

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية: الشريعة والاقتصاد
قسم: الفقه وأصوله



جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
-قسنطينة-

رقم التسجيل:

الرقم التسلسلي:

الشرط الجزائري وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات المالية

بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د في علوم إسلامية-شريعة
تخصّص: معاملات مالية معاصرة

إشراف الأستاذ الدكتور:
نورالدين بوكريدي

إعداد الطالب:
صابر خزاري

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د. كمال العرفي	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة	رئيساً
أ.د. نور الدين بوكريدي	أستاذ	جامعة أحمد زبانه - غليزان	مقرراً ومشرفاً
أ.د. وسيلة شريط	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة	عضواً مناقشاً
أ.د. شعيب يوسف	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة	عضواً مناقشاً
د. عزوز مناصرة	أستاذ محاضر - أ	جامعة الحاج لخضر - باتنة 01	عضواً مناقشاً

السنة الجامعية: 1445-1446هـ/2024-2025م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

أهدي هذا الجهد العلمي و هذه الثمرة الطيبة المباركة إلى
الوالدين الكريمين عرفانا بإحسانهما و شكرا على تربيتهما وحسن
تأديتهما، فقد شجرتا هممتي بالصبر والمصابرة واللاستعانة بالرعاء
للوصول إلى ما وصلت إليه، فاللهم اغفر لهما وأرحهما كما ربياني
صغيرا.

كما أهدى هذا العمل إلى جميع أحبتي الأحياء منهم والأوداد
وإلى كل من ساهم من قريب أو بعيد بنصيحة أو توجيه أو دعاء
في إخراج هذا البحث، الذي أسأل الله تعالى أن يجعله في ميزان
الحسنات ويرفع به الدرجات وينفّس به الكربات.

الشكر

انطلاقاً من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا يشكر الله من لا يشكر الناس»، أتقدم بالشكر أولاً لله جلّ في علاه الذي يسّر وأتمّ التعمية ووفق لوصولي إلى الهدف والمبتغى، وبعمرة الشكر موصلاً إلى الله ستافاً لمفصال أ.و.بوكروير نور الدين المشرف على هذا البحث الذي لم يبخل عليّ بتوجيهاته الكريمة، وإرشاداته العلمية السريرة، والذي كان لي بمثابة الوالد الكريم، والمرشد الأمين بسمو أخلاقه وصبره فله مني جزيل الشكر على ما قرّم وأرشد.

مقدمة

الحمد لله الذي بين لعباده الحلال والحرام، وخصهم ببعثة خير الأنام ﷺ، جاء بالشرعية السمحة عظيمة المقام سالمة من النقص وشاملة لجميع نواحي الحياة وثابتة الأحكام، ففي التمسك بها سعادة الدنيا والآخرة؛ لأنها شرعة ومنهاجا قويا وصراطا مستقيا.

لقد تميزت شريعة الإسلام بقواعد وصبغت بخصائص ومميزات تجمع بين المرونة والتغير والثبات، وهذا ما جعلها صالحة لكل زمان ومكان، وقادرة على مسايرة الأحداث والمستجدات وكل شؤون الحياة باختلافاتها وتوازاتها، وبثابتها ومتغيرها، وسهولها وصعوبها، فيجد العبد المسلم نفسه يعيش في كنف شريعة كاملة ومنظومة مستقرة تضمن له البقاء والاسمرار، وتحكمه العدالة التي تبين الحقوق والواجبات، وترسي المبادئ السامية والأخلاق العالية، فيسود الأمن والأمان اقتصاديا وسياسيا واجتماعيا وفكريا ومعاملاتيا.

إن العلماء والباحثين منذ القدم، لا يزالون يغترفون من المنابع الصافية لشرعية الإسلام، ويسعون لتطبيق قواعده العامة والخاصة في الشؤون البشرية والحياة اليومية، فالإسلام لا ينفصل عن الحياة ولا يقبل التفوق والحياد وسياسة الفراغ بل هو المحرك والدافع لتطوير الحياة الاقتصادية والمعاملات المالية وكل ماله تعلق بالعلاقات التجارية، والعقود، والشروط، وما يلزم المكلفين من الناحية الشرعية.

إن الحياة البشرية تمتاز بالتجدد والاستمرارية، والتطور والحركية، وهذا الذي يتولد منه الكثير من المستجدات والنوازل والأحداث الشائكة، والقضايا المتداخلة والمركبة، وهذا كله يحتاج إلى بيان الحكم الشرعي، وبيان الصحيح من الفاسد والحلال من الحرام، وما يحتاج إلى بديل أو تعديل إن دعت الضرورة إلى ذلك.

هذا، وقد أعطت الشريعة الإسلامية نصيبا كبيرا واهتماما بالغاً لتنظيم العلاقة بين الناس في مجال المعاملات المالية فيما بينهم وفق مبادئ محكمة، وقواعد متينة بهدف تحقيق الأمن الاجتماعي والنمو الاقتصادي؛ إذ يعتبر ميدان المعاملات المالية من أهم التعاملات الرائجة بين الناس لحاجتهم إليها، خاصة في ظل التقدم العلمي والانفجار التكنولوجي الحديث، الذي تغيرت فيه أنماط العيش وأصبحت الحياة معقدة، حيث ارتقت بعض التحسينات ومعظم الحاجات إلى سلم الضروريات، ومن أعظم مقاصد الشريعة الإسلامية، وقضاياها الكبرى حفظ الأموال وصيانتها، ومن وسائلها الواضحة في ذلك

شرعنة العقود وتوثيقها، والالتزام بالوفاء بالشروط وتحقيقها بالعدل والشفافية والقسط والميزان.

ومن محاسن الشريعة الإسلامية أنها وضعت مجال المعاملات المالية في خانة المباحات - وهو ما يعبر عنه في قواعد الفقه الإسلامي بعبارة: الأصل في العادات والمعاملات الإباحة -، ومما زادها حسنا وجمالا ورونقا أنها أعطت الحرية التامة للمتعاقدين لوضع الشروط بينهم لحفظ حقوقهم ومصالحهم الخاصة بشرط عدم مخالفتها لمقتضيات العقد ومقاصده، وعدم تعارضها مع أصول الشريعة ومبادئها العامة، والغاية من ذلك كله رفع النزاعات وعدم الوقوع في الخصومات بين الطرفين.

ومن الشروط التي كثر التعامل بها في عقود المعاملات المالية المعاصرة: "الشرط الجزائي"؛ وهو تعويض عن الضرر الذي يلحق أحد المتعاقدين بسبب إخلال الطرف الآخر عن الوفاء بالتزاماته في الأوقات المحددة والمتفق عليها، وهو من المسائل المستجدة والقضايا المعاصرة التي دخلت على المجتمع المسلم نتيجة الاقتباس من القوانين الغربية والواقع الذي فرضته التجارة العالمية الحديثة - والتي تعد انفجارا اقتصاديا وتحولاً جذريا عما كان معهودا في السابق - فتغير كثير من الحقائق والأساليب المتعامل بها في الواقع المعيش.

وقد اهتم الباحثون، والدارسون المعاصرون، والهيئات العلمية، والجامع الفقهيّة، والنظم القانونية بالشرط الجزائي، وكتبوا بحوثا كثيرة ومتنوعة حاولوا فيها توضيح التطبيقات الجائزة والممنوعة له في المعاملات المالية المعاصرة، وهو الأمر الذي تصب فيه دراستي أيضا؛ بيد أني سلطت الضوء على الواقع الجزائري وجعلتها دراسة تطبيقية وميدانية للشرط الجزائي المعمول به في التشريع الجزائري.

أولاً: أهمية الموضوع:

تظهر أهمية الموضوع في النقاط التالية:

- 1- كون الشرط الجزائي من أهم التعاملات التي عرفت انتشارا في المؤسسات المالية والإدارية والشركات الاقتصادية الجزائرية؛ مما يجعل الحاجة ماسة إلى بيان أحكامه في الفقه الإسلامي.
- 2- يعتبر الشرط الجزائي من النوازل المعاصرة التي تحتاج إلى حلول شرعية وتكييفات مناسبة تتماشى مع التحديات المفروضة على واقع المسلمين من أجل رفع الحرج والضيق الذي تسببه هذه الشروط في عقودهم ومعاملاتهم وبيعهم وشرائهم.

3- دراسة واقع التعاملات المالية في الجزائر، وبيان مدى مطابقتها ومسايرتها لأحكام الشريعة الإسلامية، وخاصة مشكلة التأخر في الديون والالتزام الذي يعرف حضوراً كبيراً وانتشاراً واسعاً في سوق المعاملات واختلاط المعسرين بغيرهم من المماطلين.

4- التطرق إلى بعض تطبيقات الشرط الجزائي في العقود الفلاحية، والمصارف الإسلامية، والعقود الرياضية، والضمان الاجتماعي، وعقود الدعم التشغيلي، وما إلى ذلك من التطبيقات التي لم تدرس من قبل فيما اطلعت عليه من الدراسات التي تناولت الشرط الجزائي خصوصاً، فجاءت هذه الدراسة كمحاولة لإمطة اللثام عن بعض الأحكام الخاصة بمستجدات هذه العقود.

ثانياً: إشكالية الموضوع:

تتمحور الإشكالية الرئيسة لهذا الموضوع حول التساؤل الآتي: ما موقف الفقه الإسلامي عموماً والاجتهاد الفقهي المعاصر خصوصاً من التطبيقات المعاصرة المتعلقة بالشرط الجزائي التي جرى عليها العمل في الجزائر؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية جملة من التساؤلات: ما حقيقة الشرط الجزائي؟ وما تأصيله الشرعي؟ وما هي تطبيقاته في الواقع الجزائري وما أحكامها في ميزان الفقه الإسلامي؟ وهل ثمة مخالفات شرعية في هذه التطبيقات؟ وما البديل الشرعي الكفيل بتصحيح بتلك الأخطاء؟

ثالثاً: الدراسات السابقة:

بعد اطلاعي على الدراسات السابقة حول ما كتب في الموضوع، وزيارة بعض المكتبات الجامعية؛ ظهر لي وجود عدة دراسات وبحوث تتحدث عن الشرط الجزائي، منها ما هو رسائل جامعية، ومنها ما هو عبارة عن بحوث منشورة في مجلات محكمة، أو مؤتمرات الجامع الفقهية المشهورة.

أ- رسائل جامعية:

1- الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه لعبد المحسن سعد الرويشد، إشراف: محمد سلام مذكور، جامعة القاهرة كلية الحقوق، سنة 1983م. تكونت الرسالة من مقدمة وتمهيد وبابين، حيث تناول الباحث في الباب التمهيدي تعريف الشرط والأصل الشرعي فيه، وكذلك

تعريف الشرط الجزائي ومزايا الأخذ به، أما الباب الأول فيناقش النظرية العامة للشرط الجزائي، صيغته القانونية، خصائصه، شروط تطبيقه، وفي الباب الثاني بحث موقف الفقه الإسلامي من الشرط الجزائي.

2- الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، رسالة ماجستير للطلاب: عبد المجيد طيبي، إشراف: مسعود فلوسي، جامعة باتنة، سنة 2004م. اشتملت الدراسة على مقدمة وأربعة فصول وخاتمة، تناول الباحث في الفصل التمهيدي حقيقة الشرط وأقسامه في الفقه والقانون، وفي الفصل الأول تحدث عن مفهوم الشرط الجزائي في الفقه والقانون الجزائري، والفصل الثاني تعرض لحكم الشرط الجزائي بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وفي الفصل الرابع ذكر بعض التطبيقات المعاصرة للشرط الجزائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

وفي هذه الرسالة لم يتعرض الباحث إلى الكثير من المسائل والجوانب التي تعتبر من صميم الشرط الجزائي ومن أبرزها الالتزام بالتبرع هل هو من الشروط الجزائية أم لا، وكذلك الشرط الجزائي بنية التخلص منه، وفاته الكثير من التطبيقات المعاصرة المستجدة؛ كعقود الفلاحة، والرياضة، وصيغ التمويل الداعمة للتشغيل، وصندوق الضمان الاجتماعي للتأمينات، وكثير من التطبيقات في البنوك والمؤسسات المالية، والعقود الاسكانية -سواء تساهمية، أو "عدل"، أو اجتماعية-، وعقود الامتياز، وعقد "السبيل"، وكذلك التكييفات الفقهية لبعض النماذج والتطبيقات التي تمت دراستها، وإن كانت معدودة من أوائل الدراسات التي تمس الواقع الجزائري، إلا أن الدراسة التي نحن بصددتها سيكون فيها محاولة لسد النقائص التي لم تذكر، وهذا ما يجعلها تتميز عن غيرها من الدراسات السابقة، ويجعلها تقدم إضافات علمية وأحكاما شرعية.

3- الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية -دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية للطالب داود مخلوف، بإشراف الدكتور كمال بوزيدي، سنة 2011م جامعة الخروبة. اشتملت الدراسة على مقدمة وبابين، وعلى فصلين في كل باب، ففي الباب الأول تكلم على حقيقة الشرط الجزائي وتضمن الفصل الأول منه الإطار المفاهيمي من تعريف للشرط الجزائي وأنواعه، ونشأته التاريخية، والطبيعة القانونية، وفي الفصل الثاني تناول التكييف الفقهي وحكم

الشرع له.

وفي الباب الثاني تناول التطبيقات المعاصرة للشروط الجزائية، وشروط الاستحقاق، ونظرية الظروف الطارئة ومدى الوفاء بها، وتكلم على ذلك في فصلين من هذا الباب.

ومع أن هذه الرسالة تناولت بعض التطبيقات المعاصرة، إلا أنها لم تكن شاملة لكثير منها، وزيادة على ذلك فات الباحث بعض المسائل المهمة؛ كمسألة الالتزام بالتبرع البديل عن الشروط الجزائية، والتحقيق فيه -إلا إشارة عابرة في بطاقة الائتمان-، كما أنه لم يوف بعض النماذج حقها من النظر، حيث اقتصر في دراستها على طرف واحد من طريقي العقد كما فعل في قانون الصفقات.

4- الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة - دراسة فقهية مقارنة-، رسالة دكتوراه ل: محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، إشراف: إبراهيم العروان، جامعة الملك سعود، 1426هـ - 2006م. تضمنت الرسالة مقدمة وأربعة أبواب وخاتمة، حيث تعرض الباحث في الباب التمهيدي إلى تعريف الشرط الجزائي في القانون الوضعي، ثم انتقل إلى الباب الأول وهو في معنى الشرط والشروط المقترنة بالعقد، وفي الباب الثاني تحدث عن التعويض عن الضرر، وحكم الشرط الجزائي، والأعذار الطارئة، ثم تكلم في الباب الثالث عن أثر الشرط الجزائي في عقود المعاوضات المالية المعاصرة، ولم يتكلم عن الشروط الجزائية البديلة التي ذكرها العلماء كالإلزام بالتبرع، وتصحيح العقود. وتختلف دراسته عن دراستنا من حيث التطبيقات والنماذج؛ فدراستنا تتعلق بالواقع الجزائري، خاصة في عقود الإسكان، والفلاحة، والتأمينات، وعقود المالية الداعمة للتشغيل، بينما تتعلق دراسته بالواقع السعودي، وقد صب صاحب البحث جل اهتمامه -إن لم نقل كل- بالجانب الفقهي، واكتفى بالإشارة إلى الجانب القانوني.

5- التعويض الاتفاقي -الشرط الجزائي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن-، رسالة دكتوراه ل: هشام إبراهيم توفيق، جامعة أم درمان، سنة 2011م. تكونت الرسالة من مقدمة ثلاثة فصول وخاتمة، بين الباحث في الفصل الأول مفهوم الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، وفي الفصل الثاني قام بعرض الإطار النظري للتعويض الاتفاقي في القانون المقارن، أما الفصل الثالث فخصصه الباحث لدراسة مدى مشروعيه الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.

6- التعويض الاتفاقي في القانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ل: طارق محمد أبو ليلى،

إشراف الدكتور حسين مشاقي، جامعة النجاح الوطني، نابلس، فلسطين، 2007م.

تطرق الباحث في بداية بحثه إلى مبادئ الاحكام العامة للتعويض الاتفاقي، وكان ذلك بالتعريف بمفهومه، وأركانه، وأهميته، وخصائصه الاتفاقية والتبعية، ثم ذكر الباحث شروط استحقاق التعويض الاتفاقي وتطبيقه، وذكر علاقة التعويض الاتفاقي بالتنفيذ العيني وتميزه عن الأوضاع القانونية المشابهة له، ثم ذكر الباحث بعض الأوضاع القانونية الأخرى المشابهة للشرط الجزائي.

ب- البحوث:

لقد حظي الشرط الجزائي بمجموعة من البحوث المعاصرة نذكر منها:

1- الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة لعلي أحمد السالوس، وهو بحث مقدم في مجلة الجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية عشر، العدد الرابع عشر، أين تعرض الباحث لمجموعة من المعاملات المعاصرة التي يدخلها الشرط الجزائي وأحكامها الفقهية.

2- الشرط الجزائي في المعاملات المالية والمصرفية، للدكتور محمد الزحيلي، بحث في كتابه: موسوعة قضايا إسلامية معاصرة، سنة 2009م، ذكر فيه حقيقة الشرط الجزائي وأحكامه الفقهية في الأعمال والديون.

نقد الدراسات السابقة ومجال الإضافة:

ما يمكن أن نخلص إليه مبدئياً من عرض الدراسات السابقة الخاصة بالشرط الجزائي هو أنها - في معظم أحوالها - دراسات قانونية تناولت الجانب القانوني أصالة، أو دراسات فقهية عملت على إظهار الجانب الفقهي، ولا شك أن بحثنا هذا حلقة من حلقات التوصيل والربط لعقد الرحم البحثية والعلمية، وقد حاولنا - على قدر المستطاع - معالجة جوانب لم يتطرق إليها أصحاب هذه الدراسات؛ سواء من ناحية التطبيقات والنماذج المدروسة، أو من ناحية التقعيد العلمي وتقرير المسائل المبحوثة، [سواء كانت هذه المسائل] من ناحية الجواز و المنع، أو المسائل التي تعتبر من الشروط الجزائية لكن بتسميات أخرى مع عدم ذكر الحلول والبدائل الشرعية، أو الإشارة إليها ولو من ناحية السياسة الشرعية ما دامت البدائل غير قائمة في واقع المعاملات لكثير من الدول الإسلامية من الناحية القانونية أو الشرعية، ومن

جهة أخرى حاولت الاحتراز عن تكرار بعض الجوانب التي ذكرتها الدراسات السابقة، أو ذكرتها مع الاختصار وعدم التوسع فيها ما دام يسهل الرجوع إليها إذا اقتضت الحاجة ودعت الضرورة لذلك ، إضافة إلى أن دراستي اختصت بذكر المسائل الفقهية مع الإشارة في بعض الأحيان إلى الجانب القانوني الجزائري، والتركيز على النماذج المستجدة التي لم تدرس، أو التنبيه على بعض المسائل التي لها تأثير في الحكم ولم تعط أهمية، وعليه تكون هذه الدراسة -بالنظر لما احتوته- تكميلاً وسداً للخلل والنقص الذي اعتراها أو دخلها مع الحاجة لذلك ؛ من أجل وضع هذا المعاملة في قالبها الشرعي والقانوني.

وما تمتاز به دراستي أيضا -في الغالب الأعم- هو تسليط الضوء على تطبيقات الشرط الجزائري في المعاملات المالية المعاصرة المعمول بها في الواقع الجزائري والتي لم تذكر ولم تدرس في الرسائل الجامعية السابقة مثل عقود ما قبل التشغيل بجميع الصيغ، وعقود ألعاب الرياضة، وعقود السكنات بأنواعها (عدل، التساهمي، الترقوي، الاجتماعي)، وعقود التأمين والضمان الاجتماعي لغير الأجراء، وقرض "السبيل" الخاص بالحجاج، وعقود الفلاحة كـ"التحدي" و"الرفيق"، ووضع هذه البنود المتعلقة بالشرط الجزائري في ميزان الفقه الإسلامي وعرضها على قواعد الشريعة الإسلامية، مع محاولة التكييف أو إيجاد بدائل شرعية للمخالفات الموجودة في هذه العقود، حتى يكون هناك وصل للجانب النظري للموضوع بالواقع العملي التطبيقي الميداني الجزائري، فتحصل الفائدة وتظهر الثمرة إن شاء الله .

رابعا: أسباب اختيار الموضوع:

اخترت هذ الموضوع لأسباب أهمها ما يلي:

- 1- اتصال الموضوع بالمعاملات المالية المعاصرة، التي أرغب في البحث فيها والتعمق في دراستها، وهذا في ظل اتساع العلوم وتنوعها وظهور التخصصات في جميع الفنون.
- 2- تسليط الضوء على التطبيقات المالية المعاصرة للشرط الجزائري، التي يتم العمل بها في الواقع الجزائري ووضعها في ميزان الشريعة الإسلامية.

3- قلة البحوث العلمية والدراسات الميدانية المستوعبة للموضوع في الواقع الجزائري؛ خاصة بعد الانفتاح الاقتصادي والثقافي في عصر التقنيات الحديثة، التي ظهر معها الكثير من المستجدات في العقود التجارية - كما سلفت الإشارة إليه قريبا-؛ الأمر الذي يفرض تعدد الدراسات فيه وتنوعها، حتى تحيط بكل أحكامه وتشعباته.

5- محاولة لم أكبر قدر ممكن من المقالات والدراسات الفردية أو الجماعية التي لها اهتمام وتعلق بالشرط الجزائري تسهيلا للوقوف على أحكامه وضبطه.

خامسا: أهداف البحث:

يراد من هذا البحث التوصل إلى مجموعة من الأهداف وهي:

- 1- التعرف على الجانب العملي للشرط الجزائري في التطبيقات المعاصرة له في الميدان والواقع الجزائري.
- 2- الوقوف على صور الشرط الجزائري في المعاملات المالية والعقود المتعامل بها في الجزائر.
- 3- إعطاء مخرج شرعية مقبولة، وإيجاد حلول للتجاوزات التي يقع فيها المسلم بسبب الضرورة أو ما عمت به البلوى في تطبيقات الشرط الجزائري في المعاملات المالية المعاصرة.

سادسا: المنهج المتبع:

ستعتمد هذه الدراسة على المنهج العلمي القائم على الاستقراء والتحليل والاستنباط، وكذا المنهج المقارن، والمنهج التاريخي في بعض الحالات والمواطن، فالمنهج الاستقرائي لتتبع العقود والمعاملات المالية المعاصرة التي يدرج الشرط الجزائري في بنودها، ثم تحليل نتائج هذا الاستقراء واستنباط الأحكام الشرعية الملائمة لها، أما فيما يتعلق بالمسائل الفقهية المتعلقة بالموضوع؛ فسوف تخضع للمنهج المقارن مع التقيد بالمذاهب الفقهية المعتمدة وآراء علماء الإسلام من القدماء أو المعاصرين على قدر الحاجة والإمكان.

سابعاً: منهجية البحث:

يمكن إجماها في الخطوات التالية:

- 1- قسمت البحث إلى فصلين، وكل فصل إلى مباحث، وكل مبحث إلى مطالب، وكل مطلب إلى فروع، وتحت كل فرع: أولاً، ثانياً، ثالثاً، ثم تحت أولاً: 1، 2، 3، 4، ثم أ، ب، ج، د.
- 2- أشرت إلى الجانب القانوني في كثير من المواضع دون توسع مع العرض التفصيلي للمواد القانونية التي تضمنتها النماذج المدروسة في البحث، لكي يسهل تصورها ومن ثم إعطاؤها الحكم المناسب لها، مع الإشارة في الهامش إلى مصدر هذه المواد القانونية في الجريدة الرسمية أو في غيرها.
- 3- عزوت الآيات القرآنية الواردة في البحث، مع ذكر اسم السورة ورقم الآية وذلك على رواية حفص عن عاصم.
- 4- قمت بتخريج الأحاديث النبوية اعتماداً على كتب الحديث المشهورة والمعتمدة عند أهل الفن مثل: صحيح البخاري وصحيح مسلم، وغيرها من السنن مثل: أبي داود، والترمذي، والنسائي، وابن ماجه وغيرهم من كتب التخريج المعروفة، مع العلم أنني إذا خرجت الحديث من البخاري ومسلم فإني أكتفي بذلك وأستغني بهما عما سواهما.
- 5- أحلت في الهامش إلى المصادر والمراجع التي نقلت منها، ونسبت الآراء الفقهية والأقوال إلى أصحابها مع توثيق معلومات النشر الخاصة بكل مرجع أو مصدر عند العزو إليه أول مرة، دون إعادة معلومات النشر في باقي البحث، مع الاقتصار على المرجع نفسه إذا كرر المصدر أو المرجع على التوالي إذا لم يفصل بينهم، فإذا فصل بينهم ذكرت اسم الكتاب والمؤلف وأتبعته بالمرجع أو المصدر السابق، وأما إذا لم تذكر معلومات النشر، فإني أشير إلى ذلك بالرموز المعروفة مثل: د.ن، د.م، دط، د.ت، أي دون دار النشر، ودون مكان النشر، ودون طبعة، ودون تحقيق... إلى آخره، وإذا وجد اقتباس وضعته بين قوسين، وإذا كان الكلام متصرفاً فيه اكتفيت بكلمة "ينظر".
- 6- اتبعت الدراسة الفقهية المقارنة في المسائل المتعلقة بالموضوع؛ بتحرير محل النزاع، ثم ذكر أقول الفقهاء وبيان أدلتها ومناقشتها، والترجيح بين هذه الأقوال، أو الاقتصار على القول القوي إذا دعت الضرورة أو الحاجة.

7- اقتصرت -بقدر الإمكان- على المسائل الفقهية أو القانونية التي لها علاقة وصلة بالبحث.

8- عزوت النصوص الشرعية إلى مصادرها الأصلية إن وجدت.

9- في تراجم الأعلام المذكورين في البحث، اقتصرت على الأعلام المغمورين الذين لم يشتهروا على نطاق واسع وليس لهم حضور قوي في الساحة العلمية أو الدراسات الأكاديمية.

10- ذيلت البحث بفهارس متنوعة.

11- أوردت في آخر البحث ملحقات مثلة في نماذج مصورة من العقود المدروسة والجاري بها العمل في الواقع الجزائري.

ثامناً: خطة البحث:

بناء على الإشكالية المطروحة، ستكون الخطة العامة والمتبعة في البحث متكونة مقدمة، وفصلين، وخاتمة.

مقدمة تتضمن تمهيداً للموضوع وأهميته، وإشكالية وأسباب اختيار الموضوع والمنهج المتبع والدراسات السابقة وخطة للبحث.

وأما الفصل الأول فقد خصصته للكلام عن حقيقة الشرط الجزائري في المعاملات المالية مع بيان التأصيل الشرعي، وقسمت هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث أساسية، وتناولت في المبحث الأول المفهوم والأقسام، والشروط الخاصة بالشرط الجزائري، وأما المبحث الثاني فتكلمت فيه عن الأصل في العقود المقترنة بالعقد وموقف الفقهاء منها، وأما المبحث الثالث فتناولت فيه الأحكام المتعلقة بالشرط الجزائري.

وأما بالنسبة للفصل الثاني فعنوانه: أحكام الشرط الجزائري وتطبيقاته الفقهية في المعاملات المالية المعاصرة والمؤسسات المصرفية في الواقع الجزائري. وضمته ثلاثة مباحث: الشروط الجزائية في الديون في المبحث الأول وأما المبحث الثاني فخصصته للشروط الجزائية في غير الديون، أما المبحث الثالث فعنوانه: تطبيقات معاصرة أخرى للشرط الجزائري ووضعت تحت كل مبحث التطبيقات المتعلقة به من الواقع الجزائري.

الفصل الأول:

حقيقة الشرط الجزائي

في المعاملات المالية وتأصيله الشرعي

المبحث الأول: مفهوم الشرط الجزائي وشروطه وأقسامه

المبحث الثاني: الأصل في الشروط المقترنة بالعقد وموقف الفقهاء منها

المبحث الثالث: الأحكام المتعلقة بالشرط الجزائي

يعتبر الشرط الجزائي من التنظيمات المعاصرة التي أفرزتها التشريعات القانونية الحديثة، وأحد أهم الوسائل العملية المعتمدة في معالجة عدم تنفيذ الالتزامات أو التأخر عن الوقت المحدد، والمتفق عليه، وهذا ما أثار الكثير من التساؤلات وطرح بعض الإشكالات التي تواجه أصحابها من الجانب النظري أو التطبيقي منها، ما يتعلق بالطابع القانوني وتحديدته والتكييف الفقهي وحقيقته، ومنها ما يتعلق بالجانب التطبيقي وما ينتج عن ذلك من آثار والالتزامات.

وعليه لا يمكن أن يتصور الشرط الجزائي، أو بيان حكمه، أو إعطاء الحلول والبدائل الشرعية، إلا بالوقوف على ماهيته ومفهومه، ونشأته في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية.

ولكي نتوصل لهذا المقصد، ونفي بالعرض المطلوب سأقوم أولاً بتعريفه وذكر شروطه وأقسامه، وثانياً الأصل في الشروط وموقف الفقهاء منها، وفي الأخير ذكر الأحكام المتعلقة بالشرط الجزائي.

المبحث الأول: مفهوم الشرط الجزائي ونشأته وشروطه وأقسامه.

المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي لغة واصطلاحاً.

قبل أن نعرف الشرط الجزائي تعريفاً مركباً وصفيًا لا بد من تعريف أجزائه.

الفرع الأول: مفهوم الشرط لغة واصطلاحاً.

أولاً: تعريف الشرط لغة:

يطلق الشرط في اللغة على عدة معانٍ أهمها ما يلي⁽¹⁾:

1- العلم والعلامة : قال ابن فارس: «شرط الشين والراء والطاء أصل يدل على علم وعلامة، وما قارب ذلك من علم، ومن ذلك الشرط العلامة، وأشراط الساعة: علاماتها، ومن ذلك الحديث حين ذكر أشراط الساعة، وسمي الشرط؛ لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها، ويقولون: أشراط فلان نفسه للمهلكة، إذا جعلها علماً للهلاك، ويقال أشراط من إبله وغنمه، إذا أعدّ منها شيئاً للبيع»⁽²⁾.

⁽¹⁾ أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا: معجم المقاييس في اللغة، ت: شهاب الدين أبو عمرو، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1433هـ-2011م، ص: 555.

⁽²⁾ المرجع نفسه، ص: 555.

- 2- شرط الحاجم، وهو معلوم؛ لأن ذلك علامة وأثر، ويقال إن أشرط الساعة أوائلها⁽¹⁾.
- 3- الشريط: وهو خيط يربط به البهم، وإنما سمي بذلك لأنها إذا ربطت به صار لذلك أثر⁽²⁾.
- الشَّرْطُ: وهو المسيل الصغير يجيء من قدر عشر أذرع، وسمي بذلك؛ لأنه أثر في الأرض كشرط الحاجم⁽³⁾.
- 4- الشرطة: وزان غرفة وفتح الراء: رطبة لغة قليلة وصاحب الشرطة يعني الحاكم والشرطة بالسكون والفتح أيضا الجند والجمع شرط مثل: رطب والشرط على لفظ الجمع أعوان السلطان لأنهم جعلوا لأنفسهم علامات يعرفون بها الأعداء الواحدة شرطة مثل: غَرَف جمع غرفة وإذا نسب إلى هذا قيل شرطي بالسكون⁽⁴⁾.
- 5- الشرط: بسكون الراء إزاء الشيء، والتزامه في البيع ونحوه، كالشرطة والجمع شروط، وشروط لذا قيل: (الشرط أملك عليك أم لك) أي أن الشرط يملك صاحبه في إزماء المشروط إن كان له، أو عليه، ويقال شرط عليه في البيع، ونحوه شرطا ألزمه شيئا فيه⁽⁵⁾.
- وخلاصة القول من الكلام السابق أن أهم معاني الشرط اللغوية الإلزام والالتزام، والعلامة اللازمة، والربط، والشدة، والتوثيق، والأثر، وكل هذه المعاني اللغوية مناسبة لمعنى الشرط الشرعي كالطهارة في الصلاة مثلا فهي علامة لازمة، لا توجد الصلاة بدونها، والصلاة مرتبطة به لا تصح بدونه، وهو لازم لها، ولمعنى الشرط الجعلي الذي يجعله الناس في عقودهم زائد على أصل الالتزام؛ إذ هو علامة لازمة لهذا الحق ومؤثر في العقد بتعديل آثاره، وهو مرتبط بالعقد وفيه توثيق له، ومن أنواع الشرط الجزائي الذي أنا بصدد الكلام عنه⁽⁶⁾.

(1)- ابن فارس، معجم المقاييس في اللغة، المرجع السابق، ص: 555.

(2)- المرجع نفسه، ص: 554.

(3)- المرجع نفسه، ص: 554.

(4)- أحمد بن محمد الفيومي الحموي: المصباح المنير، دار الغد الجديد، القاهرة، ط1، 1428هـ - 2007م، ص: 180.

(5)- المرجع نفسه، ص: 180.

(6)- محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، بن عبد رسالة دكتوراه في الدراسات الإسلامية تخصص فقه وأصول، قسم الثقافة الإسلامية، كلية التربية، جامعة الملك سعود، 1425-1426هـ، ص: 39.

ثانياً: تعريف الشرط اصطلاحاً:

لقد عرف العلماء الشرط اصطلاحاً بعدة تعريفات ما بين موجز ومتوسع، وما بين مقتصر على بعض الخصائص أو مستقص لها، وليس المقصود في هذا البحث التوسع وذكر الاعتراضات وإيراد الإشكالات؛ لذلك سأقتصر على بعض التعريفات المشهورة للعلماء التي توفي بالغرض، ومن هذه التعريفات ما يلي:

عرف الشرط بأنه: ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته.⁽¹⁾

وعرف بقولهم: «ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون خارجاً عن ماهيته، ولا يكون مؤثراً في وجوده»⁽²⁾.

فالفرق بينه وبين السبب أن الشرط إذا وجد لا يستلزم وجوده وجود الحكم، فلا يلزم من وجود الموضوع، الذي هو شرط الصلاة وجوبها، ولا يلزم من وجود الشاهدين وجود عقد الزواج، ووجودهما شرط لصحته ولكن لا تصح الصلاة من غير وجود الموضوع، ولا يصح النكاح من غير شاهدين، أما السبب فإنه يلزم من وجوده وجود الحكم إلا إذا كان المانع، فإذا كان وقت الصلاة فقد وجبت الصلاة، وإذا كان رمضان فقد وجب الصيام، وإذا كان الإسكار فقد وجد التحريم، وإذا كانت السرقة فقد وجب الحد⁽³⁾.

وعرف بأنه: «الشرط هو ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته»⁽⁴⁾.

(1) - أحمد إدريس عبده: أصول الفقه تيسير المهمات في شرح ورقات إمام الحرمين الجويني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص: 125، ينظر: إبراهيم بن شعيب، إبهاج العقول في شرح المنظوم بالمأثور في علم الأصول، دار المنهاج، السعودية، ط1، 1434هـ-2013م، ص: 248.

(2) - على بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني، التعريفات، المرجع السابق، ص: 209، ينظر: عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط5، 1427هـ-2006م، ص: 59.

(3) - محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1433هـ-2012م، ص: 58.

(4) - محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، (ت1393هـ)، دار مكتبة العلوم والحكم، السعودية، ط1، 1437، ص: 72.

فمن خلال التعاريف السابقة للشرط نستنتج الصلة بين التعريف اللغوي والاصطلاحي، وإبراز المناسبة بينهما عموماً وخصوصاً، فنقول الشرط الجزائي: علامة على التعويض عن الضرر وهو التزام بين المتعاقدين، وهو توثيق وتأمين للعقد، ومرتب به في غالب أحواله وهو مؤثر في تعديل أثر العقد بزيادة هذا القيد، وهو كذلك مناسب للمعنى الاصطلاحي إذ يلزم من عدم الرضا به وجود العقد؛ لأنه قد يتخلف لأسباب أخرى⁽¹⁾.

وهذا هو المعنى الشرعي أو الحقيقي والأصولي إلا أن هناك شروطاً تعارف عليها الناس ووضعوها في معاملاتهم، ويشترطونها في عقودهم فيما بينهم، وتتوقف عقودهم على هذه الشروط التي لا تقبل ولا تصح إلا بوجود الشرط الموضوع مسبقاً يسمى الشرط التقييدي المقترن بالعقد أو المتصل بالعقد، وهو من الالتزامات الواردة في التصرفات القولية عند التكوين الأولي زائدة عن أصل مقتضاه الشرعي²

الفرع الثاني: تعريف الجزاء لغة واصطلاحاً.

أولاً: تعريف الجزاء لغة.

الجزاء مصدر جزى يجزي جزاء، ويطلق الجزاء في اللغة ويراد به عدة معان ومن هذه المعاني ما يلي:
المكافأة والثواب على الشيء، ومقابلة العمل بما يقابله⁽³⁾، ومنه قوله تعالى: ﴿وَذَلِكَ جَزَاءُ مَنْ﴾ [سورة طه: الآية: 76].

ومن معاني الجزاء العقاب⁽⁴⁾: ومنه قوله تعالى: ﴿قَالُوا فَمَا جَزَاؤُهُ إِنْ كُنْتُمْ كَاذِبِينَ﴾^(٧٤) قَالُوا جَزَاؤُهُ مَنْ وَجِدَ فِي رَحْلِهِ فَهُوَ جَزَاؤُهُ كَذَلِكَ نَجْزِي الظَّالِمِينَ^(٧٥) [سورة يوسف: الآية: 74-75] أي فما عقوبته.

(1) - محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 44، 45.

(2) - المرجع نفسه، ص: 38، 37.

(3) - أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا: معجم المقاييس في اللغة، المرجع السابق، ص: 215 أحمد بن محمد الفيومي الحموي: المصباح المنير المرجع السابق، ص: 63، وسائر بصمة جي، معجم مصطلحات ألفاظ الفقه الإسلامي، دار صفحات، دمشق، ط1، 2015، ص: 171.

(4) - أحمد بن محمد الفيومي الحموي: المصباح المنير المرجع السابق، ص: 63.

ومن معاني الجزاء القضاء⁽¹⁾: ومنه قولهم جزيت فلانا حقه أي قضيته وأمرت فلان يتجازى ديني أي يتقاضاه وجزى هذا الأمر أي قضى ومنه قوله تعالى: ﴿وَاتَّقُوا يَوْمًا لَا تَجْزِي نَفْسٌ عَنْ نَفْسٍ شَيْئًا﴾ [سورة البقرة: الآية: 48] أي لا تقضي ولا تكفي ولا تغني نفس عن نفس شيئاً⁽²⁾.

ومن معاني الجزاء العوض والبدل⁽³⁾: ومنه قوله تعالى: ﴿فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾ [سورة المائدة الآية: 95]، أي بدله ومبدله.

ولعل هذه المعاني كلها لها صلة بالشرط الجزائي؛ لأنه ما من معنى إلا وله مناسبة وله نقطة اشتراك، وأقرب معاني الجزاء للشرط الجزائي هي البدل والعوض إذ الشرط الجزائي تقدير للعوض وهو بدل عن الضرر المتوقع، وفيه معنى مقابلة الضرر بالعوض الاتفاقي، وفيه شبه بالعقوبة، وإن لم يكن عقوبة محضة، وهو قضاء لحق المشتراط المتضرر، وفيه كفاية وإغناء عن طلب التعويض القضائي، وأبعد هذه المعاني الثواب⁽⁴⁾.

ثانياً: تعريف الجزاء اصطلاحاً.

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، وعليه يكون معنى الجزاء الاصطلاحي متناسباً مع المعنى اللغوي إذ هو الثواب على العمل الحسن، والعقاب على العمل السيء. والشرط الجزائي لا يخرج عن المعنى اللغوي والاصطلاحي للجزاء إذ هو تعويض، وضمنان مشروط في العقد يستحق عند الإخلال به فهو جزاء على الإخلال بما تم الاتفاق عليه في العقود⁽⁵⁾.

(1) أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا: معجم المقاييس في اللغة، المرجع السابق، ص: 215، وأحمد بن محمد الفيومي الحموي: المصباح

المنير المرجع السابق، ص: 63، ينظر: سائر بصمة جي، معجم مصطلحات ألفاظ الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 171.

(2) أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا: المرجع نفسه، ص: 215.

(3) سائر بصمة جي، معجم مصطلحات ألفاظ الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 171.

(4) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 48.

(5) المرجع نفسه، ص: 48.

الفرع الثالث: تعريف الشرط الجزائي كمركب وصفيا.

بعد أن عرفنا الشرط لغة واصطلاحا والجزاء لغة واصطلاحا، يمكننا أن نعرف الشرط الجزائي تعريفا وصفيا، ولقد عرف الشرط الجزائي بعدة تعريفات خاصة عند العلماء والباحثين المعاصرين، وإن كان معظم هذه التعريفات مأخوذة من القانون الوضعي؛ لأنه هو الذي كان له السبق في ذلك، فهو مصطلح قانوني حديث، لم يكن معروفا عند فقهاءنا الأقدمين بهذا الاسم والتسميات المعاصرة، وإن كان مفهومه ومدلوله ومعناه معروفا عندهم ومبحثا في فصول الشروط العقدية من مدوناتهم الفقهية⁽¹⁾، ومن هذه التعريفات التي ذكرها العلماء ما يلي:

عرف بقولهم: «هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه ويعمل به كثيرا في عقود المقاولات وعقود التوريد وعقد الاستصناع، وفيما إذا ارتفعت أسعار المواد كالحديد والإسمنت وغيرها ارتفاعا كثيرا»⁽²⁾.

والأصل في الشرط الجزائي أن يكون تقديرا عادلا مقدما للتعويض عن الضرر، الذي يلحق الملتزم له أو الدائن نتيجة عدم التنفيذ أو التأخر فيه، لكن قد يستعمل لأغراض أخرى، مثل أن يتفقا على مبلغ كبير يزيد كثيرا على الضرر الذي يتوقعانه، فيكون في هذه الحالة بمثابة تهديد مالي، وقد يتفقا على مبلغ صغير يقل كثيرا عن الضرر المتوقع، فيكون الشرط الجزائي بمثابة إعفاء أو تخفيف من المسؤولية.... وقد يكون الغرض منه تأكيد التزام التعهد على الغير بتحديد مبلغ التعويض الذي يكون مسؤولا عنه إذا لم يقيم بحمل الغير على التعهد⁽³⁾.

وعرفه الدكتور محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني بقوله: «التزام زائد مضاف إلى العقد بالتعويض المعين متى وقع الإخلال الاختياري المؤدي إلى الضرر»⁽⁴⁾.
وقال أيضا: «ويمكن أن يعرف الشرط الجزائي عند من قال بصحته على أنه، (التزام زائد، يتفق بموجبه المتعاقدان على تعيين التعويض الشرعي الذي يستحق عند الإخلال الاختياري المضر بالمشترط»⁽⁵⁾.

(1) - نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم، دمشق، ط2، (1435هـ-2014م)، ص: 257.

(2) - محمد بن إبراهيم موسى وآخرون، الفقه الميسر، ج10، المرجع السابق، ص: 32-33.

(3) - نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، المرجع السابق، ص: 257.

(4) - محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 49.

(5) - المرجع نفسه، ص: 65.

واعتبر الدكتور سعد اليميني هذا التعريف هو المختار؛ لأنه يشمل على الضوابط الشرعية التي تجعله صحيحا في الفقه الإسلامي إضافة إلى ذلك تظهر فيه الخصائص الصحيحة للشرط الجزائي⁽¹⁾.

وعرف بقولهم: «هو التعويض الذي يحدده المتعاقدان مقدما في العقد جزاء على إخلال أحدهما بما تعاقدا عليه أو التزم به أو تعهد به في ضمن العقد، وقد يعبر عنه بالتعويض الاتفاقي أو جه الالتزام»⁽²⁾.

وهذا التعريف هو للإستاذ محمد علي التسخيري وهو تعريف غير جامع ولا مانع ذلك لأن الإخلال قد يسبب ضررا وقد لا يسبب والتعويض قد يكون مقدما وقد يكون مؤخرا وقد يحتاج إلى زيادة التعويض إذا كان حجم الضرر كبيرا وفاحشا وقد يحتاج هذا الشرط إلى تخفيض إذا كان الشرط الجزائي والتعويض أكبر من الضرر.

وعرفه الدكتور وهبة الزحيلي بقوله: «اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به أو تأخر في تنفيذه»⁽³⁾.

وهذه التعاريف التي ذكرها العلماء متقاربة متقاطعة ويلاحظ عليها كذلك أن معظمها هذه التعاريف لم تذكر الضوابط الشرعية والخصائص التي تجعله صحيحا عند من قال بجوازه وقبوله، وهي تصب في نقطة واحدة ومن هذه النقاط نذكر ما يلي⁽⁴⁾:

- أن الشرط الجزائي هو التزام زائد تابع للالتزام الأصلي فهو من الشروط في العقد الذي تشترط لمصلحة أحد المتعاقدين⁽⁵⁾.

- أنه تعويض اتفاقي بين الطرفين عن الضرر الناشئ من الإخلال بالعقد سواء أكان هذا الإخلال ممتثلا في عدم التنفيذ للعقد أو التأخر فيه.

- أنه في جوهره تعويض عن الضرر الحاصل بالإخلال بالعقد وليس عقوبة.

(1) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 64، 65.

(2) محمد علي التسخيري، حكم الشرط المالي في البنوك اللاربوية، مجلة فقه أهل البيت، العدد 33، ص: 23.

(3) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، دراسات المعايير الشرعية، دار الميمان، الرياض، ط1، 1437هـ، ج1، ص: 42.

(4) عادل شاهين محمد شاهين، عقد التوريد حقيقته وأحكامه في الفقه الإسلامي، دار كنوز اشبيليا، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1432هـ-2011م، ج2، ص: 551.

(5) ينظر: محمد علي الطائي، طبيعة الشرط الجزائي في العقدين المدني والإداري، ص: 101.

- أن التعويض الحاصل إنما هو تعويض جزائي تقديري، وعلى هذا فقد يكون مساويا للضرر الحاصل فعلا أو أكر منه أو أقل.

- أنه يشترط لكل من المورد أو المستورد أو يشترط لكليهما على السواء.

فهذه التعاريف السابقة هي التي اعتمدها الباحثون المعاصرون والفقهاء الشرعيون لتعريف هذا العقد، لكن نريد ذكر بعض تعاريف القانونيين الوضعيين وما أشار إليه المشرع الجزائري في هذا الجانب⁽¹⁾. وعرفه الدكتور عبد الحفيظ بقة تعريفا قانونيا بقوله: «هو اتفاق سابق عن تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة إخلال المدين بالتزاماته مستقبلا، سواء كان هذا الإخلال عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه، فهو تقدير يتم الاتفاق عليه قبل وقوع الضرر، وهذا الاتفاق قد يرد في العقد أو في اتفاق لاحق، أما إذا وقع الاتفاق بعد وقوع الضرر فلا نكون أمام شرط جزائي، بل نكون أمام صلح وتطبق عليه أحكام الصلح لا قواعد الشرط الجزائي»⁽²⁾.

ولقد عرف المشرع الجزائري الشرط الجزائي كما هو منصوص عليه في القانون المدني الجزائري صراحة في المادة 183 من القانون المدني بقولها: «يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد، أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المادة 176-181»⁽³⁾.

ولعلنا نختتم هذه التعريفات للشرط الجزائي بتعريف يكون جامعا لمعظم خصائصه التي تميزه وتضبطه عن باقي المفاهيم القانونية فيكون التعريف كالتالي: «هو اتفاق الدائن والمدين مقدما على مقدار التعويض المستحق للدائن في حالة ما إذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه أو التأخر في التنفيذ، فهو تقدير اتفاقي على التعويض، يوضع ضمن شروط العقد أو في اتفاق لاحق، ومن أمثلته شروط المقاوله قد تتضمن شرطا جزائيا يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو أسبوع أو شهر يتأخر فيه المقاول عن تنفيذ التزامه، وهو تسليم العمل الذي عهد به إليه بإنجازه»⁽⁴⁾.

(1) - أجد أرحومة محمد الخويلدي، الشرط الجزائي وأثره على المتعاقدين، (رسالة ماجستير)-، قسم الشريعة والقانون، كلية الدراسات العليا، جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية، 2016، ص: 57-59.

(2) - عبد الحفيظ بقة، محاضرات في أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص: 25.

(3) - بقة عبد الحفيظ، محاضرات في أحكام الالتزام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، مكتبة القيروان، المسيلة، السنة الجامعية، 2016م-2017، ص: 25، 26.

(4) - شيخ سنان، محاضرات في أحكام الالتزام، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، ط1، 2020م-2021م، ص: 28، 26.

وهذا التعريف الأخير للشرط الجزائي لا بد من توضيح الخصائص التي تحكمه لكيلا يختلط بغيره، فيكون أبرز خصائصه هي⁽¹⁾:

1- الإلتزام بالشرط الجزائي تابع للشرط الأصلي لا التزاماً أصيلاً، والذي يمكن أن يكون حقاً عينياً، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

2- الشرط الجزائي يعبر تقديراً جزافياً للتعويض، فهو ليس سوى اتفاق مسبق على التعويض، ويترتب على ذلك أنه يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي كل شروط التعويض، من وجود الخطأ، الضرر، وعلاقة السببية ثم الإعدار، وقد نصت على ذلك المادة 183 من القانون المدني الجزائري.

3- الإلتزام بالشرط الجزائي التزام احتياطي لا يلجأ إليه إلا عند عدم تنفيذ الإلتزام الأصلي عينياً وعليه، لا يستطيع الدائن إلا المطالبة بالإلتزام الأصلي مادام التنفيذ ممكناً، أما إذا استحال التنفيذ بخطأ المدين فللدائن الحق في المطالبة بالشرط الجزائي.

فمن خلال عرض جميع هذه التعريفات، سواء التي عرفها الفقهاء أو أصحاب القانون الوضعي نستخلص أنها تدور حول فكرة واحدة، وتخرج من مورد واحد وتتفق في النهاية على أن الشرط الجزائي اتفاق بين المتعاقدين على إدراج شرط في العقد يحددان فيه التعويض الذي يلتزم به المدين إذا ما اخل بالتزامه، وقد يكون التعويض متفقاً عليه جزاء لعدم التنفيذ كلياً أو جزئياً أو التأخير في التنفيذ وقد لا يرد الاتفاق على التعويض عند إبرام العقد، وإنما يتم في اتفاق لاحق للعقد وقبل أن يحدث إخلال المدين بالتزامه، ويعرف هذا الاتفاق على التعويض بالتعويض الاتفاقي بمقابل التعويض القضائي الذي يقدره القاضي، والتعويض القانوني الذي يقدره المشرع⁽²⁾.

⁽¹⁾ - شيخ سنان، محاضرات في أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص: 28، 26.

⁽²⁾ - أجد ارحومة محمد الخويلدي، الشرط الجزائي وأثره على المتعاقدين، المرجع السابق، ص: 58-60.

المطلب الثاني: نشأة الشرط الجزائي

قبل التفصيل في الكلام عن الشرط الجزائي، لابد من الإشارة إلى النشأة التاريخية أو إعطاء لمحة تاريخية تبين لنا المراحل التي مر بها الشرط الجزائي، على الرغم من أنه من الشروط التي ظهرت حديثاً واستحدثت في وقتنا الراهن، إلا أن البحوث العلمية تثبت أنه من العقود والشروط القديمة التي ضربت بجذورها في التشريعات القانونية والبنود التنظيمية؛ فقد ظهرت نواته الأولى في القانون البابلي، ثم جاء القانون الروماني فأزال عنه الغموض واللبس، حتى دخل إلى القانون الفرنسي وتبناه وطوره وأعطى له صدى واسعاً، ومن ثم تدرجت فكرة الشرط الجزائي إلى القوانين العربية بداية من مصر؛ فكانت هي السبابة إلى ذلك، وعليه نبين نشأة الشرط الجزائي في النقاط التالية⁽¹⁾:

1- الشرط الجزائي في القانون البابلي:

الشرط الجزائي لم يكن معروفاً في القوانين البابلية بهذه التسميات المعاصرة الحديثة، ولا وجود لصورته التي هو عليها في القوانين الجديدة والبنود المستحدثة، والعقود في القانون البابلي فاقدة للإلزام؛ لذلك نجدهم قد فرضوا الضمان في عقود البيع وعقد النكاح، واعتبروه من باب العقوبة المالية لمن لم يف بال عقد، فكانت هذه الإشارة نقطة بداية ما يسمى بالشرط الجزائي⁽²⁾.

2 - الشرط الجزائي في القانون الروماني:

ظهر اسم الشرط الجزائي في القانون الروماني، لكن كان يغلب عليه الصبغة العقابية الردعية؛ إذ كان المدين الذي لا يمتثل بالتزاماته يعتبر مجرماً يستحق العقاب والمتابعة، فكانت العقود عندهم تضمن عقوبات مالية وغرامات ردعية عند الإخلال بالعقد، والسبب في ذلك الإلزام بالعقود التي لم تكن ملزمة بمجرد الاتفاق عندهم، فلم يكن الشرط الجزائي يقصد به التعويض عن الضرر، وإنما الالتزام بالعقد وعقوبة المخالف، وهذا المعنى الموجود في القانون الروماني اعتبره الكثير من المقننين المعاصرين المصدر

(1) - أمجد ارحومة محمد الخويلدي، الشرط الجزائي وأثره على المتعاقدين، المرجع السابق، ص: 51، 57، وينظر: أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 58.

(2) - محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 19.

التاريخي للتشريعات المدنية المعاصرة وخاصة فرنسا، و تجسد ذلك التأثير بالقانون الروماني من خلال انتقال أحكامه إلى المجموعة المدنية الفرنسية عن طريق شروح الفقيه الفرنسي بوتيه في سنة 1804 ومن هذه المجموعة الفرنسية كانت الانطلاقة إلى كثير من الدول في العالم وخاصة المستعمرة منها الدولة الجزائرية⁽¹⁾.

3- الشرط الجزائي في القانون الكنسي:

برز الشرط الجزائي في القوانين الكنسية في بدايته كتعويض عن الضرر الذي ينجم عن عدم الوفاء بالالتزام، في حين أعطى سلطة للقاضي في النظر وإعادة التقييم للشرط الجزائي وذلك بزيادته عندما يكون أقل من الضرر، وبالتقليل إذا كان فاحشا مبالغا فيه، والسبب في هذا هو التطور الذي حصل في القوانين الكنسية التي تقول بتحريم الربا، وعلى هذا الأساس ذهبوا إلى عدم صحة الشرط الجزائي إذا كانت المعاملة نقودا؛ لأنه طريق إلى الربا المحرم؛ ومن أجل الخروج من ذلك والتحايل على الربا قرروا أن يكون الشرط الجزائي في مجال النقود تعويضا عن الضرر، فإذا وقع على الدائن ضرر بسبب ممانلة المدين عوقب بالشرط الجزائي وإلا فلا، وكان ممنوعا محرما، أما إذا لم يكن في المعاملات النقدية فهو جائز حتى ولو كان ضررا فاحشا لأنه عقوبة للمفرط، ومصدر هذه القوانين الدين المسيحي أو ما يقرره رجال الكنيسة من أحكام وتنظيمات وأخلاق وعلاقات بين الناس⁽²⁾.

4- الشرط الجزائي في القانون الفرنسي القديم:

لقد انتقل الشرط الجزائي من القوانين الرومانية إلى البلدان التي كانت لها القابلية للعمل بالشرط

⁽¹⁾ محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 20، ودواوي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر (1) - قسم الشريعة، الخروبة، السنة الجامعية: 1431هـ-1432هـ/2010م-2011م، ص: 32، وابن ورزق هشام، محاضرات في تاريخ النظم القانونية، جامعة محمد لمين دباغين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سطيف، ص: 26، 27، وصبحي رفيق، محاضرات مقياس النظم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، 2020م-2021م، ص: 25، 26، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 58.

⁽²⁾ محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 20-21، ودواوي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 33، 34.

الجزائي، وأخص بالذكر فرنسا التي كان الشرط الجزائي في قوانينها القديمة عبارة عن عقوبات مالية ردعية تلحق كل مدين مخل بالتزاماته، لذلك أعطوا السلطة للقاضي في تخفيض الشرط الجزائي لصالح المدين إذا كان أكبر من الضرر الحقيقي، دون السماح بزيادته لصالح الدائن ولو كان أقل من الضرر الذي لحق به، لكن كان يسمح بتخفيف الشرط الجزائي إذا كان الضرر واضحا وظاهرا حقيقة⁽¹⁾.

5- الشرط الجزائي في القانون الفرنسي المعاصر:

لقد كان القانون الفرنسي الحديث السباق إلى العمل بالشرط الجزائي وإدخال بعض التغييرات والضوابط، بعد أن كان يتميز بالثبات وعدم التغير مهما كانت الأحوال، ومهما كان الضرر فلا يسمح بالتدخل والتعديل، سواء بالزيادة أو النقصان والشرط الجزائي غير مربوط بالضرر الحادث، فبمجرد إخلال المدين بالتزامه يؤدي إلى تطبيق الشرط الجزائي، عملا بسلطان الإرادة، أو العقد شريعة المتعاقدين وهو الحاكم بين الشخصين، ولكن جراء الإجحاف والظلم الصادر من الدائنين على المدينين، وقهرهم بشروط جزائية مجحفة في حقهم واستغلالية تنازلوا وتراجعوا عن فكرة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وذلك من خلال تعديل قانون الشروط الجزائية سنة 1975م، وبالتالي أعطي القاضي حق التدخل والتعديل في الشرط الجزائي بزيادته أو بنقصانه، إذا دعت الضرورة وظهرت الحاجة، كل ذلك دون النص والتصريح بوقوع الضرر، وهو السبب الذي أدى إلى اختلاف واجتهاد القضاة والقانونين، هل يشترط الضرر أم لا ومتى يستحق الشرط الجزائي، ومتى لا يستحق؟⁽²⁾.

6- الشرط الجزائي في القوانين العربية الوضعية:

تأثرت القوانين العربية بفكرة الشرط الجزائي جراء العلاقات والتأثيرات الغربية والحركات الاستعمارية، التي فرضت كثيرا من التغييرات على القانون العربي الوضعي - وأشدّها تأثيرا القانون الفرنسي -، لكنهم يختلفون في التأثير، فمنهم من أخذ بالقانون الفرنسي جملة وتفصيلا، ونجد هذا خاصة في القانون اللبناني الذي تبنى القانون الفرنسي في عدم اشتراط الضرر، وإن كان نص على وقوع الضرر لتطبيق

(1) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، 21، وأسامة الحموي، الشرط

الجزائي في الفقه الاسلامي، المرجع السابق، ص: 58-59.

(2) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني: المرجع نفسه، ص: 21-22.

الشرط الجزائي في بعض المواد 259-266-، ونجد ما استقر عليه الاجتهاد والقضاء هو عدم وجود الضرر وإثباته، فبمجرد الإخلال بالعقد يستحق الجزاء وإن أجازوا تدخل القاضي لتعديله في بعض الحالات الاستثنائية⁽¹⁾.

وأما القانون المصري فقد سار على صفة التعويض الاتفاقي للشرط الجزائي، فأعطى للقاضي سلطة التعديل والتدخل لفرض التوازن في العقد ولم يغفل الربط بين الضرر الحاصل والشرط المتفق عليه، فهو تابع له زيادة أو نقصانا خاليا من الإجحاف والاستغلال للمتعاقدين، ونص على ذلك القانون المصري في المواد التالية، (223-224-225)، وتبعته بعد ذلك معظم القوانين الوضعية العربية، وأبدو تأثير كبيرا بالمشرع المصري من بينهم القانون السوري في المادة، (224)، والقانون العراقي في المادة، (1/170)، والقانون الليبي في المادة، (226)، والقانون الجزائري في المادة، (1/184)، بل اعتبره القانون الأردني محققا للعدل ومزيلا للاستغلال والإجحاف وهذا ما تسعى إليه الشريعة الإسلامية، وللقاضي حق التعديل في الشرط الجزائي حتى يساوي الضرر حقيقة، ونص على ذلك في المادة، (364)، ووافق القانون الإماراتي في المادة، (390)⁽²⁾.

أما القانون الكويتي فقد سلك طريق التفصيل والتمييز، فقرر عدم دخول الشرط الجزائي في الالتزامات المالية النقدية لأنه حيلة لأكل الربا وتقنين للفوائد الربوية، ولذلك أبطل الاتفاق على الفوائد ونص عليه صراحة في المادة، (302-0-1/305)⁽³⁾.

ويمكن القول أن المشرع الجزائري لم يبق بمعزل عن هذه التأثيرات والتغيرات القانونية التي مست الكثير من الدول العربية، فنجد من خلال النصوص الخاصة بالشرط الجزائي، ركز فيه عن الطابع التعويضي الناتج عن الضرر الحقيقي دون النظر إلى الجانب العقابي، وجاء ذلك في بعض المواد منها المادة 184 من القانون المدني الجزائري، فلا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا، إلا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ولا يفوتنا أن ننبه أن الحقبة الاستعمارية كانت فرضت الكثير من

(1)- محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 22، 23، وأسامة

الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 58، 59.

(2)- محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني: المرجع نفسه، ص: 23، 24، وأسامة الحموي، المرجع نفسه، ص: 58، 59.

(3)-أسامة الحموي، المرجع نفسه، ص: 61.

القوانين على المجتمع الجزائري، و بقيت ذلك حتي بعد الاستقلال سارية المفعول حتى بدأت التعديلات الدستورية، التي غيرت الكثير من القوانين والأحكام المتعارضة مع سيادة الدولة الجزائرية⁽¹⁾.

المطلب الثالث: شروط تنفيذ الشرط الجزائي.

قبل الحديث عن الشروط نود التمهيد فنقول: إن الشرط الجزائي صحيح في القانون والفقهاء الإسلامي، وتترتب عليه آثاره عملا بالقاعدة القانونية: "العقد شريعة المتعاقدين"، وعملا بالاجتهاد الفقهي القائل: "إن الأصل في الشروط الصحة والإباحة والجواز إلا إذا دل الدليل على خلاف ذلك"؛ ولأنه داخل في الشروط الصحيحة عند جمهور الفقهاء والعلماء.

إلا أنه يمكن القول إن أعمال هذا الشرط وإقراره في الفقه الإسلامي ليس مطلقا بلا قيد ولا ضابط، بل هناك شروط لا بد من توفرها ولا بد من تحققها حتى تصبح قابلة للتنفيذ والتطبيق ويترب على ذلك الآثار، فإذا عدت هذه الشروط لم ينفذ.

وأما بالنسبة للقانون الوضعي: فشروط استحقاق الشرط الجزائي هي نفس الشروط التي يجب توفرها لكي يستحق التعويض في المسؤولية المدنية: من التقصير من المدين، وحصول الضرر من الدائن، وتوافر العلاقة السببية بين الخطأ الصادر من المدين والضرر الذي لحق بالدائن، وإعذار المدين أو إخطاره⁽²⁾.

كما يمكننا الإشارة إلى أن بعض العلماء كيفوا الشرط الجزائي على عقد الضمان في الفقه الإسلامي، وهو في غالب الأحيان يدخل تحت الفعل العدواني الضار، وفي هذه الحالة لا بد لاستحقاقه ووجوبه من توفر الخطأ من جانب المدين على سبيل التعدي، وضرر يقع على الدائن، ولا بد أن يكون وقوع الضرر نتيجة لخطأ المدين، وهو ما يطلق عليه "الرابطة السببية"⁽³⁾.

وعندما نتأمل نجد ثمة اتفاقا وتقاربا بشكل عام بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في شروط استحقاق الشرط الجزائي، وخاصة من ناحية الأركان التي هي خطأ وضرر وعلاقة سببية، فهي القاسم

⁽¹⁾ صبحي رفيق، محاضرات مقياس النظم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، 2020م-2021م، ص: 54، 55.

⁽²⁾ بقعة عبد الحفيظ، محاضرات في أحكام الالتزام، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة المسيلة، مكتبة القيروان، المسيلة، السنة الجامعية، 2016م-2017، ص: 13، و شيخ سنان، محاضرات في أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص: 26-28.

⁽³⁾ -أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 263.

المشترك الذي يلتقي فيه القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي؛ لأنها العناصر التي يرتكز عليها الضمان أو التعويض المالي الإسلامي، سواء كان ضمانا عقديا أو فعلا ضارا، والتعويض المالي في الشرط الجزائي هو ضمان عقد، فلا بد من وجود هذه الشروط لاستحقاق الشرط الجزائي⁽¹⁾.

والهدف من الشرط الجزائي ضمان تنفيذ العقد، وعدم الإخلال بموجبه، وتجنيد المتعاقدين اللجوء إلى القضاء، والاتفاق المسبق على تقدير التعويض المترتب على الضرر الذي سيلحق بالدائن، دون تدخل القضاء، كما يتم في الشرط الجزائي إعفاء الدائن من عبء إثبات الضرر الذي يصيبه عند إخلال المدين بالتزامه، وفيه تعديل من أحكام المسؤولية بالإعفاء أو التخفيف أو التشديد فيها⁽²⁾.

الفرع الأول: شرط الخطأ.

حتى يكون الشرط الجزائي مستحقا لا بد أن يكون المدين مخطأ؛ لأن شروط استحقاق الشرط الجزائي في القانون الجزائري هي نفس شروط استحقاق التعويض المنصوص عليها في كثير من مواد كما في 1/176 مديني جزائري، ولتوضيح ذلك لا بد من التعرّيج على تعريف الخطأ عند علماء اللغة وما استقرت عليه آراء الفقه والقانون، فيكون ذلك كما يلي⁽³⁾:

تعريف الخطأ لغة: عرفه الجرجاني بقوله: «الخطأ هو ما ليس للإنسان فيه قصد، وهو عذر صالح لسقوط حق الله -تعالى- إذا حصل عن اجتهاد، ويصير شبهة في العقوبة، حتى لا يؤثم الخاطئ، ولا يؤخذ بجد ولا قصاص، ولم يجعل عذرا في حق العباد، حتى وجب عليه ضمان العدوان، ووجب عليه الدية، كما إذا رمى شخصا ظنه صيدا أو حربيا، فإذا هو مسلم، أو غرضا فأصاب آدميا، وما جرى جراه، كنائم ثم انقلب على رجل فقتله»⁽⁴⁾.

(1) -أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق: 323.

(2) -محمد مصطفى الزحيلي، بحث مقدم لهيئة البحوث والدراسات، دراسات المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، دار الميمان، الرياض، ط1، 1437هـ، ج1، ص: 244، وسليمان الخلف بن خلف الحميد، غرامة التأخير في عقد المقاول في الشريعة والقانون، مجلة الجامعة العراقية، العدد 32، ج1، ص: 211.

(3) - داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 238، 237.

(4) - علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني، التعريفات، المرجع السابق، ص: 167.

والتعريف الذي استقر عليه الفقه والقضاء - بعد تعريفهم للخطأ بعدة تعريفات - هو أن الخطأ هو الإخلال بالتزام قانوني بعدم الإضرار بالغير من خطأ مميز، إذ يجب على الشخص أن يلزم الحيطة والحذر والتبصر في سلوكه نحو غيره حتى لا يضر بغيره⁽¹⁾.

ويظهر من هذا التعريف جلياً أن الخطأ هو إخلال المرء بالتزام ما، ويختلف هذا بحسب نوع المسؤولية، ففي العقدية يتحدد بالإخلال بالالتزامات التي ينشؤها العقد وفي التقصيرية فيتحدد بالإخلال بالتزام فرضه القانون⁽²⁾.

وأما بالنسبة للشرط الجزائي، فالغالب أن الخطأ الذي يستوجب استحقاق الشرط الجزائي هو الخطأ العقدي، ويشمل هذا الخطأ عدم تنفيذ المدين لالتزامه سواء أكان ذلك عن عمداً أو إهمالاً أو بغير ذلك، كما يشمل عدم التنفيذ الجزائي والتنفيذ المتأخر، وسواء أكان التنفيذ بالامتناع عما يوجبه القانون أو كان بغير تنفيذ مطابق لما تم الاتفاق عليه أو بالتأخر فيه⁽³⁾.

ومعلوم أن التعويض المالي لا يجب في الفقه الإسلامي في حالة وجوب الضمان على المعتدي في الأموال والمنافع والحقوق التي تجري مجراها، إلا بارتكاب خطأ يتعين على المدعي إثباته؛ لأن الضمان لا يقوم إلا عند قيام سببه، وهو الخطأ أو التعدي⁽⁴⁾.

لكن المقصود بالخطأ في هذا البحث هو عدم تنفيذ المدين للالتزام أو العقد أو التأخير في تنفيذه، سواء كان ذلك عن غير قصد أم عن عمد، فيسمى خطأ، وهو فيه معنى التعدي والتقصير؛ لأنه وجب على المدين تنفيذ التزامه شرعاً بنص الآيات القرآنية⁽⁵⁾.

أو بمعنى آخر أن شرط الخطأ هو أن يكون هناك خطأ من المدين، أو الملتزم بالشرط الجزائي، بحيث يتحمل مسؤولية ما ارتكبه من عدم تنفيذ التزامه، أو التأخير فيه، أو التنفيذ المعيب، أو غير الكامل⁽⁶⁾.

(1)-دوادوي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 237، 238.

(2)- المرجع نفسه، ص: 237-238.

(3)- المرجع نفسه، ص: 237-238.

(4)-أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 289.

(5)- المرجع نفسه، 289.

(6)-عبد المجيد طيبي، الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه والقانون الجزائري، المرجع السابق، ص: 68، وسليمان

الخلف بن خلف الحميد، غرامة التأخير في عقد المقاول في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص: 210.

وما يمكن الإشارة إليه أن الدائن يقع عليه عبء إثبات هذا الخطأ، مثل أن يكون المدين ملتزماً بتحقيق نتيجة ما، فيتعين على الدائن أن يثبت بالدليل أن المدين لم يحقق تلك النتيجة، وبمجرد عدم تحقق النتيجة يفترض أن الخطأ قد وقع من جانب المدين، ويمكن هذا الأخير مسؤوليته عن حصول الخطأ بإقامة الدليل على حصول السبب الأجنبي الذي يعفيه من التعويض ويبرئه من الخطأ⁽¹⁾.

وسيرا على ما سبق وهو اشتراط التقصير من المدين في الوفاء بالتزامه، فإنه إذا استحال تنفيذ الالتزام لوجود سبب أجنبي، لا يد للمدين فيه، زالت مسؤوليته وأعفي من الشرط⁽²⁾.

وهو ما أشار إليه المقتن الجزائري في المادة 127ق، م، ج التي تنص على أنه: «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك»⁽³⁾.

وعليه يمكن القول إن الدائن لا يستحق التعويض في الشرط الجزائي إلا أن يوجد خطأ من المدين، ويعتبر التأخير في التنفيذ أو الوفاء خطأ، أما إذا كان الخطأ في غير التأخير فيقع عبء إثباته على الدائن⁽⁴⁾، وغالبا ما يكون هذا الخطأ عقديا أو تقصيريا فإن لم يجد خطأ فلا مسؤولية ولا إعمال للشرط الجزائي⁽⁵⁾.

والفقه الإسلامي يتوافق مع القانون الوضعي في هذه الجزئية؛ لأنه يعتبر الخطأ العقدي شرطا لازما في تقرير المسؤولية وهو نفسه المعبر في القانون لاستحقاق التعويض في الشرط الجزائي، فنقطة التقاطع

(1) داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 240.

(2) عبد المجيد طيبي، الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه والقانون الجزائري، المرجع السابق، ص: 68، ينظر: سليمان الخلف بن خلف الحميد، غرامة التأخير في عقد المقاولة في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص: 210، وفرقاني قويدر نور الإسلام، استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المركز الجامعي، تيبازة، العدد2، مج7، 2020م، ص: 1659، 1660.

(3) فرقاني قويدر نور الإسلام، استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله، المرجع السابق، ص: 1660، وداودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 240.

(4) عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات المتحدة، العدد العاشر، جمادى الثاني - رجب، 1417هـ - نوفمبر، 1996م ص: 38.

(5) محمد مصطفى الزحيلي، دراسات المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، دار الميمان، الرياض، ط1، 1437هـ، ج1، ص: 244.

بينهم التي تجعل الشرط لازم التنفيذ هو وجود المسؤولية العقدية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: شروط تحقق الضرر.

الشرط الجزائي كما ذكرنا لا يكون مستحقا إلا إذا وجد ضرر أصاب الدائن فعلا؛ لأن الضرر من أركان استحقاق التعويض؛ فإذا فقد الضرر فلا سبيل لإعمال الشرط الجزائي في هذه الحالة⁽²⁾.

1- تعريف الضرر لغة: الضرر في اللغة هو الأذى، والضيق يقال: ضره يضره إذا فعل به مكروها أو أذى⁽³⁾.

2- تعريف الضرر عند الفقهاء:

يراد بلفظ الضرر عند الفقهاء ما كان بمعنى إلحاق مفسدة بالغير مطلقا، سواء أكانت في الأموال أو الحقوق أو الأشخاص⁽⁴⁾.

عرف الشيخ علي الخفيف الضرر بقوله: (المراد بالضرر كل أذى يصيب الإنسان، فيسبب له حسارة مالية في أمواله، سواء أكانت ناتجة عن نقصها أم عن نقص منافعها، أو عن زوال بعض أوصافها ونحو ذلك وهو أحد نوعي الضرر المادي، أما الضرر المادي الآخر فهو ما يصيب الإنسان في جسمه من جراح يترتب عليها تشويه فيه أو عجز عن العمل أو ضعف في كسبه)⁽⁵⁾.

وهذا التعريف الذي ذكره الشيخ علي الخفيف اقتصر فيه على الضرر المادي فقط فكان سبب الاعتراض عليه واعتبر تعريفا قاصرا؛ لأنه لم يذكر الضرر المعنوي، وهو معتبر عند الكثير من الباحثين

(1) - أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 295.

(2) - المرجع نفسه، ص: 303.

(3) - إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ج 2، 583، والفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 7، 1424هـ - 2003م، ص: 428، ونزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، المرجع السابق، ص: 287، وسائر بصمة جي، معجم مصطلحات ألفاظ الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 373.

(4) - نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، المرجع السابق، ص: 287، وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، (أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة)، دار الفكر، دمشق، ط 9، 133هـ - 2012م، ص: 30، وعائشة محمد إسماعيل الأمين، الشرط الجزائي في عقود المقاولات، المجلة الإلكترونية الشاملة متعددة التخصصات، العدد 7، سنة 2021م، ص: 12.

(5) - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، (أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص: 30، علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر، القاهرة، 2000، ص: 39.

المعاصرين الذين وسعوا في مفهوم الضرر حتى شمل كافة أنواعه المادي والمعنوي الفاحش واليسير⁽¹⁾.
وسمي هذا الضرر بالضرر المالي الذي هو أحد نوعي الضرر المادي، والنوع الثاني ما يصيب الإنسان في جسمه من جراح يستوجب الأرش... وقد يتمثل الأذى فيما يصيب الإنسان في شرفه وعرضه، وهو ما يسمى بالضرر الأدبي⁽²⁾.

فالضرر عند الفقهاء: هو إلحاق مفسدة بالآخرين⁽³⁾، ويشترط في محله - في بحثنا - أن يكون مالا متقوما مملوكا محترما⁽⁴⁾.

وعرفه أحمد موافي بقوله: «هو الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير تعديا أو تعسفا أو إهمالا»، واختار هذا التعريف أحمد موافي واعتبره جامعا مانعا للمعنى الضرر⁽⁵⁾.

وعليه يكون معنى الضرر عند العلماء المعاصرين له مفهوم واسع بحيث يشمل ويدخل فيه جميع أنواع الضرر المادي والمعنوي في كل ما يصيب الإنسان في نفسه أو ماله أو عاطفته أو شرفه وهذا واضح من تعاريف العلماء، والضرر المعنوي يدخل فيه كذلك تفويت الفرصة على الغير بعدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، مما يؤدي إلى ضرر مالي يلحق الدائن لضياع فرصة الربح والكسب، ولكي يستحق التعويض المالي الضمان يجب أن يكون الضرر الذي هو علة الضمان محققا لا متوهما أو أنه سيقع حتما على سبيل الجزم واليقين؛ لأنه لا عبرة للتوهم والاحتمال في الفقه الإسلامي وقد نص على ذلك علماء القواعد الفقهية عما جاء في مجلة الأحكام العدلية المادة 74 على أنه لا عبرة للتوهم⁽⁶⁾.

(1) - أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 300.

(2) - المرجع نفسه، ص: 296.

(3) - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص: 29.

(4) - محمد مصطفى الزحيلي، دراسات المعايير الشرعية، المرجع السابق، 221.

(5) - محمد سنان الجلال، التعويض المادي عن الضرر الأدبي أو المادي غير المباشر الناتج عن الجناية أو الشكوى الكيدية، بحث مقدم، المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية والعشرون، مكة، ص: 15.

(6) - أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 301، 302، وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص: 30، 31.

- عبد المجيد طيبي، الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه والقانون الجزائري، المرجع السابق، ص: 69.

يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري: (ولا يستحق الشرط الجزائي كذلك إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن، ذلك أن الضرر من أركان استحقاق التعويض، فإذا لم يوجد ضرر لم يكن التعويض مستحقاً، ولا محل لإعمال الشرط الجزائي في هذه الحالة⁽¹⁾).

وقد استثنى من هذا المبدأ - مبدأ اشتراط حصول الضرر - الإخلال بالالتزامات المبرمة في إطار العقود الإدارية، فإن مجرد إخلال المفاوض بالتزامه يؤدي إلى استحقاق غرامات التأخير، باعتبار أن الإخلال بالمصلحة العامة يعتبر ضرراً مفترضا لا حاجة إلى إثباته⁽²⁾.

وبين ذلك المقنن الجزائري في الفقرة من المادة 184ق، م، ج بقوله: «لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر»⁽³⁾.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد خص الضرر بالذكر في هذه الفقرة السابقة نظراً لأهميته لتطبيق الشرط الجزائي وإعماله في العقود والمعاملات المالية، بل خالف الكثير من القوانين التي سبقته ومنه القانون الفرنسي الذي كان ينص على استحقاق التعويض ولو لم يوجد ضرر⁽⁴⁾.

3-أنواع الضرر:

الضرر له عدة صور ويقسمه العلماء بعدة تقسيمات من هذه التقسيمات نذكر منها ما يلي⁽⁵⁾:

أولاً: تقسيم الضرر باعتبار محله.

ينقسم الضرر باعتبار محله إلى نوعين⁽⁶⁾:

(1) - عبد المجيد طيبي، الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه والقانون الجزائري، المرجع السابق، ص: 69، ودودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 248.

(2) - عثمان شير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 38.

(3) - شيخ سناء، محاضرات في أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص: 26، وتغريب رزيقة، الشرط الجزائي في سلطة الإرادة وسلطة القاضي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة عبد الحميد ميرة، بجاية، الجزائر، المجلد 15، ع1، سنة 2022م، ص: 2304، ودودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 241، 240.

(4) - داودي مخلوف، المرجع نفسه، ص: 241.

(5) - محمد سنان الجلال، التعويض المادي عن الضرر الأدبي أو المادي غير المباشر الناتج عن الجناية أو الشكوى الكيدية، المرجع السابق، ص: 15.

(6) - داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 242.

النوع الأول: الضرر المادي.

ويدخل تحت هذا النوع الضرر في الجسم، وذلك بما يصيب جسم الإنسان، ويوجب العقوبة بالجناية والتعزير، وقد يكون الجزء بالمال⁽¹⁾.

ويدخل تحته كذلك الضرر المالي، وهو كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها أو نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها ونحو ذلك من كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر⁽²⁾.

وهذا النوع يشمل كل ما كان محله المال سواء كان حيوانا أم منقولا أو عقارا، وسواء كان الضرر الذي لحق به إتلافا للذات أم تعطيلاً لبعض الصفات أم حدوث نقص فيها أم تعيياً أو باستيلاء عليه والتعدي على حيازة صاحبه بحيث يخرج المال عن الانتفاع به المنفعة المطلوبة⁽³⁾.

النوع الثاني: الضرر المعنوي أو الأدبي.

لم يكن مصطلح الضرر المعنوي أو الأدبي متداولاً عند الفقهاء الأقدمين، أي كاستعمال اصطلاحه وإن كانوا عرجوا على مضمونه عندما تكلموا عن الضمان والديات والاروش وتكلموا عن جريمة القذف وهي جريمة تمس العرض وتناولوا جريمة السب والشتم الذي لا يصل إلى حد القذف ولكن لم يعطوه مسمى الضرر المعنوي أو الأدبي⁽⁴⁾.

أما بالنسبة للباحثين المعاصرين فقد تناولوا الضرر الأدبي وتناولوا التعويض عنه، منهم من أجاز ومنهم من امتنع، ومنهم من توسع في التعريف ومنهم من ضيق وسنذكر تعريفا للضرر المعنوي أو الأدبي

(1) - محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 163، ومحمد مصطفى الزحيلي، دراسات المعايير الشرعية، المرجع السابق، 221، 222، وعلى الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 45، وبقية عبد الحفيظ، محاضرات في أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص: 24.

(2) - محمد سنان الجلال، التعويض المادي عن الضرر الأدبي أو المادي غير المباشر الناتج عن الجناية أو الشكوى الكيدية المرجع السابق، ص: 17.

(3) - المرجع نفسه، ص: 17.

(4) - المرجع نفسه، 17.

مقتصرين على تعريف بعض العلماء المعاصرين لأنه جامع مانع⁽¹⁾.

الضرر المعنوي أو الأدبي هو أذى يصيب الشخص في نفسيته أو شرفه أو اعتباره أو مشاعره ومعتقداته الناجم عن أي اعتداء أو إتلاف أو عمل غير مشروع وقع فيه⁽²⁾.

وبمفهوم أوسع وأدق: الضرر يشمل كل ما ترتب من جراء الإخلال بتنفيذ الالتزام الأصلي عقدياً كان أو قانونياً، وبمعنى آخر الضرر هو الأذى الذي يصيب أو يلحق أحد طرفي العقد من جراء عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته التعاقدية، والذي يترتب جراء هذا الأخير مساساً بمصلحة من مصالحه سواء مادية أو معنوية، وبصفة عامة يعني الضرر كل الأذى الذي يتسبب فيه المساس بالمصلحة المشروعة للشخص بصفة عامة، كسلامة جسمه أو عاطفته أو حرته أو شرفه⁽³⁾.

ويدخل تحت هذا النوع:

-الضرر في الشرف والعرض، سواء كان الضرر بالقول أو الفعل، ويوجب الحد أو التعزير⁽⁴⁾.

-قد يتمثل الضرر في تفويت مصلحة غير مالية، ملتزم بها، كما في الضرر المعنوي، كأن يمتنع فيه الملتزم عن تنفيذ التزامه، كالوديعة يمتنع عن تسليم الوديعة إلى مالكيها، والمستعير يمتنع عن تسليم العارية، والمستأجر يمتنع عن تسليم العين المؤجرة بعد انتهاء الإجارة⁽⁵⁾.

-قد يتمثل الضرر في تفويت مال على مالكه، سواء كان بإتلاف المال كتمزيق الثياب، وقطع الأشجار، أو بإتلاف بعض المال أو بتعيب في المال، أو بتفويت المنفعة كغصب السيارة مثلاً فترة فوت على صاحبها منافعها خلالها، فإنها تضمن عند الجمهور؛ لأن المنافع أموال عندهم، خلافاً للحنفية فلا

(1)-أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 301، 300.

(2)- محمد سنان الجلال، التعويض المادي عن الضرر الأدبي أو المادي غير المباشر الناتج عن الجناية أو الشكوى الكيدية المرجع السابق، ص: 19، وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص: 30، وعلى الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 45، وبتقة عبد الحفيظ، محاضرات في أحكام الالتزام، المرجع السابق، 24.

(3)- تغريب رزيقة، الشرط الجزائي في سلطة الإرادة وسلطة القاضي، المرجع السابق، ص: 2303.

(4)- محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 163، و محمد مصطفى الزحيلي، دراسات المعايير الشرعية، المرجع السابق، 221، 222، وعلى الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص: 45.

(5)- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص: 45.

تضمن؛ لأن المنافع لا تعتبر مالا إلا بالتعاقد عليها⁽¹⁾.

- قد يكون الضرر بتفويت فرصة كإهمال موظف مثلا في واجب وظيفته، ففوت الفرصة على من كان يطمع في التقدم إلى الوظيفة⁽²⁾.

والتعويض عن الضرر الأدبي هو الذي استقر عليه القضاء فكل من أصيب بضرر له الحق في التعويض؛ لأن المشرع الجزائري قدر التعويض عن جميع الأضرار مادية كانت أم أدبية، وذلك في المادة 124 من القانون المدني الجزائري، وفي حالة وفاة شخص ينشأ لذويه ضرر أدبي وبالتالي يحق لهم المطالبة بالتعويض عن فقدان قريبهم⁽³⁾.

وقد نص المشرع الجزائري عن التعويض الأدبي (المعنوي) في مختلف القوانين كقانون العقوبات، وقانون المرور وقانون التأمين وقانون العمل والأسرة، لكنه لم ينص على ذلك في القانون المدني إلا بعد ثلاثين عاما من صدوره وذلك في المادة 182 مكرر (يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة)⁽⁴⁾، وهذا النص يعتبر حكما قاطعا في وجوب التعويض عن الضرر الأدبي بموجب هذا التعديل رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005م⁽⁵⁾.

ويمكننا أن نطرح سؤالا ونحن بصدد ذكر الضرر الذي هو سبب استحقاق الشرط الجزائي، وهو على من يقع عبء إثبات الضرر في الشروط الجزائية؟؟

فعند التأمل في الدراسات القانونية نجد أنها قررت أن عبء الإثبات يتحمله المدين في الشرط الجزائي، فيطلب من المدين أن يثبت الدليل والبينة القاطعة الواضحة، ويبين أنه لم يلحق أي ضرر بالدائن حتى يسقط المسؤولية عنه في الشرط الجزائي ويضمن صحة العقد وسلامته من الضرر والخطأ⁽⁶⁾.

(1) - محمد بن العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 163، وعلى الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 45.

(2) - محمد مصطفى الزحيلي، دراسات المعايير الشرعية، المرجع السابق، 221، 222، ووهبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص: 30، وعلى الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 45، 46، ينظر: بقة عبد الحفيظ، محاضرات في أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص: 24.

(3) - عبد الحفيظ بقة، محاضرات في أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص: 24.

(4) - بقة عبد الحفيظ، محاضرات في أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص: 25.

(5) - داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 242.

(6) - سليمان الخلف بن خلف الحميد، غرامة التأخير في عقد المقاول في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص: 210، وبقة عبد الحفيظ، محاضرات في أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص: 29.

كما أن على المدين أن يقيم البيئة والدليل على أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، حتى يخفف عليه من التعويض المقرر في الشرط الجزائي⁽¹⁾.

وعليه يمكن القول إن القانون لما نقل عبء الضرر للمدين في الشرط الجزائي لأن مجرد إخلال المدين بالتزامه يعتبر ضررا مفترض الوقوع⁽²⁾.

وخلاصة ما جاء في القانون الجزائري، أنه لا بد من وقوع ضرر للدائن وعليه أن يثبت، ولا يستحق الشرط الجزائي إذا انتفى الضرر؛ لأن الضرر شرط لاستحقاق التعويض، (المادة 184 من القانون المدني الجزائري لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر فبذلك يتخلص من الشرط الجزائي " نقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين " المادة 84 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾.

الفرع الثالث: شرط وجود العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

الشرط الجزائي لا يكون مستحقا إلا بعد توفر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، أما إذا انتفت هذه العلاقة بثبوت السبب الأجنبي أو انتفت بأن كان الضرر غير مباشر أو كان المسؤولية العقدية مباشرة ولكنه غير متوقع، فعند ذلك لا تتحقق المسؤولية ولا يستحق التعويض، ولا محل لإعمال الشرط الجزائي في هذه الحالة⁽⁴⁾.

ويقصد بالسببية هنا هو وجود الصلة بين الفعل وأثره، بأن يكون الفعل موصلا إلى نتيجة لا تتخلف عنه إذا انتفعت الموانع⁽⁵⁾.

(1) - أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 303، 304.

(2) - داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 242.

(3) - بتقة عبد الحفيظ، محاضرات في أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص: 29، وداودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 243.

(4) - داودي مخلوف، المرجع نفسه، ص: 244.

(5) - محمد مصطفى الزحيلي، دراسات المعايير الشرعية، المرجع السابق، ص: 220.

فلا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا قامت علاقة سببية بين الخطأ والضرر، وأما إذ انتفت هذه العلاقة بثبوت السبب الأجنبي أو انتفت بأن كان الضرر غير مباشر، أو كان في المسؤولية العقدية مباشرة ولكنه غير متوقع، فعند ذلك لا تتحقق المسؤولية، ولا يستحق التعويض، فلا محل إذا لإعمال الشرط الجزائي⁽¹⁾.

ولعل السبب في اشتراط هذه العلاقة أو الرابطة السببية بين الخطأ والضرر حتى لا يتم تحميل المدين مسؤولية لا يد له فيها⁽²⁾.

لذلك اشترط الفقهاء للحكم بالضمان أو التعويض المالي قيام العلاقة والرابطة بين فعل الخطأ أو التعدي وبين الضرر، فإذا لم تقم العلاقة، فلا ضمان ولا تعويض لأن الإنسان لا يتحمل أفعال غيره⁽³⁾.

والفقه الإسلامي يتفق مع القانون في اشتراط هذه العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة من أجل استحقاق الشرط الجزائي؛ فلا بد أن يكون الضرر الواقع على الدائن نتيجة لفعل الخطأ من المدين⁽⁴⁾.

وفي القانون المدني الجزائري صرح بأنه يستطيع المدين أن ينفي مسؤوليته بإثبات السبب الأجنبي، وبالتالي قطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، ومن ثمة لا يكون هناك إعمال للشرط الجزائي، وهو ما تضمنه نص المادة 176 من القانون المدني الجزائري⁽⁵⁾.

(1) عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من العثر في الفقه الإسلامي، المرجع نفسه، ص: 31، ووهبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، 55، سليمان الخلف بن خلف الحميد، غرامة التأخير في عقد المقاولة في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص: 210، وبتقة عبد الحفيظ، محاضرات في أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص: 29، وفرقاني قويدر نور الإسلام، استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله، المرجع السابق، 1661.

(2) عبد المجيد طيبي، الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه والقانون الجزائري، المرجع السابق، ص: 72.

(3) علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 47.

(4) أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، 310، 311، ووهبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص: 55.

(5) فرقاني قويدر نور الإسلام، استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله، المرجع السابق، ص: 1661.

الفرع الرابع: شرط الإعذار.

الإعذار شرط من شروط استحقاق الشرط الجزائي في جميع الأحوال التي يجب فيها إعذار المدين، فإذا لم يقم المدين بإعذار مدينه فإنه لا يستحق الشرط الجزائي في هذه الحالة⁽¹⁾.

الإعذار: هو التنبيه على المدين بوجوب أداء ما عليه من التزام قبل توقيع الشرط الجزائي عليه ومطالبته بالتعويض⁽²⁾.

فإذا وفى المدين وديا بالحق الذي عليه موضوع العقد انتهى الأمر، وإلا وجب على الدائن إنذاره بالوفاء، ذلك لأنه من المفروض هنا أنه طالما أن الدائن لم يطالب بالوفاء فلم يقع عليه ضرر بسبب التأخير⁽³⁾.

فعلى الدائن أن يقوم بتنبيه وإخطار المدين بتنفيذ الالتزام، وتبين الخطأ الحاصل أو التأخير ويلزمه بالعقد والاتفاق الذي أمضى عليه الطرفان، فإذا لم يقم الدائن بإخطاره فلا يستحق التعويض⁽⁴⁾.

وقد نصت على الإعذار المادة 179 من القانون المدني الجزائري بقولها: «لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك»، أما المادة 180 من القانون المدني الجزائري فقد نصت على الكيفية التي يتم بها الإعذار، في حين نصت المادة 81 قانون مدني جزائري على الحالات التي لا ضرر لإعذار المدين بشأنها»⁽⁵⁾.

ولقد أخذ الفقه الإسلامي بشرط الإعذار لكي يكون الشرط الجزائي مستحقا، وهو ما جاء في مشروع القانون المدني العربي الموحد الذي شارك فيه بعض العلماء المعاصرين الذين يمثلون الجانب

(1) - داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 245.

(2) - أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 323.

(2) - بقة عبد الحفيظ، محاضرات في أحكام الالتزام المرجع السابق، ص: 14.

(3) - المرجع نفسه، ص: 14، 13.

(4) - عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 31، وسليمان الخلف بن خلف الحميد، غرامة التأخير في عقد المقاوله في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص: 210، ينظر: بقة عبد الحفيظ، محاضرات في أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص: 14.

(5) - بثقة عبد الحفيظ، المرجع نفسه، ص: 13، وفرقاني قويدر نور الإسلام، استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله، المرجع السابق: 1662، وداودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 245.

الفقهي، ومن هولاء الشيخ الزرقا⁽¹⁾ والشيخ الضير⁽²⁾ وبين بجواز الأخذ بشرط الإعذار في الشرط الجزائي ما لم تنص القوانين على عدم الأخذ به، وهذا يتوافق الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي وهو منصوص عليه في القانون المدني الجزائري⁽³⁾.

المطلب الرابع: أقسام الشرط الجزائي.

لقد تباينت آراء العلماء ومناهجهم في تقسيم الشروط العقدية، ويعود ذلك لاختلافهم في الاعتبارات المعتمد عليها والجوانب التي يركز عليها ومن أهم هذه التقسيمات ما يلي:

الفرع الأول: تقسيم الشرط باعتبار وصفه.

ويندرج تحت هذا القسم عدة أنواع من الشروط منها⁽⁴⁾.

الشرط العقلي: هو ما لا يوجد المشروط ولا يمكن عقلا بدونه، مثل اشتراط الحياة للعلم، فإن العقل يحكم بأن العلم لا يوجد بدون حياة، فإن انتفت الحياة انتفى العلم، ولا يلزم من وجود الحياة وجود العلم⁽⁵⁾.

الشرط العادي: هو ما يكون شرطا عادة مثل نصب السلم لصعود السطح، فإن العادة تقتضي بأنه لا يمكن صعود السطح إلا بوجود السلم أو نحوه مما يقوم مقامه⁽⁶⁾، أو كمالصقة النار للجسم المحرق في الإحراق، ومقابلة الرائي للمرئي وتوسط الجسم الشفاف في الإبصار⁽⁷⁾.

(1) -مصطفى بن أحمد بن محمد الزرقا: عالم وفقهه سوري مبرز، تولى العديد من المناصب والعضويات العلمية في بلده وخارج بلده، وله كثير من المؤلفات، من أشهرها "المدخل الفقهي العام"، توفي عام 1420 هـ/1999م. ينظر ترجمته في: مقدمة فتاوى مصطفى الزرقاء باعتماد مجد أحمد مكّي، دار القلم، دمشق، ط1، 1999م، ص: 21.

(2) - الصديق محمد الأمين الضير: عالم وفقهه سوداني متفزن ومتبحر شغل منصب رئيس قسم الشريعة بجامعة الخرطوم وعمل أستاذ بمعهد القضاء بجامعة محمد بن سعود له الكثير من المؤلفات من أشهرها الغرر في العقود وآثره في التطبيقات المعاصرة، توفي سنة 2015م/1436 هـ، وينظر ترجمته في مجلة الفيصل، السعودية، العدد158، سنة 1990 م، ص:120.

(3) - داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 255.

(4) - عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المهذب في علم أصول الفقه، المقارن، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1420 هـ - 1999م، ج1، ص: 434.

(5) - عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، ج1، المرجع نفسه، ص: 434، محمد الأمين بن المختار الشنقيطي، مذكرة أصول الفقه، دار القلم، بيروت، لبنان، ص: 43.

(6) - عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المرجع نفسه، ص: 435.

(7) - أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات أبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات، ت، مراد مرابي، دار مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، سوريا، ط1، 1434هـ-2013، ج1، ص:251.

الشرط الشرعي: هو ما جعله الشارع شرطا لبعض الاحكام كاشتراط الطهارة لصحة الصلاة⁽¹⁾.

الشرط اللغوي: هو ما يذكر بصيغة التعليق، مثل قول الزوج لزوجته: إذا دخلت الدار فأنت طالق⁽²⁾.

الفرع الثاني: تقسيم الشرط باعتبار الإرادة العقدية أو مصدر الشرطية.

وهذا التقسيم باعتبار المصدرية التي هي إرادة المتعاقدين، ويندرج تحت هذا القسم نوعان من الشروط شرط جعلي وشرط شرعي⁽³⁾.

الشرط الشرعي أو الحقيقي: وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء بحكم الشرع فهو ما كان مصدره الشرع، وهو أحد مكونات العقد، كشروط الانعقاد وشروط الصحة وشروط النفاذ وشروط اللزوم فإن هذه شرائط شرعية، نص الشرع على حتمية توافرها في تكون العقد⁽⁴⁾.

ومثاله: الشهود في النكاح، والوضوء لصحة الصلاة، وأهلية العاقدين لصحة انعقاد العقود، وبمعنى آخر: هو ما كان توقف المشروط فيه على وجود الشرط بحكم الشرع ووضعه⁽⁵⁾.

فالشروط الشرعية هي شروط فرضها الشارع الحكيم؛ لتكون محققة لأمر آخر ربط به عدما إذا لم توجد هذه الشروط لم يتحقق الأمر المطلوب⁽⁶⁾.

والقصد من هذه الشروط في الجملة منع وقوع المنازعات بين الناس، وحماية مصالح العاقدين، ونفي الغرر والبعد عن المخاطر بسبب الجهالة⁽⁷⁾.

(1) - أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ص: 251، وعبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، المرجع السابق، ص: 435.

(2) - عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، المرجع السابق، ص: 435.

(3) - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1418هـ-1998م، ج2، ص: 394، ص: 437.

(4) - أحمد الجزار محمد بشناق، الشرط الجزائي في الديون والبدائل الشرعية له في التطبيقات المصرفية، بحث مقدم في مجلة معارف، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، الأردن، السنة الثامنة، العدد 14، أكتوبر، 2013، ص: 154، وعبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة، ص: 60، ووهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط1، 1994م، (إعادة ط1، 1419هـ-1999م)، ص: 138، وعبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، المرجع السابق، ص: 437.

(5) - أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 29.

(6) - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص: 394.

(7) - أحمد الجزار محمد بشناق، الشرط الجزائي في الديون والبدائل الشرعية له في التطبيقات المصرفية، المرجع السابق، ص: 154.

الشرط الجعلي: هو ما كان مصدره إرادة الشخص أو المكلف؛ حيث يعتبره ويعلق عليه تصرفاته ومعاملاته، كالأشتراط في البيوع والنكاح، والطلاق، والعقود أي أن عقده أو التزامه معلقا عليه ومرتبطا به، بحيث إذا وجد الشرط وجد ذلك العقد أو ذلك الالتزام، وإن لم يتحقق ذلك الشرط، فلا يتحقق المشروط، فيكون المشروط مرتبطا به وجودا وعدمًا⁽¹⁾.

فالشرط الجعلي ليس من بنية العقد أو أحد مكوناته، غير أنه يشترطه أحد العاقدين على الآخر؛ ليحقق مصلحة له.

والذي يتأمل في تعريف الشرط الجزائي يجده أنه يندرج تحت الشروط الجعلية المقترنة بالعقد؛ لأنه ناشئ عن إرادة المتعاقدين وداخل تحت تصرفاتهم وهو من وضعهم وليس مفروضا من الشارع الحكيم، فالشرط الجعلي ما كان توقف المشروط فيه على وجود الشرط بفعل المكلف وجعله⁽²⁾.

وهكذا إذا اعتبر الشرع الشرط الجعلي، صار كالشرط الشرعي، وإذا لم يعتبره الشرع بطل ولا يعتبر مثله⁽³⁾.

والشروط بصفة عامة إنما هي مكملات للأمر المشروطة لها في نظر الشارع كتكميل الصفة للموصوف، بحيث إن عدمها يخل بالمقاصد الشرعية من الأحكام فمثلا الحول هو المكمل لحكمة حصول النصاب وهي الغنى⁽⁴⁾.

وتنقسم الشروط الجعلية أو المقترنة بالعقد إلى ثلاثة أقسام لا بد من توضيحها وتفصيلها حتى نستطيع التمييز بين هذه الشروط ونوضح ما له علاقة ببحثنا الشرط الجزائي.

(1) - محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 57، وعبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، المرجع السابق، 61، ووهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، المرجع السابق، 138، ومصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص: 394، وعبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، المرجع السابق، ص: 437.

(2) - أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 30.

(3) - وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، المرجع السابق، 139.

(4) - أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ص: 252.

الفرع الثالث: أقسام الشروط الجعلية

1- الشرط المعلق أو التعليقي.

هو ربط حصول أمر بحصول أمر آخر⁽¹⁾، أو هو كما يقول الأصوليون: ربط حصل جملة بحصول جملة أخرى، كلاهما غير موجود في الحال⁽²⁾.

ويحصل العقد المعلق بربط مضمون جملة بجملة أخرى، أو بأداة من أدوات الشرط، نحو إن، وإذا، ومتى، أو ما يقوم مقامها أو بدلالة السياق⁽³⁾.

ومثال الربط بين جملي التعليق بأداة من أدوات الشرط: قول الرجل لامرأته، إن دخلت الدار فأنت طالق⁽⁴⁾.

فهذا الطلاق معلق بأمر في المستقبل وهو دخول الدار وعلى هذا الأساس وضعت القاعدة القائلة: المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط⁽⁵⁾.

ومثال دلالة السياق: قول الرجل، المكافأة التي سأناها هذا العام، صدقة على الفقراء⁽⁶⁾.

2- الشرط الإضافي.

وأما الإضافة فهي تأخير حكم التصرف القولي المنشأ إلى زمن مستقبل معين، وذلك كما لو قال المؤجر: آجرتك هذه الدار سنة بكذا من أول الشهر القادم، أو قال الموكل: وكلتك في جميع شؤوني منذ أول السنة الآتية⁽⁷⁾.

(1) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص: 573.

(2) أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 35، وأحمد الجزار محمد بشناق، الشرط الجزائي في الديون والبدائل الشرعية له في التطبيقات المصرفية، ص: 155.

(3) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص: 574.

(4) محمد بن العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 58.

(5) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص: 575.

(6) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 58.

(7) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص: 577.

وقد يكون الزمن المستقبل ملحوظا، فيكون التصرف مضافا دون تصريح بالإضافة، كما في الوصية⁽¹⁾.

3- الشرط التقييدي المقترن بالعقد.

وأما التقييد بالشرط، أو الاقتران به، فهو: التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه⁽²⁾.

فهو ما يقترن بالعقود والتصرفات من التزامات يشترطها الناس بعضهم على بعض، فحقيقة الشرط التقييدي المقترن بالعقد: أن يلتزم أحد طرفي العقد الوفاء بالتزام زائد على مقتضى العقد وآثاره يشترطه عليه الطرف الآخر⁽³⁾.

وحكم الشرط التقييدي: أنه يؤدي إلى تعديل آثار العقد الأصلية، ومثال ذلك: أن يتزوج رجل بامرأة على شرط ألا يخرجها من بلدها، أو أن يبيع داره على شرط أن يسكنها مدة معينة⁽⁴⁾.

وعليه يمكن القول إن الشروط المعتبرة والتي سمح للمكلف أن يشترطها هي: كل ما جاء مكملا لحكمة المشروط، بحيث لا يناهزها مجال من الأحوال، وهي الشروط الموافقة لمقتضى مشروطاتها في العقود والتصرفات الشرعية، بحيث لا تخالفها ولا تنفي مضمونها مثل: شرط الرهن، أو الكفيل بالدين، وهذه شروط شرعية صحيحة⁽⁵⁾.

وأما الشروط التي لا تلائم مقصود الشروط ولا مكملة لحكمته، بل جاء على ضد من ذلك فهي لا تعتبر شرعا؛ لأن الشروط المخالفة لمقتضى العقد وتناقض مدلولاته تعتبر شروط فاسدة، كما إذا اشترط الزوج أن لا ينفق على زوجته⁽⁶⁾.

(1)- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص: 577.

(2)- المصدر نفسه، ص: 575.

(3)- أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 33.

(4)- المرجع نفسه، ص: 34.

(5)- عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، المرجع السابق، ص: 437.

(6)- المرجع نفسه، ص: 438.

المبحث الثاني: الأصل في الشروط المقترنة بالعقد وموقف الفقهاء منها.

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: مدى حرية المتعاقدين في اشتراط الشروط.

المطلب الثاني: موقف المذاهب الفقهية من الشروط المقترنة بالعقد.

والتفصيل كالاتي:

المطلب الأول: مدى حرية المتعاقدين في اشتراط الشروط.

ونقصد بحرية التعاقد إطلاق الحرية للناس في أن يعقدوا من العقود ما يرون، بالشروط التي يشترطون غير مقيدين إلا بقيد واحد، وهو ألا تشتمل عقودهم على أمور قد نهي عنها الشارع، وحرمتها كأن يشتمل العقد على ربا، أو نحوه مما حرمه الشرع الإسلامي، فما لم تشتمل تلك العقود على أمر محرم بنص أو مقتضى القواعد العامة المقرر التي ترتفع إلى درجة القطع واليقين، فإن الوفاء بها لازم، والعائد مأخوذ بما تعهد به، وإن اشتملت العقود على أمر حرمه الشارع فهي فاسدة، أو على الأقل لا يجب الوفاء بالجزء المحرم منها⁽¹⁾.

وعليه يمكن القول إن الحرية بهذا المعنى والاعتبار ليست محل اتفاق بين علماء المسلمين وفقائهم، فمنهم من أطلق لهذه الحرية وفتح الباب على مصراعيه ومنهم من لم يطلق، ولعل سبب خلافهم يرجع إلى التضييق والتوسيع، أو التساهل والتشديد في جعل آثار كل العقود من الشارع وهم المانعون والمضيقون ومنهم من جعل لإرادة المتعاقدين سلطانا في آثار العقود وهم الموسعون والقائلون بالإباحة وهو ما سنعالجه في العنصر التالي⁽²⁾:

وما يمكن الإشارة إليه أن الأصل هو حرية التعاقد في مجال المسؤولية العقدية في القانون الجزائري، فللمتعاقدين الحق في إنشاء الروابط التعاقدية، غير أن ذلك يكون في حدود القانون والنظام العام والأدب، ومعنى ذلك أن حرية الاشتراط في القانون الجزائري مقيدة وليست مطلقة⁽³⁾.

(1) - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 259.

(2) - المرجع نفسه، ص: 260.

(3) - داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 107، 109،

ويندرج تحت هذا المطلب الكلام عن مبدأ هل الأصل في العقود والشروط الحضر أو الإباحة⁽¹⁾.

هذه المسألة والقاعدة من أهم الأصول التي تنبني عليها الكثير من المعاملات المالية والفقهية المعاصرة، والمقصود من هذه القاعدة هل الأصل في العقود والشروط المستحدثة الحل أو المنع؟ وبعبارة أخرى هل الأصل في العقود المستحدثة الجواز والصحة أو التحريم وبمفهوم آخر هل الأصل في العقود والشروط الحضر أو الإباحة².

وتحريرا لمحل النزاع نقول إنه لا خلاف بين الفقهاء والعلماء في عدم استحداث عقود جديدة أو شروط مخالفة للنصوص الشرعية القطعية من الكتاب والسنة والإجماع أو لأصول الشريعة وقواعدها العامة.

واختلفوا في العقود والشروط المستحدثة النازلة التي لم يرد فيها نص من القرآن أو السنة أو الإجماع فلا يوجد دليل على التحريم، هل الأصل فيها الإباحة والجواز أو التحريم والمنع وهي كالتالي⁽³⁾.

الفرع الأول: الأصل في الشرط الإباحة.

ذهب أصحاب هذا القول إلى أن الأصل في العقود والشروط الحل والصحة والجواز والإباحة، ولا يجرم منها إلا ما ورد الشرع بتحريمه ومنعه⁽⁴⁾.

وهو ما ذهب إليه الجمهور،⁽⁵⁾ من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في أرجح أقوالهم، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية والإمام الشاطبي المالكي⁶ وابن القيم الجوزية وهو الذي رجحه عثمان

(1) - داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 58.

(2) - أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 99، وينظر: داودي مخلوف، المرجع السابق، ص: 59، 58.

(3) - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، دار الأفق الجديدة، بيروت، ج2، ص: 2، أسامة

الحموي الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 99

(4) - الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، قضايا فقهية ومالية معاصرة، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1434هـ - 2013م، ص:

122، وشيخ الإسلام ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، تح: أحمد محمد الخليل دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1422، ص: 261.

(5) - ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ت، أبو محمد بن فريد، دار العامية، القاهرة، مصر، ط1، 1435هـ -

2015م، ص: 289.

أبو غسحاق الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ص: 266.

ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْلُوبُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةً إِمْلَاقٍ مِّنْ نَّرْفِهِمْ وَإِيَّاكُمْ إِن فَتَلَهُمْ كَانِ خَطَأًا كَبِيرًا﴾

[الإسراء: 34]

فهذه الآيات والنصوص دلت بمجموعها على الوفاء والالتزام بالعهود والعقود وهو أمر عام يشمل جميع العقود، والشروط عقود وعهود فيلزم الوفاء بها؛ لأنها داخلية في هذا العموم، ولو لم يكن الأصل في الشروط الإذن والإباحة لما أمر بها الشارع أمرا مطلقا بلا قيد وحرمة نقض العهود ونفر من الخيانة⁽¹⁾.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - (وإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأمورا به: علم أن الأصل صحة العقود والشروط، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره، وحصل به مقصوده، ومقصود العقد: هو الوفاء به، فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود، دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة...)⁽²⁾.

السنة النبوية:

ما جاء عن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلال، أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا، أو أحل حراما»⁽³⁾، فالناس على شروطهم ما وافق الحق⁽⁴⁾.

(1) - أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 103، ومحمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي، ص: 80، وشيخ الإسلام ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، المرجع السابق، ص: 265، 266، وابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، المرجع السابق، ص: 289، 290، ومحمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 261، وديان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، الرياض، ج: 8، ط2، 1434هـ، ص: 220.

(2) - شيخ الإسلام ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، المرجع السابق، ص: 272.

(3) - أخرجه أبو داود؛ سليمان بن الأشعث السجستاني، في السنن، كتاب الأفضية، باب في الصلح، رقم: 3594، تح: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، دت، ج: 3، ص: 304، والترمذي؛ أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، الجامع الكبير، أبواب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، رقم: 1352، تح: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي - بيروت، 1998 م، ج: 3، ص: 28، وقال: حسن صحيح، وابن ماجه؛ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب الصلح، رقم: 2353، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، دت، ج: 2، ص: 788.

(4) - محمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، 81، ومحمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص: 19.

وجه الاستدلال من الحديث أن النبي ﷺ بين أنه يجب على المسلمين الوفاء بالتزاماتهم وشروطهم فيما بينهم، ولا يحرم من الشروط إلا ما كان محرماً لحلال أو محلاً لحرام وهذه هي مناقضة الشريعة الإسلامية في أصولها وقواعدها، فالأصل في الشروط الحل والإباحة إلا إذا صادمة مقاصد الشرع وناقضت معناه فهي باطلة ممنوعة⁽¹⁾.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «وهذا المعنى هو الذي يشهد له الكتاب والسنة، وهو حقيقة المذهب، فإن المشتراط ليس له أن يبيح ما حرمه الله ولا يحرم ما أباحه الله، فإن شرطه حينئذ يكون مبطلاً لحكم الله، وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله، وإنما المشتراط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه، فمقصود الشروط ما لم يكن واجباً ولا حراماً، وعدم الإيجاب ليس نفي للإيجاب، حتى يكون المشتراط مناقضاً لشرع، وكل شرط صحيح فلا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجباً، فإن المتبايعين يجب لكل منهما على الآخر من الإقباض ما لم يكن واجباً، ويباح أيضاً لكل منهما ما لم يكن مباحاً، ويحرم على كل منهما ما لم يكن حراماً، وكذلك كل من المتأخرين والمتناكحين، وكذلك إذا اشترط صفة في البيع، أو رهناً، أو اشترطت المرأة زيادة في المهر مثلها، فإنه يجب، ويحرم ويباح بهذا الشرط ما لم يكن كذلك....»⁽²⁾.

واستدلوا بالأحاديث التي وردت في النهي عن الغدر والخيانة، فكل من شرط شرطاً على نفسه ثم أحلف ونقض فقد غدر، ومنها ما يلي⁽³⁾:

عن عبد الله بن عمر قال رسول الله ﷺ: «إن الغادر ينصب له لواء يوم القيامة، فيقال: هذه غدرة فلان»⁽⁴⁾، فهذه الأحاديث تنص على الوفاء بالعهود، والعقود، والمواثيق، وبأداء الأمانة ورعايتها وعدم

(1) - أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 104.

(2) - شيخ الإسلام ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، المرجع السابق، 273، 274.

(3) - المرجع نفسه، 270، وابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، المرجع السابق، ص: 289، 290، وأبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، المرجع السابق، ص: 9، وابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، المرجع السابق، ص: 289، 290.

(4) - أخرجه البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، في الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، تح: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط: 1، 1422هـ، كتاب الآداب، باب ما يدعى الناس بأبائهم، رقم: 6178، ج8، ص41، ومسلم أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، في المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، دت، كتاب الجهاد والسير، باب تحريم الغدر، =

الإخلاف فمن شرط على نفسه ورضي بذلك ثم غدر ولم يوف بعهده يكون آثم مخالف للنصوص الشرعية الإسلامية متهاونا في التزامه اتجاه غيره وهذا يدلنا على أن الأصل في الشروط الحل والإباحة إلا إذا دل الدليل على التحريم والبطلان⁽¹⁾.

واستدلوا بقوله ﷺ فيما رواه عقبه بن عامر: «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»⁽²⁾.

فدل على استحقاق الشروط بالوفاء، وأن شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها⁽³⁾.

وفي هذا الحديث أكد النبي ﷺ على الوفاء والالتزام بالشروط جميعاً، وأن الشروط التي هي متعلقة بعقد النكاح أكدها فلا بد من تحقيقها وإتيانها؛ لأن عدم الوفاء يترتب عليه آثار خطيرة على عقد النكاح من ثبوت النسب والنفقة والحضانة وغير ذلك من الآثار الباتة الناجزة، فإذا كانت هذه الشروط واجبة الوفاء في عقد النكاح بلا تعيين ولا تخصيص دل على أن الأصل في الشروط الحل والإباحة إلا إذا جاء صارف الإباحة⁽⁴⁾.

واستدلوا بما رواه البخاري عن عمر رضي الله عنه قوله: «مقاطع الحقوق عند الشروط»⁽⁵⁾، وذلك عندما طرحت عليه مسألة امرأته شرطت على زوجها في عقد نكاحها ألا يخرجها من بلدها وأن لا ينقلها منه ثم أراد ألا يفني بشرطه، فلم تتنازل المرأة على شرطها وتمسكت به فقضى لها عمر رضي الله عنه بلزوم شرطها ونفاذه، فقال الرجل إذن يطلقنا، فأجابه عمر رضي الله عنه بقوله المشهور: (مقاطع الحقوق عند الشروط، لها شرطها).

=رقم: 1735، ج5، ص142، وأبو داود في سننه، كتاب الجهاد، باب في الوفاء بالعهد، رقم: 2756، ج3، ص126، وأحمد بن محمد بن حنبل في مسنده، تح: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون مؤسسة الرسالة، ط: 1، 1421 هـ - 2001 م، مسند عبد الله بن عمر، رقم: 5709، ج9، ص520، والترمذي في جامعه، أبواب السير عن رسول الله ﷺ، باب لكل غادر لواء يوم القيامة، رقم: 1581، ج3، ص238.

(1) - ديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، ص: 220.

(2) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، رقم: 2721، ج3، ص190، ومسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، رقم: 1418، ج2، ص1035.

(3) - أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الأحكام في أصول الأحكام، المرجع السابق، ص: 10، وشيخ الإسلام ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، المرجع السابق، ص، 271.

(4) - أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 106.

(5) - أخرجه البخاري في صحيحه تعليقا، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، ج3، ص190.

فأثر ابن عمر رضي الله عنهما بين أن الحقوق تقف عند الشروط وتتحدد بها ويفصل بها، وقول عمر يفيد العموم، فهو شامل لكل شرط ولكل عقد إلا ما خصه الدليل، لأن قضاء عمر للمرأة بلزوم شرطها وصحته في عقد نكاحها وإقرارها على ذلك وهو شرط ليس من مقتضى عقد النكاح دل على أن الأصل في الشروط الإباحة والإذن والحل إلا ما خالف أصل من أصول الشريعة⁽¹⁾.

فالعقد والشرط يرفع موجب الاستصحاب، لكن لا يرفع ما أوجبه كلام الشارع، وأثار الصحابة توافق ذلك، ومنه قول عمر السابق مقاطع الحقوق عند الشروط⁽²⁾.

فقد جاءت النصوص من الكتاب والسنة وعمل الصحابة رضي الله عنهم بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود، بأداء الأمانة ورعاية ذلك، والنهي عن الغدر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من فعل ذلك⁽³⁾.

المعقول:

1- أن الأصل في العقود والشروط رضا المتعاقدين وموجبها ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد والتشاطر، والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: 29]، فاستثنى من عدم جواز الأكل ما كان عن تراض، فلم يشترط في التجارة إلا التراضي كما اشترط في التبرعات طيب النفس فدل على أن كل ما حصل فيه ذلك جائز إلا ما ورد الشرع بتحريمه كالتجارة في الخمر والمحرمات⁽⁴⁾.

2- أن العقود من باب الأفعال والتصرفات والعادات، وهي ما اعتاده الناس في دنياهم مما يحتاجون إليه، والأصل فيها الإباحة، قال تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَّرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: 119]،

(1) - أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 104، ومحمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، 82.

(2) - شيخ الإسلام ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، المرجع السابق، ص: 275.

(3) - المرجع نفسه، ص: 272.

(4) - عبد الله المصلح، وآخرون، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 47، وشيخ الإسلام ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، المرجع السابق، ص: 280، ينظر: ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، المرجع السابق، ص: 293، ديبان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، ص: 221.

وهذا نص عام في كل الأعيان والأفعال، وعدم المنع والعمفو أصل في العقود والشروط، فيكون دليل الاستصحاب باقيا حتى يرد الدليل على التحريم، فإن المعتبر في هذا الباب مصالح العباد، والإذن دائر معها حيث دارت (1).

3- أن النصوص الشرعية المانعة من أنواع العقود والشروط في المعاملات قليلة جدا ومحصورة وهذا ما يعني أن الأصل الحل والإذن والإباحة، قال ابن عربي المالكي: هناك أربع نصوص هي قواعد المعاملات في الإسلام: آية التراضي، أحاديث الغرر، اعتبار المقاصد في الشريعة (2).

4- معلوم أن المعاملات المالية المختلفة كالبيع والإجارة والهبة ونحوه لم يجد لها الشارع حدا في الكتاب والسنة، ولا نقل عن أحد من الصحابة أنه عين لها صفة معينة، وكل مطلق في الشرع يرجع في تحديده إلى العرف فما عده الناس بيعا أو إجارة فهو بيعا أو إجارة وإن اختلفت اصطلاحات الناس في الألفاظ والأفعال فالشرط إذا لم يشتمل على ما حرم الله ورسوله فلا وجه لتحريمه بل المطلوب حله؛ لأن الناس يحتاجون إليه فيكون مباحا سيرا مع قواعد الشريعة الدافعة إلى رفع الحرج (3).

5- ومما يستدل به لهذا الرأي أن أكثر الفقهاء أكثر أصحاب المذاهب المشهورة يقرون أن الأصل في الأشياء والمعاملات العادية وما لا يتعلق بالأبضاع الحل لا الحرمة ولا شك أن المعاملات المالية من ذلك الصنف فكان الأصل في الإقدام عليها الإباحة (4).

(1) أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ص: 266، وعادل شاهين محمد شاهين، عقد التوريد، المرجع السابق، ص: 210، ومحمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، 81.، وشيخ الإسلام ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، المرجع السابق، ص: 276، 277، ومحمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 263، وديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، ص: 222.

(2) عبد الله المصلح، وآخرون، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 47، وعادل شاهين محمد شاهين، عقد التوريد، المرجع السابق، ص: 210، وينظر: محمد بن العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 286.

(3) عبد الله المصلح، وآخرون، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 47، ومحمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، 83، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 286.

(4) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 263.

وفي هذا المقام تجدر بنا الإشارة إلى قول الشيخ محمد أبو زهرة⁽¹⁾ رحمه الله عندما تكلم عن المذاهب الفقهية الأربعة ومدى توظيفها الأصول المختلف فيها وموقف كل مذهب منها: (وهذه الأصول الثلاثة لو أخذنا بها كلها، أو أخذنا بعضها، بل لو أخذنا بأحدها، وهو العرف لكان وحده كافيا لفتح باب التعاقد على مصرعيه، وإطلاق الحرية للمتعاقدين، وما ساغ لأحد أن يحكم بأن الفقهاء قد ضيقوا حرية التعاقد، وأغلقوا أبوابها فإن أقوال الفقهاء يجب أن تفهم على مقتضى أصولهم جميعا، باعتبارها وحدة متماسكة الأجزاء يتمم بعضها بعضا، ويتكون منها بنيان متناسق الأركان، ثابت الدعائم، ولا يصح أن يؤخذ أصل من غير النظر إلى غيره، فقد يكون فيه شدة لطفها غيره من الأصول، وقد يكون رخوا فيحتاج إلى أصل صلب يطوى عليه؛ لكون فيه نفع للعباد ودفع للفساد⁽²⁾).

واعترض القائلون إن الأصل المنع والبطلان على أدلة الجمهور الذين قالوا بالإباحة باعتراضات منها: القول بنسخها، وتارة بتخصيصها ببعض العهود والشروط، وتارة بالقدح في سند ما يمكنهم القدح فيه، وتارة بمعارضتها بنصوص أخرى، سيأتي ذكرها في معرض أدلتهم التي يركزون عليها وبينون عليها قولهم⁽³⁾.

الفرع الثاني: الأصل في الشروط المنع.

ذهب أصحاب هذا القول إلى أن الأصل في العقود والشروط المنع والتحریم والبطلان والحظر حتى يقوم الدليل على جوازه وصحته وحله من الكتاب والسنة والإجماع، وهو ما ذهب إليه ابن حزم الظاهري وبعض الشافعية والحنفية والمالكية، فلم يقولوا بحرية الاشتراط؛ لأن ذلك يؤدي إلى تعديل آثار العقد⁽⁴⁾.

(1) - محمد أحمد مصطفى المعروف بأبي زهرة أحد أعلام مصر ترأس قسم الشريعة بكلية الحقوق المصرية كما نال عضوية مجمع البحوث الإسلامي بالأزهر سنة 1962م له مؤلفات كثيرة من أشهرها تاريخ المذاهب الإسلامية توفي سنة 1974م، ومحمد عثمان شبير، فتاوي أبو زهرة، دار القلم، دمشق، ط2، سنة 2010، ص:9.

(2) - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 271، 272.

(3) - المرجع نفسه، ص: 272، 273.

(4) - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، دار الأفاق الجديدة، بيروت، ج2، ص: 13، و ديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، الرياض، ج8، ط2، 1434هـ، ص: 446، وعادل شاهين محمد شاهين، عقد التوريد، المرجع السابق، ص: 207، وعبد الله المصلح، وآخرون، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 48، و شيخ الإسلام ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، المرجع السابق، ص، 256، وينظر: ديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة، المرجع السابق، ص: 214، وديبان محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، ص: 218.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بعدة أدلة من الكتاب والسنة نذكر منها (1) :

القرآن الكريم:

استدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَعْذَ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾. [سورة البقرة:

. [229]

وجه الاستدلال من هذه الآية الكريمة أن كل عقد أو شرط لم يأت نص في إباحته فالقول بجوازه تعد لحدود الله، فالله عز وجل حرم تعدي حدوده، وحكم على من تعداها بأنه ظالم، فمن قال بأن الأصل المعاملات الإباحة فقد تعدى حدود الله تعالى بإباحة ما منع (2).

ومنه قوله تعالى: "اليوم أكملت لكم دينكم" ﴿أَيُّومَ أَكَمَلْتُ﴾.

وجه الاستدلال من الآية الكريمة إخباره سبحانه بإكمال الدين الحنيف، فمن أباح العقود والشروط التي لم تجيء في الشرع، فقد زاد في الدين ما ليس منه (3).

السنة النبوية:

استدلوا بكثير من النصوص النبوية ولعلنا نقتصر على أشهرها ومن ذلك ما يلي (4) :

1- ما رواه البخاري من طريق هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة رضي الله عنها في قصة بريدة، وفي الحديث «قام رسول الله ﷺ في الناس، فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: ما بال رجال يشترطون شروطا ليس في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله

(1) - شيخ الإسلام ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، المرجع السابق، ص، 260، وابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، المرجع السابق، ص: 291.

(2) - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، المرجع السابق، ص: 13، وشيخ الإسلام ابن تيمية، المرجع نفسه، ص، 260، وديبان محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، ص: 226.

(3) - شيخ الإسلام ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، المرجع السابق، ص، 260، وديبان محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، ص: 225.

(4) - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، المرجع السابق، ص: 13، 14.

أحق، وشرط الله أوثق...»⁽¹⁾.

قال ابن حزم: «فهذه الآيات وهذا الخبر براهين قاطعة في إبطال كل عهد، وكل عقد، وكل وعد وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به، أو النص على إباحة عقده؛ لأن العقود والعهود والأوعاد شروط، واسم الشرط يقع على جميع ذلك»⁽²⁾.

فإذا كان كل شرط يشترط، ولم يرد به نص باطلا، فبالأولى كل عقد يعقده العاقدان، ولم يعلم من مصادر الشريعة أنها تقره، وتلزم بالوفاء به⁽³⁾.

ويجاب عن هذا الاستدلال أن المراد بقوله ﷺ «كل شرط ليس في كتاب الله»، المقصود بالشرط في هذا الحديث المشروط، كما يقال: درهم ضرب الأمير: أي مضروب الأمير، ومعناه: من اشترط شيئاً لم يبحه الله، أو من اشترط ما ينافي كتاب الله لقوله: كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق، أي كتاب الله أحق من هذه الشرط، وشرط الله أوثق منه، وهذا إنما يكون إذا خالف ذلك الشرط كتاب الله وشرطه، بأن يكون المشروط مما حرمه الله تعالى، وأما إذا لم يكن الشرط مما حرمه فلم يخالف كتاب الله وشرطه، حتى يقال: كتاب الله أحق، وشرطه أوثق⁽⁴⁾.

2- عن عائشة رضي الله عنها قالت: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»⁽⁵⁾.

فهذا الحديث الشريف صريح في بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص بالالتزام به أو باسمه، أو بإباحة التزامه، واعتبار كل عقد يحدثه الناس، ولم يرد من الشارع

(1) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصلاة، باب ذكر البيع والشراء على المنبر، رقم: 456، ج1 ص98، والترمذي في جامعه، أبواب الوصايا عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في الرجل يتصدق أو يعتق عند الموت، رقم: 2124، ج3، ص624، والنسائي؛ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، في سننه، كتاب الطلاق، باب خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك، رقم: 345، تح: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، ط2، 1406 - 1986م، ج6، ص164.

(2) - أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، المرجع السابق، ص: 14، وديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، 447.

(3) - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 261.

(4) - ديبان محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، ص: 226.

(5) - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأطعمة، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، رقم: 178، ج5، ص132، وعلقه البخاري في صحيحه، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب إذا اجتهد العامل أو الحاكم فأخطأ خلاف الرسول، ج9، ص107.

نص يبيحه بعينه، أو إجماع فهو باطل، وكذلك كل شرط؛ لأن الشروط عقود؛ وذلك أن الحديث يدل على بطلان كل عمل لا يكون على أمر المسلمين وطريقتهم والعقد والشرط الذي لم يرد عن الشارع ما يدل على جوازه بعينه لا يعتبر على طريقة المسلمين، فيكون ردا باطلا⁽¹⁾.

المعقول:

وأصحاب هذا الرأي قالوا: فصح بهذه النصوص إبطال كل عهد وعقد ووعد وشرط ليس في كتاب الله الأمر به أو النص على إباحته، قالوا: وكل شرط أو عقد ليس في النصوص إباحته ولا الإذن فيه؛ فإنه لا يخلو من وجوه أربعة: إما أن يكون صاحبه قد التزم فيه بإباحة ما حرم الله ورسوله، أو تحريم ما أباحه أو إسقاط ما أوجبه، أو إيجاب ما أسقطه، ولا خامس لهذه الأقسام ألته، فإن ملكتم المشترط والمعاهد والمعاهد جميع ذلك انسلختم من الدين، وإن ملكتموه البعض دون البعض تناقضتم، وسألناكم ما الفرق بين ما يملكه من ذلك وما لا يملكه؟ ولن تجدوا إليه سبيلا⁽²⁾.

والراجح هو قول الجمهور من العلماء الذين ذهبوا إلى حرية الإنسان في إنشاء العقود واستحداثها والإلزام به ما لم يقد دليل على المنع والتحريم وذلك لقوة أدلة الجمهور وسلامتها من الاعتراض، وضعف أدلة القائلين بالمنع والتحريم؛ لأن قولهم لا يدل على سعة الشريعة الإسلامية وصلاحيتها لكل زمان ومكان وكذلك نصوص الشريعة الإسلامية محدودة والنوازل متجددة ومتطورة وقواعد الشرع كلية تندرج تحتها كثير من الجزئيات والمستجدات، ومعلوم أن الظاهرية بنوا فقهم على ظاهر النصوص وفسروا به الشريعة الإسلامية ولم يعتمدوا التعليل ولا القياس فكانت آراؤهم غير متفقة مع روح التشريع الإسلامي ومقصد الشارع من النصوص فضلا من أن قولهم هذا يجعل الناس يعيشون في ضيق وحرَج كبير⁽³⁾.

(1)- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 261

(2)- أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، المرجع السابق، ص: 14، وابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، المرجع السابق، ص: 292.

(3)- أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 109، 108

المطلب الثاني: موقف المذاهب الفقهية من الشروط المقترنة بالعقود وأثار ذلك.

الكلام عن الشروط المقترنة بالعقد في هذا المطلب وإن كانت جزء من حرية التعاقد وهو متمم للكلام السابق فالذين يفتحون باب التعاقد على مصراعيه غير مقيديه إلا بدليل من الشرع مانع يفتحون أيضا باب الشروط في العقود، فيسمحون للعقاد أن يشترط في أثناء تكون العقد ما شاء من الشروط، والذين يقيدون باب التعاقد، ويتمسكون بالمقتضيات التي أقرها الشارع، والآثار التي اعتبرها لا يعدونها، ولا يحترمون من الشروط إلا ما يتفق مع مقتضاها⁽¹⁾.

الفرع الأول: الشروط المقترنة بالعقد عند الظاهرية وأثرها.

لقد ذكرنا فيما سبق موقف ابن حزم الظاهري الذي حسم فيه أن الأصل في الشروط والعقود المنع حتى يدل الدليل من الكتاب والسنة على الجواز والصحة والإباحة؛ لذلك اقتصر على سبعة شروط فقط اعتبرها صحيحة جريا على قواعد الظاهرية، وبناء على أصولهم التي تقتصر على الكتاب والسنة وتأييد الإجماع، ولا تتوسع إلى باقي الأدلة التي اعتمدها الجمهور من العلماء، فالشروط عندهم على قسمين:

القسم الأول: الشروط الصحيحة: وهي التي وردت النصوص بجوازها بعينها، أو انعقد الإجماع عليها، وبهذا يكون ليس لإرادة المتعاقدين أي سلطان وأي دخل في اشتراط الشروط في العقد ما لم يرد النص أو الإجماع⁽²⁾.

القسم الثاني: الشروط الباطلة: وهي الشروط التي لم يرد بها نص من القرآن أو السنة أو الإجماع، وهذه الشروط باطلة مبطللة للعقود إن اقترنت بها، أما إن عقدت الشرط قبلها أو بعدها فإن العقود تبقى صحيحة ولكن تبطل الشروط⁽³⁾.

وهذه الشروط التي استثنوها وصححوها هي⁽⁴⁾:

(1) - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 273.

(2) - أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 118.

(3) - المصدر نفسه، ص: 119.

(4) - أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ط1، 1350، ج8، ص: 413، ومحمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 65، 66.

1- شرط الرهن في البيع إلى أجل مسمى، لقوله تعالى: ﴿وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً﴾ [البقرة: 283].

2- شرط أداء الثمن إلى الميسرة، ودل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: 280].

3- شرط أداء الثمن إلى أجل مسمى، ودل على ذلك قوله تعالى: (يأيتها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فكتبوه).

4- اشتراط صفات للمبيع برضا الطرفين والعاقدين، والدليل على ذلك قوله تعالى: (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم).

5- اشتراط ألا خلاصة في البيع، كما جاء في حديث النبي ﷺ أنه قال لحبان ابن منقذ عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال له: «بايع وقل لا خلاصة، ثم أنت بالخيار»⁽¹⁾.

6- اشتراط مال العبد أو الأمة في بيع العبد أو الأمة.

اشتراط ثمر النخل المؤبر، والدليل على ذلك ما جاء عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «من باع عبد وله مال، فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، ومن باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»⁽²⁾.

قال ابن حزم: «فهذا الأثر كالشمس صحة وبيننا يرفع الإشكال كله، فلما كانت الشروط كلها باطلة غير ما ذكرنا كان كل عقد من بيع أو غيره عقد على شرط باطل باطلا ولا بد؛ لأنه عقد على أنه لا يصح إلا بصحة الشرط والشرط لا صحة له فلا صحة لما عقد لأن لا صحة له إلا بصحة ما لا يصح»⁽³⁾.

(1) - أخرجه - بهذا اللفظ - البيهقي؛ أبو بكر أحمد بن الحسين في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب الدليل على ألا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام، رقم: 104599، تح: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط: 3، 1424 هـ - 2003 م، ج 5، ص 449.

(2) - أخرجه أحمد في مسنده، رقم: 6380، ج 10، ص 444.

(3) - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، المرجع السابق، ص: 314.

وبهذا يكون المذهب الظاهري هو أضيّق المذاهب الفقهية في مسألة الشروط المقترنة بالعقود وذلك؛ لأن منطلقهم هو الأصل في الشروط عندهم هو المنع والحظر زيادة على ذلك الأدلة التي اعتمدوا عليها وبنو عليها مذهبهم وهي الكتاب والسنة والإجماع مما جعلهم لا يتوسعون في فتح الباب أمام حرية الشروط والعقود⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الشروط المقترنة بالعقد عند الحنفية وأثارها.

النوع الأول: الشروط الصحيحة عند الحنفية.

وتفصيل الكلام عند الحنفية أنهم يقسمون الشروط إلى ثلاثة أنواع، صحيحة وباطلة، وفاسدة⁽²⁾، وهذا التقسيم يعتمد على موافقة الشرط لمقتضى العقد الذي أقره الشارع، والقواعد العامة للشريعة، وعلى ورود الأثر به أو عدم الوجود، ثم على إقرار العرف وعدم إقراره، إن زاد الشرط على مقتضى العقد، ولم يرد به نص من الشرع، كما يدخل في تقدير الشارع لتأثيره في العقد كون فيه فائدة لأحد المتعاقدين أو ليست فيه فائدة⁽³⁾.

وعليه يكون تعريف الشرط الصحيح عند الحنفية كالتالي:

الشرط الصحيح: هو ما كان موافقا لمقتضى العقد، أو مؤكدا لمقتضاه، أو جاء به الشرع، أو جرى به العرف⁽⁴⁾.

وبعد هذا التمهيد يمكن القول أن الحنفية أجازوا أربعة أنواع من الشروط التي لا يقتضيها العقد وأوجبوا الوفاء بها وهي على النحو التالي⁽⁵⁾:

(1) - محمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 69.

(2) - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2، 1405هـ-1985م، ج4، ص: 202.

(3) - حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دار كنوز إشبيليا، الرياض، السعودية، ط1، 1430هـ - 2009م، ص: 210.

(4) - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2، 1405هـ-1985م، ج4، ص: 203.

(5) - أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 134، 136، 35، 136، ومحمد بن العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 77-78، ومحمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 72، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع نفسه، ص: 476، وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص: 203.

1- الشرط الموافق لمقتضى العقد: وهو الشرط الذي يقتضيه العقد وهو لا يثبت شيئاً زائداً عن آثار العقد الأصلية ففائدته تصريح بما يفيد العقد وزيادة تأكيد فيصدق عليه أنه شرط مجازاً لا حقيقة كمن اشترى دابة بشرط الركوب، أو اشترى ثوبا بشرط أن يلبسه، أو كاشتراط تسليم الثمن قبل تسليم المبيع⁽¹⁾.

2- الشرط المؤكد لمقتضى العقد:

وهو الشرط الذي يلائم العقد ولكنه لا يقتضيه وهو مؤكد لموجبه ويقرره، كاشتراط تقديم كفيل معين بالثمن المؤجل، أو اشتراط رهن معين به، فإن ذلك الشرط الذي يؤكد استيفاء الثمن، واستفاء البائع للثمن مما يقتضيه عقد البيع، فكل ما كان للاستيثاق من هذا الوفاء فهو مؤكد لهذا المقتضى وهو من باب الاستحسان عند الحنفية، فألحق بالشرط الذي يقتضيه العقد فكان صحيحاً⁽²⁾.

3- الشرط الذي به أثر من الشرع: وهو الشرط الذي ثبت بالشرع، وإن كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، كاشتراط خيار الشرط مدة معلومة؛ فإن اشتراط الخيار مدة معلومة يكون للعاقده حق الفسخ فيها، فهو شرط ليس من مقتضى العقد وليس مؤكداً لهذا المقتضى، ولكن ورود الأثر به جعله سائغاً صحيحاً⁽³⁾.

الشرط الذي جرى به العرف: وهو شرط تعامل الناس به ولا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، كمن يشتري ساعة، ويشترط على البائع إصلاحها مدة معلومة، فهذا الشرط صحيح،

(1) محمد بن العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 74، وحسن علي الشاذلي: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 206، 207، وعلي أحمد السالوس، الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة، بحث مقدم مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع14، السنة 12، ص: 78

(2) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 276، ومحمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 72، ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص: 203، محمد ينظر بن العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 74، حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 211، 212، وعلي أحمد السالوس، الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، المرجع السابق، ص: 78.

(3) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 277، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص: 203، ومحمد بن العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 75، وحسن علي الشاذلي: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 218.

عند الأئمة الثلاث أبي حنيفة وصاحبيه، وقال زفر إن الشرط فاسد، ورأيه هو القياس؛ لأنه زائد على مقتضى العقد، وغير مؤكد له، وفيه منفعة لأحد العاقدين، فيكون فاسداً، ولكن رأي الأئمة الثلاث أنه يجب الأخذ بالاستحسان؛ لأن العرف يخص القياس، وقد جرى العرف بمثل هذا الشرط فيقر، وما يجري به العرف تؤيده الشريعة الإسلامية ما لم يخالف نصاً أو أثراً قد ورد من الشارع الحكيم وعليه يكون إقرار السادة الحنفية بهذا الشرط فتح الباب على مصراعيه لحرية الاشتراط أمام الناس وأدى إلى صحة معظم المعاملات المالية إلا النزر القليل⁽¹⁾.

النوع الثاني: الشروط الفاسدة عند الحنفية.

والشروط الفاسدة عند الحنفية ما كانت غير موافقة لمقتضى العقد، ولا مؤكدة له، ولم يرد بها أثر، ولا جرى بها العرف، وليس فيها منفعة لشخص سواء أكان أحد العاقدين أم غيرها، كمن يبيع سيارة، ويشترط لنفسه الانتفاع مدة معلومة، وكمن يبيع داراً، ويشترط لنفسه سكاناها مدة معلومة⁽²⁾. ويمكن أن نبين الشروط الفاسدة عند الحنفية في النقاط التالية⁽³⁾:

1- الشروط المؤدية للغرر: ويمكن التمثيل لهذه الشروط بأن تكون الأمور المعقود والشروط المتفق عليها لا يمكن الوقوف على وجودها أو عدمها في الحال، كمن يشتري بقرة على أنها تحلب كذا من

(1) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 277، ومحمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 72، ووهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص: 204، وحسن علي الشاذلي: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 219، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 75، وعلي أحمد السالوس، الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة، المرجع السابق، ص: 78.

(2) محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص: 277، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 132، ومحمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 72، ص: 73، 74، ووهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص: 204، وعلي أحمد السالوس، المرجع نفسه، ص: 79.

(3) محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص: 278، وأسامة الحموي، المرجع نفسه، ص: 134، ومحمد عثمان شبير، المرجع نفسه، ص: 73، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 77، وحسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 221، 222، وعلي أحمد السالوس، المرجع نفسه، ص: 79.

اللبن، أو يشتري زيتونا أو سمسما على أنه يعصر كذا من الزيت، فالأمور المشروطة في العقد لا يمكن التأكد منها حال العقد وبالتالي يدخل الغرر والجهالة وهو ما يؤدي إلى النزاع بين المتعاقدين وهذا ما نعت عنه الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

2- الشروط المحظورة: ومثال ذلك كمن يشتري كبشا على أنه نطاحا أو يشتري ديكا على أنه مقاتل، فهذه الصفات المشروطة فاسدة ومفسدة للعقد؛ لأن النهي عنها ورد في الشريعة الإسلامية وهي ملهية للإنسان عن الواجبات الدينية والدينيوية، وهذا الشرط هو ما يسمى بمخالفة النظام العام في القوانين الوضعية المعاصرة⁽²⁾.

3- الشروط التي فيها منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه: وهذا النوع من الشروط، لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، ولم يرد به الشرع بجوازه، وغير متعارف عليه وفيه منعة لأحد المتعاقدين، كمن باع دارا على أن يسكنها البائع شهرا، فهذه الشروط فاسدة ومفسدة للعقد لأنها زيادة منفعة مشروطة وبغير عوض وبالتالي دخلته شبهة الربا، فكان فاسدا مفسدا للعقد عند الحنفية⁽³⁾.

ومن آثار الشروط الفاسدة أنها إذا اقترنت بعقد من عقود المبادلات المالية كالبيع والإجارة والقسمة أفسدت العقود، وإن كان من غير المعاوضات المالية كالهبة والوديعة والقرض والوصية والكفالة... يكون العقد صحيحا والشرط لا غيا، بمعنى أن العقود لا يؤثر فيها الشرط، ولكن الشرط لا يجب الوفاء بها⁽⁴⁾.

(1) محمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 73، وحسن علي الشاذلي: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 221، 222.

(2) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 78، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 135، وحسن علي الشاذلي، المرجع نفسه، ص: 224.

(3) محمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 73، وحسن علي الشاذلي: المرجع نفسه، ص: 226، 228، وعلي أحمد السالوس، الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة، المرجع السابق، ص: 79.

(4) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 277، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 133، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 82، 83، وحسن علي الشاذلي، المرجع نفسه، ص: 229، 233.

النوع الثالث: الشروط الباطلة عند الحنفية.

ذهب الحنفية إلى أن الشروط الباطلة هي ما كانت غير موافقة لمقتضى العقد، ولا مؤكدا له، ولم يرد بها أثر، ولم يجر به عرف، وليس فيه نفع لأحد العاقدين، ولا لغيرهما ممن هو أهل للانتفاع، كمن يبع سيارة، ويشترط على المشتري ألا يستعملها إلا في أحوال خاصة، أو في زمن معين⁽¹⁾.

فهذا العقد ليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين، فهو باطل ويلغى، ولا يؤثر في العقد بفساد ولا بطلان، وسواء كانت العقود عقود معاوضة أو غير معاوضة⁽²⁾.

الفرع الثالث: الشروط المقترنة بالعقد عند المالكية وأثارها.

لقد قسم المالكية الشروط المقترنة بالعقد إلى شروط صحيحة وشروط باطلة وهي على التفصيل التالي⁽³⁾:

النوع الأول: الشروط الصحيحة:

لقد توسع علماء المالكية في تصحيح الشروط المقترنة بالعقد حتى أحقهم الكثير من العلماء وجعلهم في المرتبة الثانية بعد المذهب الحنبلي سواء من حيث صحة الشروط، أو من حيث تحديد مدلول الشرط المنافي لمقتضى العقد⁽⁴⁾؛ وذلك راجع لتنوع أصول المذهب المالكي ومرونته وسعته وتنوعه وكثرت مدارسه، فجاءت نظرتهم للشروط والعقود مميزة عن بقية المذاهب⁽⁵⁾.

وعلماء المالكيين ينظرون للشروط ويحكمون عليها صحة وبطلانها اعتمادا على خلو هذه الشروط مما

(1) محمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 73، ومحمد بن العزيز بن سعد اليمني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 81، ووهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص: 205، وحسن علي الشاذلي: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 238.

(2) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 280، ووهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص: 205، وحسن علي الشاذلي: المرجع نفسه، ص: 239، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 137.

(3) -حسن علي الشاذلي، المرجع نفسه، ص: 342.

(4) -المرجع نفسه، ص: 342.

(5) -أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 149، وعبد المجيد طيبي، الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة، ص: 25.

يفسدها كالربا والضرر والجهالة قلة وكثرة أو عدم خلوها من ذلك، وهل هي منافية لمقتضى العقد أو غير منافية وهل هي مناقضة لمقتضى العقد أو غير مناقضة، وبذلك تكون الشروط باطلة هي والبيع أو جائزة هي والبيع وإما شروط باطلة وبيع ثابت يقول ابن رشد: (وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام: شروط تبطل هي والبيع معاً، وشروط تجوز هي والبيع معاً، وشروط تبطل ويثبت البيع، وقد يظن أن عنده قسماً رابعاً وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشتري بشرطه بطل البيع، وإن تركه جاز البيع، وإعطاءه فروق بينة في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير، وقد رام ذلك كثير من الفقهاء، وإنما هي راجعة إلى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفى الفساد الذي يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر وإلى قلته وإلى التوسط بين ذلك، أو إلى ما يفيد نقصاً في الملك، فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيراً من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط، وما كان قليلاً أجاز الشرط فيها، وما كان متوسطاً أبطل الشرط وأجاز البيع⁽¹⁾).

وبذلك يتبين أن الشروط الصحيحة عند المالكية يمكن حصرها في ستة شروط كما ذكر ذلك أسامة الحموي في كتابه الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي وهي⁽²⁾:

1- الشرط الذي يقتضيه العقد:

ومثال ذلك تسليم المبيع والقيام بالعيب ورد العوض عند انتقاض البيع أو ما لا يقتضيه وما لا ينافيه لكونه لا يؤول إلى غرر، وفساد في الثمن والمثمن ولا إلى الإخلال بشرط من الشروط المشروطة في صحة البيع، وفيه مصلحة العقد لأحد المتبايعين كالأجل، والخيار، والرهن والحميل، وبيع الدار واستثناء سكانها أشهراً معلومة أوسنة، وكبيع الدابة واستثناء ركوبها ثلاثة أيام أو نحو ذلك، أو إلى مكان قريب، فهذا القسم من الشروط صحيح لازم يقضي به مع الشرط، ولا يقضي به بدون شرط إلا ما كان

⁽¹⁾ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1425هـ- 2004م، ج2، ص: 178، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 149، ومحمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 280.

⁽²⁾ -أسامة الحموي، المرجع نفسه، ص: 150 إلى 154.

مما يقتضيه العقد فإنه يقضي به ولو لم يشترط، ويتأكد مع الشرط⁽¹⁾.

وفي هذا القول بين ابن رشد رحمه كما نقل الحطاب الشروط الصحيحة التي يقتضيها العقد، أو لا يقتضي ولا ينافي العقد ولا يؤدي إلى الغرر والجهالة المضرة والمؤثرة في العقود أو فيه مصلحة للعاقدين فلا بد من الوفاء بهذه الشروط وسقوطها مع عدم حضورها، وهي عبارة عن استثناءات ذكرها المالكية من الشروط التي لا تضر بمقتضى العقد.

والشرط الذي يقتضيه العقد هو من الشروط البديهية التي يتضمنها العقد وإن لم يصرح بها لأنها معلومة عند المتعاقدين، فذكرها أو عدم ذكرها لا يضر العقد⁽²⁾.

2- الشرط الذي يحقق مصلحة العقد:

وهذا النوع من الشروط لا يقتضيه العقد؛ لأنه لا يجب بنفس العقد، ولكنه يجب بالشرط، فهو ثابت بالشرط ساقط بدونه، فليس من مقتضيات العقد⁽³⁾.

وهو شرط لا ينافي مقتضى العقد؛ لأنه يوثق موجب العقد ويؤكدده، وما كان كذلك لا يكون منافيا لمقتضى العقد بل ملائما له وموافقا، فهو شرط فيه مصلحة للعقد، ولا معارض له من جهة الشرع، لذلك كان شرطا صحيحا يلزم الوفاء به، ومن الأمثلة على ذلك بيع شخص لآخر سلعة بأجل معلوم، أو خيار صحيح، أو أن يبيع السلعة بشرط ألا يتصرف ببيع ولا هبة ولا عتق حتى يعطى الثمن، فهذا

(1)- أبو عبد الله محمد بن محمد بن محمد الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ط1، 1404هـ - 1984م، ص: 339، وابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص: 179، ينظر: محمد بن العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 84، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 150، ومحمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 74، 75، والصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي (أحكام وأدلة)-، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1428هـ - 2007م، ص: 270، 273، ومحمد بن إبراهيم الموسى، عبد الله بن محمد الطيار، وآخرون، الفقه الميسر، ج6، المرجع السابق، ص: 15، ومحمد سكتحال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1422هـ - 2001م، ص: 206.

(2)- محمد سكتحال المجاجي، المهذب من الفقه المالكي، وأدلته، ج2، المرجع السابق، ص: 205.

(3)- حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 251.

بمنزلة الرهن⁽¹⁾.

3- الشرط المتضمن منفعة معلومة يسيرة في المعقود عليه: وهو شرط؛ لا هو مجانس ملائم لموجب العقد، ولا هو مناقض له، كاشتراط البائع سكنى الدار شهرا، وركوب السيارة أسبوعا، واشتراط المشتري إحداث صنعة في الثوب من قصارة أو خياطة، أو إصلاح الثلاجة فهذه أعمال يسيرة مشترطة لا تعود بمنع التصرف العام في أصل البيع ويكون سالما من الجهالة والغرر وبذلك يكون صحيحا لازما⁽²⁾.

4- الشرط المتضمن عمل في المعقود عليه أو في غيره: ومثل العلماء لهذا الشرط في المعقود عليه بمن اشترى ثوبا بدراهم معلومة على أن يخيظه البائع، أو زيتونا على أن يعصره، أو أن يشترط نعلا ويشترط تسميره⁽³⁾.

ومثاله في غير المعقود عليه من اشترى ثوبا على أن ينسجه له ثوبا آخر⁽⁴⁾.

(1) حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 251، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 150، 151، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 84، ومحمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 75، ومحمد بن إبراهيم الموسى، عبد الله بن محمد الطيار، وآخرون، الفقه الميسر، ج6، المرجع السابق، ص: 15، ومحمد سكرال محاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، المرجع السابق، ص: 206.

(2) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص: 179، محمد سكرال محاجي، المهذب من الفقه المالكي وأدلته، دار الوعي، الجزائر، ط1، 1431هـ - 2010م، ج2، ص: 208، 209، ومحمد ينظر بن العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 85، ومحمد بن أحمد بن جزى، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبية على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، دار ابن الجوزي، القاهرة، مصر، ط1، 1437هـ - 2016م، ص: 253، ينظر: محمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 76، و محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 281، وحسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 271، والصادق بن عبد الرحمان الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1428هـ - 2007م، ص: 273، والفقه الميسر، محمد بن إبراهيم الموسى، عبد الله بن محمد الطيار، وآخرون، ج6، المرجع السابق، ص: 16.

(3) الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1428هـ - 2007م، ص: 273.

(4) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 86، وينظر: أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 153، وحسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 287.

وهذه الشروط لا يقتضيها العقد ولكن جمعت بين عقدين أو صفتين.

وإن كان في هذا النوع من الشروط الجمع بين عقد البيع والإجارة هو جائز عند بعض المالكية⁽¹⁾.

5- الشرط المانع للمشتري من التصرف اليسير في المعقود عليه: وهذا الشرط لا ينافي مقتضى العقد منافاة تامة من كل وجه؛ لأنه لا يمنع من التصرف في الملك منعا كلياً دائماً، وإنما يمنعه منعا مؤقتاً جزئياً فقط، وهو شرط صحيح ما دام لا يعطل التصرف تماماً من أصله وفيه مصلحة لأحد المتعاقدين، إما دفعا للضرر أو جلب منفعة، ومثل العلماء لذلك كاشتراط البائع ألا يبيعه من نفر قليل أو من فلان⁽²⁾.

6- الشرط الذي يتضمن معنى من معاني الخير والبر في المبيع: ومثال ذلك كأن يبيع عقارا، ويشترط على المشتري وقفه مسجداً تقام فيه الصلوات، فإن كان التنفيذ مشروطاً فيه التعجيل صح العقد والشرط، وإن لم يكن التعجيل مشروطاً فيه لم يصح؛ للغرر الذي قد يفضي إلى التنازع في الزمن الذي يجب فيه إنشاء الوقت، أو البر⁽³⁾.

وهذا شرط اتفق عليه المالكية والشافعية والحنفية فيصحون الشروط التي تتضمن المعاني الخيرية

(1) محمد بن أحمد بن جزى: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، دار ابن الجوزي، القاهرة، مصر، ط1، 1437هـ- 2016م، ص: 253، وابن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص: 12، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 153.

(2) أسامة الحموي، المرجع نفسه، ص: 154، وينظر: محمد ينظر بن العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 87، وحسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 271، وابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص: 179، والصادق بن عبد الرحمان الغرياني، المعاملات في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 273.

(3) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 281، وحسن علي الشاذلي:، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 271، ومحمد ينظر بن العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 87، وابن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص: 179، والصادق بن عبد الرحمان الغرياني:، المعاملات في الفقه المالكي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1428هـ - 2007م، ص: 274، والصادق بن عبد الرحمان الغرياني، المعاملات في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 275.

والتي مقصود أصحابها البر والإحسان وذلك عملاً بقاعدة المصالح المرسلة⁽¹⁾.

النوع الثاني: الشروط الباطلة:

لقد قسم المالكية الشروط الباطلة إلى قسمين ويندرج تحت هذين القسمين عدة أنواع وهي:

القسم الأول: الشروط التي تبطل ويبطل العقد معها⁽²⁾:

ويندرج تحته أربعة أنواع من الشروط.

1- الشرط الذي ينافي مقصود العقد ويناقضه: وقد بين المالكية المراد بهذا الشرط وهو الذي يكون مناقضاً لمقتضى العقد وهو شرط لا يتم معه المقصود من العقد، فمن المعلوم أن للعقد أحكاماً وآثاراً تترتب عليه عند صدوره مستوفياً لأركانه وشرائطه المعتبرة شرعاً، فإذا اشترط أحد المتعاقدين على الآخر شرطاً يحول دون ترتب هذه الأحكام والآثار على العقد كان هذا الشرط مناقضاً للمقصود من العقد، فكان شرطاً باطلاً⁽³⁾.

فكل شرط يؤدي إلى منع المشترط عليه من الحصول على حق أثبتته له العقد في محل العقد، فهو باطل لأنه يؤول إلى هدمه من أصله⁽⁴⁾.

ومثل علماء المالكية لهذا النوع من الشروط كمن باع دابة بشرط عدم ركوبها أو ثوبا بشرط ألا يلبسه، أو باع داراً أو سيارة واشترط على المشتري ألا يبيعها، أو أن لا يسكنها، أو كمن اشترط على المرأة في النكاح أن لا توارث بينهما أو أن لا يعطيها ولدها أو أن لا ينفق عليها إلى غير ذلك من الشروط التي ذكروا وهي شروط باطلة لأن الأصل في العقد الإطلاق والملك التام وحرية تصرف المشتري

(1) محمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها فيه في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 75، ومحمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 281، وابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص: 179.

(2) ابن رشد القرطبي: بداية المرجع نفسه، ص: 178.

(3) حسن علي الشاذلي: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 266، 267، 268، ومحمد ينظر بن العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 88، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 154، 155، 156، ومحمد سكال المجاجي: المهذب من الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ص: 206، 207.

(4) محمد سكال المجاجي، المرجع نفسه، ص: 266، ومحمد بن العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 88، وينظر، أسامة الحموي الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 155، ومحمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 281.

ومثل هذه الشروط منافية للعقد ولمقصوده منفاة تامة فيبطل ويبطل معه العقد إلا إذا أسقطه المشتري، وكذلك بعض الحالات التي استثنائها المالكية⁽¹⁾.

2- الشرط الذي يخل بالثمن: ويقصد بهذا الشرط عند المالكية الجمع بين البيع والقرض والسلف وهو شرط باطل بإجماع العلماء إذا عزم مشرطه عليه، فإن أسقطه جاز البيع، وسواء كان هذا الشرط صراحة أو ضمنا؛ لأنه يؤدي إلى الجهالة وإلخلال بالثمن إما بالزيادة أو النقصان ففي الحالة الأولى إن كان المقرض هو البائع، وأما الثانية إن كان هو المشتري، وفيه شبهة الربا والأحاديث الناهية عن بيع وسلف فهي صريحة في ذلك⁽²⁾.

3- الشرط المحظور: وهو الشرط الذي غالبا ما يؤدي ويفضي إلى محرم، لذلك كان باطل مبطلا للعقد من أساسه، كمن باع دارا واشترط على المشتري أن تكون مجمعا للفساد ووكرا لرذيلة⁽³⁾.

4- الشروط التي هي طريق الغرر والجهالة:

فعند المالكية كل شرط يؤدي إلى الغرر الفاحش والجهالة الكبيرة فهو شرط باطل ومؤثر على العقد بالبطلان إلا أن تكون جهالة يسيرة أو غررا يسيرا فإنها تغتفر، ومثال ذلك كاشتراط خيار مدة مجهولة،

(1) حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 266، 267، 288، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 88، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 156، ومحمد بن أحمد بن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص: 253، وينظر: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 281، وأبو عبد الله محمد بن محمد بن محمد الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، المرجع السابق، ص: 350، 351، والصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1428هـ - 2007م، ص: 270.

(2) حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 263، 272، 273، ومحمد ينظر بن العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 89، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 157، وينظر: محمد سكحال المجاجي، المذهب من الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، 207، ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص: 253، ومحمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 77، وأبو عبد الله محمد بن محمد بن محمد الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، المرجع السابق، 345.

(3) حسن علي الشاذلي، المرجع نفسه، ص: 263، 264، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، المرجع نفسه، ص: 90، ينظر: أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 157، ومحمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 77.

أو اشتراط تأجيل الثمن إلى أجل مجهول، أو بيع الثمر قبل بدو صلاحه، وكل شرط يخل بالثمن⁽¹⁾.

القسم الثاني: الشروط الباطلة التي تسقط ويصح العقد⁽²⁾.

ويندرج تحت هذا القسم ثلاثة أنواع من الشروط وهي⁽³⁾:

1- الشرط الذي يؤدي إلى إسقاط حق من حقوق العقد: ومن الأمثلة التي ذكرها المالكية لهذا النوع من الشروط كما لو باع جارية أو عبدا واشترط كونهما عريانين من غير ثوب مثلا، أو كمن باع دار أو سيارة واشترط أن لا عهدة عليه في عيب، أو استحقاق، أو كمن باع سلعة بثمن مؤجل وشرط على المشتري إن لم يأتي بالثمن إلى الأجل المحدد فلا يبيع بينهما، فهذه شروط فاسدة ولا تأثير لها في العقد؛ لأنها منافية لمقتضاه ومبطله لحق من حقوقه قبل وجوبه، ولقد ترجح عند علماء المالكية أن الشرط الذي ينافي المقصود من العقد، والذي يكون تأثيره على الثمن محدودا أو معدوما يكون لغوا ويصح العقد الذي اقترن به؛ لأنهم نظروا إلى جهة منافاته لمقصود العقد فقالوا ببطلانه، ونظروا إلى انعدام تأثيره في الثمن، فكان صحيحا⁽⁴⁾.

2- الشرط الذي يعارض النص:

وهو كل شرط يعارض ويخالف لكتاب الله وسنة النبي ﷺ أدخله المتعاقد في العقد، ومثال ذلك لو باع شخص جارية واشترط على المشتري أن يكون الولاء له عند عتقها، فإن هذا الشرط يبطل ويصح العقد وذلك لحديث بريرة - رضي الله عنها - فإن النبي ﷺ أبطل

⁽¹⁾ - حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 273، 274، 264، ينظر: محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 90، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 156، ومحمد سكهال المجاجي، المهدب من الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، 209، ومحمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 77، وابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص: 178، وأبو عبد الله محمد بن محمد بن محمد الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، المرجع السابق، 345.

⁽²⁾ - حسن علي الشاذلي، المرجع نفسه، ص: 275.

⁽³⁾ - أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 158، 157، حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، ص: 275.

⁽⁴⁾ - حسن علي الشاذلي، المرجع نفسه، ص: 276، 277، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 97، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 158، ومحمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 281.

الشرط وصحح العقد⁽¹⁾.

3- الشرط الذي لا غرض فيه ولا مالية: وهو أن يشترط في المعقود عليه صفة معينة فتظهر أن صفة المعقود عليه أفضل وأكمل مما شرط، فهذا الشرط يبطل ويصحح العقد، ومثلوا لذلك بمن شرط سمن غنم فظهر سمن بقر وكان سمن البقر أجود وأفضل ففي هذه الحالة يلغى الشرط ويصحح العقد إلا إذا كان للمشتتر غرضا صحيحا لا يحققه الأفضل كما لو كان اشتراطه لسمن الغنم لأجل حالة صحية لا يناسبها سمن البقر، فإن الشرط هنا صحيحا، ويجوز للمشتري رد المبيع لعدم تحقق الشرط⁽²⁾.

يقول الخطاب رحمه الله: (إذا اشترط المشتري ما لا غرض فيه ولا مالية كما لو شرط أنه أُمي فيجده كاتباً، أو أنه جاهلاً فيجده عالماً ولا غرض له في ذلك فالمعروف من المذهب أن الشرط يلغى، ومقابله أنه يوفى به، قال في التوضيح ومقابل المعروف ذكره صاحب البيان، وابن زرقون³ فلا التفات إلي قول ابن بشير⁴ لا أعلم فيه خلافاً، وقد يجري الخلاف فيه على وجوب الوفاء بشرط ما لا يفيد)⁽⁵⁾.

يقول أبو زهرة رحمه الله: (هذا وقد انفرد الإمام مالك من بين الفقهاء برأي في الشروط التي تفسد العقود، وهو أن الشرط إن لم يتمسك به مشترطاً، ينقلب العقد صحيحاً لزوال سبب الفساد، وقد خالفه جمهور الفقهاء، ووجهة نظره في ذلك أن الفساد جاء بسبب الشرط لمعنى معقول فيه معلل به، وهو وجود الشرط المنافي لمعنى العقد ومقتضاه، فإذا زالت تلك العلة التي أوجدت الفساد زال معها)⁽⁶⁾.

الفرع الرابع: الشروط المقترنة بالعقد عند الشافعية وآثارها.

النوع الأول: الشروط الصحيحة:

لقد قسم الشافعية الشروط الصحيحة إلى أربعة أقسام وهي⁽⁷⁾:

⁽¹⁾ - أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 157.

⁽²⁾ - حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 279، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 92، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 158.

⁽³⁾ - فقيه مالكي أندلسي عارف بالحديث والأدب ولد في شريش، واستقر في إشبيلية، ومات بها ولي قضاء شلب وقضاء سبتة، وأخذ عن جماعة منهم عياض واختص به، وأخذ عنه جلة منهم أو الحسن القطان، له جوامع أنوار المنتقى والاستنكار لابن عبد البر في شرح الموطأ، وكتاب آخر جمع فيه بين مصنف الترمذي وسنن أبي داود، ينظر: الدباج المذهب/2، 259، شجرة نور الزكية 229/1.

⁽⁴⁾ - الفقيه الحافظ الذليل بينه وبين أبي الحسن اللخمي قرابة وتقفة عليه في كثير من المسائل ورد عليه اختياراته أخذ عن السيوري وغيره، ألف كتاب التنبيه، وكتاب جامع الأمهات، والتذهيب على التهذيب ينظر: الدباج المذهب 265-266/1، وشجرة نور الزكية 186/1.

⁽⁵⁾ - أبو عبد الله محمد بن محمد بن محمد الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، المرجع السابق، ص: 281.

⁽⁶⁾ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 282.

⁽⁷⁾ - علي الخفيف، أحكام المعاملات المالية، دار الفكر، مصر، ط1، 1429 هـ 2008 م، ص: 229 وأسامة الحموي، الشرط

الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 141، 142، 143.

1- الشرط الذي يقتضيه العقد: وهو ما يثبت حكما من أحكام العقد، فهو لا يثبت شيئا جديدا، وإنما هو يؤكد ما يجب بنفس العقد دون اشتراط وذلك، كاشتراط المشتري في عقد البيع أن ينتفع بالعين المشتراة كيف شاء والتسليم والرد بالعيب فهذا شرط صحيح لا يضر ذكره ولا ينقص العقد إهماله ولا يفسد العقد بلا خلاف⁽¹⁾.

2- اشتراط وصف خاص للبيع منضبط وموجود في المعقود عليه حال العقد.

ومثل الشافعية لذلك بعدة أمثلة منها كمن يشترط في البقرة أن تكون لبونا أو حاملا أو كون الدابة سريعة إلى غير ذلك، فإذا كان الوصف المشروط غير منضبط بطل العقد؛ لأنه شرط به جهالة تفضي إلى النزاع، وهذا الشرط قلنا بصحته؛ لأنه شرط متعلق بمصلحة العقد ومنها العلم بصفات المبيع التي تختلف فيها الأنظار والأغراض، زيادة على ذلك فهو ليس شرطا حقيقة؛ لأن الشرط لا يكون إلا أمرا مستقبلا وهذه الصفة قائمة بالمعقود عليه وقت التعاقد، كما أنه شرط لا يؤدي إلى النزاع؛ لأنه يمكن التأكد من الصفة المشروطة في العقد⁽²⁾.

3- الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة له.

وهو الشرط الذي في اشتراطه مصلحة تعود على العقد أو العاقدين أو أحدهما على ألا يكون له معارض من الشرع، كاشتراط الإشهاد على البيع، أو اشتراط الرهن بالثمن المؤجل، وتقديم الكفيل به، أو اشتراط كتابة العقد في صك؛ لأن في ذلك توكيد للعقد، وضمانا له من الجحود، وفي ذلك مصلحة للعقد واستندوا في تصحيح هذا العقد إلى القياس الذي يعتبرونه مصدرا شرعيا من مصادر الأحكام وهذا شرط صحيح يجب الوفاء به⁽³⁾.

(1) - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي: كتاب المجموع شرح المذهب، مكتبة الإرشاد، ج9، د ط، جدة، ص: 446، 447، و محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 93، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 141، ومحمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص: 282.

(2) - محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، المرجع نفسه، ص: 94، وأسامة الحموي، المرجع نفسه، ص: 143، ومحمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص: 282.

(3) - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي: المرجع نفسه، ج9، ص: 447، محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، المرجع نفسه، ص: 94، وأسامة الحموي، المرجع نفسه، ص: 141، 143، ومحمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 69، ومحمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص: 282.

ومن الأمثلة على ذلك: اشتراط الرهن، والكفيل، والإشهاد، والكتابة، أو كاشتراط الرجل في عقد النكاح أن تكون المرأة بكرًا، أو اشتراط الخيار في عقد البيع ثلاثة أيام، وهذا النوع من الشروط صحيح أيضا، ويلزم به في العقد، ويجوز لصاحب الشرط الخيار إذا لم توجد الشروط المتفق عليها في العقد فله الفسخ أو إمضاؤه على حسب الضرر الواقع⁽¹⁾.

وهذه الشروط التي مر ذكرها، لا يقتضيها العقد، ولكن فيها مصلحته؛ لأنها لن تكون توثيقا لموجب العقد، كشروط الرهن والكفالة والشهادة، أو مصلحة للعقد كشرط الخيار والأجل فلا يبطل العقد بلا خلاف بل يصح ويثبت المشروط⁽²⁾.

4- الشرط المنصوص عليه.

وهو الشرط الذي ورد به النص، واستثناه الشرع من النهي عن بيع وشرط كما جاء في حديث - بريرة رضي الله عنها- فهذا شرط استثناه الشارع من النهي وذلك لأن العتق في بداية الإسلام كان أمرا متشوقا إليه للقضاء على العبودية على الرغم من أنه مناقض للعقد وفي هذه المسألة ثلاثة أقوال عند الشافعية ونقتصر على الصحيح المشهور الذي نص عليه الشافعي في معظم كتبه وقطع به المصنف وأكثر الأصحاب أن البيع صحيح والشرط لازم يلزم الوفاء به⁽³⁾.

النوع الثاني: الشروط الباطلة:

ويمكن أن نقسم الشروط الباطلة بحسب تأثيرها إلى قسمين⁴:

(1) - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي: كتاب المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، ج9، 447، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 94، وحسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 289، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 142، محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص: 282.

(2) - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع نفسه، ج9، ص: 447، ومحمد بن بن العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 94، ينظر: حسن علي الشاذلي: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 290، ينظر: أسامة الحموي، المرجع نفسه، ص: 141.

(3) - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي: المرجع السابق، ج9، ص: 447، 448، ومحمد بن العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 95، وحسن علي الشاذلي، المرجع نفسه، ص: 293، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 143، ومحمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص: 283.

(4) - حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 295، و علي الخفيف، أحكام المعاملات المالية، المرجع السابق، ص: 229.

القسم الأول: الشروط الباطلة المبطللة للعقد.

وهذا الشرط هو المخالف لمقتضى العقد، والمنافي له وليس من مصلحته، ولم يرد الشرع بجوازه، وفيه غرض مقصود لأحد العاقدين، ويندرج تحت هذا القسم عدة صور وأنواع نورد منها ما يلي⁽¹⁾:

1- الشروط المخالفة للنص: ومثال ذلك اشتراط الولاء لغير المعتق فالمذهب بطلانه وبه قطع

الجمهور لأنه منابذ لقوله ﷺ (إنما الولاء لمن أعتق)⁽²⁾.

2- الشروط المؤدي إلى المحذور.

وهو أن يشترط المتعاقد على الآخر أمرا يؤدي قطعاً إلى الوقوع في المحرم أو أمر غير مشروع، كما لو اشترط عليه أن يجعل في الإناء محرماً كخمر مثلاً، أو أن يقطع بالسيف الطريق، أو يعاقب العبد بما لا يجوز فإنه لا يصح الشرط ويفسد العقد⁽³⁾.

3- الشرط الذي يؤدي إلى قيام أحد المتعاقدين، أو غيرهما بعمل في محل العقد أو في غيره:

ومن أمثلة اشتراط القيام بعمل في محل العقد أن يبيع شخصاً ثوباً بشرط أن يخطه له، أو كمن اشترى حطباً على دابة واشترط إيصاله إلى المنزل⁽⁴⁾.

ومن أمثلة اشتراط القيام بعمل في غير محل العقد كمن لو اشترى ثوباً بشرط أن يبني له حائطه⁽⁵⁾.

4 الشرط الذي يؤدي إلى المنع من التصرف أو الانتفاع بمحل العقد مطلقاً، أو لفترة معينة.

ويدخل تحت هذا النوع كل شرط يؤدي إلى المنع من الانتفاع بمحل العقد مطلقاً، ومن الأمثلة على

(1) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 95، وحسن علي الشاذلي: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 295.

(2) أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، كتاب المجموع شرح المهذب، المرجع السابق، ج9، ص: 450، ومحمد ينظر بن عبد العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 95، وحسن علي الشاذلي: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 296، 297.

(3) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، المرجع نفسه، ص: 96.

(4) أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، كتاب المجموع شرح المهذب، المرجع السابق، ج9، ص: 452، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 96، وحسن علي الشاذلي: نظرية الشرط في

الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 301، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 144.

(5) حسن علي الشاذلي: المرجع نفسه، ص: 301.

ذلك كما لو باع بشرط عدم الانتفاع بمحل العقد، أو ألا يقبضه، أو ألا يسلمه إليه حتى يستوفي الثمن، وكان الثمن مؤجلا، أو بشرط ألا يسافر به (1).

وكذلك من الأمثلة كما لو شرطت الزوجة على زوجها في محل العقد أن لا يطأها، أو شرطت أن يطلقها أو أن لا تسلم نفسها (2).

ومنها شرط المرتهن ألا يبيع الشيء المرهون عندنا الحاجة، أو شرط المرتهن أن ينتفع بالشيء المرهون، أو شرط في القراض أن لا يبيع إلا من زيد (3).

وكل شرط يؤدي إلى استثناء بعض منافع محل العقد لمدة معينة أو يؤدي إلى المنع من التصرف، ومثال الأول: من باع دابة واشترط ظهرها مدة، أو باع دارا واشترط سكنها مدة، ومثال الثاني: كمن باع شخصا لآخر شيئا واشترط أن يتصرف فيه، أو أن لا يبيعه من فلان (4).

5- الشرط الذي يؤدي إلى إيجاب تصرف في محل العقد، أو في غيره، سواء لمصلحة أحد العاقدين أو غيرهما.

ويدخل تحت هذا النوع كل شرط يؤدي إلى إيجاب تصرف في محل العقد لمصلحة أحد المتعاقدين، أو لمصلحة الغير فمن الأول كمن اشترى دارا بشرط أن يقفها، ومن الثاني كمن باع عبدا بشرط أن يعتقه عن أجنبي عن العقد (5).

(1) أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، كتاب المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، ج9، ص: 454، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 96، وحسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 300، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 144، ومحمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص: 283.

(2) حسن علي الشاذلي، المرجع نفسه، ص: 300.

(3) المرجع نفسه، ص: 301.

(4) أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، كتاب المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، ج9، ص: 452، 454، وحسن علي الشاذلي: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 301، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 144.

(5) أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، كتاب المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، ج9، ص: 449، ومحمد بن العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 96، وحسن علي الشاذلي، المرجع نفسه، ص: 301، 302، و علي الخفيف، أحكام المعاملات المالية، المرجع السابق، ص: 229

ومنه الشرط الذي يؤدي إلى التصرف في غير محل العقد، وقد يكون محققا لمصلحة أحد المتعاقدين أو غيرهم، وأما اشتراط ما فيه مصلحة لأحد المتعاقدين، فمن أمثلة ذلك من باع دار بشرط أن يبيع له شيئا آخر، أو يشتري منه، ومن أمثلة اشتراط تصرف يحقق مصلحة لأجنبي عن العقد كما إذا باعه بشرط أن يبيع فلانا داره بكذا⁽¹⁾.

ومن خلال ما سبق يتضح لنا من الصور المذكورة أنها تتقاطع معظمها في أنها شروط لا يقتضيها العقد وتتنافى مع مقتضى العقد وليس فيها مصلحة للعقد أو فيها غرض مقصود لأحد المتعاقدين، وهذه الشروط باطلة مبطللة للعقد على الصحيح في المذهب الشافعي⁽²⁾.

القسم الثاني: الشروط الباطلة الغير مبطللة للعقد.

وهي الشروط المخالفة لمقتضى العقد، ولا غرض فيها ولا منفعة تكون سببا للتنازع، ومن الأمثلة على ذلك من باع عبدا بشرط أن يأكل طعاما معيناً كالهريسة، أو بشرط أن يلبس لباسا معيناً كالحرير أو الخنز، أو كمن شرط في عقد نكاحه أن لا تأكل الزوجة إلا كذا، إلى غير ذلك مما لا يتعلق به غرض⁽³⁾. فهذه الشروط مخالفة لمقتضى العقد لكن غير منافية له؛ لأنه لو التزم بهذه الشروط لم يترتب عليها نقض أحكام العقد وأثاره، ومن ناحية أخرى البطلان والفساد في هذا النوع من العقود مقتصر على نفسه، فيلغى الشرط ويصح العقد على القول الصحيح في المذهب؛ لأنه لا تتعلق به منفعة أو غرض يورث منازعة أو مطالبة فلم يؤثر في العقد⁽⁴⁾.

فمن خلال عرضنا لتقسيم الشافعية للشروط نجدهم يقارون في الأساس والتطبيق مذهب الحنفية إلا أنه أشد تضييقاً على الناس في معاملاتهم ومعاملاتهم البينية⁽⁵⁾.

(1) - حسن علي الشاذلي: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 302، ومحمد بن العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 96.

(2) - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، كتاب المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، ج9، ص: 453، وحسن علي الشاذلي، المرجع نفسه، ص: 302. ومحمد بن العزيز بن سعد اليميني: المرجع نفسه، ص: 96، 97، و علي الخفيف، أحكام المعاملات المالية، المرجع السابق، ص: 229

(3) - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، كتاب المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، ج9، ص: 447، ومحمد بن العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 97، وحسن علي الشاذلي: المرجع نفسه، ص: 306، 307، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 147، ومحمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص: 283، و علي الخفيف، أحكام المعاملات المالية، المرجع السابق، ص: 229

(4) - أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المرجع نفسه، ج9، ص: 447، ومحمد بن العزيز بن سعد اليميني: المرجع نفسه، ص: 97، وحسن علي الشاذلي، المرجع نفسه، ص: 307، وأسامة الحموي، المرجع نفسه، ص: 147، ومحمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص: 283.

(5) - علي الخفيف، أحكام المعاملات المالية، دار الفكر، مصر، ط1، 1429 هـ 2008 م، ص: 229.

وقد اعترض على الخفيف على الشافعية عند قولهم بأن الشرط إذا كان يؤدي إلى بقاء الصلة بين المتعاقدين بعد تمامه لا يعد من مصلحة العقد، وإذا كان لا يؤدي لبقاء الصلة فإنه من مصلحة العقد ويصح؛ وهذا لا يسلم؛ لأن كثيرا من الشروط التي نص عليها الشافعية يترتب عليها صلة بين المتعاقدين كما في اشتراط إعطاء رهن بالثمن عند تأجيله، إذ لا شك أنه يؤدي إلى بقاء الصلة بين المتعاقدين وهو إرتباط الرهن، وقد يكون مثار نزاع في مقداره أو في اليد عليه⁽¹⁾.

الفرع الخامس: الشروط المقترنة بالعقد عند الحنابلة وآثارها.

ويمكن أن نذكر هذه الشروط في المذهب الحنبلي على التفصيل التالي:

النوع الأول: الشروط الصحيحة:

يعتبر مذهب الحنابلة من أوسع المذاهب الفقهية في تصحيح الشروط المقترنة بالعقود وذلك؛ لأن من أصولهم الحل والحرية في الشروط والعقود إلا ما دل الدليل على حرمة وعدم جوازه⁽²⁾، أو لعل السبب راجع إلى أن الامام أحمد رحمه الله رحمة واسعة، كان عنده من العلم بالآثار ما لم يطلع عليه غيره، فكان علمه بالآثار والسنن الصحيحة يسعفه دائما في كثير من العقود والشروط التي ظن كثير من الفقهاء أنه لا أثر فيها مما أدى إلى القول بأن الأصل عنده الاباحة لا المنع، حتى يرد الدليل على العكس⁽³⁾.

ويأتي في طليعة المتوسعين في موضوع الشروط والعقود عند الحنابلة شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى الذي يجيز كل الشروط والعقود التي لا تناقض حكم الله ورسوله⁽⁴⁾.

يقول ابن القيم - رحمه الله - في معرض رده على الظاهرية والقائلين أن الأصل في الشروط والعقود المنع (الخطأ الرابع): اعتقادهم أن عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم كلها على البطلان حتى يقوم دليل على الصحة، فإذا لم يقدروا على صحة شرط أو عقد أو معاملة استصبحوا بطلانه، فأفسدوا بذلك كثيرا من معاملات الناس وعقودهم وشروطهم بلا برهان من الله بناء على هذا الأصل، وجمهور

(1)-علي الخفيف، أحكام المعاملات المالية، دار الفكر، مصر، ط1، 1429هـ 2008م، ص: 229

(2)-محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، 274، محمد علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص338.

(3)-أبو زهرة، المرجع نفسه، ص: 283، أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 162، 161، و علي الخفيف، أحكام المعاملات المالية، المرجع السابق، ص: 232، 233

(4)-عبد المجيد طيبي، الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة، المرجع السابق، ص: 28. وحسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 360، و علي الخفيف، أحكام المعاملات المالية، المرجع السابق، ص: 235.

الفقهاء على خلافه، وأن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهي 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⁾.

فما قرره ابن القيم رحمه الله في قوله السابق هو مذهب الحنابلة القائلين بأن الأصل الحل والإباحة في العقود والشروط وأن ما سكت عليه الشرع لا يقال بتحريمه بل هو من العفو المسكوت عنه فلا داعي للقول بالتحريم والمنع، وبهذا الأصل توسع الحنابلة وفتحوا المجال الواسع أمام المعاملات المالية المعاصرة وتصحيح الشروط والعقود واستطاعوا أن يجدوا الحلول للمستجدات والنوازل وإعطائها الصبغة الشرعية والتكيف المناسب وربط المسائل المعاصرة بفروع الفقه القديم وهذا أكسبه الديمومة والحيزية وبقاء تأثير الفقه في حياة الناس².

النوع الأول: الشروط الصحيحة في المذهب الحنبلي.

لقد قسمت الشروط الصحيحة في المذهب الحنبلي إلى ثلاثة أقسام هي كالتالي:

أولاً: الشرط الصحيح الذي يقتضيه العقد.

وذلك بأن يشترط شيئاً يطلبه البائع بحكم الشرع كالتقابض، وحلول الثمن، وتصرف كل واحد منهما من المتبايعين فيما يصير إليه من ثمن أو مثن أو مثن أو نحوه كرد بعيب قدس فلا يؤثر ذكره أي ذكر هذا النوع وهو ما يقتضيه العقد فوجوده كعدمه؛ لأنه بيان وتأكيد لمقتضى العقد.⁽³⁾

ثانياً: الشرط الذي يتضمن مصلحة للعقد وليس من مقتضاه.

وهذا الشرط فيه مصلحة تعود على المشتري كاشتراط صفة في الثمن، كتأجيله أو تأجيل بعضه إلى

(1) ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، المرجع السابق، ص: 289.

(2) -حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 359.

(3) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع علم الكتب، ج3، 1403هـ - 983م، بيروت، د س، ص: 189، وأسامة الحموي الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 163، ومصطفى السيوطي الرحيبان، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، و حسن الشطي، تجريد زوائد الغاية والشرح، ج3، المرجع السابق، ص: 67، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 98، وعبد الله المصلح وصلاح الصاوي، مالا يسع التاجر جهله، دمشق، سوريا، ط1، 1426هـ - 2005م، ص: 49، وعادل شاهين محمد شاهين، عقد التوريد حقيقته وأحكامه في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج2، ص: 547.

وقت معلوم أو اشتراط رهن معين بالثمن، أو بعضه، أو اشتراط المشتري صفة في المبيع، ككون العبد كاتباً أو ذا صنعة بعينها أو اشتراط الدابة لبونا أو الفهد صيوداً، أو الطير مصوتاً أو ببيض، أو يجيء من مسافة معلومة، أو الأرض خراجها كذا، فالشرط صحيح في كل ما ذكر ويكون لازماً لا بد من تحققه وإلا فسخ العقد؛ لأن فيه قصداً صحيحاً وتختلف الرغبات باختلاف الصفات، فلولا صحة اشتراطها ولزومها لفاتت الحكمة التي من أجلها شرع البيع⁽¹⁾، ويؤيده قوله ﷺ (المسلمون عند شروطهم)، فهذه الشروط وإن كان لا يقتضيها العقد، ولا تنافي مقتضاه؛ لأنها موثقة لموجب العقد وتؤكد، وفي اشتراطه مصلحة للعقد، أو نفع للمشتري فالوفاء يجب بها والعقد متقيد بها يسقط العقد بفواتها وعدم تحقيقها⁽²⁾.

ثالثاً: الشرط الذي فيه نفع مباح معلوم لا ينافي مقتضى العقد وإن كان لا يقتضيه، وليس من مصلحته.

ومن أمثلة هذا الشرط في البيع اشتراط سكنى الدار شهراً أو أقل منه أو أكثر أو اشتراط خياطة ثوب مبيع أو تفصيله أو حصاد زرع أو ضرب قطعة حديد اشتراها منه سيفاً وكحاملان البعير إلى موضع معلوم لما رواه جابر ﷺ (أنه كان يسير على جمل قد أعى، فضربه النبي ﷺ فسار سيرا لم يسر مثله، فقال: بعينه، فبعته، واستثنت حملانه إلى أهلي)⁽³⁾ متفق عليه، يؤيده أنه ﷺ (نهى عن الشيا إلا أن تعلم)⁽⁴⁾، وهذه معلومة، وأكثر ما فيه تأخير تسليمه مدة معلومة، فصح العقد ولا بد من الوفاء بالشرط وإلا كان له خيار الفسخ، وغاية ما في هذه الشروط أنه جمع بيع وشرط وهو جائز صحيح إن كان النفع معلوماً⁽⁵⁾.

(1) - مصطفى السيوطي الرحبيان، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، وحسن الشطي، تجريد زوائد الغاية والشرح، ج3، المرجع السابق، ص: 67-68.

(2) - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج3، ص: 189، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 163، و محمد بن العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 98، ينظر: عبد الله المصلح وصلاح الصاوي، مالا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 50، وعادل شاهين محمد شاهين، عقد التوريد حقيقته وأحكامه في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج2، ص: 547، ينظر: مصطفى السيوطي الرحبيان، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، وحسن الشطي، المرجع نفسه، ج3، ص: 68.

(3) - رواه البخاري، كتاب البيوع، باب شراء الدواب والحمر، 2097، ومسلم كتاب الرضاع، باب استحباب نكاح البكر، 715.

(4) - رواه أبو داود، كتاب البيوع، باب المخابرة، 3405، والنسائي، كتاب المزارعة ذكر الاحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض بالثلث والرابع واختلاف ألفاظ الناقلين للخبر، 3880.

(5) - مصطفى السيوطي الرحبيان، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، وحسن الشطي، المرجع نفسه، ج3، ص: 70، 71، ومنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج3، ص: 190، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 163، 164، و محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 98، 99، وعبد الله المصلح وصلاح الصاوي، مالا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 50، وعادل شاهين محمد شاهين، المرجع نفسه، ج2، ص: 548.

النوع الثاني: الشروط الباطلة.

ويمكن تقسيمها إلى قسمين وذلك باعتبار أثرها على العقد.

أولاً: الشرط الباطل المبطل للعقد.

وهو الشرط الذي ورد عن الشارع النهي عن العقد لأجله، أو كان فيه إلغاء للمقصود من العقد وهو ثلاثة أنواع⁽¹⁾:

1 - الشرط الذي يؤدي إلى اجتماع عقدين في عقد واحد بعوضين مختلفين وكل ما كان في معنى ذلك.

ومن الأمثلة على ذلك أن يستأجر داره بشرط أن يقرضه ألف دينار أو أن يبيع فرس، أو أن يشترط أحدهما على صاحبه عقداً آخرًا، كسلف أو قرض أو بيع أو إجازة أو شركة، أو صرف الثمن أو غير الثمن واشترط مثل هذا الشرط يبطل البيع وهو بيعتین في بيعة، المنهي عنه والنهي يقتضي الفساد، وكل ما كان في معنى ذلك مثل أن يقول بعثك داري على أن تزوجني ابنتك أو على أن أزوجه ابنتي، فإذا شرط عقداً في آخر لم يصح ككناح الشغار⁽²⁾.

وحجتهم في ذلك قول ابن مسعود رضي الله عنه قال: (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة واحدة)⁽³⁾.
ومنه قول عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قال: (لا يحل سلف وبيع)⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ مصطفى السيوطي الرحيبان، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، وحسن الشطي، تجريد زوائد الغاية والشرح، ج3، المرجع السابق، ص: 73.

⁽²⁾ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج3، ص: 193، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 166، 167، محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 102، 103، ومحمد عثمان شبير: الشروط المقترنة بالعقد وأثرها في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 78، وعادل شاهين محمد شاهين، عقد التوريد حقيقته وأحكامه في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج2، ص: 548، ومصطفى السيوطي الرحيبان، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، وحسن الشطي، المرجع نفسه، ج3، ص: 73.

⁽³⁾ - رواه أحمد في المسند مسند عبد الله بن مسعود رضى الله عنه 3783 قال محققوه صحيح لغيره، وهذا إسناد ضعيف، وقال الزيلعي في نصب الراية لأحاديث الهداية 20/4 رواه العقيلي في ضعفائه من حديث عمرو بن عثمان بن أبي صفوان الثقفي... وأعله بعمرو بن عثمان هذا، وقال لا يتابع على رفعه والموقوف أولى.

⁽⁴⁾ - جزء من حديث أخرجه أبو داود في سننه كتاب البيوع باب في الرجل يبيع ماليس عنده، رقم: 3504، ج3، ص283، والترمذي في باب ماجاء في كراهية بيع ماليس عندك، رقم: 12334، ج2، ص556 وقال: حسن جامعه، أبواب البيوع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم صحيح، والنسائي في سننه، كتاب البيوع، بيع ماليس عند البائع، رقم: 4611، ج، 288.

فهذه الأحاديث التي اعتمد عليها أصحاب المذهب في النهي عن اجتماع عقدين في عقد واحد بعوضين مختلفين بل جاء الأثر عن عبد الله بن عمرو صريح في النهي عن سلف وبيع والنهي كما هو مقرر عند علماء الأصول يقتضي الفساد⁽¹⁾.

2- اشتراط شرطين في عقد أو شرط ما ينافي مقتضى العقد.

والمقصود بالشرطين في شرط واحد في المذهب الحنبلي هما الباطلان والفاسدان، اللذان، وردا في حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا بيع ما ليس عندك)⁽²⁾، وهما يؤديان إلى الغرر والجهالة والتحايل على الربا أو كان منافيان لمقتضى العقد ولو كان الجمع في البيع بين شرطين صحيحين كحمل حطب وتكسيره، أو خياطة ثوب وتفصيله لم يصح البيع عندهم إلا أن يكون الشرطان المجموعان من مقتضى العقد فيصح، ومن الأمثلة على ذلك لو باعه جارية بشرط أن لا يبيعه من أحد أو أنه يطؤها، أو أن يشترط البائع على المشتري أن لا يملك العين المبيعة، أو يشترط على المؤجر أن لا ينتفع بالعين المؤجرة فهذه شروط باطلة؛ لأنها منافية لمقتضى العقد⁽³⁾.

3- الشرط الذي يتعلق به العقد.

وهو أن يقول البائع بعتك إن جئتني بكذا أو بعتك إن رضي فلان وكذلك تعليق الشراء، كقبلت إن جاء زيد، أو إن جاء رأس الشهر كذا بكذا فلا يصح البيع في هذه الحالة؛ لأن مقتضى البيع نقل

(1) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج3، ص: 193، ينظر: أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 167، محمد بن العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 103، ينظر: مصطفى السيوطي الرحيبان، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، وحسن الشطي، تجريد زوائد الغاية والشرح، ج3، المرجع السابق، ص: 74.

(2) جزء من حديث أخرجه أبو داود في سننه كتاب البيوع باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم: 3504، ج3، ص: 283، والترمذي في جامعه، أبواب البيوع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم: 1234، ج2، ص: 556 وقال: حسن صحيح، والنسائي في سننه، كتاب البيوع، بيع ما ليس عند البائع، رقم: 4611، ج7، ص: 288.

(3) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج3، ص: 191، 193، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 167، 168، محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 103-105، ومحمد عثمان شبير: الشروط المقترنة بالعقد وأثرها في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 78، وعبد الله المصلح وصلاح الصاوي، مالا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 50، وعادل شاهين محمد شاهين، عقد التوريد حقيقته وأحكامه في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج2، ص: 549، ومصطفى السيوطي الرحيبان، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، و حسن الشطي، تجريد زوائد الغاية والشرح، ج3، ص: 74-76.

الملك حال التباع والشرط مانع له فهذا شرط باطل على الصحيح من مذهب الحنابلة⁽¹⁾.

ثانيا: الشرط الباطل الذي لا يبطل العقد.

وهو أن يشترط في العقد ما ينافي بمقتضاه لكن لا تلغي المقصود منه، كأن يشترط أن لا خسارة عليه، أو شرط أنه متى نفق البيع وإلا رده، أو أن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع المبيع ولا يهبه ولا يعتقه، أو يشترط البائع على المشتري أن يفعل ذلك، أو وقف المبيع، فهذه الشروط لا تبطل البيع لحديث بريرة رضي الله عنها عندما قال النبي ﷺ لعائشة رضي الله عنها - وقد اشترط أهلها الولاء- (خذيها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق)⁽²⁾، ففي هذا الحديث أبطل النبي ﷺ الشرط ولم يبطل العقد، وقوله ﷺ ((واشترطي لهم الولاء))⁽³⁾ لا يصح حمله على واشترطي عليهم الولاء، بدليل أمرها به ولا يأمرها بفساد⁽⁴⁾

وبهذا كان المذهب الحنبلي أكثر المذاهب الفقهية توسيعا لدائرة الشروط الصحيحة، فهو يصحح كل ما صححته المذاهب السابقة من الشروط التي تلائم مقتضى العقد، والشروط التي تتضمن معنى من معاني البر، والشروط التي تعارفها الناس، والشروط التي تضمن منفعة معقولة لأحد العاقدين، كما هو مذهب المالكية، كبيع الدار واستثناء سكنها مدة يسيرة إلا أن الحنابلة أطلقوا المدة، ولم يحدوها باليسيرة كما حددها المالكية، واكتفوا بأن تكون معلومة⁽⁵⁾.

ويخالف المذهب المالكي المذهب الحنبلي في الشروط المقترنة بعقد الزواج، فإذا كان المذهب المالكي

(1) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج3، ص: 168، وعبد الله المصلح وصلاح الصاوي، مالا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 50، ينظر: عادل شاهين محمد شاهين، عقد التوريد حقيقته وأحكامه في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج2، ص: 549، ينظر: مصطفى السيوطي الرحبيان، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، وحسن الشطي، تجريد زوائد الغاية والشرح، ج3، المرجع السابق، ص: 77.

(2) -أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل، رقم: 2168، ج3، ص73، ومسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب إنما الولاء لمن أعتق، رقم: 5004، ج2، ص1114.

(3) -أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل، رقم: 2168، ج3، ص73، ومسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب إنما الولاء لمن أعتق، رقم: 1504، ج2، ص1141.

(4) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج3، ص: 194، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 168، 169، محمد بن العزيز بن سعد اليمني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 105، ومصطفى السيوطي الرحبيان، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، وحسن الشطي، تجريد زوائد الغاية والشرح، ج3، المرجع السابق، ص: 74.

(5) -محمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد وآثارها في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 78، 79.

يستحب الوفاء في الشروط التي تتضمن منفعة مقصودة لأحد الزوجين إذا كان غير معلق على طلاق ولا عتق ولا تملك، ولا يتعارض مع الشرع ولا مقتضى العقد، فإن المذهب الحنبلي يوجب الوفاء بهذه الشروط⁽¹⁾.

وما يمكن الإشارة إليه في هذا المقام هو موقف العلماء المتأخرين من المذهب الحنبلي وبعض المتأخرين من المذهب المالكي الذين يعتبر قولهم من أكثر الأقوال توظيفاً في الاجتهاد النوازي المعاصر؛ لأنهم وسعوا دائرة الحرية في الشروط وكان في مقدمتهم شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم الجوزية وشيوخ المقاصد من المدرسة المالكية الذين اعتبروا أن الأصل في الشروط الإباحة واستثنوا من ذلك أمرين هما⁽²⁾:

1- اشتراط ما يناقض مقصود الشارع في الاحكام، فلا يجوز أن يتضمن الشرط ما هو حرام.

2- اشتراط ما يناقض مقتضى العقد، ومقصد الشارع منه، فلا يجوز أن يتضمن الشرط ما يمنع المشتري من التصرف في المبيع⁽³⁾.

والذي يبدو من الكلام السابق أن المتأخرين من المذهب الحنبلي توسعوا في حرية الاشتراط أكثر من المتقدمين، والدليل على ذلك موقف شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم الجوزي؛ إذ يجعلان للشرط أثراً على مقتضى العقد، كما في تحديد طرق الانتفاع بالملك، الأمر الذي لا يجيزه أصل هذا المذهب؛ إذ يعتبرون مثل هذا الشرط فاسداً⁽⁴⁾.

وبتطبيق الشرط الجزائي على ما سبق من الشروط المقترنة بالعقد نجد أنه يندرج تحت الشرط الذي يعتبر من مصلحة العقد التي أجازها العلماء واعتبروها من الشروط التي تدفع الدائن إلى إكمال العقد في وقته المحدد وهو في نفس الوقت حماية لحق المدين وهذا من أعظم مقاصد الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية، فالشرط الجزائي شرط جائز ومشروع، وهو شرط صحيح بشكل عام عند الاثمة

(1) محمد عثمان شبير: الشروط المقترنة بالعقد وأثرها في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 78، 79.

(2) المرجع نفسه، ص: 91.

(3) محمد عثمان شبير: المرجع نفسه، ص: 79، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 106، ومحمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص: 283، أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 169، 170.

(4) أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 170، محمد عثمان شبير، الشروط المقترنة بالعقد وأثرها في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 83.

الأربعة؛ لأنه شرط مقترن بالعقد، جرى به العرف، وفيه مصلحة للعقد، وهو شرط ملائم للعقد، ولذلك فهو شرط صحيح عند الحنفية لجرى العرف به، وصحيح عند الشافعية؛ لأن فيه مصلحة للعقد، وصحيح عند المالكية؛ لأن فيه مصلحة للعقد، ولأنه شرط ملائم، لم يرد بإلغائه وتحريمه أو جوازه نص خاص فهو ملائم مرسل¹.

الفرع السادس: العقود المقترنة بالشروط الفاسدة هل تفسد بهذا الاقتران أم لا.

لقد اختلف العلماء في أثر الشرط الفاسد المقترن بالعقد على قولين هي كما يلي (2):

القول الأول:

ذهب أصحاب هذا القول إلى صحة العقد وفساد الشرط المقترن به، وهو مذهب الحنفية والحنابلة في الرواية المشهورة، ولهم في ذلك أدلة نذكر منها (3):

أولاً: ما جاء في الصحيحين في قصة برة -رضى الله عنها- المشهور حين شرط أهلها لبيعها على عائشة أن يكون الولاء لهم، فقال النبي ﷺ: (خذيها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق)⁽⁴⁾، ثم خطب النبي ﷺ فقال: (ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط)⁽⁵⁾.

وجه الاستدلال من هذا الحديث من هذا الحديث أن النبي ﷺ أبطل الشرط الفاسد المذكور وأمضى العقد؛ لأنه قال لها خذيها واشترطي لهم الولاء، وهذا أصل قوي في إبطال الشروط الفاسدة وصحة العقود⁽⁶⁾.

(1) -أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 177.

(2) -يوسف الشيبلي، المعاملات المالية، دط، دت، ج2، ص: 6.

(3) -أبو الوليد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، المرجع السابق، ص: 180، 178، وينظر: يوسف الشيبلي، المعاملات المالية، ج2، المرجع نفسه، ص: 6.

(4) -أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل، رقم: 2168، ج3، ص: 73، ومسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب إنما الولاء لمن أعتق، رقم: 1504، ج2، ص: 1141.

(5) -أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصلاة، باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد، رقم: 456، ج1، ص: 98، وأخرجه أيضاً في باب الشروط، باب المكاتب و ما لا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله، رقم: 1504، ج2، ص: 142، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، رقم: 2735، ج3، ص: 198.

(6) -أبو الفتح ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، مؤسسة الرسالة، ط2 1435هـ-2014م، ص: 418، ويوسف الشيبلي، المعاملات المالية، ج2، المرجع السابق، ص: 6.

واعترض على هذا الاستدلال بأن معنى اللام في هذا الحديث -واشترطي لهم- بمعنى: -على- فيكون المقصود اشترطي عليهم الولاء⁽¹⁾.

ونوقش هذا الاستدلال بأن الولاء ثابت للمعتق فلا حاجة إلى اشتراطه، أو بأن أمرها بذلك فليس عل الحقيقة، وإنما هو صيغة الامر بمعنى التسوية، فكأنه قال لها: اشترطي لهم أو لا تشترطي لهم، فإن فإنما الولاء لمن أعتق⁽²⁾.

ثانيا: لا يمكن القول بفساد هذا النوع من العقود؛ لأنها تمت بجميع أركانها المعروفة في الشريعة الإسلامية، ولا يوجد فيه ما ينافي مقصود العقد من أصله فصح ذلك⁽³⁾.

القول الثاني: ذهب بعض العلماء إلى فساد العقد والشرط معنا، وهذا مذهب المالكية والشافعية ورواية عند الحنابلة واعتمدوا في ذلك على أدلة منها⁽⁴⁾:

أولا: تصحيح العقد بدون الشرط الفاسد يؤدي إلى الغرر لأن الشرط الفاسد وقع في الثمن، فإذا أبطل لم يعلم ما يقابله من الثمن، وهذا عين الغرر الذي منعه الشريعة الإسلامية⁽⁵⁾.

ثانيا: البائع إنما رضي بزوال ملكه عن المبيع بشرط، والمشتري كذلك إذا كان الشرط له، فلو صح البيع بدونه، لزال ملكه بغير رضاه، والبيع من شرطه التراضي⁽⁶⁾.

واعترض على هذا الاستدلال بأن صاحب المال إذا شرط شرطا فاسدا في العقد لا يخلو إما أن يكون عالما أو جاهلا، فإن كان له علم، فلا يحق له؛ لأنه دخل العقد علما بفساد الشرط متعمدا فيمضي عليه كما هو دون الشرط الفاسد كما أمضاه النبي ﷺ على بريرة، وإن كان جاهلا فإذا علم بالتحريم فله فسخه؛ لأنه إنما رضي العقد بذلك الشرط، فإذا عدم ولم يحصل الشرط المتفق عليه فقد

(1)- أبو الفتح ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، المرجع نفسه، ص: 418.

(2)- إحكام الأحكام في شرح عمدة الاحكام، المرجع السابق، ص: 419. يوسف الشيبيل، المعاملات المالية، المرجع السابق، ص: 7، 8.

(3)- يوسف الشيبيل، المعاملات المالية، ج2، المرجع السابق، ص: 7.

(4)- المرجع نفسه، ص: 6.

(5)- أبو الوليد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، المرجع السابق، ص: 179، 180، ويوسف الشيبيل، المعاملات

المالية، ج2، المرجع السابق، ص: 7.

(6)- يوسف الشيبيل، المرجع نفسه، ص: 7.

فات شرط من شروط العقد وهو الرضا فكان له الفسخ⁽¹⁾.

ولعل الراجح في هذه المسألة القول بجواز الدخول في العقد الذي يتضمن شرطا فاسدا لكن لا بد من توفر شروط أو قيود للدخول في هذه العقود الفاسدة التي لا تخلوا منها معاملة في وقتنا المعاصر، ولا بد من رفع الضيق أو الحرج الذي وقعت فيها الأمة ومن هذا الضوابط التي وضعها العلماء نذكر منها ما يلي⁽²⁾:

1- أن يكون المسلم محتاجا للدخول في ذلك العقد؛ لأن الدخول في العقد مع وجود هذا الشرط لا يخو من كونه ذريعة إلى الوقوع في المحرم، والقاعدة عند أهل العلم أن ما كان محرما تحريم وسائل فإنه يباح عند الحاجة أو الضرورة، والحالة التي تسيير بها المعاملات والعقود في واقعنا وخاصة الضغط والهيمنة الاقتصادية الغربية والتبعية السائدة على معظم العالم الإسلامي تجعل أهل العلم ينجحونا لهذا القول؛ لكي تبقى الناس في حقل الشريعة الإسلامية مهما تغيرت الأحوال⁽³⁾.

2- أن يمكنه التخلص من الشرط الفاسد، بأن يضع الاحتياطات اللازمة بحيث لا يتمكن واضع الشرط من إلزامه وإخضاعه للشروط الفاسدة⁴.

وهذا الذي فهمه شيخ الإسلام ابن تيمية وأشار إليه ابن دقيق العيد عند حديث عائشة رضي الله عنها المتقدم إن هولاء القوم قد علموا أن هذا الشرط منهي عنه، فأقدموا على ذلك بعد نهي النبي ﷺ، فكان وجود اشتراطهم كعدمه، وبين لعائشة رضي الله عنها أن اشتراطك لهم الولاء لا يضرك، فليس هو أمرا بالشرط ولكن إذنا للمشتري في اشتراطه إذا أبي البائع أن يبيع إلا به، وإخبارا للمشتري أن هذا لا يضره ويجوز للإنسان أن يدخل في مثل ذلك⁽⁵⁾.

وهذا القول هو الذي ينطبق على كثير من الشروط الجزائية الفاسدة التي تذكر في العقود المعاصرة التي تفرضها كبرى الشركات المسيطرة على الخدمات مثل اشتراط دفع غرامات مالية في حال تأخر عن

(1)- يوسف الشيبيل، المعاملات المالية، ج2، المرجع السابق، ص: 7.

(2)- المرجع نفسه، ص: 7.

(3)- يوسف الشيبيل، المعاملات المالية، ج2، المرجع نفسه، ص: 7.

(4)- المرجع نفسه، ص: 7.

(5)- أبو الفتح ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، المرجع نفسه، ص: 418، ويوسف الشيبيل، المرجع نفسه، ص: 8.

التسديد سواء في الخدمات العامة كهراء هاتف أو في البيوع التقسيط المقاولاة الإجارة، فيجوز له الدخول فيها إذا غلب على ظنه أنه سيتمكن من السداد في الوقت المحدد والمتفق عليه ولن يلزم بتسديد الغرامات المالية... إلخ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ يوسف الشبيل، المعاملات المالية، ج2، المرجع السابق، ص: 8.

المبحث الثالث: الأحكام المتعلقة بالشرط الجزائي.

لقد كان لإنتشار الشرط الجزائي وتوغله في القوانين العربية والمعاملات المالية الرائجة بين المسلمين الدافع القوي للباحثين في المجال النوازي كي يقفوا على تكييفات الشرط الجزائي وتخريجه على بعض الفروع الفقهية الشبيهة به، أو تمييزه عنها، واعتباره معاملة مستجدة مستقلة بأحكامها، دائرة بين الجائز والمنوع في بعض صورها المتعلقة بالديون أو غيرها، وهل للقضاء سلطة في تخفيض هذا الاضرار أو رفعها أو إلغائها متى دعت الحاجة والضرورة لذلك، وماهي الحلول التي يمكن توظيفها أو اللجوء إليها للتقليل من الماطلة في الديون وحفظ أموال الناس من الضياع وأكلها بالباطل كل ذلك سيأتي الكلام عليه في المطالب والفروع الموالية.

المطلب الأول: التكييف الفقهي للشرط الجزائي.

لقد كيف العلماء الشرط الجزائي على عدة معاملات شرعية وعقود فقهية محاولين إلحاقه بأقرب معاملة مشابهة له، وفي هذا المطلب سنبين أشهر تخريجات العلماء وألصقها بالشرط وهي كالتالي¹:

الفرع الأول: تخريج الشرط على بيع العربون.

وبيع العربون هو أن يدفع المشتري جزءا من الثمن مقدما على أنه إن تم البيع حسب من الثمن، وإن رجع المشتري وكره إتمام البيع لا يرجع إليه ما دفعه⁽²⁾.

وما يمكن ذكره أن بيع العربون ليس على صورة واحدة بل فرق العلماء بين صورتين، فالصورة الأولى يكون العربون جزء من الثمن في حالة إمضاء العقد، وإن لم يمض رد إليه ما دفعه، ففي هذه الحالة لا يشتهب الشرط الجزائي بالعربون ولا يختلط به، وإنما يختلط ويشتهب به في الصورة التي يأخذ البائع مبلغ العربون عند عدم إمضاء العقد مقابل نكول المشتري، وهذه الصورة الأخيرة هي المقصودة بالتكييف،

(1)- الصديق محمد الأمين الضير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، ع1، م3، 1405هـ- 1985م. ج2، ص: 55.

(2)- الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي (أحكام وأدلة)، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1428هـ- 2007م، ص: 268، ينظر: عبد الله المصلح وصلاح الصاوي، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 102، ينظر: أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 211.

وبهذا يحرر محل النزاع في مسألة العربون⁽¹⁾.

ووجه الشبه بينهما أن كلا منهما تقدير للتعويض، فالشرط الجزائي تقدير للتعويض في حال الإخلال بالعقد، والعربون تقدير للتعويض في حال العدول عن العقد فصار كل منهما شرط يوجب على من أحل بالشرط عقوبة مالية يجري تعيينها قبل حصول ذلك، وهذا ما ذهب إليه زكي شعبان⁽²⁾. واعترض على هذا القول بعدة اعتراضات بأن الفروق بينهما أكثر مما يجمع بينهما فمن الفروق الجوهرية الفاصلة والمميزة بينهم ما يلي⁽³⁾:

- 1- أن الجمهور من الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية على منع بيع العربون وعدم جواز⁽⁴⁾، فهو أصل مختلف فيه بين أهل العلم فلا يصح تخريج الشرط الجزائي عليه⁵.
- 2- في بيع العربون المشتري مخير بين إتمام العقد أو ترك العربون، وأما العقد المتضمن للشرط الجزائي فالمدين ملزم بتنفيذه ما دام ممكنا ولا خيار له⁽⁶⁾.
- 3- أن العربون لا يجوز تعديله من القاضي، بخلاف الشرط الجزائي فإن من خصائصه جواز تعديله⁽⁷⁾.

(1) - داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 125.
وعبد الحفيظ بقة، محاضرات في أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص: 26.

(2) - الصديق محمد الأمين الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج2، ص: 55، 56، ينظر: خير الدين مبارك عوير، الشرط الجزائي مفهومه حكمه تطبيقاته، ص: 7، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 213، وعبد الحفيظ بقة، المرجع نفسه، ص: 26.

(3) - أسامة الحموي، المرجع نفسه، ص: 213، داودي مخلوف، الشرط الجزائي، المرجع السابق، ص: 127.

(4) - ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، 252، ومحمد بن إبراهيم موسى، عبد الله بن محمد الطيار، وآخرون، الفقه ما لا يسع التاجر جهله، الميسر، ج6، المرجع السابق، ص: 29، وعبد الله المصلح وصلاح الصاوي، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 102.

(5) - الصديق محمد الأمين الضرير، الشرط الجزائي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد12، 1421هـ-2000م، ج12، ص: 57.

(6) - الصديق محمد الأمين الضرير، مجلة المجمع الفقهي، المرجع السابق، ج2، ص: 56، ينظر: عبد الحفيظ بقة، محاضرات في الالتزام، المرجع السابق، ص: 27.

(7) - عبد الحفيظ بقة، محاضرات في أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص: 27.

4- العربون هو المقابل لحق عدول المشتري عن العقد سواء حصل ضرر أم لم يحصل، أما الشرط الجزائي فهو تقدير للتعويض عن الضرر الذي يلحق الدائن بسبب عدم تنفيذ المدين للعقد.⁽¹⁾

وقد اعترض الشيخ الصديق محمد الأمين الضيرير على ما جاء في بحث اللجنة الدائمة واعتبارها للشرط الجزائي في حالة الإخلال بالشرط أنه من باب العقوبة المالية فقال⁽²⁾ :

هذا وقد ورد في البحث المعد من اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء لهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية ما يلي⁽³⁾ :

(ويمكن أن يقال بأن الشرط الجزائي يشبه بيع العربون في أن كلا منهما شرط يوجب على من أدخل بالشرط عقوبة مالية يجري تعيينها قبل حصول ذلك)⁽⁴⁾.

هذا القول إذا صح بالنسبة للعربون فإنه لا يصح بالنسبة للشرط الجزائي؛ لأن الشرط الجزائي الذي نتحدث عنه ليس عقوبة، وإنما هو تقدير اتفاقي للتعويض، فإذا اعتبرنا العربون عقوبة ينتفي وجه الشبه الذي ذكرناه في أول الكلام، ثم إن بيع العربون ليس فيه إخلال بالشرط، وإنما هو إعمال للخيار⁽⁵⁾.

وعليه لا يمكن أن يخرج الشرط الجزائي على بيع العربون لأنه قياس مع الفارق؛ لوجود فروق دقيقة وجوهية بينهم⁽⁶⁾.

(1) - الصديق محمد الأمين الضيرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 56، وخير الدين مبارك عوير، الشرط الجزائي مفهومه حكمه تطبيقاته، ص: 7، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 213، وعبد الحفيظ بقة، محاضرات في الالتزام، المرجع السابق، ص: 26، وداودي مخلوف الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص: 125، وحمداتي شبيها ماء العينين، الشرط الجزائي ومختلف صورته وأحكامه، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، ج: 12، المرجع السابق، ص: 36.

(2) - الصديق محمد الأمين الضيرير، الشرط الجزائي، المرجع السابق، ج: 2، ص: 56، 57.

(3) - المرجع نفسه، ج: 2، ص: 56.

(4) - المرجع نفسه، ص: 56.

(5) - المرجع نفسه، ج: 2، ص: 56، 57..

(6) - داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص: 127.

الفرع الثاني: تخريج الشرط على الرهن والكفيل.

والرهن هو: إحباس العين وثيقة بالحق، أو جعل عين مالية وثيقة بدين؛ ليستوفي منها أو من ثمنها أو من ثمن منافعتها إذا تعذر الوفاء⁽¹⁾.

والكفيل من الكفالة وهي: هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق الواجب حالا أو استقبالا⁽²⁾.

ولكن المقصود من الكفيل في هذا البحث ليس المعنى الخاص وهو أن الضمان بمعنى الكفالة؛ لأنه لا يدخل تحت الشرط الجزائي، ولكن المراد الضمان الذي يأتي بالمعنى الأعم والأشمل، وهو تعويض الغير عن ضرر أصابه⁽³⁾.

فالمعنى الأخص لضمان(الكفالة) هو أقرب معنى للشرط الجزائي؛ لأنه عقد شرع للضمان كما أنه من أنظمة الاستيثاق في الفقه الإسلامي وهو بذلك يتقاطع معه في هذه النقطة⁽⁴⁾.

ووجه ذلك أن الرهن والكفيل من الشروط التي هي من مصلحة العقد، والشرط الجزائي شرط من مصلحة العقد؛ لأنه حافز لمن شرط عليه أن ينجز لصاحب الشرط حقه ويفي له بوعده⁽⁵⁾.

واعترض على هذا القول بأن كون الشرط الجزائي من مصلحة الشرط قد لا ينافي فيه، ولكن تشبيهه بالرهن والكفيل غير ظاهر؛ لأن الرهن ليس تعويضا عن الضرر، وإنما يستوفي من الحق، وأما الكفالة فإن أريد بها الضمان فهي كالرهن، وإن أريد بها الضمان بدين المدين فليس فيها شيء من التعويض⁽⁶⁾.

ويمكن أن يجاب عن هذا بأنه وإن سلمنا بأن الشرط الجزائي لا يشبه الرهن والكفيل فلا يمنع ذلك من اعتباره شرطا من مصلحة العقد، وإذا كان من مصلحة العقد وليس فيه محذور شرعي فإنه يكون

(1)- أبو الحجاج يوسف بن دوناس بن عيسى الفندلاوي، تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك، ت يحي مراد، مؤسسة المختار، القاهرة، ط2، 1431هـ- 2010، ص: 688.

(2)- محمد بن إبراهيم الموسى، وعبد الله بن محمد الطيار، وآخرون، الفقه الميسر، المرجع السابق، ج6، ص: 105.

(3)- أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 242.

(4)- داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص: 116.

(5)- الصديق محمد الأمين الضرير، الشرط الجزائي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج12، ص: 58.

(6)- المرجع نفسه، ج2، ص: 58.

لازم للمتعاقدين إذا اتفقا عليه⁽¹⁾.

زيادة على ذلك الملتزم بالكفالة ليس طرفاً أصيلاً في العقد بخلاف الملتزم بأداء الشرط الجزائي فهو طرف أصيلاً في العقد⁽²⁾.

الفرع الثالث: تخريج الشرط على ما رواه البخاري عن ابن عون معلقاً: أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم⁽³⁾:

لقد خرج بعض العلماء الشرط الجزائي الذي يدرج في كثير من المعاملات المالية المعاصرة والعقود المستحدثة على ما جاء عن ابن عون عن ابن سيرين وهذا الأثر هو كالتالي⁽⁴⁾:

روى البخاري في صحيحه في باب ما يجوز من الشروط... وقال ابن عون عن ابن سيرين: قال رجل لكريه: أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه.

وهذا التخريج منسوب إلى اللجنة الدائمة والشيخ الزرقاء - رحمه الله تعالى - ومن العلماء الذين نسبوا لهم هذا القول الشيخ الصديق محمد الأمين الضرير ناقلاً لكلامهم ومعلقاً عليه حيث قال⁽⁵⁾:

أوردت اللجنة التي أعدت البحث هيئة كبار العلماء هذا النص وقالت: فهذه المسألة صريحة في أنها من أنواع الشروط الجزائية .

وقال الأستاذ مصطفى الزرقاء - رحمه الله - تعليقاً 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.

(1) - الصديق محمد الأمين الضرير، الشرط الجزائي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج2، ص: 58، ينظر: خير الدين مبارك عوير، الشرط الجزائي مفهومه حكمه تطبيقاته، ص: 8.

(2) - دواوي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص: 117.

(3) - أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 217، 218.

(4) - الصديق محمد الأمين الضرير، الشرط الجزائي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج12، ص: 57.

(5) - الصديق محمد الأمين الضرير، المرجع نفسه، ج2، ص: 57، 58.

وقال في موضع آخر: "والشرط الجزائي هذا يتخرج على مذهب القاضي شريح، فقد روي عنه نظيره كما سلف".

واعترض على هذا القول بأنه لا يوجد وجه شبه قوي بين الشرط الجزائي وما رواه البخاري عن ابن عون بل هو من باب الإجارة والإجارة في حقيقتها بيع منافع، وكذلك يرد على هذا التخريج ما يرد على بيع العربون وهي مسألة اختلف فيها العلماء فلا يصح قياس الشرط عليها؛ لأن الجمهور على منع بيع العربون.

وكذلك الحكم الذي نقل عن شريح - رحمه الله - خالفه فيه جمهور الفقهاء كما نقل ذلك في كتب الخلاف العالي فلا يمكن أن يعتمد عليه وحده فقط ولكن إن كان من باب الاستئناس صح ذلك.

الفرع الرابع: تخريج الشرط الجزائي على عقوبة التعزير المالي.

قبل الكلام على علاقة الشرط الجزائي بالعقوبة والتعزير المالي نحاول تعريف كل منهما.

العقوبة لغة: المجازاة على الفعل⁽¹⁾.

اصطلاحاً: العقوبة هي الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع⁽²⁾.

وهي تنقسم إلى قسمين⁽³⁾:

عقوبات مقدرة: وهي التي عين الشارع نوعها وحدد مقدارها وأوجب على القاضي أن يوقعها دون أن ينقص منها أو يزيد فيها أو يستبدل بما غيرها، ويسمى هذا النوع من العقوبات بالعقوبات اللازمة؛ لأن ولي الأمر ليس له إسقاطها ولا العفو عنها، كالحدود والقصاص وهذا لا يدخل في بحثنا هذا⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ - القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، دمشق، دط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، ص: 117.

⁽²⁾ - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، د ط، دار الكتب العلمية، بيروت، ج1، ص: 610.

⁽³⁾ - عبد القادر عودة، المرجع نفسه، ص: 634، ينظر برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الاحكام، ت، جمال عشلي، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، د ط، ج2، ص: 218.

⁽⁴⁾ - عبد القادر عودة، ج1، المرجع نفسه، ص: 610.

عقوبات غير مقدرة: وهي التي يترك للقاضي اختيار نوعها من بين مجموعة من العقوبات وتقدير حكمها بحسب ما يراه من ظروف الجريمة وحال المجرم، ويدخل التعزير تحتها أيضا وهي المقصودة في البحث⁽¹⁾.

التعزير لغة: التأديب دون الحد⁽²⁾.

التعزير اصطلاحا: هو عقوبة غير مقدرة تجب حقا لله أو لآدمي في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة⁽³⁾. أو هو عقوبة على جرائم لم تضع الشريعة لأيها عقوبة مقدرة⁽⁴⁾.

أو هو العقوبة المشروعة على جناية لا حد فيها⁽⁵⁾.

والتعازير هي مجموعة من العقوبات غير المقدرة تبدأ بأتفه العقوبات كالنصح والإنذار وتنتهي بأشد العقوبات كالحبس والجلد، بل قد تصل إلى القتل في الجرائم الخطيرة، ويترك للقاضي أن يختار من بينها العقوبة الملائمة للجريمة وحال المجرم ونفسيته وسوابقه⁽⁶⁾.

ويمكن أن نقسم هذه العقوبة التعزيرية غير المقدرة إلى ثلاثة أقسام⁽⁷⁾:

- عقوبات بدنية: وهي عقوبات تقع على جسم الإنسان، كالقتل والجلد والحبس.
- عقوبات نفسية: وهي العقوبات التي تقع على نفس الإنسان دون جسمه كالنصح والتوبيخ والتهديد.
- عقوبات مالية: وهي العقوبات التي تصيب مال الشخص كالغرامة والمصادرة وهذا هو المقصود من البحث وهذا النوع من العقوبات الذي اختلف فيه العلماء على أقول نذكر منها:

اختلف العلماء في حكم التعزير بالمال بين قائل بالجواز وقائل بالمنع وسأذكر القولين المشهورين في كتب الخلاف⁽⁸⁾.

(1)- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ج1، المرجع السابق، ص: 610.

(2)- أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، المرجع السابق، ص: 235.

(3)- عبد الله بن عبد الرحمان البسام، توضيح الاحكام من بلوغ المرام، مكتبة الأسيدي، مكة، ط5، دت، ج6، ص: 314، ينظر:

فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، المرجع السابق، ج2، ص: 217.

(4)- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، المرجع السابق، ج1، ص: 686.

(5)- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ت عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ط3، 1417هـ- 1997م، ج12، ص: 523.

(6)- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، ج1، المرجع السابق، ص: 686.

(7)- المرجع نفسه، ص: 635.

(8)- محمد سكهال المجاجي، المهذب من الفقه المالكي، المرجع السابق، ص: 320، ينظر: أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك

على الشرح الصغير، ت، محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ- 1995م، ص: 268.

القول الأول: ذهب جمهور العلماء من المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز التعزير بتغريم مبلغ من المال⁽¹⁾؛ لعموم قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ النساء: 29، وقوله ﷺ في منى يوم النحر: (إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم، بينكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا)².

قال الدكتور محمد سكهال المجاجي (...أما تغريم المخالف مبلغا من المال، ويسميه المغاربة: الخطايا؛ جمع خطية، فعامة العلماء لا يجيزونه، خلافا لابن تيمية وابن القيم والشوكاني، وحكى فيه الطحاوي والغزالي والنووي الإجماع، وفيه قال ناظم العمل الفاسي⁽³⁾: ولم تجز عقوبة بالمال أو فيه عن قول من الأقوال⁽⁴⁾.

وأفتى البرازلي⁵ تلميذ ابن عرفة⁶، بجواز العقوبة بالمال في رسالة لطيفة صنفها في ذلك، وأنكره عليه عامة الشيوخ، وصنف في الرد عليه بلديه وعصريه أبو العباس أحمد بن محمد الهنتاني الشماع⁷، رسالة وافية استوعب خلاصتها بلدينا أبو زيد عبد الرحمن الراشدي المجاجي في كتابه التعرّيج والتبرّيج⁽⁸⁾.

(1) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج12، ص: 526، ينظر: محمد بن إبراهيم الموسى، وآخرون الفقه الميسر، المرجع السابق، ج7، ص: 212، ينظر: الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العامرية، في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة، ت، عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1421هـ-2000م، ج2، ص: 185.

1-رواه البخاري، كتاب العلم باب قول النبي صلى الله عليه وسلم رب بلغ أوعي من سامع67، ومسلم كتاب القسامة والمخارون، والقصاص، والديات، باب تغليظ تحريم الدماء والاعراض والأموال1679 عن أبي بكره رضى الله عنه.

(3) -محمد سكهال المجاجي، المهذب من الفقه المالكي، ج3، المرجع السابق، ص:187.

(4) - المرجع نفسه، ص:187.

(5) -أبو القاسم بن أحمد بن محمد المعتل البلوي اواني الشهير بالبرزلي مفتي تونس وفقهياوكان بحثا نظار مستحضر للفقهاء، أخذ عن ابن مرزوق الخطيب وجماعة ولازم ابن عرفة أربعين سنة، ومر بالقاهرة وأجاز ابن حجر العسقلاني ومما أخذ عنه ابن ناجي والثعالى وارصاع وحلولوغيرهم من كتبه جامع مسائل الأحكام مما نزل من القضايا للمفتين والحكام ينظر: نيل الابتهاج ص370، والاعلام للزركلي 172/5.

(6) -محمد بن محمد ن عرفة الورغمي التونسي، إمامها وعالمهاوخطيبها بجامع الزيتونةسمع من ابن عبد السلام وابن سلامة وابن بلال واشتغل ومهر في الفنون وأتقن المعقول حتى صار المرجع في الفنون إليه ببلاد المغرب وله تصانيف منها المبسوط في المذهب، والمختصر الفقهي، ينظر: الديباج المذهب2/332، و نيل الابهاج ص463.

(7) -أحمد بن محمد الهنتاني أبو العباس شهر بالشماخ، أحد تلاميذ ابن عرفة، أخذ عنه الشيخ أبو زيد عبد الرحمان، وولى قضاء محلة السلطان أبي فارس، ووقع بينه وبين الحافظ البرلي نزاع كبير في مسألة العقومة بالمال هل هي جائزة باقي حكمها أم باق حكمها أم منسوخة ونقل عنه في المعيار، ينظر: نيل الابهاج ص111، وشجرة النور الزكية 244/1.

(8) - المرجع نفسه، ص: 186.

وقال ابن قدامة - رحمه الله - (والتعزير يكون بالضرب والحبس والتوبيخ، ولا يجوز قطع شيء منه، ولا جرحه، ولا أخذ ماله...) (1).

القول الثاني: جواز التعزير والتعريم بالمال وهو قول بعض المالكية كالقرطبي وابن فرحون² وبعض الحنابلة كابن القيم الجوزية وبعض الحنفية كأبي يوسف (3).

قال صاحب الفتاوى الهندية موضحاً المقصود من التعزير المالي: ومعنى التعزير بأخذ المال على القول به إمساك شيء من ماله عنده مدة لينزجر ثم يعيده الحاكم إليه لا أن يأخذه الحاكم لنفسه أو لبيت المال كما يتوهمه الظلمة إذ لا يجوز لأحد من المسلمين أخذ مال أحد بغير سبب شرعي (4).

قال ابن القيم الجوزية - رحمه الله - (وأما تعريم المال: وهو العقوبة المالية - فشرعها في مواضع منها: تحريق متاع الغال من الغنيمة، ومنها: حرمان سهمه، ومنها: إضعاف الغرم على سارق الثمار المعلقة، ومنها: إضعافه على كاتم الضالة الملتقطة، ومنها: أخذ شطر مال مانع الزكاة، ومنها: عزمه ﷺ على تحريق دور من لا يصلي في الجماعة لولا ما منعه من إنفاذه ما عزم عليه من كون الذرية والنساء فيها، فتتعدى العقوبة إلى غير الجاني، وذلك، وذلك لا يجوز كما لا يجوز عقوبة الحامل، ومنها عقوبة من أساء على الأمير في الغزو بحرمان سلب القتل لمن قتله، حيث شفع فيه هذا المسيء، وأمر الأمير بإعطائه، فحرم المشفوع له عقوبة للشافع الأمر) (5).

وأرجعه ابن القيم إلى اختلاف المصالح واجتهاد الأئمة في كل زمان ومكان بحسب المصلحة (6).
وقال القرطبي - رحمه الله - : « لم يختلف مذهب مالك في العقوبة على البدن، فأما في المال فقال في الذمي يبيع الخمر من المسلم: تراق الخمر على المسلم، وينزع الثمن من الذمي عقوبة له، لئلا يبيع الخمر

(1) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج12، ص: 526.

(2) -ابراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون برهان الدين اليعمرى، عالم بحاث مغربي الأصل ، ولد ونشأ ومات في المدينة وتولى القضاء بالمدينة سنة 793، وأظهر مذمالمك بعد خموله وتوفى سنة 799هـ من مؤلفاته الدباج المذهب، وتبصرالحكام، ينظر: نيل الابتهاجص30-32 وشجرة النورية ص222.

(3) - ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، المرجع السابق، ص: 400، ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الاحكام، المرجع السابق، ج2 ص: 220، 221، ينظر: محمد بن إبراهيم الموسى، وآخرون، الفقه الميسر، المرجع السابق، ج7، ص: 212، ينظر: الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج2، ص: 185، ينظر: ناجي شفيق عجم، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج2، المرجع السابق، ص: 207.

(4) - الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج2، ص: 185.

(5) - ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، المرجع السابق، ص: 400، 401، ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضيه ومناهج الأحكام، المرجع السابق، ج2، ص: 220، 221.

(6) - ابن القيم الجوزية، المرجع نفسه، ص: 401.

من المسلمين، فعلى هذا يجوز أن يقال: تجوز العقوبة في المال، وقد أراق عمر رضي الله عنه لبنا شيب بماء»⁽¹⁾.
فيفهم من كلام القرطبي رحمه الله جواز التعزير بالغرامة المالية استنادا إلى عمل الخلفاء الراشدين منهم عمر ابن الخطاب رضي الله عنه.

قال ابن فرحون - رحمه الله - «والتعزير بالمال قال به المالكية ولهم فيه تفصيل ذكرت منه في كتاب الحسبة طرفا، فمن ذلك: سئل مالك عن اللبن المغشوش أيهراق؟ قال: لا ولكن أرى أن يتصدق به إذا كان هو الذي غشه، وقال في الزعفران والمسك مثل ذلك، وسواء كان قليلا أو كثيرا، وخالفه ابن القاسم في الكثير، وقال: يباع المسك والزعفران إلى من لا يغش به، ويتصدق بالثمن أدبا للغاش مسألة: ومن وطئ أمة له من محارمه ممن لا يعتق عليه بالملك، فإنه يعاقب وتباع عليه بالملك، وإخراجها عن ملكه كرها من العقوبة بالمال...»⁽²⁾.

فهذه مسائل تدل على جواز العقوبة والتعزير بالمال عند علماء المالكية كما هو نقل ابن فرحون - رحمه الله - وقد يلجأ إليها إذا تغيرت الأحوال واحتاج أهل الإفتاء أو على الأقل يستأنس بها في الفتوى خاصة عند فساد الزمان وقلة التدين في الناس فالعقوبة بالمال لها وقع وتأثير في النفوس والغرامات والشروط الجزائية عمل بها كثير من أهل العلم قياسا على باب التعزير بالمال؛ لأنهما يشتركان في الجزاء وقد يعمل بالقول المختلف فيه أو القول الغير مشهور أو الشاذ إذا دعت الحاجة أو المصلحة ورأى أهل الاجتهاد ذلك.

والراجح جواز العقوبة المالية كما رجحه الكثير من العلماء والمؤسسات الإفتائية في العالم ولكن ليس على الإطلاق بل تحكمه شروط وضوابط منها⁽³⁾:

- أن يكون بحكم الحاكم الشرعي.
- أن تكون المصادرة لبيت المال.
- ألا تكون فيها وسيلة رادعة أخرى وتحتم المصلحة الحكم بذلك تأديبا للمخالف وزجر لغيره.

(1) أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج2، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط1، 1431هـ-2010م، ص: 607.

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، المرجع السابق، ج2، ص: 221.

(3) محمد بن إبراهيم الموسى، وآخرون، الفقه الميسر، المرجع السابق، ج7، ص: 213.

5- علاقة الشرط الجزائي بالغرامة المالية أو التعزير المالي:

ما يمكن أن نتوصل إليه هو أن الشرط الجزائي ليس له صلة مع العقوبة المالية، إلا من الناحية اللغوية أو المعنى اللغوي العام باعتبار أن الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي جزائي مقدم للتعويض عن الضرر، وعليه فإنه بينهم فوارق تميزهم ومنها ما يلي⁽¹⁾:

- من الفوارق بين الشرط الجزائي والغرامة المالية هو أن التعويض عن الضرر الواقع من خلال الشرط الجزائي لم يكن عقوبة تعزيرية يفرضها القاضي، بل تم ذلك عن طريق الاتفاق على التعويض بين المتعاقدين بالشرط بالعقد، ومن هنا جاءت تسمية هذا الشرط في القانون بالتعويض الاتفاقي، فالتعويض المالي هنا نشأ عن الإخلال بالعقد، وتم تحديده بالشرط؛ ولذلك اعتبرناه داخل مفهوم العقد، فلا يمكن أن يدخل في مفهوم التعزير المالي، فهو حق للعبد فهو من الجواهر التي وجبت لجبر ما فات من حقوق الأفراد المتمثل في جبر الضرر المالي الذي قد يلحق به بسبب عدم تنفيذ التعهدات والالتزامات⁽²⁾.

- ونتيجة لذلك فإن الشرط الجزائي يجوز التنازل أو العفو أو الإبراء بعد استحقاقه، وكذلك يجوز الصلح عليه باعتباره حقا للعبد، كما أنه يورث بموت صاحبه، ويجوز للورثة المطالبة به برفع الأمر للقضاء⁽³⁾.

فالشرط الجزائي ليس من العقوبات التي هي من الزواجر ومن المسؤولية الجنائية، ولا يجوز فيها الصلح أو العفو أو الإبراء؛ لأن الحق فيها للمجتمع وحق الله فيها غالب⁽⁴⁾.

الشرط الجزائي من باب المعاملات يقصد به تيسير التعامل وحفظ الحقوق وضمان الضرر، أما التعزير المالي فمن باب العقوبات المتعلقة بالجنايات ومنعها وزجر المجرمين وإصلاحهم فشتان بين الأمرين⁽⁵⁾.

(1) - محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق: 156.

(2) - أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 281، ينظر: ناجي شفيق عجم، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، بحث مقدم مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج2، المرجع السابق، ص: 208.

(3) - أسامة الحموي، المرجع نفسه، ص: 282، 283.

(4) - المرجع نفسه، ص: 282، 283، ينظر: ناجي شفيق عجم، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، بحث مقدم مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج2، المرجع السابق، ص: 208.

(5) - محمد بن العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 157، ينظر: ناجي شفيق عجم، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، بحث مقدم مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج2، المرجع السابق، ص: 208.

وعليه من خلال الكلام السابق لا يمكن تكيف الشرط الجزائي كعقوبة مالية أو عقوبة تعزيرية للفوارق التي لا تسمح بذلك وتجعل التكيف غير صحيح معرض للنقض والإبطال.

الفرع الخامس: تخريج الشرط الجزائي على أنه معاملة مستحدثة.

ما يمكن قوله في تخريج الشرط الجزائي هو أنه يمكن تكيفه على أنه معاملة مستحدثة، وهو الموافق للأصل المعروف عند العلماء الأصل في العقود والشروط الحل والإباحة، وبذلك يكون الشرط الجزائي شرط جائز إذا لم تكن فيه مخالفة شرعية توجب تحريمه ومنعه من ربا أو ظلم أو ميسر، فهو جائز صحيح ما لم يكن هناك معاملة شبيهة له في الفقه الإسلامي يمكننا إلحاقه بها، حتى وإن وجد بعض التشابه في المعنى الأصلي للشرط الجزائي مع بعض المعاملات إلا أن أوجه الشبه تبدو ظاهرة غير كافية لتكيف الشرط الجزائي التكيف الذي يبين حكمه وجميع صورته⁽¹⁾.

وهذا الرأي هو الذي رجحه الشيخ الصديق محمد الأمين الضرير حيث قال: (الذي أراه أن الشرط الجزائي الذي بينا حقيقته، والذي يجري عليه العمل في البلاد الإسلامية، هو معاملة مستحدثة، تحكمها قاعدة يكاد الفقهاء المعاصرون يجمعون على الأخذ بها هي: الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يجرم منه أو يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً⁽²⁾).

الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، «ولا يجرم منه أو يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً»⁽³⁾.

فكلام الشيخ الصديق محمد الأمين الضرير وترجيحه مستند لاستصحاب الأصل المعمول به في المعاملات المالية جميعها لذلك اعتبر الشرط الجزائي من المعاملات المستحدثة التي ليس لها شبيهاً مماثلاً من كل الوجوه والجهات؛ لكي تعطى حكم الشرط الجزائي.

وقال أيضاً في آخر بحثه الشرط: «وقد بحثت عن حكم هذا الشرط الجزائي فلم أجد دليلاً مباشراً، على جوازه أو منعه، من قرآن أو سنة أو قول لصحابي أو فقيه من المقدمين، كما لم أجد ما يمكن أن

(1) - محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 159.

(2) - الصديق محمد الأمين الضرير، الشرط الجزائي، المرجع السابق، ص: 59.

(3) - المرجع نفسه، ص: 59.

يقاس عليه قياساً سليماً من العقود الصحيحة، أو الفاسدة ولهذا اعتبرته من العقود المستحدثة التي تطبق عليها القاعدة التي اتفق الفقهاء المعاصرون على العمل بها وهي⁽¹⁾:

الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يجرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً، أو قياساً.

واستعرضت ما يشتهبه أن يكون مبطلاً للشرط الجزائي فلم أجد نصاً أو قياساً يبطله من أساسه، ولكن وجدت ما يبطل بعض أحكامه التي يجيزها القانون مثال ذلك الضرر الذي يعرض عنه، ووجدت القوانين تعوض عن الضرر المالي، والضرر الأدبي أو المعنوي، والفقهاء الإسلامي يعوض عن الضرر المالي، ولا يعوض عن الضرر الأدبي، ومثال آخر هو أن القانون يجيز الشرط الجزائي في جميع العقود، أما الفقهاء الإسلامي فلا يجيز الشرط الجزائي في العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً، لأن اشتراطه فيها يؤدي إلى الربا⁽²⁾.

وهذا القول هو الذي أشار إلى ترجيحه بعض الباحثين المعاصرين منهم محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني في رسالة الدكتوراه الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة⁽³⁾.

المطلب الثاني: الشروط الجزائية المتفق على مقدارها قبل حلول الأجل وبعده.

لعل مسألة تأخر المشتري في السداد وما يتبع ذلك من إضرار بالبائع، من أهم المسائل التي تحتاج إلى بحث ونظر من أهل العلم لوضع القيود والضوابط التي تقلل من آثار هذه المشكلة أو تمنعها كلية في إطار شرعي. وإذا كانت هناك قضايا قال فيها الفقهاء كلمتهم وهي من الثوابت التي لا تقبل التغيير؛ فإنه ثمة قضايا معاصرة تحتاج إلى النظر والبحث والمناقشة في إطار الأصول والثوابت الشرعية دون إغفال الواقع العملي والتطورات الجديدة، ويمكن النظر لهذه المسألة من جهتين⁽⁴⁾.

الأولى: مدى إمكانية فرض عقوبات مالية على المتخلف عن السداد تتناسب مع الضرر الحادث

(1) -الصدیق محمد الأمين الضرير، الشرط الجزائي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج12، ص:76.

(2) -المرجع نفسه، ص: 59.

(3) -محمد بن العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 159.

(4) -هشام بن محمد سعيد آل برغش، بيع التقسيط أحكامه وآدابه، دار الوطن، السعودية، الطبعة الأولى، 1419هـ، ص:91.

على البائع نتيجة ذلك؟ وهل يختلف الأمر في حالة اشتراط ذلك مع العقد أم لا؟ وحالة الإعسار والمماطلة؟ وبين المدين بدين مدني لاستعمالاته الخاصة وبين الدين التجاري؛ إلى آخر هذه التساؤلات التي تمثل عنصرا هام في بحثنا هذا⁽¹⁾.

الثانية: الوسائل المقترحة لضمان حق البائع وعدم مماطلة المشتري⁽²⁾.

ويندرج نوعان من الشروط تحت هذا المطلب هي⁽³⁾:

النوع الأول: شرط جزائي في الالتزامات المالية التي يكون محلها مبلغا من النقود ويدخل تحت هذا الشرط عقود ثلاثة يكون الالتزام فيها دينا، القرض، والبيع بثمن مؤجل، وعقد السلم، أو يختصره بعض العلماء في الشرط الجزائي في الديون⁽⁴⁾.

النوع الثاني: شرط جزائي في غير الالتزامات المالية كعقود المقاولة والتوريد والاستصناع⁽⁵⁾.

وعليه يكون مناقشة هذين النوعين من الشروط الجزائية في الفروع التي سيأتي ذكرها.

الفرع الأول: الشرط الجزائي في الالتزامات المالية (الديون)⁽⁶⁾.

وصورته: أن يتضمن العقد الأصلي شرطا يدفع بموجبه المدين مبلغا من النقود للدائن إذا تأخر المدين عن سداد الدين في الوقت المحدد في أصل العقد، يتفق عليه الدائن مع المدين عند التعاقد، وعند تتبعنا لآراء الفقهاء في هذه الصورة سنجدهم قسموها إلى صورتين جزئيتين أو مسألتين كل مسألة لها ضابطها الذي يميزها عن الأخرى ؛ لأن عدم التنبه والتدقيق في النظر هو الذي جعل الكثير من الباحثين المعاصرين إلى الخلط ونسبة الأقوال إلى أصحابها من غير تمحيص، فأدى ذلك إلى عدم فهم

⁽¹⁾ - محمد بن صالح، صيغ تمويل الشباب تقييم تجربة الجزائر، بحث ندوة التميز الفقهية، المرجع السابق، ص: 152، 153،

وعبد الله المصلح وآخرون، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 302، 303، 304.

⁽²⁾ - هشام بن محمد بن عبد الله آل برغش، بيع التقسيط وأحكامه وآدابه، المرجع السابق، ص: 92-93.

⁽³⁾ - المرجع نفسه، ص: 91، 92، وعبد المجيد طيبي، الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الإسلامي والقانون

الجزائري، المرجع السابق، ص: 85، ويوسف الشيبيل، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، دار الميمان، الرياض، السعودية، ط1،

1441هـ-2020م، ج1، ص: 129، 130.

⁽⁴⁾ - عبد المجيد طيبي، المرجع نفسه: 85، ويوسف الشيبيل، المرجع نفسه، 1 ص: 129، 130.

⁽⁵⁾ - محمد سليمان الأشقر، وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ج1، دار النفائس، الأردن، ط1، 1418هـ-

1998م، ص: 857.

⁽⁶⁾ - المرجع نفسه، ص: 858.

مراد العلماء ومقاصدهم ونسبتهم إلى التساهل وعدم الاحتياط لمسائل الربا المحرمة وهذا ما حدث مع الشيخ مصطفى الزرقاء، فلذلك سنذكر هذه الصورة بالتفصيل الذي بينه العلماء، فللمسألة حالتان⁽¹⁾.

المسألة الأولى:

هي أن يكون مبلغ الشرط مستحقا عند عدم الوفاء بالدين أو التأخر فيه دون أن يتوقف ذلك على شريطة أخرى، كأن يقول: إذا لم يوفه بدينه في وقت كذا وكذا فعليه كذا من المال⁽²⁾.

أو اشتراط شرط جزائي حال عدم وفاء المدين بالتزامه شريطة أن يكون موسرا مطلقا ألحق ضررا بالدائن⁽³⁾.

فإذا اتفق الدائن مع المدين على تعويضه مبلغا معيناً عن كل يوم تأخير؛ فإن هذا الشرط لا يجوز شرعا باتفاق الفقهاء؛ لأنه صريح الربا، كما قال الحطاب-رحمه الله-: «إذا التزم المدعي عليه للمدعي أنه إذا لم يوفه حقه في كذا فعله عليه كذا وكذا، فهذا لا يختلف في بطلانه: لأنه صريح الربا وسواء كان الشيء الملتزم به من جنس الدين أو غيره، وسواء كان شيئاً معيناً أو منفعة»، وقد كان إنكار الإمام الحطاب-رحمه الله- شديداً على بعض القضاة الذين قالوا بوجوب الوفاء به واعتبر ذلك من الغفلة الكبيرة حيث قال: «وحكم به بعض قضاة المالكية الفضلاء بموجب الالتزام، وما أظن ذلك إلا غفلة منه»⁽⁴⁾.

ومن خلال الكلام السابق للحطاب يتبين لنا أن الشرط الجزائي المقرر لتأخير الوفاء بالديون يعتبر ربا نسيئة وهذا محرم؛ لأن صورته ربوية وهي الزيادة في مقابل التأخير، وهذا هو مستند العلماء والفقهاء في تكييف الشرط الجزائي، وربي النسيئة محرم غير جائز دل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع⁽⁵⁾.

(1) محمد سليمان الأشقر، وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ج1، المرجع السابق، ص: 858، ينظر: علي محمد حسين الصوا، الشرط الجزائي في الديون دراسة فقهية معاصرة، بحث مقدم في مؤتمر دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الشارقة، من 7-9، شهر أيار عام 2002م، ص: 23.

(2) علي محمد حسين الصوا، الشرط الجزائي في الديون دراسة فقهية معاصرة، المرجع السابق، ص: 23، وينظر: محمد سليمان الأشقر، وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ج1، المرجع السابق، ص: 858.

(3) أحمد الجزار محمد بشناق، الشرط الجزائي في الديون والبدائل الشرعية في التطبيقات المصرفية، المرجع السابق، ص: 160.

(4) محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 860.

(5) محمد سليمان الأشقر، وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ج1، المرجع السابق، ص: 860.

أولاً: القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ

الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا﴾ البقرة [275]

فهذا هو ربا الجاهلية المنهي عنه والمعروف عندهم كان الرجل في الجاهلية يكون له الدين على آخر، فإذا حل الأجل ولم يقدر المدين على الوفاء، قال له صاحب الدين: إما أن تقضي وإما أن تربي، فيقول المدين بل أربي، أخربي في الأجل وأزيدك في الدين⁽¹⁾.

وهذا الحكم هو الذي تناقله العلماء عبر العصور ومن أقوالهم على ذلك نذكر منها ما يلي:

قال الإمام القرطبي - رحمه الله - : «والربا الذي عليه عرف الشرع شيئان: تحريم النساء، والتفاضل في العقود وفي المطعومات على ما نبينه، وغالبه ما كانت العرب تفعله، من قولها للغريم: أتقضي أو تربي؟ فكان الغريم يزيد في عدد المال ويصبر الطالب عليه، وهذا كله محرم باتفاق الأمة»⁽²⁾.

وقال ابن القيم - رحمه الله - (الربا نوعان: جلي وخفي، فالجلي: حرم لما فيه من الضرر العظيم، والخفي: حرم؛ لأنه ذريعة إلى الجلي؛ فتحريم الأول قصد، وتحريم الثاني وسيلة: فأما الجلي فربا النسئة، وهو الذي كانوا يفعلونه في الجاهلية، مثل أن يؤخر دينه ويزيده في المال، وكلما أخره زاد في المال، حتى تصير المائة عنه آلاف مؤلفة...) ⁽³⁾.

فبين ابن القيم رحمه الله تعالى أن الشريعة الإسلامية حرمة الربا خفيه وجليه ما كان قصد وما كان وسيلة فإذا كانت الشريعة الإسلامية قطعت الوسائل والحيل الخفية من باب أولي الجلي ومنه الشرط الجزائي المقرر لتأخير الوفاء بالديون.

وسئل الإمام أحمد عن الربا الذي لا شك فيه فقال: هو أن يكون له دين فيقول له: أتقضي أم تربي؟ فإن لم يقضه زاده في المال وزاده هذا في الأجل⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ - الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص، 182، وعلي محمد حسين الصوا، الشرط الجزائي في الديون دراسة فقهية معاصرة، المرجع السابق، ص: 23.

⁽²⁾ - محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج2، المرجع السابق، ص: 299.

⁽³⁾ - ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين، المرجع السابق، ص: 428.

⁽⁴⁾ - المرجع نفسه، ص: 429.

ثانيا: السنة:

لقد جاءت الكثير من الأحاديث النبوية المحرمة لربى النسئئة منها قوله ﷺ: (الذهب بالذهب ربا وهاء الورق ربا إلا هاء وهاء والذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء) (1).

وهاء وهاء، معناه: حاضرا بحاضر، دون تأخير في أحد العوضين، فبيع الأصناف الربوية بعضها ببعض مع التأخير هو الربا بنص الحديث، سواء كانت من جنس واحد أو من جنسين متفقين في علة الربا فربا النساء يدخل في النقدين، وفي الطعام، إذا استبدل شيء منه بآخر، سواء كان من جنسه، فلا يجوز بيع ذهب بفضة إلى أجل (2).

ومن ذلك قوله ﷺ: (الذهب بالذهب تبرها وعينها والفضة بالفضة تبرها وعينها مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد فقد أربى) (3).

وربا الجاهلية ليس هو كل ربا النساء، بل هو نوع من أنواع ربا النساء، فربا النساء يشمل كل معاملة إلى أجل فيها استبدال مال ربوي بآخر يتفق معه في العلة كبيع عملة بآخر إلى أجل (4).

ثالثا: الإجماع:

لقد نقل الإجماع على تحريم ربا النسئئة بالمعنى السابق المتضمن الزيادة لأجل الأجل كثير من الفقهاء منهم الإمام أبو بكر الرازي الجصاص حيث قال: «ولا خلاف أنه لو كان عليه ألف درهم حالة، فقال له: أجلي أزيدك فيها درهم؛ لا يجوز لأن المسألة عوض عن الأجل كذلك الحط في معنى الزيادة إذ جعله عوضا من الأجل وهذا هو الأصل في امتناع جواز أخذ الابدال عن الآجال» (5).

ومن العلماء الذين نقلوا الإجماع على تحريم هذه الصورة ابن عبد البر المالكي حيث قال: «وأجمع العلماء من السلف والخلف على أن الربا الذي نزل بالقران تحريمه هو أن يأخذ صاحب الدين لتأخير

(1)- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع الشعير بالشعير، رقم: 2174، ج3، ص74.

(2)- الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص: 182.

(3)- أخرجه أبو داود، كتاب البيوع والإيجارات، باب في الصرف، ج3، ص: 248، ص: رقم: 3349.

(4)- الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص: 182.

(5)- أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق محمد صادق القمحاوي، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1405هـ. ص: 186، 187.

دينه بعد حلوله عوضا عينا أو عرضا وهو معنى قول العرب إما أن تقضي وإما أن تربي...»⁽¹⁾.

وما يلحظ عن الشرط الجزائي أنه ينطوي على زيادة واضحة معلومة يلتزم المدين دفعها إذا تأخر في سداد دينه، وهذه الزيادة مشروطة في أصل العقد، ولا يقابلها شيء من العوض، فهي عن الأجل، أو غرامة مرتبة على تأخير سداد الدين عن وقته، تدفع للدائن، والدليل على ذلك أنها مقترنة بالعقد وهذا الاعتبار يدخلها في حيز ربا النسيئة وriba القروض المحرم بالإجماع كما ذكرنا سابقا⁽²⁾.

قال ابن رشد -رحمه الله- «واتفق العلماء أن الربا يوجد في شيئين: في البيع، وفيما تقرر في الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك، فأما الربا فيما تقرر في الذمة فهو صنفان: صنف متفق عليه، وهو ربا الجاهلية الذي نهي عنه، وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون، فكانوا يقولون: أنظرني أزدك، وهذا الذي عناه -عليه الصلاة والسلام بقوله في حجة الوداع: (ألا وإن ربا الجاهلية موضوع، وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب)، والثاني ضع وتعجل وهو مختلف فيه»⁽³⁾.

وبالتأمل في النصوص الفقهية السابقة على اختلاف مذاهبها نخلص إلى أن الزيادة المشروطة في أصل عقد الدين تعتبر ربا صريحا أو من شبه الربا المنوعة؛ لأنه لا يقابلها عوض بل هي بدل تأخير الدين عن وقته وكل زيادة هي عوض عن الأجل فهي ممنوعة⁽⁴⁾.

ولقد ذهب إلى القول بتحريم هذه الصورة أو هذه المعاملة الكثير من العلماء المعاصرين والهيئات الشرعية والمؤسسات الإفتائية في العالم الإسلامي ومن الذين صرحوا بتحريم ذلك نذكر منهم ما يلي:
فمن العلماء زكي الدين شعبان ومصطفى الزرقاء⁽⁵⁾، والصدديق الضير⁽⁶⁾، ونزيه كمال حماد⁽¹⁾، و

(1) أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ت، محمد أحمد ولد ماويك المورطاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية، ط1، 1398هـ - 1978م، ص: 633.

(2) علي محمد حسين الصوا، الشرط الجزائي في الديون دراسة فقهية معاصرة، بحث مقدم في مؤتمر دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الشارقة، من 7-9، شهر أيار عام 2002م، ص: 24.

(3) ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، المرجع السابق، ص: 148.

(4) محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من النعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ص، 874، 873.

(5) مصطفى أحمد الزرقاء، هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، مج2، العدد2، 1405هـ - 1985م، ص: 110.

(6) الصدديق محمد الأمين الضير، الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، مج3، العدد1، 1405هـ - 1985م، ص: 118.

رفيق المصري⁽²⁾ علي أحمد السالوس، علي محمد الحسين الصوا⁽³⁾، محمد عثمان شبير، محمد⁽⁴⁾، أحمد الجزار محمد بشناق⁽⁵⁾، محمد بن عبد العزيز اليميني⁽⁶⁾، مجمع الفقه الإسلامي، فقال الشيخ الزرقاء: «في الواقع يمكن أن يقدر ما فات الدائن من ربح، أو ما لحقه من ضرر الخسار بتأخر المدين عن الدفع، إما بطريق الاتفاق وإما بطريق القضاء، لكن طريق الاتفاق على مقدار ضرر الدائن له محذور، هو أنه قد يصبح ذريعة لربا مستور بتواطؤ بين الدائن والمدين»⁽⁷⁾.

لكن طريق الاتفاق على مقدار ضرر الدائن من تأخر الوفاء، له محذور كبير، هو أنه قد يصبح ذريعة لربا مستور بتواطؤ بين الدائن والمدين، بأن يتفقا في القرض على فوائد زمنية ربوية ثم يعقد القرض لمدة قصيرة وهما متفاهمان على أن لا يدفع المدين القرض في ميعاده، لكي يستحق عليه الدائن تعويض تأخير متفق عليه مسبقا يعادل سعر الفائدة، فذلك لا يجوز في نظري، إذا أقرت فقها فكرة تعويض عن ضرر التأخير، أو يحدد هذا التعويض باتفاق مسبق...»⁽⁸⁾.

فالشيخ الزرقاء-رحمه الله- بين أن الاتفاق المسبق بين الدائن والمدين هو سعر الفائدة وهو من باب التحايل والتدرع للوصول إلى أكل الربا المستور المتواطئ عليه بين الطرفين وهو محرم؛ لذلك قطع الطريق أمام هذا الاستغلال وأغلق هذا الثغرة أمام المرابين، بأن جعل التعويض مضبوط بالقضاء فقال: «... بل يجب أن يناط تقدير التعويض بالقضاء تقدره المحكمة عن طريق لجنة خبراء محلين، لكيلا يتخذ التعويض بالاتفاق المسبق ذريعة لفوائد ربوية مستورة»⁽⁹⁾.

(1)- نزيه كمال حماد، المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطل، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، مج3، العدد1، 1405هـ- 1985م ص: 107.

(2)- رفيق يونس المصري، تعقيب على اقتراح الأستاذ الزرقاء إلزام المدين المماطل بالتعويض على الدائن، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، العدد2، مج2، 1405هـ - 985م، ص، 171، 172.

(3)- علي محمد حسين الصوا، الشرط الجزائي في الديون دراسة فقهية معاصرة، المرجع السابق، ص: 41.

(4)- محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية، المرجع السابق، ص: 873.

(5)- أحمد الجزار محمد بشناق، الشرط الجزائي في الديون والبدائل الشرعية له في التطبيقات المصرفية المرجع السابق، ص: 168.

(6)- محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثر في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 210.

(7)- مصطفى أحمد الزرقاء، هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، ع2، م2، 1405هـ- 1985م، ص 110.

(8)- المرجع نفسه، ص: 110.

(9)- المرجع نفسه، ص: 110-111.

وقال الصديق الضرير في معرض التنبيه عن قرار هيئة كبار العلماء عند إطلاقها جواز الشرط في كل عقد وبين أن هذا كلام مجمل قد يدخل فيه الشروط التي تؤدي إلى الربا المحرم الناتج عن التأخر عن سداد الدين والمماطلة، فبين موقفه وأزال الغموض الناتج عن هذا العموم الذي قد يتذرع به بعض الباحثين لفتح الباب أمام المعاملات الربوية الممنوعة فقال -رحمه الله- (بقيت مسألة هامة يجب التنبيه إليها هي أن القرار نص في أوله على «أن الشرط الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به...») (والعقود) لفظ عام يشمل كل عقد، فلو أخذنا بظاهره لجوزنا الشرط الجزائي في كل عقد، وهذا غير مراد قطعاً من النص؛ لأن من العقود ما لا يجوز اشتراط الشرط الجزائي فيه باتفاق الفقهاء، فعقد القرض لا يجوز اشتراط الشرط الجزائي فيه عن التأخير في السداد، لأن هذا ربا صريح، وكذلك اشتراطه في التأخير عن سداد جميع الديون أيا كان سببها، ولو كان التأخير مماطلة من المدين، واستدلال بعض العلماء بقرار مجلس هيئة كبار العلماء على جواز وضع شرط جزائي يلزم المدين المماطل بدفع مبلغ من المال في حال المماطلة استدلال في غير محله، لأنه ليس في القرار نص في هذه المسألة، وفهمها من العموم الذي في كلمة العقود غير سليم، لأنه يؤدي إلى جواز الربا⁽¹⁾.

وقال أيضاً: «لا يجوز أن يتفق البنك مع العميل المدين على أن يدفع له مبلغاً محددًا، أو نسبة من الدين الذي عليه في حالة تأخره عن الوفاء في المدة المحددة، سواء سمى هذا المبلغ غرامة، أو تعويضًا، أو شرطاً جزائياً، لأن هذا هو ربا الجاهلية المجمع على تحريمه»⁽²⁾.

وبهذا يكون محمد الأمين الصديق الضرير بين عدم جواز الشروط الجزائية في الالتزامات المالية ونبه على عدم إطلاق الجواز في كل العقود بل لابد من التفصيل والتمييز بينها وتبين ما يدخل في حيز الربا وما لا يدخل؛ لأن الربا إذا دخل على معاملة أفسدها وأبطلها.

ويقول زكي الدين شعبان موضحاً موقفه من هذه الصورة الربوية: «وتصور الربا الذي حرمه الله على هذا الوجه يدخل فيه -بلا ريب- الفائدة التي يأخذها مقابل التأخير في دفع ثمن المبيع الذي لم يدفعه عند حلول أجله، وهي ما أجازته القانون الوضعي وعرفت فيه بفائدة التعويض عن التأخير في

(1) - الصديق محمد الأمين الضرير، الشرط الجزائي، المرجع السابق، ص: 69- 71.

(2) - الصديق محمد الأمين الضرير، الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة، المرجع السابق، ص: 118.

الوفاء بالالتزام»⁽¹⁾.

وهذا يتبين أن الشرط الجزائي المتضمن الاتفاق على مقدار التعويض لأجل التأخير لا يجوز شرعا إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود؛ لأنه ربا نسيئة، ولا يجوز أيضا ما يسمى اليوم ((بجدولة الديون))؛ لأنها تتضمن زيادة الدين لأجل تأخير الأجل⁽²⁾.

وعليه يمكن القول أن الالتزامات التي محلها تسليم المال، فالشرط الجزائي فيها محرم أيا كان نوع ذلك المال سواء نقدا كما هو في بيع التقييط أو الرسوم العامة كالكهرباء والماء والغاز والهاتف وأجرة الدار أو البنوك؛ فإن الشروط الجزائية فيها متعلقة بتأخير وفاء الديون عن مواعيد استحقاقها وتسديدها في وقتها المحدد، أو كان المال الملتزم به سلعا وبضائع كما في عقود التوريد، لأن المبيع المستحق التسليم في أجل محدد سواء في عقود المقاوله أو التوريد هو نوع من الدين، فالزيادة فيه زيادة في دين ثابت في الذمة، فهو من ربا النسيئة، يدل على ذلك أن الربا الذي كانت الجاهلية تتعامل به في الإبل.

المسألة الثانية: اشتراط شرط جزائي حال إخلال المدين بالتزامه شريطة أن يكون موسرا مماطلا ألحق ضررا بالدائن.

إن هذا العنصر من العناصر التي اختلفت حولها الآراء حديثا، بعد أن طرحها البنوك والمصارف الإسلامية على مجالس الفتوى والجامع الفقهي، فكان منها المجيز، ومنها المانع، ومنها المهاجم ومنها المدافع.

وصورته أن يشترط الدائن على المدين أنه وفي حالة امتناعه عن الوفاء بالدين في الوقت المحدد، وكان موسرا، ولحق بالدائن ضرر بسبب هذا الامتناع، أن يدفع تعويضا عن الضرر يقره أهل الخبرة أو المتعاقدان فيما بعد، أو يقره القاضي⁽³⁾.

والفرق بين الصورتين أن الشرط في المسألة الأولى يتضمن مقدار الضرر الذي يستحق بمجرد عدم الالتزام، أما الشرط في الحالة الثانية، فهو خال من ذكر المقدار التعويضي الافتراضي، ولا يستحقه إلا

(1) زكي الدين شعبان، بحث منشور في مجلة الحقوق، المجلس العلمي، الكويت، السنة الأولى، العدد 1972.

(2) محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 862.

(3) المرجع نفسه، ص: 863.

بعد وقوع الضرر الفعلي ويرجع التقدير للعاقدين أو إلى لجنة يرتضيها أو للتقدير القضائي⁽¹⁾.

لا نعلم أحدا من العلماء القدماء والفقهاء السابقين أجاز تغريم المتأخر عن سداد دينه بغرامة، أو معاقبته بعقوبة مالية، إلا أن بعض العلماء المعاصرين قد ذهب إلى التفريق بين المدين العاجز عن التسديد، والمدين الغني المماطل، واتفقوا على عدم جواز تغريم الأول، كما اتفقوا على مبدأ التعويض المالي عن التأخر والمماطلة، أو على مبدأ التغريم، مع اختلافهم قليلا في طريقة تقديره، وهل يجوز أن يكون موضع اتفاق مسبق بينهما، أم يجب أن يرجع فيه إلى القضاء عند وقوع التماطل في التسديد؟ ويمكن أن نقول إن العلماء اختلفوا في هذه المسألة على قولين بارزين هما²:

القول الأول: القائلون بالمنع.

ذهبوا إلى أن المسألة داخلية في ربا النسئة؛ شأنها شأن الصورة السابقة وممن قال بذلك: زكي شعبان، نزيه كمال حماد⁽³⁾، علي أحمد السالوس، وتقي الدين العثماني⁽⁴⁾، علي محمد الحسين الصوا⁽⁵⁾، ومحمد عثمان شبير⁽⁶⁾، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني⁽⁷⁾، ورفيق المصري⁽⁸⁾، و عبد الناصر العطار⁽⁹⁾، و عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين⁽¹⁰⁾، وأحمد الجزار محمد بشناق⁽¹¹⁾، ومجمع الفقه

(1) علي محمد حسين الصوا، ينظر: علي محمد حسين الصوا، الشرط الجزائي في الديون دراسة فقهية معاصرة، بحث مقدم في مؤتمر دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الشارقة، من 7-9، شهر أيار عام 2002م، ص: 30.

(2) - أحمد الجزار محمد بشناق، الشرط الجزائي في الديون والبدائل الشرعية له في التطبيقات المصرفية، المرجع السابق: 162، 161.

(3) - نزيه كمال حماد، المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطلة، المرجع السابق، ص: 107.

(4) - محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1434هـ - 2013م، المجلد 01، ص: 39.

(5) - علي محمد الحسين الصوا، الشرط الجزائي في الديون دراسة فقهية مقارنة، المرجع السابق، ص: 40.

(6) - محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 874.

(7) - محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق: 210.

(8) - محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 867.

(9) - المرجع نفسه، ص: 867.

(10) - هشام بن محمد بن عبد الله آل برغش، بيع التقسيط وأحكامه وآدابه، المرجع السابق، ص: 97.

(11) - أحمد الجزار محمد بشناق، الشرط الجزائي في الديون والبدائل الشرعية في التطبيقات المصرفية، المرجع السابق، ص: 168.

الإسلامي⁽¹⁾.

ومن أدلتهم على ما تبوه وذهبوا إليه منها ما يلي:

1- إن تحقيق المسألة عندهم في هذه الصورة أن الشرط الجزائي - هنا - هو كسابقه؛ زيادة على مال ترتب في الذمة، زيادة مشروطة، وأن الشارع الحكيم قد نهي عنها؛ لأنها ربا، ولم يجعل الشارع التعويض عن الضرر بالربا، وإنما يحمل المدين المماطل على الأداء والوفاء بالتزامه.

قال محمد تقي العثماني مبينا وموضحا هذه الصورة التي بينوا حقيقتها ومعناها: (وإن هذا الرأي المعاصر في جواز التعويض فيه نظر من وجوه مختلفة بعضها نظرية وبعضها عملية: أما من جهة النظر: فإن مشكلة المماطلة ليست مشكلة جديدة قد حدثت اليوم، وإنما هي مشكلة لم يزل التجار يواجهونها في كل عصر ومصر، وكانت المشكلة موجودة في عهد النبي ﷺ، وفي عهد الصحابة وفي العصور اللاحقة، ولكنه لا يوجد في شيء من الأحاديث أو الآثار ما يدل على أن هذه المشكلة قد التمس حلها بفرض التعويض على المماطل، ولم يجد الفقهاء والمحدثين طوال أربعة عشر قرنا من حكم أو أفتى بفرض مثل هذا التعويض، بل وجد ما يخالفه⁽²⁾).

وهذا تأكيدا من تقي الدين عثماني ومبالغته في نفي ووجود التعويض المالي أو الشروط الجزائية منذ البدايات التشريعية من العهد النبوي إلى الوقت المعاصر على الرغم من وجود التعاملات والمدائنة والمماطلة، لكن لم نقف على أي حالة علاجية لهذه الظاهرة بالتغريم المالي أو الزيادة في حالة عدم الوفاء والتأخير عن الوقت المحدد⁽³⁾.

ويقول عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين - رحمه الله - في إجابته عن بعض المسائل التي وجهت إليه وأما المسألة الثالثة: وهي فرض عقوبة مالية عند التأخر عن سداد الأقساط مع الغنى والقدرة، فنقول: لا يجوز الزيادة في الدين مقابل تأخير الوفاء، فإن هذا هو ما يفعله أهل الجاهلية عندما يتأخر

⁽¹⁾ علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، دار ابن الجوزي، القاهرة، مصر، ط13، 1434هـ-2013م، ص: 399-400.

⁽²⁾ محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، مج 01، ص: 39.

⁽³⁾ - المرجع نفسه، ص: 39.

الوفاء، يقولون: إما أن تعطي وإما أن تربي فيزيد هذا في دينه، مقابل تأخير الوفاء، حتى يتضاعف الدين وهو معنى قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ (١٣٠) آل عمران [130]، وأمرهم بأخذ رأس المال دون زيادة على ذلك بقوله: ﴿وَإِنْ تَبَتَّمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾ البقرة [279]، ولكن إذا امتنع عن الوفاء استحق عقوبة بدنية، وهي ما ورد في حديث: (لي الواجد يحل عرضه وعقوبته)^(١)، أي يحل شكايته فيقول مطلني وعقوبته وحبسه^(٢).

ولا يدخل في ذلك تأخير الأعمال اليدوية، كالأجير على عمارة سكن أو إصلاح سيارة، أو تجارة أو حدادة، إذا تأخر، وقد شرط عليه أجره للعين ولكن تكون الأجرة مناسبة للمقام، لا وكس فيها ولا شطط^(٣).

2- ومن أدلتهم ما قد يؤدي إليه القول بجواز هذه الغرامة التأخيرية إلى القول بجواز الزيادة في القرض ابتداء تعويضا للمقرض عما فاته من ربح، فكما يجوز الربا التأخيري مع الغني المماطل يجوز الربا التعويضي مع الغني المقرض - بلا فائدة - تفوته منافع وتلحق به مضار من جراء قرضه المجاني، فهل يسوغ له أن يطالب بالتعويض عن هذه المنافع الفائتة أو المضار التي لحقت به؟ وهل هذا إلا نفس ما احتج به الغربيون لإباحة الربا^(٤).

3- ومن الركائز التي اعتمدوا عليها لإبطال هذه المعاملة أن هذا القول ليس له سلف، فلم يقض به قاض ولم يفت به عالم على كثرة قضايا المظل في مختلف الأعصار والأمصار^(٥).

(١) - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأفضية، باب في الحبس في الدين وغيره، رقم: 3628، ج3، ص313، والنسائي في سننه كتاب البيوع، مظل الغني، رقم: 4689، ج7، ص316، وابن ماجه في سننه كتاب الصدقات، باب الحبس في الدين والملازمة، رقم: 2427، ج2، ص811.

(٢) - محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، سبل السلام بلوغ المرام من جمع أدلة الاحكام، تحقيق عصام الدين الصبابطي، وعماد السيد، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط1، 1425هـ-2004م، ج3، ص: 75، وينظر: نور الدين عتر، إعلام الأنام شرح بلوغ المرام من أحاديث الأحكام، مكتبة الفرفور، دمشق، سوريا، ط7 دس، ج، ص: 82.

(٣) - هشام بن محمد بن عبد الله آل برغش، بيع التفسير وأحكامه وآدابه، المرجع السابق، ص: 124، 125.

(٤) - عبد الله المصلح، صلاح الصاوي، ما لا يسع التاجر جهله، مؤسسة الرسالة، المرجع السابق، ص: 304، 305.

(٥) - المرجع نفسه، ص: 305.

4- إن هذه الفائدة للعقوبة المالية التي تدفع لصاحب المال إذا عقد عليها، أو أصبحت معروفة، فإن كل عقود البنك تصبح باطلة، لأنها معقودة على شرط ربوي، وحتى ولو لم تدفع تلك الغرامة أو الفائدة، وهذا مذهب الجمهور الذين قالوا بوجوب فسخ صفقة الربا، وإنما لا تصلح بوجه، ولو فرضنا جواز العقوبة المالية لوجود قول بعض الفقهاء فإنها لا تجوز في هذا الموضوع لتوصيلها لربا، وسد الذرائع مطلوب في الشريعة الإسلامية، وكذلك لا تدفع إلى شخص لجبر ضرره بل يصرفها الحاكم فيما يراه⁽¹⁾.

5- ومن الأدلة على فساد هذه المعاملة وهذا الشرط أنها مشمولة وداخله تحت عموم آيات الربا، فهي مشمولة بعموم نصوص القرآن والسنة فهي مشمولة بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275]، وبقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَبَتُّمُ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: 279]، وقد فسر العلماء ربا الجاهلية المنهي عنه في الآية بأنه: إما أن تقضي وإما أن تربي، وهذه جزئية من جزئياته، فالزيادة مقابل تأخير القضاء يمكن أن تتصور في ثلاثة حالات: حالة المعسر الذي لا يجد ما يقضي به، وحالة الموسر الذي يتفق مع صاحب الدين على إنظاره مقابل الزيادة، وحالة الموسر الذي لا يقض فيضع عليه صاحب الدين زيادة، وهذه الحالات لم يفرق بينها أحد من علماء المسلمين في منع الزيادة باعتبارها من ربا الجاهلية، ولا يقول أحد بجوازها، فتسمية هذه بالغرامة أو العقوبة لا يصرفها عن أصلها وحقيقتها، فالعبرة بالمقاصد لا بالألفاظ، ولا يوجد تفصيل في الشريعة، ولا تفرق بين غني وفقير في منع أخذ الزيادة على الدين، فالزيادة ممنوعة سواء كانت مشروطة في العقد، أو موعودا بها، أو مفهومة بالعرف، فكل زيادة من هذا النوع تعتبر حراما إجماعا من غير تفصيل ولا استتفال⁽²⁾.

ومن العلماء الذين قالوا إن المظل لا يوجب زيادة العلامة البناني⁽³⁾ في معرض رده على الوانوغوي¹

(1) عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه، مقاصد المعاملات ومراسد الوقاعات، مركز الموطأ، الإمارات العربية المتحدة، ط5، 2018م، ص: 281.

(2) المرجع نفسه، ص: 276، 277.

أبو عبد الله فقيه مالكي من أهل فاس نعدود ضمن المحققين، له كتب منها: الفتح الرباني حاشية استدرك بها عل الزرقانيما ذهل عنه في شرحه³ خليلوحاشية على شرح السنوسي لمختصره في المنطقوفي 1194هـ ينظر: الأعلام لزركلي/1: 91.

3 - أبو عبد الله بن أحمد الوانوغوي التوزوري: نزيل الحرمين، الإمام العلامة العمدة المحقق الفهامة، كان آية في الذكاء والحفظ شديد الإعجاب بنفسه والازدراء من معاصريه، أخذ عن ابن عرفة وأحمد بن عطاء الله التنسي وأبي الحسن بن أبي العباس البطرني وابن خلدون وأبي العباس القصار وغيرهم وعنه ابن ناجي وغيره، له طرر على المدونة في غاية الجودة وأسئلة في فنون من العلم بعث بها إلى القاضي البلقيني وأجابه عنها وهو يشهد بفضله وكتاب قواعد ابن عبد السلام، مولده سنة 755هـ وتوفي بمكة سنة 819هـ ومحمد بن محمد بن عمر بن علي بن سالم مخلوف، شجرة النور الزكية، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1424هـ-2003م، ج1، ص: 350.

في مسألة تضمين المماطل بالعملة الجديدة بدلا من الكاسدة: لأن مطل المدين لا يوجب زيادة في الدين، وله طلبه عند الحاكم وأخذه منه، كيف وقد دخل عند المعاملة معه على أن يتقاضى حقه كما دفعه، وأن يمطله، وعلى أن يفلسه أو يموت مفلسا)، وقد نقل عن ابن لب أنه سئل عن النازلة نفسها- مسألة الوانوعي - فأجاب بأنه لا عبرة بالمماطلة، ولا فرق بين المماطل وغيره إلا في الإثم⁽²⁾.

6- ومن الأدلة في منع الشرط الجزائي في الديون النظر إلى المآلات فلو فرض أنها فتوى تستند على دليل فمآلها إلى مفسدة انتشار الربا في المجتمعات المسلمة فيمنع ذلك من أجل الحفاظ عليها؛ لأن المفتي لا بد أن ينظر إلى مآل فتواه⁽³⁾.

ومن خلال الأدلة السابقة انتهت معظم المجامع الفقهية المعاصرة إلى المنع من هذه الغرامة، ففي قرار الجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي حيث جاء فيه يحرم على المدين المليء أن يمماطل في أداء ما حل من الأقساط، ومع ذلك لا يجوز شرعا اشتراط التعريض في حالة التأخر عن الأداء⁽⁴⁾.

وجاء في جواب للمجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي على سؤال بالمماطلة هذا نصه⁽⁵⁾:
«إذا تأخر المدين عن سداد الدين في المدة المحددة، فهل له -أي البنك- الحق بأن يفرض على المدين غرامة مالية جزائية، بنسبة معينة، بسبب التأخير عن السداد في الموعد المحدد بينهما؟».

3- أبو عبد الله بن أحمد الوانوعي التوزوري: نزيل الحرمين، الإمام العلامة العمدة المحقق الفهامة، كان آية في الذكاء والحفظ شديد الإعجاب بنفسه والازدراء من معاصريه، أخذ عن ابن عرفة وأحمد بن عطاء الله التنسي وأبي الحسن بن أبي العباس البطرني وابن خلدون وأبي العباس القصار وغيرهم وعنه ابن ناجي وغيره، له طرر على المدونة في غاية الجودة وأسئلة في فنون من العلم بعث بها إلى القاضي البلقيني وأجابه عنها وهو يشهد بفضله وكتاب قواعد ابن عبد السلام، مولده سنة 755هـ وتوفي بمكة سنة 819هـ ومحمد بن محمد بن عمر بن علي بن سالم مخلوف، شجرة النور الزكية، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1424هـ-2003م، ج1، ص: 350.

(2) عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه، مقاصد المعاملات ومراسد الواقعات، مركز الموطأ، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الخامسة، 2018م، ص: 278.

(3) المرجع نفسه، ص: 283، و محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 874.

(4) عبد الله المصلح، صلاح الصاوي، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 305.

(5) المرجع نفسه، ص: 305.

فقرر المجمع بالإجماع أن هذا «شرط أو قرض باطل، ولا يجب الوفاء به، بل ولا يخل، سواء كان الشارط هو المصرف أو غيره لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه»⁽¹⁾.

وجاء في المعايير الشرعية: لا يجوز اشتراط التعويض المالي نقدا أو عينا، وهو ما يسمى بالشرط الجزائي على المدين إذا تأخر عن سداد الدين، سواء نص على مقدار التعويض ألم ينص، وسواء كان التعويض عن الكسب الفائت (الفرصة الضائعة) أم عن تغير قيمة العملة⁽²⁾.

واعترض على أدلة أصحاب هذا القول بعدت اعتراضات نذكر منها ما يلي:

أ- ونوقش قولهم بأن هذه الزيادة داخلية في الربا بأن الفوائد الربوية تعقد المدائنة على أساسها من البداية، فتكون طريقا استثماريا أصليا يلجأ إليها المرابون، مما يخل بالتوازن الاقتصادي بين العاقدين، بخلاف تعويض ضرر التأخير، فإنه ليس طريقا استثماريا، وإنما هو إعادة عادلة لتوازن العقد الأصلي الذي أحل به المدين، ولا تكون المدائنة قائمة على الاستثمار من البداية⁽³⁾.

ب- وكذلك اعترض على قول المانعين أن حقيقة الربا استغلال من الدائن للمدين، بصورة تجعل الاحتمالات السيئة جميعها على المدين، وتضمن للدائن أصل دينه وربحا ثابتا، دون النظر إلى حال المدين، وهذا الاستغلال يخل بالتوازن الاقتصادي بين موقف الطرفين، أما تعويض الضرر فبعيد عن هذه المعاني، فهو إقامة عدل يزيل ضرر المدين المماطل بحجب مال الدائن بلا عذر، في الوقت الذي يستمتع هو بهذا المال بغير حق فيلزم إنقاذ المظلوم من ظالمه، وتعويضه عما فوت عليه من منافع ماله، فأين هذا الذي هو ربا واستغلال⁽⁴⁾.

وخلاصة القول إن أصحاب هذا القول يعتبرون التعويض المالي فائدة ربوية مهما تغيرت المسميات وتحت أي غطاء، ومهما تنوعت المقاييس التقديرية لها، ولا يخل مشكل التماطل في الديون التعويض الربوي المستخلص من النظام الرأسمالي وغض الطرف عن الحلول الشرعية التي بينها الفقهاء، وبهذا يتبين أن التعويض عن ضرر التأخير في الديون لا يجوز شرعا؛ إذا حصل عليه شرعا الدائن باشتراط أو وعد أو عرف؛ لأنه زيادة مشروطة في قرض أو سلف، وكل قرض جر منفعة فهو ربا⁽⁵⁾.

(1)- المرجع نفسه، ص: 305.

(2)- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، (النص الكامل للمعايير الشرعية التي تم اعتمادها حتى صفر 1439هـ- نوفمبر 2017م)، ص: 93.

(3)- على محمد الحسين الصوا، الشرط الجزائي في الديون دراسة فقهية، مقارنة المرجع السابق، ص: 38.

(4)- نظر: المرجع نفسه، ص: 38.

(5)- محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 874.

القول الثاني: القائلون بالجواز.

وهو قول جماعة من علماء العصر ذهبوا إلى أن المسألة داخلة في باب التعويض عن الضرر الواقع، أي يجوز تعويض الدائن عن التأخر في الوفاء من المدين المماطل، ونسب هذا القول إلى مصطفى الزرقا و عبد الله المنيع؛ والصدیق محمد الأمين الضرير⁽¹⁾، و عبد الحمید السائح⁽²⁾، فأصحاب هذا الرأي لم يکيفوا المسألة على أنها من باب الربا المحرم، ولكن نظروا إلى حال المدين وكونه موسرا ومماطل وألحق ضررا فعليا واقعيا بالدائن واعتبروه؛ أي الشرط الجزائي في هذه المسألة من باب التعويض المتحقق عن الضرر، وذلك بأن الدائن التزم لجهة ما مبلغ من المال بتاريخ تسديد مدينه له وقد أعلم مدينه بذلك وكان مدينه موسرا وامتنع عن الوفاء مما أدى إلى أن تبیع الجهة المطالبة للدائن متاعه أو بيته، فهذا هو الضرر الفعلي المقصود وكان السبب فيه هو مماطلة مدينه، وما يمكن التنبيه عليه هو أن جل القائلين بهذه العقوبة المالية فهي عندهم ليست على إطلاق بل لابد من توفر شروط حتى یصار لهذه العقوبة المالية، ومنها أن لا تحدد سلفا باتفاق بين الدائن والمدين تفریقا بينها وبين ربا الجاهلية، وأن يكون هذا خاصا بمن یثبت یسارهم، وأما المعسرون فلا سبیل علیهم⁽³⁾.

وقبل أن نذكر بعض الأدلة التي استند إليها أصحاب هذا القول لا بد من توضیح مسبقا وهو أن القائلون بجواز هذه الزيادة التعويضية للدائن اختلفوا في طريقة تقديرها، فمنهم من ذهب إلى تقديرها على أساس ما فات الدائن من ربح محتمل خلال مدة المظل في حدوده الدنيا ويرجع في ذلك للقضاء. ومنهم من ذهب إلى تقديرها على أساس الضرر الفعلي الذي لحق بالدائن خلال هذه الفترة، أو على أساس الضرر غير مألوف، ويرجع في ذلك للقضاء أيضا⁽⁴⁾.

(1) الصدیق محمد الضریر، الالتزام على إزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد الأول، المجلد الثالث، 1405هـ - 1985م، ص: 117، 119.

(2) محمد عثمان شبیر، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، المجلد 2، ص: 865.

(3) عبد الله المصلح، صلاح الصاوي، ما لا یسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 304.

(4) المرجع نفسه، ص: 304 و صدیق محمد الضریر، الالتزام على إزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 118.

لذا فقد نظر أصحاب هذا القول إلى أن الشرط الجزائي في هذه المسألة على أنه تعويض عن ضرر، فمناط المسألة هنا ليس مناط الربا المحرم، في رأيهم إذا توافر في المسألة المدين المملوء المماطل الذي ألحق الضرر بالدائن، وإنما يطبق هنا مبدأ التعويض عن الضرر الذي تقره الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

ومن أدلتهم على ذلك ما يلي²:

أولاً: أن يتضرر الدائن ويجب أن تجتمع ثلاث صفات للحكم على المدين بالغرامة المالية، الملاءة والمطل والضرر، وعلى الدائن أن يثبت الضرر؛ لأن النبي ﷺ قال: (لا ضرر ولا ضرار)⁽³⁾، فتأخير المدين للوفاء بالدائن عن مواعده يلحق بالدائن ضرراً، وهو حرمانه من منافع ماله في مدة التأخير، وهذا لا بد من إزالته عملاً بالقاعدة الفقهية: (الضرر يزال)، وضرر حرمانه من منافع ماله لا يزول إلا بالتعويض، ولا شك أن من أعظم مقاصد الشريعة الإسلامية إقامة العدل وإزالة الضرر ورفعها بين الناس⁽⁴⁾.

قال الصديق محمد الضرير: (يجوز أن يتفق البنك مع العميل المدين على أن يدفع له تعوضاً عن الضرر الذي يصيبه بسبب تأخر عن الوفاء، شريطة أن يكون الضرر الذي أصاب البنك ضرر مادياً وفعلياً وأن يكون العميل موسراً ومماطلاً، وخير وسيلة لهذا التعويض هو أن يحسب على أساس الربح الفعلي الذي حققه البنك في المدة التي تأخر فيها المدين عن الوفاء، فإذا أخرج المدين ثلاثة أشهر مثلاً ينظر البنك ما حققه من ربح في ثلاثة أشهر هذه، وبطالب المدين بتعويض يعادل نسبة الربح الذي حققه، وإذا لم يحقق البنك ربحاً في تلك المدة لا يطالب بشيء، ولا مانع أيضاً من أن يتضمن عقد البيع الذي يكون فيه الثمن مؤجلاً نصاً يلزم العميل بالتعويض، ولا مانع أن يتضمن العقد نصاً

(1) - أحمد الجزار محمد بشناق، الشرط الجزائي في الديون والبدائل الشرعية له في التطبيقات المصرفية، المرجع السابق، ص: 161.

(2) - المرجع نفسه، ص: 163، 162، 161.

(3) - أخرجه مالك، أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، الموطأ، تح: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبو ظبي - الإمارات، ط1، 1425هـ - 2004م، الموطأ، كتاب الأفضية، القضاء في المرفق، رقم: 600، ج 4 ص 1078.

(4) - محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، المجلد 2، ص: 864، ينظر: ينظر: صديق محمد الضرير، الالتزام على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 118.

يجعل للبنك الحق في الإعلان في الصحف في حالة مماثلة العميل بأن عميله الفلاني مماطل⁽¹⁾.

فبين رحمه الله أن التعويض لا يكون إلا إذا كان الضرر واقعا حقيقة مع كون العميل موسرا مماطلا وهذه عملية حصر لحيز الضرر كي لا يفتح الباب على مصراعيه أمام من يدعي الضرر ومع كل ذلك؛ فالعقوبة تُحدد على أساس الريح الذي فوت على صاحبه وإلا فلا وفرق بين الشرط الذي فيه نسبة محددة واشترط عند عدم الوفاء للتأخر وبين التعويض عن الضرر؛ لأنه يدخل تحت قواعد الشريعة العامة وخصائصها العادلة كما ذكرنا⁽²⁾.

ومن الانتقادات التي أوردت على هذا الاستدلال ما يلي⁽³⁾:

أ- اعترض على هذا الدليل بأنه لا شك أن إضرار الغير حرام بهذا النص، وكذلك يدل هذا النص على إزالة الضرر بطريق مشروع، ولكن لا يجب أن يزال كل ضرر بالتعويض، ولو كان هذا النص يدل على أن ضرر المماطل يزال بفرض المال عليه، لكان ذلك واجبا، ولوجب على كل قاض أن يقضي بذلك، وعلى كل مفت أن يفتي به، ولكنه لا يوجد في التاريخ قاض أو مفت حكم أو أفتي بذلك، مع كثرة قضايا الماثل في كل عصر ومصر⁽⁴⁾.

ب- واعترض على قولهم أن الدائن حرم من منافع ماله في مدة التأخير والمماطلة؛ لأن الدائن لو حصل على مبلغ دينه في وقته الموعود، لريح فيه الأرباح، ففوات هذه الأرباح ضرر ينبغي أن يزال من قبل من تسبب بهذا الضرر، فإن هذا القول مبني على نظرية الفرصة الضائعة وعلى اعتبار الريح المتوقع من النقود ربحا حقيقيا، وعلى أن النقود مدرة للريح في نفسها بحساب كل يوم، وأن هذا المبدأ أقرته النظرية الربوية، ولا عهد به في الفقه الإسلامي، ولو كان معتبرا لكان الغاصب أولى بتطبيقه عليه ولم نجد أحدا من علماء الإسلام من ذهب إلى فرض التعويض المالي على غاصب النقود أو سارقها لكونه فوت

(1) - الصديق محمد الضير، الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 118.

(2) - الصديق الضير، تعليق على بحث التعويض عن ضرر المماطلة في الدين، كلية الملك عبد العزيز، المجلد 3، ص 71، 72.

(3) - محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، المرجع السابق، ص: 41، 40.

(4) - المرجع نفسه، المجلد 01، ص: 41.

ربحا على المغصوب منه في مدة الغصب (1).

ثانيا: قياس تأخير المدين للوفاء بالدين على غصب العين المالية، بجامع أنه حجب المال ومنافعه ظلما وعدوانا، ولما كانت منافع العين المغصوبة مضمونة على الغاصب عند بعض الفقهاء، فإن منافع الدين الذي أخره المدين المماطل ينبغي أن تكون مضمونة عليه، ومنافع الدين: هي ما كان يجنيه الدائن من ربح في أدنى الحدود المعتادة في التجارة، لو أنه قبض دينه في ميعاده، واستثمره بالطرق المشروعة كالمضاربة، فهذا الربح هو الذي ينبغي أن يضمه المدين ويقدر بالتعويض المالي (2).

فمطل الغني في هذه الحالة عندهم هو صورة من صور الغصب لما يترتب عليه من حرمان الدائن من الانتفاع بماله المحبوس ظلما عند الدائن استهلاكاً أو استثماراً، تماما كما يقع للمغصوب منه، ولما كان الغاصب ضامنا لما غصبه فإنه يقاس عليه الغني المماطل في ضمان ما فات من منافع المال نتيجة مماطلته (3). ومن الاعتراضات على هذا الاستدلال القياسي ما يلي (4):

لقد تعقب هذا القياس بأنه قياس مع الفارق؛ لأنه لا يصلح الاستدلال به ولا يصح في النقود المغصوبة، فإن منافع المغصوب إنما تضمن - عند من يقول بالضمان - في الأعيان المغصوبة، لا في النقود، حتى لو أجز بالنقود المغصوبة وبيع فيها فالربح لا يقضى به للمغصوب منه في أصح القولين عند الشافعية، وهذا في الربح الذي تحقق فعلا، فما بالك بالربح المتوقع فقط (5).

قال الأستاذ نزيه حماد في تعقيبه على الزرقاء: (وإن من أهم ما يلاحظ على هذه المقولة أن المحور الذي يدور عليه استدلال الأستاذ الزرقاء هو اعتبار المدين المماطل في حكم الغاصب للأعيان المالية ذات المنافع المتقومة، فكما أن الغاصب يضمن عين المال المغصوب وكذا منافعه المتقومة فيجب أن

(1) محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، المرجع السابق، المجلد 1، ص: 41.

(2) محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، المجلد 2، ص: 865، ينظر: عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه، مقاصد المعاملات ومراسد الواقعات، المرجع السابق، ص: 278، وعبد الله المصلح، صلاح الصاوي، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 303.

(3) محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، المرجع السابق، ص: 41، 42.

(4) -المرجع نفسه، ص: 42.

(5) محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، المرجع السابق، المجلد 1، ص: 41، ونزيه كمال حماد، المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطلة، المرجع السابق، ص: 109، وعبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه، مقاصد المعاملات ومراسد الواقعات، مركز الموطأ، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الخامسة، 2018م، ص: 279.

يضمن المدين المماطل المال الثابت في ذمته دينا ومنافعه المحجوبة عن الدائن خلال مدة التأخير.

وقد فات أستاذنا الرأي الفقهي الذي عول عليه بتضمين الغاصب منافع المغصوب - وهو مذهب الشافعية والحنابلة - يشترط في المنفعة التي تضمن أن تكون مالا يجوز أخذ العوض عنه، وذلك بأن يكون المغصوب من الأعيان التي يصح أن يرد عقد الإجارة⁽¹⁾.

وقال ابن بيه بعد أن نقل كلام ابن قدامة - رحمه الله - ومعلقا عليه، : «فإذا كانت الدراهم والدنانير المغصوبة يرد مثلها بلا خلاف فلا يزيد ولا ينقص وهو محل إجماع بين العلماء، ولم يستثنوا أن تكون الدراهم مغصوبة من تاجر صاحب بنك يضارب، فكيف يسوغ أن تقاس ديون النقود على الأعيان التي تصح إجارتها مع وجود النص على الدراهم والدنانير التي من جنسها؛ والتي هي محل اتفاق بين العلماء وأنه لا يرد إلا مثلها، إنه قياس مع وجود فوراق، فالنقود لا تصح إجارتها؛ ولهذا فالدراهم والدنانير لا تصح فيها دعوى تفويت المنفعة»⁽²⁾.

ثالثا: ومن أدلتهم النظرة المقاصدية حيث قالوا إن من مقاصد الشريعة وقواعدها الثابتة وأسسها العادلة في تقرير الأحكام وتأسيسها عدم المساواة بين الأمين والخائن، وبين المطيع والعاصي، وبين العادل والظالم، وبين من يؤدي الحقوق إلى أصحابها في مواقيتها ومن يجحدها، فعدم إلزام المدين المماطل القادر على الوفاء بالتعويض يتعارض مع هذا القصد؛ لأنه يؤدي إلى المساواة بين الظالم العاصي مع الأمين العادل المطيع الذي لا يؤخر حقا عليه، وإذا تساوى معطي الحق ومانعه، أو معجله ومؤخره كان هذا مشجعا لكل مدين أن يؤخر الحقوق، ويماطل فيها بقدر ما يستطيع⁽³⁾.

وتعقب هذا الاستدلال بأنه لا يلزم من القول بعدم جواز العقاب المالي أو التعويض المالي على المدين المماطل المساواة بينه وبين مؤدي الدين في وقته دنيويا وأخرويا؛ لأن الأول في نظر الشارع ظالم

(1) نزيه كمال حماد، المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطلة، المرجع السابق، ص: 109.

(2) عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه، مقاصد المعاملات ومراصد الوقاعات، مركز الموطأ، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الخامسة، 2018م، ص: 278، 279.

(3) محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، المجلد 2، ص: 865.

متعدي ونصوص السنة والقرآن حافلة من التحذير من الظلم والظالمين وبينت عاقبتهم في الدنيا والآخرة، وهذا من المؤيدات الشرعية الدافع للضرر وإزالته⁽¹⁾.

رابعاً: الأصل في الشروط الصحة واللزوم لكلا الطرفين ما لم تخالف الشرع، لقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»⁽²⁾، واشتراط التعويض لمن لحق به الضرر على المدين المماطل شرط صحيح لازم؛ لأنه يتفق مع قواعد العدالة التي قررتها الشريعة الإسلامية، ولم يرد نهي عنه بخصوصه⁽³⁾.

ونوقش قولهم هذا أن الأصل في الشروط الصحة واللزوم ليس على إطلاقه، وإنما هو مقيد بما لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية، واشتراط التعويض المالي على المدين عند التأخير لا يتوافق مع قواعد الشريعة الإسلامية بل هو ربا صرف ووسيلة من وسائله المعاصرة، وتحت مسميات يراد منها إخفاء حقيقة الربا أو التهرب من التأنيب الضميري للمسلم⁽⁴⁾.

خامساً: العموم المطلق للعقوبة في حديث تحريم المماطلة في الدين: وهو ما جاء في حديث النبي ﷺ: «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته»⁽⁵⁾، فالغني والواجد بمعنى القادر على الوفاء، فإذا امتنع استحق

(1) نزيه كمال حماد، المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطلة، المرجع السابق، ص: 112.

(2) أخرجه أبو داود؛ سليمان بن الأشعث السجستاني، في السنن، كتاب الأفضية، باب في الصلح، رقم: 3594، تح: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، دت، ج3، ص304، والترمذي؛ أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، الجامع الكبير، أبواب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، رقم: 1352، تح: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي - بيروت، 1998 م، ج3، ص28، وقال: حسن صحيح، وابن ماجه؛ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب الصلح، رقم: 2353، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، دت، ج2، ص788.

(3) محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، المجلد 2، ص: 866.

(4) محمد عثمان شبير، المرجع نفسه، المجلد 2، ص: 871.

(5) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأفضية، باب في الحبس في الدين وغيره، رقم: 3628، ج3، ص313، والنسائي في سننه كتاب البيوع، مطل الغني، رقم: 4689، ج7، ص316، وابن ماجه في سننه كتاب الصدقات، باب الحبس في الدين والملازمة، رقم: 2427، ج2، ص811.

حل عرضه: وهو ذمه بأنه ظالم، واستحق العقوبة بغرض التعويض للدائن عليه⁽¹⁾. قال عبد الله بن سليمان المنيع: «ولئن فسر بعض أهل العلم العقوبة بالحبس، وحل العرض بشاكيته، فهو تفسير ببعض معاني العقوبة وأنواعها، ولكن العقوبة وحل العرض أعم وأشمل من أن تحصر في بعض معانيهما، إذ غرض العقوبة الزجر والردع، ودفع الظلم بما يقابل الضرر المرتب على الجناية المستوجبة للعقوبة»؛ وتعبير آخر: العقوبة جاءت مطلقة، والمطلق يجري على إطلاقه، ما لم يقدّم دليل التقييد نصاً أو دلالة، كما تقرر في القواعد الفقهية⁽²⁾.

واعترض على هذا الاستدلال بالحديث في المديون المماطل: «لي الواجد يحل عقوبته وعرضه»⁽³⁾، فلم يقل في الحديث يحل ماله، ولا يوجد في الفقهاء والمحدثين من قال أو فسر العقوبة هنا بعقوبة مالية، على اختلاف بينهم في جواز التعزير بالمال، ولو فسر أحد بذلك، فإن العقوبة إنما يحكم بها الحاكم، لا الدائن نفسه بدون حكم أي حاكم⁽⁴⁾.

واعترض عن هذا الاستدلال أن معنى إحلال عرض المدين المماطل، ذمه والظعن فيه، بأن يقول: فلان يمطل الناس ويحبس حقوقهم ونحو ذلك مما ليس بقذف ولا فحش، إذ المظلوم لا يجوز أن يذكر ظلمه إلا بالنوع الذي ظلمه به دون غيره، وقد يكون ذلك بالإعلان في الصحف أو بإدراج اسم العميل في قائمة سوداء فيحرم بذلك من التسهيلات المصرفية في المستقبل ونحو ذلك دون اللجوء إلى الغرامات التأخيرية والعقوبات المالية التي هي محل شبهة عند العلماء وطريق وتمهيد للربا⁽⁵⁾.

(1) محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، المجلد 2، ص: 865.

ومحمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، المرجع السابق، المجلد 1، ص: 42.

(2) - عبد الله بن سليمان المنيع، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ-1993م، ص: 398.

(3) - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأفضية، باب في الحبس في الدين وغيره، رقم: 3628، ج3، ص313، والنسائي في سننه كتاب البيوع، مطل الغني، رقم: 4689، ج7، ص316، وابن ماجه في سننه كتاب الصدقات، باب الحبس في الدين والملازمة، رقم: 2427، ج2، ص811.

(4) محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، المجلد 2، ص: 868.

(5) عبد الله المصلح، صلاح الصاوي، ما لا يسع التاجر جهله، مؤسسة الرسالة، المرجع السابق، ص: 301.

سادسا: قولهم أن هذه الغرامة أو العقوبة المالية الناتجة عن تماطل المدين هي من باب المصلحة، فهذا غير مسلم؛ لأنها حتى لو كانت مصلحة فهي ملغاة شرعا، ومعلوم أن المصلحة الملغاة لا يقول أحد من المسلمين باعتبارها، فالمناسب كما يقول العلماء إما أن يكون معتبرا، فهذا يعمل به تفاوت درجاته من مؤثر وملائم، أما المناسب المرسل - وهو الذي لم يعتبر بعينه ولا نوعه - فهذا عمل به مالك إن كان من جنس المصالح التي يهتم الشارع بجلبها؛ أو يؤدي إلى المفسد التي يهتم الشارع بدرء جنسها، فهو مرسل؛ لأن الشرع لم يشهد له باعتبار ولا بإلغاء، أما المناسب الملغى فهو الذي ألغاه الشرع، أي لم يرتب عليه حكما، كالمنع من زرع العنب، يعتبر مناسبا للقضاء على الخمر، ولكن الشارع ألغى هذه المناسبة وحكم بجواز زرع العنب، فكذلك في هذه القضية، فإن وضع زيادة على الدين مقابل الأجر أمر مناسب لإنصاف صاحب الدين - في ظاهر الأمر - إلا أن الشارع ألغى هذه المناسبة فلم يجعل لصاحب الدين إلا رأس ماله، وجعل كل بيع تشتترط فيه تلك الزيادة نصا أو عرفا باطلا؛ لأنه معقود على ربا⁽¹⁾.

سابعا: ومن أدلتهم أنه يوجد فوارق بين التعويض عن الضرر الناتج عن التماطل في الدين وبين الفوائد الربوية المحرمة ومن هذه الفوارق مالي⁽²⁾:

1- إن الفائدة الربوية تلزم المديون في كل حال، سواء كان معسرا أو موسرا، أما التعويض فلا يلزمه إلا إذا ثبت كونه موسرا ماطلا، وإن ثبت كونه معسرا، فلا يلزم بأداء أي تعويض.

2- إن الفائدة الربوية تلزم المديون فور تأخيره في الأداء، ولو كانت التأخير لمدة يوم واحد أما التعويض فلا يلزمه إلا إذا ثبت كونه ماطلا، والمعمول به في بعض المصارف الإسلامية أن المصرف يرسل إلى المديون أربع إخطارات أسبوعية بعد حلول الأجل قبل أن يكلفه بأداء التعويض، فلا يلزمه التعويض إلا بعد انتظار شهر من حلول الأجل.

(1) عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه، مقاصد المعاملات ومراصد الوقاعات، مركز الموطأ، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الخامسة، 2018م، ص: 283.

(2) محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، المرجع السابق، ج1، ص: 38، 39.

3- إن الفائدة الربوية تلزم المدينون في كل حال، وأن التعويض المقترح لا يجب على المدينون إلا إذا تحققت في مدة المماثلة أرباح في حساب الاستثمار عند المصرف، فإن لم تتحقق هناك أرباح، فإن المدينون لا يطالب بأي تعويض.

4- إن الفائدة الربوية نسبتها معلومة للجانبين منذ أول يوم من الدخول في اتفاقية، الدين، أما التعويض فلا يمكن معرفة نسبته عند الدخول في اتفاقية المراجعة أو الإجارة، وإنما تتعين هذه النسبة على أساس نسبة الأرباح الفعلية التي سوف تتحقق خلال مدة المماثلة.

وعلى أساس هذه الفوارق الأربعة، يقول هؤلاء العلماء المعاصرون إن هذا التعويض لا علاقة له بالفوائد الربوية.

واعترض على هذا الاستدلال بالفوارق الموجودة بين التعويض عن المماثلة في الدين والفوائد الربوية المحرمة بوجود موانع نظرية وموانع عملية يستحيل معها ثبات هذه الفوارق أو تحصيلها لا من ناحية العمل ولا من ناحية النظر⁽¹⁾.

المسألة الثالثة: التعزير المالي الذي لا يعود للدائن بل لصالح المصارف العامة (أو ما يسمى الإلزام بالتبرع).

قبل الكلام على هذه المسألة لابد من الإشارة إلى أن التعويض عن التأخير في السداد في الدين قد يشترطه الدائن لنفسه، وقد يشترطه لغيره كأن يشترط عليه في العقد في حال تأخره مبلغاً معيناً يدفعه صدقة للفقراء، فهل يتخلف الحكم عن الشرط الجزائي الذي يشترطه لصالحه فيما إذا اشترطه لصرفه في وجوه الخير والبر؟

وتحريم محل النزاع في هذه المسألة كما ذكرنا سابقاً؛ بأن أهل العلم اتفقوا على حرمة اشتراط الزيادة على الدين إذا تأخر المدين عن السداد لصرفها في وجوه الخير والبر في حالة إعساره؛ لأن هذا منصوص عليه بالقرآن الكريم وصريح السنة النبوية وهو موافق لقواعد الشريعة الإسلامية التي لا تزيد في إثقال الضعفاء والمعسرين، لكن المسألة التي اختلفوا فيها هي كالتالي⁽²⁾:

(1)- محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، المرجع السابق، ج 1 ص: 40-42.

(2)- سعد بن عبد الله الشويخ، التعويض عن التأخر عن السداد في الدين، مجلة العدل، العدد 56، السنة الرابعة عشرة، 1433هـ، ص: 123-124.

وصورة هذه المسألة أن ينص في العقد على أن يلتزم المدين عند المماطلة بالتصدق لصالح الفقراء والمساكين والجمعيات والمصالح العامة بمبلغ معين أو نسبة معينة، وما دفعني على جعل هذه المسألة صورة ثالثة من صور الشرط الجزائي في الديون هو كونه لا يختلف عن الشرط الجزائي وإن غيرت التسمية أو عدلت فالعبرة بالحقائق والمعاني وليس بالألفاظ والمباني، بل الجزء متمحض فيه وظاهر؛ لأن المستفيد فيه من القيمة أو النسبة المتفق عليها، هو طرف أو جهة ثالثة، متمثلة في الفقراء والمساكين والصناديق العامة، فيخرج بذلك معنى التعويض، ويبقى معنى الجزء المالي، فهو شرط جزائي تصرف قيمته ونسبته عند استحقاقه لصالح جهات معينة تحدد في العقد مسبقا وغالبا هم الفقراء، فهل يصح هذا الشرط، ويلزم به المدين عند التأخر عن السداد في الوقت المحدد⁽¹⁾.

وهذه الصورة اختلف فيها العلماء على قولين هما⁽²⁾:

أولا: القائلون بالجواز وأدلتهم.

1- المجيزون:

وقد قال بجواز إلزام المدين المماطل بالتبرع والتصدق مجموعة من العلماء المعاصرين ونسب إليهم القول بالجواز نذكر منهم⁽³⁾: « مصطفى الزرقاء، علي السالوس، ومحمد علي القرني، ومحمد نجات الله صديقي، ومحمد أنس الزرقاء⁽⁴⁾، محمد تقي العثماني الحنفي⁽⁵⁾، ووهبة الزحيلي⁽⁶⁾، وعبد الستار أبو

(1) - عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، ص: 878.

(2) - وليد بن هادي، أصول ضبط المعاملات المالية المعاصرة، دون دار نشر، ط1، 1432هـ - 2011، ص: 80، ويوسف بن عبد

الله الشبيلي، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، دار الميمان، الرياض، السعودية، ط1، 1441هـ-2020م، ج1، ص: 131.

(3) - سعد بن عبد الله الشويخ، التعويض عن التأخر عن السداد في الديون، المرجع السابق، ص: 125.

(4) - المرجع نفسه، ص: 125.

(5) - محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، المرجع السابق، ج1، ص: 44.

(6) - وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 178.

غدة⁽¹⁾، ومحمد عثمان شبير⁽²⁾، وإبراهيم رحمانى، وهو قول لبعض علماء المالكية منهم عبد الله بن نافع، وأبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن دينار،⁽³⁾ وهو مقتضى قول الحنابلة وبعض الشافعية في قول لهم، وهو ما عملت به بعض الهيئات الشرعية والمؤسسات التمويلية وعزاه بعض الباحثين إلى جمهور المعاصرين وأجازوا هذا الشرط؛ لأنه لا مخالفة في ذلك؛ لنصوص الشريعة وقواعدها في تحريم تعويض الدائن، بل ما يدفعه المدين هو لغير الدائن، فوصف الربا لا يتحقق إلا إذا حصل الدائن على زيادة مشروطة⁽⁴⁾.

وهذا القول هو الذي مثلت عليه هيئة المحاسبة والمراجعة المالية للمعايير الشرعية⁽⁵⁾، وجاء في فتاوى وتوصيات الهيئة الشرعية لوحدة مجموعة البركة المصرفية ونصت على أنه يمكن إلزام المدين بالشرط غرامة، تصرف في وجوه الخير تفادياً لتساهله في أداء المديونية⁽⁶⁾.

2- أدلة القائلين بالجواز:

استدل أصحاب هذا القول بعدة أدلة منها⁽⁷⁾.

استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَبَتُّمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾، [البقرة: 279]، والدائن هنا ما أخذ إلا رأس ماله، وأن الإجماع منعقد على تحريم كل قرض جر منفعة للمقرض، وليس كل قرض يجر مضرة للمقرض⁽⁸⁾.

(1) عبد الله علي عجبنا، فتاوى وتوصيات الهيئات الشرعية لوحدة مجموعة البركة المصرفية، مراجعة: عبد الستار وأحمد محي الدين أحمد، دون دار نشر، ط1، 1434هـ-2013م، ص: 15.

(2) محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، 879.

(3) أبو عبد الله محمد الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام تحقيق عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1404هـ-1984م، ص: 176، 171.

(4) وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 178، ووليد بن هادي، أصول ضبط المعاملات المالية المعاصرة، دون دار نشر، الطبعة الأولى، 1432هـ - 2011م، ص: 83.

(5) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، (التي تم اعتمادها حتى صفر 1439هـ- نوفمبر 2017م)، ص: 94.

(6) عبد الله علي عجبنا، فتاوى وتوصيات الهيئات الشرعية لوحدة مجموعة البركة، المرجع السابق، ص: 15.

(7) وليد بن هادي، أصول ضبط المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 83.

(8) وليد بن هادي، أصول ضبط المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 83.

أ- اعتمادهم واستئناسهم بقول ابن نافع وابن دينار من المالكية القائلين بجواز هذا الشرط، وأن التبرع والصدقة تلزم المدين المماطل وهو الذي نقله الإمام الحطاب في كتابه تحرير الكلام في مسائل الالتزام حيث قال -رحمه الله- (أما إذا التزم المدعى عليه للمدعي أنه إن لم يوف حقه في وقت كذا فله عليه كذا و كذا، فهذا لا يختلف في بطلانه؛ لأنه صريح الربا، وسواء كان الشيء الملتزم به من جنس الدين أو غيره، وسواء كان شيئاً معيناً أو منفعة وقد رأيت مستنداً بهذه الصفة وحكم به، وأما إذا التزم أنه إن لم يوف حقه في وقت كذا فعليه كذا وكذا لفلان، أو صدقة للمساكين، فهذا هو محل الخلاف المعقود له هذا الباب، فالمشهور أنه لا يقضى به، كما تقدم، وقال ابن دينار: يقضى به⁽¹⁾.

وكلام الحطاب رحمه الله مقيد ما لم يحكم به حاكم فإذا حصل حكمه صحة أو لزوماً رفع الخلاف المذكور ويعمل بقوله قال رحمه الله «وأما إذا حكم حاكم بصحته أو بلزومه فقد تعين الحكم به؛ لأن الحاكم إذا حكم بقول لزم العمل به وارتفع الخلاف»⁽²⁾.

ولعل هذا ما تبنته بعض البنوك عملاً بفتوى بعض اللجان العلمية في بلدنا كابنك السلام وبنك البركة، و متمسكهم في ذلك قول الحطاب رحمه الله بل هو عمدة كل من جاء بعده من العلماء والباحثين.

ولقد ذكر العلامة الحطاب صورة مشابهة للتي ذكرها ابن نافع فقال: ومثل مسألة بن نافع التي ذكرها ابن رشد ما يكتب الآن في مستندات البيع أن البائع التزم للمشتري متى قام وادعى في الشيء المبيع أو خاصمه فيه كان عليه للمشتري، أو للفقراء كذا وكذا فلا يحكم عليه بذلك على المشهور، ويحكم بذلك على قول بن نافع⁽³⁾.

وقد أكد تقي الدين العثماني هذا المستند فقال: وأما المستند الشرعي لهذا الالتزام، فإن الالتزام بالتبرع جائز عند جميع الفقهاء، وإن مثل هذا التبرع يلزم في القضاء أيضاً عند المالكية، والأصل عند

(1) أبو عبد الله محمد الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام تحقيق، عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1404 هـ - 1984 م، ص: 176، ووليد بن هادي، أصول ضبط المعاملات المالية المعاصرة، دون دار نشر، الطبعة الأولى، 1432 هـ - 2011 م، ص: 83.

(2) أبو عبد الله محمد الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، المرجع نفسه، ص: 184.

(3) المرجع نفسه، ص: 172.

المالكية أن الالتزام إن كان على وجه القرية؛ فإنه يلزم الملتزم في القضاء باتفاق علمائهم⁽¹⁾.

قال عثمان شبير والذي أراه ما ذهب إليه ابن نافع وابن دينار والحنابلة والشافعية في قول من أن اشتراط دفع صدقة للفقراء إذا تأخر المدين عن الوفاء بدينه جائز، ويجب على المدين الوفاء به؛ لأنه شرط تضمن مقصودا صحيحا من الشرع وهو تحقيق النفع للفقراء، وحفز المدين على الوفاء بالدين في الوقت المحدد وتوفير الاطمئنان للدائن على دينه وأيد عثمان شبير كلامه هذا وترجيحه بقول شيخ الإسلام ابن تيمية حيث يقول فيما نصه: وأصول أحمد ونصوصه تقتضي جواز شرط كل تصرف فيه مقصود صحيح، وإن كان فيه منع من غير، قال ابن القاسم قيل لأحمد: الرجل يبيع الجارية على أن يعتقها، فأجازه، فقيل: فإن هؤلاء - يعني أصحاب أبو حنيفة - يقولون: لا يجوز البيع على هذا الشرط، قال: لم لا يجوز؟ قد اشترى النبي ﷺ بعير جابر واشترط ظهره إلى المدينة واشترت عائشة بيرة على أن تعتقها، فلم لا يجوز هذا وإنما هذا شرط واحد، والنهي إنما هو على شرطين⁽²⁾.

قال: الشيخ الدكتور وهبة الزحيلي - رحمه الله - يجوز النص في عقد المداينة كالمرا بحة ونحوها، على التزام المدين عند الماطلة بالتصدق بمبلغ من المال، أو نسبة مالية، على أن يصرف في وجوه الخير، وهو من قبيل الالتزام بالتبرع المقرر مشروعيته عند بعض المالكية (قول أبي عبد الله بن نافع، ومحمد بن إبراهيم بن دينار) وعملت به هيئة الرقابة الشرعية في بيت التمويل الكويتي وبنك المؤسسة العربية المصرفية⁽³⁾.

وهذا كلام صريح من الشيخ وهبة الزحيلي في جواز إلزام المدين المماطل بالتبرع والتصدق على الجهات الخيرية والفقراء والمساكين وإن نص على ذلك في العقد ولم يعده من قبيل الشروط الممنوعة أو الداخلة في المعاملة الربوية المشتبهة.

وقال أيضا يبين جواز الضغط على المدين بسياسة الإلزام بالتبرع للجهات الخيرية والمصالح العامة

(1) محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 45.

(2) محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من النعثر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، المجلد 2، ص: 878، وتقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، القواعد النورانية، تحقيق أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، السعودية، الطبعة الثانية، ص: 292.

(3) وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 178.

معتبرا هذا المقترح والحل كسبيل للخروج من شبهة الربا وعدم استفادة البنك من هذه الزيادة والغرامات والشروط الجزائية؛ لأنه هو المقرض " ويدخل في ذلك مسائل التعزير بالغرامات المالية أو أخذ المال، للضغط على المدين المماطل، بفرض عقوبة مالية، وقد رضي المدين وتعهد سلفا بذلك، أو يحكم بها محكمان، ولا تدخل هذه الغرامة في ذمة الدائن أو المصرف، بل تصرف في وجوه الخير العامة بمعرفة هيئة الرقابة الشرعية في كل مؤسسة مالية إسلامية ولا يعد ذلك من قبيل الاستقسام بالألزام على بعير يتصدق به بعد المقامرة أو الميسر الذي كان عليه العرب في الجاهلية؛ لأنه تحريم ذلك بسبب القمار، وإن وزع البعير على الفقراء" (1).

وقال تقي العثماني: في معرض الكلام عن الحلول المقترحة للتخلص من المماطلة في الديون 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 ماثلة في أنحاء العالم كله، فيمكن أن تلجأ المصارف الإسلامية إلى حل مؤقت آخر، وهو أن يلتزم المديون عند توقيعه على اتفاقية المراجعة أو الإجارة بأنه إن قصر في أداء واجبه المالي، فإنه سوف يتبرع بمبلغ معلوم النسبة من الدين إلى بعض الجهات الخيرية، ويسلم ذلك المبلغ إلى المصرف ليصرف بالنيابة عنه إلى تلك الجهات؛ فإن قصر المديون في الأداء لزمه أداء هذا المبلغ إلى المصرف، ولكن هذه المبالغ لا تكون مملوكة للمصرف، ولا تكون جزء من دخله أو ربحه، وإنما تكون أمانة عنده للمصرف إلى الجهات الخيرية (2).

وبين رحمه الله تعالى أن هذا المقترح أعني الإلزام بالتصدق يفيد في الضغط على المديون في أداء وتسريع الدين في وقته المحدد حيث قال وبين المقصد من تجويز هذا المقترح ومقصده (وإن هذا المقترح إنما يفيد للضغط على المديون في أداء الدين في وقته المحدد، ومن المرجو أن هذا الضغط يؤثر في سد باب المماطلة أكثر مما فيه اقتراح التعويض؛ لأن مقدار هذا التبرع الملتزم به لا يجب أن يكون بمقدار الأرباح

(1) وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 178.

(2) محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، المرجع السابق، ج1، ص: 45.

الحاصلة في حساب الاستثمار في مدة المماطلة، بل يمكن أن يكون أكثر من ذلك، ولا بأس بتعيين مقدار على أساس نسبة معينة من مبلغ الدين بما يجعل المدينون يحتفظ بمواعيد الأداء، وفي الوقت نفسه لا يعتبر هذا التبرع ربا؛ لأنه لا يدخل في ملك المصرف شيئا، بل يصرف إلى الجهات الخيرية، ويمكن أن ينشأ لأجل ذلك 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⁽¹⁾.

وهذا الرأي قوي المآخذ ولا يوجد في الشرع ما يمنعه، فلم ينتفع الدائن بشيء حتى يكون من الربا؛ لأنه يتضمن زيادة بأكل الدائن ولم تتحقق هنا فقد تخلص منها وذلك بإنفاقها في وجوه الخير والبر، بل في هذا الشرط حض الدائن على منع المماطلة، وفيه سد لأبواب التلاعب، وفيه تحقيق لمقصود البنك من حفظ استثماراته وعدم تعرضه لضياح فرصه، وهناك فرق شاسع بين الوديعة الربوية وبين الالتزام بالتصدق عند التأخير، ففي الوديعة تدخل الفائدة في ملك الدائن على أحد القولين، أما الالتزام بالتصدق فمعلق بالمماطلة، ولا تدخل الصدقة في ملك الدائن مطلقا، ولهذا القول في الشرع مأخذان هما⁽²⁾ :

المآخذ الأول: إذا اشترط الدائن عليه فإنه من قبيل الشروط في العقد، وأصول احمد لا تمنع مثل هذا الشرط؛ لأنه تضمن شرطا صحيحا مقصودا، وهو التصديق قياسا على العتق، ولا فرق بينهما، وإن كان للشارع تشوف للعتق فإن الصدقة قريبة، ولعل بعض القرب أفضل من العتق، وجواز هذا الشرط أيضا مقتضى قول شيخ الإسلام؛ لأنه شرط لم يخالف مقصود العقد، ولا مقصود الشارع، ولم يحل حراما فالدائن لم يأخذ له، بل للفقراء⁽³⁾.

المآخذ الثاني: إذا اشترط المدين على نفسه أو التزمه فإنه من قبيل النذر والالتزام بالتصدق، لكنه معلق على التأخر، وفي هذه الحالة لا يجوز للمصرف أن يتنازل للمدين؛ لأن المال أصبح حقا للفقراء، ووجه نظام اليعقوبي جواز تنازل المصرف الدائن إذا علق المدين بتبرعه للفقراء على مطالبة المصرف فهو

⁽¹⁾ محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، الجزء الأول، ص: 45، ويوسف بن عبد الله الشبلي، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، ج1، المرجع السابق، ص: 131.

⁽²⁾ يوسف بن عبد الله الشبلي، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، المرجع السابق، ج1، ص: 131.

⁽³⁾ - وليد بن هادي، أصول ضبط المعاملات المالية المعاصرة، دون دار نشر، الطبعة الأولى، 1432هـ - 2011، ص: 84.

تعليقاً لتعليق، وهذا مخرج حسن، وهذا المآخذ جار على مذهب المالكية كما ذكر الخطاب في الالتزام، ويتجه أن يكون هذا الالتزام له حكم نذر اللجاج⁽¹⁾.

واعترض على هذا القول بأنه لا يسلم لهم، فتلك الصدقة تعتبر مقابل الإنظار فلا تخرج عن صورة أنظري أزدك المحرمة والمؤسسة تستفيد من الزيادة بوجه من الوجوه⁽²⁾.

ثانياً: القائلون بالمنع وأدلتهم.

1- القائلون بالمنع.

وقد قال بهذا الرأي بعض العلماء المعاصرين منهم سعد بن عبد العزيز الشويخ ونسبه إلى طائفة منهم: "ر أحمد فهمي أبو سنة، و علي القره داغي، و عياد العنزي، و سلمان الدخيل"⁽³⁾ والظاهر الإدريسي الجزائري⁽⁴⁾، و يوسف الشبيل⁽⁵⁾، وغيرهم من العلماء والباحثين، وقالوا بعدم صحة هذا الشرط بناء على عدم جواز التعزير بالمال أو على أنه من باب الربا المحرم، أو التحايل عليه؛ لأن التصور والتكييف الفقهي عند أصحاب هذا القول أن الدائن اشترط الربا على المدين ليعطيه الفقراء والمساكين، فالنية الحسنة لا تحل الربا أو الشرط المحرم كما لو وضع وديعة في بنك ربوي وتصدق بالفائدة، وقد قال بهذه الكثير من العلماء القدماء منهم المالكية في المشهور كما قال به ابن رشد ما في المدونة، وهو المشهور في المذهب من أن الصدقة يمين لا يحكم بها، وهو مقتضى قول الحنفية والشافعية في قول؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائم موجهه؛ لأن فيه منفعة لأجنبي، كما أنه فيه ضرر على أحد المتعاقدين، ولأن الجبر على التطوع غير مشروع، ومعظم الأدلة التي استند إليها أصحاب هذا الرأي هي الأدلة المانعة من العقوبة التعزيرية بالمال في حالة تأخر المدين المماطل وقد ذكرنا الكثير منها في المباحث السابقة فلا داعي لإعادتها هنا⁽⁶⁾.

(1) وليد بن هادي، أصول ضبط المعاملات المالية المعاصر، المرجع السابق، ص: 83.

(2) محمد جعواني، الصيغ التمويلية في البنوك التشاركية، مركز فاطمة الفهرية، مفاد، 2، ص: 69، 68.

(3) سعد بن عبد الله الشويخ، التعويض عن التأخر عن السداد في الديون، المرجع السابق، ص: 130، 140، 124.

(4) بلخير طاهر الإدريسي، حكم القرض الحسن من أجل الحج من طرف بنك BNA، ذكر

ذلك على صفحته على الفاسبوك.

(5) يوسف بن عبد الله الشبيلي، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، المرجع السابق، ج1، ص: 131.

(6) محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة،

ومن أدلتهم على هذا القول الذي تبناه في مسألة الإلزام بالتبرع والتصدق في وجوه البر والخير ما يلي:

1- إن إطلاق اسم الإلزام بالتبرع، فلا تعتبر مزية تفضي عليه التجويز الشرعي؛ لأنه إذا كان البنك متضررا حقيقة من هذا التأخير، فلا مبرر من منعه على تحصيل وجبر هذا الضرر، وإن لم يكن هناك ضرر حقيقة ولو مع التأخير، فهذا تعسف في التحصيل، وأكل مال بغير وجه حق⁽¹⁾.

2- القول بالمنع والتحریم في هذه الصورة هو الأولى؛ لأن أثر ذلك على المدين واحد سواء أكان الدائن هو المستفيد أم جهة أخرى حتى وإن كان سيتخلص من تلك الزيادة أم لا⁽²⁾.

3- إن الأساس الذي بنى عليه القائلون بجواز الإلزام بالتبرع وعولوا عليه، فهو محل نظر؛ لأن المراد والمقصود من قول الحطاب وبعض الفقهاء الإلزام بالتبرع جائز فهذا محمول على إلزام المرء نفسه شيئا من المعروف مطلقا أو معلقا على شيء، وقد يطلق ويراد به ما هو أخص من ذلك، وهو التزام المعروف بلفظ الالتزام، وهو الغالب في أعراف الناس، وبالنظر الصورة التي ذكرت نجدها غير محققة هنا، وذلك لأن الدائن هو الذي ألزم المدين زيادة على دينه، وليس تبرعا من المدين نفسه دون اشتراط وهذا من الفوارق الدقيقة التي تمنعنا من تخريج هذه المسألة على الإلزام بالتبرع التي ذكرها فقهاء المالكية ومنهم الحطاب⁽³⁾.

4- لو كان الإلزام بالتبرع من الوسائل التي عاجلت بها السنة مشكلة المماطلة والتأخر في الديون لبينها النبي ﷺ بل جاء الحديث صريح من النبي ﷺ في الغني المماطل وأن ذلك يحل عرضه وعقوبته، ولو كانت عقوبة الإلزام بالتبرع والتصدق لذكرها النبي ﷺ وبينها للمسلمين؛ لأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة كما هو مقرر عند العلماء⁽⁴⁾.

المجلد 2، المرجع السابق، ص: 877، ووليد بن هادي، أصول ضبط المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 84.
(1) بلخير طاهر الإدريسي، حكم القرض الحسن من أجل الحج من طرف بنك BNA، ذكر ذلك على صفحته على الفاسبوك.

(2) يوسف بن عبد الله الشبيلي، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، المرجع السابق، ج 1، ص: 132

(3) سعد بن عبد الله الشويخ، التعويض عن التأخر عن السداد في الديون، المرجع السابق، ص: 130، 131.

(4) المرجع نفسه، ص: 130، 131.

وخلاصة القول في هذه المسألة، وبعد محاولتنا لعرضها وتحليل محل النزاع فيها والتأمل في النصوص، وتحليل أقوال العلماء والفقهاء ومحاولة الوصول إلى مقاصد المانعين والمجيزين يمكن أن نقول بجواز الإلزام بالتبرع ولو من باب (تجوز مرحلي فقط)، أو جواز هذا الشرط الجزائي من باب السياسة الشرعية على الغني المماطل ولكن في إطار ضيق وعدم التوسع في ذلك مادام البديل غير قائم أو ضعيف التطبيق وكل ذلك وفق ضوابط وشروط منها⁽¹⁾ :

1- ألا يكون ذلك شرطاً في العقد بأي حال من الأحوال.

2- أن يحكم بها حاكم فهي تعزير ينبغي أن يصدر به حكم حاكم.

3- أن تصرف في أوجه البر والإحسان ولا يستفيد منها المدين المماطل، فيجوز للدائن اشتراط دفع صدقة للفقراء إذا تأخر المدين عن الوفاء بدينه في المدة المحددة؛ لأن هذا الشرط تضمن مقصوداً صحيحاً في الشرع وهو البر بالفقراء.

وهذا الضابط الأخير هو ما نص عليه في المعايير الشرعية حيث جاء فيها: يجوز أن ينص في عقود المدينة؛ مثل المراجعة، على التزام المدين عند المماطلة بالتصدق بمبلغ أو نسبة من الدين بشرط أن يصرف ذلك في وجوه البر عن طريق المؤسسة بالتنسيق مع هيئة الرقابة الشرعية⁽²⁾.

وما يمكننا أن ننبه عليه أنه لا يجوز بأي حال من الأحوال اشتراط زيادة على المدين في حال تأخره في السداد؛ لأنه دين في ذمته والزيادة فيه زيادة في الدين، وهذا هو ربا الجاهلية المحرم حتى وإن كان بنية التخلص منها كما ذكرنا في الإلزام بالتبرع، وإن كان القول بالجواز تبناه الكثير من العلماء المعاصرين المعترين ولا بد من مراعاة الخلاف الفقهي المعتر⁽³⁾.

(1) - محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من النعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المجلد 2، المرجع السابق، ص: 894، وينظر: عبد الله المصلح، صلاح الصاوي، ما لا يسع التاجر جهله، مؤسسة الرسالة، المرجع السابق، ص: 307.

(2) - هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، (التي تم اعتمادها حتى صفر 1439هـ- نوفمبر 2017م)، ص: 94.

(3) - يوسف بن عبد الله الشيبلي، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، المرجع السابق، ج1، ص: 132، 131.

المسألة الرابعة: اشتراط حلول الدين بالمماطلة.

وصورته: هو اشتراط حلول بقية الأقساط عند التأخر في سداد قسطين متتاليين، أو ثلاثة أو نحو ذلك مما هو مشترك بين المتعاقدين⁽¹⁾.

فهل إذا اتفق الدائن مع المدين على حلول باقي الأقساط إذا تأخر المدين عن دفع قسط منها فهل يصح هذا الشرط؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على أقوال ويمكن أن نجمل أقوالهم في اتجاهين بارزين هما:

الرأي الأول: اشتراط حلول بقية الأقساط يعتبر شرطا صحيحا يلزم الوفاء به إذا وجدت الضوابط الشرعية التي تجعله صحيحا متوافقا مع مقاصد العقود الجائزة وقد، قال بجوازه الكثير من العلماء المعاصرين و الهيئات العلمية المعتبرة في العالم الإسلامي، وفي هذا المعنى يقول على أحمد السالوس: (المصارف الاسلامية التي لا تأخذ بالنظام السابق- حيث لم تجزه هيئات الرقابة الشرعية لديها- رأيت أن اتخاذ الإجراءات ضد المدين المماطل يكلفها الكثير، فنصت في عقود البيع على أن المشتري إذا تأخر في دفع قسطين متتاليين فإن باقي الأقساط تحل فورا، ويحق للمصرف المطالبة بجميع الأقساط، واتخاذ ما يراه لازما للوصول إلى حقه⁽²⁾).

وهو ما صدر به قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 32 شعبان 1410 هـ الموافق 14-20 مارس 1990م حيث قرر مالي⁽³⁾:

- يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط، ومع ذلك لا يجوز شرعا اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء حيث قرر ما يلي⁽⁴⁾:

- يجوز شرعا أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها، عند تأخر المدين عن أداء بعضها، ما دام المدين قد رضي بهذا الشرط عند التعاقد.

(1) ينظر: محمد بن عبد العزيز اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 299.

(2) علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصر والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 393.

(3) المرجع نفسه، ص: 724.

(4) المرجع نفسه، 724.

وجاء في كتاب ما لا يسع التاجر جهله: «فلا حرج في اتفاق الدائن مع المدين على حلول جميع الأقساط إذا أحل المدين في الوفاء ببعضها»⁽¹⁾.

يقول وهبة الزحيلي مقررا إلغاء التأجيل وطلب بقية الأقساط عند تأخر المدين في أداء أحد الأقساط المتفق عليها: «يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين أو بين البائع والمشتري في بيع التقسيط على أن المشتري إذا تأخر في دفع قسط أو قسطين متتالين، فيلزم بقية الأقساط كلها فورا، أي تحل بقية الأقساط فورا، ويحق للدائن المطالبة بجميع الأقساط، وهذا كما تقدم معمول به في مجال التعامل مع المصارف الإسلامية، ويكون ذلك وسيلة للضغط على المدين المماطل، والمبادرة إلى سداد الأقساط في مواعيدها المقررة»⁽²⁾.

وهو ما تبنته هيئة المحاسبة المالية للمعايير الشرعية، وجعلته من ضمانات عقد المراجعة ومعالجة مديونيتها حيث جاء فيها: يجوز اشتراط المؤسسة على العميل حلول جميع الأقساط قبل مواعيدها عند امتناعه أو تأخره عن أداء أي قسط منها من دون عذر معتبر بعد نهاية المدة المحددة في إشعار يرسل إليه بعد حلول الأجل بمدة مناسبة⁽³⁾.

واستدل على قولهم هذا ببعض أقوال الحنفية⁽⁴⁾:

ففي حاشية ابن عابدين: (عليه ألف ثمن، جعله ربه نجوما-أي أقساطا-)، إن أحل بنجم حل الباقي، فالأمر كما شرط (...)، وهي كثيرة الوقوع⁽⁵⁾.

(1) - عبد الله المصلح وعبد الله الصاوي، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 306.

(2) - وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 358.

(3) - هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، (التي تم اعتمادها حتى صفر 1439هـ- نوفمبر 2017م)-، ص: 215.

(4) - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 4، ص533، بواسطة، عبد الله المصلح وعبد الله الصاوي، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 306.

ومن الأدلة على ذلك ما يلي (1) :

1- أن هذه المسألة - أعني حلول بقية الأقساط عند التأخر والمماطلة - مشمولة بالقواعد العامة والتي منها: أن الأصل في الشروط الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه، وأنه يلزم الوفاء بما تعاقد عليه لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، ولا يوجد ما يمنع من ذلك من نصوص الكتاب والسنة وقواعد الشريعة (2).

2- عدم وجود المعنى الدال على حرمة الشرط الجزائي في البيع بالتقسيط فليس فيه تحايل من أجل أكل الربا ولا الأوصاف والمعاني التي من أجلها منع الشرط الجزائي في العقود كالغرر والقمار والميسر وأكل أموال الناس بالباطل (3).

3- أن يكون السبب في التأخر الإعسار، وهذا من حقه الإنظار؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: 280]، وأما إن كان مماطلا غنيا، فإنه يستحق الشرط الجزائي ويجب الوفاء به (4).

4- أن يوضع من الأقساط المؤجلة التي حلت بالشرط ما زيد فيها مقابل التأجيل فلا يأخذ إلا قيمتها الحالية؛ لأن الزيادة كانت في مقابل الأجل فأخذها بدون الأجل أكل لأموال الناس بالباطل؛ لأنه بدون مقابل (5).

5- إن شرط حلول الأقساط إذا تخلف المدين عن السداد شرط جائز؛ ذلك أن التأجيل حق للمدين، وله أن يتنازل عنه متى شاء؛ لأنه مضروب لمصلحته كما قال ابن عابدين: «فلو قال: أبطلت الأجل أو تركته، صار الدين حالا» (6).

(1) محمد بن عبد العزيز اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 300.

(2) المرجع نفسه، ص: 300، ومحمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المجلد 2، المرجع السابق، ص: 876.

(3) محمد بن عبد العزيز اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع نفسه، ص: 300.

(4) المرجع نفسه، ص: 300.

(5) المرجع نفسه، ص: 300.

(6) محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المجلد 2، المرجع السابق، ص: 875. وإبراهيم رحمان، حماية الديون في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة، دار البشائر الإسلامية، ط 1، 1432هـ-2011م، ج 1، ص: 616.

6- بما أن التأجيل من حق المدين فله أن يعلق تنازله عنه بعجزه عن الوفاء أو التأخير لقسط من الأقساط، لكي يكون حافظاً له على الوفاء بالمدين لمخلة؛ وفي هذا مصلحة له؛ أي للمدين، وهذا الشرط يحقق أيضاً مصلحة للدائن، فهو يوفر له الاطمئنان على ماله، ولذلك يجوز اشتراطه⁽¹⁾.

وجاء في المعايير الشرعية: يجوز اشتراط حلول الأقساط جميعها إذا تأخر المدين المماطل عن سداد قسط منها، والأولى ألا يطبق هذا الشرط إلا بعد إشعار المدين ومضي مدة مناسبة وذلك ما لم توجد ظروف طارئة ينظر المعيار الشرعي رقم 5/بند 1.⁽²⁾

وجاء أيضاً فيها: يجوز اشتراط المؤسسة على العميل حلول جميع الأقساط قبل مواعيدها عند امتناعه أو تأخره عن أداء أي قسط منها من دون عذر معتبر بعد نهاية المدة المحددة في إشعار يرسل إليه بعد حلول الأجل⁽³⁾.

وقد أشار الكثير من علماء الحنفية لهذه المسألة في كتبهم الفقهية وفتاويهم العلمية كما نقل ذلك الشيخ تقي الدين العثماني وغيره من العلماء المحققين، حيث قال بعد أن نقل أقوال بعض الحنفية في المسألة وبين مقصودهم وتصويبها فقال: «وإن هذه النصوص الفقهية تدل على جواز مثل هذا الشرط، وحينئذ إذا قصر المشتري في أداء بعض الأقساط عند حلول موعدها، جاز للبائع أن يطالبه ببقية الأقساط حالة، ولكن مقتضى ما ذكرناه عن بعض المتأخرين من الحنفية في مسألة المراجعة السابقة أن لا يطالبه من ربح المراجعة إلا بقدر ما مضى من الأيام، فمن أخذ بتلك الفتوى، فيأخذ بها في هذه المسألة أيضاً، ومن لم، يأخذ بها كما هو المناسب في رأينا، فإنما يفتي بحلول الثمن بكامله عند التقصير في أداء بعض الأقساط»⁽⁴⁾.

(1) محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، المجلد 2، المرجع السابق، ص: 875.
(2) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، (النص الكامل للمعايير الشرعية التي تم اعتمادها حتى صفر 1439هـ - نوفمبر 2017م)، ص: 94.
(3) المرجع نفسه، ص: 215.
(4) محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 36.

الرأي الثاني:

لقد ذهب أصحاب هذا الرأي إلى عدم جواز هذا الشرط؛ لأنه يحقق منفعة زائدة للدائن، وذلك أن الثمن المؤجل غالباً ما يكون أعلى من الثمن الحال، فإذا اتفق الطرفان على حلول الأقساط عند العجز عن أداء قسط منها كان البائع قد أخذ الزيادة بلا مقابل، والزيادة بلا مقابل ربا.

ومن الأدلة المؤيدة لهذا الرأي أن البيع إذا كان بصيغ المراجعة لأمر بالشراء، وقد نص فيه البائع بزيادة في الثمن من أجل الأجل، فقد أفتى المتأخرون من الحنفية بأنه إذا قضى المدين قبل حلول الأجل، أو مات قبله، فإن البائع لا يأخذ من الثمن إلا بمقدار ما مضى من الأيام، ويحط من دينه ما كان بإزاء المدة الباقية⁽¹⁾.

ومن النقول التي ذكرها الشيخ تقي الدين العثماني من علماء الحنفية الحصكفي مع شرح المحشي ابن عابدين حيث قال:

قال: الحصكفي في الدر المختار: «إذا قضى المديون الدين المؤجل قبل الحلول أو مات، فحل بموته، فأخذ من تركته، لا يأخذ من المراجعة التي جرت بينهما إلا بقدر ما مضى من الأيام، وهو جواب المتأخرين، (قنية)، وبه أفتى المرحوم أبو السعود أفندي مفتي الروم، وعلله بالرفق للجانبين»⁽²⁾.

وقال ابن عابدين تحتها: «قوله: (لا يأخذ من المراجعة): صورته: اشترى شيئاً بعشرة نقد، وباعه لآخر بعشرين إلى أجل هو عشرة أشهر، فإذا قضاها بعد تمام خمسة أشهر أو مات بعدها يأخذ خمسة، ويترك خمسة»⁽³⁾.

وقد نبه محمد تقي الدين العثماني على أن هذه المسألة ذكرت بعينها في تنقيح الفتاوى الحامدية وهي من الكتب الحنفية المعتمدة؛ ولتوضيح ذلك ننقل السؤال المطروح فيها وهو كما يلي:

«سئل فيما إذا لزيد بذمة عمرو مبلغ دين معلوم، فراجحه عليه إلى سنة، ثم بعد ذلك بعشرين يوماً مات عمرو المديون، فحل الدين ودفعه الورثة لزيد، فهل يؤخذ من المراجعة شيء أم لا؟

(1)- محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، ج 1، المرجع السابق، ص: 34.

(2)- المرجع نفسه، ص: 34.

(3)- المرجع نفسه، ص: 34.

الجواب: جواب المتأخرين أنه لا يؤخذ من المراجعة التي جرت المبايعة عليها بينهما إلا بقدر ما مضى من الأيام، قيل للعلامة الشيخ نجم الدين: أتفتي: به؟ قال: نعم، كذا في (الانقروي) و (التنوير)، وأفتى به علامة الروم مولانا أبو السعود⁽¹⁾.

قال الشيخ محمد تقي العثماني موضحا سبب فتوى متأخري الحنفية: ولعلمهم أفتوا بذلك على أساس أن الأجل وإن لم يكن صالحا للاعتياض عنه على سبيل الاستقلال، ولكن يجوز أن يقع بإزائه شيء من الثمن ضمانا وتبعاً، كما أنه لا يجوز بيع الحمل في بطن البقرة، ولكن يجوز أن يزداد من أجله في قيمة البقرة، فما لا يجوز بيعه مستقلاً قد يجوز الإعتياض عنه تبعاً، ولما كان أساس المراجعة على بيان قدر من الربح، جاز أن يكون شيء من الربح بإزاء الأجل، فصار الأجل كأنه وصف في المبيع، فلما انتقص ذلك الوصف بأداء الدين قبل الحلول، أو بسبب حلوله بموت المدين، انتقص الثمن بقدره، وإلى هذا المعنى أشار ابن عابدين في تعليل هذه المسألة⁽²⁾.

فنقل تقي الدين العثماني كلام ابن عابدين رحمه الله وبين تعليله للمسألة ولكن اعترض على تعليله؛ لأن كلام الحنفية مطلق لم يفرق بين بيع المساومة والمراجعة، بل وردت في كل بيع مؤجل، وبالتالي العمل بهذه الفتوى الحنفية يجعلنا نقرب أو أكبر مشابهة للمعاملات الربوية التي يتردد فيها القدر الواجب في الذمة ما بين القليل والكثير مرتبطاً بالآجال المختلفة للأداء، حتى قال فمن المناسب عدم العمل بهذه الفتوى لا في بيع التقيسيط ولا المراجعة التي تجرئها المصارف الإسلامية⁽³⁾.

وبعد عرض أقول العلماء في هذه المسألة يترجح لنا القول الأول الذي ذهب إلى جواز اشتراط حلول باقي الأقساط في حالة عدم الالتزام بالمدة المحددة أو التأخر في دفع قسط منها لعدم وجود نصوص شرعية تمنع من ذلك ولما فيه من مصلحة للدائن والمدين، وإذا قلنا بجواز هذه المعاملة، فليس معنى ذلك أنه بمجرد التأخر المسارعة إلى هذا الشرط بل لا بد أن تكون مدة التأخر خارجة عن المعتاد وعن الحالة العادية بين الدائن والمدين⁽⁴⁾.

(1)- محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، ج1، المرجع السابق، ص: 35.

(2)- المرجع نفسه، ص: 35.

(3)- ينظر: المرجع نفسه، ص: 35.

(4)- ينظر: محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المجلد 2، المرجع السابق، ص: 876.

وهذا الترجيح هو الذي مال إليه عثمان شبير في بحثه حيث قال: (والذي أراه في هذا الشرط أنه جائز شرعا، فيجوز للدائن أن يشترط حلول باقي الأقساط، إذا تأخر المدين عن سداد قسط منها، لعدم وجود نص يمنع منه؛ ولأنه يحقق مصلحة كل من الدائن والمدين... إلي أن قال وإذا قلنا بجواز هذا الشرط فلا يعمل به بمجرد تأخير المدين عن سداد القسط، وإنما ينبغي أن تكون المدة التي يتأخر فيها قد تجاوزت ما اعتاد عليه كل من الدائن والمدين التساهل فيها كما قال العطار: «على أن تساهل الدائن مع المدين تساهلا يؤدي إلى اعتياد المدين تأخر الوفاء بالقسط مدة قليلة يقتضي ضرورة تفسير الاتفاق سالف الذكر بحسب ما جرى العمل به أخيرا بين الدائن والمدين»⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الشروط الجزائية في الالتزامات غير المالية.

وصورته أن يكون محل الالتزام عمل من الأعمال كعقود المقاولة أو تسليم مبيع أو تنفيذ عمل، إذ يتفق الدائن مع المدين على شرط جزائي إذ ما أحل بالتزامه حرصا على تنفيذه في وقته المحدد، فما حكم هذه الصورة عند العلماء والباحثين وهل هي محل اتفاق بينهم أم اختلاف؟
اختلف العلماء المعاصرون في هذه المسألة- في حكم الشرط الجزائي في غير الديون المالية أو الالتزامات التي لا يكون محلها النقد- على أقوال يمكن أن نجملها في ثلاث اتجاهات هي كالتالي:

القول الأول: ذهب جمهور العلماء المعاصرين⁽²⁾ والفقهاء المحققين إلى جواز الشرط الجزائي في جميع العقود المالية المتعلقة بعدم تنفيذ الأعمال أو التأخر فيها ماعدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينا أي الشرط المتعلق بالديون، وقد تبنى هذا القول الكثير من الهيئات الشرعية ولجان الفتوى في العالم الإسلامي مثل إدارة البحوث والإفتاء بالمملكة العربية السعودية⁽³⁾، ودار الإفتاء المصرية، والهيئة الشرعية في بيت التمويل الكويتي، ومن الجامع الفقهي لجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي⁽⁴⁾، ومن العلماء

(1) محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، المجلد 2، المرجع السابق، ص: 876

(2) عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، دار كنوز اشبيلية، الرياض، المملكة السعودية، ط1، 1443هـ-2009م، ج1، ص: 368، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليماني، المرجع السابق، ص: 222، 223.

(3) أبحاث هيئة كبار العلماء، المملكة العربية السعودية، الطبعة الخامسة، مج1، ص: 295، 296.

(4) محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، مج2، ص: 859، ينظر: عادل شاهين محمد شاهين، عقد التوريد حقيقته وأحكامه في الفقه الإسلامي، دار كنوز إشبيلية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1432هـ-2011م، ج2، ص: 563.

والباحثين: محمد عثمان شبير⁽¹⁾، و علي أحمد السالوس⁽²⁾، و الصديق محمد الأمين الضير⁽³⁾، و زكي الدين شعبان، والشيخ وهبة الزحيلي⁽⁴⁾، و محمد بن إبراهيم موسى⁽⁵⁾، و عبد الله المطلق⁽⁶⁾، و عبد الله الطيار⁽⁷⁾، و عبد الله المصلح، وصلاح الصاوي⁽⁸⁾، و عادل شاهين محمد شاهين⁽⁹⁾، و عادل بن عساف بن مقبل العنزي⁽¹⁰⁾.

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 109 (12/3) المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية من 25 جمادى الآخرة 1421هـ - 1 رجب 1421هـ الموافق 23-28 سبتمبر 2000م، حيث جاء في الفقرة الرابعة منه: «يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ماعدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً؛ فإن هذا من الربا الصريح، وبناء على هذا، يجوز هذا الشرط -مثلاً- في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه.

ولا يجوز -مثلاً- في البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية سواء، كان بسبب الإعسار، أو المماطلة، ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه»⁽¹¹⁾.

(1) محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 859.

(2) علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 400، وينظر: علي أحمد السالوس، الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة، ص: 137.

(3) الصديق محمد الأمين الضير، الشرط الجزائي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج2، ص: 76.

(4) وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 178.

(5) محمد بن إبراهيم موسى وآخرون، الفقه الميسر، ج10، المرجع السابق، ص: 33-50.

(6) المرجع نفسه، ص: 33-50.

(7) المرجع نفسه، ص: 33-50.

(8) عبد الله المصلح وصلاح الصاوي، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 49.

(9) عادل شاهين محمد شاهين، عقد التوريد حقيقته وأحكامه في الفقه الإسلامي، دار كنوز اشبيليا، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1432هـ-2011م، الجزء الثاني، ص: 563، ينظر: عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 368، 369.

(10) عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، المرجع نفسه، ج1، ص: 391-392.

(11) علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 400، 401.

ويراد بهذا القرار ما كان محل الالتزام فيه القيام بعمل من الأعمال؛ كتوريد سلعة أو صناعة شيء أو إنشاء مبنى، أما إذا كان محل الالتزام ديناً من الديون؛ كضمن سلعة حال أو مؤجل أو مسلم فيه، أو قرض أو كان الشرط الجزائي غرامة مالية عن التأخر في سداد الدين المستحق في الوقت فإنه داخل في الربا المحرم، ويدخل في ذلك- في ربا الدين- إذا وضعت الغرامة المالية على المستصنع والمورد فلها حكم الشرط الجزائي الذي محل الالتزام فيه ديناً⁽¹⁾.

ومن الهيئات العلمية التي تبنت جواز الشرط الجزائي في غير الديون هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية باعتباره من مصلحة العقد وحافزاً لإكماله في وقته المحدد له⁽²⁾.

حيث جاء في قرارها وإن كان عاماً في عبارته وهو ما جعل كثيراً من العلماء يتوهم جواز الشرط الجزائي في الديون لكن هذا التوهم دفعه كثير من العلماء بل قال بعدم جوازه أعضاء الهيئة أنفسهم حيث جاء في القرار: (أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً فيكون العذر مستقلاً لوجوبه حتى يزول، وإذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي، ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة، أو لحق من مضرة ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر عملاً بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَّمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ يَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ (النساء: 58)، وقوله سبحانه: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ عَلَىٰ آلَا تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ (المائدة: 8) ويقوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»⁽³⁾ وباللغة التوفيق⁽⁴⁾.

(1) - محمد الصديق الأمين الضير، الشرط الجزائي، ج12، المرجع السابق، ص: 66-68.

(2) - أبحاث هيئة كبار العلماء المملكة العربية السعودية، ج1، المرجع السابق، ص: 296.

(3) - أخرجه مالك، أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، الموطأ، نج: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبو ظبي - الإمارات، ط1، 1425هـ - 2004م، الموطأ، كتاب الأفضية، القضاء في المرفق، رقم: 600، ج4 ص1078.

(4) - أبحاث هيئة كبار العلماء، المملكة العربية السعودية، الطبعة الخامسة، المجلد الأول، ص: 295، 296.

وهذا الإطلاق في قرار الهيئة الموقرة يتعين حمله على الشرط الجزائي في غير الديون، وإلا لزم القول بجواز الربا المحرم وهذا لا يتصور من هيئة علمية لها مكانة عالمية تضم الكثير من العلماء والباحثين الذين يتمتعون بسمعة وورع ودين ما يبرأهم من ذلك ويجعلهم يخرجون عن جماهير العلماء.

ومما يؤيد هذا التوجيه أن عبد الله ابن منيع وهو عضو في الهيئة وممن شارك في قرار الهيئة بين بوضوح أن هذا لم يكن مرادا مطلقا من الهيئة ولا يمكن أن يتصور إرادة ذلك منها، ومن الأعضاء كذلك عبد العزيز بن باز وغيرهم وهم أعضاء في مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي وقد شاركوا في إصدار قرار المجمع بمنع الشرط الجزائي في العقود التي يكون فيها الالتزام الأصلي فيها دينا، وهذا كاف في تبين العموم السابق وتوضيح الموقف الرسمي للهيئة وإلا كان تناقض صريح وهذا مستبعد في حقهم، ولذلك وجب حمل مجمل كلامهم على ما جاء صريحا في فتاويهم وأقوالهم في تحريم الشرط الجزائي في الديون واعتباره من ربا الجاهلية الصريح⁽¹⁾.

قال وهبة الزحيلي - رحمه الله - عند تعريفه للشرط الجزائي موضحا الجائز منه ومقررا وناقلا لكلام هيئة كبار العلماء حيث قال: «... وهو مشروع فقط في مجال المقاولات وعقود الاستصناع وإجارة الأعمال ونحوها، وهو مأخوذ من قول القاضي شريح: «من شرط على نفسه طائعا غير مكره، فهو عليه» وصدر بذلك قرار هيئة كبار العلماء في السعودية في 1394/8/22هـ»⁽²⁾.

إضافة إلى الكلام السابق فإن فتواهم هذه لم تسلم من النقد العلمي والتعقيبات الهادفة ومن هذه الاعتراضات ما ذكره صاحب كتاب بيع التقيسيط حيث قال: وبالتأمل في قرار الهيئة؛ فإننا نلتبس أمورا منها⁽³⁾:

-أنها لم تجعل هذا الشرط ملزما في حالة العذر معتبرا شرعا.

-أنها لم تلزم العميل بموجبه إذا كان كثيرا عرفا، ويرجع إلى أهل الخبرة في تقدير الضرر.

(1) عادل شاهين محمد شاهين، عقد التوريد حقيقته وأحكامه في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج2، ص: 568.

(2) وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 178.

(3) هشام بن محمد سعيد آل برغش، بيع التقيسيط أحكامه وآدابه، المرجع السابق، ص: 99، 100.

- وهذه أمور محل اختلاف واعتراض تختلف من نظرة إلى أخرى؛ فإذا أضفنا إلى ذلك أن هذا الشرط أصلا محل نظر في ذاته، وأنه إذا طبقت عليه ضوابط الشروط الصحيحة والفاصلة- في المذاهب الثلاثة خلافا للحنبلة فإنه يكون أبعد من الجواز كما جاء في بحث الهيئة نفسه.

ومن صرح بجواز الشرط الجزائي في غير الديون أحمد علي السالوس في خاتمة بحثه الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة حيث جاء في النتيجة السابعة: «في المعاملات المعاصرة لا يجوز الشرط الجزائي الذي يؤدي إلى زيادة على الدين كالفوائد وغرامات التأخير، مهما كانت الأسباب، فهذه من الربا المحرم، ولكن يجوز الشرط الجزائي في الحقوق والالتزامات -ماعدا الدين- للتعويض عن الضرر الواقع فعلا»⁽¹⁾.

ومن الأدلة التي اعتمد عليها أصحاب هذا القول نذكر منها:

1- أن الأصل في الشروط الصحة والجواز كما تقدم ذكره وتقريره فلا يحرم منها إلا ما دل الشرع على تحريمه بنص أو قياس أو إجماع، ولم يرد في الشرع ما يدل على تحريم الشرط الجزائي فيبقى على الأصل والإباحة⁽²⁾.

يقول الصديق محمد الأمين الضير في مقاله الشرط الجزائي معتبرا قاعدة الأصل في الشروط الجواز والإباحة كالأساس الذي يبنى عليه حلية أو حرمة الشروط الجزائية حيث قال: «ولهذا اعتبرته- يعني الشرط الجزائي- من العقود المستحدثة التي تطبق عليها القاعدة التي اتفق الفقهاء المعاصرون على العمل بها»⁽³⁾.

ويجاب عن هذا الاستدلال بأنه لا يسلم بعدم وجود أدلة تحرم الشرط الجزائي؛ بل الكثير من الأدلة متوافرة ومتضاربة وظاهرة على تحريمه وعدم جوازه ودخوله تحت شبهة الربا والشروط المحرمة المفضية

(1)- أحمد علي السالوس، الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة، ص: 136.

(2)- أبحاث هيئة كبار العلماء، المملكة العربية السعودية، الطبعة الخامسة، المجلد الأول، ص: 293، ينظر: ينظر: عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 371، 392، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، المرجع السابق، ص: 217، 218. والصديق محمد الأمين الضير، الشرط الجزائي، المرجع السابق، الجزء 2، ص: 75.

(3)- الصديق محمد الأمين الضير، المرجع نفسه، الجزء 2، ص: 76.

إلى فساد العقود والمؤثرة في تنفيذها، فلا يحتج بهذا الأصل⁽¹⁾.

2- الشرط الجزائي في مقابل الإخلال بالالتزام حيث إن الإخلال به مظنة الضرر وتفويت المنافع، وفوات كسب متوقع وتفويت فرصة، وهذه خسارة حقيقية، وفي القول بتصحيح الشرط الجزائي سد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله، وسبب من أسباب الحفز على الوفاء بالعهود والعقود، وكل ذلك، ضرر يوجب التعويض، وقد قال النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»⁽²⁾، ومنه قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا

الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]

واعترض على هذا الاستدلال بأن مجرد الإخلال وما يؤدي إليه من تفويت فرصة متوهمة أو كسب مظنون لا يوجب التعويض، ولو سلم أن مجرد الإخلال ضرر يوجب التعويض، فإن تقدير التعويض يكون بعد وقوع الضرر لا قبله لأن تقديره بالشرط الجزائي السابق يؤدي إلى مفاصد كزيادة التعويض عن الضرر مما يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل، ولأن في تقديره مسبقاً جهالة وغرر⁽³⁾.

3- الاعتماد الاستثناس بما رواه البخاري في صحيحه بسند عن ابن سيرين أن رجلاً قال لكرهه: أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم، فلم يخرج فقال شريح: «من شرط طائعا على نفسه غير مكره فهو عليه»⁽⁴⁾.

وجه الاستدلال من هذا الأثر الذي جاء عن شريح أنه صريح في جواز الشرط الجزائي عن عدم التنفيذ؛ إذ هو تعويض عن الضرر اللاحق بسبب عدم تنفيذ العقد، فهو صورة واضحة من صور الشرط الجزائي⁽⁵⁾.

(1) عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، دار كنوز اشبيليا، الرياض، المملكة السعودية، الطبعة الأولى، 143هـ - 2009م، الجزء الأول، ص: 371، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 218، 219.

(2) خرجته مالك، أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، الموطأ، تح: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبو ظبي - الإمارات، ط1، 1425هـ - 2004م، الموطأ، كتاب الأفضية، القضاء في المرفق، رقم: 600، ج4 ص1078.

(3) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 219-220.

(4) أبحاث هيئة كبار العلماء، المملكة العربية السعودية، الطبعة الخامسة، المجلد الأول، 292.

(5) أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 218، وعادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، دار كنوز اشبيليا، الرياض، المملكة السعودية، الطبعة الأولى، 143هـ - 2009م، الجزء الأول، ص: 378.

وقال أيوب عن ابن سيرين: أن رجلا باع طعاما وقال: إن لم آتكَ الأربعاء فليس بيني وبينك بيع، فلم يجيء فقال شريح للمشتري: (أنت أخلفت) ففضى عليه (1).

واعترض عن هذا الاستدلال، بأنه لا شبه بين هذه المسألة التي حكم فيها القاضي شريح والشرط الجزائي، وأوجه الاختلاف بينهم هي نفسها التي بين الشرط الجزائي وبيع العربون، ثم إن حكم القاضي شريح خالفه الكثير من العلماء (2).

4- الاستدلال بالعرف فقد تعارف الناس على وضع شروط جزائية وأدخلوها في معظم عقودهم خاصة في هذا العصر الذي عرفت فيه المعاملات المالية عقود مركبة ومستحدثة وشائكة وفي المقابل فساد الذمم وضياع العهود والحقوق فلجأوا إلى أساليب لحماية حقوقهم وضمن الالتزامات في موعدها فوجد الشرط الجزائي في عقود المقاولات الاستصناع والتوريد والمناقصة وعقود المراجعة والتفويض وعرف التعامل بهذا الشرط عرف صحيح ومقبول شرعا؛ لأنه لا يتعارض مع نص شرعي من كتاب أو سنة أو قياس أو إجماع، ولا يبطل واجبا ولا يحل حراما فهو شرط جائز صحيح مخرج على ما قرره الكثير من الفقهاء والعلماء، فلو قلنا بإفساده للعقد لترتب على ذلك إفساد الكثير من عقود الناس وإبطالها (3).

وتعقب هذا الاستدلال بالعرف، أنه لا يصح الاستدلال بالعرف، فإن العرف ليس من أدلة تشريع الأحكام، وإنما يبنى عليه في تطبيق الأحكام، وفهم المراد من ألفاظ النصوص، ومن عبارات الناس في أيمانهم وتداعيهم وأخبارهم وسائر ما يحتاج إلى تحديد المقصود منه من الأفعال والأقوال، فلا تأثير له فيما تبين أمره، وتعين المقصود منه، وقد تظافت الأدلة على منع الشرط الجزائي في الديون وغير الديون، فلا يعتد بالعرف في هذه المسألة (4).

(1) أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 218، وأبحاث هيئة كبار العلماء، المملكة العربية السعودية، الطبعة الخامسة، المجلد الأول، ص: 295.

(2) عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، المرجع نفسه، الجزء الأول، ص: 378.

(3) أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 200، 201، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 219، 220، ينظر: ينظر: عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، المرجع نفسه، الجزء الأول، ص: 393.

(4) على أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، 339، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 219.

5- يعتبر الشرط الجزائي من باب السياسة الشرعية، فالعمل بمبدأ السياسة الشرعية يؤدي إلى القول بشرعية الشرط الجزائي؛ لأن الشرط الجزائي، وإن لم يرد في مشروعيته نصوص صريحة خاصة بجوازه إلا أننا لو نظرنا إلى الشرط الجزائي من خلال مبدأ السياسة الشرعية فإننا نستطيع القول بأن الحكم بجوازه يدخل في إطار هذا المبدأ وإن لم يدل عليه دليل خاص، ولكنه لا يصادم قواعد الشريعة ولا يعارض نصاً من نصوص الشارع، ولا ورد بشأنه إجماع يجرمه، ولا ينافي مقتضى العقد، فما هو إلا تعويض عن عدم تنفيذ العقد أو التأخر فيه، بل فيه مصلحة للعقد وللعاقد الدائن ولذلك فإن القاضي يستطيع الحكم بالتعويض عن ضياع المصالح المتوقعة والضرر الواقع من عدم تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه والتعويض عن الأضرار التي لحقت بالدائن من جرأ ذلك بمقتضى السلطة التقديرية الممنوحة له فيما لا نص فيه، عملاً بمبدأ السياسة الشرعية من إقامة العدل وإحقاق الحق ودفع الضرر، وأخذ بمشروعية التعزيزات، والغرامات المالية، يفعل ذلك القاضي إذا رأى فيه حاجة أو مصلحة⁽¹⁾.

وفي هذا يقول ابن القيم -رحمه الله- «... ولا نقول: إن السياسة العادلة مخالفة للشريعة الكاملة، بل هي جزء من أجزائها وباب من أبوابها، وتسميتها سياسة أمر اصطلاحية، وإلا فإذا كانت عدلاً فهي من الشرع، فقد حبس النبي ﷺ في تهمة وعاقب في تهمة⁽²⁾ لما ظهرت أمارات الريبة على المتهم...»⁽³⁾.

ويجاب عن هذا الاستدلال بأن مجال السياسة الشرعية هو التعزيزات والأمر التي لم يرد فيها نص من القرآن أو السنة، ويدخلها التغيير والتبديل وترجع إلى اجتهاد القاضي وأحكامها منوطة به وهي تمثل أوسع الأبواب الاجتهادية في الفقه الإسلامي، ومن خلال هذا التوضيح ندرك أن الشرط الجزائي خارج عن هذا الحيز الاجتهادي؛ لأنه قد دلت البراهين والأدلة على عدم جوازه فلا دخل له في باب السياسة الشرعية⁽⁴⁾.

(1) أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، 202، 203 ينظر: عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 381، 382، ينظر: محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 220-221.

(2) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأفضية، باب في الحبس في الدين وغيره، رقم: 3630، ج3 ص 314، والترمذي في جامعه، أبواب الديات عن رسول الله ﷺ، ما جاء في الحبس في التهمة، رقم: 1417، ج3، ص80، والنسائي في سننه، كتاب قطع السارق، باب امتحان السارق بالضرب والحبس، رقم: 4876، ج8، ص67.

(3) ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، المرجع السابق، ص: 1250.

(4) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود، المرجع السابق، ص: 221.

6- ومن أدلتهم إعمال القاعدة الفقهية والأصولية - الحاجة تنزل منزلة الضرورة- والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة- سواء كانت حاجة عامة أو خاصة، ولقد أصبحت الحاجة إلى الشرط الجزائي حاجة عامة فقد شاع الشرط الجزائي في باب المعاملات المالية فقلما تجدد عقدا يخلو منه خاصة عقود التوريد الاستصناع والمقاولة والإجارة والمناقصة، وأصبحت الحاجة ماسة إليه على مستوى الأفراد والمؤسسات، وعموم الحاجة أمر معتبر في الشريعة الإسلامية لرفع الحرج والضيق، فلذلك كانت هذه القواعد معمولاً بها في كثير من المسائل المالية المعاصرة مراعاة لحاجة الناس وتنزيلها منزلة الضرورة، فيجوز ما كان فيه حاجة أو مصلحة عامة ولو كان يشتمل على بعض المحاذير كالغرر اليسير والجهالة؛ ولذلك جوزوا عقود الاستصناع وعقود السلم والإجارة وإن كانت خلاف القياس الأصل ودخول الحمام مع جهالة المكث فيه فكل ما احتاج إليه الناس في معاملاتهم المالية وإن كان فيه غرر يسير أو جهالة أو كان خلاف القياس فيعفى عنه مراعاة للحاجة ورفع الضرر.⁽¹⁾

ونوقش هذا الاستدلال بأنه لا يسلم بوجود حاجة ماسة إلى الشرط الجزائي، ففي التعويض عن الضرر بعد وقوعه غنية عن تقدير التعويض بالشرط الجزائي مسبقاً وجزافاً قبل وقوع الضرر⁽²⁾.

وأجيب عن هذا الاعتراض بأن الحاجة ماسة وشديدة إلى الشرط الجزائي، وليس في التعويض القضائي بعد وقوع الضرر غنية عن التعويض بالشرط الجزائي؛ لأن التعويض القضائي خاصة في هذا العصر يكلف الكثير من الجهد، والوقت، والمال، ويقع النزاع والاختلاف في تقدير الضرر والتعويض عنه، بل إن بعض القضاة لا يرون التعويض- أصلاً- عن الضرر الحاصل بالإخلال في العقود والالتزامات، ومن ثم فالحاجة ماسة وشديدة إلى الاتفاق على تقدير التعويض عن الضرر الحاصل بالإخلال في العقود والالتزامات بالشرط الجزائي⁽³⁾.

7- استدلووا بالتشابه الموجود بين الشرط الجزائي والعربون من حيث أن كلا منها شرط يوجب على من أحل بالعقد عقوبة مالية يجري تعيينها قبل حصول ذلك⁽⁴⁾.

(1)- عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 379، ينظر:

محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 221، 222.

(2)- محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، المرجع نفسه، ص: 221.

(3)- عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 380.

(4)- أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 213، ينظر: عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 358-376، ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء، المملكة العربية السعودية، الطبعة الخامسة، المجلد الأول، 287.

واعترض على هذا القياس بأنه قياس مع الفارق وقياس على أصل مختلف فيه وهذا مخالف لما هو معروف عند علماء الأصول الاتفاق على حكم الأصل والجمهور خالف الحنابلة في هذه المسألة وقالوا ببطلان بيع العربون⁽¹⁾.

وكذلك يقال إن العربون مقابل لحق العدول عن العقد، فلا يشترط لاستحقاقه لحق الضرر بالبائع بل بمجرد الرد؛ بخلاف الشرط الجزائي، فلا بد من وجود الضرر من جرّاء عدم التنفيذ أو التأخر في العقد، وفي الأول لا يجوز للقاضي أن يتدخل في تعديله بالنقصان أو الزيادة بخلاف الثاني فللقاضي أن يعدله إذا كان كثيرا أو أن يلغيه إن لم يوجد ضرر⁽²⁾.

ومن الفوارق الجوهرين بين الشرط الجزائي والعربون، هو أن تحقق الشرط الجزائي لا يؤدي إلى فسخ العقد بخلاف العربون، فإن العدول عنه يؤدي إلى فسخ العقد⁽³⁾.

8- الشروط المقترنة بالعقد أقسام وأنواع فمنها الصحيح والفاقد ومنها الذي من مصلحة الموافق لمقتضى العقد ومنها المنافي له، والشرط الجزائي يعتبر من مصلحة العقد، فهو شبيه بالكفيل والرهن من أجل إكمال العقد في وقته المحدد⁽⁴⁾.

واعترض على هذا الاستدلال بأن وجود بعض المصالح في الشرط الجزائي لا يعني إباحته كما نص الله سبحانه وتعالى في محكم تنزيله عن الخمر والميسر «ويسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما»، والشرط الجزائي وإن كان يظهر فيه مصلحة إلا أنها من المصالح الملغاة الغير معتبرة في الشريعة الإسلامية⁽⁵⁾.

(1) ابن جزى المالكي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص: 252، وأسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق: 211، 212، وعادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 360.

(2) أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 213، وعادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 360، 361.

(3) أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 213.

(4) المرجع نفسه، ص: 203، 204، وعادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، ج1، المرجع السابق، ص: 360، 361، وعادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، ج1، المرجع السابق، ص: 374.

(5) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 216، وعادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، دار كنوز اشبيليا، الرياض، المملكة السعودية، الطبعة الأولى، 143هـ- 2009م، الجزء الأول، ص: 374، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 220.

ومن ناحية أخرى أن قياس الشرط الجزائي على اشتراط الرهن والكفيل فهو قياس مع الفارق، وذلك أن الشرط الجزائي يعتبر تعويض عن الضرر بخلاف الرهن والكفالة فهما من عقود الاستيثاق والاستيفاء وليس فيهما تعويض عن الضرر فلا وجه للقياس بعد اختلاف الأصل⁽¹⁾.

القول الثاني: ذهب أصحاب هذا القول إلى عدم جواز الشرط الجزائي مطلقا سواء كان في الديون أو غيرها، وقال بهذا بعض العلماء المعاصرين منهم عبد الله بن زيد آل محمود⁽²⁾، ومحمد بن عبد العزيز اليميني⁽³⁾، ونسب هذا القول أيضا لبعض العلماء من باب اللزوم⁽⁴⁾؛ لأنهم ذهبوا إلى أن الضرر الحاصل من جراء الامتناع عن الوفاء بالعقد، أول التأخير في تنفيذه لا يوجب التعويض في الفقه الإسلامي، وبذلك فقد أنكروا أصله وجوهره ولازم هذا القول عدم جواز الشرط الجزائي الذي يقوم على التعويض عن الضرر، ومن هؤلاء عبد الرزاق السنهوري، وعلي الخفيف⁽⁵⁾، وفتحي الدريني، ومحمد حافظ صبري، وشفيق شحاتة⁽⁶⁾.

وفي هذا يقول أسامة الحموي مؤكدا هذه النسبة إليهم وهي عدم جواز الشرط الجزائي حيث يقول: ذهب بعض الباحثين المحدثين إلى أن الضرر الحاصل نتيجة لامتناع عن الوفاء بالعقد، أو التأخر في الوفاء بموعده المعين له، لا يوجب التعويض في الفقه الإسلامي؛ لأنهم ذكروا أن التعويض لا يكون إلا في مقابلة مال بمال تالف، ومن هؤلاء عبد الرزاق السنهوري، وعلي الخفيف، وشفيق شحاتة، و سيد عبد الله علي حسين، وأستاذنا فتحي الدريني⁽⁷⁾.

(1) عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 374.

(2) عبد الله بن زيد آل محمود، أحكام عقود التأمين ومكانتها من شريعة الدين، مجموعة رسائل الشيخ، الدوحة، ط3، 1436هـ-2015م، مج4، ص: 63.

(3) محمد بن العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 228-229.

(4) ومن المعاصرين الذين نسبوا لهم القول بعدم جواز الشرط الجزائي أسامة الحموي في كتابه الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، أنظر التفصيل، ص: 230، محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني في أطروحته الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة انظر، ص: 223.

(5) عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، المرجع السابق، ج1، ص: 378، وعلي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ص: 19.

(6) أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 230، وعادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 370، 371، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 223.

(7) أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 230.

ويقول عبد الله بن زيد آل محمود عند كلامه عن عقد الاستصناع مبينا عدم جواز الغرامة المالية أو الشرط الجزائي إذا تأخر المقاول عن المدة المحددة وهو دليل يوضح موقفه من الشرط الجزائي في غير الديون حيث قال: «...إذا ثبت هذا فإن الحكم على المقاول بإلزامه بالغرامة على ما زاد على المدة، مع العلم بهذه الأعذار أنه حكم عليه بالجور وعدم العدل، ونتيجة هذا الحكم هو أن يستبيح المالك أكل مال المقاول وأجرة عمله وعرق جبينه ظلما بغير حق؛ لأن الذين فرضوا هذا الشيء سموها غرامة ظلما ونكالا.

ولم يصح عن أحد من أئمة المذاهب الأربعة القول بصحته؛ لأن هذا التحديد ووضع الغرامة على ما زاد عليه يقع غالبا من تكليف ما لا يستطاع كما ذكرنا ذلك والله لا يكلف نفسا إلا وسعها، وإنما وقع منهم على حساب الظن والتخمين في الانجاز قصدوا به الحث والتحريض، وقد اتفق الأئمة الأربعة على عدم إباحة هذه الغرامة بهذه الصفة، فلا يحكم بإلزامها إلا من يحكم بإباحة الربا والقمار وسائر العقود المنهي عنها مما يتراضى عليه الناس من العقود الفاسدة»⁽¹⁾.

ويقول علي الخفيف في بعض مواضع كتابه الضمان معتبر التأخر أو عدم التنفيذ في الالتزامات والعقود معصية يستحق عليها التعزير حتى الامتثال لا التعويض عن الضرر الذي يتعارض مع قواعد الشرع حيث قال: «فإن عدم قيام الملتزم بالتزامه يستلزم شرعا إلزامه وإجباره عليه، فإن امتنع كان امتناعه معصية يستحق عليها التعزير إلى أن يمتثل، أما إلزامه على وجه التعويض عما أحدثه بامتناعه من ضرر لا يتمثل في فقد مال فلا تبيحه القواعد الفقهية، والأصول الشرعية التي تقضي بأن أخذ المال لا يكون إلا تبرعا، أو في مقابلة مال أخذ أو أتلّف، وإلا كان أكلا له بالباطل، وعلى ذلك يكون أخذه تعويضا عن ضرر لم يترتب عليه تلف لمال غير جائز شرعا؛ لأن أساس التعويض في نظر الفقهاء هو مقابلة مال بمال، فإذا قوبل المال بغير مال كان أكلا له بالباطل، وإنما جازت الإجارة مع أن فيها مقابلة مال، وهو الأجرة بغير مال، وهو المنفعة فيما يرى الحنفية، للضرورة والمصلحة العامة التي اقتضت ذلك تأسيا على قيام الأعيان فيها مقام منافعها، وعلى تراضي المتعاقدين على ذلك، وعلى هذا الأساس فالفقه الإسلامي لا يعرف المسؤولية العقدية التي يعرفها الفقه الوضعي كما لا يترتب التعويض عن الضرر الأدبي»⁽²⁾.

(1) عبد الله بن زيد آل محمود، مجموعة رسائل الشيخ، الدوحة، الطبعة الثالثة 1436هـ-2015م، مج4، ص: 63.

(2) علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 19-20.

فامتناع صاحب الالتزام لا يعتبر ضررا يبيح لصاحب العقد المطالبة به ماديا؛ لأنه من أكل أموال الناس بالباطل ومخالف لقواعد الشريعة التي تنظر إلى الضرر الحقيقي وهو غالبا ما يكون إتلاف مال بمال، وكذلك الضرر الأدبي ليس فيه تعويض كما قرره الخفيف -رحمه الله رحمة واسعة- وكل ذلك مبني على أن التعويض يكون في مقابل الضرر الفعلي المادي الذي يلحق بصاحب العقد إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

واستند أصحاب هذا القول على مجموعة من الأدلة نذكر منها:

1- أن الشرط الجزائي هو اتفاق على تقدير جزائي للتعويض عن الضرر قبل وقوعه وهذا لا يجوز؛ لأنه يؤدي إلى محاذير شرعية ومن تلك المحاذير على وجه الاختصار: الجهالة الغرر الرهان المحرم المقامرة وأكل أموال الناس بالباطل، لأن الشرط الجزائي قد يكون أكثر من الضرر الواقع وأكثر القوانين تجيز هذه الزيادة، ولا شك أن هذه الأمور تؤدي إلى التنازع والاختلاف بين الناس من أجل ذلك نهي عنها الشارع الحكيم، فهي تخالف المقاصد الشرعية وأسرار الشريعة الربانية القائمة على سد الذريعة والتحوط وعدم فتح الباب للمرايين وأكل أموال الناس بالباطل⁽¹⁾.

ونوقش هذا الاستدلال أنه لا يسلم بأن الشرط الجزائي يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل؛ لأنه تعويض عن ضرر، لا يستحق إلا بعد وقوعه وما كان من غرر يسير أو جهالة فإنه مغتفر⁽²⁾؛ ولأن الشرط الجزائي إذا كان زائدا عن العادة فإنه يرجع فيه إلى القضاء فيعده حتى يتوافق مع العدل والإنصاف والضرر الحقيقي⁽³⁾.

2- أن الشرط الجزائي في حقيقته أصبح يستحق بمجرد الإخلال دون ضرر، وأصبح ذلك عرفا جرى بين الناس، وأكدته الحكم بجواز الشرط الجزائي، وأنه لا يعدل إلا في حالة المغالاة فيه، مما يجعل الزيادة غير المبالغ فيها حقا مستحقا للشرط كضمن المبيع، وهذا مكمن الخطر، إذ إن فيه تأكيد لأكل أموال الناس بالباطل، وتقرير لهم في ذلك، ولا سبيل إلى منع هذه المحرمات إلا بترك تقدير التعويض عن

(1) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 224، ينظر: عادل بن

عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، المرجع السابق، ج 1، ص: 385.

(2) ابن جزى المالكي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص: 249.

(3) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 224.

الضرر إلى وقت وقوع الضرر لا قبله⁽¹⁾.

واعترض عن هذا الاستدلال بأنه لا يسلم بأن الشرط الجزائي يؤدي إلى النزاع والاختلاف، بل المقصود الأساسي منه هو التقليل من الخلاف والنزاع بسبب الضرر ومقداره الناتج عن المماثلة وعدم تنفيذ الالتزام في وقته المحدد كل ذلك إدعانا للشرط الذي اتفق عليه المتعاقدان، وتراضيا عليه، والرجوع إلى القضاء بعد تقدير التعويض بالشرط الجزائي ليس في كل الأحوال، بل فيما إذا تبين أن الشرط الجزائي مبالغ في تقديره مبالغة فاحشة، وإثبات ذلك يقع على عبء الملتزم، فلا ينزاع إلا إذا كان عنده ما يثبت ذلك⁽²⁾.

3- أن الشرط الجزائي في معظم صورته القانونية يستحق حتى عن الأضرار الأدبية والمعنوية وتفويت الفرصة المتوهمة والكسب المظنون عند مجرد الإخلال بالالتزام وهذه ترجح أنه لا يجوز التعويض المالي عنها، وبالتالي لا يجوز الشرط الجزائي؛ لأن ما يستحق لأجله باطل فهو باطل⁽³⁾.

واعترض عن هذا الاستدلال بأنه لا يسلم بذلك؛ لأن مسألة التعويض عن الأضرار المعنوية والأدبية محل خلاف بين العلماء والفقهاء فلا يستدل بها في هذا الموطن.

وكذلك يقال بأنه لا يلزم من قال بجواز الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي أن يجيزه بجميع صورته في القانون، فالشرط الجزائي في الفقه الإسلامي لا يجوز في الديون، ولا عن الأضرار الأدبية والمعنوية، وإنما يجوز في غير الديون عن الأضرار المادية، وما فات من كسب مؤكد، أو ما لحق من خسارة، وهذا يجوز التعويض عنه كما سبق ذكره، وبالتالي فالشرط الجزائي في الفقه الإسلامي تعويض عما يستحق التعويض عنه⁽⁴⁾.

4- أن الشرط الجزائي لا يخلو من أربع حالات⁽⁵⁾:

(1) ينظر: عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 386،

ينظر: محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 224.

(2) عادل بن عساف بن مقبل العنزي، المرجع نفسه، ص: 386، ينظر: محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، المرجع نفسه، ص:

224، 226.

(3) محمد بن عبد العزيز اليميني، المرجع نفسه، ص: 226، وعادل بن عساف بن مقبل العنزي، المرجع نفسه، ص: 387.

(4) عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 389.

(5) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، 227.

أ- أن يزيد التعويض عن الضرر ويدفع التعويض فهذا أكل لأموال الناس بالباطل.

ب- أن ينقص التعويض عن الضرر ولا يطالب المتضرر نزولا عند الشرط الجزائي وهذا كسابقه.

ج- أن يتنازعا فيه ويرفعاه إلى القضاء فهنا زاد الشرط الجزائي من التنازع، بل وأدى إليه.

د- أن يساوي التعويض الضرر وهذه الحالة الوحيدة الموافقة للعدل فلا تجوز معاملة هذا واقعها.

واعترض عن هذا الاستدلال بأن كون التعويض بالشرط الجزائي قد يزيد عن الضرر، أو ينقص عنه هذا مسلم، لكن الغرر يختلف، وقد يكون من الغرر اليسير المعفوا عنه، إذا دعت الحاجة إلى هذه المعاملة، وعلى هذا فلا يكون أكل أموال الناس بالباطل، وأما أنه سبب الاختلاف والتنازع فقد بينا أن الشرط الجزائي في أصله وضع لفك النزاع والخلاف الناتج عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه⁽¹⁾.

5- إن من أعظم الأصول التي يعمل بها في باب المعاملات ويقطع بها حبل الحيل الربوية قاعدة سد الذرائع التي تعتبر سدا منيعا وأصلا متفق عليه في الغالب، والشرط الجزائي إن لم يكن فيه أكل أموال الناس بالباطل، فهو ذريعة مفضية إليه، وإلى الغرر، وإلى القمار، فقطعا لهذه الذريعة يمنع الشرط الجزائي⁽²⁾.

ويجاب عن هذا الاستدلال بأنه لا يمكن اعتبار الشرط الجزائي ذريعة إلى أكل أموال الناس بالباطل، بل هو في أصله تعويض عن ضرر لحق الدائن جرأ المماطلة والتأخر من طرف المدين، وما يحصل فيه من الغرر اليسير فإنه مغتفر وعفو للحاجة الماسة لذلك، هذا وعلى التسليم بذلك وأنه ذريعة للحرام، فلا بد أن يعلم أنه من المقرر في الشرع وجاءت به الشريعة الاسلامية وأقره العلماء قاعدة: أن ما حرم سدا للذريعة أبيض للمصلحة الراجحة وفي هذا يقول ابن القيم -رحمه الله - «وما حرم سدا للذريعة أبيض للمصلحة الراجحة كما أبيضت العرايا من ربا الفضل، ، وكما أبيضت ذوات الأسباب من الصلاة بعد الفجر والعصر، وكما أبيض النظر للنخاطب والشاهد والطبيب والمعامل من جملة النظر المحرم، وكذلك تحريم الذهب والحريز على الرجال حرم لسد ذريعة التشبيه بالنساء الملعون فاعله، وأبيض منه ما تدعوا الحاجة، وكذلك، ينبغي أن يباح بيع الحيلة المصوغة صياغة مباحة بأكثر من وزنها؛ لأن

(1) عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، ج1، المرجع السابق، ص: 389.

(2) المرجع نفسه، ص: 389، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص:

الحاجة تدعوا إلى ذلك وتحريم التفاضل إنما كان سدا للذريعة فهذا محض القياس ومقتضى أصول الشرع...»⁽¹⁾.

وعليه لا بد أن نبين أن سد الذريعة متى كان سببا لتفويت المصالح الراجعة فإنه لا يعتد بها ولا ينظر إليها.

6- أن الشريعة الإسلامية من خصائصها ومقاصدها أنها قائما على العدل والإنصاف والمساواة بين التعويض والضرر ومراعاة الطرفين؛ لذلك كفلت تعويض المتضرر بعد وقوع الضرر الحقيقي والمؤكد فمن قواعد دفع الضرر وتقسيمه والكثير منها مبني على حديث عظيم وهو: (لا ضرر ولا ضرار)، وعليه فلا يمكن العدول عن هذه القواعد العادلة إلى معاملة مستحدثة مصدرها القانون الوضعي الذي نظر إلى مصلحة المشتري دون الطرف الآخر المشروط عليه⁽²⁾.

واعترض عن هذا الاستدلال بأنه لا يسلم بأن الشرط الجزائي مخالف للقواعد الشرعية، بل الأصول العامة والقواعد الشرعية والمقاصد المعاملاتية تدل على جوازه وشرعيته، كما أن كونه معاملة مستحدثة أو مأخوذة عن القانون الوضعي لا يمنع من الاستفادة منه ما لم يخالف الشرع لأن الأصل في المعاملات الحل والجواز ورفع الحرج والضيق عن العباد أمر مقصود في الشريعة الإسلامية⁽³⁾.

القول الثالث: ذهب أصحاب هذا القول إلى جواز الشرط الجزائي إذا كان لعدم التنفيذ، وعدم جوازه إذا كان لأجل التأخير في التنفيذ، وممن قال بهذا رفيق المصري⁽⁴⁾، وحسن الجوهري⁽⁵⁾، وعلي محيي الدين القره داغي⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ ابن القيم الجوزي، أعلام الموقعين عن ربي العالمين، المرجع السابق، ص: 433، وعادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 389-390.

⁽²⁾ عادل بن عساف بن مقبل العنزي، المرجع نفسه، ص: 390-391، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 227.

⁽³⁾ عادل بن عساف بن مقبل العنزي، المرجع نفسه، ص: 390-391، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، المرجع نفسه، ص: 228-229.

⁽⁴⁾ رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، (عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة)، دار المكتبي، دمشق، سوريا، ط1، 1420هـ-1999م، ص: 64.

⁽⁵⁾ الصديق محمد الأمين الضير، الشرط الجزائي، المرجع السابق، الجزء 2، ص: 72.

⁽⁶⁾ المرجع نفسه، ج2، ص: 72.

يقول رفيق يونس المصري موضحا التفريق السابق بين عدم التنفيذ ولأجل التأخير في التنفيذ حيث يقول: «وعلى هذا فإن الرأي في الشرط إن كان لعدم التنفيذ فهو جائز، ويأخذ حكم العربون. وإذا كان الشرط الجزائي لأجل التأخير في التنفيذ فإنه غير جائز؛ لأنه يكون عندئذ في حكم ربا النسيئة»⁽¹⁾.

ويقول أيضا موضحا أكثر لهذا التفريق والتصريح بعدم جواز الشرط الجزائي في غير الديون حيث قال: «وبهذا نكون قد ميزنا في الشرط الجزائي بين التخلف (عدم التنفيذ) والتأخير، وبهذا تمتنع غرامة التأخير في عقود التوريد وعقود الأشغال، ويخطئ من يظن جوازها في عقود الأشغال، على أساس أن هذه العقود من باب الإجارة، لا يدخلها الربا، وقد أجاز العلماء هذا الشرط: إن خبطت هذا الثوب اليوم فلك درهم، وإن خبطته غدا فلك نصف درهم»⁽²⁾.

فلا يجوز للدولة في عقود التوريد والأشغال أن تفرض غرامات تأخير، إلا إذا كان يجوز لها في باب الربا (أخذًا وعطاءً) ما لا يجوز للأفراد⁽³⁾.

واستند أصحاب هذا القول إلى جواز الشرط الجزائي في حال عدم التنفيذ إلى عدة أدلة نذكر منها ما يلي:

أولاً: قالوا الشرط الجزائي جائز في حال عدم التنفيذ قياسا على بيع العربون، ووجه الشبه بينهم هو: أن كلا منهما شرط يوجب على من أحل بالعقد دفع مبلغ مالي يجري تقديره سلفا قبل حصول الضرر⁽⁴⁾.

يقول صديق الضرير مبينا وجه الشبه بين المعاملتين: «ووجه الشبه بين الشرط الجزائي والعربون هو أن كلا منهما تقدير للتعويض، فالشرط الجزائي تقدير للتعويض في حالة الإخلال بالعقد، والعربون تقدير

⁽¹⁾ رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، (عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة)، دار المكتبي، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، 1420هـ-1999م، ص: 64.

⁽²⁾ المرجع نفسه، ص: 64-65.

⁽³⁾ المرجع نفسه، ص: 64.

⁽⁴⁾ المرجع نفسه، ص: 64، وعادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، المرجع السابق، ج1، ص: 376.

للتعويض في حالة العدول عن العقد...»⁽¹⁾.

ونوقش هذا الاستدلال بأنه حتى وإن سلم بأن الشرط الجزائي يشبه العربون في حال عدم التنفيذ، فإنه يلزم على ذلك جوازه عن التأخير في التنفيذ أيضا؛ لأن كلا من العربون والشرط الجزائي إما أن يكون عقوبة، أو تعويضا عن الضرر يقدر سلفا قبل وقوعه، ويستوي في ذلك كون الشرط الجزائي عن عدم التنفيذ أو عن التأخير في التنفيذ، مادام في غير الديون⁽²⁾.

وهذا على التسليم الذي ذكرنا هناك فروق كثيرة ذكرها العلماء تميز معاملة العربون عن معاملة الشرط الجزائي المعاصر نذكر منها البعض من باب إزالة الشبهة العالقة في أذهان الكثير من الباحثين ومن باب التوضيح، ومن هذه الفروق الجوهرية الفاصلة⁽³⁾ :

1-العربون لا يجوز تعديله من القاضي، والشرط يجوز تخفيضه وزيادته.

2-الالتزام بدفع العربون عند عدول المشتري قائم ولو لم يترتب على العدول ضرر؛ لأنه مقابل العدول، أما الشرط الجزائي فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر على الدائن؛ لأنه تقدير للتعويض عن الضرر.

3-العربون هو المقابل لحق عدول المشتري عن العقد، أما الشرط الجزائي فهو تقدير للتعويض عن الضرر الذي يلحق الدائن بسبب عدم تنفيذ المدين للعقد.

ثانيا: أن المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام (الدين)، فإن في غرامة التأخير شبهة ربا نسيئة، تقضي أو تربي، فإذا دخلت شبهة الربا على الشرط الجزائي فإنه حرام بإجماع العلماء المنقول في الربا النسيئة⁽⁴⁾.

وفي هذا يقول رفيق يونس المصري: «لا يجوز للإدارة فرض غرامات تأخير على الموردين والمقاولين إذا تأخروا في تنفيذ التزاماتهم؛ لأن غرامات التأخير في التوريد والمقاولات تشبه فوائد التأخير في القروض الربوية»⁽⁵⁾.

(1)- الصديق محمد الأمين الضير، الشرط الجزائي، المرجع السابق، الجزء 2، ص: 55

(2)- ناجي شقيف عجم، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، العدد 12، المرجع السابق، ص: 206.

(3)- الصديق محمد الأمين الضير، الشرط الجزائي، المرجع السابق، الجزء 2، ص: 56.

(4)- رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة، المرجع السابق، ص: 60.

(5)- المرجع نفسه، ص: 74.

وأجيب عن هذا الاستدلال بما يلي:

ولعل من أبرز الاعتراضات والانتقادات عن هذا الاستدلال والتععيد ما جاء عن الصديق محمد الأمين الضرير في نقده لبعض الباحثين مبينا الفرق بين كون الالتزام اجل محدد ووقت مضروب وبين كون الالتزام مساويا للدين عند التسليم المبيع المستحق، فبينهما عموم وخصوص فكل دين التزام، وليس كل التزام ديناً، حيث قال: «ووافق رفيق المصري كل من حسن الجواهري ومحي الدين القره داغي، ولست معهم في هذا الرأي؛ لأن ما استدل به الدكتور رفيق المصري غير مقبول عندي، واستدلال رفيق هو: أن التسليم المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام (الدين)»⁽¹⁾.

أما كون المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام فلا خلاف فيه وأما كون هذا الالتزام مساويا للدين فغير مسلم؛ لأن الالتزام أعم من الدين فكل دين التزام وليس كل التزام ديناً، والالتزام في عقد المقاولة ليس ديناً، وإنما هو التزام بأداء عمل، والمقاولة قد يكون دائناً لا مدينا في كثير من الحالات، فالبنوك العقارية تقوم ببناء المساكن مقاولة وتتقاضى المقابل على أقساط بعد تسليم المبنى، وكذلك يفعل كبار المقاولين، والفرق كبير جدا بين التزام المقاول والمورد، والتزام المقترض والمشتري بثمن مؤجل والمسلم إليه فالتزام هؤلاء الثلاثة دين حقيقي ثبت في ذمتهم وأخذوا مقابله، وأما التزام المقاول والمورد فهو التزام بأداء عمل لا يستحقون مقابله إلا بعد أدائه⁽²⁾.

الراجح بعد عرض أقوال العلماء في حكم الشرط الجزائي في غير الديون تبين لنا رجحان القول الأول الذي ذهب إلى جواز الشرط الجزائي في غير الديون وهو قول أغلب العلماء المعاصرين والجامع الفقهية والهيئات العلمية الإفتائية في أغلب العالم الإسلامي وذلك لقوة أدلتهم وعدم ثبات اعتراضات المخالفين لهم وعدم سلامة قواعدهم من الانتقادات العلمية الموجهة لهم، ولعل من أبرز الأدلة والاعتبارات والمؤيدات المرجحة لهذه الرأي ما يلي:

أولاً-الأصل العام الذي سار عليه معظم العلماء والفقهاء وهي أن الأصل في المعاملات الحل والجواز والإباحة ما لم يرد الدليل المانع من هذه المعاملة، ولا شك أن هذا القواعد أعطت مرونة كبيرة في

(1)- الصديق محمد الأمين الضرير، الشرط الجزائي، المرجع السابق، الجزء 2، ص: 72.

(2)- المرجع نفسه، ص: 72-73، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 223، والصديق محمد الأمين الضرير، المرجع نفسه، ج 2، ص: 75، 76.

معظم الأبواب الفقهية، وحركة اقتصادية ومسايرة علمية وحلا للكثير من المستجدات المعاملاتية المعقدة والمركبة، وفيها تفعيل للمقاصد الشرعية المراعية لرفع الحرج والتخفيف على الناس وعدم تكليفهم ما يشق وما لا يطاق، فإذا كانت حاجة الناس إلى معاملة ولو دخلها قليل من الغرر والجهالة والنهي فإن ذلك مغتفر وغير معتبر، أمام المصلحة الداعية لذلك يقول ابن جزى -رحمه الله- في بيع الغرر: «وهو ممنوع؛ لنهي عنه، إلا أن يكون يسيرا جدا فيغتفر...»⁽¹⁾.

يقول الصادق بن عبد الرحمن الغرياني مبينا الغرر المعفوا عنه وأنه محل اتفاق الفقهاء لما في التحرز منه من مشقة وضيق وحرج: «واتفق العلماء كذلك على جواز قليل الغرر غير المقصود، الذي تدعوا الحاجة إلى ارتكابه، إذ لا يكاد عقد يخلو من نوع مجازفة وغرر، وإلا لو منع هذا اليسير لتضرر الناس وتوقفت أعمالهم ووقعوا في الحرج، ومثال اليسير المأذون فيه: بيع العقار مع الجهل بحال أساسه وقواعده المدفونة في الأرض عمقا وعرضا وصلابة...»⁽²⁾.

ثانيا- الشرط الجزائي أو غرامات التأخير في غير الديون متعلقة بتأخير تسليم السلع أو الأعمال عن موعدها المحدد، أي هي متعلقة بالبيع والإيجارات، لا بالقرض⁽³⁾.

ثالثا- إن القول بجواز الشرط الجزائي في غير الديون لما فيه من المصلحة الراجحة للمتعاقدين ولما فيه من احترام العهود والوفاء بها وتنفيذ الالتزام في موعده المحدد وعدم التلاعب بحقوق الناس وتضييعها والتساهل في تحقيقها، وتعويض الضرر الناتج عن التأخر وعدم الالتزام بالعقود والشروط والإخلال بها⁽⁴⁾.

لقد ثبت أن الشرط الجزائي من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد، وقرر ذلك الكثير من العلماء والفقهاء، فمن الفوائد المقصودة من اشتراطه تفعيل موجبات العقد وتوكيد لزمومه، والتوثيق به لحفظ الحقوق، والتوقفي به من وقوع الضرر بالإخلال وتغطيته إذا وقع، ويقطع دابر الخلاف حوله، وكل هذه

(1) الصديق محمد الأمين الضير، الشرط الجزائي، المرجع السابق، الجزء 2، ص: 75، و ابن جزى المالكي، القوانين الفقهية، المرجع السابق: 249.

(2) الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص: 250.

(3) رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 60.

(4) محمد بن عبد العزيز اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 232، وعبد الله المصلح، صلاح الصاوي، مالا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 49.

الفوائد تدخل في سياق تحقيق المقصد الشرعي في الأموال⁽¹⁾.

فالمقصد الشرعي في الأموال كلها خمسة أمور: رواجها، وضوحها، وحفظها، وثباتها، والعدل فيها. وللمحافظة على هذا المقاصد شرع أن الأصل في العقود اللزوم، وشرع أيضا حرية الاشتراط لفائدة المتعاقدين، ومشروعية التوثق لإبعاد الأموال عن الضرر والتعرض للخصومات بقدر الإمكان وغير ذلك...»⁽²⁾.

فكل هذه المقاصد للشرط الجزائي فيها دور؛ لأن الظروف المحيطة بالمعاملات اليوم تستدعي نظرا جديدا لمواجهة المماثلة والإخلال بالالتزامات تحقيقا للمقاصد العامة للشريعة الإسلامية في الوصول بالتزاماتهم إلى غاياتها، وحفظ حقوقهم، وتحقيق العدل في معاملاتهم⁽³⁾.

وإذا سلمنا جدلا بفساد الشرط الجزائي في غير الديون، فما هو الأثر المترتب على العقد المقترن به فهل فساده يعني فساد العقد؟، أم مقتصر عليه، وبالتالي يفسد الشرط ويصح العقد؟ الأصل المقرر في باب المعاملات أن الشرط إذا دخله الغرر فإنه يفسد الشرط والعقد المقترن به فيفسخ، وهو ما خلصت إليه المذاهب الفقهية الأربعة كما أشرنا إلى ذلك عند الكلام عن أقسام الشروط وهو ما يعني عن إعادته هنا⁽⁴⁾.

ولكن الشرط الجزائي بينه وبين الشروط الأخرى فروق جوهرية نذكر منها ما يلي⁽⁵⁾:

1- كثرة وقوع الشرط الجزائي في غير الديون، وجريان عرف الناس به، فلو قيل بإفساده للعقد لترتب على ذلك إبطال كثير من عقود الناس.

(1) - داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 159-160.

(2) - محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ت، محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، الأردن، ط2، 1421هـ - 2001م، ص: 464-466.

(3) - داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 159-160.

(4) - الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص: 249.

(5) - عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، دار كنوز اشبيلية، الرياض، المملكة السعودية، الطبعة الأولى، 143هـ- 2009م، الجزء الأول، ص: 393.

2- الشرط الجزائي محل خلاف بين العلماء المعاصرين وجمهورهم على جوازه وصحته⁽¹⁾.

3- أن الشرط الجزائي في غير الديون لا يتعلق لا بالثمن ولا بالثمن، ولا يقصد به الربح، وإنما هو تعويض عن ضرر، وبالتالي فالجهالة والغرر فيه تقتصر عليه، ولا يتعداه إلى المقصود بالعقد⁽²⁾.

رابعا- أن الشرط الجزائي في غير الديون لا يؤدي إلى جهالة الربح، فيقتصر فساده عليه، ولا يفسد به العقد.

وبناء على ما سبق فالشرط الجزائي في غير الديون يقتصر فساده عليه، ولا يتعداه إلى العقد المقترن به، فيكون لغوا غير معتبر، ويصح العقد المقترن به ويقدر التعويض بعد وقوع الضرر⁽³⁾.

يقول الصديق محمد الأمين الضرير -رحمه الله- بعد استعراض أقوال العلماء وأدلتهم وبعد تمحيصها ودراستها لعله يقف على ما يبطل الشرط الجزائي من أساسه من نصوص الكتاب والسنة أو القياس أو الإجماع، فلم يجد شيئا واضحا يبرز فساد الشرط الجزائي فصرح بذلك في آخر بحثه فقال: «واستعرضت ما يشتهبه أن يكون مبطلا للشرط الجزائي فلم أجد نصا أو قياسا يبطله من أساسه، ولكن وجدت ما يبطل بعض أحكامه التي يجيزها القانون، مثال ذلك الضرر الذي يعرض عنه، وجدت القوانين تعوض عن الضرر المالي، والضرر الأدبي أو المعنوي، والفقهاء الإسلامي يعرض عن الضرر المالي، ولا يعرض عن الضرر الأدبي، ومثال آخر هو أن القانون يجيز الشرط الجزائي في جميع العقود، أما الفقهاء الإسلامي فلا يجيز الشرط الجزائي في العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينيا؛ لأن اشتراطه فيها يؤدي إلى الربا»⁽⁴⁾.

ولعل من أبرز المرجحات والمؤيدات أيضا التي نختتم بها ترجيحنا هذا تحديد ضابط العقود التي يجوز اشتراط الشرط الجزائي فيها، والعقود التي لا يجوز اشتراطه فيها، فالعقود التي يجوز اشتراط الشرط الجزائي

(1) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 232.

(2) عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 393.

(3) المرجع نفسه، ص: 393.

(4) الصديق محمد الأمين الضرير، الشرط الجزائي، المرجع السابق، ج2، ص: 75.

فيها ثلاثة وجميعها ما كان الالتزام الأصلي فيها ديناً هي كما يلي (1) :

-**القرض**: ففي عقد القرض لا يجوز أن يشترط الدائن على المدين شرطاً جزائياً بدفع مبلغ من المال في حالة تأخره في السداد.

-**البيع بثمن مؤجل**: ففي عقد البيع بثمن مؤجل أو مقسط لا يجوز أيضاً أن يشترط البائع على المشتري شرطاً جزائياً بدفع مبلغ من المال في حالة تأخره عن الدفع في الأجل.

-**عقد السلم**: لا يجوز في عقد السلم أن يشترط رب السلم على المسلم إليه شرطاً جزائياً بدفع مبلغاً من المال في حالة تأخره عن تسليم المسلم فيه في الأجل.

ففي كل الحالات السابقة يؤدي الشرط الجزائي فيها إلى الربا، ولا يتصور فيها، وفي هذا العقود اشتراط شرط جزائي في حالة عدم التنفيذ.

ويجوز اشتراط الشرط الجزائي في سائر العقود الأخرى، سواء أكان اشتراطه في حالة عدم التنفيذ أم، في حالة التأخير في التنفيذ، فيجوز اشتراطه في عقد الاستصناع على الصانع إذا لم ينفذ ما التزم بصنعه، كما يجوز عليه إذا تأخر في التنفيذ... ومثله عقد المقاولة (2).

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تعديل الشروط الجزائية في العقود المتعلقة بغير الديون.

يعتبر القضاء في الشريعة الإسلامية من أعظم الوسائل وأهمها لحماية الحقوق والعقود والالتزامات من الضياع والإهدار والإنكار وعدم الوفاء بها، ومنع الناس من أكل أموالهم بينهم بالباطل، وإقامة العدل والإنصاف والقسط بينهم إزالة للضرر ورفعاً للظلم وفقاً للميزان الشرعي (3).

ولقد أجمع المسلمون على وجوب تنصيب القضاة في الأمصار للفصل بين الناس في خصوماتهم ونوازهم وتداعيمهم كل ذلك بالحق؛ لكيلا تذهب حقوقهم هدرًا وظلماً وجوراً وتضطرب أحوالهم وحياتهم ولا يجدون من يضبطهم ويجزئهم ويردهم إلى الإنصاف وعدم الحيف والانحراف عن الحق

(1) -الصادق محمد الأمين الضرير، الشرط الجزائي، المرجع السابق، ج2، ص: 70-72.

(2) -المرجع نفسه، ج2، ص: 71.

(3) -أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 389.

خاصة ما يتعلق بالمعاملات المالية⁽¹⁾.

وبالنسبة لسلطة القاضي في تعديل التزامات العقود أو فسخها، فإن الفقه الإسلامي لم يجعل العقد شريعة للمتعاقدين كالقانون الوضعي، بل إن الفقه الإسلامي يلزم المتعاقدين بآثار العقد وبنوده؛ لأنها من وضع الشارع وترتيبه.

ولكن مع هذا، فإن الفقه الإسلامي أعطى فرصة للقضاء ورسخ مبدأ إعادة النظر في العقد من جديد في العديد من الحالات، وكما دل على ذلك الكثير من الوقائع والمؤيدات، الفقهية والنصوص الشرعية، وخصوصا من خلال آثار الظروف الطارئة على العقد؛ لتحقيق العدالة، وإعادة النظر وهذا يكون بطلب من المتضرر أو القاضي، وبهذا يكون الفقه الإسلامي قد شرعن مبدأ تدخل القاضي ومنحه سلطة التعديل للعقد التي تجعله يتماشى مع الظروف الطارئة الجديدة، وعلى هذا يمكن أن نقرر بأن سلطة القاضي في الفقه الإسلامي على العقود لا تقتصر على مجرد تفسير العقد في ضوء نية عاقيه، وإن كانت هذه هي مهمته الأولى بالنسبة للعقد⁽²⁾.

فسلطة القاضي في الفقه الإسلامي تمنحه وظيفتين بحسب أحوال العقد⁽³⁾:

الأولى: وظيفة تفسير العقد، وذلك من خلال الكشف عن نية العاقدين لتطبيق العقد، وتنفيذه بشكل سليم، على مقتضى تلك النية المشتركة لطرفيه، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، تطبيقا لقاعدة: «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني»⁽⁴⁾.

هذه هي وظيفة القاضي، وسلطته الأصلية بالنسبة للعقود عامة.

الثانية: وظيفة تعديل العقد وحقيقة هذه الوظيفة، إنما هي سلطة للقاضي تمكنه من الخروج عن الأصل والمبدأ في لزوم العقود إلى تعديل قيمة الالتزامات في العقد، أو فسخه بحسب الأحوال؛ وذلك تحقيقا للعدالة، وحفظا للتوازن بين الالتزامات التعاقدية بين أطراف العقد⁽⁵⁾.

(1) عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، المرجع السابق، ج1، ص: 396.

(2) أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 389.

(3) المرجع نفسه، ص: 389-390.

(4) أحمد مصطفى الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، سوريا، ط2، 1409هـ-1989م، ص: 55.

(5) أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 390.

ويستمد القاضي في الفقه الإسلامي سلطته في تعديل العقد، أو فسخه وإنهائه، أو تفسيره من أن الشارع جعل من مبدأ العدالة مبدأً ملازماً للأحكام الشرعية، ولذلك فإن التزام صفة العدالة كانت ملازمة لإنشاء العقود وتنفيذها، وذلك بما فرضه الشارع الحكيم من توفر مبدأ التراضي في العقود عامة، وبشرعة لأحكام الخيارات فيها؛ للحفاظ على مبدأ التوازن العقدي بقدر الإمكان، ولذلك فإن وظيفة القاضي الأساسية في الفقه الإسلامي إنما هي إقامة العدالة وحمايتها عند تطبيق الأحكام، وذلك فإن للقاضي سلطة على العقود عند إنشائها وتنفيذها لإقامة العدل، وترتيب آثارها المتفق عليها، بما يتفق وأحكام الشارع، وبما يحفظ التوازن العقدي، وينفي الاستغلال والغبن عن العقود عامة، ويرفع الظلم عن الجانب المتضرر، وتجنباً للخصومة بين المتعاقدين وقطعاً للنزاع وإثارة الضغائن في المجتمعات، فتستقر الحياة الاقتصادية وتطمئن النفوس في باب المعاملات المالية⁽¹⁾.

وما يمكن الإشارة إليه أن الفقه الإسلامي ومن خلال الصبغة العامة التي يتصف بها والقواعد والمقاصد التي تتحكم فيه لا يقر الشرط الجزائي إذا كانت قيمة التعويض فيه مرتفعة أو منخفضة إلى درجة كبيرة عن مقدار الضرر الواقع، بل لا بد من تعديله وإرجاعه إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر؛ لأن الفقه الإسلامي يوجب جبر الضرر الواقع بما يتناسب مع حجم الضرر الواقع فعلاً، أو بما يساويه في بعض الأحوال والحالات، رفعا للظلم عن الطرف المتضرر، ودرأً للخصومات والنزاع في العقود التي يترتب عليها أكل أموال الناس بالباطل⁽²⁾.

وبعد هذا التمهيد يمكن أن تحصر سلطة القاضي في مسألتين مشهورتين في معظم الشروط الجزائية المعاصرة التي تطبق في أكثر البنوك وأكثر عقود المعاملات المالية والمسألتان هما:

المسألة الأولى: سلطة القاضي في إلغاء الشرط الجزائي في العقود⁽³⁾.

إذا اختلف المتعاقدان في استحقاق التعويض، فالمشترط يطالب بالشرط الجزائي، والملتزم ينفي استحقاقه، وترافعا إلى الحاكم، فالتدرج بالنسبة للنظر في الشرط الجزائي يكون على المراحل المعلومة أو

(1) أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 380.

(2) المرجع نفسه، ص: 425.

(3) المرجع نفسه، ص: 229، 231.

الأصلية التالية⁽¹⁾ :

أولاً: فإن الأصل أن القاضي يحكم بموجب الشرط الذي اتفق عليه المتعاقدان، فإذا أثبت المدعي -الملتزم- أن الملتزم له لم يلحقه أي ضرر بسبب عدم تنفيذ الالتزام، أو التأخير فيه، فإن القاضي حينئذ يحكم بعدم استحقاق الشرط الجزائي على الملتزم؛ لأن الشرط الجزائي في حقيقته تعويض عن الضرر الناتج بسبب الإخلال بالالتزام، وحيث لا ضرر فلا تعويض؛ لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا.

ثانياً: إذا أثبت أن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً، فيكون العذر مسقطاً لوجوب التعويض.

ثالثاً: إذا أثبت أن الإخلال بالالتزام من عدم تنفيذه، أو التأخير فيه، كان بسبب الملتزم له، فإن القاضي لا يحكم بالشرط الجزائي لانعدام شرط السببية بين الخطأ والضرر.

وهذا الإلغاء في الحقيقة ليس فيه إهمال للشرط، أو إفساد له، وإنما لم يعتبر لعدم تحقق شرط من شروطه، وسلطة القاضي فيه إنما هي الحكم بعدم استحقاقه لعدم توافر شروطه.

وكل ما ذكر من اعتبار الشرط المتفق عليه بين المتعاقدين أولاً ثم النظر في وجود العذر المعتبر أم لا أو التفريط من الملتزم له، فهذا الإجراء يتماشى مع القواعد العظيمة للشريعة الإسلامية التي تراعى العدل والإنصاف بين الناس في كل شيء فمن باب أولى في معاملاتهم وصيانة أموالهم، وعليه يمكن أن نعتبر سلطة القاضي في هذه الحالة كالميزان؛ لأنه ينظر إلى الأضرار ويقوم بتفتيتها وإعادة توزيعها بين المتنازعين وفق العدل والقسط والإنصاف المطلوب شرعاً لا ضرر ولا ضرار، ومنه يقوم بإلغاء الشرط الجزائي غير المستحق ظلماً وتعدياً ومن باب أكل أموال الناس بالباطل⁽²⁾.

المسألة الثانية: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي في العقود⁽³⁾.

يمكن للقاضي ويحق له أن يخفف في الشرط الجزائي وفق السلطة التقديرية المتاحة له إذا زاد عن

(1) عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، ج1، المرجع السابق، ص: 399، و أسامة

الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 429.

(2) عادل بن عساف بن مقبل العنزي، المرجع نفسه، ص: 401.

(3) أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 431.

الحد المناسب في حالتين مشهورتين هما كالتالي (1):

أولاً: إذا نفذ الالتزام الأصلي في جزء منه (2):

إذا كان الملتزم قد قام بتنفيذ جزء من التزامه، وكان الشرط الجزائي وضع لعدم تنفيذ الالتزام كاملاً، أو التأخير في تنفيذه كاملاً، فإن قواعد الفقه الإسلامي العامة من إقامة العدل، ورفع الظلم، وإزالة الضرر توجب على القاضي تخفيض الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ من الالتزام، ويعتبر الأساس في ذلك هو المبلغ المقدر في الشرط الجزائي، فيخفض هذا المبلغ إلى النسبة التي تتفق مع الجزء الباقي دون تنفيذ، أو الجزء الذي تأخر تنفيذه، ويقع عبء إثبات التنفيذ على الملتزم.

وليس في ذلك خروج على الشرط، أو ما اتفق عليه المتعاقدان، بل ذلك هو موجب الشرط حقيقة، فإن الضرر اللاحق بسبب عدم التنفيذ أصلاً، أو التأخير فيه، ليس كالضرر الحاصل بالشرط الجزائي كاملاً من دون تعديل أو نقصان. بسبب عدم تنفيذ جزء منه، أو التأخير في تنفيذ جزء منه، والتعويض يدور مع الضرر يزيد بزيادته، وينقص بنقصانه، إذ هو سببه وعلته، وليس سببه مجرد الاشتراط.

فإن تبين للقاضي أن التنفيذ الجزائي لم يعد على الملتزم له بأية فائدة، وأن مقدار الضرر واحد فيما لو لم ينفذ الملتزم التزامه كاملاً، أو حصل منه تنفيذ جزائي، فإن القاضي يحكم بوجود الشرط الجزائي كاملاً دون تعديل أو نقصان.

ثانياً: إذا كان الشرط الجزائي منخفضاً، أو زائداً ومرتفعاً إلى درجة كبيرة فاحشة (3):

إذا تبين بعد وقوع الضرر أن التعويض المقدر في الشرط الجزائي أكبر بكثير من التعويض عن الضرر الواقع، نتيجة لغلط في التقدير وقع فيه المتعاقدان، أو لفرط ثقة الملتزم بتنفيذ التزامه فلم يلق بالآلة لتلك الزيادة المحققة، أو لتغير الاعتبارات والظروف التي كانت أمام المتعاقدين وقت الاتفاق، أو لغير ذلك، وأثبت المدعي -الملتزم- ذلك فإن أحكام الفقه الإسلامي وقواعده الأساسية من وجوب العدل، ورفع الظلم، وإزالة الضرر، توجب على القاضي الرجوع بالشرط إلى العدل والإنصاف، في كلا الحالتين زيادة

(1) - عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، ج1، المرجع السابق، ص: 431.

(2) - أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 431، وعادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، ج1، المرجع السابق، ص: 401 - 402.

(3) - أسامة الحموي، المرجع نفسه، ص: 437.

أو نقصا، معتمدا في ذلك رأي أهل الخبرة والنظر، عملا بقوله تعالى: ﴿فَسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْمُونَ﴾ [النحل: 43]، وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: 58]، وقول النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، وإعمال لمقاصد الشريعة الإسلامية القائمة على مراعاة المصالح وجلبها ودرء المفاسد ودفعها⁽¹⁾.

ومما يجدر التنبيه عليه في هذه الحالة أنه يجوز أن تزيد قيمة الشرط الجزائي عن مقدار الضرر الواقع فعلا ولكن زيادة معقولة غير ضارة أو خارجة عن العادة، ومما علم سابقا أن قواعد الفقه الإسلامي لا تبيح أن يكون التعويض عن الضرر زائدا زيادة فاحشة؛ لأن هذه الزيادة تكون ظلما على الطرف الآخر في العقد، وهذا راجع إلى أسباب عدة منها التغيرير بالمتعاقد أثناء إبرامه وتضمينه الشرط الجزائي وعدم توقع حجم الضرر لقلة الخبرة والتجربة في المعاملات المالية خاصة عند عدم تنفيذ العقد في وقته المحدد، وإذا أمضي الشرط الجزائي في هذه الحالة، فإنه يفتح الباب على مصرعيه للاستغلال والإثراء غير المشروع، وهذه المظاهر وطرق الكسب يجرمها الإسلام ويجارها انطلاقا من تحريم الغبن والتدليس والغرر والتحاييل وكل ما هو سبب لأكل أموال الناس بالباطل⁽²⁾.

وخلاصة القول في هذه الحالة أن الزيادة الفاحشة في قيمة الشرط الجزائي لا بد من إزالتها ورفعها أيا كان منشؤها ومهما كان سببها ومبررتها مادامت زائدة عن الحد العدلي، وهذا هو المقصد العظيم من فتح المجال للقضاء للدخل في هذا الحالات التي تكون ضرا محضا وإرهاقا كبيرا للمتضرر من الشرط الجزائي، بل نستطيع أن نقول أن الإقرار بالشرط الجزائي الفاحش وإمضائه وعدم تعديله هو من باب التعسف في استعمال الحق وتطبيقه على الوجه المتفق عليه دون مراعاة الفارق الكبير الذي بين حجم الضرر الواقع على الدائن والتعويض المتفق عليه على المدين وهو شرط واجب، إلا أن الإفراط في التعسف في استعمال الحق هو من باب الظلم المحرم في الشريعة الإسلامية القائمة على العدل وإحقاق الحق بلا إفراط ولا تفريط⁽³⁾.

(1) - أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 437، 438، وعادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 402-403.

(2) - أسامة الحموي، المرجع نفسه، ص: 436، 438، وعادل بن عساف بن مقبل العنزي، الجزء الأول، المرجع نفسه، ص: 403.

(3) - أسامة الحموي، المرجع نفسه، ص: 438، 438.

وهذه الحالات المبينة لسلطة القاضي في تعديل الشروط التي تتضمنها الكثير من العقود المعاصرة أشارت إليه الكثير من الهيئات العلمية والمجامع الفقهية المعتمدة في العالم الإسلام وكان لها الفضل في معالجة الكثير من النوازل الفقهية خاصة في المعاملات المالية المعاصرة الشائكة، ولتأكيد التفصيل السابق نقل كلام هيئة كبار العلماء في جواز تعديل الشرط الجزائي وقرار مجمع الفقه الإسلامي.

حيث جاء في قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الآخرة 1421هـ، رجب 1421هـ الموافق 23-28 سبتمبر 2000م أنه قرر ما يلي⁽¹⁾:

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

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

ومن القرارات والهيئات التي أعطت سلطة للقاضي للتدخل في تعديل الشرط في العقد ما جاء في قرارات هيئة كبار العلماء في السعودية حيث نطق المجلس بالإجماع بالقرار التالي⁽²⁾:

إن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر، يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعا، فيكون العذر مسقطا لوجوبه حتى يزول.

وإذا كان الشرط الجزائي كثيرا عرفا، بحيث يراد به التهديد المالي، ويكون بعيدا عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف، على حسب ما فات من منفعة، أو لحق من مضرة، ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبر والنظر، وعملا بالآيات التي تنص على العدل والإنصاف والاحاديث التي تدعو إلى دفع الضرر وإزالته.

(1) علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 401.

(2) أبحاث هيئة كبار العلماء، المملكة العربية السعودية، الطبعة الخامسة، المجلد الأول، ص: 295-296.

الفرع الرابع: الحلول المقترحة والوسائل البديلة لمعالجة التأخر في الالتزامات المالية (الديون المالية).

لقد ذكرنا سابقا أن مطل الغني ظلم وأنه يحل عرضه بأن يذكر بين الناس بسوء المعاملة وخلف الوعد، وأن التأخر في أداء الديون والالتزامات المالية في حال الإسار من الكبائر المحرمة المجمع عليها التي حذر منها الشارع الحكيم ونفر منها أشد التنفير وأدل على ذلك امتناعه ﷺ من الصلاة على صاحب الدين وأن نفسه معلقة بين السماء والأرض حتى يقضي دينه، وأخبر أنه يغفر للشهيد كل شيء إلا الدين وهو من الالتزامات المالية إلى غير ذلك من الوقائع والأحداث التي جاءت في سنة النبي ﷺ وكانت واضحة وحاسمة في شأن الديون وما جاء في نصوص القرآن من ترغيب في الوفاء بالوعد ومنها الالتزامات المالية في العقود وسد الذريعة أمام أكل أموال الناس بالباطل بأي وسيلة وبأي طريقة كانت ظاهرة أو باطنة تمنعها الشريعة الإسلامية وتقف لها سدا منيعا وبأسلوب رقيق من أجل منع الظلم وتحقيق العدل والقسط بين العباد⁽¹⁾.

وإذا قلنا بالمنع من الغرامات التأخيرية⁽²⁾ والشروط الجزائية في حال المماطلة لا يعني ذلك أن يقف الفكر الإسلامي مكتوف الأيدي أمام المماطلين الظالمين والمرابين المعتدين الذين يضارون بمماطلتهم ويلحقون الضرر والعنت بالآخرين، وثمة جمل من الحلول والوسائل التي اقترحها العلماء والفقهاء، والتي يمكن اللجوء إليها أو إلى بعضها من أجل التقليل من التماطل والتلاعب بحق الآخرين وحملهم على الوفاء بالتزاماتهم، والوقوف عند ما شرعه الله ورسوله ومنعهم من أكل أموال الناس بالباطل، ويمكن أن نقسم هذه الحلول والوسائل المقترحة - ومعظمها يرجع إلى الإجراءات القضائية - إلى قسمين رئيسيين هما⁽³⁾:

أولا: قسم لضمان حق البائع في حالة تخلف المشتري عن السداد.

(1) - عبد الله المصلح وآخرون، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 301.

(2) - المرجع نفسه، ص: 306.

(3) - عبد الله المصلح، وصلاح الصاوي، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 306، ومحمد عثمان شبير، صيانة المدبونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المجلد 2، المرجع السابق، ص: 880، وهشام بن محمد سعيد آل برغش، بيع التقسيط أحكامه و آدابه، المرجع السابق، ص: 101، وأحمد الجزار محمد بشناق، المرجع السابق، ص: 168.

ثانيا: قسم علاجي وسطي للخروج من أزمة المماثلة.

ثالثا: قسم لردع أولئك الذين يتخذون هذه المعاملة ذريعة لأكل أموال الناس ظلما وتعديا.

-القسم الأول: وسائل مقترحة قبل العقد أو بعده.

أ- وسائل قبل العقد: هناك عدة توجيهات التي تساعد البائع على حفظ حقه وصيانته من الضياع من أهل الأطماع من المماطلين المرابين وأهل الاستغلال الذين يأكلون أموال الناس بالباطل منها:

1- تأكد البائع قبل إتمام البيع من جدية المشتري والتزامه في معاملاته المالية السابقة إن أمكن، أو عن طريق طلب شهادة تركية من أهل الثقة في منطقته السكنية أو عمله⁽¹⁾.

2- توعية الراغبين في الدين بثقافة شرعية وأخلاقية: وذلك بقصد حثهم وتشجيعهم على التزام الأمانة والوفاء بالعقود والعهود، وأداء الأموال لأصحابها وترغيبهم في ذلك، وأن لهم عظيم الثواب والمكانة الكريمة العالية عند الله وعند الناس، وأنهم سيفقدون الثقة فيهم ويتحملون التبعات والمسؤولية في الدنيا والآخرة إن فعلوا غير ذلك⁽²⁾.

3- التأكد من دقة البيانات ومعرفة محل الإقامة بدقة، وعدم الاكتفاء ببيانات البطاقة الشخصية أو العائلية؛ إذ ربما تكون لغيره، أو مزورة، ويمكن أن يضاف إلى ذلك إيصال كهرباء أو ماء أو غير ذلك مما يصعب تزويره⁽³⁾.

ب- وسائل مع العقد.

يمكن للبائع ويحق له أن يشترط في العقد بعض الضمانات التي يحمي بها حقه عند عدم تسديد المدين وتخلفه في سداد دينه ونذكر منها:

1- تقديم المقترض أو المدين ضمانات للمقترض أو للدائن (مصرفا، أو شخصا عاديا): سواء

(1) هشام بن محمد سعيد آل برغش، بيع التقييط أحكامه وآدابه، المرجع السابق، ص: 101.

(2) نائفة خميس عشوي العنزي، الاحكام الفقهية المتعلقة بالشرط الجزائي في القروض المالية، المرجع السابق، الجزء 4، ص: 1322، وهشام بن محمد سعيد آل برغش، المرجع نفسه، ص: 101، وأحمد الجزائر محمد بشناق، الشرط الجزائي في الديون والبدائل الشرعية له في التطبيقات المصرفية، المرجع السابق، ص: 171.

(3) هشام بن محمد سعيد آل برغش، المرجع نفسه، ص: 101.

كانت هذه الضمانات شخصية - كفالة -، أو رهنا أو عقارا ونحوه، وهو إجراء وقائي عمدت بعض المؤسسات التي تباع بالدين إلى العمل به وبأمثاله، فحققت الكثير من النتائج المقبولة التي حفظت بها حقوقها من المماطلين⁽¹⁾.

أما الكفالة فتكون بتعهد من يتعهد بهذه الكفالة أن يقوم بسداد وتحمل دين المشتري في حالة تخلفه عن السداد أو فواته.

ويراعى في هذا الكفيل أن يكون ممن يمكن استيفاء الحق منه بسهولة ويسر مثل الموظفين في الحكومة أو القطاع العام أو غيرهم ممن يوثق في التزامهم بمقتضى الكفالة.

وأما الرهن، فيمكن أن يكون رهنا للبيع نفسه، وهذا ممكن اليوم في نطاق السلع التي تراهن بإشارة رهن في السجل الرسمي، كما هو واقع بالنسبة للمباني والسيارات وغيرها⁽²⁾.

وهذا الكلام يعتبر من البدائل والمقترحات التي ذكرها الصديق محمد الأمين الضيرب عندما استفسر عن إمكانية إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة من طرف رئيس التحرير أو من بنك فقال: (ينبغي أن يتخذ البنك كل الاحتياطات الممكنة التي تمنع العميل من المماطلة، وتجنب البنك المطالبة بالتعويض، وذلك بتوثيق الدين بكفيل أو رهن، وينبغي أن يكون الرهن مصاحبا للعقد أو سابقا له، فالرهن يمكن أخذه عن الدين الحادث كما يمكن أخذه عن الدين الموعود قبل حدوثه)⁽³⁾.

ثانيا: قسم علاجي وسطي للخروج من أزمة المماطلة.

وهذا القسم يهدف للتخفيف من أزمة المديونية وضغطها على المماطل الموسر أو المعسر مراعاة لمبدأ الرحمة والتعامل بالحسنى وفيها تشجيع للمدين لقضاء دينه والتعاون معه من أجل الخروج من هذه الضائقة التي أثقلت كاهله بالدين وفي نفس الوقت تعتبر أسلوبا علاجيا سليما وحلا وسطيا مستقيما

⁽¹⁾ - نائفة خميس عشوي العنزي، الأحكام الفقهية المتعلقة بالشرط الجزائي في القروض المالية، المرجع السابق، الجزء 4، ص: 1323، وهشام بن محمد سعيد آل برغش، بيع التقسيط أحكامه وآدابه، المرجع السابق، ص: 102، وأحمد الجزار محمد بشناق، الشرط الجزائي في الديون والبدائل الشرعية له في التطبيقات المصرفية، المرجع السابق، ص: 171.

⁽²⁾ - هشام بن محمد سعيد آل برغش، بيع التقسيط أحكامه وآدابه، المرجع السابق، ص: 102، وأحمد الجزار محمد بشناق، الشرط الجزائي في الديون والبدائل الشرعية له في التطبيقات المصرفية، المرجع السابق، ص: 169-170.

⁽³⁾ - الصديق محمد الأمين الضيرب، الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة، المرجع السابق، ص: 118.

ومن أمثلة هذا القسم نذكر ما يلي:

1- شراء أعيان لها منافع من المدين المماطل وتأجيرها عليه: وهو إجراء وقائي، يمكن للدائن بنكا كان أو غيره، أن يقوم بنحو شراء الآلات أو المعدات التي لازالت لدى العميل المدين بضمن حال، ثم تجري المقاصة بينه وبين جزء من المديونية المتأخرة، ثم يصار إلى تأجيرها للعميل بأجرة مقسطة يمكن وفاؤها... مع ملاحظة عدم جواز الربط بين عقدي الشراء والتأخير المزمع القيام به؛ لأنه ممنوع شرعا، وهو من صور- بيعتين في بيعة-، ولا مانع من أن يكون هناك وعد بين الطرفين بالتأخير والاستئجار⁽¹⁾.

2- الدخول مع العميل المماطل في مربحة جديدة: يمكن للدائن- بعد دراسة الموضوع- أن يدخل مع المدين المعسر أو الموسر المماطل بمربحة جديدة، قد تحسن وضع المدين المالي، ويأخذ البنك الدائن - مثلا- في حسابه عند تسعير المربحة، استدراك ما فاتته من ربح بتأخير سداد الدين السابق، أو المربحة السابق، كما يمكنه استيفاء الدين أو جزء منه من خلال تحسن أحوال المدين في هذه الصفقة⁽²⁾.

3- دخول الدائن في شركة مع الغني المماطل بمقدار قيمة الدين، إذا كان المدين يعمل في مجال التجارة، وذلك بشراء أعيان من العميل المماطل ثم المشاركة بها في نشاطه: وهو أيضا إجراء علاجي⁽³⁾.

ثالثا: قسم يصلح لردع أولئك الذين يتخذون هذه المعاملة ذريعة لأكل أموال الناس ظلما وتعديا.

ويدخل تحت هذا القسم عدة وسائل ومقترحات أوجدها العلماء والفقهاء لردع المماطلين أصحاب الديون نذكر منها:

1- الإعلان في الصحف والكتابة في وسائل الإعلام المعاصرة ونحوها عن مماطلة المدين: وذلك دون

⁽¹⁾ - نائفة خميس عشوي العنزي، الأحكام الفقهية المتعلقة بالشرط الجزائي في القروض المالية، المرجع السابق، ص: 1324، ومحمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، ص: 888-889.

⁽²⁾ - نائفة خميس عشوي العنزي، الاحكام الفقهية المتعلقة بالشرط الجزائي في القروض المالية، المرجع السابق، الجزء 4، ص: 1324-1325.

⁽³⁾ - عبد الله المصلح، وصلاح الصاوي، مالا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 307.

الوقوع في التشهير المحرم شرعا ونظاما أو المساس بالكرامة الشخصية أو العائلية ويمكن أن يصدر ذلك من القاضي أو بأخذ التصريح والإذن منه، والأصل في ذلك حديث النبي ﷺ يحل عرضه (1).

2- منع المماطل وحرمانه من الاستدانة مرة أخرى، وذلك بإدراج اسمه في القائمة السوداء فلا يتعامل معه أي مصرف تابع للدولة ولا يستفيد من التسهيلات المصرفية ولا الخدمات المعاملاتية البنكية، وترد شهادته وتسقط عدالته كما حكى ذلك الباجي عن أصبغ وسحنون من المالكية، وهذا لا شك أنه من أنفع الأساليب المعاصرة للضغط على المدين المماطل، وهو ما يدفعه للحرص والمصارعة والمبادرة في قضاء دينه وهذا أنفع في التأثير فيه من الغرامة المالية (2).

3- الحجر على المدين المماطل وجبره على الوفاء.

يجوز الحجر على المدين المماطل الموسر بطلب صاحب الدين وفي هذه الحالة يشرع للقاضي بحسب السلطة التقديرية المتاحة له، أن يتدخل ويصدر الحكم بالاستيفاء الجبري من مال المدين المماطل حتى يوفي ما عليه من ديون والتزامات وقد ميز العلماء في مسألة الاستيفاء الجبري أو الحجر بقوة الشرع وقوة القانون بين صورتين بحسب المال الذي يملكه المدين المماطل وهذا بيان الصورتين هما كما يلي (3):

أ- إذا كانت أموال المدين المماطل من جنس الدين.

لقد اتفق الفقهاء على أنه إذا كان للمدين المماطل مالا من جنس ما عليه من ديون: كأن يوجد

(1) - عبد الله المصلح وصلاح الصاوي، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 301، وينظر: نائفة خميس عشوي العنزي، الاحكام الفقهية المتعلقة بالشرط الجزائي في القروض المالية، العدد الثاني والثلاثون، الجزء 4، ص: 1324-1325، وأحمد الجزار محمد بشناق، الشرط الجزائي في الديون والبدائل الشرعية له في التطبيقات المصرفية، المرجع السابق، ص: 171.

(2) - محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 37، ومحمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، ص: 891-895، و نائفة خميس عشوي العنزي، الاحكام الفقهية المتعلقة بالشرط الجزائي في القروض المالية، العدد الثاني والثلاثون، الجزء 4، ص: 1324-1325، وأحمد الجزار محمد بشناق، الشرط الجزائي في الديون والبدائل الشرعية له في التطبيقات المصرفية، المرجع اسابق، ص: 171.

(3) - شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، كتاب الفروع، ومعه تصحيح الفروع، وحاشية ابن قندس، تحقيق عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ-2003م، ج 6، ص: 464-465، ومحمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، ص: 886، والحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج5، ص: 42، وأحمد الجزار محمد بشناق، الشرط الجزائي في الديون والبدائل الشرعية له في التطبيقات المصرفية، المرجع السابق، ص: 169-170.

عنده دراهم فضية وعليه دراهم فضية، أوله مال نقدي وعليه دين نقدي، ففي هذه الحالة يتدخل القاضي والحاكم ويؤدي ما على الدائن من ديون جبرا وحجرا ووفاء لما عليه من حقوق والتزامات حتى ولو كان بغير إذنه، وبناء على ما سبق إذا كان للمدين رصيد من النقود في بنك جاز للحاكم قضاء ديونه من هذا الرصيد جبرا، كما يجوز للبنك الدائن أخذه من باب الظفر بالحق⁽¹⁾.

يقول الخطاب -رحمه الله- عند شرح كلام خليل -رحمه الله- ((وقوم مخالف النقدي) : اعلم أن وجه التحاوص كما قال في المقدمات: أن يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء دنانير إن كانت ديونهم دنانير، أو دراهم إن كانت ديونهم دراهم، أو طعاما إن كانت ديونهم طعاما على صفحة واحدة، أو عروضاً إن كانت ديونهم عروضاً على صفحة واحدة، وإن كان ديونهم مختلفة صرف مال الغريم عينا دنانير أو دراهم على الاجتهاد في ذلك⁽²⁾.

ب- إذا كانت أموال المدين المماثل من غير جنس الدين.

قد يكون المدين لا يملك أموالاً من جنس الدين الذي عليه، وإنما يملك عقارات أو سيارات أو ثروة حيوانية أو قطع ذهبية أو فضية فالجنس مختلف فكيف يكون قضاء الدين في هذه الحالة. اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين هما⁽³⁾:

القول الأول: ذهب جمهور⁽⁴⁾ العلماء من المالكية⁽⁵⁾، والشافعية⁽⁶⁾، والحنابلة⁽⁷⁾، وعند صاحبي

(1) محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، ص: 886، وأحمد الجزار محمد بشناق، الشرط الجزائي في الديون والبدائل الشرعية له في التطبيقات المصرفية، المرجع السابق، ص: 169-170.

(2) الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، المرجع السابق، ص: 48.

(3) -ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج2، ص: 67.

(4) -شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، كتاب الفروع، ومعه تصحيح الفروع، وحاشية ابن قندس، المرجع السابق، الجزء 6، ص: 454، ومحمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، المرجع السابق، الجزء 3، ص: 75، 76، ومحمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الاوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، تحقيق، كمال الجمل، ومحمد بيومي، وعبد الله المنشاوي، وصلاح عويضة، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر، الطبعة 1، 1420هـ-1999م، المجلد 3، ص: 296.

(5) -ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، الجزء 2، ص: 67، وابن جزى المالكي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص: 308-309.

(6) -ابن رشد، المرجع نفسه، الجزء 2، ص: 67.

(7) -عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، شرح عمدة الفقه، مدار الوطن، الرياض، السعودية، ط8، 1436هـ-2014م، ج2، ص: 889.

أبي حنيفة رحمه الله أبي يوسف ومحمد⁽¹⁾، ومن المعاصرين نزيه كمال حماد⁽²⁾، إلى أنه يشرع للقاضي أن يبيع على المدين المماطل ماله جبراً وأداء الحقوق والالتزامات إلى أصحابها ورفع الضرر عنهم، وحثهم في ذلك حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه «أنه كثر دينه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يزد غرماءه على أن جعله لهم من ماله».

يقول الشوكاني رحمه الله عند شرح حديث معاذ رضي الله عنه مينا من قال بجواز الحجر على المدين: «وقد استدل بحجره صلى الله عليه وسلم على معاذ على أنه يجوز الحجر على كل مديون وعلى أنه يجوز للحاكم بيع مال المديون لقضاء دينه من غير فرق بين من كان ماله مستغرقاً ومن لم يكن ماله كذلك وقد حكى صاحب البحر هذا عن العترة والشافعي ومالك وأبي يوسف ومحمد وقيّدوا الجواز بطلب أهل الدين للحجر من الحاكم...»⁽³⁾.

وحديث أبي سعيد الخدري: «أن رجلاً أصيب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمر ابتاعها فكثر دينه فقال صلى الله عليه وسلم: تصدقوا عليه، فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء بدينه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»⁽⁴⁾، وهذا لا يعني أن الدين يسقط بإعسار المدين وإنما تتأخر عنه المطالبة في الحال ومتى أيسر وجب عليه⁽⁵⁾.

وحديث عمر في القضاء على الرجل المفلس في حبسه وقوله فيه: أما بعد، فإن الأسيفع ((أسيفع جهينة)) رضي من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج، وأنه اذان معرضاً فأصبح قدرين عليه، فمن كان له عليه دين فليأتنا.

ويقول الإمام الصنعاني - رحمه الله - محتجاً ومقويًا حجة جمهور العلماء القائلين بجواز الحجر على المدين وأنه داخل تحت عموم حديث (لي الواجد يجل عرضه وعقوبته)، حيث جاء في كلامه (وأجاز الجمهور الحجر

(1) - الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص: 69، 77، 98.

(2) - نزيه كمال حماد، المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطلة، المرجع السابق، ص: 112.

(3) - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، تحقيق، كمال الجمل، ومحمد بيومي، وعبد الله المنشاوي، وصلاح عويضة، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر، الطبعة 1، 1420هـ-1999م، المجلد3، ص: 296.

(4) - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين، رقم: 1556، ج3، ص: 1191.

(5) - محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، المرجع السابق، ص: 76.

وبيع الحاكم عنه ماله وهذا أيضا داخل تحت لفظ عقوبته وتفسيرها بالحبس ليس بالمرفوع⁽¹⁾.

وقد أشار الدكتور نزيه كمال حماد إلى كيفية تطبيق العقوبة الشرعية التعزيرية على المدين المماطل الموسر كل ذلك وفق خطوات متبعة من طرف القاضي حيث قال: «وبيان تطبيق تلك العقوبة: أن المدين الموسر المماطل يأمره القاضي بالأداء، فإن امتنع حبسه ليحمله عليه، فإن صبر على الحبس ضرب وعزر حتى يؤدي الدين، فإن أبي باع الحاكم ماله ووفى الدائنين حقوقهم»⁽²⁾.

القول الثاني: ذهب الإمام أبو حنيفة إلى عدم جواز الحجر على المدين المماطل وليس للقاضي أن يحكم ببيع ماله جبرا وأداء ما عليه من حقوق والتزامات حيث جاء في الفتاوى الهندية: قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: «لا يحجر القاضي على الحر العاقل البالغ إلا من يتعدى ضرره إلى العامة وهم ثلاثة: الطبيب الجاهل الذي يسقي الناس ما يضرهم ويهلكهم، وعنده أنه شفاء ودواء، والثاني المفتي الماجن وهو الذي يعلم الناس الحيل أو يفتي عن جهل، والثالث: المكاري المفلس...»⁽³⁾.

يقول ابن جزى المالكي - رحمه الله - «وقال أبو حنيفة: ليس للحاكم أن يحجر على المفلس ولا يبيع ماله بل يجسه حتى يؤدي أو يموت في السجن»⁽⁴⁾.

وقول الإمام أبي حنيفة هذا مبني على قوله بعدم جواز الحجر على المدين البالغ، ولا يبيع إلا عن تراضي خلاف لقول الجمهور القائل بجواز الحجر على المدين المماطل وبيع القاضي لمال المدين يعتبر

(1) محمد بن إسماعيل الأمير اليميني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الاحكام، المرجع السابق، الجزء3، ص: 75.

(2) نزيه كمال حماد، المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطل، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 112.

(3) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العامرية، في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة، تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتل العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1421هـ-2000م، ج5، ص: 68، 69، 77، وابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، الجزء2، ص: 67، 68، وابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص: 309، ومحمد بن إسماعيل الأمير اليميني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الاحكام، المرجع السابق، ص: 75، 76، ومحمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الاوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، المرجع السابق، ص: 296.

(4) ابن جزى المالكي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص: 309.

نوعاً من الحجر عند أبي حنيفة - رحمه الله - لكن يجبس حتى يموت ثم يباع ماله ويقسم على الغرماء⁽¹⁾. يقول ابن رشد رحمه الله مبيناً خلاف العلماء في مسألة الحجر على المفلس المدين «وهي إذا ظهر عند الحاكم من فلسه ما ذكرنا، فاختلف العلماء في ذلك هل للحاكم أن يحجر عليه التصرف في ماله حتى يبيعه عليه، ويقسمه على الغرماء على نسبة ديونهم، أم ليس له ذلك... فالجمهور يقولون يبيع الحاكم ماله عليه، فينصف منه غرماءه أو غريمه إن كان ملياً، أو يحكم عليه بالإفلاس إن لم يف ماله بديونه ويحجر عليه التصرف فيه، وبه قال مالك والشافعي، وبالقول الآخر قال أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق»⁽²⁾.

وحجة الإمام أبو حنيفة ومن وافقه من العلماء والفقهاء ما جاء في حديث جابر بن عبد الله حين استشهد أبوه بأحد وعليه دين، فلما طالبه الغرماء قال جابر: «فأتيت النبي ﷺ فكلمته، فسألهم أن يقبلوا مني حائطي، ويحللوا أبي، فأبوا، فلم يعطهم رسول الله ﷺ حائطي، قال: ولكن سأغدو عليك، قال: فغدا علينا حين أصبح فطاف بالنخل فدعا في ثمرها بالبركة قال: فجذذتها فقضيت منها حقوقهم، وبقي من ثمرها بقية»⁽³⁾، فهذه الآثار وغيرها ليس فيها أنه يبيع أصل في دين⁽⁴⁾.

والصحيح والله أعلم هو قول الجمهور القائل بالحجر على المدين المماطل وذلك بتدخل القضاء إذا رأى مصلحة راجحة فيصدر الحكم بالاستيفاء الجبري منه وإيصال الحقوق إلى أصحابها، ومن ثم منع الظلم والجور وأكل أموال الناس بالباطل⁽⁵⁾.

(1) - الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العامرية، في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة، تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتل العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1421هـ-2000م، الجزء 5، ص: 69، 77، 98.

(2) - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، الجزء 2، ص: 67.

(3) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب: إذا قضى دون حقه أو حله فهو جائز، رقم: 2395، ج 3، ص 117.

(4) - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، الجزء 2، ص: 68، وينظر: محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، المرجع السابق، ص: 75-76.

(5) - محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر، المرجع السابق، ص: 891.

4- تحميل وتغريم المدين المماطل الموسر النفقات القضائية المترتبة عن التأخير في سداد الديون - نفقات وأتعاب القضية والمحاماة-

إن مما لاشك فيه وخاصة في هذا الزمان الذي غاب فيه الضمير وضعفت فيه ديانة الناس وخف التزامهم بأحكام الشريعة الإسلامية زيادة على ذلك الجرأة على أكل الحرام والتساهل في أداء الحقوق والالتزامات المالية، وكثر فيه الظلم والتعدي على أموال الناس، وهذا الظلم عن الدائن يحتاج إلى دفع ورفع وإزالة، ولا يكون ذلك إلا باللجوء إلى القضاء والمحاكم والمحضرين وهذا يستلزم نفقات وأتعاب ونقل وزهَاب وإياب وتضييع للمصالح الشخصية وما يلاقيه الدائن من ضغوط نفسية، لذلك قال بعض العلماء أن نفقات القضية يتحملها المدين المماطل الموسر؛ لأنه هو الذي تسبب في هذه الخسائر والمظالم جوراً وعدواناً، فما هو حكم الشرع إذا اشترط الدائن على المدين في العقد أن تكون نفقات وأتعاب القضية المرفوعة ضده عليه؟⁽¹⁾.

وفي هذه الحالة لا يخلو المدين من إحدى الحالتين التاليتين⁽²⁾:

الحالة الأولى: أن يكون المدين معسراً: فوجب على الدائن إنظاره إلى ميسرة ويجرم في هذه الحالة المطالبة بالدين؛ لأن الله أوجب إنظاره بنص القرآن وإعطاءه الفرصة حتى الميسرة والسعة فقال الله تعالى: «وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون»⁽³⁾.

(1) - سليمان بن صالح الدخيل، التعويض عن الإضرار المترتبة على المماطلة في الديون، المرجع السابق، ص: 23-24.
(2) - محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، المرجع السابق، ص: 36، 37، وعادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، المرجع السابق، ص: 200، 201، وسليمان بن صالح الدخيل، المرجع نفسه، ص: 23-24، 27-28، وسعد بن عبد العزيز الشويخ، التعويض عن التأخر في سداد الديون، المرجع السابق، ص: 132.
(3) - شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، كتاب الفروع، ومعه تصحيح الفروع، وحاشية ابن قندس، تحقيق عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 1424هـ-2003م، الجزء 6، ص: 460، و محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، المرجع السابق، ص: 36-37، وعادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 200-201، وسعد بن عبد العزيز الشويخ، التعويض عن التأخر في سداد الديون، المرجع السابق، ص: 137، ومحمد بن إسماعيل الأمير البيني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، المرجع السابق، ص: 75، و محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الاوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، المرجع السابق، ص: 291.

وإذا كان المدين في هذه الوضعية واتصف بهذه الحالة وأصبح عاجزا ومعسرا عن السداد والوفاء، فلو طالبه الدائن وهو على هذه الحال، وترتب على ذلك مصاريف وأتعاب مالية، فلا يتحمل المدين شيئا منها مطلقا، سواء أكان ذلك بشرط أم بغير شرط، لأنه معذور، والدائن ظالم في مطالبته، وتحميله نفقات وأتعاب القضية أمر محرم في حقه فهذا ثقل على ثقل وزيادة مشقة، والشرط في هذه الحالة مخالف لأمر الله وهو الإنظار إلي ميسرة، وكما مر معنا أن كل شرط مخالف لكتاب الله فهو شرط باطل مردود غير معتبر ولقولي المصطفى ﷺ: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل، وإن كان مائة شرط، كتاب الله وشرط الله أوثق»⁽¹⁾.

وفي هذا يقول الإمام ابن العربي المالكي رحمه الله: «إذا لم يكن المدين غنيا، فمطله عدل، وينقلب الحال على الغريم فتكون مطالبته ظلما»⁽²⁾.

الحالة الثانية: أن يكون المدين موسرا ماطلا: ومعرفة حكم اشتراط المطالبة مبني على مسألة تغريم المدين ما تحمله الدائن من نفقات في شكايته⁽³⁾.

لقد ذهب الكثير من الفقهاء إلى أن المدين المماطل القادر على الوفاء إذا كان هو السبب الذي دفع الدائن لرفع الشكاية وأحوجه إلى ذلك فما كان من نفقات وما أغرمه من أتعاب فهو على المدين المماطل وهو قول المالكية والحنابلة⁽⁴⁾.

(1) محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، المرجع السابق، ج 1، ص: 36، 37، وعادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، المرجع السابق، ص: 200، 201، وسعد بن عبد العزيز الشويخ، التعويض عن التأخر في سداد الديون، المرجع السابق، ص: 132-133.

(2) ابن العربي المالكي، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دون طبعة، ج 6، ص 46-47.

(3) سعد بن عبد العزيز الشويخ، التعويض عن التأخر في سداد الديون، المرجع السابق، ص: 133.

(4) شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، كتاب الفروع، ومعه تصحيح الفروع، وحاشية ابن قندس، تحقيق عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 1424هـ-2003م، الجزء 6، ص: 457، و ينظر: عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، المرجع السابق، ص: 201-202، و شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مجموع فتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، السعودية، تحت إشراف وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، عام، 1425هـ-2004م، المجلد 30، ص: 21-23، ينظر: سعد بن عبد العزيز الشويخ، التعويض عن التأخر في سداد الديون، المرجع السابق، ص: 133-134.

وفي هذا يقول شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - لما سئل عن عليه دين فلم يفه حتى طولب به عند الحاكم وغيره، وغرم أجرة الرحلة، هل الغرم على المدين؟ أم لا؟، فأجاب: «وإذا كان الذي عليه الحق قادراً على الوفاء، ومطل صاحب الحق حتى أحوجه إلى الشكاية، فما غرمه بسبب ذلك فهو على الظالم المماطل، إذا كان على الوجه المعتاد»⁽¹⁾.

وقد ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - وأشار في كلامه هذا إلى القيود التي لا بد من مراعاتها عند تحميل المدين المماطل مصاريف ونفقات الشكاية وأتعاب الأمور القضائية منها⁽²⁾:

أ- أن يكون المدين المماطل قادراً على الوفاء غير معسر معذوراً في تأخره عالماً بوجوب الحق عليه، غير ظان أن الحق معه.

ب- أن يكون التعويض للدائن على الوجه المعتاد بحسب ما غرم من النفقات والمصاريف بسبب المماطلة من طرف المدين وإحواجه إلى القضاء ورفع الشكاية.

ج- أن يكون المدين مماطل حتى دفع الدائن وأحوجه إلى الشكاية واللجوء إلى القضاء والمحاكم.

وفي هذا يقول صاحب كتاب الفروع: (ومن مطل غريمه حتى أحوجه إلى الشكاية، فما غرمه بسبب ذلك، لزم المماطل...) ⁽³⁾.

ومن خلال الكلام السابق يتبين لنا أن العلماء يحملون المدين المماطل المعتدي الذي تسبب في الخسائر المالية والقضائية للمدين ولا يكون التعويض عن هذا الضرر الحقيقي إلا بتضمين المدين الظالم هذه النفقات والأتعاب وأجرة التحصيل والتقاضى.

واستندوا في قولهم هذا على مجموعة من الأدلة والاعتبارات منها⁽⁴⁾:

(1) - أحمد بن تيمية، مجموع فتاوى، المرجع السابق، المجلد 30، ص: 24-25.

(2) - عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، المرجع السابق، ص: 202، وسعد بن عبد

العزیز الشويخ، التعويض عن التأخر في سداد الديون، المرجع السابق، ص: 158-159.

(3) - شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، كتاب الفروع، المرجع السابق، الجزء 6، ص: 457.

(4) - عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، المرجع السابق، ص: 205-206، وسليمان

بن صالح الدخيل، التعويض عن الإضرار المترتبة على المماطلة في الديون، المرجع السابق، ص: 25، وسعد بن عبد العزيز

الشويخ، التعويض عن التأخر في سداد الديون، المرجع السابق، ص: 134-135.

1- المدين المماطل هو الذي تسبب في شكاية صاحب الحق له، وأدخله في غرامة شكايته بغير حق، فكانت نفقات ومصاريف ذلك عليه، فيضمنها لتسببه فيها كما لو أتلّفها.

2- معاملة المدين بنقيض قصده وهذا مقرر كثير في الشريعة الإسلامية من أجل الردع والكف عن الظلم وسد الذريعة أمام الأطماع البشرية التي تريد إدخال الضرر على أصحاب الحقوق وتيئسهم بالمماطلة وعدم الوفاء فعوقب بنقض قصده من أجل رفع ودفع ظلمه وهذا يتطلب رفع دعاوى قضائية مكلفة من الناحية المادية والنفسية والزمنية، فيطالب المدين بالحق وما أنفق صاحب الحق من أموال ونفقات من أجل الوصول إلى حقه، وفي هذه العقوبة مصلحة كبيرة ومقصد عظيم من مقاصد الشريعة الإسلامية، حيث يرتدع المخاصمون بالباطل ويطمئن أصحاب الحقوق على حقوقهم ويخفف الضغط على القضاة في كثير من الخصومات والقضايا التي تسببها المماطلة في الديون.

3- إن عدم تحميل المدين المماطل نفقات القضية والدعوى قد يحمل أصحاب الحقوق على ترك حقوقهم وعدم المطالبة بها، إذ تكلف نفقات التقاضي أحيانا أكثر من ماله الذي يطالب به. وبهذا يظهر لنا جليا أن المدين المماطل يتحمل النفقات والمصاريف التي لحق الدائن؛ لأنه هو الذي أحوجه للشاكية ودفعه إلى القضاء من أجل الحصول على حقه.

ولقد خلص إلى ذلك الدكتور عثمان شبير في آخر بحثه معالجة المديونيات من التعثر فقال: «يتحمل المدين المماطل تكاليف رفع القضية إلى القضاء وأتعاب المحامي التي يدفعها الدائن؛ لأن المدين هو الذي تسبب في ذلك»⁽¹⁾.

وبهذا يترجح لنا القول الذي ذهب إلى تحميل المدين المماطل المصاريف والنفقات والأتعاب ويغرم بدفعها؛ لأن الدائن خسر ذلك من استرداد دينه وحقه من المدين الظالم والمتعدي، فإذا اشتراط تحميل المماطل النفقات جاز ذلك لعدة اعتبارات منها⁽²⁾ :

(1) محمد عثمان شبير، وسائل معالجة الإسلام للمديونيات المتعثرة، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، ص: 891، 895، وأحمد الجزار محمد بشناق، الشرط الجزائي في الديون والبدائل الشرعية له في التطبيقات المصرفية، المرجع السابق، ص: 171.

(2) سعد بن عبد العزيز الشويخ، التعويض عن التأخر في سداد الديون، المرجع السابق، ص: 135-136.

أولاً: الاستئناس بعموم النصوص الحديثية منها قول النبي ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حالاً أو أحل حراماً».

ويدخل تحت هذا العموم كل شرط لا يخالف الشريعة الإسلامية ولا يحرم حالاً ولا يحل حراماً وبما أن اشتراط النفقات على المدين المماطل لا تتعارض مع النصوص الشرعية فهي جائزة.

ثانياً: الأصل في الشروط الصحة والجواز إلا ما دل الدليل على منعه وحضره.

ثالثاً: القول بجواز هذا الشرط فيه مصلحة للدائن المظلوم من جهة وصوله إلى حقه وردع المدين المماطل من الدخول في الخصومة بالباطل إذا علم أنه يتحمل النفقات والأتعاب والمصاريف⁽¹⁾.

ولقد نص على ذلك في معيار المدين المماطل الذي قرره المجلس الشرعي لهيئة معايير المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية حيث جاء فيها: (يتحمل المدين المماطل مصروفات الدعوى كما يتحمل المصروفات التي غرمها الدائن من أجل تحصيل دينه)⁽²⁾.

4- حبس المدين المماطل ومنعه من السفر.

لقد اتفق الفقهاء على أن المدين المماطل إذا امتنع عن قضاء دينه فإنه يعاقب بالتعزير من حبس وضرب وغير⁽³⁾، ذلك مما يدفعه إلى وفاء دينه كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية «إذا امتنع مما يجب عليه من إظهار ماله، والتمكين من توفية الناس جميع حقوقهم، وكان ماله ظاهراً، واحتج إلى التوفية إلى منه، وامتنع منه، وأصر على الحبس: فإنه يعاقب بالضرب حتى يقوم بالواجب عليه في ذلك، في مذهب عامة الفقهاء، وقد صرح بذلك أصحاب مالك والشافعي، من العراقيين، والخراسانيين، وأصحاب أحمد، وغيرهم⁽⁴⁾.

(1) عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، المرجع السابق، ص: 205-206.

(2) المعايير الشرعية، المرجع السابق، ص: 94، 93.

(3) محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعائي، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، المرجع السابق، ص: 75، ومحمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الاوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، المرجع السابق، ص: 291.

(4) شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، كتاب الفروع، المرجع السابق، الجزء 6، ص: 462، ومحمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الاوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، المرجع السابق، ص: 291.

ولا نعلم في ذلك نزاع بل كرروا هذه المسألة في غير موضع من كتبهم»⁽¹⁾.

واستدلوا على ذلك بحديث: «مطل الغني ظلم، وفي رواية لي الواحد يحل عرضه وعقوبته»⁽²⁾، فالعقوبة هنا هي الحبس، وإن كانت لا تختص بالحبس بل هي بالضرب أظهر منها في الحبس ويستدل على وجوب ضربه بقوله ﷺ: «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده...»، ومن المنكر مطل الغني، فمن صح غناه ومنع خصمه، فقد أتى منكر فوجب على الحاكم تغييره باليد⁽³⁾.

ولقد تكلم الإمام الصنعاني رحمه الله عند شرح حديث النبي ﷺ: «لي الواحد يحل عرضه وعقوبته»⁽⁴⁾، معرجاً عن معنى العقوبة المقصودة من حديث النبي ﷺ فقال: «وفسر البخاري حل العرض بما علقه عن سفيان قال يقول مطلني وعقوبته حبسه وهو دليل لزيد بن علي أنه يحبس حتى يقضي دينه وأجاز الجمهور الحجر وبيع الحاكم عنه ماله وهذا أيضاً داخل تحت لفظ عقوبته لاسيما وتفسيرها بالحبس ليس بمرفوع»⁽⁵⁾.

ويقول الإمام الشوكاني عند نفس الحديث أي حديث عمرو بن الشريد حيث قال: «واستدل بالحديث على جواز حبس من عليه الدين حتى يقضيه إذا كان قادراً على القضاء تأديباً له وتشديداً عليه لا إذا لم يكن قادراً لقوله: الواحد فإنه يدل على أن المعسر لا يحل عرضه ولا عقوبته...»⁽⁶⁾.

فهذا كلام صريح ومعنى مقصود من عموم حديث النبي ﷺ أن المدين المماطل إذا لم يوف ما عليه من ديون والتزامات جاز عقوبته بالحبس أو بما يراه القاضي العدل المجتهد من عقوبة يرجح منها القضاء

(1) - شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مجموع فتاوى، المرجع السابق، المجلد 30، ص: 21، 22، 23، وشمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، كتاب الفروع، المرجع السابق، الجزء 6، ص: 454-455.

(2) - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأفضية، باب في الحبس في الدين وغيره، رقم: 3628، ج 3، ص 313، والنسائي في سننه كتاب البيوع، مطل الغني، رقم: 4689، ج 7، ص 316، وابن ماجه في سننه كتاب الصدقات، باب الحبس في الدين والملازمة، رقم: 2427، ج 2، ص 811.

(3) - ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، الجزء 2، ص: 68.

(4) - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأفضية، باب في الحبس في الدين وغيره، رقم: 3628، ج 3، ص 313، والنسائي في سننه كتاب البيوع، مطل الغني، رقم: 4689، ج 7، ص 316، وابن ماجه في سننه كتاب الصدقات، باب الحبس في الدين والملازمة، رقم: 2427، ج 2، ص 811.

(5) - محمد بن إسماعيل الأمير اليميني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الاحكام، المرجع السابق، ج 3، ص: 75.

(6) - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الاوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، المرجع السابق، ص: 291.

على أزمة الديون أو التقليل منها ومن انتشارها في المعاملات المالية بين الناس⁽¹⁾.

يقول نزيه كمال حماد مبينا كيف عاجلت الشريعة الاسلامية الأمور التي لا تستدرك بالتعويضات الجبرية ولكن بالزواج وهو مقصود الحديث العظيم لي الواجد ظلم حيث قال: (ولما كان ظلم المدين المماطل غير قابل للاستدراك بطريق التعويضات الجوابر، فقد سعت الشريعة الحكيمة لدرئه بواسطة العقوبات الزواج، وهذا ما عناه الحديث الشريف «لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته»⁽²⁾، حيث فسر الفقهاء العقوبة فيه بالحبس، وحكموا بسجن المدين المماطل حتى يؤدي ما في ذمته من دين، وقالوا بضربه وتعزيزه إذا أصر على الامتناع، حملا له على الإسراع بالوفاء، فإن استمر في مطله باع الحاكم أمواله ووفى منها ديونه، رفعا للظلم عن الدائن، وقمعا لهذا اللون من الجور والإضرار، وزجر لمن تسول له نفسه ارتكابه)⁽³⁾.

قال ابن رشد -رحمه الله-: «وإنما صار الكل إلى القول بالحبس في الديون، وإن كان لم يأت في ذلك أثر صحيح؛ لأن ذلك أمر ضروري في استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض، وهذا دليل على القول بالقياس الذي يقتضي المصلحة، وهو الذي يسمى بالقياس المرسل، وقد روي عن النبي -عليه الصلاة والسلام- حبس رجلا في تهمة...»⁽⁴⁾.

ولقد اختلف العلماء فيمن يستحق الحبس، فذهب جمهور العلماء إلى جواز حبس المماطل الموسر أم المعسر فحقه الإنظار⁽⁵⁾، قال الخطابي - رحمه الله - «وفي الحديث دليل على أن المعسر لا حبس عليه؛ لأنه أباح حبسه إذا كان واجدا، والمعدم غير واجد، فلا حبس عليه، وقد اختلف الناس في هذا

(1) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الاوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، المرجع السابق، ص: 291.

(2) - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب في الحبس في الدين وغيره، رقم: 3628، ج3، ص313، والنسائي في سننه كتاب البيوع، مطل الغني، رقم: 4689، ج7، ص316، وابن ماجه في سننه كتاب الصدقات، باب الحبس في الدين والملازمة، رقم: 2427، ج2، ص811.

(3) - شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، كتاب الفروع، المرجع السابق، الجزء 6، ص: 462-463.

نزيه كمال حماد، المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطل، المرجع السابق، ص: 111.

(4) - ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، الجزء 2، ص: 76، ومحمد عثمان شبير، وسائل معالجة الإسلام للمديونيات المتعثرة، المرجع السابق، ص: 892-893.

(5) - محمد بن إسماعيل الأميري الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، المرجع السابق، ص: 75.

فكان شريح يرى حبس المليء والمعدم، وإلى هذا ذهب أصحاب الرأي، وقال مالك لا حبس على المعسر إنما حظه الإنظار، ومذهب الشافعي أن من كان ظاهر حاله الإعسار فلا حبس عليه، ومن كان ظاهر حاله اليسار حبس إذا امتنع من أداء الحق⁽¹⁾.

وقال ابن جزى المالكي - رحمه الله - عندما ذكر أنواع الغرماء وبين من يجب في حقهم الإنظار في حالة الإعسار فقال: «الثالث غريم معسر عديم فيجب تأخيره إلى أن يوسر...»⁽²⁾.

وقال أيضا عند كلامه عن سجن الغريم وبين أنه على ثلاث أنواع وهذا الكلام يعتبر من أقوال المالكية التي تميز حبس المدين المماطل والغريم الذي يعلم منه أكل أموال الناس الباطل ويتهرب من أداء ما عليه من التزامات وواجبات وذكر من هذه الأنواع ما يلي: «الثالث يسجن من أخذ أموال الناس وتقعدها عليها وادعى العدم فتبين كذبه، فإنه يحبس أبد حتى يؤدي أموال الناس أو يموت في السجن، وقال سحنون: يضرب المرة بعد المرة حتى يؤدي أموال الناس ولا ينجيه من ذلك إلا ضامن بالمال»⁽³⁾.

كما يجوز منع المدين المماطل من السفر بناء على طلب صاحب الحق، وهذا انطلاقا من كون عقوبة المماطل تدخل في باب التعزيز وعليه يمكن للقاضي التدخل ويمنعه من السفر وهذا قول الكثير من الفقهاء والعلماء القدماء والمعاصرين الذين اعتبروا منع المدين من السفر من الحلول والوسائل الضغطية التي تحمل المدين على إيجاد المخارج للتخلص من متابعة الغرماء وإبراء الذمة، ومن خلال نقل كلامهم يتضح لنا موقفهم من هذه المسألة يقول الخطاب المالكي - رحمه الله - عند شرح كلام - خليل رحمه الله - «للغريم منع من أحاط الدين بماله من تبرعه وسفره إن حل بغيبه»، يعني أن للغريم أن يمنع المدين من السفر إذا كان الدين يحل بغيبته وهو واضح.

وقال أيضا: يفهم من كلام المؤلف بالأحرورية لصاحب الدين أن يمنع المدين من السفر إذا كان الدين حالا حتى يقبضه وهو كذلك والله أعلم.

(1) - شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، كتاب الفروع، المرجع السابق، الجزء 6، ص: 454-455، وابن جزى المالكي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص: 307، ينظر: ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، الجزء 2، ص: 68، ومحمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الاوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، المرجع السابق، ص: 291.

(2) - ابن جزى المالكي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص: 307.

(3) - المرجع نفسه، ص: 308.

وفرق المالكية -رحمهم الله - بين السفر القريب والبعيد وإحاطة الدين بمال صاحبه أم لا، وإذا وكل وكيفا لوفاء دينه وعدمه وإذا أشهد أم يشهد⁽¹⁾.

وكذلك ما يمكن التنبيه عليه أن المالكية فرقوا بين المديان المعسر والموسر ففي الأول يمنع وفي الثاني لا يمنع من السفر وقد صرح بذلك الحطاب المالكي رحمه الله حيث قال مبينا مقصد المالكية لما تكلم عن منع المدين من السفر فقال: (اعلم أن هذا الكلام كله في المديان الموسر، وأما المعسر فليس للغريم منعه صرح به أهل المذهب في باب الحج قال ابن عرفة في موانع الحج: ابن شاس: لمستحق الدين منع الحرم الموسر من الخروج ويجب أدائه ويمتنع تحلله فإن مؤجلا لم يمنع، قلت: إن كان إيايه قبل حلوله⁽²⁾. ويقول الموفق ابن قدامة- رحمه الله - وإن أراد سفرا يحل قبل رجوعه أو الغزو تطوعا فلغريمه منعه، إلا أن يوثق بذلك وإن كان حالا على معسر وجب إنظاره⁽³⁾.

يقول شارح العمدة عند كلام -ابن قدامة رحمه الله -: أي يحل الدين قبل رجوع هذا المدين من سفره، فللدائن منعه من هذا السفر، إلا أن يحضر رهنا أو كفيلا؛ لأن هذا السفر يعود على الدائن بالضرر؛ لأنه يؤخر حقه عن وقت تسليمه⁽⁴⁾.

وحجة هولاء الفقهاء الذين قالوا بجواز منع المدين المماطل من السفر حديث النبي ﷺ حيث قال: «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته»، فقوله -يحل عقوبته- يدل على جواز حبسه ومنعه من السفر إذا كان قادرا على الوفاء وهذا الحديث هو عمدة العلماء في هذه المسألة⁽⁵⁾.

وسئل شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله - عن رجل في مسألة منع المدين من السفر ونص السؤال هو: سئل عن رجل باع قماشاً لإنسان تاجر، وكسب فيه شيئاً معيناً وقسط عليه الثمن والمديون يطلب السفر، ولم يقم له كافلاً، فهل لصاحب المال أن يمنعه من السفر، أم لا؟ فأجاب: «إن كان

(1)- أبو عبد الله محمد بن الرحمن المعروف بالحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق أحمد جادة، شركة القدس، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1429هـ-2008م، الجزء 5، ص: 39.

(2)- المرجع نفسه، الجزء 5، ص: 40.

(3)- عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، شرح عمدة الفقه، المرجع السابق، الجزء 2، ص: 884، 885.

(4)- المرجع نفسه، ص: 884.

(5)- محمد عثمان شبير، منع المدين من السفر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، ص: 661.

الدين حالا وهو قادر على وفائه، فله أن يمنعه من السفر قبل استيفائه، وكذلك إن كان مؤجلا ومحلّه قبل قدوم المدين، فله أن يمنعه من السفر حتى يوثق برهن يحفظ المال، أو كفيل، وإن كان الدين لا يحل إلا بعد قدوم المدين، ففيه نزاع بين العلماء⁽¹⁾.

وعليه يمكن أن نقول إن المنع من السفر عقوبة نفسية شديدة تحمل المدين على أداء ما عليه من ديون وبخاصة إذا كان المدين ممن تعود على السفر، فهذا المنع عبارة عن وسيلة ضغط لأداء الحقوق والالتزامات إلى أصحابها ومنعهم من المماطلة وأكل أموال الناس بالباطل، فكل وسيلة من شأنها التخفيف من أزمة الديون ووافقت الشريعة الإسلامية فلا يمنع من سلوكها⁽²⁾.

5- إحداث صيغة تجمع بين إلزام المدين المماطل الموسر بالوفاء مع فرض تسليم قرض حسن للدائن.

وصورة هذه الصيغة البديلة: أن يشترط الدائن على المدين أن يقرضه إذا تأخر في السداد قرضا بقدر الدين، ويكون مؤجلا لمدة مماثلة للمماطلة، ويكون هذا بعد قضاء الدين⁽³⁾.

وهذه الصيغة والاقتراح ظهرت من باب إيجاد بديل أو تعويض الفرص الفائتة بسبب مماطلة المدين وتأخر عن السداد في الوقت المحدد وكبديل عن الغرامة المالية التي هي من ربا الجاهلية، وهذه الصيغة المقترحة تقوم على الأسس التالية⁽⁴⁾:

وبما أن الحالة العامة العملية لضرر المماطلة هي أنها حرمان للدائن خلال المماطلة من فرصة استعمال ماله في وجوه الانتفاع المشروعة.

وبما أن المماطلة هي ظلم وعدوان، والشريعة الإسلامية تتقبل من حيث المبدأ معاقبة المسيء بمثل فعله (إلا في حالات نادرة استثنائية مشهورة).

(1) شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مجموع فتاوى، المرجع السابق، المجلد 30، ص: 19، 20.

(2) محمد عثمان شبير، منع المدين من السفر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، ص: 661.

(3) سعد بن عبد العزيز الشويخ، التعويض عن التأخر في سداد الديون، المرجع السابق، ص: 147.

(4) محمد أنس الزرقا ومحمد على القرى، التعويض عن ضرر المماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي جدة، المملكة العربية السعودية، المجلد 3، سنة، 1411هـ-1991م، ص: 44، 45.

ومن خلال البيان السابق لهذه الصيغة اختلف العلماء في حكم اشتراط هذا الشرط في العقود إذا تأخر المدين في سداد دينه على قولين مشهورين هما كالتالي (1) :

القول الأول: ذهب بعض العلماء إلى حرمة اشتراط إقراض المدين للدائن إذا تأخر في سداد دينه، ومن هولاء العلماء والباحثين حسن الآمين، و رفيق المصري، و الصديق الضير، و سلمان الدخيل (2).

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بمجموعة من الأدلة نذكر منها (3) :

1- استدلوا بحديث عمرو بن الشريد عن أبيه عن رسول الله ﷺ قال: «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته»، وجه الدلالة أن النبي ﷺ أحل عرض الغني المماطل وعقوبته دون أخذ ماله، فلا يملك الدائن مطالبته بالتعويض المالي، سواء كان تملك مال، أو تملك انتفاع به إلى أجل (4).

2- القول بجواز هذه الصيغة يشوبها ويتخللها شبهة شرط جرا نفعاً وهذا محرم بإجماع العلماء.

3- أن الشرع قصد إلى إبراء الذمم من الديون، ولذا شرع من الاحكام ما يحقق هذا القصد من وجوب وفاء الدين، وتحريم المطل، وشرع الحوالة، والصلح، وندب إلى الصدقة على المعسر واشتراط أن يقرضه إذا تأخر في السداد يخالف هذا المقصود، إذ يترتب عليه انشغال الذمة مرة أخرى بالقرض (5).

4- أن القرض إحسان محض لا يقبل المعاوضة، والمقصود من اشتراط هذا الشرط هو المعاوضة عن الزمن الماضي بسبب المطل بالانتفاع بمثل المال لمدة مماثلة للمطل، فلا يقصد المماطل نفع الدائن والإرفاق به، ولا الدائن يأخذ ذلك لفقره وحاجته، فيخرج بهذا القصد عن كونه تبرعاً إلى معاوضة مال بمثله من جنسه إلى أجل بلا زيادة، فيجري فيه ربا النساء (6).

القول الثاني: ذهب بعض العلماء إلى جواز اشتراط إقراض المدين للدائن إذا تأخر في سداد دينه،

(1) سعد بن عبد العزيز الشويخ، التعويض عن التأخر في سداد الديون، المرجع السابق، ص: 147، 148.

(2) المرجع نفسه، ص: 148.

(3) المرجع نفسه، ص: 148.

(4) المرجع نفسه، ص: 148-149.

(5) المرجع نفسه، ص: 148-149.

(6) المرجع نفسه، ص: 149.

ومن هولاء العلماء والباحثين والهيئات محمد القرى، و محمد الزرقاء، و علي القرى داغي، و عبد الستار أبو غدة، وبهذا القول صدرت فتوى ندوة البركة الثامنة للاقتصاد الإسلامي⁽¹⁾.

أدلة القول الثاني:

استند أصحاب هذا الرأي إلى عدة أدلة نذكر منها مالي⁽²⁾ :

استدلوا من القرآن ما جاء في سورة الأنبياء وما ذكر من حكم داود وسليمان عليهما السلام وهو من باب الاستئناس لا على سبيل القطع والجزم حيث قال سبحانه: «وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين ففهمناها سليمان وكلا ءاتينا حكما وعلما وسخرنا مع داود الجبال يسبحنا والطير وكنا فاعلين».

وجه الاستدلال من هذه الآيات أن غنما دخلت زرعاً ليلاً، فأكلته، فلم تبق منه شيئاً، فحكم سليمان بأن تدفع الغنم إلى أهل الحرث ينتفعون بألبانها وأولادها وأصوافها، ويقوم أصحاب الغنم بإصلاح الحرث حتى يعود كما كان قبل دخول الغنم فيه، ثم يترادن بعد ذلك، فيعود لأهل الغنم غنمهم، ولأهل الحرث حرثهم، وقد أثنى الله تعالى على سليمان - عليه الصلاة والسلام - في حكمه هذا، وفي هذه القصة دلالة على أنه يحكم على من أحدث ضرراً على غيره أن يعرضه بتسليمه شيئاً من أمواله لاستثمارها⁽³⁾.

ونوقش هذا الاستدلال بعدة أوجه منها:

-لقد ذهب الكثير من العلماء والمفسرين إلى أن ما حكم به داود وسليمان عليهما السلام منسوخ ومن الذين نقلوا النسخ الجصاص الحنفي حيث قال: «ولا خلاف بين المسلمين أن من نفشت غنمه في حرث رجل، أنه لا يجب عليه تسليم الغنم، ولا تسليم أولادها وألبانها وأصوافها إليه، فثبت أن الحكامين

⁽¹⁾ محمد أنس الزرقا ومحمد علي القرى، التعويض عن ضرر المماثلة في الدين بين الفقه والاقتصاد، المرجع السابق، ص: 44، وسعد بن عبد العزيز الشويخ، التعويض عن التأخر في سداد الديون، المرجع السابق، ص: 148.

⁽²⁾ المرجع نفسه، ص: 149-150.

⁽³⁾ المرجع نفسه، ص: 150، ومحمد أنس الزرقا ومحمد علي القرى، التعويض عن ضرر المماثلة في الدين بين الفقه والاقتصاد، المرجع السابق، ص: 45.

جميعاً منسوخاً بشريعة نبينا محمد ﷺ»⁽¹⁾.

واعترض على دعوة النسخ بأنه غير مسلم حيث نقل الإمام القرطبي رحمه الله في الجامع لإحكام القرآن نقضها وبين وجه الخلل بين الجمهور والحنفية حيث قال: «ذهب مالك وجمهور الأئمة إلى القول بحديث البراء، وذهب أبو حنيفة وأصحابه وجماعة من الكوفيين إلى الحكم منسوخ، وأن البهائم إذا أفسدت زرعها في ليل أو نهار أنه لا يلزم صاحبها شيء، وأدخل فسادها في عموم قوله ﷺ: «جرح العجماء جبار» ففاسد جميع أعمالها على جرحها، ويقال: إنه ما تقدم أبا حنيفة أحد بهذا القول، ولا حجة له ولا لمن اتبعه في حديث العجماء، وكونه ناسخاً لحديث البراء ومعارضاً له، فإن النسخ شروطه معدومة، والتعارض إنما يصح إذا لم يكن استعمال أحدهما إلا بنفي الآخر، وحديث «العجماء جرحها جبار»⁽²⁾ عموم متفق عليه، ثم خص منه الزرع والحوائط بحديث البراء، لان النبي ﷺ لو جاء عنه في حديث واحد: العجماء جرحها جبار نهاراً لا ليلاً وفي الزرع والحوائط والحراث، لم يكن هذا مستحيل من القول، فكيف يجوز أن يقال في هذا متعارض؟ وإنما هذا من باب العموم والخصوص على ما هو مذكور في الأصول»⁽³⁾.

- لو سلمنا وجوب الضمان على أهل الماشية، فلأنها أتلفت زرعها، وهو مال محترم، فوجب الضمان للضرر الحاصل بإتلاف المال، وهذا بخلاف هذه المسألة، فتأخيره رده لا يعد إتلافاً له حتى يوجب ضمانه، وإنما فوت على مالكه استثماره، ولا يجوز برجه فيه، فقد يربح، وقد يخسر، كما أن محل هذه المسألة الدين، والزمن لا قيمة له في الدين، وإلا آل ذلك إلى ربا النسيئة⁽⁴⁾.

- أن المقرر عند علماء الأصول أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا خلافه، وقد ورد شرعنا بخلافه وهو قول النبي ﷺ: «العجماء جبار»، ومعنى جبار هدر لا شيء فيه⁽⁵⁾، فدل على أنه لا

(1) أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، الجزء 5، ص: 54، وسعد بن عبد العزيز الشويرخ،

التعويض عن التأخر في سداد الديون، المرجع السابق، ص: 151.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، باب: في الركاز الخمس، رقم: 1499، ج: 2، ص: 130، ومسلم في صحيحه، باب

جرح العجماء، والمعدن، والبئر جبار، رقم: 1710، ج: 3، ص: 1334.

(3) أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، المجلد 6، ص: 286-287.

(4) سعد بن عبد العزيز الشويرخ، التعويض عن التأخر في سداد الديون، المرجع السابق، ص: 150.

(5) أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ص: 287.

ضمان على صاحب البهيمة فيما أتلفت إذا لم تكن يده عليها، قال القرطبي: - رحمه الله رحمة - قال علمائنا: ظاهر قوله: «العجماء جرحا جبار» أن ما انفردت البهيمة بإتلافه لم يكن فيه شيء، وهذا مجمع عليه (1).

وقال - رحمه الله - في موضع آخر مبينا حكم هذه الواقعة في شرعنا: «أن على أصحاب الحوائط حفظ حيطانهم وزرعوهم بالنهار، ثم الضمان في المثل بالمثلات، وبالقيمة في ذوات القيم، والأصل في هذه المسألة في شرعنا ما حكم به نبينا ﷺ في ناقة البراء بن عازب، رواه مالك عن ابن شهاب حرام بن سعيد بن محيصة: أن ناقة للبراء دخلت حائط رجل فأفسدت فيه، فقضى رسول الله أن على أهل الحوائط حفظها بالليل، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها...» (2).

2- واستدلوا بقوله تعالى: ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَتُ قِصَاصٌ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ (البقرة: 194).

وجه الاستدلال من هذه الآية الكريمة: أن المماطل اعتدى على الدائن، فحرمه من الانتفاع من ماله مدة من الزمن، فاستحق أن يعامل بمثل معاملته، فيحرم من الانتفاع بماله بمثل المدة (3). واعترض على هذا الاستدلال: أن الآية دلت على أن من أودى له أن يجازي من ظلمه بمثل ما أودى به، وأن من أخذ شيئا ظلما يلزمه رد مثله، وهذا يوجب على المدين المماطل رد الدين بمثله دون زياد عليه، وليس للدائن أن يأخذ شيئا من ماله مدة من الزمن، وإن فعل المدين ذلك، فإن المعصية لا تقابل بالمعصية (4).

3- ولعل من أبرز الشواهد القوية المؤيدة لهذه الصيغة هي أن المسيء يعاقب بنقيض قصده وهذا معمول به في كثير من المسائل في الشريعة الإسلامية ومن هذه الأمثلة ما يلي (5):
أ- مانع الزكاة، تؤخذ منه، ويعاقب بأخذ شطر ماله.

(1) أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، المجلد 6، ص: 287، ومحمد أنس الزرقا ومحمد على القرى، التعويض عن ضرر المماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد، المرجع السابق، ص: 47.
(2) أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، المرجع نفسه، المجلد 6، ص: 284.
(3) سعد بن عبد العزيز الشويخ، التعويض عن التأخر في سداد الديون، المرجع السابق، ص: 150، 151.
(4) المرجع نفسه، ص: 151، 152.
(5) المرجع نفسه، ص: 152، ومحمد أنس الزرقا ومحمد على القرى، التعويض عن ضرر المماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد، المرجع السابق، ص: 45.

ب- السارق من الثمر المعلق ما لا يبلغ نصابا، يعاقب بالجلد، وتغريمه ضعف قيمة الثمر.
ج- الطلاق ضررا، وهو الذي يوقعه الرجل في مرض موته بقصد حرمان زوجته من الميراث فإنه يعاقب بتوريث زوجته منه إذا مات، وهي في العدة.
وعليه من خلال الأمثلة السابقة يقاس عليها المدين المماطل وقد قصد بتأخير رد الدين الانتفاع بمال الدائن، فيعامل بنقيض قصده، وهو أن يحرم من الانتفاع بماله مدة مماثلة للمماطلة.
4- تخريج هذه الصيغة على ما ذهب إليه بعض الفقهاء أن من غصب دراهم، واتجر فيها وريح، أن الريح للمغصوب منه، لأنه نما ملكه، والمدين إذا طالبه الدائن بالحق بعد حلول أجله، وامتنع، يكون في حكم الغاصب⁽¹⁾.

ونوقش هذا الاستدلال بأنه لا يسلم بصحة قياس المدين المماطل على الغاصب، لأن الغصب هو الاستيلاء على حق الغير قهرا بغير حق، وهذا غير متحقق في المدين المماطل، إذ أنه أخذ مال غيره بوجه مشروع، لكنه تأخر في رده، كما أن الغصب يتعلق بعين الشيء المغصوب، والواجب هو رده بعينه إذا كان باقيا بحاله، وهذا بالإجماع.

وإن زاد المغصوب بيد الغاصب لزمه رده بزيادته؛ لأنه من نماء المغصوب، والمغصوب لملكه، فلزمه رد النماء كالأصل، أما الدين فهو يتعلق بذمة المدين، والواجب هو رد مثل المال الذي شغلت به الذمة دون زيادة، وإلا أدى إلى الربا.

ونتيجة انتفاع الدائن الأصلي بالقرض الحسن الممنوح له الآن تعويضا، ليس مضمونة أو معلومة: فقد يستخدمه في استثمار مال فيربح كثيرا أو قليلا، بل قد يخسر، وهذا عدل؛ لأنه لو تلقى أصلا دينه دون مماطلة فاستثمره لكان أيضا عرضة للربح الكثير أو القليل أو الخسارة، إننا بحسب هذا الحل - لا نمنح الدائن الممتول أي مبلغ نقدي إضافي فوق دينه الأصلي، بل تمنحه فرصة جديدة غير مضمونة مقابل الفرصة التي فوتها عليه المدين المماطل⁽²⁾.

(1) سعد بن عبد العزيز الشويخ، التعويض عن التأخر في سداد الديون، المرجع السابق، ص: 152-153.

(2) محمد أنس الزرقا ومحمد على القرى، التعويض عن ضرر المماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد، المرجع السابق، ص: 44-45.

فهذه صيغة يقصد منها تعويض الضرر الذي لحق الدائن دون الدخول في الشبه الربوية مع محاولة تحقيق العدالة المالية والتخلص من الزيادة الربوية.

والراجع في هذه المسألة والله أعلم القول الذي ذهب إلى عدم الجواز وهذا راجع إلى عدة اعتبارات نذكر منها:

- أن هذا الشرط جر نفعاً للدائن -المقرض-، ومعلوم أن كل قرض جر نفعاً فهو حرام بإجماع العلماء وفي هذا يقول الإمام ابن المنذر: «أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستلف زيادة أو هدية، فأسلف على ذلك، أن أخذ الزيادة على ذلك ربا»⁽¹⁾.

وقال الشوكاني -رحمه الله-: «والحاصل أن الهدية والعارية ونحوهما إذا كانت لأجل التنفيس في أجل الدين أو لأجل رشوة صاحب الدين أو لأجل أن يكون لصاحب الدين منفعة تقابل دينه فذلك محرم لأنه نوع من الربا أو رشوا...»⁽²⁾.

- يعتبر عقد القرض من العقود الإرفاقية التي لا تكون إلا لله، فإذا شرط المقرض فيه المنفعة لنفسه خرج عن أصله، فمنع صحته؛ لأنه يكون بذلك قرصاً للمنفعة لا لإرفاق والقربة يقول الإمام ابن جزى المالكي في هذا المعنى -رحمه الله-: «وإنما يجوز بشرطين: أحدهما: ألا يجز نفعاً، فإن كانت المنفعة للدافع منع اتفاقاً؛ للنهي عنه وخروجه عن باب المعروف...»⁽³⁾.

وخلاصة القول في هذه المقترحات والحلول والوسائل التي حاول العلماء إخراجها وإبرازها لتكون كحل لمسألة المماثلة في الديون أو على الأقل التقليل من حدتها، هو أن الفقه الإسلامي رسم منهجاً لإحقاق الحق ورفع الظلم والضرر عن الدائن إذا كان مدينه موسراً مماطلاً، وهو احتراز عن تكليف المدين دفع زيادة مالية على الدين الثابت في الذمة مقابل التأخر في الوفاء، وتلك هي المؤيدات الشرعية لمنع الجور والعدوان في هذه القضية، وهي بلا ريب أقوى وأجزع وأعظم تأثيراً في الحمل على الوفاء دون تأخير من المؤيدات المستمدة من الفكر الربوي القاضي بتكليف المدين دفع زيادة مالية مقابل التأخير

⁽¹⁾ أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر، الإجماع، تحقيق أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، مكتبة الفرقان، عجمان، الإمارات، ط2، 1420هـ-1999م، ص: 135.

⁽²⁾ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الاوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، المرجع السابق، ص: 280.

⁽³⁾ ابن جزى المالكي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص: 280.

سموها تعويضا وليست في نظري إلا ربا أو حيلة إليه⁽¹⁾.

وما يمكن أن نستنتجه من خلال دراستنا لأحكام الشرط الجزائي في هذا الفصل أن من أهم مقاصد الشرط الجزائي سواء كان في القانونين الوضعية أو الاجتهادات الفقهية المعاصرة هو تعويض الدائن عن الضرر الذي لحق به بسبب تأخر المدين في تنفيذ إلتزاماته في الوقت المحدد أو عدم تنفيذها مطلقا، ومهما اختلفت التعريفات والتقسيمات، فإن الهدف الاسمي والغاية العظمى من وضع الشرط الجزائي واتفاق المتعاقدين على ذلك سواء كان قبل العقد أو بعده أو ترك ذلك للقضاء للفصل بينهم بالعدل ودفع الظلم الواقع من أحدهم، وهذا بناء على قاعدة الأصل في العقود الحل والاباحة و الأصل في المعاملات الجواز والإذن إلا إذا وجد ما يمنع من هذه المعاملة وهذا الذي قرر في هذا البحث ، ولا شك أن الشرط الجزائي داخل تحت هذه القاعدة، فالأصل فيه الصحة والجواز عند عموم العلماء والمذاهب الفقهية، وإن اختلفوا في التوسع والتضييق، وأما بالنسبة لجوازه في الإلتزامات الثابتة في الذمة فقد فرقوا بين ما كان متعلق بالديون المالية النقد، فأغلبهم على المنع وعدم الجواز، وإن كان غير متعلق بالديون أو بتنفيذ الأعمال أو التأخر فيها، فإنهم أجازوا أن تتضمن هذه العقود شروطا جزائية ويجب الوفاء بها بهذا المعنى أو اشتراط حلول باقي الأقساط، أو الإلزام بالتبرع الذي أقرته معظم المجمع الفقهية والمعايير الشرعية كبديل عن الشروط الربوية ولو من باب السياسة الشرعية المؤقتة التي تقرها المبادئ العامة للشرعية الإسلامية.

لقد اختلف العلماء في تكييفات الشرط الجزائي وتنوعت تخريجاتهم له إلا أن المختار إعتباره معاملة مستحدثة جديدة لها ضوابطها ولها أحكام تخصها يحق للقاضي تعديلها بما يتماشى مع العدل المطلوب في فقه المعاملات المالية المعاصرة.

يجوز الدخول في العقود التي تتضمن شرطا جزائيا بناء على أقوال بعض المذاهب الفقهية كالحنابلة مع العمل على تصحيحها وضعها في قالب الشرعي، والعمل على تطوير الوسائل المانع من المماطلة في الديون.

⁽¹⁾ نزيه كمال حماد، المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطلة، المرجع السابق، ص: 113.

الفصل الثاني:

أحكام الشرط الجزائي وتطبيقاته الفقهية في المعاملات المالية المعاصرة والمؤسسات المصرفية في الواقع الجزائري.

المبحث الأول: تطبيقات الشرط الجزائي في الريعون.

المبحث الثاني: تطبيقات الشرط الجزائي في غير الريعون

المبحث الثالث: تطبيقات معاصرة أخرى للشرط الجزائي.

لقد أصبح الشرط الجزائي ذا أهمية كبيرة، وخاصة في الحياة العملية الاقتصادية، فلا يكاد يخلو منه عقد من العقود المعاصرة، أو معاملة من المعاملات الحديثة، سواء أكانت إدارية أو مصرفية أو خدماتية، أو إسكانية، أو فلاحية إلا ونص عليها وذكر اشتراطه؛ لأنه يعتبر ضمانا ماليا وحصناً منيعاً لحماية الحقوق وصيانتها من التلاعب الذي قد يحدث من طرف الأشخاص الذين لا ينفذون ما التزموا به أو تأخروا في تنفيذه.

ولكي أبين المجالات التي اكتسحها الشرط الجزائي ومدى تأثيره في العلاقات المعاملاتية بين الناس تناولت في هذا الفصل بعض التطبيقات العملية في مجال العقود المعاصرة مع محاولة بيان الحكم الشرعي لكل تطبيق تم دراسته، وهو ما سيأتي بيانه في المبحث الأول والثاني.

المبحث الأول: تطبيقات الشرط الجزائي في الديون.

قبل الدخول في الجانب التطبيقي لا بد من التنبيه وإعادة تقرير بعض المبادئ والأحكام التي مشى عليها جمهرة علماء الأمة الإسلامية والتي قررتها في بحثنا سابقا.

1- أن المقصود بالديون هنا في هذه الحالة التي يكون محل الالتزام فيها مبلغا من المال أو دينا، سواء كان ناتجا عن أخذ قرض مالي، أو كان قيمة لخدمات تقدمها مؤسسات الدولة للمواطن، كالديون الناتجة عن عقود استهلاك الغاز والهاتف... إلخ، أو كان مصدره عقد إيجار أو بيع بالتقسيط أو عقد السلم، أو كان دينا مستحقا بسبب الأعمال التجارية كديون الضرائب أو الشرط الجزائي على المستصنع في عقد الاستصناع والمستورد في عقد التوريد وغيرها، كل هذه نماذج من الديون قد يكون عدم تسديدها في الوعد المحدد موجبا لجزاء مشروط بالاتفاق عليه في العقد الموجب لهذا الدين، سواء كان بصيغة التعويض الاتفاقي كما هو الشأن في المعاملات التي ينظمها القانون الخاص، أو كان بصيغة غرامات التأخير التي يفرضها القانون العام، أو بصيغة التعويض التأخيري التي تستعملها بعض المصارف الإسلامية وبمسميات مختلفة، وكلها داخلية تحت أو ضمن الشرط الجزائي من زاوية كون العاقدین اتفقا عليها مسبقا كجزاء التأخير الذي قد يحصل من طرف المدين ومن هذه الزاوية ينظر الفقه الإسلامي بعيدا عن إعطاء ميزة خاصة للعقود التي تكون الإدارة طرفا فيها؛ ولأنه قد تكون هذه الشروط وسيلة للربا المحرم⁽¹⁾.

(1) عبد المجيد طيبي، الشرط الجزائي وبعض تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، المرجع السابق، ص: 29.

2- أن العقود التي لا يكون الالتزام فيها ديناً مثل: عقد التوريد في جانب المورد، الاستصناع في جانب الصانع، والإجارة ونحوها فقد وقع الخلاف فيها بين العلماء⁽¹⁾.

المطلب الأول: الشرط الجزائي وتطبيقاته في القروض الحسنة.

الفرع الأول: مفهوم الشرط الجزائي في قرض تمويل السبيل.

من النماذج المختارة في هذه الدراسة عقد القرض الحسن الذي لجأت إليه الدولة الجزائرية بسبب جائحة كورونا، وهو قرض خاص بالحجاج من أجل تخفيف التكاليف عليهم جرّاء التغيرات الاقتصادية التي شهدتها العالم، وأطلق على هذا القرض (اتفاقية تمويل السبيل)⁽²⁾، وتولى إصدار هذه الصيغة وهذه الاتفاقية البنك الوطني الجزائري وتضمنت التعريف بالبنك وهو المؤسسة الممولة مع ذكر المكان ورأس المال والمقرض وهو الجهة المستفيدة من هذا التمويل مع ضبط معلومات الزبون وكل ما يثبت هويته والتزامه، وذكر فيها مجموعة من المواد المنظمة لهذا العقد، وهذه الصيغة التمويلية منها كيفية تسديد هذا القرض، وتسليم الوثائق وفسخ الاتفاقية وغرامات التأخير وموضوع الاتفاقية وخصائص القرض ومبلغ القرض الحسن والتأمين عن هذا القرض وتسوية النزاعات وعقد النسخ والتسديد المسبق والتعديل بملحق⁽³⁾.

وهذا ما تضمنته هذه الاتفاقية الخاصة بتمويل السبيل (تمويل عملية الحج)، وهذا النموذج أدرج فيها بعض الشروط الجزائية والغرامات التأخيرية، ومن بين هذا المواد التي نص فيها على الشرط الجزائي ما جاء في المادة السادسة (6) من هذا العقد حيث جاء فيها أنه: يتعين على الزبون التقيد بتواريخ دفع الأقساط المتفق عليها، وفي حالة تسجيل تأخر في تسديد ثلاثة أقساط متتالية، يصبح باقي المبلغ حالاً ويوجه إعدار للزبون⁽⁴⁾.

ويلتزم الزبون في حالة المماثلة في دفع الأقساط التي التزم بها في آجال استحقاقها بدفع غرامة

(1) - محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 288.

(2) - هو عبارة عن قرض حسن وأطلق عليه اسم السبيل؛ لأنه خاص بالحجاج الذين حصلوا على جوازات السفر في أزمة كورونا سواء كانوا أزواج أو أبناء أو أصول مباشرة وسمي السبيل من؛ لأنه مقتنص من الآية وعلى الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً والله أعلم.

(3) - نموذج اتفاقية تمويل السبيل، الصادر عن البنك المركزي الجزائري، ص: 1، 2، 3.

(4) - المادة رقم: 6، من نموذج اتفاقية السبيل الصادرة عن البنك المركزي الوطني، ص: 2.

تأخير تعادل نسبة 4% من مبلغ القسط المستحق يتبرع بها لحساب الأعمال الخيرية التابع للبنك تحت رقابة الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية طبقاً للمادة 6 من التعليمات 03-20 للبنك. وفي حالة الإعسار يمكن للبنك أن يمنح الزبون أجلاً معقولاً ومدروساً يتناسب مع وضعيته المالية لتسديد الأقساط الواجبة عليه دون فرض غرامة تأخير.

فما هو حكم هذا الشرط الذي تضمنه هذا العقد ونص عليه في صيغة التمويل بالقروض؟

الفرع الثاني: حكم الشرط الجزائي في قرض تمويل السبيل.

وأما بالنسبة لحكم الشرط الجزائي في قرض السبيل الذي لجأت إليه الدولة الجزائرية بسبب ظروف كورونا وتأثيرها على الحالة المادية للحجاج، فإن هذه الصيغة أو النموذج الذي بين أيدينا يعتبر قرضاً بنكياً مصرفياً؛ وهو في حقيقته إعطاء البنك العميل المقرض مالاً إلى أجل، أو إلى آجال معينة بشرط زيادة فائدة أو مبلغ مالي معين على رأس المال الحقيقي، وهذا القرض من الناحية الفقهية يعد من ربا الجاهلية أو ربا الديون، والقرض الجاهلي الذي أنزل القرآن بتحريمه، فليس له إلا الاسم في هذا العقد، والتسمية لا تغير من الحقائق الشرعية شيئاً، وقد حكى كثير من العلماء الإجماع على تحريم هذه الصيغة وهذا النموذج، فكل قرض جر نفعاً فهو داخل في الربا كما قرر في قواعد الشريعة الإسلامية يقول ابن جزري رحمه الله وهو يتكلم على القرض وبيان حكمه وشروطه، فبين جواز هـ بشرطين أحدهما أن لا يجر نفعاً، فإن كانت المنفعة للدافع منع اتفاقاً⁽¹⁾.

والأدلة كثيرة على ذلك لا تحصر من الكتاب والسنة كما سيأتي ذكر الكثير منها في بعض النماذج المتعلقة بالديون، والقول بالمنع والتحريم هو الذي تبنته الجوامع الفقهية والمعايير للمحاسبة المالية وتبناه الكثير من العلماء في الفتاوى الفردية أو البحوث الخاصة بالمعاملات المالية، أو ما ذكره في المؤسسات الإفتائية التي تمثل الجانب الرسمي للدول⁽²⁾، ومن هذه التقارير والبنود ما جاء في المعايير الشرعية

⁽¹⁾ ابن جزري، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص: 280، أبي الحسن بن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج2، المرجع السابق، ص: 404، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ج5، ص: 280، وعبد الله المصلح وصلاح الصاوي، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 96، وينظر: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، قضايا فقهية ومالية معاصرة، المرجع السابق، ص: 211.

⁽²⁾ علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 156، 157، 399، 401.

للمحاسبة المالية حيث نصت فيه على أنه: يحرم اشتراط زيادة في القرض للمقرض وهي ربا، سواء كانت في الصفة أو القدر، وسواء أكانت الزيادة عينا أو منفعة، وسواء أكان اشتراط الزيادة في العقد أم عند تأجيل الوفاء أم خلال الأجل، وسواء أكان الشرط منصوصا عليه أم ملحوظا بالعرف⁽¹⁾.

فهذا قول صريح من هيئة المحاسبة المالية بجرمة الزيادة في القروض والديون المالية مهما كانت الصفة ومهما كان النوع سواء تأخرت هذه الشروط أو تقدمت ومهما كانت التسميات غرامات تأخير أو شروط جزائية أو عقوبات مالية فالعبرة بالحقائق لا المسميات، فالحكم واحد في القروض البنكية وهي من ربا الجاهلية المحرم، وعليه فالعقد الذي بين أيدينا - قرض السبيل - هو من القروض البنكية التي تدخل تحت هذا الحكم، وهي القرض الذي بجر نفعاً أو فائدة ربوية وهو عين ربا الجاهلية الذي انزل فيه القرآن وبينته السنة النبوية ودل عليه إجماع المسلمين ومحل اتفاقهم⁽²⁾.

والقول بمنع القروض الربوية، أو كل ما كان في معناها من أنواع الصيغ هو الذي جاء تفصيله في مجمع الفقه الإسلامي سواء ما تعلق ببيع التسيط أو الاستصناع أو غيره من المعاملات المعاصرة التي دخلها الشرط الجزائي والعقوبات المالية، ومن الأسئلة التي وجهت له أنه إذا تأخر المدين عن سداد الدين في المدة المحددة، فهل له -أي البنك- الحق بأن يفرض على المدين غرامة مالية جزائية بنسبة معينة، بسبب التأخير عن السداد في الموعد المحدد بينهما؟ حيث جاء جوابه في بعض قراراته كما يلي⁽³⁾:

إن الدائن إذا شرط على المدين أو فرض عليه أن يدفع له مبلغاً من المال غرامة مالية جزائية محددة أو نسبة معينة إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما، فهو شرط باطل، ولا يجب الوفاء به، بل ولا يحل سواء كان الشارط هو المصرف أو غيره؛ لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه⁽⁴⁾.

والتصريح بتحريم ربا القروض والديون المالية كما جاء في -قرض السبيل-، فهو في حقيقته لا يخرج عن الحكم الذي جاء في قرار المجمع الفقهي؛ لأنه دين من البنك أو المصرف مقابل زيادة أو فائدة

(1) -المعايير الشرعية، المرجع السابق، ص: 522.

(2) -محمد بن أحمد بن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص: 280، وينظر: علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة

والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 390

(3) -علي أحمد السالوس، المرجع نفسه، ص: 400-401.

(4) -المرجع نفسه، ص: 399.

بسبب التأخر في سداد الدين في وقته المحدد والمتفق عليه وهو عين الربا الجاهلي الذي دلت النصوص على تحريمه وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي والذي نص على أن: كل زيادة أو فائدة على الدين الذي حل أجله وعجز المدين عن الوفاء به مقابل تأجيله، وكذلك الزيادة أو الفائدة على القرض منذ بداية العقد، هاتان الصورتان ربا محرم شرعا⁽¹⁾.

وعلى هذا القول الذي تبنته الجوامع الفقهية والمعايير الشرعية تابعت معظم فتاوى العلماء، ومن هؤلاء الدكتور عثمان شبير، وأحمد علي السالوس، والصادق الغرياني، وعبد الله المصلح، وصالح الصاوي، ومحمد بن عبدالعزيز بن سعد اليميني، وغيرهم من الباحثين المعاصرين⁽²⁾، ولتوضيح ذلك ننقل كلام عثمان شبير الذي ذكره في صيانة المديونيات، وحكم الشرط الجزائي المتضمن تعويض الدائن بمبلغ من النقود إذا تأخر المدين عن الوفاء في الوقت، فبين أنه "إذا اتفق الدائن مع المدين على تعويضه مبلغا معيناً عن كل يوم تأخير؛ فإن هذا الشرط لا يجوز باتفاق العلماء؛ لأنه صريح الربا"⁽³⁾.

وقال أيضا بعد أن سرد كلام الخطاب في عدم جواز الشرط الجزائي المتعلق بالديون المالية والغرامات التأخيرية، «ومن هذا يتبين أن الشرط الجزائي المقرر لتأخير الوفاء بالديون يعتبر ربا نسيئة وهو محرم بنص القرآن الكريم والإجماع»⁽⁴⁾.

وبما أن الأصل في القروض والديون المالية لا بد أن تكون مساوية للدين نفسه بلا زيادة مشروطة في العقد وهو المقرر في قواعد الشرع، وفي هذا الصدد يقول الدكتور صادق الغرياني: «فالأصل أن قضاء دين

(1) - قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، مكة، الإصدار الثالث، ص: 298، وعلي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 157.

(2) - عبد الله المصلح وصالح الصاوي، ما لا يسع التاجر جهله، ص: 96، الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، قضايا فقهية ومالية معاصرة، ص: 211، وينظر: علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 157، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 304، ينظر: محمد بن إبراهيم الموسى وآخرون، الفقه الميسر، المرجع السابق، ج10، ص: 50-51، وقد نسب هذا القول إلى معظم العلماء المعاصرين الدكتور بن سعد الشويخ في بحثه التعويض عن التأخير في سداد الديون وذكر منهم: نزيه حماد، والشيخ عبد الله بن بيه، ومحمد الضير، محمد تقي العثماني، علي القره داغي، عبد الله السميع، مزيد المزيد، محمد زكي عبد البر، زكي شعبان، سليمان التركي، سليمان الدخيل.

(3) - عثمان محمد شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج1، ص: 860.

(4) - المرجع نفسه، ج1، ص: 860.

القرض يكون مساويا للدين نفسه، في الصفة والنوع والمقدار ويجوز أيضا قضاؤه في الأجل المحدد له أو قبله، ويجوز بعده إن رضي صاحب الدين، ويجوز قضاؤه كذلك بأفضل صفة ونوع، ولو قبل حلول الأجل، بشرط أن لا يكون القضاء بالأجود نوعا وصفة مشروطا أو متعارف عليه بين الناس؛ لأنه عند عدم الشرط يعد من حسن القضاء المأمور به شرعا، ومع وجود الشرط يكون سلفا جر نفعا، وهو ممنوع»⁽¹⁾.

وفي هذا يقول الشيخ أحمد حماني رحمه الله رحمة واسعة «... أما القرض، فإن الزيادة على رأس المال محرمة والذي يقرض غيره ألفا إنما يأخذ عند الأجل ألفا فقط، والذي يقترض ألفا إنما يدفع عند الاقتضاء ألفا فقط...»⁽²⁾.

وإذا نظرنا إلى صورة العقد الخاص بقرض السبيل وجدنا أنه شرط على المقترض كما نص على ذلك في المادة السادسة من العقد في حالة عدم تسديده لدينه في الوقت المحدد، فإنه يفرض عليه غرامات تأخير وعقوبات مالية، وهذه الغرامات ما هي في الحقيقة إلا زيادة على أصل القرض وهو عين الربا الذي جاء الاسلام لتحريمه ومنعه وسد ذرائعه وقطع حباله وجذوره من الأساس، فصورته وحقيقته قرض جر نفعا، وهذا مجمع على فساده⁽³⁾.

ومن الفتاوى المعاصرة التي نصت على عدم جواز القروض الربوية والزيادة على أصل القرض إذا جرت نفعاً مهما كانت صفتها أو نوعه، ومن أي جهة صدر سواء كانت مؤسسات أو أفراد أو جماعات ما جاء ذكره في بعض الأسئلة الموجهة للدكتور موسى إسماعيل في مجموع الفتاوى الشرعية، ومفاده أن شخصا يريد قرض مبلغ من المال من أحد، وقبل أن يعطيني القرض اشترط علي أن أدفع له زيادة، فهل هذا جائز؟

فكان "جوابه هذا هو عين الربا، لا يجوز لك أن تقترض مقابل دفع الفائدة لأنه ربا..."⁽⁴⁾.

ولا شك أن هذه الفتوى عامة لكل قرض جر نفعاً بغض النظر عن الجهة التي تصدر منها هذه المعاملة الربوية، ولا نعلم أحدا من الفقهاء السابقين أجاز معاقبة المتأخر والمماطل عن سداد دينه بعقوبة

(1)- الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، قضايا فقهية ومالية معاصرة، المرجع السابق، ص: 211.

(2)- أحمد حماني، فتاوى الشيخ أحمد حماني استشارات شرعية ومباحث فقهية، علم المعرفة، الجزائر، ج4، ص: 161.

(3)- محمد بن إسماعيل الأمير، سبل السلام في شرح بلوغ المرام، المرجع السابق، ج3، ص: 71، 72.

(4)- موسى إسماعيل، الفتاوى الشرعية في المسائل الدينية والدنيوية، دار الإمام مالك، البلدة، الجزائر، ط2، 1438هـ-2017م،

ج3، ص: 133.

مالية أو غرامة تأخير أو شرط جزائي بل أقوال الصحابة والتابعين ونصوص القرآن والسنة واجتماعات العلماء ناطقة بالمنع والحزمة وسد الذريعة أمام الشبه الربوية⁽¹⁾.

وقد نصت بعض فتاوى ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي على أنه: لا يجوز ولا يحق للبنك أن يضع شرطا جزائيا على المدين، لدفع مبلغ معين من المال، في حالة تأخره عن الوفاء في المدة المحددة؛ لأن هذا هو ربا الجاهلية المجمع على تحريمه، فلا يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين مقدما على تقرير التعويض، لكيلا يتخذ ذلك ذريعة بينهما إلى المراباة بسعر الفائدة⁽²⁾.

وجاء أيضا في بعض الأجوبة عن الأسئلة الخاصة بالقرض الحسن، فصرحت اللجنة لوحدها مجموعة البركة المصرفية بجرمة الزيادة في القروض المالية حيث جاء في الجواب بأن: المقرض إذا اشترط على المقرض زيادة عما أقرض، تكون الزيادة ربا، حتى ولو اشترط هدية تهدى إليه فتكون الهدية ربا أيضا وكل قرض شرط فيه أن يزيد، فهو حرام بلا خلاف، وكل زيادة مستفاداة بسبب القرض، فهي من باب المحرم في الإسلام⁽³⁾.

ومن خلال ما سبق من الكلام في حكم الشرط الجزائي الذي ذكر في العقد الخاص بقرض السبيل الصادر عن البنك الجزائري يمكننا الخلوص إلى أنه لا يمكن في هذا المسألة الخروج عن صور ثلاث تحرم فيها الزيادة مقابل تأخير الوفاء والنموذج والصيغة التي ذكرنا داخله ومشمولة في هذه الصور، وهي كالتالي⁽⁴⁾:

الحالة الأولى: حالة المعسر الذي لا يجد ما يقضي به.

الحالة الثانية: حالة الموسر الذي يتفق مع صاحب الدين على إنظاره مقابل الزيادة.

الحالة الثالثة: حالة الموسر الذي لا يقضي، فيضع عليه صاحب الدين زيادة مقابل تأخيره.

(1) محمد بن إسماعيل الأمير، سبل السلام في شرح بلوغ المرام، ج3، ص: 49. وينظر: هشام بن محمد سعيد آل برغش، بيع التقيسيط أحكامه وآدابه، المرجع السابق، ص: 92، وينظر: سيد بن رجب، أحكام الديون، دار الإمام مالك، الجزائر، ط1، 1423هـ-2002م، ص: 34، 36.

(2) عبد الله علي عجبنا، فتاوى وتوصيات الهيئات الشرعية لوحدها مجموعة البركة المصرفية، د د، ط1، 1434هـ-2013م، ص: 369.

(3) المرجع نفسه، ص: 258.

(4) سعد بن عبد العزيز الشويخ، التعويض عن التأخير في سداد الديون، المرجع السابق، ص: 106، 108.

وهذه الصور الثلاث التي ذكرنا اتفق أهل العلم على حرمتها ومنعها؛ لأن الزيادة على أصل الدين تعتبر ربا صريحا أجمع أهل العلم على قطع أسبابه وإزالة شبهة الربا من معاملات المسلمين وتصفيتها مما يفسدها أو يؤثر في صحتها⁽¹⁾.

ومهما تغيرت التسميات فإنها لا تؤثر في الحكم ولا تغير فيه شيئا؛ لأن العبرة بالحقائق والمعاني وليس بالألفاظ والمباني، فإطلاق لفظ العقوبة أو الغرامات التأخيرية أو التعويضات على الزيادة على أصل الدين كما هو في عقد قرض السبيل، فحقيقة هذه الزيادة المذكورة والمنصوص عليها ربا محرما⁽²⁾.

والقول السابق الذي ذكرنا وهو القائل بتحريم الزيادة على أصل القرض هو الذي دلت عليه

عمومات النصوص من القرآن والسنة النبوية ومن هذه النصوص قوله سبحانه وتعالى: ﴿الَّذِينَ

يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ

الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ

فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴿٢٧٥﴾ [البقرة: 275]

وهذه الآيات عامة وصريحة فهي تشمل كل ربا مهما كان نوعه وكثيره وقليله بل هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه؛ لأنهم كانوا يقولون إذا تبايعوا وحل الأجل إما أن تقضي وإما أن تربي - أي تزيدني على مالي عليك وأصبر أجل آخر - فيزيدون زيادة لا يقابلها عوض ويقولون إنما البيع مثل الربا ويعتقدون أن الزيادة عند حلول الأجل الآخر مثل أصل الثمن في أول العقد فرد الله عليهم قولهم هذا وحرم الله عليهم الربا وهو الزيادة، وأوضح لهم أن الأجل إذا حل ولم يكن عنده ما يؤدي أنظر إلى الميسرة⁽³⁾.

يقول القرطبي - رحمه الله - عند تفسير هذه الآيات "وعلى هذا فيدخل فيه النهي عن كل مال حرام بأي وجه اكتسب، والربا الذي عليه عرف الشرع شيئان: تحريم النساء، والتفاضل في العقود وفي المطعومان على ما نبينه وغالبه ما كانت العرب تفعله، ومن قولها للغريم: أتقضي أم تربي؟ فكان الغريم

(1) - محمد بن إسماعيل الأمير، سبل السلام في شرح بلوغ المرام، ج3، ص: 49.

(2) - سعد بن عبد العزيز الشويرخ، التعويض عن التأخير في سداد الديون، المرجع السابق، ص: 108.

(3) - أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي، أحكام القرآن، ت محمد ابراهيم الحفناوي وإسماعيل محمد الشنديدي، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط1، 1432هـ-2011م، ج1، ص: 33-333.

يزيد في عدد المال ويصبر الطالب عليه، وهذا كله محرم باتفاق الأمة" (1).

ومنها ما جاء عن جابر رضي الله عنه قال: «لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم آكل الربا وموكله، وكاتبه، وشاهديه، وقال هم سواء» (2)، فهذا الحديث دليل على إثم من ذكر وتحريم ما تعاطوه، وهو دال على حرمة الزيادة في القروض والديون مقابل التأخير في الوفاء، وهو شامل لكل أنواع الربا وصيغته مهما تغيرت المصطلحات والمسميات التي يراد بها التحايل على آكل الربا أو التخفيف بها على أهل الإسلام الذين لهم حساسية مفرطة تجاه المعاملات الربوية المعاصرة، فكل زيادة مقابل تأخير الوقت المحدد للوفاء فهو مشمول بهذه النصوص وداخل في النهي النبوي ووعيد القرآن الكريم، فالعلماء متفقون على حرمة الربا وإن اختلفوا في تفاصيله (3).

والصحيح الذي يظهر لنا من خلال النظر في العقد السابق قرض السبيل نستطيع أن نقول إن حكم دخول الشرط الجزائي على هذا النوع من العقود والمعاملات المتعلقة بالقروض يعتبر شرط محرم وفساد مفسد للعقد؛ لأنه صريح الربا الذي نصت عليه ظواهر النصوص من القرآن والسنة النبوية وإجماع الأمة الإسلامية (4).

فالقرض معاملة بين اثنين، قارض ومقرض، وقابض ودافع، والمعاملة الربوية فيه حرام على كليهما، والقارض يحرم عليه في كل حال أن يتناول شيئاً من الفائدة، كما يحرم عليه أن ينال نفعاً بسبب سلفه، ومن مشهو القواعد على السنة العلماء أن كل معاملة مالية من باب سلف جر نفعاً باطله ملغاة حرام، وهذا ما ينطبق على قرض السبيل المعمول به في الجزائر (5).

(1)- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج2، ص: 299.

(2)- أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب لعن آكل الربا وموكله، رقم: 1598، ج3، ص: 1219.

(3)- محمد بن إسماعيل الأمير، سبيل السلام في شرح بلوغ المرام، ج3، ص: 49، وينظر: محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل

الأوطار، المرجع السابق، ج5، ص: 229.

(4)- محمد ابن العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 306-307.

(5)- أحمد حماني، فتاوى الشيخ أحمد حماني، ج4، المرجع السابق، ص: 158، 159.

المطلب الثاني: الشرط الجزائي في العقود الإسكانية كما هو معمول به في الجزائر وحكمه في الفقه الإسلامي.

قبل الكلام على الشرط الجزائي في العقود الإسكانية لابد من الإشارة إلى مشكلة السكن التي تعاني منها الدولة الجزائرية، والطرق العلاجية التي لجأت إليها من أجل التخفيف من هذه المشكلة السكنية، ثم نبين الحكم الشرعي لهذه الشروط التي تضمنها عقد الإسكان وهو ما سنذكره في الفروع التالية.

الفرع الأول: مشكلة السكن في الجزائر وآليات معالجتها.

لقد عرف بيع وشراء العقارات منذ القدم و عدد السكان في تزايد مستمر وتكاثر رهيب، وقد أصبح السكن مطلباً ضرورياً وفي نفس الوقت غير متوفر ومتاح لجميع الناس؛ لأن نمط الحياة تغير نتيجة التطورات الكبيرة في العالم وزيادة متطلبات الحياة اليومية والاقتصادية، فمن الصعوبة بمكان شراء السكن بالنقد في هذا الزمان، فهذا الضغط حتم على كثير من الدول والمجتمعات إيجاد حلول ووسائل وصيغ وطرق للتخفيف من أزمة السكن مع إعطاء الفرصة وإتاحتها للناس كي يمتلكوا المساكن والشقق وفق الإمكانيات المتاحة والموجودة في مقدورهم، فستقر حياتهم ويتنعموا بمعيشتهم، فانبرى العلماء والفقهاء لهذه المشكلة العصرية في السكن محاولين إيجاد أساليب ووسائل وصيغ للعقود الإسكانية الموافقة للشريعة الإسلامية ومن هذه المقترحات المقدمة والتي أدلى بها أهل الاختصاص والخبرة للتمويل الإسلامي العقاري لبناء المساكن وشرائها نذكر منها ما يلي⁽¹⁾:

1- قيام بعض الشركات والمؤسسات ببناء مساكن من البيوت الكبيرة، والفلل والشقق وتباع بأقساط ميسرة تمكن الراغبين في تملك المساكن والشقق من دفعها.

2- أن تقوم الشركات والمؤسسات ببيع المساكن وفقاً للمخططات من حيث الموقع أو الإنشاء أو التوزيع، ويكون، ذلك موصوفاً وصفاً دقيقاً ينفي الجهالة المؤدية إلى النزاع، وتكون القيمة موزعة على دفعات يتفق بشأنها قبل البدء بالعمل، وهذا من قبيل عقد الاستصناع الوارد في الفقه الإسلامي.

⁽¹⁾ - قرار رقم: 50(6/1) بشأن التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، ص: 94، 95. ينظر: محمد إبراهيم موسى وآخرون، الفقه الميسر، المرجع السابق، الجزء 10، ص: 31-32.

3- قيام الدولة حسب إمكاناتها ببناء المساكن وبيعها للراغبين في تملك المساكن بأقساط ميسرة وتتم وفقا للضوابط الشرعية.

4- تقديم الدولة قروضا حسنة بدون فوائد ربوية للراغبين في شراء وتملك شقق وسكنات لا ثقة بهم ويتم استرداد هذه القروض على أقساط محددة متفق عليها، فإذا تأخر في التسديد فلا يفرض عليه زيادة وغرامات مالية.

5- أن تقوم البنوك بتقديم قروض بدون فوائد؛ لأن أخذ الفوائد ربا محرم، وإنما تقوم بذلك مشاركة منها في التنمية حيث إنها تستفيد من كل الميزات التي توفرها الدول دون أن يكون لها دور إيجابي في تقديم ما يخدم حاجة المواطنين من سكن وغيره.

6- تعاون بعض البنوك مع بعض الشركات والمؤسسات، فتكون الأموال من البنوك والإشراف والتنفيذ من الشركات متبعين في ذلك صيغة التمويل بالمشاركة والمضاربة، وفي هذا فوائد كثيرة للفرد والمجتمع والأمة، وقد تناول مجمع الفقه الإسلامي بجدة في قراره رقم 50 (6/1) موضوع التمويل لبناء المساكن وشرائها وما يجوز منها وما لا يجوز⁽¹⁾.

ولم تكن الجزائر في منأى من هذه التطورات والتغيرات التي مست العالم العربي الإسلامي في مجال السكن والإسكان وزيادة عدد السكن، فحاولت الدولة إيجاد الكثير من الصيغ وبعث بعض الحلول للتخلص من الضغوطات الاجتماعية والأزمات الأسرية، ومن هذا الصيغ التي تعاملت بها الدولة الجزائرية مع هذه المشكلة السكنية منذ الاستقلال على الرغم من تحول توجهها الاقتصادي بل عملت بكل جهوداتها المتاحة من أجل حصول كل جزائري على سكن لائق مع مراعاة كل المستويات والفئات الاجتماعية، والتي منها دعم السكن، السكن العمومي الإجمالي، السكن الترقوي المدعم، والسكن الترقوي العمومي، البيع بالإجارة المنتهية بالتملك، السكن الريفي، الصندوق الوطني للسكن، الصندوق الوطني لمعادلة الخدمات الاجتماعية إلى غير ذلك من الصيغ والحلول التي تدل على سعي الدولة الجزائرية للقضاء على أزمة السكن وتقديم الخدمات الاجتماعية اللائقة بشعبها، لكن الصيغة التي

⁽¹⁾-قرار رقم: 50، (1/6)، بشأن التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 94.

ستكون محل الدراسة في بحثنا هي صيغة سكنات عدل، أو ما يطلق عليها صيغة البيع بالإيجار محوفا أن أبن التكيف الفقهي وحكم الشرط الجزائي في هذا العقد وهذه الصيغة المستحدثة، فهل هي جائزة؟، وما هو تكيفها الفقهي عند العلماء وما حكم الشروط الجزائية التي يتضمنها العقد؟

الفرع الثاني: تطبيقات الشرط الجزائي في سكنات عدل.

قبل الحديث عن حكم الشرط الجزائي في عقد سكنات عدل لا بد من الكلام على بعض الأطر المؤسساتية العامة لدعم السكن، التي تعتبر من الوسائل التي تلجأ إليها الدولة من أجل تنفيذ السياسة الوطنية للسكن ومن بين هذه المؤسسات الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره.

والوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره: هي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري أحدث بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 91-148، تقوم الوكالة الوطنية بمهمة المرفق العمومي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، توضع تحت وصاية وزير السكن تعد تاجرة في علاقتها مع الغير تخضع للتشريع المعمول به ولقانونها الأساسي. وتضطلع الوكالة بعدة مهام في إطار تنفيذ السياسة الوطنية للسكن من خلال مساهمتها في القضاء على السكن غير الصحي وتحديث الأنسجة القديمة وإصلاحها وإنشاء مدن جديدة وقد كلفت في هذا الإطار بإنجاز العديد من المدن الجديدة، بالإضافة إلى المساهمة في تنفيذ صيغ السكن المدعم خاصة صيغة البيع بالإيجار. وتنظم الوكالة على المستوى المركزي في شكل مديريات مركزية ومصالح ومحليا ضمن أربع وكالات جهوية في كل من الجزائر العاصمة، وهران، عنابة، قسنطينة، 11 ملحققة موزعة عبر كامل التراب الوطني⁽¹⁾.

أولاً: نظرة المشرع الجزائري للشرط الجزائي في سكنات عدل.

لكي نعرف نظرة المشرع الجزائري للشرط الجزائي في عقد سكنات عدل وطبيعة العقد المنظم لها، وحقيقتها وشروطها وأحكامها، لا بد من معرفة القوانين والمراسيم والقرارات التشريعية المنظمة والمتممة والمعدلة المبينة لهذه الصيغة التي هي موضوع دراستنا في هذا المبحث وهي صيغة البيع بالإيجار كما جاءت تسميته في التشريعات الجزائرية وهي كما يلي⁽²⁾:

⁽¹⁾ عبد الله قادية، آليات دعم السكن للعامل في التشريع الجزائري، جامعة مصطفى اسطنبول، معسكر، الجزائر، ص: 77

⁽²⁾ صباح عماري، فقه الموازنات ومدى تطبيقه على سكنات الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، مجلة الإحياء، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، الجزائر، العدد 22، سبتمبر، 2019م، المجلد 18، ص: 476.

ومعرفة حقيقة سكنات عدل متوقفة على ذكر العقد المنظم لهذه السكنات والذي هو: عبارة عن عقد بيع بإيجار ينتهي بتمليك السكن للمستفيد وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المؤرخ في 29 محرم 1422 هـ الموافق 23 أبريل 2001م، الذي يحدد شروط وكيفيات شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية أو مصادر بنكية أو أي تمويلات أخرى في إطار البيع بالإيجار: البيع بالإيجار صيغة تسمح بالحصول على مسكن بعد إقرار شرائه بملكية تامة بعد انقضاء مدة الإيجار المحددة في إطار عقد مكتوب⁽¹⁾.

فمن خلال التعريف السابق والعرض للنص القانوني الذي وضعه المشرع الجزائري يتبين لنا أن عقد البيع بالإيجار صيغة قانونية تتم بين طرفين أحدهما هو المستفيد من المسكن، والطرف الآخر هو الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره (AADL)، عدل تسمح باقتناء مسكن، بعد دفع قيمته أقساطا في شكل إيجارات لمدة محددة، وبعد تسديد كامل هذه الأقساط يحتفظ المستأجر المشتري بالملكية⁽²⁾.

فهو عقد يتفق فيه الطرفان على أن يواظب المستأجر على دفع الأجرة لمدة زمنية معينة، حتى إذا وفي بها جميعا في المواعيد المحددة، وصف العقد بأنه بيع، وكان ما دفع من أجرة عبارة عن أقساط من الثمن⁽³⁾.

فالسكن الموجه للبيع بالإيجار أو ما يطلق عليه بسكنات عدل بعرض آخر هو⁽⁴⁾: كل سكن ينجز في إطار أحكام المرسوم التنفيذي رقم 01-105، على أساس تمويلات بنكية، فالبيع بالإيجار صيغة تسمح بالحصول على مسكن بعد إقرار شرائه بملكية تامة بعد انقضاء مدة الإيجار المحددة بعقد مكتوب⁽⁵⁾.

(1) - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 29، 29 أبريل، سنة 2001م، ص: 18، موسى إسماعيل، الفتاوى الشرعية، المرجع السابق، ص: 176.

(2) - صباح عماري، فقه الموازنات ومدى تطبيق على سكنات الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، المرجع السابق، ص: 476، يوسف محمد، عقد الإيجار مجلة البناء والتعمير، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، العدد 4، مج 3، ص: 98.

(3) - صباح عماري، المرجع نفسه، ص: 476.

(4) - ينظر: المادة رقم: 2 من المرسوم التنفيذي رقم: 10-235، مؤرخ في 26 شوال عام 1431 الموافق 5 أكتوبر سنة 2002م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 58، ص: 40.

(5) - صباح عماري، فقه الموازنات ومدى تطبيقه على سكنات الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، المرجع السابق، ص: 476.

يحدد ثمن السكن على أساس التكلفة النهائية لإنجازه بما يتضمنه من نفقات شراء الأرض ومصاريف التسيير التقني والإداري التي تحسب على المدة التي تسبق نقل الملكية، حيث يحدد الثمن الذي يتحمله المكتتب بعد خصم الإعانات الممنوحة من قبل الدولة، أما عن شروط الاستفادة فتتمثل في تقديم ما يثبت الدخل المستمر الذي يفوق 24 ألف دينار ويساوي 6مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون، وعدم تملك سن أو الاستفادة من أي شكل من أشكال الدعم الذي تقدمه الدولة في إطار الدعم الموجه للسكن، وهو ما يعني أن هذه الصيغة تخاطب فئة العمال والموظفين ممن يكون دخلهم ملائماً لتقديم أول دفعة والمقدرة بـ 25 بالمائة من تكلفة السكن على أن يوزع المبلغ المتبقي على أقساط لمدة أقصاها 25 سنة، وقد راعت الدولة مسألة التأخير الذي شهدته سكنات عدل التي تم اكتتابها سنة سنتي 2001 و2002 والتي تم تحين ملفاتها سنة 2013 لتخفيض مدة الإيجار إلى 20 سنة، ومن دون الإخلال بالإمكانية المفتوحة لتسديد الكلي والمسبق للجزء المتبقي من الثمن الكلي قصد الاستفادة من تحويل الملكية بصفة شرعية لفائدته بمجرد تسديد الدفعة الأولى⁽¹⁾.

ثانياً: التكيف الفقهي للشرط الجزائي في سكنات عدل.

اختلف العلماء والباحثون المعاصرون في التكيف الفقهي لصيغة سكنات عدل (AADL) على عدة أقوال ومن ثم تباينت آرائهم بين مانع ومجيز ومفصل ونذكر منها ما يلي:

القول الأول: لقد كانت نظرة أصحاب هذا القول لهذه الصيغة بأنها- بيع تقسيط على شرط معلق⁽²⁾ - بناء على صورة المسألة التي جاءت في المرسوم التنفيذي رقم: 105/01، المنشور في الجريدة الرسمية وأكدوا على هذا التكيف الشرعي وأنه هو المناسب لهذه المعاملة⁽³⁾، حيث إن إرادة المتعاقدين متجهة إلى تملك هذا المسكن لا إجارته، وقد روعي في ذلك قيمة المبيع موزعة على أقساط، وأما إطلاق اسم "البيع بالإيجار"، على هذا العقد؛ فهو إطلاق غير صحيح بالنظر إلى حقيقة هذا البيع،

(1)- عبد الله قادية، آليات دعم السكن للعامل في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص: 76.

(2)- محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 324.

(3)- ونسب هذا القول للسادة الباحثين الذين صدرت باسمهم وهم: موسى إسماعيل، وكمال بوزيدي، محمد عبد النبي، وثيق بن ميلود، محمد إو يدير مشنان، أحمد معبوط، عبد القادر بن عزوز، سليمان ولد خصال، محمد سماعي، عبد الرحمان السنوسي، محمد بلعالية ينظر ذلك في: موسى إسماعيل، الفتاوى الشرعية، المرجع السابق، ص: 173.

وكان الأولى بمن وضع مواد هذا العقد أن يسميه "بيعا بالتقسيط" لا "بيعا بالإيجار"⁽¹⁾. ولقد أخذت القوانين المدنية المعاصرة بهذا التكييف القائل بأنها بيع تقسيط معلق على شرط سداد الثمن كاملا؛ لأن الأجرة التي يدفعها المستأجر تعتبر بمثابة قسط من الثمن⁽²⁾. وهذا التكييف الفقهي هو الذي صدرت به الفتوى الجماعية في شأن سكنات عدل وكان من الموقعين عليها الكثير من العلماء والباحثين المعاصرين في الجزائر ونذكر منهم ما يلي: عبد الرحمن السنوسي، محمد سماعي، موسى إسماعيل، وثيق بن مولود، والدكتور محمد إيدير مشنان، و أحمد معبوط، عبد القادر بن عزوز، و سليمان ولد خسال، و كمال بوزيدي، و محمد عبد النبي، وبناء على ما سبق من التكييف الفقهي فإن بيع سكنات عدل جائز ولا حرمة فيه ومن أدلتهم على ذلك ما يلي:

1- استند أصحاب هذا القول لتجوز صيغة سكنات عدل إلى أن الأصل في العادات والمعاملات والعقود هو الحل والإباحة، ولا ينبغي الخروج عن الأصل إلا بدليل صحيح وصريح، وقد عبر بعضهم عن هذه القاعدة بالقول³: «لعبادات إذن، والمعاملات تطلق»⁽⁴⁾.

ومن الأدلة قوله تعالى: ﴿ قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا قُلْ ءَللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ ﴾ [يونس: 59]. فهذه الآية تدل بعمومها على أنه لا يسأل عن إباحة عقد من العقود؛ لأن الإباحة جاءت على الأصل، والدليل على الحرمة يلزم أن يكون نصا، لا شبهة فيه⁽⁵⁾.

2- الاستناد على قاعدة العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، وإطلاق اسم

(1) موسى إسماعيل، الفتاوى الشرعية في المسائل الدينية والدينية على مذهب السادة المالكية، المرجع السابق، المجلد 3، ص: 117.

(2) محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 323، 324، وينظر: وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص 336.

2- ومعنى هذه القاعدة أن المكلف لا يجوز له أن يقدم على عبادة من العبادات إلا إذا علم أن الله أذن فيها وشرعها لهم، وأما غير العبادات من العادات والمعاملات فالأصل فيها الحل والجواز إلا إذا دل الدليل على خلاف ذلك.

(4) محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 335، وموسى إسماعيل، الفتاوى الشرعية في المسائل الدينية والدينية على مذهب السادة المالكية، المرجع السابق، المجلد 3، ص: 174، وعبد الطيف أيت عمي، الإجارة مع الوعد بالتمليك الشرعي (الزينغ)، منار الإسلام للأبحاث والدراسات، <https://www.islamnar.com>، 10/مارس/2020،

يوم الاثنين 25/أكتوبر/202

(5) المرجع نفسه.

البيع بالإيجار على هذه الصيغة لا يغير من حقيقة العقد شيئاً ومن كونه بيع بالتقسيط، بدليل أن الثمن المحدد في بداية العقد لا تضاف إليه أقساط إيجارية زيادة على ثمن البيع؛ بل تلك الأقساط هي جزء من الثمن الإجمالي المتفق عليه أولاً عند عقد البيع؛ وإنما تم توزيعه على أقساط مراعاة لحال المشتري ورفقا به وتسهيلاً عليه، فهي ليست في مقابلة الانتفاع بالمسكن بحال؛ وإنما هي جزء من الثمن المتفق عليه عند إنشاء عقد البيع؛ وأوضح دليل على هذا أن العاقد يملك الرقبة والمنفعة معا بمجرد دفع القسط الأول من الثمن؛ وتلك هي حقيقة البيع⁽¹⁾.

3- الاعتماد على الخلاف وتوظيفه في تجويز هذا العقد بدأ بالنظر لحقيقة صورته حيث قالوا إنه بيع معلق على شرط وإن كانت مسألة مختلف فيها بين العلماء؛ إلا أن كثيراً من المحققين ذهبوا إلى تصحيح ذلك، لدخول هذه الصيغة تحت عموم الآيات القرآنية والآثار النبوية التي فيها الإيفاء بالوعد والشروط ومنها قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة: 1)⁽²⁾.

ولما ذكر البخاري معلقاً بصيغة الجزم أن النبي ﷺ قال: «المسلمون عند شروطهم». ولما جاء في صحيح البخاري أيضاً: عن عمر رضي الله عنه من تعليقه عقد المزارعة بالشرط؛ «فكان يدفع أرضه إلى العامل على أنه إن جاء عمر بالبذر فله كذا، وإن جاء العامل بالبذر فله كذا»⁽³⁾»⁽⁴⁾.

والقائلون بجواز صيغة سكنات عدل أخذوا بالقول الذي يجيز البيع بشرط مادام الخلاف معلوماً وموجوداً بين أهل العلم، فكل واحد منهم خرج هذا التكييف على وفق حديث نهي ﷺ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن رسول الله ﷺ «نهي عن بيع وشرط»، وعند تفصيل العلماء للشروط المقترنة بالبيع والتفريق بينها فيه إعمال للأحاديث الواردة في الشروط جميعاً بحيث لا تتعارض، فهي من

(1) موسى إسماعيل، الفتاوى الشرعية في المسائل الدينية والدينية على مذهب السادة المالكية، المرجع السابق، المجلد 3، ص: 177، 174، ينظر: صباح عماري، فقه الموازنات ومدى تطبيقه على سكنات الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، المرجع السابق، المجلد 18، ص: 480.

(2) محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، 325.

(3) صحيح البخاري (كتاب المزارعة، باب المزارعة بالشرط ونحوه) - (3، ص 104).

(4) موسى إسماعيل، الفتاوى الشرعية في المسائل الدينية والدينية على مذهب السادة المالكية، المرجع السابق، المجلد 3، ص: 178، صباح عماري، فقه الموازنات ومدى تطبيقه على سكنات الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، المرجع السابق، المجلد 18، ص: 480، ومحمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 335.

حسن النظر في فقه الحديث (1).

4- نفي تضمن هذه الصيغة الإسكانية عقدين في عقد واحد أو اجتماع بيعتين في بيعة في هذه الصيغة كما هو موجود في بعض صور -الإجارة المنتهية بالتملك- ولو سلمنا جدلا وجود ذلك، فإن الجمع بين عقدين في عقد ليس محرما بإطلاق ولا جائزا بإطلاق، وأما استدلالهم بحديث النبي ﷺ الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه: «نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة» (2)، فإن هذا الحديث حملة كثير من العلماء والفقهاء على تحريم بيع العينة وما كان وسيلة وذريعة للربا (3).

وقد قال الإمام ابن العربي عند حديث نهى النبي ﷺ عن بيعتين بيعة حيث قال: وقال الفقهاء: «معناه أن يتناول عقد البيع بيعتين، على ألا تتم منهما إلا واحدة مع لزوم العقد» (4).

ويقول عبد الله بن عبد العزيز الجبرين عند شرح عمدة الفقه للموفق بن قدامة- رحمه الله- : «وذهب بعض أهل العلم إلى أن المراد ببيعتين في بيعة المنهي عنه: كل بيع يؤدي إلى الوقوع في الربا، لقول ابن مسعود رضي الله عنه: «صفقتان في صفقة ربا»، وذلك كبيع العينة الذي هو تحايل على الربا، وذلك بأن يبيعه سلعة بثمن مؤجل، ثم يشتريها ممن باعها عليه بثمن حال أنقص مما باعها به، ومثله أيضا: أن يسلفه دينارا في عشرة أصع ير بعد سنة، فإذا حل الأجل باع هذا البر الذي في ذمة المدين عليه بثمن مؤجل، ونحو ذلك» (5).

(1)- الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص: 274.

(2)- أخرجه الترمذي في جامعه، أبواب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، رقم: 1231، ج2، ص 524، والنسائي في سننه، كتاب البيوع بيعتين في بيعة، وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة بمائة درهم نقدا، وبمائتي درهم نسيئة، رقم: 4632، ج7، ص 295.

(3)- موسى إسماعيل، الفتاوى الشرعية في المسائل الدينية والدنيوية على مذهب السادة المالكية، المرجع السابق، المجلد 3، ص: 180، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الاوطار، المرجع السابق، المجلد3، ص: 185، و عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، شرح عمدة الفقه، مدار الوطن، المرجع السابق، ص: 801، 802، وينظر: هشام بن محمد سعيد آل برغش، بيع التقسيط أحكامه وآدابه، المرجع السابق، ص: 48، و محمد يوسف عارف الحاج محمد، عقد الإجارة المنتهية بالتملك من التطبيقات لعقد الإجارة في الفقه الإسلامي، أطروحة مقدمة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2004م، ص: 136.

(4)- أبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي المعافري، المسالك في شرح موطأ مالك، قرأه وعلق عليه، محمد بن الحسين السليمانى وعائشة بنت الحسين السليمانى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1428هـ-2007م، المجلد6، ص: 147.

(5)- عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، شرح عمدة الفقه، المرجع السابق، الجزء2، ص: 801-802.

وكذلك ما يمكن التنبيه عليه أن عقد بيعتين في بيعة له صور⁽¹⁾ يمكن تصحيحها وصور جائزة يمكن اعتبارها⁽²⁾.

5- جواز الجمع بين البيع والإجارة في عقد واحد عند كثير من العلماء؛ لأنهما عقدان لا تضاد بينهما فهما مبنيان على نفي الغرر والجهالة، وكذلك إذا جازت هذه العقود في حالة انفرادها فلا تمنع في حالة اجتماعها وعليه فهذه الصيغة- سكنات عدل- جائزة انطلاقاً واعتماداً على صحة الجمع بين عقدين في صيغة واحدة ولا إنكار في مسائل الخلاف⁽³⁾.

وفي هذا يقول ابن جزى المالكي مقرراً مذهب الإمام مالك ومبيناً بعض البيوع الفاسدة حيث قال: «الجمع في صفقة واحدة بين البيع وبين أحد ستة عقود، وهي الجعالة والصرف المساقاة والشركة والنكاح القراض، ويجمعها قولك: (جص مشنق): فيمنع ذلك في المشهور، وأجازه أشهب وفاقا لهم، ويجوز الجمع بين البيع والإجارة خلافاً لهما»⁽⁴⁾، خلافاً للشافعي وأبي حنيفة، ووافقهم الإمام أشهب من المالكية وقولهم هذا دليل على جواز الجمع بين بعض العقود في الشريعة الإسلامية إذا خلت من التضاد الذي يؤدي إلى الفساد»⁽⁵⁾.

6- جواز تضمين هذا العقد التعزيز بالمال أو الشرط الجزائي للمتخلف عن تسديد الأقساط قياساً

⁽²⁾ - ومن هذه الصور: الصورة الأولى أن يتم بيع السلعة على اللزوم دون اختيار، بخمسة نقداً أو بعشرة إلى أجل مثلاً، فيأخذ المشتري دون أن يحدد الثمنين اختار، والصورة الثانية أن يتم بيع سلعتين مختلفتين بثمن واحد، على أن يأخذ المشتري إحداهما، ويفارق البائع دون أن يختار يحدد أي السلعتين: ينظر ذلك في: الصادق الغرياني، الفقه المالكي وأدلته، ص: 252، 253.

⁽²⁾ - ابن عربي، المسالك شرح موطأ مالك، ج6، المرجع السابق، ص: 1467، والصادق عبد الرحمان الغرياني، المعاملات المالية في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص: 252، وإلياس دردور، الفروق الفقهية والمصطلحية في المعاملات المالية المعاصرة والمصرفية الإسلامية، دار القلم، تونس، ص: 25.

⁽³⁾ - أبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي المعافري، المسالك في شرح موطأ مالك، المرجع السابق، المجلد6، ص: 144، وموسى إسماعيل، الفتاوى الشرعية في المسائل الدينية والدنيوية على مذهب السادة المالكية، المرجع السابق، المجلد3، ص: 179، ينظر: صباح عماري، فقه الموازنات ومدى تطبيقه على سكنات الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، المرجع السابق، المجلد18، ص: 480، و ينظر: محمد يوسف عارف الحاج محمد، عقد الإجارة المنتهية بالتملك من التطبيقات لعقد الإجارة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 134، 138.

⁽⁴⁾ - ابن جزى المالكي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص: 253.

⁽⁵⁾ - محمد يوسف عارف الحاج محمد، عقد الإجارة المنتهية بالتملك من التطبيقات لعقد الإجارة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 138.

على جواز الغرامة المالية التي يدفعها المقاول المماطل في إنجاز ما تعاقد على إنجازها، فهي ليس من قبيل الربا كما يتوهم البعض، وإنما هي إلزام للمشتري بتعويض البائع عما ألحقه به من ضرر بهذا التأخير، وهي أيضا من باب تضمين الغاصب منافع المعصوب مدة الغصب مع رد الأصل؛ ففي حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لي الواجد ظلم، يحل عرضه وعقوبته»⁽¹⁾.

والراجح والله أعلم أن هذا التكييف فيه نظر وأنه لا ينطبع على هذه الصورة التي جاءت في هذا المرسوم التنفيذي وذلك لعدة اعتبارات منها⁽²⁾:

1- لقد اشترط العلماء في صحة بيع التقييط أن يكون باتا منجزا ومعنى ذلك أن لا يعلق تمام عقد البيع على تسديد آخر الأقساط المتفق عليها، وأن لا يشترط أن لا تنتقل ملكية المبيع إلا بعد أداء هذه الأقساط، وهذه الصيغة يتعامل بها الكثير من المصارف والمؤسسات الحكومية والشركات التجارية المعاصرة، وهذه المعاملة أو التصرف غير صحيح فوجب إلغاؤه من العقد، أو أن من شروط بيع التقييط منجزا: والمراد بهذا الشرط أن لا يعلق تمام عقد البيع على أداء الأقساط، ذلك أن من الباعة من يشترط أن لا تنتقل ملكية المبيع إلا بعد أداء كامل الأقساط، فيكون البيع معلقا على أداء القيمة وهذا التصرف غير صحيح⁽³⁾.

2- أن مقتضى العقد في البيع انتقال الملك فورا وأن يكون ناجزا، والتعليق على شرط أداء الثمن يمنع من تحقق هذا، فيكون تعليق البيع على أداء الثمن من الشروط الفاسدة المخالفة لمقتضى العقد⁽⁴⁾.

3- أن تعليق حصول البيع على أداء الثمن المؤجل مؤدي إلى الغرر المنهي عنه، وذلك لوجهين هما⁽⁵⁾:

(1)- موسى إسماعيل، الفتاوى الشرعية في المسائل الدينية والدينية على مذهب السادة المالكية، المرجع السابق، المجلد 3، ص: 181، صباح عماري، فقه الموازنات ومدى تطبيقه على سكنات الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، المرجع السابق، المجلد 18، ص: 480.

(2)- سليمان بن تركي التركي، بيع التقييط وأحكامه، دار اشبيليا، الرياض، السعودية، ط1، 1424هـ-2003م، ص: 191.

(3)- المرجع نفسه، ص: 192.

(4)- المرجع نفسه، ص: 192.

(5)- المرجع نفسه، ص: 192.

الجهة الأولى: أن العقد إذا علق يكون حينئذ يكون مترددا بين الوجود إذا تحقق الشرط، والعدم إذا لم يتحقق.

الجهة الثانية: ضرورة تحديد ماهية العقد في تلك المدة حتى يمكن ترتيب آثاره عليه، أما إذا كان معلقا على أداء الثمن فلا يمكن ذلك.

القول الثاني: ذهب أصحاب هذا القول إلى صيغة سكنات عدل على أنها عقد إجارة ينتهي بتمليك⁽¹⁾، العين المؤجرة مقابل ما دفعه المستأجر من أجرة خلال المدة المحددة، دون إبرام عقد جديد، بحيث تنقلب الإجارة في نهاية المدة بيعا تلقائيا، ومن الذين قالوا بهذا محمد الحاج عيسى الجزائري⁽²⁾، ومن باب أولى الذين قالوا بمنع وحضر هذه المعاملة من أصلها من الهيئات العلمية والعلماء المعاصرين ومن هولاء مجلس كبار العلماء في السعودية، حامد بن عبد الله العلي، و محمد بن مختار الشنقيطي، وأحمد الحججي الكردي⁽³⁾، ومصطفى الزرقاء،

(1)- اختلف العلماء في حكم الإجارة المنتهية بالتمليك على ثلاثة أقوال مشهورة هي:

- المانعون بإطلاق. وهو القول الذي ذكرناه القول الثاني.
- المجيزون بإطلاق. وهو قول بعض العلماء المعاصرين منهم: الشيخ عبد الله البسام، والشيخ محمد بن إبراهيم بن جبير، والدكتور سعود الفينسان، والدكتور محمد الروكي.
- المجيزون بالتفصيل والضوابط. مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، والدكتور القرضاوي، سليمان العودة، وعبد الله سليمان المنيع، والدكتور خالد بن علي المشيقع، ينظر هذه الأقوال: عبد الطيف أيت عمي، الإجارة مع الوعد بالتمليك الشرعي (الزنيغ)-، منار الإسلام للأبحاث والدراسات، <https://www.islamnar.com>، 10/مارس/2020، يوم الاثنين 25/أكتوبر/2021، وينظر: سعد تركي الختلان، فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار الصمعي، الرياض، السعودية، ط1، 1433هـ-2012م، ص: 145.

(2)- محمد الحاج عيسى، حكم سكنات عدل (الإيجار المنتهية بالتمليك)، على موقعه في طريق الإصلاح،

2021/10/18م، الفتاوى والاستشارات. slahway.com/v2/Index.php/item

(3)- المرجع نفسه، الفتاوى والاستشارات، وصباح عماري، فقه الموازنات ومدى تطبيقه على سكنات الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، المرجع السابق، المجلد 18، ص: 478، ينظر: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، قضايا فقهية ومالية معاصرة، المرجع السابق، 286، و ينظر: محمد يوسف عارف الحاج محمد، عقد الإجارة المنتهية بالتمليك من التطبيقات لعقد الإجارة في الفقه الإسلامي، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2004م، ص: 187، 188، ومن القائلين بجواز الإجارة المنتهية بالتمليك نذكر منهم ما يلي: مجمع الفقه الإسلامي، الشيخ سليمان العودة، الشيخ القراه داغي، ينظر: محمد يوسف عارف الحاج محمد، المرجع نفسه، ص: 195، 205.

والقاضي برهون⁽¹⁾، وذهبوا إلى تحريمه للأدلة التالية⁽²⁾ :

1- لقد تضمنت صيغة سكنات عدل الجمع بين عقدين متضادين في عقد واحد، عقد البيع وعقد الإجارة على عين واحدة، في زمن واحد، ولكل عقد منهما أحكام مختلفة ومتنافية مع الآخر، فالبيع يقتضي نقل ملكية البيع إلى المشتري بمجرد إبرام العقد وتحمل المشتري لضمانه، بخلاف عقد الإجارة فإن المستأجر يتملك المنفعة دون عين المستأجر ويبقى ضمانه على المؤجر، لنهي رسول الله ﷺ: «عن بيعتين في بيعة»⁽³⁾.

ولقد فسره جمهور العلماء: بأنه بيع سلعتين مختلفتين بثمن واحد، على أن يأخذ المشتري إحداها، أو بيع سلعة واحدة بثمنين مختلفين، ويفارق البائع دون أن يختار ويحدد أي السلعتين، أو أي الثمنين وقع عليه البيع، والسبب في المنع أن أحد العوضين غير معين ولا معلوم، فلم يصح، كما لو قال: بعثك أحد كتي أو دوري، يقول ابن العربي: -رحمه الله- (اختلف العلماء في تفسير هذا الحديث: فأما المالكية فقالوا: هو أن يبيع الرجل من الرجل سلعتين بثمنين مختلفين، على أنه قد لزمته إحدى الصفتين، فينظر أيهما يلزم⁽⁴⁾).

وقال الشافعي تفسيرها أن يقول الرجل: «أبيعتك داري على أن تبيعني أنت غلامك. وكلا

(1) عبد الطيف أيت عمي، الإجارة مع الوعد بالتمليك الشرعي (اللزنيغ)-، منار الإسلام للأبحاث والدراسات، <https://www.islamnar.com/الاثنين/25/أكتوبر/2021>.

(2) محمد حاج عيسى الجزائري، حكم سكنات عدل، (الإيجار المنتهي بالتمليك) -، على موقعه في طريق الإصلاح، 87-327، www.2021/10/18slahway.com/v2/Index.php/item، الفتاوى والاستشارات، وصباح عماري، فقه الموازنات ومدى تطبيقه على سكنات الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، المرجع السابق، ص: 478، 479، ينظر: سعد تركي الختلان، فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار الصميعة، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 1433هـ-2012م، ص: 145.

(3) محمد حاج عيسى الجزائري، حكم سكنات عدل، المرجع نفسه، وصباح عماري، المرجع نفسه، المجلد 18، ص: 479، ومحمد يوسف عارف الحاج محمد، عقد الإجارة المنتهية بالتمليك من التطبيقات لعقد الإجارة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 247، وعبد الطيف أيت عمي، الإجارة مع الوعد بالتمليك الشرعي (اللزنيغ)-، المرجع السابق.

(4) -ابن عربي، المسالك في شرح موطأ مالك، ج6، المرجع السابق، ص: 146.

التفسيرين صحيح، والمسألان جميعا لا تجوز وإن اختلف التعليل، وهي تستمد تارة من قاعدة الربا، وتارة من قاعدة الغرر، وربما اجتماعا⁽¹⁾.

وهذه الصيغة مخالفة للضابط الذي وضعه العلماء للصور المنوعة في الإيجار المنتهي بالتمليك وهو: أن يرد عقدان مختلفان، في وقت واحد، على عين واحدة، في زمن واحد وهي صورة باطلة⁽²⁾.

يقول الإمام ابن العربي وهو يبين أصل المالكية المستنبط من حديث النبي ﷺ: «نهي عن بيع وسلف»⁽³⁾، وهو أن كل عقدين يتضادان وضعا ويتناقضان حكما فإنه لا يجوز اجتماعهما: حيث قال: قال الإمام: «ويركب على هذا الحديث أصل بديع من أصول المالكية، وهو أن كل عقدين يتضادان وضعا ويتناقضان حكما، فإنه لا يجوز اجتماعهما، أصله البيع والسلف، فيركب عليه في جميع المسائل، ومنه البيع والنكاح، وذلك أن البيع يبنى على المغابنة والمكايسة، خارج عن باب القرب والعبادات، والسلف مكارمة وقربة، ومن هذا الباب الجمع بين العقد الواجب والجائز، ومثله بيع وجعالة ويدل على ذلك أن أخذ العوض في الجعالة مجهول ولا يجوز أن يكون معلوما، فإنه إن كان معلوما خرج عن باب الجعل وألحق بباب الإجارة، وأمثال ذلك لا تخصي، وفي هذا الإشارة إلى أنواعه نبذة كافية...»⁽⁴⁾.

فإذا طبقنا هذه القاعدة الجليلة المستنبطة من حديث النبي ﷺ وهي كالضابط والأصل عند المالكية كما ذكر ذلك الإمام ابن العربي - رحمه الله - نجد أن عقد صيغة سكنات عدل يجمع بين عقدين يتضادان وضعا ويتناقضان حكما لأن البيع قائم على الحيازة والتمليك بخلاف الإجارة القائمة على

(1) - أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي المعافري، المسالك في شرح موطأ مالك، المرجع السابق، المجلد 6، ص: 146، والصادق بن عبد الرحمن الغرياني، قضايا فقهية ومالية معاصرة، المرجع السابق، ص: 238، ومحمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، المجلد الثالث، ص: 185، 186، وينظر: عبد الطيف أيت عمي، الإجارة مع الوعد بالتمليك الشرعي (اللزنيغ)-، المرجع السابق.

(2) - الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، قضايا فقهية ومالية معاصرة، المرجع السابق، ص: 285، ومحمد يوسف عارف الحاج محمد، عقد الإجارة المنتهية بالتمليك من التطبيقات لعقد الإجارة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 137، وعبد الطيف أيت عمي، الإجارة مع الوعد بالتمليك الشرعي (اللزنيغ)-، المرجع السابق.

(3) - جزء من حديث أخرجه أحمد في مسنده ج 11، ص 203، رقم: 6628.

(4) - أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي المعافري، المسالك في شرح موطأ مالك، المرجع السابق، المجلد 6، ص: 145.

تمليك المنفعة فاختلفا وضعاً وحكماً⁽¹⁾.

2- إن العين المتعاقد عليها غير حاضرة يوم إبرام العقد فهو عقد على معدوم أثناء العقد، لذلك صيغة سكنات عدل تبدأ بعقد استصناع؛ لإبرامه قبل إنجاز السكن، وعقد الاستصناع يقتضي الملك يوم العقد مع تضمين الصانع وكلا الأمرين منصوص على خلافهما في عقد وكالة عدل، ثم يتحول العقد إلى إجارة يوم تسليم السكن مع تضمين المستأجر وهو خلاف مقتضى الإجارة-، وكيف يستأجر المرء شيئاً بني من أجله بشيء من ماله بمقتضى عقد الاستصناع، ثم ينتهي العقد بالبيع يوم تستكمل الأقساط إن أتمت⁽²⁾.

3- لقد اشتمل عقد صيغة سكنات عدل على الربا المتمثل في غرامات التأخير 2% بالمائة⁽³⁾.

فهو عقد قائم على الربا من جهتين: جهة فرض عوض نظير الأجل والتأخير وجهة أن المتعاقد إذا تأخر عن تسديد بعض الأقساط تفرض عليه الزيادة وهي ربا الجاهلية المجمع على تحريمه⁽⁴⁾.

فلا يجوز أن يشترط البنك على عميله المدين التعويض عند تأخر في سداد الأقساط وتسمى بالفوائد التأخيرية وهي زيادات ربوية مشمولة بقاعدة كل قرض جر نفعا فهو ربا وهذا الذي قرره الشيخ محمد علي فركوس في كثير من فتاويه⁽⁵⁾.

4- مما يستشكل على عقد صيغة سكنات عدل تضمنه للظلم، وذلك من خلال إلقاء صاحبه إلى الاستدانة لإيفاء الأقساط كلها، ولتحميل المستأجر كلفة الصيانة، ولأن الغالب أن القسط الشهري

(1)- ابن عربي، المسالك في شرح موطأ مالك، ج6، المرجع السابق، ص: 145.

(2)- محمد حاج عيسى الجزائري، حكم سكنات عدل، (الإيجار المنتهي بالتمليك)-، المرجع السابق، وصباح عماري، فقه الموازنات ومدى تطبيقه على سكنات الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، المرجع السابق، المجلد 18، ص: 479، وينظر: عبد الطيف أيت عمي، الإجارة مع الوعد بالتمليك الشرعي (اللزيف)-، المرجع السابق.

(3)- صباح عماري، المرجع نفسه، المجلد 18، ص: 479، 483.

(4)- عبد الطيف أيت عمي، الإجارة مع الوعد بالتمليك الشرعي (اللزيف)-، المرجع السابق.

(5)- محمد علي فركوس، حكم تسديد أقساط سيارة للمتوفى اشتراها بواسطة بنك، فتوى رقم: 1264، صدرت بتاريخ:

13 أكتوبر 2020م، الموقع الرسمي، يوم 16 ديسمبر 2023م على الساعة 11:50.

المدفوع يكون أكثر من الإيجار الشهري العادي الذي تتعامل به الدولة مع المستأجرين، وفي هذا ظلم وتغريب بالمشتري الذي قد يطرأ عليه ما يجعله عاجزا عن إكمال الأقساط⁽¹⁾.

5- يعتبر عقد الإجارة المنتهية بالتملك من عقود الغرر التي حرمتها الشريعة الإسلامية وفي الحديث (نهي عن الغرر)⁽²⁾.

6- إن عقد الإجارة المنتهي بالتملك مبني على الوعد والإلزام به، والوعد غير ملزم عند الجمهور؛ لأنه في قوة العقد وتسميته بهذا بهذه المسميات لا تغير من حقيقته شيئا.

7- لقد تضمن عقد الإجارة المنتهي بالتملك عقد بيع معلق على شرط مستقبل، وهذا النوع من التعليق غير جائز عند جمهور العلماء، وعللوا قولهم بأن هذا الشرط يخالف مقتضى العقد، إذ أن مقتضى العقد الفورية، وألا يكون معلقا، أي لا بد أن يكون ناجزا باتا⁽³⁾.

8- اشتمال عقد الإيجار المنتهي بالتملك في معظم صوره وأنواعه على شروط معينة، وهذا داخل في عموم النهي النبوي ﷺ «نهي عن بيع وشرط»، وفي حديث آخر قال: «لا يجل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع»⁽⁴⁾.

القول الثالث:

ذهب أصحاب هذا القول إلى أن صيغة سكنات عدل داخله في عقد الاستصناع، ومنهم أبو سعيد الجزائري⁽⁵⁾، وابن حنفية العابدين⁽⁶⁾، وقالوا بجوازه بناء على أن المشترك في سكنات عدل يدفع تسييقا من المال على دفعات، فإذا سكن يصير يدفع المال لسكن يملكه، وليس لسكن يستأجره، ومثلوا

(1) - صباح عماري، فقه الموازنات ومدى تطبيقه على سكنات الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، المرجع السابق، المجلد 18، ص: 479.

(2) - محمد يوسف عارف الحاج محمد، عقد الإجارة المنتهية بالتملك من التطبيقات لعقد الإجارة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 188، وعبد الطيف أيت عمي، الإجارة مع الوعد بالتملك الشرعي (اللزنيغ)-، المرجع السابق (3) - عبد الطيف أيت عمي، المرجع نفسه.

(4) - المرجع نفسه.

(5) - بن سحنون سمير، الأحكام الشرعية لعقد الإيجار المنتهي بالتملك، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية جامعة باتنة 1 الجزائر، المجلد 22، العدد 2، ص: 85.

(6) - بن حنفية العابدين الجزائري، حكم سكنات عدل، عبارة عن فتوى منسوبة للشيخ منشورة في منتدى كل السلفيين.

لذلك بقولهم من باب التوضيح للصورة أن يطلب شخص من نجار أن يصنع له خزانة، فيقول له النجار: ثمن صناعة الخزانة خمسون ألف دينار جزائري، ادفع لي نصفه، والباقي بعد تسلمك الخزانة، فإذا صار المستفيد يدفع النصف الباقي، فهو يكمل ثمن الخزانة التي ملكها، وليس هو يدفع إيجارا وكراء للخزانة، وكذلك سكنات عدل يدفع المشترك تسبقا من المال على دفعات، فإذا سكن يصير يدفع المال لسكن يملكه، وليس لسكن يستأجره، ومعلوم أن عقد الاستصناع مختلف فيه بين أهل العلم منذ القدم بين الأحناف والجمهور ولكن معظم العلماء أجازوا عقد الاستصناع إذا توفرت فيه الشروط الضوابط الشرعية⁽¹⁾، وصدرت في ذلك قرارات المجامع الفقهية⁽²⁾، وأما ما تمسك به المحرمون لهذه المعاملة فيمكن الرد عليها بما يلي⁽³⁾:

1- لقد اعترض المانعون على عدم جواز وصحة هذا العقد؛ لأن فيه منع المستفيد من التصرف في ملكه ومنعه بيع السكن، والجواب على هذا الاعتراض أنه يجوز للصانع ألا يكتب أوراق الملكية حتى يكمل المستفيد الثمن، لكي يستوثق الصانع لحقه فيما صنع، وبهذا يزال الاشكال⁽⁴⁾.

2- عدم التسليم بهذا التكييف لصيغة سكنات عدل على أنها عقد استصناع؛ لأن أصحاب الوكالة أطلقوا على هذه المعاملة اسم -إيجار منته بالتمليك-، أن هذه التسمية في غير محلها وعلى التسليم بذلك، فإن القاعدة الفقهية تقول: العبرة في العقود -بالمقاصد والمعاني، وليس بالألفاظ والمباني-⁽⁵⁾.

3- لقد تضمن عقد صيغة سكنات عدل على جهالة كبيرة؛ لأن المستفيد لا يعرف عدد الغرف، ولا في أي طابق، ولا في أي مدينة، فهذه الجهالة لا تضر بأصل العقد؛ لأنه محصور لا على التعيين حصرا ترتفع به الجهالة، والمواطن الذي يقبل بهذه المعاملة يعلم أن الدولة تبني في مناطق تصلح للتجمعات السكنية في محيط المدينة نفسها، بل إن الوكالة تقوم بإعلامه بمواصفات المسكن مسبقا؛ كمساحته وعدد غرفه⁽⁶⁾.

(1) عادل شاهين محمد شاهين، عقد التوريد، المرجع السابق، الجزء 1، ص: 259، 271.

(2) -قرار رقم: 65(7/3)، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، المرجع السابق، ص: 127.

(3) -موسى إسماعيل، الفتاوى الشرعية، ج 3، المرجع السابق، ص: 176، 177، 178.

(4) -صباح عماري، فقه الموازنات ومدى تطبيقه على سكنات الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، المرجع السابق، المجلد 18، ص: 481.

(5) -المرجع نفسه، المجلد 18، ص: 481.

(6) -موسى إسماعيل، الفتاوى الشرعية في المسائل الدينية والدينية، المرجع السابق، المجلد 3، ص: 183-184.

وزيادة على ما سبق فإن الكثير من العلماء المعاصرين ذهبوا إلى جواز بيع الشقق السكنية على التصاميم والمخططات والخرائط إذا كانت موصوفة وصفاً مزيلاً للجهالة، وهذا مبني على قول أكثر الفقهاء قالوا بصحة بيع العين الغائبة مطلقاً إذا ذكر جنسها ونوعها وإن لم يرها المشتري ولم توصف له، وله الخيار إذا رآها؛ وهو مذهب الحنفية ومذهب المالكية وقول للشافعي في القديم، ورواية عن الإمام أحمد، اختارها ابن تيمية في الراجح من قوله وابن القيم، كما في مواهب الجليل، والمغني، والقواعد النورانية، وزاد المعاد، ونسبه النووي في المجموع للجمهور⁽¹⁾.

بل بالغ ابن تيمية كما في ونظرية العقد بحكاية إجماع الصحابة على جوازه، وأنه لم يعرف عنهم خلاف ذلك كما تدل عليه الآثار المروية عنهم في ذلك⁽²⁾.

بل إن الجهالة ليست هي التي نفسها سببا لفساد العقود، وإنما يفسدها الجهالة التي تتضمن توقع نزاع بين المتعاقدين، أو غبنا من طرف لطرف آخر؛ لذلك اتفق الفقهاء على جواز دخول الحمام مع جهالة الماء المستعمل، وجواز الشرب من أيدي السقاة؛ مع عدم العلم بثمن الماء ولا بقدر الماء المسقي؛ وهذا لما علم في الغالب من ارتفاع النزاع بين المتعاملين⁽³⁾.

أما في صورة المسألة المعروضة، فإن قدر الجهالة الموجودة في العقد لا يفضي إلى نزاع؛ لما علم من أن السكن على كل اعتباراته، من اختلاف الطوابق واختلاف البناء - هو أقل من ثمنه الحقيقي في سوق العقار، ودليله قبول الناس لهذا العقد وثقتهم، وهو دليل على ارتفاع النزاع في المستقبل⁽⁴⁾.

4- ومن الأمور التي طرحت واعترض بها على هذه الصيغة والمعاملة بأنه لو مات المستفيد فإن السكن لا يعود إلى ورثته، وأجيب بأنه لو مات المستفيد فإن السكن يعود إلى الزوجة والأولاد ووالديه إذا نص على ذلك القانون وبهذا يزول الاعتراض ويندفع الإشكال⁽⁵⁾.

(1) - ابن تيمية، نظرية العقد، تحقيق محمد حامد الفقي، مكتبة السنة، القاهرة، مصر، دط، ص: 225، 226. ورايح فغور، عقد البيع بناء على التصاميم، (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري)-، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ص: 2017-2018م، ص 73 .

(2) - ابن تيمية، المرجع نفسه، ص: 234، 235.

(3) - موسى إسماعيل، الفتاوى الشرعية، ج3، المرجع السابق، ص: 184.

(4) - ينظر: المرجع نفسه، ص: 183-184.

(5) - أبو سعيد بلعيد الجزائري، حكم سكنات عدل والجواب على اعتراضات المانعين، عبارة عن فتوى كتبها في 25 جانفي

5- تعتبر هذه الصيغة من الحيل لأكل أموال الناس بالباطل والدليل على ذلك أن المستفيد من سكنات عدل إن تراجع عن دفع المستحقات ينزع منه السكن، ولا يرجع إليه ما دفع من مال، والجواب إن هذا غير صحيح بإطلاقه، بل إذا تراجع المستفيد فإنه يخصم منه عشرة بالمائة من المبلغ المدفوع، مقابل أتعاب الوكالة في المحاكمات، زائد مصاريف الصيانة لو أنه سكن⁽¹⁾.

والراجع من هذه التكييفات والأقوال أن سكنات عدل تعتبر عقد إجارة منتهية بالتمليك وهي الصورة القريبة من هذا العقد، وهذا العقد من كونه مستحدثاً لا إشكال فيه، وإنما يدخله الدخن والشبهة من خلال بعض الشروط والبنود الداخلة عليه إذا كانت مخالفة للشرع، ولا شك أننا نستطيع التعديل في بعض الشروط وبمكنا أن نضع هذا العقد في القوالب الشرعية وفق الضوابط التي حددتها الكثير من المجامع الفقهية والهيئات العالمية، فإذا حققت هذه التعديلات فهي منفعة كبيرة للناس لما فيها من مرونة ويسر وعون لأصحاب الحاجات والضرورات وخاصة أصحاب الدخل المحدود⁽²⁾.

وعليه فلا يترجح لنا الجواز بإطلاق ولا المنع بإطلاق؛ لأن المنع أو الجواز متوقف على خلو الجانب التطبيقي من المخالفات الشرعية والتناقضات العقدية المؤثرة في صحة أو فساد العقد، فمعظم الصور في الإجارة المنتهية بالتمليك المعاصرة لا تخلوا من مخالفة شرعية، فالأفضل في هذه الصور والأجدر أن ينتهي عقد الإجارة بانتهاء أجله، فإذا شاء العاقدان أن يبرما بينهما عقداً جديداً إجارة أو يباعا فعلاً ذلك بكامل حريتهما وتراضيهما، بعيداً عما يمكن أن يشوب العقد من الغبن أو الغرر⁽³⁾.

ومما يزيدنا وضوحاً لبعض النقاط المؤثرة في هذا العقد ما يلي⁽⁴⁾:

- أن الأجرة المدفوعة في هذا العقد أكثر من أجرة المثل، لأن النية متجهة منذ بداية البداية إلى البيع، فتكون الأقساط متناسبة مع ثمن البيع، فهي جزء من الثمن، وتسمى مع ذلك أجرة، يبرز

2015م منشورة في منتديات كل السلفيين.

(1) - صباح عماري، فقه الموازنات ومدى تطبيقه على سكنات الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، المرجع السابق، ص: 481، وعبد الله بن محمد بن عبد الله العمراني، العقود المالية المركبة، المرجع السابق، ص: 216.

(2) - موسى إسماعيل، الفتاوى الشرعية، ج3، المرجع السابق، ص: 185.

(3) - سليمان بن تركي التركي، بيع التقسيط وأحكامه، المرجع السابق، ص: 199، 200.

(4) - المرجع نفسه، ص: 199، 200، و عبد الله بن محمد بن عبد الله العمراني، العقود المالية المركبة، المرجع السابق، ص: 216.

التناقض بصورة أوضح عندما يتم فسخ العقد، حيث يعتبر ما دفع من الثمن أقساط إيجار، مع أنه روعي عند تقريرها أن تكون جزء من الأجرة، وعليه لا يقبل أن يكون ذكر الإجارة صوريا ليس له آثار حقيقية في العقد وإنما للتستر به عن التمويل بفائدة⁽¹⁾.

- عدم إمكانية تحديد العقد حتى يمكن ترتيب آثاره عليه، هل هو عقد بيع أو عقد إجارة، وذلك لاختلاف بين مقتضى البيع ومقتضى الإجارة، ولكل منهما أحكام تخصه، ووجه التناقض هنا: أن الأصل في ضمان العين المستأجرة أنه على المالك، ومع ذلك فهي تجعل في هذا العقد من ضمان المستأجر، وهو ما لا يتوافق مع عقد الإجارة⁽²⁾.

وهذه تعتبر جهالة مفسدة للعقد لتعلقها بحقيقته، إذ لم يحدد من البداية هل هو عقد إجارة أو بيع، ويظهر ذلك جليا في حالة النزاع، فهل يطبق عليه أحكام الإجارة أم البيع والجهالة هنا متعلقة بذات العقد فيكفي ذلك لإفساده⁽³⁾.

- وجود الغرر والمخاطرة في هذا العقد، فإن المستأجر قد يعسر عليه آخر قسط أو جملة من الأقساط فينتهي بذلك العقد، مع أنه قد دفع أقساطا لا تتناسب مع الإجارة، بل هي متناسبة مع قيمة المبيع، ولا يعاد له ما زاد عن قسط الإجارة، فيكون بعجزه وعسره قد خسر الثمن والمثلن دون مقابل⁽⁴⁾.

ثالثاً: حقيقة الشرط الجزائي المنصوص عليه في عقد سكنات عدل في ميزان الاجتهاد الفقهي المعاصر.

حقيقة الشرط الجزائي في سكنات عدل تمثله المادة العاشرة (10)، المنصوص عليها في شروط البيع بالإيجار المنشورة في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية طبقاً لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المؤرخ في 29 محرم عام 1422 الموافق 23 أبريل سنة 2001م الذي يحدد شروط شراء المساكن

(1)-الصادق الغرياني، قضايا فقهية مالية معاصرة، المرجع السابق، ص: 283.

(2)-المرجع نفسه، ص: 283، وصباح عماري، فقه الموازنات، ومدى تطبيقه على سكنات الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، المرجع السابق، ص: 483، وعبد الله بن محمد بن عبد الله العمراني، العقود المالية المركبة، المرجع السابق، ص: 216.

(3)-الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، قضايا فقهية ومالية معاصرة، المرجع السابق، ص: 283، وعبد الله بن محمد بن عبد الله العمراني، العقود المالية المركبة، المرجع السابق، ص: 216.

(4)- هيام محمد الزيدانين، عقد الإجارة المنتهية بالتملك، دراسات علوم الشريعة والقانون، كلية الشريعة، الأردن، مج39، العدد1، ص: 122، وعبد الله بن محمد بن عبد الله العمراني، المرجع السابق، ص: 217، 216.

المنجزّة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك.

ونص المادة كما جاء في هذا المرسوم: على أنه يترتب عن عدم تسديد المستأجر المستفيد ثلاثة (3) أقساط شهرية متتالية تطبيق غرامة تأخير تقدر بـ 5 % بالمائة من مبلغ القسط الشهري غير المسدد⁽¹⁾. وهذا شرط جزائي صريح اشترطه صاحب العين المؤجرة على المستأجر بنسبة 5% بالمائة عند التخلف والتأخر في تسديد الأقساط الشهرية في وقتها المحدد وهو التزام يدخل في مجال الديون المنصوص عليها والمعمول بها في كثير من العقود الإدارية الجزائرية.

وغرامة التأخير في دفع أقساط الثمن التي ذكرت في هذا النص القانوني هي ربا النسيئة أو ربا الديون المحرم الذي جاءت النصوص الشرعية بتحريمه وقطع وسائله والنهي عن أخذه والتصريح بمنعه.

يقول عبد العزيز اليميني مبينا فساد عقد الإجارة المنتهية بالتمليك إذا دخل عليها الشرط الجزائي عند التأخر عن سداد الأجرة في الوقت المحدد: «إذا اشترط مؤجر العين على المستأجر دفع مبلغ من المال كشرط جزائي عند التأخر عن سداد الأجرة في الوقت المحدد فهذا ربا صريح يفسد معه العقد...»⁽²⁾.

وقال عند حكم دخول الشرط الجزائي في عقد الإجارة المنتهية بالتمليك وأثره: «ومثاله أن يشترط المصرف المؤجر على مستأجر السيارة أنه في حالة عدم سداد قسطين، أو ثلاثة فإنه يتحمل شرطا جزائيا مقداره كذا يزداد على الأجرة المتأخرة وحكمه: فاسد، وأثره: مفسد للعقد؛ لأنه ربا فالشرط الجزائي هذا داخل على دين»⁽³⁾.

وهذا القول هو الذي تبنته المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية حيث جاء فيه 3/6 لا يجوز اشتراط زيادة على الأجرة يستحقها المؤجر في حالة التأخر في السداد، ومستند تحريم هذه الزيادة في دين الأجرة مقابل زيادة الأجل أن ذلك من ربا الجاهلية وهو محرم بإجماع العلماء⁽⁴⁾.

(1) المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 01 - 105، المؤرخ في 29 محرم عام 1422 الموافق 23 أبريل سنة 2001، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، والمتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار، ص: 36، 37.

(2) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 316، 318.

(3) المرجع نفسه، ص: 316، 318.

(4) المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص: 249.

وهو ما صدر به قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي في بيع التقسيط، والكلام وإن كان على بيع التقسيط إلا أن هذا الحكم شامل لكل البيوع المقسطة والتي تدخل في مجال الديون أو ما كان محل الالتزام فيه دينا حيث جاء في نص القرار إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410هـ- الموافق 14-20 مارس 1990م، ومما جاء في القرار⁽¹⁾:

ثالثا: إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط، لأن ذلك ربا محرم⁽²⁾.

رابعا: يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط، ومع ذلك لا يجوز شرعا اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء⁽³⁾.

خامسا: يجوز شرعا أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها، عند تأخر المدين عن أداء بعضها، مادام المدين قد رضي بهذا الشرط عند التعاقد⁽⁴⁾.

وإذا قلنا بعدم جواز هذه الزيادة المذكورة في نص العقد لا يعني ذلك ألا تتخذ الإجراءات والضمانات التي تحفظ بها الحقوق وتضبط بها الالتزامات من التلاعب ومن المماطلة التي يكون صاحبها موسرا ومتعمدا لأكل أموال الناس بالباطل، فلا بد من رفع الظلم ورد الحقوق إلى أصحابها⁽⁵⁾.

ولقد جاء هذا في المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة المالية الإسلامية في ضمانات مديونية الإجارة ومعالجتها على أنه⁽⁶⁾:

- «يجوز أخذ الضمانات المشروعة بأنواعها لتوثيق الحصول على الأجرة أو الضمان في حالة التعدي أو التقصير مثل الرهن والكفالة وحوالة الحق مستحقات المستأجر لدى الغير، ولو كانت تلك المستحقات

(1)- علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 723-724.

(2)-قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المرجع السابق، ص: 96.

(3)-المرجع نفسه، ص: 96.

(4)-المرجع نفسه، ص 125.

(5)-المرجع نفسه، ص: 97.

(6)-المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية، المرجع السابق، ص: 249.

تعويضات تأمين مشروع عن شخص المستأجر وممتلكاته»⁽¹⁾.

- «يجوز اشتراط تعجيل الأجرة، كما يجوز تقسيطها، وحينئذ فإن للمؤجر أن يشترط على المستأجر حلول باقي الأقساط إذا تأخر عن سداد قسط أو أكثر دون عذر معتبر بعد إرسال إشعار من المؤجر بمدة معينة مع تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين في المدة المتبقية، والأجرة المعجلة بالاشتراط أو الحالة أو بسبب التأخير في السداد تخضع للتسوية في آخر مدة الإجارة أو عند انقضاءها قبيل نهاية المدة...»⁽²⁾.

- «يجوز أن ينص في عقد الإجارة أو عقد الإجارة المنتهية بالتملك على التزام العميل المستأجر المماثل بالتصدق بمبلغ محدد أو نسبة من الأجرة في حالة تأخره عن سداد الأجرة المستحقة في مواعيدها المقررة، بشرط أن يصرف ذلك في وجوه الخير بالتنسيق مع هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة»⁽³⁾.

وخلاصة القول في حكم هذه المسألة أنه لا يجوز باتفاق العلماء اشتراط زيادة على الأجرة المتفق عليها التي يستحقها المؤجر سواء كان فردا أو مؤسسة في حال تأخر المستأجر في السداد؛ لأن الأجرة حقيقتها دين ثابت في الذمة المستأجرة، والزيادة فيها تعتبر زيادة في الدين، وهذا هو ربا الجاهلية ربا النسئئة، فالشرط الذي ذكر في سكنات عدل فيه التعرض للغرامة المالية في حال تأخره في التسديد في الوقت المحدد يجعل هذه الصيغة ربوية، إلا إذا دخل طالب السكن وفي نيته التخلص من هذا الشرط الجزائي في وجوه الخير والبر، وإذا ظن أو غلب على ظنه أن لا يقع في الزام الدائن والمؤجر وكان من أصحاب الحاجة الماسة للسكن، وهذا على قول الذين يجيزون الدخول في العقود التي تضمنت شرطا فاسدا كما ذهب إلى ذلك الشيخ يوسف الشيبلي حفظه الله⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: تطبيق الشرط الجزائي في السكن العمومي الإيجاري.

ويقصد بالسكن العمومي الإيجاري في مفهوم هذا المرسوم، السكن الممول من طرف الدولة أو الجماعات المحلية، والموجهة فقط للأشخاص الذين تم تصنيفهم حسب مداخيلهم ضمن الفئات

⁽¹⁾ المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية، المرجع السابق، ص: 249.

⁽²⁾ المرجع نفسه، ص: 249.

⁽³⁾ المرجع نفسه، ص: 249.

⁽⁴⁾ يوسف الشيبلي، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، ج1، المرجع السابق، ص: 131، 132، ويوسف الشيبلي، المعاملات

المالية، ج2، المرجع السابق، ص: 7.

الاجتماعية المعوزة والمحرومة التي لا تملك سكناً أو تقطن في سكنات غير لائقة، أو لا تتوفر لأدنى شروط النظافة⁽¹⁾.

كما يمكن استعمال السكن العمومي الإيجاري لتلبية حاجيات محلية ناتجة عن ظروف استثنائية أو ذات منفعة عامة مؤكدة⁽²⁾.

أولاً: مفهوم الشرط الجزائي في صيغة السكن العمومي الإيجاري.

لقد نص على الشرط الجزائي في هذه الصيغة في المادة رقم: 56، من المرسوم التنفيذي رقم: 8 - 142 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1429 الموافق 11 مايو سنة 2008، الذي يحدد قواعد منح السكن العمومي الإيجاري، ومما جاء في هذا المرسوم: يستحق مبلغ الإيجار عند حلول أجله. وتضاف لمبالغ الإيجار التي لا تدفع بعد شهرين (2) من حلول استحقاقها نسبة 5% عن كل شهر تأخير. وإذا لم يدفع المستأجر مجموع مبالغ إيجارات ستة (6) أشهر بعد حلول أجل الاستحقاق وبعد ثلاثة (3) إنذارات بالوفاء دون نتيجة، يفسخ عقد الإيجار بقوة القانون، مع احتفاظ الهيئة المؤجرة بحق متابعته من أجل تسديد المبالغ غير المدفوعة وطرده من السكن⁽³⁾.

ثانياً: حكم الشرط الجزائي في صيغة السكن العمومي الإيجاري.

هذا الشرط الذي تضمنه عقد السكن العمومي الإيجاري يعتبر ربا نسيئة، ومن ربا الديون الذي بينا حكمه ونقلنا أقوال العلماء فيه التي جاءت في الجامع الفقهية أو الفتاوى الجماعية، والمعايير الشرعية المعتمدة في المعاملات المالية المعاصرة⁽⁴⁾، وقد نصوا على ذلك في بيع التقسيط والمرابحة وفي القروض البنكية وفي الإجارة وبينوا حكم اشتراط إذا تأخر المدين في تسديد قسط واحد مدة معينة حلت جميع الأقساط، أو إذا اشترط الدائن على المدين أو فرض عليه غرامة محددة، أو بنسبة معينة، إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد، فقالوا لا يجوز أن يشترط الدائن في بيع التقسيط: أنه إذا تأخر

(1)- المادة رقم: 2 من المرسوم التنفيذي رقم: 8-142، المؤرخ في 11 مايو سنة 2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 24، ص: 18.

(2)- المرجع نفسه.

(3)- المرجع نفسه.

(4)- المعايير الشرعية، المرجع السابق، ص: 349، وعلي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 725.

المدين في تسديد قسط واحد مدة معينة حلت جميع الأقساط، فهذا الشرط غير صحيح عند كثير من العلماء، ولأنه يناهض مقتضى العقد، وهو التأجيل الذي استحلت به الزيادة وفيه ظلم للمدين والمعسر يستحق الإنظار لا أن يظلم يقول الأستاذ علي السالوس: (في المعاملات المعاصرة لا يجوز الشرط الجزائي الذي يؤدي إلى زيادة على الدين كالفوائد وغرامات التأخير، منهما كانت الأسباب فهذا من الربا المحرم، ولكن يجوز في الحقوق والالتزامات -ماعدا الدين- للتعويض عن الضرر الواقع فعلاً) (1).

وجاء في قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، برابطة العالم الإسلامي، في دورته الحادية عشر، المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة من يوم الأحد 13 رجب 1409 هـ الموافق 19 فبراير 1989م قد نظر في موضوع السؤال المطروح من فضيلة الشيخ يوسف البرقاوي-رئيس قسم الدعوة والإرشاد في الزرقاء بالأردن -وصورته كما يلي: «إذا تأخر المدين عن سداد الدين، في المدة المحددة فهل له -أي البنك- الحق بأن يفرض على المدين غرامة مالية جزائية بنسبة معينة، بسبب التأخير عن السداد في الموعد المحدد بينهما» (2).

وبعد البحث والدراسة قرر مجلس المجمع الفقهي بالإجماع ما يلي:

أن الدائن إذا اشترط على المدين، أو فرض عليه، أن يدفع له مبلغاً من المال، غرامة مالية جزائية محددة، أو نسبة معينة، إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما، فهو شرط أو فرض باطل، ولا يجب الوفاء به، بل ولا يحل، سواء كان الشارط هو المصرف أو غيره، ولأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه (3).

وزيادة في التوضيح لهذه الصيغة نقول بأن اشتراط الزيادة في قيمة الأجرة المتفق عليها عند تأخر المستأجر كما هو في عقد السكن الإيجاري العمومي الاجتماعي لا يجوز عند باتفاق العلماء؛ لأن مبلغ الأجرة دين في ذمة المستأجر والزيادة فيها تعتبر زيادة في الدين وهذا هو عين الربا الجاهلي المحرم المسمى ربا النسيئة، وهذا الحكم مبني على ما ذكرناه سابقاً في القسم النظري وبين أن الشروط الجزائية في

(1) -علي أحمد السالوس، الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة، المرجع السابق، ص: 136، وعلى السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 399، 401.

(2) -علي السالوس، المرجع نفسه، ص: 399.

(3) -رابطة العالم الإسلامي المجمع الفقهي الإسلامي، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات من الأولى إلى السابع عشرة القرارات من الأول إلى الثاني بعد المائة، (1398-1424 هـ-1977-2004م)، ص: 266.

المعاملات المعاصرة على نوعين وهما (1) :

الأول: ما يترتب عليه زيادة في الدين على في ذمة المدين بسبب تأخره في الوفاء بالدين، فهذا النوع لا يجوز كما قرناه سابقا وزيادة في ثمن الأجرة عند تأخر المستأجر كما هو في صيغة السكن العمومي التجاري داخل في هذا النوع.

النوع الثاني: ما لا يترتب عليه زيادة في الدين على المدين؛ كالشروط الجزائية المقررة لعدم تنفيذ الأعمال أو تأخرها، مثل التأخير في عقود المقاولة، أو تأخير التسليم في عقود التوريد، وتأخير العامل فيما أسند إليه من عمل، فيترتب على هذا النوع من الشروط الجزائية الخصم من العوض المقرر للصانع أو المورد أو العامل؛ فهذا النوع جائز بناء على الأصل الشرعي، وهو الأصل في الشروط الصحة والجواز والزم. وهذا كله في حالة المماطل الموسر أما المعسر الذي لا يملك أقساط الإجارة فيجب إنظاره إلى ميسرة كما أمر الله سبحانه وتعالى.

فحكم الشرط الجزائي في هذه الصيغة التي تتم بها السكنات التجارية العمومية يعتبر شرطا فاسدا، وأثره مفسد للعقد؛ لأنه ربا محرم، والشرط الجزائي في هذه الحالة داخل على دين (2).

وهذا الحكم مبني على القول بتحريم الغرامات المالية والشروط الجزائية مطلقا سواء استفاد منها الدائن أم لا، لكن على قول الذين أجازوا وجود هذا الشرط في عقود الإجارة بنية التخلص منها في وجوه البر والخير يصح العقد ويجوز الدخول في هذا النوع من العقود حتى لو تضمن شرطا فاسدا إذا توفرت شروط وضوابط أشرنا إليها عند كلامنا على الشروط المقترنة بالعقد (3).

ونختم هذه المسألة بنقل قول يوسف الشبيلي - حفظه الله - حيث بين موقفه من هذه النازلة وحكم الشرع في اشتراط الغرامة التأخيرية مع نية التخلص منها، فقال لا يجوز باتفاق العلماء اشتراط زيادة على الأجرة التي يستحقها المؤجر في حال تأخر المستأجر في السداد؛ لأن الأجرة دين في ذمة المستأجر، والزيادة فيها زيادة في الدين، وهذا هو ربا الجاهلية ربا النسئة المعروف بزدي أنظرك أو أتقضي أم تربى، فإن كان

(1) يوسف بن عبد الله الشبيلي، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، المرجع السابق، ج1، ص: 131.

(2) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 318.

(3) يوسف بن عبد الله الشبيلي، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، المرجع السابق، ج1، ص: 131.

المؤجر يتخلص من هذه الغرامة بصرفها في أوجه البر ففي هذه المسألة قولين للعلماء هما (1):

القول الأول: ذهب بعض العلماء المعاصرين ومنهم المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية وبعض الهيئات واللجان الشرعية إلى جواز أخذ الغرامة من المستأجر المماطل دون المعسر، على أن يتخلص المؤجر منها في أوجه البر ولا يستفيد منه؛ لأن الربا عندهم يتضمن زيادة يأكلها الدائن، وإذا تخلص منها فليس ثم زيادة، ثم إن في أخذها مصلحة بمعاقة المماطل وحمله على الوفاء بالدين (2).

القول الثاني: ذهبوا إلى القول بالتحريم؛ لأن أثر ذلك على المدين واحد سواء أكان الدائن أو المؤجر سيتخلص من تلك الزيادة أم لم يكن ذلك؛ وهذا ما أخذ به عدد من الهيئات الشرعية (3).

ولا شك أن القول الأخير هو الراجح من حيث القوة إلا أن القول الأول معتبر خاصة في حالة غياب البديل لذلك تفعيل الرأي القائم على تصحيح العقود التي تضمنت شروطاً جزائية فرضها الواقع الجزائي هو الأنسب واللائق بظروف كثير من الناس خاصة ونحن نعيش أزمة سكن حقيقية، فالعمل بهذا القول فيه رفع للحرج والضيق على أصحاب الحاجة، كل ذلك لا يخرج عن الضوابط السابقة والشروط المذكورة في القسم النظري (4).

الفرع الرابع: تطبيق الشرط الجزائي في السكن الترقوي المدعم.

وفي هذا الفرع نتطرق إلى معنى صيغة السكن الترقوي المدعم وطريقته التمويلية التي تتم بها في العقود الجزائية وهي كما يلي:

أولاً: معنى السكن الترقوي المدعم.

لقد عرف السكن الترقوي المدعم على أنه هو ذلك النوع من السكن الجديد الجماعي أو الفردي في

(1) - يوسف بن عبد الله الشيلي، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، ج1، المرجع السابق، ص: 131.

(2) - المرجع نفسه، ج1، ص: 131.

(3) - المرجع نفسه، ص: 131.

(4) - المرجع نفسه، ج1، ص: 131.

شكل مجمع، المنجز من طرف مرقي عقاري معتمد، بحيث أن هذا النوع من السكنات تستفيد منه فئة من المواطنين المؤهلين للحصول على مساعدة مباشرة من الدولة حسب الدخل الشهري لطالب السكن، وقد تم تحديد هذه المساعدة بمبلغ 700.00 دج، إذا كان الدخل أقل من أربع مرات من الأجر الوطني الأدنى المضمون أو يساويها، أما بالنسبة لمناطق الهضاب العليا وولايات الجنوب فتم رفع الحد الأقصى للدخل إلى ست مرات، وتم رفع مبلغ المساعدة ب 1.000.000 دج بالنسبة للولايات الجنوبية⁽¹⁾.

ثانياً: الطريقة التمويلية لصيغة السكن الترقوي المدعم.

وأما بالنسبة لكيفية تمويل إنجاز هذا النوع من السكن، فقد يكون تمويلاً ثنائياً أو تمويلاً ثلاثياً، فالتمويل الثنائي يتم عن طريق المساعدة المباشرة للدولة والمستفيد، وهنا لا يتدخل البنك في عملية التمويل إلا إذا لجأ المرقي العقاري لطلب قروض من بنك معين، أما التمويل الثلاثي يكون من مساعدة الدولة للمستفيد بصيغة مباشرة، عن طريق الصندوق الوطني للسكن، ومساهمة المستفيد والقرض الذي يمنحه البنك في حالة عدم قدرته على دفع المبلغ الكلي للسكن وهذا بعد خصم المساعدة المباشرة للدولة، وفي هذه الحالة تطبق نسبة 1% عندما تكون مداخيل المستفيد أكثر بمرّة واحدة وأقل أو يساوي ست (6) الأجر الوطني الأدنى أما عندما تفوق مداخيله بست مرات (6) مرات من الأجر الوطني الأدنى المضمون وأقل من اثني عشرة (12) مرة، فيتحمل نسبة فائدة قدرها 3%⁽²⁾.

الفرع الخامس: السكن الترقوي العمومي.

وفي هذا المطلب نبين فيه معنى هذه الصيغة والطريقة التمويلية التي تتم بها في الواقع الجزائري، فيكون الكلام على هذا العنصر كالتالي:

⁽¹⁾ - نص المادة رقم: 2 من المرسوم التنفيذي رقم 10-235، المؤرخ في 26 شوال عام 1431 هـ الموافق 5 أكتوبر سنة 2010، يحدد مستويات المساعدة المباشرة الممنوحة من الدولة لاقتناء سكن جماعي أو بناء سكن ريفي ومستويات دخل طالبي هذه السكنات وكذا كفاءات منح هذه المساعدة، منشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم: 58، لسنة ل 2010، قرار معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 19-259 مؤرخ في 28 محرم عام 1441 م الموافق 28 سبتمبر سنة 2019، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 60 لسنة 2019.

⁽²⁾ - نص المادة رقم: 2 من المرسوم التنفيذي رقم 10-235، المؤرخ في 26 شوال عام 1431 هـ الموافق 5 أكتوبر سنة 2010، يحدد مستويات المساعدة المباشرة الممنوحة من الدولة لاقتناء سكن جماعي أو بناء سكن ريفي ومستويات دخل طالبي هذه السكنات وكذا كفاءات منح هذه المساعدة، منشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم: 58، لسنة ل 2010، قرار معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 19-259 مؤرخ في 28 محرم عام 1441 م الموافق 28 سبتمبر سنة 2019، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 60 لسنة 2019.

أولاً: معنى السكن الترقوي العمومي.

يعرف السكن الترقوي العمومي على أنه هو ذلك النوع من السكن الجماعي الجديد الذي تتكفل الدولة بإنجازه، وتستفيد منه فئة المواطنين الذين يفوق دخلهم الشهري ست مرات (6) مرات ويقل أو يساوي اثني عشرة (12) مرة الأجر الوطني الأدنى المضمون، لكن في عام 2018م تم رفع الحد الأقصى إلى ثلاثين (30) مرة، أيضا تم إتاحة الاستفادة من هذه الصيغة بالنسبة للمواطنين الجزائريين المقيمين في الخارج حتى ولو كانت مداخيلهم تفوق الحد الأقصى أو تقل عن الحد الأدنى، بشرط أن يتم في الحالة الأخيرة كفالتهم ماليا من طرف شخص له صفة قرابة من الدرجة الأولى وفي حالة تعذر وجود هذا الشخص فتكفي الدرجة الثانية أو الثالثة وتجدد الإشارة إلى أن الأجر الوطني الأدنى المضمون محدد حاليا بعشرين ألف دينار جزائري (200.000 دج)⁽¹⁾.

ثانياً: الطريقة التمويلية لصيغة الترقوي العمومي.

وأما بالنسبة لكيفية تمويل إنجاز هذا النوع من السكنات، فنجد أن المؤسسة الوطنية للترقية العقارية هي من تتكفل بعملية الإنجاز حسب إمكانياتها المالية، ولكن المستفيد من السكن هو من يدفع القيمة المالية لهذا السكن إما دفعة واحدة أو على شكل دفعات، وفي هذه الحالة عدم القدرة على دفع مبلغ السكن بصفة كلية يمكن للمستفيد من هذا السكن أن يلجأ إلى البنك لطلب قرض، وفي هذه الحالة يستفيد من تخفيض في نسبة الفائدة التي يطبقها البنك على القرض العقاري، وقد تم تحديد هذه النسبة بـ 1% عندما تكون مداخيله أكثر بمرة واحدة وأقل أو يساوي ست (6) مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون، أما عندما تفوق مداخيله بست (6) مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون وأقل من اثني عشرة (12) مرة فيتحمل نسبة فائدة قدرها 3%⁽²⁾.

⁽¹⁾ - المادة رقم 2، 3، 4، 5، 6، من المرسوم التنفيذي رقم 10-87 المؤرخ في 24 ربيع الأول عام 1431 الموافق 10 مارس سنة 2010، يحدد مستويات وكيفيات منح تخفيض نسبة الفائدة على القروض التي تمنحها البنوك والمؤسسات المالية لاقتناء سكن جماعي وبناء سكن ريفي من قبل المستفيدين، منشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم 17، سنة 2010، ينظر: المادة رقم 2، 3، 4، 5، 6، من المرسوم التنفيذي رقم 10-87 المؤرخ في 24 ربيع الأول عام 1431 الموافق 10 مارس سنة 2010، يحدد مستويات وكيفيات منح تخفيض نسبة الفائدة على القروض التي تمنحها البنوك والمؤسسات المالية لاقتناء سكن جماعي وبناء سكن ريفي من قبل المستفيدين، منشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم 17، سنة 2010.

⁽²⁾ - المادة رقم 2، 3، 4، 5، 6، من المرسوم التنفيذي رقم 10-87 المؤرخ في 24 ربيع الأول عام 1431 الموافق 10 مارس سنة 2010، يحدد مستويات وكيفيات منح تخفيض نسبة الفائدة على القروض التي تمنحها البنوك والمؤسسات المالية لاقتناء سكن جماعي وبناء سكن ريفي من قبل المستفيدين، منشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم 17، سنة 2010.

ثالثاً: حكم الشرط الجزائي في صيغتي السكن الترقوي المدعم والعمومي.

هذه الصيغ تعتبر من القروض العقارية أو القروض الميسرة التي أحدثها المشرع الجزائري دعماً للأسرة عند اقتناء سكن جماعي أو بناء سكن ريفي هذه القروض لها مزايا خاصة إلا أنها تخضع للقواعد العامة التي تخضع لها القروض العقارية على اعتبار أن هذه الأخيرة تعد من أهم آليات نشاطات الترقية العقارية التي تساعد الأسر ذات الدخل المتوسط للحصول على ملكية مسكن إذا كان القرض العقاري موجهاً للأفراد ويساهم في زيادة عدد السكنات إذا كان القرض العقاري موجهاً للمركبي العقاري، وهي على قسمين كما ذكرنا المرسوم التنفيذي السابق وهي كما يلي (1) :

1- تحسب نسبة الفوائد في القروض الميسرة بنسبة 1% إذا كان الدخل الصافي للمستفيد أكثر بمرّة واحدة من الأجر الوطني الأدنى المضمون 000,18 دج وأقل أو يساوي 6مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون أي أقل أو يساوي 000,801 دج.

2- تحسب نسبة الفائدة عن القرض الميسر بنسبة 3%: إذا كان الدخل الصافي للمستفيد يفوق 6مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون وأقل من 12 مرة من الأجر الوطني الأدنى المضمون أي أكثر من 108000 دج وأقل من 261 ألف دج، (المادة 2 من المرسوم التنفيذي 13، -389، ج رعد 61).

وعليه يمكن أن نعرف القروض العقارية بتعريف شامل موجز تنبني عليه الأحكام الشرعية الخاصة بها فالقروض العقارية هي: تصرف قانوني ينظم العلاقة التعاقدية بين كل من المقرض والمقترض يستمد بعض خصائصه من القواعد العامة: عقد رضائي، ملزم للجانبين، عقد زمني، عقد معاوضة، رغم هذه الخصائص إلا أن هناك طابع يميز هذا العقد كونه يخضع لتقنيات وإجراءات خاصة متميزة، فموجب العرف والممارسات المصرفية مثلاً يخضع لنوع من الشكلية إذ أنه دائماً ما يتم في صورة عقد مكتوب- عقود نموذجية- فهو من عقود الإذعان هذا إلى جانب كون القرض العقاري قرضاً نقدياً بفائدة وهو من العقود (2).

فمن خلال الكلام السابق يتضح لنا أن جميع أو معظم القروض الصادرة من المصارف التجارية تتضمن شرطاً ربوياً محرماً، وهو أن المقترض إذا تأخر عن سداد الأقساط تفرض عليه غرامة تتضاعف

(1) - سالمي وردة، دعم تمويل السكن الترقوي في إطار القروض العقارية الميسرة، مجلة القانون العقاري، مخبر القانون والعقار، جامعة البلدة، الجزائر، ص: 348-349.

(2) - المرجع نفسه، ص: 348، 349.

كلما امتد التأخير، وهذا الشرط أحياناً يذكر في العقود نصاً وأحياناً يستغنى عنه بعبارة: يكون القرض خاضعاً للنظم المعمول بها في البنوك التقليدية التجارية، فهذه هي العقود الربوية؛ لأنه نص على زيادة تدفع على أصل القرض تبلغ 1% أو 3% وسواء كانت الزيادة قليلة أو كثيرة وسواء، وصيغة السكن الترقوي العمومي والمدعم هي في الحقيقة إعانة مالية متمثلة في قرض من البنك يمنح للمستفيد الذي توفرت فيه الشروط، بحيث تتكفل الدولة بتسديد الزيادة الربوية المترتبة على القرض الممنوح، وفي هذه الحالة يكون هذا التعامل محرماً؛ لاشتماله على الربا المحرم بالنصوص الشرعية، ولا يخرج عن كونه ربوياً في الأصل، بغض النظر عن مسدده سواء كان المستفيد نفسه أو غيره، وسواء أكان فرداً أو مؤسسة أو جهة حكومية؛ للنصوص الوعيدية الواردة في هذا التعامل وفي هذه الصيغ السكنية، فقد ثبت بالنص والقياس والإجماع على أن الزيادة على أصل القرض كلها ربا محرم، قليلاً وكثيره، وعلى هذا اتفق أهل العلم لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَبَتُّمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾ [البقرة: 279]، ولقوله سبحانه:

﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ [البقرة: 278]، ولقول النبي ﷺ «فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطي فيه سواء»⁽¹⁾، وقد نقل الإمام ابن المنذر الإجماع على أن المسلف إذا اشترط على المتسلف زيادة أو هدية فأسلف على ذلك أن أخذ الزيادة على ذلك ربا، فقد ذهب كثير من أهل العلم إلى المنع من الهدية التي يقدمها المقترض إلى المقرض قبل الوفاء قطعاً للذريعة إلى الربا، إذ قد يقصد به التأجيل مقابل هذه الهدية إلا إذا جرت عادتهما بالتهادي من قبل⁽²⁾. وقال الإمام ابن عبد البر: «وكل زيادة في سلف أو منفعة ينتفع بها المسلف فهي ربا، ولو كانت قبضة من علف، وذلك ربا محرم»⁽³⁾.

(1)- أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، رقم: 1584، ج 3، ص 1211.

(2)- أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص: 205. وعبد الله الصاوي، وآخرون، المرجع السابق، ص: 215، وينظر: أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط3، 1422هـ - 2002م، ص: 358.

(3)- أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، المرجع نفسه، ص: 358، والصادق بن عبد الرحمن الغرياني، قضايا فقهية ومالية معاصرة، المرجع السابق، ص: 268، وعبد الله الصاوي وآخرون، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 215.

ومن العلماء الذين نقلوا الإجماع كذلك الإمام القرطبي في تفسيره حيث قال: (وأجمع أهل العلم على أن استقراض الدينير والدرهم والحنطة والشعير والتمر والزبيب وكل ماله مثل من سائر الأطعمة جائز، وأجمع المسلمون نقلا عن نبيهم ﷺ أن اشتراط الزيادة في السلف ربا ولو كان قبضة من علف - كما قال ابن مسعود- أو حبة واحدة، ويجوز أن يرد أفضل مما يستلف إذا لم يشترط ذلك عليه؛ لأن ذلك من باب المعروف، واستدلال بحديث أبي هريرة في البكر: «إن خياركم أحسنكم قضاء»⁽¹⁾).

وقد اتفقت المجامع الفقهية المعاصرة كذلك على تحريم كل زيادة على القرض مهما كانت قليلة أو كثيرة استهلاكية أو إنتاجية مادامت الشبهة الربوية قائمة، من ذلك فتوى المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية ونصها: «الفائدة على أنواع القروض كلها ربا محرم لا فرق في ذلك بين ما يسمى القرض الاستهلاكي وما يسمى بالقرض الإنتاجي؛ لأن نصوص الكتاب والسنة في مجموعها قاطعة بتحريم النوعين، وكثير الربا في ذلك وقليله حرام»⁽²⁾.

فهذا القرار عام وشامل لكل القروض التي يدخلها الربا مهما كانت المسميات فالعبرة بالحقائق، فحكم الشرع فيها واحد سواء كانت قروضا سكنية أو استهلاكية أو فلاحية فوجود الشرط الربوي مفسد للعقود ومؤثر في صحتها وبطلانها بنص القرآن والسنة والإجماع⁽³⁾.

وكذلك مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي، فقد قرر في فتواه بجلسته المنعقدة بتاريخ 22-ديسمبر 1985: «كل زيادة أو فائدة على القرض منذ بداية العقد، هاتان صورتان ربا محرم شرعا»⁽⁴⁾.

وهذا نص عام فيه حرمة القروض الربوية من أي جهة كانت بنك أو فرد أو جماعة، فكل زيادة عن أصل القرض تعتبر ربا.

(1)- أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص: 204.

(2)- الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، قضايا فقهية ومالية معاصرة، المرجع السابق، ص: 267.

(3)- المرجع نفسه، ص: 267.

(4)- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات من الأولى إلى السابع عشرة القرارات من الأول إلى الثاني بعد المائة، (1398-1424هـ-1977-2004م)، ص: 222-223، وعلي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 303.

ولقد بالغ الإمام مالك -رحمه الله- في منع الزيادة حتى جعل المتوهم كالمحقق، فمنع دينارا ودرهما بدينار ودرهم سدا للذريعة وحسما للتوهمات، إذ لولا توهم الزيادة لما تبادلنا، وقد علل منع ذلك بتعذر المماثلة عند التوزيع، فإنه يلزم منه ذهب وفضة بذهب، وأوضح من هذا التفاضل المعنوي، وذلك أنه منع دينارا من الذهب العالي ودينارا من الذهب الدون في مقابلة العالي وألغى الدون، وهذا من دقيق نظره رحمه الله -⁽¹⁾.

وفي هذا الكلام يتبين لنا شدة احتياط الإمام مالك رحمه الله من الحيل الربوية فمنع حتى الفوارق والزيادات المعنوية، فكيف إذا كانت الزيادة معلومة محسومة كما هي المصارف البنكية، ولعل في كلامه رحمه الله إشارة لمن قال بمنع التصديق لجهات خيرية خارجة عن المصارف الإسلامية بأن هذا القول يجلب التزكية أو يقوي الجوانب المعنوية.

وخلاصة القول في هذه الصيغ السكنية، أنها معاملة بالقروض التي تمنحها البنوك التجارية بالتنسيق مع جهة حكومية تتولى دفع الفوائد المترتبة على تلك القروض بشكل جزئي أو كلي، وهي قروض بفوائد ربوية والمقترض من البنك هو ومشروعه ولو تكفلت الحكومة بتسديد فوائد قرضه فالعبرة بوجود الربا في التعاقد لا فيمن يدفعه⁽²⁾، قال الله تعالى: ﴿يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ﴾ [البقرة: 276].

فالربا الواقع من جراء شراء المساكن بالقروض الربوي المعمول بها في الجزائر هو ربا النسيئة وهو من المحرمات التي حرمها الشارع لعينها وما كان محرما لعينه فإن مجرد الحاجة لا تقوى على التأثير فيه⁽³⁾.

ويقول موسى إسماعيل في هذا الموضوع مؤكدا أن الربا حرام حتى وإن لم تدفعه بنفسك فإنه داخل في التعاون بالإثم والعدوان حيث قال: «وبالنسبة لتعامل الشباب مع هذه الوكالات نقول: إن كان الشباب غير مضطر ولا محتاج إلى هذه القروض فلا يحل له ذلك لأجل الربا وإن لم يدفعها هو بنفسه، وأما إن

⁽¹⁾- أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج2، المرجع السابق، ص: 302.

⁽²⁾- محمد علي فركوس، حكم شراء سكن عن طريق البنك،

ferkous-com/home/?q=fatw يوم 19 ديسمبر، 2023م، الساعة 17:22

⁽³⁾- فواز محمد فارح القحطاني، القواعد والضوابط الفقهية المؤثرة في المعاملات المالية المصرفية الإسلامية، مؤسسة الرسالة، المدينة المنورة، السعودية، دط، دت، ص: 570.

كان مضطرا إليها أو محتاجا للتعامل معها بأن كانت حالته الاجتماعية مزرية ولا يملك وظيفة توفر له المال الكافي لتحقيق ظروفه المعيشية من سكن وزواج وأكل ولباس فلا بأس أن يتعامل بمثل هذه القروض بنية الضرورة والحاجة لا بنية أنها مباحة، والله عز وجل يقول «فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه»⁽¹⁾.

وقال في شراء السكن بالقرض البنكي بفائدة 1% حيث جعل هل المعاملة على حالتين: حالة إذا كان التعامل البنكي وفق أحكام الشريعة الإسلامية كما تفعله البنوك الإسلامية فلا مانع من ذلك، وإن كان التعامل مع البنك بالقرض الربوي فلا أحد من العلماء يجيزه؛ لأن الربا حرام بالكتاب والسنة والإجماع⁽²⁾.

أضف إلى ذلك أن هذه الصورة من القروض تتضمن المناهي الشرعية التالية⁽³⁾:

أ - كونه وسيله وذريعة إلى ربا المقترض بهذه الصيغة وإن كان لا يرجع إلى أصل القرض إلا أنه بمجرد إمضائه على عقد القرض فإنه يترتب عليه بصفة غالبية عقد آخر تقدم بموجبه الخزينة العمومية باسم المستقرض للبنك المقرض بنسبة من الفوائد من أصل القرض فالعملية الأولى وهي استقراض تعتبر وسيلة أو ذريعة إلى الربا الحرام فهو تعاون على الربا والإثم والعدوان⁽⁴⁾.

وفي الحديث الثابت الذي رواه مسلم: «لعنه رسول الله ﷺ آكل الربا وكاتبه وشاهديه فقال هم سواء وفي هذه الحالة البنك هو الذي يأكل الربا والباقي شهود على هذا العمل المحظور الذي تحوم عليه اللعنة والعياذ بالله»⁽⁵⁾.

فحكم الشرط الجزائي في هذين العقدين وهذين الصيغتين شرط فاسد مفسد للعقد؛ لأنه شرط ربوي سواء كانت 1% أو 3% أو أقل أو أكثر وسواء ذكر هذا الشرط في بداية العقد أو نهايته⁽⁶⁾.

(1) - موسى إسماعيل، الفتاوى الشرعية في المسائل الدينية والدنيوية، المرجع السابق، ص: 132.

(2) - المرجع نفسه، ص: 128.

(3) - خالد بن محمد بابكر، بحوث ندوة التميز الفقهية، مركز التميز للبحوث والدراسات الاقتصادية، الدار البيضاء، الجزائر، ط1، 1438هـ-2017م، ص: 195، 196.

(4) - المرجع نفسه، ص: 195، 196.

(5) - ينظر: المرجع نفسه، ص: 195، 196.

(6) - المرجع نفسه، ص: 196.

فالشرط الجزائي جائز في كل العقود المالية عند جماهير العلماء، ما عدا التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً تجنباً للوقوع في الربا المحرم⁽¹⁾.

رابعاً: بدائل مقترحة عن الإيجار المنتهي بالتمليك في العقود الإسكانية.

لقد ذكرنا سابقاً بأن هذه الصيغ الإسكانية والعقود المعاملاتية، لا تخلو من مخالفات شرعية وشبهات عقدية، وهو ما حتم على العلماء البحث عن البدائل الشرعية والصياغة العقدية التي تتلاءم مع القواعد والضوابط الفقهية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، ويستغني بها الناس عن المعاملات المحظورة والمشبوّهة؛ ولأن الشريعة الإسلامية متشوقة لإيجاد البديل وعدم إبقاء الناس في الضيق والحرج وفي الحلال غنية عن الحرام والمشبوّه، كما في حديث ثمر خيبر وفي العيدين إلى غير ذلك من الوقائع التي تبين وتبرز اهتمام الشرع بإيجاد البديل.

وانطلاقاً من هذا المبدأ المقرر في الشريعة جاء الكثير من الاقتراحات البديلة عن العقود الفاسد وهي في نفس الوقت تعتبر تصحيحاً لهذه العقود ووضعها في قالبها الشرعي المباح الصحيح الخالي من المحرمات، وإعطائها الترخيص الفقهي المناسب بلا تعسف ولا تساهل ولا خروج عن الواقع الحقيقي لهذه العقود ومن هذه المقترحات والبدائل الإسكانية سواء عقود إجارة أو قروض مالية نذكر منها ما يلي⁽²⁾:

- يمكن استبدال القروض الإسكانية المدفوع عليها فائدة سواء 1% أو 3% من طرف الدولة الجزائية أو المصارف التمويلية الإسكانية أو أي هيئة أو مؤسسة كلفت بهذه القروض بطريق مشروعة سهلة التطبيق، وتحقق له الأرباح التي يريد، وذلك بأن يتولى المصرف بيع شقق أو مساكن على الخريطة، ويكون بالإعلان عن عزمه على إنشاء مشروع إسكاني مدرّس دراسة وافية، يبين فيه وصف الشقق وصفاً كاملاً يوضح كل ما يحتاج إليه المشتري من معلومات، كالموقع والمساحة، وعدد الأدوار، والغرف، والمنافع، والسعر، وموعد التسليم، ومقدار الأقساط الشهرية، وغير ذلك مما يحتاج إليه، وعلى الراغب في الشراء على الخريطة أن يدفع جزءاً مقدماً من الثمن، ثم يتولى المصرف بناء هذا المشروع الإسكاني للراغبين، حسب المواصفات والمواعيد التي تم الاتفاق عليها، وله أن يبيع هذه الشقق بالتقسيط بدل الفائدة المقرر التي يأخذها على القرض، الربح الذي يناسبه، وهو يبيع جائز مشروع،

(1) - محمد جعواني، الصيغ التمويلية في البنوك التشاركية، المرجع السابق، ص: 68-69.

(2) - الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، قضايا فقهية ومالية معاصرة، المرجع السابق، ص: 298-299.

ولو كان عقدا على البناء قبل إنشائه؛ لأنه يدخل في عقود الاستصناع، التي يجوز التعاقد فيها على المعدم، المضبوط بأوصافه وآجاله، وبكل ما يرفع عنه الجهالة، من معرفة الثمن والمثمن، وغير ذلك. وعليه أن يكتفي في التوثق من ماله برهن العين محل القرض أو عقار آخر، يراه، ويلغي ما سوى ذلك من الشروط الفاسدة، مثل غرامات تأخر السداد، والتنصل من العيوب والمخاطر جميعا، واشتراط التأمين لصالحه على المقترض، وغير ذلك مما لا يجوز له اشتراطه⁽¹⁾

(1) - الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، قضايا فقهية ومالية معاصرة، المرجع السابق، ص: 298-299.

المبحث الثاني: الشرط الجزائي في غير الديون:

نقصد بالشرط الجزائي في هذا المبحث الشرط الذي ليس له تعلق بالديون، وإنما محل الدراسة هو الشرط الجزائي المقرر لعدم تنفيذ الأعمال أو التأخر في تنفيذها، وهذا النوع له عدة صور مندرجة تحته ومن بينها ما يلي⁽¹⁾:

- الشرط الجزائي المقترن بعقد العمل، والذي يتضمن خصم مبلغ معين من النقود من أجره العامل إذا أحل بالتزاماته المختلفة.

- الشرط الجزائي المقترن بعقد إجازة أرض زراعية، والذي يتضمن تعويض المؤجر عن تأخير تسليم الأرض الزراعية خالية الزراعة عن وقت انتهاء مدة الإجازة.

- الشرط الجزائي المقترن بعقد المقاول، والذي يتضمن دفع مبلغ من النقود عن كل يوم يتأخر فيه المقاول عن الوقت المحدد.

ومعظم النماذج التي نحن بصدد دراستها تحت هذا المبحث لا تخرج عن هذه الصور المذكورة بل تندرج تحتها وتتوفر على صفة من الصفات التي تلحقها بحكمها، ومن هذه النماذج المختارة عقود الرياضة وعقود الصفقات وعقود البيع والبناء والتعمير وتكون دراسة هذه العقود كالتالي:

المطلب الأول: الشرط الجزائي في العقود الرياضية.

لقد تغيرت الرياضة من هواية ووسيلة ترفيه إلى عقود عمل وحرف ومهن ونوادي استثمارية تدر الأموال على الذي يمارسها من الرياضيين، والقائمين بها على وجه الاحتراف، وبناء على ذلك انبثقت الكثير من العلاقات القانونية، والعلاقات التعاقدية التي رسمت وبينت طبيعة هذه العلاقة، واتضح من خلالها بأنه عقد عمل كباقي العقود التي تحكمها نظرية الالتزامات العامة المنصوص عليه في القانون الجزائري التي يعتمد عليها في تحديد الحقوق والواجبات، وبما أن التكييفات الفقهية والاجتهادات الحديثة استقرت على اعتبار لاعب كرة القدم المحترف عاملا وأجيرا، وأن علاقته مع النوادي عقد من العقود التي تندرج تحت قانون العمل وإن وجدت بعض المستثنيات لكن الحكم للغالب، ومن النماذج

(1)- يوسف الشبيلي، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، ج1، المرجع السابق، ص: 131-132.

التي تم اختيارها للدراسة عقد من عقود الرابطة المحترفة للشركة الرياضية ذات أسهم نجم شباب مقرة التابعة للاتحاد الجزائري لكرة القدم الرابطة المحترفة الأولى، ويتضمن هذا العقد مجموعة من المواد المنظمة للعلاقة التعاقدية بين الطرفين اللاعب والنادي الرياضي، فما هو حكم الشرط الجزائي والعقوبات المالية المنصوص عليها في هذا العقد وقبل معرف حكم الشرط الجزائي في هذا العقد لابد من عرض تفصيلي لهذا النموذج وهو كالتالي:

الفرع الأول: العرض التفصيلي لنموذج عقد الرياضة.

ولكي نتصور حقيقة عقد الرياضة لا بد من عرض تفصيلي لإعطاء الحكم؛ لأنه فرع عن تصوره فأول ما نجد في العقد

عنوان العقد: القانون الداخلي الشركة الرياضية ذات أسهم نجم شباب مقرة.

ويهدف هذا القانون إلى تكملة العقد الاحترافي الذي يربط اللاعب/النادي، وتحديد قواعد حسن السلوك والأخلاق للاعب المرخص لنادي تابع للاتحاد الجزائري لكرة القدم، ويحدد الحقوق والواجبات لكلا الطرفين المتعاقدين.

وجاء فيه أنه وبغض النظر عن أي قرار يمكن أن تتخذه السلطات المختصة لكرة القدم، أي لاعب لا يحترم التزاماته أو تصرفاته أو مواقفه أو تصريحاته أو اللوائح العامة للFAF أو لكرة القدم المحترفة أو لهذا القانون الداخلي، يخضع للعقوبات المنصوص عليها لهذا الغرض.

ويتضمن هذا القانون المنظم لعقد كرة القدم للاعب المحترف على 24 مادة ومن بينها المواد التي تنص على الشروط الجزائية والعقوبات المالية وهذه المواد نسردها كالتالي⁽¹⁾:

المادة الاولى:

وبين فيها العلاقة التعاقدية بين الشركة واللاعب المتعاقد معها، وتعتبر هذه العلاقة علاقة عقد لعمل يحدد فيه المدة والراتب الشهري الإجمالي مع مراعاة الخصوصيات القانونية CNAS، IRG والمبلغ

⁽¹⁾-نموذج من القانون الداخلي، لشركة الرياضية ذات أسهم نجم شباب مقرة، الربطة المحترفة الأولى، الاتحاد الجزائري لكرة القدم، ص:1، إلى 22، ينظر الملحقات.

الاحتمالي لعلاوات المقابلات وكل أشكال العلاوات الأخرى المحددة في هذا القانون الداخلي.

ومن الشروط التي نص عليها في هذا العقد إلزامية التصريح من قبل الشركة الرياضية ذات أسهم نجم مقرة لدى الصندوق الوطني للتأمينات، يتعين عن العامل قبول الاقتطاعات القانونية IRG و CNAS. وما إلى ذلك... تحت طائلة العقوبات.

المادة الثانية: نصت على احترام هوية النادي بما فيها الصور والاشعارات.

المادة الثالثة: وذكر فيها احترام كرة القدم والهيئات الإدارية التابعة لها سلطات قرارات اختصاصات.

المادة الرابعة: احترام الجمهور وألا يرد عليه بالطريقة السلبية، وأن يعطي دائما الصورة المثالية اللائقة.

المادة الخامسة: بينت العلاقة بين الإعلام والرياضة، وأنها علاقة شراكة بينهما في ظل الاخلاق الراقية، وكل البيانات التي يتم ارسالها للإعلام هي من مسؤولية المسؤول المكلف، وأنا أي حرق للالتزام من طرف اللاعب يعتبر سوء سلوكي جسيم.

المادة السادسة: وذكر فيها احترام مواقيت العمل، ومن ذلك احترام البرنامج التقني والطبي المحددة من طرف النادي والأجهزة المكلفة بذلك ويتم اصدار عقوبات في حالة تأخر اللاعب عن المواعيد المحدد وفق ما جاء في الجدول الذي حددت فيه نوع العقوبات والخصم من الراتب لعدم تنفيذ التزامه المحددة في العقد بينه وبين إدارة النادي.

المادة السابعة: وذكر في هذه المادة الالتزام بجميع المبادئ التوجيهية التي تصدر من النادي من الإدارة أو النادي من الرد على الدعوات التي تصله من المدرب في الأوقات المحددة والأماكن الخاصة للمشاركة في التجمعات الرسمية والودية، وكما يلتزم اللاعب بالذهاب والرجوع مع جميع الفريق الذي هو تحت مسؤولية النادي والمدرب ودون تسجيل أي تجاوزات في الفندق أو غيرها.

المادة الثامنة: وفي هذه المادة ذكر فيها توفير مستلزمات العمل، وأنه يستفيد منها اللاعب من بداية الموسم مع المحافظة عليها وأن أي تضييع أو إفساد لها يكون التعويض من راتب اللاعب أو المكافآت التي يتحصل عليها، كما يجب على اللاعب الالتزام بالزي الرسمي الخاص بالفريق والنادي في التدريبات أو السفر أو المباريات الرسمية والودية، وأي إخلال بهذا الشرط يؤدي إلى استبعاد اللاعب من الميدان.

المادة التاسعة: وذكرت هذه المادة بعض المنوعات كالهاتف النقال وخاصة أثناء الاجتماعات التقنية والتنقلات في الملعب مع احترام كل تعليمات المدرب.

المادة العاشرة: وتناولت هذه المادة التفاصيل الخاصة باللاعب العامل الحساب البنكي، وذلك لتسهيل الاتصال باللاعب من طرف النادي لا بد أن يكون في حوزته وسائل الاتصال المعاصرة من الهاتف الخطر الأرضي، عنوان البريد الإلكتروني، العنوان المنزلي، ولا بد من الإخطار في حالة تغيير أي تفاصيل من هذه العناوين في مدة 24 ساعة وتقديم ذلك للشركة الرياضية.

المادة الحادي عشر: وتم الكلام في هذه المادة على واجب التمثل من طرف اللاعب المتعاقد مع النادي الرياضي في جميع الجلسات التي يدعى لها النادي الذي ينتسب إليه، وكذلك يمنع من كل عقد مع رعاة يتنافسون مع ناديه، ويتعهد بعدم قبول أي عقد إشهار دون موافقة خطية من طرف الشركة الرياضية.

المادة الثانية عشر: وحددت هذه المادة المراقبة الطبية والرياضية في حالة الإصابة وما يلزم اللاعب في هذه الحالة من التبليغ عن الحالة الصحية ويقدم التقرير الطبي للشركة في غضون 24 ساعة، وفي حالة الشفاء لا بد من تقديم شهادة طبية تثبت قدرته على مواصلة أنشطته الرياضية، وفي حالة الغياب غير الناجم عن الممارسة الرياضية التعاقدية من طرف الشركة فإنه يعاقب ماليا وفقا للمقاييس المحددة في العقد، وفي حالة عدم إعادة المعدات الطبية الخاصة بالنادي سواء في حالة الضياع أو عدم ردها تعمدا، فإن اللاعب يعاقب بالخضوع المالي من الراتب الشهري أو المكافآت التي تعطى له.

المادة الثالثة عشرة: وفي هذه المادة حدد فيها النظام الغذائي ونمط الحياة، فلا بد من التقيد بالنمط الغذائي المحدد من طرف الطاقم الطبي والفني التابع للنادي الرياضي في جميع مراحل تعاقد مع الشركة الرياضية.

المادة الرابع عشر: وبين في هذه المادة التزام اللاعب بالمنتجات التي حددها له الطبيب الخاص بالنادي الرياضي المنتسب إليه، مع الخضوع التام لضوابط اللجنة الطبية الخاصة بمكافحة المنشطات التابعة لFAF، والخضوع لضوابط المنشطات الخاصة بشركة الرياضة ذات أسهم نجم

مقرة، والابتعاد عن المنشطات المحضرة في القائمة المرفقة بهذا المستند.

المادة الخامسة عشر: وهذا المادة نصت على الأنشطة البدنية والرياضية غير المصرح بها، ويمنع اللاعب من أي انخراط رسمي في التمارين الرياضية أو البدني أو المباريات بخلاف ما تنص عليه الاحكام التعاقدية الملزمة ولا يكون ذلك إلا بموافقة خطية من النادي أو الشركة الرياضية.

المادة السادسة عشر: وبين في هذه المادة الاختبارات التجريبية للمنتخب الوطني، فلا بد أن يلتزم اللاعب بالاستجابة لدعوات المنتخب الوطني للمشاركة للتجمعات والمنافسات وفقا لأحكام الاتحاد الجزائري لكرة القدم.

المادة السابعة عشر: وتناولت هذه المادة إلزامية وجود جواز السفر من أجل تسهيل الخروج إلى خارج البلد وأن يكون ساري المفعول في كل الأوقات.

المادة الثامنة عشر: وفي هذه المادة بين سلم العقوبات التي يتعرض لها اللاعب عند عدم الوفاء بالتزامه، وهذه العقوبات مالية وتأديبية وهذه المادة هي المقصودة في بحثنا وهي التي ذكر فيها العقوبات المالية والشروط الجزائية التي لا بد من تبين حكم هذه الشروط الجزائية في هذه العقود الرياضية.

المادة التاسعة عشر: وفي هذه المادة ذكر الإقامة والاطعام الخاص باللاعبين، حيث تتكلف الشركة الرياضية بتوفير المبيت والإطعام أثناء التدريبات والمنافسات في داخل الوطن وخارجه.

المادة العشرون: وذكر في هذه المادة علاوات المباريات والمنصة البوديوم وفق مقاييس محددة في كل نادي.

المادة الواحد والعشرون: وذكر في هذه المادة العقوبات المالية والتي تكون عبارة عن استقطاعات من الرواتب في حالة خسارة الفريق داخل الديار أو التعادل داخلها، وفي حالة نزول الفريق إلى أقسام دنيا فإن عملية الخصم تكون ما قيمته من شهر إلى ثلاثة أشهر كاملة من راتب اللاعب السنوي.

المادة الثاني والعشرون: في هذه المادة على مردود اللاعب في حالة عدم كفايته، ففي هذه الحالة يحق للطاقم التقني حق مراجعة البند المالي الذي يربط اللاعب بالشركة، وبالمقابل في حالة فشل الأهداف المسطرة من بداية الموسم، فإنه يحق للطاقم التقني البتر من الراتب الشهري للاعب ولا يتعدى ذلك 2 إلى 3 أشهر.

المادة الثالث والعشرون: وتطرت هذه المادة إلى الحوادث والردود غير المتوقعة والتي يتم ذكرها في هذا القانون الداخلي والتي تعتبر بدورها في الشركة ذات أسهم لنجم مقرة، فإنها تترك للجنة التأديبية.

المادة الرابع والعشرون: وتضمنت هذه المادة بداية دخول القانون الداخلي حيز التنفيذ مع إمضاء الطرفين واعتبار هذا القانون جزءا لا يتجزأ من العقد.

الفرع الثاني: حكم الشرط الجزائي في عقود الرياضة.

لقد ذهب الكثير من العلماء إلى تكييف عقود الرياضة على أنها عقود عمل عادية تحكمها نفس القوانين التي يخضع لها العامل في باقي القطاعات وإن اختلفت عنها في بعض الخصائص إلا أنها في الغالب الاعم تندرج تحت القواعد العامة للقوانين المنظمة للعمل في القانون الجزائري، وقد تضمنت هذه العقود الرياضية شروطا جزائية كما هو الحال في النموذج الذي بين أيدينا وهو محل الدراسة، وهذا العقد تضمن بعض مواد ونصت على الشرط الجزائي وهو الخصم المالي من الأجرة للاعب أو الرياضي المتعاقد مع الشركة أو النادي ومن هذه المواد التي ذكر فيها الشرط الجزائي المادة الثامنة عشر (18) من العقد الرياضي حيث جاء فيه سلم من العقوبات المالية والمتمثل في الخصم من الراتب في حالة مخالفة ما جاء في العقد المتفق عليه بين النادي أو الشركة الرياضية واللاعب ويتم الخصم يوم أو أكثر أو نسبة 10% أو 50% أو 4% أو شهر إلى شهرين، وهذه كلها عقوبات مالية وهي في حقيقتها شروط جزائية منصوص عليها في العقد بين الطرفين وقد كيف الكثير من العلماء عقود الرياضة على أنها عقود عمل فما هو حكم الشرط الجزائي في هذه العقود، وإجابة عن هذه المسألة لا بد من التذكير بأن الشرط الجزائي الغير متعلق بالديون قسمه العلماء إلى ثلاثة أقسام، وهذا النوع من العقود الرياضية يندرج تحت أحد هذه الأقسام الثلاث التي وضعها العلماء رحمهم الله تعالى، وهذا ما بينه عثمان شبير وغيره من الباحثين في المعاملات المالية المعاصرة عند حديثه عن أنواع الشرط الجزائي وصوره حيث ذكر الصورة الثانية وهي الشرط الجزائي المقترن بعقد العمل، والذي يتضمن خصم مبلغ معين من النقود من أجرة العامل إذا أخل بالتزاماته المختلفة سواء كان خصم يوم أو يومين أو الخصم بالنسبة المثوية، فكل ذلك داخل في الشرط الجزائي الجائز الذي هو من مصلحة العقد؛ ما لم يخالف مقتضى العقد أو يؤثر في

فساده ولا يدخل في باب الربا المحرم بإجماع العلماء⁽¹⁾.

فالشرط الجزائي الذي تضمنه عقد الرياضة صحيح غير فاسد ولا مفسد للعقد يجوز اشتراطه في أوله أو في آخره؛ لأنه متعلق بتنفيذ العمل وليس معلقا بالديون الثابتة في الذمة، وقد ذكرنا سابقا أن العقود على قسمين⁽²⁾ :

القسم الأول: ما يترتب عليه زيادة في الدين الذي في ذمة المدين بسبب تأخيره في الوفاء بالدين، فهذا فصلنا فيه وقلنا بعدم جوازه؛ لأنه من ربا الديون.

القسم الثاني: ما لا يترتب عليه زيادة في الدين على المدين، كالشروط الجزائية المقررة لعدم تنفيذ الأعمال أو تأخيرها، مثل التأخير في عقود المقاوله، وتأخير التسليم في عقود التوريد، وتأخير العامل فيما أسند إليه من عمل.

ويترتب على الشرط الجزائي من هذا النوع، الخصم من العوض المقرر للصانع أو المورد أو العامل، فهذا النوع جائز بناء على الأصل الشرعي، هو أن الأصل في الشروط الصحة واللزوم، ولا يترتب عليه محذور شرعي، والأخذ بهذا الشرط ليس بإطلاق بل مقيد بشرطين هما³:

- أن يكون بقدر مناسب، فإن كان متفاحشا وكثيرا، بحيث يعرف أن المراد منه التهديد وليس التعويض، فهذا لا يجب الوفاء به، بل يقدر بقدر الضرر الحاصل، ويرجع في ذلك إلى اهل الخبرة.

- أن يكون إخلال المتعهد لغير عذر، أما إن كان لعذر، فلا يلزم بالتعويض.

وبناء على ما سبق فالشروط الجزائية التي جاء ذكرها في عقود الرياضة فهي جائزة وداخلة في القسم الثاني الذي ذكرناه، فالخصم من أجرة اللاعب الذي يعتبر عقده عامل تنطبق عليه الأحكام التي ذكرت والتفصيل الذي مر معنا.

(1) محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من النثر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 859.

(2) يوسف الشيبلي، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، ج1، المرجع السابق، ص: 131، 132.

(3) - المرجع نفسه، ص: 129، 131.

المطلب الثاني: الشرط الجزائي في الصفقات العمومية الجزائرية.

وفي هذا المطلب نختار مثال للصفقات العمومية من خلال العرض التقني ودفتر الشروط المتحصل عليه من بلديتنا بلعابية ويكون تركيزنا على الفصل الأول وهو الخاص بالأحكام التعاقدية العامة والتعليمات الخاصة، ونقتصر في هذا العرض على المواد التي ذكر فيها الشرط الجزائي الذي هو محل الدراسة، ويكون عرض هذه المواد وتسرد كما يلي:

الفرع الأول العرض التفصيلي لعقد الصفقات العمومية.

وفي هذا الفرع نحاول عرض تفصيلي لنموذج الخاص بعقد الصفقات العمومية وهو كالتالي¹:

ففي المادة الأولى عرف فيها الأطراف المتعاقدة وفق ما جاء في المرسوم الرئاسي رقم 15-217 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436هـ الموافق ل 16 سبتمبر 2015م المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أبرمت هذا الصفقة بين السيد المجلس الشعبي البلدي لبلدية بلعابية، والسيد صاحب الصفقة.

وفي المادة الثانية بين فيه موضوع الصفقة التي أبرم العقد من أجلها.

وفي المادة الثالثة من هذا العقد: بين فيها كيفية العقد والقانون الذي يحكم هذه الصفقة طبقا للمرسوم الرئاسي: 15-247 ذو الحجة 1436هـ- الموافق ل 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

وفي المادة الرابعة بين فيه الزمن الذي تدخل فيه الصفقة حيز التنفيذ، ولا يكون ذلك إلا بموافقة المجلس الشعبي البلدي والمتعاقدين والالتزام بها عند المراقب المالي.

وفي المادة الخامسة وفي هذه المادة يذكر فيها محتوى الأشغال المعرفة في دفتر الشروط والخاصة بمخططات المشروع.

وفي المادة السادسة ذكر آجال إنجاز المشروع بالأرقام والحروف والحصص وقد يكون مقسما إلى شطرين ويبدأ إنجاز وانطلاق المشروع يكون عند التبليغ بالأمر بالخدمة.

(1)- دفتر الشروط، الفصل الأول، توضيحات وتعليمات للمتعاقدين، ص: 9 الى 28.

وفي المادة السابعة من هذا العقد بين فيها المبلغ الخاص بالصفقة ويكون على دفعتين ويكون بالأرقام والأحرف.

وفي المادة الثامنة من هذا العقد من دفتر الشروط بين فيها وذكر البنك محل الوفاء الذي تبرئ المصلحة المتعاقدة ذمتها من المبالغ المستحقة لهذه الصفقة.

وأما في المادة التاسعة فذكر فيها الرهن الحيازي وما يخصه من الأحكام المذكورة في قانون المادة 80 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المؤرخ في 8 شوال 1442 الموافق ل 20 مايو سنة 2021 يتضمن الموافقة على البنود الإدارية العامة والخاصة بالنظام المتعلق بالرهن.

المادة العاشرة وحدد في هذه المادة الوثائق المكونة للصفقة العمومية للأشغال من التصريح بالترشح، دفتر التعليمات ملاحق التزامات التعهد، جدول الأسعار تفصيل كمي وتقديري.

المادة الحادية عشر وفيه ذكر أن الأولوية للوثائق ذات القيمة التعاقدية ويتم الترجيح بينهما كما هو موضح في هذه المادة.

المادة الثانية عشر وفيها بين الوثائق المطلوبة التي تلي إبرام الصفقة.

المادة الثالثة عشر وذكر في هذه المادة الشروط المتفق عليها للتسديد ويكون علة وفق سلم شهري كما هو مبين في هذا العقد.

المادة الرابعة عشر وذكر في هذه المادة آجال الاثبات.

المادة الخامسة عشر وبين فيها كيفيات تسوية الحسابات.

المادة السادسة عشر وذكر فيها كيفيات المتعلقة باللوائح واللوائح الخاصة بالأشغال.

المادة السابعة عشر وذكر فيها كيفيات المتعلقة بوضعيات الأشغال.

المادة الثامنة عشر وبين فيها كيفيات المتعلقة بكشوفات الأشغال.

المادة التاسعة عشر وذكر فيها كيفيات المتعلقة بالحسابات المؤقتة والحسابات الشهرية.

المادة العشرون وذكر فيها كيفيات المتعلقة بالحساب السنوي الأشغال المؤسسة.

المادة الواحد والعشرون وذكر فيها كيفيات المتعلقة بكشف الحساب النهائي والحساب الجزئي والنهائي.

المادة الثاني والعشرون وبين فيها كيفية صرف الدفوعات طبقا للمادة 122 من المرسوم الرئاسي 15-247 والذي يقتضي تنظيم دفعات الصفقات عند استلام وضعية الاشغال في مدة لا تتجاوز 30 يوما.

المادة الثالث والعشرون: وهذه المادة من المواد المقصودة في هذه الدراسة أعني الشرط الجزائي ونصت صراحة على فوائد التأخير طبقا للمادة 122 من المرسوم الرئاسي 15-247، وهو الذي يخول للمتعاقد الحق في الفوائد في حالة عدم صرف الدفوعات في الوقت المحدد ودون أي إجراء قانوني.

المادة الرابعة والعشرون: وذكر فيها كفالة حسن التنفيذ.

المادة الخامسة والعشرون: وذكر فيها كفالة الضمان.

المادة السادسة والعشرون: وذكر فيها استرجاع كفالة حسن التنفيذ.

المادة السابعة والعشرون: وذكر في هذه المادة أسعار الصفقة المتعاقد عليها وهي أسعار ثابتة غير قابلة للمراجعة.

المادة الثامنة والعشرون: وذكر فيها النصوص القانونية والمراجع الطبقة على هذه الصفقة المتعاقد عليها وهي مجموعة من المراسيم الرئاسية والقوانين المنظمة والمحددة للحقوق والواجبات.

المادة التاسعة والعشرون: وذكر فيها خدمات الاشغال الإضافية.

المادة الثلاثون: وذكر فيها خدمات الأشغال التكميلية.

المادة الواحدة والثلاثون: وذكر فيها نفقات الأشغال التكميلية.

المادة الثانية والثلاثون: وذكر فيها دفع نفقات الأشغال الإضافية.

المادة الثالث والثلاثون: وهذه المادة ذكر فيها الملحق وهو في حالة تغيير المواد الخاصة بالصفقة أو مدة الإنجاز أو أشغال إضافية أو تكميلية فإنه يتم في هذه الحالة إعداد الملحق حسب شروط المواد.

المادة الرابع والثلاثون: وذكر في هذه المادة التسبيقات ومعنى ذلك أن الصفقة لا تحتوي على أي تسبيقات جزافية أو على التموين.

المادة الخامسة والثلاثون: وذكر في هذه المادة المناولة، حيث يحق للمتعاقل المتعاقد أن يمنح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة على أن لا يتجاوز 40% من المبلغ الإجمالي للصفقة بعد إذن وموافقة الجهة المتعاقد معها.

المادة السادسة والثلاثون: وذكر فيها محل الإقامة بحيث يتعين على المقاول أن يختار محل إقامة قريبة من الورشة أين يتم إنجاز الأشغال.

المادة السابعة والثلاثون: وذكر فيها القوة القاهرة حيث ضمنت هذه المادة أنه في حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير ويترتب على حالة الإعفاء من هذه العقوبة تحرير شهادة إدارية.

المادة الثامنة والثلاثون: وفي هذه المادة ذكر العقوبات المالية طبقا لما جاء في المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في ذي الحجة عام 1436هـ الموافق ل16 سبتمبر سنة 2015م المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يمكن تطبيق عقوبات التأخير في حالة ما إذا لم تنته الأشغال موضوع الصفقة في آجالها المحددة، فإن المتعاقل المتعاقد سيتعرض لغرامة مالية يومية، بما فيها أيام الجمعة والأعياد، ويقدر مبلغها بنسبة يومية لعدد أيام مدة التأخير. تطبق هذه الغرامة ابتداء من اليوم المحدد في رزنامة الإنجاز المعتمدة سابقا كآخر أجل انتهاء الأشغال.

إن المبلغ الإجمالي لهذه الغرامات لا يتعدى حدود العشرة في المائة 10% من مبلغ الصفقة وهذا مع الأخذ في الحسبان البنود والشروط العامة، وإذا وصلت المبالغ الإجمالية للغرامات ذلك الحد فعليا فإن الصفقة عندئذ تفسح تلقائيا وعلى عاتق المتعاقل المتعاقد وحده.

وفضلا عن تلك الغرامات اليومية، فإذا كان التأخير في إنجاز موضوع الصفقة قد تسبب في أضرار بمصالح وأعمال المصلحة المتعاقدة، فإن المتعاقل المتعاقد معرض أيضا إلى المطالبة بالتعويضات والفوائد عن طريق التابعة القضائية، وهذه المادة هي المقصودة بالبحث وتبين حكم هذه الشروط الموجودة في العقد الخاص بالصفقات.

المادة التاسعة والثلاثون: وهذه المادة بين فيها التسوية الودية للنزاعات الموجودة في الصفقة.

المادة الأربعون: وبين فيها الإجراءات الردعية وكيفية إجراء الفسخ.

المادة الواحدة والأربعون: وذكر فيها الاستلام الموقت وذلك عندما تتأكد المصالح المتعاقدة مع المقاول بأن تنفيذ الخدمات مطابق للأحكام الموافقة للصفقة المتفق عليها وهو يعتبر إجراء قانوني أولي.

المادة الثاني والأربعون: وفي هذه المادة ذكر كيفية التسليم النهائي للصفقة.

المدة الثالث والأربعون: وتضمنت هذه المادة حزمة الوثائق المطلوبة والخاصة بما بعد التنفيذ.

المادة الرابع والأربعون: ضمانات ما بعد التعاقد.

المادة الخامس والأربعون: وذكر فيها الالتزامات المرتبطة بالضمان الذي يغطي مدة الضمان.

المادة السادس والأربعون: وذكر فيها تسديد الضمان الذي يغطي مدة الضمان.

المادة السابع والأربعون: وذكر فيها الضمان العشري.

المادة الثامن والأربعون: تضمنت حقوق وطابع التسجيل.

المادة التاسع والأربعون: نصوص عامة مطابقة للتطبيق.

المادة الخمسون: وذكر فيها شروط العمل التي تتضمن احترام تشريع العمل وكل ذلك طبقا لمواد منظمة وتضبط عمل المتعاقد على الصفقة.

المادة الواحد الخمسون: وذكر في هذه المادة وجوب التأمين على المتعامل المتعاقد الذي أسندت له الأشغال.

المادة الثاني والخمسون: وفي هذه المادة ضمن الالتزام بالسرية وعدم إفشاء الأسرار المهنية.

فهذا عرض للمواد التي جاءت في العقد الخاص بالصفقات العمومية، وهي من النماذج والعقود المختارة في الدراسة.

الفرع الثاني: حكم الشرط الجزائي في عقود الصفقات العمومية.

لقد تضمن النموذج الذي ذكر للصفقات العمومية شروط جزائية، وهو ما جاء صريحا وواضحا في المادتين 23 و 38 فقد نصنا على الغرامات التأخيرية والشرط الجزائي في حالة عدم تنفيذ إحدى الأطراف بالتزامه، وهذا الشرط الجزائي ليس في مقابل الدين لذلك ذهب معظم العلماء المعاصرين إلى

التفريق بينه وبين ما إذا كان الالتزام ديناً، فهذا غير جائز عند معظمهم بخلاف الالتزام الذي هو مقابل تنفيذ الأعمال، فهو شرط جائز والعقد الذي ذكر فيه عقد صحيح وهذا الرأي هو الذي تبنته معظم الجامع الفقهية واللجان العلمية والمعايير الشرعية وهو قول مفتى به عند كثير من العلماء المعاصرين الذين لهم باع وجهود مشكورة في دراسة النوازل المعاصرة والمستجدات الحديثة ومن هذه القرارات والفتاوى المؤيدة لهذا الرأي ما يلي⁽¹⁾:

جاء في قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم: 12/3 في البند الرابع يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً؛ فإن هذا من الربا الصريح. وبناء على هذا، يجوز هذا الشرط-مثلاً- في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه⁽²⁾. وبناء على ما جاء في قرار المجمع الفقهي فإن ما جاء في المادة 38 من قانون عقد الصفقات الجزائي وفي هذه المادة ذكر العقوبات المالية طبقاً لما جاء في المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في ذي الحجة عام 1436هـ الموافق لـ 16 سبتمبر سنة 2015م المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يمكن تطبيق عقوبات التأخير في حالة ما إذا لم تنته الأشغال موضوع الصفقة في آجالها المحددة، فإن المتعامل المتعاقد سيتعرض لغرامة مالية يومية، بما فيها أيام الجمعة والأعياد، ويقدر مبلغها بنسبة يومية لعدد أيام مدة التأخير.

تطبق هذه الغرامة ابتداء من اليوم المحدد في رزمة الإنجاز المعتمدة سابقاً كآخر أجل انتهاء الأشغال. إن المبلغ الإجمالي لهذه الغرامات لا يتعدى حدود العشرة في المائة 10% من مبلغ الصفقة وهذا مع الأخذ في الحسبان البنود والشروط العامة، وإذا وصلت المبالغ الإجمالية للغرامات ذلك الحد فعلياً فإن الصفقة عندئذ تفسخ تلقائياً وعلى عاتق المتعامل المتعاقد وحده.

⁽¹⁾- دفتر الشروط، الفصل الأول، المادة رقم: 23، 38، ص: 22، 24، ويوسف الشليل، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، ج 1، ص: 129، 130، المعايير الشرعية، المرجع السابق، ص: 95.

⁽²⁾- أحمد علي السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 400، 401.

وفضلا عن تلك الغرامات اليومية فإذا كان التأخير في إنجاز موضوع الصفقة قد تسبب في أضرار بمصالح وأعمال المصلحة المتعاقدة، فإن المتعامل المتعاقد معرض أيضا إلى المطالبة بالتعويضات والفوائد عن طريق المتابعة القضائية

فهذا الاشتراط الذي جاء ذكره في دفتر الشروط المتحصل عليه من البلدية جائز، ويجب الالتزام به؛ لأنه شرط صحيح غير مخالف للعقد ولا لمقتضاه الأصلي، ولأن الأصل في العقود الحل والإباحة والجواز كما هو مقرر عند العلماء فيجب الوفاء بهذا الشرط عندهم، ومادام أن هذا العقد استثنى منه حالة الظروف القاهرة فلا تخضع للغرامات التأخيرية والشروط الجزائية، وهو في هذه الحالة أعني محل الالتزام متعلق بعمل من الاعمال وليس مبلغا من المال فالشبهة الربوية منتفية فلا تؤثر على الصيغة التعاقدية⁽¹⁾.

ولقد نص في المعايير الشرعية للمحاسبة المالية على جواز النص على الشرط الجزائي في عقود المقاولات والاستصناع وكل عقد لا يكون فيه الالتزام دينا حيث جاء في المعيار الثالث ما يلي:

يجوز النص على الشرط الجزائي في عقود المقاولات وعقود الاستصناع وعقود التوريد، وفي حال الماطلة عن أداء مبلغ الشرط الجزائي تطبق أحكام المدين المماطل ذات الصلة بالمقاول أو المتعهد، ويجوز حسم المبلغ من استحقاقات المقاول⁽²⁾.

ومن العلماء المعاصرين المؤيدين لجواز الشرط الجزائي في العقود التي يكون محل الالتزام فيها عدم تنفيذ عمل من الاعمال أو التأخر في تنفيذه وإنجازه كما هو الحال لعقود الصفقات أو المقاولات المعاصرة فهي تتعلق بتأخير السلع أو الأعمال عن موعدها المحدد، أي هي متعلقة بالإيجارات والبيوع لا القروض ومن هؤلاء الذين صرحوا الدكتور محمد عبد الكريم أحمد إرشيد⁽³⁾ في كتابه الشامل في المعاملات المالية، وإن كان قد ميز بين التخلف والتأخير فأجازه في الأول ومنع في الثاني، وهو نفس القول الذي رجحه الدكتور رفيق المصري -رحمه الله- حيث صرح في كتابه مناقصات العقود الإدارية: «يجوز للإدارة فرض غرامات تخلف على المقاولين والموردين إذا تخلفوا عن تنفيذ التزاماتهم بدون عذر مقبول»⁽⁴⁾.

(1)- المعايير الشرعية، المرجع السابق، ص: 95.

(2)- المرجع نفسه، ص: 95.

(3)- محمود عبد الكريم أحمد إرشيد، الشامل في معاملات عمليات المصارف الإسلامية، دار النفائس عمان، الأردن، الطبعة الثانية 1427هـ-2007م، ص: 384.

(4)- رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 74، 75.

لكن فرق الدكتور رفيق يونس المصري في هذه المسألة بين التخلف والتأخير وميز بينهم فأجاز الأول وألحق الثاني بربا النسبئة المحرم حيث قال: لا يجوز للإدارة فرض غرامات تأخير على الموردين والمقاولين إذا تأخروا في تنفيذ التزاماتهم؛ لأن غرامات التأخير في التوريد والمقاوله تشبه فوائد التأخير في القروض الربوية⁽¹⁾.

وأصحاب هذا القول يعتبرون من القائلين بالتفصيل في مسألة الشرط الجزائي في عقود المناقصات والمقاوله والصفقات وغيرها كما ذكرنا.

ومنهم من أجازها مطلقا في غير الديون مثل وهبة الزحيلي -رحمه الله- حيث صرح بتحريمه في المدائيات التي يكون الالتزام فيها دينا وجوزه وقال بمشروعيته في غيرها من العقود حيث قال عند كلامه على الشرط الجزائي: «وهو مشروع فقط في مجال فقط في مجال المقاولات وعقود الاستصناع وإجارة الاعمال ونحوها»⁽²⁾.

ومما يجدر التنبيه عليه في هذه المسألة أن محمد بن سعد اليميني ذهب إلى القول بعدم جواز هذا النوع من الشرط الجزائي وألحقه بالعقود الربوية والشروط الفاسدة المفسدة للعقد حتى وإن كان الالتزام في غير الديون كالصفقات والأعمال والتوريد وغيرها من العقود⁽³⁾، وبهذا يكون قد خالف جمهور العلماء المعاصرين والهيئات الشرعية والمجامع الفقهية والمعايير للمحاسبة المالية القائلين بجواز الشرط الجزائي في غير الديون كما هو العقد الذي بين أيدينا وهو محل الدراسة.

فالقول بجواز هذا النوع من الشروط هو الراجح عند الباحث وهو الذي رجحه عثمان شبير ونسبه إلى غالبية العلماء حيث قال: (إذا كان محل الالتزام عملا من الاعمال واتفق طرفا العقد على شرط جزائي: مثل ما إذا أخل المقاول بالتزامه دفع للطرف الآخر مبلغا معيناً من المال، فإن هذا الشرط جائز في وجه من عند بعض الفقهاء، وقد أفتى بجوازه كثير من العلماء والهيئات ولجان الفتوى: مثل إدارة البحوث والافتاء في المملكة العربية السعودية، دار الإفتاء المصرية، والهيئة الشرعية في بيت التمويل

⁽¹⁾ رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص: 74، ينظر 75.

⁽²⁾ وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 179.

⁽³⁾ محمد بن عبد العزيز بن سعد الدين اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 323.

الكويتي، وزكي الدين شعبان⁽¹⁾.

وهذا هو الراجح والصحيح، وعليه يكون الشرط الجزائي المذكور في المادة 28 من قانون الصفقات شرطا صحيحا يجب الوفاء؛ لأنه غير مخالف لمقتضى العقد ومؤثر فيه⁽²⁾.

وأما بالنسبة لحكم الشرط الجزائي المذكور في المادة 23 الذي جاء ذكره في دفتر الشروط الخاص بالصفقات العمومية، وهي تشترط على رب العمل أو المؤسسة العامة في حالة عدم تسديد مستحقات المقاول له وتنفيذ التزامها في الوقت المحدد فإنه يترتب عليها غرامات تأخيرية وشروط جزائية عن كل يوم أو شهر أو أسبوع والشرط المنصوص عليه في هذه المادة هو شرط ربويا؛ لأنه متعلق بالديون وسواء كان ذلك من قبل الفرد أو الجماعة أو مؤسسة عمومية، فهو شرط جزائي فاسد مفسد للعقد فلا يجب الوفاء به لأنه صريح الربا الجاهلي إما أن تقضي وإما أن تربي⁽³⁾.

وهذا العنصر في عقد الصفقات لم يشير إليه الكثير من الباحثين السابقين الذين تناولوا الشرط الجزائي بالبحث فنبهنا عليه؛ لأنهم تطرقوا إلى الربا الذي يكون بين المقاول والدولة أي نظروا للجهة التي هي محل قوة واذعان دون النظر إلى حالة التأخر التي تكون عكسية حيث تكون الدولة أو المؤسسة هي المتأخرة في تنفيذ الالتزام وهي الديون المترتبة عليها، وهذا لا شك يدخل في ربا الديون المحرم وراا النسبئة الذي عقد الإجماع على منعه دون النظر إلى الجهة سواء كانت جماعة أو أفرادا أو جماعة فالعبرة بوجود الربا أو شبهته.

⁽¹⁾ محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 2 ص: 859، ومحمد بن

عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 323.

⁽²⁾ -المعايير الشرعية، المرجع السابق، ص: 95، ويوسف الشليل، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، ج 1، ص: 129، 130.

⁽³⁾ محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 323.

المطلب الثالث: الشرط الجزائي في عقود البناء والتعمير.

وفي هذا المطلب نتكلم على نموذج من العقود الخاصة بالبناء والتعمير في الجزائر من خلال القانون المنظم لهذه العملية ويكون توضيح ذلك كالتالي⁽¹⁾:

الفرع الأول: العرض التفصيلي لعقد البناء والتعمير.

ومن العقود التي تضمنت الشرط الجزائي عقود البناء والتعمير من رخص البناءات وتسويتها وإتمامها وإنجازها في الوقت المحدد فيعاقب بغرامات لعدم تنفيذ التزامه، ومن ذلك ما جاء في المادة 78 حيث نصت على أنه يعاقب بغرامة مالية من خمسين ألف دينار جزائري 50,000 دج إلى مائة ألف دينار 100,000 جزائري كل من لا ينجز البناية في الأجل المحدد.

وجاء في المادة 80 من نفس القانون أنه يتعرض المالك أو صاحب المشروع الذي لم يتم أشغال الإنجاز في الأجل المحدد في رخصة إتمام الإنجاز إلى تسديد غرامة من عشرين ألف دينار 20,000 دج إلى خمسين ألف 50,000 دينار جزائري.

ونص في المادة 81 من القانون نفسه على أنه يعاقب بغرامة مالية من خمسة آلاف دينار 5,000 دج إلى عشرين ألف دينار جزائري 20,000 كل من يقوم بتحقيق مطابقة البناية في الاجل المحدد.

فهذه مجموعة من المواد المنظمة التي نص فيها على الشرط الجزائي في حالة التأخر في تنفيذ الالتزام المطلوب فما هو حكم الشرط الجزائي في هذه العقود؟.

الفرع الثاني: حكم الشرط الجزائي في عقود البناء والتعمير.

وحكم الشرط الجزائي الذي تضمنته هذه المواد والعقود هي شروط جزائية جائزة ويجب الوفاء بها وهي صحيحة غير مفسدة للعقد إذا ذكرت فيه وتضمنها؛ لأنها في مقابل التأخر في تنفيذ الالتزام المتعلق بالأعمال وليست شروطا جزائية متعلقة بالديون، وهو ما أقرته معظم المجامع الفقهية والهيئات

(1)- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، 3 أوت سنة 2008 م، ص: 28، 29.

الشرعية في العالم الإسلامي؛ لأنه غير مخالف لمقتضى العقد بل فيها مصلحة العقد بتنفيذ الالتزام في وقته المحدد⁽¹⁾.

وعليه فالشرط الجزائي الذي تضمنه عقد البناء والتعمير شروط جائزة وصحيحة ويجب الوفاء بها والمطالبة بها؛ لأن علة الربا غير موجودة في هذا العقد وهي التعلق بالديون فالحكم تابع لهذه العلة وجودا وعلما، وهو داخل في عقود المقاولات والاستصناعات⁽²⁾.

المطلب الرابع: الشرط الجزائي في عقد البيع.

وفي هذا المطلب نحاول عرض نموذج من العقود المعاصرة الخاصة بالسيارات التي تضمنت العقوبة الجزائية في حالة التأخر بالتصريح بالملكية ويكون عرض ذلك كالتالي⁽³⁾:

الفرع الأول: العرض التفصيلي لعقد التصريح بالملكية أو البيع.

ومن العقود التي تضمنت الشرط الجزائي والغرامات المالية في حالة التأخر في تنفيذ الالتزام ما جاء في النموذج الذي بين أيدينا وهو التصريح بالبيع في عقود السيارات حيث نص فيه على أنه يجب على المشتري التصريح بنقل ملكية مركبته خلال أجل شهر من تاريخ شطب بطاقة الترخيم طبقا للمادة 172 من المرسوم التنفيذي رقم 04-381 المؤرخ في 28/11/2004 في حالة تجاوز هذه المدة دون تحويل ملكية المركبة باسم المشتري يتعرض المشتري للغرامة المقدرة ب دج المنصوص عليها في المادة 66 (النقطة ب-) من القانون رقمك 17-05 المؤرخ في 16 فيفيري 2017.

الفرع الثاني: حكم الشرط الجزائي في عقد البيع.

لقد ذكرنا سابقا أن حكم الشرط الجزائي يختلف من عقد إلى آخر ومن حالة إلى أخرى، وذكرنا أنه يجوز أن يشترط في العقود التي لا يكون فيها الالتزام ديناً أو أمر من الأمور أو تنفيذ عمل من الأعمال، كما هو الحال بالنسبة لعدم التصريح بنقل الملكية أو التأخر في التصريح من طرف المشتري، فمحل الالتزام فيه ليس ديناً بل هو تنفيذ أمر من الأمور وهو التصريح بملكية المركبة والسيارة كما هو

(1)- محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 2 ص: 859.

(2)- المعايير الشرعية، المرجع السابق، ص: 105، والصادق الغرياني، قضايا فقهية ومالية معاصرة، المرجع السابق، ص: 298.

(3)- نموذج عقد تصريح بالبيع، باتنة، الجزائر، ينظر الملحقات.

في النموذج المدروس كل ذلك في أجل محدد ومدة معينة، فإذا خالف المشتري هذا الالتزام ولم يصرح في الوقت المحدد في العقد ترتب عليه شرط جزائي وغرامة أو عقوبة مالية جرّاء عدم التنفيذ في الوقت المتفق عليه وهذا شرط جائز يجب الوفاء به والعقد الذي ذكر فيه هذا الشرط الجزائي عقد صحيح وليس فاسدا مادام لم يخالف مقتضى العقد ولا أصله بل وضع هذا الشرط أساسا للتأكد من نقل الملكية وثباتها واستقراره في حوزة المشتري، وهذا الأمر تتشوف إليه الشريعة الإسلامية ومن مقاصدها العظيمة؛ لأنه من مصلحة العقد، ولأنه من الحوافز على إتمام العقد ونقل ملكيته للمشتري، وليس فيه ما يخالف القواعد الشرعية والضوابط الفقهية التي وضعها العلماء⁽¹⁾.

كما يلتزم في هذه المادة بسداد الأقساط المحددة في أجلها ووقتها أولا بأول، وفي حال تأخره فإنه يتعرض لغرامات التأخير التي تعتبر شرطا جزائيا، وعقوبة لتماطله في تسديد دينه وهذا لا شك أنه ربا محرم بص القرآن والسنة وإجماع الأمة الإسلامية، وهو ما جاء في المعايير الشرعية².

الفرع الثالث: عقد بيع العقار والسكنات على التصاميم.

يعتبر البيع على التصاميم من العقود المستحدثة في الواقع الجزائري، ومنذ ظهور هذا النوع من العقود ظهرت الكثير من التساؤلات التي يراد منها الوقوف على الحقيقة لهذا العقد ومعرفة الجهات المنظمة؛ لأنه يكتنفه الكثير من الغموض والضبابية، وأول ما استحدثت المشرع الجزائري عقد البيع على التصاميم كانت بدايته ونواته قانون رقم: 86-07 مؤرخ في 4 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية³، ثم المرسوم التشريعي رقم: 93-03⁴، وذلك من أجل التخفيف من أزمة السكن التي شكلت ضغطا كبيرا في البلاد فحاء هذا التشريع من باب السياسة الجزائرية التي يقصد منها معالجة مشكلة السكن في بلادنا، وهذا القانون أو التشريع وجدت فيه الكثير من النقائص والثغرات والخلل مما جعل المشرع الجزائري يعمل على اصدار مرسوم جديد يلغي به التشريع الأول المنظم لعقد البيع على التصاميم ويحل محله القانون رقم

(1) محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من النثر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 2 ص: 859.

(2) - المعايير الشرعية، المرجع السابق، ص: 101، 102، والصادق الغرياني، قضايا فقهية ومالية معاصرة، المرجع السابق، ص:

273، 274، وعبد الله المصلح وآخرون، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 304، 305.

(3) - قانون رقم 86-07، مؤرخ في 4 مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، جردد 10، صادر في 5 مارس 1986.

(4) - المرسوم التشريعي رقم 93-03، مؤرخ في أول مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، ج ر عدد 14، صادر في 3 مارس 1993.

04-11، الذي يعتبر أكثر شمولية و أحسن تنظيم وضبط لهذا العقد المعاصر⁽¹⁾، وقد تضمنت بعض مواد الشروط الجزائية التي تعتبر كضمان للحقوق للطرفين المرقي العقاري والمكتب فكلاهما يحمل الشرط الجزائي على تنفيذ التزامه في الوقت المحدد المتفق عليه، وعقد البيع على التصاميم من النماذج المختارة في دراستنا هذه، وقبل معرفة الحكم الشرعي للشرط الجزائي المنصوص عليه العقد، لابد من تعريف عقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي وتكييفه الفقهي ثم نعرض على حكم الشرط الجزائي الذي تضمنه عقد البيع على التصاميم وهو ما سنذكره في العناصر التالية:

أولاً: تعريف البيع على التصاميم.

لقد عرف البيع على التصاميم بعدة تعريفات في التشريعات المعاصرة، وعليه نقتصر على بعضها؛ لأن المقصود من هذه التعاريف هو تصور هذه المعاملة أو العقد لكي يسهل علينا الوصول إلى الحكم الشرعي والتكييف الفقهي؛ لأن التأصيل الشرعي لأي نازلة أو واقعة مستجدة، لابد أن تمر بالخطوات الثلاثية التصور ثم التحريج ثم التنزيل في المرحلة الأخير وأي خطأ في هذه الخطوات وعدم إحكامها يؤدي، ذلك إلى الاضطراب في الحكم، وسنقتصر في هذا العنصر على بعض التعريفات بدأ بما نص عليه المقتنن الجزائري، وبعض تعريفات العلماء والباحثين الذين لهم اهتمام بهذا النوع من البيوع دون إهمال ما جاء في الفقه الإسلامي ومن هذه التعريفات ما يلي:

أ-تعريف البيع على التصاميم في القانون التشريعي الجزائري.

لقد عرف المشرع الجزائري البيع على التصاميم بقوله: «عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتب موازاة مع تقدم الأشغال، وفي القابل، يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز»⁽²⁾.

⁽¹⁾-بسة إيمان، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم الإسلامية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية: 2008م-2009، ص: 3، 4.

⁽²⁾-المادة 28 من قانون رقم 04-11 مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر، العدد 14، ص: 8.

وهذا التعريف هو الذي جاء في المادة 28 من قانون رقم 11-04 مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011 يحدد القواعد التي تنظم الترقية العقارية، وفي هذا التشريع حاول المقنن الجزائري استدراك أو تدارك الكثير من النقائص التي كانت في التشريعات السابقة المنظمة للترقية العقارية، فبموجب هذا المرسوم التنظيمي ألغيت القوانين التي كانت قبله ومن بينها قانون رقم: 86-07 مؤرخ في 4 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية، وكذلك المرسوم التشريعي رقم: 93-03 مؤرخ في أول مارس 1993، وقد ألغي كلا القانونين بموجب المرسوم التشريعي سابق الذكر.

ولعل ما يميز القانون رقم 11-04 عن التشريعات السابقة هو أنه يهدف إلى تفعيل دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية المتبادلة في الترقية العقارية، الذي يعتبر من بين الآليات القانونية التي تضمن حق المكتتب في مشاريع عقد بيع العقار على التصاميم، وبالتالي يعتبر هذا العقد للمكتتب الوسيلة المثلى التي تمكنه من الحصول على وحدة سكنية في المستقبل دون أن يكون ملزما

بدفع ثمنها كاملا دفعة واحدة، أما بالنسبة للمرقي العقاري فيرى فيه الوسيلة الفعالة التي تمكنه من تمويل مشروعه عن طريق ما يحصل عليه من تسبيقات، أما بالنسبة للدولة فترى فيه الوسيلة لحل أزمة السكن⁽¹⁾.

وعرف البيع على التصاميم على أنه: «هو عقد رسمي يقع على عقار في طور الإنجاز، بشرط تقديم الضمانات التقنية والمالية الكافية من طرف المتعامل في الترقية العقارية بصفته البائع، الذي يلتزم بتشييد البناية في الأجل المتفق عليه، وتسليمها، وتسليمها للمستفيد بصفته المشتري بالمواصفات المتفق عليها والمطابقة لقواعد البناء والتعمير، وفي المقابل يلتزم المشتري بدفع التسبيقات والدفعات الجزأة على مراحل تقدم الإنجاز مخصوصة من ثمن البيع، وتحدد قيمتها وطريقة وآجال دفعها بالاتفاق»⁽²⁾.

وهذا التعريف لعقد البيع على التصاميم يعتبر من أجمع التعاريف المعاصرة التي اعتمد عليها الكثير من الباحثين في دراسة هذا العقد، وإن كان لم يشير إلى بعض العناصر التي تعتبر مهمة إلا أنه كاف لمن أراد أن يتصور هذا النوع من العقود والنماذج في البيوع المستجدة والمعاصرة للبيع على التصميم.

⁽¹⁾ -سقني سمير وحمليل نورة، عقد بيع العقار على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، المجلد 16، العدد 3، ص: 146.

⁽²⁾ -بسة إيمان، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، المرجع السابق، ص: 67.

ومن التعاريف المختصرة كذلك لبيع على التصاميم والمتضمن لمعظم عناصر البيع المشهورة هو أنه: عقد يلتزم بمقتضاه البائع والممثل في المرقى العقاري بنقل ملكية الأرض والبنائات مع تقدم الأشغال مقابل دفع الثمن من طرف المشتري المقتني أو المكتتب وذلك في آجال محددة⁽¹⁾.

ب- تعريف البيع على التصاميم في الفقه الإسلامي.

يعتبر عقد البيع على التصاميم من العقود المستحدثة في مختلف التشريعات القانونية المعاصرة، لذلك لا نجد له تعريف مماثلاً ومطابقاً له في الفقه الإسلامي، ولكن بالرجوع إلى كتب الفقهاء والباحثين والمفتيين المعاصرين نجدهم يعبرون عليه في حديث بعدة تسميات ومصطلحات، وإن لم تكن بنفس التسمية المعروفة في التقنيات المعاصرة ومن هذا الإطلاقات قولهم: تملك الشقق والطبقات، وبيع الدور والمنازل والبيوت السكنية على الخريطة، شراء الشقق على المخططات قبل البناء، بيع البيوت على المصورات، وغيرها من التسميات.

ولكي نقف على المعنى الحقيقي أو التعريف القريب لعقد البيع على التصاميم يلزمنا الوقوف على التخرج الفقهي الذي استقرت عليه بعض الجماع الفقهية والفتاوى المؤسساتية التي حملت على عاتقها التصدي للمستجدات والنوازل المعاصرة في العالم الإسلامي، وهو ما سنذكره في العنصر التالي:

ج- التخرج الفقهي لعقد البيع على التصاميم.

لقد ذهب الكثير من العلماء والباحثين المعاصرين والجماع الفقهية، وصدرت به معظم والأبحاث والاجتهادات المؤسساتية والفتاوى الفردية والجماعية إلى اعتبار عقد بيع البناء على التصاميم من قبل عقود الاستصناع؛ لأن البيع على الخريطة من تطبيقات الاستصناع، وهذا ما نص عليه قرار الجمع الفقهي المتعلق بالتمويل القاري لبناء المساكن وشرائها قبل بنائها وفق المخططات الهندسية المفصلة الذي يقضي بأن جلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410 الموافق 14-20 آذار (مارس) 1990م، بعد اطلاعه على

⁽¹⁾ - لعور ريم ربيعة، عقد البيع على التصاميم في القانون الجزائري والقانون الفرنسي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراة في العلوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، الجزائر السنة الجامعية: 2018-2019م، ص: 15.

البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها واستماعه للمناقشة التي دارت حوله قرر ما يلي⁽¹⁾:

أولاً: إن المسكن من الحاجات الأساسية للإنسان، وينبغي أن يفر بالطرق المشروعة بمال حلال، وإن الطريقة التي تسلكها البنوك العقارية والإسكانية ونحوها، من الإقراض بفائدة قلت أو كثرت، وهي طريقة محرمة شرعاً لما فيها من التعامل بالربا.

ثانياً: هناك طرق مشروعة يستغني بها عن الطريقة المحرمة، لتوفير المسكن بالتملك (فضلاً عن إمكانية توفيره بالإيجار)، منها:

ثالثاً: أن تملك المساكن عن طريق عقد الاستصناع-على أساس اعتباره لازماً-وبذلك يتم شراء المسكن قبل بنائه، بحسب الوصف الدقيق المزيل للجهالة المؤدية للنزاع، دون وجوب تعجيل جميع الثمن، بل يجوز تأجيله بأقساط يتفق عليها، مع مراعاة الشروط والأحوال المقررة لعقد الاستصناع لدى الفقهاء الذين ميزوه عن عقد السلم.

وهذا القول الذي صدر عن مجمع الفقه الإسلامي تبناه الكثير من العلماء المعاصرين، وفقهاء الشريعة الإسلامية من شتى المذاهب، وأجازوا هذه المعاملة البيع على التصاميم، وفي هذا يقول صادق الغرياني- حفظه الله- عند كلامه على القروض الإسكانية المعمول بها في ليبيا والتي يدفع عليها فائدة قدرها 2 % المصارف لتمويل الإسكاني، كمصرف الادخار في ليبيا، فإنه يأخذ 1 بالمائة مرة واحدة و1 بالمائة أخرى مركبة عن كل سنة مدة أجل القرض، وهوريا محرم، ويمكن استبدال ذلك بطريق مشروعة سهلة التطبيق، وتحقق له الأرباح التي يريدتها، وذلك بأن يتولى المصرف بيع الشقق أو مساكن على الخريطة، ويكون بالإعلان عن عزمه على إنشاء مشروع إسكاني مدرّس دراسة وافية، يبين فيه وصف الشقق وصفاً كاملاً يوضح كل ما يحتاج إليه الشاري من معلومات، كالموقع والمساحة، وعدد الأدوار، والغرف، والمنافع، والسعر، وموعد التسليم، ومقدار الأقساط الشهرية، وغير ذلك مما يحتاج إليه، وعلى الراغب في الشراء على الخريطة أن يدفع جزءاً مقدماً من الثمن، ثم يتولى المصرف بناء هذا المشروع الإسكاني للراغبين، حسب المواصفات والمواعيد التي تم الاتفاق عليها، وله أن يربح في بيع هذه الشقق

(1)-علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 732، 733.

بالتقسيط بدل 2% التي كان يأخذها سنويا على القرض، الربح الذي يناسبه، وهو بيع جائز مشروع، ولو كان عقدا على البناء قبل إنشائه؛ لأنه يدخل في عقود الاستصناع، التي يجوز التعاقد فيها على معدوم المضبوط بأوصافه وآجاله، وبكل ما يرفع عنه الجهالة، من معرفة الثمن والمثمن وعليه يكتفي بالتوثق من ماله برهن العين محل القرض أو عقار آخر يراه⁽¹⁾.

وهذا الذي ذكره صادق الغرياني يعتبر من البدائل التي لجأ إليها العلماء والفقهاء واعتبروها من المخارج الشرعية الموافقة لقواعد الشريعة الإسلامية، فيتخلص من الفوائد الربوية المحرمة وتصحح المعاملة للخروج من الشبهات المفسدة للعقود، وبناء على هذا القول فالبيع على التصاميم عقد جائز ويجوز التعامل به كما هو معمول به في القانون الجزائري؛ لأنه نوع من العقود الاستصناعية الجائزة⁽²⁾.

ومن العلماء المؤيدين لهذا الطرح، واعتبر عقد البيع على التصاميم نوع من أنواع الاستصناع وهبة الزحيلي -رحمه الله - حيث قال: وأصبح شراء البيوت السكنية على الخريطة بعد صدور الرخصة الرسمية من الحكومة معتمدا على عقود الاستصناع⁽³⁾.

وقد صرح حسام الدين بن موسى عفانة في إحدى فتاويه التي سئل فيها عن حكم شراء شقق على المخططات قبل البناء فأجاب بجواز هذا العقد فقال: وخلاصة الأمر أنه يجوز شراء الشقق والعمارات على المخططات الهندسية التفصيلية المبينة لكافة المواصفات، منعا للنزاع والخلاف مستقبلا، ويجب على البائع أن يسلم الشقة محل الاستصناع وفقا للشروط التي تم الاتفاق عليها⁽⁴⁾.

ومن الذين بينوا حكم البيع على التصاميم صاحب نوازل العقار حيث قسم هذا النوع من العقود إلى صورتين، أو حالتين وتكلم على حكم كل حالة منهما سواء كان البيع بعد إنشاء البناية وإكمالها أو قبل إنشائها، فصرح بجواز كلا الصورتين وألحق الصورة الثانية التي هي البيع على التصاميم بعقد

(1)-الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، قضايا فقهية ومالية معاصرة، المرجع السابق، ص: 298.

(2)-محمد بن إبراهيم الموسى، الفقه الميسر، ج10، المرجع السابق، ص: 32، وينظر: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المرجع نفسه، ص: 279.

(3)-وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 308.

(4)-حسام الدين بن موسى عفانة، يسألونك، أبوديس، بيت المقدس، فلسطين، ط1، 1430 هـ-2009م، ج14، ص: 207، 208.

الاستصناع وبين بأنه نوع من أنواعه وصورة من صورته الجائزة⁽¹⁾.

وزيادة على ما سبق يمكن أن نختم هذه المسألة بعد أن ذكرنا قرار المجمع الفقهي فيها، وعززنا ذلك ببعض الفتاوى الفردية للعلماء والباحثين في هذا الميدان النوازي والمعاملاتي العسير الذي يحتاج إلى عقول وأفلام تزيح عنه العتم وتنبط اللثام فيرفع اللبس الذي عكر الصورة الحقيقية لتكليفه وإحاقه بما يشابه من المسائل الفقهية، ولا شك أن القول بجواز البيع على التصاميم هو الأرجح والأرق في تعامل الناس وموافق لقواعد رفع الحرج والعنت الذي هو من صميم المقاصد الشرعية التي تتشوف إليها الشريعة الإسلامية في باب المعاملات، ويعضد ذلك الأصل العام في المعاملات الحل والاباحة، وإذا نظرنا إلى عقد البيع على التصاميم المعمول به في القانون الجزائري نجده تضمن لمعظم الأركان التي يقوم عليها عقد الاستصناع، وهي الصيغة والصانع وهو المالك والمستصنع وهو مشتري الشقة أو الطابق، المعقود عليه وهو الشقة أو الطابق⁽²⁾.

ج - حكم الشرط الجزائي في البيع على التصاميم.

لقد تضمن عقد البيع على التصاميم شرطا جزائيا كما جاء ذلك في المادة رقم: 43 من قانون رقم 11-04 مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، حيث نصت على أنه يؤدي كل تأخير يلاحظ في التسليم الفعلي للعقار موضوع عقد البيع على التصاميم، إلى عقوبات التأخير التي يتحملها المرقي، ويحدد مبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكذا كيفية دفعها عن طريق التنظيم⁽³⁾.

ولكي نصل إلى حكم الشرط الجزائي الذي تضمنه عقد البيع على التصاميم لا بد من النظر لهذا العقد من جهتين؛ لأن الحكم يختلف من جهة إلى أخرى، فالبائع له حكم -المرقي العقاري- والمشتري

(1) - أحمد بن عبد العزيز العميرة، نوازل العقار، (دراسة فقهية تأصيلية لأهم قضايا العقار المعاصرة)، دار الميمان، الرياض، السعودية، ط1، 1432هـ-2011م، ص: 181، 182.

(2) - رابح فغور، عقد البيع بناء على التصميم، المرجع السابق، ص: 53، 52.

(3) - المادة رقم: 43 من قانون رقم 11-04 مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر، العدد 14، ص: 9.

له -المكتب- له حكم، فلا نستطيع إطلاق الجواز من عدمه إلا بالنظر الشامل لكل العقد، وفيما يلي بيان حكم الشرط الجزائي من الجهتين⁽¹⁾:

الجهة الأولى: حكم الشرط الجزائي الواقع على البائع (المركبي العقاري) في عقد البيع على التصاميم.

وهذا الشرط يكون في حالة عدم تنفيذ البائع والمتمثل في المركبي العقاري لالتزاماته بتنفيذ الأعمال المتفق عليها أو التأخر في تسليمها في الوقت المحدد⁽²⁾.

وهذا شرط جائز ومعتبر عند الكثير من العلماء والباحثين، وهو ما قرر في المجامع الفقهية، والمعايير الشرعية ولجان الفتوى والهيئات الشرعية المعتمدة في العالم الإسلامي المعاصر، والتي هي المرجع في الفصل في النوازل والمستجدات الخاصة بالمعاملات المالية، ولعل من أبرزها قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في مؤتمره الثاني عشر، بالرياض رقم 109(12/3)، من 25 جمادى الآخرة 1421هـ، إلى غرة رجب 1421هـ - (23-28 سبتمبر 200م)، وجاء فيه ما يلي⁽³⁾:

-رابعاً: يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ماعدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً، فإن هذا من الربا الصريح، وبناء على هذا، فيجوز هذا الشرط، مثلاً، في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه.

وبناء على هذا القرار الصادر من المجمع الفقهي الإسلامي، فإنه يجوز أن يتضمن أو أن ينص على الشرط الجزائي في عقد البيع على التصاميم بالنسبة للمركبي العقاري؛ لأنه هو المقاول والصانع في هذه الحالة.

⁽¹⁾-نعيمي عبد الرحمان، البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد دراري، أدرار، الجزائر، السنة الجامعية، 2019-2020م، ص: 210.

⁽²⁾-المرجع نفسه، ص: 210.

⁽³⁾-علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 401، 400.

والقول بجواز هذا الشرط في عقد البيع التصاميم المعمول به في التشريع الجزائري هو الذي تبنته المعايير الشرعية؛ لأنها أدخلت فيه عقود الاستصناع والمقاولات وقد كييف وألحق عقد البيع على التصاميم بهذه الأنواع من العقود بل وتضمن لمعظم أحكامها، وهذا ما نص عليه في المعيار الشرعي رقم:3 بأنه: «يجوز النص على الشرط الجزائي في عقود المقاولات وعقود الاستصناع وعقود التوريد، وفي حال المماثلة عن أداء مبلغ الشرط الجزائي تطبق أحكام المدين المماثل ذات الصلة بالمقاول أو المتعهد، ويجوز حسم المبلغ من استحقاقات المقاول»⁽¹⁾.

ونستطيع القول إن كل الذين أجازوا عقود الاستصناع ألحقوا به البيع على التصاميم وسحبوا عليه معظم أحكامه، ويدخل في ذلك الشروط الجزائية المذكورة في هذه العقود المعاصرة والتشريعات القانونية الحديثة المنظمة للمرقي العقاري، فيجوز عندهم أن يتضمن عقد البيع على التصاميم للشرط الجزائي ويجب الوفاء به ما لم يكن مقابل التزامات مالية، فإذا كان الشرط الجزائي مقابل الوفاء بالدين فيصبح عقدا ربويا محرما مفسد للعقد بخلاف إذا كان من أجل التأخر في تنفيذ العمل أو التأخر في تسليمه في الوقت المحدد، فهذا حالة مستثنات في الجواز والاصل في المعاملات الحل والاباحة والصحة والجواز⁽²⁾.

الجهة الثانية: حكم الشرط الجزائي الواقع على المشتري (المكاتب).

وهذا الشرط يكون في حالة تأخر المشتري عن دفع الأقساط أو المستحقات المالية للصانع أو المرقي العقاري في الوقت المحدد، أو لم ينفذ ما التزم به، حيث يشترط الصانع على المشتري أنه في حالة تأخره عن تسديد ما عليه من أقساط مالية أو مستحقات البيع، وترتب على هذا التأخر ضرا حقيقيا، فإن للبائع أو المرقي العقاري الحق في التعويض بقدر الضرر اللاحق، سواء نص على ذلك في العقد أو بالرجوع إلى الخبرة أو القضاء في حالة النزاع⁽³⁾.

⁽¹⁾ - المعايير الشرعية، المرجع السابق: 95.

⁽²⁾ -الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، قضايا فقهية ومالية معاصرة، المرجع السابق، ص: 279، وينظر: رابح فغرور، عقد البيع على التصميم، المرجع السابق، ص: 259.

⁽³⁾ - محمد بن إبراهيم موسى، وآخرون، الفقه الميسر، ج10، المرجع السابق، ص: 32، 33، وينظر: نعيبي عبد الرحمان، البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، ص: 211.

وهذه الصيغة تعتبر من الصيغ الربوية التي منعتها الجوامع الفقهية والمعايير الشرعية، وصدرت بحرماتها الكثير من الفتاوى الشرعية المعاصرة ومن هذه القرارات الرافضة والمانعة لهذه الصورة من الشروط الجزائية ما جاء في مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الآخرة 1421هـ-1 رجب الموافق 23-28 سبتمبر 2000م حيث جاء فيه ونص على أنه لا 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⁽¹⁾.

فمن خلال هذا القرار يتبين لنا أنه لا يجوز الشرط الجزائي في عقد البيع على التصاميم إذا تأخر المشتري أو المكتتب على أداء ما عليه من أقساط الثمن سواء أكان ذلك بسبب الإعسار أو المماطلة؛ لأنه يدخل في باب الربا المحرم الذي منعه الشريعة الإسلامية؛ لأن المعسر حقه الإنظار وإن كان مماطل فالوسائل كثيرة والحلول موجودة التي تقضي على الضرر وتزيله بل تمنعه من أصله قبل وقوعه⁽²⁾.

وهذا القول هو الذي مشى عليه العلماء في المعايير الشرعية للمحاسبة المالية، حيث فرقوا بين كون الالتزام ديون مالية أو غير ذلك فأجازوا في الثاني ومنعوا في الأول حيث جاء في نص المعيار الخاص بالمماطلة بأنه لا يجوز اشتراط التعويض المالي نقدا أو عينا، وهو ما يسمى بالشرط الجزائي، على المدين إذا تأخر عن سداد الدين، سواء نص على مقدار التعويض أم لم ينص، وسواء كان التعويض عن الكسب الفائت الفرصة الضائعة أم عن تغير قيمة العملة⁽³⁾.

بل ذهبوا إلى عدم المطالبة بالديون قضاء مع إقرارهم بجرمة المماطلة في حق القادر على الوفاء، فجاء في نص المعيار المبين للحكم الشرعي: لا تجوز المطالبة القضائية للمدين المماطل بالتعويض المالي نقدا أو عينا عن تأخير الدين⁽⁴⁾.

(1)-علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 401، 400.

(2)-الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، قضايا فقهية ومالية معاصرة، المرجع السابق، ص: 299، ومحمد بن إبراهيم الموسى وآخرون، ج10، المرجع السابق، ص: 50، ونعيمي عبد الرحمان، البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، ص: 212، 111.

(3)- المعايير الشرعية، المرجع السابق، ص: 93، ينظر: الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، المرجع نفسه، ص: 299.

(4)- المعايير الشرعية، المرجع نفسه، ص: 93، والصادق بن عبد الرحمان الغرياني، المرجع نفسه، ص: 299.

وعليهم أن يكتفوا في هذا النوع من البيوع والعقود على التصاميم في التوثق من ماله برهن العين محل القرض أو عقار آخر يراه، ويلغي ما سوى ذلك من الشروط الفاسدة، مثل غرامات تأخر السداد، والتنصل من العيوب والمخاطر جميعا، واشتراط التأمين على المقترض، وغير ذلك مما لا يجوز اشتراطه في البيع والعقود المعاصرة فتفسد ويبطل بدخول الشروط الفاسدة والمؤثرة في تنفيذه⁽¹⁾.

من خلال دراستنا لبعض التطبيقات العملية المعاصرة، والنماذج المعمول بها في الواقع الجزائري يمكننا أن نخرج من هذا الفصل بالخلاصة التالية:

1- أن الشرط الجزائي أو التعويض المالي المنصوص عليه في معظم التطبيقات المدروسة في بحثنا هذا، وكانت متعلقة بالديون المالية وجرأء عدم تسديدها في وقتها المحدد تعتبر ربا محرم عند جماهير العلماء المتخصصين في النوازل المعاملاتي بل نقل الاجماع على منعها وفساد العقد المقترنة به.

2- المماطلة في الديون وعدم الالتزام بالمواعيد المحددة في العقود تعتبر ظلم خاصة إذا كان صاحبه موسرا وموجدا.

3- يمكن التقليل من خطر المماطلة في الديون باللجوء إلى البدائل الشرعية التوثيقية كالرهن والكفالة، واشتراط حلول باقي الأقساط في العقد، والإلزام بالتبرع ولو من باب السياسة الشرعية؛ لأن الشريعة الإسلامية تهدف إلى حفظ حقوق الناس وحماية أموالهم وصيانتها من أكلت أموال الناس بالباطل.

4- يجوز الشرط الجزائي في كل العقود غير المالية كالمقاولات والاستصناع وعقود البيع على التصاميم والصفقات وعقود التوريد وغيرها، وأما بالنسبة للعقود المتعلقة بالديون، فإنه لا يجوز الشرط الجزائي فيها؛ لأنها تصيبرها عقودا ربوية محرمة.

5- يجوز الدخول في العقود التي تضمنت شروطا فاسدة، أو التي يمكن تصحيحها، أو التخلص منها كما هو منصوص عليه في المذهب الحنبلي.

(1) - الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، قضايا فقهية ومالية معاصرة، المرجع السابق، ص: 299.

المبحث الثالث: تطبيقات معاصرة أخرى للشرط الجزائي .

المطلب الأول: الشرط الجزائي في عقود التمويل الداعمة للتشغيل في الجزائر.

في إطار مساعي الدولة الجزائرية الرامية إلى دعم تشغيل الشباب ودفع عجله التنمية في القطاعات الاقتصادية الحيوية كالصناعة والفلاحة والتجارة العمومية المكلفة بدعم ومرافقة الشباب البطال لإقامة مشاريعهم الاستثمارية على غرار الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب (ANSEJ) والوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر (ANGEM) والصندوق الوطني للتأمين على البطالة (CNAC)، ومنها الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار (ANDI)، وصندوق ضمان القروض للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة (FGAR) إضافة إلى العديد من البرامج الحكومية الموجهة لدعم التشغيل في قطاعات اقتصادية حيوية كالزراعة وغيرها من أجل النهوض بالقطاعات التنموية في المجتمع الجزائري⁽¹⁾.

تهدف الحكومة من خلال هذه الإنجازات الرسمية والبرامج المسطرة إلى لتحسيد الطموحات الاستثمارية للشباب ومرافقتهم في إنشاء مؤسساتهم الاقتصادية وتوسيعها وذلك من خلال توفير مجموعة من التسجيلات الإدارية التكوينية والإعانات التكوينية والامتيازات الجبائية إلى غير ذلك⁽²⁾.

فكل هذه التسهيلات جعلت الكثير من الشباب يقبل على هذه الصيغ التمويلية من أجل المضي قدما وتحقيقا لعيش كريم أفضل وتحريكا لعجلة التنمية من أجل اقتصاد متطور ورفاهية اجتماعية، لكن هذه الصيغ والبرامج تخللها الكثير من الشروط والالتزامات التي ربما تعكر من صفو هذه المعاملة وخاصة إذا تعلق الأمر بالربا وحيله ووسائله، وقبل الوصول إلى حكم القروض والصيغ التمويلية لا بد من معرفة البرامج والأجهزة التي اعتمدها الدولة الجزائرية والصيغ المتعامل بها في هذه الأجهزة والبرامج ثم الكلام على الشروط والالتزامات الموجودة في هذه الصيغ والعقود التمويلية مبينين الحكم الشرعي في هذه العقود ومدى صحتها وموافقته للشريعة الإسلامية⁽³⁾.

(1) - سلمى شيهب، الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب كآلية دعم وترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مجلة القيمة المضافة لاقتصاديات الأعمال، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد: 1، ص: 108، وينظر: راشدة عزيزو، مساهمة الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب في محاربة البطالة في الجزائر، جامعة بن خلدون، تيارت، ص: 2.

(2) - راشدة عزيزو، المرجع نفسه، ص: 2.

(3) - إبراهيم بن عمر سعيد، القروض التمويلية لدعم التشغيل، بحوث ندوة التميز الفقهية، مركز التميز للبحوث والدراسات الاقتصادية، الدار البيضاء، الجزائر، ص: 11، وينظر: راشدة عزيزو، مساهمة الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب في محاربة البطالة في الجزائر، المرجع السابق، ص: 2.

وهذه الأجهزة والبرامج نذكرها ونعرج عليها كالتالي:

الفرع الأول: الأجهزة والبرامج الحكومية لدعم التشغيل في الجزائر.

والكلام عن هذه الأجهزة والبرامج مقتصرين ومركزين على المشهورة منها فقط في الجزائر وكان لها حضورا ميدانيا قويا، والكلام على الصيغ والعقود يكون على الصيغة أو العقد الذي دخله الشرط الجزائي أو الغرامات التأخيرية التي لها تأثير في العقد، وهي ثلاثة أجهزة وبرامج هي كالتالي⁽¹⁾:

1- جهاز الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب. (ANSEJ) تم إنشاء واستحداث الوكالة

الوطنية لدعم تشغيل الشباب بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96-296، والمؤرخ في 24 جانفي 1996، ووضعت تحت سلطة رئيس الحكومة، ويتولى متابعة نشاطها الوزير المكلف بالتشغيل، وهي هيئة وطنية ذات طابع خاص تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتسعى لتشجيع كل الصيغ المؤدية لإنعاش قطاع التشغيل الشبابي من خلال إنشاء مؤسسة مصغرة لإنتاج السلع والخدمات⁽²⁾.

تمول المشاريع والاستثمارية في إطار جهاز الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب التي حازت على قبول اللجنة التقنية المكلفة بتقييم جدوى المشاريع عن طريق صيغتي التمويل الثنائي والثلاثي⁽³⁾ كما هو مبين في الجدول الآتي⁽⁴⁾:

السيغة	قيمة الاستثمار	المساهمة	قرض بدون	القرض
--------	----------------	----------	----------	-------

⁽¹⁾ إبراهيم بن عمر سعيد، القروض التمويلية لدعم التشغيل، بحوث ندوة التميز الفقهية، المرجع السابق، ص: 13، 14، 15، 16، و الموقع الرسمي للوكالة الوطنية لتسيير القروض المصغر، [www: anjem.dz /ar](http://www.anjem.dz/ar)، تاريخ الاقتباس، يوم: 2021/11/14، وسلمى شيهب، الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب كآلية دعم وترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، المرجع السابق، ص: 109.

⁽²⁾ المادة 1، من المرسوم التنفيذي رقم: 04-14 مؤرخ في 29 ذي القعدة عام 1424 الموافق 22 يناير سنة 2004
⁽³⁾ هذين الصيغتين قد حدث فيهم بعض التغير برفع قيمة القرض بالنظر إلى التعديل قبل 2011، وبعد 2011 في كلا الصيغتين: ملين مراد، صناديق الكفالة المشتركة ودورها في ضمان القروض المصرفية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، مج 11، العدد، 2، ص: 241-242.

⁽⁴⁾ الموقع الرسمي للوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر، www: anjem.dz /ar، تاريخ الاقتباس، يوم: 2021/11/14، وسلمى شيهب، الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب كآلية دعم وترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، المرجع السابق، ص: 110، ملين مراد، صناديق الكفالة المشتركة ودورها في ضمان القروض المجلد 11، العدد، 2، المرجع السابق، ص: 241-242.

البنكي	فوائد	الشخصية		
/	29%	71%	أقل من أو يساوي 5 ملايين دج	التمويل
/	28%	72%	أكثر من 5 وأقل من 10 ملايين دج	الثنائي
70%	29%	1%	أقل من أو يساوي 5 ملايين دج	التمويل
70%	28%	2%	أكثر من 5 وأقل من 10 ملايين دج	الثلاثي

تشكل صيغه التمويل الثنائي من ⁽¹⁾ :

- المساهمة الشخصية لصاحب المشروع بنسبة 71 أو 72% تابعا لقيمة الاستثمار الأرض بدون فائدة الذي تمنحه الوكالة بنسبة 29 أو 28 % تبعا لقيمة الاستثمار.

تشكل صيغة التمويل الثلاثي من ⁽²⁾ :

- المساهمة الشخصية لصاحب المشروع بنسبة 1 أو 2% تبعا لقيمة الاستثمار.
 - قرض بدون فوائد تمنحه الوكالة بنسبة 29 أو 28% تبعا لقيمة الاستثمار.
 قرض بدون فوائد تمنحه الوكالة بنسبة 29 أو 28 % تابعا لقيمة الاستثمار.
 - قرض بنكي تمنحه أحد البنوك المتعاقدة مع الوكالة بنسبة 70 % من قيمة الاستثمار.

الملاحظ في هذه المساهمة الشخصية لصاحب المشروع انخفضت إلى 1 أو 2% من إجمالي تكلفة الاستثمار بينما يتكفل البنك بتمويل 70% الأخرى بدون فائدة الذي تمنحه الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب على حاله بنسبة 29 أو 28% ⁽³⁾.

⁽¹⁾ - الموقع الرسمي الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر، [www: anjem.dz /ar](http://www.anjem.dz/ar)، تاريخ الاقتباس، يوم: 2021/11/14.

⁽²⁾ - سلمى شيهب، الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب كآلية دعم وترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، المرجع السابق، ص: 110.

⁽³⁾ - إبراهيم بن عمر سعيد، القروض التمويلية لدعم التشغيل، المرجع السابق، ص: 13، 14.

2- جهاز الوكالة الوطنية لتسهيل قرض المصغر (ANGEM)

الوكالة الوطنية لتسيير القروض المصغرة مؤسسة عمومية أنشئت سنة 2004 بناء على التوصيات المنبثقة و المقدمة من طرف الملتقى الدولي خلال ديسمبر 2002 حول التجربة الجزائرية في القرض المصغر وهو التجمع الذي ضم عددا معتبرا من الخبراء في مجال التمويل المصغر، ومنه ظهرت الوكالة الوطنية لتسيير القروض المصغرة بموجب مرسوم تنفيذي رقم: 04 14 المؤرخ في 22 جانفي 2004 المعدل، وتشرف على تسيير برنامج القروض المصغر الموجهة أساسا إلى احداث الأنشطة بما في ذلك الأنشطة في المنزل، باقتناء العتاد الصغير والمواد الأولية اللازمة، إضافة إلى النفقات الضرورية لانطلاق النشاط⁽¹⁾.

-تشرف الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر على تسيير صيغتين لتمويل المشاريع الصغيرة انطلاقا من :
-سلفة صغيرة بدون فوائد لا تتجاوز 100 دينار فقط تصل إلى 250 دينار جزائري على مستوى الجنوب والهضاب العليا⁽²⁾.

-قروض معتبرة لا تتجاوز 100 موجهة لإنشاء نشاطات استثمارية تستدعي تركيبا ماليا مع إحدى البنوك تسمح كل صيغة بحكم خصوصيتها بتمويل بعض الأنشطة وجلب اهتمام فئة معينة من المجتمع كما هو مبين في الجدول أدناه⁽³⁾ :

نسبة الفائدة	القرض البنكي	سلفة الوكالة	المساهمة الشخصية	قيمة المشروع	صنف النشاط
		%100	%0	لا يتجاوز 100 ألف دج	شراء مواد أولية
		%100	%0	أو 250 ألف دج في ولايات الجنوب والهضاب العليا	
5% من النسبة التجارية في الجنوب والهضاب العليا	%70	%29	%1	لا يتجاوز 1 مليون دج	جميع الأصناف
10% من النسبة التجارية في بقية المناطق	%70	%29	%1		

⁽¹⁾ الموقع الرسمي للوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر، [www: anjem.dz /ar](http://www.anjem.dz/ar)، تاريخ الاقتباس، يوم: 2021/11/14

⁽²⁾ المرجع نفسه.

⁽³⁾ إبراهيم بن عمر سعيد، القروض التمويلية لدعم التشغيل، المرجع نفسه، ص: 14، 15، وينظر: الموقع نفسه.

تبين المادة السابعة من المرسوم الرئاسي رقم 11-133 المؤرخ في 22 مارس 2011، نوع وشكل الامتيازات المالية التي يستفيد منها المؤهلون للاستفادة من القرض المصغر وهي كما يلي⁽¹⁾ :

- قرض بدون فائدة لاقتناء العتاد الصغير والمواد الأولية مخصص لتكملة مستوى المساهمة الشخصية المطلوبة في الاستفادة من القرض البنكي.

- تخفيض في نسب الفائدة بالنسبة للقروض البنكية المتحصل عليها حتى يدفع صاحب المشروع ما بين خمسة إلى عشرة من النسبة التجارية مطبقة في البنوك بعد لمنطقه النشاط قرب بدون فائدة اغتنام وتوليد 250,000 دينار الجزائري في ولايات الجنوب العليا.

3- جهاز الصندوق الوطني للتأمين عن البطالة. (CNAC)

الصندوق الوطني للتأمين عن البطالة مؤسسة عمومية للضمان الاجتماعي أنشئت سنة 1994 وتعمل تحت وصاية وزارة العمل والتشغيل والضمان الاجتماعي، تتلخص مهمته الأساسية في تخفيف الآثار الاجتماعية الناجمة عن تسريح العمال الأجراء في القطاع الاقتصادي وفقا لمخطط التعديل الحكومي الهيكلي، ويضطلع الصندوق بالمهام التالية⁽²⁾ :

- تعويض البطالة لفائدة العمال الأجراء الذين فقدوا مناصب شغلهم بصفه لا إرادية ولأسباب اقتصادية - دعم إحداث النشاطات من طرف البطالين ذوي والمشاريع البالغين ما بين 30 و500 سنة - تشجيع ودعم ترقية الشغل.

في إطار دعم إحداث النشاطات من طرف البطالين ذوي المشاريع البالغين ما بين 30 و50 سنة، يقوم الصندوق بتقديم الدعم التقني والمالي والجنائي للمشاريع الجديدة ومساعدتها للحصول على التمويل اللازم وهذا حسب ما في الجدول التالي⁽³⁾ :

⁽¹⁾ إبراهيم بن عمر سعيد، القروض التمويلية لدعم التشغيل، المرجع السابق، ص: 15، 16، وينظر المرسوم الرئاسي، رقم 11-133 مؤرخ في 17 ربيع الثاني عام 1432 الموافق 22 مارس سنة 2011 يتعلق بجهاز القرض المصغر، منقول من الموقع الرسمي للوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر، [www: anjem.dz /ar](http://www.anjem.dz/ar)، تاريخ الاقتباس، يوم: 2021/11/14.

⁽²⁾ الصندوق الوطني للتأمين عن البطالة، [/site cnacwww.cnas.dz](http://site.cnacwww.cnas.dz)، يوم الاقتباس: 2021/11/16.

⁽³⁾ إبراهيم بن عمر سعيد، القروض التمويلية لدعم التشغيل، المرجع السابق، ص: 16، 17، والصندوق الوطني للتأمين عن البطالة، [/site cnacwww.cnas.dz](http://site.cnacwww.cnas.dz)، يوم الاقتباس: 2021/11/16.

المستوى	قيمة الاستثمار	المساهمة الشخصية	قرض بدون فوائد	القرض البنكي
المستوى الأول	أقل من أو يساوي 5 ملايين دج	%1	%29	%70
المستوى الثاني	أكثر من 5 وأقل من أو يساوي 10 ملايين دج	%2	%28	%70

هذه الصيغة التمويلية هي نفسها صيغة التمويل الثلاثي التي تمنحها الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب فاستثماراتها في الميدان تتركز على النمط التمويلي الثلاثي (صاحب المشروع والبنك) ولها نفس الشروط والضوابط⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الصيغ التمويلية التي اعتمدها الجزائر لدعم التشغيل الشبابي.

لقد اعتمدت الجزائر على عدة صيغ من أجل دعم الشباب في إنشاء مشاريعهم الاستثمارية والاقتصادية متبعة في ذلك طرقا تمويلية متنوعة ومختلفة وكل صيغة لها شروطها وضوابطها وقوانينها التي تحكمها وهذه الصيغ والطرق هي كالتالي⁽²⁾:

أ- الصيغ التمويلية الثنائية⁽³⁾:

وصيغة التمويل الثنائي وهي التركيبة المالية التي تنعدم فيها الحاجة إلى التمويل البنكي، تمنحها الأجهزة الحكومية لدعم التشغيل على غرار الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب والوكالة الوطنية لتسيير القروض المصغر والصندوق الوطني للتأمين عن البطالة والمساهمة الشخصية لصاحب المشروع التي تتراوح بين 71 و 72% من قيمة المشروع، وهذا تبعا لمستوى الاستثمار، أو تكون منعدمة كما هو الحال في القرض المصغر الموجه لاقتناء مواد أولية.

- القرض بدون فائدة الذي تمنحه أجهزة دعم التشغيل لصالح المشروع المستفيد والذي تتراوح

(1) الصندوق الوطني للتأمين عن البطالة، [/site.cnacwww.cnas.dz](http://site.cnacwww.cnas.dz)، يوم الاقتباس: 2021/11/16.

(2) سلمى شيهب، الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب كآلية دعم وترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، المرجع السابق، ص: 110، وراشدة عزيزو، مساهمة الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب في محاربة البطالة في الجزائر، المرجع السابق، ص: 3.

(3) إبراهيم بن عمر سعيد، القروض التمويلية لدعم التشغيل، المرجع السابق، ص: 19، وسلمى شيهب، المرجع نفسه، ص: 110، وراشدة عزيزو، المرجع نفسه، ص: 3، ولمين مراد، صناديق الكفالة المشتركة ودورها في ضمان القروض المصرفية، المرجع السابق، ص: 232-233.

قيمته بين 29 و 28% من كلفة المشروع وهذا تبعا لمستوى الاستثمار أيضا أو يكون على شكل سلفة بنسبة 100% كما هو الحال في القرض المصغر الموجه لاقتناء مواد أولية.

ب صيغة التمويل بالقرض بدون فائدة (أو اتفاقية القرض غير المكافئ).

ويتتبع الشروط العقدية في اتفاقية القرض بدون فائدة بين الوكالة والشباب (صاحب المشروع)، نجد مجموع الشروط والالتزامات الآتية⁽¹⁾:

1- يلتزم المقترض باستعمال القرض الممنوح وتسديد المشروع المقدم للوكالة في غضون سنة واحدة من تاريخ منحه (فترة الإنجاز)، ويضاف لها 3 أيام في الحالات الخاصة.

2- يلتزم المقترض (صاحب المشروع) بتسديد القرض بدون فائدة الممنوح له خلال خمس سنوات تبدأ من فترة الإنجاز والمحددة بنسبة، وذلك عن طريق التحويل إلى صاحب الوكالة بأقساط سداسية طبقا للآجال المحددة في جدول التسديد.

3- يلتزم المقترض بتقديم ضمانات لاسترجاع القرض بدون فائدة الممنوح له، وتكون أتعاب التسجيل المتعلقة بها على عاتق المقترض لا غير، وتمثل الضمانات فيما يلي:

- رهن العتاد المنقول المتحرك لصالح الوكالة في الدرجة الأولى.

- الرهن الحيازي للتجهيزات لصالح الوكالة في الدرجة الأولى

- توقيع السندات لأمر لصالح الوكالة.

4- كل الرسوم والأتعاب المتعلقة باستعمال القرض بدون فائدة تكون على عاتق المقترض وكذا الرسوم والأتعاب المحتمل ظهورها بمقتضى النصوص التشريعية التنظيمية.

6- يلتزم المقترض باكتتاب تأمين على جميع معدات المؤسسة على جميع ضد كل الأخطار بنسبة

100% مع الأخذ بعين الاعتبار قيمتها بكامل الرسوم مع حلول الوكالة محل المؤسسة المكتتبه،

على أن يجدد هذا التأمين إلى غاية تسديد القرض.

(1) إبراهيم بن عمر سعيد، القروض التمويلية لدعم التشغيل، بحوث ندوة التميز الفقهية، المرجع السابق، ص: 19، وينظر:

اتفاقية القرض غير المكافئ الوكالة، ص: 3

يمكن للمقترض التسديد المسبق للقرض بدون فائدة جزئيا أو كليا، حيث يتم خصم الدفع الجزئي من الأقساط الأولى.

7- في حالة عدم تسديد الأقساط الواجبة الدفع وعند حلول آجال القسط الثالث يمكن للوكالة المطالبة باسترجاع القرض بدون فائدة كليا، كما يمكن لها أن تحتفظ بحقها في استعمال الضمانات المقررة في الشروط الخاصة للقرض بدون فائدة في حالة عدم الدفع.

كما يمكن للوكالة المطالبة بالاسترجاع الفوري والكلي للقرض بدون فائدة سيما في الحالات المتعلقة بمخالفة المقترض أحد الالتزامات الواجبة عليه.

في حالة النكبة (القوة القاهرة)، كليا أو جزئيا، وقبل تبرئة ذمة المقترض، تقتطع الوكالة التعويض من شركة التأمين في حالة وجود تفويض التأمين.

10- في حالة عدم إنجاز أو ترك المشروع يجب على المقترض إرجاع بدون فائدة كليا للوكالة إلا الترخيص للبنك محل الوفاء لإرجاعه مباشرة في حساب الوكالة.

ب- الصيغة التمويلية الثلاثية⁽¹⁾ :

صيغة التمويل الثلاثي وهي التركيبة المالية التي تقوم على ثلاث مساهمات مقدمة من ثلاث أطراف حيث يساهم الشاب المستثمر صاحب المشروع بمساهمة مالية شخصية، وتساهم الوكالة الوطنية لدعم التشغيل بقرض بدون فائدة، وتساهم البنوك بقرض متوسط الأجل مع تخفيض نسبة الفائدة وهي صيغ تمنحها الأجهزة الحكومية لدعم التشغيل، وتشكل أساسا من⁽²⁾ :

- المساهمة الشخصية لصاحب المشروع التي تتراوح بين 1% أو 2% من كلفة المشروع، تبعا لمستوى الاستثمار.

- القرض بدون فائدة الذي تمنحه أجهزة دعم التشغيل لصالح المشروع المستفيد والذي تتراوح قيمته بين 28% و29% من كلفة المشروع، تبعا لمستوى المشروع.

(1) - سلمى شيهب، الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب كآلية دعم وترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، المرجع السابق، ص: 110، وراشدة عزيزو، مساهمة الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب في محاربة البطالة في الجزائر، المرجع السابق، ص: 3، ولين مراد، صناديق الكفالة المشتركة ودورها في ضمان القروض المصرفية، المرجع السابق، ص: 232-233.

(2) - لين مراد، المرجع نفسه، ص: 232-233.

-القرض البنكي الذي يمنحه أحد البنوك المتعاقدة مع أجهزة دعم التشغيل، التي تتكفل بسداد الفوائد المترتبة عنه إما بشكل كلي كما هو الحال في الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب والصندوق الوطني للتأمين على البطالة، أو بشكل جزئي كما هو الحال في الوكالة الوطنية لتسيير القروض المصغر. في صيغة التمويل الثلاثي يتوجب على الشباب صاحب المشروع إعداد ملف طلب قرض تمويلي وتقديمه إلى أحد البنوك المتعاقدة مع الأجهزة الوطنية لدعم التشغيل وبعد دراسة الملف وفق القواعد والمقاييس الخاصة بمنح القروض تمنح الموافقة النهائية، ولا يمنح القرض البنكي إلا بعد استكمال الإجراءات التالية⁽¹⁾ :

-دفع مبلغ المساهمة الشخصية.

- صب القرض بدون فائدة الذي تمنحه أجهزة دعم التشغيل، وقرض بنكي تتحمل الوكالة جزء من فوائده، يتوقف مستوى التغطية حسب طبيعة النشاط وموطنه، ويتم ضمانه من طرف صندوق الكفالة المشتركة.

- الانخراط في صندوق الكفالة المشتركة لضمان إخطار القروض لمدة القرض البنكي كاملا.

ج-صندوق الكفالة المشترك لضمان القروض.

أنشئ صندوق الكفالة المشتركة لضمان أخطار القروض خصيصا لضمان مخاطر عدم سداد القروض البنكية الممنوحة للمؤسسات الناشئة في إطار أجهزة دعم التشغيل، وقد تم استحداثه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-200 والذي تم تعديله بموجب المرسوم التنفيذي رقم 03-289، حيث جاء في المادة الأولى منه إحداث صندوق الكفالة المشتركة لضمان أخطار القروض الممنوحة إياها للشباب ذوي المشاريع، كما نصت المادة الثانية من نفس المرسوم على الطابع العمومي للصندوق، وذلك بوضع تحت وصاية الوزير المكلف بالتشغيل وتوطينه لدى الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب، مع منح نوع من الاستقلالية من خلال تمتعه بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي⁽²⁾، وتشكل مواد الصندوق أساسا من⁽³⁾ :

(1) راشدة عزيزو، مساهمة الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب في محاربة البطالة في الجزائر، المرجع السابق، ص: 4-5.

(2) ملين مراد، صناديق الكفالة المشتركة ودورها في ضمان القروض المصرفية، المرجع السابق، ص: 230.

(3) إبراهيم بن عمر سعيد، القروض التمويلية لدعم التشغيل، بحوث ندوة التميز الفقهية، المرجع السابق، ص: 22، وملين مراد، صناديق الكفالة المشتركة ودورها في ضمان القروض المصرفية، المرجع السابق، ص: 230-231.

- مساهمات خاصة ويتعلق الأمر بمساهمة الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب ومساهمة الخزينة العمومية ومساهمة مؤسسات القرض المنخرطة برأسمال.

- اشتراكات المؤسسات الناشئة التي استفادت من قروض بنكية، إلى جانب اشتراكات البنوك المانحة للقروض.

وتقدر اشتراكات المؤسسات الناشئة المستفيدة من القرض البنكي بما يعادل 0.35% من مجموع الأصول البنكية الباقية المستحقة السداد عند كل استحقاق، وفي حالة إعلان المؤسسة الناشئة عن عدم قدرتها على سداد الديون البنكية وبعد تحقق الصندوق من ذلك يقوم هذا الأخير بتعويض البنك في حدود 70% من الأصول والفوائد الباقية المستحقة التسديد.

الفرع الثالث: الشروط والالتزامات الخاصة بالقرض البنكي.

لقد نصت القوانين التشريعية والمراسيم التنفيذية المنظمة لعملية الصيغ والعقود التمويلية والقروض الداعمة لعملية التشغيل في الجزائر على الكثير من الشروط والالتزامات المحددة من طرف الدولة والمؤسسات المكلفة بهذه العمليات التنموية، وهي التي كانت محطة أنظار العلماء والباحثين الذين حاولوا إيجاد حلول أو بدائل أو إبداء الرأي بالإشارة بالتعديل في بعض العقود والشروط التي تضمنت مخالفة شرعية ظاهرة ونحن في هذا المبحث حاولنا أن نقتصر على ما له علاقة ببحثنا ودراستنا، وخاصة ما جاء في صيغة التمويل الثلاثي أو الصيغ التي ذكر فيها الشروط الجزائية، وذلك انطلاقاً من بعض النماذج والعقود المتحصلين عليها، أو على ما ذكر واشترط في العقود والصيغ المذكورة في المراسيم التنفيذية أو أبحاث العلماء السابقين الدارسين لهذه الصيغ والعقود مستنيرين بدراساتهم وتحليلاتهم وتوجيهاتهم التي أدلوا بها في كثير من الندوات والملتقيات والمجلات والمدخلات التلفزيونية أو الجرائد الرسمية أو المواقع الإفتائية الشخصية و من هذه الشروط التي جاءت في الصيغ الداعمة للتشغيل ماليي:

1- الفوائد البنكية المتعلقة بالسنة الأولى لا تسدد خلال نفس السنة وإنما يتم توزيعها على المدة المتبقية للقرض أي سبع سنوات، أما الفوائد البنكية للسنتين الثانية والثالثة فيطلب دفعها كل ستة أشهر خلال هاتين السنتين.

2- تتولى الحكومة سداد الفوائد عن القروض البنكية كلياً بنسبة 100 %، أو جزئياً كما هو الحال في الوكالة الوطنية لتسيير القروض المصغر⁽¹⁾.

3- التأمين ضد كل الأخطار بنسبة 100 % لجميع التجهيزات المقتناة من طرف المؤسسة الناشئة باسم البنك بالدرجة الأولى والوكالة بالدرجة الثانية.

4- يحتفظ البنك بحق جعل المقترض (صاحب المشروع المستفيد) يوقع على سندات إذنية تمثل أساساً المبلغ الإجمالي للقروض الحالي: أصل القرض، الفوائد، العملات، الرسوم.

5- في حالة التأخر المبالغ المستحقة، يحق للمقرض المطالبة بفوائد التأخير والتي تعادل 1 % من القيمة التعاقدية.

6- يفسخ العقد بين المقرض والمقترض بقوة القانون وتصبح جملة المبالغ المستحقة بما فيها الفوائد والعمولات والرسوم الواجبة الأداء فوراً، إذا أحل المقترض بأحد التزاماته.

7- الشرط الجزائي يخول المقرض في حالة ما استوجب عليه تحصيل دينه أن يستصدر أمراً أو أن يرفع دعوى قضائية أو أن يتخذ أي إجراء آخر، كما يحق له في تعويض جزائي بنسبة 3 % من المبلغ الإجمالي المتبقي الواجب الدفع.

وهذه الالتزامات موجودة في معظم العقود الداعمة للتشغيل والاستثمار في الجزائر ماعدا بعض الاستثناءات أو الجزئيات التي تميزهم عن بعض، ونحن في دراستنا هذه نقتصر على نموذج تحصلنا عليه والممثل في اتفاقية قرض استثماري التي تمت بين البنك الوطني الجزائري ومؤسسة مصغرة تركيب الشبكات والمراكز الكهربائية والهاتفية سنة 2017 تقريباً، ونص في إحدى مواد هذا العقد خاصة في المادة الرابعة والمادة السادسة على الفوائد والغرامات التأخيرية عن عدم التسديد في الوقت المحدد والمتفق عليه مسبقاً وهذا نص المادة (6) حيث جاء فيها كل مبلغ مستحق، أصلاً أو فوائد، بأية صفة واجب الأداء بموجب اتفاقية القرض الحالية، لم يتم دفعه في الاجل المحدد، لأي سبب كان، سوف ينتج فوائد

⁽¹⁾ المادة رقم 12: من المرسوم التنفيذي رقم: 13-253 مؤرخ في 23 شعبان عام 1443 الموافق 2 يوليو سنة 2013، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 03-290 المؤرخ في 9 رجب 1424 الموافق 6 سبتمبر سنة 2003 الذي يحدد شروط الإعانة المقدمة للشباب ذوي المشاريع ومستواها، الجريدة الرسمية، العدد: 35.

تأخير بقوة القانون، ابتداء من تاريخ استحقاقه، الى غاية يوم دفعه الفعلي، بنسبة الفوائد المعمول بها، من الحساب الجاري مع زيادة 1% سنويا⁽¹⁾.

في حالة ما إذا كانت وضعية الحساب الجاري للمقترض لا تمكن تسديد المبلغ الأصلي عند تاريخ استحقاقه سوف يتم قيد هذا المبلغ في حساب غير مدفوعات الذي ينتج فوائد محسوبة بالنسبة مع زيادة طبقا للمادة 1، 4، 6 المشار إليها أعلاه.

فوائد التأخير تؤدي إلى تحرير فاتورة خاصة على أساس عدد أيام التأخير الفعلية المحسوبة والتي تم تبليغها للمقترض.

الفترة التي يتم خلالها معاينة قصر في دفع المبلغ الأصلي، وأو الفوائد، لن تعتبر أجلا للدفع وسوف يتم الإبقاء على شروط الاستحقاق المسبق.

ونصت المادة (4) الخاصة بالفوائد والعملات من نفس هذا العقد على الفوائد التي تدفعها وتحملها الخزينة العمومية وهي فائدة مطبقة على استعمالات القرض وهي نسبة متغيرة ارتفاعا وانخفاضاً حالياً هي 5،25% سنويا.

فما هو حكم الشروط الجزائية التي تضمنها هذا العقد؟ وما هو حكم الفوائد المدفوعة زيادة عن القرض الأصلي المدفوع من طرف البنك الوطني الجزائري؟ وهو ما سنذكره في الفرع الرابع الذي بينا فيه حكم الشرط الجزائي لهذا القرض.

الفرع الرابع: حكم الشرط الجزائي في العقود والصيغ الداعمة لتشغيل الشباب.

قبل الكلام على حكم الشرط الجزائي في العقود والصيغ التمويلية الداعمة للتشغيل المعتمدة في الجزائر، لابد من التذكير أن الصيغتين اللتين تكونا محل تركيز وبحث هما صيغة التمويل الشائني، وصيغة التمويل الثلاثي إذا وجد فيها الشرط الجزائي أو شرط فيها دفع زيادة الفوائد الربوية فهذا النوع من الصيغ والعقود هي التي كانت محطة أنظار العلماء والباحثين لما فيهما من الكثير من الإشكالات والمخالفات الشرعية وقبل الكلام على حكم هذه الشروط والإشكالات في عقود التمويل وددنا أن نبين التكييف الفقهي لكل صيغة من هذه الصيغ ثم إرداف ذلك بالحكم الشرعي الذي يظهر ويترجح لنا.

(1)- اتفاقية قرض استثمار متوسط المدى، البنك الوطني الجزائري، المادة رقم: 6، ص: 6.

1- التكييف الفقهي لصيغة التمويل الشائي.

الصيغة التمويلية الثنائية صيغة تمنحها الأجهزة الحكومية المكلفة بدعم التشغيل والتنمية على غرار الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب، والوكالة الوطنية لتسيير القروض المصغر، والصندوق الوطني للتأمين عن البطالة، وهي تتشكل أساسا كما ذكرنا سابقا من المساهمة الشخصية للمستثمر صاحب المشروع والتي تتراوح ما بين 71,72 % من قيمة المشروع وهذا تبعا لمستوى الاستثمار، أو تكون منعدمة كما هو الحال في القرض المصغر الموجه لاقتناء مواد أولية، والقرض بدون فائدة أو ما يسمى بالقرض غير المكافئ تمنحه أجهزة دعم التشغيل والتنمية لصالح المشروع المستفيد والذي تتراوح قيمته بين 28 و 29 % من كلفة المشروع، وهذا تبعا لمستوى الاستثمار أيضا، أو يكون على شكل سلفة بنسبة 100 % كما هو الحال في القرض الموجه لاقتناء مواد أولية⁽¹⁾.

ولقد كيف الكثير من العلماء والباحثين المعاصرين هذه الصيغة التمويلية على أساس أنها قرض حسن، أو قرض بدون فوائد، ومن هؤلاء: محمد عثمان شبير، وبابكر خالد بن محمد، وأجمع العلماء على جواز القرض الحسن إذا توفرت شروطه وأركانه وعناصره الأساسية التي يبنى عليها من إيجاب وقبول ومقرض ومقترض، ومحل القرض: المال المقترض، وبدل القرض وكان حاليا من جر المنفعة المتفق على تحريمها ودل على الجواز الكثير من النصوص النبوية منها ما روي عن أبي رافع أن النبي ﷺ استلف من رجل بكرة فقدمت على النبي ﷺ إبل الصدقة، فأمر أبي رافع أن يقضي الرجل بكرة، فرجع إليه أبو رافع، فقال يا رسول الله، لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا، فقال: «أعطه، فإن خير الناس أحسنهم قضاء»⁽²⁾، وكثير من الأحاديث المرغبة في القرض والإقراض والتيسير على الناس⁽³⁾.

2- حكم الصيغة التمويلية الثنائية (القرض غير مكافئ).

الأصل في هذه الصيغة وفي هذا العقد الجواز والصحة مادامت هذه المعاملة كيفت على أنها من

(1) بابكر خالد بن محمد، القروض الاستثمارية في ميزان الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 114.

(2) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في حسن القضاء، رقم: 3346، ج3، ص 247، وأخرجه الترمذي في جامعه،

أبواب البيوع عن رسول الله ﷺ باب ما جاء في استقراض البعير أو الشيء من الحيوان أو السن، رقم: 1318، ج2، ص 600.

(3) محمد عثمان شبير، القروض التمويلية لدعم التشغيل في الجزائر من منظور فقهي إسلامي، المرجع السابق، ص: 52، 53،

وينظر: ينظر: بابكر خالد بن محمد، القروض الاستثمارية في ميزان الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 115.

القرض الحسن أو بدون فائدة ولا يمر على البنك إلا لتسليم المبلغ المالي دون التمويل، وخلو هذا العقد والتعامل من الفوائد الربوية المحرمة، ولصحة العلاقة التعاقدية من الناحية الشرعية بين الوكالة والمستثمر⁽¹⁾. ولكن إذا نظرنا إلى هذه الصيغة والمعاملة نظرة كلية وشاملة من كل الجوانب والنواحي نجدها مخفوفة بكثير من المخالفات والشبهات المؤثرة في صحة هذا العقد أو فساده، لذلك يعسر علينا إطلاق الحكم على هذا العقد أو هذه الصيغ بالجواز أو عدم الجواز أو أن نقول بصحة هذا العقد أو فساده إلا بالنظر إلى الشروط المخفوفة به من الناحية الشرعية ومدى صحة هذه الشروط في ذاتها وهل هي مؤثرة في العقد من الناحية الصحة أو الفساد؟ ثم إطلاق الحكم، ومن هذه الشروط التي لا بد من النظر فيها⁽²⁾:

- اشتراط التأمين التجاري في هذه العقد،

- اشتراط الاشتراك والانخراط في صندوق الكفالة المشترك لضمان أخطار القروض، وليبين ذلك نرجح على أقوال العلماء في حكم التأمين التجاري وحكم دخوله على الصيغة التمويلية الشائبة وذلك على سبيل الإيجاز والاختصار مادام أن التأمين مدروس في بحوث أخرى وغير مقصود في بحثها وهو من باب الأمر العارض وهي كالتالي:

1- حكم التأمين التجاري.

اختلف العلماء المعاصرون في حكم التأمين التجاري على ثلاثة أقوال هي⁽³⁾:

القول الأول:

ذهب جمهور العلماء الباحثين المعاصرين إلى تحريم التأمين التجاري، وذلك؛ لاشتماله على القمار والغرر والغبن والمراهنة وشبهة الربا والجهالة، فهو من العقود الاحتمالية التي تفسد العقود ومن هؤلاء العلماء القائلين بالتحريم وعدم الجواز والمنع من هذه المعاملة نذكر منهم: محمد الأحمد الظواهري- شيخ الأزهر-، عبد المجيد سليم- مفتي الديار المصرية-، و محمد بخت المطيعي- مفتي الديار المصرية-،

(1)- بابكر خالد بن محمد، القروض الاستثمارية في ميزان الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 115، وسعد الله بن سعيد بوسنان وآخرون، القروض التمويلية لدعم التشغيل رؤية فقهية، المرجع السابق، ص: 123-125.

(2)- محمد عثمان شبير، القروض التمويلية لدعم التشغيل في الجزائر من منظور فقهي إسلامي، المرجع السابق، ص: 61.

(3)- محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 99، 98، و علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 330-332.

عبد الله القليلي-مفتي المملكة الأردنية الهاشمية-، فخر الدين الحسيني-مدير الفتوى العامة بسوريا-، ونجم الدين الواعظ-مفتي الديار العراقية- ومحمد عبد الجواد بن 1 عبد السلام الصقلي الحسيني، وأبو زهرة، وعلي أحمد السالوس، و الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، والصدّيق محمد الأمين الضرير وغيرهم (1).

القول الثاني:

ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى أن التأمين التجاري المعاصر من العقود الجائزة بناء على أن الأصل في العقود والشروط الإباحة والجواز قياساً على نظام العاقلة في الإسلام وضمن خطر الطريق ومن هؤلاء العلماء المعاصرين نذكر منهم: عبد الله صيام، و عبد الوهاب خلاف، و محمد يوسف موسى، و مصطفى الزرقاء، و محمد البهي-وزير الأوقاف وشؤون الأزهر- وغيرهم (2).

القول الثالث:

ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى جواز بعض أنواع التأمين وعدم جواز أنواع أخرى منه ودليلهم في ذلك بعض أدلة القائلين بجواز التأمين التجاري وبعض أدلة القائلين بالمنع ومن هؤلاء نذكر منهم: محمد أحمد فرج السنهوري، و محمد مبروك وغيرهم (3).

والراجح عدم جواز التأمين التجاري وهو الذي سارت عليه الكثير من الجامعات الفقهية والهيئات الشرعية في العالم الإسلامي ولتوضيح ذلك أنقل قرار مجمع الفقه الإسلامي وتأيدته لما قررته هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية حيث جاء فيه ما يلي (4):

(1) محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 99، 98، وعلي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 331، 332، و الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص: 254، 255، وبابكر خالد بن محمد، القروض الاستثمارية في ميزان الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 115، و عبد الله بن محمد المطلق وآخرون، الفقه الميسر، ج10، المرجع السابق، ص: 104، و يوسف بن عبد الله الشبيلي، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، المرجع السابق، ج1، ص: 124.

(2) محمد عثمان شبير، المرجع نفسه، ص: 105، وعلي أحمد السالوس، المرجع نفسه، ص: 332.

(3) علي أحمد السالوس، المرجع نفسه، ص: 332.

(4) محمد عثمان شبير، القروض التمويلية لدعم التشغيل في الجزائر من منظور فقهي إسلامي، المرجع السابق، ص: 62، وقرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 21 .

أما بعد فإن مجمع الفقه الإسلامي في دورته الأولى المنعقدة في 10 شعبان 1398هـ بمكة المكرمة بمقر رابطة العالم الإسلامي نظر في موضوع التأمين بأنواعه المختلفة بعد ما اطلع على كثير مما كتبه العلماء في ذلك وبعد ما اطلع على ما قرره مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في دورته العاشرة المنعقدة بمدينة الرياض بتاريخ 1397/4/4هـ بقراره (55) من التحريم للتأمين التجاري بأنواعه.

بعد الدراسة الوافية وتداول الرأي في ذلك قرر مجلس المجمع الفقهي بالإجماع، عدا فضيلة الشيخ مصطفى الزرقاء: تحريم التأمين التجاري بجميع أنواعه⁽¹⁾.

وأما بالنسبة لحكم صندوق الكفالة المشتركة لضمان أخطار القروض، فإنه يعتبر تأميناً لأخطار القروض، لاشتماله على جميع المخالفات الشرعية الموجودة في عقد التأمين التجاري من غرر وجهالة وقمار وربما إلى غير ذلك، فيلحق به في الحكم وإن اختلفت السمية، فالعبرة بالحقائق والمعاني وليس بالتسميات والمباني وإطلاق اسم الكفالة غير سليم وغير وجيه؛ لأن الكفالة من عقود التبرعات وليس المعاوضات ويتسامح في التبرعات ما لم يتسامح به في المعاوضات، ولا خيار للمستثمرين في الامتناع من الاشتراك في هذا الصندوق، والبديل في هذه المسألة إحداث صندوق كفالة يتوافق مع الضوابط الشرعية ويكون خالي من الشبهة الربوية⁽²⁾.

وبناء على هذا الاختلاف في حكم التأمين التجاري اختلف العلماء في حكم التأمين الذي تتضمنه الكثير من العقود التمويلية المعاصرة وهذا الذي سنذكره في العنصر الموالي.

ب- حكم اشتراط التأمين التجاري في العقود التمويلية.

اختلفت أنظار العلماء والباحثين المعاصرين في حكم اشتراط التأمين التجاري الشامل واشتراط الانخراط في صندوق الكفالة المشترك لضمان أخطار القروض على النحو التالي:

الرأي الأول:

ذهب أصحاب هذا القول إلى أن هذه الشروط التأمينية أو اشتراط التأمين التجاري في عقود

⁽¹⁾ علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 337، والصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص: 256.

⁽²⁾ بابر خالد بن محمد، القروض الاستثمارية في ميزان الفقه الإسلامي، بحوث ندوة التميز الفقهية، المرجع السابق، ص: 116.

وصيغ التمويل الثنائية أو الثلاثية أو أي صيغة أخرى سواء كانت فلاحية أو غيرها من عقود التمويل، ولا تعود بالتحريم على الأصل فيبقى العقد صحيحا؛ لأنها أمور تابعة وغير أصلية في العقد، وذلك للقاعدة المقررة عند العلماء أنه يغتفر في التابع مالا يغتفر في الأصل ويبقى صاحب العقد قائما على المعصية ما لم يحدث تعديلا في هذه المخالفات العقدية في الصيغ التمويلية، وعليه فإنه يستلزم عندهم فساد هذه الشروط لا فساد العقد في أصله⁽¹⁾.

وهذا بناء على تجويزهم لجميع أنواع التأمينات التجارية المعاصرة، فيلزم من قولهم هذا جوازه في عقود التمويل الداعمة للتشغيل أو القروض التمويلية الفلاحية؛ لأن التأمين المحرم هو الذي يأتي على انفراد واستقلالية لا على سبيل العارض التبعي.

واعترض على هذا القول بأنه لا يسلم بأن شرط التأمين تبعي بل محسوب ومحسوم، وعلى التسليم بصحة القاعدة المستدل بها على جواز هذا النوع من التأمين إلا أنه يقال: لا بد من إضافة قيد هو عدم احتواء التابع على محظور شرعي⁽²⁾، وإلا فلا عبرة بهذا التابع لوجود ما يمنعه كالغرر والربا.

الرأي الثاني:

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن هذه الشروط التأمينية التجارية الشاملة التي تخلت الصيغ التمويلية الثنائية أو الثلاثية أو غيرها من العقود التمويلية الفلاحية شروط فاسدة ومفسدة للعقد وهذه الصيغة ولا يصح العمل في هذا العقد بالقاعدة الفقهية يغتفر في التابع ما لم يغتفر في الأصل؛ لأن التابع مؤثر ومفسد لصحة العقد ومن أعظم المفاصد التأمين التجاري وهو عقد فاسد يكاد أن يكون مجمع عليه فهو وسيلة الربا والغرر والجهالة، وكل هذا يعتبر شبهة قوية لإفساد العقد من أصله، والكلام مثله ينطبق على صندوق ضمان القرض حيث يقول الدكتور مصطفى باجو «ثمة أيضا محذور آخر وهو اشتراط الانضمام إلى صندوق الكفالة المشتركة لضمان أخطار القروض، وهذا الضمان مخالف لقواعد الضمان في الفقه الإسلامي وهي أنه لا يؤخذ أجر على الكفالة؛ لأنها من عقود التبرع؛ لا يستحق

(1) - بابكر خالد بن محمد، القروض الاستثمارية في ميزان الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 115، وحدي محمد بن صالح، صيغ تمويل الشباب تقيم تجربة الجزائر، المرجع السابق، ص: 150-151، وأبي عمر عبد الله بن محمد الحمادي، التكييف الشرعي لبطاقات الائتمان، مكتبة الفرقان، الامارات العربية المتحدة، 1425هـ-2005م، ص: 52.

(2) - أبو عمر عبد الله بن محمد الحمادي، المرجع نفسه، ص: 52.

صاحبها عليها مقابلا ماليا، وإلا أل إلى عملية ربا؛ لأن فيها زيادة على أصل الدين»⁽¹⁾.

وهذا القول مبني على عدم جواز التأمين التجاري المعاصر مستقلا أو على سبيل الاستقلال، فهو شرط فاسد مؤثر في العقود التمويلية فما لا يجوز استلالا لا يجوز تابعا، إلا إذا كان التأمين التعاوني⁽²⁾.

والراجح أنه لا يجوز اشتراط هذه الشروط الجزائية في هذه الصيغة التمويلية؛ لأن شبهة الربا قوية والزيادة على أصل القرض محرم عند معظم علماء الإسلام، والشريعة الاسلامية جاءت قاطعة لجميع وسائل الربا وحيله، وليس معنى هذا أنه لا يصح اقتران العقد بالشرط الصحيح بل يصح ذلك وموافق لقواعد الشريعة الاسلامية في شرعنة التوثيق أو الإشهاد أو الكفيل إلى غير ذلك أم الشروط الغير ملائمة للعقد فإنها تفسده كالاشرط على أصل القرض أو اشتراط الشرط الجزائي وغرامات التأخير عند التأخر في التسديد، فهذا ربا محرم إلا على القول الذي يقول بتصحيح العقود الفاسدة إذا أمكن ذلك⁽³⁾.

وبناء على ما سبق فإنه لا يجوز أن يكون التأمين التجاري في الصيغ التمويلية بل يجب أن يكون التأمين التعاوني؛ لأنه قائم على التعاون التكافل بخلاف التأمين التجاري الذي يتضمن الغرر والقمار والمخاطرة⁽⁴⁾.

3- التكيف الفقهي لصيغة التمويل الثلاثي.

لقد كيف بعض العلماء هذه الصورة وهذه الصيغة على أنها قرض مشروط فيه نفع أو زيادة للمقرض، وهو يتكون أساسا من العناصر الأساسية التي يجب أن تتوفر في القرض من: إيجاب وقبول، ومقرض، ومقترض، ومحل القرض من مال مقترض، وبدل القرض المطلوب رده والذي يتضمن زيادة على مقدار القرض، ويشترط في كل من المقرض والمقترض أهلية التعاقد من البلوغ والعقل والرشد

(1) - مصطفى بن صالح باجو، قراءة جديدة في قروض دعم تشغيل الشباب، بحوث ندوة التميز الفقهية، المرجع السابق، ص: 168، 169، ونور الدين بن محمد بوكريدي، التعقيب على المداخلة الموسومة (القروض الاستثمارية في ميزان الفقه الإسلامي)-، المرجع

السابق، ص: 13، ويوسف بن عبد الله الشبيلي، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، ج1، المرجع السابق، ص: 124.
(2) - يوسف بن عبد الله الشبيلي، المرجع نفسه، ص: 124.

(3) - محمد عثمان شبير، القروض التمويلية لدعم التشغيل في الجزائر من منظرو فقهي إسلامي، المرجع السابق، ص: 69، 70، 73، 77، وقرارات وتوصيات مجمع الفقه الاسلامي الدولي، ص: 22، وأحمد حماني، فتاوى الشيخ أحمد حماني، ج4، المرجع السابق، ص: 158، 159.

(4) - ويوسف بن عبد الله الشبيلي، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، ج1، المرجع السابق، ص: 124.

والاختيار وغير ذلك مما ذكرنا في تكيف الصورة الأولى- الصيغة الثنائية-، ويشترط في المال المقدم للمقترض : محل القرض أن يكون معلوم القدر؛ ليتمكن المقترض من رده، ويشترط في سداد القرض عند الملكية حلول أجل الوفاء؛ لأن القرض يتأجل عندهم -بالتأجيل-⁽¹⁾.

فعند النظر والتأمل في المواد المنظمة لعقد اتفاقية قرض الاستثمار الذي بين أيدينا نجد أن المادة الرابعة (4) من هذا العقد نصت صراحة على الفوائد الربوية، حيث جاء فيها أن الفوائد المطبقة على استعمالات القرض، هي نسبة فائدة متغيرة، ارتفاعا وانخفاضاً، حالياً، نسبة الفائدة هي 5,25 % سنوياً تتحملها الخزينة العمومية، وهذا ما يعني أن القرض خرج عن المعنى الشرعي الذي يراد منه الإرفاق إلى القرض الاستثماري وهو ما جاء في عنوان هذا العقد اتفاقية قرض استثماري، واشتراط الفائدة في العقد يحوله إلى عقد ربوي وهذا الشرط محرم بإجماع العلماء؛ لأنه شرط فاسد بغض النظر عن الجهة المسددة سواء كانت الخزينة العمومية أو الفرد المقترض أو أي جهة أخرى فالأصل في تسديد القروض أن يكون بلا زيادة مشروطة على أصله وإلا دخل في الربا المحرم والقرض الذي يجر نفعاً، وهو ما جاء في قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي حيث اعتبر كل زيادة أو فائدة على الدين الذي حل أجله وعجز المدين عن الوفاء به مقابل تأجيله، وكذلك الزيادة أو الفائدة على القرض منذ بداية العقد هاتان صورتان ربا محرم شرعاً⁽²⁾.

يقول الشيخ أحمد حماني رحمه الله رحمة واسعة في نفي التفريق بين جهات الربا «لا فرق في الربا أن يكون من فرد لفرد، أو من جماعة لفرد، أو من فرد لجماعة، أو من دولة لرعية، فرا أو جماعة، فأحكام الدين شاملة لجماعة المسلمين كلهم»⁽³⁾.

وحكم هذا القرض المشروط بزيادة في هذه الصورة (اتفاقية قرض استثماري)، أو الصيغة الثلاثية، هو شرط ربوي محرم؛ لأن الأصل في قضاء الدين والقرض أن يكون مساوياً للدين نفسه صفة، ونوعاً،

(1)- محمد عثمان شبير، القروض التمويلية لدعم التشغيل في الجزائر من منظور فقهي إسلامي، بحوث ندوة التميز الفقهية، المرجع السابق، ص: 59.

(2)- المادة رقم: 4، اتفاقية قرض الاستثمار قرض متوسط المدى، البنك الوطني الجزائري، ص: 5، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المرجع السابق، ص: 22.

(3)- أحمد حماني، فتاوى الشيخ أحمد حماني استشارات شرعية ومباحث فقهية، ج4، المرجع السابق، ص: 161.

ومقدارا، ويجوز قضاؤه عند الأجل المحدد له أو قبله، ويجوز بعده إن رضي صاحب الدين، ويجوز قضاؤه بأفضل صفة ونوعا، ولو قبل حلول الأجل، بشرط ألا يكون القضاء بالأجود نوعا أو صفة مشروطا أو متعارفا عليه بين الناس؛ لأنه عند عدم الشرط يعد من حسن القضاء المأمور به شرعا، ومع وجود الشرط يكون قرضا جر نفعاً وسلفاً جر منفعة وهذا ممنوع ومحرم في الشريعة الإسلامية فكل اشتراط فيه زيادة أو نفع في القرض للمقرض يخرج من عقود الإفراق إلى عقود المعاوضة وهو الربا الصريح في القرآن الكريم يقول تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾، وما روى جابر بن عبد الله قال: «لعن رسول الله ﷺ أكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه، وقال: هم سواء»⁽¹⁾، ومناط حكم الأصل هو: الزيادة المشروطة في القرض بدون عوض، سواء أكانت الزيادة في المقدار أو الصفة، وسواء أكان اشتراط الزيادة في العقد، أم عند تأخر الوفاء⁽²⁾.

ولابد من التفريق بين أصل القروض وفوائدها أن عقود القرض في ذاتها صحيحة لكن التحريم هو للفوائد المشروطة عليها، وهذا مذهب الحنفية القائلين بتصحيح العقد وإلغاء الشرط الربوي وكذلك قاعدة العمل على تصحيح تصرف المسلم بعد الوقوع مهما أمكن ولو برأي غير راجح⁽³⁾.

4- حكم الشروط الجزائية في الصيغة الثلاثية.

لقد تضمنت هذه الصيغة المدروسة في بحثنا هذا مجموعة من الشروط الجزائية والالتزامات التي يراد منها ضبط العقود من التلاعب والتفريط في الالتزامات التي تحكم العقد ومن هذه الشروط التي ذكرت في العقود التمويلية الاستثمارية الداعمة للتشغيل والتي كانت محل نظر العلماء ومحطة الدراسة والمناقشة مدى تأثيرها في العقد من الناحية الصحية والفساد ومن هذه الشروط التي نتناولها بالدراسة نذكر منها ما يلي⁴:

(1)- أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الطلاق باب لعن آكل الربا ومؤكله، رقم: 1598، ج3، ص 1219.

(2)- الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص: 238، وينظر: محمد عثمان شبير، القروض التمويلية لدعم التشغيل في الجزائر من منظور فقهي إسلامي، المرجع السابق، ص: 60، أحمد حماني، فتاوى الشيخ أحمد حماني، ج4، المرجع السابق، ص: 158.

(3)- المعايير الشرعية، المرجع السابق، ص: 171.

(4)- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المرجع السابق، ص: 281، ومحمد عثمان شبير، القروض التمويلية لدعم التشغيل في الجزائر من منظور فقهي إسلامي، المرجع السابق، ص: 63، 64، وعبد الله المصلح وآخرون، ما لايسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 306، ومحمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ج1، المرجع السابق، ص: 875، 876.

أ- اشتراط حلول باقي الأقساط إذا تأخر المدين عن دفع قسط منها.

لقد نص في العقود التمويلية في الشروط والالتزامات والضمانات التي تحكم اتفاقية القرض الاستثماري الذي هو محل الدراسة في بحثنا هذا فقد جاء في المادة العاشرة (10) منه -وهذا الشرط موجود خاصة في معظم الصيغ الثلاثية- على أن المقترض إذا أحل بأحد التزاماته التعاقدية، أو لم يدفع ولم يسدد أي استحقاق، فإنه يحق للجهات الحكومية المكلفة (البنك) المطالبة بالتسديد الفوري للمبالغ المقرضة أي جميع الدفعات والتسديدات بما في ذلك المبالغ التي لم يحل أجلها، بعد خمسة عشر يوما بعد الاعذار⁽¹⁾.

لقد ذكرنا سابقا في القسم النظري مسألة اشتراط حلول بقية الأقساط إذا أحل المدين بالتزامه، وذكر أقوال العلماء وخلافهم في هذه المسألة ونقلنا بعض قرارات المجامع الفقهية والمعايير الشرعية التي قالت بجواز هذا الشرط إذا توفرت شروطه وضوابطه، وأنه غير مؤثر في العقد أو فساده، فهو شرط صحيح يجب الوفاء به، فأغنى ذلك عن الإعادة، ولكن نكتفي بالإشارة فقط.

ومما ينبغي التنبيه له في المسألة، أنه لا بد من التمييز بين المماطل الموسر المليء وبين المماطل المعسر ففي حالة الإعسار لا بد من الإنظار كما جاء في نصوص الوحي من القران والسنة كما قال تعالى: ((وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة))، وهذا الشرط المذكور في هذه الصيغة التمويلية الثلاثية جاء مطلقا غير مفرق بين معسر وموسر، فلا بد من إعادة النظر في العقد من هذه الناحية وتكييفه مع ما يوافق الضوابط الشرعية⁽²⁾.

ومن هذه القرارات المؤيدة لهذه المسألة وقالت بجوازها ما جاء في قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410هـ الموافق 14-20 مارس 1990م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع: "بيع التقسيط"، حيث جاء البند الخامس: يجوز شرعا أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل

(1)-المادة رقم 10، اتفاقية قرض استثمار، البنك الوطني الجزائري، ص: 9.

(2)- عبد الله المصلح وآخرون، ملا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 304.

مواعيدها، عند تأخر المدين عن أداء بعضها، مادام المدين قد رضي بهذا الشرط عند التعاقد⁽¹⁾.
وجاء في كتاب مالا يسع التاجر جهله عند الكلام عن حلول الدين بالمطالبة: «فلا حرج في اتفاق الدائن مع المدين على حلول جميع الأقساط إذا أحل المدين في الوفاء ببعضها»⁽²⁾.
وهذه المسألة يسعها الخلاف وخاصة إذا تعلق الأمر بالمعاملات المالية المعاصرة لكيلا يقع الناس في الضيق والحرج في معاملاتهم، ومادامت الاجتهادات الفقهية المعاصرة قائمة فإنها تعمل على تيسير النوازل والتحقيق فيها وتقديم الموافق للشريعة الاسلامية وإبعاد المعاملة التي تحوم حول الشبه أو أنها تكون حيلة للربا المجمع على تحريمه.

وهذا القول هو الذي مشى عليه محمد عثمان شبير حيث قال: «والذي أراه في هذا الشرط أنه جائز شرعا، فيجوز للدائن أن يشترط حلول باقي الأقساط، إذا تأخر المدين عن سداد قسط منها، لعدم وجود نص يمنع منه، ولأنه يحقق مصلحة لكل من الدائن والمدين، وأما القول بأن الحلول يحقق منفعة زائدة في القرض للدائن؛ فيجانب عنه؛ بأن هذه المنفعة مما لا تجوز المعاوضة عنها؛ لأن الثمن في البيع الأجل قد استقر في ذمة المدين منذ انعقاد العقد، فإذا أراد أن يؤديه قبل حلول الأجل جاز، ولكن لا يجوز أن ينقص منه شيئا مقابل هذا التعجيل عند الجمهور» وهو قول محمد بن عبد العزيز سعد اليميني بالضوابط والشروط التي تجعله صحيحا⁽³⁾.

ب- حكم اشتراط الشرط الجزائي في الصيغة التمويلية الثلاثية.

لقد تضمنت الصيغة الثلاثية شرطا جزائيا كما هو منصوص عليه في الشروط والالتزامات لاتفاقية القرض البنكي، حيث جاء فيه أنه في حالة إحلال المقترض بالتزاماته يحق للمقرض إذا أراد تحصيل دينه أن يستصدر أمرا أو أن يرفع دعوة قضائية أو أن يتخذ أي إجراء آخر كما له الحق أن يدفع له شرطا جزائيا جزائيا كتعويض بنسبة 3% أو 1% سنويا من المبلغ الإجمالي المتبقي الواجب الدفع⁽⁴⁾، وهذه النسبة التي ذكرنا عمل بها في بعض العقود الاستثمارية الداعمة للتشغيل في الجزائر.

(1) - علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 724.

(2) - عبد الله المصلح وآخرون، مالا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 306.

(3) - محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصر، المرجع السابق، ص: 299، 300.

(4) - إبراهيم بن عمر سعيد، القروض التمويلية لدعم التشغيل، المرجع السابق، ص: 24.

ونحن نقتصر على العقد القرضي الاستثماري الذي تحصلنا عليه من الوكالة وذكر فيه الشرط الجزائي كما جاء في المادة السادسة (6)⁽¹⁾ منه الذي بين فيه أنه في حالة التأخر في دفع القرض في الوقت المحدد ينتج عليه فوائد تأخير سواء كان هذا الدين أصلاً أو فوائد أو بأي صفة وجب الأداء بموجب اتفاقية القرض الحالية، ولم يتم الدفع في الأجل المحدد، لأي أجل كان سوف ينتج فوائد تأخير بقوة القانون من تاريخ استحقاقه إلى غاية يوم دفعه الفعلي بنسبة الفوائد المعمول بها مع زيادة 1% سنوياً ويتم وفق فاتورة خاصة على عدد أيام التأخير، والزيادة لا تكون على التأخر في رد القرض الأصلي بل تكون كذلك على الفوائد الربوية التي لم تدفع في الوقت المحدد وهذا ابشع الربا.

والمقصود بالشرط الجزائي في هذا العقد هو: (اتفاق المتعاقدين في ذات العقد أو في اتفاق لاحق، وبشرط أن يكون ذلك قبل الإخلال بالالتزام على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، أو تأخره عنه، وهو يهدف إلى ضمان تنفيذ العقد وعدم التهاون به، وعدم الإخلال بموجبه، فوجوده يجنب المتعاقدين اللجوء إلى القضاء وما فيه من إجراءات قضائية طويلة، ومصاريف باهضة، وهو يعني الدائن من عبء إثبات الضرر الذي يصيبه)⁽²⁾.

وحكم الشرط الجزائي في هذا العقد -اتفاق قرض استثماري- كما ذكرت المادة (6) التي اشترط فيها زيادة 1 بالمائة سنوياً زيادة على أصل القرض الحقيقي وهذه الصورة متعلقة بالديون، وصورته أن البنك اشترط على المقترض أنه في حالة تأخره في سداد الأقساط في الأوقات المتفق عليها وفق الشروط المتفق عليها يفرض عليه زيادة مقدرة ب 1% زيادة على أصل الدين وهذا شرط لا يجوز بإجماع العلماء؛ لأنه صريح ربا النسيئة الذي اتفقت المجامع الفقهية المعاصرة والهيئات العلمية والمؤسسات الإفتائية على تحريمه ومنعه والتشجيع على صاحبه، وسبق أن بينا في القسم النظري حكم دخول الشرط الجزائي على الديون ونقلنا كلام العلماء في ذلك وأنه من الربا المحرم ربا الجاهلية، وبما أن هذه الصيغة الثلاثية معاملة دين وقرض من البنك فإن النص على الشرط الجزائي في هذا العقد هو عين الربا الذي منعه الشريعة الإسلامية وتظافت عليه الإجماعات الفقهية⁽³⁾.

(1) - المادة رقم: 6، اتفاقية قرض استثمار، البنك الوطني الجزائري، ص: 6.

(2) - محمد عثمان شبير، القروض التمويلية لدعم التشغيل في الجزائر من منظور فقهي إسلامي، المرجع السابق، ص: 67.

(3) - محمد بن عبد العزيز بن سعد اليماني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 298، 299.

وعليه نخلص إلى أن الشرط الجزائي في الصيغة التي ذكرنا اتفاق قرض استثماري أو الصيغ التمويلية الثلاثية الأخرى التي تضمنت نفس الشرط يعتبر شرطا فاسدا مفسدا للعقد؛ لأن العقد أصبح عقد ربويا وليس قرض ارفاق وقد سبق أن بينا أثر الشرط الجزائي في الديون ما يكفي فأغنى عن الإعادة هنا⁽¹⁾.

وللتوضيح أكثر أنقل ما جاء في قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من يوم الأحد 13 رجب 1409 هـ الموافق 19 فبراير 1989م إلى يوم الأحد 20 رجب 1409 هـ الموافق 26 فبراير 1989م قد نظر في موضوع السؤال المطروح من فضيلة الشيخ يوسف البرقاوي رئيس قسم الدعوة والإرشاد في الزرقاء بالأردن، وصورته كما يلي: «إذا تأخر المدين عن سداد الدين في المدة المحددة، فهل له-أي البنك- الحق أن يفرض على المدين غرامة مالية جزائية بنسبة معينة، بسبب التأخير عن السداد في الموعد المحدد بينهما»، وبعد الدراسة والبحث قرر المجمع الفقهي بالإجماع ما يلي:

إن الدائن إذا اشترط على المدين أو فرض عليه أن يدفع له مبلغا من المال غرامة مالية جزائية محددة أو بنسبة معينة إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما، فهو شرط أو باطل، ولا يجب الوفاء به، بل ولا يحل، سواء كان الشارط هو المصرف أو غيره، لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه⁽²⁾.

فالشروط الجزائية في الديون مجمع على حرمتها بين المسلمين فيجوز أن يكون الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ماعدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينا، فإن هذا من الربا الصريح والربا الجاهلي الذي لا يتسامح فيه، وبناء على هذا لا يجوز الشرط الجزائي في الصيغة التمويلية الثلاثية التي ذكرناها ودرسناها اتفاق قرض استثماري؛ لأنها دينا وهذه الصورة مجمع على تحريمها لتعلقها بالديون⁽³⁾.

د- حكم اشتراط التعويض التأخيري أو غرامات التأخير في الصيغ التمويلية الداعمة للتشغيل.

اختلف العلماء في تعويض التأخير أو الغرامات التأخيرية هل هي جائزة أم لا وهل هي من باب التعويض عن الضرر الحاصل من المدين المماطل أم لا، وأوجزنا مذاهبهم وأقوالهم في رأيين في القسم النظري، ونعيدهم هنا باختصار من باب ربط المسائل ببعضها البعض وهي عن النحو التالي:

(1)-قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المرجع السابق، 281.

(2)-علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 399.

(3)-المرجع نفسه، ص: 158.

-القول الأول:

ذهبوا إلى جواز التعويض التأخيري أو غرامات التأخير وهو من باب التعويض عن الضرر الواقع على الدائن، والضرر يزال كما هو مقرر في القواعد الفقهية فالمدين المماطل القادر الممتنع عن التسديد والوفاء بالتزامه يستحق العقوبة المالية، تعويضا للدائن لحرمانه من منافع ماله في مدة التأخير ويكون بالتعويض المالي لأن مطله ظلم ومن باب الغضب وتفويت فرصة الربح على صاحب المال، وقال بهذا طائفة من العلماء المعاصرين، ومنهم مصطفى الزرقاء، والصدیق الضرير وغيرهم من العلماء والباحثين وقد توسعنا في ذكر أدلتهم في القسم النظري فليرجع لذلك⁽¹⁾.

وبناء على هذا الرأي فإن الغرامة التأخيرية المنصوص عليها في العقود التمويلية - الصيغ الثلاثية - بنسبة 1 % أو أقل أو أكثر جائزة ويجب الوفاء بها، لأنها من باب إزالة الضرر ودفعه وسد الذريعة أمام الدين يأكلون أموال الناس بالباطل.

القول الثاني:

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى منع التعويض التأخيري أو الغرامات التأخيرية؛ لأن التعويض المالي للدائن عند تأخره عن سداد دينه ما هو إلا فائدة ربوية محرمة مهما اختلفت المسميات والألفاظ، فإن الحقيقة هي الوصول إلى الربا بهذه الحيل، ومن هولاء الذين قالوا بالمنع وعدم الجواز: الدكتور نزيه حماد، ورفيق المصري -رحمه الله- وغيرهم من العلماء الذين ذكرنا سابقا، وذلك؛ لأن التعويض المالي عن ضرر التأخير في الدين يعتبر زيادة مشروطة في القرض، وهذا ربا محرم بإجماع العلماء؛ فتح الباب للتعويض عن التأخير يؤدي إلى التساهل في الربا وأكله بلا نكير، وقد ذكرنا أقوالهم في القسم النظري فيكفي لمن أراد الرجوع إليه⁽²⁾.

(1) محمد عثمان شبير، القروض التمويلية لدعم التشغيل في الجزائر من منظور فقهي إسلامي، المرجع السابق، ص: 69، ومحمد جعواني، الصيغ التمويلية في البنوك التشاركية، المرجع السابق، ص: 69-68.

(2) محمد عثمان شبير، المرجع نفسه، ص: 68، 69، ومحمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 303، وموسى إسماعيل، الفتاوى الشرعية في المسائل الدينية، المرجع السابق، ص: 133، وأبو عمر عبد الله بن محمد الحمادي، التكييف الشرعي لبطاقات الائتمان، المرجع السابق، ص: 41.

وبناء على هذا القول فإن الغرامات التأخيرية أو التعويض عن التأخير في الصيغة التمويلية الثلاثية الداعمة للتشغيل سواء كانت 1% أو أكثر يعتبر شرطا غير جائز ومفسدا للعقد، وبمنع في الديون؛ لأنه من الربا المحرم المجمع عليه، لذلك نجد جمهور الباحثين الدارسين لهذه الصيغة في ندوة التميز الفقهية، خلصوا إلى المنع والتحريم ديانة ثم البطلان قضاء والذين ذهبوا هذا المذهب هم: عثمان شبير، مصطفى باجو، باحمد رفيس، واللجنة العلمية وخالد بابكر، وإن اختلفوا في طرق النظر إلى الموضوع ومعالجة المسألة إلا أنهم اتفقوا في النتيجة وهي التحريم والبطلان⁽¹⁾.

وهو الذي رجحته الكثير من المجامع الفقهية والمعايير الشرعية حيث جاء في نص المعايير الشرعية للمحاسبة المالية الاسلامية: «لا يجوز اشتراط التعويض المالي نقدا أو عينا، وهو ما يسمى بالشرط الجزائي، على المدين إذا تأخر عن سداد الدين، سواء نص على مقدار التعويض أم لم ينص، وسواء كان التعويض عن الكسب الفائق-الفرصة الضائعة-أم عن تغير قيمة العملة»⁽²⁾.

وأصرح من هذا الكلام وأبعد منه أنهم قالوا لا يجوز مطالبة المدين عند القضاء من تأخير الدين حيث جاء في النص: «لا يجوز المطالبة القضائية للمدين بالمطل بالتعويض المالي نقدا أو عينا عن تأخير الدين»⁽³⁾.

ومما يجب التنبيه عليه في هذا المسألة، أنه إذا كان الشرط الجزائي محرما وممنوعا في الديون، فإنه من باب أولى إذا اقتزن به القرض البنكي الربوي الذي يشترط فيه الزيادة على أصله وفي هذه الصورة اشترط على المقترض الزيادة في حال تأخره وعدم الوفاء بالتزامه بالوقت المحدد، وهذا هو القرض الذي يجز نفعا بل هو أبشع الربا المحرم وأشد تأثيرا في فسادة العقود، وقد بينا حكمه سابقا فيكفي ويغني عن الإعادة هنا⁽⁴⁾.

وفي هذا الصدد ومن ناحية أخرى فإن الحاجة ماسة إلى التأكيد على أن عقد القرض ليس عقدا استثماريا، وأن ما يشترطه المقرضون من الزيادات سواء أكانوا أفرادا أم مصارف هو الربا الحرام الذي تنزل به القرآن بتحريمه وتوعده أكلته بحرب من الله ورسوله.

(1)- بابكر خالد بن محمد، القروض الاستثمارية في ميزان الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 193.

(2)- المعايير الشرعية، المرجع السابق، ص: 93.

(3)- المرجع نفسه، ص: 93.

(4)- أحمد حماني، فتاوى أحمد حماني، ج4، المرجع السابق، ص: 150.

ولأنه إذا خرجت القروض من قالب الشرعي الأصلي لها من الإحسان والإرفاق إلى المشاريع الاستثمارية فإن شبهة الربا والاستغلال تصبح قوية وواضحة ومؤثرة في العقود المالية الخاصة بالقروض، فإن لم تضبط بالضوابط الشرعية تصبح استثمارات تجارية⁽¹⁾.

يقول الدكتور محمد علي فركوس في إحدى فتاويه بشأن الاستفادة من البنوك بواسطة ديون تشغيل الشباب «ولا يفك عن الشباب العاطل ما أغلق عليه من آفاق العمل بإسعافه بقروض ربوية تتكفل الدولة بتسديد فوائدها؛ إذ المعلوم أن القرض لا يفقد صفة ربويته إذا قام غير المقترض بتسديده، سواء كان المتكفل بالتسديد شخصا طبعيا كأحد أقاربه أو شخصا معنويا اعتباريا كإحدى الهيئات الإدارية أو المؤسسات الحكومية؛ لأن الزيادة الربوية اشترطت عند عقد القرض، فهي تندرج ضمن كل قرض جر منفعة فهو ربا بغض النظر عن مسدده»⁽²⁾.

وأختم هذا المبحث بفتوى لموسى إسماعيل تلخص لنا النظرة الشرعية الجامعة والواضحة لهذه المعاملات المالية في إطار التمويل التشغيلي للشباب وما يعترئها من الخلل والنقص، وهي نص صريح في حكم القروض الربوية وللفادة نقل السؤال والجواب : السؤال: أنا شاب عاطل عن العمل، لا أملك سكنا، ولا أستطيع توفير المال الكافي للزواج، بحثت عن وظيفة مستقرة ولم أتمكن من الحصول عليها، فكرت في أخذ قرض في إطار ما يسمى بتشغيل الشباب لكنني ترددت في ذلك لخوفي من أكل الربا، وقد علمت في هذا الأسبوع أن الفائدة قد ألغيت من هذا القرض، فهل يجوز لي أن أخذ قرضا لأفتح به مشروعا⁽³⁾.

فكان نص الجواب: نشكرك أولا على حرصك وخوفك من أكل مال الحرام؛ لأن مال الربا من أشد أنواع المال الحرام حتى أعلن الله سبحانه وتعالى الحرب على المرابين فقال: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ﴾ [البقرة: 275]، إلى أن قال: ﴿يَأْيُهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ (٢٧٨) فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ

(1)- عبد الله المصلح وآخرون، ملا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 211.

(2)- محمد علي فركوس، الموقع الرسمي الفتوى رقم: 467، يوم 1 جانفي، 2024م، 14:48.

(3)- موسى إسماعيل، الفتاوى الشرعية في المسائل الدينية والدنيوية، ج3، المرجع السابق، ص: 132.

اللَّهُ وَرَسُولِهِ ﴿البقرة: 279﴾.

وكون الفائدة قد ألغيت من القروض الخاصة بتشغيل الشباب لا يعني ذلك أن الربا غير موجود؛ لأن البنوك لا تزال تأخذ الفوائد الربوية من تلك الصناديق التي أنشئت لدعم الشباب البطال، والتعامل معها هو من باب التعاون على الإثم، فالأصل عدم جواز ذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: 2].

والواجب على الجهات المسؤولة أن تستحدث تعاملات لفائدة الشباب موافقة لمبادئ الشريعة لا إيجاد حلول ترقيعية آنية لا تتوافق مع الشرع الحنيف.

وبالنسبة لتعامل الشباب مع هذه الوكالات نقول: إن كان الشباب غير مضطر ولا محتاج إلى هذه القروض فلا يحل له ذلك لأجل الربا وإن لم يدفعها هو بنفسه، وأما إن كان مضطرا إليها أو محتاجا للتعامل معها بأن كانت حالته الاجتماعية مزرية ولا يملك وظيفة توفر له المال الكافي لتحقيق ظروفه المعيشية من سكن وزواج وأكل ولباس فلا بأس أن يتعامل بمثل هذه القروض بنية الضرورة والحاجة لا بنية أنها مباحة، والله عز وجل يقول: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاعٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: 173]⁽¹⁾.

5- بدائل مقترحة عن الصيغ التمويلية (القروض) الداعمة للتشغيل.

نظرا لوجود الكثير من الإشكالات في هذه الصيغ المتعامل بها في العقود التمويلية تحتم على العلماء والباحثين البحث عن البدائل الشرعية الموافقة لقواعد الشريعة الاسلامية النابعة من الفقه الإسلامي، والبحث عن المخارج التي يطمئن إليها المسلم ويلجأ إليها في المعاملات المالية، ومن هذا الصيغ البديلة عن التعاقدات الربوية التي ذكرها العلماء للتقليل من ظاهرة الربا والتخلص من الحيل والخرج الناجم عن هذه العقود نذكر ما يلي :

أ- صيغة المرابحة للأمر بالشراء من البدائل الشرعية عن القروض والصيغ الربوية.

تعتبر المرابحة للأمر بالشراء من الصيغ المعاصرة البديلة عن المعاملات الربوية التي لجأت إليها الكثير من

⁽¹⁾ موسى إسماعيل، الفتاوى الشرعية في المسائل الدينية والدينية، المرجع السابق، صك 132.

البنوك والمصارف الإسلامية، فيمكن للجهات الحكومية والمؤسسات التمويلية التي تقوم بتدعيم الشباب في بلادنا أن تستبدل هذه الصيغ والعقود القرضية بصيغة المراجعة لآمر بالشراء، والطريقة هي: أن القرض من شخص آخر أو على المصرف الإسلامي أن يشتري سلعة أو أدوات المشروع المعينة بمواصفات محددة، وذلك على أساس وعد من الطالب بشراء السلعة أو الأدوات اللازمة له مراجعة، وذلك بالنسبة أو الربح المتفق عليه، ويسدد الثمن على دفعات أو أقساط تبعا لإمكانياته، وقدرته المالية⁽¹⁾.

والمراجعة من العقود والصيغ الجائزة التي اتبعتها الكثير من المصارف الإسلامية المعاصرة بالضوابط الشرعية التي حددها وذكرها العلماء حتى تكون معاملة خالية من الربا أو من وسائله المفضية إليه وهي بذلك تعتبر تصحيحا للعقود التمويلية المنوعة المخالفة للشرعية الإسلامية⁽²⁾.

ب- القروض الحسنة كبديل شرعي عن الصيغ التمويلية الربوية بإشراك الأجهزة العمومية مع البنوك لدعم تشغيل الشباب.

يعتبر القرض الحسن بدون اشتراط الزيادة على أصل القرض من أفضل البدائل الشرعية التي يلجأ إليها في المعاملات المالية المعاصرة من أجل الخروج من الحرج الربوي الذي تتعامل به البنوك الحديثة التي تقوم أساسا على الإقراض بزيادة؛ لأنها تنظر إلى هذا العقد على أنه عقد استثماري ربحي لا عقد إرفاق تبرعي تعاوني التي قصد منها التوسيع على الناس وتشجيعهم على العمل والمساهمة الاقتصادية فوضعت الشريعة القاعدة المعروفة كل قرض جر نفعاً فهو ربا، فقطعت الطريق أمام المرابين واستأصلت جذور الربا بقطع وسائله وحيله لتصفو المعاملات من كل الأطماع والاستغلالات غير شرعية⁽³⁾.

يقول ابن جزى المالكي -رحمه الله- مبينا حكم القرض في الشريعة الإسلامية والشروط التي تصح به حيث قال: «المسألة الأولى في حكمه، وهو جائز وفعل معروف، سواء كان بالحلول أو مؤخرا إلى أجل معلوم، وإنما يجوز بشرطين: أحدهما: ألا يجز نفعاً، فإن كانت المنفعة للدافع منع اتفاقاً؛ للنهي عنه

(1) محمد عثمان شبير، القروض التمويلية لدعم التشغيل في الجزائر من منظور فقهي إسلامي، المرجع السابق، ص: 79.

(2) المرجع نفسه، ص: 70.

(3) سعد الله بن سعيد بوسنان وآخرون، القروض التمويلية لدعم التشغيل رؤية فقهية، المرجع السابق، ص: 129، وأبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، المرجع السابق، الجزء 2، ص: 404-405.

وخروجه عن باب المعروف، وإن كانت للقابض جاز، وإن كانت بينها لم يجز لغير ضرورة...»⁽¹⁾.

فالقروض الممنوعة هي التي تجر نفعا والتي تخرج عن المعنى الأصلي الذي أرادته الشريعة الإسلامية من الإرفاق والمعروف فإذا خرج عن هذا المعنى المراد كما هو بالنسبة للقروض الداعمة للشباب، فإنه حينئذ يصبح عقدا ربويا غير جائز وهو وما جاء متضمنا في كلام العلامة ابن جزى⁽²⁾.

ج- الإلزام بالتبرع كبديل شرعي عن الغرامات التأخيرية والعقوبات المالية في الديون والقروض.

لقد توصل الكثير من العلماء والباحثين إلى عدم جواز الشروط الجزائية والغرامات التأخيرية في الصيغ التمويلية القائمة على القروض؛ لأنها من الربا المحرم الذي كان في الجاهلية وإن اختلفت التسمية إلا أن المؤدى واحد؛ لذلك اعتبروا الشرط الجزائي وغرامة التأخير في الديون ربا محرم بالإجماع فهو شرط فاسد ومفسد للعقد، وانطلاقا من هذا الخلاف في المسألة ونظرا لخطورتها؛ لأنها متعلقة بالربا، فهذا الأمر حتم على العلماء والباحثين السعي لإيجاد حلول وبدائل شرعية عن التغريم المالي والشرط الجزائي في الديون خاصة لقوة الشبهة في التعامل بها، ومن هذه البدائل الشرعية التي طرحت الإلزام بالتبرع في حالة إخلال المدين بالتزاماته في العقود التمويلية، وقد ذكرنا اختلاف العلماء في هذه المسألة وبيننا أقوالهم ومستندهم فيها⁽³⁾.

وحكم هذا الشرط في العقود التمويلية المعاصرة مبني على حكم هذه المسألة فمن قال بجواز اشتراط الإلزام بالتبرع اعتبره كبديل ومخرج من مشكلة التأخير في الديون، ولأنه تعزير مالي لا يعود للدائن بل لصالح المصارف العامة، «وهو قول ابن نافع ولابن دينار والحطاب والحناابلة والشافعية في قول والدكتور المصلح، والدكتور الصاوي، وقد ذكرنا ذلك سابقا في القسم النظري»⁽⁴⁾.

ومن منع وقال بالتحريم واعتبره من باب التحايل على الربا بتغيير التسميات، فهو شرط فاسد مفسد للعقود التمويلية الداعمة لتشغيل الشباب وهو، «مهوور المالكية في المشهور، وهو مقتضى قول

(1)- محمد بن أحمد بن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص: 280.

(2)- أحمد حماني، فتاوى الشيخ أحمد حماني، ج4، المرجع السابق، ص: 150.

(3)- عبد الله المصلح وآخرون، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 304، ومحمد عثمان شبير، القروض التمويلية لدعم التشغيل في الجزائر من منظور فقهي إسلامي، المرجع السابق، ص: 82، 84.

(4)- محمد عثمان شبير، المرجع نفسه، ص: 307، و يوسف بن عبد الله الشبيل، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، المرجع السابق، ج1، ص: 131، و محمد جعواني، الصيغ التمويلية في البنوك التشاركية، المرجع السابق، ص: 69، 68.

الحنفية، والشافعية، لأنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائم موجهه؛ لأن فيه منفعة لأجنبي، كما أن فيه ضررا على أحد المتعاقدين؛ ولأن الجبر على التطوع غير مشروع، ولا تخرجه التسمية عن معنى الربا، فهو صدقة مقابل الإنظار»⁽¹⁾.

ولكن القول بجواز هذا الشرط- أعني الإلزام بالتبرع- هو الذي قالت به الكثير من الهيئات العلمية وجاء في المعايير الشرعية وأيدته فتاوى الكثير من العلماء المعاصرين وهو القول القريب من السياسة الشرعية، خاصة في غياب البدائل في المعاملات المالية المعاصرة فالجنوح إلى هذا الرأي فيه نوع من المحافظة على حقوق الناس وعدم ضياعها واستقرار الثقة بين الدائن والمدين، ومن هؤلاء الذين رجحوا هذا القول من العلماء المعاصرين الدكتور محمد عثمان شبير حيث قال: (والذي أراه ما ذهب إليه ابن نافع وابن دينار والحنابلة والشافعية في قول من أن اشتراط دفع صدقة للفقراء إذا تأخر المدين عن الوفاء بدينه جائز، ويجب على المدين الوفاء به؛ لأنه تضمن مقصودا صحيحا من الشرع وهو تحقيق النفع للفقراء، وحفز المدين على الوفاء بالدين في الوقت المحدد، وتوفير الاطمئنان للدائن على ماله)⁽²⁾.

وجاء في المعايير الشرعية التصريح بجواز إلزام المدين بالتبرع ونصها كالتالي: «يجوز أن ينص في عقود المداينة؛ مثل المراجعة، على التزام المدين عند المماطلة بالتصدق بمبلغ أو نسبة من الدين بشرط أن يصرف ذلك في وجوه البر عن طريق المؤسسة بالتنسيق مع هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة»⁽³⁾.

(1)- محمد عثمان شبير، القروض التمويلية لدعم التشغيل في الجزائر من منظور فقهي إسلامي، المرجع السابق، ص: 84، ويوسف بن عبد الله الشبيل، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، المرجع السابق، ج1، ص: 131، وينظر: ينظر: محمد جعواني، الصيغ التمويلية في البنوك التشاركية، المرجع السابق، ص: 69-68.

(2)- محمد عثمان شبير، المرجع نفسه، ص: 82-84، ويوسف بن عبد الله الشبيل، المرجع نفسه، ج1، ص: 131، ومحمد جعواني، المرجع نفسه، ص: 69-68.

(3)- محمد جعواني، الصيغ التمويلية في البنوك التشاركية، المرجع السابق، ص: 69-68، والمعايير الشرعية، المرجع السابق، ص: 94-93.

المطلب الثالث: الشرط الجزائي في تمويل العقود الفلاحية بالجزائر.

يعتبر القطاع الفلاحي من الموارد الاقتصادية ومن المؤسسات التنموية التي أولتها الدولة الجزائرية بالغ الاهتمام منذ الاستقلال، وذلك من خلال الكثير من السياسات والإصلاحات الجادة المنتهجة من طرف المؤسسات الفلاحية المعتمدة من طرف الدولة من وكالات وبنوك فظهرت الإصلاحات الفلاحية من عقود الامتياز، والإيجارات وظهرت القروض الفلاحية والصيغ التمويلية والتعاونيات والمستثمرات الجماعية والتوجه إلى الصيرفة الاسلامية والعقارات الفلاحية كل ذلك من أجل النهوض بهذا القطاع وتحقيق فقرة اقتصادية واجتماعية والوصول إلى مصاف الدول المتطورة في المجال التنموي، ولعل من أبرز العقود والصيغ التي تبنتها الدولة الجزائرية في هذا المجال الصيغ التمويلية المتمثلة في عقد الرفيق والتحدي وعقود الامتياز الفلاحي، وهي العقود المعنية بالدراسة في هذا المبحث.

الفرع الأول: الشرط الجزائي في عقد الامتياز الفلاحي.

لقد لجأت الدولة الجزائرية إلى عدة طرق استثمارية استصلاحية من أجل الرقي بالتنمية الفلاحية والاقتصادية، ومن هذه الطرق عقود الامتياز الفلاحي فما هي هذه العقود وما هو تكييفها الشرعي وما حكم الشرط الجزائي الذي تضمنته هذه العقود، وقبل الحديث عن هذه العقود يجدر بنا الإشارة إلى المراحل الإصلاحية في قطاع الفلاحة التي مرت بها عندنا في الجزائر ويمكن تقسيمها إلى عدة مراحل نوردتها كالتالي:

المرحلة الأولى: وتبدأ هذه المرحلة من خلال صدور المرسوم المتعلق باستغلال الأراضي الفلاحية ورقمه هو 65/63 المؤرخ في 1963/03/22، المتضمن الاستغلال الفلاحية الشاغرة، غير أن هذا النوع من التسيير نتج عنه اختلال في التموين والتسويق، الأمر الذي جعل من هذا الأسلوب من التسيير عديم الفعالية، من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، ونتيجة لذلك صدر الأمر رقم 653/68 المؤرخ في 1968/09/30، الخاص بالتسيير الذاتي في الفلاحة الذي جعل من العمال منتجين ومسؤولين، إذ منح لهم هذه الأراضي، بدون مقابل، ولمدة غير محدودة، لكن لا يجوز لهم التصرف في هذه الأراضي أو امتلاكها بالتقادم أو إيجارها أو الحجر عليها كما أنه لا يجوز استغلالها إلا بصفة جماعية⁽¹⁾.

(1)- أحمد صالح علي، عقد الامتياز الفلاحي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، ص: 158.

المرحلة الثانية: وتبدأ هذه المرحلة منذ صدور الأمر 73/71 المؤرخ في 8/11/971، المتعلق بالثورة الزراعية التي كانت تهدف إلى التوزيع العادل والفعال لوسائل الإنتاج، وأول هذه الوسائل الأراضي الفلاحية. وهذا الأمر منح الأراضي الفلاحية، بدون مقابل لاستغلالها بصفة جماعية أو فردية في شكل تعاونيات فلاحية، وقد تنازلت الدولة عن حق الانتفاع للفلاحين، بصفة مؤبدة وهذا الحق ينتقل إلى الورثة الذكور دون الإناث، لكنه غير قابل للتنازل أو التصرف فيه أو الحجر عليه غير أن ضعف النتائج الاقتصادية المسجلة في الميدان الفلاحي وكثرة العراقيل، وعدم التحكم في التسيير جعل الدولة تفكر في إصلاحات جذرية شاملة للقطاع الفلاحي وتمثل المرحلة الثالثة والرابعة التي سندكرها من أكبر الإصلاحات وأعظم السياسات في القطاع الفلاحي⁽¹⁾.

المرحلة الثالثة: وتبدأ هذه المرحلة من سنة 1981، وتعتبر هذه المرحلة تجسيدياً ميدانياً لمقررات اللجنة المركزية لحزب جبهة التحرير الوطني، في دورتها المنعقدة في جوان 1980 والتي نصت على دعم القطاع الفلاحي، وتطهيره من مختلف الانحرافات، وتحسين الاستغلالات الزراعية، وتطبيقاً للتعليمية الرئاسية رقم 14 المؤرخة في 17/03/1981 المتعلقة بإعادة الهيكلة، وكلف وزير الفلاحة والثورة الزراعية، بتطبيق إعادة الهيكلة في القطاع الفلاحي، بحيث يشرف على أجهزة التنفيذ، المتمثلة في لجنتين، لجنة ولائية، ولجنة وطنية، وقامت اللجنتان بالإشراف على عمليات إعادة الهيكلة للقطاع الفلاحي التي انتهت سنة 1983.⁽²⁾

المرحلة الرابعة: ونستطيع أن نقول أن هذه المرحلة تبدأ من سنة 1987، وتمثل في جملة من الإصلاحات بموجب 19/87 المؤرخ في 1987/12/08، والمتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، وهذا القانون هو عبارة عن إعادة النظر في كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للدولة، التي نظمها قانون الثورة الزراعية والنصوص المتعلقة بالتسيير الذاتي للمزارع، وكان يهدف هذا القانون إلى تفادي الأخطاء السابقة وإعطاء أكبر ضمانات للمستفيدين، بمنحهم حقاً عينياً عقارياً، قابل للنقل والتنازل والحجز، وهو حق انتفاع دائم

(1)- أحمد صالح علي، عقد الامتياز الفلاحي، المرجع السابق، ص: 158.

(2)- المرجع نفسه، ص: 159.

ينتقل إلى الورثة الذكور والإناث، وملكهم الأملاك السطحية، وملكية تامة وهو يعتبر طفرة نحو الخصوصية، لصدوره في ظل دستور 76، المتبني المنهج الاشتراكي.

وبما أن للعقار الفلاحي أبعاد اقتصادية واجتماعية وسياسية في الدولة الجزائرية، فقد جاء قانون 03/10 بهدف تحديد قواعد استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ورفع الإنتاج والإنتاجية، وتفادي كل العراقيل مهما كان نوعها، كما يهدف هذا القانون، إلى تفادي كل الأخطاء السابقة، بإعطاء المستثمر الفلاحي، ضمانات أكبر وهذا بمنحه حقا عينيا قابلا للتنازل.

وقد جاء القانون 03/10 المؤرخ في 15 2010/08، لتحديد الإطار القانوني لاستغلال الأراضي الفلاحية، التي يقوم باستغلالها واستثمارها المستثمر صاحب الامتياز.

ويمنح حق الامتياز، بموجب تصرف قانوني بين الدولة والمستثمر، وأهم أثر لهذا التصرف، هو إنشاؤه لحق عيني عقاري، وهو ما اصطلح على تسميته بحق الامتياز⁽¹⁾.

الفرع الثاني: عقد الامتياز ومشروعيته وأقسامه وتكيفاته الفقهية.

ونتكلم في هذا الفرع على مفهوم عقد الامتياز ومشروعيته وبعض أقسامه وتكيفاته الفقهية قبل التطرق الى حكم الشرط الجزائي في هذا النوع من العقود والصيغ وهي كما يلي:

أولاً: تعريف عقد الامتياز شرعاً.

المقصود بعقد الامتياز منح طرف لآخر حق الاستغلال أو الإنشاء أو الإدارة ممن يملك هذا الحق بمقابل يتفق عليه⁽²⁾.

ثانياً: مشروعية عقود الامتياز.

الأصل في عقود الامتياز المشروعية مادامت محكمة بالضوابط الشرعية، ولم تخالف أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، وهي من العقود التي تتحقق بها المصالح العامة المنوطة بولي الأمر، أو المصالح المستهدفة للمتعاقدين.

(1)- أحمد صالح علي، عقد الامتياز الفلاحي، المرجع السابق، ص: 160، 161.

(2)- المعايير الشرعية، المرجع السابق، ص: 593.

ولا مانع من الناحية الشرعية من تنظيم تلك الإجراءات اللازمة لمنح الامتيازات وفرض الرسوم عليها، أو اشتراط المقابل على النحو المتعاقد عليه، إذا حلت من الربا والغرر وغيرهما من المحظورات، وروعي فيها العدالة وتكافؤ الفرص وتحقيق المصلحة العامة⁽¹⁾.

ثالثا: مفهوم عقد الامتياز الفلاحي.

يهدف قانون 03/10 إلى تحديد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة بالدولة، ويشمل مجال تطبيقه الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة بالدولة التي كانت خاضعة للقانون 19/87.

ومن خلا هذا القانون عرف عقد الامتياز كما جاء في المادة 04 من القانون 03/10 المؤرخ في 2010/08/15، الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة بالدولة بأنه: «العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من الجنسية الجزائرية يدعى في صلب النص -المستثمر صاحب- حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة بالدولة، وكذا الأملاك السطحية المتصلة بها، بناء على دفتر شروط، يحدد عن طريق التنظيم لمدة أقصاها 40 سنة، قابلة للتجديد، مقابل دفع إتاوة سنوية، تضبط كيفيات تحديدها، وتحصيلها بموجب قانون المالية»⁽²⁾.

ويقصد في مفهوم هذا القانون ب الأملاك السطحية مجموع الأملاك الملحقة بالمستثمرة الفلاحية ولا سيما منها المباني والأغراس ومنشآت الري⁽³⁾.

رابعا: أقسام عقود الاستغلال.

ويمكن أن نتكلم هنا على ثلاثة أنواع من عقود الامتياز المشهورة التي ذكرت في المعايير الشرعية، والتكليفات الفقهية التي خرجت عليها عقود الامتياز المشهورة، ومعظم ما ذكره الباحثون المعاصرون لا يخرج على هذا التقسيم أو يرجع إليه وهي كالتالي:

أ- عقود امتياز الاستغلال.

ويقصد بعقد الاستغلال هو اتفاق بين الدولة وشخص طبيعي أو اعتباري -مؤسسة- يعطى

(1) المعايير الشرعية، المرجع السابق، ص: 593.

(2) المادة رقم: 4، من القانون رقم: 03-10، مؤرخ في 5 رمضان عام 1431 الموافق 15 غشت سنة 2010، يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد: 46، ص: 4-5.

(3) المرجع نفسه، وأحمد صالح علي، عقد الامتياز الفلاحي، المرجع السابق، ص: 163.

صاحب الامتياز حقا منفردا في استغلال المعادن أو المياه وما في حكمها وإنتاجها لقاء مقابل⁽¹⁾.

ب- التكييف الشرعي لعقود امتياز الاستغلال.

ما يمكن أن يقال في هذا أن استغلال المعادن ومصادر المياه وما شابهها لا يحصل إلا بالتنقيب عنها وهو عمل مجهول مقداره، والمقابل الذي يحصل عليه صاحب الامتياز مبلغ معلوم وهو حصة من النتائج محددة بالنسبة أو بالكمية والتكييف الشرعي لهذه العقود هو أنها من صور الجعالة: فالدولة هي الجاعل، والمؤسسة المستخرجة هي العامل، والمقابل المحدد هو الجعل فتخريجه الشرعي هو الجعالة⁽²⁾.

والجعالة من العقود الجائزة في الشريعة الإسلامية بالضوابط الشرعية التي حددها العلماء فتكييفها بالجعالة لا يشكل أي حرج للمتعامل بهذه الصيغة، وهذا بناء على قول جماهير أهل العلم الذين ذهبوا إلى جواز عقد الجعالة خلاف لبعض المذاهب وفي هذا يقول ابن رشد رحمه الله رحمة واسعة «وقد اختلف العلماء في منعه وجوازه، فقال مالك: يجوز ذلك في اليسير بشرطين: أحدهما أن لا يضرب لذلك أجلا، والثاني أن يكون الثمن معلوما، وقال أبو حنيفة: لا يجوز، وللشافعي قولان.... واجماع الجمهور على جوازه في الإباق والسؤال، وما جاء في الأثر من أخذ الثمن على الرقية بأمر القرآن، وعمدة من منع الغرر الذي فيه قياسا على سائر الإيجارات...»⁽³⁾.

ج- عقود امتياز الإنشاء.

ويقصد بعقود امتياز الإنشاء هو عقد بين الدولة وطرف آخر لإقامة مشروع يتعلق غالبا بالمرافق العامة يتم إنشاؤه بمواصفات معينة، وله صور منها⁽⁴⁾:

- أن ينشئ الحاصل على الامتياز مشروعا بمواصفات معينة على أرض للدولة يكون مملوكا لها، وتكون منافعه مملوكة لصاحب الامتياز مدة معينة تعود بعدها للدولة.

(1)- المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ص: 594.

(2)- المرجع نفسه، ص: 595، وسليمان بن عبد الله بن محمد التركي، عقد الامتياز، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بدمياط الجديدة، العدد 6، 2018م، ص: 464.

(3)- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، المرجع السابق، ص: 20، وابن جزري، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص: 268، والخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج5، المرجع السابق، ص: 487، وعبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج2، المرجع السابق، ص: 265.

(4)- المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المرجع السابق، ص: 598.

- أن ينشئ الحاصل على الامتياز مشروعاً بمواصفات معينة يكون ملكاً له ولكن على أرض للدولة وينتفع به مدة معينة ثم يملك إنشاءات المشروع إلى الدولة.

- أن ينشئ الحاصل على الامتياز مشروعاً بمواصفات معينة على أرض للدولة وتكون إنشاءات المشروع أيضاً ملكاً لها، ويشتركان في إيرادات المشروع حسب الاتفاق، وذلك طول مدة محددة يتم بعدها تمليك المشروع إلى الحاصل على الامتياز.

د- التكييف الفقهي لعقود امتياز الإنشاء ومقابله العملي.

ويختلف التكييف الفقهي في هذه الحالة بحسب الصورة المتفق عليها بين الطرفين ويمكن حصرها في صورتين هما ما يلي (1) :

- **الصورة الأولى:** إذا كان التزام الحاصل على امتياز الإنشاء شاملاً للعمل الإنشائي تقديم المواد، فالعقد استصناع، وهذه هي الصورة الغالبة، وثمنه انتفاع صاحب الامتياز بالمشروع لمدة محددة قبل تسليمه للدولة.

- **الصورة الثانية:** إذا كان المشروع منشأً على أرض مستأجرة من الدولة والأجرة تسليم المشروع إليها بعد مدة معينة فإنها إجارة للأرض والأجرة هي المشروع نفسه المسلم في الأجل المتفق عليه. فهذا بالنسبة للتكييف الشرعي لعقد الإنشاء أما بالنسبة للمقابل عن عملية الإنشاء فيمكن أن يكيف على النحو التالي (2) :

- **الصورة الأولى:** في الحالة التي يتم فيها تحديد ثمن إقامة المشروع باستغلاله فالعقد من قبيل الاستصناع بثمن يتمثل في الانتفاع بالمصنوع مدة معينة قبل تسليمه إلى المستصنع.

- **الصورة الثانية:** في الحالة التي يتم فيها تحديد ثمن إقامة المشروع بمبلغ مالي محدد، يترك المشروع في حيازة صاحب الامتياز مدة محددة على سبيل التوثيق لحقه في الحصول على الثمن من عرض منافع المشروع، مع حقه في المقاصة بين الثمن وعوض المنافع، فإذا حصل على الثمن قبل نهاية المدة رد المشروع لمالكه وإن لم يحصل على الثمن في هذه المدة بقي حق التوثيق حتى يستوف الثمن.

(1) المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المرجع السابق، ص: 599.

(2) المرجع نفسه، ص: 599.

و- عقود امتياز الإدارة.

ويقصد بها العقود التي بين الدولة وأشخاص آخرين يتم بموجبها منح حق إدارة مرافق أو منشآت عامة بمقابل محدد لفرض تقديم خدماتها للجمهور بما يحقق المصلحة العامة، وأما بالنسبة للتكليف الفقهي للعقود الإدارية فهي كالتالي⁽¹⁾ :

ي- التكليف الفقهي لعقود امتياز الإدارة.

ويتم تكليف العقود الإدارية الامتيازية في هذه الحالة بالنظر إلى أمرين هما⁽²⁾:

- الأمر الأولي: إذا حدد المقابل عن منح امتياز الإدارة ببلغ مقطوع أو بنسبة من إجمالي الإيراد فإن العقد بين الدولة وصاحب الامتياز عقد إجارة وفي هذه الحالة يحق للجهة المانحة لامتياز الإيراد تحصيل رسوم منح الامتياز وتكون من قبيل الأجرة المقدمة بالإضافة إلى المقابل المستحق عن مدة الامتياز⁽³⁾.

- الأمر الثاني: إذا حدد المقابل بنسبة من الأرباح "صافي الإيراد بعد المصروفات والمخصصات" فإن العقد بين الدولة وصاحب الامتياز عقد مضاربة رأس مالها هو أصل المرفق أو المشروع.

ه- التكليف الفقهي لعقد الامتياز الفلاحي في الجزائر.

يتم إعداد عقد الامتياز الفلاحي من طرف الجهة المخولة من الدولة، والمتمثلة في مديرية الأملاك الوطنية، ويتم ذلك بعد الانتهاء من توقيع دفتر الشروط واستكمال جميع الأمور المتعلقة به، فهو لا يحتوي على أي من الحقوق والالتزامات فجميعها مدرجة في دفتر الشروط وهو عقد إداري بحت من هذه الناحية⁽⁴⁾.

ولكن المتأمل في عقد الامتياز الفلاحي يجد أنه تتجاوزه عدة أطراف عقدية ولا يمكن التمييز بينها إلا إذا دققنا النظر فيها لكي نميزها عن غيرها من العقود ويسهل إلحاقه بأقرب الصيغ والأوصاف التي يشابهها.

⁽¹⁾- المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المرجع السابق، ص: 602.

⁽²⁾- المرجع نفسه، ص: 602، 603.

⁽³⁾- المرجع نفسه، ص: 602.

⁽⁴⁾- أحمد صالح علي، عقد الإمتياز الفلاحي، المرجع السابق، ص: 170.

وعقد الامتياز الفلاحي يتكون من جزئيين رئيسيين هما دفتر الشروط، والعقد الإداري، فلا يمكن نفاذ عقد الامتياز الفلاحي إلا بإتمام إجراءات إعداد الوثيقتين وإدماجهما معا، ومن خلال هذا التصور تكون الطبيعة القانونية لعقد الامتياز قريبة جدا من عقود الإذعان المعاصرة التي تكون الدولة أو الإدارة هي الطرف القوي والمؤثر في هذا العقد والأدل على ذلك الإرادة الانفرادية في فسخ العقد والنص على الشرط الجزائي في العقد واستكمال ما جاء في دفتر الشروط من الحقوق والالتزامات ويترتب على عدم وجود الدفتر بطلان العقد، وهو ما يقوي الجانب الإداري والطابع الإلزامي الذي تتصف به عقود الإدارة وعقود الإذعان⁽¹⁾.

م- حكم الشرط الجزائي في عقد الامتياز الفلاحي.

لقد جاء في دفتر الشروط الملحق بنموذج عقد الامتياز الفلاحي الذي حددت فيه الشروط المالية للامتياز بأنه: تمنح الدولة الامتياز الفلاحي مقابل دفع إتاوة سنوية طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما⁽²⁾.

- تدفع الإتاوة بأقساط في أجلها إلى صندوق متفشية أملاك الدولة المختصة إقليميا، يرسل المستثمر صاحب الامتياز دوريا إلى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية التبريرات المتعلقة بدفع الإتاوات⁽³⁾.

- يؤدي عدم دفع الإتاوات إلى الفسخ الإداري للامتياز⁽⁴⁾.

ولقد نص على نهاية مدة حق الامتياز في المادة رقم 26، وعلى ما يعتبر إخلالا بالالتزامات لكي تطبق عليه العقوبات المذكورة في المادة رقم: 28، 29، من القانون رقم: 10، 03، فبين في هذه المواد نهاية حق الامتياز والمخالفات التي تكون سبب لذلك، وحدد العقوبات والالتزامات التي لا بد لصاحب العقد أن يتقيد بها ويلتزم بتنفيذها في وقتها وبشروطها وإلا تعرض للعقوبة المنصوص عليها في القانون الذي يحدد كفاءات وشروط المستثمرات الفلاحية حيث جاء فيه كيفية إنهاء حق الامتياز كالتالي⁽⁵⁾:

(1) - أحمد صالح علي، عقد الامتياز الفلاحي، المرجع السابق، ص: 168، 169.

(2) - المادة رقم 9، من نموذج عقد امتياز لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ص: 7.

(3) - نموذج عقد امتياز لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ص: 3.

(4) - المادة رقم: 7 نموذج عقد امتياز لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ص: 7.

(5) - المادة رقم: 26، من قانون رقم 10-03، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، ص: 7.

- عند انقضاء المدة القانونية للامتياز في حالة عدم تجديده.
- يطلب من صاحب الامتياز قبل انقضاء مدة الامتياز.
- عند إخلال صاحب الامتياز بالتزاماته. وفي كل الحالات المذكورة أعلاه تسترجع الدولة الأراضي الممنوحة للامتياز وكذا الأملاك السطحية، في الحالة التي هي عليها. يترتب على نهاية الامتياز الحق في تعويض تحدده إدارة الأملاك الوطنية بالنسبة للأملاك السطحية مع طرح 10% كتعويض عن الأضرار في حالة إخلال صاحب الامتياز بالتزاماته.
- يكون مبلغ هذا التعويض قابلا للطعن أمام الجهة القضائية المختصة.
- وجاء في المادة 27: تحسب الامتيازات والرهون المحتملة التي تثقل المستثمرة في مبلغ التعويض⁽¹⁾.
- وذكر في الفصل الخامس العقوبات المترتبة عند إخلال المستثمر صاحب الامتياز بالتزاماته.
- حيث جاء في المادة 28: أنه يترتب على كل إخلال من المستثمر صاحب الامتياز بالتزاماته، يعاينه محضر قضائي، طبقا للقانون، إعداره من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، حتى يمثل لأحكام هذا القانون ودفتر الشروط والالتزامات التعاقدية.
- وفي حالة عدم امتثال المستثمر صاحب الامتياز، بعد انقضاء الأجل المذكور في الإصدار المبلغ قانونا، تقوم إدارة الأملاك الوطنية، بعد إخطار من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، بفسخ عقد الامتياز بالطرق الإدارية.
- ويكون فسخ عقد الامتياز قابلا للطعن أمام الجهة القضائية المختصة في أجل شهرين ابتداء من تاريخ تبليغ فسخ هذا العقد من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية⁽²⁾.
- ومن خلال تتبع ما جاء في المواد المذكورة سابقا نجد أن الشرط الجزائي ذكر في المادة 26، وذلك عند الكلام على نهاية الامتياز ولم يوف المستثمر بالتزامه ومن هذه الالتزامات المحددة والمذكورة وهي عدم دفع الإتاوة المتفق عليها وذلك لسنتين متتاليتين تطبق عليه قطع نسبة 10% كشرط جزائي مدرج في

(1)-المادة رقم: 27 من قانون رقم 10-03، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد46، ص: 7.

(2)-المادة رقم:28من قانون10-03، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد46، ص: 7.

العقد الإمتيازي الفلاحي مع تقييم كل ما وجد على المساحة المحددة في عقد الامتياز وبما فيها الأمور السطحية من بنايات ورهن وغيرها ثم تحسم النسبة المتفق عليها التي تعتبر كتعويض عن الضرر الناتج عن عدم تنفيذ الالتزام الذي تم في العقد، فما هو حكم الشرط الجزائي في هذا العقد الفلاحي⁽¹⁾.

هـ - حكم الشرط الجزائي في عقد الامتياز الفلاحي.

ولكي نصل إلى حكم الشرط الجزائي في هذا العقد لا بد من النظر إليه من جانبين ثم الحكم على هذا العقد هل عقد الامتياز الفلاحي داخل تحت الالتزامات المتعلقة بالديون أم هو داخل تحت الالتزامات المتعلقة بتنفيذ الأعمال، ففي عقد الامتياز الفلاحي لا يمكن إطلاق جواز الشرط الجزائي أو عدم الجواز دون التفصيل ويمكن أن نحمل ذلك في صورتين هما:

الصورة الأولى: إذا كان الشرط الجزائي أو العقوبة المالية مقابل عدم تنفيذ المشروع الاستثماري أو التأخر فيه أو التصرف في العقار الفلاحي بما يخالف المقصود المتفق عليه فهذا جائز عند أغلب العلماء المعاصرين والجامع الفقهية والمعايير الشرعية وهو كعقود الاستصناع والمقاولة والتوريد والأعمال إلى آخره⁽²⁾.

الصورة الثانية: إذا كان الشرط الجزائي أو العقوبة المالية مقابل إخلال المستثمر أو صاحب الامتياز بالالتزام المتعلق بالديون وهو ما جاء ذكره في العقد والمتمثل في الشروط المالية والالتزامات العقدية، حيث جاء فيها يمنح الامتياز مقابل دفع إتاوة سنوية تحدد طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، وتدفع الإتاوة بأقساط في آجالها إلى صندوق متفشية أملاك الدولة المختصة إقليميا، يرسل المستثمر صاحب الامتياز دورا إلى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية التبريرات المتعلقة بدفع الإتاوات.

وفي حالة عدم تسديد الإتاوة والأقساط في وقتها المحدد فإنه يترتب عليه فسخ العقد زائد خصم 10% تعويضا عن الضرر الناتج عن التأخر في دفع المبلغ المالي المحدد والأقساط المتفق عليها في العقد -الإتاوة - والتي تعتبر ديننا، ومعلوم أن معظم العلماء المعاصرين على عدم جواز الشرط الجزائي في

⁽¹⁾ -المادة رقم:26من قانون10-03، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد46، ص:7.

⁽²⁾ علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 400-401، ووهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 178.

الديون⁽¹⁾، يقول وهبة الزحيلي: يعني في الشرط الجزائي «وتأخذ به القوانين المدنية مطلقا في المقاولات والمدينات، وهو المعروف بالغرامة التهديدية، أما في الشريعة الإسلامية فلا يجوز في المدائيات هذا الاشتراط بالتعويض، ولا المطالبة القضائية به، سواء في بدأ المدائنة أو عند حلول أجل الدين، وسواء بمبلغ معين من النقود، أو بنسبة معينة من مقدار الدين، إذا تأخر عن الوفاء بالدين في الوقت المحدد، لأنه ربا صريح، واشترطه باطل...»⁽²⁾.

ولعلنا نكتفي في حكم هذين الصورتين بأقوال بعض العلماء وبعض قرارات الهيئات الشرعية وقرارات المجمع الفقهي الذي يوضح حكم الشرط الجزائي في هذه الحالات والتفصيل الذي ذكرناه⁽³⁾ :
حيث جاء فيه وهذا نصه: إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشر بالرياض في المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الآخرة 1421هـ، 1 رجب 1421هـ- الموافق 23-28 سبتمبر 2000م.

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⁽⁴⁾ :
أولا: الشرط الجزائي في القانون هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه.

ثانيا: يؤكد المجلس قراراته السابقة بالنسبة للشرط الجزائي الواردة في قراره في السلم رقم: 85 (9/2)، 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 85 (9/2)، ونصه: «يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطا جزائيا بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة»، وقراره في البيع بالتقسيط رقم 51 (6/2) ونصه: «إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط بعد الموعد

(1) وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 179.

(2) - المرجع نفسه، ص: 180.

(3) - المرجع نفسه، ص: 178-179.

(4) - علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 400-401.

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 لاحق قبل حدوث الضرر.

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

وبناء على هذا، يجوز الشرط -مثلاً- في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما لتزم به أو تأخر في تنفيذه.

ولا يجوز مثلاً في البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية سواء، كانت بسبب الإعسار، أو المماطلة، ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه.

وقد بينت المادة 29 ما يعد أو يعتبر إخلال المستثمر صاحب الامتياز بالتزاماته وهذه الحالات التي ذكرت هي حالة:

-تحويل الوجهة الفلاحية للأراضي وأو الأملاك السطحية

-عدم استغلال الأراضي وأو الأملاك السطحية.

-التأجير من الباطن للأراضي وأو الأملاك السطحية.

-عدم دفع الإتاوة بعد سنتين متتاليتين.

فعندما نقوم بتحليل هذه المادة نجد أنها جمعت بين الالتزامات المتعلقة بالديون والالتزامات المتعلقة بتنفيذ الأعمال وكل إخلال بواحدة من هذه الالتزامات له أحكام تخصه وتضبطه في الفقه الإسلامي، والعلماء فرقوا بين هذه العقود فأجازوا الشرط الجزائي في غير الديون ومنعوا في العقود التي تكون ديناً، وعقود الامتياز الفلاحي جمعت بين الأمرين فكان التفصيل الذي ذكرنا في حكم الشرط الجزائي في عقد الامتياز الفلاحي، فالحكم الشرعي يبني على التفصيل السابق، وذلك لكي نلحق كل عقد بما يناسبه من أقوال العلماء ومن ثم إطلاق الحكم بالجواز أو المنع⁽¹⁾.

⁽¹⁾ -وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 179.

وفي هذا يقول وهبة الزحيلي رحمه الله: والخلاصة لا يطبق في تأخير الديون حكم الشرط الجزائي؛ لأن كل زيادة في الدين مشروطة أو متعارف عليها أو مقتضى بها من القاضي هي ربا صريح، بخلاف تطبيقه في غير الديون، كالمقاولات وعقود الاستصناع⁽¹⁾.

وهذا هو الذي يرححه الباحث في عقد الامتياز الفلاحي الجزائري الذي بين أيدينا مع مراعاة التفصيل السابق الذي ذكرنا.

الفرع الثالث: الشرط الجزائي في قرض الرفيق.

لقد حرصت الدولة الجزائرية على تنمية القطاع الفلاحي وأعطت له أهمية كبيرة ويتجلى ذلك من خلال عمليات التمويل التي جسدت في برنامج دعم التشغيل الفلاحي وتشرف على هذا البرنامج وزارة الفلاحة والتنمية الريفية الجزائرية بالتنسيق مع الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، وبنك الفلاحة والتنمية الريفية، وهذا الدعم هدفه تحديد مختلف مقومات الاقتصاد الفلاحي والريفي وبعث النشاط فيه من جديد مع مراعاة متطلبات العصر الفلاحية والبشرية والبنك هو الذي يقوم بعملية التسيير عن طريق التمويل ومن أشهر الصيغ التي تتعامل بها البنوك صغتان هذه التي ذكرنا في هذا الفرع، والثانية يأتي ذكها في الفرع الثالث وهما كالتالي⁽²⁾ :

الصيغة الأولى: قرض الرفيق: (أرفيق)، (RFIG)، وهو عبارة عن قرض استغلالي موسمي

يقدمه البنك للفلاح لتمويل نشاطه الفلاحي الموسمي خلال السنة، و دخل هذا القرض حيز التنفيذ في 10 أوت 2008، ويتم هذا القرض بالتعاون مع بعض البنوك مثل: بنك الفلاحة والتنمية الريفية، والبنك الوطني الجزائري، ويتميز هذا القرض بأن وزارة الفلاحة تتكفل بالفوائد، ومدة القرض سنة واحدة قابلة للتمديد إلى ستة أشهر في حالة الظروف القاهرة، وتشير النصوص القانونية لهذا القرض إلى أن من لم يلتزم بسداد القرض في الأجل المحدد؛ يفقد الحق في أن تدفع عنه الوزارة الفوائد، ويجرم من الاستفادة من قروض جديدة⁽³⁾.

⁽¹⁾ وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 180.

⁽²⁾ محمد عثمان شبير، القروض التمويلية لدعم التشغيل في الجزائر من منظور فقهي إسلامي، المرجع السابق، ص: 41.

⁽³⁾ إبراهيم بن عمر سعيد، القروض التمويلية لدعم التشغيل، المرجع السابق، ص: 25.

ونلاحظ على هذه الصيغة للقرض أنه يتضمن أمران أساسيان هما⁽¹⁾ :

1- أنه كل من يلتزم بسداد قرضه في المدة المحددة سنة واحدة له الحق في الاستفادة من تسديد وزارة الفلاحة للفوائد الربوية.

2- في حالة عدم التزام المقترض بسداد القرض في المدة المحددة سنة ممددة إلى ستة أشهر في حالة القوة القاهرة، ففي هذه الحالة يفقد الحق في أن تدفع له وزارة الفلاحة الفوائد الربوية المترتبة عن هذا القرض، بالتالي ينقلب عدم تسديد الفوائد من طرف الجهة الوصية إلى الشرط الجزائي ويقوم بتسديده المدين المتأخر الذي لم يسدد في الوقت المحدد⁽²⁾.

الفرع الثالث: الشرط الجزائي في قرض التحدي.

الصيغة الثانية هي صيغة قرض التحدي، ويتم هذا القرض بالتنسيق بين وزارة الفلاحة، والديوان للأراضي الفلاحية مع بنك الفلاحة والتنمية الريفية، ويستفيد من هذا القرض الأشخاص المعنويون والطبيعيون الذين حظيت مشاريعهم بموافقة الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، وتتراوح قيمة القرض ما بين (1-100) مليون دينار، والبنك لا يمنح هذا القرض إلا بعد دراسة المشروع من الناحية الاقتصادية من قبل مكتب معتمد من الديوان الوطني⁽³⁾.

وعليه يكون تعريف قرض التحدي كالتالي:

تعريفه: ويمكن أن يعرف قرض التحدي على أنه عبارة عن قرض استثماري يمنح لإنشاء المستثمرات الفلاحية الجديدة وكذا لتطوير الأراضي الفلاحية الموجودة سواء المملوكة للخوادم أو تلك التابعة للأموال الخاصة للدولة، وهو بنسبة فائدة مدعمة جزئياً⁽⁴⁾.

(1) محمد عثمان شبير، القروض التمويلية لدعم التشغيل في الجزائر من منظور فقهي إسلامي، المرجع السابق، ص: 41، وينظر: إبراهيم بن عمر سعيد، القروض التمويلية لدعم التشغيل، بحوث ندوة التميز الفقهية، المرجع السابق، ص: 25، وميموني بلقاسم، خوالد أبو بكر، دور القروض الفلاحية في تطوير إنتاج الحبوب والخضروات وتربية الدواجن: دراسة حالة بنك بولاية أدرار، مجلة المنتدى للدراسات والأبحاث الاقتصادية، جامعة زيان عشور، الجلفة، الجزائر، المجلد 4، العدد 1، (2020)، ص: 152.

(2) ميموني بلقاسم، خوالد أبو بكر، المرجع السابق، ص: 149.

(3) محمد عثمان شبير، القروض التمويلية لدعم التشغيل في الجزائر من منظور فقهي إسلامي، المرجع السابق، ص: 41، إبراهيم بن عمر سعيد، القروض التمويلية لدعم التشغيل، المرجع السابق، ص: 26.

(4) ميموني بلقاسم، خوالد أبو بكر، دور القروض الفلاحية في تطوير إنتاج الحبوب والخضروات وتربية الدواجن: المرجع السابق، ص: 149.

ومن النقاط المنصوص عليها في عقود قرض التحدي كذلك ما يلي⁽¹⁾ :

نوع القرض: التحدي.

مدة القرض: 60 شهرا.

مدة الإعفاء: 12 شهرا.

نسبة الفائدة.

نسبة عقوبة التأخير + 02%.

فترات التسديد سداسية.

الحساب الجاري المستعمل بالبنك.

موضوع القرض: تربية الأغنام قرض التحدي متوسط المدى.

وأما بالنسبة لمدة القرض المعمول بها والسائدة في هذا النوع من العقود في البنوك الجزائرية معظمها

تكون وفق التفصيل لتالي:

-مدة قرض التحدي تتراوح بين (3-15) سنة، حسبما تقرره الدراسة الاقتصادية، ومدة تأجيل

سداد الفوائد تتراوح ما بين سنة إلى خمس سنوات (1-5)، وأجال قرض التحدي تتراوح بين (6-24)

شهرا؛ كل ذلك تبعا لمدة القرض⁽²⁾، وهو على قسمين هما⁽³⁾ :

-متوسط الأجل تقدر مدته تقربا ب 5 سنوات (60 شهرا) كما هو في النموذج الذي بين أيدينا أو

07 سنوات وتقسم تقريبا إلى:

-السنة الأولى سنة الاستعمال.

-السنة الثانية سنة التأجيل.

⁽¹⁾ -اتفاقية قرض التحدي، الملحقات، ومحمد عثمان شبير، القروض التمويلية لدعم التشغيل في الجزائر من منظور فقهي إسلامي، المرجع السابق، ص: 48، وميموني بلقاسم، خوالد أبو بكر، دور القروض الفلاحية في تطوير إنتاج الحبوب والخضروات وتربية الدواجن: المرجع السابق، ص: 153.

⁽²⁾ -إبراهيم بن عمر سعيد، القروض التمويلية لدعم التشغيل، المرجع السابق، ص: 26.

⁽³⁾ -ميموني بلقاسم، خوالد أبو بكر، دور القروض الفلاحية في تطوير إنتاج الحبوب والخضروات وتربية الدواجن: المرجع السابق، ص: 153-154.

- السنوات من الثالثة إلى السابعة سنوات الاستهلاك أو التسديد.
- طويل الأجل تصل مدته إلى 15 سنة وتنقسم إلى:
- السنة الأولى والثانية سنوات الاستعمال.
- السنوات من الثالثة إلى السابعة سنوات التأجيل.
- السنوات من الثامنة إلى الخامسة عشر سنوات الاستهلاك أو التسديد.
- المساهمة الشخصية لصاحب المشروع الفلاحي من (10-20%) تبعا لقيمة المشروع⁽¹⁾.
- سعر الفائدة المطبق.
- تتحمل وتدعم الخزينة العمومية جزئيا الفائدة المحسوبة على هذا القرض على النحو التالي⁽²⁾ :
- نسبة الفائدة 0% خلال الخمس سنوات الأولى.
- فوائد السنوات الخمس الأولى تتحملها الدولة كاملة ممثلة في وزارة الفلاحة.
- نسبة الفائدة 1% خلال السنة السادسة والسابعة.
- ففي السنتين (6-7) يتحمل المستفيد (1%) من الفوائد، والباقي تتحملها الوزارة.
- نسبة الفائدة 03% خلال السنة الثامنة والتاسعة.
- ففي السنتين: (8-9) يتحمل المستفيد (3%) من الفوائد، والباقي تتحملها الوزارة.
- ابتداء من السنة (10-15) يتحمل المستفيد كامل الفوائد الجاري العمل بها وهي تقريبا 5,25.
- كل مستفيد قام بتسديد ديونه في آجالها المحددة؛ يمكن من الحصول على قرض آخر في إطار محاولته لتوسيع مشروعه وتطويره، أما إذا تجاوز مدة التسديد؛ فيحرم من هذه الميزة⁽³⁾.

وهذا التقسيم وهذه الشروط منصوص عليها في معظم العقود الفلاحية كما ذكرنا أو صيغ التمويل الفلاحي في الجزائر وإن وجد خلاف في بعض البنوك والمؤسسات التمويلية التي تتولى اصدار هذا النوع من النماذج إلا أن الطابع العام والغالب على هذه العقود ما ذكرناه ولا يخرج عليه إلا في الحالات النادرة.

⁽¹⁾ إبراهيم بن عمر سعيد، القروض التمويلية لدعم التشغيل، المرجع السابق، ص: 26.

⁽²⁾ ميموني بلقاسم، خوالد أبو بكر، دور القروض الفلاحية في تطوير إنتاج الحبوب والخضروات وتربية الدواجن: المرجع السابق، ص: 153، إبراهيم بن عمر سعيد، المرجع نفسه، ص: 26.

⁽³⁾ إبراهيم بن عمر سعيد، المرجع نفسه، ص: 26.

الفرع الرابع: حكم الفوائد الربوية والشروط الجزائية في قرض الرفيق والتحدي الفلاحي.

لقد ذكرنا سابقا حكم الفوائد الربوية ونقلنا كلام العلماء في مسألة القروض التي تجر نفعا وأنها حرام بالإجماع سواء كانت في القروض الفلاحية كالرفيق أو التحدي أو غيرها من القروض البنكية، لكن في هذه المسألة نتكلم عن حكم الفوائد الربوية إذا كان المتحمل لها ليس المدين بل طرف آخر كما هو في مسألتنا هذه لأن الدولة هي التي تتحمل الفوائد الربوية في فترة معينة إذا نفذ التزامه ودينه في الوقت المحدد، فإذا لم يسدد دينه في وقته تحمل المدين الفوائد على عاتقه وبالتالي انقلبت الفوائد إلى شرط جزائي يدفعه المدين المتأخر في السداد، فما هو حكم هذه المسألة وما هو حكم الدخول في هذا العقد الذي يتم بهذه الصيغة؟.

اختلف العلماء المعاصرون في مسألة تحمل الدولة الفوائد الربوية في صيغتي قرض الرفيق والتحدي على أقوال نقتصر على أشهرها وهي كالتالي⁽¹⁾:

القول الأول:

(القائلون بالجواز): ذهب بعض العلماء إلى جواز تحمل الدولة أو الجهة الحكومية دفع الفوائد الناتجة عن التمويل البنكي والمفروضة من البنك الحكومي على القرض، ولا يعد من العقود الفاسدة المشتملة على محرم ومن هؤلاء العلماء الذين نسب لهم القول بالجواز: محمد عثمان شبير، الشيخ الطاهر أيت علجت، والشيخ أبو عبد السلام وغيرهم⁽²⁾، ومن أبرز أدلتهم على ذلك ما يلي⁽³⁾:

1- انطلقوا من فكرة الوعاء الواحد، وهذا ما ذكره محمد عثمان شبير حيث قال موضعا لهذه المسألة والفرق بينها وبين الأموال المدفوعة من المال العام وبين أموال المودعين حيث قال: «إن الجهة الحكومية حينما تدفع هذه الفائدة تدفعها لنفسها وليس لغيرها، فلا إشكال في ذلك، ولا يعد ذلك ربا؛ لأنه لا ربا بين الدولة ومؤسساتها المالية مثل: البنوك الحكومية؛ تخريجا على مسألة: «لا ربا بين

(1) - محمد عثمان شبير، القروض التمويلية لدعم التشغيل في الجزائر من منظور فقهي إسلامي، المرجع السابق، ص: 77، 78، وخالد بن محمد بابكر، بحوث ندوة التميز الفقهية، ص: 111، 198، 199.

(2) - نسب لهم القول بالجواز الدكتور خالد بابكر، في بحثه القروض الاستثمارية في ميزان الفقه الإسلامي، ص: 111.

(3) - محمد عثمان شبير، القروض التمويلية لدعم التشغيل في الجزائر من منظور فقهي إسلامي، المرجع السابق، ص: 78، بابكر خالد بن محمد، القروض الاستثمارية في ميزان الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 111.

السيد وعبد» عند الحنفية؛ لأن العبد وما في يده لسيده، فلا يتحقق الربا بينهما لعدم تحقق البيع بينهما»⁽¹⁾.

فأصحاب هذا القول كما نرى كيفوا المسألة لما أصبحت الفوائد صفرا على العلاقة بين العبد وسيده، وبالتالي جواز التعامل بالقروض الاستثمارية؛ لأن الربا غير موجود ولا يدفعه المستثمر، ولأن حقيقة الربا الشرعية أن تكون المعاملة بين طرفين مغايرين لا طرفا واحدا؛ بمعنى أن يكون بين جهتين منفصلتين في الذمة المالية، فهذا التغاير يبني عليه التحريم ويصدر منه الحكم الشرعي، وأما الربا الذي تدفعه الدولة للبنك فإنما هو بين طرفين يعودان لوعاء واحد وهو المال العام⁽²⁾.

وكلام محمد عثمان شبير ينطبق على ما إذا كانت الفائدة التي تدفعها الجهة الحكومية من المال العام للبنك المملوك للدولة، وليس من مال المودعين، أما إذا كانت الفائدة التي تدفعها تلك الجهة من مال المودعين؛ فإن الربا يجري بينهما بلا خلاف لاختلاف الجهتين وانفصالهما عن بعضهما، فحينذا الحكم يختلف ولا ينطبق على هذه الصورة⁽³⁾.

ولتوضيح ذلك ضربوا مثلا قالوا نفرض أن لشخص ثلاث محلات تجارية (أ) و (ب) و (ج) وأمر أن يقرض المحل (أ) للمحل (ب) أو (ج) بالربا فإن الحكم في ذلك هو الجواز لأن العلاقة بين هذه المحلات إنما هي علاقة تنتهي إلى شخص واحد وهو مالك تلك المحلات، فكذلك العلاقة لا يمكن تصور الربا بين الدولة التي تدفع الفوائد وبين البنك المقرض للشباب لأن العلاقة ليست بين طرفين مغايرين لأن كلا من الدولة والبنك هو المال العام⁽⁴⁾.

فعند التأمل نجد أن أصحاب هذا القول مستندهم ومتكؤهم هو أنه لا يجري الربا بين العبد وسيده والجواب عن ذلك أنه يصدق ذلك ويصح في حال اتحاد الذمتان الماليتان كما أشير إلى ذلك، ولكن عند التحقق نرى أن الأمر غير صحيح ذلك أن أموال البنك ليست هي مال الدولة فقط وإنما هي

⁽¹⁾ - محمد عثمان شبير، القروض التمويلية لدعم التشغيل في الجزائر من منظور فقهي إسلامي، المرجع السابق، ص: 77، وبابكر خالد بابكر، ملخص العار، المرجع السابق، ص: 198.

⁽²⁾ - بابكر خالد بن محمد، المرجع نفسه، ص: 111.

⁽³⁾ - محمد عثمان شبير، القروض التمويلية لدعم التشغيل في الجزائر من منظور فقهي إسلامي، المرجع السابق، ص: 78.

⁽⁴⁾ - بابكر خالد بن محمد، القروض الاستثمارية في ميزان الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 111.

أموال المودعين من أفراد الأمة ومن هنا يتحقق مفهوم الربا المحرم⁽¹⁾.

2-مراعاة وإعمال الجانب المقاصدي في نازلة القروض الاستثمارية المعاصرة؛ لأن هدف الدولة من تقديم تلك القروض هو تشجيع الشباب على الاستثمار فهي قروض موجهة إلى فئة محددة من شرائح المجتمع ولغرض معينة في قطاعات مخصوصة من قطاعات الإنتاج، وتتميز عن القروض الربوية التي تمنحها البنوك العمومية والخاصة للاستثمار بفائدة ربوية، فموارد صناديق التشغيل ماهي إلا أموال عمومية وضعتها الدولة في هذه الصناديق لتستفيد منها فئة معينة من المجتمع، وغرضها الإرفاق والمساعدة على الاستثمار وإقامة مشاريع تضمن لهم العيش وتخلصهم من الفقر وتحقق التنمية وتكافح البطالة وهذا هو القصد والغاية من هذه الصيغ والقروض الاستثمارية وهي بهذا تختلف عن أهداف المؤسسات المصرفية عند منحها للقروض الربوية الربحية، فالمصلحة العامة تتحقق من خلال هذه القروض الحسنة⁽²⁾.

القول الثاني: (القائلون بالمنع) : ذهب بعض العلماء والفقهاء والباحثين المعاصرين إلى عدم جواز هذه القروض الاستثمارية ولو كانت لفائدة صفر ولو كانت الدولة هي المتحملة والدافعة لهذه الفوائد ومن هولاء: خالد بابكر⁽³⁾، وموسى إسماعيل⁽⁴⁾، سعد الله بن سعيد بوسنان، و بشير بن موسى الحاج موسى⁽⁵⁾، و مصطفى باجوا⁽⁶⁾، و باحمد رفيس، نور الدين بوكريدي⁽⁷⁾، و علي فركوس⁽⁸⁾.

ومن أشهر أدلتهم التي ارتكز عليها أصحاب هذا الرأي ما يلي:

1-عدم استقامة تخريج هذه المسألة النازلة -القروض الاستثمارية - من خلال بناء الفروع على

(1)- بابكر خالد بن محمد، القروض الاستثمارية في ميزان الفقه الإسلامي، ص: 111، وسعد الله بن سعيد بوسنان، وآخرون،

القروض التمويلية لدعم التشغيل، المرجع السابق، ص: 128، وخالد بابكر، ملخص العار، المرجع السابق، ص: 198.

(2)- حمدي محمد بن صالح، صيغ تمويل الشباب، تقييم تجربة الجزائر، المرجع السابق، ص: 152.

(3)- خالد بابكر، ملخص العارض، المرجع السابق، ص: 198.

(4)- موسى إسماعيل، الفتاوى الشرعية في المسائل الدينية والدينية، المرجع السابق، المجلد3، ص، 132.

(5)- سعد الله بن سعيد بوسنان، وآخرون، القروض التمويلية لدعم التشغيل، المرجع السابق، ص: 128، 129.

(6)- محمد عثمان شبير، القروض التمويلية لدعم التشغيل، بحوث ندوة التميز الفقهية، المرجع السابق، ص: 224.

(7)- خالد بابكر، ملخص العارض، المرجع السابق، ص: 193، 194، وبحوث ندوة التميز الفقهية، البيان الختامي، المرجع

السابق، ص: 225.

(8)- علي محمد فركوس، في الاستفادة من البنك بواسطة ديوان تشغيل الشباب، الموقع الرسمي، يوم5جانفي2024معلى الساعة:

.17:05

الأصول لوجود شبهة الربا والمشاركة في المعصية والإثم والدخول في التعاون على إنشاء العقود الفاسدة والتحاييل على الربا ولو لم يباشر دفع الربا بنفسه؛ لأن المتسبب كالمباشر.

وفي هذا الصدد يقول خالد بابكر -حفظه الله- «فإن حكم هذه القروض الاستثمارية ولو بصفر في المائة هو التحريم ديانة والبطلان قضاء، لوجود طرف ثالث يدفع عن المستثمر الربا وهي وكالات دعم الاستثمار بمختلف فروعها، والمستثمر على علم بذلك فهو شريك في الإثم والمعصية وإن لم يقرضها هو بنفسه»، وعليه فإن العقد يعتبر عقدا ربويا ولو كان صفرا بالمائة؛ لأنه يصرح فيه أنه سيدفع الربا في حالة عدم دفع قسط واحد من الأقساط في أجله المحدد وأن جميع الأقساط تصبح حالة يدفعها كما تنص عليه الشروط المتعامل بها مع وكالة دعم الاستثمار والعبرة بالعقد وما ذكر فيه، والمتسبب له حكم المباشر في العقود⁽¹⁾.

2- ومن الفتاوى المعاصرة التي تناولت هذه المسألة وهذه النازلة ما جاء في الفتاوى الشرعية موسى إسماعيل وبين فيها أن كون إلغاء الفوائد من القروض لا يعني ذلك أن الربا غير موجود؛ لأن البنوك لا تزال تأخذ الفائدة الربوية من تلك الصناديق التي أنشئت لدعم الشباب البطلان، والتعامل معها من باب التعاون على الإثم والعدوان، وبالنسبة لتعامل الشباب مع هذه الوكالات نقول: إن كان الشباب غير مضطر ولا محتاج إلى هذه القروض فلا يحل له ذلك لأجل الربا وإن لم يدفعها هو بنفسه، إلا في حالة الضرورة القصوى التي يخاف منها ضياع النفس أو إحدى الكليات الخمس التي جاءت الشرعية لحفظها⁽²⁾.

3- أن من القواعد المقررة في المعاملات أن العبرة في العقود بوجود الصيغة الربوية لا فيمن يؤدي الفوائد، وبهذا يتبين بوضوح أن هذا القرض ربوي، ولو تكفلت الدولة - والجهة الموكلة وزارة الفلاحة- بتسديد الفوائد الربوية⁽³⁾.

4- عدم التسليم بصحة الشبهة التي بني عليها القائلون بالجواز، والذين تمسكوا بأن تولى دفع الخزينة

(1) بابكر خالد بن محمد، القروض الاستثمارية في ميزان الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 109.

(2) موسى إسماعيل، الفتاوى الشرعية في المسائل الدينية والدنيوية، المرجع السابق، المجلد 3، ص: 131، 132.

(3) سعد الله بن سعيد بوسنان، وآخرون، القروض التمويلية لدعم التشغيل، المرجع السابق، ص: 128.

العمومية للزيادة الربوية للبنك المقرض هو بين طرفين يعودان إلى وعاء واحد وهو المال العام، فلا معنى للربا إذا كان بهذه الصورة بين طرفين يرجعان إلى ذمة مالية واحدة... وفي هذا نقول لو كان هذا أمرا واقعيا لألغيت هذه الزيادة الربوية التي تدفعها الخزينة؛ لأنها تعد عبثا وتضييعا للوقت، ودفعها في الحقيقة دليل على عدم صحة هذه الدعوى، وعلى وجود جهتين ماليتين مستقلتين: الخزينة العمومية والبنك كل منهما له ذمة مالية مستقلة لا يدخل أي منهما في الآخر، ولا يستطيع ولا يحق له أن يتصرف في مال الآخر، وهذا كاف في اعتبار استقلالية الذمة المالية لكل منهما زيادة على ذلك، فإن المشكل ليس في الوعاء فقط بل حتى في إنشاء النقود الذي تقوم به البنوك، وما يستتبع ذلك من مثالب وفساد⁽¹⁾.

5- إعمال البعد المالي وذلك بالنظر إلى مآلات أفعال المكلفين المعتبرة شرعا، ويترتب على ذلك تحريم الاستثمار بهذه الصيغة لمن لا مال له ولو من دون الربا بأن كان المال من الخزينة العمومية للدولة ذلك بالنظر إلى المآلات الضرورية الواقعة والمتوقعة في أغلب الأحيان، وهي العجز عن السداد وما يتبع ذلك من مفاسد نفسية وجسمية ومالية⁽²⁾، وهذا النظر تؤيده النصوص التي جاءت وشددت في أمر الدين وعدم الغفلة عليه والتهاون في أدائه إلى أصحابه، ومن هذه النصوص حديث ثوبان رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «من فارق الروح الجسد، وهو برئ من ثلاث دخل الجنة الكبير والدين والفلول»⁽³⁾، ومن الأدلة على خطر الدين وخطر الالتزام به أن النبي ﷺ كان يستعيذ منه كما جاء عن أنس رضي الله عنه فكنت أسمعه يكثر أن يقول: «اللهم إني أعوذ بك من الهم والحزن والعجز والكسل والبخل والجبن وضلع الدين وغلبة الرجال»⁽⁴⁾.

والراجع عند الباحث هو القول الثاني لقوة أدلتهم ولما في هذا القول من الاحتياط من أكل الربا وسد الباب أمام المرابين وتهيئة النفوس للتساهل في المعاملات والعقود التي تدخلها وفيها شبهة ربوية،

(1) سعد الله بن سعيد بوسنان، وآخرون، القروض التمويلية لدعم التشغيل، بحوث ندوة التميز الفقهية، المرجع السابق، ص:

127، 128، وينظر: ينظر: خالد بابكر، ملخص العارض، المرجع السابق، ص: 198، 199.

(2) ينظر: خالد بابكر، المرجع نفسه، ص: 200.

(3) أخرجه الترمذي في جامعه، أبواب السير عن رسول الله ﷺ باب ما جاء في الغلول، رقم: 1573، ج3، ص 190، وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الصدقات، باب التشديد في الدين، رقم: 2412، ج2، ص806.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير باب من غزا بصبي للخدمة، رقم: 2893، ج4، ص 36.

إضافة لذلك نذكر اعتبارين لترجيح هذا القول هما كالتالي⁽¹⁾:

أولاً: الديون والقروض ليست وسيلة من وسائل الاستثمار ولا عقود استثمارية بل تعتبر من العناصر المساعدة عليه، وأن ما يشترطه المقرضون من الزيادات سواء أكانوا أفراد أم مصارف هو الربا الحرام الذي تنزل القرآن بتحريمه وتوعد أكلته بحرب من الله ورسوله⁽²⁾.

ومن الفتاوى المشهورة في الفائدة الربوية مطلقاً ما جاء في فتوى فضيلة الدكتور محمد سيد طنطاوي في رجب 1409هـ/فبراير 1989م، تنص على أن: إيداع الأموال في البنوك أو إقراضها أو الاقتراض منها بأي صورة من الصور مقابل فائدة محددة مقدماً حرام⁽³⁾.

ثانياً: عموم النصوص الواردة في حرمة الربا وسد الذرائع الموصلة إليه سواء أكان آكله أو موكله، وسواء كان مباشراً لأكله أو متسبب كما هو حال القروض الاستثمارية المعاصرة ومن هذا النصوص العامة حديث النبي ﷺ الذي جاء في صحيح مسلم - رحمه الله - «لعن رسول الله آكل الربا ومؤكله وكتابه وشاهديه، وقال هم سواء»⁽⁴⁾، فهذا نص عام سواء أكان الآكل بنك أو فرداً أو جماعة وفي هذه الحالة البنك هو الآكل لربا وصاحب القرض متسبب في هذا الآكل والباقي حضور وشهود على هذه العقود الاستثمارية⁽⁵⁾.

وكذلك هذه الصيغ داخلة ومشمولة بالمعنى الأعم الذي يطلق على الربا- كما ذكر كثير من محققي الفقهاء- على كل زيادة في المال أو الأجل في ربا الديون والبيوع، وعلى كل بيع فاسد أو ممنوع شرعاً⁽⁶⁾.

⁽¹⁾-خالد بابكر، القروض الاستثمارية في ميزان الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 110، عبد الله المصلح وآخرون، ما لا يسع

التاجر جهله، المرجع السابق: 211

⁽²⁾-خالد بابكر، المرجع نفسه، ص: 200، وينظر: عبد الله المصلح، وآخرون، المرجع نفسه، ص، 211.

⁽³⁾-أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 57.

⁽⁴⁾-أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع باب لعن آكل الربا ومؤكله رقم: 1598، ج3، ص1219.

⁽⁵⁾-خالد بابكر، ملخص العارض، بحوث ندوة التميز الفقهية، المرجع السابق، ص: 196، وينظر: أبي عمر عبد الله بن محمد

الحمادي، التكييف الشرعي لبطاقات الائتمان، المرجع السابق، ص: 40.

⁽⁶⁾-نزبه حماد، فقه المعاملات المالية المصرفية المعاصرة، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، 1428م-2007هـ، ص:

وفي هذا المعنى يقول الشيخ أحمد حماني رحمه الله رحمة واسعة: «لا فرق في الربا أن يكون من فرد لفرد، أو من جماعة لفرد أو من فرد لجماعة، أو من دولة للجمعية، فرداً أو جماعة، فأحكام الدين شاملة لجماعة المسلمين كلهم»⁽¹⁾.

وعليه يبني على هذا الترجيح حكم صيغتي قرض التحدي والرفيق، وهو تحريم التعامل بهذين الصيغتين لوجود الربا الصريح الذي انعقد الإجماع على تحريمه، وهو اشتراط الزيادة في تسديد القرض، سواء أكان الزيادة في القدر أم الصفة، وسواء أكان المستثمر هو الذي يباشر دفع الفوائد الربوية، أو الوكالة أو الوزارة، أو الخزينة العمومية، والعبارة كما قرره العلماء بوجود الصيغة الربوية المحرمة لا فيمن يؤدي الفوائد⁽²⁾.

ويقول الدكتور نزيه حماد في هذا المعنى الذي يبين مدى تركيز العلماء وحرصهم على تمييز المعاملات الربوية من غيره وعدم الوقوع في شباك الربا المحرم بالاجماع حيث قال: «وحقيقة ربا النسيئة، الذي يسمى (ربا الديون)، (والربا الجلي): كل زيادة مشروطة على رأس المال في عقد قرض -سواء كانت ثابتة المقدار (النسبة) أو متغير بحسب مبلغه ومدته، وهو ما يعرف اليوم بالفائدة على القرض- وكل زيادة مقابل الأجل عند تأجيل لاحق للدين بعد حلوله، سواء كان موجهه قرضاً أو بيعاً بالنسيئة أو غير ذلك، وهذا النوع من الربا حرمة قطعية، ومعلومة من الدين بالضرورة، وهو المقصود بالتحريم أصالة»⁽³⁾.

وعليه نقول إن الفوائد الربوية في هذه الصيغ ربا مكشوف ومفضوح، فيكون هذا النوع من العقود والمعاملة غير جائز ولا يجوز اشتراطه في قروض التحدي والرفيق.

ب- حكم مسألة الشرط الجزائي في قرضي التحدي والرفيق.

من خلال النظر في العقد الذي يتضمن اتفاقية قرض التحدي التي هي محل دارستنا نجد أن هذا النموذج من العقود قد نص فيه على عقوبة التأخير حيث جاء فيها أن عقوبة نسبة التأخير +2%

(1) - أحمد حماني، فناوى أحمد حماني، ج4، المرجع السابق، ص: 161.

(2) - خالد بابكر، ملخص العارض، المرجع السابق، ص: 201، 202، وينظر: عبد الله المصلح، وآخرون، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 215، 280.

(3) - نزيه حماد، فقه المعاملات المالية المصرفية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 49، 50، عبد الله المصلح وصلاح الصاوي، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 280-281.

وهذا النسبة تعتبر شرطا جزائيا صريح في مقابل تأخر المدين في تسديد دينه وما يلاحظ على هذا الشرط أنه لم يميز بين معسر وموسر، وهذا الزيادة على القرض الحقيقي الأصلي تعتبر صريح الربا الجاهلي أو ربا النسيئة المحرم بإجماع العلماء؛ لأن الأصل في القرض أن يرد أصله دون زيادة مشروطة عند العقد مع مراعاة التفريق بين المدين المعسر والمدين الموسر وهذا الآخر يجب إنظاره كما دل على ذلك القران والسنة النبوية⁽¹⁾.

ولقد ذكرنا أن دخول الشرط الجزائي على الديون يصيره عقدا ربوية محرم، فهو بهذه الصيغة عقد فاسد ولا يقتصر الفساد على الشرط الجزائي ولكن العقد من أساسه دخله الفساد. فيبطل ويفسخ العقد، وقد سبق أن بينا في أمثلة تطبيقية سابقة ونقلنا فتوى العلماء والجامع الفقهية والمعايير الشرعية في مسألة الشروط الجزائية إذا كان الالتزام ديناً⁽²⁾، فقد خلصت معظم المؤسسات الإفتائية والاجتهادات الجماعية إلى أنه: يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً؛ فإن هذا من الربا الصريح، ولقد تضمنت صيغتي قرض التحدي والرفيق الشرط الجزائي زيادة على الفوائد الربوية التي سبق ذكرها، والشرط الجزائي الذي نص عليه في صيغة العقد هو الذي تتحول الفوائد الربوية بموجبه إلى عاتق المقترض عند عدم الوفاء بآجال تسديد القرض، فيفرض على المدين الزيادة على أصل القرض وكل زيادة مشروطة فهي قرض جر نفعاً وهذه هي الصورة الحقيقية للقروض الفلاحية التحدي والرفيق، فالمعاملة متعلقة بالديون ومعالجة التأخر في تنفيذها قد بين العلماء كيفية معالجة هذه المشكلة بضوابطها وشروطها التي تخرج المتعامل بها من شبهة الربا والعقود المحرمة⁽³⁾.

وهذا ما وصلت إليه وقررت اللجنة العلمية في بحوث ندوة التميز الفقهية حيث نقلت أن جمهور الباحثين ذهبوا إلى القول بالتحريم والمنع لهذه الصيغ وخاصة القرض البنكي الذي تدفع فوائده بشكل

⁽¹⁾ -أحمد حماني، فتاوى أحمد حماني، ج4، المرجع السابق، ص: 161، 172، 150، وسعد الله بن سعيد بوسنان وآخرون، القروض التمويلية لدعم التشغيل رؤية فقهية، المرجع السابق، ص: 126، 127.

⁽²⁾ -أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 158.

⁽³⁾ -المرجع نفسه، ص: 400، 401. وسعد الله بن سعيد بوسنان، وآخرون، القروض التمويلية لدعم التشغيل، المرجع السابق، ص: 128-129، وعلي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 390-401، و محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 305.

كلي أو جزئي جهة حكومية نيابة عن المستثمر حيث جاء في البيان الختامي لهم: هذه الصورة نجدها في صيغة قرض الرفيق وقرض التحدي، وهي قروض تجارية متعاقدة مع وزارة الفلاحة، حيث تتولى هذه الأخيرة سداد فوائدها نيابة عن المستثمر الفلاح، إما بشكل كلي، كما في قروض الرفيق، أو بشكل جزئي كما في قروض التحدي.

إلى أن قالوا بأنه لا فرق بين صيغتي قرض الرفيق والتحدي وصورة القرض البنكي في الصيغة الثلاثية التي سبق ذكرها؛ لتضمنها الفوائد الربوية الصريحة بغض النظر عن يقوم بدفعها؛ فضلا عن تضمنها شرطا جزائيا؛ وهو تحمل المقترض تلك الفوائد عند تجاوز آجال القرض⁽¹⁾.

ولقد نبه أستاذنا نور الدين بوكريدي على أن النية الصادقة أو الحسنة من طرف المستثمر لا تبيح العقود الفاسدة أو الربوية، كما هو الحال في صيغتي عقود الرفيق والتحدي الفلاحي؛ لاشتغالهم على الربا المحرم شرعا، رغم وجود من يدفعه عن المستثمر، إضافة إلى وجود الشرط الجزائي، وهذا العقد بهذه المواصفات لا يجوز شرعا ولو توفرت النية الصادقة عند المستثمر، ولو قام برهن ممتلكاته كضمان لسداد أصل القرض أيضا⁽²⁾.

فخلاصة القول أن الشرط الجزائي في قرض التحدي أو الرفيق أو أي صيغة تمويلية فلاحية، وكان متعلق بالديون فإنه شرط فاسد مفسد للعقد أصلا؛ لأنه شرط راجع إلى أصل العقد وذاته، فالشرط في هذا النموذج وهذه الصيغة شرط ربوي منذ بدايته (2%) فهو بند مذكور ومنصوص عليه في العقد أصالة وليس تبعا ويطلع عليه المدين وصاحب العقد الذي طلب هذا القرض أعني قرض التحدي أو الرفيق ويكون بموافقة ورضاه، وهذا شرط ربوي والربا من مفسدات العقود ومبطلاتها، كعقود الغرر والجهالة والظلم إلى غير ذلك من المفسدات العقدية المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية فقد جاءت ناهية عن الربا بذاته وعن عقود⁽³⁾.

(1) - بحوث ندوة التميز الفقهية، البيان الختامي، المرجع السابق، ص: 233، 234.

(2) - المرجع نفسه، ص: 225.

(3) - أبو عمر عبد الله بن محمد الحمادي، التكييف الشرعي لبطاقات الائتمان، المرجع السابق، ص: 41.

وهذا القول الذي نرجحه إلا أن القول الذي يتبنى تصحيح العقود وإعادة صياغتها وفق الضوابط الشرعية التي وضعها العلماء أليق وأيسر بالمعاملات المالية المعاصرة خاصة إذا تحققت الضوابط التي وضعت أو الشروط التي لا بد من توفرها لكي يصح الدخول في هذا العقد الفاسد ومن هذه الشروط منها⁽¹⁾ :

1- أن يكون محتاجا للدخول في هذا النوع من العقود، لأن الدخول في العقد مع وجود هذا الشرط لا يخلو من كونه ذريعة إلى الوقوع في المحرم، والقاعدة المقررة عند العلماء أن ما كان تحريمه تحريم وسائل فإنه يباح عند الحاجة⁽²⁾.

2- أن يمكن لداخل في هذا العقد التخلص من الشرط الفاسد بقدر الإمكان بأن يضع الاحتياطات اللازمة بحيث لا يمكن واضع الشرط الفاسد من إلزامه.

وهذه الشروط والضوابط هي التي قرر شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله رحمة واسعة عند حديثه عن فقه عائشة رضی الله عنها حيث قال: «إن هولاء القوم كانوا قد علموا أن هذا الشرط المنهي عنهن فأقدموا على ذلك بعد إلى النبي ﷺ، فكان وجود اشتراطهم كعدمه، وبين لعائشة أن اشتراطك لهم الولاء لا يضرک، فليس هو أمرا بالشرط، ولكن إذنا للمشتري في اشتراطه إذا أبى البائع أن يبيع إلا به، واخبار للمشتري أن هذا لا يضره، ويجوز للإنسان أن يدخل في مثل هذا»⁽³⁾.

وهذا الكلام ينطبق على كثير من الشروط الجزائية الفاسدة التي تضعها كثير من المؤسسات الحكومية في عقودها والشركات المعاصرة في معاملاتها، مثل اشتراط دفع غرامات التأخير المالية في حال التأخر عن الوقت المحدد عن التسديد كما هو الحال في العقود التي درسناها في بحثنا هذا وهذا ينطبق كذلك على كثير من العقود سواء أكان فواتير الخدمات الهاتفية أو الكهرباء أو في البيع بالتقسيط أو العقود التمويلية الأخرى فلاحية أو اقتصادية أو غير ذلك وهذا القول يمنك استثماره وتوظيفه في كثير من النوازل المعاصرة ومنها الشروط الجزائية رفعا للحرج الذي أفرزته التطورات العلمية والحركة الاقتصادية

⁽¹⁾ يوسف بن عبد الله الشبيل، المعاملات المالية، المرجع السابق، ج 2 ص: 8.

⁽²⁾ أبو عمر عبد الله بن محمد الحمادي، التكييف الشرعي لبطاقات الائتمان، المرجع السابق، ص: 41.

⁽³⁾ يوسف بن عبد الله الشبيل، المعاملات المالية، المرجع السابق، ص: 8.

والتجارية مادام أن البدائل غير قائمة أو غير متاحة (1).

ج-بدائل مقترحة عن الصيغ التمويلية (القروض الفلاحية قرض الرفيق والتحدي) الداعمة للتشغيل.

لقد اقترح العلماء والباحثين الكثير من الحلول والبدائل الشرعية للخروج من المحاذير المخالفة للشرعية الاسلامية في الصيغ الفلاحية التمويلية والقروض الربوية المؤثرة في أصل العقد والتي تؤل إلى إفساده وإبطاله، فجاءت هذه البدائل والمقترحات والمخارج من أجل تصحيح هذه العقود وتكييفها بما يتوافق مع الضوابط الشرعية التي تجعل هذه المعاملات في ميزانها الشرعي ومن هذه البدائل المقترحة ما يلي (2) :

-القروض البنوك البنكية التي تتولى الجهات الحكومية دفع فوائدها بشكل كلي أو جزئي، فإنه بالإمكان تفعيل صيغ المشاركة الاسلامية كالمضاربة والمزارعة الاستصناع وغيرها من الصيغ الموافقة للشرعية الاسلامية، والعمل على تطويرها وتطوير الجانب القانوني وتفعيله وخاصة ما يتعلق بالجانب الذي يضمن التطبيق والأداء والمصادقية، والتنسيق مع العلماء والفقهاء والخبراء لضبطها وتشريع أحكامها(3).

-تعديل صيغ العقود التي يمكن تعديلها بحذف الشروط المنافية للشرعية الاسلامية وتحويلها إلى قروض حسنة، أو دعم الشباب عن طريق صيغ المراجعة أو البيع بالتقسيط، بما يضمن دعماً حقيقياً ومرافقة ناجحة للمستثمرين، وتنمية مستدامة ومنظمة لأموال صناديق دعم التشغيل، مع التشديد في إنشاء أجهزة محاسبة قائمة آليات دقيقة ودراسة متكاملة، مع الحرص على تكوين الشباب المستثمرين تكوينا علميا وتقنيا وأخلاقيا، متماشية مع الواقع الجزائري؛ لأن معظم أصحاب القروض حتى وإن كانت حسنة ليس لهم أي نية في ردها للخزينة العمومية ولا تنفيذ المشاريع على أرض الواقع، فلا بد من أخذ الاعتبار من التجارب السابقة بمعالجة النقائص وتكميلها، وتطوير المشاريع الناجحة وتعميمها، وذلك من خلال وضع تدابير صارمة شاملة (4).

-إنشاء التعاونيات الفلاحية وجمع الشباب البطل في هذه التعاونيات بصيغ شرعية كالمزارعة المساقاة وعقد شركات عمل، ويمكن لوزارة الفلاحة والتنمية الريفية أن تتبنى ذلك وفق عقود وشروط

(1)- يوسف بن عبد الله الشيبيل، المعاملات المالية، المرجع السابق، ص: 8.

(2)- بحوث ندوة التميز الفقهية، البيان الختامي، المرجع السابق، ص: 234، 235.

(3)- المرجع نفسه، ص: 234، 235.

(4)- المرجع نفسه، ص: 203.

مطابقة للمعاملات في الشرع⁽¹⁾.

المطلب الرابع: الشرط الجزائي في المؤسسات المصرفية بالجزائر.

وفي هذا المطلب نتكلم على بعض النماذج التمويلية في المؤسسات المصرفية في الجزائر محاولين دراستها وعرضها كما هو معمول بها في الواقع الجزائري، سواء كانت عقودا مطبقة في مؤسسات مالية إسلامية أو بنوك تقليدية مركزين على العقود التي تضمن شروط جزائية أو عقوبات مالية؛ لأنها هي المقصودة بالدراسة ثم نرجع على حكم الشروط الجزائية في هذه النماذج ويكون توضيح ذلك في الفروع الموالية التي سنذكرها.

الفرع الأول: الشرط الجزائي في المؤسسات المصرفية المالية الإسلامية.

لقد بلغ معدل نمو نشاط المؤسسات المصرفية الإسلامية في الجزائر حوالي 15% سنويا في المتوسط، وهو معدل نمو سريع مقارنة بالبنوك التقليدية؛ وقد بلغت الحصة السوقية لمؤسسات الصيرفة الإسلامية حدود 2 إلى 3% من إجمالي التمويلات للمنظومة البنكية الجزائرية، وما مقداره 16% من مجمل حصة البنوك الخاصة الناشطة في الجزائر؛ غير أن المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية في الجزائر لازالت تحقق معدلات أعلى للعائد على الاستثمار والتي تتجاوز في الكثير من الأحيان معدل 20% في المتوسط.

ولقد سارت الدولة الجزائرية في تطوير المؤسسات المصرفية الإسلامية ومواكبتها معتمدة في ذلك على نمطين أساسيين، وقبل ذكر هذين النمطين نود الكلام والتعريح على الإطار التشريعي الجديد المنظم للمؤسسات المصرفية الإسلامية في الجزائر ثم نردفها بالكلام على البنوك التشاركية والنوافذ في البنوك التقليدية وعليه يكون الحديث عن ذلك كالتالي⁽²⁾:

أولا: الإطار التشريعي الجديد للمنظم للصيرفة الإسلامية في الجزائر.

لقد قامت الدولة الجزائرية على غرار العديد من الدول العربية والإسلامية والغربية بمنح الاعتماد للمصارف الإسلامية على أنها مصارف تجارية عادية، فتم إنشاء بنك البركة سنة 1990/12/06،

⁽¹⁾ بحوث ندوة التميز الفقهية، البيان الختامي، المرجع السابق، ص: 203.

⁽²⁾ محمد مسعودي، الرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية بين الواقع والمأمول- تجربة مصرف السلام الجزائري-، مجلة التكامل الاقتصادي، كلية الاقتصاد، جامعة أدرار، الجزائر، المجلد 7، العدد 4، سنة 2019، ص: 81، 82.

حيث تعود فكرة إنشائه إلى سنة 1984م، أين تم الاتصال بين الجزائر ممثلة في بنك الفلاحة والتنمية الريفية، وشركة دلة البركة القابضة الدولية وهي مجموعة مصرفية سعودية مقرها مملكة البحرين، تقدم خدمات مالية إسلامية وتمتلك عددا من المصارف والفروع الدولية تحت اسم البركة، حيث كان الهدف من الاتصال هو التعاون في مجال التجارة الخارجية فتم تقديم ما قيمته 30 مليون دولار لبنك الفلاحة والتنمية الريفية، وهو ما أدى لتبادل الثقة، وفي سنة 1986م قامت مجموعة دلة البركة المصرفية بعقد ندوتها الرابعة بالجزائر العاصمة، أين بدأت تتبلور فكرة إنشاء بنك إسلامي في الجزائر⁽¹⁾.

وهكذا حتى صدر القانون الجديد قصد التأسيس لنظام الصيرفة الإسلامية أو التشاركية في الجزائر وقد كانت الانطلاقة مع النظام الذي أصدره "بنك الجزائر النظام رقم 02-18، المؤرخ في 04 نوفمبر 2018 والذي يتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف والمؤسسات المالية⁽²⁾.

وقد تضمن هذا النظام التأسيسي 12 مادة، تتمثل أهم مضامينها في النقاط التالية⁽³⁾ :

- حسب المادة 02 من هذا النظام، تم تعريف العمليات المصرفية التشاركية على أنها كل العمليات التي تقوم بها المصارف والمؤسسات المالية التي تندرج ضمن فئات العمليات المذكورة في المواد 66 إلى 69 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت من سنة 2003 والمتعلق بالنقد والقرض، مع التأكيد على المنتجات التشاركية التالية: المرابحة، المشاركة، المضاربة، الإجارة، الاستصناع، السلم، وكذا الودائع في حسابات الاستثمار.

- حسب المادة 3 من هذا النظام، فإنه يجب ضمان استقلالية شبابيك الصيرفة التشاركية (من

⁽¹⁾ الجوزي جميلة وحدو علي، دراسة مقارنة لإدارة المخاطر في الجزائر بين المصارف الإسلامية ومصارف تقليدية خاصة، المجلة الجزائرية للعولمة والسياسات الاقتصادية، جامعة الجزائر3، الجزائر، العدد7، سنة: 2016 ص: 82.

⁽²⁾ - المرسوم التنظيمي، رقم 18-02 المؤرخ في 26 صفر عام 1444 الموافق 4 نوفمبر سنة 2018 يتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد73، ص: 22، وينظر: محمد مسعودي، الرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية بين الواقع والمأمول- تجربة مصرف السلام الجزائري-، المرجع السابق، ص: 82، وينظر: ميلود بن حوحو، قراءة في أحكام النظام 20-02 المؤرخ في 15 مارس 2020، يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، <https://drmiloudbenhouhou.com>، في يوم: 2022/01/26.

⁽³⁾ محمد مسعودي، الرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية بين الواقع والمأمول- تجربة مصرف السلام الجزائري-، المرجع السابق، ص: 82.

النواحي: الإدارية، المالية، والمحاسبية) وهذا بين البنوك التي تجمع بين الصيرفة التقليدية والصيرفة التشاركية.

- حسب المادة 4 من النظام تم اقتراح تأسيس هيئة وطنية للرقابة والفتوى الشرعية تعنى بالبت في مدى مطابقة المنتجات المالية التشاركية مع قواعد ومبادئ الشريعة الإسلامية.

وما يمكن الإشارة إليه في هذا الصدد أن القانون الأول السابق الذي ذكرنا المنظم للصيرفة الإسلامية قد تم إلغاؤه بمقتضى النظام 20-02 المؤرخ في 15 مارس 2020، يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية⁽¹⁾.

ومن بعد هذا التعديل تلاه صدور التعليم 20-03 المؤرخة في 20 أبريل 2020 المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية⁽²⁾.

ثانيا: اعتماد النوافذ الإسلامية في إطار البنوك التقليدية.

لقد كانت سنة 2017م نقطة انطلاق حقيقية للنوافذ البنكية حيث شرعت العديد من البنوك التقليدية الجزائرية في عمليات التحضير لإطلاق الخدمات المصرفية الإسلامية عبر ما يسمى: بـ "النوافذ الإسلامي" وهي الظاهرة التي بدأت لأول مرة سنة 1979 في مصر عندما قام "مصرف مصر" بإنشاء فرع إسلامي له أطلق عليه "فرع الحسين للمعاملات الإسلامية"؛ وتتمثل البنوك الجزائرية التي اعتمدت النوافذ الإسلامية في كل من: القرض الشعبي الوطني، بنك التنمية المحلية، الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط؛ وهذا في ظل التعديلات التي طرأت على قانون النقد والقرض الجزائري، لا سيما المواد 67، 68، 73 والتي تم من خلالها فتح المجال للمعاملات المصرفية التشاركية، ويمكن أن نلخص المحطات البارزة في تاريخ نشأة، وتطور الصيرفة الإسلامية بالجزائر في النقاط التالية⁽³⁾:

⁽¹⁾ -المرسوم التنظيمي، رقم 20-02 المؤرخ في 20 رجب عام 1441 الموافق 15 مارس 2020 يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية، العدد 16، ص: 32.

⁽²⁾ -ميلود بن حوحو، قراءة في أحكام النظام 20-02 المؤرخ في 15 مارس 2020، المرجع السابق.

⁽³⁾ -محمد مسعودي، الرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية بين الواقع والمأمول-تجربة مصرف السلام الجزائري-، المرجع السابق، ص: 82.

- 1991: تعتبر المحطة الأولى: حيث تم إنشاء بنك البركة الجزائري الذي يعد أول بنك إسلامي جزائري، بتاريخ: 1991/05/20.

-2000: تعتبر المحطة الثانية: حيث تم إنشاء أول شركة تأمين تكافلي في الجزائر البركة والأمان سابقا، سلامة للتأمينات حاليا وهذا بتاريخ 2000/03/26.

-2008: تأسيس ثاني مصرف إسلامي بالجزائر مصرف السلام الجزائري في سبتمبر من سنة 2008.

-2018: حيث تم فيها إصدار البنك المركزي التنظيم رقم: 02-18 ينظم ويؤطر لأول مرة نشاط "الصيرفة التشاركية" بالجزائر، وهذا بتاريخ: 04 نوفمبر 2018.

ثالثا: اعتماد البنوك الإسلامية التشاركية مكتملة الصفة.

وفي هذا العنصر نتكلم على مؤسستين ومصرفيين يمثلان البنوك الإسلامية التشاركية الجزائرية من خلال تعريفهما وذكر بعض الصيغ المعتمدة في التمويل الصيرفي في هذه البنوك وبيان حكم الشرط الجزائي الذي تتضمنه بعض العقود المتعامل بها في بنك البركة وبنك السلام والبنوك التقليدية الجزائرية ويمكن أن نوضح ذلك بما الي (1):

أ-التعريف بنك البركة الجزائري وصيغه التمويلية.

1-تعريفه:

يعتبر تأسيس أول بنك إسلامي في الجزائر تم إنشاؤه بتاريخ 20ماي 1991؛ وهذا بعد تبني قانون النقد والقرض الجديد رقم 90-10 سنة 1990 ويعتبر هذا البنك أول مصرف جزائري يرأس مالا مختلطا (عاما وخاصا) يقدر ب: 500 مليون دج، وينتمي بنك البركة الجزائري إلى مجموعة البركة المصرفية، والتي تتكون من 12 بنكا، وهي بذلك موزعة على 12 دولة حيث يبلغ رأس مالها أكثر من 1,5 مليار دولار أمريكي تقدم خدماتها لعملائها في أكثر من 300 فرعا، ويمكن أن نوجز ونبرز في ما

(1) محمد مسعودي، الرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية بين الواقع والمأمول-تجربة مصرف السلام الجزائري-، المرجع السابق، ص: 81.

يلي أهم المحطات التاريخية المرتبطة بنشأة وتطور بنك البركة الجزائري⁽¹⁾، من البداية التأسيسية إلى مرحلة فرض وجودها كمنافس قوي في الأسواق المحلية والعالمية وهذه النقاط البارزة في نمو هذه المؤسسة المالية هي⁽²⁾:

1991: تأسيس بنك البركة الجزائري.

1994: تحقيق الاستقرار والتوازن المالي للبنك.

1999: مشاركة البنك في تأسيس شركة التأمين (البركة والأمان والتي أصبحت حاليا تعرف ب: سلامة للتأمينات).

2000: احتلال البنك للمراتب الأولى ضمن البنوك الخاصة.

2002: رسكلة وإعادة توجيه إستراتيجية البنك نحو قطاعات جديدة من السوق، تتمثل في قطاعي المهنيين والأفراد.

2003: تأسيس الشركة العقارية المسماة "دار البركة" برأس مال قدره 000.1.550.000 دج.

2006: زيادة رأس مال البنك إلى 000.500.2.000 دج.

2008: تحقيق طفرة كبيرة في صافي أرباحه وموجوداته التشغيلية خلال هذا العام حيث نمت صافي أرباحه بنسبة 106% وصافي أرباحه التشغيلية 70% وموجوداته بنسبة 12% والتمويلات بنسبة 28% وحقوق الملكية بنسبة 42%⁽³⁾.

2009: زيادة رأس مال البنك مرة أخرى إلى 00.000.000.10 دج.

2015: تأسيس مركز البحوث والتدريب في المالية الإسلامية (مبتما).

2015: تأسيس شركة الخيرات العقارية "سأتك إيمو" برأس مال يقدر ب 000.15.000 دج.

وعليه يكون تعريف بنك البركة كما جاء عن الشيخ صالح عبد الله كامل حيث قال: بنك البركة

⁽¹⁾ الجوزي جميلة وحدو علي، دراسة مقارنة لإدارة المخاطر في الجزائر بين المصارف الإسلامية ومصارف تقليدية خاصة، المرجع السابق، ص: 82.

⁽²⁾ بنك البركة، : <https://www.albaraka-bank.com>، في يوم 2022/1/25، وينظر: لدرع خديجة، نحو تعزيز

دور البنوك الإسلامية في تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة-دراسة حالة بنك البركة الجزائري-، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر، العدد: 6، ص: 14.

⁽³⁾ لدرع خديجة، المرجع نفسه، ص: 14.

الجزائري هو بنك إسلامي لا يتعامل بالفائدة أخذاً وعطاءً، ويهدف إلى تنمية المجتمع الجزائري المسلم، وإلى خلق توليفة عملية مناسبة بين متطلبات العمل المصرفي الحديث وضوابط الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

2-صيغه التمويلية:

يعتمد المصرف الإسلامي بنك البركة على عدة طرق تمويلية مستمدة من الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي واجتهادات الفقهاء القدماء والمعاصرين ونقتصر في هذا العنصر على أشهر الطرق والصيغ التمويلية المعروفة والمتعامل بها في هذه المؤسسة المالية الإسلامية، وإن كان معظم المصارف الإسلامية المعاصرة تشترك في هذه الصيغ ولها تقاطع كبير فيما بينها الناتج عن وحدة المصادر العلمية الشرعية والتعاون في المجالات التطبيقية وهذه الصيغ التمويلية نذكر منها⁽²⁾:

-المراوحة: هي عملية بيع السلعة بنفس الثمن الذي تم شراؤها به مع إضافة ربح معلوم سواء بنسبة محددة من الثمن أو بمبلغ محدد، ويظهر الجانب التمويلي إذا بيعت السلعة مراوحة لأجل أو على أقساط، وبالتالي تتضمن العملية بجانب البيع ائتماناً تجارياً يمنحه البائع للمشتري الذي يسدد الثمن فيما بعد من إيراداته إما مرة واحدة بعد أجل معين أو على أقساط⁽³⁾.

-الإجارة: يقوم البنك بشراء العتاد والمعدات اللازمة لتحقيق المشروع، وبعد ذلك يقوم بكرائها للزبون لمدة معينة، وحسب النظام المعمول به تنتقل ملكية العتاد والتجهيزات للزبون بعد تسديد المبلغ الكلي لها، ويصبح المالك الوحيد للمعدات التي تم كراؤها مسبقاً وهي على قسمين⁽⁴⁾:

⁽¹⁾ الجوزي جميلة وحدو علي، دراسة مقارنة لإدارة المخاطر في الجزائر بين المصارف الإسلامية ومصارف تقليدية خاصة، المجلة الجزائرية للعولمة والسياسات الاقتصادية، المرجع السابق، ص: 82.

⁽²⁾ عبد الوهاب سخري وسمية بن علي، دور منتجات المالية الإسلامية في دعم وتمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة، المرجع السابق، ص: 101-102، وينظر: <https://www.albaraka-bank.com>، في يوم 2022/1/25.

⁽³⁾ عبد الوهاب سخري وسمية بن علي، المرجع نفسه، ص: 101، وينظر: عبد الله المصلح وآخرون، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 163، 164، وينظر: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص: 43-

44، ينظر: بنك البركة، <https://www.albaraka-bank.com>، في يوم 2022/1/25.

⁽⁴⁾ عبد الله المصلح وآخرون، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 202-204.

التأجير التشغيلي، والتأجير التمويلي الإجارة المنتهية بالتملك.

فالإجارة تقنية تمويل حديثة تشتمل وترتكز غالباً على ثلاث جهات فاعلة أساسية وهي المورد أو المصنع للآلات والمعدات المؤجرة وهو البنك الإسلامي الذي يقوم بشراء الآلات والمعدات بغرض تأجيرها لربائته، والمستأجر أو الزبون يقوم بطلب استئجار المعدات والآلات⁽¹⁾.

-**السلم:** هو بيع آجل بعاجل أي أنه يبيع يتقدم فيه الثمن ليقبض بمجلس العقد وتتأخر فيه السلعة أو البضاعة (المسلم فيه) لأجل مسمى، وهي على عكس البيع الآجل أي أنه معاملة مالية يتم بموجبها تعجيل الثمن، وتقديمه نقداً إلى البائع الذي يلتزم بتسليم البضاعة أو السلعة المعينة والمحددة والمضبوطة بمواصفات محددة في أجل معلوم⁽²⁾.

-**الاستصناع:** الاستصناع نوع من البيع الذي يتم فيه تبادل السلعة قبل تواجدها، ويعرف بأنه عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة وهو من عقود البيوع، ويعني أن يطلب من الصانع تصنيع سلعة معينة وإذا قام بصنع السلعة المطلوبة وتسليمها تتم حالة بيع الاستصناع⁽³⁾.

وهذه الصيغ التمويلية التي ذكرناها سابقاً هي في معظمها استثمارات اقتصادية قائمة على أساس البيوع في الشريعة الإسلامية والمصادر الفقهية.

ومن الصيغ كذلك التي يتعامل بها بنك البركة الجزائري الاستثمارات القائمة على أساس المشاركة كالمضاربة بأنواعها والمشاركة بأنواعها، والخدمات والصيغ التكافلية كالقرض الحسن والتأمين التكافلي إلى غير ذلك من الصيغ⁽⁴⁾.

(1) عبد الوهاب سخري وسمية بن علي، دور منتجات المالية الإسلامية في دعم وتمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة، المرجع السابق، ص: 102، وينظر: بنك البركة، <https://www.albaraka-bank.com>، في يوم 2022/1/25.

(2) عبد الله المصلح وآخرون، مالا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 167، وينظر: عبد الوهاب سخري وسمية بن علي، دور منتجات المالية الإسلامية في دعم وتمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة، المرجع السابق، ص: 101، وينظر: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص: 154، وينظر: بنك البركة، <https://www.albaraka-bank.com>، في يوم 2022/1/25.

(3) عبد الوهاب سخري وسمية بن علي، دور منتجات المالية الإسلامية في دعم وتمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة، المرجع السابق، المجلد 11، العدد 1، سنة: 2021، ص: 101، وينظر: عبد الله المصلح وآخرون، مالا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 177-178، و ينظر: بنك البركة، <https://www.albaraka-bank.com>، في يوم 2022/1/25.

(4) عبد الوهاب سخري وسمية بن علي، المرجع نفسه، ص: 101، و ينظر: بنك البركة، <https://www.albaraka-bank.com>، في يوم 2022/1/25.

الفرع الثاني: حكم الشرط الجزائي كما هو معمول به ببنك البركة من خلال بعض صيغ عقود.

قبل الحكم على الشرط الجزائي في المصارف الإسلامية لابد من الاطلاع على نماذج تطبيقية وعقود معاملاتية صادرة عن البنوك المؤسسات والمصارف الإسلامية، وسنعرض في هذا العنصر عقدا نموذجيا تطبيقيا لبيع المراجحة للآمر بالشراء أو عقد المراجحة لتمويل الاستهلاك كما يجريه بنك البركة الجزائري والغرض من عرض هذه النماذج مقارنة الواقع وتصور المعاملة والوقوف عليها في الميدان، كما سنقتصر على نموذج واحد فقط؛ لأن بعض الأحكام الشرعية تجري على معظم العقود والمعاملات المطبقة في بنك البركة الجزائري خاصة ما يتعلق بمسألة الديون ومعالجتها، ونحاول التركيز على المواد المتعلقة بالشروط الجزائية والغرامات التأخيرية لنبين الحكم الشرعي في ذلك بعد تعريف بيع المراجحة للآمر بالشراء المعاصرة، وفيما يلي نحاول أن نقوم بعملية مسح لهذا العقد ونسرد بنوده وشروطه وقيوده والالتزامات المترتبة على كل طرف ويكون ذلك على النحو التالي:

أ- تعريف المراجحة للآمر بالشراء:

ومن باب التنبيه في هذا المقام أن التعريف الذي يخصنا هو دراسة الصورة المستجدة وعملت بها المصارف الإسلامية المعاصرة وهي بيع المراجحة للآمر بالشراء وبحسب جريانها في هذه المصارف، وهذه المعاملة والصيغة عرفت بعدة تعريفات نقتصر على أحدها والذي يعتبر كتوصيف لها فهي كالتالي:

هي طلب الفرد أو المشتري من شخص آخر «أو المصرف الإسلامي؛ كتاجر عملاق صدوق أمين) أن يشتري له سلعة بمواصفات محددة، وذلك على أساس وعد منه بشراء تلك السلعة اللازمة له مراجحة، وذلك بالنسبة أو الربح المتفق عليه، ويدفع الثمن على دفعات أو أقساط تبعا لإمكانياته وقدراته المالية⁽¹⁾.

وهي لا تخلو من حالتين⁽²⁾:

الحالة الأولى: أن يتعاقد ذلك الرجل مع المصرف أو المؤسسة أو الفرد من الناس تعاقدًا مباشرًا

لشراء تلك السلعة.

(1) محمد عبد الكريم إرشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، المرجع السابق، ص: 75، وينظر: محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 309، وينظر: وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 69-70.

(2) سعد بن تركي الخثلان، فقه المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 103، 109.

الحالة الثانية: ألا يحصل تعاقد سابق بين ذلك الرجل وبين تلك المؤسسة أو المصرف أو الفرد على إتمام عملية الشراء، لكن يحصل مجرد وعد من تلك المؤسسة أو المصرف أو الفرد بشراء تلك البضاعة التي يعدهم هذا الرجل بأنه سوف يشتريها منهم، ويكون الوعد هنا غير ملزم، فليس هنا عقد، وإنما هو مجرد وعد غير ملزم، فيقول هذا الرجل: إذا اشتريتم لي هذه السلعة بهذه المواصفات أعدكم أنني أشتريها منكم.

وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي في الدورة الخامسة المنعقدة في الكويت في أول الشهر الخامس لعام 1409 هـ وذلك برقم 3-4 وجاء فيه (1):
إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من 1-6 من جمادى الأولى لعام 1409 هـ كانون الأول ديسمبر 1988م بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوعي الوفاء بالوعد والمراجعة للأمر بالشراء واستماعه للمناقشات التي دارت حولها قرر:
أولاً: إن بيع المراجعة للأمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور وحصول القبض المطلوب شرعاً هو بيع جائز طالما كانت تقع على المأمور مسؤولية التلف قبل التسليم وتبعه الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه.

ثانياً: الوعد وهو الذي يصدر من الأمر أو المأمور على وجه الانفراد يكون ملزماً للوعد ديانة إلا لعذر وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب يدخل في كلفة نتيجة الوعد، ويتحدد أثر الالتزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.
ثالثاً: المواعدة وهي التي تصدر من الطرفين تجوز في بيع المراجعة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز؛ لأن المواعدة الملزمة في بيع المراجعة تشبه البيع نفسه حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكا للبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي ﷺ عن «بيع الإنسان ما ليس عنده» (2).

ب- عرض تفصيلي لنموذج عقد المراجعة لتمويل الاستهلاك.

لقد جاء في أحد النماذج المتحصل عليها لبنك البركة الجزائري بأنه شركة مساهمة رأسمالها

(1) ينظر: سعد بن تركي الخثلان، فقه المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 103، 109.

(2) أخرجه أبو داود في سننه، باب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم 3503، ج3، ص283، وأخرجه الترمذي في سننه، أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية في بيع ما ليس عنك، رقم: 1232، ج2، ص525، وأخرجه النسائي في سننه، كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع، رقم: 5613، ج7، ص289، وأخرجه ابن ماجة في سننه، أبواب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك والريح ما لم يضمن، رقم: 2187، ج3، ص380، وقال الترمذي حديث حكيم بن حزام حديث حسن.

2,000,000,500 دج خاضعة الأمر 03-11 المؤرخ في 26/08/2003 المتعلق بالنقد والقرض الكائن مقره بحي بوثلجة هويدف، فيلا رقم 01، بن عكنون، الجزائر.

عنون العقد

وعنوان هذا النموذج بعقد المراجعة لتمويل الاستهلاك، وتسمى كذلك ببيع المواعدة أو المراجعة للآمر بالشراء في بعض معاملات المصارف الإسلامية أو البنوك التقليدية.

التمهيد:

ونجد في هذا التمهيد الإشارة إلى أن البنك في نظامه الأساسي يلتزم بالتعامل بأحكام الشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى الشروط المصرفية السارية المفعول لدى بنك البركة الجزائري الملحق بهذا العقد والتي تعتبر الإطار المرجعي للشروط المالية لهذا العقد.

كما نجد في التمهيد الإشارة إلى طلب طلبات التمويل الموقع من العميل المتضمن أوامر الشراء الموقعة بهذا والتي تعد جزء لا يتجزأ منه.

حيث أن العميل طلب من البنك أن يشتري له السلعة/السلع محل الفاتورة وأمر الشراء المرفقين بهذا العقد واللذان يعتبران جزء لا يتجزأ منه.

حيث أن البنك فوضى العميل للتعامل والتعاقد مع المزود في طلب وتسليم السلعة و/أو البضاعة محل هذه الفاتورة.

حيث أن الطرفين يتمتعان بكامل الأهلية القانونية المعتبرة واللازمة للتعاقد.

فقد تم الاتفاق على ما يلي:

وقد ذكر في هذا الاتفاق مجموعة من المواد المحددة لموضوع العقد وطرق التمويل والشروط والالتزامات وثمان البيع وكيفية التسديد، والتأمين، وغرامات التأخير، والاحتجاجات والشروط الفاسخة للعقد، والضمان لهذا العقد والمصاريف والحقوق، والمرفقات، وتحديد موطن العقد، وحل النزاعات وفسخ العقد كل ذلك منصوص عليه في مواد منظمة ومفصلة لماهية العقد وحقبته، ويمكن سردها بعناوينها المذكورة وهي:

المادة الأولى: الموضوع.

المادة الثانية: استعمال التمويل.

المادة الثالثة: ثمن البيع وكيفية تسديده.

المادة الرابعة: التأمين.

المادة الخامسة: غرامات التأخير.

المادة السادسة: احتجاجات.

المادة السابعة: الشروط الفاسخة للعقد.

المادة الثامنة: الضمانات.

المادة التاسعة: المصاريف والحقوق.

المادة العاشرة: الموطن.

المادة الحادية عشر: حل النزاعات.

المادة الثانية عشر: فسخ العقد.

فهذه هي المواد التي نص عليها في هذا النموذج المعنون كما ذكرنا سابقا بعقد المراجعة لتمويل الاستهلاك الخاص ببنك البركة الجزائري، وسيكون هذه النموذج في الملحقات لتسهيل الرجوع إليه لمن أراد ذلك، ومما يجدر التنبيه إليه أننا سنقتصر في هذه الدراسة على المواد التي لها علاقة مباشرة مع دراستنا، والمادة التي محل الدراسة من هذا العقد هي المادة الخامسة ونقلها كما هي ونبين حكم الشرط الجزائي في التمويل بالمراجعة الاستهلاكية عند العلماء والباحثين ويكون ذلك كما يلي:

ج الحكم الشرعي للشرط الجزائي في عقد المراجعة لتمويل الاستهلاك.

لقد جاء في النموذج الذي بين أيدينا لعقد المراجعة لتمويل الاستهلاك الصادر عن بنك البركة الجزائري، وذلك في المادة الخامسة (5) ما نصه:

يحق للبنك أن يفرض على المدين المماطل غرامة تأخير من المبلغ المستحق بالنسبة المنصوص عليها في الشروط المصرفية السارية المفعول لدى بنك البركة الجزائري، عن كل شهر

تأخير، بغض النظر عن الوسائل الأخرى التي يمنحها له القانون لتحصيل دينه⁽¹⁾.

وما نلاحظه في هذه المادة أنه قد صرح فيها بأحقية البنك في فرض غرامة مالية تأخيرية عن كل شهر بالنسبة المنصوص عليها من المبلغ المستحق على المدين المماطل في عقد بيع المراجعة لتمويل الاستهلاك، وهذا من الشروط الجزائية التي اختلف العلماء في حكمها وبينوا حكم اشتراطها وتناولناها بالدراسة كما بين سابقا في بحثنا والشرط الجزائي في هذه المادة الخاصة ببيع المراجعة لتمويل الاستهلاك هو دين في ذمة العميل وبالتالي فهو شرط متعلق بالديون، فلا يجوز اشتراط الزيادة في عقود المراجعة للتمويل سواء لاستهلاك أو غيرها من العقود سواء أكان موسرا أو معسرا مادام أن المسألة لها تعلق بالدين والتأخر في تسديد الأقساط المتفق عليها كما ذهب إلى ذلك الكثير من العلماء المعاصرين والجامع الفقهية والمعايير الشرعية لوجود شبهة الربا في عقد المراجعة للأمر بالشراء فالشرط في الديون فاسد ومفسد للعقد كما ذهب إلى ذلك الكثير من العلماء المعاصرين، والذي يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار وأن ينبه عليه هو أن الذي يهمننا بيانه هنا أو في هذه النماذج السابقة أو اللاحقة هو حكم ما إذا امتنع المدين للمصرف الإسلامي عن سداد الدين «الأقساط المترتبة عليه، والثابتة في الذمة، نتيجة بيع مراجعة مقسط أو بيع تقسيط، أو مضاربة منتهية بالتملك أو مشاركة منتهية بالتملك عن سداد الأقساط المترتبة عليه»⁽²⁾، ولقد بينا سابقا أن العلماء اختلفوا في العقوبة المالية والشروط الجزائية على أقوال فمنهم المانع ومنهم المجيز لهذه العقوبة ولا شك أن الحكم يكون تابعا لاختلافهم، ولتوضيح ذلك ننقل بعض ما جاء في المعايير الشرعية وبعض أقوال بعض العلماء حيث جاء في المعايير الشرعية وهم يمثلون معظم القائلين بمنع الشروط الجزائية والغرامات التأخيرية أو العقوبة المالية في مسألة الديون ومن ذلك ما يلي⁽³⁾:

(1)- المادة رقم: 5، نموذج عقد المراجعة لتمويل الاستهلاك، بنك البركة الجزائري، ص: 2.

(2)- محمود عبد الكريم إرشيد، الشامل في معاملات المالية وعمليات المصارف الإسلامية، المرجع السابق، ص: 384.

(3)- محمد علي فركوس، حكم الزيادة المالية المفروضة على التأخير في التسديد، الموقع الرسمي الشيخ أبي المعز محمد علي فركوس، في 6 جانفي، 2024م، على الساعة 13:45، وعبد الله المصلح وآخرون، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 302، والمعايير الشرعية، المرجع السابق، ص: 214، وحمدي محمد بن صالح، صيغ تمويل الشباب تجربة الجزائر، المرجع السابق، ص: 153، 152.

يجوز الاتفاق على سداد ثمن السلعة في بيع المراجعة على أقساط متقاربة أو متباعدة ويصبح ثمن السلعة حينئذ ديناً في ذمة العميل يجب أدائه عند الأجل المتفق عليه، ولا يجوز حصول المؤسسة على زيادة عليه سواء بسبب زيادة الأجل أو التأخر لعذر أو لغير عذر⁽¹⁾.

وهذا كلام صريح في عدم جواز الغرامات التأخيرية والشروط الجزائية في بيع المراجعة للأمر بالشراء إذا كان متعلقاً بالديون وكان يباعاً مقسطاً كما هو في هذا العقد وهذا وكما جاء في المادة الخامسة؛ لأنه من الربا المحرم الذي يفسد العقد وهو في نفسه شرط فاسد مؤثر في صحة العقد.

ومن أقوال العلماء في عدم جواز فرض غرامة تأخيرية أو شرط جزائي على المدين المماطل في بيع المراجعة؛ لأنه من الدين الذي لا تجوز فيه الزيادة ومن القروض التي تجر نفعاً للدائن وهو من الربا الجلي الواضح ومن الربا الجاهلي الذي نزل فيه القرآن ومما جاء عن الدكتور وهبة الزحيلي - رحمه الله - قوله في معرض الحديث عن الشرط الجزائي: «... وأما في الشريعة الإسلامية فلا يجوز في المدائنت هذا الاشتراط بالتعويض، ولا المطالبة القضائية به، سواء في بدء المدائنة أو عند حلول أجل الدين، وسواء ببلغ معين من النقود، أو بنسبة معينة من مقدار الدين، إذا تأخر المدين عن الوفاء بالدين في الوقت المحدد؛ لأنه ربا صريح، واشترطه باطل، لقوله ﷺ «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»⁽²⁾.

ولقد صرح وهبة الزحيلي - رحمه الله تعالى - في عدم جواز وحلية هذه الشروط في العقود الخاصة بالمدائنت مما لا يدع شكاً في ذلك، وبين بأنه لا يعمل بقاعدة التعزير بالغرامات المالية في هذا المجال المتعلق بالديون؛ ولأن الفقهاء قصرها على الجرائم والجنائيات، فلا يتعدى بها إلى غيرها من المخالفات المالية لمعالجة المماطل في تسديد الدين، فقال بعد كلامه السابق: «وبناء عليه يحرم التعزيم بسبب تأخير الديون بمقتضى حكم الشرط الجزائي، وهو الاتفاق السابق على التعويض، أو الحكم القضائي بالتعويض؛ لأن الزيادة المقررة به على أصل الدين هي بغير شك من ربا جاهلية: «إما أن تقضي وإما أن تربى بخلاف تطبيقه في غير الديون كما تقدم، ولا يسوغ ذلك الأخذ بقاعدة التعزير بالغرامات

(1) المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المرجع السابق، ص: 214.

(2) وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 179.

المالية؛ لأن هذه الغرامات عند من أجازها مقصورة على حال ارتكاب المعاصي الشرعية أو الجرائم الجنائية كما هو ملحوظ من الأمثلة التي ذكروها، وليس هي أيضا مما يشملها حديث «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته»⁽¹⁾ «أي شكائته وحبسه، لا تعزيمه بالمال؛ لأن هذا التعزيم من الربا الحرام، وهو ربا النسيسة المنوع شرعا بنص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة»⁽²⁾.

ولقد تابع وهبة الزحيلي -رحمه الله رحمة واسعة- في الرد على المجزين للغرامات المالية والشروط الجزائية بحجة دفع الظلم الناتج عن التأخر في تسديد الديون، وبين قاعدة الضرر التي ارتكز عليها هؤلاء العلماء، وزاد في مناقشتهم وبين الفوارق بين قواعد دفع الضرر المادي وما يعارضه من أدلة حرمة الربا حتى ولو وقع الضرر، فأخذهم بالعموميات من الأدلة، لا يميز لهم الربا المحرم بالإجماع حيث قال: «وأما القائلون بالجواز دفعا للضرر الفعلي والمادي عن الدائن، فهم يعتمدون على قاعدة مشروعية إزالة الضرر الذي يمنعه الشرع، أو مبدأ مشروعية التعزير بالغرامات المالية عند القائلين به، وهم في هذا واهمون؛ لأن قواعد إزالة الضرر هي أخذ بالعموميات التي تتعارض مع أساس الشريعة القائم على منع الربا، وإن تضرر الدائن، وكذلك التعزير بأخذ الغرامة المالية هو عقوبة من أجل الإخلال بالأحكام الشرعية ومقاومة المعاصي والمنكرات، ولا يوجد فيها مثال واحد عند المجزين لهذا التعزير، يتعلق بمسألة دفع الضرر عن الدائن في المدائينات التي تتصادم مع أحكام الربا»⁽³⁾.

وهذا حكم عام في جميع المدائينات سواء كانت عقود المرابحة للآمر بالشراء أو غير من العقود التي تكون المعاملة فيها متعلقة بالدين وكان في ذمة المدين ولو كان من المماطلين، ويدخل في ذلك عقود الإيجارات المنتهية بالتمليك وعقود التقسيط إلى غيره من العقود التي يجري بها العمل في المصارف الإسلامية ويكون الالتزام فيها ديناً.

(1)- أخرجه أبو دواد في سننه، كتاب الأفضية، باب في الحبس في الدين وغيره، رقم: 3628، ج3 ص313، وأخرجه النسائي في سننه، كتاب البيوع، باب مطل الغني، رقم: 4689، ج7، ص316، وأخرجه ابن ماجه في سننه، أبواب الصدقات، باب الحبس في الدين والملازمة، رقم: 2427، ج3 ص497، علقه البخاري في صحيحه، كتاب الاستقراض وأداء الديون والحبس والتفليس، باب لصاحبي حق مقال، ج3، ص118.

(2)- ينظر: وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 180

(3)- المرجع نفسه، ص: 180.

ولمزيد من التوضيح والتحوط ووضوح عقد المراجعة في قلبه الشرعي ذكر العلماء الضوابط الشرعية الحاكمة لبيع المراجعة للأمر بالشراء، وهي ضوابط تبعد هذا العقد من شبهة الربا المحرمة ما جاء في كتاب الشامل في معاملات المالية وعمليات المصارف الإسلامية محمد عبد الكريم إرشيد حيث نص على مجموعة من الضوابط الشرعية منها ما يلي⁽¹⁾ :

-ألا يكون الثمن في بيع المراجعة قابلاً للزيادة في حالة عجز العميل عن السداد «شرط جزائي أو غرامات تأخير».

-وألا يكون بيع المراجعة ذريعة للربا؛ بأن يكون ذريعة لبيع العينة أو التورق أو التحليل.

وقد ميز محمد عبد الكريم بين فوائد التأخير وغرامات التأخير من خلال طرحه لسؤال هل يمكن التفريق بينهم وهل بينهم شبه حيث قال: «الفوائد الربوية نوعان: فوائد تعويضية 10% مثلاً، وفوائد تأخيرية 15% مثلاً، فالفوائد التأخيرية أعلى في العادة من فوائد التعويض، كما أن فيها معنى الجزاء على التأخير في وفاء القرض».

فهي تشبه غرامات التأخير إذ كل منهما فيه معنى الجزاء على التأخير، كما أن كلا منهما يأخذ صورة معدل مرتبطة بالمبلغ والزمن.

لكن فوائد التأخير تتعلق بتأخير وفاء القرض عن موعد الاستحقاق أي هي متعلقة بالقروض، فهي ربا. أما غرامات التأخير في مناقصات التوريد والمقاولة فتتعلق بتأخير تسليم السلع أو الأعمال عن موعدها المحدد، أي هي متعلقة بالبيع والإيجارات، لا بالقروض.

ومن خلال ما سبق يتضح أنه لا بد في الشرط الجزائي من التمييز بين التخلف والتأخير.

وعليه؛ فإن الرأي في الشرط الجزائي إن كان لعدم التنفيذ فهو جائز، ويأخذ حكم العربون.

وإذا كان الشرط لأجل التأخير في التنفيذ فإنه غير جائز؛ لأنه يكون عندئذ في حكم ربا النسيئة⁽²⁾.

⁽¹⁾- محمود عبد الكريم إرشيد، الشامل في معاملات المالية وعمليات المصارف الإسلامية، المرجع السابق، ص: 80.

⁽²⁾- المرجع نفسه، ص: 384.

يفهم من هذا الكلام التفريق بين ما إذا كان الشرط الجزائي دين في الذمة أي التزام متعلق بالديون وفي هذه الحالة لا يجيزه، وأما إن كان لعدم تنفيذ الأعمال أي في غير الديون فهو جائز، وهذا التفصيل هو ما عليه أغلب العلماء المعاصرين إلا أنه ألحقه بحكم العربون وقد بين سابقا في الدراسة النظرية تكييف العلماء وخلافهم في ذلك وأن الصحيح اعتباره معاملة مستحدثة مركبة، مع عدم التفريق بين قليل الشرط الجزائي وكثيره؛ لأنه الربا المحرم على كل حال⁽¹⁾.

ومن العلماء الذين صرحوا بمنع الغرامات التأخيرية والشروط الجزائية في الديون مطلقا محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني في رسالة الدكتوراه، وشدد النكير على المتعاملين بهذه العقود التي تعد من الربا الصريح المخالف للشريعة الإسلامية وصرح في أكثر من موضع في رسالته ومن هذه التقريرات والتصريحات ما جاء في حكم الشرط الجزائي في بيع التقييط وهذا التقرير شامل لكل معاملة تكون مقسطة ودينا في الذمة فهي محرمة والعقد الذي يدخله الشرط الجزائي فاسد حيث قال: «سبق بيان حكم دخول الشرط الجزائي على الديون وأنه ربا محرم، وبما أن البيع بالتقييط دين فدخول الشرط الجزائي عليه محرم؛ لأنه ربا⁽²⁾، وأثر الشرط الجزائي في بيع التقييط فاسد مفسد للعقد؛ لأن العقد أصبح عقد ربا»⁽³⁾.

وقوله هذا مبني على عدم الاعتداد بقول المخالفين الذين ذهبوا إلى تصحيح العقود الفاسدة ما أمكن إلى ذلك سبيلا.

ولقد ناقش صادق الغرياني الكثير من النماذج الواقعية التي تتعامل بها المصارف الليبية وبين فساد هذه العقود ونص على حرمة الزيادة الربوية والغرامات التأخيرية التي تكون ناتجة عن التأخر في التسديد ومن الأمثلة على ذلك ما جاء في كلامه عن قرض من مصرف التنمية لشراء مذبح ألي، وقروض المصرف الزراعي لحفر الآبار وصيانتها، وقرض عيني بالمشاركة من المصرف الريفي، فقد نص في هذه العقود على أنها عقود ربوية لما فيها من التنصيص على الزيارة على أصل العقد وكذلك الغرامات

(1)- محمود عبد الكريم إرشيد، الشامل في معاملات المالية وعمليات المصارف الإسلامية، المرجع السابق: 384.

(2)- محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 300.

(3)- المرجع نفسه، ص: 300.

التأخيرية فقال: «فهذا العقد عقد ربوي مجحف لعدة أمور: لنصه على الزيادة على أصل القرض، ولنصه على فرض غرامة على المدين عند التأخير تتضاعف كلما تأخر السداد»⁽¹⁾.

وهذا ما يتطابق مع فتوى للشيخ محمد علي فركوس في حكم الزيادة المالية المفروضة على التأخير في التسديد فجعل الزيادة على الثمن الرسمي المفروض بسبب التأخر في التسديد معدود من الربا المنهي عنه شرعا، فلا ينبغي عليه أن لا يتأخر في تسديد فواتير الهاتف من جهة لئلا يتعاون بالتأخير مع المؤسسات العدوانية في أكل أموال الناس بالباطل⁽²⁾.

ونختم هذه المسألة بسؤال موجه إلى هيئة الإفتاء لبنك البركة، ونسوقه بنصه كما جاء وكما طرح من أجل معرفة حكم فرض غرامة تأخير على العميل الذي لا يفي بالتزاماته ونص السؤال كما يلي⁽³⁾:

هل يجوز للبنك أن يفرض غرامات تأخير على العميل الذي لا يفي بالتزاماته تجاه البنك في الموعد المحدد؟

وفي حالة عدم الجواز، هل توجد وسيلة شرعية تمكن البنك من تعويض الضرر الذي يلحق به، من جراء عدم وفاء العملاء بالتزاماتهم في مواعيدها المحددة، بغض النظر عن لجوء البنك إلى استعمال الضمانات التي في حوزته، كالرهن مثلا؟

فكان الجواب كالتالي: لا يجوز للبنك أن يضع شرطا جزائيا على المدين، لدفع مبلغ معين من المال، في حالة تأخره عن الوفاء في المدة المحددة؛ لأن هذا ربا هو ربا الجاهلية، المجمع على تحريمه، فلا يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين، مقدما، على تقرير هذا التعويض، لكيلا يتخذ ذلك ذريعة بينهما إلى المراباة بسعر الفائدة.

وفي سؤال آخر: هل يجوز شرعا مراجعة هامش ربح البنك وفق تغيير سعر العائد المصرفي السائد في السوق.

(1)- الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، قضايا فقهية ومالية معاصرة، المرجع السابق، ص، 272، إلى 277.

(2)- محمد علي فركوس، حكم الزيادة المالية المفروض على التأخير في التسديد، الموقع الرسمي، في يوم: 6 جانفي، 2024م، على الساعة: 14:35.

(3)- عبد الله علي عجبنا، فتاوى وتوصيات الهيئات الشرعية لوحدة مجموعة البركة المصرفية، المرجع السابق، ص: 369.

فكان الجواب كالتالي: أولاً: أقساط التسديد: إن أقساط التسديد التي يتعين على العميل الوفاء بها هي دين في ذمته للبنك الذي موله ولا يجوز إلزام المدين أي زيادة على الدين، لصالح الدائن، سواء بشرط سابق، أو بدون شرط؛ لأن ذلك ربا محرم⁽¹⁾.

وهذا كلام واضح صريح من هيئة الإفتاء في عدم جواز التعامل بهذه المعاملة الربوية المؤثرة في فساد العقود وانفاسخها؛ لأن اشتراط غرامات التأخير أو الشروط الجزائية في الديون التي في ذمة المدين عند عدم سدادها وعدم الوفاء بالتزاماته هو عين الربا الجاهلي وهو وسيلة إليه، فيجب قطع وسائل الربا وحيله كما هو مقرر في قواعد الشريعة الإسلامية، وأصحاب الهيئة رأوا إمكانية فرض غرامة مالية لكن تصرف في وجوه الخير والبر، إضعافاً لشبهة الربا، وذلك من خلال سد الباب أما الدائن من الاستفادة من هذه الغرامة المالية، وحمل المدين على عدم التساهل في أداء المديونية⁽²⁾.

ولا شك أن هذا القول هو الصحيح والراجح الذي سار عليه الكثير من العلماء والمحققين من أهل الاختصاص وتبنته الكثير من المجامع والهيئات الشرعية كما ذكرنا، وبالتالي يكون هذا الشرط له آثاره على العقد فهو فاسد مفسد له إلا على القول الذين أجازوا التعزير بالمال وأجازوا تصحيح العقود الفاسدة. وهذا ما أفتى الصديق محمد الأمين الضرير عضو الرقابة الشرعية، والفتوى بدار المال الإسلامي، وأستاذ الشريعة في جامعة الخرطوم وأحد الفائزين على جائزة الملك فيصل في الشؤون الاقتصادية، ونقلها هنا؛ لأنها نص صريح في المراجعة وهي المقصودة من السؤال وهذا نصها⁽³⁾:

التاريخ 1405/6/3هـ- الموافق 1985/2/23م.

(1) - عبد الله علي عجبنا، فتاوى وتوصيات الهيئات الشرعية لوحدات مجموعة البركة المصرفية، المرجع السابق، ص: 15.

(2) - محمد علي فركوس، حكم الزيادة المالية المفروضة على التأخير، الموقع الرسمي، في 6 جانفي، 2024م، على الساعة 14:35، وعبد الله المصلح وآخرون، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 253، وحدي محمد بن صالح، صيغ تمويل الشباب تجرية الجزائر، بحوث ندوة التميز الفقهية، المرجع السابق، ص: 153.

(3) - عبد الله بن سليمان المنيع، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص423.

الموضوع: فرض غرامات تأخير في عمليات المراجعة الشرعية التي تتجاوز فترات الزمنية المحددة والمتفق عليها في العقد⁽¹⁾.

1- لا يجوز أن يتفق البنك مع العميل المدين على أن يدفع له مبلغا محددًا، أو نسبة من الدين الذي عليه في حالة تأخره عن الوفاء في المدة المحددة سواء أسمى هذا المبلغ غرامة، أو تعويضا، أو شرطا جزائيا؛ لأن هذا هو ربا الجاهلية المجمع على تحريمه.

وهو قول عثمان شبير كما ذكرنا سابقا في البحث النظري ولكن نعيده هنا للفائدة والتذكير حيث قال: وبهذا يتبين أن التعويض عن ضرر التأخير في الديون لا يجوز شرعا إذا حصل عليه الدائن باشتراط أو وعد أو عرف؛ لأنه زيادة مشروطة في قرض أو سلف وكل قرض جر منفعة فهو ربا.

وفي مقابل هذا القول والرأي نجد بعض العلماء المعاصرين قد ذهبوا إلى جواز هذا الغرامات التأخيرية والشروط الجزائية في الديون على أنها داخلة ابتداء في العقوبات المالية التعزيرية أي نستطيع القول بأنها ضمن السياسة الشرعية للحفاظ على مصالح الناس، وصيانة أموالهم وحمايتهم من التماطل والضياع؛ لعدم وجود وسيلة ردعية قائمة أو بديلة، ومن هولاء العلماء الذين كان لهم صيت في هذه المسألة سليمان بن عبد الله المنيع فقد نقل كلام الصديق محمد الأمين الضرير و مصطفى الزرقاء و محمد عثمان شبير وقرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي وأبدى رأيه وحاول نفي التعارض بين ما جاء في قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي وبين اجتهادات العلماء القائلين بجواز الشروط الجزائية والغرامات التأخيرية محاولا التفريق والتقريب والتوفيق بين آرائهم تارة بالتأييد وتارة بالاعتراض، وذلك انطلاقا من أن التعويض عن الضرر والذي يجسد في اشتراط الغرامة التأخيرية، أو الشروط الجزائية ليس من قبيل الربا المحرم ولكن هي قبيل العقوبة المنصوص علي جواز الحكم بها على المماطل دون التفريق بين ما كان شرط أو وعدا مسبقا في العقد أو نتيجة حكم، ويستفاد هذا من خلال اعتراضه على بحث الدكتور محمد عثمان شبير، وزاد ذلك تقريرا في تعليقه على ما جاء في مجمع الفقه الإسلامي، وأوضح بأنه لا تعارض بين ما قررناه وبجنايته وخلصنا إلى وجاهته واعتباره، وبين ما جاء

(1) عبد الله بن سليمان المنيع، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص 423.

في القرار الجمعي الفقهي لرابطة العالم الإسلامي؛ وذلك لأن هذا القرار محمول على ما إذا اتفق الدائن والمدين في عقد الالتزام على الغرامة وتقديرها، ولا شك أن هذا هو ربا الجاهلية: لأنه اتفاق بين طرفين بمحض إرادتهما واختيارهما على فائدة ربوية معينة معروفة المقدار في حال التخلف عن السداد وإن سميها غرامة، وأما غرامة المثل واللي فهي عقوبة تعزيرية يحكم بها على المماطل لقاء ظلمه، وعدوانه، واغتصابه حق دائنة بمطله إياه؛ ولأنه يفتقر إيقاعه عليه إلى رضاه ولا إلى رغبته ولا إلى اتفاق دائنه بتقدير هذه الغرامة كما أن هذه الغرامة لا يجوز الحكم بها إلا بثلاثة شروط هي: ثبوت مثل واللي وثبوت القدرة على السداد، وانتفاء ضمان للسداد لدى الدائن كالرهن والكفالة المليئة وبهذا ينتفي الاحتجاج بهذا القرار على رد القول بالغرامة المالية على المماطل الواحد⁽¹⁾.

وعند تحليلنا لكلام سليمان بن عبد الله المنيع نجده لا يجيز الغرامة المالية في حالة التأخير على الإطلاق بدون قيود كما زعم البعض من الباحثين وخيل إليهم فكلامه هذا الذي نقلناه يبين مدى التفريق بين الغرامات التي هي بمحض الإرادة، وبين العقوبات التعزيرية التي لا يشترط رضا المدين ولا النظر إلى رغبته، ولا إلى اتفاق مسبق لتقديرها، فهي عقوبة مالية تعزيرية لها شروط وضوابط تحكمها، والتي ذكرها عبد الله سليمان بن منيع ثلاثة، وهي ثوب اللي والمطل، والقدرة على السداد، وانتفاء الضمان كالرهن والكفالة المليئة، فبهذه الشروط ينتفي القول بعدم جواز العقوبة المالية في حق الواحد المماطل، ولا يكون ذلك إلا بعد عدم وجود البدائل الشرعية واستنفاد الوسائل التي يضمن بها الحقوق ويدفع بها الضرر، ومن خلال تفصيله يتضح بأنه لا يجيز الغرامة المالية من الابتداء وليس على الإطلاق كما ذكرنا وميز بين كونها عقوبة مالية لدفع الضرر وبين كونها شبهة ربوية من خلال الاتفاق من بداية العقد وسواء حصل ضرر فعلي أم لم يحصل وبين كون المماطل معسر وغير معسر كل ذلك وضعه الشيخ عبد الله ابن منيع في ميزان الشرع وذكر المشروع والممنوع بخلاف من نقل عنه القول بجواز الغرامات التأخيرية بإطلاق والعقوبات المالية بلا قيود.

ومن المؤيدات للقول بجواز غرامات التأخير والعقوبة المالية ما جاء في قرار هيئة الفتوى بشركة الراجحي المصرفية وفيهم مجموعة من العلماء الأفاضل منهم عبد الله بن عقيل وعبد الله البسام وصالح

(1) عبد الله بن سليمان المنيع، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص 425-426.

الحصين ويوسف القرضاوي ومصطفى الزرقاء، فكلهم وافق على هذه الفتوى⁽¹⁾.

والقول الأول هو الراجح كما ذكرنا سابقا وأشرنا إليه في القسم النظري ؛ لأن الربا خطره عظيم والتحوط مطلوب خاصة إذا كانت الشبهة الربوية قوية، وتعلقت بالعقود والمعاملات المالية وخاصة الديون، فلذلك وجدنا معظم العلماء على منع الشرط الجزائي وغرامات التأخير المسبقة المحددة والمتفق عليها، كما نجدهم متفقون على إزالة الضرر ودفعه بكل الطرق الشرعية والوسائل المباحة؛ لأنه من المقرر عند العلماء الضرر يزال ولا ضرر ولا ضرار وهذا يجري في جميع المعاملات والعقود، ومنها بيع المراجعة للآمر بالشراء وغيره من البيوع المعاصرة⁽²⁾.

والخلاصة كما قال وهبة الزحيلي رحمه الله: لا يطبق في تأخير الديون حكم الشرط الجزائي؛ لأن كل زيادة في الدين مشروطة أو متعارف عليها أو مقضي بها من القاضي هي ربا، ولا شك أن عقد المراجعة الذي درسناه داخل في هذا المعنى، بخلاف تطبيقه في غير الديون، كالمقاولات وعقود الاستصناع⁽³⁾.

ب- التعريف ببنك السلام وبعض صيغه التمويلية.

1- تعريفه:

يعتبر مصرف "مصرف السلام"، ثاني بنك إسلامي يتم اعتماده من طرف بنك "الجزائر" في سبتمبر 2008، كثمرة للشراكة الجزائرية -الخليجية (لاسيما دولة الإمارات العربية المتحدة)، وبدأ مزاوله نشاطه في 2008/10/20، وهو يستهدف تقديم خدمات بنكية معاصرة ومتنوعة تستند على مبادئ وأصول الشريعة الإسلامية، والتي يتم تأطيرها من طرف هيئة شرعية متكونة من كبار العلماء في الشريعة والاقتصاد، وعلى العموم، لا تزال الحصة السوقية للمصارف الإسلامية الجزائرية، تتسم بالضعف (في حدود 3%)، مقارنة مع البنوك التقليدية الأخرى، لا سيما العمومية منها التي تستحوذ على القسم

(1) عبد الله بن سليمان المنيع، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص 426، 427.

(2) -محمد عثمان شبير، القروض التمويلية لدعم التشغيل في الجزائر من منظور فقهي إسلامي، المرجع السابق، ص: 69، 70،
ومحمد على فركوس، حكم الزيادة المالية المفروضة على التأخير في التسديد، المرجع السابق.

(3) وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 180.

الأكبر من النشاط المصرفي⁽¹⁾.

2-صيغه التمويلية:

يعتمد المصرف الإسلامي بنك السلام الجزائري في المعاملات المالية المصرفية على عدة طرق تمويلية معاصرة قائمة على قواعد الشريعة الإسلامية واجتهادات الفقهاء المعاصرين التي جاءت في المجامع الفقهية والمعايير الشرعية التي تتبناها الكثير من المؤسسات والمصارف الإسلامية في معظم الدول العربية والإسلامية وسنقتصر في هذا العنصر على أشهر الطرق التمويلية التي يعتمدها بنك السلام دون التعرض إلى التعريف أو التعمق فيها لأنها ليست محل بحثنا ولكن نقتصر على الإشارة فقط ومن هذه الصيغ نذكر ما يلي:

-المراجعة للواعد بالشراء، والإجارة بنوعها المنتهية بالتملك والتشغيلية، وعقد الاستصناع بصفتيه الموازي في المباني وغير المباني وصيغة الاستصناع مع التوكيل بالبيع، والبيع بالتقسيط، وبيع السلم، وعقد المشاركة بأنواعها، والمضاربة بأنواعها، والبيع لآجل غلى إلى غير ذلك من الصيغ المالية المعاصرة⁽²⁾.

الفرع الثالث: حكم الشرط الجزائي كما هو معمول به في بنك السلام الجزائري.

قبل الكلام على حكم الشرط الجزائي وكيفية تطبيقه في بنك السلام الجزائري لابد من عرض عقد نموذجي تطبيقي لإحدى المعاملات المصرفية الخاصة بينك السلام ومعرفة حقيقته وطريقة إجرائه، والغرض من عرض هذه النماذج مقارنة الواقع وتصور المعاملة والوقوف عليها في الميدان، كما سنقتصر على نموذج واحد فقط؛ لأن بعض الأحكام الشرعية تجري على معظم العقود والمعاملات المطبقة في بنك السلام خاصة ما يتعلق بمسألة الديون ومعالجتها، ونحاول التركيز على المواد المتعلقة بالشروط الجزائية والغرامات التأخيرية لنبين الحكم الشرعي في ذلك، والنموذج المدروس هو عقد بيع بالتقسيط لمصرف السلام الجزائري، وفيما يلي نحاول أن نقوم بعملية مسح لهذا العقد ونسرد بنوده وشروطه وقوده

⁽¹⁾ الجوزي جميلة وحدو علي، دراسة مقارنة لإدارة المخاطر في الجزائر بين المصارف الإسلامية ومصارف تقليدية خاصة، المرجع السابق، ص: 83، وينظر: محمد مسعودي، الرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية بين الواقع والمأمول-تجربة مصرف السلام الجزائري-، المرجع السابق، ص: 82.

⁽²⁾ ينظر: <http://www.alsalamalgeria.com>، في يوم 2022/1/25.

والالتزامات المترتبة على كل طرف على سبيل الإيجاز والاختصار ويكون ذلك على النحو التالي:

أ- تعريف بيع التقسيط.

يعتبر البيع بالتقسيط من البيوع المعروفة والمشهورة عند فقهاءنا القدامى، وإن لم يصطلحوا عليه هذا التسمية المعروفة في وقتنا المعاصر، وإن لم يفردوه بباب خاص في كتبهم ودواوينهم الفقهية، بل أدرج وضمن في أبواب البيوع، وقد اشتهر في هذا العصر خاصة لما لجأت إليه المصارف والبنوك الإسلامية المعاصرة، وذلك لحاجة الناس لهذا التعامل، وقد عرف توسعا أكثر من الزمن السابق؛ لأنه دخل معظم المعاملات المالية المعاصرة وجراء زيادة متطلبات الحياة، والبيع في الفقه الإسلامي كما هو معلوم قد يكون معجل البدلين يدا بيد وقد يكون مؤجل البدلين الكالئ بالكالئ، وقد يعجل أحد بدليه ويؤجل الآخر: فإن عجل الثمن وأجل المبيع فذلك السلم، وإن عجل المبيع وأجل الثمن فذلك بيع النسيئة، وهذا الثمن المؤجل قد يؤجل بحيث يدفع كله جملة واحدة، وقد يقسط بحيث يدفع متفرقا على آجال معلومة، وذلك هو بيع التقسيط، والتقسيط هنا هو طريقة سداد ثمن المبيع، وهذا هو المعنى المقصود والأدق للتقسيط، وعليه يمكن أن نعرف بيع التقسيط بتعريف أشمل وأكمل جامع مانع فهو كما يلي⁽¹⁾:

تعريف بيع التقسيط:

لقد عرف بيع التقسيط بعدة تعريفات فمنها المختصر ومنها المطول ومنها الجامع المانع ومنها ما هو محتاج إلى الضوابط التي تقومه، وهي في الغالب متقاربة، ومن هذه التعريفات المختارة في هذا البحث تعريف الدكتور وهبة الزحيلي - رحمه الله - حيث عرفه بقوله⁽²⁾ :

هو مبادلة أو بيع ناجز، يتم فيه تسليم المبيع في الحال، ويؤجل وفاء الثمن أو تسديده كله أو بعضه، إلى آجال معلومة في المستقبل، والغالب كونها شهرية في السلع المنزلية، ونصف سنوية، أو كل ثلاثة أشهر، أو كل سنة، في وسائل النقل الخاصة أو العامة³.

⁽¹⁾ عبد الله المصلح وصلاح الصاوي، مالا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 93، وينظر: محمود عبد الكريم إرشيد، الشامل في المعاملات المالية وعمليات المصارف الإسلامية، المرجع السابق، ص: 87، وهشام بن سعيد آل برغش، بيع التقسيط أحكامه وآدابه، المرجع السابق، ص: 13، 14، وسليمان بن تركي التركي، بيع التقسيط وأحكامه، المرجع السابق، ص: 34.

⁽²⁾ وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 312.

⁽³⁾ - المرجع نفسه، ص: 300.

فإن كان الثمن كله مؤجلا لأجل معلوم كسنة أو أقل، سمي بالبيع لأجل والثمن عادة في بيع التقسيط أو لأجل أكثر من الثمن النقدي.

وعرف كذلك كما جاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة: 157 بأنه: التقسيط تأجيل أداء الدين مفرقا إلى أوقات متعددة معلومة⁽¹⁾.

واعترض على هذا التعريف بأنه تعريف عام يدخل فيه تقسيط الديون أيا كان سبب وجوبها في الذمة⁽²⁾.

ولعل من أدق التعاريف وأجمعها لبيع التقسيط ما عرفه به الدكتور سليمان بن تركي التركي في كتابه التقسيط وأحكامه وذلك لتوفر هذا التعريف على معظم خصائص عقد بيع التقسيط حيث عرفه بقوله: عقد على مبيع حال، بثمان مؤجل، يؤدي مفرقا على أجزاء معلومة، في أوقات معلومة.

وعند تحليل مفردات هذا التعريف المختار من خلال الوقوف ضوابطه واحترازاته نجد مالي⁽³⁾ :

عقد: نخرج به الوعد بالشراء، فلا يعتبر بيعا.

مبيع حال: نخرج به المثلن في بيع التقسيط لا بد أن يكون حالا غير مؤجل؛ حتى لا يكون من بيع الكالئ بالكالئ.

بثمان مؤجل: فلا يكون البيع بيع تقسيط ما لم يوجد فيه عنصر التأجيل.

يؤدي مفرقا: يخرج به المؤجل إلى أجل واحد مرة واحدة، فلا يسمى تقسيطا، وإن كان مؤجلا.

فبيع التقسيط في الحقيقة ما هو إلا صورة من صور بيع النسيئة، وقد أجازت الشريعة المطهرة بيع النسيئة الذي يؤجل فيه الثمن كما أجازت بيع السلم الذي يؤجل فيه المبيع وفق شروط ليس هذا موضع بسطها⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ هشام بن سعيد آل برغش، بيع التقسيط أحكامه وآدابه، المرجع السابق، ص: 24، وسليمان بن تركي التركي، بيع التقسيط وأحكامه، المرجع السابق، ص: 34، 25.

⁽²⁾ سليمان بن تركي التركي، المرجع نفسه، ص: 34.

⁽³⁾ المرجع نفسه، ص: 35.

⁽⁴⁾ عبد الله المصلح وصالح الصاوي، مالا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 93.

وجمهور العلماء على جواز بيع التقسيط، ومنهم زيد بن علي والمؤيد بالله، والمذاهب الأربعة (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة)، أن البيع لأجل أو بيع التقسيط جائز ولو كان بسعر أعلى من سعر النقد، أي بثمان مؤجل أو مقسط يزيد على سعر البيع بالثمن المعجل، بأن يكون البيع بثمان أكثر من ثمن السعلة الذي تباع به نقداً، لعموم الأدلة القاضية بجوازه، وهو الظاهر⁽¹⁾.

وهذا ما أيده الجامع الفقهية كما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 7/2/66 بشأن بيع التقسيط حيث جاء فيه: البيع بالتقسيط جائز شرعاً، ولو زاد فيه الثمن المؤجل على المعجل، وفقهاء المذاهب المشهورة عندنا ناقشوا مسألة الزيادة في الثمن مقابل الأجل، قد أجمعوا ضمناً على جواز البيع بالثمن المؤجل، ولا فرق في الحكم الشرعي بين ثمن مؤجل لأجل واحد وثمان مؤجل لآجال متعددة⁽²⁾.

لكن المسألة التي تطرح هنا هي أنه في معظم الحالات يحدث التأخر عن السداد في الوقت المحدد والمتفق عليه من طرف المدين، والبيع بالتقسيط لا يخلو صاحبه المتأخر عن السداد والأداء من حالتين⁽³⁾:

- إما أن يكون معذورا وعذره الإعسار، فهذا حقه الإنظار كما ذكرنا ذلك سابقاً.

- وإما أن يكون غير معسر وغير معذور، أي أنه ملئ مماطل وفي هذه الحالة لجأ الكثير من المداينين إلى عدة وسائل للضغط على المدين، وتجسد ذلك في ثلاث صورة مشهورة هي⁽⁴⁾:

- فرض الغرامات المالية على المماطلين.

- اشتراط حلول بقية الأقساط عند التأخر في أداء بعضها.

- زيادة الثمن كلما زادت مدة الأداء.

⁽¹⁾ وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 316، و محمود عبد الكريم إرشيد، الشامل في معاملات المالية وعمليات المصارف الإسلامية، المرجع السابق، ص: 88، وينظر: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، قضايا فقهية ومالية معاصرة، المرجع السابق، ص: 295، و فهد بن عبد الله الشريف، التوسع في بيع التقسيط وآثاره الاقتصادية مع التطبيق على بعض المصارف السعودية، دراسات اقتصادية إسلامية، مج 15، العدد 1، ص: 15-16.

⁽²⁾ محمود عبد الكريم إرشيد، المرجع نفسه، ص: 89، وينظر: على أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 723، 724.

⁽³⁾ سليمان بن تركي التركي، بيع التقسيط وأحكامه، المرجع السابق، ص: 314-317.

⁽⁴⁾ المرجع نفسه، ص: 317.

الصورة الأولى: وهو اتفاق الطرفين في بيع التقسيط على دفع غرامة مالية محددة، أو بنسبة معينة عند تأخر المدين عن أداء الدين في الموعد المتفق عليه، فإن هذا محرم بالإجماع وهو من ربا الجاهلية الذي نزل به القرآن بتحريمه، لأنه زيادة في الدين بعد استقراره مقابل الإنظار، وهذه الصورة لا خلاف فيها، حتى عند القائلين بجواز فرض غرامة مالية على المماطل وقد أشرنا إلى ذلك سابقا لكن الإعادة هنا باختصار وهو من باب ربط المسائل بعضها بعض وربط الجانب النظري بالجانب التطبيق لكي تتضح الصورة ويسهل التصور الفقهي⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد يقول رفيق المصري مبينا وموضحا اتفاق العلماء على حرمة هذه الصورة في الجملة على الرغم من وجود نوع من التفريق بين المعسر والمماطل المليء، فاختلاف الصورة والحالة مؤثرة فيختلف الحكم تبعاً لذلك حيث قال: أما التأخير في سداد الأقساط فلا نعلم عند الفقهاء السابقين أن أحدهم منهم أجاز فيه تغريم المتأخر بغرامة، أو معاقبته بعقوبة مالية، غير أن البعض من العلماء المعاصرين قد ذهب إلى التفرقة بين المدين العاجز عن الدفع، والمدين الغني المماطل، واتفقوا على عدم جواز تغريم الأول، فهذا ربا النسيئة بلا شك، واتفقوا على مبدأ التعويض المالي أو على مبدأ التغريم.

الصورة الثانية: وهي أن يشترط البائع على المشتري حلول بقية الأقساط عند التأخر عن أداء قسط من الثمن أو قسطين متتالين أو أكثر، وهذه المسألة ذكرناها سابقا في القسم النظري ورجحنا القول بجوازها وجواز اشتراط حلول بقية الأقساط فورا، ونقل قرارات الجامع الفقهية المؤيدة لها⁽²⁾.

الصورة الثالثة: إن الباعث للتجار على مزاوله بيع التقسيط هو ما يأخذونه من زيادة على الثمن مقابل تأجيله، وصبرهم عن استيفائه حالا، وعادة ما تكون الزيادة متناسبة بصورة طردية مع الزمن، فكلما زاد الأجل زاد معه الثمن، والعكس كذلك، فالبائع بالتقسيط يقوم بربط ثمن المبيع بالوقت الذي سيتم فيه تحصيل الثمن، فقيمة السلعة المؤجلة إلى عشر سنوات أكثر من السلعة المؤجلة إلى سنة واحدة، فإذا تم التعاقد على الثمن ومدة التقسيط، فهل يجوز استبدال الثمن المتفق عليه بآخر مع تأجيل السداد؟⁽³⁾.

⁽¹⁾ سليمان بن تركي التركي، بيع التقسيط وأحكامه، المرجع السابق، ص: 321.

⁽²⁾ المرجع نفسه، ص: 343.

⁽³⁾ المرجع نفسه، ص: 348.

وهذه الصورة يمكن تقسيمها إلى حالتين هما (1) :

الحالة الأولى: الاتفاق على زيادة الثمن زيادة محددة لقاء زيادة في الأجل، ومثال ذلك أن يتم البيع بثمن مؤجل إلى سنة، ويشترط على البائع أن المشتري إذا لم يؤدي الثمن خلال المدة المتفق عليها فإنه يلزمه زيادة مقدارها كذا عن كل شهر زائد عن السنة، وتحريم هذه الصورة ظاهر أبين الظهور، ففي صورة من صور ربا الجاهلية المجمع على تحريمه، وما يفعله البائع هنا كقول الجاهلية «إما أن تقضي وإما أن تربي» (2).

الحالة الثانية: ذكر عدة آجال لكل أجل ثمنه، ومن الأمثلة على ذلك أن يقول البائع هذه السيارة بمائة ألف إلى سنة، ومائة ألف وعشرة إلى سنتين، ومائة وعشرين إلى ثلاث سنوات، وهذه الحالة أن تلخص عند التطبيق في صورتين هما (3) :

الصورة الأولى: أن تذكر عدة آجال ولكل أجل ثمنه على أن يتم العقد على أحد الآجال بأحد الأثمان المذكورة، فإن اتفق مثلا المشتري مع البائع على أن يشتري السيارة بمائة وعشرة إلى سنتين يكون هذا باتا غير قابل للزيادة في حال التأخر في أداء الثمن بعد سنتين وهذه الصورة جائزة لا إشكال فيها مادام العقد تم بثمن بات ومقطع (4).

الصورة الثانية: وفي هذه الصورة يتم التعاقد على عدة آجال لكل أجل ثمنه، ومن الأمثلة على ذلك بأن يتم التعاقد على بيع سيارة بثمن مؤجل إلى سنة بمائة ألف، وإلى سنتين بمائة وعشرة، وإلى ثلاثة بمائة وعشرين فإن لم يؤدي المشتري الثمن خلال السنة الأولى فيلزمه أداء مائة وعشرة، فإن لم يؤدي الثمن خلال السنة الثانية فيلزمه مائة وعشرون، وهكذا.

وهذه الصورة محرمة بإجماع العلماء؛ لأنها داخلة تحت نهي النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة، وهذه الصورة آيلة إلى الربا الصريح لأن المشتري قد يختار في نفسه الثمن المؤجل إلى سنة ثم لا يستطيع الأداء فيؤجل سنة أخرى بزيادة وهذا عين ربا الجاهلية، وفيه الغرر حيث لا يدري، ثم الثمن لهذه السلعة لتردده

(1) سليمان بن تركي التركي، بيع التقيط وأحكامه، المرجع السابق، ص: 348.

(2) المرجع نفسه، ص: 348.

(3) المرجع نفسه، ص: 349.

(4) المرجع نفسه، ص: 349.

حسب المدة الممكنة⁽¹⁾.

ب- عرض تفصيلي لنموذج عقد بيع التقسيط لتمويل الاستهلاك لمصرف السلام.

سنعرض هنا في هذا العنصر نمودجا تطبيقيا لعقد بيع التقسيط "تمويل استهلاكي" كما تجري في بنك السلام الجزائري، ولقد تضمن هذا العقد ما يلي:

1- عنون العقد.

لقد عنون هذا العقد ب: عقد بيع بالتقسيط تمويل استهلاكي، وهذه العناوين نجدها متقاربة في معظمها في البنوك والمصارف الاسلامية.

وجاء فيه ابرم هذا العقد بين كل من: مصرف السلام الجزائري، شركة مساهمة رأسمالها: 1000000000 دج، الكائن مقره الاجتماعي ب: 233 شارع أحمد واكد دالي إبراهيم الجزائري، والمقيد بالسجل التجاري بالجزائر تحت رقم 07ب0976530

الممثل من طرف السيد.

من جهة ويشار إليها فيما يلي: "بالمصرف"

و: السيد:

والساكن ب: حي 70 مسكن الجامعة د1قالمة.

2- التمهيد:

نجد في هذا التمهيد الإشارة إلى الاتفاقية الحساب الجاري الموقعة بين المصرف والمتعامل عند فتح الحساب والذي يعتبر جزء من صميم العقد.

وفيه الإشارة إلى طلب الشراء، مع الوعد الموقع قبل هذا العقد والذي يعد جزء لا يتجزأ منه، والإشارة وعد هذا المتعامل بشراء المبيع المحدد في الفاتورة في حال تملك المصرف له ملكا ناقلا للضمان.

⁽¹⁾ سليمان بن تركي التركي، بيع التقسيط وأحكامه، المرجع السابق، ص: 350.

وفيه توضيح بأن المتعامل قدم طلب للمصرف من أجل شراء البضاعة والخدمات المرتبطة بها، مع بيان نوعها ومقدارها ومواصفاتها ومكان وجودها في طلب الشراء، مع الوعد بشراء السلعة من المصرف بالثمن المتفق عليه، وبما أن المتعاقدين يتمتعون بكامل الأهلية الشرعية والقانونية فقد اتفقوا على ما يأتي كل ذلك صيغ في مجموعة مواد نسردها كالتالي⁽¹⁾:

المادة الأولى: وتضمنت هذه المادة موضوع العقد من ثمن الشراء المحدد في المادة الثالثة، والشروط المحددة في هذا العقد، فقد باع المصرف البضاعة للمتعامل، كما بين نوعها ومقدارها ووصفها ومكان وجودها في طلب الشراء مع إرفاق الفاتورة مع العقد باعتبارها جزء منه.

المادة الثانية: وبين فيها ثمن البيع وطريقة دفعه، حيث حدد ثمن البيع من المصرف للمتعامل، ويعتبر ما دفعه المتعامل عند طلب الشراء كهامش ضمان جدية، مع تحديد الثمن المتبقي ودفعه على أقساط محددة كما هو في جدول السداد.

المادة الثالثة: وفي هذه المادة حددت تعهدات المتعامل وفيها أنه قد عاين المبيع موضوع العقد ووجد مطابقاً للشروط وخالياً من الجهالة والغرر كما يلتزم بعدم الرجوع على المصرف بأي عيب من العيوب الظاهرة في المبيع.

المادة الرابعة: وفي هذه المادة تعهدات المصرف الخاصة به والتي يلتزم بتنفيذها وتحقيقها للمتعامل.
المادة الخامسة: وهذه المادة تناولت أحكام عامة خاصة، ومنها أن البنك يحل محل المتعامل في جميع الشيكات، كما يرخص المتعامل للبنك بموجب العقد عند حلول أجل الاستحقاق الخصم من كل الحسابات المفتوحة سواء كانت بالدينار أو العملة الأجنبية وسواء فتحت مع العقد أو بعده أو قبله.

ونص في هذه المادة على تفويض المتعامل البنك لتقيد المبالغ المودعة في حسابات الودائع، أو المرهونة أو المقبوضة كتأمينات نقدية مقابل التمويلات الممنوحة دون الحصول على موافقة مسبقة من المتعامل، والمصرف له الأحقية في رفض السحب من المبالغ المذكورة إلى حين السداد.

المادة السادسة: وفي هذه المادة جاء فيها التزام العميل في حال تأخره عن تسديد ما عليه من الأقساط، فإنه يلزم بالتبرع للجهات الخيرية ووجوه البر نسبة تعادل نسبة العائد السنوي تضاف إليه

⁽¹⁾- نموذج عقد بيع بالتقسيط (تمويل استهلاكي)، مصرف السلام، الجزائر، ص: 1، 2، 3، ينظر ذلك في الملحقات.

2% وهذه المادة هي محل الدراسة في البحث وعليها يكون التركيز.

المادة السابعة: وذكر في هذه المادة الشروط المقسطة للأجل حيث جاء فيها بأن الآجال المنصوص عليها في المادة الثالثة تصبح ساقطة ومبلغ الدين يكون حال فورا في حالة عدم احترام الشروط الموجودة في العقد، عدم احترام البنود، عدم التسديد في الوقت المحدد، في حالة موت المدين، تغير الصفة القانونية والوضعية المالية، في حالة عدم تغطية التأمين، وكل ما جاء في القانون ما لم يخالف الشريعة الإسلامية.

المادة الثامنة: وتضمنت هذه المادة الضمانات لتسديد ثمن المبيع، من الأصل والربح والمصاريف، ومن هذه الضمانات المتعامل بها وكتبت في العقد الكفالة الرهن التأمين السندات، ويبقى ذلك ساري المفعول إلى حين تسديد جميع الأقساط.

المادة التاسعة: وتضمنت هذه المادة المصاريف والحقوق المتعلقة بالعقد، حيث يتفق الطرفان بأن كل الحقوق والمصاريف وأتعاب المحامين والمحضرين والمزاد، وكل ما ينفقه المصرف من أجل تحصيل دينه فإنه على عاتق المتعامل، بأن تدفع مباشرة أو عن طريق حساباته دون الحاجة إلى إذن مسبق.

المادة العاشرة: وذكر في هذه المادة إلزامية تنفيذ العقد، ولا يفسر عدم قيام المصرف بالتنفيذ بأنه تخلى عن الحق أو المطالبة بالتنفيذ في أي وقت شاء.

المادة الحادية عشر: وذكر في هذه المادة القانون الذي يطبق على هذه العقد والذي يفهم في نطاقه وهو الشريعة الإسلامية والنظام والقانون الأساسي للمصرف، وما لا يتعارض معهما من القوانين السائدة في الجمهورية الجزائرية.

المادة الثانية عشر: وتضمنت هذه المادة المرفقات، فهي تعتبر من العقد ومكملا له وجزءا منه.

المادة الثالثة عشرة: ونصت هذه المادة على الاختصاص القضائي لحل النزاع بين المتعامل والمصرف، ويتم اتفاق الطرفين، بأن أي مشكل ونزاع ناتج عن عدم تنفيذ الالتزام العقدي، فإنه يحل في خلال أسبوعين وديا، وإن لم يصل الطرفان إلى حل يحال على المحكمة الموجودة في دائرة الفرع.

المادة الخامسة عشر: وفي هذه المادة حدد موطن إبرام العقد بين الطرفين، إلا إذا غير المكان الخاص بالمصرف، فإنه يبلغ المتعامل ويخبر على المكان الجديد بالتبليغات الرسمية.

المادة السادسة عشر: وفي هذه المادة تم فيه الكلام على نسخ العقد، ويحل كل واحد من الطرفين على نسخة، ويقوم بقراءتها والتمعن فيها ويفهمها وما جاء في هذا العقد الذي تضمن تمهيدا وستة عشرة مادة، وأنه وافق على كل ما فيه؛ لأنه غير قابل لتراجع ولا للنقض، وكل ذلك قبل التوقيع.

ج- الحكم الشرعي للشرط الجزائي في عقد بيع بالتقسيط (التمويل الاستهلاكي).

لقد نص في العقد الذي هو محل دراستنا على إلزام المدين بالتبرع في حال تخلف عن السداد في وقته المحدد وهذه المادة نصها كما يلي: المادة السادسة: الإلزام بالتبرع يلتزم العميل في حال التأخر عن الوفاء بالتزامه بدفع الأقساط في مواعيد استحقاقها بالتبرع لصندوق الخيرات بالمصرف لينفق في وجوه البر والخير بنسبة تعادل العائد السنوي المنصوص عليه في الشروط المصرفية العامة يضاف إليه نسبة 2%، وعدم تنفيذ هذا الالتزام كما جاء في العقد، وكما ذكرنا سابقا في الدراسة النظرية أن الإلزام بالتبرع داخل في الشروط الجزائية؛ لأن التسمية لا تغير من الحقائق شيئا في الأحكام والعقود كما هو مقرر عند العلماء، وكما جاء في كثير من القواعد الفقهية؛ ولأن العبرة في العقود بالحقائق والمعاني، ولو تغيرت التسميات والمباني، فتسميت غرامات التأخير، أو الشرط الجزائي، الإلزام بالتبرع أو غيره من التسميات المعاصرة المستجدة لا يغير شيئا في حكمه، وإن كان العلماء لجأوا إلى هذه التسمية من باب إيجاد بدائل تقوم مقام غرامات التأخير، والشروط الجزائية للتقليل من المماطلة في الديون، وأطلقوا عليها هذه التسمية الإلزام بالتبرع⁽¹⁾.

وهذه المسألة قد ذكرنا أقوال العلماء فيها سابقا في القسم النظري، وخلافهم فيها⁽²⁾، فمنهم من منع هذا الشرط في الديون واعتبره من التحايل على الربا وأن العقد الذي وجد فيه هذا الشرط يعتبر شرطا باطلا مفسدا لعقد بيع التقسيط، وهذا الشرط ما هو إلا حيلة محرمة لأخذ فائدة ربوية على القرض، بسبب زمن التأجيل، وأعظم ما يظهر ذلك من تقدير العقوبة المالية بناء على المدة الزمنية التي تأخر فيها عن موعد السداد، واعتبار الزمان في تأجيل الديون من ربا النسئة الصريح الذي حرم بالإجماع⁽³⁾.

⁽¹⁾ -المادة رقم:6 من عقد بيع بالتقسيط تمويل استهلاكي، مصرف السلام، الجزائر، ص: 1، 2، ومحمد عثمان شبير، القروض التمويلية لدع التشغيل في الجزائر من منظور فقهي إسلامي، المرجع السابق، ص: 82، 83، 84.

⁽²⁾ -يوسف الشيبلي، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، ج1، المرجع السابق، ص: 131.

⁽³⁾ -عيسى بن محمد عبد الغني الخلوفي، الحيل الفقهية وعلاقتها بأعمال المصرفية الإسلامية، دار كنوز اشبيليا، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1436هـ- 2015م، ص: 434، ويوسف الشيبلي، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، ج1، المرجع السابق، ص: 131-132.

ولا شك أن هذه العقوبة المالية حيلة لأخذ الفائدة، ولا يعارض أحد من القائلين بجوازها كونها من الحيل لكنها مبررة عندهم بتحقيق مصلحة تعويض المصرف عن خسارته المالية، بالإضافة لردع المماطل في تسديد دينه في وقته، ومبررة عند من قال تدفع للجهات الخيرية وأعمال البر بمصلحة حفظ المال فقط⁽¹⁾.

ولو عرضنا هذا البديل أعني الإلزام بالتبرع على قرائن معرفة الحيل لتحققت؛ لأنها من معاملات البيوع بالأجل وأحد طرفي العقد مدين للطرف الآخر، ولو نظرنا إلى ما دخل في اليد وما خرج منها، يتضح بهذه القرينة أن حاصل التصرف يستفيد منه أحد الأطراف، ويدفع الآخر الذي هو المدين، بل اعتبره بعض العلماء اجتهادا مقابل النص⁽²⁾.

وأما تغيير التسمية فلا قيمة له ولا تأثير له في الحكم، فكيفما كانت تسمية ما يفرض على المدين من مبالغ مالية على التأخير في السداد فإنه لا يغير من حقيقتها شيئا، ويبقى المقصد والحقيقية أنها حيلة لتغيير حكم هذه الفائدة المأخوذة من المدين ولكي يسهل استساغتها وترويجها في المعاملات المالية⁽³⁾.

وهذا القول يمثله معظم العلماء الذين منعوا من الغرامات المالية والتعزير بها في حالة تأخر المدين عن تسديد دينه وأقساطه المتفق عليها سواء في بيع التقسيط أو المراجعة أو كل العقود التي تتعلق بالدين، ومن أبرزهم الدكتور محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني في رسالته الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، حيث قال: «سبق بيان دخول الشرط الجزائي على الديون وأنه ربا محرم، وبما أن البيع بالتقسيط دين فدخول الشرط الجزائي عليه محرم؛ لأنه ربا، و الشرط الجزائي في بيع التقسيط فاسد ومفسد للعقد؛ لأن العقد أصبح عقد ربا وقد سبق بيان ذلك في القسم النظري»⁽⁴⁾.

وما يمكن أن نلاحظه في كلامه هذا أنه لم يميز بين ما يسمى بالشرط الجزائي أو ما يطلق عليه

(1) عيسى بن محمد عبد الغني الخلوي، الحيل الفقهية وعلاقتها بأعمال المصرفية الإسلامية، المرجع السابق، ص: 436.

(2) المرجع نفسه، ص: 435، 436، و عبد الله بن سليمان المنيع، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 421، 422.

(3) عيسى بن محمد عبد الغني الخلوي، المرجع نفسه، ص: 436.

(4) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص: 300.

الإلزام بالتبرع، فهما في الحكم سواء؛ لأن التسمية لا تغير في الحكم أو الحقيقة الشرعية ما دام المعنى الأساسي والمقصد الحقيقي هو العقوبة المالية من أجل التقليل من المماطل في الديون، وإلزام المدين بالسداد في الوقت المحدد المتفق عليه، وحماية حق الدائن من الضياع.

ومن الباحثين الجزائريين الذين منعوا الغرامات المالية التعزيرية في بيع التقسيط واعتبرها من الربا بلخير طاهر الإدريسي حيث قال في ملخص فتواه في بث مباشر ما يلي: أن لا يكون هناك اشتراط غرامة تأخير الغرامة الجزائية بسبب عدم الدفع في وقته، والجمهور على حرمتها خلافا لاجتهادات بعض المعاصرين⁽¹⁾.

ثم نقل ملخصا لقرار المجمع الفقهي في غرامة التأخير ذكرا الشروط الثلاثة التي تعتبر كالقيود في جواز هذا البيع التقسيمي⁽²⁾:

- أن تكون بأمر قضائي.

- أن يكون تقدير الضرر من خبير.

- أن تكون على المماطل لا على المعسر.

ومما يعترض به على هذا الفتوى ما يلحظ من تفريق بينها وبين ما جاء في الغرامات المالية التأخيرية أو الجزائية في سكنات عدل حيث صرح فيها بجواز هذه الغرامات التأخيرية، وإن كان العقد فاسد بسبب وجود هذا الشرط الجزائي، والذي هو ذريعة صريحة للربا، فيكون فيها حينئذ نوع من التفريق بين المتماثلات؛ لأن كليهما متعلق بالديون وعدم الالتزام بالسداد في الوقت المحدد⁽³⁾.

ومنهم من أجاز هذا الشرط في العقود، ومنها بيع التقسيط، واعتبره من البدائل ومن الحلول لمسألة المماطلة والتأخر في الديون، وعليه فإن ما جاء في المادة السادسة من هذا العقد الإلزام بالتبرع، فهو شرط صحيح جائز يجب الوفاء به، ويترتب عليه أثره، وسواء كان هذا الشرط في بيع التقسيط أو غيره من العقود المتعلقة بالديون، وهو ما أقرته المعايير الشرعية للمحاسبة المالية، وأجازته الكثير من العلماء

⁽¹⁾- بلخير الطاهر الإدريسي، <https://www.facebook.com/tahribelkheir>، في يوم: 01/03/2022.

⁽²⁾- المرجع نفسه.

⁽³⁾- بلخير الطاهر الإدريسي، <https://www.facebook.com/tahribelkheir>، في يوم: 1/11/2021.

منهم وهبة الزحيلي⁽¹⁾، و محمد عثمان شبير⁽²⁾، و محمود عبد الكريم إرشيد⁽³⁾، وغيرهم كما ذكرنا سابقا، وقد صرحوا بذلك حيث يقول وهبة الزحيلي -رحمه الله - الالتزام بالتصدق: يجوز النص في عقد المداينة كالمراجحة ونحوها، على التزام المدين عند المماثلة بالتصدق بمبلغ من المال، أو نسبة مالية، على أن يصرف ذلك في وجوه الخير، وهو من قبيل الالتزام بالتبرع المقرر مشروعيته عند بعض فقهاء المالكية وهو قول أبي عبد الله بن نافع، ومحمد بن إبراهيم بم دينار، وعملت به هيئة الرقابة الشرعية في بيت التمويل الكويتي وبنك المؤسسة العربية المصرفية الإسلامي وغيرها⁽⁴⁾.

ولقد أدخل وهبة الزحيلي -رحمه الله - التعازير والعقوبات المالية في دائرة الجواز من أجل الضغط على المدين المماطل الذي رضي بذلك مسبقا، أو أن يحكم بها حكمان شريطة أن لا تدخل هذه الغرامات المالية في ذمة الدائن أو المصرف بل تنف في وجوه الخير والبر العامة، ويكون تسيير ذلك تحت رقابة الهيئة الشرعية في كل مؤسسة مالية إسلامية⁽⁵⁾.

والالتزام بالتبرع من الشروط الجائزة التي نصت عليه المعايير الشرعية للمحاسبة المالية، وأقرته في العقود المتعلقة بالديون، ويجب الوفاء ويترتب عليه أثره حيث جاء في أحد البنود الخاصة بعقد المراجحة، وهذا يشمل كل عقود المداينات حيث جاء فيها يجوز أن ينص في عقد المراجحة على التزام العميل المشتري بدفع مبلغ أو نسبة من الدين على أساس الالتزام بالتصدق به في حالة تأخره عن سداد الأقساط في مواعيدها المقررة، على أن تصرف في وجوه الخير بمعرفة هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة ولا تنتفع بها المؤسسة⁽⁶⁾.

(1)- وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 179.

(2)- محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، ص: 879.

(3)- محمود عبد الكريم أحمد إرشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، المرجع السابق، ص: 382.

(4)- المعاملات المالية المعاصرة، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص: 178-179، وينظر: المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ص: 232، وينظر: يوسف الشيبلي، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، ج1، المرجع السابق، ص: 131-132.

(5)- وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 179، وينظر: يوسف الشيبلي، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، ج1، المرجع السابق، ص: 131-132.

(6)- المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ص: 216، وينظر: يوسف الشيبلي، ج1، المرجع نفسه، ص: 131، 132.

وهذا الرأي أو القول يعتبر قولاً وسطاً بين المانعين والمجزيين، فراعوا ضرورة وضع عقوبة على المليء المماطل، وأن هذه العقوبات تحفز على تنفيذ الالتزام، لكن لا يحق للمصرف أن يأخذ شيئاً منها لشبهة الربا في هذه المعاملة، وبالتالي يكون هذا حلاً وسطاً ومخرج لموضوع المماطلة وردعا للمماطل، مع عدم مباشرة الربا وعدم الدخول فيه؛ لأن المصرف لا يستفيد منه شيئاً وعليه يكون لها وجهها لقبولها بخلاف الأقوال الأخرى ما دام أنها لا تؤول إلى الربا، وما دام الهدف منها والمقصود الردع واستقرار المعاملات المالية⁽¹⁾.

ومما سبق يتضح لنا ترجيح القول بالجواز وصحة اشتراط الإلزام بالتبرع والتصدق للجهات الخيرية في بيع التقييط وغيره من البيوع والعقود، وإن كانت حيلة يشوبها الكثير من المخاطر؛ وذلك لأن أخذ العقوبة ودفعها للجهات الخيرية فإنه يرى ذمة المصرف من شبهة الربا، ويعطي له نوعاً من المصدقية أو الحجة العلمية، وخاصة في غياب البديل الرادع للمماطلين، وهذا ما يجعلنا نبقى مسألة الإلزام بالتبرع داخل الاجتهاد المقاصدي فهو الذي يحدد مدى صلاحية هذه العقوبة، وكيف يمكن أن تتماشى مع واقع المصرف وطبيعة الزبائن المتعاملين⁽²⁾.

ومما يجدر التنبيه له في هذا المقام أن القول بالجواز ليس بإطلاق ولكنه محكوم بشرطين هما⁽³⁾:

- أن يكون التأخر في تسديد الدين من العميل سببه العجز وليس المماطلة؛ لأن من كان معسراً حقه الإنظار بنص القرآن فلا ينبغي للمصرف الوقوع في تغريم المعسر.

- لا بد أن تتأكد الجهات الخاصة بالرقابة أن المصارف الإسلامية تقوم بصرف هذه الغرامات والتبرعات الإلزامية في وجوه الخير والبر بحيث لا يترك شيئاً في المصرف حتى لا تبقى شبهة الربا قائمة.

وهذا القول مبني على جواز الدخول في العقود التي تضمنت شروط جزائية مفسدة لها لكن بشرطين⁽⁴⁾:

(1)- عيسى بن محمد عبد الغني الخلوئي، الحيل الفقهية وعلاقتها بأعمال المصرفية الإسلامية، المرجع السابق، ص: 435.

(2)- المرجع نفسه، ص: 437.

(3)- المرجع نفسه، ص: 438.

(4)- يوسف الشيبلي، المعاملات المالية، ج2، المرجع السابق، ص: 7.

- أن يكون محتاجا للدخول في ذلك العقد؛ لأن الدخول في العقد مع وجود هذا الشرط لا يخلو من كونه ذريعة إلى الوقوع في المحرم، والقاعدة المقررة عند العلماء أن ما كان محرما تحريم وسائل فإنه يباح للحاجة.

- أن يمكنه التخلص من الشرط الفاسد، بأن يضع الاحتياطات اللازمة بحيث لا يتمكن واضح الشرط الفاسد من إلزامه.

وهذا ينطبق على معظم العقود المعاصرة التي تضمنت شروط جزائية وغرامات تأخيرية والأخذ بهذا القول فيه رفع للحرج والضيق الذي تعيشه الناس في معاملاتها، وزيادة على ذلك انعدام البدائل الحقيقية التي يلجئ إليها خاصة في ظل هيمنة المنظومة المالية الغربية على كل البنوك العالمية.

الفرع الرابع: الشرط الجزائي في المؤسسات المصرفية التقليدية.

ومن النماذج التي نتناولها بالدراسة في هذا العنصر عقد تمويل بالمراجحة لبنك الخليج الجزائري، والذي يعتبر من البنوك التقليدية في الجزائر، ويخضع للمنظومة المالية العالمية بل يعتبر البنك الخليجي الجزائري (ACB)؛ هو البنك التقليدي الوحيد في الجزائر الذي يحتوي على نافذة تقدم خدمات مالية إسلامية، وقبل الكلام على حكم الشرط الجزائي والغرامات التأخيرية التي يتعامل بها بنك الخليج لا بد من التعريف ببنك الخليج ونشأته وتطوره وذلك يكون كالتالي:

1-التعريف ببنك الخليج الجزائري.

بنك الخليج الجزائر ACB وهو بنك ينتمي إلى المجمع المصرفي- كيبكو- الذي يشرف عليه ابن أمير دولة الكويت وله فروع عديدة على مستوى دول العالم وله اشتراكات أيضا مع بنك سوريا والخليج وبنك الخليج المتحدي والبنك الأردني الكويتي الذي يملك 75 فرعا في عمان وعمره أكثر من 35 سنة في القطاع المصرفي، هذا إلى جانب مصرف بغداد وشركة الخليج المتحدة للخدمات المالية وشركة بنك الخليج المتحدة للأوراق المالية وبنك تونس العالم وبنك برقان وغيرها⁽¹⁾.

وافتح بنك الخليج بالجزائر في 15 ديسمبر 2003م، من طرف ثلاثة بنوك كبرى وهي بنك برقان، البنك الأردني الكويتي والبنك الدولي التونسي، تحت إشراف الشركة الكويتية القابضة كيبكو KIPCO.

(1) ابراهيم سعيد ومحمد بوحجلة، شبك الصيرفة الإسلامية في بنك الخليج، المرجع السابق، ص: 401.

ولقد أسس بنك الخليج في شكل شركة مساهمة، ولقد وافق عليه بنك المركزي الجزائري كبنك تجاري طبقا للقرار رقم 03/03، بعدما تأسس البنك في 2003 افتتح 08 فروع ولديه الآن 44 وكالة في كامل التراب الوطني، وبنك الخليج الجزائر هو بنك أجنبي مستثمر بالأراضي الوطنية برأسمال يقدر 6.500.000.000 دينار جزائري موزع على ثلاثة بنوك ذات سمعة عالية في المجال البنكي وهي (1) :

-60% من طرف بنك البرقان.

-30% البنك التونسي الدولي.

- 10 % البنك الأردني الكويتي.

ويتعامل بنك الخليج بعدة صيغ تمويلية كالسلم والمراجعة والتمويل التأخيري، وذلك من خلال فتح الكثير من النوافذ الصيرفية المتوافقة مع الشريعة الإسلامية، وإن كان من البنوك التقليدية القائمة نظام القرض والنقد.

2- عرض تفصيلي لنموذج عقد تمويل بالمراجعة لبنك الخليج.

ونقوم في هذا العنصر بعملية عرض تفصيلية لنموذج عقد تمويل بالمراجعة كما يجريه بنك الخليج الجزائري، وجاء في هذا العقد ما يلي (2) :

-عنون العقد.

عنون هذا العقد بعقد تمويل بالمراجعة وتقريب معظم البنوك الإسلامية والتقليدية تتفق على هذه التسمية وعلى هذا النوع من المعاملة.

وجاء تحت هذا العنوان تعريف بنك الخليج حيث جاء فيه بنك الخليج شركة مساهمة رأسمالها....دج خاضعة لأحكام القانون رقم 03-11 المؤرخ في 26/8/2003 المتعلق بالنقد والقرض، مقيدة في السجل التجاري لولاية الجزائر تحت رقم 03/ب/21041، الكائن مقرها الاجتماعي بحوش قاوش، طريق الشراقة، دالي إبراهيم الجزائر، ينوبها في هذا الإمضاء على هذا العقد السيد....، مدير

(1) ابراهيم سعيد ومحمد بوحجلة، شبك الصيرفة الإسلامية في بنك الخليج، مجلة الدراسات الاقتصادية المعاصرة، المرجع نفسه، ص: 401.

(2) نموذج بيع المراجعة، بنك الخليج، الجزائري، في الملحقات.

وكالة.....، والذي لديه كافة الصلاحيات بشأن هذا العقد.

من جهة ويشار إليها فيما يلي "البنك"

والشركة ذات المسؤولية المحدودة"....."وباللغة اللاتينية.....، الحاملة لرأس مال اجتماعي مقدر ب.....دج، الكائن مقرها الاجتماعي ب.....، والمسجلة بالسجل التجاري تحت رقم.....بتاريخ..... المسيرة من قبل السيد.....المولود.....الحامل لبطاقة التعريف تحت رقم.....، الصادرة عن دائرة.....في.....

من جهة أخرى ويشار إليه فيما يلي: "بالعميل"

السيد.....المولود.....الحامل لبطاقة التعريف تحت رقم.....، الصادرة عن دائرة.....والساكن في.....، المهنة..... من جنسية جزائرية.

من جهة أخرى ويشار إليه فيما يلي: "الكفيل العيني والتضامني".

وكل هذه المعلومات مخصصة للبنك والعميل والكفيل أو الضامن العيني، فتبين معلومات البنك المكان والشركة ورأس المال وتبين معلومات العميل من الاسم واللقب والسكن والجنسية.

تمهيد:

وتضمن التمهيد في هذا العقد الإشارة إلى الشروط السارية المفعول بها لدي بنك الخليج والتي تعتبر القانون المرجعي في البنك.

كما جاء في هذا العقد الإشارة إلى اتفاقية الحساب الجاري الموقفة من طرف بنك الخليج، وتعتبر جزء لا يتجزأ من هذا العقد.

وتضمن أيضا هذا العقد أو النموذج طلب الشراء من طرف العميل الذي ذكرت فيه السلعة أو البضاعة المطلوبة، وكل ذلك في فاتورة أو الفواتير تكون مرفقة مع العقد؛ لأنها تعتبر جزء لا يتجزأ منه.

ومن الأمور التي نص عليها في هذا العقد أن البنك يفوض العميل أن يقوم بعملية الاستلام للسلع والبضاعة المحددة في الفواتير المرفقة بالعقد.

وفي الأخير التصريح بأن الطرفين يتمتعان بكامل الأهلية العقلية والقانونية التي تسمح بإبرام العقد. ولقد تضمن هذا العقد أو النموذج لبيع المراجحة لبنك الخليج مجموعة من المواد المنظمة لهذا العقد وعددها أربعة عشر مادة وهذه المواد مسرودة هي كالتالي¹:

المادة الأولى: وذكر في هذه المادة الموضوع الأساسي للعقد من نوع التمويل وهامش الربح، وتاريخ الاستحقاق والتسديد.

المادة الثانية: وذكر في هذه المادة استعمال التمويل، حيث يتم تسديد الثمن أو العتاد وكافة المصاريف التي صرح العميل بتحملها من طرف البنك مع التزام العميل شراء هذه البضاعة كما جاء في العقد والفواتير وعدم الرجوع في ذلك إذا وجدت العيوب.

المادة الثالثة: وبين في هذه المادة ثمن البيع وكيفية التسديد كما ذكر فيه الترخيص للبنك من طرف العميل عند حلول أجل الاستحقاق، خصم المبالغ المستحقة في إطار هذا العقد من كل حساب مفتوح باسم العميل.

المادة الرابعة: في هذه المادة ذكر التزامات العميل، ومن بينها تسديد جميع مبالغ التمويل كليا إلى جانب كافة المصاريف والملحقات الأخرى ونسبة الربح المتفق عليه بواسطة السندات لأمر موقع عليه ويبقى مسؤولا أمام البنك حتى سداد جميع المبلغ كليا أو جزئيا، ويدفع للبنك النقود والشيكات وأي وسيلة أخرى ويكون التسديد في حدود ثمن المراجحة المتفق عليه.

كما يمنح العميل البنك أن يحل محله في تحصيل الشيكات والنقود والأوراق التجارية إلى غاية التسديد الكلي.

المادة الخامسة: وذكر في هذه المادة أحقية البنك في مراقبة السلع والبضاعة في أي وقت، مع التزام العميل بتأمين العتاد والسلع من كل المخاطر الممكنة.

المادة السادسة: وذكر في هذه المادة غرامات التأخير والشروط الجزائية في حالة التأخير في تنفيذ الالتزامات وهي محل الدراسة في هذا النموذج حيث صرح فيها بأحقية البنك فرض غرامات تأخير عند عدم السداد في الوقت المحدد بغض النظر عن الوسائل الأخرى.

(1)- نموذج عقد تمويل بالمراجحة، بنك الخليج الجزائري، ص، 1، 2، 3، 4، 5، 6، ينظر في الملحقات.

المادة السابعة: وفي هذه المادة ذكرت الاحتجاجات بحيث يصرح العميل بأنه يعفى البنك من الاحتجاجات والمعارضات، وكل رجوع لعدم الوفاء، وهذا على سبيل التمثيل وليس الحصر.

المادة الثامنة: وفي هذه المادة تطرق إلى الشروط الفاسخة للعقد، وفي هذه الحالة يصبح مبلغ الدين حالا فورا وخاصة عند عدم احترام العميل لأي شرط من الشروط كالبيع الودي عدم التأمين عدم تسديد أي قسط من الأقساط المتابعة القضائية... إلى آخره.

المادة التاسعة: وفي هذه المادة ذكر الضمانات لتسديد مبلغ التمويل من رهون عقارية قانونية، وكل الضمانات العينية أو الشخصية؛ لتسديد الأصل والربح والنفقات والمصاريف الناتجة عن التماطل وعدم التسديد في الوقت المحدد.

المادة العاشرة: وتضمنت هذه المادة المصاريف والحقوق المترتبة عن عدم تنفيذ الالتزام في الوقت المحدد والمماطل في ذلك، حيث اتفق الطرفان على أن كل المصاريف والحقوق والأتعاب بما فيها أتعاب الموثقين والحامين والمحضرين القضائيين ومحافظي البيع بالمزاد وكذا مصاريف الإجراءات التي يتخذها البنك لتحصيل مبلغ التمويل الخاصة بهذا العقد أو المترتبة حالا ومستقبلا على عاتق العميل، ويتم الموافقة على ذلك صراحة أو بالدفع مباشرة أو الخصم من الحسابات المفتوحة.

المادة الحادية عشر: ونص في هذه المادة على المرفقات وأي مستند واعتبارها جزء لا يتجزأ من العقد.

المادة الثانية عشرة: وحدد في هذه المادة الموطن الذي يتم فيه العقد بين الطرفين كما جاء ذلك في أول العقد.

المادة الثالثة عشرة: وفي هذه المادة اتفق الطرفان على أن أي خلاف بينهم لم يتم حله وديا، فإنه يحال إلى محكمة مراد رايس.

المادة الرابعة عشرة: وفي هذه المادة ذكر فسخ العقد، وأنه تم تحريره من ثلاثة نسخ أصلية موقعة من الطرفين كل ذلك بإرادة حرة قانونية خالية من العيوب القانونية والشرعية.

الفرع الخامس: حكم الشرط الجزائي كما هو معمول به في المؤسسات المصرفية التقليدية.

وأما بالنسبة لحكم الشرط الجزائي في هذا العقد والنموذج الذي تم اختياره في الدراسة، وهو من العقود التي يتعامل بها بنك الخليج الجزائري، فإنه قد نص على الغرامات التأخيرية والشروط الجزائية في المادة السادسة من هذا العقد حيث صرح فيها بأنه: يحق للبنك أن يفرض على المدين المماطل غرامة تأخير من المبلغ المستحق وفق النسب المنصوص عليها في الشروط المصرفية السارية المفعول لدى بنك الخليج الجزائري، عن كل تأخير، بغض النظر عن الوسائل الأخرى التي يمنحها له القانون لتحصيل دينه⁽¹⁾.

والشرط الجزائي في هذا العقد الذي ذكر في المادة (6) متعلق بالديون؛ لأنه نص صراحة في هذه المادة بأنه في حالة تأخر المدين في السداد وعدم تنفيذ التزامه المالي في الوقت تترتب على ذلك غرامة مالية وشرط جزائي في مقابل التأخر، وهذا الشرط حكمه: أنه شرط محرم وغير جائز عند معظم العلماء المعاصرين لتعلقه بالديون وهو ذريعة للربا الذي أجمع أهل الإسلام على تحريمه وقد نقلنا كلام العلماء سابقا في العقود المدروسة ونقلنا قرارات الهيئات العلمية والجامع الفقهية وفتاوى العلماء الفردية ما يكفي في بيان هذه المسألة⁽²⁾.

وأما بالنسبة لاشتراط حلول جميع الأقساط في حالت التأخر والمماطلة في التسديد، أو أن كل الأقساط تصبح حالة فورا كما جاء ذلك في المادة الثامنة من هذا العقد خامسا: يجوز شرعا أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها، عند تأخر المدين عن أداء بعضها، مادام المدين راضيا بهذا الشرط عند التعاقد.

وجاء في قرار آخر بشأن بيع التقسيط: يجوز اتفاق المتدينين على حلول سائر الأقساط عند امتناع المدين عن الوفاء لأي قسط من الأقساط المستحقة عليه ما لم يكن معسرا⁽³⁾.

⁽¹⁾ -المادة رقم:6، من عقد تمويل بالمراجحة، بنك الخليج الجزائري، ص: 4.

⁽²⁾ -عبد الله المصلح وآخرون، ما لا يسع التاجر جهله، المرجع السابق، ص: 304، 305، الصادق الغرياني، قضايا فقهية مالية معاصرة، المرجع السابق، ص: 273، 274، وقرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 22، 222، والمعايير الشرعية، المرجع السابق، ص: 93.

⁽³⁾ -علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 724-725.

وهذه القرارات وإن كانت في بيع التقسيط إلا أنها شاملة لكل معاملة متعلقة بالديون، ويدخل في ذلك بيع المراجعة وما شاكلها من العقود التي يكون فيها الالتزام دينا مقسطا وماطل صاحبه في التسديد وتأخر عن الوقت المحدد.

فهو شرط جائز عند العلماء المعاصرين ويجب الوفاء به، وهو ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 23 شعبان 1410 هـ - الموافق 14-20 مارس 1990م، من بخصوص موضوع بيع التقسيط حيث جاء فيه ما يلي (1) :

وهذا الشرط أعني اشتراط حلول جميع الأقساط في مواعيدها في حال التأخر عن السداد، تشتترطه معظم البنوك عن عملاءها في عقود التمويل، فحلول جميع الأقساط يصبح شرطا في حال تأخر المدين في دفع قسطين متتالين أو ثلاثة ويحق للبنك كما ذكرنا في نموذج بنك الخليج، ويحق للبنك المطالبة بجميع الأقساط، وهذا الذي أيدته أيضا هيئة المحاسبة والمراجعة المالية للمعايير الشرعية، ويستثنى من ذلك الظروف القاهرة (2).

الفرع السادس: البدائل لمعالجة التأخر في التسديد في المصارف الإسلامية والتقليدية.

لقد اقترح العلماء والفقهاء الكثير من الحلول والبدائل الشرعية للخروج من الشبه الربوية، والتقليل من المماثلة في الديون، وإيجاد المخارج التي تتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية، وعدم اللجوء إلى التعزيرات المالية والشروط الجزائية التي تتعامل بها البنوك الإسلامية والتقليدية في بعض العقود المالية؛ لأنهما يتفقان في كثير من الشروط والنصوص القانونية الدولية أو المحلية، والسياسات التمويلية التي تعتبر كوسائل وقائية للحد من المديونيات وتعثراتها ومن هذه الحلول والبدائل التي ذكرها العلماء من خلال بحوثهم الفردية أو الجماعية، التي تمثلها الجماع الفقهية أو الهيئات الشرعية التي تصدر الفتاوى وتقوم العقود المالية لكي تنطبق مع الشريعة الإسلامية ومن هذه الحلول العلاجية نذكر ما يلي (3) :

(1) - علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 724-725.

(2) - عبد الرؤوف بن عبد الله عمر الشنقيطي، الإجراءات الوقائية والعلاجية لتعثر الديون دراسة فقهية لتطبيقات البنوك الإسلامية، ص: 54.

(3) - المعايير الشرعية، المرجع السابق، ص: 93، 95، الصادق الغرياني، قضايا فقهية ومالية معاصرة، المرجع السابق، ص: 298، 299.

1- من البدائل عن الغرامات المالية والشروط الجزائية الغير صحيحة هو أن يشترط البنك على العميل في العقد التمويلي الرهن سواء كان رهنا رسميا أو حيازي من أجل ضمان مديونيته في حالة التأخر في التسديد أو عدم تنفيذ الالتزام في وقته المحدد المتفق عليه، وهذا الرهن يحافظ به البنك على ماله وحقه من التعثرات والمديونيات التي تؤثر على حركته المالية والتجارية، فالرهن عنده وسيلة توثيقية لصيانة وحماية حق الدائن عند إعسار المدين (1).

وعليه فحكمة المشروعية من الرهن أنه وثيقة بدين للاستفاء منه عند عجز المدين عن الوفاء، وهذا مما يحقق اطمئنان الدائن على أمواله كما يحقق للمدين تيسير الحصول على ما يحتاج إليه من أموال بالدين، وهذا حكمه الجواز ويصبح واجبا، إذا اشترط في العقود كما هو حال البنوك المعاصرة سواء أكانت تقليدية أو معاصرة، فالرهن عنده وثيقة ضمان واطمئنان على أموالها (2).

2- ومن البدائل التوثيقية التي اقترحها العلماء عن الغرامات التأخيرية والشروط الجزائية الكفالة، وهي وثيقة بالدين يتوثق بها الدائن لاستفاء دينه عند عجز المدين عن الوفاء.

3- اشتراط الالتزام بالتبرع للجهات الخيرية على قول العلماء الذين يجيزون هذا الشرط، وذلك بأن ينص البنك في العقد على هذا الشرط ويوافق عليه العميل كما ذهب إلى ذلك بعض العلماء والهيئات العلمية التي ذكرناها سابقا، أو أن يشترط في العقد الاشتراك في التأمين التبادلي كما هو معمول به في بعض البنوك الإسلامية في بعض الدول حيث ينص البنك في عقده مع العميل الاشتراك في الصندوق التبادلي، ويسدد نسبة معينة من الدين المؤمن عليه في حساب خاص على سبيل التبرع بحث لا يستطيع استرداده، ويستحق المشترك تعويضا في حالة حدوث خطر من إعسار أو موت، فيدفع له من أموال الصندوق 50% فهذا الاشتراك في الصندوق يمثل حماية البنك من المديونيات التي يقع فيها العميل (3).

(1) - ينظر: عبد الرؤوف بن عبد الله عمر الشنقيطي، الإجراءات الوقائية والعلاجية لتعثر الديون دراسة فقهية لتطبيقات البنوك الإسلامية، المرجع السابق، ص: 148، ومحمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، ص: 851.

(2) - محمد عثمان شبير، المرجع نفسه، ص: 851.

(3) - ينظر: المرجع نفسه، ص: 853.

المبحث الخامس: الشرط الجزائي في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لغير الأجراء "ASNOS" وبدائله.

ونتناول في هذا المبحث العرض التفصيلي لعقد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لغير الأجراء مع بيان الحكم الشرعي للشرط الجزائي الذي تضمنته بعض مواد التنظيمية مع ذكر بعض البدائل وهي كالتالي:

المطلب الأول: العرض التفصيلي لعقد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لغير الأجراء.

ومن العقود التي تضمنت الشروط الجزائية عقود التأمينات الاجتماعية التي يوجبها الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، وتمثل ذلك في المرسوم التنفيذي رقم 6-37 المؤرخ في 26 رمضان عام 1427 هـ الموافق 19 أكتوبر سنة 2006م، يتضمن إنشاء الصندوق الوطني لتحصيل اشتراكات الضمان الاجتماعي وتنظيمه وتسييره (ص، و، ت، إ، ض، إ)، وذلك طبقاً لأحكام المادة 21 من القانون رقم 83-14 المؤرخ في 2 يوليو سنة 1983م والمذكور أعلاه، ويدعى في صلب النص "الصندوق"، وقدم إنشاء الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لغير الأجراء بصفة قانونية في سنة 1992 بموجب المرسوم التنفيذي رقم 92/07 المؤرخ في 4 جانفي 1992، يتضمن الطبيعة القانونية للصندوق الوطني والتنظيم الإداري والمالي للضمان الاجتماعي، وأصبح الصندوق الوطني للعمال غير الأجراء عملياً في 1995 بضمان نشاط التحصيل الذي تم تحويله في نفس السنة من الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية الذي كان يتكفل بها، فيما يتعلق بالخدمات الاجتماعية تم تحويلها في 1999 من الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية فيما يخص التأمينات الاجتماعية، والصندوق الوطني للتقاعد فيما يخص التقاعد⁽¹⁾.

وقد عرف هذا الصندوق كالتالي⁽²⁾:

(1) المادة رقم: 1، 2، 3 من المرسوم التنفيذي رقم 06-37 مؤرخ في 26 رمضان عام 1427 الموافق 19 أكتوبر سنة 2006، المتضمن إنشاء الصندوق الوطني لتحصيل اشتراكات الضمان الاجتماعي وتنظيمه وسيره، الجريدة الرسمية، العدد، 67، ص: 10-11، وينظر: القانون رقم 83-14 مؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق 2 يوليو سنة 1983 يتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي، الجريدة الرسمية، ص: 1818.

(2) المادة رقم: 1، 2، 3 من المرسوم التنفيذي رقم 06-37 مؤرخ في 26 رمضان عام 1427 الموافق 19 أكتوبر سنة 2006، المتضمن إنشاء الصندوق الوطني لتحصيل اشتراكات الضمان الاجتماعي وتنظيمه وسيره، الجريدة الرسمية، العدد، 67، ص: 10-11.

الفرع الأول: التعريف بالصندوق الوطني للضمان الاجتماعي.

الصندوق: هو مؤسسة عمومية ذات تسيير خاص يخضع للتشريع والتنظيم المعمول بهما، وكذا لأحكام المرسوم سابق الذكر.
ويتمتع الصندوق بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، ويعتبر في نفس الوقت تاجرا في علاقاته مع الغير.

ويوضع الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي تحت وصاية الوزير المكلف بالضمان الاجتماعي.
وتتمثل المهام الأساسية لهذه المؤسسة في:

الفرع الثاني: مهام الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي.

لقد أنشأ هذا الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لغير الاجراء للقيام بمجموعة من المهام التي نص عليها في قوانينه التنظيمية نذكر منها:

- تسيير الأداءات العينية والنقدية للتأمينات الاجتماعية لغير الاجراء.
- ضمان تحصيل مراقبة الاشتراك ونزاعات التحصيل.
- تنظيم وتنسيق وممارسة المراقبة الطبية.
- الشروع في تحصيل المؤمنين الاجتماعيين.
- اجراء نشاط على شكل إنجازات ذات طابع صحي واجتماعي.

ولقد نص على أن المشترك في هذا الصندوق في حالة عدم تسديد أقساط الاشتراك السنوي كما ذكر ذلك في المادة 22 التي حدد كيفية دفع الاشتراكات حيث جاء فيها بأن اشتراكات الضمان الاجتماعي بالنسبة للأشخاص غير الاجراء، محل دفع سنوي يؤديه المعنيون بالأمر وفقا للشروط المحددة عن طريق التنظيم، وفي حالة المماثلة وعدم دفع هذه الاشتراكات في الوقت المحدد، فإنه يتعرض إلى غرامات تأخيرية وشروط جزائية، وقد ذكر ذلك في قانون رقم 83-14 مؤرخ في 11 رمضان عام 1403 الموافق 2 يوليو سنة 1983 يتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي حيث نصت المادة 24 من هذا القانون المعدل والمتمم على أنه: يترتب على عدم دفع اشتراكات الضمان الاجتماعي

زيادة قدرها 0,15% عن كل يوم من التأخير⁽¹⁾.

ويقدم مبلغ هذه الزيادة ابتداء من تاريخ دفع الاشتراك الأصلي المستحق.

وتحصيل هذه الزيادة من طرف هيئة الضمان الاجتماعي.

المطلب الثاني: حكم الشرط الجزائي في عقود التأمين الاجتماعي الصندوق الوطني

للضمان الاجتماعي.

لقد رأينا في عرض قانون عقد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لغير الاجراء أن المادة 24 تضمنت شرط زيادة قدرها 0,15% عن كل يوم تأخير، وهذا الشرط الجزائي أو غرامة التأخير التي تضمنها هذه المادة 24 هي من الشروط الجزائية التي تعلق بالديون؛ لأن التأخر في تسديد الدين والممثل في مبالغ الاشتراك الذي يقوم الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بتحصيله هو دين في ذمة المشترك، وعند التأخر في التسديد في الوقت المتفق عليه ترتب عليه زيادة محددة من طرف الصندوق وهذه الزيادة داخلية في الربا المحرم الذي دلت النصوص من القران والسنة على تحريمه، وحكم هذا الشرط أنه شرط فاسد مفسد للعقد كما ذكرنا سابقا⁽²⁾.

ومن المواد التي تضمنت الشرط الجزائي وغرامات التأخير ما جاء في المادة 13، و7 من قانون الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي حيث نص فيها على أنه يترتب على عدم الانتساب في الآجال المحددة في المادة 10 أعلاه، غرامات مالية توقعها هيئة الضمان الاجتماعي على الهيئة المستخدمة قدرها 500 دج، عن كل عامل لم يتم انتسابه.

ويضاف إلى مبلغ الغرامة نسبة 20% من التأخير.

وحكم هذا الشرط يختلف عن الحكم السابق؛ لأنه متعلق بتنفيذ التزام ليس له تعلق بالديون بل بالانتساب للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، وليس من أجل التأخر في تسديد الدين ولكن هذا

(1) المادة رقم: 7، 13، 24، القانون رقم 83-14 مؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق 2 يوليو سنة 1983 يتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي، الجريدة الرسمية، ص: 1818-1820.

(2) علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 723.

الشرط وهذه العقوبة المالية هي مقابل تأخره في التسجيل في الصندوق وهذا ليس دينا في الذمة ولكن عمل لم يلتزم بوقته المحدد ولم يسجل في الوقت المتفق عليه، وهذا شرط صحيح ويجب الوفاء به؛ لأنه ليس مخالفا لمقتضى العقد.

لكن إذا لم يتم بتسديد الغرامة المالية والتي تقدر في هذا العقد 500 دج، ويضاف لها أي لهذه الغرامة المالية أو الشرط الجزائي نسبة 20% عن كل شهر من التأخير، وهذا الشرط الذي يتمثل في هذه النسبة المئوية المضافة في حال تأخره عن تسديد الدين والمتمثل في الغرامة المالية، وهذا الشرط يعتبر شرطا فاسدا؛ لأنه أصبح عقدا ربويا، وهذا محرم بالإجماع، فإذا تأخر المدين في دفع الأقساط في الوقت المحدد لا يجوز إلزامه بأي زيادة بشرط أو بدون شرط كما تقرر في كثير من المجامع الفقهية المعاصرة⁽¹⁾.

لكن ما يمكن التنبيه عليه في هذا المقام أن الشروط التي دخلت على عقود التأمينات هي التي أفسدت هذا العقد لما لها من تعلق بالربا؛ لأن دخول الغرامات المالية التأخيرية والشروط الجزائية لها تأثير على صحة أو فساد العقد، وإلا فإن الأصل جواز الضمان الاجتماعي، فإن خلا هذا العقد التأميني من هذه الغرامات التأخيرية جاز عند الكثير من العلماء المعاصرين والهيئات الشرعية ومن هؤلاء الذين صرحوا بالجواز الدكتور الصادق الغرياني ناقلا لقرار المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية المنعقد بالقاهرة علم 1966م حيث جاء فيه ما يلي: نظام المعاشات وما يشبهه من نظام الضمان الاجتماعي المتبع في بعض الدول، ونظام التأمينات المتبع في بعض الدول الأخرى كل هذا من الأعمال الجائزة⁽²⁾.

(1) علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 723، وينظر: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص: 256، وينظر: وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 294.

(2) الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المرجع نفسه، ص: 257، وينظر: وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص: 265.

المطلب الثالث: البدائل الشرعية للشروط الجزائية والغرامات التأخيرية للتأمينات في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي.

إن الشريعة الإسلامية غنية بالحلول والبدائل والعقود الصحيحة التي يمكن للمسلم أن يسلكها، ويتعامل بها، ومن بينها العقود التأمينية التعاونية القائمة على أساس الارفاق وجبر المخاطر، والتي يحكمها مبدأ التعاون والتضامن والتكافل الاجتماعي لا المعاملات التأمينية القائمة على أساس التجارة والأرباح والاستغلال للطرف الضعيف من خلال مبدأ الإذعان، وبما أن عقود التأمينات التي يتبناها الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي نص وأشار في أحد مواده بأنه مؤسسة عمومية ويعتبر الصندوق تاجرا في علاقاته مع الغير كما جاء في المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم: 06-370 الذي يتضمن إنشاء الصندوق الوطني لتحصيل اشتراكات الضمان الاجتماعي وتنظيمه وتسييره، وهذه المادة أضفت عليه الصبغة التجارية التي يمتاز به التأمين التجاري المعاصر القائم على الربحية والاستغلال، وهذا من أعظم خصائصه، كما تجسدت شبهة الربا بقوة عندما نص صراحة على غرامة التأخير عند عدم دفع الأقساط في وقتها المحدد وهذا من خصائص العقود الربوية المحرمة التي تخرجه عن التأمين الاجتماعي⁽¹⁾.

لقد بحث العلماء البديل الشرعي لهذه المسألة⁽²⁾، فكان من مقترحاتهم البديلة التأمين التعاوني الموافق للقواعد الشرعية وأصول ومبادئ الشريعة الإسلامية، ويعتبر التأمين التعاوني هو البديل الشرعي عن الشركات التجارية الربحية المخالفة لقواعد الشرع الإسلامي⁽³⁾، وقد صدر بذلك قرار المجمع الفقهي والمعايير الشرعية للمحاسبة المالية وأيده الكثير من العلماء المعاصرين سواء في الهيئات الشرعية التي تمثل الفتاوى الجماعية أو الفردية كل ذلك وفق ضوابط رصينة وشروط متينة حيث جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي ما يلي⁽⁴⁾:

أما بعد: فإن مجمع الفقه الإسلامي في دورته الأولى المنعقدة في 10 شعبان 1398هـ بمكة المكرمة بمقر رابطة العالم الإسلامي نظر في موضوع التأمين بأنواعه المختلفة وبعد ما اطلع على كثير مما

(1) علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 334.

(2) الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المعاملات المالية في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص: 256، 257.

(3) وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 294.

(4) الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، المعاملات المالية في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص: 257.

كتبه العلماء في ذلك وبعد ما اطلع أيضا على ما قرره مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في دورته العاشرة المنعقدة بمدينة الرياض بتاريخ 4/1397/4هـ بقراره رقم (55) من التحريم للتأمين التجاري بجميع أنواعه.

بعد الدراسة الوافية وتداول الرأي في ذلك قرر مجلس المجمع الفقهي بالإجماع، عدا فضيلة الشيخ مصطفى الزرقا: تحريم التأمين التجاري بجميع أنواعه⁽¹⁾.

وجاء في قراره أيضا بشأن التأمين التعاوني موافقته لهيئة كبار العلماء في القول بجوازه واعتباره كبديل للتأمين التجاري السابق حيث قرر مجلس المجمع الفقهي بالإجماع الموافقة على قرار مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية رقم (51) وتاريخ 4/1397/4هـ من جواز التأمين التعاوني بدلا عن التأمين التجاري المحرم والمنوه عنه آنفا⁽²⁾.

فالتأمين التعاوني هو البديل الذي يحترم أصول وقواعد الشريعة الإسلامية، فمن هذا المنطلق كانت دعوة العلماء المسلمين لإقامة مؤسسات للتأمين التعاوني وإعادة التأمين؛ لكي يتحرر من الهيمنة الاقتصادية الغربية التي لا تعطي لمبادئ الشرع قيمة؛ لأنها قائمة على الربحية والاستغلال⁽³⁾.

من خلال دراستنا لبعض التطبيقات العملية المعاصرة، والنماذج المعمول بها في الواقع الجزائري يمكننا أن نخرج من هذا الفصل بالخلاصة التالية:

أن الشرط الجزائي أو التعويض المالي المنصوص عليه في معظم التطبيقات المدروسة في بحثنا هذا، إذا كانت متعلقة بالديون المالية وجراء عدم تسديدها في وقتها المحدد تعتبر ربا محرم عند جماهير العلماء المتخصصين في النوازل المعاملاتي بل نقل الاجماع على منعها وفساد العقد المقترنة به، وأن المماثلة في الديون وعدم الالتزام بالمواعيد المحددة في العقود تعتبر ظلم خاصة إذا كان صاحبه موسرا وموجدا، ويمكن التقليل من خطر المماثلة في الديون باللجوء إلى البدائل الشرعية التوثيقية كالرهن والكفالة، واشتراط حلول باقي الأقساط في العقد، والإلزام بالتبرع ولو من باب السياسة الشرعية؛ لأن الشريعة الإسلامية

(1) علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، المرجع السابق، ص: 337.

(2) المرجع نفسه، ص: 341.

(3) -وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص: 294.

تهدف إلى حفظ حقوق الناس وحماية أموالهم وصيانتها من أكلت أموال الناس بالباطل.

يجوز الشرط الجزائي في كل العقود غير المالية كالمقاولات والاستصناع وعقود البيع على التصاميم والصفقات وعقود التوريد وغيرها، وأما بالنسبة للعقود المتعلقة بالديون كاسكنات عدل والترقوي والمعم وعقود الرفيق والتحدي وقرض السبيل، فإنه لا يجوز الشرط الجزائي فيها؛ لأنها تصيرها عقوداً ربوية محرمة، ويجوز الدخول في العقود التي تضمنت شروطاً فاسدة كبعض التطبيقات التي ذكرنا في البحث أو التي يمكن تصحيحها، أو التخلص منها كما هو منصوص عليه في المذهب الحنبلي وقرر ذلك الكثير من المعاصرين مادام البلوى عمت، والحوال ضعفت وقلت، وتمسكن الناس بأحكام الإسلام تلاشت وإضمحلت خاصة في باب المعاملات المالية المعاصرة.

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث العلمي الموفق بإذن الله تعالى سبحانه، فأحمده على أن من علي بإتمامه وأشكره على جزيل فضله وعطائه فله كل المحامد بداية ونهاية أن يسر لنا إتمام هذا العمل الموسوم بالشرط الجزائي وتطبيقاته في المعاملات المالية المعاصرة والذي يعتبر من النوازل المعاصرة الشائكة التي دخلت معظم معاملات الناس وتجاراتهم وعقودهم وعلاقاتهم، وهذه الدراسة جاءت من باب الإثراء في الجانب المعاملاتي والنوازل والمستجدات التي ظهرت في وقتنا المعاصر التي تحتاج إلى مزيد من التقويم والاهتمام والبحث والعناية الخاصة؛ لأن الأمر متعلق بباب عظيم من أبواب حياة الناس وتصرفاتهم التي يحتاط فيها من أكل الحرام أو الوقوع في أكل الحرام وأخطره الربا الذي أعلن الله بحربه وجاء الشريعة الإسلامية بمنعه وقطع وسائله.

وبعد عرضي لهذا البحث وهذا العمل المتواضع وهذا الجهد المبذول الذي أدعوا الله أن يكون عنده مقبول، فسأوجز العبارة لما توصلت إليه في هذا الدراسة التي تعتبر منخول وعصارة فألخص النتائج والثمرات وأتبع ذلك بأهم التوصيات التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث فأقول وبالله التوفيق:

أولاً: النتائج: وتتمثل فيما يلي:

1. الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي يقصد به الشرط الذين يكون مقترن بالعقود، فهو موجود في معظم الصور العقدية المعاصرة، حيث يتم الاتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض المستحق للطرف المتضرر جراء عدم تنفيذ الطرف الآخر التزامه، أو تأخر في تنفيذه في الوقت المحدد والمتفق عليه بينهم .

2. لا يجوز الشرط الجزائي في قرض تمويل السبيل الذي لجأت إليه الدولة الجزائرية من أجل التخفيف على الحجاج بسبب أزمة كورونا، لأن القرض من عقود الإرفاق والإحسان التي يقصد بها التعاون لا الربح والاستثمار، ولأنه دين في الذمة التي يحرم فيها النص على غرامات التأخير والشروط الجزائية التي تعتبر ربا النسئئة الجاهلي المحرم بالأجماع.

3. لا يجوز الشرط الجزائي وغرامات التأخير في عقد صيغة سكنات عدل المعمول بها في الجزائر؛ لأن الأقساط التجارية تعتبر دينا في ذمة المستفيد، فإذا تأخر في التسديد لا يلزم بأي زيادة على قسط الأجرة الحقيقي، وإلا دخل في ربا الديون المحرم في شريعة الإسلام.

4. يحرم الشرط الجزائي والغرامات التأخيرية في صيغة عقد السكن العمومي التجاري المعمول به في الجزائر؛ لأنه يدخل في ربا الديون وربا النسئة الذي حرّمته معظم المجامع الفقهية والمؤسسات الإفتائية المعاصرة، وذلك لأن الأجرة أو القسط التجاري يعتبر في حقيقة الامر دينا في ذمة المستفيد.
5. لا يجوز التعامل بالقروض الربوية أو بالفائدة البنكية المحرمة المنصوص عليها في صيغة السكن الترقوي المدعم سواء أكانت قليلة أم كثيرة، وسواء تكفلت الدولة بدفعها أو غيرها من المؤسسات وسواء أكان المسدد أفراد أو جماعات فالعبرة بوجود الربا في العقد والتعاقد لا فيمن يدفعه، كما يحرم اقتران هذه الصيغة السكنية بالشرط الجزائي والغرامات المالية التأخيرية في حال تأخر المدين في دفع الأقساط التجارية في وقتها المحدد؛ لأنه عين الربا الجاهلي المنوع في الشريعة الإسلامية.
6. يحرم التعامل بالصيغ التمويلية الداعمة لتشغيل الشباب في الجزائر سواء كانت ثلاثية أو غيرها إذا اشترطت الزيادة الربوية على أصل القرض في العقد، فهذا شرط مفسد له، كما لا يجوز فرض الغرامات التأخيرية في حال التأخر في تسديد الأقساط الشهرية في وقتها المتفق عليه خاصة في حال الاعسار، لأنه يصبح عقدا ربوية محرم بإجماع العلماء.
7. يجوز أن يتضمن عقد الامتياز الفلاحي المعمول به في الجزائر شرطا جزائيا في مقابل عدم تنفيذ المستثمر التزامه والتمثل في عدم تنفيذ العمل أو التأخر فيه، وأما إذا كان الشرط الجزائي مقابل التأخر في دفع الأقساط الشهرية أو السنوية، فإنه في هذه الحالة يمنع لتعقده بالديون وهو شرط فاسد مفسد لهذا العقد عند أغلب العلماء، فحكم الشرط الجزائي في عقد الامتياز الفلاحي لا بد له من التفصيل الذي ذكرنا.
8. لا يجوز الشرط الجزائي أو الغرامات التأخيرية في صغتي عقد قرض التحدي والرفيق الفلاحيين؛ لأنه يصبح قرضا جر نفعاً وهذا يصيره عقدا ربويا محرما بالإجماع، بالإضافة إلى الفوائد الربوية البنكية التي تدفعها وزارة الفلاحة عن المستثمر أو المقترض، وهذا شرط ربوي مفسد للعقد ومبطل له من أساسه.
9. لا يجوز أن يتضمن عقد المراجعة لتمويل الاستهلاك شرطا جزائيا أو غرامة تأخيرية كما هو معمول به في بنك البركة الإسلامي الجزائري؛ لأنه متعلق بالديون وهو التأخر في دفع الأقساط

- الشهرية في وقتها المحدد وهو عين الربا الجاهلي المحرم في نصوص القرآن والسنة والاجماع.
10. لا يجوز الشرط الجزائي في عقد بيع التقسيط لتمويل الاستهلاك كما هو معمول به في بنك السلام، وأما الالتزام بالتبرع فمسألة خلافية بين العلماء المعاصرين، فمن أجاز هذا الشرط فالعقد عنده صحيح يجب الوفاء به وهو الذي نصت عليه المعايير الشرعية، وأفتى به الكثير من العلماء والباحثين وهو الذي رجحه الباحث، وهو المعمول به في بنك السلام الجزائري، وأما الذي منعوا من وجود هذا الشرط في العقد فعندهم داخل في الربا ولو تغيرت التسمية
11. لا يجوز الشرط الجزائي والغرامات التأخيرية في عقد بيع المراجعة كما هو معمول به في بنك الخليج الجزائري؛ لأنه دين في الذمة، والشرط الجزائي إذا دخل على هذا النوع من العقود يصيرها عقدا ربويا محرما بنص القران والسنة والاجماع، وهذا ينطبق على البنوك التقليدية كابنك الخليج، أو البنوك والمصارف الإسلامي التي ذكرنا سابقا فالعبرة بالحقائق والمعاني لا بالألفاظ والمسميات والمباني.
12. إذا تأخر المؤمن في دفع الاشتراكات الشهرية في عقود التأمين الاجتماعي، لا يجوز إلزامه بالشرط الجزائي ولا الغرامات التأخيرية؛ لأن هذه الأقساط أو الاشتراكات تعتبر ديننا في ذمّن المؤمن عند الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، وهذا هو ربا الديون المحرم في الشريعة الإسلامية.
13. يجوز أن تتضمن عقود الرياضة الشروط الجزائية كما هو معمول بها في الواقع الجزائري؛ لأنها في مقابل تنفيذ الاعمال سواء بالخصم من الراتب الشهري أو فرض عقوبة مالية إذا لم ينفذ التزامه المتعاقد عليه بينه وبين النادي أو الشركات ذات الأسهم.
14. يجوز الشرط الجزائي في عقود الصفقات العمومية كما هو معمول بها في الجزائر، إذا كان محل الالتزام فيها عدم تنفيذ عمل من الاعمال، أو تأخر فيه، وأما إذا كان مقابل عدم تسديد المقاول مستحقاته أو المؤسسة العامة ففي هذه الحالة لا يجوز الشرط الجزائي والغرامات التأخيرية؛ لأنه ربا الديون أو الربا الجاهلي الذي نزلت القرآنية بتحريمه وجات السنة لمنعه وتحجيمه، فلا بد من التفريق في عقد الصفقات العمومية بين الجهتين، فلكل واحدة حكمها الخاص.
15. الشروط الجزائية التي تضمنتها عقود البناء والتعمير المعمول بها في القانون الجزائري تعبر شروط صحيحة ويجب الوفاء بها؛ لأنها غير متعلقة بالديون، بل لتأخر في تنفيذ الالتزام المتعلق بالأعمال

- وهذا هو المفتي به في معظم المجامع الفقهية العالمية، المؤسسات الإفتائية الوطنية والمعايير الشرعية.
16. يجوز اشتراط الشرط الجزائي أو الغرامات المالية في عقد عدم التصريح بنقل الملكية أو البيع في عقود السيارات كما هو معمول به في القانون الجزائري، أو في حالة تأخر المشتري في تنفيذ التزامه وهو التصريح بنقل البطاقة باسمه، فهو شرط ليس متعلق بالديون المنوع بل تعلقه بتنفيذ العمل وهو جائز عند جماهير العلماء.
17. الشرط الجزائي في البيع على التصاميم، لا بد أن ننظر إليه من جهتين حتى يتسنى لنا معرفة حكمه الشامل، وعليه نقول أن الشرط الجزائي أو الغرامات المالية في عقد البيع على التصاميم المعمول بها في القانون الجزائري جائزة إذا تأخر الصانع أو البائع، أو المرقي العقاري في تنفيذ التزامه وهو العمل المتفق عليه أو في حالة تأخره في تنفيذه، وأما بالنسبة للمشتري أو المكتتب، فيمنع في حقه الشرط الجزائي والغرامات التأخيرية إذا تأخر في تسديد الأقساط الشهرية المتفق عليها؛ لأنها داخلية في الديون والعقود الربوية المحرمة في شريعة الاسلام.
18. الشروط نوعان متفق على جوازها ومختلف في جوازها فالمتفق على جوازها الشرط الموافق لمقتضى العقد والشرط الذي من يكون مصلحة العقد والباقي شروط مختلف فيها بين العلماء والراجح في معظمها الجواز ما لم يترتب على ذلك محذور شرعي مصادما لأصل العقد فيفسده، وذلك من أجل ضمان مسابرة النوازل والمستجدات في المعاملات المالية المعاصرة ورفع الحرج والضيق الذي تعاني منه الأمة الإسلامية في واقعها التجاري والاقتصادي والمعاملاتي.
19. لقد تواردت على الشرط الجزائي عدة تسميات مختلفة وإن كان معظمها يشترك في هدف واحد وهو الجزاء وتعويض الضرر اللاحق بالمدين، فهذه التسميات لا تؤثر في الحكم؛ لأن العبرة بالحقائق والمعاني لا الألفاظ والمباني.
20. الأصل في الشروط الصحة والجواز والاباحة ما لم يقم المانع الشرعي، وعليه فالشرط الجزائي من الشروط الجائزة التي تذكر في العقود وفي المعاملات المالية المعاصرة، فيجب الوفاء بهذه الشروط وتعتبر صحيحة.
21. لم تخرج تعريفات الفقهاء والقانونيين للشرط الجزائي عن المعنى اللغوي، وإن لم يصرح بعضهم

واكتفى بذكر الحكم أو الصفة.

22. الشروط الجزائية في الديون لا تجوز باتفاق العلماء؛ لأنها داخلة في ربا النسئة، وأما إذا كانت في غير الديون وتعلقت بتنفيذ الاعمال أو التأخر في التنفيذ فهي جائزة عند أغلب العلماء المعاصرين لقوة أدلهم وصراحتها ولموافقة ذلك لمقصد حماية حقوق الناس وأكل أمواله بالباطل.

23. يعتبر الشرط الجزائي معاملة مستحدثة، وإن كان بينه وبين بعض المعاملات تشابه إلا أن بعد البحث والتحري والتحقيق اتضحت المعالم، فهو معاملة مالية معاصرة جديدة لها أحكامها وتفصيلها الخاصة.

24. الشرط الجزائي له انتشار رهيب وكبير وله تطبيقات في معظم المعاملات المالية المعاصرة وتضمنته أغلب العقود بكل أنواعها وأشكالها لما فيه من دفع الضرر وحمل المدين على تنفيذ الالتزام في وقته إذا كان في غير الديون، وهذا دليل على مصداقيته ونجاحه في هذا الباب.

25. أن المقصد الأساسي والغرض الأول من وضع الشرط الجزائي في العقود هو ضمان جدية التنفيذ للالتزام والتعويض عن الضرر في حالة الإخلال به.

26. الشرط الجزائي يعتبر تعويض مقدر مسبقا عن الضرر المحتمل أو المتوقع جراء عدم تنفيذ أحد الأطراف للالتزام أو التأخر فيه، وهذا الذي مشى عليه المقنن الجزائري منذ ظهور وصدور القانون المدني المنظم للعلاقات التي تنظم معاملات أفراد المجتمع الجزائري، وهو لا يخرج في جملته عما تبنته معظم الدول العربية والإسلامية، بالرغم من وجود الكثير من النظريات الفقهية والقانونية التي تتجاذب الشرط الجزائي.

27. لقد تبنت الكثير من المحاكم الدولية جواز العمل بالشرط الجزائي لكن هذا ليس على الإطلاق؛ لكيلا يتخذ وسيلة لثراء الفاحش وانتهاز الفرص لأكل أموال الناس بالباطل فالمرجع إلى القضاء هو الذي يحكم بين الدائن والمدين فيزيل الضرر الفاحش عن الدائن وفي نفس الوقت ينصف المدين بإقرار العدل وتطبيقه، وهذا يقطع الطريق أمام الظلم والتعدي المخالف للشريعة الإسلامية.

28. تعتبر تطبيقات الشرط الجزائي من أوسع التطبيقات في الميدان العملي والمجال المعاملاتي فله

حضور في معظم التطبيقات المعاصرة فلا نكاد نجد يخلو منه إلزام أو معاملة لضمان الحقوق والجدية في أدائه، فهو يدخل في عقود المقاولات وعقود الرياضة وعقود التأمين لغير الاجراء والقروض بأنواعها قرض السبيل أو القروض كالقرض الفلاحي والتحدي والرفيق، والعقود الإدارية بكل أشكالها كالامتياز، وعقود الإيجارات المعاصرة سواء سكنات عدل أو الترقوي أو الاجتماعي، كما يدرج في العقود المالية المصرفية سواء الإسلامية أو التقليدية من تقييد أو استصناع أو مراجعة ويدخل أيضاً في عقود البيع لضمان تسريع نقل الملكية كما في عقود السيارات، فهو شرط ونازلة تغلغت في معظم عقود الناس ومعاملاتهم.

29. أن الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي يشترك ويتقاطع مع القانون الجزائري خاصة في شروط الاستحقاق إلا في بعض الاحكام المميزة لكل واحد منهم.

30. أن الشرط الجزائي وإن كان معظم تطبيقاته في المسؤولية العقدية، فهذا لا يعني أنه مقصور عليها بل يدخل كذلك في بعض تطبيقات المسؤولية التقصيرية.

31. الشرط الجزائي مقصده الأساسي وهدفه الأسمى التعويض عن الضرر الناتج عن عدم تنفيذ الالتزام في وقته المحدد، لكن هناك اختلاف وفرق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؛ لأن الأول يقتصر على التعويض عن الضرر المادي فقط بخلاف الثاني فإنه يجوز التعويض عنده عن التعويض المادي والادبي كما هو في القانون الجزائري.

32. أن الشرط الجزائي لا يكون مستحقاً إلا إذا توفر فيه الخطأ والضرر والعلاقة السببية والاعذار.

33. لقد أجاز كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي تدخل القضاء من أجل إقامة العدل وذلك بتخفيض وزيادة الشرط الجزائي.

34. التعويض في الفقه الإسلامي قائم على مبدأ الربط بين الضرر والتعويض عن طريق المماثلة والمساواة بينهم بلا افراط ولا تفريط بخلاف القانون الوضعي فإنه لا يراعى ذلك مبدئياً.

35. أن الالتزام بالتبرع يعتبر مخرجا فقهياً؛ لكيلا يأكل الربا، وهذا الشرط أجازته الكثير من العلماء المعاصرين والهيئات العلمية والمعايير الشرعية فيصير إليه ولو من باب السياسة الشرعية مادامت

البدائل غير قائمة وشبهة الربا ضعيفة.

36. الماطلة في الديون والمعاملات تعتبر من الظلم الذي تشوفت الشريعة الإسلامية لإزالته، وهذا ما نجد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي الجزائري، إلا أن الاختلاف بينهما في الضوابط التي تطبق بها العقوبة المالية.

37. يعتبر المذهب الظاهري أضيق المذاهب في الشروط الجزائية، وبخلافه المذهب الحنبلي الذي يعد من أوسع المذاهب في الشرط الجزائي خاصة المتأخرين كشيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم، وتأتي من بعدهم باقي المذاهب المالكية والشافعية والحنفية الذي توسطوا في هذا المسألة والمعاملات المالية المعاصرة لا تختص بمذهب معين؛ لأن التشوف إلى المخارج والبدائل أقوى في وقتنا الحديث.

38. معظم القوانين المعاصرة تلزم المتعاقدين بالشرط الجزائي دون التفريق بين المعسر والموسر وهذا خلاف ما جاء في الشريعة الإسلامية التي خصت المعسر بالإنظار وإعطاء فرصة التسديد في الوقت المتاح ورتبت على ذلك الأجر والثواب، واما الموسر المماطل فأجازت شكايته وعقوبته واعتبرت مطلة ظلم وتعدي غير سائغ.

ثانياً: التوصيات: وتتمثل في:

1. العمل على توطيد العلاقة ومد جسور التعاون والتواصل العلمي بين الجامعات والكليات المعنية بالدراسات الشرعية والمؤسسات المالية المعاصرة من أجل الخروج بنماذج للعقود التي تتوافق مع الشريعة الإسلامية، وذلك بإشراك أهل الاختصاص وإعطائهم الفرصة من أجل دراسة الأنظمة التعاقدية التي تريد الدولة الجزائرية تطبيقها في واقع الناس.

2. تنظيم العقود في المعاملات المالية والابتعاد عن الصورية في العقود وذلك من خلال إقامة دورات علمية تكوينية للمتعاملين الاقتصاديين والخروج بمعايير شرعية تضبط بها الشروط الجزائية لإفادة الجهات المختصة في تطبيقها.

3. إقامة دورات تطبيقية ميدانية للذين يدرسون العقود المعاملات المالية في المؤسسات التي لها تعلق بموضوع الدراسة سواء كانت بنوك أو شركات أو مراكز أو وكالات لكي يسئل الوقوف على حقيقة

هذه العقود وإعطاء الحكم الشرعي الصحيح ويكون الباحث على دراية واطلاع على واقعه وبالتالي تقديم الحلول والمقترحات والمخارج والبدائل الصحيحة.

4. إنشاء لجان وهيئات علمية مركبة من عدة تخصصات منها العلوم الشرعية تهتم بمراجعة ومتابعة العقود والمعاملات المالية في الميدان التطبيقي.

5. العمل والاجتهاد من أجل إيجاد الحلول والبدائل لمشكلة المماثلة في الديون المعاصرة التي تعتبر من أكبر العقبات في وجه الاستثمار وتطوير، وذلك في التنقيب في الفقه الإسلامي القديم والمعاصر والتفتيش في الفتاوى والنوازل التي أعدها العلماء للمستجدات في زمانهم والاستفادة منها في البحوث المعاصرة.

6. تسخير وسائل الاعلام المعاصرة صفحات رسمية تويتر فايسبوك لبث الوعي في أوساط المجتمع والقيام بعمليات توعية ميدانية تبين لهم خطر المماثلة والتساهل في رد الديون لأصحابها في وقتها المحدد، وتذكيرهم بالعقوبة الدنيوية والاخروية.

7. إنشاء مكاتب بحث خاصة بترجمة العقود المكتوبة باللغة الفرنسية أو لغة أجنبية أخرى خاصة المصطلحات؛ لكيلا يقع العلماء والباحثون في المفاهيم الغير صحيحة أو البعيدة عن المعنى الحقيقي للعقود الرسمية الغير مترجمة فتتغير الفتوى الشرعية كما هو الواقع في معظم النماذج في الواقع الجزائري.

8. ضرورة إستغلال كل الوسائل المتاحة من أجل الضغط على المدين المماطل والتخفيف من أزمة الديون، وذلك من خلال حجز الممتلكات والنشر في القوائم السوداء وحجز جوازات السفر مع المتابعات القضائية والأمنية من أجل التعرف على الأملاك الغير مصرح بها.

9. العمل باجتهادات بعض العلماء المعاصرين خاصة في المسائل الخلافية والتي فيها رفع المشقة والغبن على الناس وذلك من باب السياسة الشرعية مادام البدائل غير قائمة أو غير معمول بها.

10. تعديل أحكام الشروط الجزائية المتعارضة مع الشريعة الإسلامية وخاصة ما كان وسيلة إلى الربا المحرم المفسد للعقود، والعمل على تصحيحها، إما بإلغاء الشرط الفاسد وامضاء العقد، أو اعدادت تكييفه تكييفاً صحيحاً من الناحية الفقهية.

11. يجوز شرعا أن يشترط البائع بالأجل حلول جميع الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين عن أداء بعضها مادام المدين قد رضي بهذا الشرط في العقد، وهذا صيانة للحقوق الدائن من التلاعب وأكل ماله بالباطل.

الملاحق

الفهارس

أولاً: فهرس الآيات القرآنية

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية

ثالثاً: فهرس الأعلام

رابعاً: قائمة المصادر والمراجع

خامساً: فهرس الموضوعات

أولاً: فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	الرقم	طرف الآية
سورة البقرة		
6	48	﴿وَاتَّقُوا يَوْمًا لَا تَجْرَى نَفْسٌ عَنْ نَفْسٍ شَيْئًا﴾
283	173	﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاعٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾
35	177	﴿وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا﴾
42	229	﴿وَمَنْ يَنْعَدْ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾
223	276	﴿يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ﴾
91، 100 282	275	﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا﴾ ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾
221	278	﴿وَمَنْ يَتَّبِعْ أَهْلَ عَادٍ فَآؤُاكَ اللَّهُ وَآؤُاكَ اللَّهُ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾
221	279	﴿وَإِن تُبْتَئُوا فَلَئِنَّكُمْ لَرُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾
46	280	﴿وَإِن كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾
46	283	﴿وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً﴾
سورة آل عمران		
99	130	﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿١٣٠﴾﴾
	279	﴿وَإِن تُبْتَئُوا فَلَئِنَّكُمْ لَرُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾
سورة النساء		
83، 39	29	﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾
154	58	﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾
سورة المائدة		
35	1	﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾
283	2	﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدُونِ﴾

6	95	﴿فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾
سورة الأنعام		
39	119	﴿وَقَدْ فَصَلْنَا لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾
سورة يوسف		
5	75-74	﴿قَالُوا فَمَا جَزَاؤُهُ إِنْ كُنْتُمْ كَاذِبِينَ ﴿٧٤﴾ قَالُوا جَزَاؤُهُ مَنْ وَجَدَ فِي رَحْلِهِ فَهُوَ جَزَاؤُهُ كَذَلِكَ نَجْزِي الظَّالِمِينَ ﴿٧٥﴾﴾
سورة النحل		
154	43	﴿فَسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٤٣﴾﴾
سورة الإسراء		
36	34	﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾
سورة طه		
5	76	﴿وَذَلِكَ جَزَاءُ مَنْ﴾

ثانيا: فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	طرف الحديث
326	أما أن تقضي وإما أن تربى بخلاف تطبيقه في غير الديون كما تقدم
268	أعطه، فإن خير الناس أحسنهم قضاء
38	إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج
129	أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر
37	إن الغادر ينصب له لواء يوم القيامة، فيقال: هذه غدرة فلان
162	أن رجلا أصيب على عهد رسول الله ﷺ في ثمر ابتاعها فكثر دينه فقال ﷺ: ...
46	بايع وقل لا خلافة، ثم أنت بالخيار
233	بيع الإنسان ما ليس عنده
177	جرح العجماء جبار
72	خذيتها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق
92	الذهب بالذهب تبرها وعينها والفضة بالفضة تبرها وعينها مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد فقد أربى
92	الذهب بالذهب ربا وهاء الورق ربا إلا هاء وهاء والذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء
36	الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلال، أو أحل حراما، ...
164	فأتيت النبي ﷺ فكلمته، فسألهم أن يقبلوا مني حائطي، ويحللوا أبي، فأبوا، ...
221	فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطي فيه سواء
46	فهذا الأثر كالشمس صحة وبياننا يرفع الإشكال كله
43	فهذه الآيات وهذا الخبر براهين قاطعة في إبطال كل عهد،
104	لا ضرر ولا ضرار
69	لا يجل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا بيع ما ليس عندك
191، 275، 308	لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله وكتابه وشاهديه، وقال: هم سواء
307	اللهم إني أعوذ بك من الهم والحزن والعجز والكسل والبخل والجبن وضلع الدين وغلبة الرجال

201	لي الواجد ظلم، يحل عرضه وعقوبته
170، 108، 99، 109	لي الواجد يحل عرضه وعقوبته
72	ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط
108	المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلال
170	مطل الغني ظلم، وفي رواية لي الواجد يحل عرضه وعقوبته
43	من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد
307	من فارق الروح الجسد، وهو برئ من ثلاث دخل الجنة الكبر والدين والغلول
199	نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة
204	نهى عن بيع وسلف
70	واشترطي لهم الولاء

ثالثا: فهرس الأعلام

العلم	الصفحة
التوزوري، أبو عبد الله بن أحمد الوانوعي	100
الزرقا، مصطفى بن أحمد بن محمد	28
الضريير، محمد الأمين الصديق	28

رابعاً: قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم برواية حفص.

الكتب:

1. إبراهيم بن شعيب، إبهاج العقول في شرح المنظوم بالمأثور في علم الأصول، (ت 829هـ-)، دار المنهاج، السعودية، ط1، 1434هـ-2013م.
2. إبراهيم بن عمر سعيد، القروض التمويلية لدعم التشغيل، بحوث ندوة التميز الفقهية، مركز التميز للبحوث والدراسات الاقتصادية، الدار البيضاء، الجزائر.
3. إبراهيم رحمان، حماية الديون في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة، دار البشائر الإسلامية، ط1، 1432هـ-2011م، ج1.
4. ابن العربي المالكي، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دون طبعة، ج6.
5. ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ت: أبو محمد بن فريد، دار العامية، القاهرة، مصر، ط1، 1435هـ-2015م.
6. ابن تيمية، نظرية العقد، تحقيق محمد حامد الفقي، مكتبة السنة، القاهرة، مصر، دط.
7. ابن ماجه؛ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، د.ت، ج2.
8. ابن ورزق هشام، محاضرات في تاريخ النظم القانونية، جامعة محمد لمين دباغين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سطيف.
9. أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات أبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات، ت، مراد مرابي، دار مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، سوريا، ط1، 1434هـ-2013، ج1.
10. أبو الحجاج يوسف بن دوناس بن عيسى الفندلاوي، تهذيب المسالك في نصره مذهب مالك، ت يحي مراد، مؤسسة المختار، القاهرة، ط2، 1431هـ-2010.
11. أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا: معجم المقاييس في اللغة، ت، شهاب الدين أبو عمرو، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1433هـ-2011م.

12. أبو الفتح ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، مؤسسة الرسالة، ط2، 1435هـ-2014م.
13. أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1412هـ-1992م، ج5.
14. أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر، الإجماع، تحقيق أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، مكتبة الفرقان، عجمان، الإمارات، ط2، 1420هـ-1999م.
15. أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي، أحكام القرآن، ت محمد ابراهيم الحفناوي وإسماعيل محمد الشندي، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط1، 1432هـ-2011م، ج1.
16. أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي المعافري، المسالك في شرح موطأ مالك، قرأه وعلق عليه، محمد بن الحسين السليمانى وعائشة بنت الحسين السليمانى، دار الغرب الإسلامى، بيروت، لبنان، ط1، 1428هـ-2007م، مج6.
17. أبو داود؛ سليمان بن الأشعث السجستاني، في السنن، تح: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، دت، ج3.
18. أبو عبد الله محمد الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام تحقيق عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامى، بيروت، لبنان، ط1، 1404هـ-1984م.
19. أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مراجعة وضبط وتعليق: محمد إبراهيم الحفناوي، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط1، 1431هـ-2010م، مج6.
20. أبو عبد الله محمد بن الرحمن المعروف بالخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق أحمد جادة، شركة القدس، القاهرة، مصر، ط1، 1429هـ-2008م، ج5.
21. أبو عمر عبد الله بن محمد الحمادي، التكييف الشرعي لبطاقات الائتمان، مكتبة الفرقان، الامارات العربية المتحدة، 1425هـ-2005م.
22. أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط3، 1422هـ - 2002م.
23. أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، الكافي في فقه عمل أهل المدينة، ت، محمد أحميد ولد ماويك المورطاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية، ط1، 1398هـ-1978م.

24. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، **المحلى**، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ط1، 1350، ج8.
25. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، **الإحكام في أصول الأحكام**، دار الأفاق الجديدة، بيروت، ج2.
26. أحمد ابن تيمية، **القواعد النورانية الفقهية**، تح: أحمد محمد الخليل دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1422.
27. أحمد إدريس عبده: **أصول الفقه تيسير المهمات في شرح ورقات إمام الحرمين الجويني**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.
28. أحمد الصاوي، **بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير**، ت، محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ - 1995م،
29. أحمد بن تيمية، **مجموع فتاوى**، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، السعودية، تحت إشراف: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، عام، 1425هـ - 2004م، المجلد 30.
30. أحمد بن تيمية، **مجموع فتاوى**، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، السعودية، تحت إشراف وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، عام، 1425هـ - 2004م، المجلد 30.
31. أحمد بن عبد العزيز العميرة، **نوازل العقار**، (دراسة فقهية تأصيلية لأهم قضايا العقار المعاصرة)، دار الميمان، الرياض، السعودية، ط1، 1432هـ - 2011م،
32. أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، **أحكام القرآن**، تحقيق محمد صادق القمحاوي، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1405هـ.
33. أحمد بن محمد الفيومي الحموي: **المصباح المنير**، دار الغد الجديد، القاهرة، ط1، (1428هـ - 2007م).
34. أحمد بن محمد بن حنبل، **في مسنده**، تح: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون مؤسسة الرسالة، ط: 1، 1421 هـ - 2001 م.
35. أحمد حماني، **فتاوى الشيخ أحمد حماني استشارات شرعية ومباحث فقهية**، علم المعرفة، الجزائر، ج4.

36. أحمد صالح علي، عقد الامتياز الفلاحي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر1.
37. أحمد مصطفى الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، سوريا، ط2، 1409هـ-1989م.
38. أسامة الحموي، الشرط الجزائري في الفقه الإسلامي، دار النوادر، سورية، ط1، 1433هـ-2012م.
39. إلياس دردور، الفروق الفقهية والمصطلحية في المعاملات المالية المعاصرة والمصرفية الإسلامية، دار القلم، تونس.
40. البخاري أبو عبدالله محمد بن إسماعيل، في الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، تح: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ.
41. برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الاحكام، ت، جمال عشلي، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، د ط، ج2.
42. بقة عبد الحفيظ، محاضرات في أحكام الالتزام، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة المسيلة، مكتبة القيروان، المسيلة، السنة الجامعية، 2016م-2017.
43. البيهقي؛ أبو بكر أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، تح: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط3، 1424 هـ - 2003 م، ج 5.
44. الترمذي؛ أبو عيسى محمد بن عيسى بن سؤرة، الجامع الكبير، أبواب الأحكام، تح: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي - بيروت، 1998 م، ج3.
45. تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق: أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، السعودية، الطبعة الثانية.
46. حسام الدين بن موسى عفانة، يسألونك، أبوديس، بيت المقدس، ط1، 1430 هـ-2009م، فلسطين، ج14.
47. حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دار كنوز إشبيلية، الرياض، السعودية، ط1، 1430هـ - 2009م.
48. خالد بن محمد بابكر، بحوث ندوة التميز الفقهية، مركز التميز للبحوث والدراسات الاقتصادية، الدار البيضاء، الجزائر، ط1، 1438هـ-2017م.
49. ديبان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، الرياض، ط2، 1434هـ، ج8.

50. رابطة العالم الإسلامي المجمع الفقهي الإسلامي، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات من الأولى إلى السابع عشرة القرارات من الأول إلى الثاني بعد المائة، 1398-1424هـ-1977-2004م.
51. راشدة عزيزو، مساهمة الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب في محاربة البطالة في الجزائر، جامعة بن خلدون، تيارت.
52. رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، (عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة)، دار المكتبي، دمشق، سوريا، ط1، 1420هـ-1999م.
53. سائر بصمة جي، معجم مصطلحات ألفاظ الفقه الإسلامي، دار صفحات، دمشق، ط1، 2015.
54. سعد تركي الختلان، فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار الصمعي، الرياض، السعودية، ط1، 1433هـ-2012م.
55. سليمان بن تركي التركي، بيع التقييط وأحكامه، دار اشبيليا، الرياض، السعودية، ط1، 1424هـ-2003م.
56. سيد بن رجب، أحكام الديون، دار الإمام مالك، الجزائر، ط1، 1423هـ-2002م.
57. شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، كتاب الفروع، ومعه تصحيح الفروع، وحاشية ابن قندس، تحقيق عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ-2003م، ج 6.
58. شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، كتاب الفروع، ومعه تصحيح الفروع، وحاشية ابن قندس، تحقيق عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ-2003م، ج 6.
59. شيخ سنان، محاضرات في أحكام الالتزام، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، ط1، 2020م-2021م.
60. الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العامرية، في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتل العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1421هـ-2000م.
61. الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1428هـ - 2007م.
62. صبحي رفيق، محاضرات مقياس النظم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، 2020م-2021م.

63. صبحي رفيق، محاضرات مقياس النظم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، 2020م-2021م.
64. الصديق الضرير، تعليق على بحث التعويض عن ضرر المماثلة في الدين، كلية الملك عبد العزيز، مج3.
65. عادل بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، دار كنوز اشبيليا، الرياض، المملكة السعودية، ط1، 1443هـ-2009م، ج1.
66. عادل شاهين محمد شاهين، عقد التوريد حقيقته وأحكامه في الفقه الإسلامي، دار كنوز اشبيليا، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1432هـ-2011م، ج2.
67. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، د ط، دار الكتب العلمية، بيروت، ج1.
68. عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المهذب في علم أصول الفقه، المقارن، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1420هـ - 1999م، ج1.
69. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط5، 1427هـ-2006م.
70. عبد الله المصلح وصلاح الصاوي، مالا يسع التاجر جهله، دمشق، سوريا، ط1، 1426هـ-2005م.
71. عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه، مقاصد المعاملات ومراصد الوقاعات، مركز الموطأ، الإمارات العربية المتحدة، ط5، 2018م.
72. عبد الله بن زيد آل محمود، مجموعة رسائل الشيخ، الدوحة، ط3، 1436هـ-2015م، مج4.
73. عبد الله بن سليمان المنيع، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ-1993م.
74. عبد الله بن عبد الرحمان البسام، توضيح الاحكام من بلوغ المرام، مكتبة الأسد، مكة، ط5، ج6.
75. عبد الله علي عجبنا، فتاوى وتوصيات الهيئات الشرعية لوحداث مجموعة البركة المصرفية، مراجعة: عبد الستار وأحمد محي الدين أحمد، دون دار نشر، ط1، 1434هـ-2013م.
76. عبد الله قادية، آليات دعم السكن للعامل في التشريع الجزائري، جامعة مصطفى اسطنبول، معسكر، الجزائر.

77. عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، شرح عمدة الفقه، مدار الوطن، الرياض، السعودية، ط8، 1436هـ-2014م، ج2.
78. علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر، القاهرة، 2000.
79. علي أحمد السالوس، القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، دار ابن الجوزي، القاهرة، مصر، ط13، 1434هـ-2013م.
80. علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر.
81. عيسى بن محمد عبد الغني الخلوئي، الحيل الفقهية وعلاقتها بأعمال المصرفية الإسلامية، دار كنوز اشبيليا، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1436هـ-2015م.
82. فواز محمد فارح القحطاني، القواعد والضوابط الفقهية المؤثرة في المعاملات المالية المصرفية الإسلامية، مؤسسة الرسالة، المدينة المنورة، السعودية، دط، دت.
83. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط7، 1424هـ-2003م.
84. مالك، أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، الموطأ، تح: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبو ظبي - الإمارات، ط1، 1425هـ - 2004م.
85. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، دمشق، دط.
86. محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1433هـ-2012م.
87. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، دط.
88. محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، مذكرة أصول الفقه، دار القلم، بيروت، لبنان.
89. محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، دار مكتبة العلوم والحكم، السعودية، ط1، 1437هـ.
90. محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ت، محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، الأردن، ط2، 1421هـ-2001م.
91. محمد بن أحمد بن جزي: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، دار ابن الجوزي، القاهرة، مصر، ط1، 1437هـ-2016م.

92. محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الاحكام، تحقيق عصام الدين الصبابطي، وعماد السيد، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط1، 1425هـ-2004م، ج3.
93. محمد بن محمد بن عمر بن علي بن سالم مخلوف، شجرة النور الزكية، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1424هـ-2003م، ج1.
94. محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1434هـ - 2013م، مج01.
95. محمد جعواني، الصيغ التمويلية في البنوك التشاركية، مركز فاطمة الفهرية، مفاد، ط2، دت.
96. محمد سكحال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1422هـ-2001م.
97. محمد سكحال المجاجي، المهذب من الفقه المالكي وأدلته، دار الوعي، الجزائر، ط1، 1431هـ-2010م، ج2.
98. محمد عبد الكريم إرشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، دار النفائس، الأردن، ط2، 1427هـ-2007م.
99. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، الأردن، ط6، 1427هـ-2007م.
100. محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، عمان، الأردن، ط1، 1418هـ-1998م، مج2.
101. محمد عثمان شبير، فتاوي أبو زهرة، دار القلم، دمشق، ط2، 2010.
102. محمد مصطفى الزحيلي، بحث مقدم لهيئة البحوث والدراسات، دراسات المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، دار الميمان، الرياض، ط1، 1437هـ، ج1.
103. محمد مصطفى الزحيلي، دراسات المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، دار الميمان، الرياض، ط1، 1437هـ، ج1.
104. محمود عبد الكريم أحمد إرشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، دار النفائس، عمان، الأردن، ط2، 1427هـ-2007م.

105. مسلم أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، في المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، دت.
106. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1418هـ - 1998م، ج2.
107. مصطفى الزرقاء، مقدمة فتاوى، اعتناء: مجد أحمد مكّي، دار القلم، دمشق، ط1، 1999م.
108. مصطفى السيوطي الرحيبان، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى.
109. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع علم الكتب، بيروت، ج3، 1403هـ - 1983م.
110. موسى إسماعيل، الفتاوى الشرعية في المسائل الدينية والدينية على مذهب السادة المالكية، دار الإمام مالك، البلدة، الجزائر، ط2، 1438هـ - 2017م، مج3.
111. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ط3، 1417هـ - 1997م، ج12.
112. نزيه حماد، فقه المعاملات المالية المصرفية المعاصرة، دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1428م - 2007هـ.
113. نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم، دمشق، ط2، 1435هـ - 2014م.
114. النسائي؛ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، في سننه، تح: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، ط2، 1406 - 1986م، ج6.
115. نعيم عبد الرحمان، البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد دراري، أدرار، الجزائر، السنة الجامعية، 2019م - 2020م.
116. نور الدين عتر، إعلام الأنام شرح بلوغ المرام من أحاديث الأحكام، مكتبة الفرфор، دمشق، سوريا، ط7، دس، ج3.
117. هبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط1، 1423هـ - 2002م.
118. هشام بن محمد بن عبد الله آل برغش، بيع التقسيط وأحكامه وآدابه، دار الوطن، السعودية، ط1، 1419هـ.

119. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، دراسات المعايير الشرعية، دار الميمان، الرياض، ط1، 1437هـ، ج1.
120. وليد بن هادي، أصول ضبط المعاملات المالية المعاصرة، دون دار نشر، ط1، 1432هـ - 2011.
121. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2، 1405هـ - 1985م، ج4.
122. وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط1، 1994م، (إعادة ط1، 1419هـ - 1999م).
123. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، (أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة)، دار الفكر، دمشق، ط9، 133هـ - 2012م.
124. يوسف بن عبد الله الشبيلي، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، دار الميمان، الرياض، السعودية، ط1، 1441هـ - 2020م، ج1.
125. يوسف بن عبد الله الشبيلي، أبحاث في قضايا مالية معاصرة، دار الميمان، الرياض، السعودية، ط1، 1441هـ - 2020م، ج1.
126. يوسف بن عبد الله الشبيلي، المعاملات المالية، دط، دت، ج2.
- المجلات والملتقيات:
127. أحمد الجزار محمد بشناق، الشرط الجزائي في الديون والبدائل الشرعية له في التطبيقات المصرفية، بحث مقدم في مجلة معارف، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، الأردن، السنة الثامنة، أكتوبر، 2013، العدد 14.
128. بن سحنون سمير، الأحكام الشرعية لعقد الإيجار المنتهي بالتمليك، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية جامعة باتنة1، الجزائر، المجلد22، العدد2.
129. تغريبت رزيقة، الشرط الجزائي في سلطة الإرادة وسلطة القاضي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة عبد الحمّن ميرة، بجاية، الجزائر، المجلد15، العدد1، 2022م.
130. الجوزي جميلة وحدو علي، دراسة مقارنة لإدارة المخاطر في الجزائر بين المصارف الإسلامية ومصارف تقليدية خاصة، المجلة الجزائرية للعملة والسياسات الاقتصادية، جامعة الجزائر3، الجزائر، العدد7، سنة: 2016.

131. رفيق يونس المصري، تعقيب على اقتراح الأستاذ الزرقاء إلزام المدين المماطل بالتعويض على الدائن، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، مج2، العدد2، 1405هـ - 1985م.
132. زكي الدين شعبان، بحث منشور في مجلة الحقوق، المجلس العلمي، الكويت، السنة الأولى، العدد 2، 1977.
133. سالمي وردة، دعم تمويل السكن الترقوي في إطار القروض العقارية الميسرة، مجلة القانون العقاري، مخبر القانون والعقار، جامعة البليدة، الجزائر.
134. سعد بن عبد العزيز الشويخ، التعويض عن التأخر في سداد الديون، مجلة العدل، العدد 56، السنة الرابعة عشرة، 1433هـ.
135. سقني سمير وحميل نورة، عقد بيع العقار على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، المجلد16، العدد3.
136. سلمى شيهب، الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب كآلية دعم وترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مجلة القيمة المضافة لاقتصاديات الأعمال، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد:1.
137. صباح عماري، فقه الموازنات ومدى تطبيقه على سكنات الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، مجلة الإحياء، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، الجزائر، مج 18، العدد22، سبتمبر، 2019م.
138. الصديق محمد الأمين الضيرير، الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، مم3، العدد1، 1405هـ - 1985م.
139. الصديق محمد الأمين الضيرير، الشرط الجزائي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد12، 1421هـ - 2000م، ج2.
140. الصديق محمد الضيرير، الالتزام على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، مج3، العدد الأول، 1405هـ - 1985م.
141. عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات المتحدة، العدد العاشر، جمادى الثاني - رجب، 1417هـ - نوفمبر، 1996م.

142. علي أحمد السالوس، الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة، بحث مقدم لمجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع14، السنة 12.
143. علي محمد حسين الصوا، الشرط الجزائي في الديون دراسة فقهية معاصرة، بحث مقدم في مؤتمر دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الشارقة، من 7-9، شهر أيار عام 2002م.
144. فهد بن عبد الله الشريف، التوسع في بيع التقييط وآثاره الاقتصادية مع التطبيق على بعض المصارف السعودية، دراسات اقتصادية إسلامية، مج 15، العدد 1.
145. لدرع خديجة، نحو تعزيز دور البنوك الإسلامية في تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة- دراسة حالة بنك البركة الجزائري- مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر، العدد 6.
146. لمين مراد، صناديق الكفالة المشتركة ودورها في ضمان القروض المصرفية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، مج 11، العدد 2.
147. مجلة الفيصل، السعودية، العدد 158، 1990 م،
148. محمد أنس الزرقا ومحمد علي القرى، التعويض عن ضرر المماثلة في الدين بين الفقه والاقتصاد، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي جدة، المملكة العربية السعودية، المجلد 3، 1411هـ- 1991م.
149. محمد سنان الجلال، التعويض المادي عن الضرر الأدبي أو المادي غير المباشر الناتج عن الجناية أو الشكوى الكيدية، بحث مقدم، المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية والعشرون، مكة.
150. محمد علي التسخيري، حكم الشرط المالي في البنوك اللاربوية، مجلة فقه أهل البيت، العدد 33.
151. محمد مسعودي، الرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية بين الواقع والمأمول- تجربة مصرف السلام الجزائري-، مجلة التكامل الاقتصادي، كلية الاقتصاد، جامعة أدرار، الجزائر، مج 7، العدد 4، 2019.
152. مصطفى أحمد الزرقاء، هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، مم 2، العدد 2، 1405هـ- 1985م.

153. ميموني بلقاسم، خوالد أبو بكر، دور القروض الفلاحية في تطوير إنتاج الحبوب والخضروات وتربية الدواجن: دراسة حالة بنك بولاية أدرار، مجلة المنتدى للدراسات والأبحاث الاقتصادية، جامعة زيان عشور، الجلفة، الجزائر، مج4، العدد1، 2020.
154. نزيه كمال حماد، المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطلة، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، مج3، العدد1، 1405هـ-1985م.
155. هيام محمد الزيدانيين، عقد الإجارة المنتهية بالتملك، دراسات علوم الشريعة والقانون، كلية الشريعة، الأردن، العدد1، مج39،
156. وسليمان الخلف بن خلف الحميد، غرامة التأخير في عقد المقاولة في الشريعة والقانون، مجلة الجامعة العراقية، العدد 32، ج1.
157. وسليمان بن عبد الله بن محمد التركي، عقد الامتياز، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بدمياط الجديدة، العدد 6، 2018م.
158. وعائشة محمد إسماعيل الأمين، الشرط الجزائي في عقود المقاولات، المجلة الإلكترونية الشاملة متعددة التخصصات، العدد7، 2021م.
159. وفرقاني قويدر نور الإسلام، استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المركز الجامعي، تيبازة، العدد2، مج7، 2020م.
160. يوسف محمد، عقد الإيجار مجلة البناء والتعمير، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، العدد4، مج3.

الرسائل الجامعية

161. أجمد ارحومة محمد الخويلدي، الشرط الجزائي وأثره على المتعاقدين، (رسالة ماجستير)-، قسم الشريعة والقانون، كلية الدراسات العليا، جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية، 2016.
162. بسة إيمان، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم الإسلامية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية: 2008م-2009.

163. داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، الخروبة، 2010-2011م.
164. داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر (1) - قسم الشريعة، الخروبة، السنة الجامعية: 1431هـ-1432هـ/2010م-2011م.
165. رباح فغور، عقد البيع بناء على التصاميم، (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة.
166. لعور ريم رفيعة، عقد البيع على التصاميم في القانون الجزائري والقانون الفرنسي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، الجزائر السنة الجامعية: 2018م-2019م.
167. محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، بن عبد رسالة دكتوراه في الدراسات الإسلامية تخصص فقه وأصول، قسم الثقافة الإسلامية، كلية التربية، جامعة الملك سعود، (1425-1426).
168. محمد يوسف عارف الحاج محمد، عقد الإجارة المنتهية بالتملك من التطبيقات لعقد الإجارة في الفقه الإسلامي، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2004م.
- مواقع الالكترونية:

169. بنك البركة، <https://www.albaraka-bank.com>، في يوم 2022/1/25.
170. عبد الطيف أيت عمي، الإجارة مع الوعد بالتملك الشرعي (الزينغ)، منار الإسلام للأبحاث والدراسات، <https://www.islamnar.com>، 10/مارس/2020، يوم الاثنين 25/أكتوبر/2020
171. عبد الوهاب سخري وسمية بن علي، دور منتجات المالية الإسلامية في دعم وتمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة، مجلة أبعاد اقتصادية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس الجزائر، المجلد 11، العدد 1، سنة: 2021، ص: 101-102، وينظر: <https://www.albaraka-bank.com>، في يوم 2022/1/25.

172. محمد حاج عيسى الجزائري، حكم سكنات عدل، (الإيجار المنتهي بالتمليك)-، على موقعه في طريق الإصلاح، 87-327، 2021/10/18slahway.com/v2/Index.php/item، الفتاوى والاستشارات،

173. محمد علي فركوس، حكم الزيادة المالية المفروضة على التأخير، الموقع الرسمي، في 6 جانفي، 2024م،

174. محمد علي فركوس، حكم تسديد أقساط سيارة للمتوفى اشتراها بواسطة بنك، فتوى رقم: 1264، صدرت بتاريخ: 13 أكتوبر 2020م، الموقع الرسمي، يوم 16 ديسمبر 2023م.

175. ميلود بن حوحو، قراءة في أحكام النظام 02-20 المؤرخ في 15 مارس 2020، يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، <https://drmiloudbenhouhou.com>، في يوم: 2022/01/26.

الجرائد الرسمية:

176. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 29، 29 أبريل، سنة 2001م.

177. الجريدة الرسمية، العدد رقم 17، سنة 2010، ينظر: المادة رقم 2، 3، 4، 5، 6، من المرسوم التنفيذي رقم 10-87 المؤرخ في 24 ربيع الأول عام 1431 الموافق 10 مارس سنة 2010.

178. الجريدة الرسمية، العدد رقم: 58، لسنة ل 2010، قرار معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 19-259 مؤرخ في 28 محرم عام 1441م الموافق 28 سبتمبر سنة 2019، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 60 لسنة 2019.

القرارات والمواد والمراسيم:

179. قرارات الجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورات من الأولى إلى السابع عشرة القرارات من الأولى إلى الثاني بعد المائة، (1398-1424هـ-1977-2004م).

180. قرارات الجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، مكة، الإصدار الثالث.

181. المادة رقم: 2 من المرسوم التنفيذي رقم 10-235، المؤرخ في 26 شوال عام 1431هـ الموافق 5 أكتوبر سنة 2010.

182. المادة رقم: 2 من المرسوم التنفيذي رقم: 10-235، مؤرخ في 26 شوال عام 1431 الموافق 5 أكتوبر سنة 2002م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 58.

183. المادة رقم:2 من المرسوم التنفيذي رقم:8-142، المؤرخ في 11مايو سنة 2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد24.

184. المادة10من المرسوم التنفيذي رقم 01- 105، المؤرخ في 29محرم عام 1422الموافق 23أبريل سنة2001.

185. المرسوم التنظيمي، رقم20-02المؤرخ في 20رجب عام1441الموافق 15مارس2020يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية، العدد16.

خامسا: فهرس الموضوعات

أ	مقدمة
	الفصل الأول: حقيقة الشرط الجزائي في المعاملات المالية وتأصيله الشرعي
2	المبحث الأول: مفهوم الشرط الجزائي ونشأته وشروطه وأقسامه
2	المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي لغة واصطلاحاً
2	الفرع الأول: مفهوم الشرط لغة واصطلاحاً
5	الفرع الثاني: تعريف الجزاء لغة واصطلاحاً
7	الفرع الثالث: تعريف الشرط الجزائي كمركب لفظي
11	المطلب الثاني: نشأة الشرط الجزائي
15	المطلب الثالث: شروط تنفيذ الشرط الجزائي
16	الفرع الأول: شرط الخطأ
19	الفرع الثاني: شروط تحقق الضرر
25	الفرع الثالث: شرط وجود العلاقة السببية بين الخطأ والضرر
27	الفرع الرابع: شرط الإعذار
28	المطلب الرابع: أقسام الشرط الجزائي
28	الفرع الأول: تقسيم الشرط باعتبار وصفه
29	الفرع الثاني: تقسيم الشرط باعتبار الإرادة العقدية أو مصدر الشرطية
31	الفرع الثالث: أقسام الشروط الجعلية
31	1- الشرط المعلق أو التعليقي
31	2- الشرط الإضافي
32	3- الشرط التقييدي المقترن بالعقد

33	المبحث الثاني: الأصل في الشروط المقترنة بالعقد وموقف الفقهاء منها
33	المطلب الأول: مدى حرية المتعاقدين في اشتراط الشروط
34	الفرع الأول: الأصل في الشرط الإباحة
41	الفرع الثاني: الأصل في الشروط المنع
45	المطلب الثاني: موقف المذاهب الفقهية من الشروط المقترنة بالعقود وأثار ذلك
45	الفرع الأول: الشروط المقترنة بالعقد عند الظاهرية وأثارها
47	الفرع الثاني: الشروط المقترنة بالعقد عند الحنفية وأثارها
51	الفرع الثالث: الشروط المقترنة بالعقد عند المالكية وأثارها
59	الفرع الرابع: الشروط المقترنة بالعقد عند الشافعية وأثارها
65	الفرع الخامس: الشروط المقترنة بالعقد عند الحنابلة وأثارها
72	الفرع السادس: العقود المقترنة بالشروط الفاسدة هل تفسد بهذا الاقتران أم لا
76	المبحث الثالث: الأحكام المتعلقة بالشرط الجزائي
76	المطلب الأول: التكييف الفقهي للشرط الجزائي
76	الفرع الأول: تخريج الشرط على بيع العربون
79	الفرع الثاني: تخريج الشرط على الرهن والكفيل
80	الفرع الثالث: تخريج الشرط على ما رواه البخاري عن ابن عون معلقا
81	الفرع الرابع: تخريج الشرط الجزائي على عقوبة التعزير المالي
87	الفرع الخامس: تخريج الشرط الجزائي على أنه معاملة مستحدثة.
88	المطلب الثاني: الشروط الجزائية المتفق على مقدارها قبل حلول الأجل وبعده
89	الفرع الأول: الشرط الجزائي في الالتزامات المالية (الديون)
127	الفرع الثاني: الشروط الجزائية في الالتزامات غير المالية.
149	الفرع الثالث: سلطة القاضي في تعديل الشروط الجزائية في العقود المتعلقة بغير الديون
156	الفرع الرابع: الحلول المقترحة والوسائل البديلة لمعالجة التأخر في الالتزامات المالية (الديون)

	المالية
الفصل الثاني:	
أحكام الشرط الجزائي وتطبيقاته الفقهية في المعاملات المالية المعاصرة والمؤسسات المصرفية في الواقع الجزائري	
183	المبحث الأول: تطبيقات الشرط الجزائي في الديون
184	المطلب الأول: الشرط الجزائي وتطبيقاته في القروض الحسنة
184	الفرع الأول: مفهوم الشرط الجزائي في قرض تمويل السبيل
185	الفرع الثاني: حكم الشرط الجزائي في قرض تمويل السبيل
192	المطلب الثاني: الشرط الجزائي في العقود الإسكانية كما هو معمول به في الجزائر وحكمه في الفقه الإسلامي
192	الفرع الأول: مشكلة السكن في الجزائر وآليات معالجتها
194	الفرع الثاني: تطبيقات الشرط الجزائي في سكنات عدل
213	الفرع الثالث: تطبيق الشرط الجزائي في السكن العمومي الإيجاري
217	الفرع الرابع: تطبيق الشرط الجزائي في السكن الترقوي المدعم
218	الفرع الخامس: السكن الترقوي العمومي
227	المبحث الثاني: الشرط الجزائي في غير الديون
227	المطلب الأول: الشرط الجزائي في العقود الرياضية
228	الفرع الأول: العرض التفصيلي لنموذج عقد الرياضة
232	الفرع الثاني: حكم الشرط الجزائي في عقود الرياضة
234	المطلب الثاني: الشرط الجزائي في الصفقات العمومية الجزائري
234	الفرع الأول العرض التفصيلي لعقد الصفقات العمومية
238	الفرع الثاني: حكم الشرط الجزائي في عقود الصفقات العمومية
243	المطلب الثالث: الشرط الجزائي في عقود البناء والتعمير

243	الفرع الأول: العرض التفصيلي لعقد البناء والتعمير
243	الفرع الثاني: حكم الشرط الجزائي في عقود البناء والتعمير
244	المطلب الرابع: الشرط الجزائي في عقد البيع
244	الفرع الأول: العرض التفصيلي لعقد التصريح بالملكية أو البيع
244	الفرع الثاني: حكم الشرط الجزائي في عقد البيع
245	الفرع الثالث: عقد بيع العقار والسكنات على التصاميم
256	المبحث الثالث: تطبيقات معاصرة أخرى للشرط الجزائي
256	المطلب الأول: الشرط الجزائي في عقود التمويل الداعمة للتشغيل في الجزائر
257	الفرع الأول: الأجهزة والبرامج الحكومية لدعم التشغيل في الجزائر
261	الفرع الثاني: الصيغ التمويلية التي اعتمدها الجزائر لدعم التشغيل الشبابي
265	الفرع الثالث: الشروط والالتزامات الخاصة بالقرض البنكي
267	الفرع الرابع: حكم الشرط الجزائي في العقود والصيغ الداعمة لتشغيل الشباب
287	المطلب الثالث: الشرط الجزائي في تمويل العقود الفلاحية بالجزائر
287	الفرع الأول: الشرط الجزائي في عقد الامتياز الفلاحي
289	الفرع الثاني: عقد الامتياز ومشروعيته وأقسامه وتكيفاته الفقهية
299	الفرع الثالث: الشرط الجزائي في قرض الرفيق
303	الفرع الرابع: حكم الفوائد الربوية والشروط الجزائية في قرض الرفيق والتحدي الفلاحي
314	المطلب الرابع: الشرط الجزائي في المؤسسات المصرفية بالجزائر
314	الفرع الأول: الشرط الجزائي في المؤسسات المصرفية المالية الإسلامية
321	الفرع الثاني: حكم الشرط الجزائي كما هو معمول به بينك البركة من خلال بعض صيغ عقود
335	الفرع الثالث: حكم الشرط الجزائي كما هو معمول به في بنك السلام الجزائري
349	الفرع الرابع: الشرط الجزائي في المؤسسات المصرفية التقليدية.

354	الفرع الخامس: حكم الشرط الجزائي كما هو معمول به في المؤسسات المصرفية التقليدية
355	الفرع السادس: البدائل لمعالجة التأخر في التسديد في المصارف الاسلامية والتقليدية.
357	المبحث الخامس: الشرط الجزائي في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لغير الأجراء "ASNOS" وبدائله.
357	المطلب الأول: العرض التفصيلي لعقد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لغير الأجراء
358	الفرع الأول: التعريف بالصندوق الوطني للضمان الاجتماعي
258	الفرع الثاني: مهام الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي
359	المطلب الثاني: حكم الشرط الجزائي في عقود التأمين الاجتماعي الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي
361	المطلب الثالث: البدائل الشرعية للشروط الجزائية والغرامات التأخيرية للتأمينات في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي
365	الخاتمة
الفهارس	
376	أولا: فهرس الآيات القرآنية
377	ثانيا: فهرس الأحاديث النبوية
380	ثالثا: فهرس الأعلام
381	رابعا: قائمة المصادر والمراجع
397	خامسا: فهرس الموضوعات
	الملخصات

ملخص البحث بالعربية

إن الناظر والمدقق في واقع المعاملات المالية المعاصرة، وما تشهده من نوازل يومية ومحلية وعلمية، يقف القعل حائر من الالتزامات الناتجة عن الحركة التجارة الواسعة والانفجارات الاقتصادية المتتالية، ومن أعظم الالتزامات المعاصرة التي لها حضور في باب المعاملات الشرط الجزائري، فقد أصبح ضرورة ملحة يلجئ إليها الناس بل توسعوا وتفننوا فيا، فكل واحد يضع الشروط التي يراها مناسبة لحاله وضامنة لتعامله، وضابطة لعقوده وعهوده، فتحمي مصالحه وتحقق مقاصده المعاملاتية.

إن من أعظم الشروط التي يضعها الناس في معاملاتهم الشرط الجزائري الذي يأخذ حيزا كبيرا من حياتهم العملية، وله أهمية بالغة في تعاقداتهم، وتأثير لا يستهان به في الحقل الاقتصادي والتجاري، إذ لا يكاد يخلوا منه عقد من العقود إلا والشرط الجزائري بند من بنوده ونص من مواده، فله وجود في عقود الإيجارات وعقود المقاولات وعقود الدعم التشغيلي للشباب وعقود الفلاحة الرفيق التحدي والامتياز وعقود الصفات وعقود الصيرفة الإسلامية والبنوك التقليدية وعقود الرياضة وعقود التأمين لغير الاجراء وعقود السكن بكل صيغته، ولعل الدافع على هذا الحضور للشرط الجزائري في العقود المعاصرة هو ضعف الناس في الوفاء بالالتزامات المالية، وعدم المبالاة بها وعدم ثبات مواقفهم، زيادة على ذلك أهمية الزمن في الحياة المعاصرة، فكل تأخر في تنفيذ الالتزام في وقته قد يؤدي إلى التعثر المعاملاتي أو حدوث خلل في التوازن الاقتصادي ولحوق الضرر بالدائن .

إن عدم الوفاء أو تنفيذ الالتزام في أجله المحدد يعتبر من أكبر العقبات التي يعاني منها الناس في العقود المعاملاتية الحديثة، وهذا ما حتم على أصحاب الديون اللجوء إلى تضمين معظم عقودهم للشرط الجزائري صونا وحماية لأموالهم من الضيع والتلاعب وتخفيا للضرر الناتج عن عدم تنفيذ الالتزامات في مواعيدها وآجالها المحددة والمتفق عليها.

إن الانتشار الكبير للشرط الجزائري، والتوسع في تضمينه للعقود والمعاملات المالية المعاصرة لفت أنظار العلماء والباحثين سواء كانوا أكاديميين أو هيئات إفتائية أو مجامع فقهية أو معايير شرعية، ودفعهم إلى الاجتهاد في هذه النازلة ومحاولة المعالجة الجدية لها من خلال ابراز الثروة التي يزخر بها الفقه الإسلامي، والسعي إلى توظيفها وتكييفها؛ لما تتميز به من مرونة وتفاعلية، وهذا ما يسهل على المجهد الاستنباط وإيجاد الحلول والبدائل الشرعة للمستجدات المعاصرة

ولقد جاءت هذه الدراسة كإضافة أو حلقة وصل لعقد الحركة العلمية والثروة الفقهية؛ لأن العلم رحم واحدة لا بد أن توصل، ولعل هذه الرسالة أو هذا العمل المتواضع يحظى بهذا الوصل ويدرك بها الأمل والتي عنونت كالتالي: (الشرط الجزائري وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات المالية).

وتظهر أهمية هذه الدراسة التي بين أيدينا فيما يلي:

-إظهار الحقيقة التي يمتاز بها الشرط الجزائي خاصة في الفقه الإسلامي، وذلك من خلال دراسة التطبيقات المتعلقة بالواقع الجزائري وتبين الحكم الشرعي لها وذلك من خلال التنقيب والبحث في التراث الفقهي الإسلامي.

-إثبات قدرة الفقه الإسلامي على مواكبة المستجدات والنوازل والتطورات سواء في باب المعاملات المالية أو غيرها من المسائل المعاصرة المتعلقة بالشروط والعقود، فالفقه الإسلامي غني بالحلول والبدائل والضوابط والصور الموافقة للشريعة الإسلامية، والتي تدخل تحت قواعدها العامة، إما بالتعديل أو التكيف أو التصحيح أو الإلغاء والابطال.

-تقديم العرض التفصيلي لبعض الصيغ القانونية المعمول بها في الواقع الجزائري وتقليب النظر فيها، وإعطاء الحكم المناسب سواء بالإبقاء على هذه الصيغ أو تغييرها أو تعديلها ووضعها في الميزان الشرعي.

-محاولة التقليل من التعثر في تسديد الديون من خلال النظر إلى المقاصد الشرعية، وتحقيق معادلة التوازن بين الدائن والمدين، وذلك برفع الظلم ومنع أكل أموال الناس بالباطل ولو من باب السياسة الشرعية.

ولأهمية الشرط الجزائي في الواقع المعاملاتي وسرعة انتشاره وتوسعه، أثار الكثير من التساؤلات والاشكالات التي حاولنا الإجابة عليها في مقدمة هذا الدراسة وهي كالتالي: ماهي الاحكام الفقهية لتطبيقات الشرط الجزائي في المعاملات المالية المعمول بها في الواقع الجزائري؟، وما حقيقة الشرط الجزائي؟، وما هو تأصيله الشرعي؟ وماهي التكييفات القريبة من هذا النوع من العقود؟، وماهي شروط استحقاقه وهل للسلطة القضائية دخل في تعديله زيادة أو تخفيضاً؟، وهل توجد حلول وبدائل للشرط الجزائي؟

وللإجابة على هذه الإشكالات والتساؤلات المطروحة في دراستنا وبحثنا اتبعت المنهج الاستقرائي المقارن في كثير من المواضيع والمواطن المدروسة، كما وظفت المنهج التاريخي للحاجة إليه خاصة في النظرة التاريخية التي مر بها الشرط الجزائي.

ومحاولة لاستيفاء الموضوع وملمته قمنا بتقسيم بحث إلى فصلين:

الأول الجانب النظري ويتكون من فصل واحد ويشتمل على ثلاثة بحوث تناولت في هذا الفصل حقيقة الشرط الجزائي في المعاملات المالية وتأصيله الشرعي، وذلك من خلال التطرق إلى مفهوم الشرط الجزائي وشروط تنفيذه وأقسامه ونشأته التاريخية، ثم ينتقل الى المبحث الثاني مبينا الأصل في الشروط المقترنة بالعقد ومدى حرية المتعاقدين في إنشائها مع ذكر المذهب الفقهي المشهورة، وبعد هذا يجتم الباحث الفصل الأول بالأحكام المتعلقة بالشرط الجزائي معرجا على التكيف الفقهي الذي يمكن أن يلحق به الشرط الجزائي، وتبين حكم الشرط الجزائي في الالتزامات المالية وغير المالية سواء أكانت قبل حلول الأجل وبعد وقوع الضرر مع ذكر بعض الحلول والبدائل المناسبة للتقليل من ظاهر التأخر في أداء الديون في وقتها وأجلها المحدد.

وأما بالنسبة للفصل الثاني وهو الجانب التطبيقي، فتحدث فيه الباحث على أحكام الشرط الجزائي وتطبيقاته الفقهية في المعاملات المالية المعاصرة والمؤسسات المصرفية وتناولت ذلك في مبحثين، فخصصت

الأول منهم للحدّث على الشرط الجزائري في الديون متناولاً فيها قرض السبيل والعقود الاسكانية عدل والعمومي التجاري والترقوي المدعم والعقود الداعمة للتشغيل وعقود الفلاحة التحدي والرفيق والامتياز وعقود المؤسسات المصرفية المالية بنك البركة وبنك السلام وبنك الخليج الخارجي وعقود التأمين لغير الاجراء مع ذكر بعض البدائل والحلول لهذه التطبيقات إن وجدت أو كانت متاحة في الواقع الجزائري، وبالنسبة للمبحث الثاني ذكرت فيه بعض تطبيقات الشرط الجزائري في غير الديون كعقود الرياضة والبناء والتعمير وعقود الصفقات العمومية و التأخر في عدم التصريح بعقد الملكية أو البيع.

ثم ختمت هذه الدراسة بخاتمة متواضعة والتي هي في الحقيقة خلاصة لأهم النتائج التي توصلت إليها خلال البحث، ولعل من أهمها أن الشرط الجزائري يعتبر عنصراً فعالاً ودائماً الحضور في معظم المعاملات المالية المعاصرة بل هو في توسع كبير لم يعرف له مثيل من قبل، ولا يكاد تخلوا منه معاملة أو عقد من العقود المستجدة، لذلك برزت اجتهادات العلماء والباحثين لمعالجة هذا النازلة وعملوا على إيجاد الحلول والبدائل الشرعية المتماشية مع قواعد الشريعة الإسلامية والضوابط العامة للمعاملات المالية الصحيحة، وهذا بدوره أعطى مصداقية ومكانة وقوة للفقهاء الإسلامي في حياة الناس، واثبتت قدرته على معالجة النوازل والمستجدات خاصة في باب المعاملات.

كما ضمنت الخاتمة أم التوصيات التي أظهرتها هذه الدراسة، وإن كان ترجع في مجملها وفي أغلبها دعوة العلماء لمضاعفة الجهود وتوسيع دائرة البحث والاجتهاد من أجل إيجاد البديل والحلول المناسبة لمعاملات الناس والمستجدات التي تحدث لهم ورفع الحرج عنهم وذلك بتفعيل الدور المقاصدي والاستثمار في باب السياسة الشرعية كل ذلك في حيز وإطار الشرع الحنيف وما تسعه قواعده المستقرة والثابتة.

Summary

The human mind stands bewildered due to the commitments resulting from the broad trade movement and successive economic explosion as a result of the trials to behold and audit the reality of contemporary financial transactions witnessed as daily local and, global cataclysms.

Among the greatest contemporary commitments that have a presence in the section of transactions is the penalty clause, it has become an urgent necessity that they resort to. People, rather, expanded and excelled in; thus, each one sets the conditions that he deems appropriate for his situation and guarantees his dealings, and controls his contracts and covenants so that he protects his reconciliation and achieves his transactional purposes.

One of the greatest conditions that people set in their transactions is the penal clause, which takes up a large part of their practical life because it has great importance in their contracts and a significant impact on their economic and commercial field, so no contract is devoid of a penal clause which is one of its clauses and a text from its articles; moreover, it exists in lease contracts, contracting contracts, operational support contracts for youth, companion agriculture contracts, challenge and concession contracts, qualities contracts, Islamic banking contracts, traditional banks, sports contracts, insurance contracts for non-employment and housing contracts in all its forms. Perhaps the motive for this presence of the penalty clause in contemporary contracts is the weakness of people in fulfillment of financial commitments, indifference to them, and lack of steadfastness in their positions, in addition to the importance of time in contemporary life, every delay in the implementation of the commitments on time may lead to transactional stumbling or an imbalance in the economy as well as being harmful to the creditor.

Failure to fulfill or implement the commitments on its specified time is considered one of the biggest obstacles that people suffer from in modern transactional contracts, and this is what led debt holders to resort to including most of their contracts with the penalty clause to preserve and protect their money from loss and manipulation and to hide the damage resulting from failure to implement commitments on the specified and agreed deadlines time.

The wide spread of the penalty clause, and the expansion in its inclusion of contracts and contemporary financial transactions, drew the attention of scholars and researchers, whether they are academics, advisory bodies, jurisprudence councils, or legal standards, and pushed them to try seriously treating it by highlighting the wealth that Islamic jurisprudence abounds in to employ it and adapt it; Because of its flexibility and interaction, and this is what makes it easier for the laborer to devise and find legal solutions and alternatives to contemporary developments.

knowledge came to existence out of only one womb that's why it must be connected, and perhaps this humble work will portray the link between the scientific revolution and the jurisprudence wealth under the title : **(The penal condition and its contemporary applications in the jurisprudence of financial transactions)**. The importance of this study that we have in our hands appears as follows: - Showing the truth that characterizes the penal condition, especially in Islamic jurisprudence, by studying the

applications related to the Algerian reality and showing the legal rules, through excavation and research in the Islamic jurisprudential heritage.

Demonstrating the ability of Islamic jurisprudence to keep abreast of developments, emergencies, and developments, whether in the field of financial transactions or other contemporary issues related to conditions and contracts. Presenting a detailed presentation of some legal formulas in force in the Algerian reality, reviewing them, and giving the appropriate judgment on whether to maintain, change or amend these formulas and put them in the legal balance.

- Attempting to reduce defaults in repaying debts by looking at the legitimate purposes, and achieving an equation of balance between the creditor and the debtor, by removing injustice and preventing unjust consumption of people's money, even as a matter of legitimate policy.

Due to the importance of the penalty clause in the transactional reality and its rapid spread and expansion, it raised many questions and problems that we tried to answer in the introduction of our study, which is as follows: What are the jurisprudential provisions for the applications of the penalty clause in the financial transactions applied in the Algerian reality? What is the truth about the penalty clause? What is its Legitimate root? What are the adaptations close to this type of contract? What are the conditions for its entitlement, and does the judiciary have any involvement in modifying it, by increasing or decreasing it? Are there solutions and alternatives to the penalty clause?

To answer these questions raised in our research, I followed the comparative inductive approach, and also employed the historical approach due to the need, especially in the historical view that the penal condition passed through.

In an attempt to get deeper into the topic, we divided the research into two chapters:

The first is the theoretical side: it consists of one chapter and includes three researches that dealt with the reality of the penalty clause in financial transactions and its legal rooting, by addressing the concept of the penalty clause and the conditions for its implementation, its divisions and its historical origin, then moving on to the second topic, indicating the origin in the conditions associated with the contract and the extent of the freedom of the contracting parties to establish them, with mentioning the well-known jurisprudential school of thought. After this, the researcher concludes the first chapter with the provisions related to the penalty clause, pausing at the jurisprudential conditioning that the penalty clause can be attached to, and showing the judgment of the penalty clause in commitments, whether financial or non-financial before the deadline and after the damage occurs in which he mentioned some appropriate solutions and alternatives to reduce the problem of delay in paying off debts on time.

As for the second chapter, which is the applied side, the researcher talks about the provisions of the penal condition and its jurisprudential applications in contemporary financial transactions and banking institutions. For employment, farming contracts, the challenge, the companion, the concession, the contracts of financial banking institutions, Al Baraka Bank, Al Salam Bank, the Gulf External Bank, and insurance contracts for non-

procedures, with some alternatives and solutions for these applications if they are available in the Algerian reality. For the second topic, I mentioned some applications of the penalty clause in non-debt contracts such as; Sports, construction, construction, public deal contracts, and the delay of non-declaring the ownership or sale contract.

Then I concluded this study with a modest conclusion, which is a summary of the most important results that I reached in this research, and perhaps the most important of them is that the penalty clause is an effective and permanent element in most contemporary financial transactions, but rather it is in a great expansion that has not been known before, and a transaction or a contract is hardly abandoned from it, so the jurisprudence of scholars and researchers emerged to deal with this calamity and worked to find legal solutions and alternatives in line with the rules of Islamic law and general controls for correct financial transactions, and this, in turn, gave credibility, status, and strength to Islamic jurisprudence in people's lives; furthermore, it proved its ability to treat calamities, especially in the section of transactions. This conclusion also included the recommendations realized by this study, although it is due in its entirety and in most of it to the scholars' call to redouble efforts and expand the circle of research and diligence to find an alternative and appropriate solutions to people's dealings and developments that occur to them and put an end o embarrassment by activating the role of objectives and investing in the door of Sharia politics within the scope and framework of the true Sharia and its stable and firm rues .

Resumé

L'esprit humain est déconcerté par les engagements résultant du vaste mouvement commercial et de l'explosion économique successive résultant des essais visant à observer et à vérifier la réalité des transactions financières contemporaines, considérées comme des cataclysmes quotidiens locaux et mondiaux.

Parmi les plus grands engagements contemporains présents dans le secteur des transactions, il y a la clause pénale, qui est devenue une nécessité urgente à laquelle ils ont recours. Les gens, au contraire, se sont développés et ont excellé ; ainsi, chacun fixe les conditions qu'il juge appropriées à sa situation et garantit ses transactions, et contrôle ses contrats et engagements afin de protéger sa réconciliation et d'atteindre ses objectifs transactionnels.

L'une des plus grandes conditions que les gens posent dans leurs transactions est la clause pénale, qui occupe une grande partie de leur vie pratique car elle a une grande importance dans leurs contrats et un impact significatif sur leur domaine économique et commercial, donc aucun contrat n'est dépourvu d'une clause pénale qui est une de ses clauses et un texte de ses articles ; par ailleurs, il existe dans les contrats de location, les contrats de contractualisation, les contrats d'accompagnement opérationnel des jeunes, les contrats d'agriculture d'accompagnement, les contrats de défi et de concession, les contrats de qualités, les contrats bancaires islamiques, les banques traditionnelles, les contrats sportifs, les contrats d'assurance non-emploi et les contrats d'habitat en tous genres. ses formes. Peut-être que la raison de cette présence de la clause pénale dans les contrats contemporains est la faiblesse des personnes dans le respect des engagements financiers, leur indifférence à leur égard et le manque de fermeté dans leurs positions, en plus de l'importance du temps dans la vie contemporaine, tout retard dans la mise en œuvre des engagements dans les délais peut entraîner des blocages transactionnels ou un déséquilibre de l'économie et être préjudiciable au créancier.

Le non-respect ou la mise en œuvre des engagements dans les délais impartis est considéré comme l'un des plus grands obstacles dont souffrent les gens dans les contrats transactionnels modernes, et c'est ce qui a conduit les détenteurs de dettes à recourir à la plupart de leurs contrats avec la clause pénale pour préserver et protéger leur argent contre la perte et la manipulation et pour cacher les dommages résultant du non-respect des engagements dans les délais spécifiés et convenus.

La large diffusion de la clause pénale et l'expansion de son inclusion dans les contrats et les transactions financières contemporaines ont attiré l'attention des universitaires et des chercheurs, qu'il s'agisse d'universitaires, d'organismes consultatifs, de conseils de jurisprudence ou de normes juridiques, et les ont poussés à essayer sérieusement le traiter en mettant en valeur la richesse dont regorge la jurisprudence islamique pour l'employer et l'adapter ; En raison de sa flexibilité et de son interaction, c'est ce qui permet au travailleur de concevoir et de trouver plus facilement des solutions juridiques et des alternatives aux évolutions contemporaines.

la connaissance est née d'un seul ventre c'est pourquoi elle doit être connectée, et peut-être que cet humble ouvrage décrira le lien entre la révolution scientifique et la richesse jurisprudentielle sous le titre : (La condition pénale et ses applications contemporaines dans la jurisprudence de la finance) transactions). L'importance de cette étude que nous avons entre nos mains apparaît comme suit : - Montrer la vérité qui caractérise la condition pénale, notamment dans la jurisprudence islamique, en étudiant les applications liées à la réalité algérienne et en montrant les règles juridiques, à travers des fouilles et des recherches en l'héritage jurisprudentiel islamique.

Démontrer la capacité de la jurisprudence islamique à se tenir au courant des évolutions, des urgences et des évolutions, que ce soit dans le domaine des transactions financières ou d'autres questions contemporaines liées aux conditions et aux contrats. Présenter une présentation détaillée de certaines formules juridiques en vigueur dans la réalité algérienne, les passer en revue et donner le jugement approprié sur l'opportunité de maintenir, changer ou amender ces formules et de les mettre dans l'équilibre juridique.

- Tenter de réduire les défauts de remboursement des dettes en examinant les objectifs légitimes et en parvenant à une équation d'équilibre entre le créancier et le débiteur, en supprimant l'injustice et en empêchant la consommation injuste de l'argent des gens, même dans le cadre d'une politique légitime.

En raison de l'importance de la clause pénale dans la réalité transactionnelle et de sa diffusion et expansion rapide, elle a soulevé de nombreuses questions et problèmes auxquels nous avons tenté de répondre dans l'introduction de notre étude, qui est la suivante : Quelles sont les dispositions jurisprudentielles pour les applications de la clause pénale dans les transactions financières appliquée dans la réalité algérienne ? Quelle est la vérité sur la clause pénale ? Quelle est sa racine légitime ? Quelles sont les adaptations proches de ce type de contrat ? Quelles sont les conditions d'octroi de ce droit, et le pouvoir judiciaire participe-t-il à sa modification, en l'augmentant ou en le diminuant ? Existe-t-il des solutions et des alternatives au pénal

People's Democratic Republic Of Algeria
Ministry of higher Education and Scientific Research

Emir Abdelkader University
economy

Departement: Sharia and

of islamic Sciences. -Constantine-



Faculty of Jurisprudence
and its fundamentals

Serial Number:.....

Registration Number:.....

**The penal clause and its contemporary
applications
In the jurisprudence of financial
transactions**

**Thesis introduction to get Doctorate The third phase of the LM.D in
Islamic sciences- charia**

Specialty: Contemporary financial transactions

Prepared by:
saber khezzari

Supervised by:
Pr. Nouredine Boukardid

Members of the discussion committee

Member's name	Academic Garde	University	Position
Pr.Mamel El Orfi	Professor	Université Emir Abed El Kader -Constantine-	President
Pr. Nouredine Boukardid	Professor	University Ahmed Zabana - Relizane	supervisor
Pr. wasilat sharibit	Professor	Université Emir Abed El Kader -Constantine-	Member
Pr.Shoaib Younes	Professor	Université Emir Abed El Kader -Constantine-	Member
Pr. Azouz Manasra	MCA	University -Hadj Lakhdar Batna-1	Member

University year: 2024/2025 -1445/1446