أثر السنة النبوية في تقويم الشروط المقترنة بالعقود الشرط الجزائي أنموذجا.

د. قبلي بن هني - جامعة الأغواط – الجزائر

الملخص:

يحتاج الناس في كل عصر ومَصر إلى معرفة مختلف أحكام العقود ومآلاتها، وخاصة ما استجد منها وأحدثه أرباب المال في السوق التجارية، ونحن نعلم أن الشريعة شاملة لكل شيء يحتاجه نظام الناس وتنظيم حياتهم ومعاملتهم، فقد تكلفت ببيان ما يحقق مصالح الأمة في العاجل والآجل.وعليه فقد توخيت إبانة جانب من باب العقود وما يتعلق بها من شروط، وفق مستجدات عصرية.وخصصت بحثي فيما يسمى بـ "الشرط الجزائي"، لما له من الأهمية بمكان في عقود الناس في عصرنا، وهل هو ضرب من الربا المحرم أم هو جائز ونافذ؟.

Summary

In every time end place, people need the different knowledge about the Provisions of contracts. Specially, the news of money's Owners in the commercial market. All we know that shari'ah gives the global needs for the human lives and their deals. Accordingly, I clarify the Conditions of contracts through the modern development. And I did my research on "The penalty clause" because of the necessity in the people contracts during this period and if it is a kind of forbidden usury or it is legal one?

مقدمة:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إن نظرية الشريعة الإسلامية قد قامت على ثلاثة أركان تنضبط فيها سائر تصرفات أتباعها بعد استصلاحهم، جمعت في قوله تعالى: {**يَأْمُرُهُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ**}[الأعراف:157].وعلى هذا الأساس جاءت شريعة ربنا بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها. والصلاح علة في التشريع انبنت عليه بواعثه من الحكم والمقاصد.ومن تلك الأصول والكليات ما يدركه عامة العقلاء، وهذا حيز عموم أحكام الشريعة. أما ما خفي من تلك البواعث أو كانت غير منتشرة علق الحكم بمظنتها، وتم تحصيل تصورات المتشرعين حينها على وفق مطلب الذرائع سدا وفتحا.

والأصل في كل ما يحتاجه الناس في معاشهم، كان من الجنس الأول، ولذلك خول الشارع للمكلفين في تعاقدهم واشتراطهم حسب ما تقتضيه مصالحهم التي أذن فيها ابتداء. لأن "الشريعة قد جاءت في هذه العادات بالآداب الحسنة، فحرمت منها ما فيه فساد وأوجبت ما لا بد منه وكرهت ما لا ينبغي، واستحبت ما فيه مصلحة راجحة في أنواع هذه العادات ومقاديرها وصفاتها"[1].

والعقود في الجملة تختلف مآلاتها باختلاف طبيعة محل كل منها[2]، فقد يكون المعقود عليه موجودا أو غير موجود، وحينئذٍ يؤول العقد إما إلى بيع أو إلى سلم[3]، وهي بذلك تؤول إلى ما يُعرف بعقود التوريد، وقد يكون محل العقد عملاً أو منفعة، وفي هذه الحالة يؤول العقد إما إلى إجارة[4] أو إلى استصناع، وهي بذلك تؤول إلى ما يُعرف بعقود المقاولة[5].

والحاصل أن الشريعة شاملة لكل شيء يحتاجه نظام الناس وتنظيم حياتهم ومعاملتهم. مما يضمن استمراريتها ومرونة سريانها بينهم، فقد تكلفت ببيان ما يحقق مصالح الأمة في العاجل والآجل.ومن أهم ما أولته الشريعة اهتماما باب العقود وما ينطوي تحتها من الأحكام والمقاصد. وعلى غرار ذلك قد توخيت إبانة جانب من باب العقود وما يتعلق بها من شروط، وفق مستجدات عصرية. وقد ارتأيت بحث ما أطلق عليه الفقهاء بـ" الشرط الجزائي"، وأنبه أن هذا الموضوع متسع المضامين قابل للاستحواذ على استقطاب جميع المستجدات العلمية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

للعصر. فإنه "للناس خلاف كثير في تصحيح الشروط، وإبطالها والتفصيل فيها، وذلك مقرر في مواضعه من كتب الفقه وغيرها"[6].

- **أصول العقود[7] في الشريعة:**

لقد تنوعت وتعدد أنواع العقود في الشريعة بمقتضى حال العقد[8].وكلها آيلة إلى جملة من الأصول تحصيلا لجلب النفع العام وتفعيلا للقاعدة الشرعية "أن الشريعة مبنية على التيسير ورفع الحرج"، وتلكم الأصول التي سيقت لتحقيق مقصود الشارع وتتفرع عنها جزئياتها هي:

1- **الأصل في العقود الإباحة** وما يتصل بها من شروط ما لم يمنعها الشرع أو تخالف نصوصه وكلياته[9]. قال شيخ الإسلام وابن تيمية في حكاية القول الثاني: "الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله، نصا أو قياسا، عند من يقول به. وأصول أحمد المنصوصة عنه: أكثرها يجري على هذا القول. ومالك قريب منه، لكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط[10]. فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه. وعامة ما يصححه أحمد من العقود والشروط فيها يثبته بدليل خاص من أثر أو قياس، لكنه لا يجعل حجة الأولين مانعا من الصحة، ولا يعارض ذلك بكونه شرطا يخالف مقتضى العقد، أو لم يرد به نص. وكان قد بلغه في العقود والشروط من الآثار عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة ما لا تجده عند غيره من الأئمة، فقال بذلك وبما في معناه قياسا عليه، وما اعتمده غيره في إبطال الشروط من نص، فقد يضعفه أو يضعف دلالته. وكذلك قد يضعف ما اعتمدوه من قياس[11].

وقال ابن القيم في بحث يرد به على من قال بعدم إحاطة النصوص بالحوادث: "الخطأ الرابع لهم اعتقادهم أن عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم كلها على البطلان حتى يقوم دليل على الصحة فإذا لم يقم عندهم دليل على صحة شرط أو عقد أو معاملة استصحبوا بطلانه فأفسدوا بذلك كثيرا من معاملات الناس وعقودهم وشروطهم بلا برهان من الله بناء على هذا الأصل وجمهور الفقهاء على خلافه وأن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أو نهى عنه وهذا القول هو الصحيح فإن الحكم ببطلانها 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 دينا إلا ما شرعه الله فالأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر والأصل

في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم"[12].

2- **الأصل في العقود اللزوم لا التخيير إلا بشرط**[13]: قال الإمام القرافي في الفرق السادس والتسعون والمائة: "اعلم أن الأصل في العقود اللزوم، لأن العقود أسباب لتحصيل المقاصد من الأعيان، والأصل ترتب المسببات على أسبابها"[14]. وقال الشيخ الطاهر بن عاشور : فمصلحة العقد بالأصالة في لزومه وتأخر اللزوم في هذه لمانع عارض"[15].

3- **الأصل في العقود الوفاء**: قال الإمام ابن القيم: "الأصل في العقود وجوب الوفاء إلا ما حرمه الله ورسوله، فإن المسلمين على شروطهم إلا شرطا أحل حراما، أو حرم حلالا، فلا يحرم من الشروط والعقود إلا ما حرمه الله ورسوله، وليس مع المانعين نص بالتحريم البتة، وإنما معهم قياس قد علم أن بين الأصل والفرع فيه من الفرق ما يمنع الإلحاق، وأن القياس الذي مع من أجاز ذلك أقرب إلى مساواة الفرع لأصله، وهذا ما لا
حيلة فيه"[16].

وقال الإمام صديق خان: "الوفاء بمطلق الشروط مشروع قال تعالى {**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**} وقال صلى الله تعالى عليه وآله وسلم "المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا" وهو حديث حسن ولكن هذا المخصص المتصل أعني قوله "إلا شرطا" الخ يدل على أن ما كان من الشروط بهذه الصفة لا يجب الوفاء به وكما يخصص عموم أول الحديث كذلك يخصص عموم الآية ويؤيد هذا المخصص الحديث المتفق عليه بلفظ "كل شرط ليس في كتاب الله ولا سنة رسوله فهو باطل" ولا يعارض هذا حديث "أحق الشروط" الخ. وهو متفق عليه ووجه عدم المعارضة أن عموم هذا الحديث مخصص بما قبله من الحديثين الدالين على أن الشروط التي تحلل الحرام أو تحرم الحلال مما ليس في كتاب الله ولا سنة رسوله لا يجب الوفاء

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بها"[17]. وقد وردت آيات وأحاديث كثيرة في الحث على الوفاء بالعهود والتحذير من نقضها، لا تكاد تخفى على ممارس الكتاب والسنة وأصول الشريعة، ولا ذي مروءة وعقل وحلم.

4- **الأصل في العقود التراضي وتناول مال الناس بطيب أنفسهم**: والصيغة بالجزم دليل عليه. وهو مدلول قوله تعالى: {**إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**} [النساء: 29] [النساء: 29] ، وقوله تعالى: {**فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا**} [النساء: 4] [النساء: 4]. ومصداقه في ما قال الرسول صلى الله عليه وسلم: «**إنما البيع عن تراض**»[18]. قال العلامة الأمين الشنقيطي: "أما المال فقد اقتضى التشريع الإسلامي بما اشتمل عليه من الحكم الباهرة وحفظه المصالح العامة وصيانته والمحافظة عليه بأحكم الطرق وأحسنها وأقومها ولذا حرم على المسلم أن يأخذ شيئا من مال أخيه إلا عن طيب نفس منه وحرم استلاب الأموال وابتزاز ثروات الأغنياء قال تعالى: {**ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون**} وقال تعالى: {**يا أيها الذين امنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**}"[19].

وهو أصل واضح لا يحتاج إلى إطناب ولا استنفاذ بالطلب اكتفاء بما في النفوس من الباعث عليه. مستثنيا من ذلك ما خامر النفوس من الدواعي الرديئة في حب أكل أموال الناس بالباطل. وقد ألمعت به حضا على انصراف الهمة إلى الفضائل والكمالات، وحث من أقام نفسه في مقام السعي والكد في محاسن الاكتساب. وأن ما عند الله لا ينال بمعصيته وأن ما في أيدي الناس لا ينال إلا بطيب أنفسهم، لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه"[20].

- **مبدأ التعاقد في مقاصد الشريعة الإسلامية بين الجلب والدفع:**

إن الإسلام جاء بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها، وإن عجز عن تحصيل كامل المصلحة وقدر على جزئها وجب ذلك، أو عجز عن تعطيل كامل المفسدة وقدر

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

على تقليلها وجب ذلك. ومن ذلك فإن العلة في باب الاشتراط في ما أذن فيه الشارع والجاري على سنن تصرفاته هي مراعاة النفع المتبادل وحفظ نظام الناس وحماية أموالهم من التلف.

فكل معاملة فيها غرر أو ضرر أو جهالة أو تبادل فيه محرم أو نجس، فإنها تخالف مقصود الشارع من تلك الجهة، وكل تعامل نيط بمصلحة راجحة شهد الشرع بجنسها أو نوعها فإنها معتبرة شرعا، وخاصة ما تعلق بتصرفات ولي الأمر لأن تصرف الإمام منوط بالمصلحة الشرعية. وكونه منزها عن العبث الذي لا حكمة له ولا منفعة به، ومن اعتبره كان به مناقضا لما ثبت في قاعدة المصالح[21]، التي لها أثر بين في تحصيل الأحكام وضبط قانون التعاقد.والله تعالى قد اعتنى بجانب المعاملات بيانا وتفصيلا، فـ" ما يظن بشريعة جاءت لحفظ نظام الأمة وتقوية شوكتها وعزها إلا أن يكون لثروة الأمة في نظرها المكان السامي من الاعتبار والاهتمام.."[22].

هذا لكونها تبني على حقوق الآدميين وهي راجعة في الجملة إلى المغالبة والمشاحة، ومن "مقاصد الشريعة رفع أسباب التواثب و التغالب"، وعليه فقد تعين تبيين أصول الاستحقاقات وكيفية الانتفاع بها في مختلف الأحوال والدواعي.

ومعظم قواعد التشريع المالي متعلقة بحفظ أموال الأفراد، وللناظر أن يلحظ عن كثب ما

وقته الشارع من الشروط[23] وتحديد ما يستحقه من الحدود على وجه التفصيل. حتى تتحقق فيه الفروع التي ترتبط حكمها بالمصالح ودرء الفساد جليا. والله تعالى يقول: {**وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ** } [الأنعام: 119]. مع أن الهدي العام هو اجتناب التفريع في زمن التشريع.

والمعلوم من قصد الشارع أن البواعث على تشريع تلكم التفاريع وتأصيل أحكامها، إنما يكون سببا شرعيا مقتضيا تفاصيل حدودها وشرائطها، مع بيان حكم تلك المشروطات ومكملاتها وما يلائمها من محدثات التصرفات التي لها ارتباط بمحاسن العادات.

ومن المجازفة أن تلغى في الاعتبار أو يزاد عليها أو تستبدل بما ينافيها أو يكون غير ملائم لمقصودها، لأنه رفع لحكم سببها وتعطيل لمقتضى مسبباتها، ويصير العمل مخالفا لقصد الشارع

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وخاصة ما يدخل العنت ويغبن به الناس. وهذا المعنى إنما يجري فيما إذا أطلق الشارع تصرفات المكلفين على غرار حاجاتهم وما ترتبت عليه تحقيق مصالحهم.

فالأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه، كما سبق الإشارة إليه.والحاصل أن مقصود الشارع من وضع العقود وتوقيت الشروط في التملكات والمكتسبات، إنما لقطع دابر الفساد والظلم والغبن والأذى، وإقامة العدل بين المتعاقدين، حفظا لحقوق الآدميين من التلف والضرر.

- **تعريف الشروط لغة واصطلاحا:**

الشرْط بسكون الراء لغة: إلزام الشيء والتزامه، ويجمع على شروط، وبمعنى الشرط الشريطة وجمعها الشرائط.والشرَط بفتح الراء معناه العلامة ويجمع على أشراط ومنه أشراط الساعة أي علاماتها[24].قال أبو الأسود الدؤلي:

لئن كنت أزمعت بالصرم بيننا فقد جعلت أشراط أوله تبدو

وهو في الاصطلاح: على معنيين:

المعنى الأول: وهو ما تصالح عليه أئمة الاصول من أن الشرط هو: ما أوجبه الشرع لصحة حيث يلزم من عدمه عدم المشروط، كما أنه لا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته[25].وقد عرفه الشاطبي بقوله: "ما كان وصفا مكملا لمشروطه فيما اقتضاه ذلك المشروط، أو فيما اقتضاه الحكم فيه"[26]. وقال الشيخ عبد الله الشنقيطي في المراقي:

ولازم من انتفاء الشــرط عدم مشروط لدى ذي الضبط
كسبب وذا الوجود لازم منه وما في ذلك شيء قـــائم[27]

وليس على هذا المعنى محل بحثنا. وإنما المراد به المعنى الثاني وهو: إحداث التزام في العقد لم يكن يدل عليه لولاه[28]، قال العلامة شهاب الدين الحموي: "الشرط هو التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصيغة مخصوصة"[29] فيكون المقصود بالشرط هو ما اقترن بالعقد إما كبند من

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بنوده، أو كملحق من ملحقاته المرتبطة به، حيث ألزمه العاقدان على نفسيهما فيه. ومن تلك الشروط التي تعارف عليها الناس، وتعلق بها وصف الصلاح والفساد، الشروط المقترنة بالعقود وأخص منها: "الشرط الجزائي"[30] يأتي بيانه.

- **الأحاديث المروية في باب الشروط:**

نوردها من وجهين:

1- على سبيل العموم:

- ما رواه البخاري في صحيحه: "باب ما يجوز من شروط المكاتب ومن اشترط شرطا ليس في كتاب الله" من حديث عروة أن عائشة رضي الله عنها أخبرته: أن بريرة جاءت تستفتيها في كتابتها ولم تكن قضت من كتابتها شيئا. فقالت لها عائشة: (**ارجعي إلى أهلك فإن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك ويكون ولاؤك لي فعلت**) فذكرت ذلك بريرة لأهلها فأبوا، وقالوا: إن شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل ويكون ولاؤك لنا، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**ابتاعي فأعتقي، فإنما الولاء لمن أعتق**" قال: ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "**ما بال أناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له وإن شرط مائة شرط، شرط الله أحق وأوثق**"[31].

- وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «**أرادت عائشة رضي الله عنها أن تشتري جارية لتعتقها**، فقال أهلها: **على أن ولاءها لنا**، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**لا يمنعك ذلك، فإنما الولاء لمن أعتق**»[32].

قال الحافظ ابن حجر: "جمع في هذه الترجمة بين حكمين وكأنه فسر الأول بالثاني وأن ضابط الجواز ما كان في كتاب الله وسيأتي في الشروط أن المراد بما ليس في كتاب الله ما خالف كتاب الله وقال بن بطال المراد بكتاب الله هنا حكمه من كتابه أو سنة رسوله أو إجماع الأمة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقال بن خزيمة ليس في كتاب الله أي ليس في حكم الله جوازه أو وجوبه لا أن كل من شرط شرطا لم ينطق به الكتاب يبطل لأنه قد يشترط في البيع الكفيل فلا يبطل الشرط ويشترط في الثمن شروط من أوصافه أو من نجومه ونحو ذلك فلا يبطل.

قال النووي: قال العلماء الشروط في البيع أقسام أحدها يقتضيه إطلاق العقد كشرط تسليمه الثاني شرط فيه مصلحة كالرهن وهما جائزان اتفاقا الثالث اشتراط العتق في العبد وهو جائز عند الجمهور لحديث عائشة وقصة بريرة الرابع ما يزيد على مقتضى العقد ولا مصلحة فيه للمشتري كاستثناء منفعته فهو باطل. وقال القرطبي: قوله ليس في كتاب الله أي ليس مشروعا في كتاب الله تأصيلا ولا تفصيلا. ومعنى هذا أن من الأحكام ما يؤخذ تفصيله من كتاب الله كالوضوء ومنها ما يؤخذ تأصيله دون تفصيله كالصلاة ومنها ما أصل أصله كدلالة الكتاب على أصلية السنة والإجماع وكذلك القياس الصحيح فكل ما

يقتبس من هذه الأصول تفصيلا فهو مأخوذ من كتاب الله تأصيلا"[33].

وقال شيخ الإسلام في القواعد النورانية: "من هذا الحديث حجتان: إحداهما: قوله: ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل فكل شرط ليس في القرآن ولا في الحديث ولا في الإجماع: فليس في كتاب الله، بخلاف ما كان في السنة أو في الإجماع فإنه في كتاب الله بواسطة دلالته على إتباع السنة والإجماع. ومن قال بالقياس وهم الجمهور قالوا: إذا دل على صحته القياس المدلول عليه بالسنة، أو بالإجماع المدلول عليه بكتاب الله: فهو في كتاب الله.

الحجة الثانية: أنهم يقيسون جميع الشروط التي تنافي موجب العقد على اشتراط الولاء؛ لأن العلة فيه؛ كونه مخالفا لمقتضى العقد، وذلك لأن العقود توجب مقتضياتها بالشرع فيعتبر تغييرها تغييرا لما أوجبه الشرع، بمنزلة تغيير العبادات، وهذا نكتة القاعدة، وهي أن العقود مشروعة على وجه، فاشتراط ما يخالف مقتضاها تغيير للمشروع"[34].

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

– وروى أبو داود من حديث سليمان بن بلال حدثنا كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا أحل حراما، أو حرم حلالا، والمسلمون على شروطهم**"[35].

قال العلامة الخطابي: "الصلح يجري مجرى المعاوضات ولذلك لا يجوز إلاّ فيما أوجب المال ولا يجوز في دعوى القذف ولا على دعوى الزوجية وعلى مجهل ولا أن يصالحه من دين له على مال نسيه لأنه من باب الكال بالكال ولا يجوز الصلح في قول مالك على الإقرار، ولا يجوز في قول الشافعي على الإنكار. وجوزه أصحاب الرأي على الإقرار والإنكار معاً. ونوع آخر من الصلح وهو أن يصالحه في مال على بعضه نقداً وهذا من باب الحظ والإبراء وإن كان يدعي صلحاً.وقوله المسلمون على شروطهم فهذا في الشروط الجائزة في حق الدين دون الشروط الفاسدة وهذا من باب ما أمر الله تعالى من الوفاء بالعقود"[36].

– وروى البخاري في صحيحه في (باب الشروط التي لا تحل في الحدود). عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني رضي الله عنهما: أنهما قالا: «إن رجلا من الأعراب أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله، أنشدك الله إلا قضيت لي بكتاب الله، فقال الخصم الآخر وهو أفقه منه: نعم فاقض بيننا بكتاب الله وائذن لي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "قل"، قال: إن ابني كان عسيفا على هذا، فزنى بامرأته وإني أخبرت أن على ابني الرجم فافتديت منه بمائة شاة ووليدة، فسألت أهل العلم فأخبروني إنما على ابني جلد مائة، وتغريب عام، وأن على امرأة هذا الرجم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله، الوليدة والغنم رد، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام، واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها" قال: فغدا عليها فاعترفت، فأمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت"[37].

قال ابن حجر في الفتح: "وقد ترجم له في الصلح إذا اصطلحوا على جور فهو مردود ويستفاد من الحديث أن كل شرط وقع في رفع حد من حدود الله فهو باطل وكل صلح وقع فيه فهو مردود"[38].

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما ترجم بعض أئمة الحديث في باب شروط المزارعة كالبخاري حيث قال رحمه الله: "باب ما يكره من الشروط في المزارعة"[39] والنسائي في "كتاب المزارعة الثالث من الشروط فيه المزارعة والوثائق"[40]. والبيهقي بقوله "باب من أباح المزارعة بجزء معلوم مشاع وحملا لنهى عنها على التنزيه أو على ما لو تضمن العقد شرطا فاسدا"[41]. وفي الموطأ لمالك ترجم بقوله "ما يفعل في الوليدة، إذا بيعت. والشرط فيها"[42]. وترجم للمضاربة بقوله: "مالا يجوز من الشرط في القراض"[43].

2- ما كان من قبيل الشرط الجزائي[44]:

و"هو بند خاص يضعه المتعاقدان داخل العقد حين إبرامه أو إخراجه بعد عقده وإبرامه،

لا يمس أصلًا بجوهر الاتفاق وأركانه وغايته ولا يعلق الاتفاق ولا يوقفه. وهو يرمي إلى تنفيذ الاتفاق وإنجازه وإلى عدم المماطلة في الوفاء به لأنه في غالب الصور يضع عقاباً للمماطل المخل بالوفاء ويحكم مسبقًا بغرامة قد تناسب الضرر أو لا تناسبه يجب على المخالف دفعها عند عدم الوفاء .. فهو جزاء عن عدم الوفاء بالالتزام وشروطه وأركانه المتفق عليها ثم تقدير المضرة والخسارة التي قد تنتج ووضع تصور عنها قبل حدوثها وهو أمر تخميني قد لا يصور الضرر تصويراً جليا وحقيقيا[45]. وسمي بذلك "لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه"[46]. وواضعوه يعنون به اشتراط التعويض عن الضرر اللاحق في طريقة تنفيذ العقد[47]. وهو بذلك يتفق مع مقاصد العقود التي جاءت لحفظ النظام العام والعدل والتوازن ومنع التغابن.

وعمدتهم فيما رواه البخاري في صحيحه –وترجم له بقوله: "باب ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار والشروط التي يتعارفها الناس بينهم وإذا قال مائة إلا واحدة أو ثنتين"–:

عن ابن سيرين "أن رجلا قال لكريه: أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا أو كذا، فلك مائة درهم فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه"[48].

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقال أيوب عن ابن سيرين: "أن رجلا باع طعاما وقال: إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع فلم يجئ، فقال شريح للمشتري: أنت أخلفت فقضى عليه"[49].

قال الأستاذ مصطفى الزرقاء رحمه الله تعليقًا على قول شريح: "وهذا النوع من الاشتراط المروي عن القاضي شريح في ضمان التعويض عن التعطل والانتظار ما يسمى في الفقه الأجنبي الحديث: الشرط الجزائي". وقال في موضع آخر: "والشرط الجزائي هذا يتخرج على مذهب القاضي شريح، فقد روي عنه نظيره كما سلف"[50].

قال الحافظ ابن حجر في الفتح: "وحاصله أن شريحا في المسألتين قضى على المشترط بما اشترطه على نفسه بغير إكراه ووافقه على المسألة الثانية أبو حنيفة وأحمد وإسحاق وقال مالك والأكثر يصح البيع ويبطل الشرط وخالفه الناس في المسألة الأولى ووجهه بعضهم بأن العادة أن صاحب الجمال يرسلها إلى المرعى فإذا اتفق مع التاجر على يوم بعينه فأحضر له الإبل فلم يتهيأ للتاجر السفر أضر ذلك بحال الجمال لما يحتاج إليه من العلف فوقع بينهم التعارف على مال معين يشترطه التاجر على نفسه إذا أخلف ليستعين به الجمال على العلف وقال الجمهور هي عدة فلا يلزم الوفاء بها والله أعلم"[51].

ومعلوم أن الشرط الجزائي لم يكن معروفا بهذا الاسم لدى المتقدمين، أما الفقهاء المعاصرون فقد تعرضوا لبحثه في كتبهم بهذا الاسم على غرار اصطلاح القانونيين، وبينوا حده وذكروا العوامل التي أدت إلى التوسع في الأخذ به، وشيوعه في كثير من عقود الناس. وقد أنكره طائفة من أهل الفقه وعدوه صورة من صور الربا[52] التي حرمها الشارع وقطع ذرائعها، وعلى غراره جاء الخلاف بين فقهاء وباحثي عصرنا[53].

لأنه لا يُعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شُرِط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته[54]، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد[55].

يقول الأستاذ مصطفى الزرقاء: "في أواخر العهد العثماني اتسعت في الدولة التجارة الخارجية مع أوربا وتطورت أساليب التجارة الداخلية والصنائع وتولدت في العصر الحديث أنواع

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

من الحقوق لم تكن معهودة؛ كامتياز المؤلف والمخترع وكل ذي أثر فني جديد في استثمار مؤلفاته، أو مخترعاته، أو آثاره الفنية مما سمي بالملكية الأدبية والصناعية، واحتاج أصحاب هذه الحقوق والامتيازات إلى بيعها والتنازل عنها لغيرهم من القادرين على استثمارها. -إلى أن قال- : واتسع مجال عقود الاستصناع[56] في التعامل بطريق الإيصاء على المصنوعات مع المعامل والمصانع الأجنبية وكذا عقود المتعهد بتقديم اللوازم والأرزاق والمواد الأولية إلى الدوائر الحكومية والشركات والمعامل والمدارس مما سمي (عقود التوريد) وكل ذلك يعتمد على المشارطات في شتى صورها. وقد ازدادت أيضا قيمة الزمن في الحركة الاقتصادية، فأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته في مواعيدها المشروطة مضرا بالطرف الآخر في وقته وماله أكثر مما قبل، فلو أن متعهدا بتقديم المواد الصناعية إلى صاحب معمل تأخر عن تسليمها إليه في الموعد المضروب لتعطل العمل وعماله. ولو أن بائع بضاعة لتاجر تأخر في تسليمها حتى هبط سعرها لتضرر التاجر المشتري بخسارة قد تكون فادحة، وكذا تأخر الصانع عن القيام بعمله في وقته، وكل متعاقد إذا تأخر أو امتنع عن تنفيذ عقده في موعده. ولا يعوض هذا الضرر القضاء على الملتزم بتنفيذ التزامه الأصلي؛ لأن هذا القضاء إنما يضمن أصل الحق لصاحبه وليس فيه جبر لضرر التعطل أو الخسارة، ذلك الضرر الذي يلحقه من جراء تأخر خصمه عن وفاء الالتزام في حينه تهاونا منه أو امتناعا، وهذا قد ضاعف احتياج الناس إلى أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه، ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي "الشرط الجزائي"[57].

ووجهت نظر معارضيه[58] بغض النظر عن حكمه الشرعي، يرون أن "اقتراح فرض التعويض على المماطلين اقتراح لا أعتقد أنه يحل مشكلة المماطلة، لا من جهة الشرع، ولا من الناحية العملية. فما هو الحل إذن؟

والحل الحقيقي لهذه المشكلة ما قدمناه في أول كلامنا في هذا الموضوع، ولكن ذلك إنما يفيد إذا أصبحت المصارف كلها تعمل على أسس شرعية. أما في الظروف الحاضرة التي لا توجد فيها المصارف الإسلامية إلا بعدد قليل، بالنسبة إلى المصارف الربوية التقليدية التي هي

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مبثوثة في أنحاء العالم كله، فيمكن أن تلجأ المصارف الإسلامية إلى حل مؤقت آخر، وهو أن يلتزم المدين عند توقيعه على اتفاقية المرابحة أو الإجارة بأنه إذا قصر في أداء واجبه المالي، فإنه سوف يتبرع بمبلغ معلوم النسبة من الدين إلى بعض الجهات الخيرية.

ويسلم ذلك المبلغ إلى المصرف، ليصرفه بالنيابة عنه إلى تلك الجهات. فإن قصر المدين في الأداء لزمه أداء هذه المبالغ إلى المصرف، ولكن هذه المبالغ لا تكون مملوكة للمصرف، ولا تكون جزءا من دخله أو ربحه، وإنما تكون أمانة عنده للصرف إلى الجهات الخيرية. وإن هذا الاقتراح إنما يفيد للضغط على المدين في أداء الدين في وقته، ومن المرجو أن هذا الضغط يؤثر في سد باب المماطلة أكثر مما يؤثر فيه اقتراح التعويض، لأن مقدار هذا التبرع الملتزم به لا يجب أن يكون بمقدار الأرباح الحاصلة في حساب الاستثمار في مدة المماطلة، بل يمكن أن يكون أكثر من ذلك، ولا بأس بتعيين مقداره على أساس نسبة معينة من مبلغ الدين، بما يجعل المدين يحتفظ بمواعيد الأداء.

وفي الوقت نفسه لا يعتبر هذا التبرع ربا، لأنه لا يدخل في ملك المصرف شيئا، بل يصرف إلى الجهات الخيرية[59]، ويمكن أن ينشأ لذلك صندوق خاص لا يكون مملوكا للمصرف، بل يكون وقفا على بعض المقاصد الخيرية يتولاه أصحاب المصرف، ويكون من مقاصده أن يقدم منه قروض حسنة لأصحاب الحاجة.

وأما المستند الشرعي لهذا الالتزام، فإن الالتزام بالتبرع جائز، عند جميع الفقهاء، وإن مثل هذا التبرع يلزم في القضاء أيضا عند بعض المالكية. والأصل عند المالكية أن الالتزام إن كان على وجه القربة، فإنه يلزم الملتزم في القضاء باتفاق علمائهم. أما إذا كان الالتزام على وجه اليمين، بمعنى أن يكون معلقا على أمر يريد الملتزم الامتناع عنه، ففي لزومه في القضاء خلاف. فذهب بعضهم إلى أنه لا يقضي به في الحكم، وخالفهم آخرون، فجعلوه لازما في القضاء، وقد تكلم الحطاب رحمه الله على هذه المسألة ببسط في كتابه (تحرير الكلام في مسائل الالتزام) وقال فيه: (أما إذا التزم المدعى عليه للمدعي أنه إن لم يوفه حقه في وقت كذا فله عليه كذا

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وكذا، فهذا لا يختلف في بطلانه، لأنه صريح الربا، وسواء كان الشيء الملتزم به من جنس الدين أو غيره، وسواء كان الشيء معينا أو منفعة.

وأما إذا التزم أنه إن لم يوفه حقه في وقت كذا، فعليه كذا وكذا لفلان، أو صدقة للمساكين، فهذا هو محل الخلاف المعقود له هذا الباب، فالمشهور أنه لا يقضي به كما تقدم، وقال ابن دينار: يقضي به[60]. وقال قبل ذلك: (وحكاية الباجي الاتفاق على عدم اللزوم فيما إذا كان على وجه اليمين غير مسلمة لوجود الخلاف في ذلك). وإن الحطاب رحمه الله وإن رجح عدم اللزوم، ولكنه قال في آخر الباب: (إذا قلنا إن الالتزام المعلق على فعل الملتزم الذي على وجه اليمين لا يقضي به على المشهور، فاعلم أن هذا ما لم يحكم بصحة الالتزام المذكور حاكم. وأما إذا حكم حاكم بصحته أو بلزومه، فقد تعين الحكم به، لأن الحاكم إذا حكم بقول لزم العمل به وارتفع الخلاف). هذا على قول بعض المالكية. أما على أصل الحنفية، فإن الوعد غير لازم في القضاء، لكن صرح فقهاء الحنفية بأن (بعض المواعيد قد تجعل لازمة لحاجة الناس). فعلى هذا الأساس أرجو أن يكون هناك مجال للقول بلزوم هذا التبرع المقترح، سدا لباب المماطلة،وصيانة لحقوق الناس عن اعتداء المعتدين، والله سبحانه وتعالى أعلم".

الهوامش:

1. مجموع الفتاوى ابن تيمية [بتحقيق الباز وعامر الجزار دار الوفاء] (29/ص18).
2. عقد التوريد والمقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة (رؤية شرعية)لأحمد ذياب شويدح[بحث مقدم لمؤتمر"الإسلام والتحديات المعاصرة"المنعقد بكلية أصول الدين في الجامعة الإسلامية 2007] (ص2).
3. وهو محل إجماع الأئمة لقوله تعالى: {وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا } [البقرة: 275].
4. الإجارة جائزة شرعاً، بدليل قوله تعالى: {قالت إحداهما يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأمين} (القصص: 26)، وبدليل قوله صلى الله عليه وسلم: "ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يؤته أجرته" (رواه البخاري في كتاب الإجارة – باب إثم من منع أجر الأجير: ج90/3 برقم:2270). وبدليل إجماع الأمة،ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد[دار الحديث](4/ص5).

5. وهي "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر". وهي عقد جائز يساهم في تنشيط التنمية وزيادة المرونة في سوق المال.

6. طرح التثريب في شرح التقريب للعراقي [الطبعة المصرية القديمة –دط/دت] (151/7).

7. العقد في اللغة: الربط والشد والضمان والعهد. ينظر: القاموس لابن فارس ولسان العرب لابنمنظور مادة (عقد).واصطلاحا: قال الجرجاني في التعريفات [ضبطه وصححه جماعة من العلماء الناشر: دار الكتب العلمية بيروت –لبنانالطبعة: الأولى 1403هـ -1983م]: "العقد ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول. بمعنى ارتباط إي على وجه مشروع يثبت أثره في محله". وعرفه الجصاص في أحكام القران [حققه محمد صادق القمحاوي الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت1405هـ](285/3) بأنه: "ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه. ثم قال: فكل شرط شرطه الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد".

8. والعقود المشهورة في كتب الفقه هي: البيع والإجارة والكفالة والحوالة والرهن وبيع الوفاء والإعارةوالقسمة والشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة والوكالة والقرض والعمرى والإقالة والزواج كما هو موضح في كتب الفقه.

9. وخالف في ذلك الظاهرية فجعلوا كل مستحدث من العقود باطلا اعتبارا بأصلهم البطلان فيالعقود حتى يرد النص بالإباحة. ومن ذلك ما حكاه ابن حزم رحمه الله في المحلى [دار الفكر – بيروت] فقال (8/ 245): (ولا تجوز وكالة على ولا على عتق ولا على تدبير ولا على رجعة .. ولا على عقد هبة ولا على العفو ولا على الإبراء ولا على عقد الضمان ولا على ردة ولا على قذف ولا على صلح ولا على نكاح مطلق بغير تسمية المكنحة والناكح لأن كل ذلك إلزام حكم لم يلزم قط وحل عقد ثابت ونقل ملك بلفظ فلا يجوز أن يتكلم أحد عن احد إلا حيث أو جب ذلك النص ولا نص على جواز الوكالة في شيء من هذه الوجوه..) .وينظر قوله في(8/ 204) وفي (8/ 122). إلا أن ابن حزم رحمه الله يتوسع في مفهوم البيع، فيجعل كل بيع لم ينه عنه بنص جائزا، يقول: " فكل بيع لم يأت في القرآن ولا في السنة تحريمه باسمه مفصلا؛ فهو حلال بنص كلام الله تعالى ".[(8/ 398)]، يشير إلى قول تعالى:{وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ} [الأنعام119].

10. والمذهب الحنبلي هو أوسع المذاهب عناية بالشروط وذلك باعتبار أن الأصل في العقود رضاالمتعاقدين

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد. وقد اعتدوا بمبدأ مقتضى العقد في اعتبار الشروط بعدما وسعوا من مفهومه، على أساس أن مصلحة العاقد هي من مقتضى العقد ولو لم يوجبها العقد فأباحوا أكثر من شرط الرهن والكفيل الذي اقتصر عليه غيرهم، على أن يكون مما لا يصادم نصا شرعيا أو أصلا من أصول الشريعة.

11. القواعد النورانية [حققه أحمد الخليل.دار ابن الجوزي–السعوديةالطبعة: الأولى 1422هـ](ص261).
12. إعلام الموقعين عن رب العالمين [طه عبد الرؤوف. مكتبة الكليات الأزهرية مصر، 1388هـ](344/1)
13. وعليه الحنفية خلافا للشافعية والحنابلة القائلين بخيار المجلس، وتفصيلها في مدونات المذاهب.
14. الفروق [خليل المنصور الناشر: دار الكتب العلميةالطبعة: 1418هـ - 1998م](3 / 269).
15. مقاصد الشريعة الإسلامي للطاهر بن عاشور [الشركة التونسية للتوزيع –تونس](ص176).
16. زاد المعاد في هدي خير العباد [مؤسسة الرسالة، بيروت الطبعة: 27/ 1415هـ] (5/ 733).
17. الروضة الندية شرح الدرر البهية [دار المعرفة] (2/ 19).
18. رواه ابن ماجه في سننه: كتاب التجارات – باب: بيع الخيار (737/2 – ح2185) وابن حبان في الصحيح: باب البيع المنهي عنه (340/11 – ح4967)عن أبي سعيد الخدري. وهو حديث صحيح.
19. م

نهج التشريع الإسلامي وحكمته [الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة الطبعة: الثانية] (ص: 21)

20. مخرج في: سنن الدارقطني (424/3 برقم2885) وغيره وهو صحيح.ينظر: صحيحالجامع للألباني(2/ 1268). وهو عند الحاكم في المستدرك (93/1 برقم 318) ولفظه: "لا يحل لامريء من مال أخيه إلّا ما أعطاه عن طيب نفس".
21. قال الشاطبي في الموافقات[المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمانالناشر: دار ابن عفانالطبعة الأولى 1417هـ/ 1997م] (62/2): "إذا ثبت أن الشارع قد قصد بالتشريع إقامة المصالح الأخروية والدنيوية، فذلك على وجه لا يختل لها به نظام، لا بحسب الكل ولا بحسب الجزء، وسواء في ذلك ما كان من قبيل الضروريات أو الحاجيات أو التحسينيات، فإنها لو كانت موضوعة بحيث يمكن أن يختل نظامها أو تنحل أحكامها، لم يكن التشريع موضوعا لها، إذ ليس كونها مصالح إذ ذاك بأولى من كونها مفاسد، لكن الشارع قاصد بها أن تكون مصالح على الإطلاق، فلا بد أن يكون وضعها على ذلك الوجه أبديا وكليا وعاما في جميع أنواع التكليف والمكلفين من جميع الأحوال، وكذلك وجدنا الأمر فيها، والحمد لله".
22. مقاصد الشريعة الإسلامي للطاهر بن عاشور (ص167).
23. وكل شرط لم يلحظه الشارع أو يعتبره فهو شرط لا غ ولا يعتد به ومثاله: ما "شرط بعض الشافعيةفي

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

النهي أن يكون المتلقي هو الطالب، وبعضهم اشترط أن يكون المتلقي قاصدا لذلك، فلو خرج للسلام على الجالب أو للفرجة أو لحاجة أخرى فوجدهم فبايعهم لم يتناوله النهي ومن نظر إلى المعنى لم يفرق وهو الأصح عند الشافعي، وشرط الجويني في النهي أن يكذب المتلقي في سعر البلد ويشتري منهم بأقل من ثمن المثل، وشرط المتولي من أصحاب الشافعي أن يخبرهم بكثرة المؤنة عليهم في الدخول، وشرط أبو إسحاق الشيرازي أن يخبرهم بكساد ما معهم". وعلى ذلك قال الشوكاني رحمه الله في نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار [تحقيق: عصام الدين الصبابطي الناشر: دار الحديث، مصر الطبعة: الأولى، 1413هـ - 1993م] (199/5): "والكل من هذه الشروط لا دليل عليه".والشروط المعتبرة شرعا إلى ضربين:

1) ما كان راجعًا إلى خطاب التكليف ..

2) خطاب الوضع، وهذا الذي نظم الشارع أحكامه، أزال عنه صفة الإلزام إذا لم يتداول الطرفان في شأن طبيعة ذلك الإلزام، ثم منح صاحب الإرادة المنفردة حق الاختيار بين بعض الحالات، التي لم تخل بدأ الشرط ذاته.. ينظر تفصيله في: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (470/12).

24. الصحاح والقاموس واللسان والمصباح مادة (شرط) والتعريفات للجرجاني / 166.

25. ينظر: حاشية البناني على جمع الجوامع(ط. حلب)2 / 20. والفروق للقرافي[ط العلمية] (1/ 106).

26. الموافقات (406/1).

27. نثر الورود على مراقي السعود للأمين الشنقيطي(ص58). وليعلم أنه بين الشرط والركن فرق وهو الذي عبر عنه بقوله: والركن جزء الذات والشرط خرج وصيغة دليلها في المنتهج.

وينظر: الروض المبهج بشرح بستان فكر المهج في تكميل المنهج لمحمد بن ميارة الفاسي(ص72).

28. وهو على قسمين عند الفقهاء: شروط شرعية، وشروط جعلية (تعليقية – مقيدة). ومنها شروطصححها الشرع ومنها ما حكم بفساده لأنه غير ملائم لتصرفات الشريعة في رعيها للمصالح. ليس هذا محل بسطها.

29. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر [دار الكتب العلمية الطبعة: 01/ 1405هـ](41/4).

30. هناك مصطلحات أخرى استعملت بدلا من الشرط الجزائي مثل الجزاء الاتفاقي، والجزاء التعاقدي، والتعويض الاتفاقي، وتعويض النكوص، والبند الجزائي. ينظر: كتاب الدكتور عبد المحسن سعد الرويشد الشرط الجزائي في العقود، [رسالة دكتوراه في الحقوق بالقاهرة عام 1404هـ. 1983م](ص 52).

31. أخرجه البخاري في الصحيح –كتاب البيوع، باب: إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل (4/ 376برقم 2168)، ومسلم في الصحيح –كتاب العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتق (2/ 1042 برقم 1504).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قال الخطابي في معالم السنن (66/4): "وقد روى من طريق عروة بن هشام في هذه القصة زيادة لم يتابع عليها ولم يذكرها أبو داود وهي أنه قال اشترطي لهم الولاء، وهذه اللفظة يقال إنها غير محفوظة ولو صحت تأولت على معنى أن لا تبالي بما يقولون ولا تعبئي بقولهم فإن الولاء لا يكون إلاّ لمعتق وليس ذلك على أن يشترطه لهم قولاً ويكون خلفاً لموعود شرط وإنما هو على المعنى الذي ذكرته من أنهم يحلّون، وقولهم ذلك لا يلتفت إليه إذا كان لغواً من الكلام خلفاً من القول. وكان المزني يتأوله فيقول قوله اشترطي لهم الولاء معناه اشترطي عليهم الولاء كما قال سبحانه {أولئك لهم اللعنة} [الرعد: 25] بمعنى عليهم اللعنة".وقال ابن حزم في المحلى (477/8) بعدما ذكر هذا الحديث: "فهذا الأثر كالشمس صحة وبياناً يرفع الإشكال كله". لكن ليس على مقتضى ما بلغ فهمه .

32. مخرج فيصحيح البخاري في كتاب العتق (3/ 151برقم: 2560).
33. فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر (188/5).
34. في كتاب الأقضية ترجم بقوله: باب في الصلح(332/3 –ح3596). وفيه كثير بن زيد،ضعفوه.

وروى الترمذي في السنن –كتاب الأحكام (627/3برقم: 1352) وقال عقيبه: "حديث حسن صحيح". من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا، أو أحل حراما". وفيه كثير بن عمرو ضعفه الجماعة، وضرب أحمد على حديثه فلم يحدث به. ورواه أبو بكر البزار في البحر الزخار (12/ص32 برقم: 5408)عن محمد بن عبد الرحمن السلماني عن أبيه عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " المنحة مردودة والناس على شروطهم ما وافق الحق". وفي مصنف ابنأبيشيبة (450/4 برقم: 22031) باب: منقال: المسلمونعندشروطهم ..من طريق ابن عيينة، عن يزيد بن يزيد، عن جابر، عن إسماعيل بن عبيد الله، عن عبد الرحمن بن غنم، قال: قال عمر: "إن مقاطع الحقوق عند الشروط".وهذا أورده البخاري (190/3) معلقا عنه. قلت: هذه الأسانيدوإن كان الواحد منها ضعيفا، فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضا.

35. القواعد النورانية [دار ابن الجوزي] (ص: 259)
36. معالم السنن للخطابي(166/4).
37. صحيح البخاري كتاب الشروط (2/ 971 –ح2725).
38. فتح الباري لابن حجر (324/5).
39. صحيح البخاري (105/3).
40. سنن النسائي (39/7).
41. السنن الكبرى للبيهقي (133/6).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

42. موطأ مالك (891/4). وقال رحمه الله:"في من اشترى جارية على شرط أنه لا يبيعها، ولايهبها، أو ما أشبه ذلك من الشروط؛ فإنه لا ينبغي للمشتري أن يطأها. وذلك، أنه لا يجوز له أن يبيعها، ولا أن يهبها. فإذا كان لا يملك ذلك منها، فلم يملكها ملكا تاما. لأنه قد استثني عليه فيها ما ملكه بيد غيره. فإذا دخل هذا الشرط، لم يصلح. وكان بيعا مكروها".

43. المصدر نفسه (997/4).

44. الجزاء: المكافأة على الشيء، جزاه به وعليه جزاء، والجزاء يكون ثواباً ويكون عقاباً ويستعمل فيالخير والشر. ينظر: القاموس المحيط، ولسان العرب، والمعجم الوسيط، مادة "جزئ ".

والمراد بالجزاء هنا العقاب لا الثواب، والشرط الجزائي يعني الجزاء المترتب على الإخلال بالشرط، والمكافأة على الإخلال بالشرط لا تكون ثواباً. و"أن الشارع رتب الجزاء على الإخلال بالشرط، سواء تعلق بمصاحبته للأحكام التكليفية. أو الوضعية، ومثل الزكاة المتقدم صالح لتوضيح هذه التلازمات، إذ حصول النصاب سبب في وجوبها، ودوران الحول شرطه، وحرمة المال وعذاب الآخرة جزاؤه، واليمين سبب في الكفارة، والحنث شطرها، والصوم أو الإطعام جزاء الإخلال بشرطه وإصابة المقتل سبب القصاص عند العمد والموت شرطه وقتل الجاني جزاؤه، أو الدية في حالة الخطأ، ومفارقة الحياة شرطه". مجلة مجمع الفقه الإسلامي (469/12).

45. مجلة مجمع الفقه الإسلامي (617/12).

46. ذكره الدكتور عبد الرزاق السنهوري في الوسيط القسم الثاني نظرية الالتزام ص 851 ف 477. وينبغي ملاحظة أمرين في قضية الشرط الجزائي:

الأول: أنه لا ينبغي تنفيذ الشرط الجزائي إذا كان هنالك عذر شرعي في الإخلال بالالتزام فيكون العذر الشرعي مسقطاً لوجوبه حتى يزول العذر.

الثاني: إذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف ويرجع في تقدير الضرر إلى أهل الخبرة والشأن في ذلك. ولا بد من مراعاة قواعد العدل ورفع الضرر عن الناس لقوله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار) .

47. من صوره: المقاولة قد تتضمن شرطا جزائيا يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو عن كل أسبوع أو عن كل مدة أخرى من الزمن يتأخر فيها المقاول عن تسليم العمل المعهود إليه إنجازه.وقد يكون على هذا الأساس هذا الشرط بمثابة عقوبة مالية جراء التأخير.

48. رواه البخاري معلقا (198/3). وقد وصله سعيد بن منصور عن هشيم عن ابن عون ينظر: عمدة القاري شرح صحيح البخاري (14/ص21).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

49. وقد وصله سعيد بن منصور عن سفيان عن أيوب عنه ينظر: المصدر نفسه (14/ص21).

50. نقلا من مجلة مجمع الفقه الإسلامي (626/12).

51. فتح الباري لابن حجر (354/5). وينظر: شرح صحيح البخاري لابن بطال (138/8).وعمدة القاري شرح صحيح البخاري للعيني(14/ص21).

52. إذ يتفق مع ربا الجاهلية القائم على: (إما أن تقضي في وقته أو تربي).وقد أجمع الأئمة على أن كل قرض شرط فيه الزيادة (أي زيادة) فهو حرام، قال ابن المنذر: (أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستسلف زيادة أو هدية فأسلف على ذلك: أن أخذ الزيادة على ذلك ربا) ... وقد روي عن أبي كعب، وابن عباس، وابن مسعود: أنهم نهوا عن قرض جر منفعة). [من المغني لابن قدامة (4/ 354) – حاشية ابن القيم على سنن أبي داود (296/9)].ومع فساد الزمان وضعف ديانة الناس لا بد والحال هذه من التحري في التعامل مع أهل النزاهة والأمانة وهو ممكن. وقد جاء في مختصر خليل (ص: 202) ما نصه: "وإن ساقيته أو أكريته فألفيته سارقا: لم تنفسخ وليتحفظ منه: كبيعه ولم يعلم بفلسه".

53. فأجازته طائفة بأدلة منها: قول النبي صلى اله عليه وسلم: (مطل الغني يظلم) [صحيح البخاريمع فتح الباري كتاب الاستقراض(5/ 61)]. والحجة فيه أن مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته وإن كانت في الغالب هي الحبس، والضرب ونحو ذلك، فليس هناك مانع من العقاب بالغرامة المالية، وقد ثبت في السيرة والسنة، وسنة الخلفاء الراشدين العقوبة بأخذ المال، منها حديث بهز بن حكيم حيث قال الرسول صلى الله عليه وسلم بخوص المانع عن أداء زكاته: (فإنا آخذوها وشطر ماله غرمة من غرمات ربنا) [رواه أبو داود في سننه،كتاب الزكاة باب: في زكاة السائمة (2/ص12 برقم: 1577)وحسنه الألباني في إرواء الغليل(3/ 263)].

ومنعته طائفة لأنه أشبه بصور الربى التي حرم الله تعالى.

54. كأن يكون من أجل إعساره، فقد بين القرآن الكريم حكمه واضحا، وهو قوله تعالى: {وإن كانذو عسرة فنظرة إلى ميسرة} [البقرة: 280].

55. مجلة المجمع الفقهي العدد الثاني عشر (ج 91/2).

56. "عقد مقاولة مع أهل الصنعة، على أن يعمل شيئا". والاستصناع أجازه الحنفية استحساناً؛ ولأن الناس تعاملوا به في سائر الأزمان من غير أن ينكر أحد ذلك فكان إجماعاً، وأما المالكية والشافعية والحنابلة فإنهم اعتبروا الاستصناع سلما فأعطوه حكمه وشروطه.

57. المدخل الفقهي العام (ص 713– 714، ف 386). وقد أورد في القانون المدني الفرنسي له تعريفان،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولهما في مادته 1226 بأنه: "هو الذي بموجبه ولضمان اتفاق ما يتعهد الشخص بشيء ما في حالة عدم التنفيذ "، والتعريف الثاني في المادة 1229 حيث نصت على أن: "الشرط الجزائي هو التعويض عن الأضرار التي يتحملها الدائن بسبب عدم تنفيذ الالتزام الأصلي". يراجع: د. السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني المصري، [ط. دار إحياء التراث العربي ببيروت](2/ 851) ود. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في الالتزامات، ط. جامعة القاهرة، ص 757، ود. عبد المحسن سعد الشرط الجزائي في العقود [رسالة دكتوراه في حقوق القاهرة عام 1404هـ . 1983م] (ص47 – 48).

وقد انتقد هذين التعريفين الدكتور عبد المنعم البدراوي [في كتابه النظرية العامة للالتزامات، الأحكام، ط.1971، ص 80] وعرفه بأنه: "اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ، أو التأخير فيه".

58. ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة القاضي محمد تقي العثماني بن الشيخ المفتي محمد شفيع دار النشر: دار القلم – دمشق الطبعة: الثانية، 1424هـ – 2003 م(ص 44-48).

59. أصدرت بجواز ذلك فتوى بالأغلبية عن ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي الثانية عشرة (12/ 8) 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 و لا يمتلكها مستحق المبلغ.ويستأنس لذلك بالقول بالتعزي بالمال عند بعض الفقهاء، وبما ذهب إليه بعض المالكية من صحة إلزام المقترض بالتصدق إن تأخر عن السداد، وتكون المطالبة بذلك . عند الامتناع . على أساس دعوى الحسبة عما لصالح جهة البر الملتزم بالتصدق عليها. ويرى واحد من الفقهاء المشاركين جواز اشتراط الغرامة على أن يستحقها الدائن ويتم تحديد مقدارها عن طريق القضاء أو التحكيم، ويرى واحد آخر من الفقهاء منع الاشتراط ولكن يستحق الدائن التعويض عن الضرر ويتم تحديد مقداره عن طريق التحكيم بالاستئناس بمستوى الربح في المؤسسات الإسلامية)).

60. نقل الحطاب جواز ذلك عن بعض علماء المالكية: منهم أبو عبدالله بن نافع (ت 186هـ) ومحمد بن إبراهيم بن دينار (ت 182هـ). وينظر بحث الدكتور محمد شبير المقدم إلى الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي بعنوان: الشرط الجزائي (ص 39).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com