الشرط الجزائي
في الفقه الإسلامي

✍ إعداد الدكتور

محمد باليه حمد العجمي

تخصص الشريعة الإسلامية، كلية التربية الأساسية

الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب، دولة الكويت

الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي

محمد بليه حمد العجمي
قسم الشريعة الإسلامية، كلية التربية الأساسية، الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب، دولة الكويت.
البريد الالكتروني: Mbleeh٧٤@gmail.com

ملخص:

هدفت الدراسة إلى بيان المراد بالشرط الجزائي وخصائصه وأنواعه تمهيدا لبيان حكمه في الفقه الإسلامي. وبيان حكم الحكم الشرعي للشرط الجزائي. وتوضيح موقف مجمع الفقه الإسلامي الدولي من هذه القضية عند تناوله لها وقراره فيها وما استند إليه في هذا القرار من أصول. واستخدمت الدراسة المنهج التحليلي، حيث أقوم بتحليل موقف الفقهاء المعاصرين وأقوالهم وأدلتهم في القضية تمهيدا لبيان الراجح منها وموقف المجمع في تلك القضية والأصل الذي اعتمد عليه في قراره، واتخذ في طريقة في الكتابة منهجا موحدا كما هو متبع في البحوث العلمية المقارنة. وأبرز ما توصلت إليه الدراسة من نتائج: أن الشرط الجزائي يختلف عن البيع بالعربون. الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه لا يجوز، لأنه عبارة عن دين ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير، لأنه ربا صريح بلا خلاف. للقاضي الحق في تعديل الشرط الجزائي متى رآه مجحفاً لأحدهما، لأن الأصل فيه وقوع الضرر بناء على خطأ من المدين بالالتزام، فلو كان الخطأ خارجاً عن إرادته ولا يد له فيه لم يستحق الدائن الشرط الجزائي.

الكلمات المفتاحية: الشرط الجزائي– الفقهاء المعاصرين– المدين المماطل– البيع بالعربون– مجمع الفقه الاسلامي الدولي.

Penal Clause in Islamic Jurisprudence

Mohammad Belyah Hamad Alajmi

Islamic Sharia Department, Faculty of Basic Education, The Public Authority for Applied Education and Training, Kuwait.

Email: Mbleeh74@gmail.com

Abstract:

The current study aimed at explaining what is meant by the penal clause, its characteristics and types, in order to be illustrated in the view of the Islamic jurisprudence. Furthermore, the study sought to overview the formal legal opinion of the penal clause and verify the opinion of the International Islamic Jurisprudence Council on such issue and the main principles. The study adopted the analytical method as it analyzed the opinions of the contemporary jurists and their sayings and evidence in such matter in preparation for a clear indication of the most acceptable of such opinions, as well as the opinion of the Council and the origins on which such opinions were based. The study adopted a unified method in writing as used in writing the comparative scientific research. The results of the study revealed that the penal clause differs from the sale of the deposit and the penal clause for delay in handing over the substance is not permissible, because it is a debt, and it is not permissible to stipulate an increase in debts on delay, because it is explicit interest without dispute. The judge has the right to amend the penal clause whenever he deems it is unfair to one of them, because the basic principle is that the damage occurred based on the fault of the debtor. The penal clause binds to the procrastinating debtor who caused the damage to the creditor due to failure or delay in carrying out the work he committed .

Keywords: penal clause- contemporary jurists- procrastinated debtor- sale in deposit, International Islamic Jurisprudence Council**.**

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

مقدمة:

إن الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، محمد بن عبدالله، صلى الله عليه وعلى من والاه واستن بسنته إلى يوم الدين.

وبعد،،،

فإن الشرط الجزائي انتشر في العصر الحديث نتيجة انتشار العقود الضخمة بين الأفراد والشركات، وذلك بهدف الضغط على المتعاقد للوفاء بالعقد، وتنفيذه في الموعد المحدد.

وقد حرصت في هذا البحث إلى بيان المقصود بالشرط الجزائي وخصائصه والفائدة من اشتراطه، وشروط استحقاقه وأنواعه وحكمه الشرعي، ثم بيان موقف مجمع الفقه الإسلامي الدولي منه، وما استند إليه من أصول في قراره بشأنه.

أهداف البحث:

لا شك أن لكل بحث هدفا يسعى إلى الوصول إليه، ونتيجة يبغي تحقيقها، وقد وضعت في حسباني عند اختيار هذا الموضوع أهداف أتمنى الوصول إليها من خلاله وهي:

١- بيان المراد بالشرط الجزائي وخصائصه وأنواعه تمهيدا لبيان حكمه في الفقه الإسلامي.

٢- بيان حكم الحكم الشرعي للشرط الجزائي.

٣- بيان موقف مجمع الفقه الإسلامي الدولي من هذه القضية عند تناوله لها وقراره فيها وما استند إليه في هذا القرار من أصول.

قضية البحث:

لقد طرحت فكرة البحث عندي تساؤلات عديدة أردت الوصول إليها من دراسة هذا الموضوع، ومن ذلك مثلا:

١- هل وُضِعت حلول حاسمة لهذه القضية في ظل المجامع الفقهية؟، وهل كانت هذه الحلول منهية للجدال فيها أم لا يزال الأمر قائما؟.

٢- ما مدى جواز الشرط الجزائي بين المتعاقدين.

٣- هل يعني صدور فتوى من مجمع فقهي يضم نخبة من أهل الفقه والفكر في العالم الإسلامي غلق باب الاجتهاد أو المناقشة في الموضوع أو القضية محل الفتوى، أم أن ذلك يسمح بدراستها مرة أخرى، فربما كان في إعادة الدراسة تصحيح للفتوى الصادرة، نظرا لتجدد الحوادث التي تستدعي إعادة النظر؟.

الدراسات السابقة في الموضوع:

لقد كتب في موضوع الشرط الجزائي أبحاث كثيرة ومن ذلك مثلا:

- الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي للدكتور عبد المحسن سعد الرويشد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ١٤٠٤هـ الموافق١٩٨٣م.
- الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة، للدكتور علي السالوس.
- الشرط الجزائي، للدكتور الصديق الأمين الضرير.
- الشرط الجزائي للدكتور محمد حسين الصوا.

منهج البحث:

سوف أتبع في هذه الرسالة المنهج التحليلي، حيث أقوم بتحليل موقف

الفقهاء المعاصرين وأقوالهم وأدلتهم في القضية تمهيدا لبيان الراجح منها وموقف المجمع في تلك القضية والأصل الذي اعتمد عليه، وأتخذ في طريقة في الكتابة منهجا موحدا كما هو متبع في البحوث العلمية المقارنة.

خطة البحث:

وقد اقتضت طبيعة الموضوع أن أقسمه إلى خمسة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي.

المطلب الثاني: أنواع الشرط الجزائي.

المطلب الثالث: حكم الشرط الجزائي.

المطلب الرابع: فتوى مجمع الفقه الإسلامي بشأن الشرط الجزائي.

المطلب الخامس: الأصل الذي اعتمد عليه المجمع في فتواه بشأن الشرط الجزائي.

الخاتمة: وبها أهم نتائج البحث .

المطلب الأول

تعريف الشرط الجزائي

إن الشرط الجزائي أحد مصطلحات القوانين المعاصرة، وقد انتشر في العصر الحديث نتيجة انتشار العقود الضخمة بين الأفراد والشركات، وذلك بهدف الضغط على المتعاقد للوفاء بالعقد وتنفيذه في الموعد المحدد، كما سيتضح من شروطه.

ولما كان الأمر كذلك فإن المناسب هنا الحديث عن الشرط الجزائي كما ورد في الفكرة القانونية، ثم بعد ذلك أبين حكمه في الفقه الإسلامي، وأتبعه ببيان موقف المجمع منه على بصيرة.

فالشرط الجزائي أو ما يطلق عليه في القانون المدني "التعويض الاتفاقي" عبارة عن تعويض مقدر ومتفق عليه بين العاقدين في صلب العقد دون اعتبار لقدر الضرر الواقع، ويستحق حتى ولو لم يكن هناك ضرر بالفعل، لأنه مجرد وسيلة للإجبار على التنفيذ.

ورغم أن القانون المدني قد نص على قانونية هذا الشرط في المادة ٢٢٣ منه حيث قرر أنه "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق "، إلا أنه لم يورد تعريفا محددا له، تاركا وضع التعريف لشراح القانون ليقوموا ببيانه.

وبالرجوع إلى كتب شراح القانون يظهر أن تعريفاتهم للشرط الجزائي كانت متعددة ومتقاربة في المعنى، وإن اختلفت في الألفاظ والصياغة، وأفضلها القول بأنه عبارة عن: اتفاق مسبق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أو عند التأخر فيه، يستوي أن يرد هذا الاتفاق في صلب العقد الأصلي، أم في اتفاق لاحق عليه، بشرط أن يكون ذلك قبل وقوع الإخلال

بالالتزام[1].

ومن هذا التعريف يظهر أن الشرط الجزائي ما هو إلا اتفاق على التعويض بين المتعاقدين قبل وقوع الضرر أو الإخلال بالالتزام يقدران فيه قيمة التعويض المستحق في حالة الإخلال أو التأخير في التنفيذ، والاتفاق على الشرط الجزائي لا يلزم فيه وقت محدد، بل قد يكون هذا الاتفاق واقعا في صلب العقد وكبند من بنوده، وقد يتم في اتفاق لاحق بينهما.

وقد سمي الاتفاق على التعويض قبل وقوع الضرر بالشرط الجزائي لأنه يوضع عادة كشرط من شروط العقد، ولكن لا يعني ذلك أنه شرط فيه، وإنما هو اتفاق مستقل بين العاقدين، قد يدرج في العقد، أو يتم الاتفاق عليه في ورقة منفصلة عنه.

ومثال الشرط الجزائي أن يتفق العاقدان في عقد المقاولة مثلا على شرط جزائي يلزم المقاول بالتسليم بمواصفات معينة، أو يلزمه بالتسليم في وقت محدد، على أنه متى تأخر في ذلك، أو خالف الأوصاف المتفق عليها يلزم بدفع قيمة الشرط المتفق عليه بين العاقدين[2].

وحين تناول الفقهاء المعاصرون الشرط الجزائي وبيان أحكامه لم تخلو

(١) وهو تعريف الدكتور جلال محمد إبراهيم في كتابه أحكام الالتزام ص١٤١ طبعة مطبعة الإسراء سنة ٢٠٠٠م، وهناك تعريفات أخرى تنظر في: نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص٤٤٢، طبعة مطبعة مصر سنة ١٩٤٥م، النظرية العامة للالتزام للدكتور جميل الشرقاوي ص٥٦، طبعة دار النهضة العربية سنة ١٩٧٦م، نظرية الالتزام للدكتور أحمد شرف الدين ص٧٢، طبعة المؤلف سنة ٢٠٠٢م.

(٢) ينظر: آثار الالتزام للدكتور عبد الرزاق السنهوري ص٧٩٥، نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص٤٤٣، أصول أحكام الالتزام والإثبات للدكتور جلال علي العدوي ص٦٩، النظرية العامة للالتزام للدكتور جميل الشرقاوي ص٥٦.

بحوثهم من وضع تعريف له ليبينوا الشرط الذي يتحدثون عن حكمه، ولذا ورد عنهم أكثر من تعريف، فعرف بأنه: الجزاء المترتب على الإخلال بالشرط[١].

وعرف أيضا بأنه: نص المتعاقدين في العقد على مبلغ معين يدفعه من أخل بالالتزام[٢].

وكذا عرف بأنه: اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه[٣].

ومن التعريفات السابقة يظهر أن مفهوم الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي متفق على أنه عبارة عن: اتفاق مدرج في العقد أو لاحق له، ينص على التزام بدفع مبلغ معين عند الإخلال بتنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه.

والشرط الجزائي بهذه الطريقة يختلف عن البيع بالعربون[٤]، والفارق بينهما واضح، فالعربون يستحقه البائع عند عدول المشتري عن العقد، بغض النظر عن وقوع الضرر عليه من عدمه، بخلاف الشرط الجزائي، فلا يستحق إلا عند حدوث الضرر، كما أن العربون لا يجوز تعديله، على خلاف الشرط الجزائي الذي يجوز الاتفاق على تعديله بالزيادة أو التخفيض، يضاف إلى ذلك أن المتعاقد بالعربون يملك عدم تنفيذ الالتزام مقابل ترك العربون، بخلاف الشرط

(١) الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة للدكتور علي السالوس ص١٠٠، بحث منشور بمجلة المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، العدد الرابع عشر، الصادر سنة ١٤٢٢هـ.
(٢) معجم لغة الفقهاء لمحمد رواس قلعة جي وحامد قنيبي ص١٦٣.
(٣) الشرط الجزائي للدكتور الصديق الضرير ٢/٥٠، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر.
(٤) عرف بيع العربون بتعريفات كثيرة ويمكن تعريفه بأنه: العقد الذي يتفق فيه العاقدان على دفع مقدم يكون جزءاً من بدله عند تمامه، ومفقوداً عند العدول عنه.

الجزائـي فالمتعاقـد ملـزم بإتمـام العقـد ودفـع العربـون عنـد الإخـلال بمدتـه أو مواصفاته[1].

خصائص الشرط الجزائي:

بعد بيان صورة الشرط الجزائي وتعريفه على النحو السابق يمكن من خلال ذلك بيان تلك الخصائص التي يتميز بها، وهي:

١- أن الشرط الجزائي اتفاق بين العاقدين على تقدير قيمة التعويض يكون سابقا على وقوع الضرر، ولذا يطلق عليه في القانون مسمى التعويض الاتفاقي، وإذا كان الأصل أن يقوم القضاء بتقدير التعويض فإن العاقدين قد يتفقان علـى عـدم تـرك تقـدير التعـويض لقاضـي الموضـوع عنـد وقـوع الـضرر، فيقدرانه بما يريانه بأنفسهما قبل وقوع الضرر.

٢- كما يظهر من التعريف أن الشرط الجزائي ليست له صورة واحدة في الاتفاق عليه، فقد يرد في صلب العقد الأصلي الذي يربط بين المتعاقدين، كعقد المقاولة أو التوريد مثلا، فينص العاقدان عليه كشرط من شروط ذلك العقد، وقد يتفقان عليه في وثيقة لاحقة، بشرط أن يكون الاتفاق عليه قد تم قبل وقوع الإخلال بالالتزام[2].

٣- أن الشرط الجزائي – وكما سبق البيان– قد يحدد كجزاء لعدم قيام المدين بالتنفيذ أصلا، أو التنفيذ المعيب المخالف للمواصفات المتفق عليها في

(١) الشرط الجزائي للدكتور الصديق الضرير ٥٦/٢، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر.

(٢) ينظر: آثار الالتزام للدكتور عبد الرزاق السنهوري ص٧٩٨، أحكام الالتزام للدكتور جلال محمد إبراهيم ص١٤٢ وما بعدها، نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص٤٤٣، أصول أحكام الالتزام والإثبات للدكتور جلال علي العدوي ص٧١، النظرية العامة للالتزام للدكتور جميل الشرقاوي ص٥٧.

العقد، فيسمى حينئذ شرطا جزائيا لعدم التنفيذ أو التنفيذ المخالف، كما قد يرد كشرط للتأخر في التنفيذ عن الموعد المتفق عليه، فيسمى حينئذ شرطا جزائيا للتأخر في التنفيذ.

٤- أن الشرط الجزائي ليس تقديرا موافقا للضرر الواقع، وإنما هو تقدير جزافي لمبلغ من المال عن ضرر متوقع قد يلحق بالدائن عند عدم الوفاء بالدين أو التأخر فيه، ومن ثم قد يكون المبلغ المتفق عليه أكبر من قيمة الضرر، أو أقل منه، أو مساو له، حيث يعد في مفهومه عقوبة للمدين بالالتزام عند عدم التنفيذ أو التأخر فيه، وليس مجرد جبر الضرر الواقع كما في التعويض عن الضرر.

٥- أن الشرط الجزائي التزام تبعي وليس أصليا، ويقصد بذلك أنه يبرم في عقد مستقل أو كشرط في العقد دون أن يتعلق بالالتزام الأصلي في العقد، فالهدف منه ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي، وبناء على هذا فإن وجود الشرط الجزائي معلق على وجود هذا الالتزام الأصلي وبقاؤه صحيحا، فإذا بطل الالتزام الأصلي بأي حال بطل بالتبع له الشرط الجزائي، وفي المقابل لا يؤثر بطلان الشرط الجزائي على الالتزام الأصلي بشيء[١]

فائدة الشرط الجزائي:

حين يفكر العاقدان في وضع شرط جزائي فإنما يهدفان بلا شك إلى تحقيق غرض معين يتم الحصول عليه من وراء هذا الشرط، وقد ذكر شراح القانون

(١) ينظر: آثار الالتزام للدكتور عبد الرزاق السنهوري ص٧٩٨، أحكام الالتزام للدكتور جلال محمد إبراهيم ص١٤٢ وما بعدها، نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص٤٤٣، النظرية العامة للالتزام للدكتور جميل الشرقاوي ص٥٧، نظرية الالتزام للدكتور أحمد شرف الدين ص٧٦.

أهدافا عديدة يسعى العاقدان عند الاتفاق على الشرط الجزائي إلى جنيها من ورائه، وهذه الأهداف هي:

١- أن الشرط الجزائي يحقق للدائن بالالتزام غاية مهمة، وهي كون هذا الشرط وسيلة من وسائل تهديد المدين لإجباره على تنفيذ التزامه في موعده وبالمواصفات المتفق عليها، ولذا يلجأ الدائن غالبا إلى رفع قيمة التعويض المقدرة في الشرط الجزائي بل والمبالغة فيها لضمان تحقيق هذا الهدف.

٢- أن الشرط الجزائي قد يحقق للمدين بالالتزام هدفا مخالفا لسابقه، وذلك حين يتم استخدامه كوسيلة للتخفيف من مسئوليته عند إخلاله بالالتزام، حيث يتم الاتفاق على مبلغ تعويض يكون أقل من مقدار الضرر المتوقع أو الضرر الفعلي الناشئ عن الإخلال بتنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه، بحيث يتقي به المدين الحكم بمبلغ أكبر عند الإخلال أو التأخر في التنفيذ.

٣- أن الشرط الجزائي يعمل في الغالب على درء المنازعات المتوقعة، والتي تدور حول تقدير التعويض الناتج عن الخلل في تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، ويعد هذا الهدف هو أهم أغراض الشرط الجزائي التي يريدها المتعاقدان، فالمعمول به في تعويض الأضرار أن يقوم الدائن بإثبات ما وقع عليه من ضرر نتج عن خطأ وهكذا، ووجود الشرط الجزائي يرفع عنه ذلك، حيث يؤدي إلى إعفاء الدائن من إثبات الضرر واستبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض، ولا يملك غير الحكم بتنفيذ الاتفاق التعويضي عينا عند حدوث الضرر فقط[١]

(١) ينظر: أحكام الالتزام للدكتور جلال محمد إبراهيم ص١٤٦ وما بعدها، أصول أحكام الالتزام والإثبات للدكتور جلال علي العدوي ص٦٩، أحكام الالتزام للدكتور مصطفى الجمال ٣٧٣، الشرط الجزائي للدكتور الصديق الضرير ٥٣/٢ وما بعدها، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر.

شروط استحقاق الشرط الجزائي:

من المهم التنبيه في بداية شروط استحقاق الشرط الجزائي أن وجود الشرط ليس بذاته سببا في استحقاقه، وإنما السبب الرئيس هو إخلال العاقد المدين به بالتزامه المتفق عليه، ولذا لا يستحق الدائن قيمة الشرط الجزائي المتفق عليه إلا بعد توافر شروط استحقاقه، وهي الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بينهما، وقبل أن أبين هذه الشروط بتفصيل بسيط يلزم التنبيه أن تلك الشروط هي نفسها شروط استحقاق التعويض عن أي ضرر، لأن الشرط الجزائي –وكما سبق القول– ما هو إلا نوع تعويض، لكن الفرق أنه متفق عليه بين العاقدين، ولم يتركا أمر تحديده للقاضي.

وأما شروط الاستحقاق تفصيلا فهي:

١- وجود الخطأ من المدين، حيث لا يستحق الشرط الجزائي إذا لم يكن هناك خطأ من المدين، والغالب هنا أن يكون الخطأ عقديا، أي ناشئا عن عقد، وليس ناشئا عن التقصير، فإن لم يكن هناك خطأ فلا مجال للقول باستحقاق التعويض حينئذ.

٢- شرط الضرر، حيث يلزم للمطالبة بقيمة الشرط الجزائي ترتب ضرر على الخطأ الواقع من المتعاقد الملتزم به، فإن لم يكن هناك ضرر مترتب على الخطأ فلا وجه لاستحقاق التعويض أيا كان نوعه ومنه الشرط الجزائي، فقد نصت المادة ٢٢٤ من القانون المدني المصري على أنه "لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر"، فبين النص أن الأصل وقوع الضرر، فإن ادعى المدين به عدم وقوع ذلك

الضرر قام بإثباته ليمكن إعفاؤه من قيمة الشرط الجزائي[١].

٣- علاقة السببية بين الخطأ والضرر، ويقصد بهذا الشرط أن يكون الضرر الواقع على الدائن ناشئا عن الخطأ ومترتبا عليه، فإن انتفت هذه العلاقة بينهما، بأن ثبت وجود سبب أجنبي عن المدين أدى لوقوع الحادثة، أو كان الضرر غير مباشر، فلا يثبت الشرط الجزائي في هذه الحالة.

٤- شرط الإعذار، ويقصد به أن يقوم الدائن بإبلاغ المدين بوقوع الضرر المترتب على خطئه، ومطالبته بالتعويض المتفق عليه، فإن لم يقم الدائن بذلك الإعذار لم يكن له حق المطالبة بقيمة الشرط الجزائي[٢].

❁❁❁❁❁

(١) ينظر: آثار الالتزام للدكتور عبد الرزاق السنهوري ص٧٩٩ وما بعدها، أحكام الالتزام للدكتور مصطفى الجمال ص٣٧٥ وما بعدها، أصول أحكام الالتزام والإثبات للدكتور جلال علي العدوي ص٦٩ وما بعدها، نظرية الالتزام للدكتور أحمد شرف الدين ص٧٥، الشرط الجزائي للدكتور الصديق الضرير ٢/٥٠، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر.

(٢) ينظر: آثار الالتزام للدكتور عبد الرزاق السنهوري ص٨٠٢ وما بعدها، أحكام الالتزام للدكتور مصطفى الجمال ص٣٧٥ وما بعدها، أصول أحكام الالتزام والإثبات للدكتور جلال علي العدوي ص٦٩ وما بعدها، نظرية الالتزام للدكتور أحمد شرف الدين ص٧٥.

المطلب الثاني

أنواع الشرط الجزائي

ذكرت في تعريف الشرط الجزائي أن من تناولوه بالتعريف ظهر من تعريفهم أن الشرط جزاء لعدم التنفيذ الصحيح، أو للتأخر فيه[1]، وبناء على هذا فإن الشرط الجزائي ينقسم إلى نوعين:

الأول: الشرط الجزائي المقرر لتأخر الوفاء بالالتزامات التي يكون محلها مبلغا من المال كالديون، ويتوافر هذا النوع إذا اقترن الشرط الجزائي بعقد قرض، أو اقترن بعقد بيع مؤجل، واتفق العاقدان على دفع مبلغ معين عن كل مدة زمنية يحدث فيها تأخير عن تنفيذ الالتزام، سواء أكان يوما أو شهرا أو سنة حسب الاتفاق بين المقرض والمقترض، أو بين البائع والمشتري، وكذا يتوافر إذا اقترن الشرط الجزائي بعقد بيع التقسيط، ونص على تعجيل باقي الأقساط عند تأخر المدين عن دفع قسط منها.

الثاني: الشرط الجزائي المقرر نتيجة لعدم تنفيذ الالتزام، ويتوافر ذلك في حال اقتران الشرط بعقد العمل، كما لو اتفق المتعاقدان فيما بينهما على خصم مبلغ معين من أجرة العامل إذا أخل بالتزامه في عقد العمل، أو غير ذلك من الشروط، وكذا في حال اقتران الشرط الجزائي بعقد الاستصناع، كما لو اقترن الشرط بهذا العقد، واتفق فيه كل من المستصنع والصانع على أن يدفع الأخير مبلغا من المال إذا لم يقم بتنفيذ التزاماته في الوقت المحدد، وهو ما يحدث أيضا في عقد المقاولة، ومصلحة البريد وغيرها[2].

---

(١) ينظر مثلا: أحكام الالتزام للدكتور جلال محمد إبراهيم ص١٤١، نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص٤٤٢، أصول أحكام الالتزام والإثبات للدكتور جلال علي العدوي ص٦٨، النظرية العامة للالتزام للدكتور جميل الشرقاوي ص٥٦، نظرية الالتزام للدكتور أحمد شرف الدين ص٧٢.

(٢) ينظر: المراجع السابقة.

المطلب الثالث

حكم الشرط الجزائي

بعد بيان صورة الشرط الجزائي على النحو السابق يظهر أنه قضية قديمة في مضمونها، وإن كانت معاصرة في شكلها، فقد تناول الفقهاء شروطا مماثلة في كتبهم، واختلفوا حول حكمها في صور متعددة، ولن أتعجل في إيراد هذه النصوص لحين بيان أحوال الشرط الجزائي.

فالواقع أن الشرط الجزائي له حالتان بحسب طريقة الاشتراط، وهما:

الحالة الأولى: أن يكون المبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي مشترطا عند عدم قيام المدين بتنفيذ العقد أو التأخر فيه بغض النظر عن حدوث الضرر للدائن من عدمه، ومثال ذلك أن يقول الدائن للمدين إذا لم تنفذ العمل أو تقم بما اتفقنا عليه في وقت كذا، أو لم تقم بتوفية حقي في وقت كذا فلي عليك عشرة آلاف، فهذا الشرط باطل في نفسه، ومبطل للعقد الوارد فيه، لأنه في صورة دين في ذمة المدين بالعمل، والدين متى جر نفعا كان ربا صريحا، وبلا خلاف.

وهذا ما صرح به الحطاب[1] في كتابه عن الالتزام، حيث قال "إذا التزم المدعى عليه للمدعي أنه إذا لم يوفه حقه في كذا فله عليه كذا أو كذا، فهنا لا يختلف في بطلانه، لأنه صريح الربا، سواء أكان الشيء الملتزم به من جنس

(١) **الحطاب:** أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني المعروف بالحطاب، فقيه مالكي، أصله من المغرب، وولد في مكة سنة ٩٠٢هـ، واشتهر بها، له مؤلفات كثيرة من أشهرها مواهب الجليل شرح مختصر خليل، وكذا له شرح نظم نظائر رسالة القيرواني لابن غازي، وقرة العين بشرح ورقات إمام الحرمين، ومات بالمغرب في طرابلس الغرب سنة ٩٥٤هـ.
ينظر: الأعلام لخير الدين الزركلي ٢٨٦/٧، الطبعة الخامسة ١٩٨٢م، دار العلم للملايين بيروت.

المدين أم غيره، وسواء أكان شيئا معينا أم منفعة"[١].

فقد نص الحطاب –رحمه الله– على حرمة شرط مبلغ معين عن الديون بغض النظر عن الضرر الواقع عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه، لأن الشرط هنا يندرج تحت قاعدة الربا الشهيرة "كل قرض جر نفعا فهو ربا"، والقرض هنا جر نفعا بدون مقابل إلا الدين فيكون ربا، والربا محرم باتفاق الفقهاء بأدلة من الكتاب والسنة.

وهذا ما أقره مجمع الفقه الإسلامي في قراره بشأن الشرط الجزائي، حيث نص على أنه "لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه، لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير"[٢].

الحالة الثانية: أن يكون المبلغ المتفق عليه في العقد كشرط جزائي ملزما للمدين المماطل كتعويض عن الضرر الذي يتسبب في وقوعه على الدائن بسبب الامتناع أو التأخير في القيام بما التزم به من عمل في عقد المقاولة أو التوريد أو الاستصناع عن وقته، ولم يكن الالتزام دينا من الديون، كالسلم مثلا، أو قسط من الأقساط[٣]، وفي هذه الحالة لا يلتزم المدين بدفع التعويض إلا عند وقوع الضرر، وتتميز هذه الحالة بأن القاضي له الحق في التعديل من الشرط الجزائي متى رآه مجحفا لأحدهما، لأن الأصل فيه وقوع الضرر بناء على خطأ من

(١) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص١٧٦، الطبعة الأولى ١٩٨٤م، دار الغرب الإسلامي.

(٢) سوف يأتي هذا القرار كاملا بعد ذكر آراء الفقهاء ومناقشاتهم في المطلب التالي بإذن الله.

(٣) ينظر: الشرط الجزائي للدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، ٦٧/٢، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، الصادر سنة ١٤٢١هـ، الموافق ٢٠٠٠م.

المدين بالالتزام، فلو كان الخطأ خارجيا أو لقوة قاهرة لا يد فيه للمدين لم يستحق الدائن قيمة الشرط الجزائي.

وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم هذه الحالة على قولين:

القول الأول:

ذهب جمع من الفقهاء المعاصرين[1] إلى أنه يجوز اشتراط مثل هذا الشرط الجزائي، ويكون ملزما للمدين متى تعهد بالوفاء به، ويكون تقدير التعويض بحسب قيمة الضرر الواقع على الدائن بالالتزام.

واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والأثر والمعقول.

---

(١) وممن قال به من العلماء: الشيخ مصطفى الزرقا، والدكتور الصديق الضرير، والشيخ عبد الله بن منيع، والدكتور حمداتي شبيهتا ماء العينين، والدكتور وهبه الزحيلي، كما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي الدولي، وإدارة البحوث والإفتاء في المملكة العربية السعودية، ودار الإفتاء المصرية، والهيئة الشرعية في بيت التمويل الكويتي.
ينظر: المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا ٧١١/٢، الشرط الجزائي ومختلف صوره وأحكامه للدكتور حمداتي شبيهتا ماء العينين ٤٥/٢، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، الشرط الجزائي للدكتور الصديق الضرير ٧٦/٢ بحث بمجلة المجمع السابقة، الشرط الجزائي للدكتور علي السالوس ١٦٤/٢ بحث بمجلة المجمع السابقة، الشرط الجزائي للدكتور ناجي شفيق عشم ٢٠٥/٢ بحث بمجلة المجمع السابقة، الشرط الجزائي للدكتور محمد حسين الصوا ص٢٤٩، بحث بمجلة كلية الشريعة بالكويت عدد رقم ٥٨ رجب ١٤٢٥هـ، سبتمبر سنة ٢٠٠٤م، أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية ٢١٤/١، الطبعة الثانية ١٩٩٢م دار أولى النهى بالرياض، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي للدكتور عبد المحسن سعد الرويشد ص٥٨٨ وما بعدها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة سنة ١٤٠٤هـ، الموافق ١٩٨٣م.

أما الكتاب:

فآيات عديدة منها:

١- قول الله تعالى ﴿يَا أَيّهَا الّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾(١).

فقد أمر الله -سبحانه وتعالى- في هذه الآية بالوفاء بالعقود، متى لم تخالف شرع الله تعالى، والشرط مما يرد في العقد فوجب الوفاء به، والشرط الجزائي بالصورة السابقة لا يخالف الشريعة فكان جائزا.

٢- قوله تعالى ﴿وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ اللّهِ إِذَا عَاهَدتّمْ﴾(٢).

٣- وقوله تعالى ﴿وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولا﴾(٣).

وجه الدلالة:

ويقال في هاتين الآيتين ما قيل في الآية السابقة من دلالتها على وجوب الوفاء بالشروط المتفق عليها متى لم تحل حراما أو تحرم حلالا، ومن ذلك الشرط الجزائي الذي يجبر الضرر الواقع على المتعاقد.

وأما السنة:

فما رواه أبو هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: "مطل الغني ظلم، فإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبع"(٤).

---

(١) سورة المائدة من الآية الأولى.

(٢) سورة النحل من الآية رقم٩١.

(٣) سورة الإسراء من الآية رقم٣٤.

(٤) متفق عليه واللفظ للبخاري أخرجه في كتاب الحوالات، باب الحوالة على ملئ، حديث رقم٢١٦٦، الصحيح ٧٩٩/٢، ورواه مسلم في كتاب المساقاة ووضع الجوائح، باب تجريم مطل الغني، حديث رقم١٥٦٤، الصحيح ١١٩٧/٣.

وجه الدلالة:

أن الحديث قد بين بوضوح أن المدين المماطل ظالم بمطله مع ملاءته، فكان ملزما بدفع الظلم الواقع على من ظلمه بالتعويض، وهو ما يحدث في الشرط الجزائي في هذه الحالة، خاصة وأن الفقهاء قد قرروا تضمين الغاصب منافع الأعيان المغصوبة مع رد الأصل، فدل على أن الشرط الجزائي صحيح[١].

ونوقش هذا:

بأن قياس التعويض في الشرط الجزائي على تضمين الغاصب قياس مع الفارق، ووجه الفرق بينهما أن ضمان الأعيان المغصوبة ضمان يد، ومنافعها غير مضمونة عند الحنفية، وعلى فرض القول بضمان الأعيان المغصوبة كما قال الجمهور لا تضمن إلا بالقيمة، لهلاكها بالتفويت، بخلاف ضمان العقد الذي هو مال تالف بناء على عقد اقتضى الضمان، وليس منه التأخير في سداد الدين، فكان الشرط الجزائي في الصورة المذكورة بهذا باطلا[٢]

وأما الأثر:

فهناك آثار عدة تدل على جواز الشرط الجزائي منها:

١- عن عبد الرحمن بن فروخ[٣] "أن نافع بن عبد الحارث اشترى دارا

(١) ينظر: الشرط الجزائي للدكتور محمد حسين الصوا ص٢٥٠.

(٢) ينظر: المرجع السابق ص٢٥٣.

(٣) **عبد الرحمن بن فروخ:** مولى عمر بن الخطاب ﷺ، روى عن أبيه وصفوان بن أمية ونافع بن الحارث، وروى عنه عمرو بن دينار، ذكره بن حبان في الثقات، ويعرف في كتاب التاريخ بحادثة شراء دار السجن هذه، وليس عنه في كتب السير غيرها فيما طالعت منها.
ينظر: الثقات لابن حبان ٨٨/٧، تهذيب التهذيب لابن حجر ٢٢٧/٦.

للسجن من صفوان بن أمية[1] بأربعة آلاف درهم، فإن رضي عمر فالبيع له، وإن عمر لم يرض فأربعمائة لصفوان"[2].

وجه الدلالة:

١- ففي هذا الأثر اشترط نافع بن عبد الحارث شرطا جزائيا ورضيه عمر ﷺ، فدل على أنه لا مانع من اشتراط تعويض الضرر الذي يقع نتيجة تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزامه في مواعيده، فكانت الصورة المذكورة هنا في الشرط الجزائي أولى.

٢- عن ابن سيرين قال "قال رجل لكريّه: أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه[3].

وفي رواية أخرى "قال: اختصم إلى شريح في رجل اكترى من رجل ظهره فقال: إن لم أخرج يوم كذا وكذا فلك زيادة كذا وكذا، فلم يخرج يومئذ وحبسه،

---

(١) **صفوان بن أمية**: أبو وهب صفوان بن أمية بن خلف الجمحي المكي، كان شريفا مطاعا، كثير المال حتى قيل إنه ملك قنطاراً من الذهب، أسلم صفوان يوم فتح مكة، وقيل بعده، وكان من المؤلفة قلوبهم، شهد مع النبي ﷺ حنينا وهو على شركه، وأعار النبي ﷺ سلاحا وأدرعا، وشهد بعد إسلامه وقعة اليرموك أميرا على كردوس (مجموعة من أهل الخيل) من الكراديس التي كونها خالد بن الوليد، وتوفي سنة ٤١، وقيل ٤٢هـ.
ينظر: البداية والنهاية لابن كثير ٢٣/٨، شذرات الذهب لابن العماد الحنبلي ٥٢/١.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في كتاب البيوع، باب العربان في البيع، حديث رقم ٢٣٢٠١، المصنف لابن أبي شيبة ٧/٥.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الشروط، باب ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار والشروط التي يتعارفها الناس بينهم، الصحيح ٩٨١/٢.

فقال شريح: من شرط على نفسه شرطا غير مكره أجزناه عليه"[١].

وجه الدلالة:

ففي هذا الأثر شرط جزائي مماثل للحالة التي معنا، وأجازها شريح، وبنى على ذلك قاعدة عمل بها الفقهاء، ولم يرد عنهم مخالف لها.

وأما المعقول:

فمن وجوه:

الأول: أن الشرط الجزائي مجرد تعويض عن الضرر الواقع على المتعاقد بسبب التأخر في التنفيذ، والتعويض عن الضرر الناتج عن التأخير مقبول في الشريعة، فهو لا ينافي نصوصها ولا مقاصدها العامة[٢].

الثاني: أن الشرط الجزائي في هذه الحالة لا يتنافى مع مقتضى العقد، بل يقتضيه ويحقق مصلحة المتعاقدين من إنجازه في وقته المحدد، دون مخالفة لنصوص الشريعة[٣].

ونوقش هذا:

بأنه مبني على ما يقول به شراح القانون من الاعتماد على المسئولية العقدية التي يقوم الضمان فيها على أساس أنه تعويض عن الضرر الناشئ عن عدم التنفيذ للالتزام بناء على العقد، والحال هنا بخلاف ذلك[٤].

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في باب الشروط، حديث رقم١٤٣٠٣، المصنف ٥٩/٨.

(٢) ينظر: الشرط الجزائي للدكتور محمد حسين الصوا ص٢٤٩.

(٣) ينظر: الشرط الجزائي للدكتور زكي الدين شعبان ص١٣٧، الشرط الجزائي للدكتور محمد عثمان شبير ص٢٢.

(٤) ينظر: المرجع السابق ص٢٥٢، الضمان للشيخ علي الخفيف ص٢٠، الشرط الجزائي للدكتور زكي الدين شعبان ص١٣٧، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد للدكتور نزيه حماد ص٣٥٣.

ويجاب عليه:

بأن تشبيه هذا القول بما يجري عليه شراح القانون غير مقبول، لأنه لا يأخذ بالتقدير الذي يحدده العاقدان قبل وقوع الضرر مطلقا كما يقول شراح القانون، وإنما يوافق على الشرط الجزائي في جملته ويترك تقدير قيمة التعويض بناء على قدر الضرر الواقع عليه بحسب اتفاق العاقدين، أو يقوم القاضي بتقديره بناء على دعوى من أحدهما.

الثالث: أن الشرط الجزائي بصورته المذكورة يعد من الشروط المستحدثة، ولذا فإنه يخضع للأصل القائل بأن الأصل في العقود والشروط الصحة[1]، وقد سبق بيان هذا الأصل فيما مضى.

ويمكن أن يناقش هذا:

بأن القاعدة المذكورة خلافية، وعلى فرض ترجيح القول بها إلا أنها مقيدة بألا يكون الشرط محلا لحرام أو محرما لحلال.

ويجاب على هذا:

بأن الشرط الجزائي يتوافق مع هذه القاعدة ولا يخالفها، والشرط المطلوب متوافر، فهذا الشرط لا يحل حراما، ولا يحرم حلالا، بل يتوافق مع نصوص الشريعة وقواعدها العامة.

القول الثاني:

ذهب بعض الفقهاء المعاصرين[2] إلى أنه لا يجوز الاتفاق على الشرط الجزائي بالصورة المذكورة، ولا يجوز أخذ العوض المقرر ولو ثبت ذلك بحكم

---

(١) ينظر: الشرط الجزائي للدكتور محمد حسين الصوا ص٢٥٠، الشرط الجزائي للدكتور زكي= ==الدين شعبان ص١٣٧.

(٢) وممن ذهب إلى ذلك الشيخ علي الخفيف والدكتور رفيق المصري، ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف ص١٩، طبعة دار الفكر العربي، مناقصة عقود التوريد للدكتور رفيق المصري، ص٢٣٥، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي للدكتور عبد المحسن سعد الرويشد ص٥٨٨ وما بعدها.

قضائي، ويعد هذا الشرط مبطلا للعقد.

واستدلوا على بالكتاب والسنة والمعقول.

أما الكتاب:

فقد استدلوا منه بالآيات المحرمة للربا، ومنها:

١- قوله تعالى ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوَاْ إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾(١).

وجه الدلالة:

أن الشرط الجزائي بطريق التعويض عند التأخر في التنفيذ نوع من ربا النسيئة، الذي حرمه الله -عز وجل- بالنص الصريح في الآيات السابقة، فيحرم مثله(٢).

ويناقش هذا:

بأن الشرط الجزائي بصورته هذه ليس من الربا في شيء، لأن الربا أخذ بلا مقابل، بخلاف الشرط الجزائي للتأخر في التنفيذ فهو تعويض في نظير الضرر الواقع على الشخص.

٢- وقوله تعالى ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لاَ يَقُومُونَ إِلاَّ كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ﴾(٣).

٣-وقوله تعالى ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ اتَّقُواْ اللّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُّؤْمِنِينَ * فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ اللّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ

(١) سورة البقرة من الآية رقم٢٧٥.

(٢) ينظر: الشرط الجزائي للدكتور عبد المحسن الرويشد ص٥٨٩، الشرط الجزائي للدكتور زكي الدين شعبان ص١٣٨، الشرط الجزائي للدكتور محمد حسين الصوا ص٢٥٢.

(٣) سورة البقرة من الآية رقم٢٧٥.

أَمْوَالِكُمْ لاَ تَظْلِمُونَ وَلاَ تُظْلَمُونَ﴾[1].

وجه الدلالة:

يقال في هاتين الآيتين ما قيل في الآية السابقة من وجه الدلالة، ويناقش وجه الاستدلال بمثل ما نوقشت به.

وأما السنة:

فأحاديث منها:

١- عن فضالة بن عبيد[2] عن النبي ﷺ أنه قال: "كل قرض جر منفعة فهو وجه من وجوه الربا"[3].

وجه الدلالة:

فقد نص النبي ﷺ في هذا الحديث على أن كل قرض جر نفعا يعد وجها من وجوه الربا، والربا محرم بالنص، والشرط الجزائي بصورته السابقة نوع تعويض فيه ربا، فيكون حراما.

ويناقش هذا:

بما نوقش به وجه الدلالة من الآيات السابقة، وأن الهدف من الشرط الجزائي تعويض الضرر، لا مجرد جر منفعة بلا مقابل.

٢- عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ "نهى عن بيع

(١) سورة البقرة الآيتان ٢٧٨، ٢٧٩.

(٢) **فضالة بن عبيد:** أبو محمد فضالة بن عبيد بن ناقذ بن قيس بن صهيبة الأنصاري، شهد أحدا وما بعدها، وولاه معاوية قضاء دمشق واستخلفه عليها لما غاب عنها، روى عن النبي ﷺ وعن عمر وأبي الدرداء وجماعة، وروى عنه أبو علي ثمامة بن شفي وحنش بن عبد الله الصنعاني وعبد الرحمن بن محيريز وغيرهم، مات سنة ٥٣هـ، وقيل غير ذلك. ينظر: الثقات ٢٩٦/٥، تهذيب التهذيب ٢٤١/٨.

(٣) أخرجه البيهقي في كتاب البيوع، باب كل قرض جر نفعا فهو ربا، حديث رقم١٠٧١٥، وقال حديث موقوف، السنن الكبرى ٣٥٠/٥.

وشرط"[1].

وجه الدلالة:

نهى رسول الله ﷺ عن البيع المقترن بشرط، والنهي يقتضي التحريم، ما لم توجد قرينة صارفة، ولا قرينة، والشرط الجزائي يدخل في دائرة النهي، فيكون محرما.

ويناقش هذا:

من وجهين:

الأول: أن هذا الحديث ضعيف، ولذا لا يصح الاستدلال به، فقد ضعفه كثير من المحدثين، يقول ابن حجر: "وأما حديث النهي عن بيع وشرط ففي إسناده مقال، وهو قابل للتأويل"[2].

الثاني: وإن قيل: إن الحديث صحيح وقبل ذلك، أو قوته طرق أخرى فإنه يحمل على الشرط الذي ينافي مقتضى العقد، وليس مطلق الشرط، والشرط الجزائي بصورته المذكورة لا ينافي مقتضى العقد، بل إنه يحقق مصلحة المتعاقدين في إتمام العقد فلا يكون محرما.

٣- عن عائشة -رضي الله عنها- قالت: جاءتني بريرة [3]، فقالت: كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني، فقلت: إن أحب أهلك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت، فذهبت بريرة إلى أهلها، فقالت لهم، فأبوا

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط ،حديث رقم ٤٣٦١، ج٣٣٥/٤ ، والهيثمي في مجمع الزوائد ٨٥/٤ .

(٢) فتح الباري ٣١٥/٥.

(٣) **بريرة:** هي مولاة أم المؤمنين عائشة -رضي الله عنها- ولم يرد في كتب السير لها اسم غير هذا، ولها أحاديث رواها النسائي، روى عنها عبد الملك بن مروان وغيره، وقد كانت جارية فاشترتها السيدة عائشة وأعتقتها، وكان زوجها عبدا فلما أعتقتها السيدة عائشة خيرها رسول الله ﷺ بين البقاء معه ومفارقته فاختارت مفارقته، وقيل إنها عاشت إلى خلافة يزيد بن معاوية.
ينظر: سير أعلام النبلاء ٢٩٧/٢، الثقات ٣٨/٣، تهذيب الكمال ١٣٦/٣٥.

عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس، فقالت: إني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم، فسمع النبيﷺ فأخبرت عائشة النبي ﷺ، فقال: "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، ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق"(١).

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ نهى عن شرط العتق هنا، ومثله كل شرط ليس في كتاب الله عز وجل، أي مخالف لنصه أو دلالته، والشرط الجزائي منها لعدم وروده في الكتاب أو السنة، فكان باطلا ومحرما.

ويناقش هذا:

بأن المقصود من الحديث كل شرط مخالف لقواعد الشرع، والشرط الجزائي ليس مخالفا لقواعد الشرع كما سبق، فكان صحيحا لا باطلا.

وأما المعقول:

فإن الشرط الجزائي يترتب عليه التزام منفعة زائدة في العقد بدون مقابل، وزيادة منفعة مشروطة لأحد المتعاقدين دون مقابل وجه من وجوه الربا كما سبق في الحديث، لأنها زيادة لا يقابلها عوض، والشرط الجزائي يحمل المعنى ذاته، فيكون باطلا(٢).

---

(١) متفق عليه واللفظ للبخاري أخرجه في كتاب البيوع ، باب إذا اشترط شروط في البيع لا تحل، حديث رقم ٢٠٦٠، الصحيح ٧٥٩/٢ ، وأخرجه مسلم في كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، حديث رقم ١٥٠٤، الصحيح ١١٤٢/٢ .

(٢) نظرية الشرط في الفقه الإسلامي للدكتور حسن شاذلي ص٥٠١.

ويناقش هذا:

بأن الشرط الجزائي بصورته المذكورة لا يجر منفعة زائدة بدون مقابل، بل إنه شرط لدفع الضرر وبقيمته، ولذا فهو جائز بالشروط المذكورة في جوازه.

القول الراجح:

بعد عرض القولين السابقين وأدلتهما وما ورد على الأدلة من مناقشة فإني أرى أن القول الأول الذي يرى صحة الشرط الجزائي هو القول الراجح، لقوة أدلته، ولأن الغرض من الشرط الجزائي بصورته السابقة دفع الضرر الواقع على المضرور، وليس جلب منفعة بدون معوض فكان صحيحا، وهذا ما قال به مجمع الفقه الإسلامي كما سيظهر من القرار المذكور في المطلب التالي.

المطلب الرابع

فتوى مجمع الفقه الإسلامي

بشأن الشرط الجزائي

خصص مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة جانبا كبيرا من مناقشاته للشرط الجزائي، كما تطرق إليه في مؤتمرات سابقة عرضا عند مناقشته لما يتعلق به من عقود، كالسلم والاستصناع وبيع التقسيط وغيرها.

وقد تقدم ثلة من علماء المجمع المتخصصين ببحوث عدة لبحث الشرط الجزائي، وبيان وجهة النظر الشرعي منه، ودارت بعد عرضها مناقشات موسعة حول الشرط الجزائي، ومدى جوازه أو حرمته، وبعد كثير من المداولات اتخذ المجمع قراره بشأن الشرط الجزائي، والذي نص على ما يلي:

"قرار رقم: ١٠٩ (١٢/٣) بشأن موضوع الشرط الجزائي.

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من ٢٥ جمادى الآخرة ١٤٢١هـ، ١ رجب ١٤٢١هـ، الموافق ٢٣–٢٨ أيلول (سبتمبر) ٢٠٠٠م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع (الشرط الجزائي)، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حول الموضوع بمشاركة أعضاء المجمع وخبرائه وعدد من الفقهاء.

قرر ما يلي:

أولا: الشرط الجزائي في القانون هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شُرِط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم يُنَفِّذ الطرف الآخر

ما التزم به، أو تأخّر في تنفيذه.

ثانيا: يؤكد المجلس قراراته السابقة بالنسبة للشرط الجزائي الواردة في قراره في السَّلَم رقم ٨٥(٩/٢)، ونصه: "لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه؛ لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير"، وقراره في الاستصناع رقم ٦٥(٧/٣). ونصه: "يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطا جزائيا بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة"، وقراره في البيع بالتقسيط رقم ٥١(٦/٢) ونصه: "إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط بعد الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط، لأن ذلك ربا محرم".

ثالثا: يجوز أن يكون الشرط الجزائي مقترنا بالعقد الأصلي، كما يجوز أن يكون في اتفاق لاحقٍ قبل حدوث الضرر.

رابعا: يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينا؛ فإن هذا من الربا الصريح.

وبناء على هذا، يجوز هذا الشرط –مثلا– في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفّذ ما التزم به أو تأخّر في تنفيذه.

ولا يجوز – مثلا– 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.

خامسا: الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لَحِق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي.

سادسا: لا يُعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شُرِط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسببٍ خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد.

سابعا: يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تُعدِّل في مقدار التعويض إذا وجدت مبررا لذلك، أو كان مبالغا فيه.

ويوصي المجمع بما يلي:

بعقد ندوة متخصصة لبحث الشروط والتدابير التي تقترح للمصارف الإسلامية لضمان حصولها على الديون المستحقة لها. والله أعلم[1].

❁❁❁❁❁

(١) ينظر القرار في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ٩١/٢، ٣٠٥ وما بعدها.

المطلب الخامس

الأصل الذي اعتمد عليه المجمع

في فتواه بشأن الشرط الجزائي

من قرار المجلس السابق يظهر أن المجمع قد اعتمد فيه على أصلين:

الأول: أن الأصل في العقود والشروط الإباحة حتى يرد دليل الحظر، وهي قاعدة خلافية بين الفقهاء، وقد استند المجمع إلى القول الراجح بجواز اشتراط ما لا يخالف الشرع من الشروط الحديثة، ومنها الشرط الجزائي بالضوابط المذكورة في القرار السابق.

الثاني: قاعدة نفي الضرر، حيث إن الأصل الذي اعتمد عليه المجمع في فتواه تلك رفع ما يقع على العاقد من ضرر نتيجة عدم التنفيذ أو التأخر فيه، بشرط أن تتوافر الشروط المتعلقة بالضرر، وذلك لأن الشرط الجزائي ما وضع إلا بهدف رفع الضرر عن المتعاقد بسبب الإخلال بتنفيذ العقد أو التأخر فيه.

والضرر في اللغة اسم من الفعل ضرَّ، والضر: ضد النفع[1]، وقد ورد لفظ الضر بفتح الضاد وفتحها، فبالفتح هو في مقابل النفع، ومنه قوله تعالى ﴿**قُلْ أَتَعْبُدُونَ مِن دُونِ اللّهِ مَا لاَ يَمْلِكُ لَكُمْ ضَرّاً وَلاَ نَفْعاً وَاللّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ**﴾[2]، وقوله تعالى ﴿**قُل لاَّ أَمْلِكُ لِنَفْسِي نَفْعاً وَلاَ ضَرّاً إِلاَّ مَا شَاء اللّهُ**﴾[3].

(١) ينظر: لسان العرب لابن منظور ٢٥٧/٤، مختار الصحاح للرازي ص٣٧٩، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣٦٠/٣.

(٢) سورة المائدة من الآية رقم ٧٦.

(٣) سورة الأعراف من الآية رقم ١٨٨.

والضُّر بالضم يأتي بمعنى الفقر، والشدة، وسوء الحال، ومنه قوله تعالى ﴿وَأَيُّوبَ إِذْ نَادَىٰ رَبَّهُ أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ وَأَنتَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ﴾(١)، وقوله تعالى ﴿فَلَمَّا دَخَلُواْ عَلَيْهِ قَالُواْ يَا أَيُّهَا الْعَزِيزُ مَسَّنَا وَأَهْلَنَا الضُّرُّ﴾(٢).

وأما في الاصطلاح فرغم أن الفقهاء المتقدمين أوردوا لفظ الضرر، وبينوا أحكامه، وصوره، وشروطه، إلا أنهم لم يضعوا له تعريفا معينا يصور حقيقته، وربما كان ذلك منهم اكتفاءً بوضوح معناه اللغوي، وأنه ضد النفع، ولذا جاء في أحكام القرآن أن الضرر: "هو الألم الذي لا نفع فيه يوازيه أو يربي عليه، وهو نقيض النفع"(٣).

ولكن هذا القول يحصر الضرر في نوع واحد منه، وهو الضرر البدني، لا ضرر الأموال، رغم أن هذا النوع الأخير هو الأصل المعتمد عليه عند الحديث عن تأثير الضرر في الفقه الإسلامي.

وأما الفقهاء المعاصرون فقد أكثروا من تعريف الضرر، ومن ذلك القول بأنه: إتلاف جزئي، أو كلي لشيء مادي(٤).

ولكن يؤخذ على هذا التعريف أنه قصر الضرر على مجرد الإتلاف المادي فقط، فجعله خاصا بالضرر المالي، دون الضرر البدني، أو المعنوي.

ولذا كان من الأفضل القول بأن الضرر: إلحاق مفسدة بغيره مطلقا.

فهذا التعريف يشمل كل أنواع الضرر، سواء أكان ماديا أم أدبيا، وسواء

(١) سورة الأنبياء من الآية رقم ٨٣.
(٢) سورة يوسف من الآية رقم ٨٨.
(٣) أحكام القرآن لابن العربي ٨١/١.
(٤) النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاتة ص١٨٧، طبعة مطبعة الاعتماد بالقاهرة بدون تاريخ.

أكان ضررا واقعا على الأبدان، أم واقعا على الأموال، وكذا يشمل أسباب الضرر، سواء في ذلك المجاوزة لحدود الله -عز وجل- بالاعتداء على ما للآخرين من حقوق، أو رخص رخصها الله سبحانه لهم، وهو ما يعرف بالتعدي، أو المجاوزة باستعمال الإنسان ما له من حق أو رخصة، ولكن يستعمله على وجه الإخلال بمقصود الشارع، وبطريق يجاوز فيه ما رتبه له الشرع من حقوق، وهو ما يعرف قانونا باسم "التعسف في استعمال الحق"، وكذا المجاوزة عن طريق الإهمال في بذل العناية الواجبة للحفاظ على حقوق الآخرين ودفع الاعتداء عنهم، وهو ما يعرف بالتفريط والتقصير[1].

أنواع الضرر:

ينقسم الضرر باعتبارات مختلفة إلى أنواع عديدة:

١- فهو يتنوع باعتبار مقداره إلى نوعين: ضرر يسير، وضرر كثير أو فاحش.

أ- أما الضرر اليسير، فهو ما لا يمكن التحرز منه، ولا يمكن تجنبه في المعاش، وليس فيه كبير مضرة، وهذا النوع لا يسمى ضررا حقيقة، وقد اتفق الفقهاء[2] على أن هذا النوع من الضرر تجري فيه المسامحة والعفو وعدم المؤاخذة، لكثرة وقوعه في مشكلات الحياة، ومن ذلك مثلا قول ابن قدامة: "لو قام المالك بتعلية داره على وجه لا يترتب عليه كشف دار جاره، فليس للجار

(١) ينظر: الضرر في الفقه الإسلامي للدكتور أحمد موافي ص٩٦ وما بعدها، الطبعة الأولى ١٩٩٧م دار ابن عفان للنشر والتوزيع بالقاهرة.

(٢) ينظر: المبسوط ٢٢/٢، بريقة محمودية للخادمي ٢٣٣/٤، المنتقى للباجي ٤٢/٦، المجموع للنووي ١٠٨/١١، المغني لابن قدامة ٢٩٢/٧، المبدع لابن مفلح ٢٧٧/٦، الطرق الحكمية لابن القيم ص٢٢٢، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٥١/٢.

الآخر أن يمنعه عن ذلك"[١].

وجاء في المنتقى "إن كانت في داره نخلة أو شجرة إذا صعد عليها ليجنيها أطل على ميدان جاره، فإنه لا يكلف بقلعها، لكن يجب عليه أن يؤذن جاره قبل صعوده"[٢].

ب- وأما الضرر الفاحش، فهو كل ما يمنع الحوائج الأصلية، أو يؤدي إلى وقوع الضرر غير المغتفر، وقد اتفق الفقهاء[٣] على أن هذا النوع من الضرر من الأمور التي جاء الشرع بنفيها، وأمر بإزالتها، نظرا لما يترتب عليها من المفاسد العظيمة التي تكدر صفو الحياة بين الناس، وتتسبب في خلق كثير من الخصومات والخلافات بين الضار والمضرور، وذلك لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح[٤]، ومثال الضرر الفاحش ما جاء في مواهب الجليل "إحداث الفرن أو المعصرة داخل الأحياء السكنية مما يترتب عليه إلحاق الأذى بالجيران، نتيجة للأدخنة المنبعثة من الفرن، والروائح المنبعثة من المعصرة، وبالتالي فإنها تزال، وهذا الحكم معلق على حصول الضرر الكثير الذي لا يقدر على احتماله، أما إذا انتفى الضرر، فلم يصدر عن ذلك الفرن دخان يؤذي المجاورين، أو لم ينتج عن تلك المعصرة رائحة تؤذي المجاورين فإنها لا تزال، وذلك لانتفاء علة الإزالة"[٥].

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٠٣/٦.

(٢) المنتقى للباجي ٤٢/٦.

(٣) ينظر: المبسوط ١٦/١٦، معين الحكام للطرابلسي ص١٦٢، بريقة محمودية ٢٣٣/٤، المنتقى للباجي ٤١/٦، تبصرة الحكام لابن فرحون ٣٥٢/٢، حاشية البيجرمي على الخطيب ٨٥/٤، المغني ١٥٩/٥، مطالب أولي النهى ٤٨/٦.

(٤) ينظر في القاعدة: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٣، وما بعدها.

(٥) مواهب الجليل ١٢٩/٧.

٢- وأما أنواع الضرر باعتبار الحق الواقع عليه، فهو ينقسم إلى نوعين: ضرر مادي، وضرر أدبي.

أ- فأما الضرر المادي، فقد عرف بأنه: ما يصيب الإنسان في جسمه أو ماله[١]، وهو بدوره يتنوع إلى نوعين، أحدهما: ضرر جسماني، وهو ما يصيب الإنسان في جسمه من جراح يترتب عليها تشويه فيه، أو عجز عن العمل، أو ضعف في الكسب، ونحو ذلك، والثاني: ضرر مالي، وهو عبارة عن كل أذى يصيب الإنسان، فيسبب له خسارة مادية في أمواله، سواء أكانت ناتجة عن نقص قدرها، أم عن نقص منافعها، أم عن زوال بعض أوصافها.

ب- وأما الضرر المعنوي، ويطلق عليه في الوقت الحاضر الضرر الأدبي، فقد عرف بأنه: الأذى الذي لا يترتب عليه إتلاف مال أو نفس أو عضو، وإنما يترتب عليه ضرر بعاطفة الشخص[٢]، من مثل السب والقذف والشتم.

٣- وأما أنواع الضرر باعتبار مداه، فهو ينقسم إلى نوعين: ضرر عام، وضرر خاص.

أ- أما الضرر العام، فهو عبارة عما يلحق جملة الناس من الأذى دون تعيين لواحد أو مجموعة معينة منهم، وهذا الضرر واجب الإزالة، سواء أكان فاحشا أم غير فاحش، نظرا لأن كون الضرر عاما كاف في حد ذاته لاعتباره ضررا فاحشا، مثال ذلك إلقاء ماء المسيل أو أقذار مخلفات الدار في الطريق

(١) ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف ص٤٦، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني للدكتور محمد فتح الله النشار، ص١٦٩، طبعة دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية سنة ٢٠٠٢م.

(٢) ينظر: النظرية العامة للموجبات والعقود للدكتور صبحي محمصاني ص٥٥، الضرر في الفقه الإسلامي للدكتور أحمد موافي ص٤٠.

العام، فإن ذلك يعتبر ضررا عاما حكمه الإزالة مطلقا[1].

ب- وأما الضرر الخاص فهو الذي يقع على آحاد الناس لا عمومهم، فالمتضرر فيه فرد أو جماعة معينة، وليس مجموع الناس، فمعيار التفرقة بين نوعي الضرر هنا مدى اتساع نطاقه، فما أصاب الجميع كان عاما، وما أصاب طائفة منهم كان خاصا، والنوعان واجبا الإزالة، وإن كان الضرر العام مقدما في دفعه على الضرر الخاص[2].

حكم إيقاع الضرر بالغير:

اتفق الفقهاء[3] على أن إيقاع الشخص الضرر بغيره حرام شرعا، وأنه يجوز لمن وقع عليه الضرر أن يدفعه بكل ما يستطيع دفاعا عن نفسه وماله وأهله وعرضه، بحسب نوع الضرر الواقع، والقدر اللازم لدفعه.

واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة:

أما الكتاب:

فآيات عديدة تبين أن الضرر بكل صوره حرام شرعا، ومن ذلك ما يلي:

(١) ينظر: المبسوط ١٥٩/٢٠، بدائع الصنائع ١٩١/٦، البحر الرائق ١٩٣/٦، شرح فتح القدير ٤٤٩/٥، قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ٤٥/٢، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

(٢) ينظر: غمز عيون البصائر للحموي ٢٨٠/١، تبيين الحقائق للزيلعي ٢٤٣/٣، العناية شرح الهداية للبابرتي ٤٤٧/٥، الجوهرة النيرة للعبادي ٢٥٨/٢.

(٣) ينظر: المنتقى للباجي ٢٤٠/٦، فتح الباري ١٢٤/٥، سبل السلام ٣٦٢/٣، نيل الأوطار للشوكاني ٣١١/٥، فيض القدير للمناوي ٤٣١/٦، المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا ٩٧٧/٢ وما بعدها، النظرية العامة للموجبات والعقود للدكتور صبحي محمصاني ص١٦٧.

١- قوله تعالى ﴿وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُواْ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾(١).

وجه الدلالة:

نهى الله -ﷻ- في هذه الآية الكريمة الرجل عن إمساك المرأة وعدم طلاقها بالمعروف، لمجرد إيقاع الضرر بها، لا رغبة في الإصلاح، وعدَّ ذلك ظلما وعدوانا، فدل صراحة على حرمة إيقاع الضرر بالغير أيا ما كانت صلته به.

٢- قوله تعالى ﴿لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ﴾(٢).

وجه الدلالة:

تعد الآية هنا أصلا في نفي الضرر من وجوه متعددة، وتحريم وقوع الضرر بكل صوره من الجميع، حيث حرمت وقوعه على الأم أو الأب أو المولود.

٣- قوله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ﴾(٣).

وجه الدلالة:

جاءت هذه الآية في سياق بيان مشروعية الوصية، وقد قيدتها بشرط ألا يكون المراد بها إيقاع الضرر بالورثة، فدل ذلك على حرمة الضرر بأنواعه.

وأما السنة:

فأحاديث عديدة منها:

١- عن أبي سعيد الخدري ﷺ أن رسول الله ﷺ قال "لا ضرر ولا ضرار،

(١) سورة البقرة من الآية رقم ٢٣١.
(٢) سورة البقرة من الآية رقم ٢٣٣.
(٣) سورة النساء من الآية رقم ١٢.

من ضار ضره الله، ومن شاق شق الله عليه"[١].

وجه الدلالة:

فقد ذكر الشراح[٢] لكتب السنة أن هذا الحديث يمثل قاعدة كبرى من قواعد الإسلام في نفي الضرر بكل صوره، وأنه أحد الأصول الخمسة التي بني عليها الفقه الإسلامي، والتي تبين حرمة إيقاع الضرر بالغير ورفعه بمجرد وقوعه.

٢- عن أبي بكر الصديق ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: "ملعون من ضار مؤمنا أو مكر به"[٣].

وجه الدلالة:

وفي هذا الحديث تحذير شديد من النبي ﷺ عن إيقاع الضرر بالغير، وأن عقاب ذلك يصل إلى حد اللعن والطرد من رحمة الله، فدل ذلك على تحريم إدخال الضرر على المؤمن بأي صورة وعلى أي وجه.

شروط تحريم الضرر:

اشترط الفقهاء[٤] لتحريم الضرر شروطا عدة أذكرها بإيجاز فيما يلي:

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك وقال: حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجه، المستدرك للحاكم ٦٦/٢، وأخرج مثله البيهقي عن عبادة بن الصامت ، السنن الكبرى ١٥٦/٦، ولم يعلق عليه. .

(٢) ينظر: التمهيد لابن عبد البر ١٥٨/٢٠، شرح الزرقاني على الموطأ ٤١/٤، نيل الأوطار ٣٨٧/٥.

(٣) أخرجه الترمذي في كتاب الأشربة، باب ما جاء في الخيانة والغش، حديث رقم١٩٤١، وقال: هذا حديث حسن غريب، سنن الترمذي ٣٣٢/٤.

(٤) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبه الزحيلي ٣٥/٤، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد عثمان شبير ص١٧١ وما بعدها، الطبعة الأولى ٢٠٠٠م دار الفرقان بالأردن، وقد وردت تلك الشروط في نصوص فقهية كثيرة =

١- أن يكون الضرر محققا، أي واقعا في الحال، أو مؤكد الوقوع في المستقبل، فإن كان الضرر غير محقق لم يشرع دفعه، لأن الأحكام الشرعية لا تبنى على أمر موهوم أو نادر الحصول.

٢- أن يكون الضرر فاحشا لا يسيرا، فالضرر الذي يشرع دفعه هو الضرر الفاحش، والعبرة في تحديد فحش الضرر الرجوع إلى العرف والعادة ما لم يخالف شرع الله تعالى.

٣- أن يكون الضرر واقعا بغير حق، أي باعتداء على الغير، فإن كان واقعا بحق، فلا يعد هذا العقاب النازل به ضررا يشرع دفعه عنه، فمن وجب عليه القصاص، أو أي عقوبة شرعية أخرى، لا يصح لأحد أن يساعده على الهرب من تنفيذ العقوبة احتجاجا بدفع الضرر عنه.

٤- أن يكون الضرر مخلا بمصلحة مشروعة للمضرور، فإن كانت المصلحة غير مشروعة فإن الضرر لا يكون معتبرا إذا وقع عليها، ومثال ذلك إتلاف خمر لمسلم، وإتلاف آلات اللهو المحرمة له، فإن هذا لا يعد ضررا، لأن الخمر ليس مالا في حقه حتى يتضرر بإتلافه.

٥- أن يكون الضرر مخلا بمصلحة مستحقة للمتضرر، فإذا كانت المصلحة غير مستحقة له فلا يعد الإخلال بها ضررا، كهدم ما بني في أرض غيره بدون وجه حق، فإنه لا يعد ضررا بحال، بل هو إزالة للضرر عن المعتدى على أرضه[1].

فإن توافرت هذه الشروط وجب دفع الضرر بلا خلاف، وإن اختل أحدها فلا

=ولم يذكرها الفقهاء في مواضعها بنصها، ينظر مثلا: المبسوط ١٦/١٦، معين الحكام للطرابلسي ص١٦٢، شرح فتح القدير ٣٢٤/٧، البحر الرائق ٣٢/٧، حاشية ابن عابدين ٢٣٧/٥.

(١) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبه الزحيلي ٣٥/٤، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد عثمان شبير ص١٧١ وما بعدها.

مجال لتطبيقه، ولو طبقنا تلك الشروط على الشرط الجزائي لوجدناه يرفع ضررا واقعا على الغير في حال عدم تنفيذ أو التأخر في التنفيذ للعقد المتفق عليه، ومن هنا جاز اشتراطه كما ذكر قرار المجمع بضوابطه.

الخاتمة:

توصلت من خلال الدراسة إلى النتائج التالية:

١-أن الشرط الجزائي يختلف عن البيع بالعربون، والفارق بينهما واضح كما بينت في صلب الموضوع.

٢-بعد بيان صورة الشرط الجزائي يظهر أنه قضية قديمة في مضمونها وإن كانت معاصرة في شكلها، فقد تناول الفقهاء شروطاً مماثلة في كتبهم، واختلفوا حول حكمها في صور متعددة .

٣-الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه لا يجوز، لأنه عبارة عن دين ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير، لأنه ربا صريح بلا خلاف.

٤-للقاضي الحق في تعديل الشرط الجزائي متى رآه مجحفاً لأحدهما، لأن الأصل فيه وقوع الضرر بناء على خطأ من المدين بالالتزام، فلو كان الخطأ خارجاً عن إرادته ولا يد له فيه لم يستحق الدائن الشرط الجزائي .

٥-الشرط الجزائي ملزما للمدين المماطل الذي تسبب في وقوع الضرر على الدائن بسبب الامتناع أو التأخير في القيام بما التزم به من عمل في عقد المقاولة أو التوريد أو الإستصناع عن وقته، ولم يكن الالتزام ديناً من الديون، كالسلم أو قسط من الأقساط.

المراجع

١-القرآن الكريم.
٢- الأعلام لخير الدين الزركلي، الطبعة الخامسة ١٩٨٢م، دار العلم للملايين بيروت.
٣- الأشباه والنظائر لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الطبعة الأولى ١٤١١هـ ١٩٩١م دار الكتب العلمية بيروت.
٤- أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، سنة ١٩٩٢م، دار أولي النهى بالرياض .
٥- أحكام القرآن لأبى بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت.
٦- أحكام الالتزام للدكتور جلال محمد إبراهيم ، طبعة مطبعة الإسراء، سنة ٢٠٠٠م.
٧- أصول أحكام الالتزام والاثبات، للدكتور جلال علي العدوي، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٠، الناشر منشأة المعارف
٨- البحر الرائق شرح كنز الدقائق للزين الدين إبراهيم بن نجيم، طبعة دار الكتاب الإسلامي.
٩- بريقة محمودية في شرح طريقة محمدية وشريعة نبوية لمحمد بن مصطفى الخادمي، طبعة دار إحياء الكتب العربية.
١٠- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاساني الملقب بملك العلماء، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت.
١١- تبصرة الحكام في الأقضية والأحكام لابن فرحون لإبراهيم بن علي بن فرحون اليعمري طبعة دار الكتب العلمية، بيروت.
١٢- التمهيد لما في الموطأ من الأسانيد لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، طبعة وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالمغرب

سنة ١٣٨٧هـ.
١٣- تحرير الكلام في مسائل الالتزام، للحطاب، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٤م، دار المغرب الإسلامي.
١٤- تهذيب التهذيب لشيخ الإسلام شهاب الدين أبى الفضل أحمد بن على بن حجر العسقلاني الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م، دار الفكر بيروت.
١٥- تهذيب الكمال في أسماء الرجال لجمال الدين أبى الحجاج يوسف المزى، الطبعة الثانية ١٩٩٢م، مؤسسة الرسالة، بيروت، بتحقيق الدكتور بشار عواد معروف.
١٦- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للعلامة فخر الدين عثمان بن على الزيلعي الحنفي، طبعة دار الكتاب الإسلامي، بيروت.
١٧- الثقات لأبي حاتم محمد بن حبان البستي، الطبعة الأولى ١٣٩٥هـ، ١٩٧٥م، دار الفكر.
١٨-الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري لأبى بكر بن محمد بن على الحدادي العبادي اليمني، الطبعة الأولى ١٣٢٢هـ، المطبعة الخيرية بمصر.
١٩- حاشية رد المحتار المعروف بحاشية ابن عابدين لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، الطبعة الثانية ١٤١٢هـ ١٩٩٢م، دار الفكر بيروت.
٢٠- حاشية البجيرمي شرح على الخطيب المسمى تحفة الحبيب على شرح الخطيب للشيخ سليمان البيجرمي، طبعة دار الفكر بيروت.
٢١- حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني ، للدكتور محمد فتح الله النشار، طبعة دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ، سنة ٢٠٠٢م .
٢٢- سبل السلام شرح بلوغ المرام للإمام محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، طبعة دار الحديث بالقاهرة.
٢٣- سير أعلام النبلاء للإمام شمس الدين الذهبي، الطبعة التاسعة ١٤١٣هـ،

١٩٩٣م، مؤسسة الرسالة، بيروت.
٢٤- شرح فتح القدير للكمال بن الهمام، طبعة دار الفكر.
٢٥- شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولى النهى لشرح المنتهى لمنصور بن يونس البهوتي، طبعة دار عالم الكتب، بيروت.
٢٦- شرح الزرقاني على الموطأ للشيخ محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، الطبعة الأولى ١٤١١هـ، ١٩٩٠م، دار الكتب العلمية بيروت.
٢٧- صحيح البخاري للإمام محمد بن إسماعيل البخاري، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م دار ابن كثير.
٢٨- صحيح مسلم المعروف بالجامع الصحيح للإمام مسلم بن الحجاج القشيري، الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٢٩- سنن الترمذي للإمام أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٣٠- السنن الكبرى للبيهقي ،للإمام أبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقي ، طبعة مكتبة الباز بمكة، سنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
٣١- الضمان في الفقه الإسلامي، للشيخ على الخفيف، طبعة دار الفكر العربي سنة ١٩٦٧م.
٣٢- الضرر في الفقه الإسلامي، الدكتور أحمد موافي، الطبعة الأولى١٩٩٧م، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، القاهرة.
٣٣- الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، للدكتور عبد المحسن سعد الرويشد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ١٤٠٤هـ الموافق١٩٨٣م
٣٤- الشرط الجزائي للدكتور محمد حسين الدصوا، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة جامعة الكويت عدد رقم ٥٨ رجب ١٤٢٥، سبتمبر سنة ٢٠٠٤م أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية ٢١٤/١ الطبعة الثانية ١٩٩٢م دار أولى النهى بالرياض.

٣٥- الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة، للدكتور علي السالوس، بحث منشور بمجلة المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، العدد الرابع عش، الصادر سنة ١٤٢٢هـ
٣٦- الشرط الجزائي، للدكتور الصديق الأمين الضرير، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الثاني عشر، الصادر سنة ١٤٢١هـ الموافق ٢٠٠٠م.
٣٧- الشرط الجزائي ومختلف صوره وأحكامه، للدكتور حمداتي شبيهتا ماء العينين ، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الثاني عشر.
٣٨- الشرط الجزائي، للدكتور ناجي شفيق عشم، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
٣٩- الشرط الجزائي في الشريعة والقانون، للدكتور زكي الدين شعبان، مجلة الحقوق، يصدرها مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت.
٤٠- العناية في شرح الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي، طبعة دار الفكر بيروت.
٤١- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لشمس الدين بن قيم الجوزية، طبعة مكتبة دار البيان.
٤٢- غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للسيد أحمد بن محمد الحنفي الحموي، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م، دار الكتب العلمية، بيروت.
٤٣- الفقه الإسلامي وأدلته، للأستاذ الدكتور وهبه بن مصطفى الزحيلي، دار الفكر، سورية، دمشق.
٤٤- فتح الباري بشرح صحيح البخاري للحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلاني، طبعة دار المعرفة، بيروت، سنة ١٣٧٩هـ.
٤٥- فيض القدير لعبد الرءوف المناوي، الطبعة الأولى ١٣٥٦هـ، المكتبة

التجارية الكبرى بمصر.
٤٦- القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد عثمان شبير، الطبعة الأولى ٢٠٠٠م دار الفرقان- الأردن.
٤٧- قواعد الأحكام في مصالح الأنام لعز الدين عبد العزيز بن عبد السلام الدمشقي المصري، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.
٤٨- قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد للدكتور نزيه حماد، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ ٢٠٠١م، دار القلم بدمشق، والدار الشامية بيروت.
٤٩- لسان العرب لجمال الدين بن منظور الإفريقي، الطبعة الأولى، بدون تاريخ، دار صادر بيروت.
٥٠- المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق
٥١- المصنف للحافظ أبى بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ، المكتب الإسلامي بيروت.
٥٢- المعجم الأوسط لأبي القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني، طبعة دار الحرمين بالقاهرة سنة ١٤١٥هـ.
٥٣- المبسوط لشمس الدين محمد بن أحمد بن أبى سهل السرخسي، طبعة دار المعرفة، بيروت ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م.
٥٤- المبدع لابن مفلح في شرح المقنع لأبى إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي، طبعة المكتب الإسلامي.
٥٥- المجموع شرح المهذب لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، طبعة مكتبة الإرشاد بجدة بدون تاريخ.
٥٦- المصنف في الأحاديث والآثار للحافظ أبى بكر عبد الله بن محمد بن أبى شيبه الكوفي العبسي، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ، مكتبة الرشد بالرياض.
٥٧- المصنف للحافظ أبى بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ، المكتب الإسلامي بيروت.

٥٨- المنتقى شرح موطأ مالك لأبى الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي
٥٩- المغني لموفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، طبعة دار عالم الكتب.
٦٠- مناقصات عقود التوريد الدكتور رفيق المصري، المنشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع.
٦١- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نور الدين على بن أبى بكر الهيثمي، طبعة دار الريان للتراث بمصر، سنة ١٤٠٧هـ.
٦٢- معجم مقاييس اللغة لابن فارس، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر ١٣٩٩هـ، ١٩٧٩م.
٦٣- معجم لغة الفقهاء ، لمحمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، دار النفائس للطباعة والنشر، الثانية، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م .
٦٤- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، أعداد وسنوات مختلفة، تصدر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة.
٦٥- مختار الصحاح لمحمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازي، طبعة مكتبة لبنان بيروت سنة ١٩٩٦م.
٦٦- معين الحكام يما تردد بين الخصمين من أحكام، لأبوالحسن علاء الدين علي بن خليل للطرابلسي الحنفي، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٦٧- مناقصات عقود التوريد الدكتور رفيق المصري، المنشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع.
٦٨- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نور الدين على بن أبى بكر الهيثمي، طبعة دار الريان للتراث بمصر، سنة ١٤٠٧هـ.
٦٩- معجم مقاييس اللغة لابن فارس، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر ١٣٩٩هـ، ١٩٧٩م.
٧٠- معجم لغة الفقهاء ، لمحمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، دار

النفائس للطباعة والنشر، الثانية، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م .
٧١- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى مصطفى الرحيباني، للمصطفى السيوطي الرحيباني، الطبعة ١٤١٥هـ ١٩٩٤م، المكتب الإسلامي بيروت.
٧٢- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لأبى عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ ١٩٧٨م، دار الفكر.
٧٣- النظرية العامة للالتزام، للدكتور جميل الشرقاوي، طبعة دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٦م.
٧٤- النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ، للدكتور شفيق شحاته ، طبعة مطبعة الاعتماد بالقاهرة بدون تاريخ .
٧٥- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، للدكتور صبحي رجب محمصاني، الناشر دار العلم للملايين، الطبعة الثالثة ،١٩٨٣م
٧٦- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار لمحمد بن على الشوكاني، طبعة دار الحديث بالقاهرة.
٧٧- نظرية الالتزام، للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت، طبعة مطبعة مصر، سنة ١٩٤٥م
٧٨- نظرية الالتزام، للدكتور أحمد شرف الدين، طبعة المؤلف، سنة ٢٠٠٢م
٧٩- نظرية الشرط في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي مع المقابلة بالقوانين الوضعية، للدكتور حسن علي شاذلي، دار كنوز اشبيليا، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م .