخريجه، ص 131.

⁵ الشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 231/11. والمبدع في شرح المقنع: ابن مفلح، 55/4. وكشاف القناع: البهوتي، 1423/4.

⁶ الكافي في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة، 23/2. والمغني: ابن قدامة، 322-321/6. الشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 227-226/11. والروض المربع: البهوتي، 222/2، وكشاف القناع: البهوتي، 1422/4.

⁷ أخرجه الترمذي في سننه، أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم الحديث: 1634، 527/3. والنسائي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع، رقم الحديث: 6160، 59/6. وأبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم الحديث: 3504، 364/5. وأحمد في مسنده، مسند المكثرين من الصحابة، مسند عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، رقم الحديث: 6671، 253/11. الحديث صحيحه الحاكم، وقال الترمذي: حسن صحيح، يُنظر: نصب الراية: الزيلعي، 18-17/4. والهداية في تخریج أحاديث البداية: أحمد بن الصديق الغماري، 232/7.

- **القول الأول:** الأشهر عن أحمد تفسيرهما بشرطين صحيحين ليسا من مصلحة العقد، ولا من مقتضاه، بأن يشتري حزمة حطب ويشترط على البائع حملها وتكسيورها، أو ثوب ويشترط خياطته وتفصيله، أما إذا كانا من مصلحته كالرهن والضمين (الكفيل)، أو من مقتضاه كالانتفاع وحلول الثمن، فإن اشتراط مثل ذلك لا يؤثر في العقد بلا خلاف بينهم¹.
- **القول الثاني:** الظاهر من كلام أحمد مطلق الخبر، سواء كانا صحيحين أو فاسدين².
- **القول الثالث:** أنهما شرطان فاسدان³، وضعفه صاحب التلخيص بحجة أن الشرط الفاسد يؤثر بانفراده، فلا حاجة إلى تعدده⁴.
- **القول الرابع:** معناهما أن يبيع رجل سلعة لآخر على أنه إن باعها فهو أحق بها بالثمن، فقد روى المروزي عن الإمام أحمد أنه قال في معنى حديث: (لا شرطان في بيع)⁵، يعني أنه فاسد، لأنه شرط أن يبيعه إياه، وأن يعطيه إياه بالثمن الأول، فهما شرطان في بيع تُهي عنهما، ولأنه ينافي مقتضى العقد؛ لأنه شرط أن لا يبيعه لغيره إذا أعطاه ثمنه، فهو كما لو شرط أن لا يبيعه إلا من فلان، أو أن لا يبيعه أصلاً، وروى عن الإمام أحمد إسماعيل بن سعيد أن: **البيع جائز**، لما روي عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود، أن عبد الله بن مسعود: (ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية. واشترطت عليه، أنك إن بعتها، فهي لي

¹ المغني: ابن قدامة، 322/6. والشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 227/11. والمبدع في شرح المقنع: ابن مفلح، 54/4. والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي (ت 885هـ)، 228-227/11، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، الطبعة الأولى، دار هجر للطباعة والتوزيع، القاهرة، 1415هـ/1995م. وكشاف القناع: البهوتي، 1422/4. بتصرف

² المغني: ابن قدامة، 322/6. والشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 228/11. والمبدع في شرح المقنع: ابن مفلح، 54/4. والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: المرداوي، 229/11.

³ المغني: ابن قدامة، 322/6. والشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 228/11. والمبدع في شرح المقنع: ابن مفلح، 54/4. والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: المرداوي، 228/11.

⁴ المبدع في شرح المقنع: ابن مفلح، 54/4. والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: المرداوي، 228/11.

⁵ سبق تخریجه، ص 156.

بالثمن الذي تبيعها به. فسأل عبد الله بن مسعود، عن ذلك عمر بن الخطاب. فقال عمر بن الخطاب: لا تقر بها وفيها شرط لأحد¹. قال إسماعيل: فذكرت لأحمد الحديث، فقال: البيع جائز، و" لا تقر بها"؛ لأنه كان فيها شرط واحد للمرأة، ولم يقل عمر في ذلك البيع: فاسد. فحمل الحديث على ظاهره، وأخذ به. وقد اتفق عمر وابن مسعود على صحته، والقياس يقتضي فساد².

ومن ثم نكون أمام روايتين إحداهما تصحح، والأخرى تبطل، وقد جمع ابن قدامة بين الروايتين وحمل الفساد الأول على الشرط، فصار البيع جائزا والشرط باطلا، قال ابن قدامة: "ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية المروزي على فساد الشرط؛ وفي رواية إسماعيل بن سعيد على جواز البيع، فيكون البيع صحيحا، والشرط فاسدا، كما لو اشتراها بشرط أن لا يبيعها. وقول أحمد: " لا تقر بها "، قد روي مثله في من اشترط في الأمة أن لا يبيعها ولا يهبها، أو شرط عليه ولاءها"³. أما شيخ الإسلام ابن تيمية فقد اختار صحة البيع والشرط⁴.

• **القول الخامس:** روى إسماعيل بن سعيد عن أحمد في الشرطين في البيع، أن يقول: إذا بعتهما فأنا أحق بها بالثمن، وأن تخدمني سنة⁵. وأيد هذا الرأي ابن قدامة في المغني بقوله: "وظاهر كلام أحمد أن الشرطين المنهي عنهما ما كان من هذا النحو"⁶.

3. **اشتراط ما ينافي مقصود العقد:** كما لو باع شيئا بشرط ألا يملكه المشتري، أو أن يشترط عليه فسخ البيع، فإن ذلك يفسد البيع، لأن إلغاء الملك إلغاء لمقصود العقد ومنافاة لموجبه الأصلي.

¹ سبق تخريجه، ص 139.

² المغني: ابن قدامة، 171/6. والشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 240/11.

³ المغني: ابن قدامة، 171/6. والشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 241/11.

⁴ مجموع الفتاوى: ابن تيمية، 75-74/29.

⁵ المغني: ابن قدامة، 322/6. والشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 228/11.

⁶ المغني: ابن قدامة، 169/4.

4. **اشتراط صفة محظورة:** كما لو اشترى جارية على أنها مغنية، أو كبشا على أنه نطاح، أو ديكا على أنه مناقر فإنه لا يصح لأنه منهي عنه في الشرع¹.

5. **شرط ما لا يمكن الوفاء به:** كما لو اشترى ديكا على أن يوقظه للصلاة، أو أنه يصيح عند دخول أوقات الصلاة، أو بهيمة على أن تحلب في كل يوم قدرا معلوما لأنه يتعذر الوفاء به².

• الشرط الباطل الذي لا يبطل العقد:

1. اشتراط ما ينافي مقتضى العقد لا مقصوده:

كما لو باع شيئا واشترط على المشتري ألا يتصرف فيه، أو ألا يبيعه، أو ألا يهبه، أو ألا يقفه، أو اشترط أن يبيعه أو يهبه أو يقفه، أو اشترط المشتري على البائع ألا يخسر في المبيع، فالمشهور في المذهب أن الشرط باطل في نفسه³ غير مؤثر في العقد لما فيه من التحجير على المالك في ملكه لحديث بريرة⁴ حين شرط أهلها الولاء، فأجاز الرسول ﷺ البيع وأبطل الشرط، وللمشتري الرجوع بما نقصه الشرط من قيمة الثمن إن كان بائعا، أو بما زاده من الثمن لأجل الشرط إن كان مشتريا⁵.

2. **شرط محظور:** كما لو باع شيئا واشترط رهنا فاسدا كالخمر، لأن الرهن وثيقة بالحق ليرجع إليه عند الاستيفاء إذا لم يمكن من غيره، وهو ممنوع من بيعه، فلا يمكن الاستيفاء منه⁶.

¹ الشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 212/11-213. والمبدع في شرح المقنع: ابن مفلح، 52/4. وكشاف القناع: البهوتي، 1420/4.

² الشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 213/11. والمبدع في شرح المقنع: ابن مفلح، 52/4. وكشاف القناع: البهوتي، 1420/4.

⁴ سبق تخريجه، ص142.

⁵ الهداية: أبو الخطاب الكلوزاني، ص239. والمغني: ابن قدامة، 325/6-326. والمقنع في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة، ص158. والشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن قدامة، 232/11-233. والمبدع في شرح المقنع: ابن مفلح، 55/4-

56. وكشاف القناع: البهوتي، 1423/4. والروض المربع: البهوتي، 223/2-224. بتصرف

⁶ المبدع في شرح المقنع: ابن مفلح، 57/4. والروض المربع: البهوتي، 321/1. وكشاف القناع: البهوتي، 1424/4. والروض المربع: البهوتي، 224/2.

3. شرط الخيار أو الأجل المجهولين¹.

المطلب الخامس: أقسام الشروط عند الظاهرية

الفرع الأول: الشرط الصحيح:

الشروط الصحيحة عند الظاهرية هي الشروط المنصوص على صحتها في القرآن الكريم، أو السنة النبوية، وعددها سبعة²:

1. اشتراط الرهن فيما تبايعاه إلى أجل مسمى، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَهَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَلٌ مَّفْبُوضَةٌ﴾³.

2. اشتراط تأخير الثمن إن كان دنائير أو دراهم إلى أجل مسمى، لقوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾⁴.

3. اشتراط أداء الثمن إلى الميسرة وإن لم يذكر أجلًا، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾⁵.

4. اشتراط صفات المبيع التي يتراضياها معا ويتبايعان ذلك الشيء على أنه بتلك الصفة، لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾⁶.

5. اشتراط أن (لا خلافة)⁷.

¹ المبدع في شرح المقنع: ابن مفلح، 57/4. وكشاف القناع: البهوتي، 1424/4. والروض المربع: البهوتي، 224/2.

² المحلى بالآثار: ابن حزم، 320-319/7.

³ سورة البقرة، الآية: 282.

⁴ سورة البقرة، الآية: 281.

⁵ سورة البقرة، الآية: 279.

⁶ سورة النساء، الآية: 29.

⁷ سبق تخريجه، ص 146.

6. اشتراط مشتري العبد، أو الأمة مالهما أو بعضه مسمى معيناً، أو جزءاً منسوباً مشاعاً في جميعه، سواء كان مالهما مجهولاً كله، أو معلوماً كله، أو معلوماً بعضه، مجهولاً بعضه، لما رواه عبد الله بن عمر عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: (من باع عبداً، وله مال، فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع)¹.

7. اشتراط مشتري ثمر النخل المؤبر لنفسه أو جزءاً معيناً منها أو مسمى مشاعاً في جميعها، لما رواه مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال: (من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع)².

الفرع الثاني: الشرط الباطل:

وهو كل شرط لم يرد في القرآن الكريم، ولا في سنة ثابتة، ولم ينعقد عليه إجماع، وهذا الشرط باطل مبطل للعقد إن قارن العقد، أي بأن تعاقد المتعاقدان عليه حال المعاقدة، أما إن حصل التعاقد على الشرط قبل عقد البيع أو بعد تمام البيع بالافتراق بالأبدان، أو بالتخيير، أو في أحد الوقتين - يعني قبل العقد أو بعده - ولم يذكره في حين عقد البيع، فالبيع صحيح تام، والشرط باطل لا يلزم³.

واحتج ابن حزم بحديث النبي ﷺ: (فما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق، وشرط الله

¹ أخرجه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب مال المملوك، رقم الحديث: 2264، 882/4، واللفظ له. والبخاري في صحيحه، كتاب الشرب والمساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل، رقم الحديث: 2379، 115/3. ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر، رقم الحديث: 1543، 1173/3.

² أخرجه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، ما جاء في ثمر المال يباع أصله، رقم الحديث: 2287، 892/4. والبخاري في صحيحه، كتاب الشوك، باب إذا باع نخلاً قد أبرت، رقم الحديث: 2716. ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر، رقم الحديث: 1543، 1172/3.

³ المحلى بالآثار: ابن حزم، 319/7. بتصرف

أوثق)¹. حيث قال معلقا: " فهذا الأثر كالشمس صحة وبياننا يرفع الإشكال كله. فلما كانت الشروط كلها باطلة² كان كل عقد من بيع أو غيره، عقد على شرط باطل باطلا ولا بد؛ لأنه عقد على أنه لا يصح إلا بصحة الشرط، والشرط لا صحة له، فلا صحة لما عقد بأن لا صحة له إلا بصحة ما لا يصح"³.

¹ سبق تخريجه، ص 142.

² ما عدا السبعة.

³ المحلى بالآثار: ابن حزم، 320/7.

المبحث الثاني: موقف الفقهاء من الشروط المقترنة بالعقد

بعد استعراض الشروط الصحيحة والباطلة عند المذاهب السابقة وذكر مستنداتهم وتعليقاتهم واستدلالاتهم نخلص إلى أهم ما اتفقوا عليه واختلفوا فيه في الشروط المقترنة بالعقود.

المطلب الأول: مقارنة بين المذاهب الأربعة في حكم الشروط المقترنة بالعقود

أولاً: اتفاقهم على منع الشرط الذي يتضمن أحد عناصر الفساد التالية: الربا، أو الغرر، أو الجهالة في الثمن أو المثلون، أو تحليل الحرام، أو تحريم الحلال، أو مخالفة الشرع.

ثانياً: اتفاقهم على جواز الشرط الذي يقتضيه العقد أصلاً لثبوته بمطلق العقد.

ثالثاً: تمسك الحنفية بمقتضى العقد فلا يجوز عندهم من الشروط إلا ما كان العقد يقتضيه، أما غيره مما لا يقتضيه العقد فالقياس يبطله، ويليه المذاهب الشافعية فلم يستثنوا من مقتضى العقد إلا ما دعت الحاجة إليه وما كان على وجه البر. أما المالكية والحنابلة فلا يكون الشرط فاسداً عندهم إلا إذا كان منافياً لمقتضى العقد، أو مناقضاً للشرع، والفرق شاسع بين ضابط الاقتضاء وضابط عدم المنافاة، أما الأول فيجعل الدائرة ضيقة جداً، وأما الآخر فيجعلها في غاية التوسع.

رابعاً: اتفاقهم على جواز الشرط الذي يلائم مقتضى العقد (يحقق مصلحة للعقد أو لأحد المتعاقدين) كالرهن والكفيل والخيار والأجل، إلا أن المالكية والشافعية والحنابلة أجازوه أصالة، والحنفية أجازوه استثناء على سبيل الاستحسان لمخالفته لمقتضى العقد.

خامساً: لم يجز الشافعية من الشروط التي تخالف مقتضى العقد إلا شرط العتق لوروده بالنص، ولأنه من أوجه البر التي يتشوف الشارع إليها مما جعل مذهبهم في الشروط يقترب من مذهب الظاهرية، ولعل السبب في ضيق باب الشروط عندهم راجع إلى عدم أخذهم بالاستحسان والمصلحة المرسلة وغيرها من الأصول التي تستحضر مقاصد النصوص ومعانيها عند الاستنباط.

سادسا: أخرج الحنفية من الشروط التي لا يقتضيها العقد الشرط الذي جرى به العرف فأتسعت دائرة الجواز عندهم لاتساع أصولهم، وعلى رأسها في هذا الباب الاستحسان، إلا أن تصحيح الحنفية للشرط الذي جرى به العرف سيثير إشكالين رئيسين:

الأول: يتمثل في جريان العرف في هذا العصر بما منعه الحنفية من الشروط من قبيل اشتراط أحد المتعاقدين منفعة معلومة في المعقود عليه لا يقتضيها العقد ولا تنافيه كما لو شرط استثناء منفعة المبيع مدة معلومة خاصة وأنهم قد ردوا على من استدل بحديث جابر بأن ذلك لم يكن بيعا وإنما تبرعا¹، وعللوا المنع بأن البيع يتضمن منفعة خالية عن العوض وهو ربا.

الآخر: انتظار جريان العرف بالشرط لتصحيحه.

سابعا: إن ضابط عدم المنافاة عند المالكية والحنابلة جعلهم أكثر المذاهب توسيعا لباب الشروط، بل ذهبوا إلى أبعد من ذلك حيث لم يمنعوا من الشروط إلا ما نافي مقتضى العقد منافاة تامة، أما إذا كانت المنافاة منافاة جزئية فإن الشرط صحيح يلزم الوفاء به.

ثامنا: عمدة الحنفية والمالكية والشافعية في حكم الشروط المقترنة بالعقود حديث النهي عن بيع وشرط²، إلا أن الحنفية والشافعية أخذوا به مطلقا، أما المالكية فحملوه على الشرط الذي ينافي مقتضى العقد، والشرط الذي يخل بالثمن، أما الحنابلة فلم يأخذوا بهذا الحديث، وجعلوا عمدتهم حديث النهي عن شرطين في بيع³، أما الشرط الواحد في العقد فلا بأس به.

¹ المبسوط: السرخسي، 14/13.

² سبق تخريجه، ص125.

³ سبق تخريجه، ص156.

المطلب الثاني: أسباب تباين مواقف الفقهاء من الشروط المقترنة بالعقد

الأصل في اختلاف الفقهاء في الشروط المقترنة بالعقود الأحاديث النبوية التالية:

1. حديث النهي عن بيع وشرط¹.
2. حديث جابر رضي الله عنه².
3. حديث بريرة³.
4. حديث النهي عن شرطين في بيع⁴.

أما حديث النهي عن بيع وشرط فإنه من المنطلقات الأساس عند الحنفية والمالكية والشافعية في حكم الشروط المقترنة بالعقود، إلا أن الحنفية والشافعية أخذوا به مطلقاً، قال السرخسي: "والصحيح ما استدل به أبو حنيفة فإنه حديث مشهور-النهي عن بيع وشرط-، ومطلق النهي يوجب فساد المنهي عنه"⁵، وقال الغزالي: "فاقتضى مطلقه امتناع كل شرط في البيع"⁶، وقال الشيرازي: "فإن شرط ما سوى ذلك من الشروط... بطل البيع؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه: (نهى عن بيع وشرط)"⁷، أما المالكية فمع احتجاجهم بهذا الحديث فإنهم حملوه على الشرط الذي ينافي بمقتضى العقد، والشرط الذي يخل بالثمن، قال الخطاب بعد ذكره للحديث: "وحمله أهل المذهب على وجهين: أحدهما: الشرط الذي يناقض مقتضى العقد، والثاني: الشرط الذي يعود بخلل في الثمن"⁸،

¹ سبق تخريجه، ص125.

² سبق تخريجه، ص136.

³ سبق تخريجه، ص142.

⁴ سبق تخريجه، ص156.

⁵ المبسوط: السرخسي، 13/13-14.

⁶ الوسيط في المذهب: الغزالي، 3/73.

⁷ المذهب: الشيرازي، 2/23.

⁸ مواهب الجليل: الخطاب، 4/373.

أما الحنابلة فلم يحتجوا بهذا الحديث، وجعلوا عمدتهم في الباب حديث النهي عن شرطين في بيع، قال ابن قدامة: "ولم يصح أن النبي ﷺ نهي عن بيع وشرط"¹.

أما حديث جابر فقد اختلفوا في تأويله لاختلاف ألفاظه، فمرة روي بلفظ الاستثناء والاشتراط، ومرة بلفظ التبرع والإعارة، "واختلاف اللفظ يوجب اختلاف المعاني عند الفقهاء"²، روى البخاري في صحيحه الحديث بطرق مختلفة فقال:

حدثنا أبو نعيم، حدثنا زكرياء، قال: سمعت عامرا، يقول: حدثني جابر رضي الله عنه: أنه كان يسير على جمل له قد أعيأ، فمر النبي ﷺ، فضربه فدعا له، فسار بسير ليس يسير مثله، ثم قال: «بعنيه بوقية»، قلت: لا، ثم قال: «بعنيه بوقية»، فبعته، فاستثيت حملانه إلى أهلي، فلما قدمنا أتيت به بالجمل ونقدي ثمنه، ثم انصرفت، فأرسل على إثري، قال: «ما كنت لأخذ جملك، فخذ جملك ذلك، فهو مالك»، قال شعبة: عن مغيرة، عن عامر، عن جابر: أفقرني رسول الله ﷺ ظهره إلى المدينة، وقال إسحاق: عن جرير، عن مغيرة: فبعته على أن لي فقار ظهره، حتى أبلغ المدينة، وقال عطاء، وغيره: «لك ظهره إلى المدينة» وقال محمد بن المنكدر، عن جابر: شرط ظهره إلى المدينة، وقال زيد بن أسلم: عن جابر: ولك ظهره حتى ترجع، وقال أبو الزبير: عن جابر: أفقرناك ظهره إلى المدينة³.

غلب البخاري في هذا الحديث رواية الاشتراط، ويظهر ذلك من خلال عنوان الباب، وتعليقه على الحديث، فقد جعل الحديث تحت باب: "إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى

¹ المغني: ابن قدامة، 165/6-166.

² شرح صحيح البخاري: ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (ت 449هـ)، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، 110/8، تحقيق أبو تميم ياسر بن إبراهيم، الطبعة الثانية، مكتبة الرشد، الرياض، 1423هـ/2003م.

³ سبق تخريجه، ص 136.

جاز"¹، قال الحافظ ابن حجر: " هكذا جزم بهذا الحكم لصحة دليله عنده وهو مما اختلف فيه وفيما يشبهه كاشتراط سكنى الدار"².

وعلق البخاري على اختلاف ألفاظ الروايات بقوله: "الاشتراط أكثر وأصح عندي"³، أي "أكثر طرقا وأصح مخرجا"⁴.

ووقف ابن حجر على هذا الحديث بالشرح والتفصيل، وأشار إلى أن الرواة اختلفوا عن جابر في هذه الواقعة: هل وقع الشرط في العقد عند البيع، أو كان ركوبه للجمل بعد بيعه إباحة من النبي صلى الله عليه وسلم بعد شرائه على طريق العارية؟.

ثم قال: "وأصرح ما وقع في ذلك رواية النسائي المذكورة لكن اختلف فيها حماد بن زيد وسفيان بن عيينة، وحماد أعرف بحديث أيوب من سفيان، والحاصل أن الذين ذكروه بصيغة الاشتراط أكثر عددا من الذين خالفوهم، وهذا وجه من وجوه الترجيح فيكون أصح.

¹ يُنظر: صحيح البخاري: كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، رقم الحديث: 2718، 189/3-190. وصحيح مسلم: كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه، رقم الحديث: 1599، 1221/3، وسنن أبي داود: كتاب البيوع، باب في شرط في بيع، رقم الحديث: 3505، 366/5. والسنن الكبرى: النسائي، كتاب البيوع، باب البيع يكون فيه الشرط، فيصح البيع والشرط، رقم الحديث: 6188، 69/6. ومستخرج أبي عوانة: أبو عوانة يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم النيسابوري الإسفراييني (ت 316هـ)، كتاب البيوع، باب إجازة البيع المنعقد بشرط جائز، وإجازة الشرط فيه، مثل الرجل يبيع البعير ويشترط له ظهره إلى مكان مسمى، والدليل على من اشترط شرطا جائزا في بيع جائز فالبيع والشرط معا جائزان مثل أن يبيع الرجل السلعة، ويستثنى منه شيئا معلوما، رقم الحديث: 4835، 246/3، تحقيق أيمن بن عارف الدمشقي، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، 1419هـ/1998م. والسنن الكبرى: البيهقي، كتاب البيوع، باب من باع حيوانا، أو غيره واستثنى منافعه مدة، رقم الحديث: 10935، 240/11.

² فتح الباري: ابن حجر العسقلاني، 314/5.

³ صحيح البخاري: كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، رقم الحديث: 2718، 189/3-190.

⁴ فتح الباري: ابن حجر العسقلاني، 318/5.

ويترجح أيضا بأن الذين روه بصيغة الاشتراط معهم زيادة وهم حفاظ فتكون حجة، وليست رواية من لم يذكر الاشتراط منافية لرواية من ذكره، لأن قوله: لك ظهره، وأفقرناك ظهره، وتبلغ عليه، لا يمنع وقوع الاشتراط قبل ذلك"¹.

ثم قال: "وما جنح إليه المصنف من ترجيح رواية الاشتراط هو الجاري على طريقة المحققين من أهل الحديث لأنهم لا يتوقفون عن تصحيح المتن إذا وقع فيه الاختلاف إلا إذا تكافأت الروايات، وهو شرط الاضطراب الذي يرد به الخبر، وهو مفقود هنا مع إمكان الترجيح"².

ووافق البخاري أغلب المحدثين، ويتجلى ذلك من خلال عناوين أبوابهم: فقد روى مسلم حديث جابر تحت باب: "بيع البعير واستثناء ركوبه"، وأبو داود تحت باب: "باب في شرط في بيع"، والترمذي تحت باب: "ما جاء في اشتراط ظهر الدابة عند البيع"، والنسائي تحت باب: "البيع يكون فيه الشرط، فيصح البيع والشرط"، وأبو عوانة تحت باب: "باب إجازة البيع المنعقد بشرط جائز، وإجازة الشرط فيه، مثل الرجل يبيع البعير ويشترط له ظهره إلى مكان مسمى، والدليل على من اشترط شرطا جائزا في بيع جائز فالبيع والشرط معا جائزان مثل أن يبيع الرجل السلعة، ويستثنى منه شيئا معلوما".

ومما يدل على رجحان رواية الاشتراط ما "روي عن عثمان أنه باع دارًا واشترط لنفسه سكنها مدة معلومة، وعثمان إمام فعل ذلك بين الصحابة، فلم ينكره أحد"³. قال ابن المنذر: وحديث جابر يستغنى به عن كل قول، وإنما نهي أن يستثنى مجهولا من معلوم، فأما إذا علم المستثنى فذلك جائز⁴، في إشارة إلى حديثه ﷺ: (أنه نهي عن الشئ إلا أن تعلم)⁵، ومن ثم فلا وجه للاحتجاج

¹ فتح الباري: ابن حجر العسقلاني، 318/5.

² المصدر نفسه: 318/5.

³ شرح صحيح البخاري: ابن بطال، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، 111/8.

⁴ الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف: أبو بكر بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت318هـ)، 558/5، تحقيق حامد عبد

الله المحلاوي التميمي، دار الكتب العلمية، دون طبعة وبدون تاريخ.

⁵ سبق تخريجه، ص136.

بحديث النهي عن بيع الثنيا لأنه مقيد بقوله: " إلا أن تعلم"، فلا وجود للتعارض بينه وبين حديث جابر، وكذلك لا وجه للاحتجاج بحديث النهي عن بيع وشرط، فإنه حديث عام مخصوص بحديث جابر، والجمع أولى من الترجيح عند التعارض.

فرجح المالكية والحنابلة لفظ الاشتراط، وذهبوا إلى أنه يجوز أن يشترط تأجيل تسليم العين للانتفاع بها إلى المدة التي يحددها المتعاقدان، إلا أن المالكية اشترطوا أن تكون المدة معقولة، لأنها من الغرر اليسير المتسامح فيه¹، في حين اشترط الحنابلة أن تكون معلومة ولو طالت²، ورجح الحنفية والشافعية لفظ الإعارة، قال السرخسي من الحنفية: "ذلك لم يكن شرطا في البيع على أن ما جرى بينهما لم يكن بيعا حقيقة، وإنما كان ذلك من حسن العشرة والصحبة في السفر"³، أما الشافعية فقد أجابوا عن حديث جابر من وجهين:

- أنه لم يكن بيعا مقصودا، وإنما أراد النبي ﷺ بـه والإحسان إليه بالثمن على وجه لا يستحيي من أخذه، وفي طرق الحديث دلالة على هذا.
- أن الشرط لم يكن في نفس العقد، ولأنها قضية عين يتطرق إليها احتمالات، ولا عموم لها فلا دلالة فيها، مع أن الحديث فيه اضطراب⁴.

أما حديث بريرة فقد رواه مالك في الموطأ عن هشام بن عروة، عن أبيه عروة بن الزبير، عن خالته عائشة أم المؤمنين⁵، ورواه أيضا عن نافع عن عبد الله بن عمر⁶، وهو متفق على صحته.

¹ بداية المجتهد: ابن رشد، 79/3. بتصرف

² المغني: ابن قدامة، 166/6-167.

³ المبسوط: السرخسي، 14/13.

⁴ المجموع شرح المذهب: النووي، 465/9.

⁵ سبق تخريجه، ص142.

⁶ أخرجه مالك في الموطأ، كتاب العتاقة والولاء، مصير الولاء لمن أعتق، رقم الحديث : 2894، 135/5.

وفي هذا الحديث دليل على جواز البيع بشرط العتق، وهو ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة، إلا الحنفية في المشهور عنهم، وفي رواية عن أبي حنيفة أنه أجازها، قال الكاساني: "لو باعها بشرط أن يعتقها المشتري فالبيع فاسد في ظاهر الرواية عن أصحابنا، وروى الحسن عن أبي حنيفة - رضي الله عنهما - أنه جائز"¹، ولم يخص الحنفية بحديث بريرة حديث النهي عن بيع وشرط "بناء على أصلهم أن العام يعارض الخاص، ويطلب منه أسباب الترجيح، والمرجح هنا العام، وهو النهي عن بيع وشرط لكونه مانعاً، وحديث بريرة مبيح فيحمل على ما قبل النهي"².

وفي الحديث دليل أيضاً على "أن الشرط الفاسد في البيع لا يفسد البيع، ولكنه يسقط ويبطل الشرط ويصح البيع"³.

وألحق المالكية بالعتق الوقف والهبة والصدقة وكل ما فيه معنى من معاني البر الناجز لدلالة الحديث عليه، ووقف الشافعية عند البيع بشرط العتق، قال النووي: "ولو اشترى ... داراً بشرط أن يجعلها وقفاً، فالأصح أن البيع باطل...، وقيل: إنه كشرط الإعتاق"⁴، وقال الرملي: "لو اشترى داراً بشرط أن يقفها أو ثوبا بشرط أن يتصدق به لم يصح البيع؛ لأن ذلك ليس في معنى ما ورد به الشرع"⁵، غير أن عدم إلحاق ما كان فيه معنى من معاني البر بالعتق فيه نظر، وقد يكون غير العتق أولى منه كالوقف مثلاً⁶، ويؤيد ما ذهب إليه المالكية ما رُوي في الأثر عن عثمان - رضي الله عنه - أنه اشترى من صهيب - رضي الله عنه - أرضاً واشترط عليه صهيب وقفها⁷.

¹ بدائع الصنائع: الكاساني، 170-169/5.

² البحر الرائق: ابن نجيم، 140-139/6.

³ الاستذكار: ابن عبد البر، 356/7.

⁴ روضة الطالبين وعمدة المفتين: النووي، 405/3.

⁵ نهاية المحتاج: الرملي، 459-458/3.

⁶ للمزيد من التفاصيل يُنظر: مجموع الفتاوى: ابن تيمية، 176/29 وما بعدها.

⁷ أورده ابن تيمية في مجموع الفتاوى؛ حيث قال: رواه عمر بن شبة في أخبار عثمان، كما نقله شيخ الإسلام، 137/29.

• المقصود بشرطين في بيع:

اختلف الفقهاء في المراد بالشروطين في بيع، والأشهر عن أحمد تفسيرهما بشرطين صحيحين ليسا من مصلحة العقد، ولا من مقتضاه؛ كأن يشتري الرجل حزمة حطب ويشترط على البائع حملها وتكسيورها، أو ثوب ويشترط خياطته وتفصيله، ورُدَّ هذا القول لأنه ضعيف؛ وذلك أنه "لا فرق في مثل هذا بين شرط واحد وبين شرطين أو شروط ذات عدد في مذاهب أكثر العلماء لأن العلة في ذلك كله واحدة"¹، قال ابن القيم مستبعدا هذا التفسير: "أن يشترط حمل الحطب وتكسيوره، وخياطة الثوب وقصارته، ونحو ذلك فبعيد، فإن اشتراط منفعة البائع في البيع إن كان فاسدا فسد الشرط والشرطان، وإن كان صحيحا فأى فرق بين منفعة أو منفعتين أو منافع؟ لا سيما والمصححون لهذا الشرط قالوا: هو عقد قد جمع بيعا وإجارة وهما معلومان لم يتضمنا غررا فكانا صحيحين"².

والراجع تفسير النهي عن "شروطين في بيع" بالنهي عن بيعتين في بيعة³، كما لو قال الرجل للرجل: "بعتك هذه السلعة بألف درهم حالا، أو مؤجلة بألفين"، أو يقول: "أبيعك هذه السلعة إلى شهر بكذا أو إلى شهرين بكذا"، قال الخطابي: عن شرطين في بيع: "وأما قوله - ﷺ - ولا شرطان

¹ معالم السنن: الخطابي، كتاب البيوع، ومن باب شرط في بيع، 141/3. وشرح السنة: البغوي، كتاب البيوع، باب النهي عن بيعتين في بيعة وعن سلف في بيع، 146/8.

² تهذيب سنن أبي داود: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (ت 751هـ)، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم الحديث: 3361، 516/2، تحقيق علي بن محمد العمران وآخرون، الطبعة الثانية، دار عطاءات العلم، 1440هـ/2019م.

³ الاستذكار: ابن عبد البر، كتاب البيوع، باب في الوليدة إذا بيعت والشرط فيها، 298/6. والمنتهى شرح الموطأ: الباجي، كتاب البيوع، باب النهي عن بيعتين في بيعة، 40/5. والبنية شرح الهداية: بدر الدين العيني، 185/8. والمبسوط: السرخسي، 8/13. وبدائع الصنائع: الكاساني، 158/5. والسنن الكبرى: النسائي، كتاب البيوع، باب شرطان في بيع، وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة إلى شهر بكذا، وإلى شهرين بكذا، رقم الحديث: 6180، 66/6. وشرح معاني الآثار: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي المعروف بالطحاوي (ت 321هـ)، كتاب البيوع، باب البيع يشترط فيه شرط ما ليس منه، رقم الحديث: 5661، 47/4، تحقيق محمد زهري النجار ومحمد سيد جاد الحق، دون طبعة، عالم الكتب، 1414هـ/1994م.

في بيع فإنه بمنزلة بيعتين، وهو أن يقول بعثك هذا الثوب نقداً بدينار ونسيئة بدينارين فهذا بيع واحد تضمن شرطين يختلف المقصود منه باختلافهما وهو الثمن، ويدخله الغرر والجهالة¹.

وذهب ابن القيم الحنبلي إلى أن المراد "بالشرطين في بيع": البيعتان في بيعة أو الصفقتان في صفقة، قال رحمه الله بعدما ضعف جميع أقوال المذهب: " فالأولى تفسير كلام النبي بعضه ببعض، فنفس كلامه بكلامه، فنقول: نظير هذا نهي عن صفقتين في صفقة، وعن بيعتين في بيعة"²، لكنه استبعد تفسير البيعتين في بيعة بأن يقول: "أبيعك عشرة نقداً أو بعشرين ونسيئة"، ورجح أن المقصود بهما بيع العينة، كأن يقول: " خذ هذه السلعة عشرة نقداً وآخذها منك بعشرين نسيئة"³، والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

وجماع القول: إن الفقهاء اختلفوا في موقفهم من الشروط المقترنة بالعقود تضيقاً وتوسيعاً، وسبب الخلاف بينهم راجع إلى اختلافهم في الأحاديث السابقة تصحيحاً أو تأويلاً أو فهماً أو ترجيحاً أو تعليلاً. وبعد استقرار هذه الأحاديث والوقوف عندها بالدراسة والتحقيق، واستعراض مجمل تقسيمات الشروط الصحيحة والفاصلة، وذكر المقومات والضوابط التي استند إليها كل مذهب، يمكن أن نخلص إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: ويمثله المالكية والحنابلة، وهذا الاتجاه يذهب إلى القول بأن الأصل في الشروط **الصحة** إلا ما عارض نصاً شرعياً أو نافي مقتضى العقد منافاة تامة تعود على مقصود العقد بالتعطيل والنقض.

فالحنابلة لم يحتجوا بحديث النهي عن بيع وشرط لأنه لم يصح عندهم، واحتجوا بحديث جابر في إباحة شرط في بيع، وحديث النهي عن شرطين في بيع الذي يدل بمفهومه على جواز الشرط الواحد،

¹ معالم السنن: الخطابي، كتاب البيوع، ومن باب شرط في بيع، 141/3.

² تهذيب سنن أبي داود: ابن قيم الجوزية، 518/2.

³ المصدر نفسه، 518/2.

مما جعل المجال عندهم ينفسح أمام الشروط الصحيحة، فصار الأصل عندهم في الشروط الصحة إلا شرطاً نافي مقتضى العقد منافية تامة، أو خالف الشرع.

أما الإمام مالك فقد نظر في الأحاديث السابقة جميعها، واستحضر كلا منها في محله، فاحتج بحديث النهي عن بيع وشرط، وحمله على الشرط الذي ينافي مقتضى العقد أو الذي يخل بالثمن، وخصص عموميه بحديث جابر، مما جعل مذهبه يوازي مذهب الحنابلة في أغلب فروعها في باب الشروط في البيع، ويتسع عنه في بعضها، ويضيق عنه في بعضها، "ويرى أصحاب مالك أن مذهبه أولى المذاهب، إذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها، والجمع عندهم أحسن من الترجيح"¹.

الاتجاه الثاني: ويمثله الظاهرية والشافعية والحنفية، وهذا الاتجاه يذهب إلى القول بأن الأصل في الشروط الحظر إلا ما دل الدليل على صحته. لكنهم ليسوا على مرتبة واحدة، فالظاهرية وهم أضيق المذاهب في الشروط على الإطلاق لا يصححون عقداً ولا شرطاً إلا إذا ثبت جوازه بنص أو إجماع، وإذا لم يثبت جوازه بنص أو إجماع أبطلوه واستصحبوا الحكم الأصلي الذي قبله وهو البطلان.

ويلي الظاهرية في المرتبة الشافعية والحنفية، وهم كذلك ليسوا على مرتبة واحدة؛ أما الشافعية فقد تمسكوا بنظرية مقتضى العقد، واحتجوا بحديث النهي عن بيع وشرط، وحملوه على عموميه، ورجحوا رواية التبرع في حديث جابر على رواية الاشتراط، وما صححوه من الشروط فقد ذكروه على سبيل الاستثناء من الأصل مما يدل على أن الأصل عندهم في الشروط الحظر، قال الغزالي معلقاً على حديث النهي عن بيع وشرط: "فاقتضى مطلقه امتناع كل شرط في البيع... ويستثنى من هذا الأصل حال الإطلاق ستة شروط"².

¹ بداية المجتهد: ابن رشد، 3/179-180.

² الوسيط في المذهب: الغزالي، 3/73.

أما حديث: (المسلمون على شروطهم)¹، فقد أجابوا عنه بأنه عام مخصوص والمراد به الشروط الجائزة.

أما الحنفية فإنهم أكثر المذاهب تمسكا بنظرية "مقتضى العقد"، لكن دائرتهم في الشروط أوسع من دائرة الشافعية لاتساع الأدلة التي استندوا إليها وعلى رأسها الاستحسان، إذ مع تمسكهم بنظرية مقتضى العقد، واحتجاجهم بمطلق حديث النهي عن بيع وشرط؛ حيث لم يصححوا من الشروط بالأصل إلا ما اقتضاه العقد لثبوته بدون شرط، غير أنهم وجدوا أن هناك شروطا أخرى صححها الشرع وإن لم يقتضها العقد كالرهن والكفيل والأجل والخيار، ومن خلال تحليلهم لهذه الشروط تبين أنها مما يقتضيها العقد معنى لا صورة لأنها مؤكدة لموجبه، ملائمة لمقتضاه، وزيادتها في العقد زيادة صورية لا حقيقية مؤثرة في العقد، فصح جوازها على سبيل الاستحسان، أما على مقتضى القياس فإنها لا تجوز لما فيها من زيادة منفعة لا يقتضيها العقد فتكون عقدا في عقد.

¹ أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب في الصلح، رقم الحديث: 3593، 446/5. والترمذي في سننه، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، رقم الحديث: 1352، 626/3؛ بلفظ: (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا، أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا، أو أحل حراما). قال الترمذي: حديث حسن صحيح. والحاكم في المستدرک، كتاب البيوع، رقم الحديث: 2309، 57/2. وسكت عنه؛ وقال الذهبي في التلخيص بhamش المستدرک: "لم يصححه، وكثير ضعفه النسائي ومشاه غيره". والبيهقي في السنن الصغير، كتاب البيوع، باب الشركة، رقم الحديث: 2106، 307/2، تحقيق عبد المعطي أمين قلعي، الطبعة الأولى، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان، 1410هـ/1989م. قال ابن تيمية: "وهذه الأسانيد - وإن كان الواحد منها ضعيفا - فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضا"؛ يُنظر: مجموع الفتاوى: ابن تيمية، 147/29. وقال الشوكاني: "الحديث أخرجه أيضا الحاكم وابن حبان، وفي إسناده كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه وهو ضعيف جدا، قال فيه الشافعي وأبو داود: هو ركن من أركان الكذب. وقال النسائي: ليس بثقة. وقال ابن حبان: له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة، وتركه أحمد وقد نوقش الترمذي في تصحيح حديثه، قال الذهبي: أما الترمذي فروى من حديثه (الصلح جائز بين المسلمين) وصححه، لهذا لا يعتمد العلماء على تصحيحه، وقال ابن كثير في إرشاده: قد نوقش أبو عيسى، يعني: الترمذي في تصحيحه هذا الحديث وما شاكله انتهى. واعتذر له الحافظ فقال: وكأنه اعتبر بكثرة طرقه.... إلى أن قال: ولا يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض، فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسنا"؛ يُنظر: نيل الأوطار: مُجد بن علي بن مُجد بن عبد الله الشوكاني (ت 1250هـ)، 304/5، تحقيق عصام الدين الصبابي، الطبعة الأولى، دار الحديث، مصر، 1413هـ/1993م.

كما أن هناك شروطاً أخرى جرى بها تعامل الناس لا يقتضيها العقد ولم يرد بها نص، والقول بمنعها سيوقعهم في الحرج والضيق، والشرعة جاءت لتحقيق مصالح العباد ورفع الحرج عنهم.

إن سعة أدلة الحنفية، وسماحة أصولهم التشريعية المتمثلة في أخذهم بالاستحسان والعرف يسرت إدراجهم للشروط التي جرى بها تعامل الناس في دائرة الشروط الصحيحة، مما أكسبهم بعض المرونة تجاوزت المذهب الشافعي لكنها لم تصل رحابة وسعة صدر المذهب المالكي والحنبلي في الشروط المقترنة بالعقود.

ويظهر أن الفرق بين الاتجاهين في هذا الصدد يرجع إلى أن أصحاب الاتجاه الثاني وخصوصاً الحنفية يتمسكون بنظرية مقتضى العقد؛ فيوجبون لصحة الشرط أن يكون العقد يقتضيه، وما عداه فإنهم لا يجيزونه إلا استثناءً على سبيل الاستحسان لا القياس. أما الشافعية فقد أجازوا بالأصل إلى جانب الشرط الذي يقتضيه العقد الشرط الذي فيه مصلحة العقد للحاجة إليه، أما أصحاب الاتجاه الأول فإنهم يكتفون بضابط عدم منافاة الشرط لمقتضى العقد منافاة تامة، فليس من الضروري لصحة الشرط أن يكون مما يقتضيه العقد.

وبعد كل ما تلخص فإن الباحث لا يتفق مع من قصر القول بالإباحة على الحنابلة واستثنى المالكية¹، خصوصاً وأن الإمام أحمد لم يصح عنده حديث النهي عن بيع وشرط، ولو صح عنده لما أمكن لمذهبه أن يكون بهذا التوسع في مجال الشروط انسجاماً مع بنية المذهب الفكرية سواء من حيث الأصول أو الفروع، في حين يختلف عنه المذهب المالكي اختلافاً كبيراً في تعامله مع النصوص، واستثمارها في ضوء المقاصد، ومراعاة حاجات الناس الواقعية والمتجددة.

¹ مجموع الفتاوى: ابن تيمية، 133-132/29. والشرط الجزائي في الفقه الإسلامي: الحموي، ص 160-169-174. والمدخل الفقهي العام: الزرقا، 549/1-553. ونظرية الشرط في الفقه الإسلامي: الشاذلي، ص 280.

فمع تصحيحه لحديث النهي عن بيع وشرط، واعتباره أصلاً عاماً يبنى عليه في مسألة الشروط المقترنة بالعقود، إلا أنه من خلال تعليقه وتخصيصه له، وذلك باستحضار مجمل النصوص الأخرى الواردة في البيع بشرط، يكون قد وازى المذهب الحنبلي في مجمل المسائل الواردة عنه في المعاوزات، باستثناء مسائل محدودة في المناكحات، بل فاقه في بعضها كالرهن والكفيل؛ وذلك أن الحنابلة يشترطون لصحة هذا الشرط التزام المشتري بتقديم الرهن أو الكفيل على أن يكون الرهن والكفيل معيناً وقت التعاقد، في حين يكتفي المالكية بمجرد الالتزام بالتقديم فقط دون التعيين، قال الخطاب: "وإن بعته على حميل لم تسمياه ورهن لم تصفاه جاز"¹، وكذلك في اشتراط ما كان فيه معنى من معاني البر كالهبة والوقف والصدقة، وكذلك لو طلب البائع من المشتري الإقالة، فقال له المشتري: "على شرط إن بعته لغيري فأنا أحق بها بالثمن فإنه يجوز، لأنه يغتفر في الإقالة ما لا يغتفر في غيرها"² بل صحح مالك البيع وفسخ الشرط إذا كان خفيفاً فلم يقع عليه حصة من الثمن، وكذلك أجاز البيع إذا تنازل صاحب الشرط عن شرطه في بعض الحالات كما تقدم، وأجاز البيع بشرطين ومنعهما أحمد.

إن الاختصار في وصف المذهب الحنبلي بأنه يذهب إلى أن: "الأصل في الشروط الإباحة إلا ما دل الدليل على فساد"، وأن المذهب المالكي يذهب إلى أن: "الأصل فيها الحظر"³ يحتاج إلى إعادة نظر، خصوصاً إذا استدل على ذلك بابن تيمية وهو من متأخري الحنابلة وذلك لعدم وجود نص صريح في المذهب نصاً على الأصل في الشروط، وإنما استنبطه ابن تيمية من أصول أحمد في الشروط، بل ذكر أن عامة فقهاء المذهب على خلاف ذلك.

¹ مواهب الجليل: الخطاب، 4/375-376.

² الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: الدردير، 3/66. وشرح مختصر خليل: الخرش، 5/80.

³ مجموع الفتاوى: ابن تيمية، 29/132-133. والشرط الجزائي في الفقه الإسلامي: الحموي، ص 160-169-174. والمدخل الفقهي العام: الزرقا، 1/549-553، ونظرية الشرط في الفقه الإسلامي: الشاذلي، ص 280.

والذي يترجح للباحث في هذه المسألة على ما يظهر أن المذهبين المالكي والحنبلي لم يصرحا بأصلهم في مسألة اقتران العقد بالشرط، وإن لمحت إليه تفرعاتهم، وأشارت إليه تعليلاتهم، ونهت إليه أصولهم التشريعية حتى يسر الله تعالى للمتأخرين منهم أن يقعدوا لهذا الأصل قاعدة ذهبية دلت على سماحة الشريعة ويسرها، ومجاراتها لأعراف الناس وعاداتهم في مجال المعاملات الاقتصادية والتجارية والمالية، وهي: **الأصل في الشروط الإباحة إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا أو نافي مقتضى العقد أو عارض نصا**، وإن كانت الدلالة عليها عند المالكية أسبق، ويتجلى هذا واضحا في ما ذكره ابن رشد الجد: "في مسألة من قال لغلامه: اخدم فلانا عشر سنين وأنت حر، وإن أبيت فلا عتق ولا شرط، فذكر أن لسيدة شرطه الذي اشترطه، إذ ليس فيه غرر، ولا فساد، ولا إبطال واجب، ولا إيجاب باطل، ولا تحليل حرام، ولا تحريم حلال، وما كان سبيل هذا من الشروط، فهو الذي قال فيه عليه السلام: (المسلمون على شروطهم)¹2".

وفي مسألة: **له على رجل دين فأحاله على غريم له وشرط عليه**، ذكر أنه شرط صحيح لا يُعرف له خلاف في المذهب؛ لأنه شرط لا فساد فيه، فوجب أن يجوز ويلزم، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: (المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا)³.

ويتبين من خلال النظر في هذين المثالين أن أسباب المنع عند المالكية غير مقتصرة على الشرط فحسب، بل هي عامة في جميع العقود، ومتفق عليها بين الفقهاء، مما يدل دلالة واضحة على أن الأصل في الشروط عندهم الصحة، وقد صرح بذلك الشاطبي المالكي تصريحاً في الموافقات أثناء تقسيمه للشروط، فقد قسمها إلى ثلاثة: قسم يكون فيه الشرط صحيحا لازما وذلك حين يكون مكملا لحكمة المشروط وعاضدا لها بحيث لا يكون فيه منافاة لها على كل حال كاشتراط الرهن

¹ البيان والتحصيل: ابن رشد، 370/14-371.

² سبق تخرجه، ص 174.

³ البيان والتحصيل: ابن رشد، 349/11-350.

والحميل، وقسم يكون فيه الشرط باطلا وذلك حين يكون غير ملائم لمقصود المشروط ولا مكمل لحكمته فهذا لا يصح اقترانه بالعقد لمنافاته لحكمته، كما لو شرط في البيع أن لا ينتفع بالمبيع، وقسم ثالث وهو الشاهد عندنا وذلك حين لا يظهر في الشرط منافاة لمشروطه ولا ملائمة فإنه يلحق بالأول ويكون صحيحا في المعاملات، ويلحق بالثاني ويكون باطلا في العبادات. يقول الشاطبي: الشروط مع مشروطاتها على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون مكملا لحكمة المشروط وعاضدا لها بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال...؛ كاشتراط الرهن والحميل والنقد أو النسيئة في الثمن في البيع، واشتراط العهدة في الرقيق، واشتراط مال العبد وثمره الشجر وما أشبه ذلك، وكذا اشتراط الحول في الزكاة، والإحصان في الزنى...، فهذا القسم لا إشكال في صحته شرعا؛ لأنه مكمل لحكمة كل سبب يقتضي حكما.

والثاني: أن يكون غير ملائم لمقصود المشروط ولا مكمل لحكمته، بل هو على الضد من الأول...، كما إذا اشترط في النكاح أن لا ينفق عليها أو أن لا يطأها وليس بمحبوب ولا عنين، أو شرط في البيع أن لا ينتفع بالمبيع، أو إن انتفع فعلى بعض الوجوه دون بعض، أو شرط الصانع على المستصنع أن لا يضمن المستأجر عليه إن تلف، أو أن يصدقه في دعوى التلف، وما أشبه ذلك؛ فهذا القسم أيضا لا إشكال في إبطاله؛ لأنه مناف لحكمة السبب؛ فلا يصح أن يجتمع معه...؛ فإن اشتراط النكاح أن لا ينفق يناهض استجلاب المودة المطلوبة فيه، وإذا اشترط أن لا يطأ أبطل حكمة النكاح الأولى وهي التناسل، وأضر بالزوجة؛ فليس من الإمساك بالمعروف الذي هو مظنة الدوام والمؤالفة، وهكذا سائر الشروط المذكورة.

والثالث: أن لا يظهر في الشرط منافاة لمشروطه ولا ملائمة وهو محل نظر؛ هل يلحق بالأول من جهة عدم المنافاة؟ أو بالثاني من جهة عدم الملاءمة ظاهرا؟ 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، والأصل فيها أن لا يقدم عليها إلا بإذن؛

إذ لا مجال للعقول في اختراع التعبدات؛ فكذلك ما يتعلق بها من الشروط، وما كان من العاديات يكتفى فيه بعدم المنافاة؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه¹.

فليس تصريح الشاطبي بالقاعدة استثناء، وإنما هو منبثق عن أصول المذهب، ومنسجم مع تفريعاته المستلزمة من قواعد الشريعة ومقاصدها.

ونظراً لأن المطلب الرابع سيتحدث عن القواعد الفقهية في الشروط فإن الفرع الأول منه سنخصصه للقاعدة التي رجحناها في هذه المسألة لقوة أدلتها ولأنها أنسب لعصرنا لمجاراتها لأعراف الناس واحتياجاتهم ووفائها بمتطلبات العصر، وسندكر القاعدة المخالفة لها، ونناقش أدلتها ونبين ضعفها.

¹ الموافقات: الشاطبي، ص 172-173.

المبحث الثالث: القواعد الفقهية المتصلة بالشروط التقييدية المقترنة بالعقد.

المطلب الأول: قاعدة: الأصل في الشروط الصحة إلا ما دل الدليل على فساد.

يكاد يجمع جل الفقهاء المعاصرين على الأخذ بهذه القاعدة الجلية لقوة أدلتها، ولدلالاتها على سماحة التشريع الإسلامي ووفائه بمتطلبات كل عصر، ومجاراته لمعاملات الناس وعقودهم وشروطهم ومن أبرز الأدلة على صحة هذه القاعدة ما يلي:

• القرآن الكريم:

يقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾¹، هذه الآية تقتضي إيجاب الوفاء بالعقود على وجه العموم، وكذلك الشروط لأن للعقد معنى الشرط نفسه، قال ابن حزم: "العقود والعهود والأوعاد شروط واسم الشرط يقع على جميع ذلك"²، وقال الجصاص: "كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد"³. ومن ثم فإن كل شرط واجب الوفاء حتى يقوم الدليل على فساد، قال ابن العربي: "على المسلمين أن يلتزموا الوفاء بعهودهم وشروطهم إلا أن يظهر فيها ما يخالف كتاب الله، فيسقط"⁴، أو يظهر نص خاص يقضي بفساد الشرط فيبطل.

¹ سورة المائدة، الآية: 1.

² الإحكام في أصول الأحكام: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (ت 456 هـ)، 13/5، دار الآفاق الجديدة، بيروت، دون طبعة وبدون تاريخ.

³ أحكام القرآن: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت 370 هـ)، 370/2، تحقيق عبد السلام محمد علي شاهين، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 1415 هـ/1994 م.

⁴ أحكام القرآن: القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري (ت 543 هـ)، 9/2، تحقيق محمد عبد القادر عطا، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1423 هـ/2003 م.

● السنة النبوية:

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً)¹: هذا الحديث يدل دلالة واضحة على وجوب الوفاء بالشروط ما لم يقيم دليل على فسادها، فليس للمشتراط أن يحل ما حرمه الله ولا أن يحرم ما أباحه الله، وإنما له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً ولا حراماً، وعدم الإيجاب ليس نفياً للإيجاب حتى يكون المشتراط مناقضاً للشرع²، ومن ثم فإن "قوله ﷺ: (المسلمون عند شروطهم)³، في معنى قول الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁴، وهو "عموم في إيجاب الوفاء بجميع ما يشترط الإنسان على نفسه ما لم تقم دلالة تخصصه"⁵.

وعن عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج)⁶؛ وهو "يدل على استحقاق الشروط الوفاء، وأن شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها"⁷، لأن النكاح أعظم ما يستحل، لذلك كان الوفاء بشرطه أشد وأوثق من غيره.

¹ سبق تخريجه، ص174.

² مجموع الفتاوى: ابن تيمية، 89/4. بتصرف

³ سبق تخريجه، ص152.

⁴ سورة المائدة، الآية:1.

⁵ أحكام القرآن: الجصاص، 372/2.

⁶ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، رقم الحديث: 2721، 190/3-191.

⁷ مجموع الفتاوى: ابن تيمية، 145/29.

• المعقول:

الشروط من العاديات التي الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، وما كان كذلك فالأصل فيه الإذن حتى يدل الدليل على خلافه¹، أما الحكم ببطلان الشروط من دون دليل "فإنه حكم بالتحريم والتأثيم، ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرمه الله ورسوله، ولا تأثيم إلا ما أثم الله ورسوله به فاعله، كما أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله، ولا حرام إلا ما حرمه الله، ولا دين إلا ما شرعه الله، فالأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر، والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم"².

وقد أجاب المخالفون عن "الحجج المذكورة تارة بنسخها، وتارة بتخصيصها ببعض العهود والشروط، وتارة بالقدح في سند ما يمكنهم القدح فيه، وتارة بمعارضتها بنصوص أخرى كقول النبي ﷺ: (ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق)³، وكقوله ﷺ: (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد)⁴، وكقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَإِنَّ اللَّهَ فَاءٌ وَلَيْسَ بِهِ مَعْدٍ﴾⁵، وأمثال ذلك في الكتاب والسنة. وأجاب الجمهور عن ذلك بأن دعوى النسخ والتخصيص تحتاج إلى دليل يجب الرجوع إليه، ولا دليل عليها، وبأن القدح في بعضها لا يقدر في سائرهما، ولا

¹ الموافقات: الشاطبي، ص173.

² إعلام الموقعين عن رب العالمين: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت 751هـ)، 259/1، تحقيق محمد عبد السلام إبراهيم، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ/1991م.

³ سبق تخريجه، ص142.

⁴ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب إذا اجتهد العامل أو الحاكم فأخطأ خلاف الرسول من غير علم فحكمه مردود، رقم الحديث: 7350، 107/9. ومسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، رقم الحديث: 1718هـ، 343/3.

⁵ سورة البقرة: الآية: 227.

يمنع من الاستشهاد بالضعيف وإن لم يكن عمدة لاعتضاده بالصحيح، وبأنها لا تعارض بينها وبين ما عارضوها به من النصوص"¹.

أما حديث أبي هريرة فقد ناقشه ابن حزم من وجهين:

الوجه الأول: أنه لا يصح من طريقه شيء².

الوجه الثاني: أنه لو صح - وهو لا يصح - لكان حجة للقول بأن الأصل في الشروط الحظر لأن فيه إضافة النبي ﷺ الشروط إلى المسلمين ولا شروط للمسلمين إلا التي جاء القرآن، والسنة بإباحتها نصا، قال ابن حزم: "وأما المسلمون عند شروطهم، فإن شروط المسلمين هي الشروط التي جاء القرآن وجاءت السنة بإيجابها وإباحتها، وأما كل شرط لم يأت النص بإباحته أو إيجابه فليس من شروط المسلمين، بل هو من شروط الكافرين أو الفاسقين، لقول رسول الله - ﷺ - «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» وليس الباطل من شروط المسلمين بلا شك"³.

وأجيب عن هذين الاعتراضين:

● بأن الحديث قد روي من طرق عدة، فلو كان الواحد منها ضعيفا فإنّ تظافر الروايات وتعاضدها يشد بعضها بعضا، ولعلّ تحسين الترمذي للحديث جاء من هذا الوجه، قال ابن تيمية: "فلعلّ تصحيح الترمذي له لروايته من وجوه، فروى أبو بكر البزار أيضا عن مُجَدِّ بن عبد الرحمن بن السلماني عن أبيه عن ابن عمر قال، قال رسول الله ﷺ: (الناس على شروطهم ما وافقت الحق). هذه الأسانيد وإن كان الواحد منها ضعيفا فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضا"⁴.

¹ أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن: مُجَدِّ الأمين بن عبد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي، 219/4، دون طبعة، دار الفكر للطباعة والنشر و التوزيع بيروت، لبنان، 1415هـ/1995م.

² الإحكام في أصول الأحكام: ابن حزم، 23/5. والمحلى بالآثار: ابن حزم، 244/7.

³ المحلى بالآثار: ابن حزم، 468/6.

⁴ مجموع الفتاوى: ابن تيمية، 147/29.

● وبأن الصحيح من الشروط ليس ما أباحه القرآن والسنة فقط، بل كذلك ما أصل له القرآن والسنة من أصول وقواعد ودلالات ومعان يستند إليها في بناء الأحكام، ومن ثم فحديث: (المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً)¹ عام صريح الدلالة على وجوب الوفاء بالشروط ما لم يرد دليل ينص على أن الشرط أباح حراماً أو حرم حلالاً، "هذا المعنى هو الذي يشهد له الكتاب والسنة، فإن المشتراط ليس له أن يبيح ما حرمه الله ولا يحرم ما أباحه الله، فإن شرطه حينئذ يكون مبطلاً لحكم الله، وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله، وإنما المشتراط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً وعدم الإيجاب ليس نفياً للإيجاب حتى يكون المشتراط مناقضاً للشرع، وكل شرط صحيح فلا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجباً، ويباح أيضاً لكل منهما ما لم يكن مباحاً، ويحرم على كل منهما ما لم يكن حراماً"².

أما حديث (أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج)³، فقد نوقش بأن المراد به شرط الصداق الجائز الذي أمرنا الله تعالى به، وهو الذي استحل به الفرج لا ما سواه. أما اشتراط المرأة أن لا يتزوج، أو أن لا يتسرى، أو أن لا يغيب عنها أو أن لا يرحلها عن دارها، كل ذلك تحريم حلال، وكل ذلك خلاف لحكم الله عز وجل⁴.

ويجاب عنه بأن هذا تخصيص بلا مخصص، وقصر للشروط فيما تستحل به الفروج من الصداق والنفقة والكسوة وغيرها⁵ بلا دليل، وهذا خلاف مدلول الحديث الذي يقتضي أن الوفاء بالشروط حق، وأن أحقها وأولها بالوفاء شروط النكاح.

¹ سبق تخريجه، ص 174.

² مجموع الفتاوى: ابن تيمية، 147/29-148.

³ سبق تخريجه، ص 181.

⁴ المحلى بالآثار: ابن حزم، 126/9.

⁵ الإحكام في أصول الأحكام: ابن حزم، 21/5.

ومن أبرز ما استدل به المخالفون للقاعدة ما يلي:

أولاً: من الكتاب:

قوله عز وجل: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾¹، وقوله تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾²، وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ نُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ﴾³، وقوله صلى الله عليه وسلم: (ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق)⁴⁵.

وجه الاستدلال بالآيات:

قال ابن حزم: "فهذه الآيات براهين قاطعة في إبطال كل عهد وكل عقد وكل وعد وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به أو النص على إباحة عقده، لأن العقود والعهود والأوعاد شروط واسم الشرط يقع على جميع ذلك"⁶.

وقال أيضاً: " فأيقنا والله الحمد بأن الدين الذي كلفنا به ربنا ولم يجعل لنا مخلصاً من النار إلا باتباعه، مبين كله في القرآن الكريم وسنة رسوله - ﷺ - وإجماع الأمة، وأن الدين قد كمل فلا مزيد

¹ سورة المائدة، الآية: 4.

² سورة البقرة، الآية: 227.

³ سورة النساء، الآية: 14.

⁴ سبق تخريجه، ص 142.

⁵ الإحكام في أصول الأحكام: ابن حزم، 12/5.

⁶ المصدر نفسه: 13/5.

فيه ولا نقص. وأيقنا أن كل ذلك محفوظ مضبوط. لقول الله تعالى: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾¹، فصح من هذا صحة مستيقنة لا مجال للشك فيها أنه لا يحل لأحد أن يفتي ولا أن يقضي ولا أن يعمل في الدين إلا بنص القرآن الكريم أو نص حكم صحيح عن رسول الله - ﷺ - أو إجماع متيقن من أولي أمر منا، لا خلاف فيه من أحد منهم، وصح أن من نفى شيئاً أو أوجبه فإنه لا يقبل منه إلا ببرهان. لأنه لا موجب ولا نافي إلا الله تعالى. فلا يجوز الخبر عن الله تعالى إلا بخبر وارد من قبله تعالى، إما في القرآن وإما في السنة والإباحة تقتضي مبيحا، والتحريم يقتضي محرما، والفرض يقتضي فارقا، ولا مبيح، ولا محرم، ولا مفترض إلا الله تعالى خالق الكل، ومالكه لا إله إلا هو².

وعلى هذا فإن الأصل في الشروط الحظر، فمن اشترط شروطا لم يرد بها نص من كتاب الله أو سنة رسول الله، فقد تعدى وظلم، واتهم الدين بالنقصان، وجاوز الشرع، وما كان هذا سبيله من الشروط فلا يجوز الوفاء به.

ونوقش بأن القول بإباحة الشروط ليس زيادة في الدين ولا تعديا لحدود الله، لأن الدين هو الذي دلنا على الجواز إما نصا أو استنباطا، قال الرازي في تفسيره: "المراد بإكمال الدين أنه تعالى بين حكم جميع الوقائع بعضها بالنص، وبعضها بأن بين طريق معرفة الحكم فيها على سبيل القياس، فإنه تعالى لما جعل الوقائع قسمين: أحدهما: التي نص على أحكامها، والقسم الثاني: أنواع يمكن استنباط الحكم فيها بواسطة قياسها على القسم الأول، ثم إنه تعالى لما أمر بالقياس وتبعد المكلفين به كان ذلك في الحقيقة بيانا لكل الأحكام، وإذا كان كذلك كان ذلك إكمالا للدين"³، وقال ابن القيم:

¹ سورة الحجر، الآية: 9.

² النبذة الكافية في أحكام أصول الدين: ابن حزم، ص14-15، تحقيق محمد أحمد عبد العزيز، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405هـ/1985م.

³ التفسير الكبير: فخر الدين أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي (ت606هـ)، 11/287-288، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1420هـ.

"وتعدي حدود الله هو تحريم ما أحله الله أو إباحة ما حرمه أو إسقاط ما أوجبه، لا إباحة ما سكت عنه وعفا عنه، بل تحريمه هو نفي تعدي حدوده"¹.

ثانيا: من السنة:

حديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: (من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد)².

وجه الاستدلال بالحديث: قال ابن حزم: "فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه إلا ما صح أن يكون عقدا جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه أو بإباحة التزامه بعينه"³.

ونوقش بأنه استدلال مردود؛ ذلك أنه لا يدل إلا على إبطال الشروط التي تخالف أمر الشارع وحكمه، وهذا لا إشكال في صحته، ولا منازع فيه، أما ما لم يرد عن الشارع ما يدل على فسادة وتحريمه، فإنه لا يصح أن يقال فيه: إنه ليس على أمر المسلمين⁴، وأن الأصل فيه الحظر وإنما يصح أن يقال: أن الأصل في العادات الإذن حتى يرد عن الشارع دليل بالمنع.

وحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: "فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله تعالى، ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق"⁵.

وجه الاستدلال بالحديث: قال ابن حزم: "فصح أن كل شرط فحكمه الإبطال، إلا شرطا جاء بإباحته القرآن أو السنة"⁶.

¹ إعلام الموقعين: ابن القيم، 262/1.

² سبق تخريجه، ص 182.

³ الإحكام في أصول الأحكام: ابن حزم، 32/5.

⁴ نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون: زكي الدين شعبان، ص 74، بتصرف

⁵ سبق تخريجه، ص 142.

⁶ المحلى بالآثار: ابن حزم، 323/7.

وقال أيضا: "فصح بهذا النص وقد ذكرنا في هذا الباب بسنده أن كل شرط اشترطه إنسان على نفسه أو لها على غيره فهو باطل لا يلزم من التزمه أصلا إلا أن يكون النص أو الإجماع قد ورد أحدهما بجواز التزام ذلك الشرط بعينه أو بإلزامه، وليس ذلك إلا في شروط يسيرة"¹.

وذكر أيضا كما سبقت الإشارة إلى ذلك، أن هذا الحديث برهان قاطع في إبطال كل عهد وكل عقد وكل وعد وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به أو النص على إباحة عقده، لأن العقود والعهود والأوعاد شروط، واسم الشرط يقع على جميع ذلك"².

ونوقش هذا الاستدلال من أوجه:

منها: أن المراد بقوله: (ليس في كتاب الله)، أي ليس في حكم الله³، "ومعلوم أن كل شرط ليس في حكم الله فهو مخالف له فيكون باطلا، فإذا كان الله ورسوله - ﷺ - قد حكم بأن الولاء للمعتق، فشرط خلاف ذلك يكون شرطا مخالفا لحكم الله، ولكن أين في هذا أن ما سكت عن تحريمه من العقود والشروط يكون باطلا حراما؟"⁴.

ومنها: أن المراد بقوله: (ليس في كتاب الله)، أي ليس في حكم الله وحكم رسوله أو فيما دل عليه الكتاب والسنة تأصيلا أو تفصيلا، قال القرطبي: قوله: (ليس في كتاب الله) أي: ليس مشروعا في كتاب الله لا تأصيلا ولا تفصيلا، ومعنى هذا: أن من الأحكام والشروط ما يوجد تفصيلها في كتاب الله تعالى كالوضوء...، ومنها ما يوجد أصله كالصلاة، والزكاة، فإنهما مجملتان. ومنها ما

¹ الإحكام في أصول الأحكام: ابن حزم، 31/5

² المصدر نفسه: 13/5.

³ التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: ابن عبد البر، 117/7، والاستذكار: ابن عبد البر، 444/5.

⁴ إعلام الموقعين، 262/1.

أصل أصله. وهو كدلالة الكتاب على أصلية السنة والإجماع والقياس، فكل ما يُقتبس من هذه الأصول تفصيلاً فهو مأخوذ من كتاب الله تأصيلاً¹.

ومنها: أن قوله: (ليس في كتاب الله)، إنما يشمل ما ليس في كتاب الله لا بعمومه ولا بخصوصه، وإن ما دل كتاب الله على إباحته بعمومه فإنه في كتاب الله²، وقد دلت الأدلة بعمومها من الكتاب والسنة على أن الأصل في الشروط الصحة حتى يقوم الدليل على فسادها.

من المعقول:

أن كل شرط ليس في نص القرآن ولا في السنة إيجابه ولا إنفاذه، فإنه لا ينفك ضرورة من أحد أربعة أوجه لا خامس لها أصلاً: إما أن يكون قد التزم فيه المشترط بإباحة ما حرم الله تعالى في القرآن، أو على لسان رسول الله ﷺ، أو تحريم ما أباحه الله تعالى، أو إسقاط ما أوجبه الله تعالى، أو أوجب على نفسه ما لم يوجبه الله تعالى عليه، وكل هذه الوجوه تعد لحدود الله وخروج عن الدين، والمفرق بين شيء من ذلك قائل في الدين بالباطل³.

ونوقش بأن هناك "قسم خامس وهو الحق، وهو ما أباح الله تعالى للمكلف تنويع أحكامه بالأسباب التي ملكه إياها، فيباشر من الأسباب ما يحله له بعد أن كان حراماً عليه، أو يحرمه عليه بعد أن كان حلالاً له، أو يوجبه بعد أن لم يكن واجباً، أو يسقط وجوبه بعد وجوبه، وليس في ذلك تغيير لأحكامه، بل كل ذلك من أحكامه، فهو الذي أحل وحرم وأوجب وأسقط، وإنما إلى العبد الأسباب المقتضية لتلك الأحكام ليس إلا، فكما أن شراء الأمة ونكاح المرأة يحل له ما كان حراماً عليه قبله، وطلاقها وبيعها بالعكس يحرمها عليه ويسقط عنه ما كان واجباً عليه من حقوقها، كذلك

¹ المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم: أبو العباس أحمد بن عمر بن إبراهيم القرطبي (ت656هـ)، 326/4، تحقيق محي الدين ديب مستو وآخرون، الطبعة الأولى، دار ابن كثير، دمشق، 1417هـ/1996م.

² مجموع الفتاوى: ابن تيمية، 163/29.

³ الإحكام في أصول الأحكام: ابن حزم، 13/5-14. بتصرف

التزامه بالعقد والعهد والنذر والشرط، فإذا ملك تغيير الحكم بالعقد ملكه بالشرط الذي هو تابع له¹، "فالعقد والشرط يرفع موجب الاستصحاب لكن لا يرفع ما أوجبه كلام الشارع"².

المطلب الثاني: قاعدة: مقاطع الحقوق عند الشروط:

هذه القاعدة أصلها: أثر لعمر عليه السلام³، وسببها: "أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها السكنى في دارها - أي بلدها - ثم أراد نقلها إلى بلده فرفضت وتمسكت بشرطها، فتقاضيا إلى عمر عليه السلام، فقال: لها شرطها. فقال الرجل: إذن يطلقنا. فقال عمر عليه السلام: (مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرطت)⁴، أي أن الفصل بين الحقوق إنما يتحدد تبعاً للشروط التي يشترطها المتعاقدان، فالمشترط على نفسه قيد نفسه بالشرط فيجب عليه الوفاء بما اشترط"⁵.

المطلب الثالث: قاعدة: كل عقد شرط فيه شرط مناف لما يقتضيه مفسد له:

ومقتضى العقد هو "كل ما رتب الشارع على العقد من أحكام والتزامات تهدف إلى تحقيق مقصده والغرض الذي شرع لأجله"⁶، كالتقاضي، وحلول الثمن، والتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، والتزام المشتري بدفع الثمن إلى البائع، وكل شرط نافي هذه الأحكام والملتزمات فقد عارض مقتضى العقد، وغير مقصوده الذي شرع لأجله، "فعقد الرهن - مثلاً - يقتضي أنه يباع إذا لم يوف

¹ إعلام الموقعين: ابن القيم، 263/262/1

² مجموع الفتاوى: ابن تيمية، 50/29.

³ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، رقم الحديث: 2720، 190/3. وابن أبي شيبة في المصنف، كتاب البيوع والأفضية، باب من قال: المسلمون عند شروطهم، رقم الحديث: 22031، 451/4.

⁴ سبق تخريجه، ص 190.

⁵ موسوعة القواعد الفقهية: محمد صديقي بن أحمد بن محمد آل بورنو، 809/10، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1424هـ/2003م.

⁶ معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء: نزيه حماد، ص 435، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، 1429هـ/2008م.

الراهن الدين، وأنه يقبض عند المرتهن أو عند أمين، فإن شرط خلاف ذلك كان مناقضا ورافعا لحقيقة العقد"¹.

المطلب الرابع: قاعدة: العرف يتنزل منزلة الشرط²:

وعبر آخرون عن هذه القاعدة ب: "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"³، وهي من أهم القواعد في مجال المعاملات، ومعناها أن العرف السائد بين الناس معتبر في الشرع، يقوم مقام الشرط ما لم يصادم دليلا شرعيا، فإذا استقر أمر الناس على عرف ما، واعتادوا التعامل به، فإنه يعتبر شرطا، يلزم الوفاء به لأن "العرف كالشرط"⁴.

المطلب الخامس: قاعدة: ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط⁵:

وهذه قاعدة جليلة من قواعد الترجيح، وتفيد أن ما تنشئه الإرادة الإنسانية من التصرف لا قيمة له حينما يصادم دليلا شرعيا، لأن "ما يثبت بالشرع هو من نظامه الشرعي العام في التعامل، فيرتقي إلى مستوى الشرع الملزم الذي تتمثل فيه الإرادة الحقيقية للمشرع قطعاً، وأما ما ثبت بالشرط فهو محض تصرف بالإرادة الإنسانية، فكانت المنافاة بين الشرع الملزم، والتصرف الإرادي، وهذه هي المناقضة أو المضادة للمشرع، والمناقضة باطلة بالإجماع، فكذلك ما يؤدي إليها باطل بالإجماع ضرورة"⁶.

¹ حاشية الصاوي على الشرح الصغير: 314/3.

² بداية المجتهد: ابن رشد، 98/4. وشرح مختصر خليل: الخرشي، 7/4.

³ رد المحتار: ابن عابدين، 501/8. والبحر الرائق: ابن نجيم، 254/8. وغمز عيون البصائر: الحموي، 206/4.

⁴ البيان والتحصيل: ابن رشد، 261/8. والذخيرة: القرافي، 213/6. ومواهب الجليل: الخطاب، 71/2. وشرح مختصر خليل: الخرشي، 7/4. وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 2/4. ومنح الجليل: عlish، 483/3.

⁵ المنتور في القواعد: الزركشي، 134/3. والأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت 911 هـ)، ص 149، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1403 هـ/1983 م.

⁶ بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله: فتحي الدريني، 374-375. والموافقات: الشاطبي، 417/1.

وجملة القول مما سبق؛ أن الشرط الجزائي من الوسائل المستحدثة التي لم نجد لها - قدر المستطاع - شبيها في الفروع الفقهية، وإنما هي تندرج بصفة عامة ضمن الشروط المقترنة بالعقد التي الأصل فيها الإباحة إلا ما دل الدليل على فساد، ولذلك فلا حرج في تضمين العقود شروطا جزائية لضمان تنفيذها في مواعيدها المحددة ما لم تفض إلى محرم، ويأتي الباب الثاني من هذا البحث للتفصيل في حكم الشرط الجزائي بالنظر إلى الالتزامات التي يقترب بها خاصة عند التأخر في الوفاء بعقود المداينات لاحتمال كونه وسيلة مفضية إلى الربا التي أجمعت الأمة على تحريمه، ثم دراسة بعض تطبيقاته المعاصرة في البنوك الإسلامية والتشاركية.

الباب الثاني: الشرع الجزائي وتطبيقاته المعاصرة

في البنوك الإسلامية والتشاركية.

الفصل الأول: الشرط الجزائي في المداينات وتطبيقاته المعاصرة في البنوك الإسلامية والتشاركية.

الفصل الثاني: الشرط الجزائي في غير الديون (الأعمال) وتطبيقاته المعاصرة في البنوك الإسلامية والتشاركية.

الباب الثاني: الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة في البنوك الإسلامية

والتشاركية

إن قضاء الدين بزيادة في الصفة عن طيب نفس جائز شرعا، ما لم تكن الزيادة عادة، أو مسبقة بوعده أو وأي، أو مشروطة في أصل العقد، أما الزيادة في الوزن أو العدد ففيها تفصيل¹. وأما إذا تأخر المدين في الوفاء بما عليه من دين في موعده المحدد فإن الزيادة عليه عن مجرد التأخير لا تجوز بالاتفاق، لأنها عين ربا النسيئة².

¹ الزيادة جائزة عند المالكية في الصفة بالاتفاق داخل المذهب؛ مثل رد ثوب جيد، عن مثله رديء؛ لأنها من حسن القضاء، وفي الحديث أنه عليه الصلاة والسلام، رَدَّ فِي سَلَفٍ بَكْرٍ، رباعيا، وقال: (إن خيار الناس أحسنهم قضاء). أخرجه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب ما يجوز من السلف، رقم الحديث: 2506، 981/4، واللفظ له. والبخاري في صحيحه، كتاب الاستقراض، باب هل يُعطى أكبر من سنه، رقم الحديث: 2392، 116/3، ورواه مثله أيضا في كتاب الاستقراض، باب حسن القضاء، رقم الحديث: 2393، 117/3، ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب من استسلف شيئا ف قضى خيرا منه و(خيركم أحسنكم قضاء)، رقم الحديث: 1601، 225/3.

واختلف في الزيادة إذا كانت في العدد أو الوزن عن طيب نفس من غير شرط ولا وعد ولا عادة، والمنع هو المشهور في المذهب، يقول خليل: "وإن حَلَّ الأجلُ بأقلِّ صِفَةٍ وَقَدَرًا لَا أَزِيدَ عَدَدًا أَوْ وَزَنًا، إِلَّا كَرَجَحَانِ مِيزَانٍ أَوْ دَارَ فَضْلٍ مِنَ الْجَانَيْنِ". يُنظر: مختصر خليل: خليل بن إسحاق، ص 147. والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: الدردير، 44/3. وأجازها أشهب والقاضي عبد الوهاب؛ يُنظر: المعونة: القاضي عبد الوهاب، 999/2. وقال اللخمي: وهذا هو الصحيح. يُنظر: التبصرة: أبو الحسن علي بن محمد اللخمي (ت 478هـ)، 2846/6، تحقيق أحمد عبد الكريم نجيب، الطبعة الأولى، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1432هـ/2011م. وقال ابن أبي زيد: "ومن رد في القرض أكثر عددا في مجلس القضاء فقد اختلف في ذلك إذا لم يكن فيه شرط ولا وأي ولا عادة، فأجازه أشهب وكرهه ابن القاسم ولم يجزه". يُنظر: الرسالة في فقه الإمام مالك: أبو عبد الله بن أبي زيد القيرواني (ت 386هـ)، ص 77، دار الكتب العلمية، بيروت، دون طبعة وبدون تاريخ. أما الشافعية فتجوز الزيادة عندهم إذا كانت عادة من غير شرط في المشهور عندهم، قال النووي: "يستحب لمن عليه دين من قرض وغيره أن يرد أجود من الذي عليه وهذا من السنة ومكارم الأخلاق وليس هو من قرض جر منفعة فإنه منهي عنه لأن المنهي عنه ما كان مشروطا في عقد القرض ومذهبنا أنه يستحب الزيادة في الأداء عما عليه ويجوز للمقرض أخذها سواء زاد في الصفة أو في العدد بأن أقرضه عشرة فأعطاه أحد عشر". يُنظر: شرح النووي على مسلم: النووي، 37/11.

² يُنظر: المدونة: مالك بن أنس، 75/3. والجامع لمسائل المدونة: ابن يونس التميمي الصقلي، 194/11. والبهجة في شرح التحفة (شرح تحفة الحكام): التسولي، 241/2. والاستذكار: ابن عبد البر، 513/6. والإجماع: ابن المنذر، ص 99.

إلا أنه في الواقع المعاصر الذي يعرف تطورا متسارعا في نشاط المعاملات المالية المعاصرة، وارتفاعا ملحوظا في وتيرة حركة التعاقد، وضعفا في الوازع القيمي لدى الأفراد والمؤسسات، استجد النقاش حول قضية الاتفاق على دفع قدر من المال في حال المماطلة في تنفيذ مقتضيات العقود المبرمة، وأداء الديون المستحقة في مواعيدها المقررة، ضمانا لتنفيذ العقود في آجالها، وتفاديا لحصول النزاع.

وما دام الاختلاف في حكم هذه القضية قائما بين الفقهاء المعاصرين، والنصوص القانونية المتعلقة بمؤسسات الائتمان تشير فقط إلى التعويض عن الضرر بدل الشرط الجزائي لالتباسه بموضوع الربا الشائك، فإن هذا الباب سيتناول هذه المسألة بالدراسة والتحليل للوقوف على موقف الفقه الإسلامي منها من خلال الإجابة عن الأسئلة الآتية:

- هل يصح الاتفاق مسبقا على دفع مبلغ من المال للدائن المتضرر جزاء عن الفعل الضار الذي صدر عن المدين المخل أم لا؟
- هل بالإمكان في حال عدم صحة ما سبق، إلزام المدين المماطل شرعا بالتعويض للدائن أو لغيره (وجوه البر) عن الضرر الذي لحقه، مع ترك تقييم مقدار الضرر إلى حين حصوله؟
- هل يختلف الحكم الشرعي في قضية الشرط الجزائي تبعا لطبيعة العقود المبرمة تأصيلا وتنزيلا؟

الفصل الأول: الشرط الجزائي في المداينات وتطبيقاته المعاصرة في البنوك الإسلامية والتشاركية

المبحث الأول: الشرط الجزائي في المداينات.

المطلب الأول: حقيقة الدين:

الفرع الأول: الدين لغة:

يقول ابن فارس: الدال والياء والنون أصل واحد إليه يرجع فروعه كلها. وهو جنس من الانقياد والذل. فالدين: الطاعة، يقال دان له يدين ديناً، إذا أصبح وانقاد وطاع. وقوم دين، أي مطيعون منقادون. ويقال: "جمع الدين دُيون، وكل شيء لم يكن حاضراً فهو دين. وأدنت فلاناً أدينه أي أعطيته ديناً. ورجل مديون: قد ركبه دين، ومدين أجود. ورجل دائن: عليه دين، وقد استدان وتدين وإذا دان بمعنى واحد"¹، "واستدانه: طلب منه الدين. واستدانه: استقرض منه، ... ودأنت فلاناً إذا عاملته فأعطيت ديناً وأخذت بدين"².

ومن خلال تتبع مادة (د ي ن) في المعاجم اللغوية نجدتها تطلق على معان أهمها:

1. الذل والاستعباد والانقياد³.

¹ العين: الخليل، باب الدال والنون و (و ي) معهما د و ن، د ي ن، ود ن، د ن ء، د ن و، ن د و، ن د ي، ن ء د مستعملات، مادة (دين)، 76/8.

² لسان العرب: ابن منظور، حرف النون، فصل الدال المهملة، مادة (دين)، 168/13.

³ مقاييس اللغة: ابن فارس، كتاب الدال، باب الدال والياء وما يثلثهما، مادة (دين)، 319/2-320. والصحاح: الجوهري، باب النون، فصل الدال، مادة (دين)، 118/5. ومختار الصحاح: الرازي، باب الدال، مادة (دين)، 110/1. وتاج العروس: الزبيدي، باب النون، مادة (دين)، 54/35. ولسان العرب: ابن منظور، حرف النون، فصل الدال المهملة، مادة (دين)، 170/13.

2. الطاعة: يقال دان له أي أطاعه¹.

3. الحساب: في الحديث: (من دان نفسه)² أي: من حاسبها من الحساب³.

4. الجزاء والمكافأة: يقال: دأنه ديناً، أي جازاه⁴.

5. العادة والشأن: فالدين بالكسر العادة والشأن⁵.

6. القرض: يقال دنت الرجل: أقرضته فهو مدين ومدينون⁶.

¹ العين: الخليل، باب الدال والنون و (و ء ي) معهما د و ن، د ي ن، ود ن، د ن ء، د ن و، ن د و، ن د ي، ن ء د مستعملات، مادة (دين)، 73/8. ومقاييس اللغة: ابن فارس، كتاب الدال، باب الدال والياء وما يثلثهما، مادة (دين)، 319/2. والصحاح: الجوهري، باب النون، فصل الدال، مادة (دين)، 118/5. ومختار الصحاح: الرازي، باب الدال، مادة (دين)، 110/1، ولسان العرب: ابن منظور، حرف النون، فصل الدال المهملة، مادة (دين)، 168/13.

² أخرجه الترمذي في سننه، كتاب صفة القيامة والرقائق والورع، باب منه، رقم الحديث: 2459، 638/4. قال الترمذي: حديث حسن. وابن ماجه في سننه، كتاب الزهد، باب ذكر الموت والاستعداد له، رقم الحديث: 4260، 328/5. والحاكم في المستدرک، كتاب التوبة والإنابة، رقم الحديث: 7639، 280/4. قال الحاكم: "هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه".

³ العين: الخليل، باب الدال والنون و (و ء ي) معهما د و ن، د ي ن، ود ن، د ن ء، د ن و، ن د و، ن د ي، ن ء د مستعملات، مادة (دين)، 73/8. والصحاح: الجوهري، باب النون، فصل الدال، مادة (دين)، 118/5. ومقاييس اللغة: ابن فارس، كتاب الدال، باب الدال والياء وما يثلثهما، مادة (دين)، 320/2.

⁴ العين: الخليل، باب الدال والنون و (و ء ي) معهما د و ن، د ي ن، ود ن، د ن ء، د ن و، ن د و، ن د ي، ن ء د مستعملات، مادة (دين)، 73/8. والصحاح: الجوهري، باب النون، فصل الدال، مادة (دين)، 118/5. ومختار الصحاح: الرازي، باب الدال، مادة (دين)، 110/1. وتاج العروس: الزبيدي، باب النون، مادة (دين)، 52/35. ومقاييس اللغة: ابن فارس، كتاب الدال، باب الدال والياء وما يثلثهما، مادة (دين)، 320/2. ولسان العرب: ابن منظور، حرف النون، فصل الدال المهملة، مادة (دين)، 169/13.

⁵ العين: الخليل، باب الدال والنون و (و ء ي) معهما د و ن، د ي ن، ود ن، د ن ء، د ن و، ن د و، ن د ي، ن ء د مستعملات، مادة (دين)، 73/8. والصحاح: الجوهري، باب النون، فصل الدال، مادة (دين)، 118/5. ومختار الصحاح: الرازي، باب الدال، مادة (دين)، 110/1. ولسان العرب: ابن منظور، حرف النون، فصل الدال المهملة، مادة (دين)، 169/13.

⁶ العين: الخليل، باب الدال والنون و (و ء ي) معهما د و ن، د ي ن، ود ن، د ن ء، د ن و، ن د و، ن د ي، ن ء د مستعملات، مادة (دين)، 72/8. ومختار الصحاح: الرازي، باب الدال، مادة (دين)، 110/1. وتاج العروس: الزبيدي، باب النون، مادة (دين)، 52/35. ومقاييس اللغة: ابن فارس، كتاب الدال، باب الدال والياء وما يثلثهما، مادة (دين)، 320/2. ولسان العرب: ابن منظور، حرف النون، فصل الدال المهملة، مادة (دين)، 168/13.

7. الْقَهْرُ وَالْغَلْبَةُ وَالِاسْتِعْلَاءُ¹.

8. كل شيء غير حاضر².

9. ويكون بمعنى القضاء نحو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ﴾³

أي: في قضائه وحكمه وشريعته⁴.

10. ما له أجل⁵.

من خلال تتبع هذه المعاني يتبين أن معظمها يتصل بمفهوم الدين بالمعنى العام، وقد اشتملت هذه المادة على معاني الذل، والاستعباد، والانقياد، والقهر، والغلبة، لأن الدين كما يقول ابن فارس فيه كل الذلِّ والذلِّ. ولذلك يقولون "الدين ذل بالنهار، وغم بالليل"⁶.

الفرع الثاني: الدين اصطلاحاً:

الدين في اصطلاح الفقهاء له إطلاقان:

إطلاق عام: الدين "لزوم حق في الذمة"⁷، فيشمل كل ما ثبت في الذمة سواء أكان هذا الثابت في الذمة حقاً من الحقوق المالية مثل القرض أو الزكاة، أو حقاً من الحقوق غير المالية مثل الصلاة والصوم والحج.

¹ مختار الصحاح: الرازي (ت 666هـ)، باب الدال، مادة (دين)، 110/1. وتاج العروس: الزبيدي، باب النون، مادة (دين)، 55/35.

² العين: الخليل، باب الدال والنون و (و ء ي) معهما د و ن، د ي ن، و د ن، د ن ء، د ن و، ن د و، ن د ي، ن ء د مستعملات، مادة (دين)، 72/8.

³ سورة النور، الآية: 2.

⁴ الكليات: أبو البقاء الكفوي، فصل الدال، ص 444.

⁵ المصدر نفسه، ص 444.

⁶ مقاييس اللغة: ابن فارس، كتاب الدال، باب الدال والباء وما يثلثهما، مادة (دين)، 320/2.

⁷ شرح التلويح على التوضيح لمن التنقيح في أصول الفقه: سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (ت 792 هـ)، 139/2، تحقيق زكريا عميرات، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، دون تاريخ. وفتح الغفار بشرح المنار: ابن نجيم، 22/3، الطبعة الأولى، مكتبة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1355هـ/1936م.

فقد جاء في من ماتت وعليها صوم شهر؛ عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال: (جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله ! إن أُمي ماتت وعليها صوم شهر، أفأقضيه عنها؟ فقال: "لو كان على أُمك دين، أكنت قاضيه عنها؟ قال: نعم. قال: فدين الله أحق أن يُقضى)¹.

وعنه ﷺ: (أن امرأة من جهينة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: إن أُمي نذرت أن تحج، فلم تحج حتى ماتت، أفأحج عنها؟ قال: نعم، حجي عنها، أرايت لو كان على أُمك دين أكنت قاضية؟ اقضوا الله، فالله أحق بالوفاء)².

فجعل النبي صلى الله عليه وسلم دين الصوم والحج على الذي مات مكلفاً، ولم يجعله ديناً لله يُقضى عن الميت، وهذا يدل على أن ما يثبت في الذمة يعد ديناً، سواء كان لله أو لآدمي، وعلى هذا جرى عامة الفقهاء.

وإطلاق خاص: ويشمل ما ثبت في الذمة من مال، وللفقهاء قولان في حقيقته:

القول الأول: ما ثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، وبعض الحنفية، فالدين يشمل كل ما ثبت في الذمة من مال، سواء ثبت بدلاً عن غيره أو لم يكن بدلاً، وسواء كان لله كالزكاة، أو كان لآدمي³.

¹ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصوم، باب من مات وعليه صوم، رقم الحديث: 1953، 35/3. ومسلم في صحيحه، كتاب الصيام، باب قضاء الصيام عن الميت، رقم الحديث: 1148، 804/2 واللفظ له.

² أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب جزاء الصيد ونحوه، باب الحج والنذور عن الميت، والرجل يحج عن المرأة، رقم الحديث: 1852، 18/3.

³ منح الجليل: عlish، 362/1 وما بعدها. وشرح الزرقاني على مختصر خليل: عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري (ت 1099هـ)، 178-164/2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1422هـ/2002م. ونهاية المحتاج: الرملي، 131/3، وأسنى المطالب: زكريا الأنصاري، 356/1. وكشاف القناع: البهوتي، 336/3. والحلى بالآثار: ابن حزم، 80-77/8. والمبسوط: السرخسي، 140/15. والموسوعة الفقهية: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، 103/21، الطبعة الثانية، دار ذات السلاسل، الكويت، 1412هـ/1992م. ودراسات في أصول المداينات في الفقه الإسلامي: نزيه حماد، ص16، الطبعة الأولى، دار الفاروق، السعودية، 1411هـ/1990م.

القول الثاني: ما ثبت في الذمة من مال بدلاً عن شيء آخر في عقد، أو إتلاف، أو قرض، وهذا مذهب الحنفية.

قال التهانوي: الدين بالفتح وسكون المثناة التحتانية شرعاً: مال واجب في الذمة بالعقد أو الاستهلاك أو الاستقراض، ويجيء في لفظ القرض. والدين حقيقة وصف في الذمة عبارة عن شغل الذمة بمال وجب بسبب من الأسباب، ويطلق على المال الواجب في الذمة مجازاً لأنه يؤول إلى المال في المال¹.

وقال في فتح القدير: "الدين اسم لمال واجب في الذمة، يكون بدلاً عن مال أتلغه، أو قرض اقترضه، أو مبيع عقد بيعه، أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة وهو المهر، أو استئجار عين"². وجاء في رد المختار: "الدين ما وجب في الذمة بعقد، أو استهلاك، وما صار في ذمته دينا باستقراضه"³.

وعلى هذا يخرج ما ثبت في الذمة من مال ليس بدلاً عن شيء آخر؛ فلا يعد ديناً ما ثبت في الذمة بغير هذه الأسباب الثلاثة، وهي العقد، والإتلاف، والقرض، وهذا مثل الزكاة، والدية، وأرش الجنائية، فالزكاة لا تعد ديناً، لأنها تمليك مال من غير أن يكون بدلاً عن شيء، إنما هي إخراج مال ابتداء بدلاً عن مال نفسه.

¹ كتاب كشف اصطلاحات الفنون والعلوم: التهانوي، حرف الدال، 814/1.

² شرح فتح القدير: ابن الهمام، 206/7.

³ رد المختار: ابن عابدين، 383/7.

المطلب الثاني: حكم الشرط الجزائي في الديون

الفرع الأول: اشتراط الزيادة في الدين عند المماطلة في السداد

وصورته: أن يتم الاتفاق مقدما على أن يدفع المدين للدائن مبلغا من المال غرامة مالية جزائية محددة أو بنسبة معينة مقابل التأخر عن سداد الدين في موعده المحدد. وهذه الزيادة على أصل الدين إما تكون لمصلحة الدائن، أو يُشترط أن تنفق في وجوه الخير.

• اشتراط الزيادة في الدين عند المماطلة في السداد لمصلحة الدائن.

وصورة هذا النوع من الاشتراط حكاها الخطاب بقوله: "إذا التزم المدعى عليه للمدعي أنّه إذا لم يوفّه حقه في كذا فله عليه كذا وكذا، فهذا لا يختلف في بطلانه، لأنه صريح الربا"¹، وهو يدل دلالة مطلقة على تحريم اشتراط الزيادة على أصل الدين بغض النظر عن كونها ناتجة عن اتفاق مسبق أو مماطلة، ومن ثم فإن أداء المدين للدائن أيّ زيادة على أصل الدين عند عدم الوفاء أو التأخر فيه سواء أكانت هذه الزيادة عند إبرام العقد أو بعده أو قبل حصول موجبها، أو كانت بسبب اتفاق مسبق أو نتيجة مماطلة فهي زيادة مشروطة في أصل العقد لا يقابلها عوض.

وقد اتفق فقهاء المذاهب على أن اشتراط هذا المبلغ الزائد على أصل الدين بسبب المماطلة في السداد ربا حرام إجماعا لأنه مطابق لربا الجاهلية: (تقضي أم تري). وبناء على ذلك، فإنه لا يجوز إلزام المدين بأداء شرط جزائي يدفعه للدائن مقابل التأخر في سداد الثمن، وقد جاء في المدونة "كل شيء أعطيته إلى أجل فرد إليك مثله وزيادة فهو ربا"²، وقال القاضي إسماعيل: "وأما الربا فإن

¹ تحرير الكلام في مسائل الالتزام: الخطاب، ص176.

² المدونة: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي (ت 179هـ)، 75/3، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1415هـ/1994م. والجامع لمسائل المدونة: أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي (ت 451هـ)، 11/194، الطبعة الأولى، دار الفكر، 1434هـ/2013م. والبهجة في شرح التحفة (شرح تحفة الحكام): علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التسولي (ت 1258هـ)، 241/2، تحقيق محمد عبد القادر شاهين، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ/1998م.

فساده ليس من وجه القمار والغرر، ولكنه آخذ من صاحبه عوضاً للتأخير الذي لم يجعل الله له ثمناً، أو العوض الذي نحو منفعة، أو ما أشبه ذلك"¹، وقال الجصاص: "معلوم أن ربا الجاهلية إنما كان قرضاً مؤجلاً بزيادة مشروطة، فكانت الزيادة بدلاً من الأجل فأبطله الله تعالى وحرّمه"²، وقال الكاساني: "الزيادة المشروطة تشبه الربا؛ لأنها فضل لا يقابله عوض، والتحرز عن حقيقة الربا، وعن شبهة الربا واجب"³، وقال النووي: "فإن شرط زيادة في القدر حُرّم إن كان المال ربوياً، وكذا إن كان غير ربوي على الصحيح"⁴. وقال ابن قدامة: "وكل قرض شرط فيه أن يزيده، فهو حرام بغير خلاف"⁵.

وقد حكى الإجماع على ذلك غير واحد من الفقهاء، قال ابن عبد البر: "لا أعلم خلافاً في من اشترط للزيادة في السلف أنه ربا حرام لا يحل أكله"⁶. وقال ابن المنذر: "وأجمعوا على أن المسلف إذا شرط عند السلف، هدية أو زيادة، فأسلف على ذلك، أن أخذه الزيادة ربا"⁷.

وهذا ما نصت عليه قرارات المجامع الفقهية، وأفتى به أكثر الفقهاء المعاصرين، حيث جاء في قرار المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشر عام 1409 هـ ما نصه: "إن الدائن إذا شرط على المدين، أو فرض عليه، أن يدفع له مبلغاً من المال، غرامة مالية جزائية محددة، أو بنسبة معينة، إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما، فهو شرط أو قرض باطل، ولا يجب الوفاء

¹ أحكام القرآن: القاضي أبو إسحاق إسماعيل بن إسحاق بن إسماعيل (ت282هـ)، ص69، تحقيق الدكتور عامر حسن صبري، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، 1426هـ/2005م.

² أحكام القرآن: الجصاص، 566/1.

³ بدائع الصنائع: الكاساني، 395/7.

⁴ روضة الطالبين وعمدة المفتين: النووي، 34/4.

⁵ المغني: ابن قدامة، 436/6.

⁶ الاستذكار: ابن عبد البر، 513/6.

⁷ الإجماع: ابن المنذر، ص99.

به، بل ولا يحل، سواء كان الشارط هو المصرف أو غيره؛ لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه"¹.

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (6/2/53) التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السادسة المتعلق ببيع التقسيط ما يلي:

ثالثاً: "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.

رابعاً: يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط، ومع ذلك لا يجوز شرعاً اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء"².

وجاء في معيار المدين المماطل الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية أنه:

"2/1/2: لا يجوز اشتراط التعويض المالي نقداً أو عيناً، وهو ما يسمى بالشرط الجزائي، على المدين إذا تأخر عن سداد الدين سواء نص على مقدار التعويض أم لم ينص، وسواء كان التعويض عن الكسب الفائت (الفرصة الضائعة) أم عن تغير قيمة العملة.

3/1/2: لا تجوز المطالبة القضائية للمدين المماطل بالتعويض المالي نقداً أو عيناً عن تأخير الدين.

4/1/2: يتحمل المدين المماطل مصروفات الدعوى كما يتحمل المصروفات التي غرمها الدائن من أجل تحصيله دينه"³.

¹ قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دوراته العشرين: الإصدار الثالث، ص 297، (1398-1432هـ/1977م-2010م).

² مجلة مجمع الفقه الإسلامي: العدد السادس، 1/447-448، 1410هـ/1990م.

³ المعايير الشرعية: الأيوبي، ص 93-94.

ومن الفقهاء المعاصرين الذين صرحوا بحرمة هذا النوع من التعامل نجد مصطفى الزرقا الذي قال: "إن الاتفاق على مقدار ضرر الدائن من تأخير الوفاء، له محذور كبير، وهو أنه قد يصبح ذريعة لربا مستور بتواطؤ بين الدائن والمدين، بأن يتفقا في القرض على فوائد زمنية ربوية، ثم يعقد القرض لمدة قصيرة وهما متفاهمان على أن لا يدفع المدين القرض في ميعاده، لكن يستحق عليه الدائن تعويض تأخير متفق عليه مسبقاً يعادل سعر الفائدة، فلذلك لا يجوز في نظري"¹، وهو الرأي نفسه الذي صرح به الصديق محمد الأمين الضرير في بحثه المقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي حول الشرط الجزائي حيث قال: "يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً"² وقال أيضاً: " لا يجوز أن يتفق البنك مع العميل المدين على أن يدفع له مبلغاً محددًا، أو نسبة من الدين الذي عليه في حالة تأخره عن الوفاء في المدة المحددة، سواء سمي هذا المبلغ غرامة، أو تعويضًا، أو شرطاً جزائياً، لأن هذا هو ربا الجاهلية المجمع على تحريمه"³.

كما صرح بذلك وهبة الزحيلي حيث قال: "يحرم التغريم بسبب تأخير الديون بمقتضى حكم الشرط الجزائي ...، لأن الزيادة المقررة به على أصل الدين هي بغير شك من ربا الجاهلية: (أتقضي أم تربى)"⁴. وقد صرح كذلك علي السالوس في خاتمة بحثه المقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية

¹ هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟: مصطفى أحمد الزرقا، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد الثاني، المجلد الثاني، ص 110، 1405هـ/1985م.

² الشرط الجزائي: الصديق محمد الأمين الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، العدد الثاني عشر، 76/2، 1421هـ/2000م.

³ الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة: الصديق محمد الأمين الضرير، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد الأول، المجلد الثالث، ص 118، 1405هـ.

⁴ المعاملات المالية المعاصرة بحوث وفتاوى وحلول: وهبة الزحيلي، ص 179، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، 1423هـ/2002م.

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"¹.

ومما تقدم يتبين أن كل زيادة على أصل الدين مقابل عدم الوفاء، أو التأخير في الأداء محرمة شرعا سواء أكانت مشروطة في العقد كالشرط الجزائي، أم لم تشترط إلا عند حلول الأجل؛ ذلك أن الفقه الإسلامي قرّر أن الدائن ليس له إلا دينه، سواء أخذه وقت استحقاقه، أم بعد مدة المثل، وتأسيسا على ذلك؛ تتقرر حرمة الشرط الجزائي في الديون، ومقتضاها أنه لا يجوز للدائن أن يشترط على المدين المماطل غرامة تأخير لأن ذلك الشرط ذريعة إلى ربا النسيئة، فهو شرط باطل، يبطل به العقد عند المذاهب الأربعة لقوله ﷺ: (المسلمون على شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا، أو أحل حراما)².

● اشتراط الزيادة في الدين عند المماطلة في السداد لمصلحة غير الدائن (تصرف في وجوه الخير).

تحرير محل النزاع:

مما تقدم تبين أن مجرد التأخير لا يوجب زيادة على أصل الدين وهو بالاتفاق عين الربا، وكذلك يحرم اشتراط الزيادة في الدين عند المماطلة في السداد لمصلحة الدائن عند أكثر الفقهاء المعاصرين، إلا أنهم اختلفوا في حالة اشتراط زيادة على المدين المماطل لصرفها في وجوه الخير، وهذا الاختلاف راجع إلى النية والقصد في تأخير الدين الذي يعود إلى حال المدين من حيث الإعسار واليسار، فإن كان المدين معسرا فقد اتفقوا على وجوب إنظاره لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ

¹ الشرط الجزائي: علي أحمد السالوس، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، العدد الثاني عشر، 165/2، 1421هـ/2000م.

² سبق تخريجه، ص174.

فَنَظَرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴿٢٧١﴾¹ قال ابن رشد الجدل: "المطالبة بالدين إنما تجب مع القدرة على الأداء، فإذا ثبت الإعسار، فلا سبيل إلى المطالبة، ولا إلى الحبس بالدين لأن الخطاب مرتفع عنه إلى أن يوسر"². وقال ابن العربي: "إذا لم يكن المديان غنيا فمطله عدل، وينقلب الحال على الغريم فتكون مطالبته ظلما، لأن الله تعالى قال: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾"³، هذا إذا كان العسر والعدم طارئا على المعاملة، فأما إن كان العدم قبل المعاملة، فلا يخلو: أن يعلم به الغريم، أولا يعلم، فإن أعلمه به خرج عن حكم الدنيا والآخرة، وإن لم يعلمه، كان غررا وعليه الإثم الأعظم في التدليس لإخفاء حاله على عامله"⁴.

أما إذا كان المدين موسرا ممطلا فقد اختلفوا في اشتراط الزيادة عليه على قولين:

القول الأول: لا يجوز اشتراط الزيادة في الدين عند المماطلة في السداد بغير عذر معتبر شرعا لصرفها في وجوه الخير.

القول الثاني: يجوز اشتراط الزيادة في الدين عند المماطلة في السداد بغير عذر معتبر شرعا لصرفها في وجوه الخير⁵. وصدرت به بعض القرارات والفتاوى منها:

● هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: فقد جاء في معيار المدين المماطل: "يجوز أن ينص في عقود المدائنة؛ مثل المراجعة، على التزام المدين عند المماطلة بالتصدق بمبلغ،

¹ سورة البقرة، الآية: 279.

² المقدمات الممهدة: ابن رشد، 306/2.

³ سورة البقرة، الآية: 279.

⁴ عارضة الأحودي شرح صحيح الترمذي: ابن العربي المعافري المالكي (ت543هـ)، 47-46/6، دار الكتب العلمية، بيروت، دون طبعة وبدون تاريخ.

⁵ ومنهم: محمد تقي العثماني في كتابه بحوث في قضايا فقهية معاصرة: ص44-46، طبعة خاصة، دار القلم، دمشق، 1434هـ/2013م. ومحمد عثمان شبير، في بحثه صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي المنشور في كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: 833/2-895، الطبعة الأولى، دار النفائس، عمان، الأردن، 1418هـ/1998م. ووهبة الزحيلي في كتابه المعاملات المالية المعاصرة، ص178.

أو نسبة من الدين بشرط أن يصرف ذلك في وجوه البر بالتنسيق مع هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة"¹.

● ندوة البركة الثانية عشر حيث جاء في فتاها ما نصه: "التعويض عن طريق الحكم على المتخلف عن السداد لا يجوز شرعاً، إلا إذا كان هناك التزام مسبق من العميل بدفع زيادة تصرف في وجوه الخير، وفي حال المماطلة، وحينئذ تؤخذ هذه الزيادة، وتصرف في وجوه البر دون أن تدخل موارد البنك"².

● مؤتمر المستجدات الفقهية الأول بشأن الشرط الجزائي الذي خلص إلى أنه: "يجوز أن يشترط على المدين دفع مبلغ من المال، ليصرف في وجوه البر إذا تأخر عن سداد الدين بدون عذر مقبول"³.

أدلة القول الأول:

استدل المحرمون لاشتراط الزيادة في الدين عند المماطلة في السداد لصرفها في وجوه الخير بأدلة كثيرة، منها:

1. عموم الآيات الدالة على تحريم الربا:

يقول الله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَفْهُمُونَ إِلَّا كَمَا يَفْهُمُ الَّذِينَ يَتَحَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَالِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ

¹ المعايير الشرعية: المعيار 3، ص94.

² فتاوى الهيئة الشرعية للبركة: جمع وتنسيق الدكتور عبد الستار أبو غدة، والدكتور عز الدين محمد خوجة، فتوى رقم (14/13)، ص304، الطبعة الثانية، 1423-2003م.

³ الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية: محمود عبد الكريم أحمد إرشيد، ص382، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 1421هـ/2001م.

الرَّبَّوْا ﴿٢٧٤﴾¹، ويقول عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُّؤْمِنِينَ﴾ ﴿٢٧٧﴾ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٢٧٨﴾².

يتبين وجه الدلالة من الآيات من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: دلت الآيات على تحريم الربا، وحقيقته أخذ زيادة من المدين على غير عوض مقابل التأخر في سداد دينه، ولا فرق بين أن تكون هذه الزيادة لمصلحة الدائن، أو لغيره، ولو صرفت في وجوه الخير، لأن مناط تحريم الربا هو الزيادة المشروطة، فلا يؤثر مجال صرفها في مناط تحريمها.

الوجه الثاني: يدل منطوق قوله تعالى: (فلکم رؤوس أموالکم) على أن الدائن ليس له إلا رأس ماله، إذ يحرم عليه أخذ الزيادة على الدين، ويدل مفهومه على أن الدائن لا يلزمه إلا أداء أصل دينه دون زيادة، وإلزامه بأداء زيادة على أصل الدين مقابل التأخر في السداد لغير الدائن مخالف لهذا المفهوم³.

الوجه الثالث: قال تعالى: (لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ)؛ أي لا تظلمون الغريم بطلب زيادة على رأس المال، ولا تظلمون أنتم بنقصان رأس المال، أو بالمطل، وفيه دلالة على الحكمة من تحريم الزيادة على المدين مقابل التأخر في السداد، وهي كون ذلك ظلماً له، فكما لا يجوز أن يُظلم الدائن بعدم

¹ سورة البقرة، الآية: 274.

² سورة البقرة، الآيتان: 277 و 278.

³ الماطلة في الديون دراسة تأصلية تطبيقية: سلمان بن صالح الدخيل، ص509، رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية الشريعة بالرياض، 1424هـ/1425هـ. والشروط التعويضية في المعاملات المالية: العنزي، 211/1. بتصرف

رجوع رأس ماله إليه، كذلك لا يجوز أن يُظلم المدين بإلزامه بدفع زيادة على رأس المال الواجب عليه، سواء أخذها الدائن، أو غيره كجهة بر، لكونها ظلما للمدين في الحالتين¹.

2. قوله ﷺ: (لعن رسول الله ﷺ أكل الربا، ومؤكله، وكاتبه، وشاهديه، وقال: هم سواء)²، وقوله أيضا: (فمن زاد أو استزاد فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء)³.

وجه الدلالة من الحديثين أن الشارع سَوَّى في الحكم بين آكل الربا وهو الآخذ للزيادة ومؤكله وهو المعطي لها، وإعطاء المدين للزيادة ربا صراح محرم شرعا سواء أعطاها للدائن أو لغيره، بل إن حال المدين أولى بالمراعاة من الدائن أو غيره في كثير من الأحكام، ولذا فرض الله إنظار المعسر بلا عوض مادي، وحث على الصدقة عليه، وأجاز له أخذ الزكاة، ورغب في قرض المحتاجين⁴.

¹ المماثلة في الديون: سلمان الدخيل، ص509. والشروط التعويضية في المعاملات المالية: العنزي، 211/1.

² أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب اللباس، باب من لعن المصور، رقم الحديث: 5962، 169/7. ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب لعن آكل الربا ومؤكله، رقم الحديث: 1598، 1219/3، واللفظ له.

³ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا، رقم الحديث: 1587، 1211/3.

⁴ المماثلة في الديون: سلمان الدخيل، ص509.

3. قوله ﷺ: (لي الواجد يحل عرضه وعقوبته)¹.

وجه الدلالة من الحديث تبين من وجهين:

الوجه الأول: "مطل المدين لا يوجب زيادة في الدين"²، وقد أحل الشارع للدائن عرض المدين المماطل وعقوبته حالة مماطلته في أداء ما عليه، فأحل عرضه بشكايته والتشهير به ووصفه بالظلم والمطل، وأحل عقوبته بالحبس والضرب، وبيع ماله جبراً عليه ونحو ذلك، ولم يحل ماله. قال ابن العربي: "فجعل مطل الغني ظلماً، والظالم لا محالة مستحق العقوبة وهي الحبس، لاتفاقهم على أنه لم يرد غيره"³.

الوجه الثاني: "أنه باستقراء ما ذكره العلماء في عقوبات المدين المماطل بغير حق نجد أنه لم ينقل عن أحد منهم قبل هذا العصر أنه قضى أو أفتى بجواز اشتراط غرامة مالية تدفع لغير المدين، كجهات البر ونحوها، مع قربها من الذهن لو كانت جائزة، بل لا يذكرون في هذا المقام إلا العقوبات الزاجرة عن المماطلة في الديون، كالسجن، والضرب، والمنع من فضول المباحات، وبيع المال جبراً،

¹ أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب في الحبس في الدين وغيره، رقم الحديث: 3628، 473/5، قال أبو داود: "قال ابن المبارك: يحل عرضه: يغلظ له، وعقوبته: يحبس له". وابن ماجه في سننه، كتاب الصدقات، باب الحبس في الدين والملازمة، رقم الحديث: 2427، 497/3. والنسائي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب مطل الغني، رقم الحديث: 6243، 89/6. والحاكم في المستدرک على الصحيحين، كتاب الأحكام، رقم الحديث: 7065، 114/4، قال الحاكم: "هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه"، وصححه الذهبي في التلخيص، 114/4. ورواه البخاري معلقاً في كتاب في الاستقراض، باب لصاحب الحق مقال، رقم الحديث: 2401. وقال: قال سفيان: عرضه: يقول: مطلتي: وعقوبته الحبس". يُنظر: صحيح البخاري: 118/3. وقال ابن حجر في الفتح: "اللي بالفتح: المطل..، والواجد بالجيم: الغني من الوجد بالضم، بمعنى القدرة. ثم قال: "والحديث المذكور وصله أحمد، وإسحاق في مسنديهما، وأبو داود، والنسائي، من حديث عمرو بن الشريد بن أوس الثقفي عن أبيه، بلفظه، وإسناده حسن". يُنظر: فتح الباري، ابن حجر العسقلاني، 528/7.

² شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناي: الزرقاني، 107/5. والحواشي الشريفة والتحقيقات المنيفة على شرح التاودي على لامية الزقاق: التسولي، ص 210-211. ومنح الجليل: عlish، 532/4.

³ أحكام القرآن: ابن العربي، 75/1.

ونحوه، مما يدل على أنه من المقرر عندهم: أن مثل هذا الشرط داخل في الربا المحرم؛ إذ هو زيادة في دين مقابل زيادة في أجل¹.

أدلة القول الثاني:

استدل المجيزون لاشتراط الزيادة في الدين عند المماطلة في السداد لصرفها في وجوه الخير بأدلة كثيرة، منها:

1. أن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما قام الدليل على تحريمه.

لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾²، وقوله ﷺ: (المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا، أو أحل حراما)³.

وجه الاستدلال: أن اشتراط غرامة التأخير على المدين المماطل مقابل تأخره في الوفاء شرط صحيح معتبر لا يترتب عليه وقوع في محرم، إذ الزيادة ليست لمصلحة الدائن، وفي اشتراطها غرض صحيح مقصود لأحد المتعاقدين، وهو تحقيق النفع للفقراء، وحفز المدين على الوفاء بالدين في الوقت المحدد، وتوفير الاطمئنان للدائن على ماله⁴.

المناقشة: نقش هذا الاستدلال بأن هذا الشرط يؤدي إلى الربا المحرم، لأنه زيادة مشروطة على أصل الدين مقابل التأخر في الوفاء فلا يصح، ولا فرق بين أن تكون هذه الزيادة لمصلحة الدائن أو أن تصرف للفقراء لتحقق مناط التحريم في الحالتين معا.

¹ المماطلة في الديون: سلمان الدخيل، ص510. والشروط التعويضية في المعاملات المالية: العنزي، 213/1.

² سورة المائدة، الآية:1.

³ سبق تحريجه، ص174.

⁴ بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: محمد عثمان شبير، 879/2. بتصرف

وكذلك نوقش الاستدلال بأن الشرط الجزائي لمصلحة الغير له غرض صحيح بأنه استدلال في غير محله؛ ذلك أن هذا الغرض حاصل إذا كان الاشتراط لمصلحة الدائن وهو محرم.

2. ما ورد عن عمرو بن الشريد عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: (لي الواجد¹ يحل عرضه وعقوبته)².

وجه الاستدلال:

دل قوله: "وعقوبته" على جواز معاقبة المدين الموسر المماطل بما يردعه عن المطل، ما لم تخالف هذه العقوبة دليلاً شرعياً فتمنع، وقد وردت العقوبة مطلقة في الحديث فعمت كل أنواع العقوبة عموماً بدلياً، إذ لا يصح حصرها في الحبس والضرب فقط، فتشمل العقوبة بالمال، خاصة وأن هذا المال لن يستفيد منه الدائن بل سيصرف في وجوه الخير فلا يترتب عليه محرم، فيجوز³.

المناقشة: نوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: الاستدلال بالحديث على جواز العقوبة بالمال غير مسلم، لأن الفقهاء فسروا العقوبة بالحبس والضرب، ويبيع المال جبراً، ونحو ذلك، ولم ينقل عن أحدهم تفسير العقوبة بالمال، على اختلاف بينهم في جواز التعزير بالمال⁴، قال النووي: "قال العلماء: يحل عرضه: أن يقول:

¹ اللي بالفتح: المطل...، والواجد بالجيم: الغني من الوُجد بالضم، بمعنى القدرة. يُنظر: فتح الباري: ابن حجر العسقلاني، 528/7.

² سبق تخرجه، ص210.

³ المماطلة في الديون: سلمان الدخيل، ص511. بتصرف

⁴ المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء: نزيه حماد، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد الأول، المجلد الثالث، ص 111، 1405هـ/1985م. ورأي آخر: في مطل الغني هل يلزم بالتعويض: مُجد زكي عبد البر، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، العدد الأول، المجلد الثاني، ص168، 1410هـ/1990م. وبحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: مُجد عثمان شبير، 869-868/2. وبحوث في قضايا فقهية معاصرة: مُجد العثماني، ص41. ومشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية، دراسة فقهية لغرامات التأخير والبدائل: علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الرابع عشر، 504/4، 1425هـ/2004م. والمماطلة في الديون: سلمان الدخيل، ص511. بتصرف

ظلمني ومطلني، وعقوبته: الحبس والتعزير"¹ وقال ابن تيمية: "الظالم يستحق العقوبة والتعزير، وهذا أصل متفق عليه: أن كل من فعل محرماً، أو ترك واجباً، استحق العقوبة، فإن لم تكن مقدرة بالشرع كان تعزيراً يجتهد فيه ولي الأمر، فيعاقب الغني المماطل بالحبس، فإن أصر عوقب بالضرب، حتى يؤدي الواجب، وقد نص على ذلك الفقهاء من أصحاب مالك، والشافعي، وأحمد، وغيرهم، ولا أعلم فيه خلافاً"².

الوجه الثاني: أن عقوبة التعزير بالمال يرجع النظر فيها للحاكم عند من يقول بجوازها، إذ إن تفويض تنفيذها إلى آحاد الناس سيؤدي إلى المنازعة والفوضى التي لا يقبلها شرع ولا عقل³.

3. أن هذا الاشتراط من قبيل الالتزام بالتبرع المعلق على عدم الوفاء بالشرط، وهو جائز
عند ابن دينار من المالكية خلافاً للمشهور، قال الخطاب: "إذا التزم أنه إن لم يُؤقِّه حقه في وقت كذا، فعليه كذا وكذا لفلان، أو صدقة للمساكين، فهذا محل الخلاف المعقود له هذا الباب، فالمشهور أنه لا يقضى به —كما تقدم—، وقال ابن دينار: يقضى به"⁴.

المناقشة: نوقش هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول: أن إلزام الدائن المدين بأن يتبرع بمبلغ من المال لصالح الفقراء في حالة التأخر عن السداد مخالف تماماً للالتزام بالتبرع الذي ورد فيه الخلاف عند المالكية؛ ذلك أن الالتزام بالتبرع عندهم

¹ المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت 676هـ)، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني، وصحة الحوالة، واستحباب قبولها إذا أحيل على ملي، الحديث رقم: 1564، 227/10، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1392هـ.

² السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية: أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية (ت 728هـ)، 227/10، تحقيق علي بن محمد العمران، الطبعة الرابعة، دار عطاءات العلم، 1440هـ/2019م. ومجموع الفتاوى: ابن تيمية، 279/28.

³ بحوث في قضايا فقهية معاصرة: محمد العثماني، ص 41-42. والمماطلة في الديون: سلمان الدخيل، ص 511. والشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: اليمني، ص 185. بتصرف

⁴ تحرير الكلام في مسائل الالتزام: الخطاب، ص 176.

يكون بمحض إرادة الملتزم، فهو الذي يُلزم نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً، أو معلقاً على شيء¹، لا أن يُلزمه الغير بالتبرع، ومن ثم لا يصح تخريج هذا الشرط على التزام التبرع.

الوجه الثاني: أن هذا الاشتراط في حقيقته ربا، لأنه زيادة مشروطة على ما تقرر في ذمة المدين مقابل تأخره في السداد يتولى المصرف نفسه بصرفها بدل المدين، فتبين كونها معاوضة عن المطلق، وليست تبرعا محضاً².

4. القياس على شرط العتق أو التدبير³.

نوقش هذا الدليل بأنه قياس مع وجود الفارق، لأنه شرط في البيع، ومبنى البيع على جواز الشروط إلا ما قام الدليل على منعه، وهذا بخلاف اشتراط الزيادة على الدين لأن مبنى الدين على المنع، والزيادة المشروطة فيه ربا⁴، وأن الشيء المعتوق أو المدبر ليس زيادة مشروطة على أصل الدين فلا يصح قياس إلزام المدين بالتبرع بغرامة عن التأخر في الوفاء عليه.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول الذي يذهب إلى عدم اشتراط الزيادة في الدين عند المماطلة في السداد بغير عذر معتبر شرعا لصرفها في وجوه الخير، وذلك لما يلي:

1. لقوة أدلة هذا القول، وضعف أدلة القول الثاني، وعدم صمودها أمام المناقشة.
2. أن هذا الشرط في حقيقته ربا، لأنه زيادة على أصل الدين تُفرض على المدين مقابل تأخره في السداد، وهذا الذي منع الفقهاء المتقدمين من الإقدام على تفسير العقوبة بالعقوبة المالية،

¹ المماطلة في الديون: سلمان الدخيل، ص512. بتصرف

² المرجع نفسه: ص512. بتصرف

³ بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: محمد عثمان شبير، 878/2.

⁴ التعويض عن التأخير في سداد الديون: سعد بن عبد العزيز الشويخ، مجلة العدل، العدد56، ص129-130، 1433هـ.

وذلك سدا لباب الذريعة، وصونا للشرعية، ولا يؤثر مجال صرف هذه الزيادة - كما سبق - في مناط تحريمها.

3. لو جازت العقوبة المالية زجرا للمدين عن مماطلته في سداد ما عليه من دين، لبينها النبي صلى الله عليه وسلم لأن المقام مقام بيان، ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة¹.

4. القول بجواز اشتراط الزيادة في الدين عند المماطلة في السداد بغير عذر معتبر شرعا لصرفها في وجوه الخير ربا، وإن لم يكن كذلك فهو وسيلة إليه، والحكم بتحريمه حكم بإعمال للقواعد، وباستحضار للواقع، وبالنظر في المآلات التي يفضي إليها هذا الشرط، ويظهر ذلك من خلال ما يلي: "استطاع أحد البنوك تحصيل الموافقة من الهيئة الشرعية على اشتراط التعويض عن التأخير، وعلى غرامة التأخير، فوافقت الهيئة على أن تصرف في وجوه الخير، ولكن الإدارة كانت ذكية، فأخذت موافقة أخرى من الهيئة على اقتطاع جزء من هذه الغرامة في مقابل الإجراءات الإدارية، وحينئذٍ كلفت الإدارة أحد موظفيها باحتساب مقدار التكلفة الإدارية، حيث بلغت قريبا من الغرامة المحصلة، وبالتالي دخلت في جيب البنك"².

5. الذي حرم الزيادة في الدين قد حرمها وهو يعلم وجود الفقراء، ومتى كانت العلة طارئة فلا يصح القياس عليها، فإما أن تكون أصلية منصوصة أو مستنبطة بإيماء من الشرع ونحوه، وأين كل ذلك من الربا؟.

¹ التعويض عن التأخير في سداد الدين: سعد الشويخ، ص 131.

² مشكلة الدين المتأخرة في البنوك الإسلامية: القره داغي، ص 504.

الفرع الثاني: التعويض عن الضرر عند المماطلة في السداد

1. مفهوم التعويض عن الضرر

• تعريف التعويض لغة واصطلاحاً:

أ- التعويض في اللغة:

تدل مادة (عوض) في اللغة على بدل للشيء، أي العوض، قال الخليل: عاض يعوض عوضاً وعياضاً، والاسم العوض، والمستعمل التعويض، تقول: عوضته من هبته خيراً. واعتاضني فلان، إذا جاء طالباً للعوض والصلة. واستعاضني، إذا سألك العوض تقول: عضت فلاناً وأعضته وعوضته إذا أعطيته بدل ما ذهب منه، وتعوض منه، واعتاض: أخذ العوض، واعتاضه منه واستعاضه وتعوضه كله: سأله العوض.¹

ب- التعويض في الاصطلاح:

لم تورد كتب الفقه عند المتقدمين لفظ التعويض، وإنما استعملت بدله لفظ الضمان، غير أن مفهوم الضمان أوسع من مفهوم التعويض عندهم، ذلك أن الفقهاء يطلقونه في المسائل الفقهية للدلالة على التعويض أو الكفالة، أما في التعريفات فقد يأتي للدلالة على أحدهما فقط كما في تعريف المالكية للضمان فإنهم يقصدون به الكفالة، يقول ابن الحاجب في تعريفه: "الضمان شغل ذمة

¹ مقاييس اللغة: ابن فارس، كتاب العين، باب العين والواو وما يثلاثهما، مادة (عوض)، 88/4. ولسان العرب: ابن منظور، فصل العين المهملة، مادة (عوض)، 192/7.

أخرى بالحق"¹، لكنهم في المسائل الفقهية يستعملونه للدلالة على التعويض²، أو الاستبدال بالشيء³، وهو من معاني التعويض في اللغة.

أما عند الفقهاء المعاصرين فقد عرفه مُجَدُّ شلتوت بأنه: "المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو مال أو شرف"⁴. وقد أورد في تعريفه لفظ "شرف" إشارة إلى الضرر الأدبي.

وعُرف أيضاً بأنه: "دفع ما وجب من بدل مالي بسبب إلحاق الضرر بالغير"⁵. وعرفه بوساق بأنه: "هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو مال"⁶. وهو نفسه تعريف مُجَدُّ شلتوت مع حذف زيادة "أو شرف" الدالة على جواز التعويض عن الضرر المعنوي، وقد حذفها بوساق لأنه يرى عدم جواز التعويض عنه.

ومن خلال هذه التعريفات يتبين أن التعويض قائم على مبدأ إزالة الضرر المادي اللاحق بالآخرين⁷، "ومرتبط بوقوع الضرر وجوداً وعدمه كارتباط المعلول بعلته"⁸.

¹ جامع الأمهات: ابن الحاجب، ص 391.

² يقول القرافي: "أسباب الضمان ثلاثة: الإهلاك كإحراق الثوب، أو التسبب للهلاك كحفر البئر، أو وضع يد غير مؤمنة كيد الغاصب أو قابض المبيع الفاسد". يُنظر: الذخيرة: القرافي، 245/7.

³ المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب: أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي (ت 914هـ)، 210-209/7، التحقيق بإشراف مُجَدُّ حجي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1401هـ/1981م.

⁴ المسؤولية المدنية والجناحية عن فعل الغير في الشريعة الإسلامية: محمود شلتوت، ص 35، مكتبة الجامع الأزهر للشؤون العامة، القاهرة، مصر، دون طبعة وبدون تاريخ.

⁵ الموسوعة الفقهية: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، 35/13، الطبعة الثانية، دار ذات السلاسل، الكويت، 1408هـ/1988م.

⁶ التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي: مُجَدُّ بن المدني بوساق، ص 155، الطبعة الأولى، دار إشبيلية، 1419هـ/1999م.

⁷ نظرية الضمان في الفقه الإسلامي: فوزي فيض الله، ص 158، الطبعة الأولى، مكتبة دار التراث، الكويت، 1403هـ/1983م.

⁸ الشروط التعويضية في المعاملات المالية: العنزي، 326/1. والنظريات الفقهية: فتحي الدريني، ص 212، الطبعة الثانية، جامعة دمشق، 1416-1417هـ/1996-1997م.

• تعريف الضرر لغة واصطلاحاً:

أ- الضرر في اللغة:

الضرر: ضد النفع، ويطلق على الهزال وسوء الحال، والفقر، والشدة في البدن والفاقة¹، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَيُّوبَ إِذْ نَادَىٰ رَبَّهُ أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ وَأَنْتَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ﴾²، أي المرض³.

ب- الضرر في الاصطلاح:

عُرف الضرر بتعريفات عديدة نورد منها:

التعريف الأول: "الضرر هو الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير تعدياً، أو تعسفاً، أو إهمالاً"⁴. وهذا تعريف للضرر باعتبار سبب وقوعه⁵.

التعريف الثاني: "المراد بالضرر كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله، سواء كانت ناتجة عن نقصها، أم عن نقص منافعها، أو عن زوال بعض أوصافها، ونحو ذلك من كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر"⁶.

¹ مقاييس اللغة: ابن فارس، كتاب الضاد، باب الضاد في المضاعف والمطابق، مادة (ضر)، 360/3. ولسان العرب: ابن منظور، حرف الراء، فصل الضاد المعجمة، مادة (ضر)، 482/4. ومختار الصحاح: الرازي، باب الضاد، ماد (ض ر ر)، ص183. والمصباح المنير: الفيومي، كتاب الضاد، باب الضاد والراء وما يثلثهما، مادة (ض ر ر)، 360/2.

² سورة الأنبياء، الآية: 82.

³ المصباح المنير: الفيومي، كتاب الضاد، الضاد والراء وما يثلثهما، مادة (ض ر ر)، 360/2.

⁴ الضرر في الفقه الإسلامي - تعريفه، أنواعه، علاقاته، ضوابطه، جزأه - : أحمد مواني، 97/1، الطبعة الأولى، دار ابن عفان، 1418هـ/1997م.

⁵ الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: البيني، ص162.

⁶ الضمان في الفقه الإسلامي: علي الخفيف، ص38، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000م.

ويؤخذ على هذا التعريف أنه غير جامع؛ لأنه لم يشمل جميع أنواع الضرر، وإنما اقتصر على الضرر المالي فقط، وأغفل الضرر البدني والمعنوي، ولعله قصر التعريف على الضرر المالي لأنه يعتبر أن الضرر البدني عقوبة توجب التعويض وإن كان بدلا ماليا كالدية، أما الضرر الأدبي فإنه لم يورده لأنه يرى عدم جواز التعويض عنه.

التعريف الثالث: "ما يصيب المعتدى عليه من الأذى فيتلف له نفسا، أو عضوا، أو مالا متقوما محترما"¹.

التعريف الرابع: "إلحاق مفسدة بالغير مطلقا، سواء في الأموال أو الحقوق أو الأشخاص"².

التعريف الخامس: "كل إيذاء يلحق الشخص، سواء أكان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته"³.

ويؤخذ على التعريفين الثالث والرابع أنهما أغفلا المحترزات مما جعلهما غير مانعين لأنهما بهذا الإطلاق، يمكن اعتبار إتلاف المال غير المتقوم ضررا، وإتلاف النفس غير المغصوبة كذلك⁴. كما أن التعريف الثاني يؤخذ عليه أنه لم يدرج الضرر المعنوي.

التعريف السادس: "الضرر هو كل أذى يلحق الشخص، سواء أكان في مال متقوم محترم، أو جسم معصوم، أو عرض مصون"⁵. وهذا تعريف جمع جميع أفراد المعرف، وذكر محترزاته، وهو تعريف للضرر باعتبار محله.

¹ المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن: محمد سيد أمين، ص93، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1384هـ.

² معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء: نزيه حماد، ص287.

³ نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - : وهبة الزحيلي، ص 29، الطبعة التاسعة، دار الفكر، دمشق، 1433هـ/2012م.

⁴ التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي: محمد بوساق، ص28. بتصرف

⁵ المرجع نفسه: ص28.

والضرر هو علة وجوب التعويض (الضمان) في الفقه الإسلامي، فإذا وقع الضرر وجب التعويض، وإذا انتفى الضرر انتفى التعويض، فالتعويض يدور مع الضرر وجوداً وعدمًا¹.

الفرع الثالث: أنواع الضرر

وهي نوعان:

1. الضرر المادي:

ويقصد به الضرر "الذي يصيب الشخص في جسمه أو ماله أو يترتب عليه انتقاص حقوقه المالية أو تفويت مصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية"².

وهو على ضربين: بدني، ومالي.

• الضرر البدني:

وهو ما كان محله بدن الإنسان وشرع فيه القصاص، أو الدية المقدرة شرعاً، أو الأرش مقدراً أو غير مقدر، سواء أكان هذا الضرر بإزهاق نفس، أو جناية، أو قطع عضو من الأعضاء، أو تعطيل معنى من المعاني كإحداث شلل، أو إذهاب السمع أو البصر، أو جرح، أو تشويه خلقي، أو عاهة تقعد عن العمل والكسب³.

¹ الضمان في الفقه الإسلامي: علي الخفيف، ص38-39. والنظريات الفقهية: الدريني، ص212. والشروط التعويضية في المعاملات المالية: العنزي 325/1.

² التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة: مقدم السعيد، ص43، الطبعة الأولى، دار الحداثة، 1985م.

³ ضمان العدوان في الفقه الإسلامي: محمد أحمد سراج، ص151، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1414هـ/1993م. والضمان في الفقه الإسلامي: علي الخفيف، ص38. والتعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي: محمد بوساق، ص39. والشروط التعويضية في المعاملات المالية: العنزي، 334/1. بتصرف

• الضرر المالي:

وهو "ما كان محله مالا، سواء أكان حيوانا، أم منقولا، أم عقارا، سواء أكان بالإتلاف كليا أو جزئيا، أو بالغصب، أو التعيب، أو التعطيل، أو بنقص قيمته"¹.

و"يدخل في الضرر المالي ما أصاب المضرور من ضرر فعلي متحقق تسبب في خسارة مالية أو فوات ربح مؤكد عند من يقول بصحته"²، كما سيأتي — إن شاء الله تعالى—.

والضرر المالي عند الملكية يقع على أمرين:

الأول: ما يؤدي إلى الإضرار بالرقبة والذات: الأصول الثابتة والمنقولات والحيوان والنقود.

الثاني: ما يؤدي إلى نقص المنفعة دون الإضرار بالرقبة كإحداث الفرن بإزاء الفرن، أو الرحي بقرب الرحي، فإنه لا يمنع ذلك³.

2. الضرر المعنوي (الأدي):

وهو يشمل كل أذى يصيب الإنسان في شرفه، أو عاطفته، أو شعوره، وسمي ضررا أدبيا أو معنويا، لأنه غير مادي، فإن محله العاطفة والشعور، سواء أكان قولاً أم فعلاً يستهدف امتهان كرامة الإنسان، ومن أمثلته: القذف، والسب والشتم، أو التحقير، أو الامتهان في المعاملة، أو الضرب الذي لا يحدث أثرا، أو الإخلال بالالتزام⁴.

¹ التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي: محمد بوساق، ص40. وضمان العدوان في الفقه الإسلامي: محمد سراج، ص118.

² الشروط التعويضية في المعاملات المالية: العنزي، 335/1.

³ الإلتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد ميارة الفاسي (ت1072هـ)، 454/2، تحقيق محمد عبد السلام محمد سالم، دون طبعة، دار الحديث، القاهرة، 1422هـ/2011م. بتصرف

⁴ التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي: محمد بوساق، ص29. والضمان في الفقه الإسلامي: علي الخفيف، ص44. وضمان العدوان في الفقه الإسلامي: محمد سراج، ص118. والضرر في الفقه الإسلامي: أحمد مواني، 1023/2. بتصرف

والتعبير عن هذا النوع من الضرر بالضرر المعنوي لم يذكر لدى الفقهاء المتقدمين، وإنما هو تعبير حادث، جاء في الموسوعة الكويتية: " لم نجد أحدا من الفقهاء عبر بهذا، وإنما هو تعبير حادث. ولم نجد في الكتب الفقهية أن أحدا من الفقهاء تكلم عن التعويض المالي في شيء من الأضرار المعنوية"¹.

الفرع الرابع: نوع الضرر المعوض عنه

لا خلاف بين الفقهاء قديما وحديثا في جواز التعويض عن الضرر المادي، وعامة الفقهاء لا يميزون التعويض عن الضرر المعنوي، بل نقل إجماع المذاهب على هذا الرأي²، وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: عدم جواز التعويض المالي عن الضرر المعنوي (الأدبي).

وهو قول جمهور الفقهاء المعاصرين³، وما نص عليه مجمع الفقه الإسلامي في قراره الصادر في دورته الثانية عشر رقم (109) (3 / 12) بشأن موضوع الشرط الجزائي الذي يمنع التعويض عن الضرر المعنوي، فقد جاء في الفقرة الخامسة منه: "الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي. وما لحق المضرور من خسارة حقيقية وما فاتته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي"⁴.

¹ الموسوعة الفقهية الكويتية: 40/13.

² قال الشيخ علي الخفيف: "ليس فيهما - أي الضرر المعنوي والأدبي - تعويض مالي على ما تقضي به قواعد الفقه الإسلامي، وذلك محل اتفاق بين المذاهب". يُنظر: الضمان في الفقه الإسلامي: علي الخفيف، ص45.

³ ومنهم علي الخفيف في كتابه: الضمان في الفقه الإسلامي، ص45-46. ومصطفى الزرقا في كتابه: الفعل الضار والضمان فيه، ص 19-20، وص121-124، الطبعة الأولى، دار القلم، 1409هـ/1988م. ومُجد بوساق في كتابه: التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، ص 34-38. وأحمد مواني في كتابه: الضرر في الفقه الإسلامي، 1023/2-1030. ومُجد بن سعد اليميني في رسالته: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: ص171-179. وعبيد العنزي في رسالته: الشروط التعويضية في المعاملات المالية، ص335-345.

⁴ مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي: الدورة الثانية عشرة، العدد الثاني عشر، 306/2، 1421هـ/2000م.

القول الثاني: جواز التعويض عن الضرر المعنوي:

وهو قول لبعض الفقهاء المعاصرين¹.

أدلة القول الأول:

استدل المحرمون بأدلة كثيرة، منها:

الدليل الأول: أن عدم جواز التعويض المالي عن الضرر المعنوي أو الأدبي محل اتفاق بين المذاهب²؛ والقذف، والغصب، والسرقة، والنهب خير شاهد على ذلك³، فهي من أشد الجنايات إيلاماً للنفوس، ومع ذلك لا يستحق المجني عليه تعويضاً مالياً إذا لم يترتب عليها فوات مال، فمن باب أولى أن لا يُستحق التعويض المالي على ما هو أقل منها⁴.

الدليل الثاني: أن التعويض بالمال يقوم على الجبر بالتعويض، وذلك لا يتحقق إلا بإحلال مال محل مال مكافئ له ليقوم مقامه ويسد مسده، لرد الحال إلى ما كانت عليه؛ إزالة للضرر، وجبراً للنقص، وليس ذلك بمحقق في الضرر الأدبي أو المعنوي، لعللة اضطرابه وتعذر انضباطه لأنه لا يمكن تقديره بالمال فلا هو بخسارة مالية، ولا هو بأثر ظاهر في الجسم. وبناء عليه فإن التعويض المالي في

¹ ومنهم: فوزي فيض الله في كتابه: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، ص 92. ووهبة الزحيلي في كتابه: نظرية الضمان، ص 54، ومحمد سراج في كتابه: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، ص 341-380، ومحمد شلتوت في كتابه: المسؤولية المدنية والجناحية في الشريعة الإسلامية، ص 35، مكتب شيخ الجامع الأزهر للشؤون العامة، القاهرة، دون طبعة وبدون تاريخ.

² الضمان في الفقه الإسلامي: علي الخفيف، ص 45. بتصرف

³ الإجماع: ابن المنذر، ص 119. والمغني: ابن قدامة، 523/12.

⁴ الضمان في الفقه الإسلامي: علي الخفيف، ص 45. والشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: اليمني، ص 173.

الفقه الإسلامي لا يكون إلا عن ضرر مالي واقع فعلاً، أو ما في حكمه كنقص في جزء من أجزاء الجسم البشري، أو تشويه في الحلقة¹.

يقول الزرقا: "فإن قبول مبدأ التعويض المالي عن الأضرار الأدبية له محذور واضح، هو أن مقدار التعويض اعتباطي محض لا ينضبط بضابط، في حين يظهر في أحكام الشريعة الحرص على التكافؤ الموضوعي بين الضرر والتعويض، وهذا متعذر هنا. وكثيراً ما نسمع فندهش في أخبار الدعاوي والأقضية الأجنبية أرقاماً بالملايين لقاء مزاعم أضرار أدبية في منتهى التفاهة!!"²

فيكون التعويض المالي عن الضرر المعنوي أخذ مال دون مقابل، فيكون أكلاً لأموال الناس بالباطل، قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا

٣

الدليل الثالث: أن الضرر المعنوي لا يجبره التعويض المالي، ولذلك وضعت له الشريعة الإسلامية ما يناسبه من الحد والتأديب، وهذا تعويض كاف، يزيل آثار الضرر، ويشفي غيظ المتضرر، ويزيل عنه العار، ويعيد له الاعتبار. وعليه فالتعويض بالمال في هذا النوع من الضرر لا يرفعه ولا يزيله؛ ذلك أن أخذ المال عند جرح الشعور، أو ثلم الشرف لا يعود بهما إلى ما كانا عليه من سلامة، كما أن أخذ المال في نظير امتناع من تعاقد معه على أن يقوم له بتنفيذ ما التزم به لا تزول به آثار ذلك

¹ الضمان في الفقه الإسلامي: علي الخفيف، ص 45. والتعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي: محمد بوساق، ص 34.

بتصرف

² الفعل الضار والضمان فيه: الزرقا، ص 124.

³ سورة النساء، الآية: 29

الامتناع، ولا يصير به الممتنع قائماً منفذاً لالتزامه. فالواجب فيه التعزير بما يراه الحاكم وقاية وزجراً وقواعد الفقه الإسلامي لا تأبى ذلك بل تأمر به إذا ما اقتضته المصلحة العامة¹.

الدليل الرابع: أن "التعويض عما يشين الإنسان في عرضه بالمال يعتبر من باب الأخذ على العرض مالا، وهذا لا يجوز؛ ولذلك لا يجوز أن يصالح المكدوف من كذفه على مال"². جاء في مواهب الجليل: "ومن صالح من كذف على شقص³ أو مال لم يجز، ورد ولا شفعة فيه، بلغ الإمام أم لا، لأنه من باب الأخذ على العرض مالا"⁴.

فالأعراض لها مكانتها الخطيرة عند المسلمين، وجعلها محل تعويض مالي أمر تأباه الفطر السليمة⁵. كما "أن المثل العليا تأبى أن يساوم الإنسان على شرفه وعرضه كما يساوم على أمواله"⁶.

الدليل الخامس: نبه الشارع الحكيم على عدم جواز التعويض عن الضرر المعنوي بإيراده حد الكذف الذي يدل دلالة واضحة على أن أسلوب الشريعة الإسلامية المتبع في معالجة كل ما يندرج تحت معنى الكذف من الأضرار المعنوية ينحصر في التعزير الزاجر، وليس في التعويض المالي الجابر.

أدلة القول الثاني:

استدل المجيزون بأدلة كثيرة، منها:

الدليل الأول: أن "قواعد الشرع لا تأبى تقرير التعويض عن الضرر الأدبي، ولا يقال: إن التقوم يعتمد الإحراز، والإحراز يعتمد البقاء، ولا بقاء للأعراض، والضرر الأدبي عرض، لأننا نقول: هذا رأي

¹ الضمان في الفقه الإسلامي: علي الخفيف، ص 45. والتعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي: محمد بوساق، ص 35. بتصرف

² التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي: محمد بوساق، ص 34.

³ الشقص: القطعة من الأرض، والطائفة من الشيء. يُنظر: الصحاح: الجوهري، 1043/3.

⁴ مواهب الجليل: الخطاب، 305/6.

⁵ التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي: محمد بوساق، ص 34.

⁶ الضمان في الفقه الإسلامي: علي الخفيف، ص 46.

من لم يقل بتقوم المنافع، ولكن الأرجح تقومها، ويقاس على المنافع المعنوية المضار المعنوية في التقوم، بجامع أن كلاً منهما عرض لا بقاء له، صيانة لأعراض الناس، يؤيد هذا أن الشريعة قد حرمت الإضرار والإيذاء بشتى صورته.

على أن الشريعة قد شرعت الحد لجريمة "القذف" وهو ضرر معنوي أدبي، فلا مانع أن يعرض عن الأضرار المعنوية التي هي دون ذلك بالمال، إزالة للضرر بقدر الإمكان"¹.

نوقش "بأن هذا قياس مع الفارق، فالمقيس عليه وهو المنافع متقومة لأنها أموال، فلا يقاس عليه الضرر المعنوي المجرد عن الضرر المالي"².

الدليل الثاني: أن الواجب في الضرر المعنوي التعزير، وقد ثبتت مشروعية التعزير بالعقوبات المالية³.

ونوقش بأن التعزير بالمال محل خلاف، وعلى التسليم بجوازه فإنه من باب العقوبات الزاجرة لا من باب التعويض المالي عن الضرر الذي هو من الجوابر⁴.

الدليل الثالث: أنه ليس المقصود بالتعويض مجرد إحلال مال محل مال، بل يدخل في الغرض منه المواساة إن لم تكن المماثلة، ومن أظهر تطبيقات ذلك الدية وأرش الجراح والشجاج⁵.

¹ نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي: فتحي الدريني، ص 290، الطبعة الرابعة، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1408هـ.

² الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: اليميني، ص 176.

³ التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي: محمد بوساق، ص 37. وضمان العدوان في الفقه الإسلامي: محمد سراج، ص 342. والضرر في الفقه الإسلامي: أحمد موائ، 1025/2-1026.

⁴ التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي: محمد بوساق، ص 37-38. والضرر في الفقه الإسلامي: أحمد موائ، 1026/2. والشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: اليميني، ص 178.

⁵ الفعل الضار والضمان فيه: الزرقا، ص 125.

ونوقش بأن الدية وأرش الجراح تعويض عن ضرر مادي فاستدل لكم خارج محل النزاع¹.

الدليل الرابع: أن القول بعدم التعويض عن الضرر الأدبي يفتح الباب على مصراعيه للمعتدين على أعراض الناس وسمعتهم.

ونوقش بأن هذه حجة واهية بل موهومة لأن الشريعة وضعت العقوبة الرادعة المناسبة للأضرار الأدبية والمعنوية، والكفيلة بردع الجناة على أعراض الناس وسمعتهم، وهي حد القذف والتعزير. يقول الزرقا: "الأسلوب الذي اتبعته الشريعة الإسلامية في معالجة الإضرار الأدبي، إنما هو التعزير الزاجر، وليس التعويض المالي، إذ لا تُعَدُّ الشريعة شرف الإنسان وسمعته مالاً متقوماً يعوض بمال آخر إذا اعتدي عليه"².

الدليل الخامس: الاستشهاد ببعض أقوال الفقهاء التي تؤيد القول بجواز التعويض المالي عن الضرر المعنوي أو الأدبي في الفقه الإسلامي، ومنها:

- أن الإمام مُحمَّد بن الحسن قال في الجراحات التي تندمل دون أن يبقى لها أثر: "تجب حكومة بقدر ما لحقه من الألم"³، فهذا تقدير للألم بالمال⁴.
- نقل ابن قدامة عن مالك، والثوري في قطع حلمتي الثدين أنهما قالوا: "إن ذهب اللبن وجبت ديتهما، وإلا وجبت حكومة بقدر شينه"⁵. أي بقدر العيب الجسدي الذي يصيب المرأة⁶.

¹ الفعل الضار والضمان فيه: الزرقا، ص 125. والشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: اليميني، ص 178.

² الفعل الضار والضمان فيه: الزرقا، ص 124.

³ المبسوط: السرخسي، 81/27.

⁴ الضرر في الفقه الإسلامي: أحمد مواني، 1024/2.

⁵ المغني: ابن قدامة، 143-142/12.

⁶ الضرر في الفقه الإسلامي: أحمد مواني، 1024/2.

• جاء في مجمع الضمانات: "ولو شج رجلاً، فالتحمت ولم يبق لها أثر، ونبت الشعر، سقط الأرض عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: عليه أرش الألم وهو حكومة عدل"¹.

وجه الاستدلال من هذه الأقوال: أن هؤلاء الفقهاء قرروا التعويض المالي عن مجرد الألم، وهو ضرر أدبي، فمن باب أولى التعويض المالي عن الأضرار المعنوية، فيكون هذا أصلاً للقول بالتعويض المالي عن الضرر المعنوي أو الأدبي².

ونوقش بأن ما نقله ابن قدامة لا وجه لإيراده أصلاً، لأن الضرر بقطع حلمتي الثدي ضرر مادي (جسدي)، وأما ما ذهب إليه أبو يوسف ومُجَّد، فإن الألم الناتج عن الجرح والشج ليس ضرراً معنوياً أو أدبياً خالصاً، فهذا النوع من الضرر نتج عن فعل مادي، وهذا مسوغ للتعويض عنه باعتباره ضرراً مادياً جسدياً قد يؤدي إلى خسارة مالية، لأنه قد يعطل عن العمل، فهو خارج محل النزاع، بل وحملوه على أجرة الطبيب وثن الدواء³، فلا يجوز اتخاذه أصلاً للقول بالتعويض المالي عن الضرر المعنوي. وبناء عليه "فإن الأمثلة الفقهية جميعاً التي استشهدوا بها على التعويض عن الضرر الأدبي ليست من الضرر الأدبي في شيء، فالألم، والشَّين، وفوات الزينة الطبيعية بفقدان الشعر، كلها أضرار مادية لا نزاع في جواز التعويض المالي عنها، ولا تصلح بحال للاحتجاج شرعاً على التعويض المالي عن الضرر الأدبي، على أنه يلاحظ أن بعض ما يوصف تساهلاً بأنه ضرر أدبي هو في حقيقته ضرر مادي يمكن تعويضه وفق القواعد الشرعية في تعويض الأضرار المادية"⁴.

القول الراجح: هو القول الأول الذي يرى عدم جواز التعويض عن الضرر المعنوي أو الأدبي لقوة أدلته، وسلامتها من المناقشة، وضعف أدلة القول الثاني بما ورد عليها من المناقشة.

¹ مجمع الضمانات: أبو مُجَّد غانم بن مُجَّد البغدادي الحنفي (ت 1030هـ)، 391/1، تحقيق مُجَّد أحمد سراج، وعلي جمعة مُجَّد، الطبعة الأولى، دار السلام، 1420هـ/1999م.

² التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي: مُجَّد بوساق، ص 32. والشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: اليمني، ص 177.

³ ينظر: تبين الحقائق: الزيلعي، 138/6. والبحر الرائق: ابن نجيم، 99/9. ورد المختار: ابن عابدين، 248/10.

⁴ الفعل الضار والضمان فيه: الزرقا، ص 123.

• حكم التعويض عن ضرر المماطلة.

وصورته: أن يشترط الدائن تعويضا ماليا عن الضرر الذي لحقه من جراء تأخر المدين في الوفاء بالالتزامات المالية في ذمته، غير أن الفقهاء المعاصرين اختلفوا في هذه القضية بين مجيز ومانع.

تحرير محل النزاع:

قبل عرض اختلاف الفقهاء المعاصرين في المسألة لا بد من الإشارة إلى تحرير محل النزاع في ذلك، وبيان الأحكام التي اتفقوا عليها، ويمكن إجمالها كالآتي¹:

أولاً: مما سبق وتقدم ذكره تبين أن الفقهاء اتفقوا على أن اشتراط الدائن على المدين المוסر المماطل في العقد زيادة على أصل الدين عند عدم السداد، أو التأخر فيه محرم قطعاً، لأنه هو عين ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه.

ثانياً: اتفق الفقهاء المعاصرون على أن المدين المعسر، العاجز عن الوفاء لا يجوز إلزامه بدفع تعويض مالي مقابل تأخره عن سداد ما عليه؛ لأن الواجب في حقه الإنظار إلى الميسرة، والإلزام بالتعويض ينافي ذلك، قال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۗ﴾².

ثالثاً: اتفق الفقهاء المعاصرون على أن الضرر المادي الفعلي يجب أن يتحملة المدين - القادر على الوفاء - لأنه المتسبب فيه بغير وجه حق، كنفقات الشكاية، ومصروفات التقاضي. جاء في معيار المدين المماطل المعتمد من المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية، ما نصه

¹ الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي (رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية): يوسف بن عبد الله الشبيلي، 627/1، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، الرياض، 1425هـ/2004م. والمماطلة في الديون:

سلمان الدخيل، ص338-339. بتصرف

² سورة البقرة، الآية: 279.

"يتحمل المدين المماطل مصروفات الدعوى كما يتحمل المصروفات التي غرمها الدائن من أجل تحصيل أصل دينه"¹.

واختلف الفقهاء المعاصرون في مسألة التعويض المالي للدائن عن الضرر الذي لحقه بسبب تأخر المدين عن السداد مما فوت على الدائن فرصة استثمار ماله مدة المطل، على قولين:

القول الأول: المنع، وهو رأي الأغلبية.

وبهذا القول صدرت قرارات المجامع الفقهية، والهيئات العلمية، وهو قول جمهور الفقهاء المعاصرين².

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (6/2/53) التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السادسة المتعلق ببيع التقسيط ما يلي: " ثالثاً: 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.

¹ المعايير الشرعية: الأيوبي، المعيار رقم 3، الفقرة 4/1/2، ص 94.

² ومن ذهب إلى هذا الرأي نزيه كمال حماد في بحثه: "المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء"، ص 111-113. وعلي السالوس في بحثه: "البيع بالتقسيط: نظرات في التطبيق العملي"، المنشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، 264/1، 1410هـ/1990م. ومُجد تقي العثماني في كتابه: بحوث في قضايا فقهية معاصرة، ص 40. ومُجد عثمان شبير في بحثه: "صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي"، ص 873-874، ورفيق يونس المصري في بحثه: "تعقيب على بحث الزرقا (هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟)"، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد الثاني، المجلد الثاني، ص 171-172، 1405هـ/1985م. وفي بحثه أيضاً: "بيع التقسيط: تحليل فقهي واقتصادي"، المقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد السادس، 335-334/1، 1410هـ/1990م. وعبد الله بن بيه في كتابه: مقاصد المعاملات ومراسد الوقائع، ص 278-284، الطبعة الخامسة، مسار للطباعة والنشر، دبي، 2018م. وحسن عبد الله الأمين في تعليقه على بحث الزرقا، المنشور في مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، العدد الثاني، المجلد الثالث، ص 41، 1417هـ/1996م. وزكي الدين شعبان في: تعليقه على بحث الزرقا، منشور في مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، المجلد الأول، ص 216-219، 1409هـ/1989م.

رابعاً: يحرم على المدين الملىء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط، ومع ذلك لا يجوز شرعاً اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء"¹.

وجاء في معيار المدين المماطل المعتمد من المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ما يلي: "2/1/2: لا يجوز اشتراط التعويض المالي نقداً أو عيناً...، سواء كان التعويض عن الكسب الفائت (الفرصة الضائعة)، أم عن تغير قيمة العملة.

3/1/2: لا تجوز المطالبة القضائية للمدين المماطل بالتعويض المالي نقداً أو عيناً عن تأخير الدين"².

القول الثاني: الجواز، وهو رأي بعض الفقهاء المعاصرين، وعلى رأسهم **الدكتور** الصديق الضرير، والدكتور عبد الله بن منيع، والدكتور مصطفى الزرقاء، والدكتور زكي شعبان، واختلف هؤلاء الفقهاء في تكييف العقوبة المالية على رأيين:

الرأي الأول: أنها تعويض عن الضرر: تندرج ضمن قاعدة الجوابر في الفقه الإسلامي التي يلزم منها ضرورة التساوي بين الضرر والتعويض، واختلف أصحاب هذا الرأي في نوع الضرر المعوض عنه، وفي من يتولى التعويض، وفي كيفية تقديره، على ثلاثة أضرب:

الضرب الأول: أنها تعويض عن الربح المظنون "عن الضرر المحتمل المتوقع": وهذا الرأي قاله مصطفى الزرقا حيث أجاز فكرة التعويض عن ضرر تفويت المدين نتيجة تأخره عن السداد فرصة استثمار الدائن لماله مدة المماطلة فقال: "مبدأ تعويض الدائن عن ضرره نتيجة لتأخير المدين عن وفاء

¹ مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي: العدد السادس، 447/1-448، 1410هـ/1990م.

² المعايير الشرعية: الأيوبي، ص93.

الدين في موعده مبدأ مقبول فقها، ولا يوجد في نصوص الشريعة وأصولها ومقاصدها العامة ما يتنافى معه، بل بالعكس يوجد ما يؤيده ويوجبه"¹.

وقد اشترط فضيلته لجواز هذا التعويض ألا يكون الاتفاق مسبقا على التعويض؛ وذلك بأن يتفق الدائن والمدين على نسبة معينة أو مبلغ محدد، حتى لا يكون ذريعة إلى الربا، بل استوجب أن يتولى تقدير التعويض القضاء، قال - رحمه الله تعالى - "فلذلك لا يجوز في نظري، إذا أُقرت فقها فكرة التعويض عن ضرر التأخير، أن يحدد هذا التعويض باتفاق مسبق، بل يجب أن يناط تقدير التعويض بالقضاء، تقديره المحكمة عن طريق لجنة خبراء محلفين"².

وتقدير الضرر المعوّض عنه "يكون بمقدار ما فات الدائن من ربح معتاد في طريق التجارة العامة، لو أنه قبض دينه في موعده، واستثمره بالطرق المشروعة الحلال في الإسلام، كالمضاربة والمزارعة، ونحوها"³.

الضرب الثاني: أنها تعويض عن الربح الفعلي "عن الضرر الواقع": وذهب إليه الصديق الضير حيث أجاز فكرة التعويض عن الضرر المادي المتمثل في الربح الفعلي الذي حققه البنك مدة المماطلة، قال - رحمه الله -: "يجوز أن يتفق البنك مع العميل المدين على أن يدفع له تعويضا عن الضرر الذي يصيبه بسبب تأخره عن الوفاء، شريطة أن يكون الضرر الذي أصاب البنك ضررا ماديا وفعليا، وأن يكون العميل موسرا ومماطلا"⁴؛ ويقصد - رحمه الله - بالضرر المادي والفعلي الربح الفعلي الذي حققه البنك مدة المماطلة، فإذا لم يحقق البنك ربحا فإنه لا يستحق تعويضا لأنه لم يفته ربح، ولم

¹ هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟: الزرقا، ص112.

² المرجع نفسه: ص110.

³ المرجع نفسه: ص112.

⁴ الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة: الصديق الضير، ص118.

يجعل - رحمه الله - الأساس هو ما فات من ربح مفترض كان سيحققه الدائن لو أنه تسلم ماله واستثمره.

وبناء على ذلك فإن تقدير التعويض يتولاه الدائن -البنك- والمدين عند حدوث الضرر وحصول المماطلة، ولا يتم اللجوء إلى القضاء إلا أثناء وقوع الخلاف والمنازعة حول تقدير التعويض عن الضرر، الذي يكون "على أساس معدل الربح الفعلي الذي حققه الدائن - البنك - من استثماره لأمواله خلال فترة المماطلة، بحيث إذا لم يحقق البنك، ربحا في تلك الفترة، فإنه لا يستحق تعويضا، لأنه لم يفته ربح"¹.

الضرب الثالث: أنها تعويض عن الضرر غير المألوف:

وهو رأي زكي شعبان، فقد قصر التعويض على الضرر غير المألوف، ومنعه في حالة تفويت ربح مضمون أو فرصة ضائعة، ويقصد بالضرر غير المألوف كل "ضرر غير عادي له صفة الاستثناء"² ارتبط من خلاله الدائن بالتزامات مالية بناء على توقعه وفاء مدينه في أداء دينه في وقته المحدد، "ومن أمثلته أن يكون الدائن قد اعتمد على أن المدين سيوفي إليه الدين في موعد استحقاقه، وارتبط بناء على ذلك بصفقة يلتزم فيها بمبلغ يُستحق في موعد استحقاق الدين الذي له أو بعده بقليل، وبسبب عدم وفاء مدينه، وعدم وفائه بما عليه تبعا لذلك، فسخ العقد وحكم عليه بالتعويض، أو أن يكون الدائن قد اعتمد على المبلغ الذي لم يف به المدين ليفي به دينا عليه، ولما تأخر المدين تأخر الدائن في الوفاء بما عليه، وترتب على ذلك الحجر على منزله وبيعه جبرا"³.

¹ الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة: الصديق الضير، ص118. بتصرف

² تعليق على بحث الزرقا (هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟): زكي الدين شعبان، ص216.

³ المرجع نفسه: ص216.

الرأي الثاني: أنها عقوبة أصالة وتعويض تبعاً.

وذهب إلى ذلك عبد الله بن منيع، فقد قال _حفظه الله_ تعقيباً على مصطفى الزرقا بعد أن قرر جواز تضمن عقد الالتزام بالحق شرطاً جزائياً لقاء المماثلة واللي بقدر فوات المنفعة¹: "ومع اتفاقي مع فضيلته في النتيجة إلا أنني أرى أن العقوبة المالية تقريرية، وليست تعويضاً"².

وبناء على ذلك فإن الدكتور عبد الله بن المنيع يتفق مع الدكتور مصطفى الزرقا في الحكم بالغرامة المالية عما فات الدائن من منافع محققة أو محتملة بسبب مماثلة المدين في الأداء، ويختلف عنه في تكييف هذه الغرامة فإنها تندرج في نظره ضمن قاعدة الزواجر لا الجوابر، لذا فإنها ليست من الضرورة أن تكون مساوية للضرر الفعلي، أو الربح الفائت، بل يلزم أن تكون غايتها الردع والزجر يتولى تقديرها القضاء باجتهاده.

أدلة الفريقين: القائلين بمنع التعويض، والقائلين بالجواز.

أولاً: أدلة القائلين بمنع التعويض:

الدليل الأول: عموم الآيات الدالة على تحريم الربا. ومنها قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾³، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾⁴.

¹ بحوث في الاقتصاد الإسلامي: عبد الله بن سليمان بن المنيع، ص414-415، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي، بيروت، 1416هـ/1996م.

² المرجع نفسه: ص427.

³ سورة البقرة، الآية: 274.

⁴ سورة البقرة، الآيتان: 277-278.

وجه الاستدلال: أن الله تعالى لما حرم التعامل بالربا، فإنه أمر الدائن بأخذ رأس ماله فقط دون زيادة، لأن ذلك هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن لتحريمه، فدل ذلك على أن الدائن لا يستحق تعويضاً عما فاتته من منفعة ماله لو استثمره مدة المماطلة. لأن هذا التعويض في حقيقته زيادة على أصل الدين سواء سميت هذه الزيادة غرامة، أو عقوبة، أو تعويضاً، لأن العبرة بالمقاصد لا بالألفاظ، وبالمسميات لا بالأسماء.

نوقش هذا الاستدلال بعدم التسليم، ذلك أنه ثمة أربعة فروق بين الربا وبين التعويض عن ضرر المماطلة، وهي كالآتي:

الفرق الأول: أن الزيادة الربوية في مسألة: أتقضي أم تربي؟ زيادة لا يُقابلها عوض، فهي نتيجة عقد تراض بين الدائن والمدين على تأجيل السداد مقابل زيادة معينة على أصل الدين، بخلاف الزيادة على الحق المستحق لقاء المماطلة فهي في مقابل تفويت منفعة على الدائن على سبيل الغصب والتعدي¹.

وأجيب عن ذلك بعدم التسليم بأن الزيادة الربوية في غير مقابلة عوض، بل هي في مقابلة عدم الانتفاع بالمال خلال فترة التأجيل. وهذه الحجة في تبرير جواز الربا المحرم هي نفسها التي انبت عليها نظرية الفرصة الضائعة التي ابتكرها الغربيون، ولو كان التعويض المالي عن تفويت منفعة المال على الدائن جائزاً، لأباح الشارع الفائدة على الديون المأخوذة للاستثمار في التجارة والصناعة؛ لأن هذه الفائدة تعويض للدائن عن منافع ماله مدة بقائها عند المدين، وكذا المقرض بلا فائدة تلحق به مضار وتفوته منافع من جراء قرضه المجاني، ولم يُبَحْ له زيادةٌ أو نفعٌ يزيد على رأس المال إن وقع مشروطاً ونحوه، فدل ذلك على أن التعويض نوع من الربا².

¹ بحوث في الاقتصاد الإسلامي: عبد الله بن المنيع، ص 415 - 416. بتصرف

² تعليق على بحث الزرقا (هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟): زكي الدين شعبان ص 219. والمماطلة في الديون: سلمان الدخيل، ص 39-360. بتصرف

الفرق الثاني: أن الزيادة الربوية مشروطةٌ سلفاً ومحددةٌ في مقابلة الإنظار لزمن مستقبل على سبيل التراضي، فلا يسمى المدين ممطلا ولا معتديا ولا ظالماً، أما الزيادة في مقابلة اللي والمطل فهي تعويض لمنفعة محققة أو محتملة فات حصولها بسبب المماثلة لإزالة الضرر، ويسمى المدين في هذه الحالة ممطلا، ومعتديا، وظالماً¹.

وأجيب عن ذلك من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن هذا التفريق نظري لأن الزيادة الربوية ليست في مقابلة الإنظار لزمن مستقبل على سبيل التراضي فقط، بل هي في مقابلة فوات منفعة محتملة للنقود أيضاً، وهو نفسه مناط الحكم عند مجيزي التعويض، وهو مناط لا يصح بناء الحكم عليه لأنه غير منضبط، والأحكام تُبنى على المناطات المنضبطة فقد تتحقق منفعة المال المؤدى في موعده وقد لا تتحقق، وقد لا يُستثمر ذلك المال أصلاً، فدل ذلك على أن مناط تحريم الربا يجب أن ينحصر في الزيادة على أصل الدين دون سواه.

الوجه الثاني: إذا كان المدين سيدفع تعويضاً للدائن عن الضرر الذي لحقه من جراء تأخره في الوفاء فإنه لا يستحق الوصف بالظلم والمماثلة والتعدي².

ونوقش بأن وصف الظلم استحققه المدين بسبب المطل وتعتمد التأخير، لأنه حتى وإن أخذ الدائن حقه (التعويض) من المدين في زمن ثان يزيد عن زمن استحقاقه الأول فقد ظُلم، لأن للزمن حصة من الثمن.

¹ بحوث في الاقتصاد الإسلامي: عبد الله بن المنيع، ص416. بتصرف

² بيع التقسيط وأحكامه: سليمان بن تركي التركي، ص337، الطبعة الأولى، دار اشبيليا، الرياض، 1424هـ/2003م. بتصرف

الوجه الثالث: أن التعويض المالي عن فوات المنفعة المحتملة لا يصح، لأن قابلية النقود للزيادة بالاستثمار غير محققة، فقد يربح الدائن من الدين الذي يأخذه من المدين وقد يخسر، بل قد لا يستثمره أصلاً¹.

الفرق الثالث: الزيادة الربوية تلزم المدين على كل حال، فمتى حل الأجل طوّل بالقضاء أو الزيادة، سواء كان موسراً أو معسراً، أما التعويض المالي فلا يُلزم به إلا من كان موسراً مطلقاً، ويُعفى منه مَنْ ثبت إعساره².

وأجيب عن ذلك من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: "النصوص في تحريم أخذ الربا عامة لم تفرق بين المعسر والموسر، فكلاهما لا يجوز أخذ الربا منه، إلا أن المعسر روعي في وجوب تأخيرهِ وتحريم مطالبتهِ حتى يوسر، فيبقى الموسر مطالباً برأس المال فقط دون زيادة"³، مستحِقّاً للعقوبة البدنية.

الوجه الثاني: أن هذا التعويض إن كان لأجل جبر ضرر الدائن وليس لعقاب المدين، فلا فرق بين أن يكون المدين موسراً أو معسراً؛ لأن المتضرر يستحق الجبر في كل حال، كما يستحق الأرش على الجاني ولو كان فقيراً⁴.

¹ تعليق على بحث الزرقا (هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟): زكي الدين شعبان، ص 219. ودراسات في أصول المداينات: نزيه حماد، ص 289-290. ورأي آخر: في مطل الغني، هل يلزم بالتعويض؟: مُجَدِّ زكي عبد البر، ص 168. واستيفاء الديون في الفقه الإسلامي - دراسة فقهية مقارنة - (رسالة دكتوراه، المعهد العالي للقضاء بالرياض): مزيد بن إبراهيم بن صالح المزيد، ص 180، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1431هـ. بتصرف

² بحوث في الاقتصاد الإسلامي: عبد الله بن المنيع، ص 417. وبحوث في قضايا فقهية معاصرة: مُجَدِّ العثماني، ص 38. والمماثلة في الديون: سلمان الدخيل، ص 360. بتصرف

³ المماثلة في الديون: سلمان الدخيل، ص 361.

⁴ تعليق على بحث الصديق مُجَدِّ الأمين الضريّر: "الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماثلة": مُجَدِّ زكي عبد البر، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، المجلد الثالث، ص 62، 1411هـ/1991م.

الوجه الثالث: أن إعسار المدين ويساره من الأمور النسبية التي يتعذر على المصرف التثبت منها في كل قضية منفردة؛ ذلك أن كل مدين يدعي الإعسار، ولا سبيل إلى إقناعه بكونه موسرا إلا بإحالة القضية على المحكمة، مما دفع المصارف الإسلامية التي تقر بمبدأ التعويض إلى أن تصرح في اتفاقياتها على أن المدين لا يعتبر موسرا إلا في حالة الحكم عليه بالإفلاس قانونا، وهي حالة نهائية لا توجد إلا نادرا، ومن المتيقن أن كثيرا ممن لم يحكم عليهم بالإفلاس هم معسرون فعلا، وبالتالي فإن صح هذا الفرق نظريا فإنه لا يمكن من الناحية التطبيقية¹.

ونوقش بأن ليس كل المصارف تجعل حد الإعسار في الإفلاس، بل تترك للمدين حقه في إثبات عسره، كالتوقف عن العمل أو المرض المزمن...

الفرق الرابع: أن نسبة الزيادة الربوية معلومة للطرفين في بداية العقد، أما نسبة التعويض المالي فغير معلومة ابتداء، إذ لا تُفرض على المدين إلا إذا تحققت في مدة مماطلته أرباح في حساب الاستثمار للمصرف².

وأجيب عن ذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن هذا الفرق غير مؤثر، لأنه في طريقة تقدير التعويض، أما الزيادة على أصل الدين فهي ثابتة، ومتى ما اشترطت الزيادة، فهي ربا، سواء حددت في العقد، أو بعده، أو حددها القضاء، أو التحكيم، وسواء كانت كثيرة أو قليلة³.

الوجه الثاني: أن هذا الفرق نظري ليس بعملية، إذ إن التعويض المالي عن ضرر المماطلة يكون مشروطا في العقد على سبيل التراضي، وإنما الذي يتأخر هو مقداره⁴، ولكن من الناحية العملية فإن

¹ بحوث في قضايا فقهية معاصرة: مُجد العثماني، ص42. بتصرف

² المرجع نفسه: ص 38-39. بتصرف

³ المماطلة في الديون: سلمان الدخيل، ص362. بتصرف

⁴ الخدمات الاستثمارية في المصارف: الشبيلي، 1/646. بتصرف

معظم عمليات المصارف الإسلامية تدور حول المراجعة للآمر بالشراء مما جعل نسبة الربح معروفة ابتداءً، الأمر الذي ينعكس على مقدار التعويض أيضاً، ومن ثم فلا فرق بين الزيادة المشروطة والتعويض عن ضرر المثل لحصول المعرفة بمقدارهما منذ إبرام التعاقد¹.

الفرق الخامس: الزيادة الربوية في حقيقتها استغلال من الدائن المرابي لجهود المدين ونشاطاته الاكتسابية بصورة تجعل الاحتمالات السيئة جميعاً على حساب المدين، وتضمن للدائن أصل دينه وربحاً ثابتاً دون نظر إلى مصير الطرف الآخر، الذي يتحمل وحده جميع الاحتمالات السيئة إذا وقعت. فهي استغلال لثيم لجهود الآخرين بلا عمل ولا رفق، يمتص ثمرات نشاطهم امتصاصاً بطيئاً ولكنه استنزاف يختل به التوازن الاقتصادي بين موقف الطرفين².

وأجيب عنه بأن الأحكام تبنى على العلة لا على الحكم، والاستغلال وامتصاص جهود الآخرين فهو حكمة في تحريم الربا لا علة، فلا يصح أن يُبنى الحكم عليها لعدم انضباطها بخلاف العلة³.

¹ بحوث في قضايا فقهية معاصرة: مُجد العثماني، ص43. والمماثلة في الديون: سلمان الدخيل، ص362. بتصرف

² هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟: الزرقا، ص111.

³ بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: مُجد عثمان شبير، 872/2. بتصرف

الدليل الثاني: قول رسول الله ﷺ (لي الواجد يحل عرضه وعقوبته)¹.

وجه الاستدلال:

سبق أن بينا أن مسألة المماطلة وجدت في عهد النبي ﷺ وتكررت بعده، وقد بين النبي ﷺ أن: مطل الغني ظلم يحل عرض المماطل، وعقوبته، ولم يقل: يحل ماله، ولم يفسر أحد من العلماء المتقدمين العقوبة الواردة في الحديث بالتعويض المالي، بل فسروها بالحبس، أو الضرب².

ولم ينقل عن أحد من الخلفاء الراشدين أو الفقهاء أو القضاة أنه أفتى أو حكم للدائن بتعويض مالي يأخذه من المدين المماطل لالتباس ذلك بالربا³.

قال الجصاص: "فجعل مطل الغني ظلما، والظالم لا محالة مستحق العقوبة، وهي الحبس، لاتفاقهم على أنه لم يرد غيره"⁴.

وقال أيضا: " لاتفاق الجميع على أن ما عداه - أي الحبس - من العقوبات ساقط عنه في أحكام الدنيا"⁵.

¹ سبق تخريجه، ص 210.

² بحوث في قضايا فقهية معاصرة: مُجَدَّ العثماني، ص 41. وبحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: مُجَدَّ عثمان شبير، 869-868/2. ومشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية: القره داغي، ص 504. والمؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء: نزيه حماد، ص 111. ورأي آخر: في مطل الغني هل يلزم بالتعويض: مُجَدَّ زكي عبد البر، ص 168. وبحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: مُجَدَّ عثمان شبير، 869-868/2. والمماطلة في الديون: سلمان الدخيل، ص 377-511. بتصرف

³ بحوث في قضايا فقهية معاصرة: مُجَدَّ العثماني، ص 40/39. وبحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: مُجَدَّ عثمان شبير، 868/2، بتصرف

⁴ أحكام القرآن: الجصاص، 575/1.

⁵ المصدر نفسه: 575/1.

وقد اعترض بدر الدين القرافي¹ على الوانوعي في قضية تضمين المماطل عند تغير العملة، بقوله: "مطل المدين لا يوجب زيادة في الدين، وله طلبه عند الحاكم، وأخذه منه جبرا، كيف وقد دخل عند المعاملة معه على أن يتقاضى حقه منه كما دفعه"².

ونوقش بأنه وإن لم يرد عن عموم أهل العلم أن أحدا قال بتضمين المماطل لقاء مطله، فإنه "لم يرد عن أحد منهم المنع، والنصوص العامة في اعتبار العقوبة المالية ضربا من التعزير صريحة واضحة"³. وقد قال الرسول ﷺ في حق مانع الزكاة: (فإننا آخذوها وشرط ماله، عزمة من عزمات ربنا عز وجل، ليس لآل محمد منها شيء)⁴.

¹ محمد بن يحيى بن عمر بن أحمد بن يونس، الملقب ببدر الدين القرافي، المصري: فقيه مالكي، لغوي، محقق، متفنن، قاضي القضاة، له تأليف كثيرة. منها: شرحه لمختصر خليل بن إسحاق في سبع مجلدات، رسالة في بعض أحكام الوقف، وتوشيح الديباج وحلية الابتهاج، وهو الذي أخرج حاشية ناصر الدين اللقاني من هامش كتابه، القول المأثور بتحرير ما في القاموس، وشرح الموطأ، أخذ عن والده، وعن أبي زيد عبد الرحمن الأجهوري، واللقاني ناصر الدين وجماعة، ولد بالقاهرة سنة (939هـ)، وتوفي بها سنة (1008)، قال فيه محمد أمين المحبي: «رئيس العلماء في عصره، وشيخ المالكية، كان صدرا من صدور العلم». يُنظر: درة الحجال في أسماء الرجال: أبو العباس أحمد بن محمد المكناسي الشهير بابن القاضي (1025هـ)، 250/2، تحقيق: محمد الأحدي أبو النور، دار التراث، القاهرة، 1391هـ/1971م. والأعلام: الزركلي، 140/7-141. وجمهرة تراجم الفقهاء المالكية: قاسم علي سعد، 73/1-74، الطبعة الأولى، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، 1423هـ/2002م.

² شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناني: الزرقاني، 107/5. والحواشي الشريفة والتحقيقات المنيفة على شرح التاودي على لامية الزقاق: التسولي، ص 210-211. ومنح الجليل: عlish، 532/4.

³ بحوث في الاقتصاد الإسلامي: عبد الله بن المنيع، ص 417.

⁴ أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الزكاة، باب في زكاة السائمة، رقم الحديث: 1575، 26/3، واللفظ له. والنسائي في السنن الكبرى، كتاب الزكاة، عقوبة مانع الزكاة، رقم الحديث: 2236، 11/3، والبيهقي في السنن الكبرى: ، كتاب الزكاة، باب ما ورد فيمن كتبه، رقم الحديث: 7402، 81/8. قال ابن حجر: "رواه أحمد وأبو داود والنسائي والحاكم والبيهقي من طريق بهز بن حكيم عن أبيه عن جده، وقد قال يحيى بن معين في هذه الترجمة: إسناده صحيح إذا كان من دون بهز ثقة. وقال أبو حاتم: هو شيخ يكتب حديثه ولا يحتج به. وقال الشافعي: ليس بحجة، وهذا الحديث لا يثبت به أهل العلم بالحديث، ولو ثبت لقلنا به. وكان قال به في القديم. وسئل عنه أحمد، فقال: ما أدري ما وجهه. فسئل عن إسناده، فقال: صالح الإسناد. وقال ابن حبان: كان يخطئ كثيرا، ولولا هذا الحديث لأدخلته في الثقات، وهو ممن أستخير الله فيه. وقال ابن عدي: لم أر له حديثا منكرا. وقال ابن الطلاع في أوائل الأحكام: بهز مجهول. وقال ابن حزم: غير مشهور بالعدالة. وهو خطأ منهما فقد وثقه خلق من الأئمة، وقد استوفيت ذلك في تلخيص التهذيب. وقال البيهقي وغيره: حديث بهز هذا منسوخ. وتعقبه النووي بأن الذي ادعوه من كون =

وقد تقدم الجواب عن هذه المناقشة بالتفصيل¹.

الدليل الثالث: قاعدة سد الذرائع.

وجه الاستدلال: إن الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماثلة إن لم يكن ربا في ذاته، فهو ذريعة إليه²، ويتضح ذلك من خلال أوجه ثلاثة نعرضها كالآتي:

الوجه الأول: أن التعويض عن الضرر يخشى منه أن يتخذ ذريعة إلى الربا من الناحية العملية؛ ذلك أنه قد يؤول مع مرور الزمن إلى اتفاق ضمني على الزيادة مقابل التأجيل، فتصير الفائدة الممنوعة نظريا تمارس عمليا باسم "التعويض" أو "العقوبة"، وينتهي الفرق إلى فرق في الصور والتخريجات فحسب³.

= العقوبة كانت بالأموال في الأموال في أول الإسلام ليس بثابت ولا معروف، ودعوى النسخ غير مقبولة مع الجهل بالتاريخ. والجواب عن ذلك ما أجاب به إبراهيم الحربي، فإنه قال في سياق هذا المتن: لفظة وهم فيها الراوي، وإنما هو: (فإننا آخذوها من شطر ماله) أي: نجعل ماله شطرين، فيتخير عليه المصدق، ويأخذ الصدقة من خير الشطرين؛ عقوبة لمنعه الزكاة، فأما ما لا يلزمه فلا. نقله ابن الجوزي في جامع المسانيد عن الحربي والله الموفق. يُنظر: التلخيص الحبير: ابن حجر العسقلاني، كتاب الزكاة، باب أداء الزكاة وتعجيلها، رقم الحديث: 829، 357/2-358. وقال ابن الملقن: "رواه أحمد وأبو داود والنسائي والحاكم والبيهقي من رواية بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال الحاكم: صحيح الإسناد لا أعلم خلافا بين أكثر أهل النقل في عدالة بهز بن حكيم، وأنه يجمع حديثه، وضعفه الشافعي بأن قال: لا يثبت أهل العلم بالحديث أن تؤخذ الصدقة وشرط إبل الغال لصدقته، ولو ثبت قلنا به. قلت: لا أعلم له علة غير بهز والجمهور على توثيقه كما قاله النووي في تهذيبه وقد أوضحته في الأصل بزيادة فوائد". يُنظر: خلاصة البدر المنير: ابن الملقن، كتاب الزكاة، باب أداء الزكاة وتعجيلها، رقم الحديث: 1017، 296/1، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، 1410هـ/1989م. قال الألباني: حديث حسن للخلاف المعروف في بهز بن حكيم. يُنظر: إرواء الغليل: الألباني، 264/3.

¹ يُنظر: ص 210-213 من هذا البحث.

² الخدمات الاستثمارية في المصارف: الشبيلي، 651/1. بتصرف

³ تعقيب على بحث الزرقا: رفيق المصري، ص 172. بتصرف

الوجه الثاني: أن الكنيسة استحلت الربا بدعوى التعويض بعد أن كان الإجماع منعقداً على تحريم الربا¹.

الوجه الثالث: أن تأخير تحديد مقدار التعويض عن الضرر يفضي إلى المنازعة والخصام، مع ما فيه من صعوبة التقدير، فليس من المستبعد أن يتم تحديد التعويض في بداية العقد، أو أن يتم ربطه بحجم المبلغ والمدة مثلما في الفوائد الربوية، وهذا يؤدي إلى الربا المحرم بالاتفاق، لذلك لزم القول بمنع التعويض سداً للذريعة، وصوناً للشرية².

الدليل الرابع:

لا يخفى أن مسألة المماطلة في تسديد الديون من المسائل السابقة الواقعة في كل عصر ومصر قبل البعثة وأثناءها وما بعدها، ولا يزال الناس يعانون منها ومن آثارها السلبية على المعاملات المالية أفراداً ومؤسسات ودولاً، ومع ذلك لم ينقل عن أحد من أهل العلم قبل زماننا أنه أفق، أو قضى بجواز التعويض المالي عن المماطلة، لالتباس ذلك بالربا³.

وقد نوقش ذلك بأن فقهاء المذاهب لم يبحثوا هذه المسألة من قبل، وقد أرجع الزرقا -اجتهاداً منه- سبب ذلك إلى أمور ثلاثة:

الأول: أنه لم يكن للزمن من الأهمية والتأثير في حركة التعامل والتجارة مثل ما أصبح له في العصر الحاضر.

الثاني: أن وصول الدائن إلى حقه عن طريق القضاء في عصرهم كان ميسوراً وسريعاً، بخلاف ما عليه الوضع في عصرنا من طول الإجراءات ومآلات التأجيل وبطء السير في القضايا، في ظل نظام

¹ عقد القرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (الروماني، الفرنسي، المصري)، دراسة مقارنة (رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر): علاء الدين خروقة، ص 201، الطبعة الأولى، مؤسسة نوفل، بيروت، 1982م. بتصرف

² الخدمات الاستثمارية في المصارف: الشبيلي، 652/1. والمماطلة في الديون: سلمان الدخيل، ص 371. بتصرف

³ بحوث في قضايا فقهية معاصرة: محمد العثماني، ص 40. ودراسات في أصول المداينات: نزيه حماد، ص 291. والمماطلة في الديون: سلمان الدخيل، ص 364. بتصرف

المرافعات وأصول المحاكمات وفن المجادلة والمماطلة والمراوغة مما جعل ضرر الدائن أو خسارته من تأخير الوفاء جسيماً جداً.

الثالث: التباس المسألة بالربا¹.

وأجيب بعدم التسليم بأن الفقهاء لم يبحثوا المسألة، بل تناولوها بالبحث والدراسة في مختلف مسائل المعاملات المالية، إلا أنهم لم يتوقفوا عندها، ولم يلحوا عليها لكونها من مسلمات الفقه، قطعت نصوص الكتاب والسنة بتحريمها²، وقد نص الفقهاء أن "مطل المدين لا يوجب زيادة في الدين"³.

ثانياً: أدلة القائلين بجواز التعويض.

الدليل الأول: عموم الآيات الدالة على إيجاب الوفاء بالعقود وأداء الأمانات، وتحريم أكل الأموال بالباطل.

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁴، وقال عز وجل: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا ءَلَا مَنَّتَ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾⁵.

وقال جل وعلا: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾⁶.

¹ هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟: الزرقا، ص 104-105. بتصرف

² تعليق: عبد الله بن بيه على بحث الزرقا، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، العدد الثاني، المجلد الثالث، ص 48، 1417هـ. بتصرف

³ شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناني: الزرقاني، 107/5. والحواشي الشريفة والتحقيقات المنيفة على شرح التاودي على لامية الزقاق: التسولي، ص 210-211. ومنح الجليل: عيش، 532/4.

⁴ سورة المائدة، الآية: 1.

⁵ سورة النساء، الآية: 57.

⁶ سورة النساء، الآية: 29.

وجه الاستدلال: إن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود، وحث على أداء الأمانة، ونهى عن أكل أموال الناس بالباطل، فدل ذلك على وجوب الوفاء بجميع آثار العقد الحقوقية بين المتعاقدين، ومنها لزوم التقيد بالوفاء بالدين في موعده المحدد دون تأخير، وكل مماطلة في الأداء بلا عذر معتبر شرعا ستؤدي لا محالة إلى الظلم المتمثل في إلحاق الضرر بالغير، وأكل لماله بغير وجه حق، وحرمانه من الانتفاع به مدة المطل، مما يستوجب تحمل المماطل لمسؤولية الأكل، وذلك بضمان منفعة المال في مدة المماطة¹.

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين :

الوجه الأول: أن مدلول الآيات خارج عن محل النزاع، فلا دلالة فيها على تعويض الدائن عن ضرر المماطة من المدين².

الوجه الثاني: أن اعتبار تأخر المدين بلا عذر في سداد ما عليه من دين أكل لمنفعة مال الدائن مما يفرض له تعويضاً مالياً فغير مسلم، لأن منفعة المال المؤخر غير متحققة، وفوات الربح المحتمل غير مؤكد الحصول، فقد يربح الدائن من دينه الذي له على مدينه وقد لا يربح، بل قد يخسر³.

¹ هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟: الزرقا، ص 105 - 106. بتصرف

² استيفاء الديون في الفقه الإسلامي: المزيد، ص 179. بتصرف

³ تعليق على بحث الزرقا (هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟): زكي الدين شعبان، ص 219. ودراسات في أصول المداينات: نزيه حماد، ص 289-290. ورأي آخر: في مطل الغني، هل يلزم بالتعويض؟: محمد زكي عبد البر، ص 168. واستيفاء الديون في الفقه الإسلامي: المزيد، ص 180. بتصرف

الدليل الثاني: قاعدة "الضرر يزال" المستمدة من قوله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)¹.

وجه الاستدلال: دلت القاعدة الفقهية والحديث النبوي الشريف على تحريم الضرر ووجوب رفعه، ولا سبيل إلى إزالة الضرر الذي ألحقه الدائن بالمدين إلا بالتعويض المالي، ذلك أن معاقبة المدين بالحبس وغيره لا تفيد المضرور شيئاً دون التعويض عليه، فهو وحده الذي يزيل عنه الضرر².

ونوقش هذا الاستدلال من أربعة أوجه:

الوجه الأول: لا شك أن النص يدل على تحريم إلحاق الضرر بالغير، وتدلل القاعدة على وجوب إزالته، لكن لا يستدل بالنص والقاعدة على أن كل ضرر يزال بالتعويض المالي، ولو كانت الدلالة عليه صريحة لكان الحكم به واجبا، ولما لم يكن ذلك، ولم يوجد من أفتى به من الفقهاء والقضاة فإن الحكم به مرجوح³.

الوجه الثاني: أن "ضرر الدائن المعترف به شرعا، وهو أنه لم يدفع إليه مبلغ الدين في وقته المحدد، وإزالة الضرر أن يسلم إليه ذلك المبلغ الذي هو حقه، وليس من حقه المشروع أخذ ما يزيد على مبلغ الدين، فإنه ربا، ولما ثبت أن الزائد من الدين ليس من حقه، ففوات هذه الزيادة ليس ضررا معتبرا شرعا، فلا يزال ضرره إلا بقدر حقه"⁴.

¹ أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، رقم الحديث: 2758، 1078/4. وابن ماجه في سننه، أبواب الحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم الحديث: 2340، 430/3. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار، رقم الحديث: 11495، 542/11. قال النووي: حديث حسن؛ يُنظر: الأربعين النووية: النووي، ص24، تحقيق أحمد عبد الرزاق البكري، الطبعة الرابعة، دار السلام، القاهرة، 1428هـ/2007م. وقال الألباني في إرواء الغليل: صحيح، 272/8.

² هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟: الزرقا، ص107. وبحوث في الاقتصاد الإسلامي: عبد الله بن المنيع، ص399. بتصرف

³ بحوث في قضايا فقهية معاصرة: العثماني، ص40. ودراسات في أصول المداينات: نزيه حماد، ص290. بتصرف

⁴ بحوث في قضايا فقهية معاصرة: العثماني، ص40.

الوجه الثالث: أن قاعدة "الضرر يزال" ليست على إطلاقها، بل مقيدة بقاعدة "الضرر لا يزال بمثله"¹، والحكم على المدين المماطل الذي ألحق ضرراً بغيره بالتعويض المالي، فيه إزالة لظلم بظلم مثله، ورفع لضرر متوهم بضرر محقق².

الوجه الرابع: كون معاقبة المدين المماطل بغير التعويض المالي لا يفيد الدائن المتضرر شيئاً لا يلزم منه جواز الحكم بالتعويض، لأن هذه المسألة -أي عقوبة المماطل- لا تعالجها أصلاً قاعدة الجوابر، لخروجها عن نطاقها، وانضوائها تحت قاعدة الزواجر، التي تكفل دفع هذه المفسدة واستئصالها من حياة الناس، لأن العقوبات الشرعية ليس من شأنها الجبر، ووظيفتها تنحصر في الزجر، فالسارق إذا قطعت يده، أو المحارب إذا أقيم عليه حد الحراة، فإن هذه العقوبات لا تزيل الضرر المادي عن المتضرر المظلوم، لأن من شأن العقوبات زجر الناس عن الظلم، ومنعهم من اقتراف الذنوب الموجبة لها درءاً للمفسدة المتوقعة"³.

¹ الأشباه والنظائر: زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم (ت970هـ)، ص74، تحقيق زكريا عميرات، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ/1999م. وغمز عيون البصائر: الحموي، 1/280.

² دراسات في أصول المدائيات: نزيه حماد، ص291-292. والخدمات الاستثمارية في المصارف: الشبيلي، 1/632. بتصرف

³ دراسات في أصول المدائيات: نزيه حماد، ص292. بتصرف

الدليل الثالث: قوله ﷺ: (مطل الغني ظلم)¹، وقوله ﷺ: (لي الواجد يحل عرضه وعقوبته)².

وجه الاستدلال:

دل الحديثان على أن مماثلة المدين في الوفاء بما عليه من دين ظلم يحل عرضه وعقوبته، ومن أنواع العقوبة: التعزير بالمال كما قرر جمع من المحققين من أهل العلم³، لورودها مطلقة بنص الحديث، والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يَقم دليل على تقييده، فكل ما يؤدي إلى زجر المماطلين الموسرين فهو جائز.

والتعزير بالمال ثلاثة أنواع: تعزير بالإتلاف، وتعزير بالتغيير، وتعزير بتمليك الغير، وتعويض الدائن عن الضرر الذي ألحقه به مدينه من النوع الثالث⁴.

ونوقش هذا الاستدلال من خمسة أوجه:

الوجه الأول: سبق أن بينا أن الاستدلال بالحديث على جواز عقوبة المماطل بالمال غير مسلم، لأن الفقهاء قصروا هذه العقوبة على الحبس والضرب، ويبيع المال جبراً، ونحو ذلك، ولم ينقل

¹ أخرجه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب جامع الدين والحول، رقم الحديث: 2484، 972/4. والبخاري في صحيحه، كتاب الاستقراض، باب مطل الغني ظلم، رقم الحديث: 2400، 118/3. ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة، واستحباب قبولها إذا أحبل على ملي، رقم الحديث: 1564، 1197/3.

² سبق تخريجه، ص210.

³ مجموع الفتاوى: ابن تيمية، 109/28-119. وتبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون (ت 799هـ)، 2/293، الطبعة الأولى، مكتبة الكليات الأزهرية، 1406هـ/1986م. وكشاف القناع: البهوتي، 3030/9. والطرق الحكمية في السياسة الشرعية: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (ت 751هـ)، 688/2-698، تحقيق نايف بن أحمد الحمد، الطبعة الأولى، دار عالم الفوائد، 1428هـ. والحدود والتعزيرات عند ابن القيم: بكر بن عبد الله أبو زيد (1429هـ)، ص494-498، الطبعة الثانية، دار العاصمة، 1415هـ.

⁴ بحوث في الاقتصاد الإسلامي: عبد الله بن المنيع، ص404-423. بتصرف

عن أحد منهم تفسير العقوبة بتغريم المماطل مالاً عوضاً عن تأخره في الوفاء يدفع لصالح الدائن، لاتفاقهم على انحصارها في العقوبة البدنية، وإعراضهم عن القول بالتعويض مع وجود المقتضي للقول به من كثرة حوادث المماطلة في الديون، دليل على أنه متقرر لديهم منعه؛ لاشتماله على الربا المحرم المقيد لمطلق العقوبة الواردة في الحديث¹.

الوجه الثاني: أن "الحديث أحل أمرين من المماطل، هما: العرض والعقوبة، ولم يقل: "ويحل ماله"، فالعرض يعني: جواز شكايته وذمه وذكره بسوء المعاملة، والعقوبة كما سبق معناها: الحبس، والضرب، وبيع المال، ونحوه، مما شأنه الزجر والردع، وأما الجبر بالتعويض، فليس داخلاً فيها، وإلا لشرع التعويض في حق المعسر المتأخر في الوفاء متى ما أيسر ولم يقل به أحد"².

الوجه الثالث: أن عقوبة التعزير بالمال يرجع النظر فيها للحاكم عند من يقول بجوازها، إذ إن تفويض تنفيذها إلى آحاد الناس سيؤدي إلى المنازعة والفوضى التي لا يقبلها شرع ولا عقل³.

الوجه الرابع: أن الأصل في العقوبات الشرعية الزجر والردع لا جبر الضرر بالتعويض المالي؛ ذلك أن الغاية من تشريعها درء المفسدة عن حياة الناس واستئصالها، أما التعويض المالي فإنه ربما حمل الطرفين على التواطؤ على المماطلة والتحيل لأخذه، فيصبح هذا التعويض ستاراً للربا المحرم⁴.

¹ بحوث في قضايا فقهية معاصرة: مُجَدَّ العثماني، ص 41. وبحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: مُجَدَّ عثمان شبير، 869-868/2. ومشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية: القره داغي، ص 504. والمؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء: نزبه حماد، ص 111. ورأي آخر: في مطل الغني هل يلزم بالتعويض؟: مُجَدَّ زكي عبد البر، ص 168. وبحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: مُجَدَّ عثمان شبير، 869-868/2. والمماطلة في الديون: سلمان الدخيل، ص 377-511. بتصرف

² المماطلة في الديون: سلمان الدخيل، ص 377. وبحوث في قضايا فقهية معاصرة: مُجَدَّ العثماني، ص 41.

³ بحوث في قضايا فقهية معاصرة: مُجَدَّ العثماني، ص 42. والمماطلة في الديون: سلمان الدخيل، ص 379. بتصرف

⁴ المماطلة في الديون: سلمان الدخيل، ص 379. ودراسات في أصول المداينات: نزبه حماد، ص 292. وبحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: مُجَدَّ عثمان شبير، 869-870. بتصرف

الوجه الخامس: "أن اعتبار المدين المماطل بغير عذر ظالماً معتدياً أمر مسلم لا خلاف فيه لنص الحديث على ذلك، ومنشأ ظلمه إلحاقه الضرر بالدائن نتيجة تأخير الوفاء عن وقته بلا عذر، إلا أنه ليس كل ضرر يلحقه الإنسان بغيره ظالماً يعتبر موجباً للتعويض المالي، وهذا أصل لا مرء فيه"¹.

الدليل الرابع: قياس المطل على الغصب.

استدل المجيزون للتعويض المالي عن ضرر المطل بقياس تأخير المدين للوفاء بالدائن على غصب العين المالية²، وذلك لأمرين اثنين:

الأمر الأول: " أن تأخير أداء الحق مطالاً يأخذ حكم غصب العين المالية خلال مدة التأخير، لأنه حجب للمال ومنافعه عن صاحبه الدائن ظلماً وعدواناً.

الأمر الثاني: أن منافع العين المغصوبة مضمونة على الغاصب سواء استوفاه أو عطلها – على الرأي الراجح، وهو قول للشافعية والحنابلة – وعلى الغاصب أجرة مثل المنفعة مدة الغصب"³.

يقول الدكتور المصطفى الزرقا: "إن الديون مقرها الذمم، فتأخيرها ظلماً وعمداً هو حجب لها عن صاحبها الدائن، والتعدي عليها إنما يكون بهذا الحجب، لأنها ليست أعياناً يتأتى فيها السطو المادي"⁴، لذلك فتأخر المدين المماطل في الوفاء بدينه بلا عذر يعتبر بمثابة الغصب الحكمي الذي

¹ دراسات في أصول المدائنات: نزيه حماد، ص290.

² هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟: الزرقا، ص109-110. وبحوث في الاقتصاد الإسلامي: عبد الله بن المنيع، ص408.

³ دراسات في أصول المدائنات: نزيه حماد، ص287.

⁴ هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن: الزرقا، ص109.

يترتب عليه ضمان المماطل ما ألحقه من ضرر بالدائن بسبب ما فوته عليه من منفعة ماله مدة المماطلة فيضمنه قياساً على ضمان الغاصب منافع العين المغصوبة على الراجح من أقوال العلماء¹.

ومن ثم فكما أن الغاصب يضمن منافع العين المغصوبة فكذلك يجب على المدين المماطل أن يضمن منافع المال الثابت في ذمته ديناً، المحجوب عن الدائن خلال مدة التأخير.

وهذا من أقوى الأدلة التي استدل بها المبيحون للتعويض عن ضرر الماطل، إلا أنه نوقش من قبل المانعين من ستة أوجه:

الوجه الأول: أن ضمان الغاصب منافع العين المغصوبة أصل مختلف فيه، فلا يصح القياس عليه².

الوجه الثاني: أن "المطل من باب التعدي لا من باب الغصب"³، ولا يقاس أحد البابين على الآخر.

الوجه الثالث: أن "القياس لا يصح مع وجود النص...، وهذا ما يسميه الأصوليون فساد الاعتبار، وهو من القوادح في القياس...، والنص هنا ما ورد في ربا الجاهلية من النصوص القرآنية"⁴.

الوجه الرابع: أن "قياس التعويض التأخيري على ضمان منافع العين المغصوبة الذي قال به الشافعية والحنابلة قياس مع الفارق، لأنه يشترط في المنفعة التي تضمن أن تكون مالا يجوز أخذ العوض عنه، وذلك بأن يكون المغصوب من الأعيان التي يصح أن يرد عليها عقد الإجارة...، أما إذا

¹ هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن: الزرقا، ص 109. بتصرف.

² مقاصد المعاملات ومراصد الوقعات: عبد الله ابن بيه، ص 279.

³ الحواشي الشريفة والتحقيقات المنيفة على شرح التاودي على لامية الزقاق: التسولي، ص 211.

⁴ مقاصد المعاملات ومراصد الوقعات: عبد الله ابن بيه، ص 279.

كان المغصوب من النقود، وهي أموال لا تصح إجارتها بالإجماع، فلا يضمن زيادة على مقدار المبلغ المغصوب مهما طالت مدة غصبه"¹.

قال في فتح العزيز: " إذا تقرر ذلك، فكل عين لها منفعة تستأجر من أجلها يضمن - أي الغاصب - منفعتها إذا بقيت في يده مدة لمثلها أجرة"².

وقال في المغني: " متى كان للمغصوب أجر، فعلى الغاصب أجر مثله مدة مقامه في يده سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب، هذا هو المعروف في المذهب، نص عليه أحمد....، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يضمن المنافع... والخلاف في ما له منافع تستباح بعقد الإجارة، كالعقار، والثياب، والدواب، ونحوها، فأما الغنم والشجر والطيور ونحوها فلا شيء فيها؛ لأنه لا منافع لها يستحق بها عوض"³.

الوجه الخامس: أن "منافع الأعيان المغصوبة التي يصح ورود عقد الإجارة عليها، أموال متقومة في ذاتها، مملوكة ملكاً تاماً للمغصوب منه، ويصح أخذ العوض عنها، وهي منافع متحققة لها أجرة المثل، فجاز المطالبة بالتعويض المالي عما فات منها، بخلاف الديون فمنافعها المفوتة على الدائن لا تُعدّ مالاً، ولا يصح مبادلتها بمال، وهي محتملة مظنونة، وقابليتها للزيادة بالاستثمار غير محققة فقد يربح الدائن من الدين الذي يأخذه من المدين وقد يخسر، بل قد لا يستثمره أصلاً، لذا لم يجز التعويض المالي عن مدة التأخير فيها، لأن مبدأ الضمان المالي في الشريعة قائم على أساس المماثلة بين الفائت وعوضه ولا مماثلة هنا"⁴.

¹ بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: محمد عثمان شبير، ص 870.

² فتح العزيز بشرح الوجيز: عبد الكريم بن محمد الرفاعي (ت 623هـ)، 262/11، دار الفكر، دون طبعة وبدون تاريخ.

³ المغني: ابن قدامة، 418-417/7.

⁴ استيفاء الديون في الفقه الإسلامي: المزيد، ص 180. ويُنظر: تعليق على بحث الزرقا (هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماثل بالتعويض على الدائن؟)، زكي الدين شعبان، ص 219. ودراسات في أصول المداينات: نزيه حماد، ص 289-290. ورأي آخر: في مطل الغني، هل يلزم بالتعويض؟: محمد زكي عبد البر، ص 168.

الوجه السادس: أن القول بالقياس مبني أساساً على مبدأ اعتبار الربح المحتمل من النقود ربحاً حقيقياً، وعلى أن النقود مدرة للربح بنفسها بحساب كل يوم، وهذا المبدأ إنما أقرته النظريات الربوية، ولا عهد للفقه الإسلامي به، ولو كان هذا المبدأ معتبراً في الإسلام لكان الغاصب، أو السارق أولى بتطبيقه عليه، وذلك لأنهما قد أحدثا ضرراً على المالك، لا في حرمانه من أصل ماله فحسب، بل في فوات الربح المتوقع منه أيضاً، ولكن لم يقل أحد بفرض أي تعويض مالي على غاصب النقود، أو سارقها، فدل ذلك على أن المبدأ المذكور لا تقره الشريعة الإسلامية.

الدليل الخامس: إن من أسس الشريعة في تقرير الأحكام، ومن مقاصدها العامة عدم المساواة بين الظالم العاصي المماطل في الأداء رغم قدرته على الوفاء، وبين الأمين العادل المؤدي للحق الذي عليه في مواعده، مما يشجع على المماطلة وتأخير الحقوق. وهذا خلاف مقاصد الشريعة وسياساتها الحكيمة¹.

ونوقش بأن الشريعة لم تسو بين المدين المماطل والمدين المؤدي للحق في ميعاده، لأنها اعتبرت المماطل الموسر ظالماً مستحقاً للعقوبة الزاجرة الكفيلة بحمله على الوفاء كالحبس، والضرب، والحجر على أمواله وبيعها لأداء الحقوق لأصحابها².

الدليل السادس: الحكم بالتعويض المالي على المدين المماطل **مصلحة معتبرة**؛ ذلك أنه صمام أمان ووسيلة قانونية فعالة لضمان تنفيذ الالتزامات، وتعزيز آثارها القانونية، ووسيلة لحفظ أموال الناس من المماطلة والضياع.

¹ هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟: الزرقا، ص 107-108. بتصرف.

² دراسات في أصول المداينات: نزيه حماد، ص 292-293. بتصرف.

ونوقش بأن إلزام المدين المماطل بالتعويض المالي يحقق مصلحة الأمن التعاقدي أمر مسلم، إلا أن هذه المصلحة ملغاة، لمعارضتها نصوص صريحة تحرم الزيادة على أصل الدين لأنها ربا. فليس لصاحب الدين إلا رأس ماله في الفقه الإسلامي.

الترجيح:

لعل الراجح - والله أعلم - هو القول الأول القاضي بمنع إلزام المدين المماطل في الوفاء بالالتزامات المالية التي في ذمته بدفع تعويض مالي للدائن، وذلك لما يلي:

1. قوة أدلة القول الأول، وسلامتها من المناقشة.
2. ضعف أدلة القول الثاني، وعدم صمودها أمام المناقشة.
3. أن القول بالتعويض المالي عن ضرر المماطلة إن لم يكن ربا في ذاته، فهو ذريعة إليه.
4. أن الفروق بين الربا والتعويض فروق صورية غير مؤثرة في الحكم.
5. أن اختلاف المجيزين في التكييف، وفي كيفية التعويض، وفي من يتولاه، دليل على ضعف الحكم بالتعويض المالي.

المبحث الثاني: التطبيقات المعاصرة للشرط الجزائي في المداينات في البنوك الإسلامية والتشاركية.

المطلب الأول: الشرط الجزائي في بيع المراجحة للآمر بالشراء.

الفرع الأول: تعريف بيع المراجحة للآمر بالشراء:

أولاً: بيع المراجحة في اللغة والاصطلاح.

• المراجحة في اللغة:

المراجحة في اللغة: على وزن مفاعلة من الربح، وهو النماء في التجرة¹، قال ابن فارس: "الراء والباء والحاء أصل واحد، يدل على شف في مبايعة"²، والشف: الزيادة والفضل³، ويقال: بعت الشيء مراححة...، وبعته السلعة مراححة على كل عشرة دراهم درهم⁴، وأرجحته على سلعته أي أعطيته رجحاً⁵.

• المراجحة في الاصطلاح:

عرفها ابن عرفة بقوله: "بيع مرتب ثمنه على ثمن بيع سبقه غير لازم مساواته له"⁶، وعرفها الكاساني بقوله: "بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح"⁷، وعرفها ابن قدامة بقوله: البيع برأس المال

¹ لسان العرب: ابن منظور (ت711هـ)، كتاب الحاء، فصل الراء المهملة، مادة (ربح)، 442/2.

² مقاييس اللغة: ابن فارس (ت395هـ)، كتاب الراء، باب الراء والباء وما يثلثهما، مادة (ربح)، 474/2.

³ العين: الخليل، كتاب الشين، باب الشين والفاء: ش ف، ف ش يستعملان، مادة (شف)، 221/6.

⁴ لسان العرب: ابن منظور (ت711هـ)، كتاب الحاء، فصل الراء المهملة، مادة (ربح)، 443/2.

⁵ المصدر نفسه: مادة (ربح)، 442/2.

⁶ شرح حدود ابن عرفة: الرصاع، 384/2.

⁷ بدائع الصنائع: الكاساني، 220/5.

وربح معلوم"¹، ومن ثم فإن بيع المراجعة يقصد به: " أن يذكر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة، ويشترط عليه ربحاً ما "².

ثانياً: حكم بيع المراجعة:

بيع المراجعة من البيوع الجائزة، "غير أن بيع المساومة أحب إلى أهل العلم منه"³، قال القاضي عياض: البيوع باعتبار صورها أربعة، بيع مساومة وهو أحسنها، وبيع مزايده، وبيع مراجعة وهو أضيقتها، وبيع استرسال واستمالة⁴، وقال ابن رشد مؤكداً: "البيع على المكايسة أحب إلى أهل العلم وأحسن عندهم"⁵؛ وذلك "لأن بيع المراجعة - كما يقول الإمام أحمد - تعتريه أمانة واسترسال من المشتري، ويحتاج فيه إلى تبين الحال على وجهه...، ولا يؤمن هوى النفس في نوع تأويل أو غلط، فيكون على خطر وغرر، وتجنب ذلك أسلم وأولى"⁶. ومن هنا يتضح أن سبب التفضيل في تقديرهم سبب أخلاقي، لأن المراجعة وهي بيع مؤسس على رأس مال السلعة المبعة، بمعنى تكلفتها، يحتاج لبيان كثير من الأشياء التي قد لا يتيسر دائماً للبائع ضبطها لسبب أو لآخر. وبما أنه مؤتمن لأداء هذا الواجب، فقد يُخل بحقوق هذه الأمانة فيأثم، في حين أن بيع المساومة يخلو من هذا الالتزام. لذلك يقول الدسوقي تعليقاً على عبارة الدردير "جاز البيع حال كونه مراجعةً، والأحب خلافه. قال: وأما هو فهو غير محبوب لكثرة احتياج البائع فيه إلى البيان"⁷.

¹ المغني: ابن قدامة، 266/6.

² بداية المجتهد: ابن رشد، 229/3.

³ حاشية الصاوي على الشرح الصغير: 215/3-216.

⁴ منح الجليل: عlish، 263/5.

⁵ المقدمات الممهدة: ابن رشد، 139/2.

⁶ المغني: ابن قدامة، 274/6.

⁷ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: الدردير، 159/3. وينظر: شرح الزرقاني على مختصر خليل: الزرقاني، 308/5. ومنح

الجليل: عlish، 263/5.

هذا هو بيع المراجعة المبسوط في كتب الفقهاء، ومازال الناس يتوارثون العمل به إلى يومنا هذا، غير أن صورته تختلف عن بيع المراجعة للآمر بالشراء المعتمد في البنوك الإسلامية والتشاركية، ذلك أن بيع المراجعة ثنائي الأطراف، وبيع المراجعة للآمر بالشراء ثلاثي الأطراف، كما أن محلها في كتب الفقهاء مختلف فلكل بابة الفقهي الخاص به، وإنما تطرقت إليه للاشتراك اللفظي بينهما، ولأن البنك يبيع للعميل السلعة برأس مالها مضاف إليه ربحاً معلوماً.

ثالثاً: بيع المراجعة للآمر بالشراء.

يختلف بيع المراجعة المذكور في كتب الفقهاء المتقدمين عن بيع المراجعة للآمر بالشراء الذي انتشر في معاملات البنوك الإسلامية والتشاركية المعاصرة؛ ذلك أن بيع المراجعة مثلاً عند المالكية يندرج في كتاب المراجعة، وبيع المراجعة للآمر بالشراء يندرج في كتاب بيع العينة، ويقصدون به: أن يتقدم العميل الراغب في السلعة إلى بنك ليست عنده، فيطلب منه أن يشتريها لبيعها له مراجعة، وعبروا عنها بقولهم: "جاز لمطلوب منه سلعة أن يشتريها لبيعها منه بمال"¹.

وهذا التعريف قريب من تعريفات الفقهاء المعاصرين لبيع المراجعة للآمر بالشراء، فقد عرفها سامي حمود بأنها: "أن يتقدم العميل إلى المصرف طالباً منه شراء السلعة المطلوبة بالوصف الذي يحدده العميل وعلى أساس الوعد منه بشراء تلك السلعة فعلاً مراجعة بالنسبة التي يُتفق عليها، ويدفع الثمن مقدسماً حسب إمكانياته"²، وعرفها يونس رفيق المصري بقوله: "أن يتقدم الراغب في شراء سلعة إلى المصرف لأنه لا يملك المال الكافي لسداد ثمنها نقداً، ولأن البائع لا يبيعها له إلى أجل، إما لعدم مزاولته للبيوع المؤجلة، أو لعدم معرفته بالمشتري، أو لحاجته إلى المال النقدي، فيشتريها المصرف بثمن نقدي، ويبيعها إلى عميله بثمن مؤجل أعلى، ويتم ذلك عبر مرحلتين:

¹ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: الدردير، 88/3. وشرح الزرقاني على مختصر خليل: الزرقاني، 192/5. ومواهب الجليل: الخطاب، 404/4.

² تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشرعية الإسلامية (رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة): سامي حسن حمود، ص432، الطبعة الثانية، مطبعة الشرق، عمان، 1402هـ/1982م. بتصرف

مرحلة المواعدة على المراجعة، ثم مرحلة إبرام المراجعة. وهذه المواعدة ملزمة للطرفين (المصرف والعميل) في بعض المصارف الإسلامية، وغير ملزمة للعميل في المصارف الأخرى¹.

الفرع الثاني: حكم بيع المراجعة للآمر بالشراء:

يُبنى بيع المراجعة للآمر بالشراء على مسألة المواعدة، ويختلف حكمه وتتنوع صورته تبعاً لتنوع واختلاف الحكم في مسألة الإلزام بالوعد من عدمه، فمن أشبه الوعد الملزم بالبيع وجعله في قوة بيع الشيء قبل تملكه قال بالتحريم، ومن لم يُشبهه به، ورأى أن الأخذ بالإلزام فيه مراعاة لمصلحة العقد والمتعاقدين، قال بالجواز، ولكل فريق أدلته التي توصل إليها باجتهاده².

وقد أجاز بعض الفقهاء³ بيع المراجعة للآمر بالشراء في حالة المواعدة الملزمة لطرفي العقد (العميل والبنك) بناء على قول للمالكية يقضي بوجوب الإلزام بالوعد⁴، وذلك لتأمين العقد وضبط المعاملة

¹ بيع المراجعة للآمر بالشراء في المصارف الإسلامية: رفيق يونس المصري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد الخامس، 1133/2-1134، 1409هـ/1988م.

² بيع المراجعة للآمر بالشراء: حسام الدين موسى عفانة، ص 27-45، الطبعة الأولى، شركة بيت المال الفلسطيني العربي، 1996م. وبيع المراجعة للآمر بالشراء كما تجرّه المصارف الإسلامية: يوسف القرضاوي، ص 7 وما بعدها، الطبعة الثانية، مكتبة وهبة، القاهرة، 1407هـ/1987م.

³ بيع المراجعة كما تجرّه المصارف الإسلامية: يوسف القرضاوي، ص 76-101. وبيع المراجعة للآمر بالشراء: سامي حسن حمود، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد الخامس، 1102/2-1106، 1409هـ/1988م. وأسلوب المراجعة والجوانب الشرعية التطبيقية في المصارف الإسلامية: عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد الخامس، 1226/2، 1409هـ/1988م.

⁴ تضمن المذهب المالكي أربعة أقوال في المسألة: قيل يُقضى بالعدة مطلقاً، وقيل لا يقضى بها مطلقاً، وقيل يُقضى بها إن كانت على سبب، وإن لم يدخل الموعود بسبب العدة في شيء، والرابع يُقضى بها إن كانت على سبب ودخل الموعود بسبب العدة في شيء وهذا هو المشهور من الأقوال، يُنظر: فتح العلي المالكي: عيش، 254/1-255. وقد أجرى المواعدة الملزمة في العقد عدد من البنوك الإسلامية بناء على قرار هيئة الرقابة الشرعية من ذلك: بنك دبي الإسلامي، وبنك فيصل الإسلامي المصري، وبيت التمويل الكويتي، يُنظر: البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق (رسالة دكتوراه، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود، 1401هـ، منشورة): عبد الله بن محمد الطيار، ص 215-225-243. والبنك الإسلامي الأردني، جاء في التقرير السنوي الثاني والأربعين للبنك لسنة 2020، ص 112: أن البنك "يقوم بتطبيق مبدأ الإلزام بالوعد في عقود المراجعة للآمر بالشراء وبما ينسجم مع المعايير الصادرة". يُنظر في هذا الشأن كذلك: فتاوى هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لبنك دبي الإسلامي: اعتنى بها الدكتور القره داغي، 111/1-112، الطبعة الأولى، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2005م.

مخافة نكول أحد طرفي المعاقدة، وتأثير ذلك على المعاملات المصرفية، إلا أنه اعترض على هذا الرأي لضعفه¹، ولأنه من التلفيق الفقهي المنهي عنه، ذلك أن الوعد عند المالكية محله باب العدة والتبرعات، وبيع المراجعة للآمر بالشراء محله بيع العينة².

ومن ثم فقد تمخض عن هذا الاختلاف الفقهي المعاصر قرارا لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم: 40-41، (5/2 و 5/3) بشأن الوفاء بالوعد والمراجعة للآمر بالشراء أجاز فيه بيع المراجعة للآمر بالشراء بشرط الخيار للطرفين كليهما أو أحدهما، حيث جاء فيه ما يلي:

"أولاً: أن بيع المراجعة للآمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور، وحصول القبض المطلوب شرعاً، هو بيع جائز طالما كانت تقع على المأمور مسؤولية التلف قبل التسليم، وتبعة الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم، وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه.

ثانياً: الوعد -وهو الذي يصدر من الأمر أو المأمور على وجه الانفراد- يكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعد في كلفة نتيجة الوعد. ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.

ثالثاً: المواعدة -وهي التي تصدر من الطرفين- تجوز في بيع المراجعة بشرط الخيار للمتواعدين، كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز، لأن المواعدة الملزمة في بيع المراجعة تشبه

¹ من البنوك الإسلامية التي تأخذ بالوعد الأحادي للشراء: بنك فيصل الإسلامي السوداني؛ حيث يرى أن العقد بالنسبة للآمر بالشراء غير ملزم، فهو بالخيار بعد شراء البنك السلعة، إن شاء اشتراها بالثمن المتفق عليه، وإن شاء ردها، يُنظر: البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق، عبد الله بن محمد الطيار، ص232. ونجد من البنوك من بنى العقد على المواعدة غير الملزمة لطرفي التعاقد بأن أتاح لهما الخيار في الإقدام على إبرام العقد أو التراجع عنه. يُنظر: الضابط 40 من الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد: أمانة الهيئة الشرعية، ص25، الذي نص على أنه: "لا يجوز في المراجعة أن يكون الوعد ملزماً للطرفين أو لأحدهما، وعليه فلا يجوز من البنك أن يأخذ من العميل تعهداً ملزماً بشراء السلعة".

² الوعد الملزم في بيع المراجعة للآمر بالشراء: الصادق الغرياني، مقال منشور بالموقع: <http://tanasuh.com/online/leadingarticle.php?id=3493>

البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكا للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده"¹.

الفرع الثالث: عقد المراجعة للآمر بالشراء في البنوك الإسلامية والتشاركية:

خصص منشور والي بنك المغرب رقم 1 و 17 الصادر في 27 يناير 2017 المتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المراجعة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم، وكذا كيفية تقديمها للعملاء²، كما هي واردة في المادة 58 من القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها³، الباب الثاني منه لعقد المراجعة والمراجعة للآمر بالشراء، وبيان مختلف الأحكام التي تتعلق بهما. و يتكون هذا الباب من ثمان مواد، من المادة الثالثة إلى المادة الخامسة عشر⁴.

أولا تعريف عقد المراجعة:

جاء في المادة 3 من المنشور السالف الذكر: " يُقصد بعقد المراجعة كل عقد تبيع بموجبه مؤسسة منقولا أو عقارا محددًا في ملكيتها، لعميلها بتكلفة اقتنائه مضافا إليها هامش ربح متفق عليهما مسبقا بين طرفي العقد.

يُقصد بتكلفة الاقتناء ثمن شراء العين من قبل المؤسسة مضافا إليه مجموع المصاريف المؤداة من قبلها والمرتبطة باقتناء العين من لدن المؤسسة المذكورة.

تشكل تكلفة الاقتناء وهامش الربح المذكوران ثمن البيع والمراجعة"⁵.

¹ مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي: 1599/2-1600، الدورة الخامسة، العدد الخامس، 1409هـ/1988م.

² منشور والي بنك المغرب رقم 1 و/17: ص 580 – 597.

³ القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها: ص 473-474، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6328، فاتح ربيع الآخر 1436هـ (22 يناير 2015).

⁴ منشور والي بنك المغرب رقم 1 و/17: ص 581-584.

⁵ المرجع نفسه: ص 581.

ويستفاد من هذه المادة أن عقد المراجعة كما هو منصوص عليه عقد ثنائي الأطراف، له ثلاثة أركان هي نفسها أركان البيع المعروفة:

● **العقدان:** المؤسسة والعميل.

● **المعقود عليه:** ويشمل المثلثين سواء كان منقولاً أو عقاراً، ويجب على المؤسسة أن تتملكه قبل بيعه للعميل لثلاثي تقع في (بيع الإنسان ما ليس عنده)¹، والثلثين الذي يتكون من تكلفة الاقتناء وهامش الربح. وتتضمن تكلفة الاقتناء ثمن شراء العين مضافاً إليه مجموع المصاريف المرتبطة باقتنائها مثل نفقات النقل أو نفقات التسجيل والتحفيز والتوثيق، أو نفقات الضرائب أو غيرها. ويشترط تحديد ثمن البيع في عقد المراجعة لأنها من يبيع الأمانة، ويجب أن يكون ثابتاً لا يتغير، ممنوع الزيادة فيه، لتفادي الوقوع في الربا والغرر المحذوران شرعاً. جاء في المادة 6: "يحدّد ثمن البيع لزماً في عقد المراجعة، سواء تعلق الأمر بتكلفة الاقتناء أو هامش الربح، ويجب أن يكون كل منهما ثابتاً وتُمنع الزيادة فيهما"².

● **الصيغة:** الإيجاب والقبول بين جميع أطراف التعاقد.

ثانياً: تعريف عقد المراجعة للأمر بالشراء:

عرف القانون البنكي 103.12 في المادة رقم 58 المراجعة بأنها "كل عقد يبيع بموجبه بنك تشاركي منقولاً أو عقاراً محدداً وفي ملكيته، لعميله بتكلفة اقتنائه مضافاً إليه هامش ربح متفق عليهما مسبقاً"³.

وجاء في المادة 11 من المنشور: "يمكن للمؤسسة أن تقتني عقاراً أو منقولاً بناءً على طلب العميل بغرض بيعه له في إطار عقد مراجعة كما هو معرف في المادة 3 أعلاه، وتعتبر هذه العملية

¹ سبق تخرجه، ص 156.

² منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17: ص 582.

³ القانون رقم 103.12: ص 473.

«مراجعة للآمر بالشراء». وفي هذه الحالة يمكن أن يسبق عقد المراجعة وعد أحادي بالشراء من طرف العميل ملزم له بمجرد امتلاك المؤسسة للعين.

ويحدد الوعد مواصفات العين وكيفيات وأجل تسليمها للعميل¹.

وتختلف المراجعة العادية عن المراجعة للآمر بالشراء في أنها عقد مركب من وعد وبيع؛ حيث يتقدم العميل الراغب في شراء سلعة معينة إلى مؤسسة بنكية، ويطلب منها شراء تلك السلعة له، ويعدّها بشرائها منها بربح معين يختلف باختلاف الأجل، وقيمة المبالغ الشهرية المدفوعة.

وقد أخذ المشرع المغربي برأي مجمع الفقه الإسلامي في مسألة الوعد الأحادي الملزم في تطبيق صيغة بيع المراجعة للآمر بالشراء، وجعله ملزماً للعميل دون البنك لضمان تنفيذ العقد، وتحميل العميل مسؤولية عدم إتمامه عملية الشراء، خاصة وأننا في زمن انخرمت فيه الذمم، ونصت المادة 14 على أنه: "لا يجوز أن يقتزن الوعد الأحادي بالشراء الصادر عن العميل بوعد ملزم بالبيع صادر عن المؤسسة لفائدة العميل.

ويعتبر الوعد الأحادي بالشراء الصادر عن العميل وعقد شراء العين من طرف المؤسسة وعقد المراجعة، ثلاث وثائق منفصلة. ولا يجوز اشتراط عقد المراجعة في عقد شراء العين من طرف المؤسسة². وقد اختار المشرع المغربي هذا الرأي، وإن كان لا ينسجم مع مقتضيات الفقه المالكي وأصوله وقواعده، إلا أنه يلائم إلى حد ما الاجتهاد الفقهي المعاصر، ويراعي مقاصد المعاملات المالية حيث يضبط هذه المعاملة، ويزيل مخاوف البنك من وقوعه في الضرر في حالة تراجع العميل عن الشراء، ويتفادى بيع السلعة قبل تملكها إذا أخذنا بالقول الذي يرى أن المواعدة الملزمة تشبه البيع نفسه، كما ينص على تعويض المؤسسة البنكية عن الضرر الفعلي المترتب عن عدم وفاء العميل بوعدّه بالشراء³.

¹ منشور والي بنك المغرب رقم 1 /و/ 17: ص 583.

² منشور والي بنك المغرب رقم 1 /و/ 17: ص 584، والمعايير الشرعية، للأيوبي، المعيار 8، ص 205-206.

³ منشور والي بنك المغرب رقم 1 /و/ 17: المادة 13، ص 584.

الفرع الرابع: حكم الشرط الجزائي في بيع المراجعة للآمر بالشراء.

صورة الشرط الجزائي في بيع المراجعة للآمر بالشراء: أن يشترط البنك على العميل دفع غرامة مالية في حالة تخلفه أو تأخره عن سداد الأقساط المترتبة عليه بموجب عقد المراجعة للآمر بالشراء في أوقاتها المحددة.

وحكمه حكم الشرط الجزائي في الديون فهو باطل مبطل للعقد، محرم شرعا لأنه من باب ربا النسئة، ففي المدونة: "كل شيء أعطيته إلى أجل فرد إليك مثله وزيادة فهو ربا"¹.

وهذا ما أصدرته المجامع الفقهية في قراراتها²، وأفتت به هيئات الرقابة الشرعية، فقد ورد في فتوى الهيئة الشرعية لبنك دبي الإسلامي أنه "لا يجوز شرعا أن يتضمن عقد المراجعة شرطا يُلزم المشتري في حالة تأخره في الوفاء بدين المراجعة بغرامة تأخير تقدر بنسبة الليبور مضافا إليها نسبة مئوية سنويا، ذلك أن ثمن المراجعة يصير دينا في ذمة المشتري، فإذا اشترط عليه في العقد أن يدفع زيادة تقدر بنسبة من الدين مرتبطة بالزمن عند التأخير، فإن هذا الشرط هو شرط الربا الذي أجمع عليه الفقهاء، إذ الربا يتحقق في الحالات الآتية:

- أن يوجد دين في ذمة المدين.
 - أن يكون هذا الدين مؤجلا بأجل معلوم أو قسطا على آجال معلومة.
 - أن يشترط على المدين في حالة التأخير أن يدفع زيادة عن الدين مقابل التأخير في الوفاء به.
- سواء كانت مقدرة بنسبة من الدين أو بمبلغ مقطوع.

¹ المدونة: مالك بن أنس، 75/3. والجامع لمسائل المدونة: الصقلي، 194/11. والبهجة في شرح التحفة (شرح تحفة الحكام): التسولي، 241/2.

² مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي: 305/2-306، الدورة الثانية عشرة، العدد الثاني عشر، 1421هـ/2000م. والمعايير الشرعية: الأيوبي، المعيار 3، ص93.

وهذه الحالة يتحقق فيها ربا الجاهلية الذي جاء بتحريمه القرآن الكريم، وأكدته السنة، وأجمع عليه المجتهدون¹.

وقد اختلفت تطبيقات البنوك الإسلامية في معالجة مشكلة المماطلة عن السداد بناء على قرارات وفتاوى هيئات الرقابة الشرعية التابعة لها، فمنها من أجاز للبنك مسألة إلزام العميل بدفع غرامات التأخير عند تخلفه عن السداد، وذلك حماية لأموال المودعين والمساهمين، ورعاية لمصالح البنك، وحفظاً لحقوقه على أن تصرف تلك الغرامات في وجوه الخير². ومنها من أجاز له أن يشترط في العقد - في حالة حلول أجل الالتزامات المترتبة في الذمة - المطالبة بالتعويض عما لحق البنك من ضرر ناشئ أو متعلق بواقعة الامتناع عن الوفاء في مدة المماطلة، وفي حالة عدم الاتفاق مع البنك على تقدير التعويض تحال مطالبة البنك إلى التحكيم³، ومنها من جمع بين رأيي مصطفى الزرقا والصدیق الضریر حيث اشترط في الضرر أن يكون ضرراً مادياً وفعلياً استناداً لرأي الصدیق الضریر⁴، وفي التعويض أن يكون بمقدار ما فات من ربح معتاد استناداً إلى رأي الزرقا⁵، وهذا الجمع ممتنع ولا يستقيم لأنه متناقض حيث إن هذا الرأي اشترط في الضرر أن يكون مادياً وفعلياً في الفقرة 1، وبني تقدير التعويض على الفرصة الضائعة والضرر المفترض في الفقرة 4، وأطلق متوسط الربح المحقق خلال مدة التأخير في أي بنك إسلامي ولم يقيد بالبنك المتضرر نفسه في الفقرة 5، ومن ثم فإنه يصعب

¹ فتاوى هيئة الفتوى والرقابة الشرعية: بنك دبي الإسلامي، 612/2.

² فتاوى هيئة الرقابة الشرعية: بنك الأهلي المتحد، الطبعة الأولى، البنك الأهلي المتحد، 2021م، ص 11-18. وفتاوى وتوصيات الهيئات الشرعية لوحدة مجموعة البركة المصرفية: فتاوى هيئة الرقابة الشرعية، بنك البركة الإسلامي البحرين، لسنة 2010م، ص 374، الطبعة الأولى، 1434هـ/2013م. وأخذت بهذا الرأي عدد من البنوك الإسلامية مثل بنك الريان، وقد صدرت بجواز اشتراط غرامة التأخير وصرفها في وجوه البر فتوى بالأغلبية عن ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي الثانية عشر (8/12) نصت على أنه: "يجوز اشتراط غرامة مقطوعة أو بنسبة محددة على المبلغ والفترة في حال تأخر حامل البطاقة عن السداد دون عذر مشروع، وذلك على أساس صرف هذه الغرامة في وجوه البر ولا يمتلكها مستحق المبلغ".

³ فتاوى وتوصيات الهيئات الشرعية لوحدة مجموعة البركة المصرفية: الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي الأردني، ص 368.

⁴ الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة: الصدیق مُجَد الأمين الضریر، ص 118.

⁵ هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟: الزرقا، ص 112.

الجمع بين هذين الرأيين لأن كل واحد منهما يشكل نظاما منسجما وتصورا موحدا متسقاً. جاء في فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك البركة الجزائري:

"2...- يجوز للبنك أن يتفق مع العميل المدين على أن يدفع له تعويضا عن الضرر الذي يصيبه بسبب تأخره عن الوفاء شريطة أن يكون الضرر الذي أصاب البنك ماديا وفعليا، وأن يكون العميل موسرا وممطلا.

4- ينبغي أن يقدر هذا التعويض بمقدار ما فات البنك من ربح معتاد، كما أن ينتجه مبلغ دينه لو استثمره بالطرق المشروعة، خلال مدة التأخير.

5- يقدر التعويض، بمعرفة أهل الخبرة، تبعا لطرق الاستثمار المقبولة شرعا، ويسترشد بمتوسط ما حققه بنك إسلامي من ربح للمستثمرين فيه، خلال مدة التأخير"¹.

أما الهيئة الشرعية لبنك البركة مصر فقد أقرت اشتراط الزيادة على أصل الدين، ووضعتها في حساب خاص يتم تعويض البنك منه عن الأضرار الفعلية المثبتة، وتتولى الهيئة الشرعية الإشراف على عملية صرف الفائض، فقد نصت في قرارها على ما يلي: "في حالة تأخر الطرف الثاني (العميل) عن سداد أي قسط في تاريخ سدادده يسقط الحق في التقسيط وتحل كافة الأقساط اللاحقة، ويلتزم الطرف الثاني (العميل) بدفع نسبة % (تحدد بصيغة الشرط) زيادة على أصل الدين، توضع في حساب خاص يتم التصرف منه لتغطية الأضرار الفعلية التي تكبدها الطرف الأول (البنك) والباقي يتم التصرف فيه حسب توجيه هيئة الرقابة الشرعية بالبنك"².

أما المشرع المغربي فإنه لم ينص على الشرط الجزائي في عقد المراجعة، وإنما نص على التعويض عن الضرر الفعلي المثبت، وذلك في المواد 9 و12 و13 من الباب الثاني المتعلق بعقد المراجعة من منشور والي بنك المغرب رقم (1/و 17) بتاريخ 27 يناير 2017م حيث أشارت المواد الثلاثة إلى التعويض عن الأضرار الفعلية سواء في حالة التراجع أو في حالة المماطلة عن السداد.

¹ فتاوى وتوصيات الهيئات الشرعية لوحدة مجموعة البركة المصرفية: فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك البركة الجزائري، ص 369.

² المرجع نفسه: فتاوى الهيئة الشرعية لبنك البركة مصر، ص 369.

جاء في المادة 9: " يجوز أن ينص عقد المراجعة على أنه في حال توقف العميل عن التسديد، دون عذر معتبر شرعا يجب عليه: دفع تعويض عن الأضرار الفعلية التي لحقت بالبنك بسبب توقفه عن الأداء بعد إثبات ذلك في حدود ما تبقى من الثمن في ذمته"، وجاء في المادة 12: " كما أن له (العميل) أن يطالب المؤسسة بتعويض الضرر الفعلي المثبت الذي لحق به في حالة تراجع المؤسسة عن إبرام عقد المراجعة. وجاء في المادة 13: " في حالة عدم وفاء العميل بوعده بالشراء، يجوز أن تقتطع المؤسسة من هامش الجدية مبلغا لا يتجاوز مقدار الضرر الفعلي المثبت الذي تحمّلته من جراء ذلك، دون المطالبة بأي مبلغ إضافي"¹.

ولم يحدد المشرع المغربي نوع الضرر الفعلي المعوّض عنه للبنك، وإنما نص عليه بصيغة العموم، وللتدقيق في هذه المسألة قام الباحث بوضع استمارة²، وتم إرسالها إلى عينة من مدراء ومدققين شرعيين بالبنوك التشاركية المغربية، فاختلفت أنظارتهم وتضاربت آراؤهم حول المعنى الحقيقي الذي قصده المشرع المغربي بالتعويض عن الأضرار الفعلية المثبتة فأغلبهم فسرّها - في حالة المماثلة عن السداد - بنفقات الشكاية ومصروفات التقاضي، وأحدهم فسرّها بما فات البنك من ربح معتاد في طريق التجارة العامة لو أن البنك التشاركي قبض دينه في موعده، واستثمره بالطرق المشروعة الحلال في الإسلام.

¹ منشور والي بنك المغرب رقم 1 /و/ 17: ص 583-584، وهي نفس الفتوى الصادرة عن الهيئة الشرعية لبنك دبي الإسلامي في حالة الإخلال بالوعد بالشراء من قبل المتعامل، حيث جاء فيها: " إذا أخل المتعامل بالوعد (وعده بالشراء) قبل قيام المصرف بشراء الشيء محل المراجعة يلتزم المتعامل بتعويض المصرف عن كافة الأضرار التي قد تلحق بالمصرف، أما إذا كان المصرف قد اشترى الشيء محل المراجعة فلا يجوز إلزامه بشراء محل المراجعة، ولكنه يلتزم بالتعويض عن الأضرار الفعلية التي تصيب المصرف من جراء نكوله عن وعده ورفضه لشراء البضاعة محل المراجعة. يُنظر: فتاوى هيئة الفتوى والرقابة الشرعية: لبنك دبي الإسلامي، 1/114. وكذلك في فتوى الهيئة في حالة المماثلة حيث رأت أنه: " يجوز أن ينص في العقد على التزام المدين المماثل بتعويض الدائن عن الضرر الفعلي الذي يلحقه بسبب المماثلة، وأن هذا يحكم به القضاء ولا يحدد في العقد، كما يجوز أن يتضمن العقد الذي ينشئ الدين شرط التحكيم توفيراً للوقت واختصاراً للإجراءات، فإذا رُئي لأن ينص على ذلك فليكن على الوجه الذي أفتت به الهيئة" يُنظر: المرجع نفسه، 2/613.

² يُنظر: الاستمارة بالملاحق، ص 350 من هذا البحث.

أما في حالة تراجع العميل عن الوفاء بالعقد فأغلب المستجوبين فسر الضرر الفعلي الذي لحق البنك بالمبلغ الفارق بين الثمن المتفق عليه مع العميل الذي لم يف بوعده شراء السلعة بعد تملك البنك لها، وثن البيع للعميل الجديد، كما فُسّر أيضا الضرر المعوض عنه بكل ما يتم تبريره بالوثائق. ونظرا لكون المشرع المغربي لم يفصل في مسألة نوع الضرر المعوّض عنه، فأُثبت ضرر أثبت بالوثائق يتم التعويض عنه لا سيما الفارق بين ثمن الشراء والبيع في حالة تراجع العميل عن الشراء، فمثلا إذا اشترى البنك سلعة ب 10000 درهم لبيعها لعميل وعده بشراء تلك السلعة، ثم تراجع عن الوفاء بوعده، فلما أراد البنك بيعها لم يحصل إلا على 9000 درهم فله أن يستوفي حقه من هامش الجدية البالغ قدره 1000 درهم. وكذلك أيّ ضرر آخر يمكن إثباته بالوثائق كاضطرار المؤسسة البنكية لأداء مبلغ لحخير قصد شراء سلعة معينة، ثم توصّلها بخير من العميل يؤكد لها فيه تراجعها عن رغبته في شراء تلك السلعة، فإن من حق المؤسسة البنكية استيفاء المبلغ المؤدى للخبير وجميع المصاريف التي اقتضتها الإجراءات التي تسبق عملية الشراء.

لكن مع ذلك تظل مسألة شمول مسألة التعويض عن الضرر الفعلي في المنشور السالف الذكر للربح الفعلي الذي حققه البنك مدة المماطلة من عدمه يكتنفها غموض وتحتاج إلى تدقيق في الصياغة خاصة وأن كل المستجوبين فسر التعويض عن الضرر الفعلي خلال مدة المماطلة بنفقات الشكاية ومصروفات التقاضي، مما يجعل المواد المتعلقة بالتعويض عن الضرر الفعلي عامة تحتل تأويلات مختلفة، وقاصرة عن حماية حقوق البنوك التشاركية في حالة تراخي العملاء عن أداء المستحقات للبنوك، كما أنها ستضيق مجال التعامل لدى البنك التشاركي وتجعله غير منفتح على مختلف شرائح المجتمع من أشخاص موظفين وغير موظفين، أو مؤسسات حكومية وغير حكومية خوفا من المماطلة.

كما أنه في حالة التنازع واللجوء إلى القضاء قد تصدر أحكام متضاربة ومختلفة ستفرضها السلطة التقديرية الممنوحة للقضاة بناء على اجتهاد كل قاض بما ترجح لديه في المسألة، الأمر الذي يتطلب وضع إطار قانوني مصاغ صياغة دقيقة وواضحة بعيدة عن كل التأويلات والاحتمالات

بخصوص نوع الضرر الفعلي الذي للبنك الحق في أخذ التعويض عنه؛ وذلك لوضع حلول للمشاكل المتوقعة قبل وقوعها ضمانا لسلامة العقود واعتبارا لمآلاتها.

المطلب الثاني: الشرط الجزائي في الاعتماد المستندي.

الفرع الأول: تعريف الاعتماد المستندي:

الاعتماد المستندي من التسهيلات الائتمانية ذات الفاعلية والأهمية القصوى على المستوى الدولي إذ تهدف إلى حماية طرفي الصفقة التجارية؛ حيث تُؤمن عملية تنفيذ الالتزامات بين المستورد والمصدر، وتدفع عنها عيوب الغش والتدليس والتلاعب والمماطلة، وذلك تيسيرا لحركة التجارة الخارجية المعاصرة، وضمان تسلّم المستورد لبضاعته مطابقة للشروط المتفق عليها، واطمئنان المصدر على تسلّم ثمن السلعة بعد تسليمها مما يحل مشكل انعدام الثقة الذي يفرضه التباعد الجغرافي بين المتعاقدين.

لم يرق المشرع المغربي بتنظيم آلية الاعتماد المستندي من خلال مواد قانونية ونصوص تشريعية¹ في مدونة التجارة 95-15²، أو القانون البنكي³ تحدد مفهومه، وتنظم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة من حيث الحقوق والالتزامات، بل أحال على القواعد و العادات الموحدة للاعتمادات المستندية في النشرة 600 الصادرة بتاريخ 1 يوليوز 2007.

¹ وتجدر الإشارة إلى أن مشروع القانون التجاري كان قد خصص قسما خاصا بتنظيم الاعتماد المستندي من الفصول 480 إلى 488 قبل الاستغناء عنه، كما عرف ذات المشروع الاعتماد المستندي بأنه: اعتماد تفتحه مؤسسة بنكية بطلب من شخص أمر لفائدة عميل له، يكون مضمونا بحيازة المستندات الممثلة للبضائع أثناء نقلها أو المعدة للنقل... " يُنظر: الوسيط في النظرة العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية: أحمد شكري السباعي، 101/2، دار النشر للمعرفة، الطبعة الأولى، 2002م.

² القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996). الجريدة الرسمية عدد 4418 الصادر بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996).

³ القانون رقم 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.05.178 صادر في 15 محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ الجريدة الرسمية عدد 5397 بتاريخ 20/02/2006.

غير أن هذا لا يمنع من التماس تعريف للاعتماد المستندي، فقد عُرِّف بأنه: "تعهد صادر من البنك بناء على طلب العميل (الآمر) أو (معطي الأمر) لصالح الغير المصدر (ويسمى المستفيد)، يلتزم البنك بمقتضاه بدفع أو بقبول كمبيالات مسحوبة عليه من هذا المستفيد، وذلك بشروط معينة واردة في هذا التعهد، ومضمون برهن حيازي على المستندات للبضائع المصدرة"¹.

وعُرِّف أيضا بأنه: "تعهد خطي يصدر عن فاتح الاعتماد بناء على طلب المستورد لصالح المستفيد "المصدر" عن طريق البنك المراسل يتعهد فيه بدفع مبلغ محدد أو قبول سحوبات زمنية محددة خلال فترة محدودة مقابل استلام البنك المراسل لمستندات محددة بشرط مطابقة هذه المستندات لشروط فتح الاعتماد"².

وعُرِّف بأنه: "تعهد مكتوب يصدر من مصرف يسمى المصرف المصدر، يوجه إلى البائع ويسمى المستفيد، وذلك بناء على طلب المشتري ويسمى العميل الأمر، يتعهد فيه البنك بأن يدفع للمستفيد مبلغا معيناً مقابل تقديم المستفيد للمستندات المشار إليها في الخطاب المرسل له، ويسمى خطاب الاعتماد، وذلك خلال المدة المحددة به، ويعتبر عقد الاعتماد مستقلاً عن عقد البيع الذي نشأ بمناسبته وكذلك عن سائر العلاقات الناشئة عن عملية الاعتماد المستندي"³.

¹ العقود وعمليات البنوك التجارية: علي البارودي، ص 372، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1968م.
² الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك " دراسة مقارنة": محمود الكيلاني، 164/4، الطبعة الأولى، دار الثقافة، 1430هـ/2009م.

³ مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي: جورجيت صبحي عبده قليني، ص 14-15، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م.

الفرع الثاني: أنواع الاعتماد المستندي:

تعددت تقسيمات الاعتمادات المستندية لاعتبارات مختلفة¹، والذي يهمننا منها، وله علاقة وثيقة بالبحث تقسيمه إلى:

1. الاعتماد المستندي المغطى كلياً:

يكون الاعتماد المستندي مغطى كلياً متى ما قام العميل بإيداع كامل قيمة البضاعة موضوع العقد لدى البنك الوسيط الذي ينحصر دوره في القيام بتقديم خدمة مضمونة مقابل عمولة². و هذه العمولة التي يتقاضها البنك مقابل خدماته المتمثلة بالأساس في التراسل، والتحويل، وفتح الاعتماد، وفحص المستندات والتأكد من مدى مطابقتها لشروط الاعتماد عمولة جائزة شرعاً لأنها من باب الإجارة، وخلقها من الربا والغرر، و لكونها تحقق مقصد التيسير في المعاملات بين الناس.

2. الاعتماد غير المغطى كلياً أو جزئياً:

يكون الاعتماد المستندي غير مغطى كلياً متى ما قام العميل بفتح اعتماد دون إيداع أي مبلغ لقيمة البضاعة موضوع العقد لدى البنك الوسيط الذي يقوم بتمويل البضاعة تمويلاً كاملاً، حيث

¹ المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي: مُجّد عثمان شبير، ص281-283، الطبعة السادسة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1428هـ/2007م. والاعتمادات المستندية وحكمها في الفقه الإسلامي: علي بن فريح بن عقلا العقلا، 150/1-350، رسالة دكتوراه، جامعة الإمام مُجّد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية. والاعتمادات المستندية: محيي الدين اسماعيل علم الدين، ص21-28، الطبعة الأولى، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، 1417هـ/1996م. والاعتمادات المستندية، دراسة شرعية وفنية: عبد الباري مشعل، ص66-76، شركة الراجحي المصرفية للاستثمار، 1422هـ/2001م. والموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك " دراسة مقارنة": محمود الكيلاني، ص183-190.

² الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية: علي السالوس، ص160، الطبعة الأولى، مكتبة الفلاح، 1406هـ/1986م. والاعتمادات المستندية: محيي الدين اسماعيل علم الدين، ص27. والاعتمادات المستندية وحكمها في الفقه الإسلامي: علي بن فريح بن عقلا العقلا، ص1/243-251. بتصرف

يدفع البنك عن العميل قيمة البضاعة كاملة للمستفيد عند تسلم المستندات مطابقة لشروط الاعتماد. ويكون الاعتماد المستندي مغطى جزئيا إذا قام العميل بدفع جزء من قيمة البضاعة وقام البنك بإتمام الجزء المتبقي عنه.

وتفرض البنوك التقليدية فوائد ربوية على القروض المسلمة لعملائها، هذه الفوائد تختلف باختلاف قيمة القرض وآجال سدادها. أما البنوك الإسلامية والتشاركية فتمول البضاعة بناء على الصيغة الشرعية الملائمة لكل حالة مربحة للآمر بالشراء أو مضاربة أو مشاركة، وتعد الصيغة الأولى الأكثر تطبيقا، وهناك من يكتفي بها فقط عن غيرها¹.

أما ما يتقاضاه البنك من عمولة مقابل الدور الخدماتي الذي يؤديه للعميل فهو جائز شرعا.

الفرع الثالث: حكم الشرط الجزائي في الاعتماد المستندي.

وصورته أن يشترط البنك على العميل فاتح الاعتماد غير المغطى كليا أو المغطى جزئيا دفع غرامة مالية في حالة تخلفه أو مماطلته في سداد الأقساط المترتبة عليه بموجب العقد في أوقاتها المحددة.

وحكمه حكم الشرط الجزائي في الديون فهو باطل مبطل للعقد، محرم شرعا لأنه من باب ربا النسئة، ففي المدونة: "كل شيء أعطيته إلى أجل فرد إليك مثله وزيادة فهو ربا"².

أما التطبيقات المعاصرة للشرط الجزائي في الاعتماد المستندي سواء بالبنوك الإسلامية أو التشاركية فلا تختلف عن تطبيقاته في عقد بيع المربحة للآمر بالشراء لأن كليهما عبارة عن دين تعلق بذمة المدين.

¹ المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي: محمد عثمان شبير، ص283-284. والطبعة القانونية للاعتماد المستندي وتكييفه في الفقه المصرفي الإسلامي - الحلقة (2) -: البشير عدي، مجلة الاقتصاد الإسلامي العالمية، العدد 29، ص64-65، 1435هـ/2014م. بتصرف

² المدونة: مالك بن أنس، 75/3. والجامع لمسائل المدونة: الصقلي، 194/11. والبهجة في شرح التحفة (شرح تحفة الحكام): التسولي، 241/2.

المطلب الثالث: الشرط الجزائي في عقد السلم.

الفرع الأول: تعريف السلم.

• السلم في اللغة:

بمعنى السلف، يقال: أسلم إذا أسلف، وأسلم في الطعام أي أسلف فيه، وهو أن تعطي ذهباً وفضة في سلعة معلومة إلى أمد معلوم، فكأنك قد أسلمت الثمن إلى صاحب السلعة وسلمته إليه¹.
والسَّلَم "لغة أهل الحجاز والسلف لغة أهل العراق"².

• السلم في الاصطلاح:

اختلف الفقهاء في تعريف السلم تبعاً لاختلافهم في بعض شروطه، من ذلك:

تعريف الحنفية:

السلم: "اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلاً وفي المثلث آجلاً"³. وعرفوه اختصاراً بقولهم:
"أخذ آجل بعاجل"⁴.

تعريف المالكية:

عرفه ابن عرفة بقوله: "عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل
العوضين"⁵. وقال الدردير: هو "بيع يتقدم فيه رأس المال ويتأخر المثلث لأجل"⁶.

¹ لسان العرب: ابن منظور، كتاب الميم، فصل السين المهملة، مادة (سلم)، 295/12. والصحاح: الجوهري، باب السين، مادة (سلم)، 1950/5-1952.

² كشاف اصطلاحات الفنون: حرف السين، 968/1.

³ الاختيار لتعليل المختار: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، 33/2، تحقيق محمود أبو دقيقة، دار الكتب العلمية، بيروت، دون طبعة وبدون تاريخ.

⁴ البناية شرح الهداية: بدر الدين العيني، 327/8. والبحر الرائق: ابن نجيم، 258/6.

⁵ شرح حدود ابن عرفة: الرصاع، ص 395.

⁶ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: الدردير، 195/3.

تعريف الشافعية:

السلم "عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلاً"¹.

تعريف الحنابلة:

عرفه ابن قدامة بقوله: "أن يسلم عوضاً حاضراً، في عوض موصوف في الذمة إلى أجل"²، وجاء في الإقناع: السلم "عقد على موصوف في الذمة، مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد"³.

الفرع الثاني: حكم السلم:

السلم عقد جائز دل على جوازه الكتاب والسنة والإجماع.

فمن الكتاب: آية المداينة، فعن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: "أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه، وأذن فيه. ثم قال: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾"⁴، وقال أيضاً: "هذه الآية نزلت في السلم خاصة"⁶.

¹ نهاية المطلب في دراية المذهب: إمام الحرمين أبو المعالي، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني (ت478هـ)، 5/6، تحقيق عبد العظيم محمود الديب، الطبعة الأولى، دار المنهاج، 1428هـ/2007م. وروضة الطالبين وعمدة المفتين: النووي، 3/4. ² المغني: ابن قدامة، 384/6.

³ كشف القناع: البهوتي، 1518/5. ومنتهى الإرادات: ابن النجار، 279/1.

⁴ سورة البقرة، الآية: 281.

⁵ أخرجه عبد الرزاق في المصنف، كتاب البيوع، باب لا سلف إلا إلى أجل معلوم، رقم الحديث: 14064، 5/8، وابن أبي شيبه في المصنف، كتاب البيوع والأقضية، باب السلف في الطعام والتمر، رقم الحديث: 22319، 481/4، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب جواز الرهن والحميل في السلف، رقم الحديث: 11197، 380/11، والحاكم في المستدرک على الصحيحين، كتاب التفسير، رقم الحديث 3130، قال الحاكم: "هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه"، 314/2. وقال ابن الملقن: "هذا الأثر رواه البيهقي في «سننه» بإسناد الصحيح؛ يُنظر: البدر المنير: ابن الملقن، 616/6. وقال الألباني: صحيح؛ يُنظر: إرواء الغليل: الألباني، 213/5.

⁶ تفسير الطبري: 70/5. والحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز: أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن عطية (ت542هـ)، 378/1، تحقيق عبد السلام عبد الشافي محمد، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1422هـ.

ومن السنة: ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: (قدم النبي ﷺ المدينة، وهم يسلفون بالتمر السنتين والثلاث، فقال: "من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم" ¹. وروي عنه ﷺ (أنه نهي عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم) ².

أما الإجماع: فقد قال ابن المنذر: "وأجمعوا على أن السلم جائز" ³، وقال ابن القطان الفاسي: "أجمع أهل العلم ممن يحفظ عنه أن السلم الجائز" ⁴.

والسلم جُوز استثناء من أصل ممنوع، لأنه بيع المعدوم، وقد نهي النبي ﷺ عن بيع ما ليس عندك ⁵، ورُخص فيه للضرورة ولحاجة الناس إليه مع قيام دليل الحرمة ⁶.

¹ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم، رقم الحديث: 2240، 85/3، واللفظ له. ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب السلم، رقم الحديث 1604، 1226/3.

² نصب الراية: الزيلعي، كتاب البيوع، باب السلم، 45/4، قال الزيلعي: " غريب بهذا اللفظ". والدراية في تخريج أحاديث الهداية: ابن حجر العسقلاني (ت852هـ)، كتاب البيوع، باب الاستحقاق وباب السلم، رقم الحديث: 800، 159/2، تحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، دون طبعة وبدون تاريخ. قال ابن حجر: " لم أجده هكذا. نعم هما حديثان، أحدهما: لا تبع ما ليس عندك، وقد تقدم. ثانيهما: الرخصة في السلم، ولم أره بهذا اللفظ، إلا أن القرطبي في شرح مسلم ذكره أيضا".

³ الإجماع: ابن المنذر، ص134.

⁴ الإقناع في مسائل الإجماع: ابن القطان الفاسي، 237/2.

⁵ سبق تخريجه، 156.

⁶ طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف: محمد بن عبد الحميد الأسمندي (ت 552 هـ)، ص343، تحقيق محمد زكي عبد البر، الطبعة الثانية، مكتبة دار التراث، القاهرة، 1428هـ/2007م. وشرح التلويح على التوضيح: التفتازاني، 269/2-270. وكشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي: علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري (ت 730 هـ)، 319/3، الطبعة الثانية، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، 1416هـ/1995م. والجامع لأحكام القرآن: القرطبي، 426/4.

الفرع الثالث: عقد السلم في البنوك الإسلامية والتشاركية.

نظم المشرع المغربي عقد السلم وبين أهم أحكامه في الباب السادس من منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/2017 الصادر في 27 يناير 2017م المتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المراجحة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم وكيفيات تقديمها للعملاء¹. كما نص عليه في المادة 58 من القانون البنكي رقم 103.12²، وستتناول في هذا المحور تعريف عقد السلم وبيان أنواعه وأهم شروطه.

أولاً: تعريف عقد السلم في القانون:

عرفته المعايير الشرعية للأيوبي بأنه "بيع آجل بعاجل، وهو نوع من البيع يدفع فيه الثمن حالا، ويسمى رأس مال السلم، ويؤجل فيه المبيع الموصوف في الذمة، ويسمى «المسلم فيه»، ويسمى البائع «المسلم إليه» والمشتري «المسلم»، أو «رب السلم»، وقد يسمى السلم (سلفاً)³."

وعرفه القانون رقم 103.12 في الفقرة (هـ) من المادة 58 بأنه: "كل عقد بمقتضاه يعجل أحد المتعاقدين، البنك التشاركي أو العميل، مبلغاً محدداً للمتعاقد الآخر الذي يلتزم من جانبه بتسليم مقدار معين من بضاعة مضبوطة بصفات محددة في أجل"⁴.

وعرفه المنشور رقم 1/و/17 السالف الذكر بأنه: "كل عقد يعجل بمقتضاه أحد المتعاقدين، المؤسسة أو العميل بصفته مشترياً (رب السلم) مبلغاً محدداً يسمى الثمن (رأس مال السلم) للمتعاقد

¹ منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17: ص 593-596.

² القانون رقم 103.12: ص 473.

³ المعايير الشرعية: الأيوبي، ص 292.

⁴ القانون رقم 103.12: ص 473.

الآخر الذي يلتزم بصفته بائعا (مسلماً إليه) بتسليم مبيع يثبت في الذمة (مسلم فيه) مضبوط بخصائص محددة في أجل محدد متفق عليه"¹.

ويتميز تعريف المشرع المغربي الوارد في المنشور السالف الذكر عن تعريف الأيوبي بأنه أشار إلى أجل تسليم المسلم فيه.

ثانياً: أنواع عقد السلم:

ينقسم عقد السلم المعمول به في البنوك الإسلامية والتشاركية إلى نوعين:

السلم العادي: "وهو الذي يبرمه الطرفان ابتداءً بين منتج (العميل، المسلم إليه) وتاجر (المؤسسة البنكية، رب السلم) دون سابقة تعامل في بعض الأشياء أو المواد الموصوفة في الذمة"²

السلم الموازي: وهو "أن يدخل المسلم إليه في عقد سلم مستقل مع طرف ثالث للحصول على سلعة مواصفاتها مطابقة للسلعة المتعاقد على تسليمها في السلم الأول ليتمكن من الوفاء بالتزامه فيه فإن هذا العقد يسمى في العرف المعاصر: السلم الموازي، مثل أن تشتري المؤسسة كمية محددة من القطن من المزارعين ثم تقوم المؤسسة (رب السلم في العقد الأول) بإنشاء عقد سلم جديد مع مصانع الغزل والنسيج، فتبيع لهم عن طريق عقد السلم قطناً بذات مواصفات المبيع في العقد الأول دون أن يعلق العقد الثاني على نفاذ العقد الأول"³.

وأشارت المادة 69 من المنشور 17/و/1 إلى الحالة التي تقوم فيها المؤسسة بصفقتها بائعاً بتوكيل المشتري لبائع المسلم إليه لطرف ثالث في السلم الموازي⁴، ولم تشر إلى الحالة - الواردة في تعريف المعايير الشرعية للأيوبي - التي تقوم فيها المؤسسة نفسها بإبرام عقد ثان بصفقتها بائعاً مع طرف ثالث بصفته مشترياً لتبيع له المسلم إليه التي اشترته في السلم الأول من البائع الأول.

¹ منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17: ص 593.

² المعاملات المالية المعاصرة: هبة الزحيلي، ص 296، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، 1423هـ/2002م.

³ المعايير الشرعية: الأيوبي، ص 292.

⁴ منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17: ص 596. بتصرف

ثالثاً: شروط عقد السلم¹:

يُشترط لصحة عقد السلم شروط زائدة على شروط البيع، فرضتها صيغته المستثناة من الأصل الممنوع؛ بيع المعدوم، وهو نهيهِ ﷺ (عن بيع ما ليس عندك)²، وهو على ثلاثة أنواع:

1. شرط يتعلق برأس المال:

- أن يكون رأس مال السلم معجلاً: بأن يحصل التقابض في مجلس العقد، وجوز المالكية ما كان منه في حكم المعجل كأن يتأخر رأس مال السلم ثلاثة أيام فما دونها بناء على أن "ما قارب الشيء يعطى حكمه"³، ولأنه من التأخير اليسير المعفو عنه، أما إذا تأخر أكثر من ثلاثة أيام

¹ المعونة: القاضي عبد الوهاب، 983/2-984. وبداية المجتهد: ابن رشد، 218/3-221. المنتقى شرح الموطأ: الباجي، 292/4-300. والقبس في شرح موطأ مالك بن أنس: محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري (ت 543هـ)، ص 832-836، تحقيق محمد عبد الله ولد كريم، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، 1992م. والقوانين الفقهية: ابن جزى، 450-451. والإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام: ميارة، 16/2-171. وعقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس (ت 616هـ)، 750/2-757، تحقيق حميد بن محمد لحر، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1423هـ/2003م. وحاشية الصاوي على الشرح الصغير: 262/3-279. والاختيار لتعليل المختار: الموصلي، 34/2-35. والعناية شرح الهداية: البابرتي، 80/7-81-86. والهداية: المرغيناني، 70/3-73. ورد المختار: ابن عابدين، 461/7-470. وبدائع الصنائع: الكاساني، 207/5-214. والمهذب: الشيرازي، 72/2-77. والإقناع في الفقه الشافعي: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (ت 450هـ)، ص 95-98، تحقيق خضر محمد خضر، الطبعة الأولى، دار إحسان للنشر والتوزيع، إيران، 1420هـ. ومنتهى الإرادات: ابن النجار الفتوحى، 279/1-282. وحاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم (ت 1392هـ)، 25/5-28، الطبعة الأولى، 1397هـ. والمبدع في شرح المقنع: ابن مفلح، 171/4-188. والكاظمي في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة، 62/2-69. ومنشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17: ص 593-596. بتصرف

² سبق تخريجه، ص 156.

³ الذخيرة: القرافي، 230/5 و 366/5. والأشباه والنظائر: السيوطي، ص 182. والمنثور في القواعد: الزركشي، 144/3-145. وعقد الجواهر الثمينة: ابن شاس، 653/2. والشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي: 269/2. وإيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك: أحمد بن يحيى الونشريسي (ت 914هـ)، ص 70-71، تحقيق الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، 1428هـ/2006م.

فالمعتمد في المذهب الفساد¹. لأنه يكون من "الدين بالدين"² أو من "بيع الكالئ بالكالئ"³ المنهي عنه، وسواء أكان رأس مال السلم ديناً في ذمة المسلم إليه، أو في ذمة المسلم بتأخيره دفع الثمن للبائع أكثر من ثلاثة أيام، فإنه ممنوع⁴؛ "لأنه يتضمن شغل الذمتين بغير مصلحة لهما"⁵، وإذا اشتملت المعاملة على شغل الذمتين توجهت المطالبة من الجهتين، فكان ذلك سبباً لكثرة الخصومات والعداوات، فمنع الشرع ما يفضي لذلك، وهو بيع الدين بالدين، الكالئ بالكالئ في الحديث⁶.

جاء في المادة 57 من المنشور 1/و/17: "لا يجوز أن تكون ديون المشتري أو غيره على البائع ثمناً في عقد السلم"⁷. وجاء في التهذيب في اختصار المدونة: "ومن له على رجل مال فقال له:

¹ الكافي في فقه أهل المدينة: ابن عبد البر، 691/2. والتاج والإكليل: المواق، 476/6، وحاشية الصاوي، 262/3. والشرح الكبير، الدردير: 195/3. وإيضاح المسالك: الونشريسي، ص 70-71.

² بيع الدين بالدين مجمع على تحريمه؛ ينظر: الإجماع: ابن المنذر، ص 132. والإشراف: ابن المنذر، 44/6. والإقناع في مسائل الإجماع: ابن القطان، ص 234.

³ "بيع الكالئ بالكالئ" هو "بيع الدين بالدين"، يُنظر: الموطأ: مالك بن أنس، كتاب المكاتب، باب بيع المكاتب، رقم الحديث: 2951، 161/5. والمصنف: أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (ت 211هـ)، كتاب البيوع، باب أجل بأجل، 90/8، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، الطبعة الثانية، المجلس العلمي، الهند، 1403هـ/1983م. والمصنف في الأحاديث والآثار: ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأفضية، باب من كره أجلاً بأجل، رقم الحديث: 22125، 460/4. والمستدرك على الصحيحين: الحاكم، كتاب البيوع، رقم الحديث: 2343، 66/2. والسنن الكبرى: البيهقي، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي ببيع الدين بالدين، الحديث رقم: 10633، 86/11-87. وشرح معاني الآثار: الطحاوي، كتاب البيوع، باب بيع المصرة، رقم الحديث: 5554، 21/4. حديث ضعيف؛ يُنظر: بلوغ المرام: ابن حجر العسقلاني، كتاب البيوع، باب الربا، رقم الحديث: 846، ص 323. والمطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت 852هـ)، كتاب البيوع، باب ما نهي عنه من البيوع، 306/7، تحقيق حسين عمر سباهيتش، الطبعة الأولى، دار العاصمة، الرياض، 1419هـ/1998م. والبدر المنير: ابن الملقن، 567/6-569.

⁴ جامع الأمهات: ابن الحاجب، ص 370. والكافي في فقه أهل المدينة: ابن عبد البر، 738/2. والتفريع: عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري (ت 378هـ)، 169/2، تحقيق حسين بن سالم الدهماني، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1408هـ/1987م. وكشاف القناع: البهوتي، 1494/5. بتصرف.

⁵ إعلام الموقعين: ابن القيم، 264/3.

⁶ الفروق: القرافي 468/3-469.

⁷ منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17: ص 593.

أسلمه لي في طعام لم يجز حتى يقبضه ويرآن من التهمة، ثم يدفعه إليه بعد ذلك إن شاء، لئلا يكون تأخير سلفا جر منفعة، أو يعطيه من عنده ويدخله الدين بالدين"¹.

2. شروط تتعلق بالمسلم فيه:

● أن يكون المسلم فيه دينا في الذمة: لا في عين معينة. لأن الأعيان لا تثبت في الذم، ومن حق ما يثبت في الذمة أن يكون مطلقا غير معين، لذلك لم يجز في العقار اتفاقا لتعيينه، كما أن السلم مُنع في العين محاذرة من الغرر المنهي عنه². جاء في المادة 58 : "يحدد عقد السلم خصائص البضاعة ولا سيما من حيث الجنس والنوع والمقدار والجودة. ولا يمكن أن يكون موضوع عقد السلم بضاعة معينة بذاتها أو ليس لها نظير أو غير محددة الخصائص أو لا تثبت في الذمة.

ولا يشترط أن تكون البضاعة موجودة، ولا في ملكية البائع عند إبرام عقد السلم"³.

● أن يكون موصوفا: بالصفات التي تختلف بها الأثمان والأغراض في المسلم فيه عادة من نوع وصنف وجودة ورداءة لرفع الخطر بجهل الصفة، فلا يصح السلم إلا في ما ينضبط فيه كل وصف يختلف به القيمة اختلافا ظاهرا لا يتغابن الناس بمثله في السلم⁴.

فقد نصت المادة 58 السالفة الذكر على أنه يجب أن: "يحدد عقد السلم خصائص البضاعة ولا سيما من حيث الجنس والنوع والمقدار والجودة"⁵.

وجملة القول إن ما أمكن ضبطه جاز السلم فيه.

¹ التهذيب في اختصار المدونة: أبو سعيد البراذعي، 33/3، تحقيق مُجَّد الأمين ولد مُجَّد سالم بن الشيخ، الطبعة الأولى، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، 1423هـ/2002م.

² جامع الأمهات: ابن الحاجب، ص371. بتصرف

³ منشور والي بنك المغرب رقم 1 /و/ 17: ص 594.

⁴ جامع الأمهات: ابن الحاجب، ص372-373. بتصرف

⁵ منشور والي بنك المغرب رقم 1 /و/ 17: ص 594.

• أن يكون المسلم فيه مؤجلا بأجل معلوم: فلا يجوز الحال خلافا للشافعي¹، واختلفوا في حد الأجل، وتحصيل مذهب مالك في مقدار الأجل أن أقله خمسة عشر يوما لأنها مظنة اختلاف الأسواق غالبا، واختلافها مظنة لحصول المسلم فيه فكأنه عنده. فأما إن أسلم على أن يأخذه ببلد آخر فجائز إن كانت مسافته ثلاثة أيام أو يومين لاختلاف سعرهما فصار كبعد الأجل في البلد الواحد².

والآجال المعلومة عند الناس كالمنصوصة مثل الأشهر والأيام، أو وقت الحصاد أو الجذاذ، أو حلول فصل الصيف أو الشتاء³.

قال ابن العربي محررا اختلاف الفقهاء في مسألة أجل السلم: "أن يكون مؤجلا. فيا لها مسألة، ويا طال ما اضطرب الخلق فيها، ولكن ترجع إلى أصليين: أحدهما: أن السلم الحال هل يجوز أم لا؟ فقال الشافعي: هو جائز. واضطربت المالكية في تقدير الأجل حتى ردوه إلى يومه، حتى قال بعض علمائنا: السلم الحال جائز. والصحيح أنه لا بد من الأجل فيه، لأن البيع على ضربين: معجل وهو المعين، ومؤجل. فإن كان حالا ولم يكن عند المسلم فيه، فهو بيع ما ليس عندك. فلا بد من الأجل حتى يخلص كل عقد بصفته وعلى شروطه، وتُنزل الأحكام الشرعية منازلها. وتحريره عند علمائنا مدة تختلف الأسواق في مثلها"⁴.

¹ المنهاج شرح صحيح مسلم: النووي، كتاب البيوع، باب السلم، الحديث رقم: 1604، 41/11. ونهاية المحتاج: الرملي، 190/4. وأسنى المطالب: زكريا الأنصاري، 124/2. وروضة الطالبين وعمدة المفتين: النووي، 7/4. قال الشيرازي: "لأنه إذا جاز - أي السلم - مؤجلا فلا يجوز حالا، وهو عن الغرر أبعد، أولى". يُنظر: المهذب: الشيرازي، 72/2.

² جامع الأمهات: ابن الحاجب، ص372. بتصرف

³ حاشية الدسوقي: 3/ 205. والقوانين الفقهية: ابن جزي، ص451. بتصرف

⁴ القبس: ابن العربي، 833/2-834.

جاء في المادة 61 : "يحدد عقد السلم ميعاد وكيفيات تسليم البضاعة موضوع العقد. إذا لم يحدد العقد مكان التسليم افترض في المتعاقدين أنهما ارتضيا الركون إلى مكان إبرام العقد"¹.

- أن يكون المسلم فيه معلوم المقدار: بما جرت العادة بتقديره به من الوزن أو الكيل أو العدد أو غير ذلك من المقادير المعتادة فيه². وقد أشارت المادة 58 إلى هذا الشرط.
- أن يكون المسلم فيه عام الوجود عند حلول أجل التسليم: بأن يكون مقدورا على تسليمه وقت حلول الأجل لئلا يكون الثمن تارة سلفا وتارة ثمنا. ولا يشترط وجوده في جميع الأجل³، بل الشرط وجوده أي القدرة على تحصيله عند حلول الأجل، ولو انقطع في أثناء الأجل، بل ولو انقطع في الأجل بتمامه ما عدا وقت القبض جاز، خلافا لأبي حنيفة الذي يشترط وجوده في جميع الأجل⁴.

جاء في المادة 60 : يجب أن يكون المبيع موضوع عقد السلم متوافرا ومتداولاً في الأسواق، وعامّ الوجود عند حلول أجل التسليم حتى يتمكن البائع من تسليمه للمشتري في الأجل المحدد⁵.

تعيين مكان القبض:

اختلف الفقهاء في اشتراط تعيين مكان تسليم المسلم فيه لصحة السلم على أربعة أقوال:

القول الأول: لا يشترط بيان مكان قبض المسلم فيه في ما ليس له حمل ومؤونة، وهو قول الحنفية، أما إذا كان له حمل ومؤونة كالحنطة والشعير فقد اختلف أبو حنيفة مع صاحبيه في اشتراط تعيين مكان التسليم. فقال أبو حنيفة: يشترط بيان مكان إيفاء المسلم فيه؛ لأن التسليم غير واجب

¹ منشور والي بنك المغرب رقم 1 /و/ 17: ص 594.

² جامع الأمهات: ابن الحاجب، ص 372. بتصرف

³ المبسوط: السرخسي، 134/12. والبنية شرح الهداية: بدر الدين العيني، 337/8.

⁴ جامع الأمهات: ابن الحاجب، ص 371-372. القوانين الفقهية: ابن جزي، ص 451. بتصرف

⁵ منشور والي بنك المغرب رقم 1 /و/ 17: ص 594.

في الحال، فلا يتعين مكان العقد موضعاً للتسليم، فإذا لم يتعين بقي مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة لاختلاف القيم باختلاف الأماكن، فلا بد من البيان دفعا للمنازعة، فصار كجهالة الصفة. وقال أبو يوسف ومُحَمَّد: لا يحتاج إلى تعيينه، ويسلمه في موضع العقد؛ لأن مكانه موضع الالتزام، فيتعين لإيفاء ما التزمه في ذمته، كموضع الاستقراض والاستهلاك وكبيع الخنطة بعينها¹.

القول الثاني: لا يشترط تعيين مكان التسليم ولكن يُفضّل ذكره دفعا للمنازعة²، وهو قول المالكية، قال المازري: "يستحب -تعيين مكان القبض- دفعا للنزاع"³، وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي "الأحسن اشتراط مكان الدفع ... فإن لم يعين في العقد مكاناً فمكان العقد، وإن عيناه تعين، ولا يجوز أن يقبضه بغير المكان المعين، ويأخذ كراء مسافة ما بين المكانين لأنهما بمنزلة الأجلين"⁴. جاء في المادة 61: "... إذا لم يحدد العقد مكان التسليم افترض في المتعاقدين أنهما ارتضيا الركون إلى مكان إبرام العقد"⁵. وتدلل هذه المادة على صحة عقد السلم ولو لم يعين مكان التسليم جرياً على أحكام المذهب المالكي الدالة على استحسان تعيين المكان دون إيجابه.

¹ النهر الفائق شرح كنز الدقائق: سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم (ت 1005هـ)، 503/3، تحقيق أحمد عزو عناية، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1422هـ/2002م. والمبسوط: السرخسي، 129-127/12. وبدائع الصنائع: الكاساني، 214-213/5. وتبيين الحقائق: الزيلعي، 117-116/4. والهداية في شرح بداية المبتدي: المرغيناني، 73/3. والبنية شرح الهداية: بدر الدين العيني، 350-347/8. والاختيار لتعليل المختار: ابن مودود الموصلي، 35/2. وتحفة الفقهاء: علاء الدين السمرقندي، 14-13/2. والعناية شرح الهداية: البابرتي، 97-95/7. بتصرف.

² المنتقى شرح الموطأ: الباجي، 299/4. بتصرف.

³ الذخيرة: القراني، 263/5.

⁴ القوانين الفقهية: ابن جزي، ص 452.

⁵ منشور والي بنك المغرب رقم 1 /و/ 17: ص 594.

القول الثالث: يشترط بيان مكان التسليم في السلم المؤجل إن انعقد العقد في موضع لا يصلح للتسليم كالصحراء، أو إن كان لحملة مؤنة لاختلاف الثمن باختلافه وإلا فلا، أما في السلم الحال فلا يشترط التعيين¹، وهو قول الشافعية.

القول الرابع: لا يشترط بيان مكان التسليم، وهو قول الحنابلة، لأن النبي ﷺ لم يذكره، فدل على أنه لا يشترط فيه. ولأنه عقد معاوضة أشبه ببيع الأعيان، إلا أن يكون موضع العقد لا يمكن الوفاء فيه كصحراء وبحر وجبل ودار حرب ونحو ذلك، فعند ذلك يشترط بيانه لتعذر الوفاء في موضع العقد، فيكون محل التسليم مجهولا².

3. ثلاثة شروط مشتركة بينهما:

• أن يكون كل واحد منهما مالا متقوما يصح تملكه وبيعه: تحرزا من الخمر والخنزير وغير ذلك. ونصت المادة 55 على أنه: "يشترط في المبيع موضوع عقد السلم -المسلم فيه- أن يكون مطابقا لأحكام الشريعة الإسلامية"³.

• أن يكونا متغايرين جنسا تجوز فيه النسيئة بينهما⁴: تحرزا من الوقوع في الربا فلا يجوز تسليم الذهب والفضة أحدهما في الآخر لأن ذلك ربا، وكذلك تسليم الطعام بعضه في بعض ممنوع على الإطلاق لأنه ربا، ويجوز تسليم الذهب والفضة في الحيوان والعروض والطعام، ويجوز تسليم العروض بعضها في بعض، وتسليم الحيوان بعضه في بعض بشرط أن تختلف فيه الأغراض والمنافع، فلا يجوز مع اتفاق الأغراض والمنافع لأنه يؤول إلى سلف جر منفعة.

¹ روضة الطالبين وعمدة المفتين: النووي، 12/4-13. والمهذب: الشيرازي، 77/2-78. ومنهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت 676هـ)، ص 110، تحقيق عوض قاسم أحمد عوض، الطبعة الأولى، دار الفكر، 1425هـ/2005م. ونهاية المحتاج: الرملي، 189/4-190. وأسنى المطالب: زكريا الأنصاري، 127/2-128.

² كشاف القناع: البهوتي، 5/1535. ومنتهى الإرادات: ابن النجار الفتوحي، 1/282. وحاشية الروض المربع: ابن القاسم، 29/5-30. بتصرف

³ منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17: ص 593.

⁴ جامع الأمهات: ابن الحاجب، ص 371.

جاء في المادة 56: "لا يجوز أن يكون موضوع عقد السلم وحدات نقدية، ويجوز أن يكون موضوع عقد السلم ذهباً أو فضة، ما لم يكن الثمن ذهباً أو فضة"¹. فدلّت هذه المادة على أنه يشترط في المسلم فيه أن يكون من غير جنس رأس مال السلم، فلا يجوز أن يكونا من طعامين، ولا نقدين تفاديا من الوقوع في الربا، إلا إذا اختلفت الأغراض والمنافع. قال ابن الحاجب: "وألا يكونا طعامين ولا نقدين للنساء والتفاضل ولا شيئاً في أكثر منه لأنه سلف جر منفعة ولا في أقل منه لأنه ضمان يجعل، وكذلك في أجود وأردى على الأصح، إلا أن تختلف منافعهما"².

قال الشيخ خليل: "وأن لا يكونا طعامين، ولا نقدين، ولا شيئاً في أكثر منه أو أجود كالعكس، إلا أن تختلف المنفعة... ثم قال: ... وكالجنسين ولو تقاربت المنفعة"³. وقال ابن أبي زيد: "ولا يجوز أن يكون رأس المال من جنس ما أسلم فيه، ولا يُسلم شيء في جنسه أو فيما يقرب منه، إلا أن يقرضه شيئاً في مثله صفة ومقداراً والنفع للمتسلف"⁴. وقال ابن رشد: "وأما تسليم العروض بعضها في بعض كانت مما يكال أو يوزن، أو مما لا يكال ولا يوزن، والحيوان بعضه في بعض، فذلك كله جائز في مذهب مالك وجميع أصحابه إذا اختلفت الأصناف، أو اختلفت المنافع والأغراض في الصنف الواحد... وأما تسليم العين بعضه في بعض، بالذهب في الفضة أو الفضة في الذهب، أو الذهب في الذهب أو الفضة في الفضة فذلك لا يجوز بإجماع أهل العلم، وكذلك الطعام كله بجميع أصنافه كان مما يكال أو يوزن، أو مما لا يكال ولا يوزن، كان مما يدخر أو مما لا يدخر لا يجوز بعضه

¹ منشور والي بنك المغرب رقم 1 /و/ 17: ص 593.

² جامع الأمهات: ابن الحاجب، ص 371.

³ مختصر خليل: خليل بن إسحاق بن موسى، ص 162، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (ت 776هـ)، تحقيق أحمد جاد، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، 1426هـ/2005م.

⁴ الرسالة: ابن أبي زيد القيرواني، ص 79.

في بعض"¹. وعليه فلا يجوز أن يقع عقد السلم على ما تمتنع فيه ربا النسيئة بأن تجتمع في البدلين (رأس مال السلم والمسلم فيه) علة الربا².

• أن يكون كل واحد منهما معلوم الجنس والصفة والمقدار: "إما بالوزن فيما يوزن، وإما بالكيل فيما يكال، أو بالذرع فيما يذرع، أو بالعد فيما يعد، أو بالوصف فيما لا يوزن ولا يكال"³.

الفرع الرابع: حكم الشرط الجزائي في عقد السلم.
وله صورتان:

الصورة الأولى: أن يلتزم المسلم إليه (البائع) بتسليم المسلم فيه (الشيء المبيع) للمسلم (المشتري) في الأجل المتفق عليه في العقد. فإذا أخل البائع بالتزامه وتخلف أو تأخر عن تسليم المبيع في أجله، فإن ذلك يعود إلى الأسباب التالية:

أولاً: التخلف أو التأخر بسبب إعسار المسلم إليه (البائع):
والواجب في هذه الحالة إنظار المعسر إلى يساره، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾⁴.

¹ المقدمات الممهدة: ابن رشد، 30/2-32.

² المطابقة الشرعية على البنوك التشاركية في ضوء الفقه المالكي والقانون البنكي المغربي - دراسة تأصيلية مقارنة - (رسالة دكتوراه، كلية الشريعة بفاس/ جامعة القرويين، 1442هـ): عبد الرحيم الأمين، ص 296، دون طبعة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 1443هـ/2022م. ومنتجات التمويل التشاركي - دراسة فقهية تأصيلية -، محمد جعواني، ص 163-165، منشورات دار الأمان، الطبعة الأولى، الرباط، 2021م. بتصرف

³ القوانين الفقهية: ابن جزي، ص 451.

⁴ سورة البقرة، الآية: 279.

ثانيا: تعذر التسليم بسبب عدم توفر المبيع:

إذا تأخر البائع في الوفاء بالتزامه في الأجل المتفق عليه، حيث تعذر عليه تسليم المبيع للمشتري لعدم توفره، فقد عالج المشرع المغربي هذه المسألة في المواد 64 و 65 و 66، فقد جاء في المادة 64 من المنشور: "يمكن للبائع تأجيل التسليم بعد قبول المشتري، دون مراجعة الثمن أو الزيادة في مقدار البضاعة موضوع العقد"¹.

ونصت المادة 65 على أنه: "يجوز للبائع بعد موافقة المشتري تعويض المبيع موضوع عقد السلم بشيء آخر غير النقد بعد حلول الأجل، دون اشتراط ذلك في عقد السلم، سواء كان التعويض بجنسه أو بغير جنسه، وذلك مع اشتراط أن يكون البدل صالحا لأن يكون موضوعا لعقد السلم بالثمن المتفق عليه.

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

إذا سلم البائع للمشتري مبيعا بخصائص أجود، جاز قبوله بشرط ألا يطلب البائع ثمنا للخصائص الزائدة"².

أما المادة 66 فقد أشارت إلى أنه: "في حالة عدم توفر البضاعة جزئيا أو كليا يكون للمشتري الخيار بين إمهال البائع أجلا معقولا يتفق عليه الطرفان، وبين فسخ العقد واسترداد الثمن الذي دفعه"³.

¹ منشور والي بنك المغرب رقم 1 /و/ 17: ص 595.

² المرجع نفسه: ص 595.

³ المرجع نفسه: ص 595.

وناقش ابن رشد اختلاف أقوال الفقهاء في مسألة تعذر التسليم عند الأجل، ثم اختار منها القول الذي يخير المشتري بين الانتظار إلى أجل معقول يتمكن فيه المسلم إليه من توفير البضاعة له، أو فسخ العقد وأخذ رأس ماله، قال رحمه الله: " اختلف العلماء فيمن أسلم في شيء من الثمر، فلما حل الأجل تعذر تسليمه حتى غُدم ذلك المسلم فيه، وخرج زمانه، إلى ثلاثة آراء يمكن إجمالها كالآتي:

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

الرأي الثاني: وهو قول أشهب من أصحاب مالك، وجاء فيه: يفسخ السلم ضرورة، ولا يجوز التأخير، وكأنه رآه من باب الكالئ بالكالئ.

الرأي الثالث: وهو قول سحنون، جاء فيه: ليس له أخذ الثمن، وإنما له أن يصبر إلى القابل. واضطرب قول مالك في هذا، والمعتمد عليه في هذه المسألة ما رواه أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم، وهو الذي اختاره أبو بكر الطرطوشي، والكالئ بالكالئ المنهي عنه إنما هو المقصود لا الذي يدخل اضطرارا¹.

وهذا الرأي أرفق بحال الناس لأنه يفي بمتطلبات العصر، ويراعي حاجات الناس، ويدفع عنهم الحرج، وينسجم مع مقاصد الشريعة في مجال المعاملات التي تتغيا بالأساس رفع المنازعات والخصومات بين المتعاقدين. وبهذا الرأي صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي، حيث جاء فيه: "إذا عجز المسلم إليه

¹ بداية المجتهد: ابن رشد، 221/3. والتفريع في فقه الإمام مالك: ابن الجلاب، 137/2. بتصرف

عن تسليم المسلم فيه عند حلول الأجل فإن المسلم (المشتري) يخير بين الانتظار إلى أن يوجد المسلم فيه وفسخ العقد وأخذ رأس ماله، وإذا كان عجزه عن إعسار فنظرة إلى ميسرة"¹.

ونصت المادة 65 السابقة الذكر على إمكانية تعويض المسلم فيه (الشيء المبيع) في الحالات التالية:

الحالة الأولى: تعويضه بشيء من جنسه أو من غير جنسه - عدا النقد - بعد حلول الأجل. وقد امتنع تعويضه بالنقد إذا كان رأس مال السلم نقداً، لأنه قد يؤول إلى صرف مؤخر إن كانا مختلفين جنساً (الذهب مع الفضة)، أو يؤول إلى ربا النسيئة إن كان أكثر (أخري وأزدك)، ويؤول إلى (حط لضمان وأزيدك) إن كان أقل من رأس مال السلم.

الحالة الثانية: تعويضه بغير جنسه قبل حلول الأجل بشرط تعجيل البدل لئلا يكون "من الدين بالدين"²، وألا يكون المسلم فيه طعاماً لئلا يكون "من بيع الطعام قبل قبضه"³.

الحالة الثالثة: يمكن استبداله بمبيع آخر بخصائص أجود بشرط عدم الزيادة في الثمن.

قال ابن عبد البر: " وجائز أن يقبض من الصنف الذي سلم فيه عند حلول أجله أرفع منه أو دونه إذا تراضيا لأنه إذا قبض منه دون صفته من صنفه كان قد أحسن فيما ترك، وإن أعطاه صاحبه أرفع من صنفه في ذلك الصنف كان قد أحسن إليه وخير الناس أحسنهم قضاء"⁴. وأشار هذا النص إلى جواز استبدال المبيع بمبيع آخر بخصائص أقل جودة من المتفق عليها ولم تشر إلى ذلك مواد المنشور.

¹ مجلة مجمع الفقه الإسلامي: الدورة التاسعة، العدد التاسع، 1/ 664، 1417هـ/1996م. والمعايير الشرعية: الأيوبي، ص 280.

² القوانين الفقهية: ابن جزي، ص 452.

³ المصدر نفسه: ص 452.

⁴ الكافي في فقه الإمام مالك: ابن عبد البر، 2/ 694.

وجملة القول مما سبق؛ أن اختيارات المشرع المغربي لمعالجة مسألة تعذر التسليم أو تعويضه جاءت موافقة لأحكام الفقه الإسلامي ومقاصده. وبناء عليه فإنه يمنع الشرط الجزائي عن التخلف أو التأخر في تسليم المبيع في هذه الحالة لأن المسلم فيه دين في ذمة المسلم إليه تعذر توفيره لسبب معقول شرعا.

ثالثا: التخلف أو التأخر بسبب مطل المسلم إليه (البائع).

إذا تخلف البائع عن تنفيذ التزامه، أو تأخر في تنفيذه لغير عذر معتبر شرعا فإن المشرع المغربي منح المشتري الحق في استرداد ثمنه المعجل، والمطالبة بالتعويض عن الضرر الفعلي الذي لحقه بسبب ماطلة البائع. جاء في المادة 67 : "يجوز أن ينص عقد السلم على أنه في حال تخلف البائع عن تسليم المبيع موضوع عقد السلم من دون عذر معتبر شرعا حسب الشروط المتفق عليها، يسترد المشتري الثمن الذي عجله، مع جواز مطالبة المشتري البائع بتعويض الضرر الفعلي المثبت الذي لحق به"¹.

أما فرض شرط جزائي على البائع بسبب تأخره في تسليم المسلم فيه (المبيع) ماطلة فإنه لا يجوز، لأنه دين في ذمة المسلم إليه (البائع)، والزيادة على تأخير الديون ممنوعة. قال ابن عبد البر: "كل زيادة في سلف أو منفعة ينتفع بها المسلف فهي ربا"². وهذا ما أفتى به جماهير الفقهاء المعاصرين³، وصدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 85 (2/9) بشأن السلم وتطبيقاته المعاصرة، فيما نصه: "لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه، لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز

¹ منشور والي بنك المغرب رقم 1 /و/ 17: ص 595-596.

² الكافي في فقه أهل المدينة: ابن عبد البر، 728/2.

³ يُنظر: ص 204-205 من هذا البحث.

اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير"¹. وهو ما أكدته في قراره رقم: 109 (12/3) بشأن موضوع الشرط الجزائي².

الصورة الثانية: أن يشترط المسلم إليه (البائع) على المسلم (المشتري) أنه إذا تأخر في تسليم رأس مال السلم في الأجل المتفق في العقد، فإن عليه أن يدفع تعويضا عن هذا التأخير.

ومذهب المالكية أنه يجوز تأخير رأس مال السلم ثلاثة أيام فما دونها³ إرفاقا بالمتعاقدين، فإذا أخل المسلم (المشتري) بالتزامه، وتأخر في تسليم الثمن أكثر من ثلاثة أيام فلا يجوز اشتراط التعويض للمسلم إليه عن التأخير في دفع رأس مال السلم لأنه دين في الذمة يُفضي إلى فساد السلم وانفساخ العقد⁴.

¹ مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي: الدورة التاسعة، العدد التاسع، 664/1، 1417هـ/1996م.

² مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي: الدورة الثانية عشرة، العدد الثاني عشر، 305/2، 1421هـ/2000م. والمعايير الشرعية: الأيوبي، ص 280.

³ التاج والإكليل: المواق، 476/6. وحاشية الصاوي على الشرح الصغير: 262/3. والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: الدردير، 195/3. وإيضاح المسالك: الونشريسي، ص 70-71. وخالف ابن عبد البر المذهب في جواز التأخير ثلاثة أيام فما دونها، فقال: "والذي به أقول: إنه لا يجوز فيه إلا تعجيل النقد وإلا دخله الكالئ بالكالئ، وهو قول أكثر أهل الفقه". يُنظر: الكافي في فقه أهل المدينة: ابن عبد البر، 691/2.

⁴ التاج والإكليل: المواق، 478/6. وحاشية الصاوي على الشرح الصغير: 262/3-263. والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: الدردير، 195/3.

الفصل الثاني: الشرط الجزائي في غير الديون (الأعمال) وتطبيقاته المعاصرة في البنوك الإسلامية والتشاركية.

المبحث الأول: حكم الشرط الجزائي في غير الديون.

المطلب الأول: صور الشرط الجزائي في غير الديون.

يتضمن الشرط الجزائي في غير الديون كل شرط لم يكن محل الالتزام الأصلي فيه دينا ثابتا في الذمة، وله صور عديدة، نورد منها ما يلي:

1. الشرط الجزائي المقترن بعقد المقاولة، الذي يتضمن دفع مبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه المقاول عن تسليم المباني كلها، أو بعضها في الوقت المحدد.
2. الشرط المقترن بعقد الاستصناع المتضمن دفع مبلغ محدد عن كل يوم، أو شهر من التأخير عن الموعد المحدد للتنفيذ والتسليم.
3. الشرط الجزائي المقترن بعقود التوريد، التي تنصُّ على خصم مبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه المورد عن تسليم البضائع المستوردة في وقتها المحدد أو خصم مبلغ من قيمة البضائع إذا لم تكن موافقة للشروط المتفق عليها.
4. الشرط الجزائي المقترن بتأخر المستأجر في تسليم العين المؤجرة عند انتهاء مدة الإجارة¹.

¹ الوسيط: السنهوري، 852/2. ونظرية الشروط المقترنة بالعقد: زكي الدين شعبان، ص161. وصيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي: محمد عثمان شبير، 857/2-858. والشرط الجزائي: الصديق الضير، ص51. وأحكام التسهيلات الائتمانية في الفقه الإسلامي: إياس بن إبراهيم الهزاع، ص301.

المطلب الثاني: خلاف العلماء المعاصرين في حكم الشرط الجزائي في غير الديون.

الفرع الأول: جواز الشرط الجزائي في غير الديون مطلقاً.

ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء المعاصرين¹، وعدد من الهيئات العلمية والمؤسسات الشرعية، مستنديين إلى أدلة كثيرة دالة على الجواز، من ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم: 109 (12/3) في دورته الثانية عشرة في 1421 هـ، حيث جاء في الفقرة الرابعة منه: "يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ماعدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً، فإن هذا من الربا الصريح.

وبناء على هذا، فيجوز هذا الشرط - مثلاً - في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه. ولا يجوز مثلاً في البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية سواء، كان بسبب الإعسار أو المماطلة، ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه"². وقرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في دورتها الخامسة المنعقدة سنة 1394 هـ، حيث جاء فيه ما يلي: "لذلك كله فإن المجلس يقرر بالإجماع: أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود³ شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له

¹ الصديق الضيرير في بحثه: "الشرط الجزائي" المقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي، ص76. وعياد بن عساف العنزي في رسالته: "الشروط التعويضية في المعاملات المالية"، 392/2. والقره داغي في بحثه: "مشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية، دراسة فقهية لغرامات التأخير والبدائل"، المقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي، ص483. ومُجَّد عثمان شبير في بحثه: "صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي"، 859/2. و زكي الدين شعبان في كتابه: "نظرية الشروط المقترنة بالعقد"، ص164.

² مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي: الدورة 12، العدد 12، 306/2، 1421 هـ/2000م.

³ يُفهم من ظاهر القرار أن المراد جواز الشرط الجزائي في كل عقد، لأن لفظ العقود عام يشمل كل عقد، وهذا غير صحيح، لأن من العقود ما لا يجوز اشتراط الشرط الجزائي فيه باتفاق الفقهاء، مثل عقد القرض، لأنه ربا صريح"، واستدلال بعض العلماء بقرار مجلس هيئة كبار العلماء على جواز وضع شرط جزائي يلزم المدين المماطل بدفع مبلغ من المال في حال المماطلة استدلال في غير محله، لأنه ليس في القرار نص في هذه المسألة، وفهمها من العموم الذي في كلمة العقود غير سليم، لأنه يؤدي إلى جواز الربا"، يُنظر: الشرط الجزائي: الصديق الضيرير، ص71.

يعتبر شرعا، فيكون العذر مسقطا لوجوبه حتى يزول"¹.

وقرار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، حيث جاء في معيار المدين المماثل ما يلي: "يجوز النص على الشرط الجزائي في عقود المقاولات، وعقود الاستصناع، وعقود التوريد"².

وقيدوا جواز ذلك بشروط، يمكن إجمالها فيما يلي:

- لا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد.
- يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تُعَدِّل في مقدار التعويض إذا كان مبالغا فيه³.

وقد استدل الجمهور على جواز الشرط الجزائي بما يلي:

الدليل الأول: الأصل في الشروط الصحة إلا ما دل الدليل على فساد، والشرط الجزائي في غير الديون لم يأت دليل على فساد، فيبقى على الأصل⁴. ويستدل لذلك بقوله ﷺ: (المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو حلل حراما)⁵. وقول سيدنا عمر رضي الله: (مقاطع الحقوق عند الشروط)⁶.

ونوقش هذا الاستدلال بأنه لا يُسَلَّم بأن لا دليل على فساد الشرط الجزائي، بل الأدلة متوافرة ومتظافرة على فساد، كما سيتبين في أدلة القول الثالث، ومن ثم فلا يصح الاحتجاج بهذا الأصل⁷.

¹ مجلة البحوث الإسلامية: أبحاث هيئة كبار العلماء، العدد الثاني، ص 141 - 142، 1395هـ.

² المعايير الشرعية: الأيوبي، ص 95.

³ مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي: الدورة الثانية عشرة، العدد الثاني عشر، 306/2، 1421هـ/2000م.

⁴ نظرية الشروط المقتزنة بالعقد: شعبان، ص 164. والشرط الجزائي: الحموي، ص 176.

⁵ سبق تخريجه، ص 174.

⁶ سبق تخريجه، ص 190.

⁷ الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: اليمني، ص 219.

وأجيب بأن الاحتجاج بهذا الأصل صحيح، لأن الأدلة التي سيستدل بها أصحاب القول الثالث لا يُسلّم بها، لما سيرد عليها من مناقشات عند إيرادها.

الدليل الثاني: عموم الآيات الدالة على إيجاب الوفاء بالعقود، وأداء الأمانات، وتحريم أكل الأموال بالباطل.

كقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا ءَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾¹، وكقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا ءَلَامَنَتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾²، ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَاْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾³.

وجه الاستدلال: دلت الآيات على وجوب الوفاء بالعقود، وأداء الأمانة، والنهي عن أكل أموال الناس بالباطل، فدل ذلك على أن المتخلف عن أداء الحق لصاحبه مسؤول عن الضرر الذي ألحقه به لقاء مماطلته وليّه، ولا سبيل إلى إزالة الضرر، ودرء مفسدة المماطلة عن المجتمع في بعض الأحيان، إلا بمعاقبة المخل بالواجب بالتعويض المالي؛ لأن محل الالتزام ليس دينا في الذمة تأخر المدين عن الوفاء به، وإنما هو عمل قصّر صاحبه عن القيام به.

الدليل الثالث: قوله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)⁴.

وجه الاستدلال: دل الحديث على وجوب رفع الضرر وإزالته، ولا شك أن امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه أو التأخر في تنفيذه سيوقع ضررا ماديا متحققا على الدائن وجب دفعه بتعويضه عن الأضرار الفعلية المترتبة عن الإخلال بالعقد إذ لا شبهة للربا فيه. "وإزالة الضرر عمن لحقه لا تكون

¹ سورة المائدة، الآية: 1.

² سورة النساء، الآية: 57.

³ سورة النساء، الآية: 29.

⁴ سبق تخريجه، ص 246.

في بعض الأحيان إلا بالتعويض عليه، لأن معاقبة المتسبب في الضرر قد لا تفيد المضرور شيئاً دون التعويض عليه في بعض الأحوال، فالتعويض هو وحده الذي يزيل الضرر عنه"¹.

نوقش بأنه على التسليم بأن الإخلال بالالتزام يسبب ضرراً يوجب التعويض عنه، إلا أنه لا يسلم بأن تقدير التعويض يكون قبل وقوع الضرر لاحتمال زيادة التعويض عن الضرر المؤدي إلى مفسدة أكل أموال الناس والمفضي إلى الاختلاف والتنازع، ومن ثم ففي التعويض بعد وقوع الضرر غنية عن تقديره مسبقاً جزافاً قبل وقوع الضرر².

وأجيب بأنه لا يسلم بأن تقدير التعويض قبل وقوع الضرر يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل، لأنه وجب تحري العدل فيه، والرجوع إلى القاضي لتعديله عند تجاوزه للحد المعقول، ومنافاة مقداره للضرر المتحقق، أما ما كان فيه من زيادة يسيرة فإنها من الغرر المعفو عنه الذي تدعو الضرورة إليه.³

الدليل الثالث: المقاصد المترتبة على وجود الشرط الجزائي في العقود على الذات المتعاقدة وعلى المجتمع⁴، ومنها أنه يعتبر من مصلحة العقد كالرهن ونحوه إذ هو حافز لإكمال العقد في وقته المحدد⁵، كما يحقق الأمن التعاقدي، ويحث على الوفاء بالعقود، ويدفع التلاعب بحقوق العباد، ويحفظ أموال الناس من المماطلة والضياع.

¹ هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟: الزرقا، ص 107. وبحوث في الاقتصاد الإسلامي: عبد الله بن المنيع، ص 399. والشرط الجزائي في الفقه الإسلامي: أسامة الحموي، ص 188. بتصرف

² الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: اليمني، ص 219.

³ بداية المجتهد: ابن رشد، 220/3. والمقدمات الممهدات: ابن رشد، 73/2. وجامع الأمهات: ابن الحاجب، ص 348. والموافقات: الشاطبي، ص 740. وعيون الأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار (رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية): أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي المالكي المعروف بابن القصار (ت 397هـ)، 327/1، تحقيق عبد الحميد بن سعد بن ناصر السعودي، الطبعة الأولى، 1426هـ/2006م. والفروق: القرافي، 476/3.

⁴ يُنظر: الفقرات المتعلقة بمقاصد تشريع الشرط الجزائي في القانون من الباب الأول بالبحث، ص 57-58.

⁵ مجلة البحوث الإسلامية: أبحاث هيئة كبار العلماء، العدد الثاني، ص 141، 1395هـ.

ونوقش بأن وجود بعض المصالح لا يدل على الإباحة كما قال تعالى عن الخمر والميسر: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْلَعٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾¹، والشرط الجزائي "وإن كانت فيه مصلحة فقد قامت الأدلة على إلغائها فهي مصلحة ملغاة، كما سيأتي في أدلة القول الثالث"².

ويجاء بأن لا دليل على إلغاء هذه المصالح المترتبة على إعمال الشروط الجزائية في العقود التي لا يكون محل الالتزام فيها ديناً؛ إذ الأصل في المعاملات الإذن حتى يرد دليل المنع ولا دليل³، فدل ذلك على أنها مصالح معتبرة تدعو الحاجة إليها، وتحقق مقصد حفظ المال.

الدليل الرابع: الاستئناس بالأثر الذي ورد فيه عن ابن سيرين أن رجلاً قال لكرهه⁴: أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه⁵.

وجه الاستدلال: يدل هذا الأثر على جواز الشرط الجزائي في عقود الأعمال، إذ فيه ضمان التعويض عن التعطل والانتظار⁶.

¹ سورة البقرة، الآية: 217.

² الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: اليمني، ص 220.

³ الموافقات: الشاطبي، ص 173.

⁴ كرهه: الذي أكثرى منه. ويطلق الكري على: "الرجل الذي أكرهته بغيرك، ويكون الكري الذي يكره بغيره"، يُنظر: تهذيب اللغة: الأزهري، باب الكاف والطاء، مادة (كري) 88/10.

⁵ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار والشروط التي يتعارف الناس بينهم، وإذا قال مائة إلا واحدة أو ثنتين، الحديث رقم: 2736، 198/3.

⁶ المدخل الفقهي العام: الزرقا، 566/1، و765/2. بتصرف

الدليل الخامس: قاعدة "الحاجة تنزل منزلة الضرورة"¹.

وجه الاستدلال: أن الشرط الجزائي في هذا العصر يباح لعموم الحاجة الماسة إليه، حيث لن تجد عقدا من عقود الاستصناع، أو التوريد، أو المقاولات يخلو من هذا الشرط²، فنُزل منزلة الضرورة كالسلم والإجارة، وذلك تأمينا للعلاقة التعاقدية، ودفعاً للتلاعب والمماطلة، ورفعاً للضرر، وحفظاً لمصلحة الالتزامات، ليطمئن الناس أفراداً أو مؤسسات على عقودهم والتزاماتهم فتتنشط حركة المعاملات ويزدهر اقتصاد المجتمع وتحقق التنمية المستدامة.

ونوقش بأنه "لا يسلم بوجود حاجة ماسة إلى الشرط الجزائي لأن في تقدير التعويض بعد وقوع الضرر غنية عن تقدير التعويض مسبقاً وجزافاً قبل وقوع الضرر"³.

وأجيب بأن التعويض القضائي بعد وقوع الضرر ليس فيه غنية عن الاتفاق على التعويض قبل وقوع الضرر خاصة في ظل الإجراءات القضائية البطيئة والمعقدة التي صارت تكلف كثيراً من الجهد والوقت والمال، ومن ثم فإن الحاجة ماسة إلى تضمين العقود والالتزامات الشروط الجزائية باعتبارها دعامة أساسية لنشوء روابط تعاقدية سليمة.

الفرع الثاني: جواز الشرط الجزائي عند الامتناع عن التنفيذ، وعدم جوازه عند التأخر فيه.

وإلى ذلك ذهب رفيق يونس المصري⁴، وحسن الجواهري⁵.

¹ الأشباه والنظائر: السيوطي، ص88. والأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص78. وغمز عيون البصائر: الحموي، 293/1.

² الشروط التعويضية في المعاملات المالية: العنزي، 379/1. بتصرف

³ الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: اليمني، ص222.

⁴ مناقصات العقود الإدارية - عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة -: رفيق يونس المصري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة، العدد التاسع، 235/2-236، 1417هـ/1996م.

⁵ المناقصات (عقد الاحتياط ودفع التهمة): حسن الجواهري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة، العدد التاسع، 309/2-310، 1417هـ/1996م.

واستدلا بأنه إذا اعتُبر المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام (= الدين) فإن في غرامة التأخير شبهة ربا النسيئة: (تقضي أو تربى)¹.

ونوقش هذا الاستدلال بأن "كون المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام لا خلاف فيه، وأما كون هذا الالتزام مساويا للدين فغير مسلم، لأن الالتزام أعم من الدين، فكل دين التزام، وليس كل التزام ديناً، والالتزام في عقد المقاولة ليس ديناً، وإنما هو التزام بأداء عمل، والمقاول قد يكون دائماً لا مديناً في كثير من الحالات، فالبنوك العقارية تقوم ببناء المساكن مقولة وتتقاضى المقابل على أقساط بعد تسليم المبنى، وكذلك يفعل كبار المقاولين"².

الفرع الثالث: عدم جواز الشرط الجزائي في غير الديون مطلقاً.

ذهب إلى هذا الرأي السنهوري³، وعلي الخفيف⁴، وفتحي الدريني⁵، ومُحمَّد اليميني⁶، وغيرهم.

وقد استدلو على عدم الجواز بما يلي:

الدليل الأول: أن الشرط الجزائي هو "اتفاق بين المتعاقدين على تقدير جزائي للتعويض عن الضرر قبل وقوعه وهذا لا يجوز، لأنه يؤدي إلى محاذير شرعية، منها: الجهالة والغرر، والرهان والقمار،

¹ مناقصات العقود الإدارية - عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة - : رفيق يونس المصري، ص 232.

² الشرط الجزائي: الصديق الضير، ص 73.

³ مصادر الحق في الفقه الإسلامي: عبد الرزاق السنهوري، 168/6، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون طبعة وبدون تاريخ.

⁴ الضمان في الفقه الإسلامي: علي الخفيف، ص 17-45-159.

⁵ النظريات الفقهية: فتحي الدريني، ص 167-226.

⁶ مُحمَّد اليميني في رسالته: "الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة"، ص 229-231، والتحقيق أن الدكتور مُحمَّد اليميني يرى عدم جواز الاتفاق مسبقاً على تقدير التعويض عن الضرر قبل وقوعه، لأن ذلك يؤدي في الغالب إلى التنازع وأكل أموال الناس بالباطل حالة كونه مبالغاً فيه، الأمر الذي يجعل تقدير الضرر موكولاً للقضاء فيصبح الشرط الجزائي في نظره عديم الفائدة.. لذلك فالأولى أن يُترك تقدير التعويض للقضاء إلى وقت وقوعه، ومن ثم فهو لا يمنع فكرة التعويض المالي عن الضرر الفعلي، مثل علي الخفيف وفتحي الدريني. يُنظر: المرجع نفسه: ص 225-227.

وأكل أموال الناس بالباطل، لأن الشرط الجزائي قد يكون أكثر من الضرر الواقع، وأكثر القوانين تميز هذه الزيادة"¹.

ونوقش بأنه لا يسلم بأن الشرط الجزائي يؤدي إلى الجهالة والغرر وأكل أموال الناس بالباطل، لأنه عند الاختلاف يرجع فيه للقاضي ليعدله ليتوافق الضرر مع التعويض ويتحقق العدل بين الطرفين².

الدليل الثاني: أن "تقدير التعويض عن الضرر موكول إلى القضاء في جميع الأحوال فلا يجوز تقديره مقدماً بالشرط الجزائي"³.

ونوقش بأن هذه دعوى تحتاج إلى دليل، إذ لا يتم اللجوء للقضاء إلا عند الاقتضاء، حالة حدوث التنازع، أما عند الاتفاق فلا يلزم ذلك⁴.

الدليل الثالث: أن "الشرط الجزائي يستحق عن الأضرار الأدبية والمعنوية، وتفويت الفرصة المتوهمه والكسب المظنون عن مجرد الإخلال بالالتزام، وهذه ترجح أنه لا يجوز التعويض المالي عنها، ومن ثم لا يجوز الشرط الجزائي لأنه تعويض عما لا يستحق التعويض عنه"⁵.

ونوقش بأن حكم البعض بجواز الشرط الجزائي عن الفرصة الضائعة والكسب المظنون، وعن الأضرار الأدبية والمعنوية لا يلزم منه تحرمة في جميع صوره، وإذ نتفق في عدم جواز الشرط الجزائي في الصور السابقة فإننا لا نجد ما يمنع جوازه تعويضاً عن الأضرار المادية الفعلية التي لحقت بالطرف المتضرر إذا لم يكن محل الالتزام ديناً.

¹ الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: اليميني، ص224.

² الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي: الحموي، ص 387-388. بتصرف

³ الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: اليميني، ص226، ويُنظر: هل يقبل شرعاً الحكم على المدين الماثل بالتعويض على الدائن؟: الزرقا، ص110-111.

⁴ مجلة البحوث الإسلامية: أبحاث هيئة كبار العلماء، العدد الثاني، ص142، 1395هـ. والشروط التعويضية في المعاملات المالية: العنزي، 387/1.

⁵ الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة: اليميني، ص227. والشروط التعويضية في المعاملات المالية: العنزي، 387/1-388.

الدليل الرابع: أن الشرط الجزائي لا يخلو من أربع حالات:

1. أن يزيد التعويض عن الضرر ويُدفع التعويض، فهذا أكل لأموال الناس بالباطل.
 2. أن ينقص التعويض عن الضرر ولا يطالب المتضرر نزولاً عند الشرط الجزائي وهذا كسابقه.
 3. أن يتنازعا فيه ويرفعاه إلى القضاء فهنا زاد الشرط الجزائي من التنازع، بل وأدى إليه.
 4. أن يساوي التعويض الضرر وهذه الحالة الوحيدة الموافقة للعدل فلا تجوز معاملة هذا واقعها.
- ونوقش بأن كون الشرط الجزائي في العقد يؤدي إلى التنازع لا يُسلم، إذ تقدم أن من مقاصد تشريعه التقليل من المنازعات والحد من الخلافات، والتخفيف من اللجوء إلى القضاء¹، أما كونه يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل فإن الشارع منح القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي إذا ثبت منافاته للعدالة وعدم مساواته للضرر خاصة إذا كان يراد منه التهديد المالي²، أما ما كان فيه من زيادة غير فاحشة فإنها من الغرر المعفوّ عنه لدعاء الحاجة إليه³.

الفرع الرابع: مناقشة وترجيح.

بعض عرض أقوال الفقهاء المعاصرين وأدلتهم في هذه المسألة، فإن الذي يظهر — والله أعلم — أن الراجح هو القول الأول القاضي بجواز الشرط الجزائي فيما إذا كان محل الالتزام عملاً، وذلك لما يلي:

- قوة الأدلة التي استدل بها أصحاب هذا القول، وضعف أدلة القولين الثاني والثالث التي لم تسلم من المناقشة الوجيهة الموجهة إليها.

¹ يُنظر ص 57-58 من هذا البحث.

² مجلة البحوث الإسلامية: أبحاث هيئة كبار العلماء، العدد الثاني، ص 142، 1395 هـ. والشرط الجزائي في الفقه الإسلامي: الحموي، ص 387-388. بتصرف

³ بداية المجتهد: ابن رشد، 220/3. والمقدمات الممهدات: ابن رشد، 73/2. وجامع الأمهات: ابن الحاجب، ص 348، والموافقات: الشاطبي، ص 740. وعيون الأدلة: ابن القصار (ت 397 هـ)، 327/1. والفروق: القرافي، 476/3. وفتح العلي المالك: عlish، 127/2. والتاج والإكليل: المواق، 115/6. وشرح مختصر خليل: الخرشبي، 75/5.

● استصحاب الأصل الذي ينص على أن الأصل في الشروط الإذن ما لم يدل دليل على فسادها.

● مزية الشرط الجزائي التأمينية، ووظيفته الوقائية الرامية إلى حماية الرابطة التعاقدية، على اعتباره قوة ضاغطة تضمن تنفيذ الالتزامات، وتعزيز آثارها القانونية، وتقلل من المنازعات وتحد من الخلافات.

● الحاجة الماسة والشديدة لهذا الشرط، الضامنة لتأمين واستدامة الروابط التعاقدية في المجتمع المعاصر خاصة في هذا الزمن الذي تميز باتساع دائرة التجارة، ونشاط حركة الاقتصاد، وزيادة قيمة الزمن، وانحرام الذمم، وضعف الوازع الديني، وتفشي صفة المماطلة بين الناس، الأمر الذي يجعل إدراجه في عقود الأعمال ضرورة ملحة تُدعمها الأدلة السابقة، وتُسند لها القواعد المقاصدية التي تنص على رفع الحرج، "وتعطيل المفاصد وتقليلها فإذا تعارضت، كان تحصيل أعظم المصلحتين بتفويت أدناهما، ودفع أعظم المفسدتين مع احتمال أدناها"¹، وأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة²، وأن الغرر اليسير مغفوع عنه إذا دعت الحاجة إليه³.

¹ مجموع الفتاوى: ابن تيمية، 284/28.

² الأشباه والنظائر: السيوطي، ص88. والأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص78. وغمز عيون البصائر: الحموي، 293/1.

³ بداية المجتهد: ابن رشد، 220/3. والمقدمات الممهدات: ابن رشد، 73/2. وجامع الأمهات: ابن الحاجب، ص348. والموافقات: الشاطبي، ص740. وعيون الأدلة: ابن القصار، 327/1. والفروق: القرافي، 476/3. وفتح العلي المالك: عlish، 127/2. والتاج والإكليل: المواق، 115/6، وشرح مختصر خليل: الخرشي، 75/5.

المبحث الثاني: التطبيقات المعاصرة للشرط الجزائي في غير الديون (الأعمال) في البنوك الإسلامية والتشاركية.

المطلب الأول: الشرط الجزائي في عقد الإجارة.

الفرع الأول: تعريف الإجارة.

الإجارة في اللغة: بكسر الهمزة، من أَجَرَ يُأَجِّرُ أَجْرًا: وهو ما أعطيت من أجر في عمل¹، وحكي فيها الضم والفتح "(مثلثة) والكسر الأشهر والأفصح"²، قال ابن فارس: "الهمزة والجيم والراء أصلان يمكن الجمع بينهما بالمعنى، فالأول الكراء على العمل، والثاني جبر العظم الكسير. فأما الكراء فالأجر والأجرة... وأما جبر العظم، فيقال منه أجرت يده. وناس يقولون أجرت يده. فهذان الأصلان. والمعنى الجامع بينهما أن أجرة العامل كأنها شيء يجبر به حاله فيما لحقه من كد فيما عمله."³، وقد اشتملت مادة (أجر) على عدة معان، نذكر منها:

1. ما أعطيت من أجر⁴.

2. الكراء⁵.

¹ لسان العرب: ابن منظور، حرف الراء، فصل الألف، مادة (أجر)، 10/4. وتاج العروس: الزبيدي، باب الراء، فصل الهمزة مع الراء، مادة (أجر)، 25/10.

² تاج العروس: الزبيدي، باب الراء، فصل الهمزة مع الراء، مادة (أجر)، 25/10. والقاموس المحيط: الفيروزآبادي، باب الراء فصل الهمزة، مادة (أجر)، ص342.

³ مقاييس اللغة: ابن فارس، كتاب الهمزة، باب الهمزة والجيم وما يثلثهما، مادة (أجر)، 62/1-63.

⁴ لسان العرب: ابن منظور، حرف الراء، فصل الألف، مادة (أجر)، 10/4-11. وتاج العروس: الزبيدي، فصل الهمزة مع الراء، مادة (أجر)، 24/10.

⁵ مقاييس اللغة: ابن فارس، كتاب الهمزة، باب الهمزة والجيم وما يثلثهما، مادة (أجر)، 62/1. ولسان العرب: ابن منظور، حرف الراء، فصل الألف، مادة (أجر)، 10/4. والقاموس المحيط: الفيروزآبادي، باب الراء فصل الهمزة، مادة (أجر)، ص342. والصحاح: الجوهري، باب الراء، فصل الألف، 576/2. وتاج العروس: الزبيدي، فصل الهمزة مع الراء، مادة (أجر)، 25/10.

3. جزاء العمل¹.

4. جبر العظم الكسير².

5. الثواب³.

6. المهر⁴.

7. الذكر الحسن⁵.

الإجارة في الاصطلاح:

لقد عرف أصحاب المذاهب الأربعة الإجارة بالتعريفات التالية:

تعريف الحنفية:

الإجارة: " عقد على المنافع بعوض"⁶.

¹ العين: الخليل، الثلاثي المعتل من حرف الجيم - باب الجيم والراء و (و ا ي ء) معهما ج ر ء، ج ء ر، ء ج ر، ر ج ء، ء ر ج، ي ر ج، ج ر ي، ج ي ر، ج ر و، ج و ر، ر ج و، و ج ر، ر وج، مستعملات، مادة (أجر)، 173/6. ومقاييس اللغة: ابن فارس، كتاب الهمزة، باب الهمزة والجيم وما يثلاثهما، مادة (أجر)، 62/1. ولسان العرب: ابن منظور، حرف الراء، فصل الألف، مادة (أجر)، 10/4. والقاموس المحيط: الفيروزآبادي، باب الراء فصل الهمزة، مادة (أجر)، 342/1. وتاج العروس: الزبيدي، فصل الهمزة مع الراء، مادة (أجر)، 24/10.

² العين: الخليل، الثلاثي المعتل من حرف الجيم - باب الجيم والراء و (و ا ي ء) معهما ج ر ء، ج ء ر، ء ج ر، ر ج ء، ء ر ج، ي ر ج، ج ر ي، ج ي ر، ج ر و، ج و ر، ر ج و، و ج ر، ر وج، مستعملات مادة (أجر)، 173/6. ومقاييس اللغة: ابن فارس، كتاب الهمزة، باب الهمزة والجيم وما يثلاثهما، مادة (أجر)، 62/1.

³ الصحاح: الجوهري، باب الراء، فصل الألف، 576/2. وتاج العروس: الزبيدي، فصل الهمزة مع الراء، مادة (أجر)، 25/10. ولسان العرب: ابن منظور، حرف الراء، فصل الألف، مادة (أجر)، 10/4.

⁴ مقاييس اللغة: ابن فارس، كتاب الهمزة، باب الهمزة والجيم وما يثلاثهما، مادة (أجر)، 63/1. وتاج العروس: الزبيدي، فصل الهمزة مع الراء، مادة (أجر)، 25/10.

⁵ القاموس المحيط: الفيروزآبادي، باب الراء فصل الهمزة، مادة (أجر)، 342/1. وتاج العروس: الزبيدي، فصل الهمزة مع الراء، مادة (أجر)، 25/10. ولسان العرب: ابن منظور، حرف الراء، فصل الألف، مادة (أجر)، 10/4.

⁶ المبسوط: السرخسي، 74/15. والهداية: المرغيناني، 230/3. والعناية شرح الهداية: البابرتي، 58/9.

تعريف الملكية:

عرف الملكية الإجارة بتعريفات مختلفة، منها:

1. الإجارة: "تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض"¹.
2. الإجارة: "عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض"².
3. الإجارة: "تمليك منافع معلومة في زمن معلوم بمال معلوم"³.

وهذه التعريفات شاملة للإجارة والكراء، والتعريف الثالث فيه تفصيل؛ وذلك لإيراده بعض القيود والشروط المميزة للإجارة عن غيرها، إلا أن ابن عرفة فرق بينه الإجارة والكراء في تعريفه بقوله:

4. الإجارة: "بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشئ عنها بعضه يتبع بعض بتبعيضا"⁴.

ومن ثم فإن الملكية يطلقون على العقد على منافع الآدمي العاقل وما يُنقل من غير السفن والحيوان إجارة، ويطلقون على العقد على منافع الممتلكات مما لا يعقل كالأرض والدور، وما يُنقل من سفينة وحيوان كراء في الغالب فيهما"⁵.

تعريف الشافعية:

- الإجارة: "عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل، والإباحة بعوض معلوم"⁶.

¹ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: الدردير، 2/4.

² حاشية الصاوي على الشرح الصغير: 6/4.

³ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: الدردير، 53/4.

⁴ المصدر نفسه: 2/4.

⁵ حاشية الصاوي على الشرح الصغير: 6/4. والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: الدردير، 2/4.

⁶ مغني المحتاج: الشرييني، 427/2. والغرر البهية في شرح البهجة الوردية، مع حاشية الشرييني: زكريا الأنصاري، 310/3.

تعريف الحنابلة:

الإجارة: "عقد على منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة، من عين معينة، أو موصوفة في الذمة، أو عمل معلوم بعوض معلوم"¹.

وهذه التعريفات وإن اختلفت من حيث العبارة، فإنها متقاربة من حيث المعنى الجامع الذي يميزها عن غيرها لأنها عقد على منفعة لا على عين.

¹ منتهى الإرادات: ابن النجار الفتوحي، 339/1. والروض المربع: البهوتي، 381/2.

الفرع الثاني: حكم الإجارة

دل على مشروعية الإجارة الكتاب والسنة والإجماع:

فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرْضُكُمْ لَكَفَّ بِكُمْ فَأَنْتُمْ بِهَا كُفَّاءٌ﴾¹، وقوله تعالى: ﴿قَالَتِ احْدِيهِمَا يَتَأْتِي إِسْتَجْرَهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾² قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ انْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَبَّ جَوْشَنِقَ³، وقوله تعالى: ﴿فَانْطَلَفَا حَتَّى إِذَا أَتَيَا أَهْلَ قَرْيَةٍ اسْتَطْعَمَا أَهْلَهَا فَأَبَوْا أَنْ يُضَيِّفُوهُمَا فَوَجَدَا فِيهَا جِدَاراً يُرِيدُ أَنْ يَنْفَضَّ بِأَفَامِهِمْ قَالَ لَوْ شِئْتُ لَتَّخَذْتُ عَلَيْهِمْ أَجْراً﴾⁴.

ومن السنة: عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: قال الله تعالى: (ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة؛ رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره)⁵، وفي رواية ابن ماجه: (ولم يوفه أجره)⁶، وقوله صلى الله عليه وسلم: (أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه)⁷، وقوله صلى الله عليه وسلم: (من استأجر أجيراً فليعلمه أجره)⁸، وعن عائشة رضي الله عنها قالت: (استأجر رسول الله

¹ سورة الطلاق، الآية: 6.

² سورة القصص، الآية: 26-27.

³ سورة الكهف، الآية: 76.

⁴ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإجارة، باب إثم من منع أجر الأجير، الحديث رقم: 2270، 90/3.

⁵ أخرجه أحمد في مسنده، مسند أبي هريرة، صحيفة همام بن منبه، الحديث رقم: 8677، 8/390. وابن ماجه في سننه، كتاب الرهون، باب أجر الأجراء، الحديث رقم: 2442، 3/510. واللفظ له. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحر، رقم الحديث: 11159، 11/361. قال الألباني: ضعيف؛ ينظر: سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة، 14/589.

⁶ أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الرهون، باب أجر الأجراء، الحديث رقم: 2443، 3/511. وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الإجارة، باب إثم من منع الأجير أجره، الحديث رقم: 11770، 12/127. قال ابن حجر في التلخيص الحبير: ضعيف، 3/144. وينظر أيضاً: البدر المنير: ابن الملقن، 7/37. والدراية في تخريج أحاديث الهداية: ابن حجر، 2/186.

⁷ أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، كتاب البيوع والأفضية، باب من كره أن يستعمل الأجير حتى يبين له أجره، رقم الحديث: 21109، 4/366. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الإجارة، باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة، وتكون الأجرة معلومة، رقم الحديث: 11764، 12/124.

- عليه السلام - وأبو بكر رجلا من بني الدليل، هاديا خريتا¹، وهو على دين كفار قريش، فدفعا إليه راحلتيهما، وواعده غار ثور بعد ثلاث ليال براحتيهما صبح ثلاث² .

ومن الإجماع:

قال ابن القطان: "الإجارة ثابتة بكتاب الله تعالى، والأخبار الثابتة عن رسوله عليه السلام، واتفق على إجازتها كل من نحفظ من أهل العلم"³، وقال أيضا: "وأجمع أهل العلم على الإجارة"⁴، وقال أيضا: "والإجارة جائزة؛ وهذا ما لا أعلم فيه اختلافا بين العلماء، إلا بعض من شذ من الجماعة، واستبد برأيه، وترك ما دل عليه كتاب الله وسنة نبيه"⁵، وقال ابن المنذر: "وأجمعوا على أن الإجارة ثابتة"⁶. وقال القاضي عبد الوهاب: "وقد أجمع السلف والخلف على مر الأعصار - على جواز الإجارة - قبل خرق من خرقه، فلا يعتد بخلافهم فيه"⁷.

¹ خريتا: بكسر المعجمة، وتشديد الراء، بعدها تحتانية ساكنة ثم مشاة، والخريت: الماهر بالهداية. يُنظر: فتح الباري: ابن حجر العسقلاني، أبواب المبعث، باب هجرة النبي وأصحابه إلى المدينة، الحديث رقم: 3905، 441/11.

² أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإجارة، باب إذا استأجر أجيرا ليعمل له بعد ثلاثة أيام، أو بعد شهر، أو بعد سنة جاز، وهما على شرطهما الذي اشترطاه إذا جاء الأجل، الحديث رقم: 2264، 89/3. وعبد الرزاق في المصنف، كتاب المغازي، باب من هاجر إلى الحبشة، الحديث رقم: 9743، 384/3.

³ الإقناع في مسائل الإجماع: ابن القطان، 159/2.

⁴ المصدر نفسه، 159/2.

⁵ المصدر نفسه، 159/2-160.

⁶ الإجماع: ابن المنذر، ص144.

⁷ المعونة: القاضي عبد الوهاب، 1087/2-1088.

وقال ابن رشد: "إن الإجارة جائزة عند جميع فقهاء الأمصار، والصدر الأول. وحكي عن الأصم¹، وابن علي² منعها"³، وشبهة منعهم لها: "أنها من بيع ما لم يقدر على تسليمه عند العقد"⁴، "والمعاوضات إنما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال في الأعيان المحسوسة، والمنافع في

¹ الأصم: هو عبد الرحمن بن كيسان، أبو بكر الأصم، شيخ المعتزلة، كان ثمامة بن أشرس يتغالي فيه، ويطنب في وصفه. وكان ديناً، وقوراً، صبوراً على الفقر، منقبضاً عن الدولة، إلا أنه كان فيه ميل عن الإمام علي. قال عبد الجبار الهمداني في طبقات المعتزلة: كان من أفصح الناس، وأفقههم، وأورعهم، خلا أنه كان يخطئ علياً عليه السلام في كثير من أفعاله، ويصوب معاوية في بعض أفعاله، ومن تلامذته إبراهيم بن إسماعيل ابن علي. مات: سنة إحدى ومائتين. وله: تفسير عجيب، وجملة كتب منها: خلق القرآن، الحجة والرسول، الحركات، الرد على الملحدة والرد على المجوس والأسماء الحسنى، افتراق الأمة، وأشياء عدة، وكان يكون بالعراق. يُنظر: سير أعلام النبلاء: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت 748هـ)، 402/9، تحقيق شعيب الأرنؤوط، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، 1405هـ/1985م. ولسان الميزان: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت 852هـ)، 121/5، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، الطبعة الأولى، دار البشائر الإسلامية، 2002م. وطبقات المعتزلة: أحمد بن يحيى بن المرتضى، ص 56-57، دون طبعة، الناشر فرانز شتاينر فيسبادن، بيروت، 1380هـ/1961م. وفضل الاعتزال وطبقات المعتزلة: أبو القاسم البلخي (ت 319هـ)، القاضي عبد الجبار (ت 415هـ)، الحاكم الجشمي (ت 494هـ)، ص 247، تحقيق فؤاد سيد، الطبعة الأولى، المعهد الألماني للأبحاث الشرقية، بيروت، 1439هـ/2017م. والوافي بالوفيات: صلاح الدين خليل بن أيبك بن عبد الله الصفدي (ت 764هـ)، 169/10، تحقيق أحمد الأرنؤوط وتركلي مصطفى، دون طبعة، دار إحياء التراث، بيروت، 1420هـ/2000م. والأعلام: الزركلي، 323/3. بتصرف.

² ابن غلية: هو إبراهيم بن إسماعيل بن إبراهيم بن مقسم، أبو إسحاق البصري الأسدي المعتزلي، المعروف بابن علي: كان أحد المتكلمين القائلين بخلق القرآن، جهمياً، وجرت له مع أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي مناظرات في بغداد ومصر. وله مصنفات في الفقه تشبه الجدل. قال عنه الشافعي: ضال قد جلس عند باب الضوال! يضل الناس. وقال عنه أحمد بن حنبل: ضال مضلل. وقال عنه: ابن معين ليس بشيء. وقال ابن يونس: مات بمصر سنة ثمان مائة ومائتين. وقال الخطيب: مات ببغداد ليلة عرفة من السنة المذكورة وهو ابن سبع وستين سنة. يُنظر: سير أعلام النبلاء: الذهبي، 113/9 و 113/10. ولسان الميزان: ابن حجر العسقلاني، 243/1. وتاريخ بغداد وذيوله: أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي (ت 463هـ)، 22-20/6، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1417هـ. والمقفى الكبير: تقي الدين المقرئ (ت 845هـ)، 66/1، الطبعة الثانية، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1427هـ/2006م. والمنتظم في تاريخ الملوك والأمم: جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (ت 597هـ)، 30/11، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1412هـ/1992م. والأعلام: الزركلي، 32/1. بتصرف.

³ بداية المجتهد: ابن رشد، 5/4. والإشراف على نكت مسائل الخلاف: القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (ت 422هـ)، 652/2، تحقيق الحبيب بن طاهر، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، 1420هـ/1999م.

⁴ الذخيرة: القرائي، 372/5.

الإجارات في وقت العقد معدومة، فكان ذلك غرراً، ومن بيع ما لم يخلق"¹، وقد رد ابن رشد هذه الشبهة بقوله: " وإنها - أي الإجارة - وإن كانت معدومة في حال العقد فهي مستوفاة في الغالب، والشرع إنما لحظ من هذه المنافع ما يستوفى في الغالب، أو يكون استيفاءه وعدم استيفائه على السواء"².

ومن المعقول: أن "الإجارة مثل البيع"³ فكما جاز العقد على الأعيان جازت الإجارة على المنافع، قال القرافي: "الإجارة مبنية على البيع فكل ما جاز بيعه جازت إجارته"⁴، ولم يزل الناس يتعاملون بالإجارة في كل عصر ومصر لحاجتهم الشديدة إليها، فقد لا يجد المرء مالا لا يتباع عين فيضطر إلى إيجارها للاستفادة من منفعتها؛ ذلك أن "حاجة الناس إلى المنافع كحاجتهم إلى تملك الأعيان"⁵.

الفرع الثالث: أنواع الإجارة:

تنقسم الإجارة إلى نوعين⁶:

1. إجارة واردة على منفعة عين: وهي ما أضيف العقد فيها إلى عين تُستوفى المنفعة منها كالدار، والأرض، والدابة، وغير ذلك من الأعيان المنتفع بها. وهذه العين المستأجرة تارة تكون معينة كقولك: استأجرت منك هذه السيارة أو هذه الدار، وتارة تكون موصوفة في الذمة كقولك: استأجرت منك سيارة صفتها كذا وكذا، أو دارا صفتها كذا وكذا.

¹ بداية المجتهد: ابن رشد، 5/4.

² المصدر نفسه: 5/4-6.

³ الجامع لمسائل المدونة: ابن يونس الصقلي، 358/15. والمدونة: مالك بن أنس، 184/4. والمجموع: النووي، 253/155، بتصرف

⁴ الذخيرة: القرافي، 402/5.

⁵ المعونة: القاضي عبد الوهاب، ص87. والإشراف على نكث مسائل الخلاف: القاضي عبد الوهاب، 652/2.

⁶ بداية المجتهد: ابن رشد، 13/4. والمعونة: القاضي عبد الوهاب، ص1093. بتصرف

وهذه المنفعة المستوفاة من العين، إما أن تقدر بمدة معينة معلومة كأجرتك هذه الدار سنة، أو تكون مقدرة باستيفاء المنفعة المعنية كإجارة سيارة لنقل بضاعة معينة إلى موضع معين.

2. إجارة واردة على عمل في الذمة: وهي ما أضيف العقد فيها إلى عمل يثبت في ذمة الأجير للمستأجر. ولا يكون الأجير هنا إلا آدمياً، لأنها متعلقة بالذمة، ولا ذمة لغير الآدمي. وهي على ضربين:

- الأجير الخاص: وهو "الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة، يستحق المستأجر نفعه في جميعها، كرجل استؤجر للخدمة، أو عمل في بناء أو خياطة، أو رعاية، يوماً أو شهراً، وسمي خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس"¹. فالأجير الخاص هو الذي يؤجر نفسه مدة معينة لعمل ما، فلا يمكنه تقبل مثل ذلك العمل لغيره في تلك المدة².
- الأجير المشترك: وهو "الذي يقع العقد معه على عمل معين، كخياطة ثوب، وبناء حائط، وحمل شيء إلى مكان معين، أو على عمل في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها كالطبيب، وسمي مشتركاً لأنه يتقبل أعمالاً لاثنين وثلاثة وأكثر في وقت واحد ويعمل لهم، فيشتركون في منفعته واستحقاقها، فسمي مشتركاً لاشتراكهم في منفعته"³. فالأجير المشترك هو "الذي يتقبل العمل في ذمته، كما هو عادة الخياط والصباغ. فإذا التزم لواحد، أمكنه أن يلتزم لغيره مثل ذلك العمل، فكأنه مشترك بين الناس"⁴. لا يختص بمنفعته أحد بعينه، بل يقدم الخدمة لكل من يحتاجه مقابل أجر متفق عليه.

¹ المغني: ابن قدامة، 103/8. والكاظمي: ابن قدامة، 184/2.

² روضة الطالبين وعمدة المفتين: النووي، 228/5. بتصرف

³ المغني: ابن قدامة، 103/8. والكاظمي في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة، 184/2.

⁴ روضة الطالبين وعمدة المفتين: النووي، 228/5.

وفيما يلي أهم الفروق بين الأجير الخاص والأجير المشترك:

- **من حيث المنفعة:** الأجير الخاص منفعة يختص بها مؤجره، أما الأجير المشترك فمنفعته تكون مشتركة لمن تعاقد معهم على عمل معين.
- **من حيث المدة المقدرة:** يشترط بيان المدة في حال الأجير الخاص نفياً للجهالة المفضية إلى النزاع، أما في حال الأجير المشترك فلا يشترط بيانها لأنه عقد على عمل يصير به المعقود عليه معلوما بدونها¹.
- **من حيث محل العقد:** الأجير الخاص يكون عقده وارداً على منفعته ولا تصير منافعه معلومة إلا بذكر المدة أو بذكر المسافة ومنفعته في حكم العين، بخلاف الأجير المشترك فيكون عقده وارداً على عمل هو معلوم ببيان محله، لأن المعقود عليه فيه هو الوصف الذي يحدث في العين بعمله فلا يحتاج إلى ذكره المدة، ولا يمتنع عليه تقبل مثل ذلك العمل من غيره؛ لأن ما استحقه الأول في حكم الدين في ذمته وهو نظير السلم مع بيع العين².
- **من حيث شكل العمل:** الأجير المشترك هو من نصب نفسه للعمل للناس، والأجير الخاص لم ينصب نفسه لذلك³.
- **من حيث العمل لغير المؤجر من عدمه:** الأجير الخاص يعمل لشخص ولا يجوز له العمل لغيره إلا بإذنه، أما الأجير المشترك فيجوز له العمل لعامة الناس، وليس لمن استأجره أن يمنعه

¹ بدائع الصنائع: الكاساني، 184/4. بتصرف

² تبين الحقائق: الزيلعي (ت 1021هـ)، 133/5. بتصرف

³ المقدمات الممهدة: ابن رشد، 247/2. وحاشية الصاوي على الشرح الصغير: 47/4. والتنبيهات المستنبطة على الكتب الدونة والمختلطة: عياض بن موسى بن عياض بن عمرو بن يحيى السبتي، أبو الفضل (ت 544هـ)، 1524/3، تحقيق محمد الوثيق وعبد النعيم حميتي، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، 1432هـ/2011م.

عن العمل لغيره، ولا يشترط في الأجير المشترك أن يكون عاملاً لغير واحد فهو مشترك إذا عمل لواحد عملاً غير مقيد بمدة وكان لا يمتنع ولا يتعذر عليه أن يعمل لغيره¹.

• من حيث استحقاق الأجرة: الأجير الخاص يستحق الأجر على المدة لا على العمل، بخلاف الأجير المشترك فلا يستحق الأجر حتى يعمل².

الفرع الرابع: عقد الإجارة في البنوك الإسلامية والتشاركية.

عقد الإجارة كما تجرّيه البنوك الإسلامية والتشاركية نوعان:

- إجارة تشغيلية.
- وإجارة منتهية بالتمليك³.

وفيما يلي تعريف لهذين النوعين من الإجارة:

النوع الأول: الإجارة التشغيلية:

يقصد بالإجارة التشغيلية "بيع نفع معلوم بعوض معلوم، وتعني أن يقوم البنك بشراء أصل من الأصول الثابتة، مثل المباني والأراضي، والآلات والمعدات، وذلك بهدف تأجيره إلى الغير بحسب عقود إجارة تتضمن بدل الإيجار والمدة الزمنية للعقد التي يعود الأصل بعدها للبنك ليؤجرها مرة أخرى، وهكذا"⁴. وقد وسم قانون مؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها هذا النوع من الإجارة

¹ تبين الحقائق: الزيلعي(ت1021هـ)، 133/5. والفقه الإسلامي وأدلته: وهبة الزحيلي، 766/4، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، 1405هـ/1985م. بتصرف

² تبين الحقائق: الزيلعي(ت1021هـ)، 134/5.

³ البنوك الإسلامية: أحكامها ومبادئها وتطبيقاتها المصرفية: مُجد محمود العجلوني، ص268، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع، الأردن، 1429هـ/2008م. والمعايير الشرعية: الأيوبي، 241. والقانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها، ص473.

⁴ البنوك الإسلامية: أحكامها ومبادئها وتطبيقاتها المصرفية: مُجد محمود العجلوني، ص268.

بالإيجار البسيط¹ تميزا له عن الإجارة المنتهية بالتملك لأنها مركبة من إجارة وبيع. وعرفه المنشور رقم 17/و/1 في المادة 16 بأنه: "كل عقد تضع بموجبه مؤسسة، منقولا أو عقارا محدا في ملكيتها، عن طريق الإيجار، تحت تصرف عميل قصد استعمال مشروع"².

النوع الثاني: الإجارة المنتهية بالتملك.

1. تعريف الإجارة المنتهية بالتملك.

يعتبر عقد الإجارة المنتهية بالتملك من أشهر العقود المعاصرة في المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، وهو عقد حديث النشأة لم يتناوله الفقهاء المتقدمون بالدراسة والتحليل لأنه لم يكن معروفا عندهم، أما الفقهاء المعاصرون فقد تعددت وتنوعت تعريفاتهم له، ومن هذه التعريفات:

تعريف خالد الحافي: "عقد بين طرفين يؤجر فيه أحدهما لآخر سلعة معينة مقابل أجر معلومة معينة يدفعها المستأجر على أقساط خلال مدة محددة، تنتقل بعدها ملكية السلعة للمستأجر عند سداده لآخر قسط بعقد جديد"³.

تعريف الخميس: "عقد يتم فيه تملك منفعة معلومة، بعوض معلوم، مدة معلومة، يتبعه تملك العين على صفة معينة"⁴.

ويؤخذ على هذا التعريف أنه أشار إلى الإجارة، ولم يشر إلى انتقال ملكية العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية العقد.

¹ القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها: ص 473.

² منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17: ص 585.

³ الإجارة المنتهية بالتملك في ضوء الفقه الإسلامي (رسالة ماجستير، جامعة الملك سعود، الرياض): خالد بن عبد الله الحافي، ص 60، الطبعة الثانية، 1421هـ/2001م.

⁴ الإجارة الطويلة والمنتهية بالتملك في الفقه الإسلامي: سليمان بن صالح الخميس، ص 139، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة 1420هـ.

تعريف علي قره داغي: " أن يتفق الطرفان على إجارة شيء لمدة معينة بأجرة معلومة قد تزيد على أجرة المثل، على أن تنتهي بتمليك العين المؤجرة للمستأجر"¹.

من خلال هذه التعريفات نلاحظ أن الإجارة المنتهية بالتمليك تجمع بين عقدي الإجارة والبيع، بخلاف الإجارة التشغيلية فإنها لا تقصد إلى تمليك العين المؤجرة، وإنما تقصد إلى استيفاء المستأجر لمنفعتيها ثم ردها إلى مالكها، أما الإجارة المنتهية بالتمليك فإنها تقصد إلى تمليك العين، أما الكراء فإنما هو وسيلة للوصول إلى الغاية وهي التملك.

وصورتها في البنوك التشاركية أن يقوم البنك بتأجير عين كسيارة أو دار إلى شخص مدة معينة بأجرة معلومة قد تزيد عن أجرة المثل على أن يملكه إياها بعد انتهاء المدة، ودفع جميع أقساط الأجرة، بعقد جديد. جاء في المادة 58 من القانون 103.12: "إجارة منتهية بالتمليك عندما تنتهي الإجارة بتحويل ملكية المنقول أو العقار المستأجر للعميل تبعا للكيفيات المتفق عليها بين الطرفين"². وجاء في المادة 28 من المنشور رقم 1/و/17: " تطبيقا للفقرة 2 من البند (ب) من المادة 58 من القانون رقم 103.12 السالف الذكر، تنقل ملكية العقار أو المنقول موضوع عقد الإجارة المنتهية بالتمليك بموجب عقد منفصل عن عقد الإجارة، ولا يجوز إبرام عقد التملك إلا بعد انتهاء الإجارة"³. وعليه فإن الإجارة المنتهية بالتمليك تتم على الشكل التالي:

- وعد أحادي بالكراء من طرف العميل، ملزم له بمجرد امتلاك المؤسسة للعين. ويحدد الوعد مواصفات العين وكيفيات وأجل وضعها رهن تصرف العميل.
- عقد إجارة بين المؤسسة والعميل بعد تملكها للعين.

¹ الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة (الإجارة المنتهية بالتمليك) - دراسة فقهية مقارنة-: علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، العدد الثاني عشر، 1/477، 1421هـ/2000م.

² القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها: ص 473.

³ منشور والي بنك المغرب رقم 1 /و/17: ص 587.

- عقد جديد لنقل ملكية العين المؤجرة - العقار أو المنقول - إلى العميل بعد انتهاء مدة الإجارة.

2. حكم الإجارة المنتهية بالتملك:

اختلفت آراء وفتاوى الهيئات والجامع الفقهي في حكم الإجارة المنتهية بالتملك، الأمر الذي دفع مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي إلى اقتراح هذا الموضوع للبحث والدراسة في دورته الثانية عشر بالرياض في المملكة العربية السعودية ص 25 جمادى الآخرة 1421 هـ إلى غرة رجب 1421، وبعد المناقشة المستفيضة أصدر المجلس قراره رقم: 110 (4/12) لوضع الضوابط النازمة لحكم الإجارة المنتهية بالتملك والتي جاءت على الشكل الآتي:

أولاً: ضابط المنع:

أن يرد عقدان مختلفان، في وقت واحد، على عين واحدة في زمن واحد. ومن الصور الممنوعة ما يلي:

- عقد إجارة ينتهي بتملك العين المؤجرة مقابل ما دفعه المستأجر من أجرة خلال المدة المحددة، دون إبرام عقد جديد، بحيث تنقلب الإجارة في نهاية المدة بيعاً تلقائياً.
- إجارة عين الشخص بأجرة معلومة، ولمدة معلومة، مع عقد بيع له معلق على سداد جميع الأجرة المتفق عليها خلال المدة المعلومة، أو مضاف إلى وقت في المستقبل.
- عقد إجارة حقيقي، واقترن به بيع بخيار الشرط لصالح المؤجر، ويكون مؤجلاً إلى أجل طويل محدد (هو آخر مدة عقد الإيجار). وهذا ما تضمنته الفتاوى والقرارات الصادرة عن هيئات علمية ومنها: هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية.

ثانياً: ضابط الجواز.

- وجود عقدين منفصلين مستقل كل منهما عن الآخر، زماناً بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتملك في نهاية مدة الإجارة، والخيار يوازي الوعد في الأحكام.
- أن تكون الإجارة فعلية وليست ساترة للبيع.
- أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لا على المستأجر، وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من ضرر غير ناشئ من تعدد المستأجر أو تفريطه ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فاتت المنفعة.
- إذا اشتمل العقد على تأمين العين المؤجرة فيجب أن يكون التأمين تعاونياً إسلامياً لا تجارياً ويتحمله المالك المؤجر وليس المستأجر.
- الالتزام بالقواعد الشرعية للتمويل، وأهمها الحلال، والطيبات وأولويات الاستثمار، والتوازن.
- تعد الأجرة المدفوعة أثناء مدة الإجارة ثمناً للمنفعة التي استوفها المستأجر، ومن ثم لا يجوز له المطالبة باستردادها إذا لم يتحقق الوعد بالتملك.
- يتم نقل ملكية الأصل من المؤجر إلى المستأجر إما بعقد هبة منفصل عن عقد الإيجار وإما بعقد بيع وفي الحالتين يكون هناك وعد بالهبة أو بالبيع عند إبرام عقد الإيجار .
- تطبق على عقد الإيجار المنتهي بالتملك أحكام الإجارة طوال مدة الإجارة وأحكام البيع عند تملك العين.
- ألا يطالب المستأجر بدفعة مقدمة يعدها المؤجر حقاً له على المستأجر، وذلك عند العقد، والملاحظ على هذه الدفعة أنها ليست أجرة مقدمة، ولا ضمان لسداد الأجرة وقت استحقاقها في حال تعثر السداد، وإنما هي دفعة مقدمة للمؤجر يأخذها على اعتبارها جزءاً من حقه.

- لا يجوز للمؤسسات المالية الإسلامية ولا المتعاملين معها الاتفاق في أي عقد أو معاملة على أمر لا يقره الشرع من جميع الوجوه، ولو أقرته القوانين المعمول بها، لأن الشرع هو مصدر الأحكام و ليس القانون ولا العقد ولا ما يتراضى عليه المتعاقدان.
- إذا أتلّف المشتري السلعة بتعد أو تفريط حُير بين سداد بقية الأقساط وبين ضمانها بقيمتها حين التلف.
- لا إلزام لأحد الطرفين للآخر بنقل ملكية السلعة المعقود عليها قبل إنهاء مدة العقد.
- إذا مات أحد المتعاقدين أو فقد الأهلية المعتبرة شرعاً قام وارثه مقامه¹.

الفرع الخامس: حكم الشرط الجزائي في الإجارة.

وله ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن يكون الشرط الجزائي مقابل التأخر في تسليم الأجرة عن العين المؤجرة في الأجل أو الآجال المحددة بالعقد؛ فإذا كان هذا التأخر عن السداد بسبب إعسار المدين (المستأجر) فإن الواجب إنظاره إلى يساره، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۗ﴾²، وإذا كان التأخير دون عذر معتبر شرعاً، فإنه شرط باطل مبطل للعقد لأنه تأخير في الأجل في الدين، وهو صريح الربا. ولا يطالب العميل بالمأطل إلا بدفع المبالغ المتبقية في ذمته في حدود ما استوفاه من منفعة، مع استحقاقه للزجر والتعزير. صرح الخطاب من المالكية بأنه: "إذا التزم المدعى عليه (المدين) للمدعي: أنه إذا لم يوفه حقه في كذا فله عليه كذا وكذا، فهذا لا يختلف في بطلانه، لأنه صريح الربا، سواء أكان الشيء الملتزم به من جنس الدين، أم غيره، وسواء أكان شيئاً معيناً أم منفعة"³، وقال ابن

¹ مجلة مجمع الفقه الإسلامي: الدورة الثانية عشرة، العدد الثاني عشر، 1/697-698، 1421هـ/2000م.

² سورة البقرة، الآية: 279.

³ تحرير الكلام في مسائل الالتزام: الخطاب، ص176.

عبد البر: "وكل زيادة في سلف أو منفعة ينتفع بها المسلف فهي ربا، ولو كانت قبضة من علف، وذلك حرام إن كان بشرط"¹.

وجاء في المعايير الشرعية للأيوبي: "يجوز أن ينص في الإجارة أو الإجارة المنتهية بالتمليك على التزام العميل المستأجر المماطل بالتصدق بمبلغ محدد أو نسبة من الأجرة في حالة تأخره عن سداد الأجرة المستحقة في مواعيدها المقررة، بشرط أن يصرف ذلك في وجوه الخير بالتنسيق مع هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة"².

وقد ترجح عدم صحة اشتراط هذه الزيادة³ سدا لباب الذريعة، وصونا للشرعية، ولما فيها من شبهة الربا لأنها بمثابة الزيادة الربوية المشروطة على أصل الدين، ولا يؤثر مجال صرفها في مناهج تحريمها. ونصت المادة 23 من المنشور 1/و/17 على أنه: "يجوز أن ينص عقد الإجارة على أنه في حال توقف العميل عن التسديد، دون عذر معتبر شرعا، يجب عليه:

- دفع جزء أو كل ما تبقى من أقساط الأجرة في ذمته بعد توصله بإشعار مضمون من المؤسسة أو بعد انقضاء مدة محددة أو تلقائها فور التوقف عن التسديد؛
- دفع تعويض عن الأضرار الفعلية التي لحقت بالمؤسسة بسبب توقفه عن الأداء بعد إثبات ذلك، في حدود ما تبقى من الأقساط في ذمته"⁴.

ويلاحظ أن هذه المادة ألزمت العميل (المستأجر) الذي توقف عن سداد الدين الذي في ذمته دون عذر معتبر شرعا بأمرين اثنين:

¹ الكافي في فقه أهل المدينة: ابن عبد البر، 728/2.

² المعايير الشرعية: الأيوبي، ص 250.

³

⁴ منشور والي بنك المغرب رقم 1 /و/17: ص 586.

أولهما: حلول جزء أو كل ما تبقى في ذمته من الأقساط، وهذا لا إشكال فيه، وإلزام العميل به فيه ضمان لحق الدائن وصون لماله.

ثانيهما: التعويض عن الأضرار الفعلية المثبتة. وتجنّدر الإشارة إلى أن هذا التعويض لا يجب أن يشمل الربح الفعلي الذي حققه البنك خلال مدة المماطلة لأن قابلية النقود للزيادة بالاستثمار غير محققة فقد يربح الدائن من الدين الذي يأخذه من المدين وقد يخسر، بل قد لا يستثمره أصلاً¹. أما إذا شمل التعويض الضرر المادي الذي يتسبب في خسارة البنك التشاركي لشيء من ماله من جراء المماطلة مثل إجراءات التقاضي ومصروفات الشكاية فإنه يلزم الوفاء به.

الصورة الثانية: أن يشترط صاحب العين المؤجرة على المستأجر أنه إذا تأخر في تسليم العين المؤجرة في الأجل المحدد بالعقد، فإنه يدفع تعويضاً عن هذا التأخير مقداره خمسين درهماً عن كل يوم تأخير، أو أن يدفع أجرة الشهر كاملاً إن قضى بالمحل يوماً من الشهر على الأقل.

أو أن يشترط رب العمل على العامل أنه إذا تأخر في تنفيذ عمله عن الأجل المحدد بالعقد أن يخصم من أجرته مبلغاً من المال قدره كذا عن كل يوم تأخير.

وهذا شرط صحيح يلزم الوفاء به كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء المعاصرين.

وجاء في المادة 25: ... إذا لم تضع المؤسسة العين رهن تصرف العميل في الأجل المحدد وحسب الكيفيات والمواصفات المحددة في الوعد، ينقضي الالتزام الناشئ عن الوعد. وللعميل أن يسترد هامش الجدية من المؤسسة في الحال، كما أن له أن يطالب المؤسسة بتعويض الضرر الفعلي المثبت الذي لحق به.

¹ تعليق على بحث الزرقا (هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟)، زكي الدين شعبان، ص 219. ودراسات في أصول المدائنات: نزيه حماد، ص 289-290. ورأي آخر: في مطل الغني، هل يلزم بالتعويض؟: محمد زكي عبد البر، ص 168. واستيفاء الديون في الفقه الإسلامي: المزيد، ص 180. بتصرف

كما أن للعميل أن يسترد هامش الجدية بمجرد إبرام عقد الإجارة أو في حالة تراجع المؤسسة عن إبرام عقد الإجارة. وللعميل في الحالة الأخيرة أن يطالب المؤسسة بتعويض الضرر الفعلي المثبت الذي لحق به"¹.

ويتبين أن هذه المادة تتيح للعميل (المستأجر) الحق في استرداد هامش الجدية، والمطالبة بالتعويض عن الضرر الفعلي الذي لحقه في حال نكول أو تراجع المؤسسة عن تسليمه العين المؤجرة في الأجل المحدد وبالمواصفات المتفق عليها، وذلك حفظا لحقوقه، وصونا لأمواله، ودفعاً للضرر عنه.

غير أن هذا التعويض لا يُسهم بالقدر الكافي في توثيق العقود، وضمان تنفيذ بنودها، وتعزيز آثارها القانونية، ومنحها القوة الملزمة، وذلك لسد أبواب الفوضى والتلاعب بحقوق الناس. مما يدفعنا -وذلك لتأمين العلاقة التعاقدية- إلى اقتراح إعادة النظر في بعض المواد من المنشور 1/و/17؛ وذلك بتطبيق صيغة الشرط الجزائي في عقود الأعمال حينما يكون محل الالتزام الأصلي بين طرفي التعاقد ليس بدين في الذمة لخلوه من شبهة الربا المحرم.

وقد أوردنا الأدلة على صحة الشرط الجزائي في هذا الباب².

الصورة الثالثة: أن يشترط صاحب العين المؤجرة على المستأجر أنه إذا تأخر في تسلّم العين المؤجرة في الأجل المتفق عليه بالعقد فإنه يدفع تعويضاً عن هذا التأخير قدره كذا عن كل يوم تأخير. فإن هذا شرط صحيح يلزم الوفاء به من باب من التزم شيئاً لزمه.

¹ منشور والي بنك المغرب رقم 1 /و/ 17: ص 587.

² يُنظر ص 293 وما بعدها من هذا البحث.

المطلب الثاني: الشرط الجزائي في عقد الاستصناع.

الفرع الأول: تعريف الاستصناع:

1. الاستصناع في اللغة:

مصدر استصنع بمعنى طلب صنع شيء ما، ويقال: صنعه يصنعه صنعا، فهو مصنوع، ومنه قوله تعالى: ﴿صُنِعَ اللَّهُ إِلَيْهِ أَتَفَرَّ كُلَّ شَيْءٍ﴾¹، ويقال أيضا: اصطنع فلان خاتما إذا سأل رجلا أن يصنع له خاتما. واستصنع الشيء: دعا إلى صنعه، والفاعل صانع، والجمع صنّاع، والصنعة عمل الصانع².

2. الاستصناع في الاصطلاح الفقهي:

اختلف الفقهاء في تكييف عقد الاستصناع؛ هل هو يندرج ضمن صور عقد السلم، أم هو عقد مستقل بذاته له أحكامه وشروطه الخاصة به؟ إلى اتجاهين اثنين:

الاتجاه الأول: وهم جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، وقد اعتبروا الاستصناع ضرب من السلم³. ولم يفرّدوه بتعريف حدي خاص وإنما اكتفوا بتعريفه بالرسم، وسنأتي على ذكر رأي كل مذهب من المذاهب الثلاثة ملخصين تصوره الفقهي حول الاستصناع كالاتي:

¹ سورة النمل، الآية: 90.

² لسان العرب: ابن منظور، كتاب العين المهملة، فصل الصاد المهملة، مادة (صنع)، 208/8-209. وتاج العروس: الزبيدي، باب العين المهملة، فصل الصاد المهملة مع العين، مادة (صنع)، 375/21.

³ الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي: 217/3. وكشاف القناع: البهوتي، 1395/4. والموسوعة الفقهية: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، 325/3-326، الطبعة الثانية، دار ذات السلاسل، الكويت، 1404هـ/1983م. بتصرف

• الاستصناع عند المالكية:

ورد في المدونة تحت عنوان السلف في الصناعات: " قلت : ما قول مالك في رجل استصنع طستا أو تورا أو قمقما أو قلنسوة أو خفين أو لبدا، أو استنحت سرجا أو قارورة أو قدحا، أو شيئا مما يعمل الناس في أسواقهم من آنيتهم أو أمتعتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصناعات، فاستعمل من ذلك شيئا موصوفا، وضرب لذلك أجلا بعيدا، وجعل لرأس المال أجلا بعيدا، أيكون هذا سلفا؟ أو تفسده لأنه ضرب لرأس المال أجلا بعيدا؟ أم لا يكون سلفا ويكون بيعا من البيوع في قول مالك ويجوز؟.

قال: أرى في هذا أنه إذا ضرب للسلعة التي استعملها أجلا بعيدا، وجعل ذلك مضمونا على الذي يعملها بصفة معلومة، وليس من شيء بعينه يريه يعمل منه، ولم يشترط أن يعمل رجل بعينه، وقدم رأس المال، أو دفع رأس المال بعد يوم أو يومين، ولم يضرب لرأس المال أجلا، فهذا السلف جائز، وهو لازم للذي عليه، يأتي به إذا حل الأجل على صفة ما وصفا"¹.

وقال الخطاب وهو يؤكد المعنى نفسه: "قال في المدونة: من استصنع طستا أو قلنسوة أو خفا أو غير ذلك مما يعمل في الأسواق بصفة معلومة؛ فإن كان مضمونا إلى مثل أجل السلم. ولم يشترط عمل رجل بعينه، ولا شيئا بعينه يعمل منه جاز إذا قدم رأس المال مكانه أو إلى يوم أو يومين، فإن ضرب لرأس المال أجلا بعيدا لم يجز وصار دينا بدين"².

¹ المدونة: مالك بن أنس، 69-68/3.

² مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: الخطاب، 540-539/4.

وقال الصاوي: " الاستصناع سلم، سواء كان الصانع المعقود معه دائم العمل أم لا؛ كأن يقول لإنسان: اصنع لي سيفاً أو سرجاً أو باباً صفته كذا بدينار، فلا بد من تعجيل رأس المال وضرب الأجل وأن لا يعين العامل ولا المعمول منه إلى آخر شروط السلم"¹.

ومما سبق يتبين أن الاستصناع عند الملكية من قبيل السلم لا يجوز إلا بشروط ثلاثة حذاراً من الغرر:

- "عدم تعيين المعمول منه (مادة الصنعة).
- عدم تعيين العامل (الصانع) الذي ينفذ العمل.
- تعجيل الثمن وتأجيل السلعة إلى أجل السلم، فإن تأجل دفع الثمن عند العقد أجلاً بعيداً منع، لأنه يصير ديناً بدين"².

وذهب أشهب من الملكية إلى جواز تعيين الصانع والمصنوع منه، وقول أشهب هذا أرفق بالناس لا سيما في هذا العصر³، "وما كان أرفق بالناس فالأخذ به أولى لأن الحرج مدفوع"⁴.

• الاستصناع عند الشافعية:

قال الشافعي في الأم: "ولا بأس أن يسلفه في طست، أو تور⁵ من نحاس أحمر، أو أبيض، أو شبّه⁶، أو رصاص، أو حديد. ويشترطه بسعة معروفة، ومضروباً أو مفرغاً، وبصنعة معروفة، ويصفه

¹ حاشية الصاوي على الشرح الصغير: 287/3. والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: الدردير، 217/3.

² جامع الأمهات: ابن الحاجب، ص 371. ومدونة الفقه المالكي وأدلته: الصادق عبد الرحمن لغرياني، 338/3، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان، بيروت، 1423هـ/2002م.

³ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: الدردير، 216/3. ومدونة الفقه المالكي وأدلته: الصادق عبد الرحمن لغرياني، 338/3.

⁴ المبسوط: السرخسي، 25/11.

⁵ التور: إناء يشرب فيه. يُنظر: الصحاح: الجوهري، باب الرء، فصل التاء، مادة (تور)، 602/2.

⁶ الشَّبّه: بفتح السين من المعادن ما يشبه الذهب في لونه، وهو أرفع الصُّفَر. يُنظر: المصباح المنير: كتاب الشين، باب الشين والباء وما يثلثهما، مادة (شبه)، 303/1.

بالثخانة، أو الرقة، ويضرب له أجلا كهو في الثياب، وإذا جاء به على ما يقع عليه اسم الصفة والشرط لزمه، ولم يكن له رده.

قال: وكذلك كل إناء من جنس واحد، ضبطت صفته، فهو كالطست والقُمقم. قال: ولو كان يضبط أن يكون مع شرط السعة وزن كان أصح، وإن لم يشترط وزنا صح إذا اشترط سعة، كما يصح أن يبتاع ثوبا بصنعة وشي وغيره، بصفة وسعة، ولا يجوز فيه إلا أن يدفع ثمنه، وهذا شراء صفة مضمونة، فلا يجوز فيها إلا أن يدفع ثمنها، وتكون على ما وصفت¹.

وقال أيضا: "ولو شرط أن يعمل له طستا من نحاس وحديد، أو نحاس ورصاص، لم يجز؛ لأنهما لا يخلصان فيعرف قدر كل واحد منهما. وليس هذا كالصبغ في الثوب؛ لأن الصبغ في ثوبه زينة لا يغيره أن تضبط صفته، وهذا زيادة في نفس الشيء المصنوع.

قال: وهكذا كل ما استصنع. ولا خير في أن يسلف في قلنسوة محشوة؛ وذلك أنه لا يضبط وزن حشوها، ولا صفته، ولا يوقف على حد بطانتها، ولا تُشترى هذه إلا يدا بيد، ولا خير في أن يسلفه في خفين، ولا نعلين مخروزين وذلك أنهما لا يوصفان بطول، ولا عرض، ولا تضبط جلودهما، ولا ما يدخل فيهما، وإنما يجوز في هذا أن يبتاع النعلين والشراكين، ويستأجر على الحدو، وعلى خراز الخفين...، ولا بأس إن كانت من قوارير ويشترط جنس قواريرها ورقته وثخانتها، ولو كانت القوارير بوزن مع الصفة كان أحب إلي وأصح للسلف².

¹ الأم: أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (ت204هـ)، 271/4-272، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، الطبعة الأولى، دار الوفاء، المنصورة، مصر، 1422هـ/2001م.

² المصدر نفسه: 272/4.

وقال الدميري في شرحه لمنهاج النووي: "فلا يصح فيما لا ينضبط مقصوده كالمختلط المقصود الأركان كهريسة ومعجون وغالية وخف وترياق)؛ لأن أقدار الأجزاء المختلطة وأوصافها لا تنضبط، هذا الذي اتفق عليه أئمة المذهب"¹.

وقال الشيرازي: "ولا يجوز فيما يجمع أجناسا مقصودة لا تتميز كالعالية² والند³ والمعجون والقوس والخف ... ولا يجوز في ثوب نسج ثم صبغ لأنه سلم في ثوب، وصبغ مجهول، ويجوز فيما صبغ غزله، ثم نسج لأنه بمنزلة صبغ الأصل، ولا يجوز في ثوب عمل فيه من غير غزله كالقروي⁴ لأن ذلك لا يضبط"⁵.

وقال الماوردي فيما يجوز من المصنوع: "أن يكون جنسا لم يختلط بغيره فإن خلطه بغيره كالعالية والمعجون لم يجوز"⁶.

• الاستصناع عند الحنابلة:

لا تختلف رؤية الحنابلة للاستصناع عن الشافعية، وإن ورد المنع منه عن بعضهم⁷، ولعل المقصود بالمنع إذا انعقد الاستصناع على غير وجه السلم بأن يشتري المستصنع السلعة من الصانع لا يملكها،

¹ النجم الوهاج في شرح المنهاج: مُجَدِّد بن موسى بن عيسى بن علي الدَمِيرِي، أبو البقاء الشافعي (ت 808هـ)، 256/4، الطبعة الأولى، دار المنهاج، جدة، 1425هـ/2004م.

² الغالية: نوع من الطيب مركب من مسك وعنبر، وعود ودهن. يُنظر: المطلع على ألفاظ المقنع: مُجَدِّد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلبي، أبو عبد الله، شمس الدين (ت 709هـ)، ص294، تحقيق محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، الطبعة الأولى، مكتبة السوادي، جدة، 1423هـ/2003م.

³ الند: بفتح النون، فهو الطيب المعروف، قيل: مخلوط من مسك وكافور. يُنظر: المصدر نفسه: ص294.

⁴ قرقوب: ثياب كتان بيض. يُنظر: لسان العرب: ابن منظور، حرف الباء، فصل القاف، مادة (قرقب)، 671/1.

⁵ المهذب: الشيرازي، 73/2-74.

⁶ الإقناع: الماوردي، ص96.

⁷ الفروع: شمس الدين مُجَدِّد بن مفلح المقدسي (ت 763 هـ)، 147/6، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1424هـ/2003م.

على أن يصنعها له. قال البهوتي: "ولا يصح استصناع سلعة" بأن يبيعه سلعة يصنعها له "لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم"¹، ولذلك فإن الحنابلة أوردوا مسائل الاستصناع ضمن عقد السلم بنفس أصول الشافعية مع اختلاف يسير في الفروع.

قال ابن قدامة: "لا يصح - أي السلم - فيما يجمع أخلاطا مقصودة غير متميزة، كالثياب والند والمعاجين التي يتداوى بها للجهل بها...، ولا في الأواني المختلفة الرؤوس والأوساط، لأن الصفة لا تأتي عليه، وفيه وجه آخر أنه يصح السلم فيه إذا ضبط بارتفاع حائطه، ودور أعلاه وأسفله، لأن التفاوت في ذلك يسير. ولا يصح في القسي المشتملة على الخشب والقرن والغضب والتوز، إذ لا يمكن ضبط مقادير ذلك وتمييز ما فيه منها، وقيل: يجوز السلم فيها، والأولى ما ذكرنا"².

"ويصح فيما يجمع أخلاطا مقصودة متميزة، كثياب منسوجة من نوعين ... وخفاف، ورماح ونحوها... ولا يصح فيما لا ينضبط، كالجواهر كلها من در، وياقوت، وعقيق وشبه"³.

التعليق على آراء المذاهب السابقة:

جملة القول مما سبق؛ أن المذاهب السابقة لم تُعد الاستصناع عقدا مستقلا بذاته، وإنما أدرجته ضمن مسائل عقد السلم. فالمالكية أدرجوه ضمن قسم السلم في الصناعات وأجازوه بشروطه.

أما الشافعية فقد أجازوا الاستصناع فيما صُنِعَ من جنس واحد، منضبط الصفة، ولم يجيزوه فيما يجمع أجناسا مقصودة غير متميزة مجهولة الصفة والقدر تؤدي إلى المنازعة، أما إذا أمكن ضبط أقدار

¹ الفروع: ابن مفلح، 147/6. وكشاف القناع: البهوتي، 1395/4.

² المغني: ابن قدامة، 386/6-387. وكشاف القناع: البهوتي، 1520/5. والإنصاف: المرداوي، 88/5. ومنتهى الإرادات: ابن النجار الفتوحي، 279/1-280. وحاشية الروض المربع: عبد الرحمن ابن القاسم، 10/5.

³ المنهج الصحيح في الجمع بين ما في المقنع والتنقيح: شهاب الدين أحمد العسكري الحنبلي (ت 910 هـ)، 839/2، تحقيق عبد الكريم بن محمد بن عبد الله العميريني (رسالة دكتوراه، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، 1434 هـ)، الطبعة الأولى، دار أسفار، الكويت، 1437 هـ/2016 م.

الأجزاء المختلطة وأوصافها وتمييزهما عن بعضهما فالأصح جوازه¹... يقول الشافعي: "وهكذا كل ما استصنع"².

أما الحنابلة فقد جروا في الاستصناع مجرى الشافعية في الرؤية والتصور، وصححوا الاستصناع فيما صنّع من مادة واحدة لانضباطه، وفيما صنع من مواد مختلفة مختلطة إذا أمكن ضبط أجزائها المختلطة قدرا ووصفا، ومنعوه فيما كان ضبطه متعذرا متعسرا.

والحال أن تعليل الشافعية والحنابلة منع السلم في بعض الصناعات بمدى إمكانية انضباط الأوصاف والمقادير وتمييز الأجزاء المختلطة عن بعضها ينتفي انتفاء تاما في الواقع المعاصر لأن المواد المصنوع منها الأشياء صارت في وقتنا مضبوطة ضبطا نافيا للجهالة وقاطعا للمنازعة، بحيث أصبح يحدد قدر ونوع وصفة ووزن جميع مكونات المادة المصنوع منها السلع بنسب مضبوطة ودقيقة.

الاتجاه الثاني: وهم الأحناف، وقد أفردوا للاستصناع بابا خاصا به واعتبروه عقدا مستقلا بذاته، وعرفوه بتعريفات متعددة متقاربة المعنى، نذكر منها الآتي:

1. "عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل"³.
2. "عقد مقالة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئا، فالعامل صانع، والمشتري مستصنع، والشئ مصنوع"⁴.
3. "عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة"⁵.

¹ تحفة المحتاج بشرح المنهاج: شهاب الدين ابن حجر الهيتمي (ت973هـ)، 2/235، تحقيق سيد بن محمد السناري، دون طبعة، دار الحديث، القاهرة، 1437هـ/2016م. بتصرف

² الأم: الشافعي، 4/272.

³ بدائع الصنائع: الكاساني، 5/2.

⁴ درر الحكام مجلة الأحكام: علي حيدر، 1/114، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ/2003م.

⁵ عقد الاستصناع: وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة السابعة، العدد السابع، 307/2، 1412هـ/1992م. ويُنظر أيضا: الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة الزحيلي، 4/631.

4. "عقد على مبيع في الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص"¹.

ومن الحنفية من يرى أن الاستصناع إجارة ابتداء، بيع انتهاء²، ومنهم من يرى أنه إجارة محضة³، ومنهم من يرى أنه وعد⁴ والأصح عند جمهورهم أنه عقد قائم بذاته مكتمل الأركان والشروط⁵.

وصورته: "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"⁶.

الفرع الثاني: حكم الاستصناع:

دل على مشروعية الاستصناع النص والإجماع والمعقول:

• النص:

أما النص فقد استدلوا بما ورد عن نافع أن عبد الله حدثه: (أن النبي ﷺ اصطنع خاتما من ذهب، ويجعل فسه في بطن كفه إذا لبسه، فاصطنع الناس خواتيم من ذهب، فرقي المنبر، فحمد الله وأثنى عليه، فقال: إني كنت اصطنعته، وإني لا ألبسه. فنبذه، فنبذ الناس)⁷.

¹ عقد الاستصناع أو "عقد المقاوله" في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة-: كاسب بن عبد الكريم البدران، ص59، الطبعة الثانية، جامعة الملك فيصل، السعودية، 1404هـ/1984م.

² شرح فتح القدير: ابن الهمام، 109/7. وحاشية ابن عابدين، 475/7. والبحر الرائق: ابن نجيم (ت970هـ)، 284/6.

³ العناية شرح الهداية: البابرتي، 115/7-116.

⁴ شرح فتح القدير: ابن الهمام، 108/7. والاختيار لتعليل المختار: الموصلي، 38/2. والمبسوط: السرخسي، 138/12-139.

⁵ شرح فتح القدير: ابن الهمام، 115/7. والاختيار لتعليل المختار: الموصلي، 38/2. والهداية: المرغيناني، 77/3.

⁶ بدائع الصنائع: الكساني، 2/5.

⁷ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب اللباس، باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه، رقم الحديث: 5876، 157/7، واللفظ له. ومسلم في صحيحه، كتاب اللباس والزينة، باب تحريم الذهب على الرجال، ونسخ ما كان من إباحته في أول الإسلام، رقم الحديث: 2091، 1655/3.

وعن أنس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (قد اصطنعنا خاتماً، ونقشنا عليه نقشاً، فلا ينقش عليه أحد)¹. و(بعث رسول الله ﷺ إلى فلانة، امرأة قد سماها سهل: أن مري غلامك النجار، يعمل لي أعواداً، أجلس عليهن إذا كلمت الناس. فأمرته يعملها من طرفاء الغابة، ثم جاء بها، فأرسلت إلى رسول الله ﷺ بها، فأمر بها فوضعت، فجلس عليه)².

• الإجماع العملي:

وأما الإجماع العملي فقد ورد عن جمهور الحنفية ما عدا زفر³ جواز الاستصناع استحساناً⁴ لإجماع الناس على التعامل به في سائر الأعصار من غير تكير، أما بالقياس فلا يجوز "لأنه يبيع عين بعمله، وهو معدوم عينا للحال حقيقة، ومعدوم وصفاً في الذمة، والقياس الظاهر أن لا يجوز بيع الشيء إلا بعد تعيينه حقيقة، أو ثبوته في الذمة كالسلم. فأما مع العدم من كل وجه فلا يتصور عقد،

¹ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب اللباس، باب الخاتم في الخنصر، رقم الحديث: 5874، ومسلم في صحيحه، كتاب اللباس والزينة، باب لبس النبي ﷺ خاتماً من ورق نقشه محمد رسول الله، ولبس الخلفاء له من بعده، رقم الحديث: 2091، 1656/3. والنسائي في سننه، كتاب الزينة، صفة خاتم النبي ﷺ ونقشه، رقم الحديث: 9444، 376/8. واللفظ له.

² أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب النجار، رقم الحديث: 2094، 61/3.

³ شرح فتح القدير: ابن الهمام، 107/7-108.

⁴ الاستحسان عند الحنفية: قد يكون نصاً، وقد يكون ضرورة، وقد يكون إجماعاً، وقد يكون قياساً خفياً. أما النص: فنحو قول أبي حنيفة رضي الله عنه فيمن أكل ناسياً لصومه: لولا قول الناس لقلت يقضي. أي القياس الظاهر يوجب القضاء إلا أني استحسنت تركه بنص خاص ورد فيه بخلاف قياس سائر النصوص الثابتة، والمعقول الضروري في حصول الصوم مع عدم الإمساك عن الأكل وأنه عبارة عن تركه، وهذا لأن النص فوق الرأي فاستحسن تركه به وإن ظهر. وأما الإجماع: فنحو جواز الاستصناع فيما ظهر تعامل الأمة به من غير تكير، والقياس أن لا يجوز لأنه يبيع عين بعمله، وهو معدوم عينا للحال حقيقة، ومعدوم وصفاً في الذمة، والقياس الظاهر أن لا يجوز بيع الشيء إلا بعد تعيينه حقيقة، أو ثبوته في الذمة كالسلم. فأما مع العدم من كل وجه فلا يتصور عقد وليس ثم معقود عليه لكنهم استحسنا تركه بالإجماع الظاهر بتعامل الأمة من غير تكير لأن الإجماع دليل فوق الرأي، وقصروا الأمر عليه لأنه معدول به عن القياس. وأما الضرورة: فنحو الحكم بطهارة البئر بعد تنجسها. والقياس يأبى ذلك لأن الدلو ينجس بملاقاة الماء فلا يزال يعود وهو نجس إلا أن الشرع حكم بالتطهر للضرورة لأنه لا يمكننا غسلها بماء طاهر إلا من طريق نزح الماء النجس وخروج الماء الطاهر، فاستحسنوا ترك العمل بموجب القياس بعذر العجز فإن الله تعالى جعله عذراً في سقوط العمل بكل خطاب. يُنظر: تقويم الأدلة: الدبوسي، ص 405.

وليس ثم معقود عليه"¹. إلا أنه لما كان من العادة الجارية مع استحسان الأمة خصصوا به نهي النبي عليه السلام عن بيع ما ليس عند الإنسان، لأن القياس يترك بالإجماع العملي الذي تدعو إليه الحاجة المعتبرة بمنزلة الضرورة.

قال الكاساني: "أما جوازه فالقياس: أن لا يجوز، لأنه باع ما ليس عند الإنسان لا على وجه السلم، وقد نهي رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم، ويجوز استحسانا، لإجماع الناس على ذلك في سائر الأعصار من غير نكير"².
وقال السمرقندي: "والقياس أنه لا يجوز، وفي الاستحسان جائز"³.

• المعقول:

استدل الفقهاء على جواز الاستصناع بحاجة الناس الماسة إلى التعامل به في عموم الأزمنة والأمكنة، فقد يحتاج الإنسان إلى استصناع البيوت والآلات والأجهزة والأثاث على صفة مخصوصة ونوع مخصوص، وقد لا يتفق وجود هذه الأشياء مصنوعة في الأسواق بحسب رغبات الإنسان، وقد لا يتمكن من دفع الثمن مقدما لاستصناعها على وجه السلم، ولا من إحضار المواد المطلوبة على

¹ تقويم الأدلة: الدبوسي، ص405. ويُنظر كذلك: بدائع الصنائع: الكاساني، 3/2-3. وشرح فتح القدير: ابن الهمام، 107/7-108. والاختبار لتعليل المختار: الموصلي، 38/2. والبنية شرح الهداية: بدر الدين العيني، 373/8، و الهداية شرح بداية المبتدي: المرغيناني، 77/3. وتيسير التحرير: أمير باد شاه، 78/4. وغمز عيون البصائر: الحموي، 294/1. وقواطع الأدلة: السمعاني، 517/4، وأصول السرخسي: السرخسي، 203/2. وكشف الأسرار: عبد العزيز البخاري، 6/4. والأشباه والنظائر: ابن نجيم، 78.

² بدائع الصنائع: الكاساني، 3/2-3.

³ تحفة الفقهاء: السمرقندي، 362/2-363.

وجه الإجارة فيضطر إلى استصناعها، وفي القول بالمنع إيقاع له في الحرج والمشقة، والحرج مدفوع في الشريعة¹.

وقد ذهب جمهور الفقهاء المعاصرين إلى اعتبار الاستصناع عقدا مستقلا له أحكامه وشروطه الخاصة به، لأنه وإن كان يشبه عقود البيع والإجارة والسلم في وجه من الوجوه فإنه يختلف عنها في كونه يشمل العين والعمل، ولا يشترط فيه تقديم الثمن².

وقد صدر قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7 إلى 12 ذي القعدة 1412 هـ الموافق 9 إلى 14 أيار (مايو) 1992 م، جاء فيه: "بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع: "عقد الاستصناع"، وبعد استماعه للمناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لمقاصد الشريعة في مصالح العباد والقواعد الفقهية في العقود والتصرفات، ونظراً لأن عقد الاستصناع له دور كبير في تنشيط الصناعة، وفي فتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي، قرر ما يلي:

أولاً: إن عقد الاستصناع - وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط"³.

¹ عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة في البنوك التشاركية - دراسة فقهية مقارنة بالقانون-: إبراهيم والعيز، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، العدد 42، ص 91، مايو 2022م. والشروط التعويضية في المعاملات المالية: العنزي، 425/1. بتصرف

² عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات المعاصرة: مصطفى الزرقا، ص 237. وعقد الاستصناع: وهبة الزحيلي، ص 308. وعقد الاستصناع: القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة السابعة، العدد السابع، 348/2-350، 1412هـ/1992م.

³ مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة، العدد السابع، 777/2، 1412هـ/1992م.

وهو ما خلصت إليه اللجنة الشرعية للمالية التشاركية، حيث اعتبرت عقد الاستصناع عقدا مستقلا، يخضع لأحكام وشروط خاصة، تميزه عن عقدي السلم والإجارة لأنه تشترط فيه الصنعة، ولا يشترط فيه تقديم الثمن¹.

الفرع الثالث: عقد الاستصناع في البنوك الإسلامية والتشاركية.

صدر منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/19 الصادر في 19 رجب 1410 (26 مارس 2019) بتميم منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/2017 الصادر في 27 يناير 2017 المتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المراجعة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم وكيفيات تقديمها للعملاء².

وبعدما تبين للجنة الشرعية للمالية التشاركية أن مضامين المنشور المتمم السالف الذكر مطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها أصدرت رأيها بالمطابقة والمصادقة عليه³.

وتضمن المنشور المتمم بابا سادسا مكررا خُصص لعقد الاستصناع، وتضمن ثلاث عشرة مادة تناولت تعريف عقد الاستصناع، وحددت المواصفات التقنية له وكيفيات تقديمه للعملاء⁴.

أولا: تعريف عقد الاستصناع في القانون:

عرفت المادة 69-1 من المنشور السالف الذكر عقد الاستصناع بأنه: " كل عقد يشتري به شيء مما يصنع، يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين - البنك التشاركي أو العميل - بتسليم مصنوع بمواد من

¹ القرار رقم 39 الصادر بتاريخ 02 رجب 1440 (09 مارس 2019م)، الجريدة الرسمية عدد 6780، بتاريخ 17 رمضان 1440 (23 ماي 2019)، ص3102. بتصرف

² منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 الصادر في 19 رجب 1410 (26 مارس 2019)، المصادق عليه بمقتضى قرار لوزير المالية، رقم 1448.19 الصادر في 24 شعبان 1440 (30 أبريل 2019)، ص3051-3053، الجريدة الرسمية عدد 6780، بتاريخ 17 رمضان 1440 هـ (23 ماي 2019م).

³ القرار رقم 39: ص3097-3103.

⁴ منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019: ص3052-3053.

عنده، بأوصاف معينة يتفق عليها، وبثمن محدد يدفع من طرف المستصنع حسب الكيفية المتفق عليها بين الطرفين.

يجوز أن يكون المصنوع منقولاً أو عقاراً موصوفاً في الذمة، كما يجوز للصانع أن يعهد بتصنيع الشيء المصنوع إلى طرف ثالث غير المستصنع أو وكيله¹.

ثانياً: أنواع عقد الاستصناع:

عقد الاستصناع كما تجرّه البنوك الإسلامية والتشاركية نوعان:

- **الاستصناع العادي:** وهو كل عقد يتعهد بموجبه صانع بصناعة شيء معين بمواد من عنده بمواصفات معينة وتسليمه للمستصنع بثمن محدد يتم دفعه حسب الكيفية المتفق عليها بين الطرفين.

فالعلاقة التعاقدية بين الطرفين تكون مباشرة دون أي وسيط ثالث.

- **الاستصناع الموازي:** وهو مركب من عقدي استصناع على النحو التالي:

العقد الأول: يجريه البنك التشاركي باعتباره صانعاً مع مستصنع لصناعة مصنع بمواصفات معينة وبثمن محدد، ويمكن أن يكون الثمن مؤجلاً جزئياً أو كلياً إلى موعد تسليم المصنوع أو بعده حسب اتفاق الطرفين.

العقد الثاني: يكون بين البنك التشاركي باعتباره مستصنعاً مع المصانع المختصة للقيام بصناعة المصنوع وفق المواصفات المتفق عليها في العقد الأول، ويمكن أن يكون الثمن معجلاً.

¹ منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/19: ص 3052.

وبعد أن تتم صناعة المصنوع يقوم البنك التشاركي بتسليمه للمستصنع الأول بعد استيلائه وحيازته¹.

وجواز هذا التعامل مشروط بانفصال عقدي الاستصناع عن بعضهما، نصت المادة 69-13 من المنشور على أنه: " إذا أبرمت المؤسسة عقد الاستصناع موازي مع طرف ثالث من أجل صناعة أو شراء الشيء موضوع عقد الاستصناع لبيعه للعميل، يعتبر هذا العقد وعقد الاستصناع وثيقتين منفصلتين"².

ثالثا: شروط عقد الاستصناع

من خلال التأمل في النصوص القانونية المنظمة لعقد الاستصناع سواء بالبنوك الإسلامية أو التشاركية نجد أن شروطه على ضربين:

الضرب الأول: شروط تتعلق بالشيء المصنوع:

- أن يكون المصنوع مطابقا لأحكام الشريعة ومقاصدها³: فلا يجوز أن ينعقد الاستصناع على عين محظورة ممنوعة شرعا.
- أن يكون المصنوع معلوم الجنس والنوع والصفة والقدر: وقد تقدم أن أشرنا إلى أن هذا الأمر أصبح ميسورا في عصرنا، بسبب تقدم الآلات والتقنيات الضابطة لمختلف الأوصاف والأقمار جنسا ووزنا ونوعا وجودة، ضبطا كافيا نافيا للجهالة والغرر، دافعا لما قد ينتج عن ذلك من خلاف وتنازع ومخاصمة.

¹ عقد الاستصناع: مُجَدَّ سليمان الأشقر، 240/1، بحث منشور في كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 1418هـ/1998م. بتصرف

² منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/19: ص3053.

³ المرجع نفسه: ص3052.

قال الكاساني: "وأما شرائط جوازه فمنها: بيان جنس المصنوع، ونوعه وقدره وصفته؛ لأنه لا يصير معلوما بدونه"¹.

وجاء في المادة 69-3: "يحدد عقد الاستصناع أوصاف المصنوع حسب طبيعته من حيث الجنس، والنوع، والكمية، والجودة، وغيرها من المواصفات الضرورية التي تمكن من معرفته معرفة تامة"².

فكل ما لا تضبط أوصافه لا يصح استصناعه.

وإذا ما ثبت أن المصنوع لم يتم إنجازاه وفق المواصفات المتفق عليها، فإن المشرع المغربي أتاح للمستصنع الخيار بين ثلاث حالات³:

الحالة الأولى: قبول المصنوع المسلم له.

الحالة الثانية: مراجعة ثمنه باتفاق بين الطرفين بما يتوافق ومواصفات المصنوع الجديد.

الحالة الثالثة: فسخ العقد.

- أن يكون المصنوع موصوفا في الذمة غير معين: وذلك أن الأصل في الشيء المطلوب صنعه عند إبرام العقد أن يكون معدوما وإلا كان بيعا. جاء في المادة 69-4: "لا يجوز أن يكون المصنوع معيناً بذاته عند إبرام عقد الاستصناع، ويشترط أن تحدد أوصافه طبقا لمقتضيات المادة السابقة. ولا يشترط أن تكون مواد الشيء المصنع في ملكية الصانع عند إبرام عقد الاستصناع"⁴.

¹ بدائع الصنائع: الكاساني، 3/5.

² منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/19: ص3052.

³ المرجع نفسه: ص3053. بتصرف

⁴ المرجع نفسه: ص3052.

• أن يكون المصنوع مما يجري فيه التعامل بين الناس:

كالأواني والآلات والثياب ووسائل النقل وغير ذلك، وهذا الشرط لم ينص عليه منشور والى بنك المغرب، وهو من الشروط المعتبرة عند فقهاء الحنفية وفي البنوك الإسلامية¹، قال الكاساني: "أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس من أواني الحديد والرصاص والنحاس والزجاج، والخفاف والنعال، ولجم الحديد للدواب، ونصول السيوف، والسكاكين والقسي، والنبل والسلاح كله، والطشت والقمقم، ونحو ذلك"². وذكر فقهاء الحنفية لهذه الأنواع من المصنوعات في كتبهم هو على سبيل التمثيل لا الحصر، لأن حاجة الناس إلى الصناعات تختلف باختلاف الأعصار والأمصار، ومبدأ جواز عقد الاستصناع قائم على الحاجة، لذلك نجد أن³ مجلة الأحكام العدلية مثلت للاستصناع بما كان متعارفا عليه زمن الدولة العثمانية خلال القرن الثالث عشر الهجري مثل: البندقية والسفن الحربية والتجارية، فدل ذلك على جواز الاستصناع في كل ما يحتاجه الناس في زمنهم مما جرى العرف على التعامل فيه بينهم.

• أن تكون المواد المستخدمة في الشيء المصنوع من عند الصانع⁴: وأما إن كانت من

المستصنع كان العقد إجارة لا استصناعاً⁵. وقد جاء هذا الشرط صريحاً في نص منشور والى بنك

¹ فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك البركة الجزائري، استشارة شرعية، رقم 97/17/41، ص111، منشورة في كتاب: فتاوى وتوصيات الهيئات الشرعية لوحدة مجموعة البركة المصرفية، الطبعة الأولى، 1434هـ/2013م.

² بدائع الصنائع: الكاساني، 3/5.

³ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، 423/1.

⁴ الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي: صالح بن أحمد الوشيل، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد34، ص332، 2016م.

⁵ المحيط البرهاني في الفقه النعماني: برهان الدين أبو المعالي محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن مازة البخاري (ت 616 هـ)، 626/7، تحقيق عبد الكريم سامي الجندي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ/2003م. بتصرف

المغرب: "كل عقد يشترى به شيء مما يصنع يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين بتسليم مصنوع بمواد من عنده"¹.

ويتيح المشرع المغربي إمكانية استبدال مكونات المصنوع في حالة عدم توفرها في الأسواق، بمواد أخرى متوفرة بنفس الخصائص أو بخصائص أخرى يُتفق عليها لأنه "لا تكليف بما لا يطاق"²، على أن تتم مراجعة ثمن المصنوع لينسجم مع قيمة المواد الجديدة المستخدمة³.

● **تحديد أجل تسليم المصنوع:** اختلف الفقهاء حول مسألة تحديد أجل تسليم الشيء المصنوع على ثلاثة أقوال:

القول الأول: المنع:

ذهب أبو حنيفة إلى أن ضرب الأجل في الاستصناع يصير سلماً تطبق عليه شروطه ومنها تعجيل الثمن في المجلس.

قال الكاساني: "ومنها (شروط الجواز) ألا يكون فيه أجل، فإن ضرب للاستصناع أجلاً صار سلماً حتى يعتبر فيه شرائط السلم ... وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله"⁴.

القول الثاني: الجواز:

ذهب صاحباً أبي حنيفة؛ أبو يوسف ومحمد بن الحسن، إلى أن الاستصناع يصح سواء ضرب فيه الأجل أم لم يضرب.

¹ منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/19: ص 3052.

² الفروق: القرائي، 106//2. وقواعد الأحكام في مصالح الأنام: أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، (ت 660هـ)، 139/1، دون طبعة، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1414هـ/1991م.

³ منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/19: ص 3052.

⁴ بدائع الصنائع: الكاساني، 3/5.

قال الكاساني: " وقال أبو يوسف ومُحَمَّد هذا ليس بشرط، وهو استصناع على كل حال، ضرب فيه أجلا أم لم يضرب"¹.

القول الثالث: الوجوب:

ذهب جمهور الفقهاء المعاصرين ومجمع الفقه الإسلامي إلى وجوب تحديد الأجل في الاستصناع منعا للجهالة المفضية إلى النزاع².

واختار المشرع المغربي القول الثالث القاضي بوجوب تحديد أجل تسليم المصنوع حسما للنزاع والخصام، خاصة وأننا في عصر تطورت فيه المصنوعات وارتفعت تكاليفها كالمطائرات والبواخر والعمارات، ولا تخفى قيمة الزمن والمواعيد في الاقتصاد المعاصر، غير أنه أجاز تمديد أجل السداد في حال اتفاق الطرفين دون زيادة في الثمن إرفاقا بالناس³.

الضرب الثاني: شروط تتعلق بالثمن:

أن يكون ثمن بيع المصنوع محددًا، معلوما وثابتًا: نفيا للجهالة وقطعا للنزاع، فقد نصت المادة 5-69 من منشور والي بنك المغرب المتعلق بعقد الاستصناع على أنه يجب أن: " يحدد ثمن بيع المصنوع في عقد الاستصناع، كما يجب أن يكون هذا الثمن ثابتًا ومعلومًا للأطراف عند إبرام العقد"⁴.

¹ بدائع الصنائع: الكاساني، 3/5.

² يُنظر: المعايير الشرعية: الأيوبي، ص298. ومجلة مجمع الفقه الإسلامي: الدورة السابعة، العدد السابع، 778/2، 1412هـ/1992م. وعقد الاستصناع: مُجَدَّ سليمان الأشقر، 232/1.

³ منشور والي بنك المغرب رقم 19/و/2: ص3052. وعقد الاستصناع: مُجَدَّ سليمان الأشقر، 232/1. ومنتجات التمويل التشاركي - دراسة فقهية تأصيلية-، مُجَدَّ جعواني، ص197. بتصرف

⁴ منشور والي بنك المغرب رقم 19/و/2: ص3052.

وأشارت المادة نفسها إلى مجموعة من الأحكام المتعلقة بثمن بيع الشيء المصنوع يمكن إجمالها في الآتي¹:

• جواز تأجيل ثمن المصنوع جزئياً أو كلياً إلى موعد تسليم المصنوع أو بعده:

فليس من شرط الثمن في عقد الاستصناع أن يكون معجلاً كما هو الشأن في عقد السلم، بل يجوز تأخيره إلى موعد تسليم المصنوع أو بعده حسب اتفاق الأطراف لشبه الاستصناع بالإجارة²، جاء في مجلة الأحكام العدلية (المادة 391): "لا يلزم في الاستصناع دفع الثمن حالا، أي وقت العقد"³.

• جواز كون ثمن المصنوع نقداً أو عيناً أو هما معا:

جاء في المعايير الشرعية للأيوبي: "يجوز أن يكون - أي الثمن - نقوداً، أو عيناً، أو منفعة لمدة معينة، سواء كانت منفعة أخرى أم منفعة المصنوع نفسه"⁴ على أن تحدد مدة الاستفادة، وكيفيات استغلال المصنوع وصيانتته⁵. ويرى البعض أن الأولى تحديد ثمن الاستصناع بمبلغ معين يغطي التكاليف والربح، مع تمكين الصانع أو المقاول من استغلال منفعة المصنوع المدة التي يحصل بها على ذلك المبلغ⁶.

¹ منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/19: ص 3052. ومنتجات التمويل التشاركي - دراسة فقهية تأصيلية-، محمد جعواني، ص 194-195. بتصرف

² البحر الرائق: ابن نجيم (ت 970هـ)، 6/185.

³ درر الحكماء شرح مجلة الأحكام: علي حيدر، 1/424.

⁴ المعايير الشرعية: الأيوبي، ص 300.

⁵ منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/19: ص 3052.

⁶ قرارات وتوصيات ندوات البزة للاقتصاد الإسلامي: جمع وتنسيق عبد الستار أبو غدة وعز الدين محمد خوجة، ص 220، الطبعة السادسة، جدة، 1422هـ/2001م.

- عدم اعتبار الدين في الثمن: لا يجوز أن تكون ديون الصانع على المستصنع أو غيره ثمنا للمصنوع، تفاديا من الوقوع في بيع الدين بالدين المنهي عنه¹.
- جواز التنازل عن جزء من الثمن عند تعجيل السداد إذا لم يكن ذلك مشروطا في العقد².

رابعاً: تضمين الصانع.

فقد نصت المادة 69-6 على أن: الصانع يتحمل مسؤولية ضمان "عيوب الشيء المصنوع إذا كان ذلك ناتجاً عن فعله وتقصيره، وفي حالة ما إذا تعلق الأمر بعيوب خفية تحدد مدة الضمان بين الأطراف.

ويجوز أن يتضمن عقد الاستصناع التزام الصانع بصيانة المصنوع خلال مدة معينة حسب اتفاق الأطراف"³.

الفرع الرابع: حكم الشرط الجزائي في عقد الاستصناع: وله صورتان:

الصورة الأولى: أن يشترط الصانع على المستصنع أنه إذا تأخر في تسليم الثمن في الأجل أو الآجال المتفق عليها في العقد، فإن عليه أن يدفع تعويضا بنسبة معينة أو بمبلغ محدد قدره كذا وكذا عن كل شهر يتأخر فيه عن التسليم جزاء عن إخلاله بالالتزام.

¹ يُنظر ص 278 من هذا البحث.

² منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/19: ص3052.

³ المرجع نفسه: ص3053.

فإذا كان التأخر عن السداد بسبب إعسار المدين (المستصنع) فإن الواجب إنظاره إلى يساره،
لقلوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾¹.

وإذا كان التأخير دون عذر معتبر شرعا فإن الشرط باطل لا يلزم الوفاء به لأنه عين الربا، فلا يجوز التعويض عن مجرد التأخير في دفع الثمن لأنه دين في الذمة. جاء في التهذيب في اختصار المدونة: "قال ابن أبي سلمة: كل شيء لك على غريم كان نقدا فلم تقبضه، أو إلى أجل فحل الأجل أو لم يحل، فأخرته عنه وزاد عليك شيئا قل أو أكثر، فهو ربا، ولا تبعه منه بشيء ولو بوضيعة من سعر الناس وتؤخره عنه، فإن ذلك ربا، إلا أن ينقذك يدا بيد مثل الصرف"².

ونصت المادة 69-11 على أنه: "يجوز أن ينص عقد الاستصناع على أنه في حال توقف العميل بصفته المستصنع عن التسديد بعد تسلمه المصنوع كليا دون عذر معتبر شرعا يجب عليه:

- دفع جزء أو كل ما تبقى من أقساط ثمن المصنوع في ذمته بعد إرسال إشعار من المؤسسة بصفتها الصانع أو بعد انقضاء مدة محددة أو تلقائيا فور التوقف عن التسديد.
- دفع تعويض للمؤسسة (بصفتها صانعة) عن الأضرار الفعلية التي لحقتها بسبب توقفه عن الأداء بعد إثبات ذلك في حدود ما تبقى من الثمن في ذمته"³.

ويلاحظ أن هذه المادة ألزمت العميل (المستصنع) الذي توقف عن سداد الدين الذي في ذمته دون عذر معتبر شرعا بأمرين اثنين:

أولهما: حلول جزء أو كل ما تبقى في ذمته من الأقساط وهذا لا إشكال فيه، وإلزام العميل به فيه ضمان لحق الدائن وصون لماله.

¹ سورة البقرة، الآية: 279.

² التهذيب في اختصار المدونة: أبو سعيد بن البراذعي، 33/3.

³ منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/19: ص3053.

ثانيهما: التعويض عن الأضرار الفعلية المثبتة. وتحدد الإشارة إلى أن هذا التعويض لا يجب أن يشمل الربح الفعلي الذي حققه البنك خلال فترة المماطلة لأن قابلية النقود للزيادة بالاستثمار غير محققة فقد يربح الدائن من الدين الذي يأخذه من المدين وقد يخسر، بل قد لا يستثمره أصلاً¹. أما إذا شمل التعويض الضرر المادي الذي يتسبب في خسارة البنك التشاركي لشيء من ماله من جراء المماطلة مثل مصروفات التقاضي فإنه يلزم الوفاء به.

الصورة الثانية: أن يشترط المستصنع على الصانع أنه في حالة تخلفه عن تنفيذ التزامه، أو التأخر في تسليم المصنوع في الأجل المنصوص عليه في العقد، فإن عليه أن يدفع غرامة مالية تقدر بحسب نسبة التنفيذ أو مدة التأخير. وهذا الشرط صحيح يلزم الوفاء به عند جمهور الفقهاء المعاصرين، وبه أفتى مجمع الفقه الإسلامي شريطة أن يكون غير مجحف، وألا يكون الإخلال نتيجة ظروف قاهرة أو طارئة، أو بسبب عذر معتبر شرعاً².

ونصت المادة 69 - 9 على أنه: "يمكن أن ينص عقد الاستصناع على أنه في حالة تخلف الصانع عن إتمام تسليم ما تعهد بصنعه كلياً أو جزئياً دون عذر معتبر شرعاً يمكن فسخ هذا العقد مع استرداد ما دفعه المستصنع من الثمن كما أن لهذا الأخير أن يطالب الصانع بتعويض الضرر الفعلي المثبت الذي لحق به.

¹ تعليق على بحث الزرقا (هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟): زكي الدين شعبان، ص 219. ودراسات في أصول المدائنات: نزبه حماد، نزبه حماد، ص 289-290. ورأي آخر: في مطل الغني، هل يلزم بالتعويض؟: محمد زكي عبد البر، ص 168. واستيفاء الديون في الفقه الإسلامي: المزيدي، ص 180. بتصرف

² مجلة مجمع الفقه الإسلامي: 778/2، الدورة السابعة، العدد السابع، 1412هـ/1992م. بتصرف

غير أنه يجوز أن ينص عقد الاستصناع على أنه إذا تعذر على الصانع تسليم ما تعهد بصنعه كلياً أو جزئياً بسبب عذر معتبر شرعاً بغير تقصير منه ولا مطلق، جاز تمديد أجل التسليم دون تغيير في الثمن¹.

ويظهر أن هذا النص يحتاج إلى إعادة النظر ضماناً لحقوق المستصنعين وصيانة لأموالهم، وعلى المشرع المغربي أن يساير الاجتهاد المعاصر في مسألة تطبيق الشرط الجزائي الوارد على الأعمال لأن محل الالتزام الأصلي بين طرفي التعاقد ليس بدين في الذمة يدخله الربا، وقد ترجح جواز الشرط الجزائي في غير الديون²، وصدر بذلك قرار عن مجمع الفقه الإسلامي ورد فيه ما يلي:

"...رابعاً: يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً؛ فإن هذا من الربا الصريح.

وبناء على هذا، فيجوز هذا الشرط -مثلاً- في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينقذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه..."³. وأكد المجمع في هذا القرار قراره السابق في الاستصناع رقم 65 (3/7)، ونصه: "يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة"⁴.

¹ منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/19: ص 3053.

² يُنظر: ص 293 وما بعدها من هذا البحث.

³ مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي: الدورة الثانية عشرة، العدد الثاني عشر، 306/2، 1421هـ/2000م.

⁴ مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي: الدورة السابعة، العدد السابع، 778/2، 1412هـ/1992م.

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث، يجوز القول إن موضوع الشرط الجزائي يعد قضية مستحدثة في جانب بحثه من قبل الفقه الإسلامي المعاصر، وقد ارتبط بحث مشروعيته موازنة مع انطلاق الصيرفة الإسلامية، بسبب تنامي مشكلة المماطلة في أداء الالتزامات وتنفيذ مقتضيات عقود المال والأعمال، فطرح كوسيلة للتقليل من خطر عدم الالتزام على أساس مواكبة الفقه الإسلامي لحركات الناس وتصرفاتهم عبر الزمن.

وقد خلصت الدراسة إلى عدة نتائج يمكن إجمالها كالآتي:

1. أرشد الفقه الإسلامي إلى مجموعة من الوسائل لحفظ الالتزامات المالية، وحماية الحقوق والأموال من المماطلة والضياع، ودفعاً للوفاء بالوعود والعقود، ومن أهم هذه الوسائل: الرهن، والكفالة، وهامش الجدية، والتأمين التكافلي.
2. الشرط الجزائي معاملة مستحدثة لا شبيه لها في الفقه الإسلامي، لجأ إليها القانون الوضعي للحد من مشكلة انتشار المماطلة في الوفاء بالالتزامات، وتعثّر أداء الديون المستحقة في مواعييدها.
3. للشرط الجزائي تسميات متعددة منها: البند الجزائي، والتعويض الاتفاقي، والجزاء الاتفاقي، والجزاء التعاقدي. وقد حظيت عبارة الشرط الجزائي بتفضيل في الفقه والقانون والقضاء؛ ذلك أن الشرط الجزائي يوضع في العادة كشرط ضمن بنود العقد أو في اتفاق لاحق يُستحق التعويض على أساسه.
4. الشرط الجزائي هو "اتفاق تابع يحدد بموجبه المتعاقدان مقدماً مقدار التعويض المستحق عن الضرر المفترض جزاء عن الإخلال بالالتزام من غير عذر معتبر شرعاً عند الامتناع أو التأخر في التنفيذ".
5. الشرط الجزائي في القانون الوضعي الحديث ذو طبيعة مزدوجة؛ تعويضية أصالة، تهديدية تبعاً.

6. يقصد الشرط الجزائي إلى ضمان تنفيذ العقود، تخفيفا من الالتجاء إلى القضاء، وتسريعا لوتيرة التقدم وتحقيق التنمية.
7. يشترط لاستحقاق مقتضى الشرط الجزائي توفر جميع أركان المسؤولية المدنية العقدية المتمثلة في: الخطأ العقدي، والضرر، والعلاقة السببية، بالإضافة إلى إنذار المدين.
8. ينقسم الشرط باعتبار مصدر اشتراطه إلى قسمين: شرط شرعي: مصدر اشتراطه الشارع، وشرط جعلي: ينشئه المكلف بتصرفه وإرادته.
9. ينقسم الشرط الجعلي إلى قسمين: شرط معلق وشرط مقيد، وهذا الأخير هو الذي يندرج تحته الشرط الجزائي.
10. الشرط التقييدي المقترن بالعقد هو: "التزام زائد عن أصل التصرف عند تكوينه صورة أو حقيقة يتقيد به أثر العقد توكيدا أو تعديلا أو إضافة".
11. "الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الإباحة إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا أو نافي مقتضى العقد أو عارض نصا" عند المالكية والحنبلة، وهذا هو الراجح خلافا للحنفية والشافعية والظاهرية.
12. لا يجوز تكييف الشرط الجزائي على أنه عربون أو غرامة تهديدية أو غصب أو رهن أو كفالة على الرغم من وجود بعض أوجه الشبه؛ وذلك للفروق الظاهرة المميزة له عن غيره.
13. يجوز التعويض عن الضرر المادي، ولا يجوز التعويض عن الضرر الأدبي والمعنوي بدفع قدر من المال للمتضرر على الراجح.
14. إن اشتراط الدائن على المدين المماطل في العقد زيادة على أصل الدين لمجرد تأخره في سداد ما عليه محرم قطعاً، لأنه عين ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه.
15. اختلف الفقهاء المعاصرون في تكييف العقوبة المالية بين كونها تعويضا عن الضرر تندرج ضمن قاعدة الجوابر في الفقه الإسلامي، وبين كونها عقوبة أصالة وتعويضا تبعا تندرج

ضمن قاعدة الزواجر، كما اختلفوا في نوع الضرر المعوض عنه، وفي من يتولى التعويض، وفي كيفية تقديره.

16. لا يجوز التعويض عن الضرر سواء أكان تعويضاً عن ضرر تفويت المدين نتيجة تأخره عن السداد فرصة استثمار الدائن لماله مدة المماطلة، أو كان عن الربح الفعلي المحقق خلال مدة المماطلة، أو كان عن الضرر غير المألوف. وسواء أنيط تقدير التعويض إلى القضاء أو إلى الدائن (البنك) أو إلى لجنة خبراء.

17. حكم الشرط الجزائي في الديون باطل مبطل للعقد، محرم شرعاً لأنه ربا النسيئة المقطوع بتحريمه. وبناء عليه لا يجوز الشرط الجزائي في عقد المراجعة للآمر بالشراء وبيع التقسيط والاعتماد المستندي وغيرها.

18. لا يجوز في عقد السلم فرض شرط جزائي على المسلم إليه (البائع) بسبب تأخره في تسليم المسلم فيه (الشيء المبيع) مماطلة، لأنه دين في ذمته، والزيادة على الديون عند تأخير السداد ممنوعة.

19. لا يجوز في عقد الإجارة فرض شرط جزائي على المستأجر إذا تأخر في تسليم الأجرة عن العين المؤجرة في الآجال المحددة بالعقد، لأنه تأخير في الأجل في الدين، وهو صريح الربا. ولا يطالب العميل المماطل إلا بدفع المبالغ المتبقية في ذمته في حدود ما استوفاه من منفعة.

20. لا يجوز في عقد الاستصناع فرض شرط جزائي على المستصنع بسبب تأخره في الوفاء بما عليه لأنه دين في ذمته، والزيادة على تأخير الديون عند التأخير ممنوعة.

21. لا يجوز اشتراط الزيادة في الدين على المدين المماطل في السداد بغير عذر معتبر شرعاً لصرفها في وجوه الخير لأن شبهة الربا فيها حاصلة.

22. اتفق الفقهاء المعاصرون على أن المدين المعسر، العاجز عن الوفاء لا يجوز إلزامه بدفع

تعويض مالي مقابل تأخره عن سداد ما عليه؛ لأن الواجب في حقه الإنظار إلى الميسرة. لقوله

تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾¹.

23. يجوز الاشتراط على المدين حلول ما تبقى في ذمته من الأقساط عند توقفه عن الأداء

بغير عذر معتبر شرعاً، كما يجوز الاشتراط عليه تحمل نفقات الشكاية، ومصروفات التقاضي،

في عقود المداينات والأعمال.

24. لم ينص المشرع المغربي في الإطار القانوني المنظم لعمل البنوك التشاركية على الشرط

الجزائي، وإنما نص على التعويض عن الضرر.

25. النصوص المنظمة للإطار القانوني للبنوك التشاركية المتعلقة بالتعويض عن الضرر

الفعلي مثبتة قاصرة عن حماية حقوق البنوك التشاركية لاحتمالها تأويلات مختلفة مما ستؤثر

سلبا على مجال معاملاتها.

26. أتاح المشرع المغربي للمسلم (المشتري) في حالة تعذر على المسلم إليه (البائع) تسليم

المسلم فيه (الشيء المبيع) في أجل المتفق عليه لعدم توفره جزئياً أو كلياً الاختيار بين ما

يلي:

- إمهال البائع أجلاً معقولاً يتفق عليه الطرفان.

- فسخ العقد واسترداد الثمن.

27. أتاح المشرع المغربي للعميل (المستأجر) الحق في استرداد هامش الجدية، والمطالبة

بالتعويض عن الضرر الفعلي الذي لحقه في حال تراجع المؤسسة عن تسليمه العين المؤجرة في

الأجل المحدد وبالمواصفات المتفق عليها.

¹ سورة البقرة، الآية: 279.

28. منح المشرع المغربي المسلم (المشتري) الحق في استرداد ثمنه المَعَجَّل، والمطالبة بالتعويض عن الضرر الفعلي المثبت الذي لحقه بسبب ماطلة المسلم إليه (البائع).

29. مذهب المالكية جواز تأخير رأس مال السلم ثلاثة أيام فما دونها إرفاقا بالمتعاقدين، فإذا أخل المسلم (المشتري) بالتزامه، وتأخر في تسليم الثمن أكثر من ثلاثة أيام فلا يجوز اشتراط التعويض للمسلم إليه (البائع) عن التأخير في دفع رأس مال السلم لأنه دين في الذمة يُفضي إلى فساد السلم وانفساخ العقد.

30. الشرط الجزائي في غير الديون جائز شرعا لم يأت دليل على فساده فيبقى على الأصل على الراجح. وبناء عليه يجوز الشرط الجزائي في عقود المقاولات على المقاول، وفي عقود التوريد على المورد، وفي عقد الاستصناع على الصانع، وفي عقد الإجارة على المستأجر إذا امتنع أو تأخر في تسليم أو تسلّم العين المؤجرة في الأجل المتفق عليه بالعقد.

31. يجب تحري العدل في مقدار الشرط الجزائي، والرجوع إلى القاضي لتعديله عند تجاوزه للحد المعقول، ومنافاة مقداره للضرر المتحقق، أما ما كان فيه من زيادة يسيرة فإنها من الغرر المعفو عنه الذي تدعو الضرورة إليه.

32. اقتصر القانون المؤطر للمالية التشاركية على التعويض عن الضرر الفعلي واستبعاد الشرط الجزائي خاصة في عقود الأعمال سيؤثر سلبا على حركة التعاقد بالبنوك التشاركية؛ مما يدفعنا إلى اقتراح إعادة النظر في بعض المواد من المنشور 1/ و17؛ وذلك بتطبيق صيغة الشرط الجزائي في عقود الأعمال حينما يكون محل الالتزام الأصلي بين طرفي التعاقد ليس بدين في الذمة لخلوه من شبهة الربا الحرم. وذلك لتأمين العلاقة التعاقدية وسد أبواب الفوضى والتلاعب بحقوق الناس.

33. إن ترجح للباحث عدم جواز الشرط الجزائي في المداينات، فإن بعض الأدلة على جوازه مازالت تحتاج إلى تقليب الفكر والبرهنة، وعلى رأسها قوله ﷺ في حق مانع الزكاة:

(فإننا آخذوها وشطر ماله، عزمة من عزمات ربنا عز وجل، ليس لآل مُحَمَّدٍ منها شيء)¹؛
أليست الزكاة حق من جهة، ودين في ذمة المدين من جهة أخرى؛ إذ لو مات وجب القضاء
عنه؟ أليس في ذلك إشارة إلى مشروعية التعزير بالمال في حق المدينين المماطلين؟

¹ سبق تخريجه، ص 241.

ملحق: استثمار

اعتمد الباحث هذه الاستثمار في الجانب التطبيقي وأرسلها إلى خمسة بنوك تشاركية: "أمنية بنك" و"بنك الصفا" و"البنك الأخضر" و"دار الأمان" و"بنك اليسر"؛ وذلك للتعرف ميدانيا على كيفية تطبيق البنوك التشاركية للنصوص القانونية في حالة مماثلة بعض العملاء في سداد الديون. وقد تم التركيز على بيع المراجعة للآمر بالشراء المعمول به حاليا بالبنوك التشاركية. إلا أن المعطيات المتوصل بها لم تكن دقيقة تفي بالغرض كما كان متوقعا منها لحدثة التجربة البنكية لكنها أبانت عن حاجة الإطار المنظم للبنوك التشاركية إلى التعديل في مواده المتعلقة بالتعويض عن الضرر "الشرط الجزائي"، وقد جاءت الاستثمار على الشكل الآتي:

تتناول رسالة الدكتوراه موضوع الشرط الجزائي في البنوك الإسلامية والتشاركية، وتقاربه من الناحية التأصيلية والتطبيقية.

وللوقوف على كيفية تنزيل البنوك التشاركية للمناشير والقوانين التي لها صلة بموضوع البحث، وللتعرف على طريقة معالجتها لمشكلة المماثلة في سداد الديون أعد الباحث هذه الاستثمار الموجهة للبنوك التشاركية آملا قبول ملءها بدقة وعناية.

وأحيطكم علما أن المعلومات التي ستدلون بها لن تستعمل إلا لأغراض البحث العلمي، ولكم جزيل الشكر.

*تشير إلى أنّ السؤال مطلوب

الوظيفة*

○ مدير بنك تشاركي

○ مدقق شرعي

○ أخرى:

اسم البنك التشاركي المشغل* :

.....

هل تعرضت وكالتكم البنكية لمشكلة المماطلة؟*

☐ نعم

☐ لا

إذا كان الجواب بنعم، فما عدد حالات المماطلة عن السداد منذ شروع وكالتكم في تقديم تمويلاتها للعملاء؟.....

في أي نوع من التمويل تحصل المماطلة عن السداد؟*

☐ العقارات

☐ السيارات

☐ المعدات

ما ترتيب التمويلات التي تتعرض لمشكلة المماطلة عن السداد من حيث الكثرة؟

.....

المدة الممنوحة للعميل في حالة تأخره أو امتناعه عن سداد الأقساط في مواعيدها المحددة* :

☐ شهر

☐ شهران

☐ ثلاثة أشهر

☐ أخرى:

في عقود المداينات كالمراجحة يُلزم البنك التشاركي العميل في حال تأخره عن سداد الأقساط في

مواعيدها المحددة ب* :

☐ دفع جزء من الأقساط المتبقية.

☐ دفع كل ما تبقى من الأقساط.

☐ التعويض عن الضرر.

☐ أخرى:

المادة التاسعة من منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17 تنص على أنه يجوز إلزام العميل بدفع تعويض عن الأضرار الفعلية التي لحقت بالبنك بسبب توقفه عن الأداء دون عذر معتبر شرعا، فما المقصود بالضرر الفعلي* :

☐ نفقات الشكاية ومصروفات التقاضي.

☐ الربح الفعلي الذي حققه البنك التشاركي مدة المماطلة.

☐ ما فات من ربح معتاد في طريق التجارة العامة لو أن البنك التشاركي قبض دينه في موعده، واستثمره بالطرق المشروعة الحلال في الإسلام.

☐ أخرى:

هل يتم إدراج بند التعويض عن الضرر في جميع العقود*؟

☐ نعم

☐ لا

إذا كان الجواب بلا، متى يتم استثناءؤه*؟

.....

كيف يتم تحديد ضابط العذر المعتبر شرعا المذكور في المادة أعلاه من قبل وكالتكم*؟

☐ الإفلاس

☐ فقدان العمل

☐ أخرى:

نصت المادة 13 من المنشور المشار إليه أعلاه على أنه يجوز اقتطاع البنك مبلغا لا يتجاوز مقدار الضرر الفعلي المتبث الذي تحمله من جراء عدم وفاء العميل بإتمام العقد. فما المقصود بالضرر الفعلي* :

☐ الفارق بين الثمن المتفق عليه مع العميل الذي لم يف بوعده شراء السلعة بعد تملك البنك لها، و ثمن البيع للعميل الجديد.

☐ أخرى:

من يتولى تقدير التعويض عن الضرر*؟

☐ القضاء

☐ الوسيط (خبير مالي، لجنة التحكيم...)

☐ البنك

الإجراءات المتخذة عمليا من قبلكم لمعالجة مشكلة المماطلة في عقود المداينات مثل المراجعة للآمر بالشراء* .

اقترح وسائل أخرى لعلاج مشكلة المماطلة بدون عذر معتبر بناء على تجربتكم وخبرتكم.

.....

هل يُضَمَّن بنكمم التشاركي عقود الأعمال كعقد السلم وعقد المقاوله شرطا جزائيا* .

☐ نعم

☐ لا

إذا كان الجواب بنعم، حدد شكل الشرط الجزائي؟

.....

لائحة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع: الطبعة العاشرة، مطبعة فضالة، المحمدية، المملكة المغربية.
1. الإبهاج في شرح المنهاج: تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي (ت756هـ)، وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي (ت771هـ)، تحقيق أحمد جمال الزمزمي، ونور الدين عبد الجبار صغيري، الطبعة الأولى، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات المتحدة العربية، دبي، 1424هـ/2004م.
 2. الإتيقان والإحكام في شرح تحفة الحكام: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد ميارة الفاسي (ت1072هـ)، تحقيق محمد عبد السلام محمد سالم، دون طبعة، دار الحديث، القاهرة، 1422هـ/2011م.
 3. الاجتهاد القضائي المغربي في ميدان الالتزامات والعقود كموضوع للبحوث والدراسات: أحمد ادريوش، الطبعة الأولى، مطبعة الأمنية، الرباط، 1996م.
 4. الإجماع: محمد بن إبراهيم بن المنذر، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد، الطبعة الأولى، دار المسلم، السعودية، 1425هـ/2004م.
 5. أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون -دراسة مقارنة-: طلبة وهبة خطاب، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983م.
 6. أحكام القرآن: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت370هـ)، تحقيق عبد السلام محمد علي شاهين، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1415هـ/1994م.
 7. أحكام القرآن: القاضي أبو إسحاق إسماعيل بن إسحاق بن إسماعيل (ت282هـ)، تحقيق الدكتور عامر حسن صبري، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، 1426هـ/2005م.
 8. أحكام القرآن: القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري (ت543هـ)، تحقيق محمد عبد القادر عطا، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1423هـ/2003م.

9. الإحكام في أصول الأحكام: أبو مُحمَّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (ت 456 هـ)، دار الآفاق الجديدة، بيروت، دون طبعة وبدون تاريخ.
10. الإحكام في أصول الأحكام: علي بن مُحمَّد الآمدي، تحقيق عبد الرزاق عفيفي، الطبعة الأولى، دار الصميعي، المملكة العربية السعودية، 1424هـ/2003م.
11. اختلاف الأئمة العلماء: يحيى بن مُحمَّد بن هبيرة الذهلي الشيباني، أبو المظفر، عون الدين (ت 560هـ)، تحقيق السيد يوسف أحمد، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1423هـ/2002م.
12. الاختيار لتعليل المختار: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، تحقيق محمود أبو دقيقة، دار الكتب العلمية، بيروت، دون طبعة وبدون تاريخ.
13. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: مُحمَّد بن علي الشوكاني (ت 1250هـ)، تحقيق أبي حفص سامي بن العربي الأثري، الطبعة الأولى، دار الفضيلة، 1421هـ/2000م.
14. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: مُحمَّد ناصر الدين الألباني (ت 1420هـ)، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، 1405هـ/1985م.
15. الاستذكار: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن مُحمَّد بن عبد البر (ت 463هـ)، تحقيق سالم مُحمَّد عطا ومُحمَّد علي معوض، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ/2000م.
16. الأسرار في الأصول والفروع في تقويم أدلة الشرع: الدبوسي (ت 430هـ)، تحقيق الدكتور مُحمَّد توفيق عبد الله العواطي، الطبعة الأولى، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، عمان، 1999م.
17. أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا بن مُحمَّد بن زكريا الأنصاري (ت 926هـ)، دار الكتاب الإسلامي، دون طبعة وبدون تاريخ.

18. الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت 911 هـ)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1403هـ/1983م.
19. الأشباه والنظائر: زين الدين بن إبراهيم بن مُحمَّد ابن نجيم (ت 970هـ)، تحقيق زكريا عميرات، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ/1999م.
20. الإشراف على مذاهب العلماء: أبو بكر مُحمَّد بن إبراهيم بن المنذر، تحقيق صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، الطبعة الأولى، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، 1425هـ/2004م.
21. الإشراف على نكت مسائل الخلاف: القاضي أبو مُحمَّد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (ت 422هـ)، تحقيق الحبيب بن طاهر، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، 1420هـ/1999م.
22. الإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني (ت 856هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلى مُحمَّد معوض، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ.
23. أصول السرخسي: مُحمَّد بن أحمد السرخسي (ت 483هـ)، تحقيق أبو الوفا الأفغاني، الطبعة الأولى، الناشر: لجنة إحياء المعارف العثمانية، حيدر آباد، 1414هـ/1993م.
24. أصول الفقه الإسلامي: وهبة الزحيلي (ت 1436هـ)، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، 1406هـ/1986م.
25. أصول الفقه: شمس الدين مُحمَّد بن مفلح (ت 763هـ)، الطبعة الأولى، مكتبة العبيكان، 1420هـ/1999م.
26. أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن: مُحمَّد الأمين بن مُحمَّد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي، دون طبعة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت، لبنان، 1415هـ/1995م.

27. الاعتمادات المستندية: محيي الدين اسماعيل علم الدين، الطبعة الأولى، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، 1417هـ/1996م.
28. الاعتمادات المستندية - دراسة شرعية وفنية-: عبد الباري مشعل، شركة الراجحي المصرفية للاستثمار، 1422هـ/2001م.
29. إعلام الموقعين عن رب العالمين: مُحمَّد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت 751هـ)، تحقيق مُحمَّد عبد السلام إبراهيم، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ/1991م.
30. الأعلام: خير الدين بن محمود الزركلي (ت 1396هـ)، الطبعة الخامسة عشر، دار العلم للملايين، 2002م.
31. الإقناع في الفقه الشافعي: أبو الحسن علي بن مُحمَّد بن حبيب الماوردي (ت 450هـ)، تحقيق خضر مُحمَّد خضر، الطبعة الأولى، دار إحسان للنشر والتوزيع، إيران، 1420هـ.
32. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: شمس الدين مُحمَّد بن أحمد الخطيب الشربيني (ت 977هـ)، تحقيق مُحمَّد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1425هـ/2004م.
33. الإقناع في مسائل الإجماع: علي بن مُحمَّد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان (ت 628هـ)، تحقيق حسن بن فوزي الصعيدي، الطبعة الأولى، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، 1424هـ/2004م.
34. الإقناع في مسائل الإجماع: علي بن مُحمَّد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان (ت 628هـ)، تحقيق حسن بن فوزي الصعيدي، الطبعة الأولى، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، 1424هـ/2004م.
35. الأم: أبو عبد الله مُحمَّد بن إدريس الشافعي (ت 204هـ)، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، الطبعة الأولى، دار الوفاء، المنصورة، مصر، 1422هـ/2001م.

36. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي (ت 885هـ)، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلوي، الطبعة الأولى، دار هجر للطباعة والتوزيع، القاهرة، 1415هـ/1995م.
37. أنوار البروق في أنواء الفروق: أحمد بن إدريس القراني (ت 684هـ)، تحقيق خليل منصور، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ، 1998م.
38. الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف: أبو بكر بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت 318هـ)، تحقيق حامد عبد الله المحلاوي التميمي، دار الكتب العلمية، دون طبعة وبدون تاريخ.
39. إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك: أحمد بن يحيى الونشريسي (ت 914هـ)، تحقيق الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، 1428هـ/2006م.
40. البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين ابن نجيم (ت 970هـ)، تحقيق زكريا عميرات، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1418هـ/1997م.
41. البحر المحيط: الزركشي (ت 794هـ): تحقيق عبد القادر عبد الله العاني، راجعه الدكتور عمر سليمان الأشقر، الطبعة الثانية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، 1413هـ/1992م.
42. بحوث في الاقتصاد الإسلامي: عبد الله بن سليمان بن المنيع، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي، بيروت، 1416هـ/1996م.
43. بحوث في قضايا فقهية معاصرة: محمد تقي العثماني، طبعة خاصة، دار القلم، دمشق، 1434هـ/2013م.
44. بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله: فتحي الدريني، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، دمشق، 1429هـ/2008م.

45. بداية المجتهد ونهاية المقتصد: أبو الوليد مُجَدِّد بن أحمد بن مُجَدِّد بن أحمد بن رشد (ت595هـ)، دون طبعة، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ/2004م.
46. بدائع الصانع في ترتيب الشرائع: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني (ت587هـ)، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1406هـ/1986م.
47. البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع: مُجَدِّد بن علي بن مُجَدِّد بن عبد الله الشوكاني (ت1250هـ)، دار المعرفة، بيروت، دون طبعة وبدون تاريخ.
48. البدر المنير في تخريج الأحاديث والأثار الواقعة في الشرح الكبير: ابن الملحق سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد (ت804هـ)، تحقيق مصطفى أبو الغيط وآخرون، الطبعة الأولى، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، 1425هـ/2004م.
49. البذور المضية في تراجم الحنفية: مُجَدِّد حفظ الرحمن بن محب الرحمن الكُمَلَاثي، الطبعة الثانية، دار الصالح، مصر، 1439هـ/2018م.
50. بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز: مجد الدين أبو طاهر مُجَدِّد بن يعقوب الفيروزآبادي (ت817هـ)، تحقيق مُجَدِّد علي النجار، الطبعة الثالثة، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية - لجنة إحياء التراث الإسلامي، القاهرة، 1416هـ/1996م.
51. بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك (حاشية الصاوي على الشرح الصغير): أحمد بن مُجَدِّد الصاوي (ت1241هـ)، دار المعارف، دون طبعة وبدون تاريخ.
52. بلوغ المرام من أدلة الأحكام: ابن حجر العسقلاني، تحقيق ماهر ياسين الفحل، دار القبس، الطبعة الأولى، الرياض، 1435هـ/2014م.
53. البناية شرح الهداية: محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين، بدر الدين العيني (ت855هـ)، تحقيق أيمن صالح شعبان، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1420هـ/2000م.

54. البنوك الإسلامية - أحكامها ومبادئها وتطبيقاتها المصرفية -: مُحمَّد محمود العجلوني، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع، الأردن، 1429هـ/2008م.
55. البهجة في شرح التحفة (شرح تحفة الحكام): علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التسولي (ت 1258هـ)، تحقيق مُحمَّد عبد القادر شاهين، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ/1998م.
56. بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب: محمود بن أحمد الأصفهاني، تحقيق مُحمَّد مظهر بقا، الطبعة الأولى، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1406هـ/1986م.
57. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: أبو الوليد مُحمَّد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت 520هـ)، تحقيق مُحمَّد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1408هـ/1988م.
58. بيع التقييط وأحكامه: سليمان بن تركي التركي، الطبعة الأولى، دار اشبيليا، الرياض، 1424هـ/2003م.
59. بيع المراجعة للآمر بالشراء كما تجرّيه المصارف الإسلامية: يوسف القرضاوي، الطبعة الثانية، مكتبة وهبة، القاهرة، 1407هـ/1987م.
60. بيع المراجعة للآمر بالشراء: حسام الدين موسى عفانة، الطبعة الأولى، شركة بيت المال الفلسطيني العربي، 1996م.
61. تاج العروس: مُحمَّد مرتضى الزبيدي (ت 1205هـ)، تحقيق عبد العليم الطحاوي، الطبعة الثانية، مطبعة حكومة الكويت، 1404هـ/1984م.
62. التاج والإكليل لمختصر خليل: أبو عبد الله المواق، مُحمَّد بن يوسف بن أبي القاسم (ت 897هـ)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1416هـ/1994م.

63. تاريخ بغداد وذيوله: أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي (ت 463 هـ)، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1417هـ.
64. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون (ت 799هـ)، الطبعة الأولى، مكتبة الكليات الأزهرية، 1406هـ/1986م.
65. التبصرة: أبو الحسن علي بن محمد اللخمي (ت 478هـ)، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، الطبعة الأولى، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1432هـ/2011م.
66. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: عثمان بن علي الزيلعي (ت 1021هـ)، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1314هـ.
67. تحرير الكلام في مسائل الالتزام: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن، المعروف بالخطاب (ت 954هـ)، تحقيق عبد السلام محمد الشريف، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1404هـ/1984م.
68. التحرير في أصول الفقه: كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن الهمام (ت 861هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1351هـ.
69. تحفة الفقهاء: علاء الدين السمرقندي (ت 539هـ)، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 144هـ/1994م.
70. تحفة المحتاج بشرح المنهاج: شهاب الدين ابن حجر الهيتمي (ت 973هـ)، تحقيق سيد بن محمد السناري، دون طبعة، دار الحديث، القاهرة، 1437هـ/2016م.
71. تحفة المحتاج بشرح المنهاج: شهاب الدين ابن حجر الهيتمي (ت 973هـ)، تحقيق سيد بن محمد السناري، دون طبعة، دار الحديث، القاهرة، 1437هـ/2016م.

72. تحفة المسؤول في شرح مختصر منتهى السؤل: أبو زكرياء يحيى بن موسى الرهوني (773هـ)، تحقيق الدكتور يوسف الأخضر القيم، الطبعة الأولى، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، 1422هـ/2002م.
73. تذهيب تهذيب الكمال في أسماء الرجال: شمس الدين الذهبي (ت 748 هـ)، تحقيق: غنيم عباس غنيم ومجدي السيد أمين، الطبعة الأولى، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، 1425هـ/2004م.
74. التعريفات: الجرجاني (ت816هـ)، تحقيق إبراهيم الأبياري، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت.
75. التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي -: حسني محمد جاد الرب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 2006م.
76. التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية: مقدم السعيد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الحداثة، 1985م.
77. التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي: محمد بوساق، الطبعة الأولى، دار إشبيلية، 1419هـ/1999م.
78. تغليق التعليق على صحيح البخاري: ابن حجر العسقلاني (ت852هـ)، تحقيق سعيد عبد الرحمن موسى القرقي، البعة الأولى، المكتب الإسلامي، بيروت، 1405هـ.
79. التفريع: عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري (ت378هـ)، تحقيق حسين بن سالم الدهماني، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1408هـ/1987م.
80. تفسير القرآن العظيم: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير (ت774هـ)، تحقيق سامي بن محمد السلامة، الطبعة الثانية، دار طيبة للنشر والتوزيع، 1420هـ/1999م.

81. التقرير والتحجير: ابن أمير الحاج (ت879هـ)، تحقيق عبد الله محمود مُجَدَّ عمر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ/1999م.
82. تقويم الأدلة في أصول الفقه: أبو زيد عبيد الله بن عمر الدبوسي (ت430هـ)، تحقيق خليل محيي الدين الميس، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1421هـ/2001م.
83. التلخيص الحبير في تخریج أحاديث الرافعي الكبير: أبو الفضل أحمد بن علي بن مُجَدَّ بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت852هـ)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1419هـ/1989م.
84. التلقين: أبو مُجَدَّ عبد الوهاب (ت466هـ)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1425هـ/2004م،
85. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والمسانيد: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن مُجَدَّ بن عبد البر (ت463هـ)، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي ومُجَدَّ عبد الكبير البكري، دون طبعة، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387هـ.
86. التنبيهات المستنبطة على الكتب الدونة والمختلطة: عياض بن موسى بن عياض بن عمرو اليحصبي السبتي، أبو الفضل (ت544هـ)، تحقيق مُجَدَّ الوثيق وعبد النعيم حميتي، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، 1432هـ/2011م.
87. التنفيذ العيني للالتزامات العقدية -دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة-: عادل جبري مُجَدَّ حبيب، دون طبعة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2004م.
88. تهذيب اللغة: مُجَدَّ بن أحمد بن الأزهر (ت370هـ)، تحقيق مُجَدَّ عوض مرعب، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001م.

89. تهذيب سنن أبي داود: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (ت 751هـ)، تحقيق علي بن محمد العمران وآخرون، الطبعة الثانية، دار عطاءات العلم، 1440هـ/2019م.
90. التهذيب في اختصار المدونة: أبو سعيد البراذعي، تحقيق محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، الطبعة الأولى، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، 1423هـ/2002م.
91. التوقيف على مهمات التعاريف: زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (ت 1031هـ)، الطبعة الأولى، عالم الكتب، القاهرة، 1410هـ/1990م.
92. تيسير التحرير: محمد أمين المعروف بأمير بادشاه (ت 972هـ)، دون طبعة، الناشر: مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1351هـ/1932م.
93. جامع الأمهات: أبو عمرو جمال الدين ابن الحاجب (ت 646هـ)، تحقيق أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضرى، الطبعة الثانية، دار اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، 1421هـ/2000م.
94. جامع البيان عن تأويل آي القرآن: أبو جعفر محمد بن جرير الطبري (ت 310هـ)، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، دار هجر للطباعة والنشر، 1422هـ/2001م.
95. جامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري (ت 256هـ)، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، الطبعة الأولى، دار طوق النجاة، 1422هـ.

96. الجامع لأحكام القرآن: أبو عبد الله، مُحمَّد بن أحمد ابن أبي بكر القرطبي (ت671هـ)، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي و مُحمَّد رضوان عرقسوسي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1427هـ/2006م.
97. الجامع لمسائل المدونة: أبو بكر مُحمَّد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي (ت451هـ)، الطبعة الأولى، دار الفكر، 1434هـ/2013م.
98. جمع الجوامع في أصول الفقه: تاج الدين السبكي (ت771هـ)، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ/2003م.
99. حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع: عبد الرحمن بن مُحمَّد بن قاسم (ت1392هـ)، الطبعة الأولى، 1397هـ.
100. حاشية السندي على سنن ابن ماجة: مُحمَّد بن عبد الوهاب ، أبو الحسن، نور الدين السندي (ت1138هـ)، الطبعة الثانية، دار الفكر، دون تاريخ.
101. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: أبو الحسن علي بن مُحمَّد بن مُحمَّد الماوردي (ت450هـ)، تحقيق علي مُحمَّد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ/1999م.
102. الحدود والتعزيرات عند ابن القيم: بكر بن عبد الله أبو زيد (ت1429هـ)، الطبعة الثانية، دار العاصمة، 1415هـ.
103. الحواشي الشريفة والتحقيقات المنيفة على شرح التاودي على لامية الزقاق: علي التسولي، الطبعة الأولى، المطبعة التونسية الرسمية، 1303هـ.
104. الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: مُحمَّد بن علي بن عبد الرحمان الحصكفي (ت1088هـ)، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1423هـ/2002م.

105. دراسات في أصول المدينيات في الفقه الإسلامي: نزيه حماد، الطبعة الأولى، دار الفاروق، السعودية، 1411هـ/1990م.
106. الدراية في تخریج أحاديث الهداية: ابن حجر العسقلاني (ت852هـ)، تحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، دون طبعة وبدون تاريخ.
107. درر الحکام مجلة الأحكام: علي حيدر، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ/2003م.
108. الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة: ابن حجر العسقلاني (ت852هـ)، تحقيق مُحمَّد عبد المعيد ضان، الطبعة الثانية، مجلس دائرة المعارف العثمانية، صيدر اباد، الهند، 1392هـ، 1972م.
109. الذخيرة: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بالقرافي (ت684هـ)، تحقيق مُحمَّد حجي وآخرون، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994م.
110. رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار: مُحمَّد أمين بن عمر ابن عابدين (ت1252هـ)، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، وعلي مُحمَّد معوض، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ/2003م.
111. الرسالة في فقه الإمام مالك: أبو عبد الله بن أبي زيد القيرواني (ت386هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، دون طبعة وبدون تاريخ.
112. رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب: تاج الدين أبي نصر عبد الوهاب بن علي السبكي (ت771هـ)، تحقيق مُحمَّد علي معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى، عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1419هـ/1999م.
113. الروض المربع: منصور بن يونس البهوتي (ت1051هـ)، تحقيق خالد بن علي المشيقح وآخرون، الطبعة الأولى، دار ركائز للنشر والتوزيع، الكويت، 1438هـ.

114. روضة الطالبين وعمدة المفتين: أبو زكرياء محيي الدين بن شرف النووي (ت676هـ)، تحقيق زهير الشاويش، الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، بيروت، 1412هـ/1991م.
115. روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه: عبد الله بن أحمد بن قدامة (ت620هـ)، تحقيق الدكتور شعبان مُحمَّد اسماعيل، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان، بيروت، 1419هـ/1998م.
116. سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي: عبد الرزاق أيوب، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2003م.
117. سلطة القاضي في نقض وتعديل المعاملات: عزة حنورة، دون طبعة، دار الطباعة الحديثة، 1994م.
118. سنن ابن ماجه: أبو عبد الله مُحمَّد بن يزيد بن ماجه القزويني (ت273هـ)، تحقيق شعيب الأرناؤوط وآخرون، الطبعة الأولى، دار الرسالة العالمية، 1430هـ/2009م.
119. سنن أبي داود: أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني (ت275هـ)، تحقيق شعيب الأرناؤوط ومُحمَّد كامل قره بللي، الطبعة الأولى، دار الرسالة العالمية، 1430هـ/2009م.
120. سنن الترمذي: مُحمَّد بن عيسى بن سَؤرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (ت279هـ)، تحقيق أحمد شاكر وآخرون، الطبعة الثانية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1395هـ/1975م.
121. السنن الصغير: البيهقي، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي، الطبعة الأولى، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان، 1410هـ/1989م.
122. السنن الكبرى: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت458هـ)، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، القاهرة، 1432هـ/2011م.

123. السنن الكبرى: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي (ت 303هـ)، تحقيق حسن عبد المنعم شلبي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1421هـ، 2001م.
124. السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية: أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام ابن تيمية (ت 728هـ)، تحقيق علي بن محمد العمران، الطبعة الرابعة، دار عطاءات العلم، 1440هـ/2019م.
125. سير أعلام النبلاء: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت 748هـ)، تحقيق شعيب الأرنؤوط، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، 1405هـ/1985م.
126. الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية: محمود عبد الكريم أحمد إرشيد، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 1421هـ/2001م.
127. شذرات الذهب في أخبار من ذهب: عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد الحنبلي، أبو الفلاح (ت 1089هـ)، تحقيق محمود الأرنؤوط، الطبعة الأولى، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، 1406هـ/1986م.
128. شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه: سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (ت 792هـ)، تحقيق زكريا عميرات، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، دون تاريخ.
129. شرح الزرقاني على مختصر خليل: عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري (ت 1099هـ)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1422هـ/2002م.
130. شرح السنة: أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي (ت 516هـ)، تحقيق شعيب الأرنؤوط ومحمد زهير الشاويش، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، دمشق، 1403/1983م.
131. شرح العضد على مختصر المنتهى الأصولي: عبد الرحمن بن أحمد الإيجي (ت 756هـ)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1421هـ/2000م.

132. الشرح الكبير على متن المقنع: شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن مُحمَّد بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت682هـ)، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح مُحمَّد الحلو، الطبعة الأولى، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1415هـ/1995م.
133. الشرح الكبير على مختصر خليل مع حاشية الدسوقي: دار الفكر، بيروت، دون طبعة وبدون تاريخ.
134. شرح الكوكب المنير: مُحمَّد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي الشهير بابن النجار (ت972هـ)، تحقيق مُحمَّد الزحيلي، ونزيه حماد، الطبعة الأولى، مكتبة العبيكان، الرياض، 1413هـ/1993م.
135. شرح تنقيح الفصول: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت684هـ)، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، الطبعة الأولى، شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1393هـ/1973م.
136. شرح حدود ابن عرفة: أبو عبد الله مُحمَّد الأنصاري الرصاع (ت894هـ)، تحقيق مُحمَّد أبو الأجفان والطاهر المعموري، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1993م.
137. شرح صحيح البخاري: ابن بطلال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (ت449هـ)، تحقيق أبو تميم ياسر بن إبراهيم، الطبعة الثانية، مكتبة الرشد، الرياض، 1423هـ/2003م.
138. شرح فتح القدير: كمال الدين مُحمَّد بن عبد الواحد ابن الهمام، عبد الرزاق غالب المهدي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1424هـ/2003م.
139. شرح مختصر خليل: مُحمَّد بن عبد الله الخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت، دون طبعة وبدون تاريخ.

140. شرح معاني الآثار: أبو جعفر أحمد بن مُحمَّد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي المعروف بالطحاوي (ت 321هـ)، تحقيق مُحمَّد زهري النجار و مُحمَّد سيد جاد الحق، عالم الكتب، 1414هـ/1994م.
141. الصحاح: أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري (ت 393هـ)، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، 2128/5، الطبعة الرابعة، دار العلم للملايين، بيروت، 1407هـ/1987م. يصحح من ملف الإحالة
142. صحيح ابن حبان: أبو حاتم مُحمَّد بن حبان بن أحمد التميمي (ت 354هـ): الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، 1433هـ/2012م.
143. صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي: بحث منشور في كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: مُحمَّد عثمان شبير، الطبعة الأولى، دار النفائس، عمان، الأردن، 1418هـ/1998م.
144. الضرر في الفقه الإسلامي - تعريفه، أنواعه، علاقاته، ضوابطه، جزأؤه - : أحمد مواني، الطبعة الأولى، دار ابن عفان، 1418هـ/1997م.
145. ضمان العدوان في الفقه الإسلامي: مُحمَّد أحمد سراج، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1414هـ/1993م.
146. الضمان في الفقه الإسلامي: علي الخفيف، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000م.
147. الضوء اللامع لأهل القرن التاسع: شمس الدين أبو الخير مُحمَّد بن عبد الرحمن بن مُحمَّد بن أبي بكر السخاوي (ت 902هـ)، الطبعة الأولى، دار الجيل، بيروت، 1412هـ/1992م.
148. الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد: أمانة الهيئة، الطبعة الأولى، دار الميمان للنشر والتوزيع، 1424هـ/2013م.

149. طبقات الشافعية الكبرى: تاج الدين ابن السبكي (ت771هـ)، تحقيق محمود مُجَد الطناحي وعبد الفتاح مُجَد لُحلو، الطبعة الثانية، دار هجر للطباعة والنشر، 1413هـ.
150. طبقات المعتزلة: أحمد بن يحيى بن المرتضى، الناشر فرانز شتاينر فيسبادن، دون طبعة، بيروت، 1380هـ/1961م.
151. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: أبو عبد الله مُجَد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (ت751هـ)، تحقيق نايف بن أحمد الحمد، الطبعة الأولى، دار عالم الفوائد، 1428هـ.
152. طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف: مُجَد بن عبد الحميد الأسمندي (ت 552 هـ)، تحقيق مُجَد زكي عبد البر، الطبعة الثانية، مكتبة دار التراث، القاهرة، 1428هـ/2007م.
153. طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف: مُجَد بن عبد الحميد الأسمندي (ت 552 هـ)، تحقيق مُجَد زكي عبد البر، الطبعة الثانية، مكتبة دار التراث، القاهرة، 1428هـ/2007م.
154. عارضة الأحودي شرح صحيح الترمذي: ابن العربي المعافري المالكي (ت543هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، دون طبعة وبدون تاريخ.
155. العدة في أصول الفقه: أبو يعلى بن الفراء (ت458هـ)، تحقيق أحمد بن علي بن سير المبارك، الطبعة الثانية، 1410هـ/1990.
156. العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير: عبد الكريم بن مُجَد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي (ت 623هـ)، تحقيق علي مُجَد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1417هـ/1997م.
157. عقد الاستصناع أو "عقد المقابلة" في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة-: كاسب بن عبد الكريم البدران، الطبعة الثانية، جامعة الملك فيصل، السعودية، 1404هـ/1984م.

158. عقد الاستصناع: مُحمَّد سليمان الأشقر، بحث منشور في كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 1418هـ/1998م.
159. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: أبو مُحمَّد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس (ت 616هـ)، تحقيق حميد بن مُحمَّد لحر، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1423هـ/2003م.
160. العقود وعمليات البنوك التجارية: علي البارودي، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1968م.
161. عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ: أحمد بن يوسف بن عبد الدائم المعروف بالسمين الحلبي (ت 756هـ)، تحقيق مُحمَّد باسل عيون السود، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1417هـ/1996م.
162. عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ: أحمد بن يوسف بن عبد الدائم المعروف بالسمين الحلبي (ت 756هـ)، تحقيق مُحمَّد باسل عيون السود، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1417هـ/1996م.
163. العناية شرح الهداية: مُحمَّد بن مُحمَّد بمن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابري (ت 786هـ)، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، دون طبعة وبدون تاريخ.
164. العين: الخليل بن أحمد الفراهيدي (ت 170هـ)، تحقيق الدكتور مهدي المخزومي والدكتور إبراهيم السامرائي، دار مكتبة الهلال، دون طبعة وبدون تاريخ.
165. عيون الأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار (رسالة دكتوراه، جامعة الإمام مُحمَّد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية): أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي المالكي المعروف بابن القصار (ت 397هـ)، تحقيق عبد الحميد بن سعد بن ناصر السعودي، الطبعة الأولى، 1426هـ/2006م.

166. الغرامة التهديدية وتصفياتها في ضوء التشريع والقضاء في المغرب: مُجَدَّ محجوبي، الطبعة الأولى، مطبعة الأمانة، الرباط، 1414هـ/1993م.
167. الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، وحاشية الشرييني: زكريا بن مُجَدَّ بن أحمد بن زكريا الأنصاري (926هـ)، المطبعة الميمنية، دون طبعة وبدون تاريخ.
168. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر: أحمد بن مُجَدَّ مكّي، أبو العباس، شهاب الدين الحموي (ت 1098هـ)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1405هـ/1985م.
169. فتاوى الهيئة الشرعية للبركة: جمع وتنسيق الدكتور عبد الستار أبو غدة، والدكتور عز الدين مُجَدَّ خوجة، الطبعة الثانية، 1423هـ-2003م.
170. فتاوى هيئة الرقابة الشرعية: لبنك الأهلي المتحد، الطبعة الأولى، البنك الأهلي المتحد، 2021م.
171. فتاوى هيئة الفتوى والرقابة الشرعية: لبنك دبي الإسلامي: اعتنى بها الدكتور القره داغي، الطبعة الأولى، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2005م.
172. فتاوى وتوصيات الهيئات الشرعية: لوحات مجموعة البركة المصرفية، الطبعة الأولى، 1434هـ/2013.
173. فتاوى وتوصيات الهيئات الشرعية: لوحات مجموعة البركة المصرفية، فتاوى هيئة الرقابة الشرعية، الطبعة الأولى، 1434هـ/2013م.
174. فتح الباري بشرح صحيح البخاري: ابن حجر العسقلاني (ت 852هـ)، تحقيق شعيب الأرناؤوط وآخرون، الطبعة الأولى، دار الرسالة العالمية، دمشق، 1434هـ، 2013م.
175. فتح العزيز بشرح الوجيز: عبد الكريم بن مُجَدَّ الرافعي (ت 623هـ)، دار الفكر، دون طبعة وبدون تاريخ.

176. فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك: مُجَدِّد بن أحمد عليش، دار المعرفة، دون طبعة وبدون تاريخ.
177. فتح الغفار بشرح المنار: ابن نجيم الحنفي، الطبعة الأولى، مكتبة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1355هـ/1936م.
178. الفروع: شمس الدين مُجَدِّد بن مفلح المقدسي (ت 763 هـ)، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1424هـ/2003م.
179. فضل الاعتزال وطبقات المعتزلة: أبو القاسم البلخي (ت 319هـ)، القاضي عبد الجبار (ت 415هـ)، الحاكم الجشمي (ت 494هـ)، تحقيق فؤاد سيد، الطبعة الأولى، المعهد الألماني للأبحاث الشرقية، بيروت، 1439هـ/2017م.
180. الفعل الضار والضمان فيه: مصطفى الزرقا، الطبعة الأولى، دار القلم، 1409هـ/1988م.
181. الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة الزحيلي، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، 1405هـ/1985م.
182. الفوائد على أصول البزدوي: علي الضيرير الرامشي البخاري (ت 666هـ)، (دراسة وتحقيق سيّد حسين أحمد سيّد أشرف مدني أشرفي، رسالة دكتوراه-منشورة-، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1429هـ/1430م).
183. القاموس المحيط: أبو طاهر مُجَدِّد بن يعقوب الفيروزآبادي (ت 817هـ)، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1426هـ/2005م.
184. القبس في شرح موطأ مالك بن أنس: مُجَدِّد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري (ت 543هـ)، تحقيق مُجَدِّد عبد الله ولد كريم، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، 1992م.
185. قواطع الأدلة في أصول الفقه: السمعاني (ت 489هـ)، تحقيق عبد الله بن حافظ الحكمي وعلي بن عباس الحكمي، الطبعة الأولى، مكتبة التوبة، 1418هـ/1998م.

186. قواعد الأحكام في مصالح الأنام: أبو مُحمَّد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، (ت 660هـ)، دون طبعة، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1414هـ/1991م.
187. القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية: أبو القاسم، مُحمَّد بن أحمد بن جزي (ت 741هـ)، تحقيق ماجد الحموي، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، 1434هـ/2013م.
188. الكافي في فقه الإمام أحمد: أبو مُحمَّد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن مُحمَّد بن قدامة (ت 620)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1414هـ/1994م.
189. الكافي في فقه أهل المدينة: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن مُحمَّد بن عبد البر (ت 463هـ)، تحقيق مُحمَّد مُحمَّد أحمد ولد ماديك، الطبعة الثانية، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1400هـ/1980م.
190. كشف اصطلاحات الفنون: مُحمَّد بن علي التهانوي (ت 1158هـ)، تحقيق: علي دحروج، الطبعة الأولى، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 1996م.
191. كشف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت 1051هـ)، تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد، دون طبعة، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ/2003م.
192. كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي: علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري (ت 730هـ)، الطبعة الثانية، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، 1416هـ/1995م.
193. الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية: علي السالوس، الطبعة الأولى، مكتبة الفلاح، 1406هـ/1986م.
194. الكليات: أبو البقاء أيوب بن موسى الكفوي، (ت 1094هـ)، تحقيق عدنان درويش وُمُحمَّد المصري، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1419هـ/1998م.

195. الكمال في أسماء الرجال: أبو مُحمَّد عبد الغني بن عبد الواحد المقدسي (ت 600 هـ)، تحقيق: شادي بن مُحمَّد بن سالم آل نعمان، الطبعة الأولى، شركة غراس للدعاية والإعلان والنشر والتوزيع، الكويت، 1437هـ/2016م.
196. الكمال في أسماء الرجال: أبو مُحمَّد عبد الغني بن عبد الواحد المقدسي (ت 600 هـ)، تحقيق: شادي بن مُحمَّد بن سالم آل نعمان، الطبعة الأولى، شركة غراس للدعاية والإعلان والنشر والتوزيع، الكويت، 1437هـ/2016م.
197. كنز الوصول إلى معرفة الأصول (أصول البزدوي): علي بن مُحمَّد البزدوي (ت482هـ)، تحقيق سائد بكداش، الطبعة الثانية، دار السراج، المدينة المنورة، 1437هـ/2016م.
198. لسان العرب: مُحمَّد بن مكرم بن منظور، (ت711هـ)، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، 1414هـ.
199. لسان الميزان: أبو الفضل أحمد بن علي بن مُحمَّد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت852هـ)، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، الطبعة الأولى، دار البشائر الإسلامية، 2002م.
200. مبدأ الاستقلال في الاعتماد المستندي: جورجيت صبحي عبده قليني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م.
201. المبدع في شرح المقنع: إبراهيم بن مُحمَّد ابن مفلح، أبي إسحاق، برهان الدين (ت884هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م.
202. المبسوط: مُحمَّد بن أحمد السرخسي (ت483هـ)، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، 1409هـ/1989م.
203. مجمع الضمانات: أبو مُحمَّد غانم بن مُحمَّد البغدادي الحنفي (ت1030هـ)، تحقيق مُحمَّد أحمد سراج، وعلي جمعة مُحمَّد، الطبعة الأولى، دار السلام، 1420هـ/1999م.

204. مجموع الفتاوى: تقي الدين أحمد بن تيمية الحراني (ت 728هـ)، تحقيق عامر الجزار وأنور الباز، الطبعة الثالثة، 1426هـ/2005م.
205. المجموع شرح المذهب: أبو زكرياء محيي الدين بن شرف النووي (ت 676هـ)، تحقيق مُحمَّد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، دون طبعة وبدون تاريخ.
206. المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز: أبو مُحمَّد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن عطية (ت 542هـ)، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي مُحمَّد، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1422هـ.
207. المحصول في علم أصول الفقه: فخر الدين مُحمَّد بن عمر الرازي (ت 606هـ)، تحقيق الدكتور طه جابر العلواني، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، 1418هـ/1997م.
208. المحلى بالآثار: أبو مُحمَّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، تحقيق عبدالغفار سليمان البنداري، دار الفكر، بيروت، دون طبعة وبدون تاريخ.
209. المحيط البرهاني في الفقه النعماني: برهان الدين أبو المعالي محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن مازة البخاري (ت 616 هـ)، تحقيق عبد الكريم سامي الجندي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ/2003م.
210. مختار الصحاح: زين الدين أبو عبد الله مُحمَّد بن أبي بكر الرازي (ت 666هـ)، تحقيق يوسف الشيخ مُحمَّد، الطبعة الخامسة، المكتبة العصرية، بيروت، 1420هـ/1999م.
211. مختصر التحرير في أصول الفقه: مُحمَّد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي الشهير بابن النجار (ت 972هـ)، تحقيق مُحمَّد مصطفى مُحمَّد رمضان، الطبعة الأولى، دار الأرقم، المملكة العربية السعودية، 1420هـ/2000م.
212. مختصر خليل: خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (ت 776هـ)، تحقيق أحمد جاد، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، 1426هـ/2005م.

213. مختصر منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل: أبو عمرو عثمان بن عمرو بن الحاجب (ت 646هـ)، تحقيق نذير حمادو، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، 1427هـ/2006م.
214. المدخل الفقهي العام: مصطفى أحمد الزرقا (ت 1420هـ)، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، 1425هـ/2004م.
215. المدخل إلى مذهب الإمام أحمد: عبد القادر بن بدران (ت 1346هـ)، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، 1401هـ/1981م.
216. مدونة الفقه المالكي وأدلته: الصادق عبد الرحمن لغرياني، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان، بيروت، 1423هـ/2002م.
217. المدونة: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي (ت 179هـ)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1415هـ/1994م.
218. مستخرج أبي عوانة: أبو عوانة يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم النيسابوري الإسفراييني (ت 316هـ)، تحقيق: أيمن بن عارف الدمشقي، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، 1419هـ/1998م.
219. المستدرك على الصحيحين: أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري (ت 405هـ)، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، كتاب الأحكام، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ/1990م.
220. المستصفى من علم الأصول: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (ت 505هـ)، تحقيق محمد سليمان الأشقر، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1417هـ/1997م.
221. مسند أحمد بن حنبل: أحمد بن محمد بن حنبل (ت 241هـ)، تحقيق أحمد محمد شاكر، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، 1416هـ/1995م.

222. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ: مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (ت 261هـ)، تحقيق مُجَّد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1374هـ/1955م.
223. المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية: مُجَّد شلتوت، مكتب شيخ الجامع الأزهر للشؤون العامة، القاهرة، دون طبعة وبدون تاريخ.
224. مصادر الحق في الفقه الإسلامي: عبد الرزاق السنهوري، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون طبعة وبدون تاريخ.
225. المصباح المنير: أحمد بن مُجَّد بن علي الفيومي (770هـ)، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة، دون تاريخ.
226. المصنف في الأحاديث والآثار: أبو بكر عبد الله بن مُجَّد بن أبي شيبة الكوفي العبسي (ت 235 هـ)، تحقيق كمال يوسف الحوت، الطبعة الأولى، دار التاج، لبنان، 1409هـ/1989م.
227. المصنف: أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (ت 211هـ)، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، كتاب البيوع، باب أجل بأجل، الطبعة الثانية، المجلس العلمي، الهند، 1403هـ/1983م.
228. المصنف: أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (ت 211هـ)، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، الطبعة الثانية، المجلس العلمي، الهند، 1403هـ/1983م.
229. المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت 852هـ)، تحقيق حسين عمر سباهيتش، الطبعة الأولى، دار العاصمة، الرياض، 1419هـ/1998م.

230. المطلع على ألفاظ المقنع: مُجَدِّد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي، أبو عبد الله، شمس الدين (ت 709هـ)، تحقيق محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، الطبعة الأولى، مكتبة السوادي، جدة، 1423هـ/2003م.
231. معالم التأمين الإسلامي "مع تطبيقات عملية لشركات التأمين الإسلامية دراسة فقهية للتأمين التجاري والإسلامي": صالح العلي وسميح الحسن، الطبعة الأولى، دار النوادر، دمشق، 2010م.
232. معالم السنن: أبو سليمان حمد بن مُجَدِّد بن إبراهيم بن الخطاب المعروف بالخطابي (ت 388هـ)، الطبعة الأولى، المطبعة العلمية، حلب، 1351هـ، 1932م.
233. المعاملات المالية المعاصرة بحوث وفتاوى وحلول: وهبة الزحيلي، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، 1423هـ/2002م.
234. المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي: مُجَدِّد عثمان شبير، الطبعة السادسة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1428هـ/2007م.
235. معاني القرآن وإعرابه: إبراهيم بن السري بن سهل، أبو إسحاق الزجاج (ت 311هـ)، تحقيق عبد الجليل عبده شلي، الطبعة الأولى، عالم الكتب، بيروت، 1408هـ/1988م.
236. المعايير الشرعية: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوبي) بالمنامة، البحرين، الصيغة المعتمدة حتى صفر 1439هـ - نونبر 2017م، الراعي الحصري (ساب، SABB)، الخدمات المصرفية الإسلامية، (نسخة إلكترونية).
237. المعتمد في أصول الفقه: أبو الحسين مُجَدِّد بن علي البصري (ت 436هـ)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ.
238. المعجم الأوسط: أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني (ت 360هـ)، تحقيق أبو معاذ طارق بن عوض الله بن مُجَدِّد وأبو الفضل عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، 1415هـ/1995م.

239. معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء: نزيه حماد، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، 1429هـ/2008م.
240. المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، 1425هـ/2004م.
241. معجم لغة الفقهاء: محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، الطبعة الثانية، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، 1408هـ/1988م.
242. المعونة على مذهب عالم المدينة: القاضي عبد الوهاب البغدادي (ت422هـ)، تحقيق حميش عبد الحق (رسالة دكتوراه، جامعة أم القرى، مكة المكرمة)، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، دون طبعة ودون تاريخ.
243. المعيار العرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب: أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي (ت914هـ)، التحقيق بإشراف محمد حجي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1401هـ/1981م.
244. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: الخطيب الشربيني (ت977هـ)، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1418هـ/1997م.
245. المغني في أصول الفقه: أبو محمد عمر بن محمد الحبازي (ت691هـ)، تحقيق الدكتور محمد مظهر بقا، الطبعة الأولى، مركز البحث وإحياء التراث الإسلامي، كلية الشريعة، مكة المكرمة، 1403هـ.
246. المغني: موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، (ت620هـ)، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 1417هـ/1997م.
247. المفردات في غريب القرآن: أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني (ت502هـ)، تحقيق صفوان عدنان الداودي، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، 1412هـ.

248. المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم: أبو العباس أحمد بن عمر بن إبراهيم القرطبي (ت656هـ)، تحقيق محي الدين ديب مستو وآخرون، الطبعة الأولى، دار ابن كثير، دمشق، 1417هـ/1996م.
249. المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة: مُحمَّد بن عبد الرحمن بن مُحمَّد السخاوي (ت 902هـ)، تحقيق مُحمَّد عثمان الخشت، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، 1405هـ/1985م.
250. مقاصد المعاملات ومراصد الوقاعات: عبد الله بن بيه، الطبعة الخامسة، مسار للطباعة والنشر، دبي، 2018م.
251. مقاييس اللغة: أبو الحسين أحمد بن فارس (ت395هـ)، تحقيق عبد السلام مُحمَّد هارون، دون طبعة، دار الفكر، 1399هـ/1979م.
252. المقدمات الممهّدات: أبو الوليد مُحمَّد بن أحمد بن رشد (ت 520هـ)، تحقيق مُحمَّد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1408هـ/1988م، 67/2.
253. المقفّ الكبير: تقي الدين المقرئزي (ت845هـ)، الطبعة الثانية، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1427هـ/2006م.
254. المقنع في فقه الإمام أحمد: أبو مُحمَّد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن مُحمَّد بن قدامة (ت620)، تحقيق محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، ص157، الطبعة الأولى، مكتبة السوادي للتوزيع، جدة، 1421هـ/2000م.
255. منتجات التمويل التشاركي - دراسة فقهية تأصيلية-، مُحمَّد جعواني، منشورات دار الأمان، الطبعة الأولى، الرباط، 2021م.
256. المنتظم في تاريخ الملوك والأمم: جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن مُحمَّد الجوزي (ت 597هـ)، تحقيق مُحمَّد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1412هـ/1992م.

257. المنتقى شرح الموطأ: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي (ت474هـ)،
الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر، 1332هـ.
258. منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات: تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي
الشهير بابن النجار (ت972هـ)، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى،
مؤسسة الرسالة، 1421هـ/2000م.
259. المنثور في القواعد الفقهية: الزركشي بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر
الشافعي (ت794هـ)، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود، الطبعة الثانية، شركة الكويت
للصحافة، 1405هـ/1985م.
260. منح الجليل شرح مختصر خليل: محمد عlish (ت1299هـ)، الطبعة الأولى،
1404هـ/1984م، دار الفكر، بيروت، 1404هـ/1984م.
261. منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي
(ت676هـ)، تحقيق عوض قاسم أحمد عوض، الطبعة الأولى، دار الفكر،
1425هـ/2005م.
262. منهاج الوصول إلى علم الأصول: عبد الله بن عمر البيضاوي (ت685هـ)، تحقيق
الدكتور شعبان محمد اسماعيل، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1429هـ،
2008م.
263. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي
(ت676هـ)، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1392هـ.
264. المنهج الصحيح في الجمع بين ما في المقنع والتنقيح: شهاب الدين أحمد العسكري
الحنبلي (ت910هـ)، تحقيق عبد الكريم بن محمد بن عبد الله العميريني (رسالة دكتوراه،
الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، 1434هـ)، الطبعة الأولى، دار أسفار، الكويت،
1437هـ/2016م.

265. المهذب في فقه الإمام الشافعي: أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت 476 هـ)، دار الكتب العلمية، دون طبعة وبدون تاريخ.
266. الموافقات في أصول الشريعة: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي (ت 790 هـ)، تحقيق عبد الله دراز، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1425 هـ/2004 م.
267. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن، المعروف بالخطاب الرُّعيني المالكي (ت 954 هـ)، الطبعة الثالثة، دار الفكر، 1412 هـ، 1992 م.
268. الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك " دراسة مقارنة": محمود الكيلاني، المجلد الرابع، الطبعة الأولى، دار الثقافة، 1430 هـ/2009 م.
269. الموسوعة الفقهية: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الطبعة الثانية، دار السلاسل، الكويت، 1404 هـ/1983.
270. الموسوعة الفقهية: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الطبعة الأولى، دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1416 هـ/1995 م.
271. موسوعة القواعد الفقهية: محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1424 هـ/2003 م.
272. موطأ الإمام مالك: مالك أنس (ت 179 هـ)، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، الطبعة الأولى، مؤسسة زايد بن سلطان، أبو ظبي، 1134/5-1135، 1425 هـ/2004 م.
273. النجم الوهاج في شرح المنهاج: محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدِّميري، أبو البقاء الشافعي (ت 808 هـ)، الطبعة الأولى، دار المنهاج، جدة، 1425 هـ/2004 م.
274. نصب الراية: جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (ت 762 هـ)، تحقيق محمد عوامة، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، 1418 هـ/1997 م.

275. النظريات الفقهية: فتحي الدريني، الطبعة الثانية، جامعة دمشق، 1416-1417هـ/1996-1997م.
276. نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي: فتحي الدريني، الطبعة الرابعة، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1408هـ.
277. نظرية الشرط في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي مع المقابلة بالقوانين الوضعية-: حسن علي الشاذلي، الطبعة الأولى، دار كنوز شبيليا، السعودية، 1430هـ/2009م.
278. نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون: زكي الدين شعبان، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968م.
279. نظرية الضمان الشخصي(الكفالة): محمد بن إبراهيم موسى، دون طبعة، الناشر: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1411هـ/1991م.
280. نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة: وهبة الزحيلي، الطبعة التاسعة، دار الفكر، دمشق، 1433هـ/2012م.
281. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي: محمد فوزي فيض الله، الطبعة الأولى، مكتبة دار التراث، الكويت، 1403هـ/1983م.
282. النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام): أنور سلطان، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005م.
283. النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام دراسة مقارنة في القوانين العربية - : محمد صبري السعدي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، دون طبعة، 1424هـ/2004م.
284. النظرية العامة للالتزامات -دراسة مقارنة في قانون الموجبات اللبناني والقانون المدني المصري-: عبد المنعم البدرأوي، دون طبعة، دار الطباعة والنشر، بيروت، 1968م.

285. نفائس الأصول: أحمد بن إدريس القرافي (ت684هـ)، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي مُجَّد معوض، الطبعة الأولى، الناشر: مكتبة نزار مصطفى الباز، 1416هـ/1995م.
286. النموذج التنموي الجديد -التقرير العام-: اللجنة الخاصة بالنموذج التنموي، أبريل 2021.
287. نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول: جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الإسئوي (772هـ)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ/1999م.
288. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: شمس الدين مُجَّد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (ت 1004هـ)، د ط، دار الفكر، بيروت، 1404هـ/1984م.
289. نهاية المطلب في دراية المذهب: إمام الحرمين أبو المعالي، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن مُجَّد الجويني (ت478هـ)، تحقيق عبد العظيم محمود الدّيب، الطبعة الأولى، دار المنهاج، 1428هـ/2007م.
290. نهاية الوصول إلى علم الأصول: مظفر الدين أحمد بن علي بن الساعاتي، (تحقيق: سعد بن غرير بن مهدي السلمي، رسالة دكتوراه، جامعة أم القرى، السنة الجامعية 1405هـ/1985م).
291. النهاية في غريب الحديث والأثر: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن مُجَّد ابن الأثير (ت606هـ)، تحقيق طاهر أحمد الزاوى ومحمود مُجَّد الطناحي، دون طبعة، المكتبة العلمية، بيروت، 1399هـ/1979م.
292. النهر الفائق شرح كنز الدقائق: سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم (ت 1005هـ)، تحقيق أحمد عزو عناية، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1422هـ/2002م.
293. نيل الأوطار: مُجَّد بن علي بن مُجَّد بن عبد الله الشوكاني (ت 1250هـ)، تحقيق عصام الدين الصبابطي، الطبعة الأولى، دار الحديث، مصر، 1413هـ/1993م.

294. الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية (شرح حدود ابن عرفة):
مُحَمَّد بن قاسم الأنصاري الرصاع (ت894هـ)، الطبعة الأولى، المكتبة العلمية، 1350هـ.
295. الهداية شرح بداية المبتدي: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، أبو الحسن
برهان الدين (ت593هـ)، تحقيق طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان،
دون طبعة وبدون تاريخ.
296. الهداية على مذهب الإمام أحمد: أبو الخطاب محفوظ بن أحمد (ت510هـ)، تحقيق:
عبد اللطيف هميم، وماهر ياسين الفحل، الطبعة الأولى، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع،
1425هـ/2004م.
297. الهداية في تخريج أحاديث البداية (بداية المجتهد لابن رشد): أحمد بن مُحَمَّد بن الصديق
بن أحمد الغُمَارِي (ت 1380 هـ)، تحقيق يوسف عبد الرحمن المرعشلي وآخرون، الطبعة
الأولى، دار عالم الكتب، بيروت، 1407هـ/1987م.
298. الوافي بالوفيات: صلاح الدين خليل بن أيبك بن عبد الله الصفدي (ت 764هـ)،
تحقيق أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى، دون طبعة، دار إحياء التراث، بيروت،
1420هـ/2000م.
299. الوافي في شرح القانون المدني: سليمان مرقس، الطبعة الثانية، مكتبة صادر، بيروت،
1992م.
300. الوسيط في المذهب: أبو حامد مُحَمَّد بن مُحَمَّد الغزالي (ت 505هـ)، تحقيق أحمد محمود
إبراهيم ومُحَمَّد مُحَمَّد تامر، الطبعة الأولى، دار السلام، القاهرة، 1417هـ.
301. الوسيط في النظرة العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية: أحمد شكري
السباعي، دار النشر للمعرفة، الطبعة الأولى، 2002م.

302. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام "الإثبات/ آثار الالتزام" -: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الثاني، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968م.

303. الوسيط في شرح القانون المدني: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الأول - نظرية الالتزام بوجه عام "مصادر الالتزام" - والرابع - العقود التي تقع على الملكية " البيع والمقايضة" - دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون طبعة وبدون تاريخ.

الأنماط والرسائل الجامعية:

1. الإجارة المنتهية بالتملك في ضوء الفقه الإسلامي (رسالة ماجستير، جامعة الملك سعود، الرياض): خالد بن عبد الله الحافي، الطبعة الثانية، 1421هـ/2001م.
2. أحكام التسهيلات الائتمانية في الفقه الإسلامي (رسالة دكتوراه، جامعة الإمام بن سعود الإسلامية، الرياض): إياس بن إبراهيم الهزاع، الطبعة الأولى، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، 1440هـ/2019م.
3. استيفاء الديون في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة (رسالة دكتوراه، المعهد العالي للقضاء بالرياض): مزيد بن إبراهيم بن صالح المزيد، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1431هـ.
4. الاعتمادات المستندية وحكمها في الفقه الإسلامي: علي بن فريح بن عقلا العقلا، رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، منشورة.
5. البند الجزائي في القانون المدني: طلال المهتار، رسالة دكتوراه، جامعة باريس للحقوق والاقتصاد والعلوم الاجتماعية، سنة 1974. غير منشورة.
6. البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق (رسالة دكتوراه، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود، 1401هـ، منشورة): عبد الله بن محمد الطيار.

7. تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشرعية الإسلامية (رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة): سامي حسن حمود، الطبعة الثانية، مطبعة الشرق، عمان، 1402هـ/1982م.
8. تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشرعية الإسلامية (رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة): سامي حسن حمود، الطبعة الثانية، مطبعة الشرق، عمان، 1402هـ/1982.
9. التعويض الاتفاقي في القانون المدني: طارق مُحمَّد مطلق أبو ليلى، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007م.
10. التنفيذ الجبري في التشريع المغربي — بين النظرية والتطبيق -: الطيب برادة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 1987م، ص363، الطبعة الأولى، شركة بابل بالرباط، 1988م.
11. الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي (رسالة دكتوراه، جامعة الإمام مُحمَّد بن سعود الإسلامية): يوسف بن عبد الله الشبيلي، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، الرياض، 1425هـ/2004م.
12. سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي: مُحمَّد بوكماش، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، الجزائر، 1432-1433هـ/2011م-2012م.
13. الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني (رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1994م): فؤاد صالح موسى درادكة، الطبعة الأولى، مطابع دار الشعب، 1415هـ/1995م.
14. الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني (رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1994م): فؤاد صالح موسى درادكة، الطبعة الأولى، مطابع دار الشعب، 1415هـ/1995م.

15. الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة- (رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 1416هـ/1995م): أسامة الحموي، الطبعة الأولى، دار النوادر، بيروت، 1433هـ/2012م.
16. الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة-: عبد المحسن سعد الرويشد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983م.
17. الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري: عبد الله نجاري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983م.
18. الشرط الجزائي في القانون المغربي: فؤاد معلال، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 1992/1993. غير منشورة.
19. الشرط الجزائي في ضوء ظهير 11-08-1995 والاجتهاد القضائي المغربي: الحسن رحو، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2000م.
20. الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، دراسة فقهية مقارنة: محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، رسالة دكتوراه، جامعة الملك سعود، 1425-1426هـ، منشورة.
21. الشرط الجزائي وتطبيقاته في المحكمة الكبرى وديوان المظالم بمدينة الرياض: عبدالله بن محمد بن ناصر الشهري، رسالة ماجستير، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1418هـ.
22. الشروط التعويضية في المعاملات المالية (رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1428هـ): عياد بن عساف بن مقبل العنزي، الطبعة الأولى، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، السعودية، 1430هـ/2009م.

23. ضمانات الاستثمار في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة (رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية): عمر مصطفى جبر إسماعيل، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 1430هـ/2010م.
24. ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي تنفيذ العقود - دراسة مقارنة-: بسام سعيد جبر جبر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.
25. ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي تنفيذ العقود -دراسة مقارنة-: بسام سعيد جبر جبر، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرط الأوسط، 2011م.
26. عقد القرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (الروماني، الفرنسي، المصري)، دراسة مقارنة (رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر): علاء الدين خروفة، الطبعة الأولى، مؤسسة نوفل، بيروت، 1982م.
27. قواعد القضاء المستعجل الموضوعية: عبد اللطيف هداية الله، رسالة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 1985-1986م.
28. المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن: إعداد مُجَّد سيد أمين، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1384هـ.
29. المطابقة الشرعية على البنوك التشاركية في ضوء الفقه المالكي والقانون البنكي المغربي -دراسة تأصيلية مقارنة-(رسالة دكتوراه، كلية الشريعة بفاس/ جامعة القرويين، 1442هـ): عبد الرحيم الأمين، دون طبعة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 1443هـ/2022م.

30. الماطلة في الديون دراسة تأصلية تطبيقية: سلمان بن صالح الدخيل، رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية الشريعة بالرياض، 1424هـ/1425هـ.

بحوث المجالات العلمية المحكمة:

1. الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر الماطلة: الصديق محمد الأمين الضير، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد الأول، المجلد الثالث، 1405هـ.
2. الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة (الإجارة المنتهية بالتمليك) - دراسة فقهية مقارنة-: علي محيي الدين القرة داغي، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، العدد الثاني عشر، الجزء الأول، 1421هـ/2000م.
3. استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله: فرقاني قويدر نور الإسلام، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد السابع، العدد الثاني، سنة 2020م.
4. الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي: صالح بن أحمد الوشيل، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد الرابع والثلاثون، 2016م.
5. أسلوب المراجعة والجوانب الشرعية التطبيقية في المصارف الإسلامية: عبد الستار أبو غدة، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد الخامس، الجزء الثاني، 1409هـ/1988م.
6. آليات تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية في مواجهة أشخاص القانون العام: محمد قصري، مجلة الوكالة القضائية للمملكة، العدد الأول، ماي 2018م.
7. بيع التقسيط: تحليل فقهي واقتصادي: رفيق يونس المصري، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الأول، 1410هـ/1990م.

8. بيع المراجعة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية: رفيق يونس المصري، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد الخامس، الجزء الثاني، 1409هـ/1988م.

9. بيع المراجعة للأمر بالشراء: سامي حسن حمود، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد الخامس، الجزء الثاني، 1409هـ/1988م.

10. البيع بالتقسيط - نظرات في التطبيق العملي -: علي أحمد السالوس، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة السادسة، العدد السادس، الجزء الأول، 1410هـ/1990م.

11. التأمين على الحياة والسيارات والحق التعويضي والجهة المستفيدة في التأمين على الحياة: حسين حامد حسان، بحث مقدم لمؤتمر التأمين التعاوني - أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه"، الجامعة الأردنية، 1431هـ/2010م.

12. تعقيب على بحث الزرقا: "هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟": رفيق يونس المصري، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، المجلد الثاني، العدد الثاني، 1405هـ/1985م.

13. تعليق على بحث الزرقا: "هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟": حسن عبد الله الأمين، منشور في مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، العدد الثاني، المجلد الثالث، 1417هـ/1996م.

14. تعليق على بحث الزرقا: "هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟": زكي الدين شعبان، منشور في مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، المجلد الأول، 1409هـ/1989م.

15. تعليق على بحث الصديق مُحمَّد الأمين الضرير: "الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة": مُحمَّد زكي عبد البر، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، المجلد الثالث، 1411هـ/1991م.
16. تعليق: عبد الله بن بيه على بحث الزرقا، مجلة دراسات إقتصادية إسلامية، المجلد الثالث، العدد الثاني، 1417هـ.
17. التعويض عن التأخير في سداد الديون: سعد بن عبد العزيز الشويخ، مجلة العدل، العدد السادس والخمسون، 1433هـ.
18. تقييم تطبيقات وتجارب التأمين التعاوني: ناصر عبد الحميد، بحث مقدم للملتقى الدولي الأول للتأمين التعاوني، الرياض، 20 و 22 يناير، 2009م.
19. رأي آخر في مطل الغني هل يلزم بالتعويض: مُحمَّد زكي عبد البر، مجلة الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، المجلد الثاني، العدد الأول، 1410هـ.
20. الشرط الجزائي في الشريعة والقانون: زكي الدين شعبان، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة الأولى، 1977م.
21. الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي: ناجي شفيق عجم، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، العدد 12، الجزء الثاني، 1421هـ/2000م.
22. الشرط الجزائي من خلال الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن: احميدو أكري، مجلة الإشعاع، العدد العاشر، 5 يناير 1994.
23. الشرط الجزائي: الصديق مُحمَّد الأمين الضرير، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، العدد الثاني عشر، الجزء الثاني، 1421هـ/2000م.

24. الشرط الجزائي: علي أحمد السالوس، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، العدد الثاني عشر، الجزء الثاني، 1421هـ/2000م.
25. ضمان الجدية في المراجعة المصرفية: خالد بن زيد الجبلي، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلد الخامس والعشرون، العدد الثاني، 1434هـ.
26. الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي وتكييفه في الفقه المصري الإسلامي - الحلقة (2)-: البشير عدي، مجلة الاقتصاد الإسلامي العالمية، العدد 29، 1435هـ/2014م.
27. العربون -دراسة مقارنة-: فؤاد صالح درادكة، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الثامنة والعشرون، الأردن، دجنبر 2004م.
28. عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة في البنوك التشاركية - دراسة فقهية مقارنة بالقانون-: إبراهيم والعيز، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، العدد الثاني والأربعون، مايو 2022.
29. عقد الاستصناع: القره داغي، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة السابعة، العدد السابع، الجزء الثاني، 1412هـ/1992م.
30. عقد الاستصناع: وهبة الزحيلي، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة السابعة، العدد السابع، الجزء الثاني، 1412هـ/1992م.
31. القراءة الأخلاقية لتعديل الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود: عبد الرزاق أيوب، مجلة المناهج، العدد 3-4، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2003.
32. مجلة البحوث الإسلامية: أبحاث هيئة كبار العلماء، العدد الثاني، 1395هـ.
33. مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي: الدورة الثانية عشرة، العدد الثاني عشر، الجزء الثاني، 1421هـ/2000م.

34. مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد السادس، الجزء الأول، 1410هـ/1990م.
35. مجلة مجمع الفقه الإسلامي: التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي: الدورة التاسعة، العدد التاسع، الجزء الأول، 1417هـ/1996م.
36. مجلة مجمع الفقه الإسلامي: التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد الخامس، الجزء الثاني، 1409هـ/1988م.
37. مجلة مجمع الفقه الإسلامي: الدورة السابعة، العدد السابع، الجزء الثاني، 1412هـ/1992م.
38. مخاطر الثقة في تطبيقات المضاربة وعلاجها: مُجَدَّ علي القري، بحوث ندوة البركة الحادية والثلاثون للاقتصاد الإسلامي المنعقدة بتاريخ 07-08 رمضان 1431هـ الموافق 18-19 أغسطس 2010م.
39. المستجدات في أحكام الوعد وتطبيقاته في بيع المراجعة للآمر بالشراء: عبد الله بن مُجَدَّ العمراني، مجلة العلوم الشرعية (جامعة الإمام مُجَدَّ بن سعود الإسلامية)، العدد الثاني والثلاثون، السعودية، رجب 1435هـ.
40. مستقبل الشرط الجزائي بعد صدور القانون 95-27 بتاريخ 13 يوليوز 1995: فؤاد معلال، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الرابع عشر، 1997م.
41. مشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية، دراسة فقهية لغرامات التأخير والبدائل: علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع عشر، الجزء الرابع، 1425هـ/2004م.
42. المناقصات (عقد الاحتياط ودفع التهمة): حسن الجواهري، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة، العدد التاسع، الجزء الثاني، 1417هـ/1996م.

43. مناقصات العقود الإدارية - عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة - : رفيق يونس المصري، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة، العدد التاسع، الجزء الثاني، 1417هـ/1996م.
44. المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء: نزيه حماد، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، المجلد الثالث، العدد الأول، 1985/1405.
45. هامش الجدية وتطبيقاته في المصارف الإسلامية: عمر يوسف عبابنه، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، المجلد الخامس، العدد السادس، 30 مارس 2021م.
46. هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟: مصطفى أحمد الزرقا، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد الثاني، المجلد الثاني، 1405هـ/1985م.

الظواهر والمناشير والقوانين والتقارير:

1. القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها: منشور بالجريدة الرسمية عدد 6328، فاتح ربيع الآخر 1436هـ (22 يناير 2015).
2. القانون 95-27 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 157.95.1 بتاريخ 13 من ربيع الأول 1416 (11 أغسطس 1996)، الجريدة الرسمية، عدد 4323، بتاريخ 6 شتنبر 1995م.
3. القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996). الجريدة الرسمية عدد 4418 الصادر بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996).
4. القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات: الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.238 بتاريخ 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)، الجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 02 رمضان 1423 (7 نوفمبر 2002)، المغير والمتمم بالقانون رقم

- 87.18 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف 1.19.110 بتاريخ 7 ذي الحجة 1440 (9 أغسطس 2019)، الجريدة الرسمية عدد 6806 بتاريخ 20 ذو الحجة 1440 (22 أغسطس 2019).
5. القانون رقم 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها: الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.05.178 صادر في 15 محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ الجريدة الرسمية عدد 5397 بتاريخ 20/02/2006.
6. القرار رقم 39 الصادر بتاريخ 02 رجب 1440 (09 مارس 2019م)، الجريدة الرسمية عدد 6780، بتاريخ 17 رمضان 1440 (23 ماي 2019).
7. قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دوراته العشرين، الإصدار الثالث، (1398-1432هـ/1977م-2010م).
8. قرارات وتوصيات ندوات البرة للاقتصاد الإسلامي: جمع وتنسيق عبد الستار أبو غدة وعز الدين محمد خوجة، الطبعة السادسة، جدة، 1422هـ/2001م.
9. منشور والي بنك المغرب رقم 1 /و/ 17: الصادر في 27 يناير 2017، بعد المصادقة عليه بمقتضى قرار لوزير المالية رقم 339.17 بتاريخ 177 فبراير 2017، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6548 في 03 جمادى الآخرة 1438 هـ (02 مارس 2017)، وقد صدر الرأي بالمطابقة عن اللجنة الشرعية للمالية التشاركية رقم 01 الصادر بتاريخ 10 ربيع الأول 1438 / 10 دجنبر 2016 بشأن منشور والي بنك المغرب المشار إليه أعلاه، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6548 بتاريخ 02 مارس 2017.
10. منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/ 2019 الصادر في 19 رجب 1410 (26 مارس 2019)، المصادق عليه بمقتضى قرار لوزير المالية، رقم 1448.19 الصادر في 24 شعبان 1440 (30 أبريل 2019)، الجريدة الرسمية عدد 6780، بتاريخ 17 رمضان 1440 هـ (23 ماي 2019م).

1. التأمين التكافلي في المغرب؛ الإطار القانوني والمميزات: أحمد الإدريسي، مجلة القانون والأعمال الدولية، تاريخ نشر المقال: 2019-12-26
<https://www.droitentreprise.com>
2. دور العربون في توثيق العقود والاتفاقات - دراسة مقارنة - : عبد القادر العرعاري، 2020م،
موقع الرابطة المحمدية للعلماء، [./https://www.arrabita.ma/blog](https://www.arrabita.ma/blog)
3. شرح ورقات لإمام الحرمين: مُجَدِّد الحسن الددو الشنقيطي، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية، <http://shamela.ws/index.php/book/7689>
4. الوعد الملزم في بيع المراجعة للأمر بالشراء: الصادق الغرياني، مقال منشور بالموقع:
<http://tanasuh.com/online/leadingarticle.php?id=3493>

فهرس الموضوعات

4	مقدمة البحث
18	مدخل: وسائل حفظ الالتزامات المالية في الفقه الإسلامي
18	أولاً: الرهن
22	ثانياً: الكفالة
30	ثالثاً: هامش الجدية
34	رابعاً: التأمين التكافلي
41	الباب الأول: الشرط الجزائي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي
42	الفصل الأول: الشرط الجزائي في القانون الوضعي
42	المبحث الأول: الشرط الجزائي في القانون: مفهومه، المقصد من تشريعه، شروط استحقاقه
42	المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي في القانون
42	الفرع الأول: نشأة الشرط الجزائي
48	الفرع الثاني: تعريف الشرط الجزائي في القانون
54	الفرع الثالث: خصائص الشرط الجزائي
57	المطلب الثاني: مقاصد تشريع الشرط الجزائي في القانون
57	الفرع الأول: مقاصد الشرط الجزائي على الذات المتعاقدة
58	الفرع الثاني: مقاصد الشرط الجزائي على المحيط السوسيواقتصادي
60	المطلب الثالث: طبيعة الشرط الجزائي
60	الفرع الأول: طبيعة تهديدية
62	الفرع الثاني: طبيعة تعويضية
63	الفرع الثالث: الطبيعة المزدوجة

المطلب الرابع: شروط استحقاق الشرط الجزائي	64
الفرع الأول: الخطأ العقدي	64
الفرع الثاني: إصابة الدائن بالضرر	65
الفرع الثالث: علاقة السببية بين الخطأ والضرر	66
الفرع الرابع: الإنذار	66
المبحث الثاني: الشرط الجزائي والمفاهيم ذات الصلة	68
المطلب الأول: الفروق بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية	68
الفرع الأول: تعريف الغرامة التهديدية	68
الفرع الثاني: الفروق بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية	70
المطلب الثاني: الفروق بين الشرط الجزائي والعربون	72
الفرع الأول: تعريف العربون	72
الفرع الثاني: الفروق بين الشرط الجزائي والعربون	74
الفصل الثاني: الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي	77
المبحث الأول: مفهوم الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي	77
المطلب الأول: تعريف الشرط لغة واصطلاحاً	77
الفرع الأول: تعريف الشرط لغة	77
الفرع الثاني: تعريف الشرط عند الأصوليين والفقهاء	81
المطلب الثاني: تعريف السبب لغة واصطلاحاً	93
الفرع الأول: تعريف السبب لغة	93
الفرع الثاني: تعريف السبب اصطلاحاً	94
المطلب الثالث: تعريف الجزاء لغة واصطلاحاً	98

98	الفرع الأول: تعريف الجزاء لغة
103	الفرع الثاني: تعريف الجزاء اصطلاحاً
105	المبحث الثاني: مناهج الفقهاء في تقسيم الشرط وإطلاقاته
105	المطلب الأول: إطلاقات الشرط
105	الفرع الأول: الإطلاق الأول
105	الفرع الثاني: الإطلاق الثاني
106	الفرع الثالث: الإطلاق الثالث
107	المطلب الثاني: مناهج الفقهاء في تقسيمات الشرط
107	الفرع الأول: منهج الأحناف في تقسيم الشرط
116	الفرع الثاني: منهج المتكلمين في تقسيم الشرط
119	المطلب الثالث: تقسيم الشرط باعتبار مصدر اشتراطه
119	الفرع الأول: الشرط الشرعي
119	الفرع الثاني: الشرط الجعلي
122	الفصل الثالث: الشروط التقييدية المقترنة بالعقد: أقسامها وموقف الفقهاء منها
122	المبحث الأول: معنى الشروط التقييدية المقترنة بالعقد، والفرق بينها وبين الشرط الجعلي اللغوي (التعليقي)، والشرط الإضافي
122	المطلب الأول: معنى الشروط التقييدية المقترنة بالعقد
124	المطلب الثاني: الفرق بين الشرط التقييدي والتعليقي
125	المبحث الثاني: أقسام الشروط المقترنة بالعقد باعتبار الصحة والبطالان
125	المطلب الأول: أقسام الشروط عند الحنفية
125	الفرع الأول: الشرط الصحيح

130	الفرع الثاني: الشرط غير الصحيح
134	المطلب الثاني: أقسام الشروط عند المالكية
134	الفرع الأول: الشرط الصحيح
137	الفرع الثاني: الشرط الباطل
144	المطلب الثالث: أقسام الشروط عند الشافعية
144	الفرع الأول: الشرط الصحيح
147	الفرع الثاني: الشرط الباطل
151	المطلب الرابع: أقسام الشروط عند الحنابلة
151	الفرع الأول: الشرط الصحيح
155	الفرع الثاني: الشرط الباطل
160	المطلب الخامس: أقسام الشروط عند الظاهرية
160	الفرع الأول: الشرط الصحيح
161	الفرع الثاني: الشرط الباطل
163	المبحث الثاني: موقف الفقهاء من الشروط المقترنة بالعقد
163	المطلب الأول: مقارنة بين المذاهب الأربعة في حكم الشروط المقترنة بالعقود
165	المطلب الثاني: أسباب تباين مواقف الفقهاء من الشروط المقترنة بالعقد
180	المبحث الثالث: القواعد الفقهية المتصلة بالشروط التقييدية المقترنة بالعقد
180	المطلب الأول: قاعدة: الأصل في الشروط الصحة إلا ما دل الدليل على فساد
190	المطلب الثاني: قاعدة: مقاطع الحقوق عند الشروط
190	المطلب الثالث: قاعدة: كل عقد شرط فيه شرط منافي لما يقتضيه مفسد له

المطلب الرابع: قاعدة: العرف يتنزل منزلة الشرط	191
المطلب الخامس: قاعدة: ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط	191
الباب الثاني: الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة في البنوك الإسلامية والتشاركية	194
الفصل الأول: الشرط الجزائي في المدائيات وتطبيقاته المعاصرة في البنوك الإسلامية والتشاركية ..	196
المبحث الأول: الشرط الجزائي في المدائيات.	196
المطلب الأول: حقيقة الدين	196
الفرع الأول: الدين لغة	196
الفرع الثاني: الدين اصطلاحا	198
المطلب الثاني: حكم الشرط الجزائي في الديون	201
الفرع الأول: اشتراط الزيادة في الدين عند المماطلة في السداد	201
الفرع الثاني: التعويض عن الضرر عند المماطلة في السداد	216
الفرع الثالث: أنواع الضرر	220
الفرع الرابع: نوع الضرر المعوض عنه	222
المبحث الثاني: التطبيقات المعاصرة للشرط الجزائي في المدائيات في البنوك الإسلامية والتشاركية.	255
المطلب الأول: الشرط الجزائي في بيع المراجحة للأمر بالشراء	255
الفرع الأول: تعريف بيع المراجحة للأمر بالشراء	255
الفرع الثاني: حكم بيع المراجحة للأمر بالشراء	258
الفرع الثالث: عقد المراجحة للأمر بالشراء في البنوك الإسلامية والتشاركية:	260
الفرع الرابع: حكم الشرط الجزائي في بيع المراجحة للأمر بالشراء	263

المطلب الثاني: الشرط الجزائي في الاعتماد المستندي.....	268
الفرع الأول: تعريف الاعتماد المستندي.....	268
الفرع الثاني: أنواع الاعتماد المستندي.....	270
الفرع الثالث: حكم الشرط الجزائي في الاعتماد المستندي.....	271
المطلب الثالث: الشرط الجزائي في عقد السلم.....	272
الفرع الأول: تعريف السلم.....	272
الفرع الثاني: حكم السلم.....	273
الفرع الثالث: عقد السلم في البنوك الإسلامية والتشاركية.....	275
الفرع الرابع: حكم الشرط الجزائي في عقد السلم.....	285
الفصل الثاني: الشرط الجزائي في غير الديون (الأعمال) وتطبيقاته المعاصرة في البنوك الإسلامية والتشاركية.....	291
المبحث الأول: حكم الشرط الجزائي في غير الديون.....	291
المطلب الأول: صور الشرط الجزائي في غير الديون.....	291
المطلب الثاني: خلاف العلماء المعاصرين في حكم الشرط الجزائي في غير الديون.....	292
الفرع الأول: جواز الشرط الجزائي في غير الديون مطلقا.....	292
الفرع الثاني: جواز الشرط الجزائي عند الامتناع عن التنفيذ، وعدم جوازه عند التأخر فيه.....	297
الفرع الثالث: عدم جواز الشرط الجزائي في غير الديون مطلقا.....	298
الفرع الرابع: مناقشة وترجيح.....	300

المبحث الثاني: التطبيقات المعاصرة للشرط الجزائي في غير الديون (الأعمال) في البنوك الإسلامية والتشاركية.	302
المطلب الأول: الشرط الجزائي في عقد الإجارة.	302
الفرع الأول: تعريف الإجارة.	302
الفرع الثاني: حكم الإجارة.	306
الفرع الثالث: أنواع الإجارة.	309
الفرع الرابع: عقد الإجارة في البنوك الإسلامية والتشاركية.	312
الفرع الخامس: حكم الشرط الجزائي في الإجارة.	317
المطلب الثاني: الشرط الجزائي في عقد الاستصناع.	321
الفرع الأول: تعريف الاستصناع.	321
الفرع الثاني: حكم الاستصناع.	328
الفرع الثالث: عقد الاستصناع في البنوك الإسلامية والتشاركية.	332
الفرع الرابع: حكم الشرط الجزائي في عقد الاستصناع.	340
الخاتمة	344
ملحق: استثمار	350
لائحة المصادر والمراجع	354