أحكام الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي

The provisions of the penalty clause in Islamic jurisprudence

أحمد أكرم حسن
Ahmed Akram Hassan
تدريسي في قسم المالية والمصرفية الإسلامية
كلية العلوم الإسلامية - الجامعة العراقية

الملخص

نتناول في بحثنا هذا أحد المواضيع المهمة في الفقه المعاصر ألا وهو « أحكام الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي» وهو من المسائل المستحدثة، ومن الشروط المصاحبة للعقود في القانون الغربي، حيث يستحق الوفاء عند تأخر أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه أو امتناعه من تنفيذ الالتزام في موعده الحدد، وهذا يؤدي إلى الإضرار بالمتعاقد الآخر، مما استدعى أن يشترط الناس في عقودهم ضمانات مالية على الطرف المتأخر عن تنفيذ التزامه، أو الممتنع عن التنفيذ، وهذا ما سمي في القانون الغربي بالشرط الجزائي.

وقد بدأ الفقهاء المعاصرون البحث في هذه المسألة منذ عقود من الزمن، حيث بدأ هذا البحث بعد بروز المشكلة في واقع التعاملات، والحكمة من إضافة الشرط الجزائي للعقود هي حمل المتعاقدين على الوفاء بالتزاماتهم المنصوص عليها في العقود المبرمة بينهم، وتعويض من لحقه الضرر جراء الإخلال بهذه الالتزامات.

والذي حفزني للكتابة في هذا الموضوع أهميته الكبيرة، فهو موضوع معاصر يدخل في تعاملات الناس وتصرفاتهم بشكل مباشر، والحاجة اليه ماسَّة خاصة بعد فساد أحوال الناس وقلة وفائهم.

وهذا البحث هو دراسة للشرط الجزائي الذي يرد على العقود، وقد بنيت هذه الدراسة على أقوال الفقهاء المعاصرين وأدلة أقوالهم، وأُتبعها بالمناقشة والتحليل للوصول إلى رأي راجح - فيما يراه الباحث - معتمداً في كل ذلك على نصوص الكتاب والسنة وهدي القواعد الكلية والمقاصد الشرعية.

***

Summary:

In our research, we discuss one of the important topics in contemporary jurisprudence, which is "the provisions of the penalty clause in Islamic jurisprudence," which is one of the new issues, and one of the conditions accompanying contracts in Western law, where fulfillment is due when one of the contracting parties delays fulfilling his obligation or refuses to implement the obligation on time. Limitation, and this leads to harm to the other contracting party, which necessitated that people stipulate financial guarantees in their contracts on the party who is late in implementing his commitment, or who refrains from implementing, and this is what is called in Western law the penal clause.

Contemporary jurists began researching this issue decades ago, as this research began after the emergence of the problem in the reality of transactions, and the wisdom of adding the penalty clause to contracts is to compel the contracting parties to fulfill their obligations stipulated in the contracts concluded between them, and to compensate those who were harmed as a result of the breach of these commitments.

What motivated me to write on this topic is its great importance, as it is a contemporary topic that directly enters into people's dealings and behavior, and the need for it is urgent, especially after the corruption of people's conditions and their lack of loyalty.

This research is a study of the penalty clause that appears on contracts, and this study was built on the sayings of contemporary jurists and the evidence of their sayings, and followed it with discussion and analysis to reach a more correct opinion – as the researcher sees it – relying in all of this on the texts of the Qur'an and Sunnah and the guidance of the universal rules and legitimate purposes.

***

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، وأفضل الصلاة وأتم السلام على سيد الأولين والآخرين سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، وصحبه الغر الميامين، ومن سار على نهجه واتبع سنته إلى يوم الدين، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

وبعد؛ إنَّ شريعة الله هي الشريعة الكاملة والصالحة لكل زمان ومكان، فقد أنزل الله عز وجل إلينا الدين كاملاً، فأنزل الكتاب الذي فصّل فيه الأحكام والشرائع، وأنزل الميزان وهو العدل الذي يمثل القوة القضائية، وأنزل الحديد الذي يمثل القوة التنفيذية المؤيد للأحكام الشرعية، قال تعالى ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا ۚ فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ ۙ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٣﴾﴾[1]، يقول صاحب الظلال:[وهي آخر ما نزل من القرآن الكريم، ليعلن كمال الرسالة، وتمام النعمة، هذه الكلمات الهائلة ترد ضمن آية موضوعها التحريم والتحليل لبعض الذبائح وفي سياق السورة التي تضم تلك الأغراض التي أسلفنا بيانها.. ما دلالة هذا؟ إن بعض دلالته أن شريعة الله كل لا يتجزأ، كل متكامل، سواء فيه ما يختص بالتصور والاعتقاد وما يختص بالشعائر والعبادات وما يختص بالحلال والحرام وما يختص بالتنظيمات الاجتماعية والدولية. وأن هذا في مجموعه هو «الدين» الذي يقول الله عنه في هذه الآية: إنه أكمله. وهو «النعمة» التي يقول الله للذين آمنوا: إنه أتمها عليهم].[2]

إن مما يجعل هذا الدين كاملاً متكاملاً، أنه يواكب متطلبات كل زمانٍ ومكان، مع إمكانية إيجاد الحلول لكل متطلبات العصر، فهو متجدد، لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، وما نحن بصدده (الشرط الجزائي)، هو من ضمن مستجدات هذا العصر، وسنقوم بالبحث في تفاصيل هذا المصطلح، الذي لم يرد بهذا اللفظ في الفقه الإسلامي، فهو مصطلح حديث ومعاملة حديثة دخلت إلى العقود في العصور المتأخرة، وسنبيّن من خلال البحث مدى مشروعية ملاءمته هذا الشرط للشروط في المعاملات في الوقت الحاضر، ولا تكاد تخلو معاملة منه.

منهج البحث:

اعتمدت في بحث هذه المسالة على المنهج الوصفي والتحليلي القائم على الاستقراء، وتحليل المعلومات ومناقشتها، ثم بيان الحكم الشرعي حيثما لزم، وترجيح ما يبدو لي راجحاً، متبعاً في ذلك كله الدليل الشرعي، والله تعالى أسأل التوفيق والسداد.

(١) سورة المائدة:٣

(٢) انظر في ظلال القرءان، سيد قطب إبراهيم حسين الشاربي (المتوفى:١٣٨٥هـ)، دار المشرق- بيروت- القاهرة، الطبعة السابعة عشر، (١٤١٢هـ). (٢/ ٨٤١)

أسباب اختيار الموضوع

١-كثرة استعماله في المعاملات.

٢-الحاجة لبيان مدى مشروعيته.

٣-أهميته في العقود المعاصرة، وما أثير حوله من جدل.

وقد حاولت أن أجعل منه بحثاً مختصراً لضيق الوقت والمقام، كما قمت باستعمال ما توفر لدي من مصادر بخصوص الموضوع ووظفتها بالشكل الذي يفيد القارئ، وأخذت أصح ما توفر لدي من الأدلة مستعيناً بالله على ذلك فجعلت بحثي مقسماً على النحو الآتي:

المبحث الأول

تعريفات الشرط والجزاء والشرط الجزائي لغة واصطلاحاً

وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول: تعريف الشرط لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف الجزاءُ لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثالث: تعريف مصطلح الشرط الجزائي.

المطلب الرابع: تعريف الشرط الجزائي قانوناً.

المبحث الثاني

تاريخ نشوء الشرط الجزائي وتسمياته وأسباب استحداثه

وفيه مطلبان

المطلب الأول: تاريخ نشوء مصطلح الشرط الجزائي وتسمياته.

المطلب الثاني: الأسباب التي دعت إلى استحداث الشرط الجزائي في العقود.

المبحث الثالث

مفهوم الشرط الجزائي

وفيه مطلبان

المطلب الأول: تردد مفهوم الشرط الجزائي بين العقوبة وتعويض الضرر.

المطلب الثاني: مفاهيم مقاربة للشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.

أولاً: التعويض عن الضرر.

ثانياً: العقود المقترنة بشرط.

المبحث الرابع

أثر الشرط الجزائي في العقود

وفيه مطلبان

المطلب الأول: الشروط من حيث سلطة العاقدين.

المطلب الثاني: أثر الشرط الجزائي على العقود.

أولاً: العقود التي يكون فيها الالتزام دَيْناً.

ثانياً: العقود التي لا يكون فيها الالتزام دَيْناً.

***

المبحث الأول

تعريفات الشرط والجزاء والشرط الجزائي لغة واصطلاحاً

المطلب الأول: تعريف الشرط لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف الجزاءُ لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثالث: تعريف مصطلح الشرط الجزائي.

المطلب الرابع: تعريف الشرط الجزائي قانوناً.

المطلب الأول: تعريف الشرط لغةً واصطلاحاً

الشَّرطُ لغةً:

للشرط في اللغة العربية معانٍ عدة نذكر منها ما يلي:

١- (الشَّرْطُ) معروف في البيع، والفعل: شارطه فشرط له على كذا وكذا، يشرطُ له. والشَّرطُ: بزغُ الحجام بالمِشرط، والفعل: شرط يشرط. [١]

٢- (الشَّرْطُ) مَعْرُوفٌ وَجَمْعُهُ (شُرُوطٌ). [٢]

٣- (الشَّرَطُ) بِفَتْحَتَيْنِ الْعَلَامَةُ. وَ (أَشْرَاطُ) السَّاعَةِ عَلَامَاتُهَا. [٣]

٤- (الشُّرْطَةُ) بِالسُّكُونِ وَالْحَرَكَةِ خِيَارُ الْجُنْدِ وَأَوَّلُ كَتِيبَةٍ تَحْضُرُ الْحَرْبَ وَالْجَمْعُ شُرَطٌ. [٤]

٥- (الشَّرْطُ) إلزام الشيء والتزامه في بيع ونحوه، والشرط: العلامة، والجمع أشراط. [٥]

الشَّرطُ اصطلاحاً:

١- (الشَّرْطُ هُوَ مَا يَلْزَمُ مِنْ نَفْيِهِ نَفْيُ أَمْرٍ مَا عَلَى وَجْهٍ لَا يَكُونُ سَبَبًا لِوُجُودِهِ وَلَا دَاخِلًا فِي السَّبَبِ). [٦]

٢- (الشَّرْطُ) (هو ما يلزم من انتفائه انتفاء الحكم)، [٧] كالإحصان مع الرجم، والحول في الزكاة.

---

(١) العين، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (ت: ١٧٠هـ)، تحقيق د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال (٦/ ٢٣٤)

(٢) مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (ت:٦٦٦هـ)، تحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية ، بيروت- صيدا، الطبعة الخامسة،(١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م) (ص: ١٦٣)

(٣) المصدر نفسه (ص: ١٦٣)

(٤) المغرب في ترتيب المعرب، ناصر بن عبد السيد أبي المكارم بن علي، أبو الفتح، برهان الدين الخوارزمي المُطرَّزي (ت:٦١٠هـ) دار الكتاب العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ. (ص: ٢٤٨)

(٥) لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين بن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (ت:٧١١هـ) دار صادر- بيروت، الطبعة الثالثة (١٤١٤هـ) مادة (شرط)

(٦) الإحكام في أصول الأحكام، أبو الحسن سيف الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي (المتوفى: ٦٣١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٠هـ (٢/ ٣٠٩)

(٧) روضة الناظر وجنة المناظر، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي ، (ت:٦٢٠هـ)، مؤسسة الريان ،(ط٢، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م) (١/ ١٧٩)

٣- (الشَّرْطُ شَرْعًا) مَا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِهِ الْعَدَمُ وَلا يَلْزَمُ مِنْ وُجُودِهِ وُجُودٌ وَلا عَدَمٌ لِذَاتِهِ.(١)

٤- (الشَّرْطُ) ما يتوقف عليه الشيء وجوداً أو صفة دون أن يكون جزءاً من حقيقته بحيث يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجوداً.(٢)

المطلب الثاني: تعريف الجزاءُ لغةً واصطلاحاً

للجزاء في اللغة العربية معانٍ عديدة نذكر منها ما يلي:

الجزاءُ لغةً:

١- (جزي): جزى يجزي جزاء، أي: كافأ بالإحسان وبالإساءة. وفلانٌ ذو غناءٍ وجَزَاء، ممدود. وتَجازيتُ ديني: تقاضيته.(٣)

٢- (جَـزَاهُ): بِمَا صَنَعَ يَجْزِيهِ (جَـزَاءً) وَ (جَـازَاهُ) بِمَعْنًى، وَ (جَزَى) عَنْهُ هَذَا أَيْ قَضَى.(٤)

وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿ وَٱتَّقُواْ يَوْمًا لَّا تَجْزِى نَفْسٌ عَن نَّفْسٍ شَيْـًٔا ﴾ .(٥)

٣- جزَى يَجزي، اجْزِ، جزاءً، فهو جازٍ، والمفعول مَجْزيّ، جزَى عامِلاً: كافأهُ.(٦)

٤- جَزاء [مفرد]:

أ- مصدر جزَى الجزاء من جنس العمل.

ب- (قـن) عقوبة مفروضة بنصّ قانونيّ على فعل ممنوع قانونًا «نال المقصِّرون الجزاءات المناسبة»، جزاء نقديّ: عقوبة ماليّة، قانون جزائيّ: قانون العقوبات.

محكمة الجزاء: نوع من المحاكم له صلاحية النَّظر في الجرائم والدَّعاوي الجنائيَّة.(٧)

الجزاءُ: اصطلاحاً

١- الجَزَاء: الغناء والكفاية، ﴿ لَّا يَجْزِى وَالِدٌ عَن وَلَدِهِۦ وَلَا مَوْلُودٌ هُوَ جَازٍ عَن وَالِدِهِۦ شَيْـًٔا ﴾.(٨)

والجَزَاء: ما فيه الكفاية من المقابلة، إن خيرا فخير، وإن شراً فشر.

ويقال: جَزَيْتُهُ بكذا وجَازَيْتُهُ، ولم يجئ في القرآن إلا جزى دون جازى، وذاك أنّ المجازاة هي المكافأة، وهي المقابلة من كل واحد من الرجلين.

والمكافأة هي: مقابلة نعمة بنعمة هي كفؤها، ونعمة الله تتعالى عن ذلك، ولهذا لا يستعمل لفظ المكافأة في الله عزّ وجل، وهذا ظاهر.(٩)

---

(١) مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، تقي الدين محمد بن أحمد بن عبد العزيز المعروف بأبن النجار (ت:٩٧٢هـ)، تحقيق محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، ط٢(١٤١٨هـ- ١٩٩٧م) (١/ ٤٥٢)

(٢) أصول الفقه في نسيجه الجديد (الطبعة الثانية والعشرون)، مصطفى إبراهيم الزلمي، مطبعة شهاب- أربيل (٣٠٨)

(٣) العين (٦/ ١٦٤)

(٤) مختار الصحاح (ص: ٥٨)

(٥) سورة البقرة ٤٨

(٦) معجم اللغة العربية المعاصرة، د. أحمد مختار عبد الحميد (المتوفى:١٤٢٤هـ) (١/ ٣٧٢)

(٧) المصدر نفسه (١/ ٣٧٢)

(٨) سورة لقمان ٣٣

(٩) المفردات في غريب القرآن حسين بن محمد المعروف

٢-الـجَـزَاء: هو كل ما يناله الإنسان المكلف المسؤول من الله عز وجل من مكافأة مقابل عمله الاختياري الحسن شرعاً في الدنيا والآخرة، ومن عقاب على عمله السيئ شرعاً في الدنيا والآخرة.(١)

المطلب الثالث: تعريف مصطلح الشرط الجزائي

تعريف الشرط الجزائي:

١- (التزام زائد، يتفق بموجبه المتعاقدان على تعيين التعويض الشرعي الذي يُستحق عند الإخلال الاختياري المضر بالمشترط).(٢)

٢- الشرط الجزائي هو (اتفاق مقارن، أو تابع، يحدد بموجبه الطرفان مسبقاً التعويض أو العقوبة عند عدم التنفيذ أو التأخر فيه).(٣)

٣- الشرط الجزائي) هو عبارة عن بند، تبعي في العقد، اتفق عليها المتعاقدان مسبقا، مقتضاه التزام كل من المتعاقدين بتعويض مالي، محدد، عادل، عن الضرر الناشئ عن الإخلال بالالتزام).(٤)

وقد اخترت التعريف الأول كونه جامعاً لكل مفردات المعرف ومحترزاً في ألفاظه من الوقوع في الربا ولموافقته للتعريف اللغوي في المعنى.

شرح التعريف:

(الـتـزام زائـد، يتفق بموجبه الـمتـعاقدان على تعيين التعويض الشرعي الذي يُستحق عند الإخلال الاختياري المضر بالمشترط)

التزام: وهذه طبيعته، كشرط ملزم.

زائد: أي عن أصل العقد، وهذه من خصائص الشروط المقيدة المقترنة بالعقد.

اتفاق المتعاقدين: أي يكون بالاتفاق والتراضي على الشرط بين المتعاقدين.

التعويض الشرعي: احتراز من الشرط الجزائي الفاسد المؤدي إلى الربا، أو المجحف بالزيادة عن الضرر الواقع، أو النقصان المجحف بالمتضرر. فإذا ظهر إجحاف في تقدير التعويض حين وقوع الضرر فإنه يعدل ليتناسب مع الضرر.

المضر: احتراز من حالة عدم الضرر، والتي تؤدي إلى عدم استحقاقه.

خصائص الشرط الجزائي المستنبطة من التعريف:

١- أنه التزام زائد، وتابع، فليس هو الالتزام الأصلي، وهذه طبيعة غالب الشروط في العقود.

٢- أنه تعويض عن الضرر الناشئ من الإخلال وليس عقوبة.

بالراغب الأصفهاني (المتوفى:٥٠٢هـ)، تحقيق صفوان عدنان، دار القلم، دمشق بيروت ، الطبعة الأولى، (١٤١٢هـ). (ص: ١٩٥-١٩٦)

(١) الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، (١٤٢٥-١٤٢٦هـ) (ص:٤٨) رسالة دكتوراه ،جامعة الملك سعود.

(٢) الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة (ص:٦٥) رسالة دكتوراه

(٣) الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي، عبد المحسن الرويشد، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة (ص٥٢)

(٤) الشرط الجزائي وتطبيقاته، عبد الله بن محمد الشهري، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير، المعهد العالي للقضاء جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ١٤١٨ هـ.ص٦١.

٣- أن الاتفاق عليه يكون قبل وقوع الإخلال، ويستحق عنده.

٤- أنه مرتبط بالضرر، فلا يستحق بدون ضرر.

٥- يراعى في تقديره العدل، فلا ضرر ولا ضرار، وفي حالة تبين مبالغة في الزيادة أو النقصان فللقاضي تعديله إحقاقا للعدل.[١]

المطلب الرابع: تعريف الشرط الجزائي قانوناً

تعريف الشرط الجزائي في القانون:

(مبلغ من النقود يدفعه المدين إلى الدائن، تعويضاً للدائن عن عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه عيناً).[٢]

وقد عرفه القانون الفرنسي في مادتين:

المادة ١١٢٦ والتي تنص:) الشرط الجزائي هو الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضمانا لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ).

أما المادة ١٢٢٩:) تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي [٣] (

وعرفه أحد فقهاء القانون المغربي:

(اتفاق بمقتضاه يحدد طرفا العقد مسبقاً مقدار التعويض المستحق للدائن في حالة إخلال المدين جزئياً أو كلياً بالتزاماته التعاقدية أو تأخره في تنفيذها).[٤]

وعُرِّف في القانون الإماراتي:

(اتفاق مسبق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن عند عدم تنفيذ المدين بالتزامه أو التأخير فيه، سواء ورد هذا في العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق بشرط أن يكون ذلك قبل وقوع الضرر بالفعل).[٥]

مما سبق نلاحظ من خلال التعريفات القانونية للشرط الجزائي أنها تقترب من الربا في الكثير من نصوصها وقد رجحت في الصفحة السابقة التعريف الذي أظنه جامعاً لكل مفردات المعرف مانعاً من دخول غيره معه ومحترزاً في نصوصه من الوقوع في منهيات الشرع الإسلامي ، والله اعلم.

***

(١) الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة (ص:٦٥) رسالة دكتوراه

(٢) نظرية الشرط الجزائي بي الفقه والقانون، رسالة ماجستير في جامعة الخليل- كلية الدراسات العليا- قسم القضاء الشرعي، سنة ٢٠٠٩،جواد محمود أحمد بحر(ص:١٣٠)

(٣) بحث مفصل عن الشرط الجزائي في العقود التجارية الدولية (انترنت) بواسطة امل المرشدي

(٤) لشرط الجزائي في العقود التجارية -مجلة القانون والأعمال-شبكة الإنترنت

(٥) التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) -الدكتورة نجوى أبو هيبة - منتديات شبكة قانوي الأردن

المبحث الثاني

تاريخ نشوء الشرط الجزائي وتسمياته وأسباب استحداثه

المطلب الأول: تاريخ نشوء مصطلح الشرط الجزائي وتسمياته.

المطلب الثاني: أسباب استحداث الشرط الجزائي في العقود.

المطلب الأول: تاريخ نشوء مصطلح الشرط الجزائي وتسمياته

تاريخ نشوء مصطلح الشرط الجزائي

لم يعرف الفقه الإسلامي قديما مصطلح الشرط الجزائي ولم يرد بالصورة التي طرحت بها في الوقت الحاضر لأن هذا مصطلح استخدم قديماً في القوانين الإغريقية حيث كان على شكل عقوبة مالية تفرض على من يخل بالتزامه بالعقد.

أما في القانون الروماني فكانوا يجرمون المخل بالتزامه بالعقد من خلال فرض عقوبات مالية يتضمنها العقد على الشخص المخل، ويعود ذلك إلى حرصهم على إعطاء العقود غير الملزمة صفة إلزامية أكثر من خلال هذا الشرط.[1]

والذي سبق من الكلام لا يعني أنَّ موضوع الشرط الجزائي لم يرد بالمفهوم في الفقه الإسلامي، وإنْ لم يرد باللفظ، فقد ورد ضمن عناوين ومفاهيم سنقوم بإيضاحها في حينها.

كما أن القوانين في غالب الدول في العصر الحاضر قد تطرقت إلى موضوع الشرط الجزائي ومن ضمن تلك القوانين القانون الفرنسي، وتأثر به القانون اللبناني بشكل كبير.

تسمياتهُ:

ومن أشهر تلك التسميات:

١- الشرط الجزائي.

٢- البند الجزائي.

٣- الجزاء الاتفاقي.

٤- الجزاء التعاقدي.

٥- التعويضات الجزائية.[2]

المطلب الثاني: أسباب استحداث الشرط الجزائي في العقود

الأسباب التي دعت إلى استحداث الشرط الجزائي في العقود:

١-طمأنة للعاقدين لإتمام العقود المبرمة بينهما.

٢-حث الطرف الملتزم بموجب العقد بالشرط الجزائي على الوفاء بالتزامه.

٣-فساد ذمم كثير من الناس وعدم التزامهم بمضامين العقود المبرمة.

---

(١) الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة (ص:١٩-٢٠) رسالة دكتوراه.

(٢) المصدر نفسه

٤-ضمان عدم إلحاق الضرر بأحد المتعاقدين نتيجةً لإخلال الطرف الآخر بالعقد.

٥-ضمان حقوق المتعاقدين بالتزام كل طرف بما حدد له في العقد في الوقت المحدد.

٦-أهمية الوقت في هذا العصر والذي يتسم بالسرعة، ووجود بعض العقود في العصر الحاضر والتي لو تأخرت عن وقتها المحدد لسببت أضراراً كبيرة لأحد الأطراف.

٧-اتساع نطاق التجارة الداخلية والدولية، وعدم معرفة الأطراف المتعاقدة ببعضها، دعا إلى إيجاد شروط تقييدية إضافية لزيادة الثقة بين المتعاقدين.

٨-تحديد العوض عن الضرر في العقد بين الطرفين وتجنب اللجوء إلى المحاكم في حال إخلال أحد الطرفين.[1]

***

المبحث الثالث

مفهوم الشرط الجزائي

المطلب الأول: تردد مفهوم الشرط الجزائي بين العقوبة وتعويض الضرر.

المطلب الثاني: مفاهيم مقاربة للشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.

أولاً: التعويض عن الضرر.

ثانياً: العقود المقترنة بشرط.

المطلب الأول: تردد مفهوم الشرط الجزائي بين العقوبة وتعويض الضرر

هل الشرط الجزائي عقوبة أم تعويض عن ضرر؟

نلاحظ من خلال العرض السابق والتعاريف التي أوردناها أنَّ الشرط الجزائي يدور بين معنيين:

الأول: عقوبة مالية: وهذا ما ورد في القوانين القديمة للإغريق والرومان وبعض القوانين الحديثة.

الثاني: تعويض عن ضرر: الذي يحصل نتيجة لإخلال أحد المتعاقدين بالتزامه.

والذي يبدو لي من خلال البحث أنه أقرب إلى مفهوم التعويض عن ضرر منه إلى كونه عقوبة وهذا ما سنبحثه في المطلب القادم من بحثنا هذا.

المطلب الثاني: مفاهيم مقاربة للشرط الجزائي في الفقه الإسلامي

مفاهيم مقاربة للشرط الجزائي في الفقه الإسلامي:

(١) انظر الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة (ص:٢٦-٢٨) رسالة دكتوراه، و حكم الشرط الجزائي الوارد على الاعمال وصورة تطبيقه في المصارف الإسلامية ،مجلة الواحات للبحوث والدراسات، العدد (١١: لسنة ٢٠١١)، عبد الصمد بلحاجي، (ص: ٣٢٥)

للشرط الجزائي في الفقه الإسلامي مفاهيم مقاربة لمعناه ومن تلك المفاهيم:

أولاً: التعويض عن الضرر.

ثانياً: العقود المقترنة بشرط.

وللدخول في مثل هذا الموضوع لا بد من تعريف:

التعويض.

الضرر.

العقد.

التعويض: لغةً

إعطاء العوض، وهو البدل.(١)

التعويض: اصطلاحاً

دفع ما وجب من بدل مالي بسبب إلحاق الضرر بالغير.(٢)

الضرر: لغةً

هو الأذى.(٣)

الضرر: اصطلاحاً

هو إلحاق المفسدة بالغير مطلقاً، سواء أكانت في الأموال أو الحقوق أو الأشخاص.(٤)

العقد: لغة

يطلق على عدة معانٍ منها:

الشد، والربط، والإحكام، والتوثيق، والجمع بين أطراف الشيء.(٥)

العقد: اصطلاحاً

هو الربط الحاصل بين كلامين -أو ما يقوم مقامهما كالإشارة والكتابة-على وجهٍ يترتب عليه حكم شرعي.(٦)

أولاً: التعويض عن الضرر

تبين لنا مما سبق أن الشرط الجزائي شرط تابع للعقد وليس من صميم العقد، وأنه بند اتفاقي بين طرفي العقد بالتعويض للذي يقع عليه الضرر، وقد يكون هذا البند مصاحباً لإنشاء العقد أو يكون بعد انشائه وقبل حصول الضرر، ويكون استحقاقه عند وقوع الضرر بإخلال الطرف الملتزم بالشرط ببنود العقد، كأن يتأخر بتنفيذ ما طلب منه في الوقت المحدد أو عدم تنفيذه مما يسبب للطرف الآخر ضرراً، ولا بد أن يكون التأخير بسببٍ التقصير المتعمد، لا لسببٍ خارجٍ عن إرادة الملتزم أو لظروف قاهرة مرت به، ولا بد للتعويض أن يكون مساوياً للضرر الواقع أو قريبا منه، فلا تكون فيه زيادة فاحشة على مقدار الضرر، ولا نقصان لا يتناسب مع حجم الضرر.

---

(١) انظر معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء (ص: ١٢٤)، مختار الصحاح (ص:٢٢١)

(٢) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء (ص: ١٢٤)

(٣) انظر معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء (ص: ٢٨٧)، مختار الصحاح(ص: ١٣٨)

(٤) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء (ص: ٢٨٧)

(٥) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء (ص:٣٢١)، مختار الصحاح (ص: ٢١٤)

(٦) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء (ص:٣٢١)

أدلة التعويض عن الضرر

وقد ورد مبدأ التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ونتعرف عليه من خلال :

أ- الأدلة من الكتاب

١-قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ ٱلشَّهۡرُ ٱلۡحَرَامُ بِٱلشَّهۡرِ ٱلۡحَرَامِ وَٱلۡحُرُمَٰتُ قِصَاصٞۚ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلۡمُتَّقِينَ ﴾[١]

فَيَكُونُ مَعْنَى الْكَلَامِ: فَمَنْ عَدَا عَلَيْكُمْ: أَيْ فَمَنْ شَدَّ عَلَيْكُمْ وَوَثَبَ بِظُلْمٍ، فَاعْدُوا عَلَيْهِ أَيْ فَشُدُّوا عَلَيْهِ وَثِبُوا نَحْوَهُ قِصَاصًا لِمَا فَعَلَ بِكُمْ لَا ظُلْمًا.[٢]

ففي هذه الآية أمر الله تعالى المسلمين في حالة الاعتداء عليهم، أن تكون المجازاة بالمثل، حيث تدل هذه الآية على المماثلة في القصاص.

٢-قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦۖ وَلَئِن صَبَرۡتُمۡ لَهُوَ خَيۡرٞ لِّلصَّٰبِرِينَ ١٢٦ وَٱصۡبِرۡ وَمَا صَبۡرُكَ إِلَّا بِٱللَّهِۚ وَلَا تَحۡزَنۡ عَلَيۡهِمۡ وَلَا تَكُ فِي ضَيۡقٖ مِّمَّا يَمۡكُرُونَ ﴾[٣]

يَقُولُ تَعَالَى ذِكْرُهُ لِلْمُؤْمِنِينَ: وَإِنْ عَاقَبْتُمْ أَيُّهَا الْمُؤْمِنُونَ مَنْ ظَلَمَكُمْ وَاعْتَدَى عَلَيْكُمْ، فَعَاقِبُوهُ بِمِثْلِ الَّذِي نَالَكُمْ بِهِ ظَالِمِكُمْ مِنَ الْعُقُوبَةِ.[٤]

ونرى مما أوردناه آنفاً من أدلة الكتاب أن الضرر يدفع بالمثل بلا زيادة عليه.

ب- الأدلة من السنة

١- عن أَنَس، أَنَّ النَّبي، عليه السلام، كَانَ عِنْدَ بَعْضِ نِسَائِهِ، فَأَرْسَلَتْ إِحْدَى أُمَّهَاتِ الْمُؤْمِنِينَ مَعَ خَادِمٍ بِقَصْعَةٍ فِيهَا طَعَامٌ، فَضَرَبَتْ بِيَدِهَا، فَكَسَرَتِ الْقَصْعَةَ، فَضَمَّهَا وَجَعَلَ فِيهَا الطَّعَامَ، وَقَالَ: (كُلُوا)، وَحَبَسَ الرَّسُولَ وَالْقَصْعَةَ حَتَّى فَرَغُوا، فَدَفَعَ الْقَصْعَةَ الصَّحِيحَةَ، وَحَبَسَ الْمَكْسُورَةَ. قال المهلب: روى أن صفية هي التي صنعت الطعام لرسول الله، وروى أنها أم سلمة وأن الكاسرة عائشة.

واختلف العلماء فيمن استهلك عروضاً أو حيوانًا، فذهب الكوفيون والشافعي وجماعة إلى أن عليه مثل ما استهلك، قالوا: ولا يقضى بالقيمة إلا عند عدم المثل -واحتجوا بحديث القصعة، قالوا: ألا ترى أن الرسول ضمن القصعة بقصعة.

وذهب مالك إلى أنه من استهلك شيئًا من العروض أو الحيوان فعليه قيمته يوم استهلكه، وقال: القيمة أعدل في ذلك. واحتج بأن النبي -عليه السلام - قضى فيمن أعتق شركاً له في عبد بقيمة حصة شريكه دون حصة من عبد مثله، لأن ضبط المثل بالقيمة أخص منه في الحلقة والمثل لا يوصل إليه إلا بالاجتهاد، وكما أن القيمة تدرك بالاجتهاد، وقيمة العدل في الحقيقة مثل، وقد تناقض العراقيون

(١) سورة البقرة ١٩٤

(٢) تفسير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرءان- محمد بن جرير بن يزيد الآملى، الطبري (ت: ٣١٠هـ)، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن، بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات الإسلامية ، الدكتور عبد السند حسن يمامة، دار هجر للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، (١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م) (٣/ ٣١١-٣١٢)

(٣) سورة النحل ١٢٦

(٤) تفسير الطبري (١٤/ ٤٠١)

في قوله تعالى: (فجزاء مثل ما قتل من النعم) وقالوا: القيمة مثل في هذا الموضع.

واتفق مالك والكوفيون والشافعي وأبو ثور فيمن استهلك ذهبًا أو ورقًا أو طعامًا مكيلا، أو موزونًا، أن عليه مثل ما استهلك في صفته ووزنه وكيله، وقال مالك، وفرق بين الذهب والفضة والطعام، وبين الحيوان والعروض العمل المعمول به. قال ابن المنذر: ولا أعلم في هذه المسألة خلافًا.(١)

والحديث نص صريح في تقرير مشروعية التعويض عن الضرر ومراعاة المثلية التامة بين الضرر والعوض.

٢-عن البراءِ بنِ عازبٍ قال: كانت له ناقةٌ ضاريَةٌ، فدخلت حائطاً، فأفسدت فيه، فكُلِّمَ رسولُ الله ﷺ فيها، فقضى أن حفظَ الحوائطِ بالنهار على أهلِها، وأن حفظ الماشيةِ بالليل على أهلِها، وأن على أهل الماشية ما أصابت ماشيَتُهُم بالليل.(٢)

ونستدل بما قضى به رسول الله ﷺ من تعويض الطرف المتضرر نتيجةً لإفساد الناقة في البستان.

ثانياً: العقود المقترنة بشرط

[ذهب العلماء في صحة الشروط المقترنة بالعقد والتي سكت الشارع عنها إلى قولين:

القول الأول: صحة تلك الشروط: وهو مذهب الجمهور، وهم الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، فالأصل عندهم في الشروط الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه وفساده.

أدلتهم:

١-عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ (الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً)(٣)

وجه الدلالة: إن الشروط المحرمة بنص الحديث هي الشروط التي أحلت حراماً، أو حرمت حلالاً، وما عدا ذلك جائز.

٢-عن عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ (أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج)(٤)

وجه الدلالة: إن الحديث دل على استحقاق الشروط بالوفاء، وأن شروط النكاح أحق بالوفاء، فلو كان الأصل في الشروط الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع لم يجز أن يؤمر بالوفاء بها مطلقاً ويذم من نقضها مطلقاً، كما أن قتل النفس لما كان الأصل فيها الحظر إلا ما أباحه الشارع أو أوجبه لم يجز أن

(١) شرح صحيح البخاري، ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (المتوفى:٤٤٩هـ)، تحقيق ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الثانية،(١٤٢٣هـ) (٦/ ٦٠٩-٦١٠)

(٢) سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد الأزدي السجستاني (ت: ٢٧٥هـ) تحقيق شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، دار الرسالة ، الطبعة الأولى، (١٤٣٠هـ) (٥/ ٤٢٣)

(٣) المصدر نفسه - الأرنؤوط (٥/ ٤٤٦)

(٤) شرح صحيح البخاري- لابن بطال (٨/ ١١٣)

يؤمر بقتل النفوس، ويحمل على القدر المباح، أو الواجب.

٣- عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه : أن رجلاً تزوج امرأة وشرط عند نكاحها ألا ينقلها من بلدها، ثم أراد أن ينقلها، فأبت عليه ذلك، تمسكاً بما شرط لها، فقضى عمر - رضي الله عنه - على الرجل وألزمه ألا ينقلها من بلدها، عملاً بما شرط على نفسه حيث قال: (فلها شرطها) فقال الرجل: إذاً يطلقننا ،فقال عمر رضي الله عنه: (إن مقاطع الحقوق عند الشروط ولها ما اشترطت).

وجه الدلالة: أن عمر- رضي الله عنه - بين أن الشرط يوجب ما لم يكن واجباً، أو حراماً فيجب الوفاء به مطلقاً إلا ما خص بالدليل ،ذلك أن عمر - رضي الله عنه - لم يستدل على وجوب الوفاء بهذا الشرط، بل ألزم الرجل به مما يدل على أن الأصل في الشروط الإباحة لا التحريم.

٤-إن الشروط من باب العادات لا العبادات، والأصل في المعاملات الجواز والصحة حتى يدل الدليل على التحريم وذلك لقوله تعالى ﴿ وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ ﴿١١٩﴾ ﴾[1] وهذا عام في الأعيان والأفعال وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة ، لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة فانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم فثبت بالاستصحاب العقلي، وانتفاء الدليل الشرعي عدم تحريم الشروط.

القول الثاني:

عدم صحة تلك الشروط: وهو قول الظاهرية، فالأصل عندهم في الشروط المقترنة بالعقد هو الفساد والحظر والبطلان إلا ما جاء الدليل بإباحته.

أدلتهم:

١-قال تعالى:﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿٣﴾ ﴾[2]

وجه الدلالة: دلت الآية على أن من أحدث شرطاً لم ينص على جوازه فقد طعن في كمال الدين وزاد فيه، وتعد حدود الله.

٢-عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال : (ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق)[3]

وجه الدلالة: هذا دليل على إبطال كل شرط لم ينص على جوازه بالكتاب أو السنة أو الإجماع.

الراجح من القولين:

والراجح والله أعلم، هو القول الأول وهو أن الأصل في الشروط الإباحة إلا ما جاء الدليل بتحريمه

(١) سورة الأنعام ١١٩

(٢) سورة المائدة ٣

(٣) شرح صحيح البخاري- لابن بطال (٦/ ٢٩٣)

وذلك لقوة أدلتهم ولضعف دلالة أدلة القول الثاني على مرادهم.

وقد رد ابن القيم-رحمه الله -على أصحاب القول الثاني وبين ضعفه حيث قال: (فأفسدوا بذلك -أي الظاهرية -بقولهم بأن الأصل المنع كثيراً 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 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 دين إلا ما شرعه، فالأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر، والأصل في العقود، والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم).[1]

وأميل إلى ترجيح أدلة الفريق الأول وذلك لقوة أدلتهم ووضوحها في بيان المقصود، كما أُضيف إلى أدلتهم:

١-هذا المعنى يدل عليه عموم قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ أُحِلَّتۡ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلۡأَنۡعَٰمِ إِلَّا مَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ وَأَنتُمۡ حُرُمٌۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحۡكُمُ مَا يُرِيدُ ١ ﴾[2] حيث أعطت هذه الآية الحرية في صياغة العقود وإضافة الشروط اليها ما لم تكن الشرط حراما.

٢- ما أورده ابي داود في سننه، عن جابر بن عبد الله، قال: بِعْتُهُ -يعني بعيرَهُ-من النبي ﷺ، واشترطْتُ حُملانَه إلى أهلي، قال في آخره: «تُراني إنما ماكَسْتُكَ لأذْهَبَ بجملِكَ؟! خُذْ جملَكَ وثمنَه، فهما لَكَ»[3]

وهذا نص صريح على جواز إضافة الشروط إلى العقود، ويستفاد ذلك من خلال فعله عليه الصلاة والسلام، والله أعلم.

***

(١) انظر الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة (ص:١١٨-١٢٥) رسالة دكتوراه

(٢) سورة المائدة ١

(٣) سنن أبي داود -الأرنؤوط (٥/ ٣٦٧)

المبحث الرابع

أثر الشرط الجزائي في العقود

المطلب الأول: الشروط من حيث سلطة العاقدين.

المطلب الثاني: أثر الشرط الجزائي على العقود.

أولاً: العقود التي يكون فيها الالتزام دَيْناً.

ثانياً: العقود التي لا يكون فيها الالتزام دَيْناً.

المطلب الأول: الشروط من حيث سلطة العاقدين

أقسام الشرط من حيث سلطة العاقدين:

بعد طرحنا السابق لآراء النافين والمثبتين للشروط المقترنة بالعقود وترجينا للمذهب القائل بالجواز، يحسن بنا أن نبين المجالات التي من حق المتعاقدين التصرف فيها لوضع الشروط المقترنة بالعقود، وسلطتهم في تعديل الآثار المترتبة على العقد بالزيادة أو النقصان:

[اولاً: أن هناك شروطاً تعتبر ميداناً لإرادة العاقدين أطلق فيها الشرع لإرادتهم سلطاناً ضمن حدود حقوقهم في أحكام والتزامات تثبت بالعقد مبدئياً: ويعتبر العقد المسمى قائماً بين الطرفين على أساسها ما لم يشترط خلافها.

ثانياً: أن هناك شروطاً ممنوعة شرعاً لا سلطان لإرادة العاقدين فيها، لأنها تمس أحكاماً أساسيةً تعتبر من مقاصد الشريعة الإسلامية ونظامها العام.][1].

ويعد الشرط الجزائي ضمن القسم الأول من أقسام سلطة العاقدين، لعدم وجود ما يمنع من وجوده في العقد، لأنه من الشروط المباحة، التي لا تعارض نصاً، أو تحل حراماً أو تحرم حلالاً، ولا تمس أحكاماً أساسيةً، ولا تخالف النظام العام.

المطلب الثاني: أثر الشرط الجزائي على العقود

أولاً: العقود التي يكون فيها الالتزام دَيْناً

تعريف المصطلحات التي تهم الموضوع

الدَّيْن: لغةً

داينت فلاناً: أي عاملته ديناً إما اخذاً وإما عطاءً.[2]

الدَّيْن: اصطلاحاً

هو كل ما يثبُت في الذمة من مال يقتضي ثبوته.[3]

بعض صور العقود التي يكون فيها الالتزام دَيْناً:

١- القروض: سواءٌ أكانت للهيئات - كالمصارف - أو للأشخاص.

٢- البيع بالتقسيط.

٣- البيع بالآجل.

حكم الشرط الجزائي فيها:

لا يجوز في صور البيع آنفاً أيَّ زيادةٍ على رأس المال بموجب الشرط الجزائي، فلا يجوز الزيادة على

(١) المدخل الفقهي العام - مصطفى الزرقا (٥٤٤)

(٢) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء (ص: ٢٠٨)

(٣) المصدر نفسه

رأس مال القرَض بسبب تأخير المقترِض عن سداد ما بذمته من أموال في الوقت المحدد وإن كان ذلك بتقصير منه كالمطل مثلاً، ولا يجوز أيضاً الزيادة على رأس المال المقسَّط في حال تأخر المشتري عن سداد بعض الأقساط أو جميعها، كما لا يجوز الزيادة على ما تأجل ثمنه من البيع، سواءً كانت الزيادة مالاً أو منفعةً، مكتوبة في العقد أو أم لا ،لأن ذلك يكون من صريح الربا الذي نهى الله عنه في القرءان بقوله ﴿ٱلَّذِينَ يَأۡكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِي يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيۡطَٰنُ مِنَ ٱلۡمَسِّۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمۡ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡبَيۡعُ مِثۡلُ ٱلرِّبَوٰاْۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمۡرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِۖ وَمَنۡ عَادَ فَأُوْلَٰٓئِكَ أَصۡحَٰبُ ٱلنَّارِۖ هُمۡ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾[1]

ثانياً: العقود التي لا يكون فيها الالتزام دَيْناً

بعض صوره:

١- عقود الاستصناع: بالنسبة للمصنع.

٢- عقود التوريد: بالنسبة للمورد.

حكم الشرط الجزائي فيها:

للعلماء المعاصرين فيها ثلاثة مذاهب:

الأول: الجواز وإليه ذهب جمهور العلماء المعاصرين فهو قرار مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم: ١٠٩ (١٢/٣) في دورته الثانية عشرة في ١٤٢١ هـ.

بعض أدلتهم:

١- أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الإباحة إلا ما دل الدليل على حرمته، والشرط الجزائي لم يأت دليل يدل على حرمته.

٢- أن عدم التنفيذ أو التأخير فيه وما يؤدي إليه من تفويت فرصة، أو كسب متوقع، وألم نفسي ضرر يوجب التعويض قال النبي ﷺ (لا ضرر ولا ضرار).

٣- المصالح والفوائد المترتبة على الشرط الجزائي ومنها الحث على الوفاء ومنع التلاعب بالعقود فهو من مصلحة العقد.

٤- لقد تعارف الناس على وضع شروط جزائية في كثير من عقودهم هذه الأيام وعرف التعامل بالشرط الجزائي عرف صحيح شرعاً لأنه لا يعارض دليلاً شرعياً.

٥- استدلوا بقاعدة (الحاجة تنزل منزلة الضرورة).

الثاني: جوازه في حالة عدم التنفيذ، وعدم جوازه في حالة تأخير التنفيذ وإليه ذهب د. رفيق يونس المصري وحسن الجواهري.

بعض أدلتهم:

أن المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام) الدين (فالشرط الجزائي فيه شبهة ربا النسيئة تقضي أم تربي بل هو في حكم ربا النسيئة.

الثالث: عدم جواز وصحة الشرط الجزائي، وإليه ذهب الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، والشيخ سيد عبد الله حسين، وذهب د. عبد الرزاق السنهوري، والشيخ علي الخفيف، ود. فتحي الدريني،

(١) سورة البقرة ٢٧٥

و د. شفيق شحاته، ومحمد حافظ صبري، إلى أن الضرر الحاصل نتيجة الامتناع عن الوفاء بالعقد، أو التأخر في الوفاء في الوقت المحدد لا يوجب التعويض في الفقه الإسلامي ولازم هذا القول هو عدم جواز الشرط الجزائي عندهم.

بعض أدلتهم:

١- أن الشرط الجزائي هو اتفاق على تقدير جزافي للتعويض عن الضرر قبل وقوعه وهذا لا يجوز، لأنه يؤدي إلى محاذير شرعية، كالجهالة والغرر، والرهان المحرم، أكل أموال الناس بالباطل.

٢- أن تقدير التعويض عن الضرر موكول إلى القضاء في جميع الأحوال فلا يجوز تقديره مقدماً بالشرط الجزائي.

٣- سد الذريعة فالشرط الجزائي إذا كان قد يؤدي إلى التنازع وأكل الأموال بالباطل والغرر والقمار فسداً لذريعة المحرم يمنع الشرط الجزائي.

٤- أن الشريعة كفلت تعويض المتضرر بعد وقوع الضرر تحرياً للعدل والحق والإنصاف والمساواة بين التعويض والضرر، ومراعاة الجانبين.][1]

الراجح من الأقوال:

وأميل إلى ترجيح المذهب الأول وذلك:

١- لرجحان الأدلة التي استدلوا بها.

٢- لأن الشرط الجزائي من الشروط المباحة، ولم يأت الدليل بحرمته، على أنْ لا يؤدي إلى حرام.

٣- يعد أحد الضمانات التي تؤدي إلى الالتزام بمضامين العقد، وتنفيذه في وقته المحدد، وبكافة شروطه.

٤- طمأنة للطرف المستفيد بعدم ضياع حقوقه في حال الإخلال بالعقد كالتأخير في إنجاز العمل، أو تركه، أو إنجازه بشكل غير مطابق للمواصفات المتفق عليها بموجب العقد.

٥- إفتاء كثير من العلماء والمجامع بجوازه.

وقت استحقاق الشرط الجزائي: يكون وقت استحقاق الشرط الجزائي في الأحوال الآتية:

١- تأخر الملتزم بموجب العقد بالشرط الجزائي عن إتمام ما التزم به في وقته المحدد في العقد.

٢- إتمام الأعمال على غير ما تم الاتفاق عليه في العقد.

٣- التسبب بأضرار مادية أو تفويت فرص لمكاسب مؤكدة من الطرف الملتزم بالشرط الجزائي لطرف العقد الآخر.

ولا يستحق الشرط الجزائي إن كان الإخلال بسبب خارج عن إرادة المتعاقدين أو كان بسبب الطرف المستفيد من العقد.

***

(١) انظر الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة (ص: ٢١٧-٢٢٨) رسالة دكتوراه

الخاتمة

نحمد الله ونشكره على توفيقه لنا في مجال بحثنا هذا، ولولا فضله ومَنِّه وتوفيقه لما استطعنا أن نخطو فيه خطوةً واحدةً.

وأبرز ما توصلت إليه في البحث هو:

١- الشرط الجزائي لم يرد بهذا الاسم في الفقه الإسلامي إنما هو من القوانين الوضعية، والذي يقابله في مصطلح الفقه الإسلامي هو التعويض عن الضرر.

٢- وجود توافق بين المعنى الاصطلاحي واللغوي للشرط الجزائي.

٣- الشرط الجزائي قيد إضافي على العقد وليس من أصله.

٤- أنه يكون قبل إنشاء العقد أو عند إنشائه ويُستحق عند وجود الضرر.

٥- أنه تعويض شرعي -لا ربوي - عن ضرر أصاب أحد المتعاقدين نتيجةً لإخلال الطرف الآخر وليس عقوبة.

٦- أنه مرتبط بالضرر، فلا يستحق بدون ضرر.

٧- أن التعريف القانوني قد اشتمل على جميع التعويضات وإن كانت ربوية.

٨- له عدة تسميات لكن مضمونها متقارب.

٩- من أبرز الأسباب التي دعت إليه تطمين المتعاقدين، وحثهم على الالتزام والوفاء بمضمون العقد.

١٠- وجود مفهوم قريب من مفهوم الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي ألا وهو التعويض عن الضرر.

١١- الشرط الجزائي يعد ضمن الشروط الصحيحة المقترنة بالعقد كما هو مذهب جمهور العلماء.

١٢- العقود التي يكون فيها الالتزام دَيْناً، يعد الشرط الجزائي فيها حراماً لكونه الربا صريح.

١٣- جواز الشرط الجزائي في العقود التي لا يكون فيها الالتزام دَيْناً، كما هو مذهب العلماء المعاصرين، على أنْ لا يؤدي إلى الحرام.

١٤- لا يستحق الشرط الجزائي إن كان الإخلال بسبب خارج عن إرادة المتعاقدين أو كان بسبب الطرف المستفيد من العقد.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه اجمعين.

***

المصادر

- القرآن الكريم.

١- الإحكام في أصول الأحكام، أبو الحسن سيف الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي (المتوفى: ٦٣١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٠هـ.

٢- أصول الفقه في نسيجه الجديد (الجزء الاول والثاني - الطبعة الثانية والعشرون)، مصطفى إبراهيم الزلمي، مطبعة شهاب- أربيل.

٣- بحث مفصل عن الشرط الجزائي في العقود التجارية الدولية (انترنت) بواسطة امل المرشدي، في (٢٠١٦/٩/٥)

٤- التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) - الدكتورة نجوى أبو هيبة- منتديات شبكة قانوني الأردن (شبكة الانترنت).

٥- تفسير الطبري - جامع البيان عن تأويل آي القرءان- محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملى، أبو جعفر الطبري (المتوفى: ٣١٠هـ)، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات الإسلامية بدار هجر، الدكتور عبد السند حسن يمامة، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى، (١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م).

٦- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للعلامة شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

٧- حكم الشرط الجزائي الوارد على الاعمال وصورة تطبيقه في المصارف الإسلامية ،مجلة الواحات للبحوث والدراسات، العدد (١١: لسنة ٢٠١١)، قسم العلوم الإسلامية جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، عبد الصمد بلحاجي.

٨- روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام احمد بن حنبل، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى:٦٢٠هـ)، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع ،(ط٢، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م).

٩- سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى:٢٧٥هـ) تحقيق شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية ، الطبعة الأولى، (١٤٣٠هـ- ٢٠٠٩م).

١٠- شرح صحيح البخاري، ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (ت:٤٤٩هـ)، تحقيق أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد- السعودية، الرياض، الطبعة الثانية،(١٤٢٣هـ- ٢٠٠٣م).

١١- الشرط الجزائي في العقود التجارية - مجلة القانون والأعمال - شبكة الانترنت- في ٢٠١٧/١١/٣٠.

١٢- الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي - رسالة دكتوراه- عبد المحسن سعد الرويشد، في جامعة القاهرة (مخطوط)- كلية الحقوق، سنة ١٩٨٣.

١٣- الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة - رسالة دكتوراه مقدمة إلى قسم الثقافة الإسلامية-

كلية التربية- جامعة الملك سعود، محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، (١٤٢٥- ١٤٢٦هـ).

١٤- الشرط الجزائي وتطبيقاته في المحكمة الكبرى وديوان المظالم بمدينة لرياض لعبد الله بن محمد آل سليمان الشهري، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير، المعهد العالي للقضاء جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، قسم الفقه المقارن، ١٤١٨ هـ.

١٥- العين، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: ١٧٠هـ)، تحقيق الدكتور مهدي المخزومي، الدكتور إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.

١٦- فتح القدير على الهداية، للشيخ كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي، المكتبة التجارية، مكة، دار الفكر، بيروت، لبنان.

١٧- في ظلال القرءان، سيد قطب إبراهيم حسين الشاربي (المتوفى:١٣٨٥هـ)، دار المشرق- بيروت- القاهرة، الطبعة السابعة عشر، (١٤١٢هـ).

١٨- لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين بن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى:٧١١هـ) دار صادر- بيروت، الطبعة الثالثة (١٤١٤هـ).

١٩- المجموع شرح المهذب، لأبي زكريا محيي الدين النووي، تحقيق محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية.

٢٠- المحلى بالآثار،لأبي محمد علي بن حزم، تحقيق د. عبد الغفار البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.

٢١- مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى:٦٦٦هـ)، تحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية- الدار النموذجية، بيروت- صيدا، الطبعة الخامسة،(١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م).

٢٢- مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بأبن النجار الحنبلي (المتوفى:٩٧٢هـ)، تحقيق محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية (١٤١٨هـ- ١٩٩٧م).

٢٣- المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم- دمشق، الطبعة الثانية، (١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م).

٢٤- معجم اللغة العربية المعاصرة، د. أحمد مختار عبد الحميد عمر، (ت:١٤٢٤هـ).

٢٥- معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، الدكتور نزيه حماد، دار القلم- دمشق، الطبعة الأولى، (١٤٢٩هـ- ٢٠٠٨م).

٢٦- المغرب في ترتيب المعرب، ناصر بن عبد السيد أبي المكارم بن علي، أبو الفتح، برهان الدين الخوارزمي المُطرَّزي (المتوفك٦١٠هت)ندار الكتاب العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ.

٢٧- المفردات في غريب القرءان، أبو القاسم حسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني

(المتوفى:٥٠٢هـ)، تحقيق صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية، دمشق بيروت ، الطبعة الأولى، (١٤١٢هـ).

٢٨- المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل، لموفق الدين عبد الله بن قدامة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٢٩- نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، رسالة ماجستير في جامعة الخليل- كلية الدراسات العليا- قسم القضاء الشرعي، سنة ٢٠٠٩،جواد محمود أحمد بحر.

***