

جامعة الخليل

كلية الدراسات العليا

قسم القضاء الشرعي

# نظرية الشرط الجزائي

## بين الفقه والقانون

إعداد الطالب

**جواد محمود أحمد بحر**

الرقم الجامعي (٢٠٦١٩٠٢٩)

بإشراف فضيلة الأستاذ الدكتور

**حسين مطاوع الترتوري**

رسالة ماجستير في القضاء الشرعي

نوقشت الرسالة في جامعة الخليل بتاريخ ٢١/٤/٢٠٠٩م

**بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ**

الإهداء

إلى من ربّاني صغيراً، وتعهّداني كبيراً

والدتي رحمها الله تعالى، ووالدي حفظه الله تعالى

إلى من صبروا على تفصيري في حقهم، لانشغالي بالكتابة عنهم

زوجتي وأبنائي

إلى من علّموني ديني، ونوّروا به بصيرتي

أساتذتي الكرام

إلى هؤلاء أجمعين أهدي رسالتي هذه

## شكر وتقدير

ما كان لهذه الرسالة أن تتم وتكتمل على هذا الشكل الذي أرجو أن أكون هُديت فيه إلى الصواب، لولا توفيق الله تعالى، واستجابة للتوجيه الرباني القائل: (لئن شكرتم لأزيدنكم)، (إبراهيم: ٧)، فإنني أشكر الله تعالى أولاً على ما أنعم به علي وتفضل، وأسأله سبحانه المزيد من فضله، وأن ينور لي بصيرتي، وأن يجعل عملي خالصاً لوجهه الكريم.

وأنتي بالشكر لكل من أسهم بتعليمي أو بتوجيهي، في أي أمر يتعلق بهذه الرسالة، وأخصّ بالشكر: فضيلة أستاذي الأستاذ الدكتور حسين مطاوع الترتوري، حفظه الله تعالى، الذي تابع الرسالة من أولها إلى آخرها، وأفادتني ملاحظاته القيمة، وتوجيهاته النافعة، حتى وصلت الرسالة إلى ما أرجوه لها من القبول عند الله وعند أهل العلم؛ وكان لأستاذي الدكتور حسين عليّ قبل ذلك فضل التعليم، في محاضراته التي حضرتها عليه، فبارك الله فيه، وأتمّ عليه فضله، وجعل كل ذلك في ميزان حسناته.

وأشكر كذلك جميع أساتذة كلية الشريعة في جامعة الخليل، الذين لمست منهم تشجيعاً على الكتابة؛ وأخصّ بالذكر منهم من له عليّ فضل التعليم: الدكتور هارون الشرباتي، والدكتور إسماعيل الشندي، والدكتور أيمن البدارين، والدكتور لؤي الغزاوي؛ فلهم جميعاً مني الشكر الجزيل، ومن الله الثواب الكبير.

كما لا يفوتني أن أشكر صاحبي الفضيلة: الأستاذ الدكتور أمير عبد العزيز، والدكتور إسماعيل الشندي، على تفضلهما بقراءة هذه الرسالة، ومن ثمّ مناقشتها إياها، وعلى ما أسدياه من توجيهات وملاحظات حولها.

إلى جميع من ذكرتُها هنا: أزجي جزيل الشكر ووافر التقدير.

## ملخص الرسالة

يدور موضوع هذه الرسالة حول الشرط الجزائي الذي يجري التعامل به في كثير من شؤون الناس، والبحث في الشرط الجزائي فرغ عن بحث الشروط في الفقه الإسلامي، ومدى سلطان الإرادة في الاشتراط في هذا الفقه الثري، والأصل حسب الأصول والقواعد، أن الشرط يكون صحيحاً ما لم ينف أو ينقض مقتضى من مقتضيات العقد، وما لم يتضمّن أمراً نمت عنه النصوص والأصول، كالربا والغرر والغبن الفاحش، وما إلى ذلك من أمور؛ على هذا الأساس سار هذا البحث، وهو في الأصل رأي المالكية ومتأخري الحنابلة؛ وهو كذلك رأي الحنفية في حق الشرط الذي جرى به العرف.

وفصل هذا البحث قدر الإمكان في مسائل العقد، ومدى سلطان الإرادة في إنشاء عقود لم تأت بها النصوص، ورجح البحث إمكان ذلك بشروطه.

وفكرة الشرط الجزائي تقوم على أساس وجوب التعويض المتفق عليه بين القائم بالعمل وربّ العمل، وهو أكثر ما يكون في عقود المقاولات، لخطورة شأنها، وعليه، فقد فصل البحث في التأصيل لعقود المقاولات، وتطبيق فكرة الشرط الجزائي عليها، في حالتي الإحلال والتقصير.

وبالمجمل، فإن القانون المدني الأردني يتوافق مع ما قرره البحث من متعلقات الشرط الجزائي، مع بعض الملاحظات التي لاحظتها على بعض موادّه في هذا الشأن.

بهذه الصورة فصلت ما يمكن تفصيله، وأوجزت فيما لا يمكن فيه إلا الإيجاز، حتى خرج البحث بفضل الله تعالى على شكل نظرية أرجو أن تكون متكاملة، لتتسجم في النهاية مع العنوان الذي اخترته لها.

والله وليّ التوفيق والسداد.

## المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وسلام على عباده الذين اصطفى، وبعد:

فهذا بحث **بعنوان**: نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، أردتُ فيه أن أعرض لنظرية في هذا الموضوع ذي الأهمية في جانب من المعاملات المالية بين الناس.

**أهمية البحث وأهدافه**: موضوع هذا البحث من الموضوعات المهمة، لأسباب عدّة، أهمها:

- ١- الشرط الجزائي من المفاهيم القانونية المعاصرة، وليس مذكوراً بهذا اللقب في الفقه الإسلامي، وبحته من المنطلق الفقهي يدلّ على مرونة الشريعة، وعلى قابلية الفقه للتطور لمجابهة المستجدات.
- ٢- تظهر ضرورة بحث هذا الموضوع من جهة كثرة تعرّض الناس في حياتهم العملية له، فهم يتساءلون عن حكم الشرع فيه، ويرفعون قضايا إلى المحاكم، ويلجؤون إلى التحكيم في هذا الشأن، فكان لا بد من إعطائه حقه من البحث.
- ٣- لم أجد رغم بحثي كتاباً يفصّل في هذا الشأن، كما سيبدو لاحقاً حين حديثي عن دراسات سابقة بحثته.
- ٤- الموضوع هامّ بالنسبة لي، فهو يربطني بالفقه الإسلامي في هذا الجانب من المعاملات، ويربط الأمر بالقضاء، إذ يبحث فيما هو معمول بشأنه في القضاء، ليقرّ المسار القضائي أو يقومه.
- ٥- يهدف البحث أخيراً إلى صياغة لنظرية فقهية تتعلق بالشرط الجزائي.

**أسباب اختيار الموضوع**: هي أسباب عديدة، أجمعها في النقاط التالية:

- ١- رغبتى الذاتية في بحث هذا الموضوع، الجامع والمرتبط بمسائل الناس الحياتية، وفقه المعاملات، والقضاء في آنٍ واحدٍ معاً.
- ٢- رغبتى في أن أسدّ بهذا البحث ثغرة تحتاج المكتبة الإسلامية سدّها.
- ٣- مقصد ديني يدور حول إثبات عدالة الفقه الإسلامي، ومدى انفصام القانون عن العدالة في مسائل شتى.

**موضوع البحث**: هو الشرط الجزائي من حيث تكييفه الفقهي، ومدى انسجام القانون مع المقرر في الفقه الإسلامي، مع تطبيق مسألة الشرط الجزائي على عقود المقاولات، والموضوع ذو ارتباط بأصل مسألة الشرط في الفقه الإسلامي، ومدى سعته أو ضيقه، حسب المشهور بين الخنابلة والظاهرية وغيرهم.

## حدود الدراسة: ستنحصر هذه الدراسة إن شاء الله تعالى في الحدود التالية:

- ١- مفهوم العقود والشروط.
- ٢- مدى إمكانية استحداث عقود وشروط جديدة.
- ٣- مفهوم الشرط الجزائي، وموقعه من الشروط في الفقه الإسلامي.
- ٤- تطبيق الشرط الجزائي وأحكامه على عقود المقاولات.

## مصطلحات البحث: أكثر ما تقوم الدراسة على بحثه من المصطلحات، يدور حول المصطلحات التالية:

العقد، والشرط، والشرط الجزائي، والقانون، وعقود المقاولات.

أما العقد: فهو ارتباط بين إرادتين يترتب عليه التزام بأثره.

أما الشرط: فلا أقصد به هنا ما يصفه الأصوليون بأنه: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم؛ بل أقصد ذلك الشرط الاتفاقي التعاقدية، الذي يستمد مشروعيته من اتفاق منصوص عليه بين العاقدين؛ وهو الذي يسميه الأصوليون: الشرط الجعلي.

والشرط الجزائي: مفهوم قانوني معاصر، لم يكن قد بُحث في الفقه الإسلامي بهذا العنوان، وإن تضمن الفقه الإسلامي نماذج من اشتراطات جزائية أقرها القاضي شريح في عهده، أي في عهد الصحابة رضي الله عنهم، ومفهوم الشرط الجزائي: «اتفاق الناس على أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه»، كما في ورقة الدكتور عجيل جاسم النشمي، المقدمة للدورة الرابعة عشرة من مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي المنعقدة في قطر بين ٦-١١/١٠/٢٠٠٣م؛ لكن الفقه الإسلامي اتسم بقدرته الفائقة على استيعاب جديد الحياة وتطوراتها، ومن هذا الجديد الذي استوعبه: موضوع الرسالة.

وأما القانون: فالمقصود به ما تقرّر في القانون العام، وبما أن القانون الفلسطيني لم يقرّ بعد، فلا مناص لي من اعتماد القانون الأردني، إذ هو معمول به في بلادنا، وذلك فيما له صلة في هذين المصدرين بمسألة الشرط الجزائي.

وأما عقود المقاولات فهي التي يقوم على أساسها المقاول بإنجاز عمل كبناء أو غيره على وفق مواصفات معينة وفي زمن معين، ويجتمع فيها الاستصناع والإجارة الخاصة والسلم.

**دراسات سابقة في الموضوع:** لم أعر على كتاب يعالج الموضوع من ناحيته الفقهية، بعد بحث

كاف في فهارس الكتب على الإنترنت، وفي مراجع الفتاوى المتعلقة به، رغم عثوري على عناوين لكتب قانونية تدور في الموضوع ذاته، وذلك عبر بعض مواقع الإنترنت.

وما وجدته في كتب الفقه الإسلامي لا يعدو أن يكون شذرات قليلة، يصح أن تعتبر مداخل للموضوع، مع احتوائها لبعض المسائل الفقهية.

فمن أوائل من أثار هذا الموضوع العلامة الشيخ مصطفى الزرقا، وذلك في كتابه المدخل الفقهي العام، في (٤٩٦/١)، و (٧١١/٢-٧١٣)، و (٧١٧/٢-٧١٨)، وكل حديثه يدور حول قابلية الفقه الإسلامي لتوسيع دائرة الشروط، بضوابطها الشرعية.

ومن البحوث والدراسات التي تضمنت الحديث فيه: تلك الدراسات التي قدمت لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة عشرة، والتي انعقدت في قطر بتاريخ ٦-١١/١/٢٠٠٣م، ونشرتها مجلة المجمع في عددها الرابع عشر، المجلد الرابع، وهي تدور حول مشكلات الديون التي للبنوك الإسلامية على عملائها، وهل يصح فرض غرامة أو شرط جزائي على المماطل، وتعرضت بعض أوراق العمل لموضوع الشرط الجزائي من تلك الناحية، وقليل منها ما تعرض لناحيته التطبيقية في عقود المقاولات، إذ أكثر ما يُحتاج إليه هذا الشرط في عقود المقاولات.

ومنها بحث للدكتور علي محيي الدين القره داغي، وآخر للشيخ العلامة عبد الله بن سليمان المنيع عضو هيئة كبار العلماء في السعودية، وثالث للدكتور موسى عبد العزيز شحادة؛ وثمة آخرون نشرت أوراق بحوثهم في المجلة المذكورة، لكن لا يتجاوز مجموع حديثهم عن الشرط الجزائي بضعة وعشرين صفحة، ومعظمه مرتبط بتعريم المماطلين في سد ما عليهم من الديون تجاه البنوك الإسلامية.

وثمة دراسات بحثته ضمن عقد المقابلة، لكن لم يستوعب مجموع ما فيها عن الشرط الجزائي غير بضع صفحات، سوى بحث الدكتور عجيل جاسم النشمي المقدم للمؤتمر المذكور، والمنشور في المجلد الثاني من العدد الرابع عشر من المجلة المذكورة، وهو بعنوان: عقد المقابلة، وكان بحثه للشرط الجزائي في الصفحات (٤٦-٥٤)، فحسب؛ وكذلك بحث الدكتور جاسم علي سالم الشامسي بعنوان: عقد المقابلة، الإنشاء والتعمير، وخصص للشرط الجزائي من بحثه ما بين (١٢٠-١٣١).

وكان قد بحثه الدكتور الزحيلي في كتابه المعاملات المالية المعاصرة فيما بين الصفحتين (١٧٨-١٨٠)؛ غير أنه لم يتناوله إلا ذكرا في أربعة مواضع من موسوعته الكبيرة: الفقه الإسلامي وأدلته، وذلك في (٩٤/١)، في مقدماته لكتابه، وفي (٥٦٦/٤) عند حديثه عن مزايا الفقه الحنبلي، وأنه يبيح ما لا يتعارض من الشروط مع



الأصول والنصوص؛ وفي (٣١٥/٥)، عند حديثه عن الاستصناع والمقاولات، فأجازه في ذلك الباب، وفي (١٩٦/٧)، عند حديثه عن عقد السلم، فلم يُجزه فيه.

**منهج البحث:** سيقوم البحث برمته على المنهج الوصفي ذي الصفة التحليلية، مع استفادته من منهجي البحث الاستنباطي والاستقرائي، وذلك وفق الإجراءات التالية:

- ١- عزو الآيات القرآنية إلى مواضعها في سور القرآن.
- ٢- تخرّيج الأحاديث النبوية من مصادرها الأصلية، والحكم على ما يرد منها فيما سوى الصحيحين.
- ٣- تخرّيج ما يتضمنه البحث من آثار الصحابة والتابعين وتابعيهم من مظانها.
- ٤- الرجوع إلى المصادر المعتمدة في كل مذهب.
- ٥- ذكر أدلة كل مذهب مع وجه استدلاله، ومناقشتها وترجيح ما تؤيده الأدلة.
- ٦- الرجوع إلى المصادر الحديثة في مسائل البحث للاستفادة منها.
- ٧- الرجوع إلى المعاجم اللغوية ومعاجم الاصطلاحات لبيان ما يحتاج إلى توضيح من الاصطلاحات والألفاظ.
- ٨- الرجوع إلى كتب القانون لأخذ موقف القانون من مسائل البحث.
- ٩- مقارنة ما أرجحه من أقوال الفقهاء مع موقف القانون.
- ١٠- إثبات النتائج والتوصيات التي أتوصل إليها إن شاء الله.

**هيكلية البحث:** يتضمن البحث مقدمةً وتمهيداً وستة فصول وخاتمة، على النحو التالي:

**مقدمة البحث:** وهي تدور حول أهميته والدراسات السابقة فيه، وتتضمن خطة الدراسة.

**الفصل التمهيدي** في مبدأ التعويض والإلزام بالوعد، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: مبدأ التعويض في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: مبدأ الإلزام بالوعد في الفقه الإسلامي.

**الفصل الأول:** الشروط والعقود فقها وقانوناً، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم العقد في اللغة والفقه والقانون.

المبحث الثاني: مفهوم الشرط في اللغة والفقه والقانون.

**المبحث الثالث:** سلطة العاقدين في إنشاء العقود والشروط.

**الفصل الثاني:** الشرط الجزائي وتكييفه الفقهي، وفيه مبحثان:

**المبحث الأول:** الشرط الجزائي في القانون.

**المبحث الثاني:** الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.

**الفصل الثالث:** مجالات الشرط الجزائي وأحكامها، وفيه مبحثان:

**المبحث الأول:** الشرط الجزائي في الديون والقروض وحكمه.

**المبحث الثاني:** الشرط الجزائي المترتب على عدم الوفاء بالعقود تأخيرا أو إخلالا وحكمه.

**الفصل الرابع:** عقود المقاولات في الفقه الإسلامي، وفيه مبحثان:

**المبحث الأول:** تعريف عقد المقاولة.

**المبحث الثاني:** التكييف الفقهي والقانوني لعقد المقاولة.

**الفصل الخامس:** الشرط الجزائي في عقود المقاولات، وفيه أربعة مباحث:

**المبحث الأول:** حكم غرامة التأخير أو الإخلال في عقد المقاولة.

**المبحث الثاني:** الاتفاق على الشرط الجزائي في عقد المقاولة.

**المبحث الثالث:** وقت الاتفاق على الشرط الجزائي في عقود المقاولات.

**المبحث الرابع:** الطرف الذي يُغرم في الشرط الجزائي في عقود المقاولات.

**الخاتمة:** وتتضمن:

**أولا:** نتائج البحث.

**ثانيا:** توصيات البحث.

**ملحق في تراجم الأعلام**

والله ولي التوفيق.

## الفصل التمهيدي في مبدأَي التعويض والإلزام بالوعد

لقد اقتضى الترتيب المنطقي للدراسة، أن يكون هذا الفصل مدخلا تمهيديا لها، ذلك أنه يتضمن مبحثين ستقوم عليهما بعض مباحث الدراسة، وستكون ذات صلة ببقية مباحثها؛ ثم إنه في الوقت نفسه، لا يمكن أن يكونا ضمن مباحثها، لأجل صلتها بأكثر من مبحث من مباحثها في الغالب، فاقضى أن يكونا في هذا الفصل التمهيدي.

إن الشرط الجزائي يقوم بجملته على اشتراط التعويض عن الإخلال بالعقد، وعلى لزوم الوفاء بالوعد؛ فلزم البحث دراسة تتعلق بماتين القضيتين؛ وذلك كله في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: مبدأ التعويض في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: مبدأ الإلزام بالوعد في الفقه الإسلامي.

## **المبحث الأول: مبدأ التعويض في الفقه الإسلامي**

التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي مجال بحث رحب، اتفق الفقهاء على إثبات أصله، وإن اختلفوا في كثير من تفاصيله، وليس من شأن هذا التمهيد الدخول فيها، وإنما سيكتفي ببحث ما له صلة بالبحث، مع ما يلزم الأمر من تعريف التعويض، وهو ما سيجعل هذا المبحث موزعاً على المطالب الخمسة التالية:

المطلب الأول: تعريف التعويض لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعلق التعويض بمسائل المال.

المطلب الثالث: مشروعية التعويض في الفقه الإسلامي.

المطلب الرابع: مجالات التعويض في الفقه الإسلامي.

المطلب الخامس: التعويض عن تفويت الفرصة في الفقه الإسلامي.

## المطلب الأول: تعريف التعويض لغة واصطلاحاً

التعويض في اللغة من الجذر عوض، وهو جذرٌ يدلُّ على معنيين، يهَمُّ البحثَ أولهما، وهو بدل الشيء، قال الخليل بن أحمد: الاسم: العَوَضُ، والمستعملُ: التعويض<sup>(١)</sup>؛ فعَوَضَ الشيءَ والتعويض عنه لغة على ما مضى هو: بذلٍ بدلٍ عنه.

أما التعويض اصطلاحاً، فالفقه الإسلامي لم يذكر هذه المفردة غالباً على المعنى الذي يجري فيه البحث، وإنما شاع استعمال كلمة أخرى عوضاً عنها، وهي: الضمان<sup>(٢)</sup>، ولذا، سيتم تعريف الضمان في الفقه، لأنشئ بعد ذلك تعريفاً للتعويض على ضوء ما سيأتي من تعريف الضمان.

هذا، والضمان عند المذاهب الثلاثة هو ذاته الكفالة<sup>(٣)</sup>، بخلاف الحنفية الذين استعملوا كلمة الضمان بمعنى التعويض، ذلك الذي يجري بحثه هنا.

أما الفقهاء المعاصرون فيشيع عندهم استعمال كلمة الضمان بمعنى التعويض<sup>(٤)</sup>، وإن كان بعضهم يستعمله بالمعنيين معاً، أعني بمعنى التعويض ومعنى الكفالة<sup>(٥)</sup>.

---

(١) يُنظر: معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، (٤/١٨٨-١٨٩).

(٢) نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، لمحمد فوزي فيض الله، (١٥٨)، ويُنظر: التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، لمحمد بن المدني بوساق، (١٥٠).

(٣) تكاد عبارات المذاهب الأربعة إلا الحنفية تلتقي على معنى واحد للضمان، هو ذاته معنى الكفالة، وهو: ضمّ ذمة إلى ذمة في التزام حق على الغير، كما هو ظاهر في الشرح الكبير، للدردير المالكي، (٣/٣٢٩)، ومغني المحتاج، للخطيب الشربيني الشافعي، (٣/١٩٨)، والمغني، لابن قدامة الحنبلي، (٥/٧٠)؛ وورد هذا المفهوم للكفالة في هذه الكتب تحت عنوان: الضمان؛ هذا، وينظر في معنى الضمان عند المذاهب: نظرية الضمان، لوهبة الزحيلي، (١٥).

لكنهم مع ذلك يستعملون كلمة الضمان في سياق كلامهم بمعنى التعويض، فمثلاً قال القرافي المالكي في الذخيرة، (٧/٢٤٥): «وأَسباب الضمان ثلاثة: الإهلاك، كإحراق الثوب؛ أو التسبب للإهلاك، كحفر بئر؛ أو وضع يدٍ غير مؤمنة [مأمونة] كيد الغاصب، أو قابض المبيع الفاسد»؛ وقال الغزالي الشافعي في كتابه الوسيط، (٤/٥٠١)، في كتاب الوديعة، عند بحثه أسباب ضمانها: «وأما الضمان، فسببُه التقصير، وللتقصير ثمانية أسباب»، ثم ذكرها، ومنها جحود الوديعة والسفر بها بلا عذر؛ ونقل ابن قدامة الحنبلي في المغني، (٤/٣٥٥)، قاعدة الحنابلة بجواز القرض في كل ما يثبت في الذمة سلماً، ثم نقل قول القاضي في قرض الجواهر: «يجوز قرضها، ويردّ المستقرض القيمة، لأن ما لا مثل له، يُضمن بالقيمة، والجواهر كغيرها في القيم»؛ وظاهر سياق كل النصوص الماضية يفيد استعمال كلمة الضمان بمعنى التعويض.

(٤) كما هو الحال عند العلامة الزرقا في كتابه المدخل الفقهي العام، (٢/١٠٣٢)، وكما هو شأن كتائين هامّين في

الموضوع، هما: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، لمحمد فوزي فيض الله، ونظرية الضمان، لوهبة الزحيلي.

(٥) كما في كتاب الضمان، لعلي الخفيف، الذي جعل تحت هذا العنوان مباحث التعويض والكفالة معاً.

وعرّف الحموي شارح الأشباه والنظائر الضمان بقوله: «عبارة عن ردّ مثل الهالك أو قيمته»<sup>(١)</sup>؛ ونقل الشوكاني أن الضمان: «غرامة التالف»<sup>(٢)</sup>؛ وعرّفته مجلة الأحكام العدلية<sup>(٣)</sup> بقولها: «هو إعطاء مثل الشيء، إن كان من المثليات؛ وقيّمته، إن كان من القيميات»<sup>(٤)</sup>؛ وعرّف كلٌّ من العلامة الزرقا والدكتور محمد الزحيلي، التعويض، أو الضمان، بناء على ما تقدّم توضيحه من اختلاف التسمية، بأنه: «التزام بتعويض ماليّ عن ضرر للغير»<sup>(٥)</sup>؛ وعرّفه الدكتور وهبة الزحيلي بأنه: «الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، عن الضرر الجزئيّ أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية»<sup>(٦)</sup>.

هذه التعاريف هي الأدقّ عند أصحابها، وهي تعبّر عما يروونه من انطباقها على شأن التعويض، ويظهر لي أن ثمة تعريفاً قد يكون هو الأقرب إلى شأن التعويض، خاصة ما يتعلق منه بموضوع البحث، أعني موضوع الشرط الجزائي، فيمكن أن يقال في تعريف التعويض بأنه «التزام ببذل ماليّ عن تلفٍ أو ضياعٍ أو تفويتٍ»، وأراه أحصر من غيره، وأشمل؛ بل فيه زيادة على اختصاره، ليست في غيره، رغم ضرورتها، ألا وهي ما ذكرته فيه من قولي: «أو تفويت»، وهي ذات أهميّة لمسألة الشرط الجزائي، إذ يدور مجملها على التعويض عن تفويت منفعة، وذلك بتأخير الإنجاز المتفق عليه، أو تأخير أحد طرفي العقد لما اتفقا على إحضاره مما يتعلق بالاتفاق ذاته؛ ولئن بدت كلمة الضياع متضمّنة لمعنى التفويت، إلا أنّها تتضمّنه بعد نوع تفسير لها.

والتلف والضياع يشمّلان ما يقع نتيجة تقصير أو نتيجة تعدّد؛ فالمودع يعوّض صاحب الوديعة نتيجة تلفها حينما يقصّر في حفظها، وكذلك حينما يقع منه اعتداء عليها؛ وهكذا.

هذا، ولست أرى ما ذهب إليه جماعة من علماء العصر، على جلالته، من أن التعويض يتعلق بإقامة مال محلّ مال<sup>(٧)</sup>، فينتفي بذلك، على رأيهم، التعويض عن تفويت الفرصة، أو عن الضرر الأدبي، مستدلّين بأن مثل هذه الشاكلة من التعويض غير معروفة في الفقه الإسلامي، فيكون مستحدثاً لا نظائر له فيه.

(١) غمز عيون البصائر، للحموي، (٧/٤).

(٢) نقله الشوكاني في نيل الأوطار، (١٨/١١)، عن كتاب ضوء النهار، للحسن بن أحمد الجلال، ولم يتعبّبه.

(٣) وصف العلامة الزرقا واضعي مجلة الأحكام العدلية بقوله: «وهم من خيرة فقهاء عصرهم في القرن الثالث عشر

الهجري»، كما في بحثه: عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، (٢٦).

(٤) مجلة الأحكام العدلية، المادّة، (٤١٦)، ص: (١٦٠).

(٥) المدخل الفقهي العام، للزرقا، (١٠٣٢/٢)، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، لمحمد الزحيلي، (٤٧٢/١).

(٦) نظرية الضمان، لوهبية الزحيلي، (١٥).

(٧) وهو رأي العلامة الشيخ علي الحفيف، ذكره في كتابه: الضمان في الفقه الإسلامي، (٤٥ و ١٥٩)؛ وذكر العلامة

الزرقا في كتابه: الفعل الضارّ والتعويض فيه، (١٢١)، أن التعويض المالي عن الضرر الأدبي مستحدث لا نظائر له في الفقه،

وإنما لم أر رأي هؤلاء الأفاضل، لأن بعض تعلقات مبدأ التعويض خاضع للمتغيرات، رغم أصالة المبدأ ذاته في النصوص والفقه؛ وخضوع بعض متعلقاته للمتغيرات يأتي استجابة طبيعية من الفقه والتشريع للحاجات والضرورات، فإذا كان التعويض محصوراً عند العلماء القدامى رضي الله عنهم في هذه الشاكلة، فهو حصراً يصلح لبيئتهم، أما بيئتنا، فنتحتاج إلى توسيع باب التعويض، استجابة لسعة أشكال الضرر الواقع من الناس، واستجابة لحالة ضعف الوازع الديني عندهم.

ولعله يُسند فكرة المتغيرات تلك، وأثرها التشريعي، ما قاله عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه: «يحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من فجور»<sup>(١)</sup>؛ قال القرافي في شرحه لكلام عمر رضي الله عنه في الفروق: «أي يُجددون أسباباً يقتضي الشرع لها أموراً لم تكن قبل ذلك، لأجل عدم سببها قبل ذلك»<sup>(٢)</sup>.

وفي التأسيس لمعنى كلام عمر رضي الله عنه يقول الشاطبي في الاعتصام: «إن الأولين قد توجهت عليهم بعض الأحكام، لصحة الأمانة والديانة والفضيلة، فلما حدثت أضدادها، اختلف المناط، فوجب اختلاف الحكم، وهو حكم رادع أهل الباطل عن باطلهم، فأثر هذا المعنى ظاهر مناسب»<sup>(٣)</sup>؛ وقول عمر مع تعليق القرافي والشاطبي عليه، يُبنى عن تصور للفقه الإسلامي، قادر على الاستجابة لما يتأتى نتيجة لضعف الوازع الديني، ونتيجة تغيرات الحياة.

---

وأنة يعسر تقديره، إذ كيف يمكن في رأيه تقدير ما هو نفسي معنوي بالمال؟ غير أن العلامة الزرقا نقل في المكان نفسه إقرار الدكتور محمد فوزي فيض الله له، وهو ما يبدو في كتاب الدكتور فيض الله: نظرية الضمان، (٩٢).

وذهب إلى إقراره أيضاً العلامة الدكتور فتحي الدريني في كتابه: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، (٢٩٠)، وذكر أن قواعد الشرع في رأيه لا تأتي التعويض عن الضرر المعنوي أو الأدبي، فأبدى تأييده له.

ولبيان تفصيل الأمر قانوناً وفقها يُنظر: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، لياسين محمد الجبوري، (٥٦٣-٥٦٨). (١) نسب هذا النص إلى عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه جماعة من العلماء، ويُلاحظ أنني لم أعثر عليه عند غير المالكية، إلا ما يظهر من العلامة الزرقا في المدخل الفقهي العام، (٦٢٩/٢)، فقد ذكر مرجعه الذي نقله عنه وهو: معين الحكام للطرابلسي الحنفي.

هذا، ومن ذكره من المالكية: القرافي في الفروق، (٢٧٨/٤) في الفرق (٢٤٦)، وفي الفروق أيضاً، (٣٨٤/٤)، في الفرق (٢٦٩)؛ وكذا ذكره الشاطبي في الاعتصام، (١٨٨/١)، و(٤/٢)، وكذا نقله ابن فرحون في التبصرة، (١٧٠/٢).

ويقرّر الشاطبي في الاعتصام، (١٨٨/١)، أنه لم ير هذا النصّ ثابتاً بطريق صحيح عن عمر رضي الله عنه، ومع ذلك فقد أصل للمعنى الذي يتضمّنه، في النصّ الذي نقلته عنه أعلاه.

(٢) الفروق، للقرافي، (٣٨٤/٤)، أثناء استعراضه للفرق (٢٦٩).

(٣) الاعتصام، للشاطبي، (٤/٢).

## المطلب الثاني: تعلق التعويض بمسائل المال

لقد قرّر الفقه الإسلامي، استناداً إلى الكتاب والسنة، مبدأ التعويض بأعدل ما يكون، غير أنه أحاط المبدأ بسياج من الضوابط التي تجتمع إلى العدالة: المحافظة على المجتمع، وعلى نقائه واستقراره.

إنه لم يقبل بمبدأ التعويض الإجمالي في الحالات التي شرع فيها القصاص، والتي يصرّ فيها المجني عليه أو ورثته على إنفاذ القصاص في حق الجاني، دون أن يقبلوا الصلح على الدية<sup>(١)</sup>، ذلك أن الفقه الإسلامي انطلق من أن القصاص هو ذاته الذي تتمثل فيه الحياة الحقيقية، قال تعالى: **(ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلمكم تتقون)**، (البقرة: ١٧٩)، **(لأن هذه النوعية من الجنائيات، لا تُقمع إلا بذلك)**<sup>(٢)</sup>، فكان شأن القصاص شأنًا خاصًا بنوع من الاعتداء العمد، عندما يكون تنفيذه ممكنًا بشكل لا يؤدي إلى تجاوز حدّ العدالة، تلك التي تفهم من تسميته: قصاصًا، إذ معنى كلمة القصاص هو تتبّع الشيء، على ما ذكره ابن فارس الذي أضاف: **(ومن ذلك اشتقاق القصاص في الجراح، وذلك أنه يُفعل به مثل فعله بالأول)**<sup>(٣)</sup>، أي تُتّبَع الجريمة لأجل أن يقع العقاب بمثلها، أو بعبارة أخرى: تتضمن كلمة القصاص المساواة بين الجريمة والعقاب، فإذا لم تكن المساواة ممكنة، فينتقل الأمر إلى الدية، بالصلح عليها، أو بإلزام الجاني بها، على خلاف بين الفقهاء؛ وفوق ذلك، فلقد نصّت الآيات على أن ردّ الاعتداء يجب أن يكون مساويًا للاعتداء، قال تعالى: **(وإن عاقبتهم، فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به)**، (النحل: ١٢٦)، فالمماثلة هنا تعبير ظاهر عن العدالة<sup>(٤)</sup>؛ غير أن هذه الآية التي تأمر بالمعاقبة بمثل الجناية الواقعة، تأخذ بالموضوع إلى ما هو أبعد من ذلك، إذ تفتح بعموم لفظها باب التعويض بشكله المالي.

ووقوع الاعتداء على الأبدان خطأ أو على المال عمدًا أو خطأً، يمنع الإلتلاف المقابل شرعًا، لرفض الشرع تشبيه الجنائيات المتعلقة بالأبدان بالمتعلق منها بالأموال، فلا قصاص هنا إذ ليس هو العدالة، بل هو إلتلاف غير مبرّر، **(ولا خير في الإلتلاف المماثل، لأنه تكرار الضرر)**<sup>(٥)</sup>؛ ويبدأ هنا باب التعويض وهو مقصود هذا المبحث.

---

(١) قرّر الحنفية أن حقّ أولياء القتيل هو القود فقط، فلا دية لهم إلا صلحا برضا القاتل؛ الهداية للمرغيناني، (١٦٠٢/٤)؛ واختلف قول المالكية، بين تخيير أولياء القتيل بين الدية والقصاص، وبين تعيين القصاص؛ يُنظر: مواهب الجليل، لخطاب، (٢٩٥/٨)، والأحمد رواية كالحنفية، وأخرى بتخيير الولي بين الدية والقصاص؛ ينظر: الشرح الكبير، لشمس الدين بن قدامة، (٤١٤/٩)؛ وأما الشافعية، فقد نصّ النووي على أن الدية بدل عند سقوط القود؛ وشرّحه الشريبي بقوله: **(بعفو أو غيره)**، يُنظر: منهاج النووي، مع شرحه مغني المحتاج، للشريبي، (٢٨٧/٥)، فهم خيروا الولي بين قبول الدية وبين أخذ القصاص.

(٢) نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، لمحمد فوزي فيض الله، (١٥٩).

(٣) معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، (١١/٥).

(٤) يُنظر في تفسير الآية: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، (٢٠٢/١٠).

(٥) نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، لمحمد فوزي فيض الله، (١٥٩).



ويؤصل الدكتور فتحي الدريني لمسألة التعويض بقوله: «الضرر المادّي إذا وقع فعلا، كان على المتسبب فيه تدارك هذا الضرر، لأن الضرر يُدفع بقدر الإمكان؛ فإذا لم تمكن إزالته عينا، لأن الواقع لا يرتفع، فُتدارك عن طريق التعويض المالي العادل»<sup>(١)</sup>.

والحق أنه إذا كان التعويض قد ورد في نصوص عديدة، فإنه لا بد من التأكيد أنها قادرة على إقرار أصله، مما يجعل تعميمها هو الأصل، إلا إذا صادفت نصّا أو أصلا آخر، يمنع تعميمها في باب من الأبواب.

### المطلب الثالث: مشروعية التعويض في الفقه الإسلامي

أبدأ بتقرير تأصيل للموضوع من زاوية أخرى: إنه لو لم يوجد نصٌّ يأمر بالتعويض، لكانت فكرة الإسلام القائمة على أساس أن الإنسان مأخوذ بما يفعله في حقوق الناس، ما لم يرُدّها، أو يرُدّ مثلها أو قيمتها، كافيةً في تقرير مبدأ التعويض..

إذ إن العلماء صرّحوا بأن من شروط التوبة عند تعلق الذنب بحقوق الناس وأموالهم، ردُّ الحقوق إلى أهلها، وأنه لا تصحّ توبته بدون هذا<sup>(٢)</sup>، وهذا الموقف هو في رأيي تعبير آخر عن التعويض.

بل رأى جماعة من العلماء التعويض في مقابلة جرائم سقطت فيها العقوبة الأصلية، القاضية بإتلاف النفس أو الطرف، لقيام المانع من الإتلاف، قالوا: إنه في مثل هذا الحال يتضاعف الغرم، وهو مذكور في مذهب الحنابلة، وذكروا أمثلة منها: إذا قتل مسلّم ذمّيّا عمدا، ضمنه بدية مسلم كاملة؛ ومنها: من سرق من غير حرز، يتضاعف عليه الغرم؛ ومنها: كاتم الضلالة، يضمن قيمتها مرتين؛ ومنها: إذا قلع الأعمور عين الصحيح، فإنه لا يُقتص منه، وإنما تلزمه البدية كاملة، أي بدل قلع عينه الوحيدة، وبدل الصلح على نصف البدية، لأن قلع عين الأعمور الوحيدة عقابا له على قلعه إحدى عيني الصحيح، هو في الحقيقة قلع لبصر الأعمور كله، وهو ما ينافي العدالة حسب هذا النظر؛ ومنها: من سرق عام الجماعة، فإنه لا يُقطع، إنما يُغرّم ضعف قيمة المسروق<sup>(٣)</sup>.

إن فكرة التعويض معهودة في الفقه الإسلامي، رغم الخلاف فيها، أو في بعض تفصيلاتها، ونصوص الشرع في التعويض عديدة كثيرة، تورث النفس طمأنينة على رسوخ معنى التعويض في التشريع، ولأنه لا يمكن ذكر جميع النصوص، فإنني أكتفي بذكر بعضها فيما يلي:

(١) نظرية التعسّف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، لفتحي الدريني، (٢٩٠).

(٢) رياض الصالحين، للنووي، (٢٤-٢٥).

(٣) ذكر هذه المسائل كلها الإمام الحافظ ابن رجب الحنبلي في كتابه: تقرير القواعد وتحرير الفوائد، المشهور باسم:

قواعد الفقه الإسلامي، (٦٤-٦٣/٢).

أولاً: قال الله تعالى: (وإن عاقبتهم، فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به)، (النحل: ١٢٦)، والآية نزلت على قول الجمهور في شأن التمثيل بحمزة بن عبد المطلب ﷺ يوم أحد<sup>(١)</sup>، غير أن عمومها يسمح بتوسيع دائرتها، لتشمل مسائل الحياة، فقد نقل الطبري في تفسيره عن بعض التابعين أن معناها: «إن أخذ منك رجل شيئاً، فخذ منه مثله»؛ ونقل عن سفيان الثوري قوله: «إن أخذ منك ديناراً، فلا تأخذ منه إلا ديناراً»؛ وبعد أن ذكر الطبري اختلاف الأقوال في الآية، ذكر أن الواجب أن يقال فيها: «هي آية محكمة، أمر الله تعالى ذكره ألا يتجاوزوا فيما وجب لهم قبل غيرهم، من حقّ: من مال أو نفسٍ، الحقّ الذي جعله الله لهم إلى غيره»<sup>(٢)</sup>، أي إلى غيره من الحقوق التي لم يجعلها الله لهم.

والآية على هذا، ظاهرة في أخذ الشيء عوضاً عن مقابله، وهو مفهوم التعويض.

ثانياً: صحّ أن بعض أزواج النبي ﷺ أهدت إليه طعاماً في قصعة، فضربت عائشة رضي الله عنها القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي ﷺ: (طعام بطعام، وإناء بإناء)<sup>(٣)</sup>؛ والباء في الحديث للعوض<sup>(٤)</sup>، فيكون الأمر بالتعويض في هذا النصّ ظاهراً.

ثالثاً: قوله ﷺ: (على اليد ما أخذت، حتى تؤدّيه)<sup>(٥)</sup>، أي يجب على اليد ردّ ما أخذته<sup>(٦)</sup>، فما أخذته اليد، «ضمان على صاحبها»<sup>(٧)</sup>.

والحديث مختلف في صحته<sup>(٨)</sup>، واقتضاؤه للضمان يتقوّى بإتيان الضمان في أحاديث ذكرت بعضها هنا.

(١) جامع البيان عن تأويل آي القرآن، للطبري، (٥٠٧٣/٦)، والجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، (٢٠١/١٠).

(٢) جامع البيان عن تأويل آي القرآن، للطبري، (٥٠٧٤/٦-٥٠٧٥).

(٣) هذا النصّ النبوي تعليقا على فعل عائشة رضي الله عنها، ورد في رواية الترمذي في سننه، (٦٣١/٣)، ح: (١٣٥٩)، وقال: هذا حديث حسن صحيح؛ وقريب منها رواية أحمد في مسنده، (٢٠٦/١٨)، ح: (٢٦٢٤٤)، ورواية النسائي في سننه، (٨٢/٧)، ح: (٣٩٦٧)، ورواية أبي داود في سننه، (٢٨٧/٣)، ح: (٣٥٦٨)؛ والحديث بغير هذا التعليق النبوي في البخاري، (١٨٩/٢)، ح: (٢٤٨١)، و(٤٦٩/٣)، ح: (٥٢٢٥)؛ وفي ابن ماجه، (١٠٢/٣-١٠٣)، ح: (٢٣٣٣، ٢٣٣٤).

(٤) النظريات الفقهية، لفتحي الدريني، (٢٠٠).

(٥) مسند الإمام أحمد، (١٢١/١٥)، ح: (١٩٩٦٩)، والمسند، طبعة الرسالة، (٢٧٧/٣٣)، ح: (٢٠٠٨٦)، والترمذي،

(٥٥٧/٣)، ح: (١٢٦٦)، وأبو داود، (٢٨٤/٣)، ح: (٣٥٦١)، وابن ماجه، (١٣٨/٣)، ح: (٢٤٠٠)، والحاكم في المستدرک، (٤٧/٢).

(٦) تحفة الأحوذی، للمباركفوري، (٥٤٦/٤).

(٧) فيض القدير، للمناوي، (٣٢١/٤).

(٨) قال الترمذي: حديث حسن صحيح؛ وصحّحه الحاكم بشرط البخاري، وأقرّه الذهبي؛ وقال شعيب الأرنؤوط

وعادل مرشد محققا ج ٣٣ من المسند: حسن لغيره؛ يُنظر: المسند، طبعة الرسالة، (٢٧٧/٣٣)، ح: (٢٠٠٨٦)، وقال حمزة أحمد الزين

وفي الحديث مقتضى<sup>(١)</sup> لا يُفهم دونه، وهو محتمل لمعان ثلاثة، إما أن يكون المقتضى هو: الضمان، أو الحفظ، أو التأديب؛ وبما أن التأديب هي الغاية بنص الحديث، فلا يصح أن تكون التأديب غاية ذاتها، فيكون المعنيان الأولان هما اللذين يقيان لبيان مقتضى الحديث، فيكون معنى الحديث على ما تقدّم: على اليد ضمان ما أخذت حتى تؤدّيه، أو على اليد حفظ ما أخذت حتى تؤدّيه<sup>(٢)</sup>؛ والحق أن ثمة تلازماً بين معنى الحفظ ومعنى الضمان، ذلك أنه إذا قصر في حفظها، فهو متعدّ، والتعدّي سبب الضمان، فكأن الحديث يقول أخيراً: على اليد ضمان ما أخذت حتى تؤدّيه<sup>(٣)</sup>.

**رابعاً:** قال ﷺ: (الخراج بالضمان)<sup>(٤)</sup>، وقد تلقى العلماء هذا الحديث بالقبول<sup>(٥)</sup>، وفي رواية أبي داود قصة له، وهي أن رجلاً ابتاع غلاماً، فأقام عنده ما شاء الله تعالى، ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبي ﷺ، فردّه عليه، فقال البائع: يا رسول الله، قد استغلّ غلامي، فقال ﷺ: (الخراج بالضمان)<sup>(٦)</sup>؛ ومعناه أن ما خرج من الشيء، من عين ومنفعة وغلة، فهو للمشتري، مقابل ضمانه وهو في يده، أي هي مُستحقّة بسببه، فمن كان ضمان المبيع عليه، كان خراجه له<sup>(٧)</sup>؛ وبتعبير العلامة الزرقا: «فمنافع الشيء وغلته يستحقها من يكون هو المتحمّل لخسارة هلاك ذلك الشيء لو هلك؛ فيكون استحقاق الثمرة في مقابل تحمل الخسارة»<sup>(٨)</sup>.

محقق طبعة دار الحديث من المسند، (١٢١/١٥، ح: ١٩٩٦٩): إسناده صحيح؛ غير أن الألباني ضعّفه في الإرواء، (٣٤٩/٥)، وفي ضعيف الجامع الصغير، (٥٤٧، ح: ٣٧٣٧)، بسبب عنعنة الحسن عن سمرة، إذ الحسن مدلس ولم يصرّح بالتحديث.

(١) المقتضى: هو المعنى اللازم المقدّر الذي يتوقف عليه فهم المراد؛ كما في: النظريات الفقهية، لفتحي الدريني، (٢٠٠).

(٢) في تفصيل هذا المعنى، يُنظر: نيل الأوطار، للشوكاني، (١٨/٠) والنظريات الفقهية، لفتحي الدريني، (٢٠١).

(٣) قال الملاّ علي القاري في مرقاة المفاتيح، (١٥١/٦)، نقلاً عن ابن الملك: «فيجب ردّه في الغصب، وإن لم يطلبه؛ وفي العارية إن عيّن مدّة ردّه إذا انقضت، ولو لم يطلبها مالكها؛ وفي الوديعة لا يلزم إلا إذا طلب المالك».

(٤) المسند، (٢٦٥/١٧، ح: ٢٤١٠٦)، وأبو داود، (٢٦٨/٣، ح: ٢٦٩، ح: ٣٥٠٩، و٣٥١٠)، والترمذي، (٥٧٣/٣)، ح: ١٢٨٥، و١٢٨٦، والنسائي، (٢٩٢/٧، ح: ٤٥٠٢)، وابن ماجه، (٥٧/٣، ح: ٢٢٤٣)؛ قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح غريب؛ ونقل ابن حجر في التلخيص، (٥٤/٣)، تصحيح ابن القطان وتضعيف ابن حزم له؛ ونقل عبد القادر الأرناؤوط في تعليقه على جامع الأصول لابن الأثير، (٥٩٨/١) تصحيح ابن حبان وابن الجارود له، وذكر أن له عند أبي داود ثلاثة طرق، اثنتان رجالهما رجال الصحيح؛ فالصواب تصحيحه لتعدد طرقه، ويبدو أنه لهذا رمز السيوطي صحته في الجامع الصغير، مع فيض القدير، (٥٠٤/٣)، وسياق كلام المناوي في الفيض أنه جيد الإسناد؛ وصحّحه الألباني في الإرواء، (١٧٥/٥).

(٥) شرح معاني الآثار، للطحاوي، (٢٢/٤).

(٦) أبو داود، (٢٦٩/٣، ح: ٣٥١٠).

(٧) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، (١٧٥)، وترتيب الآلئ، لناظر زاده، (٦٨٣/١)، والمنثور في القواعد، للزركشي،

ومن الجدير ذكره، أن هذا الحديث يُشكّل قاعدة من القواعد الفقهية المتفق عليها في المذاهب الأربعة<sup>(٢)</sup>.

**خامسا:** قوله ﷺ: **(من تطبّب، ولا يُعلم منه طبٌّ، فهو ضامن)**<sup>(٣)</sup>، قال الخطابي: **(«لا أعلم خلافا في المعالج إذا تعدّى، فتلف المريض، كان ضامنا، والمتعاطي علما أو عملا لا يعرفه، متعدّ، فإذا تولّد من فعله التلف، ضمن الدية، وسقط عنه القود»)**<sup>(٤)</sup>.

وثمة نصوص أخرى، تؤكّد مضمون ما تقدّم من نصوص، وهي جميعها تُسهم في تأسيس مبدأ التعويض. هذا، وليس من شأن هذا البحث دراسة أسباب التعويض، والخلافات بين العلماء فيه، لأن تفصيلا كهذا يخرج بالبحث عن موضوعه، وإنما كفاه تأكيد مبدأ الضمان، دونما حاجة إلى شيء من التفصيلات.

### **المطلب الرابع: مجالات التعويض في الفقه الإسلامي**

والحق أن التشريع الإسلامي قادر على الاستمرار في العطاء الذي يؤهّله لمتابعة مستجدّات حياة البشر، حسبما يتطلّب حالها، من تطوّرات واختلافات على مدى الزمن<sup>(٥)</sup>.

إن مبدأ التعويض عن الضرر ذو شمولية عريضة في الفقه الإسلامي، إذ يبدأ بالتعويض عما يقع على الإنسان من ضرر الاعتداء العمد عليه في حال قبوله أو ورثته بغير القصاص؛ وكذا من ضرر الخطأ، بالدية فما

---

(١١٩/٢)، وفيض القدير، للمناوي، (٥٠٣/٣).

(١) المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقا، (١٠٣٣/٢).

(٢) ذكرها الدكتور محمد الزحيلي في كتابه القواعد الفقهية، (٤٧٢/١)، ضمن القواعد المتفق عليها في المذاهب الأربعة.

(٣) أبو داود، (١٩٨/٤، ح: ٤٥٨٦)، والنسائي، (٤٢٣/٨، ٤٨٤٥)، وابن ماجه، (٣٤٦٦/١٠٣، ح: ٣٤٦٦)، وحسنه الألباني في سلسلة الصحيحة، (٢٢٨-٢٢٩، ح: ٦٣٥)، باجماع طريقه وطريق حديث آخر بمعناه؛ وكذا حسّنه عبد القادر الأرناؤوط في تعليقه على جامع الأصول، لابن الأثير، (٢٦٣/١٠).

(٤) معالم السنن، للخطابي، (٣٥/٤).

(٥) الفقه الإسلامي ثمرة العقل الإسلامي الذي تفاعل مع النص والواقع معا؛ تفاعل مع النصّ بحسب أصول فهمه، التي تقوّمه بالنظر الصحيح، وبالاستنباط القائم على أصوله الدقيقة؛ وتفاعل مع الواقع، ليعرف كيف يتزلّ النصّ عليه، وليعرف ماذا يمكن أن يكون عليه الواقع إن كان بعيدا عن النصّ، وكيف يمكن أن يُؤخذ الواقع إلى ناحية النصّ؛ وكذا هو يتفاعل مع الواقع لأجل معرفة ما يمكن أن يقرّه النصّ، أو يسمح به، ولو على وجه الضرورة، وليستخرج صحيح العرف منه.

من هنا قدر الفقه الإسلامي على بحث مسائل مستجدّة، لم تكن في الزمن الماضي أيام التزليل، كمسألة الاستنساخ ومسألة طفل الأنابيب، ومسألة التأمين، وصياغة موقف إنساني إسلامي من أسلحة الدمار الشامل، وغيرها من المسائل الكثيرة، والتي منها بلا شك: مسألة الشرط الجزائي، الذي سبّر في صفحات البحث، كيف استطاع الفقه الإسلامي بحثها عبر أصوله، رغم أنها، وبصفتها القانونية المعاصرة، من بنات الفقه الغربي أصلا، ولها جذور ضاربة في الفقه الروماني خاصة.

دونها من باب الجنايات في الفقه الإسلامي؛ ومنه التعويض عما يقع من جُح غير المكلفين، ومنه التعويض عما يقع من ضرر العجماوات في حال دون حال؛ ومنه التعويض عن ضرر التقصير في جوانب من الحياة، من ذلك النوع الذي يؤدي إلى إضرار بإنسان من جراء تصرف هو في أصله شرعي، لكن التقصير فيه أدى إلى ضرر، وهو ما يعرف في القانون بالمسؤولية التقصيرية؛ وغير ذلك من أبواب التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي.

إن هذه المذكورات كلها يجمعها أن التعويض فيها ليس ناشئا عن اتفاق عقدي بين طرفي القضية، بحيث يتمّ بموجبه النصّ على التعويض في حال وقوع الضرر؛ بل نشأ الضرر فيها عن خطأ وقع، أو اعتداء جرى، اقتضى تعويضا عن أثره.

هذا، وثمة تعويضٌ ينشأ عن العقد، كأثر طبيعي من آثاره، وذلك كأن يضمن البائع السلعة إذا لحقها عيب أو تلف قبل تسليمها، باعتبار أن البيع تمّ، وأن السلعة صارت من حق المشتري<sup>(١)</sup>.

وهذا التعويض الناشئ عن العقد هو ذاته ينقسم إلى قسمين: الأول: ما يلزم بإطلاق العقد دون النصّ عليه؛ والثاني: ما يُنصّ على اشتراطه في العقد ذاته، حتى إذا وقع موجب هذا التعويض وفق المنصوص في العقد، إخلالا أو تقصيرا أو تأخرا في التسليم مثلا، استحق الطرف المقابل التعويض<sup>(٢)</sup>.

وقسم السيوطي في الأشباه والنظائر المضمونات تقسيمات عديدة، وذكر منها التقسيم الثاني قائلًا: «المضمونات أقسام: أحدها: ما يضمن ضمان عقد قطعاً<sup>(٣)</sup>، وهو: ما عيّن في صلب عقد بيع أو سلم أو إجارة أو صلح<sup>(٤)</sup>؛ ثم فرّق بين ضمان العقد وضمن اليد بأن مرّد ضمان العقد هو ما اتفق عليه المتعاقدان، أو ما يكون بدل ما اتفقا عليه؛ أما ضمان اليد، فمرّدّه مثل الشيء المضمون أو قيمته<sup>(٥)</sup>.

والضرر الذي ينشأ التعويض على أثره عن اتفاق عقدي، هو النوع الذي له صلة بموضوع البحث، فبحث الشرط الجزائي هو في نهايته بحث عن تعويض اتفاقي رضائي يربط نصّ العقد به بين إرادتي طرفي العقد، رغم أن البحث سيطرح أثناء الحديث عن عقد المقاولة مسألة عدم وجود نصّ على التعويض.

---

(١) تختلف أحوال السلعة المباعة إذا تلفت قبل التسليم، من حيث جهة الضرر الذي أصابها، فلربما نشأ الضرر عن آفة سماوية، فيفسخ البيع ويسقط الثمن عن المشتري؛ ولربما نشأ عن المشتري نفسه، فعليه الثمن ها هنا دون انفساخ البيع؛ ولربما نشأ عن غيره، فيضمن المتسبب بالضرر؛ يُنظر: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، لمحمد فوزي فيض الله، (١١٠).

(٢) يُنظر: الضمان في الفقه الإسلامي، لعلي الحقيف، (١٦-١٧)، ونظرية الضمان، لوهبة الزحيلي، (٦٣-٦٤).

(٣) قوله هنا: قطعاً، يعني به ما ذكره من اختلافهم في أبواب هل هي من باب ضمان العقد أو غيره، بخلاف هذا الباب، فهو قطعي لا خلاف في كونه من باب ضمان العقد، يُنظر: الأشباه والنظائر، للسيوطي، (٤٣٨).

(٤) الأشباه والنظائر، للسيوطي، (٤٣٨).

(٥) الأشباه والنظائر، للسيوطي، (٤٣٨).

## المطلب الخامس: التعويض عن تفويت الفرصة في الفقه الإسلامي

ما تقدّم دارَ حول التعويض كأصل من أصول التعامل بين الناس حينما تحصل أسبابه، وفي أسبابه خلاف كبير بين الفقهاء رحمهم الله، وليس من شأن هذا البحث الدخول في تلك التفاصيل، غير أنه، ولِصِلَة بعض مواضيع البحث، فلا بدّ من بحث مسألة أخرى، ذات صلة وتُتقى بالتعويض، ألا وهي: التعويض عن تفويت فرصة ما من الفرص، فهل هذا سائغ في الفقه الإسلامي؟

وأودّ أن أقرّر ابتداءً، أنه لم تُبحث مسألة التعويض عما فات صاحبَ المال من فرص في الفقه الإسلامي بخصوصها، قال الدكتور محمد فوزي فيض الله عن بعض حالات الضرر، كحالات تفويت الفرصة وغيرها: «ولا نصّ في الفقه على التضمين في هذه الأحوال، سوى القواعد الفقهية العامة، التي تستبعد إيقاع الضرر، وتستوجب إزالة آثاره بعد وقوعه، كقاعدة: (لا ضرر ولا ضرار)، وهي نصّ حديث شريف؛ وقاعدة: الضرر يُزال»<sup>(١)</sup>، غير أنه بُحثت لمسألة التفويت نظائر، ولذا، فلا بد من بحثها بخصوصها<sup>(٢)</sup>.

ثم، إن عدم بحث التعويض عن تفويت الفرصة بخصوصها في الفقه الإسلامي ليس ناشئاً عن قصور الفقه وأئمّته، بل لأن مثل هذا الموضوع لم يدعُ إليه واقع الناس في عصور الاجتهاد الأولى، فلم يطرحه المجتهدون حلاًّ يستحق البحث والنظر<sup>(٣)</sup>؛ ومع ذلك، فإن قواعد الفقه الإسلامي، تتسع لها، كما يفهم من الكلام المتقدّم للدكتور فيض الله.

والذي أراه، أن ثمة نظائر لمسألة التعويض هذه، بحثها الفقهاء قديماً، لعلّه يمكن البناء عليها، والاستفادة منها، وأذكرها هنا ثلاثة من هذه النظائر، مع ملاحظة أن هذه النظائر محلّ خلاف عند الفقهاء، وليس المقصود دراسة الرأي الراجح من آرائهم، بل المقصود بيان أن في الفقه الإسلامي نظائر للمسألة، وهذه هي المسائل الثلاث:

(١) نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، لمحمد فوزي فيض الله، (٩١).

(٢) هذه المسألة هي مقصد هذا البحث، فهو برُمَّته يقوم على دراسة هذا المبدأ، غير أنه لما تخصّص البحث في تعويض الضرر الناشئ عن التأخّر أو الإخلال، وفي حال النصّ عليه ضمن شرط منصوص عليه في العقد، هو الشرط الجزائي، ودون التطرّق إلى خصوص المسألة دون ذلك الارتباط، كان لا بد من طرحها هنا، متجرّدة عن الارتباط المذكور.

(٣) ذكر الدكتور محمد بن المدني بوساق في كتابه التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، (١٢٥)، أن الفقهاء لم يذكروا هذه المسألة لأن التعويض عندهم مستوجب للضمان، فأساسه عندهم قائم على جبر الضرر بإحلال مال محلّ مال؛ ولم يدخل الدكتور بوساق في تفاصيل مثل هذا التعويض، إذ هو لا يراه، مكتفياً بما قرّره من عدم بحثه عند العلماء؛ غير أنه سيتبين أن هذا التقدير الذي ذكره الدكتور بوساق، ليس صحيحاً، وأنه لا يصحّ منه إلا قوله إن المسألة لم تُبحث بخصوصها فحسب.

**أولاً: ضمان منافع العين المغصوبة:** لعل أول هذه النظائر، تلك المسألة المعروفة في الفقه الإسلامي، وهي مسألة ضمان منافع العين المغصوبة، والتي تقرّر فيها لدى بعض المذاهب حقُّ صاحبها في التعويض عما فاته من نفعها أثناء الغصب.

فالقول بضمان منافع العين المغصوبة أثناء مدة الغصب هو قول الشافعية والحنابلة، قال النووي: «وتضمن منفعة الدار والعبد ونحوهما بالتفويت والفوات في يد عادية»<sup>(١)</sup>؛ ويُلاحظ أن النووي ذكر تفويت المنفعة في اليد العادية، أي الغاصبة؛ وقال ابن حجر الهيتمي شارحاً كلام النووي: «لأن المنافع متقومة، فضمنت بالغصب كالأعيان»<sup>(٢)</sup>؛ ويُلاحظ أنه بنى المسألة على تقوّم المنافع، فما دامت متقومة، فضمن الغاصب لها لازم؛ وقال ابن قدامة المقدسي: «ومتى كان للمغصوب أجر، فعلى الغاصب أجر مثله مدة مقامه في يديه، سواء استوفى المنافع، أم تركها تذهب»<sup>(٣)</sup>، وفي المسألة خلاف الحنفية<sup>(٤)</sup>.

وهذه المسألة ذات دلالة هامة في مسألة البحث، فنفع العين المغصوبة غير قطعي، بل ربما يكون متوهماً، غير أنه اعتُبر عند الشافعية والحنابلة، لأجل حصول التفويت بالاعتداء، وكذلك هي مسألة تفويت فرصة ما بشكل متعمّد، فالتعمّد هنا، كالاغتداء في مسألة العين المغصوبة.

ولعله يلحق بالمسألة مسألة أخرى تابعة لها، فيها ما يفيد مسألة التعويض عن تفويت الفرصة، وهي مسألة ضمان نقص سعر العين المغصوبة أثناء غصبها، كأن يكون سعرها يوم غصبها ألفاً، فيترل سعرها إلى خمسمائة حين ردّها؛ وهو قول عند الحنابلة، صحّحه العلامة عبد الرحمن بن ناصر السعدي في فتاواه، معتبراً أن قول عموم الحنابلة فيها، قول فيه نظر؛ قال: «..إن الصحيح أنه يضمن نقص السعر، وكيف يغصب شيئاً يساوي ألفاً، وكان مالكه بصدد بيعه بالألف، ثم نقص السعر نقصاً فاحشاً، فصار يساوي خمسمائة: أنه لا يضمن نقص السعر، فيردّه كما هو»<sup>(٥)</sup>؛ وإنه يظهر من قوله: «..وكان مالكه بصدد بيعه بالألف»، أنه يلتفت إلى مسألة تفويت الفرصة، وهي ذاتها مسألة المبحث برُمَّته.

**ثانياً: ضمان الربح المفترض للدراهم والدنانير أثناء غصبها:** رأيتُ هذه المسألة عند المالكية، ولم أجدها عند غيرهم، بعد بحثٍ وتتبعٍ؛ وذكر القرافي في الذخيرة اختلافاً فيها عند المالكية، ونقل عن بعضهم استحسان

(١) منهاج الطالبين، للنووي، مع شرحه تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي، وحواشي الشرواني وابن قاسم، (٣٨/٦).

(٢) تحفة المحتاج بشرح المنهاج، لابن حجر الهيتمي، مع حواشي، للشرواني وابن قاسم، (٣٨/٦).

(٣) المغني، لابن قدامة، (٩٧/٧).

(٤) فقد قالوا: لا يضمن منافع العين المغصوبة؛ يُنظر: حاشية ابن عابدين، (٢٠٤/٦).

(٥) الفتاوى السعدية، لعبد الرحمن بن ناصر السعدي، (٤٥١).

تقسيم حالات المسألة إلى أقسام، أذكر منها ما يلي: الأول: إذا كان صاحب المال المغصوب يتجر فيه، وأتجر الغاصب فيه أيضا، فلصاحب المال ما كان يربحه في مدة الغصب؛ الثاني: وإن كان يتجر فيه، ولم يتجر فيه الغاصب، فله الربح الذي كان يربحه في تلك المدة؛ الثالث: وإن كان الغاصب فقيرا، لا مال له يتاجر فيه، وإنما تاجر بسبب المال الذي غصبه، وكان صاحب المال لا يتجر فيه، فالربح لصاحب المال أيضا؛ الرابع: وإن كان صاحب المال لا يتجر فيه لو كان في يديه، ولم يتجر فيه الغاصب أيضا، فلصاحب المال المغصوب رأس ماله فقط، إذ لم يحصل عليه تضييع<sup>(١)</sup>.

فها هي المسألة واضحة جلية، نُظر فيها إلى الربح المفترض فيما لو كان المغصوب في يد صاحبه، على ذلك الخلاف والتفصيل المنقول عند المالكية؛ وهي ذاتها المسألة التي يدور حولها البحث، أي مسألة التعويض عن تفويت الفرصة.

**ثالثا: استحقاق البائع للعربون عند تراجع المشتري عن شراء السلعة:** وهو قول الحنابلة دون غيرهم، على ما صححه المرداوي، ثم قال بعد تصحيحه: «وعليه أكثر الأصحاب»<sup>(٢)</sup>؛ وصورته أن يشتري شيئا ويعطي البائع درهما، ويقول له: إن لم آخذ هذا الشيء الذي اشتريته، فالدرهم لك<sup>(٣)</sup>، ونقل ابن قدامة عن الإمام أحمد قوله: لا بأس به، وفعله عمر رضي الله عنه<sup>(٤)</sup>؛ ووجه الشيخ عبد الله بن سليمان المنيع مسألة استحقاق البائع للعربون عند الحنابلة بقوله: إنها «في مقابل تفويت فرص بيع هذه السلعة، بثمن قد يكون فيه غبطة للبائع»<sup>(٥)</sup>؛ ومدار البحث في مسألة العربون، هو تعويض البائع عما فاته من ربح متوهم، رغم أن التفويت ها هنا لم يأت بسبب اعتداء، وإنما بسبب اتفاق رضائي بين البائع والمشتري.

و لم يقل بقول الحنابلة في مسألة العربون غيرهم من المذاهب الفقهية.

إن النظائر السابق ذكرها تلتقي حول جامع بينها، وهو التعويض على التفويت، وهو المقصود بيانه؛ ولئن كانت المسألتان الأوليان تتحدثان عن التعويض الناتج عن عمل اعتدائي هو الغصب، مما يعني أنها قد لا تطابق ما يكون من تعويض على تفويت فرصة دون اعتداء واقع، فإن المسألة الثالثة تصلح نظيرا في رأبي لمسألة التعويض عن تفويت الفرصة دونما اعتداء صادر ممن يلزمه التعويض.

(١) الذخيرة، للقرافي، (٣١٧/٨).

(٢) الإنصاف، للمرداوي، (٣٤٥/٤).

(٣) الإنصاف، للمرداوي، (٣٤٥/٤).

(٤) المغني، لابن قدامة، (٢٨٩/٤).

(٥) مشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية، لعبد الله بن سليمان المنيع، (٥٤٠/٤).



هذا، ولم أشأ أن أبحث ترجيح قول على قول في المسائل الثلاث المذكورة، إذ ليست الغاية أكثر من البحث عن نظائر في الفقه الإسلامي لمسألة التعويض عن تفويت الفرصة، ومع ذلك، فيمكن القول إن عمومات أدلة التعويض المذكورة هنا، تنفع في الاستدلال على التعويض عن تفويت الفرصة، والله أعلم. وهكذا تبدو مسألة التعويض عن تفويت الفرصة سائغة وفق قواعد فقهننا الإسلامي، والله تعالى أعلم.

وأخيراً.. فإذا تقرّر أصل مبدأ التعويض، مع التعويض على تفويت الفرصة، فإنه يسهل البحث بعد ذلك عن التعويض الاتفاقي، الذي سيُدرس في هذا البحث، وهو مفهوم الشرط الجزائي، مع الإشارة إلى أن التعويض الاتفاقي ينشأ عن اتفاق مقارن لإبرام العقد على الأكثر، وإن الجهة التي يقع عليها وجوب التعويض، هي تلك التي ينصّ العقد عليها، مما يعني ضرورة بحث سلطة العاقدين في الاشتراط؛ كل ذلك يُدرس في محله إن شاء الله تعالى، وكلّه يستند على مبدأ التعويض من أساسه؛ والله ولي التوفيق.

## المبحث الثاني: مبدأ الإلزام بالوعد في الفقه الإسلامي

بحث الفقهاء قديماً وحديثاً الإلزام بالوفاء بالوعد، وكان للقول به أثر في جوانب عديدة من فقه المعاملات المالية خاصة، لاختلاف الأئمة في هذه المسألة، ومرجع الجميع كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، ولقد اقتضت هذه الدراسة بحث مسألة الوفاء بالوعد ومدى الإلزام به لمناسبة واضحة، إذ تدور هذه الدراسة حول ما يكون من وعدٍ بين المتعاقدين، واقع تحت مفهوم الاشتراط الجزائي، الذي هو موضوع البحث؛ وكذلك تتضمن الدراسة مبحثاً حول عقد الاستصناع، وسيبين أن من العلماء من قال فيه إنه مجرد وعد، وأنه ليس عقداً، وإنما ينعقد بالمعاطاة بعد إنجاز العمل، فناسب بحث مسألة الوفاء بالوعد لأجل بحث لزوم الاستصناع أو عدم لزومه.

وسأتحدث عن هذا الموضوع في المطالب الخمسة التالية إن شاء الله تعالى:

المطلب الأول: بين الحكم القضائي والحكم الديني.

المطلب الثاني: حكم الوفاء بالوعد.

المطلب الثالث: أدلة الفرقاء.

المطلب الرابع: مناقشة الأدلة.

المطلب الخامس: القول الراجح.

المطلب السادس: الوفاء بالوعد في القانون.

## المطلب الأول: بين الحكم القضائي والحكم الدياني

التفريق بين الحكم القضائي والحكم الدياني مما بُحث عند كثير من العلماء<sup>(١)</sup>، ولا تتفق كلماتهم في اعتماده، وأكثر من اعتمده علماء الحنفية، بل نُسب إليهم دون غيرهم<sup>(٢)</sup>؛ ومن مسأله عندهم ما ذكره التمرتاشي في تنوير الأبصار، أن قول المريض مرض الموت: ليس لي على هذا المطلوب شيء؛ والحال أنه لا يعني إبراءه من شيء هو عليه، بل يريد أنه ليس عليه شيء أصلاً؛ ذكر التمرتاشي أن قوله هذا صحيح قضاء لا ديانة؛ قال الحصكفي في الدرّ المختار شارحاً كلام التمرتاشي: «فترتفع به مطالبة الدنيا، لا مطالبة الآخرة»<sup>(٣)</sup>؛ وتفسير الأمر هو أنه لا دين عليه أصلاً، فالأصل خلوّ ذمته<sup>(٤)</sup>، فإذا قال المريض مرض الموت: ليس لي عليه شيء، فُسّر قوله من الناحية القضائية على ضوء ذلك الأصل، فيقبل قوله قضاءً، أما من جهة الديانة، فلو كان في واقع الأمر كاذباً، فهو مسؤول عن كذبه عند الله.

وثمة أمر آخر عند الحنفية أيضاً، فهم يتركون للوازع الديني أن يفعل فعله فيما له صلة بعلاقات الناس، حتى إذا ضعّف هذا الوازع، قام القضاء يسدّ الثغرة، ومن أمثلة ذلك ما ذكره الدكتور فتحي الدريني في تحليله لموقف المذهب الحنفي من مسألة التعسف في استعمال المالك لحقه، ولو أدى ذلك إلى الإضرار بجاره، فذكر أن أبا حنيفة يرى أن المالك لا يُمنع من ذلك، لأن الأصل في حق الملكية أنه يخوّل صاحبه سلطة التصرف في حدود ملكه كما يشاء، وأنه يُترك تقييد تصرفه لحكم الديانة، اعتماداً منه على قوة الوازع الديني<sup>(٥)</sup>؛ ولا يرى

---

(١) ينقسم الحق باعتبار المؤيد القضائي وعدمه إلى قسمين: حقّ ديان، وحقّ قضائي؛ والحقّ الدياني يكون فيما هو باطن، لا يظهر للقضاء، فلا يتأتى للقاضي أن يحكم فيه، فيبقى تابعاً للوازع الديني، كأن يرفع إنسان دعوى على آخر، بأنه جحد دينه، ولا يملك الدائن دليلاً على أن له حقاً على المدين، ثم ظفر بمال للمدين، قال العلامة الزرقا في المدخل الفقهي، (١/٥٩): «فإن الديانة تُقرّر للدائن أن يأخذ منه قدر حقه، دون إذن المدين أو علمه؛ ولكن، لو وصل الأمر إلى القضاء، لا يُقرّر له هذا الأخذ، لعدم إثبات حقه»؛ فهذا حقّ ديان، لا سلطة للقاضي فيه، وإنما مرجع الأمر إلى الوازع الديني عند المدين؛ أما الحقّ القضائي، فهو ما يتأتى للقاضي الحكم فيه، لظهوره من حيث الدليل والشواهد والبيّنات والقرائن، تلك التي يقدر المدّعي على إثباتها؛ يُنظر: المدخل الفقهي العام، للعلامة الزرقا، (١/٥٨-٥٩)، والفقّه الإسلامي وأدلّته، للزحيلي، (٤/٢٨٥٣-٢٨٥٤).

(٢) هو ما نصّ عليه الدكتور وهبة الزحيلي في بحثه: المشاركة المتناقضة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستحدّة، نشره

موقع فقّه المصارف الإسلامية، <http://www.badlah.com>.

(٣) الدرّ المختار، للحصكفي، (٥٣٣)، ونقل الحصكفي عن البرزانية قوله: «إلا المهر، فلا يصحّ على الصحيح»، أي لظهور أنه عليه غالباً؛ ومعنى هذا أنه لا يصحّ قول المرأة المريضة: إنه ليس لي على زوجي هذا مهر؛ ويُنظر: حاشية ابن عابدين عليه، (٥/٦١٢).

(٤) حاشية ابن عابدين عليه، (٥/٦١٢).

(٥) نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقّه الإسلامي، لفتحي الدريني، (١٣٠)؛ ويُنظر: الملكية ونظرية العقد في

الدريني ما يخالف أصل هذا النظر في تقييد الحق قضاء إذا ضعف الوازع الديني بتغير الزمن، حينما تقتضي المصلحة ذلك، فهي مقصود الشرع، وهو ما دعا متأخري فقهاء الحنفية إلى منع المالك من التصرف في ملكه، إذا كان تصرفه يضرّ بجاره ضرراً فاحشاً، استناداً على النص النبوي: (لا ضرر ولا ضرار)، ولأجل ضعف سيطرة الدين على النفوس<sup>(١)</sup>، قال أبو زهرة والدريني، معقّبين على كل هذا: «فحقّت عليهم كلمة القضاء، لحملهم على منع الإضرار»<sup>(٢)</sup>؛ ثم نقل الدريني عن تبين الحقائق من كتب الحنفية النصّ التالي: «ولو أراد بناء تنور في داره للخبز الدائم، كما يكون في الدكاكين؛ أو رَحاً للطحن، أو مدقّات للقصارين، لم يجوز، لأن ذلك يضرّ بالجيران ضرراً ظاهراً فاحشاً لا يمكن التحرز عنه، والقياس أن يجوز، لأنه تصرف في ملكه، وتترك ذلك استحساناً لأجل المصلحة»<sup>(٣)</sup>؛ إنه حسب قول الدريني، جاء التفريق بين الأخذ بالقياس، والأخذ بالاستحسان، بناء على التفريق بين الدياني والقضائي، فالدياني قائم على قوة الوازع الديني، والقضائي يقوم مقام الدياني، حين ضعفه، اتباعاً للمصلحة.

ويقول الدريني أيضاً: «فكثير من الالتزامات الدينية الأخرى، يمكن أن يُشرّع لها ولي الأمر أحكاماً تُنفذ بسلطان القضاء، إذا أهمل الناس رعايتها، لضعف الوازع الديني، وترتب على ذلك ضرر يتعدّى إلى الغير»<sup>(٤)</sup>. وعودة إلى مسألة الإلزام بالوعد..

إن حديثي ها هنا لا يقصد إلى تفصيل التفريق بين الحكم القضائي والحكم الدياني عموماً، بل إلى بحث مدى إمكانية ذلك التفريق في مسألة الإلزام بالوعد، دون غيرها من المسائل.

إن عبارات كثير من العلماء رحمهم الله تتفاوت في عرض الموضوع على هذه الشاكلة من التفريق المشار إليه، فمنهم من يُلمح منه البحث في الإلزام القضائي بالوفاء بالوعد، ومنهم من لا تتجاوز عباراتهم الحديث عن وجوب الوفاء أو عدمه، دونما تطرّق إلى الإلزام القضائي أو عدمه، مما قد يعني عند هؤلاء أو بعضهم، أنهم

الشريعة الإسلامية، محمد أبي زهرة، (١٠٨)؛ ويُنظر قول الحنفية في: تبين الحقائق، للزيلعي، وحاشية الشليبي عليه، (١٢٣/٥).

(١) نظرية التعسّف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، لفتح الدريني، (١٣١).

(٢) الملكية ونظرية العقد، لأبي زهرة، (١٠٩)، ونظرية التعسّف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، لفتح الدريني،

(١٣١)؛ ويظهر أن العبارة في أصلها لأبي زهرة، لتقدّمه.

(٣) تبين الحقائق، للزيلعي، (١٢٣/٥)؛ وفي حاشية الشليبي عليه، (١٢٣/٥)، أن العمادي قال: «والحاصل أن في هذه

المسائل وأحناسها: القياس أن كل من تصرف في خالص ملكه، لا يُمنع منه في الحكم، وإن كان يلحق ضرراً بالغير؛ لكن، ترك القياس في موطن تعدّى فيه ضررٌ تصرفه إلى غيره ضرراً بيناً؛ وقيل بالمنع، وبه أخذ كثير من مشايخنا، وعليه الفتوى».

هذا، وسيأتي تعريف الاستحسان في الصفحة (١٩٢)، من هذا البحث.

(٤) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، لفتح الدريني، (٨٣).

يقصدون بالوجوب أو عدمه، الوجوب الدياني فحسب؛ إن هذا التفاوت جعل بحث هذه المسألة يواجه بعض الصعوبة في محاولة فهم عبارات العلماء في هذه الناحية، حيث لا يظهر التفريق في بعضها بين الحكم ديانة أو قضاءً، رغم ميّلي إلى أن قصدهم في الأغلب هو الحكم الدياني، ما لم يصرّحوا بخلافه.

هذا الذي تقدّم من الإشارة إلى تفاوت عبارات العلماء ليس أمراً عاماً، فعبارات المالكية مثلاً، وعلى ما سيأتي، تتضمن التصريح بالإلزام القضائي بالوفاء بالوعد، أو عدم الإلزام به قضاءً، ويُفهم هذا من بعض عبارات الحنفية أيضاً؛ غير أن عبارات الحنابلة والشافعية لا تفيد أكثر من الحديث عن وجوب الوفاء بالوعد، أو عدم وجوبه في غالب الأحيان، مع ما يوجد في بعض العبارات الآتية عند بعض الحنابلة، مما قد يُفهم منه الحديث في الإلزام القضائي، دونما تصريح به، على ما سيذكر في محله إن شاء الله تعالى.

لكل ما تقدّم، فإن البحث سيكتفي بقراءة اجتهادات العلماء رحمهم الله، ليخرج منها بما يدل على وجوب الوفاء بالوعد، أو عدمه، مجرداً عن بحث مقصدهم غالباً، هل هو حكم قضائي أم ديانى؛ لأن البحث سيكون مسوقاً في أوله وآخره، إلى الدوّران حول الدليل الشرعي، منطلقاً من أن ما وجب شرعاً، وكان أمراً ظاهراً، فلا معنى للتفريق بين الحكم فيه ديانة أو قضاء<sup>(١)</sup>؛ ذلك أن أهم ما يدل على ما سار عليه البحث في هذه الناحية، هو أن وظيفة القضاء في الإسلام، هي الفصل بين الناس فيما اختصموا فيه، بل إن تعريف القضاء برُمَّته تضمّن هذا المعنى عند جميع المذاهب، إما تصريحاً، كما هو مذهب الحنفية والشافعية<sup>(٢)</sup>، أو بتضمين المعنى المشار إليه، كما هو عند غير هذين المذهبين<sup>(٣)</sup>؛ وإن إحلال الناس ببعض الاتفاقات التي تجري بينهم، تورث

---

(١) قال العلامة القرضاوي: «والذي يتّضح لي أن الأعلام الذين نقلنا رأيهم في وجوب الوفاء بالوعد، لم يكونوا يفرّقون بين ما يلزم ديانةً، وما يلزم قضاءً، بل الظاهر من سيرهم وأحوالهم وطريقة تفكيرهم، أن كل ما يلزم المسلم دينا وشرعاً، يُقضى به عليه، ويُجبر على فعله في حالة الأمر والوجوب، وعلى تركه، في حالة النهي والتحريم»؛ يُنظر: الوفاء بالوعد، للقرضاوي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ٥٥٥، (٢/٨٥٧).

(٢) للحنفية يُنظر: تنوير الأبصار، للتمرتاشي، مع شرحه: الدرّ المختار، للحصكفي، (٤٦٣)، فقد عرّف القضاء بقوله: «فصلُ الخصومات، وقطع المنازعات»، وللشافعية يُنظر: حاشية الشرواني التي كتبها على تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي، (١٠/١٢٥)، فقد نقل عن مغني المحتاج أن القضاء شرعاً هو: «فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى».

(٣) من كتب المالكية يُنظر: الذخيرة، للقراي، (١٠/٥)، فقد قال: «وقضى القاضي: فصل الخصومة»، غير أن العلامة الخطّاب الرعيّني نقل في مواهب الجليل، (٨/٦٤)، عن ابن عرفة قوله: «وقول بعضهم: هو الفصل بين الخصمين واضح قصوره»، ومن مصادر الحنابلة يُنظر: الروض المربع، فقد نقل عنه محقق الإنصاف، للمرداوي، (هـ ١٤٧/١١)، قوله: «تبيين الحكم الشرعي، وإلزام به، وفصل الحكومات».

ويُنظر للاستزادة في تقرير أن فصل الخصومات في المذهبين المالكي والحنبلي جزء من معنى القضاء: نظرية الدعوى، لمحمد نعيم ياسين، (٢٦).

عداوة، وإن من حكمة تشريع القضاء، رفع الظلم، الذي يؤدي لو شاع إلى توارث الضغائن والأحقاد<sup>(١)</sup>؛  
«وليس القضاء إلا المنفذ لأحكام الشرع ما أمكن التنفيذ»<sup>(٢)</sup>.

إن هذه الوظيفة القضائية الشريفة، لا تفتح باباً للتفريق بين ما هو ديانى، وما هو قضائى، مما يتخاصم فيه الناس، إلا فيما لا سلطة للقاضي فيه من الأمور الباطنة.

فهذا القيد بأن يكون الواجب الشرعى الذي تجرى فيه أحكام القضاء أمراً ظاهراً، يخرج به ما يتعلق بالنوايا والمقاصد الباطنة، وكذا ما يخفيه أحد الخصمين مما له أثر فى القضية؛ فهذه الأمور هي وحدها التي يتعلق بها التفريق بين الحكم الباطن، وهو الديانى؛ والحكم الظاهر، وهو القضائى؛ فالقضاء يقضى بالظاهر، والحكم الشرعى يعمق النظر فى الباطن.

ولعله يشهد لمثل هذا التفريق فى ناحية الأمور الباطنة، والبعيدة عن سلطة القاضي، ما صح عنه ﷺ أنه قال: (إنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو مما أسمع منه، فمن قطع له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له به قطعة من النار)<sup>(٣)</sup>.

إن الحكم القضائى الذي يحكم به الرسول ﷺ ها هنا، يدور حول الظاهر فحسب، وعمل القاضي: الرسول ﷺ ومن بعده، يدور فى هذه الناحية، أما الحكم الديانى، فهو يجعل ما هو حراماً حراماً، ولو كان الحكم القضائى لا يملك وسيلة إثبات ذلك الباطن، لعدم ظهوره، فيبقى مع الظاهر، الذي قد يحكم بما لا يتلاقى مع ما فى الباطن.

لم أورد التطويل ها هنا، لأننى أكتفى بإيصال الإطار الذي يدور حوله هذا المبحث.

## المطلب الثانى: حكم الوفاء بالوعد

لا بد من استعراض سريع لحكم الوفاء بالوعد فى الشريعة<sup>(٤)</sup>، هل هو مستحبّ فحسب، أم هو واجب؟.

(١) يُنظر: نظرية الدعوى، ل محمد نعيم ياسين، (٤٠).

(٢) الملكية ونظرية العقد، ل محمد أبى زهرة، (١٠٩).

(٣) البخارى، (١٨١/٢-١٨٢، ح: ٢٤٥٨)، ومسلم بشرح النووي، (٢٨٥/٦، ح: ١٧١٣)؛ هذا، وفى مرات تالية، سأذكر المرجع الأخير، هكذا: مسلم، مع رقم الجزء والصفحة فحسب.

(٤) الوعد اصطلاحاً على ما فى عمدة القارى للعيني، (٢٢٠/١): «الإخبار بإيصال الخير فى المستقبل»؛ وقال الخطاب المالكي، كما فى فتح العلي المالكي، ل محمد أحمد عليش، (٢٥٤/١): «إخبار عن إنشاء المخبر معروفاً فى المستقبل»، وقد قرّر بعض الباحثين، استناداً إلى تعريف الخطاب المالكي، أن الوعد إنما يكون فيما هو قرينة، كتبرّع أو قرض، وما شابه ذلك، أما ما يدخل فى عقود المعاوضات، أو فى الأمور العادية، مما ليس الوعد به قرينة، فليس الوعد حاصلًا فيها، ولا مبحثاً، فى وجوب

لا كلام في وجوب امتثال ما وجب أصلا بالشرع، بلا وعد أصلا؛ وكذا لا كلام في تحريم القيام بما حُرِّم أصلا في الشرع، ولو وَعَدَ به<sup>(١)</sup>؛ واتفق العلماء على أن الوفاء بما هو مباح مما ينبغي أن تكون عليه صفة المسلم<sup>(٢)</sup>؛ أما حكم الوفاء بما هو مباح من حيث الوجوب أو عدمه، فقد تعددت فيه أقوال الفقهاء، غير أني، وبعد تمحيصها، وجدتُ من المناسب اعتبارها أقوالا ثلاثة فحسب، وربما يُلمح في بعضها بعض التفاوت في جوانب من تفاصيلها، فيتمثّل في القول الواحد أكثر من قول؛ ولأجل هذا التفاوت المذكور، فقد رأيتُ من المناسب ذكْرَها على شكل اتجاهات ثلاثة، يتضمن بعضها ذلك التفاوت المذكور، وذلك فيما يلي:

**الاتجاه الأول:** استحباب الوفاء بالوعد، وقد نسبته النووي إلى الجمهور<sup>(٣)</sup>؛ وهو الأصل في كلام الحنفية فيما إذا كان الوعد مجردا عن شرط التعليق، وإن كان سيأتي نصُّ عندهم بوجوب الوفاء بهذا الوعد المجرد، وسيأتي توجيهه في محله إن شاء الله تعالى؛ قال الجصاص عن الوعد: «فإن الأولى الوفاء به مع الإمكان»<sup>(٤)</sup>، والتعبير بالأولوية، تعبير بعدم الوجوب؛ والذي منع منه الجصاص هو أن يعدّ وفي ضميره ألا يفني به<sup>(٥)</sup>؛ وقال الكاساني عن الاستصناع: إنه «يجري فيه التقاضي، وإنما يُتقاضى فيه الواجب لا الموعد»<sup>(٦)</sup>؛ وفي الدرر المختار

---

الوفاء به، أو عدمه؛ لقد ذهب إلى هذا الرأي الدكتور محمد عبد الجابر العاني في بحثه: قوة الوعد الملزمة في الشريعة والقانون، نشرته مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ٥، (٢/٧٥٩).

والحق أن بحث الوعد، ملزما أم غير ملزم، أوسع مما ذكره الدكتور العاني، ولا تفيده في هذا الحصر كلمة المعروف، أو كلمة الخير، المذكورتان في التعريفين المذكورين، ذلك أن أي وعد بمباح، يدخل ولا بد في الخير والمعروف، إذ فيه على الأقل، استجابة لحاجات الناس، بيعا وشراءً وشراكةً، وما إلى ذلك، فكلها تصلح للدخول في الخير والمعروف، فلا أحد يجب أن يوعد بشيء من البيع والشراء ونحوهما، إلا وهو يجب أن يوفّي الوعد الذي وعده، فمن هنا جاء شمول المعروف والخير لكل ذلك. وفي بيان وجوب الوفاء بالوعد عامة، بصلّة وبغير صلة وقربة، يقول الشيخ يوسف القرضاوي: «والظاهر من هذه الأدلة أن الوعد، سواء كان بصلّة وبرّ، أم بغير ذلك، واجب الوفاء به، إذ لم تفرّق النصوص بين وعد ووعد»، يُنظر: الوفاء بالوعد، للقرضاوي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ٥، (٢/٨٤٧)؛ وقال أيضا في المرجع نفسه، (٢/٨٥٥): «إن النصوص التي أوجبت الوفاء، وحرّمت الإخلاف، جاءت عامة مطلقة، ولم تفرّق بين وعد ووعد».

(١) يُنظر: المحلّي، لابن حزم، (٨/١٨١)؛ وأحكام القرآن، للجصاص، (٣/٥٩١).

(٢) الأذكار، للنووي، (٤٩٥).

(٣) الأذكار، للنووي، (٤٩٥).

(٤) أحكام القرآن، للجصاص، (٣/٥٩١).

(٥) أحكام القرآن، للجصاص، (٣/٥٩١)، وفي تقرير حسن لهذا المعنى، يُنظر: مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح،

للملّا علي القاري، (٨/٦١٥).

(٦) بدائع الصنائع، للكاساني، (٦/٩٥).

عن الاستصناع أيضا: «ولو كان عِدَّةً، لَمَا لَزِمَ»<sup>(١)</sup>؛ وفي الأشباه والنظائر لابن نجيم عن القنية من كتب الحنفية: «وَعِدَّةُ أَنْ يَأْتِيَهُ، فَلَمْ يَأْتِهِ، لَا يَأْتُمُّ»<sup>(٢)</sup>؛ وفي العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، أنه إذا وعد زيدٌ عَمْرًا، أَنْ يُعْطِيَهُ غِلالَ أَرْضِهِ، ثُمَّ امْتَنَعَ عَنْ إِعْطَائِهِ إِيَّاهَا، فَهَلْ يَلْزَمُ زَيْدًا شَيْءٌ بِمَجْرَدِ الْوَعْدِ؟ الْجَوَابُ: «لَا يَلْزَمُهُ الْوَفَاءُ بِوَعْدِهِ شَرْعًا، فَإِنْ وَقَّى، فِيهَا وَنَعَمْتُ»<sup>(٣)</sup>، فهذه نقول ظاهرة في عدم وجوب الوفاء بالوعد عند الحنفية، وفي أن الوفاء به لا يخرج عن الندب عندهم.

والقول بالاستحباب هو أيضا قول الشافعية والحنابلة في أصل مذهبهم، وكذلك قول الظاهرية.

فقد نقل الإمام النووي من الشافعية الإجماع على أن مَنْ وَعَدَ إِنْسَانًا بِمَا لَيْسَ مِنْهَا عَنْهُ، فَإِنَّهُ يَنْبَغِي الْوَفَاءُ بِالْوَعْدِ، وَهَلْ ذَلِكَ وَاجِبٌ أَمْ مُسْتَحَبٌّ، قَالَ النَّوَوِيُّ: فِيهِ خِلَافٌ بَيْنَهُمْ؛ وَنَقَلَ عَنِ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَالْجُمْهُورُ أَنَّهُ مُسْتَحَبٌّ<sup>(٤)</sup>؛ وَعِبَارَةُ النَّوَوِيِّ فِي الرَّوْضَةِ أَكْثَرَ دَلَالَةً عَلَى اسْتِحْبَابِ الْوَفَاءِ بِالْوَعْدِ، فَقَدْ قَالَ فِيهِ عَنِ الْوَفَاءِ بِالْوَعْدِ: «مُسْتَحَبٌّ اسْتِحْبَابًا مُتَأَكِّدًا، وَيُكْرَهُ إِخْلَافُهُ كِرَاهَةً شَدِيدَةً»<sup>(٥)</sup>؛ وَمَعَ نَصِّهِ هُنَا أَنَّ إِخْلَافَ الْوَعْدِ مَكْرُوهٌ كِرَاهَةً شَدِيدَةً، غَيْرَ أَنَّهُ فِي الْأَذْكَارِ وَصَفَهَا بِالْكَرَاهَةِ التَّزْيِيهِيَّةِ<sup>(٦)</sup>، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

ونصَّ الإمام أحمد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَلَى عَدَمِ لُزُومِ الْوَفَاءِ بِالْوَعْدِ<sup>(٧)</sup>، رَغْمَ مَا سَيَأْتِي مِنْ كَلَامِهِ مَا يُفْهَمُ مِنْهُ وَجُوبُ الْوَفَاءِ بِهِ؛ وَقَالَ الْمُرَادَوِيُّ الْخَنْبَلِيُّ فِي الْإِنْصَافِ: «لَا يَلْزَمُ الْوَفَاءُ بِالْوَعْدِ عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ، نَصٌّ عَلَيْهِ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ...؛ وَذَكَرَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ وَجْهًا أَنَّهُ يَلْزَمُهُ، وَاحْتَارَهُ»<sup>(٨)</sup>؛ وَالشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ هُنَا هُوَ الْإِمَامُ ابْنُ تَيْمِيَّةٍ، عَلَى مَا سَيَأْتِي مِنْ ذِكْرِ مَذْهَبِهِ؛ وَذَكَرَ ابْنَ قَدَامَةَ فِي الْمَغْنِيِّ فِي بَابِ الْقَرْضِ مَسْأَلَةَ الْقَرْضِ الَّذِي يَحِلُّ

(١) الدر المختار، للحصكفي، (٤٤٠).

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، (٣٤٤).

(٣) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، لابن عابدين، (٣٢١/٢).

(٤) الأذكار، للنووي، (٤٩٥)، ويُظنر: الزواجر عن اقتراف الكبائر، لابن حجر الهيتمي، (٢٢٧/١)، والفتوحات الربانية

على الأذكار النووية، (٢٦٠/٦)، لابن علان.

(٥) روضة الطالبين، للنووي، (٣٩٠/٥).

(٦) الأذكار، للنووي، (٤٩٥)، هذا، ولعله يلتقي مع ما قرره الشافعية قول العز بن عبد السلام، وهو شافعي، حينما ذكر

في الفتاوى الموصلية، (١٠٩)، أن المدين لو كان اشترط على نفسه أن يردَّ أفضل مما اقترض، وأكمل منه، فليس ذلك حراما،

ثم قال العز: «لم يبطل القرض بذلك على الأصح، لأنه وعدٌ بإحسان، ومكافأة محسن، فإن وقى بذلك، كان خيرا له»،

والشاهد في عبارة العز وصفه الوفاء بالوعد بالخير.

(٧) قال ابن مفلح من الحنابلة في كتابه: المبدع في شرح المقنع، (٣٤٥/٩): «لا يلزمه الوفاء بالوعد، نص عليه»، أي

الإمام أحمد.

(٨) الإنصاف، للمرداوي، (١٤٥/١١).



حقه عند المستقرض، غير أنه يؤجل أمد رده، قال: «وإن أجل القرض لم يتأجل، وكان حالاً، وكلُّ دين حلَّ أجله، لم يصرِّ مؤجلاً بتأجيله»، ثم ذكر جماعة من العلماء ممن قالوا بهذا القول، وجماعة ممن قالوا بخلافه، ثم قال: «ولنا أن الحقَّ يثبت حالاً، والتأجيل تبرُّع منه ووعدٌ، فلا يلزم الوفاء به»<sup>(١)</sup>؛ والذي يهمُّ من كلام ابن قدامة هنا، ليس ارتباط المسألة بالقروض، تلك التي جعل لها الشرع أحكاماً خاصةً، وإنما وصفه التأجيل بأنه وعدٌ، وأنه لكونه وعداً، فلا يلزم الوفاء به، مما يسمح باعتبار هذا القول قاعدة عند ابن قدامة، وهو أنه لا يلزم الوفاء بالوعد.

ولعله يلتقي بهذا عند الحنابلة، ما ذكره المرادوي من أن الوعد أشبه بالهبة قبل القبض، فهي غير لازمة قبله<sup>(٢)</sup>، أي أنه إذا وعد إنسان آخر أن يهبه شيئاً، فإن الهبة غير لازمة قبل قبض الموعود له إياها، وهذا لا يعني أن الوعد هو ما جعل تلك الهبة المقبوضة لازمة، بل قبضها هو الذي أضفى عليها وصف اللزوم.

والقول باستحباب الوفاء بالوعد فحسب دون لزومه، هو قول ابن حزم، وهذا نصّ كلامه: «من وعد آخر بأن يعطيه مالا معيناً، أو غير معين، أو بأن يعينه في عمل ما، حلف له على ذلك أو لم يحلف؛ لم يلزمه الوفاء به، ويكره له ذلك، وكان الأفضل لو وقى به»<sup>(٣)</sup>؛ وهي عبارة تجمع بين عدم وجوب الوفاء ديانةً، وعدم لزومه قضاءً؛ فابن حزم لم يرتفع بالوعد إلى مستوى لزوم الوفاء به، حتى مع الحلف عليه، وهو أقصى ما هنالك من تعبيرات عن عدم لزوم الوفاء بالوعد.

**الاتجاه الثاني:** وجوب الوفاء بالوعد في حال دون حال: ويتفاوت العلماء الذاهبون إلى مثل هذا الوجوب، في الحال التي يجب فيها الوفاء بالوعد، ولذا، سيتضمن هذا الاتجاه أكثر من قول، رغم التقائها عند أصل القول بوجوب الوفاء بالوعد في بعض الأحوال.

(١) المغني، لابن قدامة، (٣٥٤/٤)، ومعنى المسألة: أنه إذا ضرب لقضاء القرض أجلً، هل هو لازم للمقرض، فلا يجوز أن يطلبه قبله، أم لا يلزمه، فيجوز أن يطلبه قبله؟ ما ذكرته أعلاه هو قول الحنابلة في الراجح عندهم؛ وهو قول الحنفية، كما في البدائع، للكاساني، (٦٥٧/١٠)، وهو كذلك قول الشافعية كما في مغني المحتاج، للشرييني، (٣٤/٣)، بل نصّ الشيرازي في المهذب، (١٨٤/٣)، أنه لا يجوز اشتراط الأجل فيه؛ قال الشيخ علي الخفيف في أحكام المعاملات الشرعية، (٤٣٤): «ووجه ذلك أن المقرض متفضّل محسن، وليس على المحسن من سبيل».

والمالكية هم وحدهم من جعلوا الأجل لازماً، يُنظر: مواهب الجليل، لحطّاب الرعييني، (٥٣٣/٦)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (٢٢٦/٣)؛ قال الشيخ علي الخفيف في أحكام المعاملات الشرعية، (٤٣٤): «لأن الوفاء بالعقود واجب،...، وقد تم العقد على تأجيل الأداء».

(٢) الإنصاف، للمرادوي، (١٤٥/١١).

(٣) المحلى، لابن حزم، (١٨٠/٨).

ف عند الحنفية مثلاً: يلزم الوفاء بالوعد إذا كان على شكل شرط تعليلي: و شرط التعليق هو: «ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى»<sup>(١)</sup>؛ ويلزم الوفاء بالوعد المعلق بمثل هذا الشرط عند الحنفية، أي إذا كان الوعد معلّقاً، فقد ظهر فيه معنى الالتزام، كما في قول القائل: إن شفيتُ أحجّ، ولو قال: أحجّ، لم يلزمه بمجرد<sup>(٢)</sup>؛ ونقل ابن نجيم أنه لا يلزم الوعد إلا إذا كان معلّقاً، وفي بيع الوفاء<sup>(٣)</sup>؛ وهو ما ذكرته مجلة الأحكام العدلية في مادّتها (٨٤)، التي قالت: «المواعيد باكتساب صور التعاليق تكون لازمة».

ونقل ابن عابدين في حاشيته عن جامع الفصولين أن البيّعين: «لو ذكرا البيع بلا شرط، ثم ذكرا الشرط على وجه العقد، جاز البيع، ولزم الوفاء بالوعد، إذ المواعيد قد تكون لازمة، فيجعل لازماً لحاجة الناس»<sup>(٤)</sup>؛ وقوله: قد تكون لازمة، يفيد أن أصل الوفاء بالوعد غير لازم، لكنّ الوفاء بما يكون شرطاً في العقد هو ما يختصّ باللزوم، وهو ما ينقل الأمر عندهم من عدم وجوب الوفاء ديانةً، إلى لزومه قضاءً، على ما تقدّم من أنه تُسبب إليهم وحدهم التفريق بين ما هو قضائي، وبين ما هو دنياني.

وقوله: فيجعل لازماً لحاجة الناس، يفيد أن الوعد يلزم، إذا تعلقت به حاجة الناس؛ ونصّهم هذا يفتح باب النظر فيما تكون به حاجة الناس المتجدّدة.

هذا، ونقل ابن عابدين عن الفتاوى الخيرية: «فقد صرّح علماؤنا بأنهما لو ذكرا البيع بلا شروط، ثم ذكرا الشرط على وجه العِدّة، جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد»<sup>(٥)</sup>.

فقد ظهر من كلام الحنفية أن الوعد لازم في ألوان ثلاثة: الأول: الوعد المعلق بالشرط؛ والثاني: الوعد في بيع الوفاء؛ والثالث: الوعد لحاجة الناس.

وفي المشهور عند المالكية يلزم الوفاء بالوعد إذا كان مرتبطاً بسبب، ودخل الموعد له في السبب<sup>(٦)</sup>، قال الإمام مالك رحمته الله: «إذا سألك أن تهب له ديناراً، فقلت: نعم، ثم بدا لك، لا يلزمك؛ ولو كان افتراق

(١) البحر الرائق، لابن نجيم، (٢/٤)، والدرّ المختار، للحصكفي، (٢٢٠)، ويُنظر: حاشية ابن عابدين، (٣/٣٤١).

(٢) غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، للحموي الحنفي، (٣/٢٣٧)، وفي البحر الرائق، لابن نجيم،

(٢/٣٢٠): «إذا قال: أنا أحجّ، لا شيء عليه؛ ولو قال: إن فعلتُ كذا، فأنا أحجّ، ففعل، يلزمه ذلك».

(٣) نقله ابن نجيم في الأشباه والنظائر، (٣٤٤)، عن البزازية وعن الزيلعي؛ هذا، وصورة بيع الوفاء، كما في البحر الرائق

لابن نجيم، (٨/٦): «أن يقول البائع للمشتري: بعثُ منك هذا العين بدين لك عليّ، على أي متى قضيتُ الدّين، فهو لي؛ أو يقول البائع: بعثُك هذا بكذا، على أي متى دفعتُ لك الثمن، تدفع العين إليّ».

(٤) حاشية ابن عابدين، (٥/٨٤).

(٥) حاشية ابن عابدين، (٥/٨٤).

(٦) فتح العلي المالك، لعليش، (١/٢٥٥).

الغرماء عن وعدٍ وإشهادٍ لأجله، لزمك، لإبطالك مغرماً بالتأخير<sup>(١)</sup>، والشاهد في كلام مالك رحمته الله هنا إلزامه الوفاء بالوعد حينما يدخل الموعود له في سبب، بأن يتفرّق الغرماء عنه بعد وعده بأن يعطيه لأجل وعده؛ لا ما ذكره في أول كلامه، حينما لم يكن ثمّة دخول في السبب، فهو غير لازم عنده؛ ونقل القرطبي عن بعض المالكية قوله: «إذا وعد الغرماء فقال: أشهدكم أنني قد وهبتُ له من أن يؤدّي إليكم، فإن هذا يلزمه؛ وأما أن يقول: نعم، أنا أفعل، فلا أرى عليه ذلك»، علّق القرطبي بقوله: «أي لا يقضى عليه بذلك، فأما في مكارم الأخلاق، فنعم»<sup>(٢)</sup>، وفي البيان والتحصيل لابن رشد الجدلّ أن أشهب سئل عن رجل اشترى من رجل كرمًا، فخاف الوضيعة، فأتى ليستوضعه، فقال: بع وأنا أرضيك؛ قال أشهب: «إن باع برأس المال أو يربح، فلا شيء عليه، وإن باع بوضيعة، كان عليه أن يرضيه»<sup>(٣)</sup>؛ وهذه المسألة التي ذكرها أشهب، وذكرها قبله مالك رحمته الله، هي ما يصفه المالكية بأنه ارتباط الوعد بسبب، مع دخول الموعود في السبب؛ وقد ذكر ابن العربي المالكي أن الوعد لا يخلو أن يكون منوطاً بسبب، كأن يقول: إن تزوّجت أعتك بدينار، أو إذا قال: إن اشترت كذا، أعطيتك كذا؛ قال: «فهذا لازم إجماعاً من الفقهاء»، قال: «وإن كان وعداً مجرداً، فقليل: يلزمه بمطلقه»، ثم قال: «والصحيح عندي أن الوعد يجب الوفاء به على كل حال، إلا لعذر»<sup>(٤)</sup>.

هكذا يبدو قول المالكية في الأمر، وهو القائم على التمييز بين ما يكون من الوعد مؤدياً إلى تصرف مالي ذي كلفة، تصرفه إنسان بناء على وعدٍ من غيره، فيقضى به؛ وبين ما يكون من وعدٍ مجرد، لم تتبعه كلفة، فلا يلزم الوفاء به قضاءً، وإن لزمه أخلاقاً.

وعند بعض المالكية أن الوعد يلزم ولو لم يدخل في السبب: وهو قول قوي عند المالكية، وهو قول إصغ منهم، وهو أيضاً منسوب إلى الإمام مالك رحمته الله<sup>(٥)</sup>.

**الاتجاه الثالث:** لزوم الوفاء بالوعد إطلاقاً: ذكر البخاري أنه قول الحسن البصري، وأنه قضاء قاضي الكوفة ابن الأشوع<sup>(٦)</sup>؛ ونقل الحافظ ابن حجر أن قليلاً من أهل العلم من جعل الوعد ملزماً، وأن عمر بن عبد العزيز من هؤلاء<sup>(٧)</sup>، وهو كذلك قول ابن شبرمة، وقال بلزوم القضاء به، والإجبار على الوفاء به<sup>(٨)</sup>، وقد

(١) الفروق، للقرافي، (٤٧/٤)، ويُنظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، (٨٠/١٨).

(٢) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، (٨٠/١٨)، والكلام الذي نقله القرطبي هو من كلام ابن القاسم.

(٣) البيان والتحصيل، لابن رشد الجدلّ، (١٨/٨).

(٤) أحكام القرآن، لابن العربي، (٤/١٨٠٠).

(٥) فتح العلي المالكي، لعليش، (٢٥٦/١).

(٦) البخاري، (٢٤٦/٢).

(٧) فتح الباري، لابن حجر، (٣٤٢/٥).

صحّح ابن العربي المالكي وجوب الوفاء بالوعد على كل حال إلا لعذر<sup>(٢)</sup>، وهو كذلك قول ابن الشاط من المالكية، فقد قال بعد أن قرّره: «فتعيّن تأويل ما يتناقض مع ذلك»<sup>(٣)</sup>؛ واختار لزوم الوفاء به الإمام ابن تيمية<sup>(٤)</sup>، وهو وجه عند الحنابلة، لكن صحيح المذهب هو عدم لزومه، كما تقدّم؛ كما اختار القول ذاته الإمام تقي الدين السبكي، كما نقله عنه ابنه في طبقات الشافعية الكبرى<sup>(٥)</sup>.

ولعله يلتقي مع هذا القول، قول من يصرّح بتحريم الخلف بالوعد، فقد نقل ابن نجيم الحنفي عن بعض مصادر الحنفية أن: «الخلف بالوعد حرام»<sup>(٦)</sup>؛ وهذا يفيد، كما تقدّم، أن المسألة محل خلاف عند الحنفية، وتوجيه هذا الاختلاف في تقديري، يعود إلى انقسام الكلام عند الحنفية، فبعضهم يتحدّث عن حكم الوفاء ديانة، فيجعله مستحبا؛ وبعضهم يتحدّث عن الإلزام به قضاءً، فيجعله لازما على هذا المعنى؛ فأوهم الأمر أن ثمة خلافا عندهم، رغم أن الأمر قد لا يتجاوز اختلاف النظر، خاصة أنه فيمن يُنسب إليهم القول بالتمييز بين الحكم ديانة والحكم قضاءً، فهو مشهور عن الحنفية دون غيرهم<sup>(٧)</sup>.

هذا، وصرّح بتحريم الإخلاف بالوعد إطلاقاً أيضا جماعة من العلماء الشافعية، نسبه إليهم ابن حجر الهيتمي دون ذكره لأسمائهم<sup>(٨)</sup>.

وهو كذلك ما يفهم من بعض ما روي عن الإمام أحمد، فقد ذكر المرداوي أنه قيل للإمام أحمد رضي الله عنه: بم يعرف الكذابون؟ قال: «يخلف الوعد»<sup>(٩)</sup>، وهذا يفيد وجوب الوفاء بالوعد ديانة، ولعل هذا المنقول عن أحمد

(١) نسبه إليه ابن حزم في المحلّي، (١٨١/٨).

(٢) أحكام القرآن، لابن العربي، (١٨٠٠/٤).

(٣) قاله ابن الشاط في تعليقه على الفروق، للقرافي، (٤٩/٤)، غير أن القول بلزومه مطلقا، هو قول ضعيف جدا عند

المالكية، كما في فتح العلي المالكي، لعليش، (٢٥٦/١).

(٤) الإنصاف، للمرداوي، (١٤٥/١١)، والأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية، تأليف علاء

الدين البعلبي الحنبلي، (٤٧٩).

(٥) طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين السبكي، (٢٣٢/١٠)، وذكر التاج السبكي قول والده هذا ضمن الأقوال التي

ليس عليها المذهب الشافعي.

(٦) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، (٣٤٤).

(٧) تقدّم أن هذا ما نصّ عليه الدكتور وهبة الزحيلي في بحثه: المشاركة المتناقضة وصورها في ضوء ضوابط العقود

المستحدّة، نشره موقع فقه المصارف الإسلامية، <http://www.badlah.com>

(٨) الزواجر عن اقتراف الكبائر، لابن حجر الهيتمي، (٢٢٨/١).

(٩) الإنصاف، للمرداوي، (١٤٦/١١).

رواية أخرى في المسألة عنه، مع تلك الرواية التي ذكرتها في القول الأول، القاضي باستحباب الوفاء بالوعد.

هكذا بدت المسألة على اتجاهات ثلاثة، وهي ذاتها تتضمن الأقوال الخمسة التالية:

**القول الأول:** استحباب الوفاء بالوعد، وهو قول الجمهور.

**القول الثاني:** لزوم الوفاء بالوعد إذا كان على شكل شرط تعليقي، وهو قول الحنفية.

**القول الثالث:** لزوم الوفاء بالوعد إذا كان مرتبطاً بسبب، ودخل الموعود له في السبب؛ وهو المشهور عند المالكية.

**القول الرابع:** لزوم الوفاء بالوعد إذا كان مرتبطاً بسبب، ولو لم يدخل الموعود له في السبب؛ وهو قول قوي عند المالكية.

**القول الخامس:** لزوم الوفاء بالوعد إطلاقاً؛ وهو قول جماعة من العلماء، على رأسهم ابن الأشوع والحسن البصري وعمر بن عبد العزيز، ثم ابن تيمية والتقي السبكي.

### المطلب الثالث: أدلة الفرقاء

هنالك العديد مما يمكن اعتباره دليلاً لكل قول من تلك الأقوال، أجملها فيما يلي:

#### أولاً: أدلة القائلين باستحباب الوعد وعدم وجوبه:

١- روى مالك في الموطأ مرسلًا أن رجلاً قال لرسول الله ﷺ: أكذب امرأتِي يا رسول الله؟ فقال ﷺ: (لا خير في الكذب)، فقال الرجل: يا رسول الله، أعدّها وأقول لها؟ فقال رسول الله ﷺ: (لا جناح عليك)<sup>(١)</sup>؛ فالرسول ﷺ نفى الجناح، أي الإثم، عمّن وعد زوجته، فلم يف؛ أما كيف عُرف أنه يقصد أنه لم يف لها بوعدها؟ فهو سياق الحديث الذي يستشير فيه رجلٌ رسول الله ﷺ أن يكذب على زوجته، فبين له أنه لا خير في الكذب، فلما سأله عن إيعادها، رفع عنه الجناح، مما يعني أنه سأله عن إيعادها بما لا يفِي به، لدلالة السؤال عن الكذب أولاً.

وليس ثمة دليل آخر من نصوص الوحي الشريف على عدم وجوب الوفاء بالوعد<sup>(٢)</sup>.

(١) الموطأ، لمالك بن أنس، (٩٨٩/٢).

(٢) سوى ما ذكر لهم مما روي عنه ﷺ أنه قال: (إذا وعد الرجلُ الرجلَ، وينوي أن يفِي به، ولم يف، فلا جناح عليه)؛ وهو على ضعفه كما سيأتي في الهامش رقم ٥، من صفحة (٣٩)، فقد ذكره القرافي في الفروق، (٤٤/٤)، في أدلة القائلين

٢- الوعد في معنى الهبة قبل القبض<sup>(١)</sup>، فمن وهب إنسانا فلا تلزمه إلا بقبضها، وكذلك الوعد لا يلزمه.

٣- وقع الإجماع على<sup>(٢)</sup> أن من وعد رجلا بمال، إذا أفلس الواعد، لا يُضرب للموعد بالوعد مع الغرماء، ولا يكون مثل ديونهم اللازمة بغير الوعد<sup>(٣)</sup>، أي أن المفلس إذا كان قد وعد إنسانا بمال قبل إفلاسه، ثم حُكِمَ عليه بتوزيع ماله على الغرماء، فإن الموعد بالمال من قبل الواعد المفلس، لا يُقسَم له نصيب من مال الواعد عند توزيع ماله على الغرماء، وهو ما يعني أنه لو كان الوعد لازما، لكان للموعد حق بمال الواعد، لينال منه نصيبا أسوة بسائر الغرماء، لأن حكمه سيكون كحكمهم.

### ثانياً: أدلة القائلين بوجوب الوفاء بالوعد المجرّد:

استدلوا بنصوص عديدة، ولا يتسع البحث لها جميعها، بل أذكر بعضها، وبعض ما سأذكره، إنما هو عنوان لمجموعات من النصوص في مفهوم أو موضوع محدّد، على ما سيأتي.

١- قال الله تعالى: (كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون)، (الصف: ٣)؛ والآية فيها ذمٌ ووعد<sup>(٣)</sup>، وظاهر عمومها يشمل إخلاف الوعد<sup>(٤)</sup>، فقد ذمّ تعالى إخلاف الوعد، بعموم ذمّه لمن قال قولاً وعمل بخلافه، ولا يعدو إخلاف الوعد أن يكون عملاً بخلاف القول، وهو ممقوت بنصّ الآية؛ وقد ذُكرت الآية دليلاً لقول من يقول بوجوب الوفاء بالوعد<sup>(٥)</sup>.

٢- النصوص التي تُلزم بالوفاء بالعهد والعقد، كقوله تعالى: (وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً)، (الإسراء: ٣٤)؛ وقوله: (أوفوا بالعقود)، (المائدة: ١)؛ وجه الدلالة: الوعد ذاته عهد وعقد، والأمر بالوفاء بهما، أمرٌ بالوفاء بالوعد؛ ومن الباب نفسه أيضاً، قوله ﷺ في بيان خصال النفاق: (وإذا عاهد غدر)<sup>(٦)</sup>.

٣- النصوص التي تُثني على من كان صادق الوعد، كقوله تعالى في وصف إسماعيل ﷺ: (إنه كان صادق الوعد وكان رسولا نبيا)، (مریم: ٥٤)؛ وجه الدلالة: أن الوفيّ بالوعد موصوف بالصدق، فيوصف الذي لا يوفي به بعدم الصدق، أي بالكذب، وهو حرام.

---

بوجوب الوفاء بالوعد، كما سيأتي، ودلالته أقرب على الوجوب منها على الاستحباب، إذا أخذ بمفهوم المخالفة.

(١) المبدع في شرح المقنع، لابن مفلح، (٣٤٥/٩).

(٢) أضواء البيان، للشنقيطي، (٣٠١/٤)، ونقل الإجماع الحافظ ابن حجر في فتح الباري، (٣٤٢/٥).

(٣) يُنظر: الإمام في بيان أدلة الأحكام، للعز بن عبد السلام، (١٠٥-١٠٦، ١٠٨).

(٤) أضواء البيان، للشنقيطي، (٣٠٤/٤).

(٥) ذكرها دليلاً للقائلين بالوفاء بالوعد: ابن مفلح، في كتابه: المبدع، (٣٤٥/٩).

(٦) البخاري، (١٧/١، ح: ٢٤)، ومسلم، (١٢٤/٢، ح: ٥٨).

٤ - قال ﷺ: (آية المنافق ثلاث..)، وذكر منها: (وإذا وعد أخلف)<sup>(١)</sup>؛ ووجه الاستدلال: أن إخلاف الوعد من صفات المنافقين<sup>(٢)</sup>، وفي هذا ما فيه من التنفير من الخلف بالوعد؛ قال القرافي عما تضمنه هذا الحديث تنفيراً من عدم الوفاء بالوعد: «فذكره في سياق الذم دليل على التحريم»<sup>(٣)</sup>؛ وذكر هذا الحديث في معرض الاستدلال لقول من قال بوجوب الوفاء بالوعد<sup>(٤)</sup>.

٥ - روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: (إذا وعد الرجل الرجل، وبنوي أن يفني به، ولم يف، فلا جناح عليه)<sup>(٥)</sup>؛ وجه الدلالة: دلّ الحديث بمفهومه أن الوعد إذا اقترن بنية عدم الوفاء به من قبل الواعد، فهو حرام.

(١) المسند، للإمام أحمد، (٣٨٨/٨، ح: ٨٦٧٠)، والبخاري، (١٧/١، ح: ٣٣)، ومسلم، (١٢٤/٢، ح: ٥٩)، والنسائي، (٤٩١/٨، ح: ٥٠٣٦)، والترمذي، (١٩/٥، ح: ٢٦٣١).

(٢) غير أنه لا بد من لفت النظر إلى أن الحديث ليس على إطلاقه، فليس كل من أخلف وعده منافقاً، ذلك أنه يصلح وصفه فعلاً بالنفاق إذا كان قد نوى الإخلاف فعلاً، كما هو آتٍ في حديث الترمذي التالي له مباشرة.

وأما الذي يبلغ مبلغ المنافقين، فهو الذي ينوي الخلف في نفسه، رغم تظاهره بالوفاء، فهو الأليق بأصل النفاق، ولقد وُصف المنافقون بالنفاق لإبائهم خلاف ما أظهروا؛ ذكر الإمام الغزالي ﷺ في الإحياء، (٢٨٨/١)، نوعين للنفاق، أحدهما: المُخْرِج من الدين؛ والثاني: المفضي بصاحبه إلى النار، أو الذي يُنقصه من درجات عليين، ثم قال الغزالي: «وأصل هذا النفاق: تفاوت بين السرّ والعلانية، والأمن من مكر الله، والعجب»؛ وعلى هذا، فالذي يُسرّ الخلف، ليس كالذي لا يُسرّ، بل طرأ عليه الخلف دونما قصد نفسي إليه؛ قال حجة الإسلام الغزالي ﷺ في إحياء علوم الدين، (١٨٦٢/٣)، عن علامات المنافق الثالث: «وهذا يتزل على من وعد وهو على عزم الخلف، أو ترك الوفاء عن غير غدر، فأما من عزم على الوفاء، فعن له عذر منعه من الوفاء، لم يكن منافقاً، وإن جرى عليه ما هو صورة النفاق».

ويُنظر: تحفة الأحوذى، للمباركفوري، (٤٢٠/٧)؛ ولقد ذكرت أعلاه كلام القرافي أن هذا فيمن كان النفاق له سجيّة، ولعلّه يصحّ أن يُستدلّ لكلام القرافي هنا بحديث الصحيحين: البخاري، (١٢٣/٤، ح: ٦٠٩٤)، ومسلم، (٢١١/٨، ح: ٢٦٠٧)، عن عبد الله بن مسعود ﷺ أنه ﷺ قال: (..وما يزال الرجل يكذب ويتحرى الكذب حتّى يكتب عند الله كذاباً)، ووجه الاستدلال بهذا الحديث، ما تضمنته من تسمية الرجل كذاباً حينما يتحرى الكذب، وهو ما يجعل الكذب سجيّة له، مما يعني أنه إن لم يكن من سجيّته الكذب، لأنه لم يتحرّ الكذب، فلا يكتب عند الله كذاباً، وكذا شأن صفات المنافقين، فالذي يتحراها هو من يتّصف بها.

(٣) الفروق، للقرافي، (٤٢/٤)؛ غير أنه عاد فيما بعد ليقرّر أن هذا التحريم متعلّق بما إذا كان الإخلاف سجيّة، فقال في الفروق (٤٨/٤): «وأما ذكر الإخلاف في صفة المنافق، فمعناه أنه سجيّة له».

(٤) ذكره دليلاً للقائلين بالوفاء بالوعد: ابن مفلح، في كتابه: المبدع، (٣٤٥/٩).

(٥) الترمذي، (٢٠/٥، ح: ٢٦٣٣)، واللفظ له، وهو في أبي داود، (٣٢٧/٤، ح: ٤٩٩٥)، ورواه الطبراني (٢٧٠/٦، ح: ٦١٨٦)، مطوّلاً؛ والحديث ضعيف لضعف اثنين من رواته، كما ذكر الترمذي في سننه، (٢٠/٥)؛ وضعّفه الألباني في ضعيف الجامع الصغير، (١٠٣، ح: ٧٢٣).

٦- ما رواه الترمذي عن رسول الله ﷺ أنه قال: (لا تمار أخاك، ولا تمازحه، ولا تعدّه موعداً، فتخلفه)<sup>(١)</sup>؛ ومعنى: لا تمار: أي لا تخاصم ولا تجادل؛ ومعنى: ولا تمازحه: أي مزاحاً يؤذيه<sup>(٢)</sup>؛ ووجه الدلالة ظاهر من العبارة الأخيرة في الحديث، فهي تتضمن النهي عن وعدٍ بإخلاف.

٧- ما روي أن رسول الله ﷺ قال: (وَأَيُّ الْمُؤْمِنِ حَقٌّ وَاجِبٌ)<sup>(٣)</sup>، والوأي هنا هو الوعد<sup>(٤)</sup>؛ أي «بمترلة الحق الواجب عليه في تأكّد الوفاء»<sup>(٥)</sup>؛ ووجه الاستدلال: وصف الوفاء بالوعد بالوجوب.

٨- ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: (العِدَّةُ دَيْنٌ)<sup>(٦)</sup>؛ وجه الدلالة أنه جعل العِدَّةَ، وهي الوعد، جعلها ديناً، وبما أن الدّين واجب الأداء، فإن العِدَّةَ على هذا واجبة الوفاء، «فجعلها ديناً، دليل على لزومها»<sup>(٧)</sup>.

هذا أهم ما استدلل به على الوجوب، وثمة أدلّة لا تخرج عن مضمونه، أترك ذكرها خشية التّطويل<sup>(٨)</sup>.

### ثالثاً: أدلة القائلين بوجوب الوفاء بالوعد في حال دون حال:

بيّنت سابقاً أن أصحاب هذا الاتجاه، يلزمهم القول باستحباب الوفاء بالوعد المحرّد، وهذا ما يجعل أصل الوعد عندهم استحباب الوفاء به، فتكون أدلتهم على استحباب الوفاء به ذات الأدلة المذكورة للاتجاه الأول.

---

(١) الترمذي، (٣٥٩/٤، ح: ١٩٩٥)، قال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب»، غير أنه لا يصحّ تحسين الترمذي له، إذ فيه الليث بن أبي سليم، قال الحافظ في التقريب، (٥٤٢): «صدوق، اختلط جداً، ولم يتميز حديثه، فترك»؛ وقد ضعّف الألباني هذا الحديث في ضعيف الجامع الصغير، (٩٠٦، ح: ٦٢٧٤).

(٢) تحفة الأحوذى، للمباركفوري، (١٢٠/٦).

(٣) رواه أبو داود في مراسيله، (٥٣٠، ح: ٥١٩)، وضعّفه الألباني في ضعيف الجامع الصغير، (٨٨٣، ح: ٦١١٤)، وهذا فيما يبدو لي لأجل إرساله، وربما يكون أيضاً لأجل أحد رواته، وهو هشام بن سعد، فهو ضعيف عند ابن حزم، يُنظر: المحلّي، (١٨١/٨)، صدوق له أوهام عن الحافظ ابن حجر؛ يُنظر: تقريب التهذيب، (٦٦٥).

(٤) معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، (٨٠/٦).

(٥) فيض القدير، للمناوي، (٣٦٠/٦).

(٦) ذكره ابن مفلح في المبدع في شرح المقنع، (٣٤٥/٩)، وذكر أن إسناده ضعيف، وضعّف السيوطي إسناده في الجامع

الصغير، مع فيض القدير، للمناوي، (٣٧٧/٤).

(٧) أضواء البيان، للشنقيطي، (٣٠٠/٤).

(٨) للاطلاع على العديد من أدلة القول بوجوب الوفاء بالوعد، يُنظر: أضواء البيان، للشنقيطي، (٣٠٠/٤-٣٠٤)،

والمحلّي، لابن حزم، (١٨١/٨).



فيبقى البحث عن أدلتهم في لزوم الوفاء بالوعد حينما يحفّه ما تقدّم من حال من الأحوال المذكورة، وأذكرها كما يلي:

لعل دليل من قال منهم بلزوم الوفاء بالوعد حينما يكون على شكل شرط تعليلي، هو أنه صار عقداً، أو جزءاً من العقد، فينال بذلك اللزوم نفسه الذي يناله العقد؛ فلا يحتاجها هنا إلى دليل خاص، بل دليله هو ما يُعرف من أدلة وجوب الوفاء بالعقود، كقوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)، (المائدة: ١).

أما قول المالكية، سواء في المشهور عندهم، أو في غير المشهور، فإن عدم التزام الواعد بوعدده، يؤدّي إلى إضرار بالموعود، والإضرار حرام؛ واستدلوا على تحريم الإضرار بالحديث المشهور الصحيح<sup>(١)</sup>، عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا ضرر ولا ضرار)<sup>(٢)</sup>، والحديث عمدة في بابه.

ووجه الدلالة: أن هذه الشاكلة من الوعود، تؤدّي بالموعود إلى دخوله أمراً ما كان ليدخله لولا الوعد، فإذا دخله ولم يف الواعد بوعدده، وقع عليه من جرّاء هذا إضرار في نفسه أو ماله، وهو ما نفى الشرع جوازه.

### المطلب الرابع: مناقشة الأدلة

هذه مناقشات عديدة لما تقدّم من الأقوال في مسألة حكم الوفاء بالوعد..

#### أولاً: مناقشة أدلة القائلين باستدباب الوفاء بالوعد

أولاً: نوقش الدليل الأول بأنه مرسل، كما تقدّم ذكر ذلك، ومُرسله عدلٌ ثقة مشهود له<sup>(٣)</sup>؛ غير أنه يُجاب: إن المرسل ليس ضعيفاً بإطلاق، إذ احتجّ به أبو حنيفة ومالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه؛ ثم لم

---

(١) ولا يضرّ الحديث رواية الإمام أحمد له بإسناد ضعيف، ذلك أن ابن ماجه قد رواه بإسناد آخر صحيح، صحّحه العلامة المحدّث أحمد شاكر في تعليقه على رواية المسند، (٢٦٧/٣)، قائلا: «ومعناه صحيح ثابت بإسناد صحيح عند ابن ماجه»؛ وصحّحه الألباني في إرواء الغليل، (٤١٣/٣)، وأطال النفس في بحثه، وفي تعداد طرقه، وأخذ منه ذلك ست صفحات متتالية، وبعد أن ذكر جملة من طرقه قال: «فهذه طرق كثيرة لهذا الحديث قد جاوزت العشر، وهي وإن كانت ضعيفة مفرداتها، فإن كثيراً منها لم يشتدّ ضعفها، فإذا ضمّ بعضها إلى بعض تقوى الحديث بها، وارتقى إلى درجة الصحيح إن شاء الله تعالى»، وقبل الألباني قال المناوي في فيض القدير، (٤٣٢/٦): «والحديث حسنه النووي في الأربعين، قال: ورواه مالك مرسلًا، وله طرق يقوى بعضها بعضًا، وقال العلاتي: للحديث شواهد ينتهي مجموعها إلى درجة الصحة أو الحسن المحتجّ به». وما تقدّم من تعدّد طرقه، ومن تصحيح بعضها، يُردّ على ابن حزم في تضعيفه إياه في المحلّي، (٥٤/٩)، ورغم تضعيفه إياه، إلا أنه قال: «إلا أن معناه صحيح».

(٢) المسند، (٢٦٧/٣)، ح: ٢٨٦٦، وابن ماجه، (١٠٦/٣)، ح: ٢٣٤٠، و٢٣٤١.

(٣) مرسله في الموطأ هو: صفوان بن سليم، وثقه ابن سعد وسفيان والنسائي وغيرهم، قال أحمد: «هذا رجلٌ يُستسقى

يردّه الشافعي مطلقاً، بل قبله أيضاً بشروط<sup>(١)</sup>؛ فلا يلزم كونه مرسلًا من يحتجّ بالمرسل؛ لأجل هذا فأرى الصواب في مناقشة الاستدلال به أن يقال: إن هذا الحديث لا يدلّ على أكثر من تلك الفسحة في التعامل، والتي سمح الله بها للرجل مع زوجته، من الكذب عليها، وفي حدود ضيقة، وقد أبيع للرجل الكذب على زوجته، ومنه إخلافه ما وعدها<sup>(٢)</sup>.

**ثانياً:** نوقش الدليل الثاني المستند على عدم لزوم الهبة قبل قبضها، بأنه استدلال بما هو محلّ خلاف، ذلك أن مذهب مالك رحمته الله يقوم على لزوم الهبة بمجرد القول، وقبل قبضها<sup>(٣)</sup>.

**ثالثاً:** ونوقش الدليل الثالث، والقائم على عدم استحقاق الموعود له ما وعد به مع الغرماء حين قسمة ماله بينهم، بأن ثمة فرقا بين هذه المسألة ومسألة لزوم الوعد في حالة التورّط بسبب، ففرق ما يلزم بالوعد، مما لا يلزم به، أن ما يلزم بالوعد، يكون بسبب ورطة تورّطها الموعود له في أمر، فيصيبه الضرر نتيجة دخوله في السبب؛ بخلاف سواه، إذ لا سبب، فلا ضرر؛ وعليه، فلا يلزم القائلون بلزوم الوعد بقول من يقول بعدم الضرب للموعود بالوعد مع الغرماء، ذلك أنه لا ضرر في حالة الضرب تلك، بخلاف حالة التورّط<sup>(٤)</sup>.

---

بحديثه، ويتزل القطر من السماء بذكره<sup>(٥)</sup>؛ يُنظر: تهذيب التهذيب، لابن حجر، (٤/٤٢٥)؛ ويكفي مرسله قول الإمام أحمد المذكور.

(١) يُنظر مذهب أبي حنيفة في المرسل: أصول السرخسي، (١/٣٦٠)، وقد ذكر أن مرسل القرون الثلاثة الأولى حجة عند الحنفية؛ وأما مذهب المالكية فيُنظر: الإشارة في أصول الفقه، للباجي، (٢٠٩-٢١٥)، وفيه يقرّر أن مذهب مالك أن المرسل حجة إذا كان مرسله عدلاً عارفاً بما أرسل، ويذكر أن مالكا احتجّ بالمرسل في مواضع كثيرة؛ وفي مذهب الحنابلة يُنظر: الكوكب المنير، لابن النجار الحنبلي، مع شرحه، له أيضاً، (٢/٥٧٦-٥٧٧)؛ ونقل ابن النجار عن ابن جرير الطبري قوله: «إن التابعين أجمعوا على قبول المراسيل، ولم يأت عن أحد إنكارها إلى رأس المائتين».

أما قول الإمام الشافعي رحمته الله، فيُنظر فيه: الأحكام، للآمدي، (٢/١١٢)، وينقل فيه قول الشافعي بقبول المرسل إذا كان من مراسيل الصحابة، أو أسنده غير مرسله، أو أرسله راوٍ آخر يروي عن غير شيوخ الأول، أو عضده قول صحابي أو قول أكثر أهل العلم، أو إذا عُرف من حال مرسله أنه لا يرسل عمّن فيه علة؛ ثم قال الآمدي بعد ذلك، المرجع نفسه، (٢/١١٣): «والمختار قبول مراسيل العدل مطلقاً».

(٢) الوفاء بالوعد، ليوسف القرضاوي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ٥، (٢/٨٥٣).

(٣) يُنظر: فتح العلي المالک، لعليش، (١/٢١٨)، وقال الشيخ عليش: «بل نقل ابن رشد الاتفاق على لزوم الهبة بالقول».

(٤) يُنظر: أضواء البيان، للشنقيطي، (٤/٣٠١).

## ثانياً: مناقشة أدلة القائلين بوجوب الوفاء بالوعد

أولاً: الاستدلال بحديث: (وَأَيُّ الْمُؤْمِنِ وَاجِبٌ)؛ وبحديث: (العدة دين)، وبحديث النهي عن إيعاد الإنسان أخاه موعداً ثم إخلافه إياه؛ وكذا بحديث: (إِذَا وَعَدَ الرَّجُلُ الرَّجُلَ، وَيَبْغِي أَنْ يَفِي بِهِ، وَلَمْ يَفِ، فَلَا جَنَاحَ عَلَيْهِ)؛ لا يصحّ، لأن هذه الأحاديث ضعيفة؛ وفيما يتعلق بالحديث الأخير منها، فهو أيضاً ضعيف، فرغم قول الحافظ ابن حجر: «وإسناده لا بأس به، ليس فيهم من أجمع على تركه»<sup>(١)</sup>، إلا أنه يترجّح لديّ ضعفه، إذ فيه مجهولان، كما ذكر الترمذي<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: الاستدلال بالنصوص التي تأمر بالوفاء بالعهد، وكذا التي تصف المنافق بغدره بالعهد؛ أخصّ من المطلوب، فالعهد غير الوعد، وقد تقدم أن الوعد هو الإخبار بإيصال خير في المستقبل<sup>(٣)</sup>، أما العهد، فهو الوعد ذاته حين يكون موثّقاً، ويلزم مراعاته<sup>(٤)</sup>، فهو فوق الوعد، أو هو وعدٌ وزيادة؛ فلا يصحّ الاستدلال بأدلة وجوب الوفاء بالعهد، على وجوب الوفاء بالوعد<sup>(٥)</sup>.

وكذلك القول في الاستدلال بالنصوص الآمرة بالوفاء بالعقود، فالعقد أخصّ من الوعد أيضاً.

ثالثاً: نوقش الاستدلال بقوله تعالى: (كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ)، بأن المقصود به هو ما تدل عليه مناسبتها، وهي أن قوماً قالوا: لو علمنا أفضل الأعمال إلى الله، لسارعنا إليه؛ فلما نزل فرض الجهاد، تثاقلوا عنه؛ وقيل: بل نزلت في قوم قالوا: جاهدنا وأبليتنا، وهم لم يفعلوا؛ وقيل: بل نزلت في المنافقين<sup>(٦)</sup>.

---

(١) فتح الباري، لابن حجر، (١١٢/١)، وأشار السيوطي إلى حسن حديث قريب منه في الجامع الصغير، يُنظر: فيض القدير شرح الجامع الصغير، للمناوي، (٣٥٨/٥، ح: ٧٥٧٦)، غير أن الألباني ضعّفه في ضعيف الجامع الصغير، (١٠٣، ح: ٧٢٣)، والصواب قول الألباني، ففيه مجهولان جهّلهما الحافظ نفسه.

(٢) الترمذي، (٢٠/٥).

(٣) عمدة القاري، للعيني، (٢٢٠/١)، وقريب منه ما في فتح العلي المالك، لعليش، (٢٥٤/١).

(٤) قال المناوي في التوقيف على مهمات التعاريف، (٥٢٩): «ويُسمّى الوعد الموثّق الذي يلزم مراعاته: عهداً»؛ ويُنظر:

التعريفات، للجرجاني، (١٦٥).

(٥) وليس دقيقاً ما ذكره الدكتور محمد عبد الجابر العاني في التفريق بين الوعد والعهد، بأن العهد يكون فيما تعبّد الله به من أمور الدين، أو ما يكون بين العباد مما يكون بخلفه إتلاف مال أو نفس أو إدخال ضرر كبير، وذلك في بحثه: قوة الوعد الملزمة في الشريعة والقانون، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ٥، (٧٥٧/٢)، ذلك أن الوعد ذاته سيدخل في معنى العهد، إذ قد يؤدي الإخلاف به إلى الإتلاف والضرر اللذين ذكرهما العاني؛ رغم أنه نقل قبل ذلك معاني العهد لغة، وهي تلتقي إلى حدّ كبير مع ما ذكرته أعلاه.

(٦) في هذه الأقوال يُنظر: أحكام القرآن، للجصاص، (٥٩١/٣)، وتفسير التحرير والتنوير، لابن عاشور، (١٧٢/٢٨) -

**رابعاً:** نوقش الاستدلال بالأحاديث الناهية عن الخلف بالوعد، والأمره بالوفاء به، بأن المقصود بها هو عدم عقد النية على الخلف بالوعد، تمييزاً لحال المؤمن عن حال المنافق الذي يقصد عدم الوفاء، فينحصر التحريم في مثل حاله، عن حال غيره ممن يقصد الوفاء، فلا يوفّي لأمر عارض، مما يعني أن الدليل هنا يخصّ النظر في القلوب وما قصدت من الوعد<sup>(١)</sup>.

**خامساً:** منع إطلاق النصوص الدالة على الوفاء بالوعد: فقد ردّ ابن حزم الاحتجاج بالأحاديث التي تذكر عدم الوفاء بالوعد، وأنها من صفات المنافقين، بأنه لا حجة فيها، لأنها على قوله: ليست على ظاهرها، «لأن مَنْ وَعَدَ بما لا يحلّ، أو عاهد على معصية، فلا يحلّ له الوفاء بشيء من ذلك، كمن وعد بزنا أو بخمر، أو بما يشبه ذلك؛ فصحّ أن ليس كل من وعد فأحلف، أو عاهد فغدر، مذموماً، ولا ملوماً، ولا عاصياً، بل قد يكون مطيعاً، مؤدّي فرض، فإذا ذلك كذلك، فلا يكون فرضاً من إنجاز الوعد والعهد، إلا على من وعد بواجب عليه، كإنصاف من دين، أو أداء حق فقط»<sup>(٢)</sup>.

### **ثالثاً: مناقشة أدلة الذين يوجبون الوفاء بالوعد في حال دون حال**

وهو قول المالكية والحنفية، ورأيتُ أن الحنفية جعلوا الوعد المعلق بالشرط جزءاً من ماهية العقد الذي ألزم الشرع به؛ وتقدّم أن المالكية استدلوا بحديث: (لا ضرر ولا ضرار)، معتبرين أن الوعد المرتبط بسبب، سيؤدّي إخلاله إلى الإضرار بالموعود له.

(١٧٣).

(١) ولعل أصحاب هذا القول أخذوا قولهم من الأدلة التي تحرّم ما تقرّره القلوب من المنكرات، وإن لم يعمل بها الإنسان، قال تعالى: (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم، ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم)، (البقرة: ٢٢٥)؛ قال ابن حجر في الفتح، (١/٨٩-٩٠): «أي بما استقرّ فيها»؛ والمؤاخذة في الآية، كما في في التحرير والتنوير، لابن عاشور، (٢/٣٨٠-٣٨١): «من الأخذ، بمعنى العدّ والحاسبة، يقال: أخذه بكذا، أي عدّه عليه ليعاتبه أو يعاقبه،... والمؤاخذة باليمين هي الإلزام بالوفاء بها، وعدم الحنث، ويترتب على ذلك أن يأثم إذا وقع الحنث، إلا ما أذن الله في كفارته»؛ والمؤاخذة تنحصر فيما كسبته القلوب، ولغو الأيمان هو غير المقصود منها، قال ابن عاشور في التحرير والتنوير، (٢/٣٨٣): إنه تعالى «جعل اللغو هنا مقابلاً لما كسبته القلوب، ونفى المؤاخذة عن اللغو، وأثبتته لما كسبه القلب»؛ وكون الآية في الأيمان، لا ينفي إطلاقها المسؤولية عما تعمّدته القلوب؛ وقد قال تعالى: (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به، ولكن ما تعمّدت قلوبكم)، (الأحزاب: ٥)، وتعمّد القلوب يكون بالقصد والإرادة، كما في التحرير والتنوير، لابن عاشور، (٢١/٢٦٤)؛ فالقلب إذا عقد عقداً على شيء، فهذا هنا المسؤولية.

(٢) المحلّي، لابن حزم، (٨/١٨١).

وقد يناقش هؤلاء وأولئك، بأن أدلة وجوب الإيفاء بالوعد أدلة مطلقة عن هذين القيدتين، فلا ينبغي تقييدها بهما؛ غير أنها مناقشة غير قويمة، إذ إن تقييد مطلق الأمر بالوفاء بما إذا وقع ضرر بالموعد له، أمرٌ مفهوم، فتقييد المطلق بأحواله وشروطه معروف في الأصول، فيكون الأمر المطلق بالوفاء بالوعد مقيداً بتلك الأحوال التي ذكرها الحنفية والمالكية.

### المطلب الخامس: القول الراجح

وأرى أن أبدأ لأجل الوصول إلى القول الراجح بما ألفت إليه بعض العلماء السابقين، من إشكال ظاهر بين الأحاديث التي توجب الوفاء بالوعد، وبين القول بعدم وجوبه، فقد نقل الحافظ ابن حجر عن والده إشكالات في مسألة الإلزام بالوعد، وموضوع الإشكال: تلك المفارقة بين ما هو واضح من إلزام الآيات والأحاديث بالوفاء بالوعد، مع التفرغ وزجر من لم يف به؛ وبين قول الجمهور أن عدم الوفاء به مكروه تترتها، فكيف اتجه الجمهور إلى ذلك، مع ما في النصوص من دلالات على خلافه<sup>(١)</sup>؟ وكما محاولة للخروج من الإشكال، قال الحافظ ابن حجر: «ويُنظر: هل يمكن أن يقال: يحرم الإخلاف، ولا يجب الوفاء»<sup>(٢)</sup>؟ وللسخاوي جزءٌ سماه: التماس السعد في الوفاء بالوعد<sup>(٣)</sup>، وقال في هذا الكتاب: «لم ينفرد والد شيخنا<sup>(٤)</sup> بالبحث في ذلك»<sup>(٥)</sup>، ثم نقل عن تقي الدين السبكي قوله: «قولُ الأصحاب<sup>(٦)</sup>: لا يجب الوفاء بالشرط: مشكل، لأن ظواهر الآيات والأحاديث تقتضي وجوبه، وإخلاف الوعد كذب، والخلف والكذب ليسا من أخلاق المؤمنين»<sup>(٧)</sup>، ولذا، نقل عنه ابنه في طبقات الشافعية الكبرى، كما تقدم، أن الوفاء بالوعد واجب<sup>(٨)</sup>.

إن هذا الكلام يقتضي تعميق النظر في الأدلة، لأجل ترجيح ما يظهر صوابه على غيره.

فيظهر لي، والله تعالى أعلم، أن جميع ما استدلل به على وجوب الوفاء بالوعد يمكن مناقشته غير دليلين، وهما: قوله تعالى: (كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون)، (الصف: ٣)، وحديث: (آية المنافق ثلاث،...، وإذا وعد أخلف)؛ فلا تصح مناقشة الاستدلال بالآية بأنها جاءت لمناسبة خاصة، فلا عموم لها،

(١) فتح الباري، لابن حجر، (٣٤٢/٥).

(٢) فتح الباري، لابن حجر، (٣٤٢/٥).

(٣) ذكره ابن علان الصديقي الشافعي في: الفتوحات الربانية على الأذكار النواوية، (٢٥٨/٦).

(٤) أي والد الحافظ ابن حجر.

(٥) الفتوحات الربانية على الأذكار النواوية، لابن علان الصديقي الشافعي، (٢٥٨/٦).

(٦) أي الشافعية.

(٧) الفتوحات الربانية على الأذكار النواوية، لابن علان الصديقي الشافعي، (٢٥٨/٦).

(٨) طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين السبكي، (٢٣٢/١٠).

بل الأصل هو عموم اللفظ، فيصح الاستدلال بها على وجوب الوفاء بالوعد، فالوعد قول بجميع الأحوال، وحرمت الآية أن يقول الإنسان ما لا يفعل؛ وكذا الحديث، لا تصح مناقشته، فإخلاف الوعد حسبه من صفات المنافق، وهي تأتي في سياق يدل على تحريمها؛ وفوق ذلك، فالأحاديث التي سبق بيان ضعف كل منها منفردا، والتي توجب الوفاء بالوعد، فهي تتقوى باجتماعها، فيصح الأخذ بها، وذلك لتعدد طرقها، فيتقوى منها المعنى الخاص بوجوب الوفاء بالوعد.

وعلى ما تقدم، فالأصل الذي تقضي به الأدلة، هو وجوب الوفاء بالوعد ديانة، ومن ثم لزومه قضاء، إذ على ما تقدم: إن الواجب ديانة، لازم قضاء، ما دام فيما ظهر من الأمور.

ومع ذلك، فهذا الذي يترجح لدي ديانة وقضاء، يجب قصر عمومه قضاء، فلا يعم إلا أنواعا ثلاثة:

**النوع الأول:** تلك الوعود التي ينشأ عنها التزام، ويؤدي الإخلال بها إلى الإضرار بالموعد له؛ وهو ذاته قول المالكية، الذين جعلوا اللزوم محصورا في الوعد الذي ينشأ عن سبب، مع دخول الموعد له في السبب.

ويظهر لي صحة هذا القول، لأجل ما سينشأ من إضرار في حق من دخل في أمر بناء على وعد وعُد به، ثم نكت الواعد بالوعد، والإضرار بالناس محرم شرعا، والذي أعطى الوعد قد أضرر هنا بصاحبه، إذ دخل الموعد له في أمر بناء على الوعد، فأدى الخلف إلى الإضرار.

**النوع الثاني:** الوعود المقترنة بالعقود، فالوعد ها هنا عقد في الحقيقة، والله تعالى أمر بالوفاء بالعقود، قال تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)، (المائدة: ١)، فأبي عقد تضمن وعدا، فالآية تأمر به أمرها بالعقد ذاته؛ والأمر هنا أمر بالوفاء بلا تنقيص مما وعد به الواعد، قال العلامة ابن عاشور: «والإيفاء: هو إعطاء الشيء وافيًا، أي غير منقوص»<sup>(١)</sup>.

وهذا النوع شبيه بما تقدم عن الحنفية من قولهم بلزوم الوعد إذا كان على شكل شرط تعليقي، وله كذلك شبه كبير بالشروط المقترنة بالعقد، وسيأتي بحثه في محله إن شاء الله تعالى<sup>(٢)</sup>، فهو به لصيق، ولزوم هذا النوع، من لزوم تلك الشروط.

**النوع الثالث:** ما تسبب من الوعود لتصرف مكلف، كأن يعد إنسان آخر بزيارته في يوم محدد، فصنع لأجله وليمة كبيرة، ثم لم يأت وبلا عذر، فمن حقه قضاء أن يلزمه بما قد تكلفه.

(١) تفسير التحرير والتنوير، لحمد الطاهر بن عاشور، (٦/٧٤).

(٢) يُنظر: (٧١-١٢٧)، من هذا البحث.

هذا، وإنما لم أرجح قول من قال بلزوم الوعود عامّةً قضائياً، وإن دخلت في عموم الأمر بالوفاء بالوعد، لأن القضاء هنا سيتعرض لضياح هيئته، إذ سترتفع إليه قضايا لا قيمة لها، لأجل ما حصل من وعدٍ من شخص لآخر بأي أمر، فإشغال القضاء بالتوافه، يضيّع هيئته، وهيبة القضاء ضرورية<sup>(١)</sup>، وبضياحها يتهافت القضاء، فتضيع كثير من الحقوق التي لا تُدرَك إلا به؛ فأن يعد الرجل صديقه بزيارته مثلاً في مناسبة ما، وأن يُخلف الواعد بوعدته، فهذا أمر لا يجوز شرعاً بغير عذر، غير أنه لا يرتفع إلى القضاء، ولا يُقضى به، إذ ستضيع هيبة القضاء، وسينشغل بمثلها عن كثير من القضايا الهامة.

### المطلب السادس: الوعد في القانون

هذا، ولم تأخذ مجلة الأحكام العدلية بلزوم الوعد المجرد بالبيع، ففي المادة ١٧١ منها: "صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد، مثل: سأبيع، وسأشتري، لا ينعقد بها البيع"؛ وهذا من المجلة انخياز إلى المذهب الحنفي، الذي هو المرجعية الأساس لها، وقد تقدّم أن المذهب الحنفي لا يقول بلزوم الوعد المجرد؛ وانخيازها ظاهر أيضاً فيما أخذته من قول الحنفية في مادّتها (٨٤) القائلة: "المواعيد باكتساب صور التعاليق تكون لازمة".

ورغم أن المجلة إحدى مرجعيات القانون المدني الأردني، إلا أن القانون الأردني خالف المجلة هنا، إذ أخذ بالقول بالزامية الوعد في مادّته ٩٢، والتي تقول: "صيغة الاستقبال التي تكون بمعنى الوعد المجرد، ينعقد بها العقد وعدا ملزماً، إذا انصرف إليه قصد العاقدين"؛ بل نصّ أيضاً على إلزامية الوعد بالبيع في مادّته ١٠٦، والتي تنصّ على أنه: "إذا وعد شخصٌ بإبرام عقد ثم نكل، وقاضاه الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة للعقد، وبخاصّة ما يتعلق منها بالشكل، متوافرة، قام الحكم، متى حاز قوة القضية المقضية، مقام العقد"؛ وهذه المادّة تفيد إلزامية الوعد بالبيع، والوعد بالبيع هو أن يتفق شخصان على إبرام عقد البيع في المستقبل، فإذا أبدى الطرف الآخر قبولا، فإن الوعد يلزمه، ويحكم القضاء بلزوم الوعد، إذا قاضاه<sup>(٢)</sup>.

ونصّت المادّة ٢٥٤ من القانون المدني الأردني على أنه "يلزم الوعدُ صاحبه، ما لم يمت أو يفلس"؛ إن هذا ميل من القانون الأردني إلى القول بإلزامية الوعد، وهو القول المشهور عند المالكية، كما تقدّم، وفي هذا ضبطٌ لعلاقات الناس التجارية من أن تقع في مهازل الكلام غير المسؤول.

---

(١) قال السرخسي في المبسوط، (٧٩/١٦): "وينبغي أن يكون القاضي مهيباً يُحتشّم منه"؛ وذكر الماوردي في أدب القاضي، (٢٤٩/١)، أنه لا بد من إبعاد مجالس الخصوم من القاضي: "ليكون أبلغ في الهيبة".  
(٢) يُنظر: العقود المسماة، لوهبة الزحيلي، (٣٥).

## الفصل الأول: الشروط والعقود فقها وقانونا

الشروط في العقود هو موضوع هذا الفصل، والمراد بها هنا: الشروط الاتفاقية الاقترانية، وأعني بكونها اتفاقية، أنه يتفق عليها المتعاقدان، من غير اقتضاء العقد ولا إيجاب الشرع؛ وسواء أذكرت في العقد أم لم تذكر؛ وأعني بكونها اقترانية، أنها آتية من كونها تقترن بالعقد ساعة انعقاده من العاقدین.

ولأن الشرط ذو صلة بالعقد، فقد كان لزاما أن أقدم تصوُّرا للعقد لغة وفقها وقانونا، لأسير بعد ذلك نحو الشروط في العقود، ونحو الشرط الجزائي خاصة، فهو الموضوع الدقيق للبحث برُمَّته.

وسيكون ما يتقرَّر في هذا الفصل إن شاء الله تعالى عمادَ هذه الدراسة جميعها، فصولا ومباحث، وسيكون ذا أثر واضح في مسيرة البحث برُمَّته، فإذا جاز الشرط الاقتراني الاتفاقي شرعا، فإن البحث برُمَّته سيقوم على هذا الجواز، لينتقل إلى تفصيله في صور عديدة تتبَّع له؛ وإن لم ينل الشرط الاتفاقي الاقتراني حظَّه من الجواز، فإن لهذا الاحتجاج عن الجواز أثرا على البحث كَلِيَّة، بحيث لن يكون من داعٍ إليه برُمَّته.

ولا بدَّ من لفت النظر إلى أن الشروط والعقود تُعرض في العصر الحديث على شاكلة نظريات تتكامل في الحديث بشأنها، كما هو واقع في كتاب نظرية الشروط للدكتور حسن الشاذلي، ونظرية العقد للدكتور عبد الرزاق السنهوري، ذلك أن النظريات من إسداءات هذا العصر المعرفية، التي صارت كثير من المواضيع تُعرض على شاكلتها؛ وهذا شأن كثير من الأبواب في الفقه الإسلامي، بل وفي مواضيع شرعية أخرى.

فالحديث الفقهي القديم لا يوجد على شاكلة النظريات الحديثة إجمالا، كشأن العقد مثلا، فليست أحكامه ومتعلقاته مجموعة في باب واحد<sup>(١)</sup>، بل تشتت الحديث في العقد تشتت العقود ذاتها، من بيوع وأنكحة وغيرها، وتناثر في كتب الفقه كتناثرها؛ أما دراسة المواضيع القانونية على شاكلة النظريات، فإنه لم يوجد في الإنتاج البشري عامَّة إلا بعد قرون من تأصيلات الفقه الإسلامي والتفريع عليها، فالمسألة عائدة إلى التطوُّر البشري المعرفي، لا إلى ما قد يُظنُّ أنه انغلاق للفقه الإسلامي عن إمكانية التطوُّر<sup>(٢)</sup>.

(١) نظرية العقد، لعبد الرزاق السنهوري، (١/٦٣).

(٢) ومع ذلك، فبعض الكتب القديمة تدرس العقود على ما يقارب النظريات، إن لم يطابقها، فتكون سابقة لشاكلة النظريات في المعارف البشرية الحديثة، ككتاب القواعد النورانية الفقهية، وهي الدراسة التي جادت بها قريحة الإمام ابن تيمية، والتي انتظمت رغم صغر حجمها كثيرا من جوانب وأحكام العقود والشروط، ويسميتها البعض: قاعدة العقود، ونُشرت في أوائل المجلد (٢٩) من مجموعة الفتاوى، لابن تيمية؛ وكمجمع الضمانات، لأبي محمد بن غانم البغدادي، وهي في الضمان في الفقه الإسلامي، وهي على حسب المذهب الحنفي، وكذلك ما كُثرت الكتابة فيه في التراث الإسلامي في فقه المال، ككتاب الأموال لأبي عبيد، والأموال لابن نصر الداودي، وغيرهما؛ وكذا كتب فقه القضاء، ككتاب أدب القاضي، للخصاف،



ويناسبها هنا أن أذكر تعريفاً للنظرية، لتتضح صورتها العامة، ولعلّه يكفي في هذا المقام تعريفها بأنها: «مفهومٌ كليّ قوامه أركانٌ وشرائطٌ وأحكامٌ عامّةٌ، يتصل بموضوع عامّ معين، بحيث يتكوّن من أولئك نظامٍ تشريعي ملزم، يشمل بأحكامه كلّ ما يتحقّق فيه مناط موضوعه»<sup>(١)</sup>، وليس الموضوع عن النظريات وشرح معناها، وبيان تطوّر أمرها، حتى أتوسّع في الحديث عنها، بل يكفي إن شاء الله تعالى ما ذكرت من تعريفها.

وسيتكوّن هذا الفصل من المباحث الأربعة التالية:

المبحث الأول: مفهوم العقد في اللغة والفقه والقانون.

المبحث الثاني: مفهوم الشرط في اللغة والفقه والقانون.

المبحث الثالث: سلطة العاقدين في إنشاء العقود والشروط.

المبحث الرابع: الأساس الذي سيجري عليه البحث في هذا الباب.

---

وأدب القاضي أيضاً للماوردي؛ وكذلك بعض الكتب التي عُرفت في بعض أبواب القضاء والحسبة ونظام الحكم، ككتاب تحرير الكلام في أحكام الالتزام، للحطاب المالكي؛ وكتاب السياسة الشرعية، والحسبة، وهما لابن تيمية. هذا، ويذكر الدكتور علي محيي الدين القره داغي من النظريات الفقهية في التراث الإسلامي: نظرية الأهلية، ونظرية العرف، ونظرية المصالح، قال في كتابه: المقدمة في المال والاقتصاد والملكية والعقد، (٢٨٠): «حيث درسها الفقهاء وجمعوا حولها كل ما يتعلق بها، وإن لم يطلقوا عليها اسم النظريات»، بل نقل عن الدكتور سامي النشار اعتبار علم أصول الفقه ذاته مجموعة كبيرة من النظريات، واعتبر الدكتور القره داغي القواعد الفقهية ومباحث الفروق وكتب الأشباه والنظائر، وكذا كتب تخريج الفروع على الأصول؛ اعتبر كل ذلك من شاكلة النظريات؛ يُنظر: المرجع نفسه، (٢٨١).

(١) هذا تعريف الدكتور فتحي الدبريني في كتابه النظريات الفقهية، (١٤٠)، ويعرفها الدكتور القره داغي في كتابه المقدمة في المال والاقتصاد والملكية والعقد، (٢٨٠)، بقوله إنهما: «التصوّر المجرد الجامع للقواعد العامة الضابطة للأحكام الفرعية الجزئية».

## المبحث الأول: مفهوم العقد في اللغة والفقه والقانون

العقد مصدرٌ من مصادر الالتزام في الشريعة الإسلامية<sup>(١)</sup>، بل هو أهم مصادر إنشاء الالتزام<sup>(٢)</sup>، وأبواب العقود في الفقه الإسلامي وسعت أكثر من نصف مواضيعه، من بيوع وأنكحة وصلح وغيرها؛ فالعقود في الفقه الإسلامي ذات مساحة كبيرة فيه، يتضح من خلال النظر فيها أهميتها في الفقه الإسلامي.

إن كل هذا يقضي بضرورة تعريف العقد لغة وفقها وقانونا، ليكون الدخول في مباحث هذه الدراسة قائما على أساس تصوّر سليم له.

هذا، ويحتوي هذا المبحث على المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف العقد في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف العقد في الفقه.

المطلب الثالث: تعريف العقد في القانون.

---

(١) الالتزام أثرٌ عامٌّ من آثار العقود، عرفه العلامة الزرقا في المدخل الفقهي العام، (٤٣٦/١)، بأنه: «كَوْنُ الشخص مكلِّفاً بفعل، أو امتناعٍ عن فعلٍ، لمصلحة غيره».

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، لعبد الرزاق السنهوري، (٣٢/١).

## المطلب الأول: تعريف العقد في اللغة

العقد لغة كما في معجم مقاييس اللغة: «أصلٌ واحدٌ يدلُّ على شدِّ وشدَّةٍ وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها،...، وعُقْدَةُ النكاح وكلُّ شيءٍ: وجوبه وإبرامه؛ والعُقْدَةُ في البيع: إيجابه»<sup>(١)</sup>؛ ومن الباب قولهم: عقدتُ الحبلَ أَعقِدُهُ عقداً، وقد انعقد؛ ومنه قولهم: عقدَ الحبلَ والبيع والعهد يعقده: شدّه<sup>(٢)</sup>؛ ويُفصّل الطبري المعنى قائلاً: «وأصل العقد: عقد الشيء بغيره، وهو وصّله به، كما يعقد الحبل بالحبل، إذا وصل به شدّاً»<sup>(٣)</sup>؛ ويُذكر هنا قول الشاعر<sup>(٤)</sup>:

قومٌ إذا عقدوا عقداً لجارهمُ      شدّوا العِناجَ وشدّوا فوقه الكربا

وتُذكر في هذا السياق: عقود الأمان والذمّة والنكاح والبيع والشركة وغير ذلك، ويُذكر أيضاً ما يعقده الإنسان على نفسه من الطاعات كالحجّ والصيام والاعتكاف والنذر<sup>(٥)</sup>.

والعقد يستعمل في المعاني والأجسام<sup>(٦)</sup>، وقد جعلت دلالة الربط الحسّي الكامنة في كلمة العقد، أساساً لاستعمالها في الربط المعنوي بين كلامين<sup>(٧)</sup>؛ ويقول الشوكاني في تفسيره لقوله تعالى: (أوفوا بالعقود)،

(١) معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، (٤/٨٦)؛ ويُنظر: لسان العرب، لابن منظور، (٤/٣٠٣٢).

(٢) القاموس المحيط، للفريوزآبادي، (٣٨٣).

(٣) جامع البيان عن تأويل آي القرآن، للطبري، (٤/٢٦٦٢)، وهو تفسير الطبري، كما سيُذكر فيما يأتي.

(٤) هذا الشاعر هو الحطّيب، يُنظر كتاب: معاني القرآن وإعرابه، للزجاج، (٢/١٣٩)، وكتاب: تفسير الطبري، (٤/٢٦٦٢).

والعناج: حبلٌ يُشدُّ أسفل الدلو العظيمة إذا كانت ثقيلة، حتى لا تسقط في البئر؛ والكرب: حبلٌ يُشدُّ وسط عودين مصليين تُشدُّ إليهما سيور الدلو؛ ويريد الحطّيب أن يقول: إن هؤلاء القوم إذا عقدوا عقداً أحكموه ووثقوه، كإحكام الدلو إذا شدّ إليها العناج والكرب، وإنما هو تمثيل، إذ لا عناج ولا كرب في المواثيق والعقود.

والبيت قاله الحطّيب ضمن قصيدة له يمدح بها بغض بن عامر من بني أنف الناقة، ويهجو بها الزبيرقان؛ وقبله:

قومٌ هم الأنفُ، والأذنانُ غيرُهُمُ      فمن يُسوِّي بأنف الناقة الذنبا

يُنظر: خزنة الأدب، لعبد القادر بن عمر البغدادي، (٣/٢٨٧-٢٨٩).

(٥) تفسير الطبري، (٤/٢٦٦٢)، ونقل القرطبي في تفسيره، (٦/٣٢)، عن الحسن البصري قريباً من هذا.

(٦) تفسير القرطبي، (٦/٣٢)، وفتح القدير، للشوكاني، (٢/٦).

(٧) أحكام المعاملات الشرعية، لعلي الخفيف، (هامش ١٨٤).

(المائدة: ١): «وإذا استعمل في المعاني، كما هنا، أفاد أنه شديد الإحكام، قويّ التوثيق»<sup>(١)</sup>؛ وهل الأصل في إطلاقه على المعاني أم على الأجسام<sup>(٢)</sup>؟ الصواب أن العقد حقيقة في الربط الحسي، وأنه إنما يدخل فيه الربط المعنوي من باب التوسّع، ففي البحر المحيط عن الزجاج قوله: «وأصله في الأجرام، ثمّ توسّع، فأُطلق في المعاني»<sup>(٣)</sup>؛ وفي مفردات القرآن: «العقد: الجمع بين أطراف الشيء، ويُستعمل ذلك في الأجسام الصُّلبة، كعقد الحبل وعقد البناء، ثمّ يُستعار ذلك للمعاني نحو: عقد البيع والعهد وغيرهما»<sup>(٤)</sup>؛ وبعد أن قرّر الشيخ محمد الطاهر بن عاشور أن حقيقة العقد هو ربط الحبل بالعروة ونحوها، وأنه شدّ الحبل في نفسه أيضاً، بعد ذلك قال: «ثمّ استعمل مجازاً في الالتزام، حتى صار حقيقة عرفية»<sup>(٥)</sup>؛ وقال: «وأُطلق مجازاً على الالتزام من جانبين، لشيء ومقابله»<sup>(٦)</sup>.

## المطلب الثاني: تعريف العقد في الفقه

يطلق العقد فقهيّاً على معنيين، أحدهما عامٌّ والآخر خاصٌّ<sup>(٧)</sup>، ولا بدّ من إيضاحهما:

- 
- (١) فتح القدير، للشوكاني، (٦/٢).
- (٢) مال الدكتور زكي الدين شعبان في كتابه نظرية الشروط المقترنة بالعقد، (١١)، إلى أن هذا من باب الحقيقة في كليهما، مستدلاً بذكر علماء اللغة للمعنيين على سبيل الحقيقة، وهو ما مال إليه الدكتور القرّة داغي في كتابه مبدأ الرضا في العقود، (١١١/١)، ولعلّه تبع فيه الدكتور شعبان.
- غير أن ما ذكره الدكتور شعبان يخالف فيه ما نقله نفسه عن بعض أهل اللغة، وهو ما مضى ذكره من كلام إمام اللغة الزجاج، وكذلك، فإنّ ذكر علماء اللغة لما يذكرون من المعاني، لا يدلّ على أنه من باب الحقيقة عندهم، فهم يذكرون عادة ما هو حقيقة وما هو مجازٌ، دون أن يعني ذلك أن ما ذكروه حقيقة أو مجازٌ في أصله؛ إلا إذا نصّوا، أو أفاده السياق؛ وعليه، ففيما يبدو لي أن العقد في أصله يطلق على الأجسام، وإنما استُعير للمعاني، على ما نقلته عن إمام اللغة الزجاج، والأصفهاني والمناوي.
- هذا، ولم يذكر شيء من هذا في تهذيب اللغة، للأزهري، (٢٥١١/٣-٢٥١٣)، ومعجم مقاييس اللغة، لابن فارس، (٨٦/٤-٩٠)، ولسان العرب، لابن منظور، (٣٠٣١/٤-٣٠٣٤)، والقاموس المحيط، للفيروزآبادي، (٣٨٣-٣٨٤).
- (٣) البحر المحيط، لأبي حيان الأندلسي، (٤٢٨/٣).
- (٤) مفردات القرآن، للراغب الأصفهاني، (٥٧٦)، وهو قول المناوي في التوقيف على مهمات التعاريف، (٥٢٠)؛ وذكر محقّق محمد رضوان الدايدة في مقدمته (٧) أنه من أهل المشاركة الحسنة جداً في العلوم العربية.
- (٥) تفسير التحرير والتنوير، ل محمد الطاهر بن عاشور، (٧٤/٦).
- (٦) تفسير التحرير والتنوير، ل محمد الطاهر بن عاشور، (٧٥/٦).
- (٧) ذكر المعنيين الخاص والعامّ للعقد جماعة من الأساتذة، منهم على سبيل المثال: الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا، في كتابه المدخل الفقهي العام، (٢٨٩/١)، والإمام محمد أبو زهرة، في كتابه الملكية ونظرية العقد، (١٧٩-١٨١، ١٩١)، والدكتور

**فالأول** وهو العام، يدخل فيه التزام إنسان ما بشيء من جهته هو، دون أن يكون ثمة طرف آخر، وذلك كإلزام الإنسان نفسه بالطاعات، كالحج والصوم، وإلزامه نفسه بالنذر والطلاق والإعتاق والوقف وغيرها<sup>(١)</sup>، والعقد بهذا المعنى لا يدخل في موضوع هذا البحث؛ فإن أكثر الفقهاء لا يطلقون على الالتزام الفردي اسم العقد<sup>(٢)</sup>، ويوصف هذا النوع من العقود في نظر من يسمونها عقوداً، بالعقود وحيدة الطرف<sup>(٣)</sup>، وهذا الشكل من العقود، هو ما يُسمى الالتزام، وعليه، فالالتزام أعم من العقد، والعقد نوع التزام<sup>(٤)</sup>؛ وأما **الثاني** وهو الخاص، فهو ما يلزمه وجود طرفين لانعقاده<sup>(٥)</sup>، وهذان الطرفان يتبادلان الالتزام، فيلتزم أحدهما بشيء مقابل التزام الآخر بمقابل له؛ والعقد بهذا المعنى هو موضوع هذا البحث، وهو الذي سيجري تعريفه اصطلاحياً<sup>(٦)</sup>؛ ويمكن أن يُطلق على العقد بمعنييه العام والخاص اسم الالتزام أو التصرف<sup>(٧)</sup>، فالتصرف والالتزام كلاهما يشملان العقد بمعنييه، وهما أعم من كل واحد منهما منفرداً<sup>(٨)</sup>.

واختلفت تعبيرات العلماء في تعريفهم للعقد بمعناه الخاص، فمنهم من نحا في التعريف نحواً غير لازم له، ومنهم من عرفه بأركانها التي لا بد منها، دونما خروج عنها، كقول ابن الهمام إنه «بمجموع إيجاب أحد

---

وهبة الزحيلي في كتابه الفقه الإسلامي وأدلته، (٢٩١٧/٤-٢٩١٨)، وتوسع في تفصيلهما الدكتور عبد الحميد محمود البعلبي، في كتابه ضوابط العقود، (٤٠-٤٥)؛ وتوسع بشكل أكبر في التفصيل الدكتور علي محيي الدين القره داغي، في كتابه مبدأ الرضا في العقود، (١١١/١-١١٦).

(١) يتفق العلماء على أن هذه العقود تتم من جهة واحدة، غير أن ثمة عقوداً وقع فيها الاختلاف، هل تعتقد من طرف واحد، أم يشترط فيها الإيجاب والقبول الواقع من طرفين اثنين، وذلك كالإبراء والكفالة وغيرها؛ يُنظر في تفصيل المسألة وأقوال العلماء فيها: مبدأ الرضا في العقود، لعلي محيي الدين القره داغي، (١٢٣/٢-١٤٤).

(٢) أحكام المعاملات الشرعية، لعلي الخفيف، (١٨٦)، والملكية ونظرية العقد، لمحمد أبي زهرة، (١٧٩).

(٣) كما ذكر العلامة الزرقا في المدخل الفقهي العام، (٢٨٩/١).

(٤) الفقه الإسلامي وأدلته، لوهبية الزحيلي، (٢٩٢٠/٤).

(٥) كتاب القواعد، لتقي الدين الحصني، (١٢٢/٤).

(٦) فصل الدكتور القره داغي القول في صنفى العقد بالمعنيين المذكورين، وذكر أقوال جماعة من الأئمة اعتبروا الالتزام من طرف واحد عقداً، منهم أبو حنيفة الشافعي وأحمد بن حنبل والطبري والخصاص وابن تيمية؛ يُنظر: مبدأ الرضا في العقود، لعلي محيي الدين القره داغي، (١١٣/١، ١١٥-١١٦)، هذا، ويقول الدكتور القره داغي: «فالحق أن شمول العقد للإرادة المنفردة إنما هو من صنيع الفقه الإسلامي، وطابعه الخاص»، ونقل اتفاق الفقهاء والمفسرين على شمول قوله تعالى: (أو فوا بالعقود)، (المائدة: ١)، لما ينتج عن الإرادة المنفردة، يُنظر: المرجع نفسه، (١١٥/١).

(٧) عرف العلامة الزرقا التصرف بأنه: «كل ما يصدر عن شخص بإرادته، ويرتب عليه الشرع نتائج حقوقية»؛ يُنظر:

المدخل الفقهي العام، للعلامة الزرقا، (٢٨٨/١).

(٨) يُنظر: الملكية ونظرية العقد، لمحمد أبي زهرة، (١٨٠).

المتكلمين مع قبول الآخر<sup>(١)</sup>؛ وأضاف بعضهم على هذا التعريف قوله: «..أو كلام الواحد القائم مقامهما، أعني: متولّي الطرفين»<sup>(٢)</sup>.

والتعريفان اللذان مضيا عائداً إلى الفقه الحنفي، وثمة تعريفات أخرى لغيرهم، أذكر منها على سبيل المثال تعريفاً للملكية أن العقود هي: «كل ما يتوقف على إيجاب وقبول»<sup>(٣)</sup>، وتعريفاً للشافعية أن العقد هو: «ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي»<sup>(٤)</sup>، وما يمكن أن يكون تعريفاً للحنابلة أن العقد هو: «الإيجاب والقبول»<sup>(٥)</sup>، ويشبهه ما في الإنصاف من كتب الحنابلة في تعريف البيع اصطلاحاً: «هو عبارة عن الإيجاب والقبول، إذا تضمن عينين للتملك»<sup>(٦)</sup>.

هذا كل ما وقفتُ عليه من تعريفات وما يشبهها للعقد في التراث الفقهي الإسلامي، وأما في عصرنا الذي شهد تطوراً للفقه نحو التقنين، رأيتُ تعريفات أخرى..

فقد ورد في المادة (١٦٨) من مرشد الحيران تعريف العقد بأنه: «ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر، على وجه يثبت أثره في العقود عليه»<sup>(٧)</sup>؛ وعرفته مجلة الأحكام في المادة (١٠٣) بقولها: «العقد هو التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول»<sup>(٨)</sup>، وعرفت المادة (١٠٤) من مجلة الانعقاد بأنه: «تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما»، وجاء تعريف الانعقاد في كتاب الكليات إنه: «تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً، على وجه يظهر أثره في

(١) هو تعريف ابن الهمام في كتابه فتح القدير، (١٧٧/٣).

(٢) هذه الإضافة لابن عابدين في حاشيته المشهورة، (٣/٣)، هذا، وفي تعريفات الجرجاني، (١٥٨): «العقد: ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً».

(٣) ذكره الدسوقي المالكي في حاشيته المشهورة بحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (٥/٣).

(٤) ذكره الزركشي في المنشور في القواعد، (٣٩٧/٢).

(٥) ذكره ابن قدامة المقدسي في الكافي، (٢٥٤)، وقال أيضاً في كتابه المغني، (٣٠٠/٦)، في سياق حديثه عن الإثابة على العطفية في حال اشتراطها وصيرورتها بهذه المقابل بيعاً: «فإذا عوضه عوضاً رضى به حصل البيع بما حصل من المعاطاة مع التراضي بها، وإن لم يحصل التراضي لم تصح، لعدم العقد، فإنه لم يوجد الإيجاب والقبول، ولا المعاطاة مع التراضي»، وهو ما يسمح بمعرفة العقد عندهم، من خلال معرفة أركانه المكوّنة له.

(٦) الإنصاف، للمرداوي، (٢٤٨/٤)، وقد عزاه المرادوي إلى القاضي وابن الزاغوني الحنبليين.

(٧) مرشد الحيران، لقدري باشا، (٢٧)، وقريب منه تعريف الشيخ علي الخفيف للعقد عند الفقهاء بأنه: «ربط بين كلامين، أو ما يقوم مقامهما، صادرين من شخصين، على وجه يترتب عليه أثره الشرعي»، يُنظر كتابه أحكام المعاملات الشرعية، (١٨٤-١٨٥)؛ وكذلك تعريف الإمام أبي زهرة فيما يفهم من سياق قوله: «وهو ما لا يتم إلا من ربط كلامين يترتب عليه أثر شرعي يقرره الشارع»، يُنظر كتابه الملكية ونظرية العقد، (١٨١).

الحل<sup>(١)</sup>؛ واختار الدكتور علي محيي الدين القره داغي تعريف العقد بأنه: «التزام شيء بارتباط الإيجاب والقبول»<sup>(٢)</sup>؛ وفي تعريفه مرشد الحيران والكليات دور، إذ عرفا العقد بذكر أحد مشتقاته.

والإيجاب والقبول المذكوران في تعريف العقد يسميان: صيغة العقد، وهما يعنيان: «العبارات المتقابلة الدالة على اتفاق الطرفين»<sup>(٣)</sup>، غير أنه لشهرة الإيجاب والقبول بكلامين يصدر أحدهما من الأول، والآخر من الثاني، فإن بعض العلماء رأى أن دلالتهما على الفعل الذي تكون به بعض العقود غير ظاهرة، فرأوا الأولى إضافةً تعبير: «أو ما يقوم مقامهما»، وذلك ليشمل تعريف العقد ما يدخل في مضمونه، من توافق يدلّ عليه الفعل والكتابة والإشارة<sup>(٤)</sup>؛ غير أني لا أرى هذا، فلا تنفي شهرة حصول الإيجاب والقبول بالقول، إمكان أن يحصلوا بالفعل أو الإشارة، فالإيجاب والقبول أعمّ من القول أو الإشارة أو الفعل.

هذا، والتقييد الوارد في تعريف الانعقاد بأنه على وجه مشروع، يخرج به ما لم يكن على وجه مشروع من تلك الاتفاقات التي قد تقع بين الناس، كاتفاق فلان مع آخر على قتل رجل، أو سرقة ماله، أو كالاتفاق على التزوج بذات رحم محرّم<sup>(٥)</sup>؛ غير أن هذا القيد غير لازم في تعريف الماهية، فماهية الانعقاد هو ذلك الارتباط الحاصل من الإيجاب والقبول.

وعلى ما مضى، أرى الأصوب في تعريف العقد أن يقال إنه «ارتباط الإيجاب والقبول على وجه يظهر أثره»، وهو تعريف مأخوذ من ماهية العقد دون ما يلزمه مما هو خارج عن الماهية، فماهية العقد هي ذلك الارتباط بين الإيجاب والقبول، وهما لا يكونان عقداً إلا على وجه يظهر أثره، وإلا كانا عبثاً؛ وأما ظهور أثره، فهو ما يكون بين المتعاقدين، كانتقال ملكية السلعة إلى المشتري، وملكية الثمن إلى البائع.

والعقد غير التصرف والالتزام، ذلك أنه يدخل في التصرف العقد ذاته، ويزيد عنه ما يصدر من الشخص بإرادته من قول أو فعل غير عقدي، كإحراز المباحات والاستهلاك والإتلاف، والسرقه والقتل، فكل عقد تصرف، وليس كل تصرف عقداً<sup>(٦)</sup>.

(١) الكليات، لأبي البقاء الكفوي، (٢٠٠-٢٠١).

(٢) مبدأ الرضا في العقود، لعلي محيي الدين القره داغي، (١٢٥/١).

(٣) المدخل الفقهي العام، للزرقا، (٣١٨/١)، ويُنظر: الفقه الإسلامي وأدلته، لوهبة الزحيلي، (٢٩١٨/٤).

(٤) كما في أحكام المعاملات الشرعية، لعلي الخفيف، (١٨٥)، والنظريات الفقهية، لفتحي الدريني، (٢٥٢).

(٥) الفقه الإسلامي وأدلته، لوهبة الزحيلي، (٢٩١٨/٤).

(٦) نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، لحسن علي الشاذلي، (٣٩)، والفقه الإسلامي وأدلته، لوهبة الزحيلي، (٢٩٢٠/٤).

والصلة بين التعريفين اللغوي والاصطلاحي للعقد تنبع من أن الأصل اللغوي للعقد يتضمن معنى الشدّ والربط والوصل بين شيئين، وهو ملحوظ في العقد اصطلاحاً، فهو عزيمة وإرادة، يتمثل فيهما معنى الشدّ؛ وهو ارتباط بين إرادتين يتمثل فيه معنى الربط والوصل، كما مضى في معنى العقد لغة<sup>(١)</sup>.

هذا، والعقد يصحّ بتصحيح الشرع له، وهو إنما نال المشروعية من جهة أن الشرع هو الذي أعطى الأثر الشرعي لتلك الرابطة التي جمعت إرادتين على مقصود واحد، فانتقلت السلعة والتمن تبادلاً بين المتبايعين؛ واستباح كلٌّ من الرجل والمرأة ما كان محرّماً قبل العقد مما أباحه الله بالعقد؛ وذلك وفق منظومة فكرية عقدية تحوط جوانب الحياة جميعها، فردّيها وجماعيها، مادّيها وروحيها، أحروريها وديونيها، فالعقد إنما أبيض به ما أبيض، ليس بمجرّد إرادة العاقدَيْن، بل يجعل الشرع ذلك الارتباط سبباً أقرّه أو وجّه إليه، فهو، وإن كان محتاجاً إلى تلاقي الإرادتين على المقصود، لكنّ ذلك التلاقي كان سبباً لتلك الإباحة التي كانت غائبة، وفق ذلك الجعل المذكور، فالشارع سبحانه هو من شرع تلك الإباحة؛ وفي هذا المعنى يقول الكمال بن الهمام: «وللاختصاصات، كالمالك: التصرفات الشرعية المفعولة أسباباً شرعاً، كالبيع والطلاق والعتاق»<sup>(٢)</sup>؛ أي هي أسباب اعتبارها الشرع مؤدّية إلى مشروعية هذه الأمور.

هذا، ولعله يقرب من ذات المعنى قول العزّ بن عبد السلام عن أحكام الشرع والعقود التي شرعها الله: إنها «مُحالّة على الأسباب والشرائط التي شرعها»<sup>(٣)</sup>.

### المطلب الثالث: تعريف العقد في القانون

العقد في القانون هو «توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان ذلك الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو إنهاؤه»<sup>(٤)</sup>، وعرفه القانون المدني العراقي في مادّته (٨٣)، بذات تعريف قدرى باشا في مرشد الحيران المتقدّم ذكره<sup>(٥)</sup>؛ وفي القانون المدني الأردني ورد في المادة ٨٧ أن العقد هو: «ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كلٍّ منهما بما وجب عليه للآخر»؛ وهو يلتقي التقاءً كبيراً بتعريف مرشد الحيران، ويكاد يكون تلاقياً حرفياً في شطره

(١) ويُنظر: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، لحسن علي الشاذلي، (٣٨).

(٢) التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام، (٤٧٥)، ويُنظر: شرحاه: تيسير التحرير، لأمر بادشاه، (٦٨/٤)، والتقريب والتحرير، لابن أمير الحاج، (٢٨٤/٣).

(٣) القواعد الكبرى، أو قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، للعز بن عبد السلام، (٢٦٠/٢)، وسأذكره لاحقاً باسم القواعد الكبرى فحسب، وسأذكر مؤلفه بكنيته: ابن عبد السلام فحسب.

(٤) هو تعريف العلامة القانوني عبد الرزاق السنهوري في كتابه نظرية العقد، (٨١/١).

(٥) الموجز في شرح القانون المدني، لعبد المجيد الحكيم، (٢٨/١).



الأول، غير قوله: «ويترتب عليه..»، فليست في مرشد الحيران؛ غير أن هذه الزيادة ليست ذات جدوى، إذ ما ورد في التعريف من أن العقد يثبت أثره، يعني عن تلك الإضافة، إذ الأثر نفسه هو ما يكون من التزام كل طرف بما يجب عليه نحو الآخر<sup>(١)</sup>.

وأشارت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني إلى أن تعريف العقد فيه قد اعتمد على تعريفات حاشية ابن عابدين، ومجلة الأحكام العثمانية، ومرشد الحيران<sup>(٢)</sup>؛ وهذا يعني فيما يعني، مرجعية الفقه الإسلامي إجمالاً للقانون المدني الأردني<sup>(٣)</sup>.

ولا بد من الإشارة إلى أن القانون المدني الأردني لا يعتد بالإرادة أحياناً، إذا كانت خارج ما يرثبه القانون من إجراءات، فلا يعترف مثلاً ببيع الأرض خارج دائرة التسجيل، ويعتبره باطلاً، فلا يدخل ضمن تعريفه للعقد<sup>(٤)</sup>.

---

(١) الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، لياسين محمد الجبوري، (٣٨).

(٢) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، (٩٨/١)، وسبق قبل سطور ذكر تعريف مرشد الحيران، وكذا سبق تعريف حاشية ابن عابدين عند استعراض التعريف الفقهي للعقد، وذلك في المطلب السابق.

(٣) أشارت المادة الثانية في بنودها (من ٢-٣) من القانون المدني الأردني (١٥-١٦)، إلى مرجعية الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة للمسائل التي لم يُنصَّ عليها في القانون؛ وذكرت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني في نص كلمة بمحت التلهوي رئيس اللجنة المكلفة بوضع مشروع القانون المدني الأردني، وذلك في المؤتمر الصحفي الذي عقده أمام مجلس الأعيان الأردني في الرابع من المحرم عام ١٣٩٦هـ، الموافق للخامس من كانون الثاني سنة ١٩٧٦م، ذكرت كلمة التلهوي مراحل إعداد القانون المدني الأردني، والتي تضمنت رفض مشروع قانون قدمته الحكومة بتاريخ ١٩٥٤/٢/٤م، وتم رفض هذا المشروع، ومن سياق كلام التلهوي يظهر جلياً أنه رُفض لأنه منبثق عن القوانين الغربية، وذكر التلهوي مبررات رفض ذلك المشروع، وذكر أيضاً المحادثة الشديدة داخل مجلسي الأعيان والنواب الأردنيين حول إقراره أو رفضه، وكان مما جاء في نصّ كلمته تأكيداً على ضرورة أن يكون الفقه الإسلامي مرجعية القانون المدني الأردني قوله: «أبعد ما ذكر، يحقّ لنا أن نترك مصادرنا الفقهية الإسلامية، ومراجعنا القانونية، ونأخذ بمجموع مشروع القانون المدني الموجود في مجلس الأعيان، وهو المنقول نقلاً، والمترجم ترجمة، عن القانون المدني الإفرنسي»، ثم وجه كلامه في المؤتمر المذكور قائلاً: «وبعد هذه الاستشهادات والإيضاحات والمبررات، أعتقد أنكم تشاركوننا الرأي بمنصرة الرأي القائل بإيجاد البديل الذي يحل محلّه، وذلك بوضع مشروع قانون مدني، مستمدّ من تراثنا وعقيدتنا وفقهنا وشريعتنا»؛ كما ورد في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، (٢٢/١)؛ وذكر التلهوي أنه «من حق بلدنا وأمتنا علينا، أن لا نأتي بالغريب عن بيئتنا»، يُنظر: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، (٢٤/١).

وبهذا يظهر جلياً مقصد معدّي القانون المدني الأردني، بجعل الفقه الإسلامي مرجعيته، رغم ما يمكن أن يُرى في بعض بنود هذا القانون، من مجافاة قد يحسن تأويلها بشكل يتلاقى مع الفقه الإسلامي.

(٤) الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، لياسين محمد الجبوري، (٣٨).

هذا، والإرادة في حقيقتها عمل نفسي<sup>(١)</sup>، وهو أمرٌ لا يحتاج إلى تدليل، وبناء عليه، فإن أي تعريف للعقد لا يأخذ بعين الاعتبار هذا المعنى، هو تعريف غير مطابق؛ وعليه، فإن التعريف القانوني للعقد بأنه توافق إرادتين، تعريف غير ذي قدرة على مطابقة الواقع الموضوعي للعقد، لأجل أن توافق الإرادتين أمرٌ نفسي كما تقدّم، وبالتالي، فهو غير محسوس من قبل الطرف المقابل في كل عقد، وإنما يعرف الرجلُ إرادته نفسه، ولا يعرف إرادة الآخر، فكيف تتوافقان؟ فيكون التوافق المذكور إذن غير ذي قدرة على الثبوت واقعا، من هنا يبدو في ذلك التعريف جانب قصور، لا يجعله مؤهلاً للوصول إلى حقيقة ما يجري بين المتعاقدين، ليبدو التعريف الوارد عند الفقهاء المسلمين أقرب تماما إلى جهة الواقع العقدي، فهو يتحدث عن أمور ظاهرة، هي الإيجاب والقبول، اللذان يُريان ويظهرا في المسلك العقدي، من فعل أو قول أو تصرفٍ دالٍّ، صراحةً أو ضمنا<sup>(٢)</sup>.

وينبغي لتصحّ تسمية العقد عقدا في القانون، أن يكون ثمة أثر قانوني يراود إحداثه على خلفية هذا التوافق بين الإرادتين، وهو المذكور في تعريف العقد قانونا، فإذا لم يكن مثل هذا الأثر مرادا، فليس ثمة عقد، وإنما هو مجرد اتفاق لا يرقى إلى العقد، ويفصل القانونيون في الأمر تفصيلا حسنا..

فعلى سبيل المثال يقولون: لو دعا أحد الناس صديقا له إلى وليمة، فوافق المدعو، غير أنه لم يحضر الوليمة، فإنه لا يترتب على غيابه وعدم حضوره أثر قانوني، ذلك أنهما حينما حصلت الدعوة من الداعي إلى المدعو، لم يكن ثمة قصدٌ إلى إحداث أثر قانوني؛ وتوافق الإرادتين فيما هو من المحاملات، لا ينشئ عقدا<sup>(٣)</sup>؛ وإنما يُعرف القصد القانوني من خلال سياق الحال، وتعبير بعض القانونيين: من الظروف<sup>(٤)</sup>، كأن تتفق شركة مع أحد مستخدميها على الذهاب إلى جهة نائية، لأمر يخصّ الشركة، وتعهّد بتقديم الطعام له أثناء الرحلة، فهذا تعهّد ذو أثر قانوني مُلزم للشركة<sup>(٥)</sup>.

(١) الموجز في النظرية العامة للالتزامات، عبد الودود يحيى، (٣١، ٣٢).

(٢) ويُنظر: النظريات الفقهية، لفتحي الدريبي، (٢٦١)، حيث بيّن الفرق بين تعريف العقد عن القانونيين الغربيين، وأنه يقوم على التزعة الذاتية للعقد، أي على الإرادة الباطنية له، بخلاف تعريفه عند الفقهاء المسلمين، فهو قائم عندهم على التزعة الموضوعية للعقد؛ ويُنظر أيضا: الفقه الإسلامي وأدلته، لوهبة الزحيلي، (٤/٢٩١٩).

(٣) الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، لياسين محمد الجبوري، (٣٩).

(٤) نظرية العقد، لعبد الرزاق السنهوري، (١/٨٢).

(٥) يُنظر: نظرية العقد، لعبد الرزاق السنهوري، (١/٨٢)، وتُنظر الأمثلة ذاتها في الموجز في شرح القانون المدني، لعبد المجيد الحكيم، (١/٢٩)، وفي توضيحات أخرى للمسألة قانونيا، ومع أمثلة أخرى يُنظر: النظرية العامة للالتزامات، لمصطفى الجمال، (٢٩-٣٠).

وتختلف مذاهب القانونيين الغربيين في مرجعية هذا العقد القانوني، هل هي الإرادة الباطنة في النفس، أم هي الإرادة الظاهرة التي تتمثل في صورة التعبير الكلامي الذي يتضمن مفهوم التوافق<sup>(١)</sup>؟ والاتجاه القاضي بمرجعية الإرادة المتمثلة في النفس الإنسانية، قريب نوعاً ما مما يراه الفقه الإسلامي في هذه الناحية، فالقاعدة الفقهية الشهيرة التي أخذت بها المجلة والقانون المدني الأردني تقول: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني<sup>(٢)</sup>، مع بعض الاستثناءات في الفقه، لا تلغي أساس القاعدة.

لكنّ هذا الاتفاق في النظر إلى إرادة الإنسان الداخلية، ذو مرجعية تختلف فيه رؤية الإسلام عن رؤية الغرب، فرؤية الإسلام توازن بين مصلحتي الفرد والجماعة، وذات نظر خاصّ إلى توافق سلوك الفرد الإرادي مع المبادئ الأخلاقية، بخلاف ما تقوم عليه مرجعية المذهب المؤكّد على سلطان الإرادة الداخلية في العقد عند الغربيين، فهي تنبثق عن نظام أصحابه الاجتماعي، المرتكز على حرّية الفرد، حيث إنه في نظره، لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية، ومظهرها هو الإرادة الحرّة المستقلّة، بضابط التوازن مع حرية الآخرين، دونما نظر إلى الضوابط الأخلاقية؛ يقول الدكتور السنهوري: «فالإرادة الحرّة هي إذن مبدأ القانون، والغاية التي ينتهي إليها، وما المهمة التي يضطلع بها القانون إلا تحقيق حرّية كل فرد، بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حرية الآخرين؛ هذا التوازن بين الحريات جميعاً، هو ما يجب على المشرّع أن يُعنى به»، إلى هنا تبدو الحالة متوازنة بين الفرد والجماعة، غير أن التوازن في جانب آخر يُفقد في القانون، يواصل السنهوري قوله: «وليس عليه بعد ذلك أن يرى ما إذا كان النشاط الفردي الحرّ يتفق مع ما تقتضيه المبادئ الخلقية، ولا عليه أن يرى إلى أي حدّ يتفق صالح المجموع مع صالح الفرد، فالفرد لا المجموع هو الذي يحميه القانون»<sup>(٣)</sup>.

وتكمن مرجعية مذهب الإرادة الظاهرة في أن ما في النفس غير ظاهر، وأن القانون ذاته ظاهرة اجتماعية لا نفسية، وأنه لا يُعرف ما في النفس إلا بالإفصاح عنه، «إذ هو الشيء المادي الذي يستطيع القانون أن يحيط به ويرتّب أحكامه»<sup>(٤)</sup>.

---

(١) يُنظر في تفصيل المذهبين: نظرية العقد، للسنهوري، (٨٣/١-٨٤)، وأيضاً ومع نقدهما والتقريب بينهما عملياً، المرجع نفسه، (١٦٧/١-١٧٨)، وكذا الموجز في شرح القانون المدني، لعبد المجيد الحكيم، (٥٧/١-٦١).

(٢) هو نصّها في المجلة، المادّة الثالثة، (٨٦)، وهي القاعدة الثالثة فيها؛ وفي المادّة (٢١٤)، من القانون المدني الأردني، (ص٦٣)؛ وهي كذلك نصّها في المادّة (٢٢٠)، مرشد الحيران، لقدري باشا، (٣٦)؛ وذكرها الدكتور محمد الزحيلي ضمن القواعد التي اتفقت عليها المذاهب الأربعة، رغم خلاف فيها لبعضهم؛ يُنظر في تفصيلها والتطبيق عليها: القواعد الفقهية وتطبيقاتها، لمحمد الزحيلي، (٤٠٣/١-٤١٣).

(٣) نظرية العقد، لعبد الرزاق السنهوري، (٨٥/١-٨٦).

(٤) نظرية العقد، لعبد الرزاق السنهوري، (١٦٩/١-١٧٠).

هذا، وتسمى هذه النظرية بنظرية الإفصاح عن الإرادة<sup>(١)</sup>؛ والفرق بين المذهبين هو أن مذهب الإرادة الباطنة يعدّ مظهرها المادّي مجرد دليل عليها، أما المذهب المادي فهو يعتبر المظهر الخارجي هو ذلك العنصر الأصلي الذي ينتج الأثر القانوني، دون أن يقتصر دوره في كونه مجرد دليل على الإرادة، وعليه، فلا يُنظر إلى دعوى إنسان أنه أضمّر في نفسه غير ما أظهر من التعبير أو الفعل الدالّ، ما دام هو أصلاً قد أراد إظهار هذا المظهر<sup>(٢)</sup>.

---

(١) نظرية العقد، لعبد الرزاق السنهوري، (١٧٠/١).

(٢) نظرية العقد، لعبد الرزاق السنهوري، (١٧١/١ و١٧٣).

## المبحث الثاني: مفهوم الشرط في اللغة والفقه والقانون

إن مبحث الشروط من المباحث الصعبة في المذاهب بالمجمل، بسبب تفصيلاتها التي تتداخل أحيانا، وتتباعد أحيانا أخرى، وبسبب ما يصحّحه كل مذهب منها، وما يطله منها دون أن يطال الفساد ذات العقد، أو يفسد به العقد أيضا<sup>(١)</sup>، ولذا، فأرجو الله تعالى أن ييسّر لي بحثه.

ويتضمن هذا المبحثُ المطالبَ الثلاثةَ التالية:

المطلب الأول: الشرط في اللغة.

المطلب الثاني: الشرط في الاصطلاح.

المطلب الثالث: الشرط في القانون.

---

(١) يُنظر: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، لصبحي الحمصاني، (٤٦٢).

## المطلب الأول: الشرط في اللغة

إن أصل معنى كلمة الشرط لغة يدل على عِلْمٍ وعلامة<sup>(١)</sup>، فما كان من باب العِلْم على الشيء أو العلامة عليه، فهو شرطٌ في اللغة؛ ومنه: الشرط بمفهومه في باب العقود، فهو علامة يجعلها المتعاقدان على ما يراه كلٌّ منهما هاماً في العقد الذي يُجريانه، وتطلق الشروط على الصكوك «لأنها علامات دالة على التوثيق»<sup>(٢)</sup>.

من ها هنا في تقديري جاء المعنى الاصطلاحي للشرط، والذي صار عِلْماً عليه حتى عند اللغويين، ومنه قول الفيروزآبادي: «الشرط: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه»<sup>(٣)</sup>؛ إن هذا الإلزام المذكور في تعريف الفيروزآبادي، إنما يتمثل في أشياء يحددها كل طرف، فهي علامة رضا كل منهما في إجراء العقد.

## المطلب الثاني: الشرط في الاصطلاح

ورد في تعريف الأصوليين للشرط قولهم: «هو ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته»<sup>(٤)</sup>؛ فخروجه عن الماهية ضروري في مفهومه، ولزومه لوجود الشيء ضروري كذلك.

هذا، ويقسّم الشرط باعتبار عديده، وهي لا تهمّ هذا البحث، إلا ما سيأتي تفصيله<sup>(٥)</sup>، وأذكر ها هنا تقسيم المحقق ابن الهمام للشرط، فقد قسمه إلى قسمين: الأول: حقيقي، وهو ما يتوقف عليه الشيء في الواقع، كالحياة للعلم؛ والثاني: جعليّ؛ وهو نوعان: أحدهما: أن يكون الشارع هو من وضعه، كشرط الطهارة للصلاة؛ والثاني: أن يكون المكلف هو من وضعه، وذلك بتعليق تصرّفه عليه، مع إجازة الشارع له<sup>(٦)</sup>.

(١) معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، (٣/٢٦٠).

(٢) الكليات، لأبي البقاء الكفوي، (٥٢٩).

(٣) القاموس المحيط، للفيروزآبادي، (٨٦٩).

(٤) هذا التعريف الذي اعتمده التاج السبكي في كتابه جمع الجوامع، (٢/٢٢)، وذكره التاج أيضا في كتابه الإجماع في شرح المنهاج، (٤/١٤٢٩)، واعتمده قبله جماعة منهم القرافي في كتابه الفروق، (١/١٧٣)، وأضاف: «ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته، بل في غيره»؛ واعتمده فيما بعد ابن النجار الفتوح في كتابه شرح الكوكب المنير، (١٤٥٢).

(٥) يُقسّم مثلا باعتبار مرجعيته إلى شرط عقلي، وهو ما كانت مرجعيته العقل، كشرط الحياة للعلم؛ وعاديّ، وهو ما كانت العادة مرجعه، كصعود السلم للوصول إلى الطابق الأعلى؛ وشرعي، وما كانت مرجعيته الشرع، كشرط الطهارة للصلاة؛ ولغوي، وهو ما كانت اللغة مرجعه، كما إذا استخدمت كلمة لو وإذا، وشبهاتها؛ يُنظر: فروق القرافي، (١/١٧٢-١٧٥)، وشرح المحلي على جمع الجوامع، وحاشية الباني عليه، (٢/٢٣)، والكليات، لأبي البقاء الكفوي، (٥٣٠)؛ وفي بيان هذه الشروط وتفسير مرجعيتها، يُنظر: التقرير والتحبير، لابن أمير الحاج، (١/٣١٣)، وتيسير التحرير، لأمير بادشاه، (١/٢٨٠)، وإرشاد الفحول، للشوكاني، (١/٥٤٦-٥٤٧).

(٦) التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام، (٤٧٦)؛ ويُنظر في شرحه: التقرير والتحبير، لابن أمير الحاج، (٣/٢٨٤).

ودراستي هذه لا تدور حول الشرط الذي ينبغي وجوده لأجل صحة الأعمال والتصرفات والعبادات، والذي جاء بأمر الشرع دونما تدخّل من الإنسان، بل على الإنسان الخضوع له، فذلك شأن آخر، بعيد من موضوع الدراسة كلّ البعد؛ ولا حول الشرط العقلي أو العادي؛ وإنما حول شاكلة من الشروط الشرعية واللغوية، على ما سيأتي بيانه، وتدور الدراسة تحديداً حول الشرط الإرادي الصادر عن إرادة الإنسان، يقرّره إن شاء أو لا يقرّره، وفق ضوابط شرعية؛ وهو ما سمّاه الفقهاء شرطاً جعلياً، أي هو آتٍ بجعل المكلّف، وتسميته له بالشرط الإرادي، لا تخرج عن معنى تسميته جعلياً عند الفقهاء.

هذا، وإن ما نقلته عن الفيروزآبادي في تعريف الشرط لغة يتمثّل فيه ما سينتهي إليه معنى الشرط في الاصطلاح الفقهي في آخر هذا المطلب، بل لعل الفيروزآبادي استبطن المعنى الاصطلاحي الفقهي للشرط، وأدخله ضمن التعريف اللغوي له، لاشتهار الشرط فيما ذكره من معنى.

وسينقسم هذا المطلب إلى الفروع الستة التالية:

### الفرع الأول: أنواع الشرط الإرادي

وهو ذاته الشرط الجعليّ المتقدّم، وهذا الشرط الإرادي أو الجعليّ ثلاثة أنواع: النوع الأول: وهو ما يُسمّى عند الفقهاء بالشرط الاقتراني، أو المقيّد، ذلك أنه يقترن بالعقد ساعة إنشائه، ويقيد إطلاقه، وهو زائد على أصل التصرف العقديّ أصلاً؛ كأن يشتري ثوباً بشرط أن يخيطه البائع؛ ويسمّى العقد حينها: عقداً مقيّداً بشرط<sup>(١)</sup>، وهذا الشرط هو موضوع هذه الدراسة، فأترك تفصيله إلى ما يأتي من فصولها؛ والنوع الثاني: هو ما يُسمّى بالشرط التعليقي، وهو ما يتعلق به حصول أمر على أمر آخر، كأن يقول الأب لابنه: إذا نجحت، فلك كذا، ويكون مستقبلياً محتملاً، وهو بعبارة أخرى: «ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى»<sup>(٢)</sup>، ويسمّى العقد حينها: عقداً معلقاً على شرط<sup>(٣)</sup>؛ وهو نفسه ما يُسمّى: الشرط اللغوي، لعودته إلى اللغة من حيث اعتبار مقصوده، وفي شرح الكوكب المنير أنه هو ما يُذكر في الفقه في قولهم: لا يصحّ تعليق

٢٨٥)؛ وتيسير التحرير، لأمير بادشاه، (٤/٦٩).

(١) شرح الكوكب المنير، لابن النجار الفتوحى، (١/٤٥٣-٤٥٤)، ويُنظر كتاب: المنثور في القواعد، للزركشي، (١/٣٧٠)، وغمز عيون البصائر، للحموي، (٤/٤١)؛ ويُنظر كذلك: نظرية الشروط المقترنة بالعقد، لزكي الدين شعبان، (٣٣-٣٤).

(٢) البحر الرائق، لابن نجيم، (٤/٢)، والدرّ المختار، للحصكفي، (٢٢٠)، ويُنظر: حاشية ابن عابدين على الدرّ المختار، (٣/٣٤١).

(٣) نظرية الشروط المقترنة بالعقد، لزكي الدين شعبان، (٢٩-٣٣).

البيع على شرط، وهو ما يلزم من وجوده الوجود، ويلزم من عدمه العدم، فهو يُفهم من جهة اللغة وحدها<sup>(١)</sup>؛  
**والنوع الثالث:** هو الشرط الإضافي، وهو ما يتضمن إضافة إنفاذ العقد إلى زمنٍ قادمٍ، كأن يقول: آجرتك  
هذه الدار اعتباراً من أول الشهر القادم؛ فهو لا يؤثر في شيء من أحكام الإجارة، وإنما يجعل حصول العقد  
مضافاً إلى زمنٍ قادمٍ، هو مطلع الشهر<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثاني: الفرق بين الشرط الإضافي والشرط التعليقي

الفرق بين الشرط الإضافي والشرط التعليقي، هو أن التعليقي يربط حصول العقد برؤيته على حصول أمر  
آخر، وهذا الأمر الآخر الذي تعلق به حصول المقصود، هو أمر احتمالي، قد يحصل وقد لا يحصل، أي لا بد  
أن يكون «معدوماً على خطر الوجود»<sup>(٣)</sup>، كما سيأتي تفصيله، كأن يقول: إذا حضر فلان فأنت وكيلني في  
بيع سيارتي، إذ قد لا يحضر فلان، فلا يقع البيع أصلاً؛ أي أن حصول العقد عُلق على حدوث أمرٍ آخرٍ يحتمل  
الوقوع، هو حضور فلان؛ وبعبارة محمد قدرى باشا أن العقد المعلق، «يتأخر انعقاده سبباً إلى وجود الشرط،  
فعند وجوده ينعقد سبباً مفضياً إلى حكمه»<sup>(٤)</sup>.

وهذا كله بخلاف الشرط الإضافي، فهو الذي يكون حصول العقد فيه مضافاً إلى زمان قادم، وهذا الزمان  
قادم لا محالة، فإذا دخل ذلك الزمان، وقع ما أتفق عليه؛ فإذا قال: آجرتك الدار مطلع الشهر، فمطلع الشهر  
ليس محتمل الوجود، بل هو واقع لا محالة بإذن الله، وكل ما هنالك أنه إذا دخل الشهر، جرى العقد.  
ولا يؤثر الإضافي والتعليقي في أحكام العقد، تقييداً أو إضافةً، وإنما يجري العقد بحصول الشرط.

### الفرع الثالث: الفرق بين الشرط التعليقي والشرط التقييدي

الشروط التقييدية من جعل الإنسان، فهي جعلية من هذا الوجه، ففي شرح الكوكب المنير: «الإطلاق  
الثالث: جعل الشيء قيداً في شيء، كشراء الدابة بشرط كونها حاملاً،... كأنهما قالوا: جعلناه معتبراً في  
عقدنا»<sup>(٥)</sup>؛ والأمر نفسه يقال في التعليقي والإضافي؛ هذا، وفرق الزركشي بين التعليق والتقييد بقوله: «التعليق

(١) شرح الكوكب المنير، لابن النجار الفتوحى، (١/٤٥٣، ٤٥٥).

(٢) يُنظر: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، لمحمد فتحي الدريني، (٢/٤١٥-٤١٦).

(٣) البحر الرائق، لابن نجيم، (٤/٢).

(٤) مرشد الحيران، محمد قدرى باشا، (٣٦)، ويُنظر: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، (١/٤٦٤)، وإرشاد

الأنام إلى معرفة الأحكام، لمحمد إبراهيم الحفناوي، (١٧١).

(٥) شرح الكوكب المنير، لابن النجار الفتوحى، (١/٤٥٣-٤٥٤).



ما دخل على أصل الفعل بأداته، كيان، وإذا؛ والشرط ما جزم فيه بالأصل، وشرط فيه أمرٌ آخر<sup>(١)</sup>، والتعليق الوارد ذكره في كلام الزركشي هو ذاته شرط التعليق، والشرط الوارد ذكره في كلامه هو ذاته شرط التقييد.

هذا، ونقل الحموي في شرحه كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم كلام الزركشي<sup>(٢)</sup>، ثم فسره بقوله: «أي أصل الفعل، وشرط فيه أمرٌ آخر، وإن شئت فقل في الفرق: إن التعليق ترتيب أمر لم يوجد على أمر يوجد، بأن، أو إحدى أحوالهما؛ والشرط التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة<sup>(٣)</sup>؛ ومعنى قوله: لم يوجد في أمر وجد، أي أن الشيء المشروط لم يوجد بعد، وهو مقترنٌ بأمر وجد، أي بأمر قد تم؛ كأن يبيعه بشرط الرهن حتى يدفع الثمن، فالبيع قد تم، أي وجد، أما الرهن، فلم يوجد بعد، إلا أنه ملزم<sup>(٤)</sup>.

والتعليق لا يصح إلا إذا كان «معدوماً على خطر الوجود»<sup>(٥)</sup>، كما قال ابن نجيم؛ وقوله: معدوماً: أي ألا يكون موجوداً فعلاً، ذلك أنه إذا كان موجوداً، فسيكون شرطاً تنجزياً وليس تعليقياً؛ ومعنى: على خطر الوجود، أي أنه ممكن الوجود غير أنه ليس مؤكداً، فلو كان مؤكداً، لكان أجلاً<sup>(٦)</sup>؛ ومن جهة أخرى: الشرط التقييدي يتحكم في أثر العقد فحسب، فيقيّد إطلاقه مثلاً، غير أنه لا يتحكم في إنشائه<sup>(٧)</sup>، وقد ذكر الشرط التقييدي في كتاب ترتيب اللآلي<sup>(٨)</sup>، وفي المادة ٨٣ من المحلّة، إذ نصّاً أنه: «يلزم مراعاة الشرط قدر الإمكان»؛ ومثّل له في ترتيب اللآلي برجل أودع رجلاً ودبعة قائلاً له: لا تدفعها إلى فلان وفلان فدفعها إلى واحد منهم،

(١) المنشور في القواعد، للزركشي، (٣٧٠/١).

(٢) وقع في نسبة كلام الحموي المذكور أعلاه خطأً عند الدكتور زكي الدين شعبان، فقد نقل من غمز عيون البصائر للحموي كلام الزركشي مع تعقيب الحموي عليه، وجعلهما كلاماً واحداً، ونسبه كلّهُ إلى الزركشي، مع أن الذي في منشور الزركشي، (٣٧٠/١)، هو ما نسبته إليه أعلاه، وأما الباقي فهو من كلام الحموي.

وسبب الخطأ يعود إلى أن الطبعة التي رجّع إليها ذكرت كلام الزركشي موصولاً بكلام الحموي دونما فصل بينهما، وهو ما يوهم بأنه كله للزركشي، ولم يكن كتاب الزركشي مطبوعاً أيام كتابة الدكتور شعبان رسالته تلك للدكتوراه في العقد الخامس من القرن العشرين؛ يُنظر كتابه: نظرية الشروط المقترنة بالعقد، (٣٤)؛ والخطأ نفسه وقع في حاشية ابن عابدين، (٢٤٠/٥).

(٣) غمز عيون البصائر، للحموي، (٤١/٤).

(٤) نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، لحسن علي الشاذلي، (٥٢).

(٥) البحر الرائق، لابن نجيم، (٢/٤).

(٦) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، لصبحي الحمصاني، (٤٥٦-٤٥٧)، ويُنظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٣-٢/٤)، وحاشية ابن عابدين، (٣٤٢/٣).

(٧) يُنظر: إرشاد الأنام إلى معرفة الأحكام، ل محمد إبراهيم الحفناوي، (١٧١-١٧٢).

(٨) ترتيب اللآلي، لناظر زاده، (٦١٢/١).

فإن وجد مفراً من الدفع إلى من دفعها إليه منهم، فهو ضامن، وإلا لم يضمن؛ وفي اللآلي: «لأن هذا الشرط مقيد»<sup>(١)</sup>؛ أي أنه قيد إطلاق الوديعة من حيث مكان حفظها؛ أما الشرط التعليقي: فيتحكم في أصل إنشاء العقد، فلا ينشأ دون تحقق الشرط، ولا يتحكم في أثره<sup>(٢)</sup>، وفيه يقول الحنفية: «المعلق بالشرط معدوم قبله»<sup>(٣)</sup>؛ وفي المجلة المادة ٨٢: «المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط»<sup>(٤)</sup>.

ويسمى شرط التعليق سبباً أو سبباً جعلياً، قال الشوكاني: «ويستعمل الشرط اللغوي في السبب الجعلي، كما يقال: إن دخلت الدار فأنت طالق، والمراد أن الدخول سبب الطلاق، يستلزم وجوده وجوده لا مجرد كون عدمه مستلزماً لعدمه من غير سببته»<sup>(٥)</sup>، وقال جماعة من العلماء: «الشروط اللغوية أسباب»<sup>(٦)</sup>، ويصفها ابن الهمام بأنها أسباب جعلية<sup>(٧)</sup>، وذلك لأنه «يلزم من وجودها الوجود، ومن عدمها العدم»<sup>(٨)</sup>.

ويتفق السبب والشرط، في أن كليهما يرتبط بشيء آخر، فلا وجود لهذا الشيء بدونهما، ويتفقان أيضاً في أنهما ليسا جزءاً من ذلك الشيء<sup>(٩)</sup>.

غير أنهما يفتقران في أنه يلزم من وجود السبب وجود الحكم، ويلزم من عدمه عدم الحكم؛ أما الشرط، فرغم أنه يلزم من عدمه عدم الحكم، إلا أنه لا يلزم من وجوده وجود الحكم<sup>(١٠)</sup>.

وللشرط تعلق بالسبب، فيكون مكتملاً له، كأن يقال: إن الزنا سبب للرجم شرط كون الزاني محصناً، فالإحصان شرط لسببية الزنا للرجم، فلا رجم على زان غير محصن؛ والنصاب سبب للزكاة، ومرور الحول عليه، شرط لكمال هذا السبب، فلا زكاة على نصاب لم يجر عليه الحول<sup>(١١)</sup>.

(١) ترتيب اللآلي، لناظر زاده، (١١٨١/٢-١١٨٣).

(٢) نظرية الشروط المقترنة بالعقد، لزكي الدين شعبان، (٣٣).

(٣) ترتيب اللآلي، لناظر زاده، (١٠٥٩/٢).

(٤) وهي ذاتها بنصّها في ترتيب اللآلي، لناظر زاده، (١١٨٠/٢).

(٥) إرشاد الفحول، للشوكاني، (٥٤٦/١).

(٦) الإبهام في شرح المنهاج، للتاج السبكي، (١٤٢٨/٤ و ١٤٢٩)، البحر المحيط، للزركشي، (٢١٠/١)، ونقله

الزركشي عن القرافي وابن الحاجب؛ والتقارير والتحبير، لابن أمير الحاج، (٣١٣/١).

(٧) التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام، وشرحه: التقارير والتحبير، لابن أمير الحاج، (٣١٣/١)، وتيسير التحرير، لأمير

بادشاه، (٢٨٠/١).

(٨) التقرير والتحبير، لابن أمير الحاج، (٣١٣/١).

(٩) إرشاد الأنام إلى معرفة الأحكام، لمحمد إبراهيم الحفناوي، (١٦٨).

(١٠) إرشاد الأنام إلى معرفة الأحكام، لمحمد إبراهيم الحفناوي، (١٦٨).

## الفرع الرابع: الفرق بين الشرط الأصولي والشرطين التعليلي والتقييدي

ولقد ذكرت قبل قليل أن الشرط الذي يدور حوله البحث، بعيد عن الشرط المذكور في كتب الأصول، والذي يسمونه شرطا جعليا بجعل الشرع، ولا بد من كلام قصير حوله، ليتضح موقع الشرط الذي يدور حوله التعليق والاقتران؛ فلقد ذكر أبو البقاء أن الشرط عند المتكلمين هو: «ما يتوقف عليه الشيء، فلا يكون داخلا فيه ولا مؤثرا»<sup>(٢)</sup>، وهو مجمل معناه عند الأصوليين على ما تقدم<sup>(٣)</sup>، فهو مع خروجه عن الماهية فهو ضروري لها؛ أما التعليلي والتقييدي، فيلزم من عدمهما العدم، ومن وجودهما الوجود، بخلاف الشرط الأصولي، الذي لا يلزم من وجوده وجود ولا عدم؛ فأن يعلق الرجل تزويج ابنه على نجاحه، فإنه يعني أنه يلزم من وجود ذلك المعلق عليه، وهو النجاح، استحقاق الولد للزواج؛ وكتقييد المشتري السلعة بصفة معينة، يعني وجود استحقاق المشتري لذلك الوصف في تلك السلعة.

## الفرع الخامس: الشرط التقييدي ذو تأثير على إطلاق العقد

هذا، والشرط التقييدي إذا صُرف النظر عما هو من مقتضيات العقد التي لا تزيد شيئا عما يتضمّنه إطلاقه؛ فإن الشرط سيكون مقيدا للعقد لزاما، أو زائدا عليه؛ فأن يبيع إنسان سيارة ويشترط على المشتري أن التسليم سيكون في مكان كذا، فهذه زيادة عما يقتضيه إطلاق العقد؛ وأن يبيعه السيارة، ويشترط عليه أن تبقى عنده شهرا قبل تسليمها، فهذا تقييد لمطلق العقد؛ فالشرط خارج عن الماهية، فإن كان خارجا عن مقتضى العقد، ففيه زيادة عليه أو تقييد له أو كلا الأمرين<sup>(٤)</sup>.

إن موضوع البحث يدور حول الشرط الجزائي، الذي هو في حقيقته شرط اتفائي اقتراي، يدخل في دائرة الإرادة.

ويدور البحث أيضا حول مدى توسيع الشرع لسسلطة الاشتراط؛ فقد وُضعت الأحكام العامة لعامة العقود والخاصة لبعضها، استجابة لمقاصد العاقدين من العقد غالبا، والحاجة قد تمسّ لشروط لا تتضمنها تلك الأحكام، ولهذا المعنى جاز اشتراط شروط بحدود متفاوتة عند جمهور الفقهاء، من شأنها تقييد إطلاق العقد

(١) إرشاد الأنام إلى معرفة الأحكام، لمحمد إبراهيم الحفناوي، (١٦٩).

(٢) الكليات، لأبي البقاء الكفوي، (٥٢٩).

(٣) يُنظر: الصفحة (٦٢)، من هذا البحث.

(٤) يُنظر: الشرط الجزائي في الشريعة والقانون، لزكي الدين شعبان، نشره في مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت،

السنة الأولى، العدد الثاني، رجب ١٣٩٧هـ، يونيو ١٩٧٧م.

دون أن يقتضيها، وهي ذاتها الشروط التقييدية<sup>(١)</sup>؛ كل هذا لأجل وصول العقد عند طرفيه إلى مستوى تحقيق مقصودهما منه.

### الفرع السادس: تعريف الشرط المقترن

بعد هذه الرحلة مع الشرط، فلا بد من تعريف الشرط المقترن المقيد، الذي هو موضوع البحث برؤيته، ولا أرى بعدا في تعريفه بأنه: «التزام في العقد لا يستلزمه في حالة الإطلاق»<sup>(٢)</sup>؛ غير أني أرى الأوضح أن يقال إنه: «ما يتفق عليه العاقدان من أمور تتعلق بالعقد، مما يخرج عن ماهيته، ولا يتنافى مع مقتضاه، ويؤثر في أحكامه».

وإنما اخترتُ تعريفه بهذا التعريف، لأنه يجمع عناصر المعرف، ولا يدخل فيه شيء مما هو من غير ماهيته. وهذا التعريف يتضمن عناصر أشرحها فيما يلي:

ما يتفق عليه العاقدان: أي ما يُثبتانه بإرادتهما فيما تعاقدوا عليه، ويخرج به ما ليس له صلة بما اتفقا عليه. من أمور تتعلق بالعقد: يخرج به: ما ليس له به صلة، كأن يتحدثنا في عقد أو باب آخر من أبواب الحياة. مما يخرج عن ماهيته: أي مما يخرج عن ذات العقد ومقتضاه، إذ: ماهية العقد، هي ذاته؛ ولا يحتاج إلى تنبيه على ما هو من ذات العقد أصلا، اكتفاء بدخوله فيه.

لا يتنافى مع مقتضاه: ومقتضى العقد هو حكمه الأصلي الذي شرع من أجله<sup>(٣)</sup>؛ ويخرج بهذا القيد ما يلغي مقتضى العقد من الشروط، ولا يصلح إلغاء حكم أصلي من أحكام العقد بالشرط. يؤثر في أحكامه: أعني أنه يضيف شيئا، أو ينقص شيئا من إطلاق العقد، ويخرج به ما لا يؤثر في شيء من أحكامه، كأن يشترط أن يسلمه المبيع، فهذا شرط لا يضيف ولا يُنقص.

(١) يُنظر: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، لصبحي الحمصاني، (٤٦٠).

(٢) هذا التعريف مأخوذ من تعريفين، أحدهما للعلامة الزرقا في المدخل الفقهي العام، (٥٠٦/١)، فقد عرفه بقوله: «التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة الإطلاق»، والثاني للعلامة الدريني في كتابه بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، (٤١٤/٢)، فقد قال: «هو التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه، زائد عن أصل مقتضاه شرعا»، والتصرف القولي في التعريفين هو ذاته العقد.

(٣) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، لفتح الدريني، (٤١٣/٢).

### المطلب الثالث: تعريف الشرط في القانون

يطلق الشرط في القانون على جميع الأحكام التي اتفق عليها المتعاقدان، كأن يتفقا أن يكون تسليم السلعة المباعة في نابلس مثلا، أو أن يدفع المشتري الثمن على أقساط<sup>(١)</sup>؛ غير أن هذا النمط من الأحكام لا يتجاوز كونه بندا في العقد، ليست له صفة الشرطية المتبادرة إلى الذهن.

أما الشرط الذي يتبادر إلى الذهن في القانون، فهو ما ورد في المادة ٣٩٣ من القانون المدني الأردني: «الشرط التزام مستقبل، يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه»، وشرطه الأول مأخوذ من مرشد الحيران لقدري باشا<sup>(٢)</sup>.

والالتزام الوارد ذكره في التعريف يعني كون الشخص مكلفا بفعل أو بامتناع عن فعل، لمصلحة آخر<sup>(٣)</sup>؛ وكونه مستقبليا، ناشئ عن طبيعته، وعن طبيعة العقد الموصوف بالشرط، فالعقد لا يكون على ماضٍ، وإنما على مستقبل؛ وإن كان الشرط ماضيا، لم يكون الالتزام المشروط به في الحقيقة إلا منجزا<sup>(٤)</sup>؛ وكونه يتوقف عليه وجود الالتزام أو إلغاؤه: فهو قائم على تقسيم الشرط في القانون إلى شرط واقف، وشرط فاسخ؛ فالشرط الواقف: هو الشرط الذي يتوقف عليه وجود الالتزام، ويسمى تعليقا؛ والشرط الفاسخ: هو الذي ينتهي به أمد الالتزام، أو يفسخ به الالتزام، ويسمى مُلغيا<sup>(٥)</sup>؛ غير أن المذكرات التوضيحية للقانون المدني الأردني أشارت إلى عدم استعمال هذا القانون لتعابير الشرط الواقف والشرط الفاسخ، إذ، على قول تلك المذكرات، لا وجود لمثل هذين التعبيرين في الفقه الإسلامي، ولا في التشريعات الأردنية، بل فكرة الشرط الواقف والشرط الفاسخ جاءت برُمَّتها من الفقه الغربي، اللاتيني والجرماني<sup>(٦)</sup>.

وترى المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني أن الشرط على ما تقدّم من تعريفه في القانون، يعتبر وصفا معدّلا لآثار الالتزام<sup>(٧)</sup>؛ لكنّ هذا الذي قالته المذكرات الإيضاحية غير واضح في تعريف الشرط في

(١) الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني، لفؤاد درادكة، (٤٩).

(٢) ورد في مرشد الحيران، لمحمد قدري باشا، (٣٦)، في المادة (٢٢١) منه أن الشرط هو: «التزام مستقبل في أمر مستقبل، بصيغة مخصوصة».

(٣) وهذا على تعريف العلامة الزرقا في المدخل الفقهي العام، (٤٣٦/١)، للالتزام.

(٤) يُنظر: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، لحسن علي الشاذلي، (١٠).

(٥) نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، لحسن علي الشاذلي، (١٥)، ويُنظر: الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني، لفؤاد درادكة، (٥١).

(٦) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، (٤٦٤/١-٤٦٥).

(٧) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، (٤٦٣/١).

القانون المدني الأردني، لأن تعريف هذا القانون للشرط فيما يظهر لي، يقترب من شرطي التعليق والإضافة، ولا يتضمن معنى الشرط المقترن المقيّد لإطلاق العقد، والذي هو موضوع هذا البحث، والذي يؤثّر وحده دون أنواع الشروط الأخرى في إطلاق العقد؛ ومن هنا أستطيع أن أقول: إن القانون المدني الأردني يخلو من تعريف للشرط المقيّد لإطلاق العقد، والمقترن بإنشائه، وهو ما يلزم القانونيين في تقديري إلى صياغة تعريف له، تنسجم مع طبيعته وأحكامه.

### **المبحث الثالث: سلطة العاقدين في إنشاء العقود والشروط**

هذا المبحث يتضمن أهم ما يتأسس عليه ما سيأتي بعده من مباحث هذه الدراسة، فأهميته تعود أصلاً إلى أن الشرط الجزائي ذاته، خاضعٌ من حيث جوازُه إلى أصول، أهمها: سلطة طرفي العقد في إنشاء الشروط؛ وبما أن موضوع إنشاء الشروط مرتبط ارتباطاً وثيقاً بموضوع إنشاء العقود، وبما أنهما متقاربان من حيث أصول بحثهما، فقد اقتضى ذلك أن يُبحثا في مبحث واحد، ورأيتُ ضبطاً لتسلسل البحث منطقياً، أن أبدأه بتمهيد، ثم أتبع التمهيد بمطالب ثمانية، كما يلي:

تمهيد: بين يدي مذاهب العلماء في سلطان الإرادة في العقود والشروط.

المطلب الأول: مذاهب العلماء في العقود.

المطلب الثاني: مواقف المذاهب من الشروط.

المطلب الثالث: الموازنة بين المذاهب الأربعة في الاشتراط.

المطلب الرابع: أدلة الفريقين.

المطلب الخامس: مناقشة الأدلة.

المطلب السادس: الراجح في المسألة.

المطلب السابع: ضوابط إحداث عقود وشروط جديدة.

المطلب الثامن: سلطة العاقدين في إنشاء العقود والشروط في القانون.

## تهديد: بين يدي هذا العلم في سلطان الإرادة في العقود والشروط

ثمّة من يقول: الذين توسّعوا في إباحة العقود ما لم تصطدم بدليل، توسّعوا أيضا في إباحة الشروط ما لم تصطدم بدليل، والذين ضيّقوا في أمر العقود، ضيّقوا أيضا في أمر الشروط، سواء بسواء<sup>(١)</sup>؛ لكنّ الذي يبدو لي خلاف هذا، والصواب في تقديري أن يقال: نعم، إن الذين ضيّقوا في العقود ضيّقوا في الشروط، لكن، ليس كل من توسّع فيها توسّع في الشروط، لأنه سيتبين أن الشافعية توسّعوا فيها، غير أنهم ضيّقوا في أمر الشروط.

ومن حيث الأدلّة، فسيتبين أن ثمّة اختلافا في نوع الأدلّة بين مسألة الشروط ومسألة العقود، فمسألة الشروط تملك، إضافة إلى أدلّة العقود ذاتها، أدلّة خاصّة وردت في حكمها، على ما سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى، ليس لها دخل في إنشاء العقود إلا بنوع تأويل؛ بخلاف الحال في أدلّة إنشاء العقود<sup>(٢)</sup>.

إن بحث استحداث شروط جديدة في غاية الأهمية بالنسبة لهذا البحث برؤيته، ذلك أن الشرط الجزائي، الذي هو موضوع البحث، فرع من موضوع سلطة الاشتراط التي ستبحثها هنا، فالقول فيها هو في نهايته قول في الشرط الجزائي ذاته.

ثم إن الحاجة إلى الاشتراط عائدة إلى أن لدى العاقدين في العادة رغبات لا يكفي مقتضى العقد لتلبيتها، ربما تزيد عما يقتضيه العقد، أو تنقص، وقد تكون هذه الرغائب ضرورية لكل عاقد، فلربما كانت للواحد منهم حاجة لا يقتضيها العقد، فاحتاج إلى إدخالها في التعاقد، على شاكلة الشرط الذي يتفقان عليه<sup>(٣)</sup>؛ أما صلة سلطة العاقدين في استحداث العقود بمسائل البحث، فهي ماثلة في أحد فصول البحث الآتي دراسته، وهو الفصل المتعلق بعقد المقاولة، وذلك على قول من يقول: إنه عقد حادث غير ذي صلة بالعقود الأخرى، وغير مركّب من بعضها، مما يدعو إلى بحث سلطان الإرادة هذا.

إن قضية البحث هنا هي كما يلي: هل المسلمون مقيّدون بما ذكر من العقود والشروط في تراثنا الفقهي فحسب؟ مما يعني إذا كان الجواب إيجابا أنه يحرم إجراء عقود أو اشتراط شروط أفرز ضرورتها تطوّر الزمن واختلاط الأمم؟ وهل ثمّة حدود لهذا السلطان إن وُجد في الفقه الإسلامي، أم أنه مطلق عن الحدّ والقيّد؟

(١) يرى هذه الرؤية الإمام محمد أبو زهرة في كتابه الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، (٢٤٥).

(٢) أول الأمر، جعلتُ بحث سلطة العاقدين في إنشاء العقود، منفصلا عن بحث سلطتهما في إنشاء الشروط، وخطوتُ في بحث المسألتين منفصلتين خطوات كثيرة حتى أوشك ببحثهما على الانتهاء؛ غير أنني رأيتُ، ولأجل تداخل ما بينهما، أن أبحثهما في صعيد واحد، مع الإشارة إلى ما له صلة بالعقود منها، وما له صلة بالشروط، وما له صلة بهما معا؛ كل ذلك طلبا للاختصار وحشية من التطويل.

(٣) في هذه الفكرة يُنظر: أحكام المعاملات الشرعية، لعلي الخفيف، (٢٢٨).



ثمة اتجاهان قد اشتهدا هنا، أحدهما يُنقُض ما يقرّره الآخر، ذكرهما الإمام ابن حزمٍ بإيجازٍ قائلاً: «فأحد هذين القولين المذكورين: إما أنها كلها لازمٌ حقٌّ إلا ما أبطله منها النصّ؛ والثاني: أنها كلها باطلٌ غير لازم، إلا ما أوجبه منها نصٌّ، أو ما أباحه منها نصٌّ»<sup>(١)</sup>؛ ثم شرّع في سرد ما هو في تقديره أدلةٌ صاحب كلٍّ من القولين، على ما سيأتي ذكر ما يلزم منه؛ وكان ابن حزم قد عقد في كتابه الأحكام باباً بعنوان: «في استصحاب الحال، وبطلان جميع العقود والعهود والشروط، إلا ما أوجبه منها قرآن أو سنة عن رسول الله ﷺ ثابتة»<sup>(٢)</sup>؛ وهو بذلك يعلن عن رأيه بصراحة من خلال ذلك العنوان، ليمثّل رأس المضيّقين في هذا الباب، وليقف بمقابله تماماً ابن تيمية مع الجمهور، على تفاوت فيما بينهم.

وكالإمام ابن حزمٍ تماماً، فقد ذكر الإمام ابن تيمية أن في المسألة قولين: الأول: الأصل في العقود والشروط الحظر، إلا ما ورد الشرع بإجازته، ونسب ابن تيمية هذا القول إلى أهل الظاهر، وهي نسبة صحيحة بالنصّ عليها من قبل ابن حزمٍ؛ ولكن ابن تيمية نسبه أيضاً إلى كثير من أصول أبي حنيفة والشافعي، وطائفة من أصول أصحاب مالك وأحمد، وهو ما سيثبت خلافه عنهم؛ والثاني: الأصل في العقود والشروط الصحة والجواز، ولا يحرم منها ولا يبطل، إلا ما دل الشرع على بطلانه وتحريمه، بنصٍّ أو قياس<sup>(٣)</sup>؛ وقال ابن تيمية: «وأصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على هذا القول، ومالكٌ قريب منه، لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه»<sup>(٤)</sup>.

واللبس هنا آتٍ من كلام الإمام ابن تيمية، إذ نسب إلى اتجاه التضييق جمهورَ فقهاء المذاهب الأربعة، فكثير من أصول أبي حنيفة ومالك والشافعي وأحمد ﷺ تُبنى في رأيه على أن الأصل في العقود والشروط: الحظر لا الإباحة، إلا ما ورد الشرع بجوازه<sup>(٥)</sup>؛ وليس الأمر كذلك، إلا ما كان من مذهب الشافعية في الشروط دون العقود<sup>(٦)</sup>؛ وما نسبه ابن تيمية إلى الجمهور مخالف لما نسبه إليهم تلميذه ابن القيم من القول في

(١) الأحكام في أصول الأحكام، لابن حزم، (٦٣١).

(٢) الأحكام في أصول الأحكام، لابن حزم، (٦٢٧)، ويُنظر: المحلّي، لابن حزم، (١٩٢/٩).

(٣) يُنظر القولان في مجموعة الفتاوى، لابن تيمية، (٧٧/٢٩)، والقواعد النورانية، لابن تيمية، (١٢٨-١٣١).

(٤) مجموعة الفتاوى، لابن تيمية، (٨١/٢٩).

(٥) مجموع الفتاوى، لابن تيمية، (٧٧/٢٩)، والقواعد النورانية الفقهية، لابن تيمية، (١٢٨).

(٦) رأيتُ من ينتقد نسبة ابن تيمية التضييق في أمر العقود إلى الجمهور، كالدكتور علي القره داغي في: مبدأ الرضا في العقود، (١١٥١-١١٥٥)، والدكتور زكي الدين شعبان في: نظرية الشروط المقترنة بالعقد، (١٩-٥٢)، وحقّق الدكتور شعبان أن سبب خطأ ابن تيمية، هو منع المذاهب لبعض العقود، مما دعاه إلى اعتبار أن الأصل عندهم هو المنع، رغم أن ما منعه ليس عائداً إلى أصل المنع عندهم، بل لتضمّنه بعض ما حظره الشرع بتقديرهم كالغرر والربا والجهالة وما إلى ذلك؛ هذا؛ وكلام أبي زهرة الآتي ذكره ينطوي على نقدٍ لكلام ابن تيمية.

أصل الاشتراط والعقود، فقد قال ردّاً على ثفاة القياس في تحريمهم العقود والشروط إلا ما نُصّ عليه: «وجمهور الفقهاء على خلافه، وأن الأصل في العقود والشروط: الصحة، إلا ما أبطله الشارع، أو نُهي عنه، وهذا القول هو الصحيح»<sup>(١)</sup>؛ ولعلي أستطيع هنا أن أقول: إن نسبة الأقوال في الشروط والعقود مما خالف فيه ابن القيم أستاذه ابن تيمية، رغم ما يوصف به كل منهما من التطابق مع ما يقوله الآخر؛ هذا، وسيأتي تحقيق موقف المذاهب الأربعة عند الحديث عن الموسّعين.

ولقد لفتَ الإمام أبو زهرة النظر إلى أن ما ورد في مذاهب الجمهور من تضييق في سلطة العاقدين، ووجه في أصولهم بما يفتح باب العقود والشروط، وذكر من هذه الأصول: العرف عند الحنفية، والاستحسان عندهم وعند المالكية، والمصالح المرسله عند المالكية<sup>(٢)</sup>.

وبهذه المناسبة، فإني أودّ أن أذكر كلمتين مشرقتين لأبي زهرة في الموضوع، تؤكّدان دور أصول الحنفية والمالكية في توسيع ما يبدو تضييقه من العقود والشروط في مذهبيهم.

قال الإمام أبو زهرة في أولاهما: «..لأن الكثرة من أولئك الذين منعوا الوفاء بالعقد حتى يقوم الدليل، قد وسّعوا في الأدلة المثبتة لجواز العقود، حتى وسعت تلك الأدلة كلّ ما تجري به المعاملات أو أكثره»<sup>(٣)</sup>، ثم ذكر الأصول المشار إليها، مع بعض التفصيل.

والكلمة الثانية لأبي زهرة هي قوله بعد تفصيل الأصول المذكورة، وهي العرف والاستحسان والمصالح المرسله: «هذه الأصول الثلاثة لو أخذنا بها كلّها، أو أخذنا ببعضها، بل لو أخذنا بأحدها، وهو العرف، لكان وحده كافياً لفتح باب التعاقد على مصراعيه، وإطلاق حرية المتعاقدين، وما ساغ لأحد أن يحكم بأن الفقهاء قد ضيّقوا حرية التعاقد وغلّقوا أبوابها، فإن أقوال الفقهاء يجب أن تُفهم على مقتضى أصولهم جميعاً، باعتبارها وحدة متماسكة الأجزاء، يُتمّم بعضها بعضاً، ويتكون منها ببيان متناسق الأركان، ثابت الدعائم؛ ولا يصحّ أن يؤخذ أصل من غير نظر إلى غيره، فقد يكون فيه شدة يلفظها غيره من الأصول، وقد يكون رخواً، فيحتاج إلى أصل صلب يطوى عليه، ليكون فيه نفع للعباد، ودفعٌ للفساد»<sup>(٤)</sup>؛ لقد آثرتُ نقل هذين النصين بكاملهما لأجل كفايتهما في المعنى الذي أريد، وفي سياق هذا التمهيد؛ وكذلك لأترك تفصيلهما في محله في هذا البحث، ل يبدو ما لدى معظم المذاهب من توسيع لدائرة الاشتراط.

(١) إعلام الموقعين، لابن القيم، (١/٣٤٤).

(٢) الملكية ونظرية العقد، لأبي زهرة، (٢٣٧-٢٤٤).

(٣) الملكية ونظرية العقد، لأبي زهرة، (٢٣٧).

(٤) الملكية ونظرية العقد، لأبي زهرة، (٢٤٤).

هذا، وثمة أمرٌ آخر في هذا السياق: فقول المذاهب الأربعة في الشروط ليس ذات قولهم في العقود، وإن كان بين قولهم في الأمرين بعض تشابه؛ ذلك أنهم يكادون يتفقون على أن الأصل إباحة العقود خلافاً لقولهم في الشروط، كما سيأتي، مع اتفاقهم على حرمة ما نُصَّ على تحريمه من عقد أو شرط<sup>(١)</sup>.

وبعد هذا التمهيد، فلقد آن الأوان لاستعراض مذاهب العلماء في الشروط والعقود، وضوابطهم في الصحيح والفساد منها، مع أدلتهم، ومع مناقشة تلك الأدلة، ثم لنتهي بعد ذلك إلى ما أراه راجحاً منها، كل ذلك وفق المطالب المشار إليها أول المبحث.

---

(١) يُنظر: مبدأ الرضا في العقود، لعلي محيي الدين القرّه داغي، (١١٤٩/٢).

## المطلب الأول: مذاهب العلماء في العقود

سبق أن ذكرتُ موقف ابن حزم في العقود، فهو على ما نقلته عنه يرى تحريم إجراء كل عقدٍ لم ينصَّ عليه الشرع<sup>(١)</sup>؛ وجمهور العلماء يختلفون في هذا معه، فقد نصّوا بصراحة على أن الأصل في العقود الإباحة؛ فضلا عن أن أصول المالكية والحنفية لا تأبى توسيع هذا الباب، على تفاوت فيما بين قوليهما في العقود وبين قوليهما في الشروط، على ما سيأتي، مما يبدو معه أن ما تقدّم من نسبة الإمام ابن تيمية إياهما إلى اتجاه المضيّقين لم يكن صوابا؛ وتزداد تلك الأصول وضوحا حينما تُنقل عبارات المذهبين من مصادرها..

فمما قيل في المذهب الحنفي: قول الكاساني وهو يؤسّس لجواز المضاربة، فبعد أن ذكر آياتٍ ليست نصّا في المقصود، وبعد أن ذكر حديثا غير صحيح في المسألة، وبعد أن ذكر إجماع الناس عليها في كل عصر، بعد كل ذلك قال: «ونوعٌ من القياس يدل على الجواز أيضا، وهو أن الناس يحتاجون إلى عقد المضاربة، لأن الإنسان قد يكون له مال، لكنه لا يهتدي إلى التجارة، وقد يهتدي إلى التجارة لكنه لا مال له، فكان في شرع هذا العقد دفع الحاجتين، والله تعالى ما شرع العقود إلا لمصالح العباد ودفع حوائجهم»<sup>(٢)</sup>؛ وكذا قول الزيلعي في تبين الحقائق، عند حديثه عن الربا، قال: «ولا نسلم أن حرمة البيع أصل، بل الأصل هو الحلُّ، والحرمة إذا ثبتت، إنما تثبت بالدليل الموجب لها، وهذا لأن الأموال خلقت للابتدال، فيكون باب تحصيلها مفتوحا، فيجوز، ما لم يقدّم الدليل على منعه، بخلاف النكاح، لأن الملك فيه يردُّ على البضع، وهو محترمٌ، فيناسب التصديق، إعازا له، لشرف الآدمي»<sup>(٣)</sup>؛ وهذا يعني أنه إن عُدّت علّة الحرمة، حلّ البيع بالحلّ الأصلي<sup>(٤)</sup>.

ومما قيل عند المالكية قول ابن رشد الجدلّ: «فالببوع الجائزة هي التي لم يحظرها الشرع، ولا ورد فيها نهي، لأن الله تعالى أباح البيع لعباده، وأذن لهم فيه في غير ما آية من كتابه، من ذلك قوله تعالى: (وأحل الله البيع وحرم الربا)، (البقرة: ٢٧٥)،...، ولفظ البيع لفظ عامٌّ، لأن الاسم المفرد إذا دخل عليه الألف واللام، صار من ألفاظ العموم،...، واللفظ العام إذا ورد يُحمل على عمومته، إلا أن يأتي ما يخصّه، فإن خُصّ منه شيء بقي ما بعد المخصوص على عمومته أيضا، فيندرج تحت قوله تعالى: (وأحل الله البيع)، كلُّ بيع إلا ما خُصّ منه بالدليل، وقد خُصّ منه بأدلة الشرع ببوع كثيرة، فبقي ما عداها على أصل الإباحة؛ ولذلك قلنا في البيوع الجائزة إنها ما لم يحظرها الشرع، ولا ورد فيها النهي»<sup>(٥)</sup>؛ وكذا قول القرافي بعد أن قرّر احتياط الشرع فيما

(١) يُنظر: الإحكام في أصول الأحكام، لابن حزم، (٦٢٧).

(٢) بدائع الصنائع، للكاساني، (٥/٨).

(٣) تبين الحقائق، للزيلعي، (٤٥١/٤).

(٤) حاشية الشلي على تبين الحقائق، (٤٥١/٤).

(٥) المقدمات، لابن رشد الجدلّ، (٥٤٠).

يتعلق بالنساء: «وجوزنا البيع بجميع الصيغ والأفعال الدالة على الرضا، بنقل الملك في العوضين، لأن الأصل في السلع الإباحة حتى تُملك؛ بخلاف النساء: الأصل فيهن التحريم حتى يعقد عليهن بملك أو نكاح، ولعموم الحاجة للبيع، ولقصوره في الاحتياط عن الفروج»<sup>(١)</sup>.

أما الشافعي رحمته الله فقد قال شارحا قوله تعالى: (أوفوا بالعقود)، (المائدة: ١): «فظاهره عامٌ في كل عقد، ويُشبهه والله أعلم، أن يكون الله تبارك وتعالى أراد أن يوفوا بكل عقد، كان يمين أو بغير يمين، وكل عقد نذر إذا كان في العقد لله طاعة، أو لم يكن له، فيما أمر بالوفاء منهما، معصية»<sup>(٢)</sup>؛ وقال الإمام العز بن عبد السلام عن الآية ذاتها: «عامٌ لجميع التكاليف المؤكدة على قول، ولجميع عقود المعاملات على قول»<sup>(٣)</sup>، فدخول جميع العقود فيها واضح، على ما يُفهم من كلام العز بن عبد السلام؛ هذا هو قول الحنفية والمالكية والشافعية في العقود، الأصل عندهم صحتها، خلافا لما نسبته إليهم ابن تيمية.

### المطلب الثاني: مواقف المذاهب من الشروط

لقد تقدّم حسم الإمام ابن حزم لمسألة الشروط، بتحريمه ما لم يأت منها في نص من كتاب أو سنة، ويكفي في ذلك تبويبه لأحد أبواب كتابه الأحكام بقوله: «في استصحاب الحال، وبطلان جميع العقود والعهود والشروط، إلا ما أوجبه منها قرآن أو سنة عن رسول الله ﷺ ثابتة»<sup>(٤)</sup>؛ وبناءً على أصله هذا، فقد حرّم الشروط إلا سبعة<sup>(٥)</sup>؛ وهو بذلك مخالف للجمهور على ما سيأتي من بيانه.

وسبق أيضا ذكر كلام الإمام ابن تيمية مبينا أن مذهب الجمهور هو التضييق في الشروط<sup>(٦)</sup>، والأمر يحتاج إلى تحقيق وتمحيص بالنقول عن مذاهب الأئمة مباشرة؛ ولهذا يجب بيان مواقف المذاهب، خاصةً الأربعة المشهورة.

(١) الفروق، للقرافي، (٣/٢٥٤-٢٥٥)، وهو بنصّه تقريبا في الذخيرة، للقرافي، (٤/٣٩٨).

(٢) أحكام القرآن، للشافعي، (٢/٦٦)؛ وفي شمول الأمر بالوفاء بالعقود، يُنظر: تفسير التحرير والتنوير، لابن عاشور، (٦/٧٤)، فقد بين فيه أن التعريف في العقود تعريف الجنس، ومقصده: الاستغراق؛ فشمّل بناء على هذا: العقود التي عاقد المسلمون بما ربههم؛ والعقود التي يتعاقدونها المسلمون فيما بينهم؛ والعقود التي تكون بينهم وبين المشركين.

(٣) الإمام في بيان أدلة الأحكام، للعز بن عبد السلام، (٢٧٦).

(٤) الإحكام في أصول الأحكام، لابن حزم، (٦٢٧).

(٥) هذه السبعة على ما ذكر ابن حزم في المحلى، (٩/١٩٢)، هي: اشتراط الرهن، واشتراط تأخير الثمن إن كان دنانير أو دراهم، واشتراط أداء الثمن إلى ميسرة، واشتراط صفات في المبيع، واشتراط ألا خلاصة، واشتراط المشتري مال العبد أو بعضه واشتراط المشتري الثمرة لنفسه حين شرائه أصول نخل فيها ثمرة أُبرت قبل الطيب.

(٦) يُنظر قول ابن تيمية في كتابيه: مجموع الفتاوى، (٢٩/٧٧)، والقواعد النورانية الفقهية، (١٢٨).

غير أني أبداً بنقل كلامِ قِيم لابن القيم في إعلامه، نقلتُ بعضه سابقاً؛ فقد قال أثناء تبيانه أخطاء نُفَاة القياس، مضمّناً كلامه بأن الأصل عند الجمهور صحة العقود والشروط: «الخطأ الرابع لهم: اعتقادهم أن عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم كلّها على البطلان، حتى يقوم دليل على الصحة، فإذا لم يَقم عندهم دليل على صحة شرط أو عقد أو معاملة، استصحبوا بطلانه، فأفسدوا بذلك كثيراً من معاملات الناس وعقودهم وشروطهم، بلا برهان من الله بناءً على هذا الأصل، وجمهور الفقهاء على خلافه، وأن الأصل في العقود والشروط: الصحة، إلا ما أبطله الشارع، أو نهي عنه، وهذا القول هو الصحيح»؛ وأضاف ابن القيم مؤصّلاً أصلاً في المسألة: «فالأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر؛ والأصل في العقود والمعاملات: الصحة، حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم»<sup>(١)</sup>؛ وقال: «فكل شرط وعقد ومعاملة سكت عنها -أي الله تعالى- فإنه لا يجوز القول بتحريمها»<sup>(٢)</sup>؛ وأهمية كلام الإمام ابن القيم تعود إلى كونه التلميذ الأهمّ لشيخ الإسلام ابن تيمية، وهو في الوقت ذاته ينسب إلى الجمهور خلاف ما نسبته إليهم شيخه.

### أولاً: الشرط الصحيح عند الحنفية

أول شرط لصحة البيع ذكره الكاساني هو: خُلُوهُ من الشرط الفاسد<sup>(٣)</sup>، وذكر ابن نجيم شروطاً إذا وجدت جميعها في العقد، صار العقد فاسداً، وهي: ألا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، أو للمعقود عليه، وهو من أهل الاستحقاق؛ ولم يجز العرف به، ولم يرد به الشرع<sup>(٤)</sup>؛ ومعنى كون المعقود عليه من أهل الاستحقاق: أي أنه من أهل أن يستحق حقوقاً على الغير، وعلى هذا فهو الآدمي<sup>(٥)</sup>؛ ومعنى نفع أحد المتعاقدين، أي اشتراط أحدهما على الآخر شيئاً<sup>(٦)</sup>؛ وعلة منع مثل هذا الشرط على ما يقول الكاساني: «لأن زيادة منفعة مشروطة بالبيع تكون ربا، لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع، وهو تفسير الربا»<sup>(٧)</sup>.

وعليه، فالشرط الصحيح عندهم هو ما كان خارجاً عما تقدم؛ ونصّ الحنفية أيضاً على أقسام الشرط الصحيح، ليكون سواها شرطاً فاسداً، والشرط الصحيح عندهم أقسام أربعة<sup>(٨)</sup>، هي:

- 
- (١) إعلام الموقعين، لابن القيم، (١/٣٤٤).
  - (٢) إعلام الموقعين، لابن القيم، (١/٣٤٥).
  - (٣) بدائع الصنائع، للكاساني، (٧/٧).
  - (٤) البحر الرائق، لابن نجيم، (٦/٩٢)؛ ويُنظر: المادّة (٢٢٨)، من مرشد الحيران، لقدرى باشا، (٣٧).
  - (٥) البحر الرائق، لابن نجيم، (٦/٩٣)؛ ويُنظر: البدائع، للكاساني، (٧/٩).
  - (٦) حاشية ابن عابدين، (٥/٨٥).
  - (٧) البدائع، للكاساني، (٧/٩-١٠)، ومثله أيضاً في البدائع، (٧/٢٥).
  - (٨) يُنظر: المبسوط، للسرخسي، (١٣/١٤)، وتبيين الحقائق، للزيلعي، (٤/٣٨٩-٣٩١، و٥٤٣)، والبحر الرائق، لابن

١- أن يقتضيه العقد: أي يجب بذات العقد وإن لم يُنصّ العاقدان عليه، فهو مؤكّد لموجبه<sup>(١)</sup>؛ ومقتضى أي عقد هو أحكامه الأصلية التي تتحقق بمجرد انعقاده صحيحا، وهذه الأحكام هي غايته النوعية<sup>(٢)</sup>، أو «الغاية الأساسية التي شرع العقد طريقا موصلا إليها»<sup>(٣)</sup>؛ فالغاية النوعية لعقد البيع مثلا، هي انتقال ملكية المبيع فور إنشاء العقد؛ وغاية عقد الرهن هي ثبوت حق المرتهن في احتباسه للعين المرهونة حتى يستوفي دينه<sup>(٤)</sup>؛ فالغاية النوعية هي إذن ذلك المرمى الذي يرمى إليه المتعاقدان من إجراء عقد ما<sup>(٥)</sup>، ومما يقتضيه العقد: إطلاق التصرف، فيتصرف المشتري كما يشاء، لا أن يُلزمه البائع بتصرف معين<sup>(٦)</sup>، فهذه الشروط التي يقتضيتها العقد صحيحة عن الحنفية، إذ هي ثابتة أصلا بمطلق العقد، وهي لا تزيده إلا تأكيدا<sup>(٧)</sup>.

٢- أن يلائم مقتضى العقد: أي أن موجب العقد يؤكّده<sup>(٨)</sup>، وهو قد ثبت تصحيحه من جهة الشرع ثبوتا لا مردّ له<sup>(٩)</sup>، كاشتراط كفيل بالثمن، ورهن معلوم للتوثق للثمن، واشتراط الحوالة<sup>(١٠)</sup>؛ وفي الحقيقة، فإن الملاءمة لها هنا لا تزيد عن كونها محققة لمقتضى العقد ذاته على وجه أكثر تأكيدا، وهو كذلك مقرّر لحكم العقد من حيث المعنى<sup>(١١)</sup>.

٣- ورود الشرع به: كشرط الخيار، وشرط الأجل في الثمن، وفي المبيع: السلم<sup>(١٢)</sup>.

نجيم، (٩٢/٦-٩٥، و١٩٤-١٩٥).

(١) فتح القدير، لابن الهمام، (٤٠٧/٦)، والبحر الرائق، لابن نجيم، (٩٢/٦).

(٢) المدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقا، (٣١٧/١)؛ وينظر: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، لمحمد فتحي الدريني، (٤١٣/٢).

(٣) المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقا، (٤٤١/١)، وقال في (٣١٤/١): هي «المقصد الأصلي الذي شرع العقد لأجله».

(٤) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، لمحمد فتحي الدريني، (٤١٣/٢).

(٥) المدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقا، (٣١٧/١).

(٦) تبين الحقائق، للزيلعي، (٣٩٠/٤).

(٧) المسوط، للسرخسي، (١٤/١٣)، بدائع الصنائع، للكاساني، (١٣/٧)، وينظر: تبين الحقائق، للزيلعي، (٣٨٩/٤)، والبحر الرائق، لابن نجيم، (٩٢/٦).

(٨) البحر الرائق، لابن نجيم، (٩٢/٦).

(٩) فتح القدير، لابن الهمام، (٤٠٧/٦).

(١٠) البحر الرائق، لابن نجيم، (٩٢/٦).

(١١) بدائع الصنائع، للكاساني، (١٣/٧)، وبحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، للدريني، (٤٢٣/٢).

(١٢) البحر الرائق، لابن نجيم، (٩٢/٦).

٤- أن يجري على وفق العرف: وهو لا يقتضيه العقد، غير أن عرف الناس جرى به<sup>(١)</sup>، وضربوا قديما مثالا ببيع نعل مع شرط تشريكه، وشراء قَبْقَاب بشرط تسميره<sup>(٢)</sup>، ومثله في عصرنا اشتراط المشتري إصلاح السلعة لمدة زمنية محدّدة<sup>(٣)</sup>، وأن يكون هذا الإصلاح على حساب البائع، أو إذا تعارف الناس في زمان أو مكان على نقل البائع للسلعة المباعة إلى بيت المشتري<sup>(٤)</sup>، فالثابت بالعرف عندهم ثابت بالدليل الشرعي، قال السرخسي: «لأن في التزوع عن العادة الظاهرة حرجا بينا»<sup>(٥)</sup>، والشرع نفى الحرج في نصوصه، فهنا كذلك، وهذا بالطبع إذا حلت المسألة الجارية عرفا من نصّ خاصّ بتحريمها، فإن وُجد، فلا اعتبار لعرف عندهم ولا عند غيرهم، كاشتراط الدائن على المدين فائدة ربوية، فرغم جريان العرف بذلك في بعض البيئات، فإنه ينافي نصوصا قطعية خاصة صريحة تحرم هذا التصرف.

وأما النكاح، فثمة اختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في اشتراط ما فيه تحجير على الرجل، كأن تشترط عليه ألا يتزوج عليها، أو ألا ينقلها من بلدها، فمنع منه أبو حنيفة، وإن كان لم يُطَلَّ به العقد، وأجازه الصحابان، وألزم به<sup>(٦)</sup>.

### ثانيا: الشرط الصديم عند المالكية

إنه يظهر من ابن رشد الحدّ تصحيح الشرط بضوابط تسمح بتوسيع دائرة الاشتراط أكثر مما هو عند الحنفية، فقد ذكر في البيان والتحصيل اشتراط سيد لغلامه أنه إذا خدم فلانا عشر سنين، فهو حرّ، وأنه إن أبي الخدمة، فلا عتق ولا شرط، فذكر أن لسيد هذا الشرط، ثم قال معقبا: «إذ ليس فيه غرر ولا فساد، ولا

(١) فتح القدير، لابن الهمام، (٤٠٧/٦)، الدر المختار، للحصكفي، (٤١٧).

(٢) الدر المختار، للحصكفي، (٤١٧-٤١٨)، ويُنظر: تبين الحقائق، للزيلعي، (٣٨٩/٤).

(٣) أحكام المعاملات الشرعية، لعلي الخفيف، (٢٣٠)، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد، لزكي الدين شعبان، (١٠٥)، والمدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقا، (٤٧٨/١)، وبحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، لمحمد فتحي الدريني، (٤٢١/٢)، والفقه الإسلامي وأدلته، لوهبة الزحيلي، (٣٠٥٣/٤)؛ وإنما ذكرتُ كل هذه المراجع لهذه المسألة الجزئية، لئرى كيف أن العرف، وهو أصلها، دفع إلى الاتفاق على مفرداته.

(٤) المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقا، (٤٧٨/١)، والفقه الإسلامي وأدلته، لوهبة الزحيلي، (٣٠٥٣/٤).

(٥) المبسوط، للسرخسي، (١٥٠-١٤/١٣)، وظهر لي في مبسوط السرخسي خطأ مطبعي في مطلع سؤقه لهذا القسم من الشروط، ففي الطبعة الشهيرة، (١٤/١٣): «وإن كان شرطا لا يقتضيه العقد، وليس فيه عرف ظاهر، فذلك جائز أيضا»، وسياق كلامه في تعليقه على هذا النوع من الشروط، وهو ما نقلته أعلاه، يقتضي أن يكون الكلام كما يلي: «وإن كان شرطا يقتضيه العقد، وليس فيه عرف ظاهر، فذلك جائز أيضا».

(٦) الهداية، للمرغيناني، (٤٩٩/٢)، وفتح القدير، لابن الهمام، (٣٣٨-٣٣٥/٣)، والعناية، للبايرقي، (٣٠٤-٣٠٣/٢).



إبطال واجب ولا إيجاب باطل، ولا تحليل حرام ولا تحريم حلال، وما كان سبيل هذا من الشروط، فهو الذي قال فيه رسول الله ﷺ: **(المسلمون على شروطهم)**<sup>(١)</sup>؛ وثمة مثال آخر ذكر ابن رشد الجدّ وهي تدور حول رجل له على آخر دين، فأحاله المدين على غريم له، بشرط أنه إن لم يقض ما عليه، أو أفلس قبل أن يقضي ما عليه، رجع الدائن المُحال إلى المدين بشرطه الذي اشترطه عليه، واستحق منه قضاء دينه الذي عليه؛ قال ابن رشد بعد أن قرّر صحّة الشرط، ورجوع الدائن على المدين في الحالة المذكورة: **(لأنه شرطٌ لا فساد فيه، فوجب أن يجوز ويلزم)**<sup>(٢)</sup>.

والضوابط المذكورة هنا ضوابط موضوعية، ليس من شأنها منع شيء من الشروط ابتداءً، وإنما شأنها منع ما فيه محذور شرعاً، فهو لا يرفض الاشتراط، ولا يُجذّه إلا بما هو مرفوض في الشرع أصلاً في المعاملات جميعها، كالغرر والفساد وتحريم الحلال وتحليل الحرام، وما إلى ذلك.

ومن أجود ما يمكن أن يُقرأ في الشروط الفاسدة عند المالكية: قول ابن رشد الحفيد في بداية المجتهد: **(وإنما هي راجعة إلى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفَي الفساد الذي يُحلّ بصحّة البيوع، وهما: الربا والغرر، وإلى قتلته، وإلى التوسّط 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 أجازته؛ وأجاز الشرط فيهما؛ وما كان متوسطاً أبطل الشرط وأجاز البيع)**<sup>(٣)</sup>، وهذا يعني تقسيم الشروط عند مالك ﷺ إلى أقسام ثلاثة، هي: **أولاً**: شروط تبطل هي والعقد معاً؛ **ثانياً**: شروط تجوز هي والبيع معاً؛ **ثالثاً**: شروط تبطل مع ثبات البيع.

وعلى ما تقدّم، فإن ضابط الشرط الصحيح عند المالكية يدور حول خلوه مما يُمنع في العقود عامة، من الغرر والربا والفساد، وما شابه ذلك، فإذا خلا من ذلك فهو صحيح عندهم، دون أن تكون فيه شروط الحنفية للشرط الصحيح.

وهذا الذي مضى من ابني رشد الجدّ والحفيد، لا يدلّ على ما رآه الدكتور الدريني من أن أصل الاشتراط عند المالكية هو الحظر عموماً سوى ما لدى الشاطبي، غير أن كثرة الاستثناءات جعلت هذا الأصل محدوداً

---

(١) البيان والتحصيل، لابن رشد، (٣٧٠/١٤-٣٧١)؛ وأباح فيه أيضاً، (٢٨٩/٨)، اشتراط بائع الجارية أن يبيعها دون ثوب من عنده قائلاً: **(لأنه شرطٌ جائز لا يؤول إلى غرر ولا خطرٍ في ثمن ولا مثمون، ولا يجرّ إلى ربا ولا حرام، فوجب أن يجوز ويلزم، لقول رسول الله ﷺ: (المسلمون على شروطهم))**؛ وسيأت يتخريج هذا الحديث في الصفحة (٩٩).

(٢) البيان والتحصيل، لابن رشد، (٣٥٠/١١)، ويُنظر: المرجع نفسه، (٣٧٢/١١)، في شرط آخر في الكفالة، فقد نقل ابن رشد صحة الشرط وأقرّه، لأنه لا فساد فيه ولا غرر، وفي المرجع نفسه، (٤١٢/١٤-٤١٣)، نقل ابن رشد تعليل مالك منع شرط الولاء لمن يبيع الجارية، بأنه منهي عنه بقوله ﷺ: **(الولاء لمن أعتق)**.

(٣) بداية المجتهد، لابن رشد، (٥/٥).

الأثر من الناحية العملية عندهم، حتى آل التطبيق عملاً إلى اعتبار الأصل عندهم هو الإباحة، خاصة أنهم لا يشترطون الاقتضاء ولا الملاءمة ولا العرف، كضابط للشرط الصحيح<sup>(١)</sup>؛ وفي الحقيقة ليست كثرة الاستثناءات هي التي وسّعت دائرة الاشتراط عندهم، بل طبيعة ما رأوه شرطاً صحيحاً، هي التي ضمنت توسيع الدائرة؛ وكذا، ليست كثرة الاستثناءات هي التي حدّت من أثر الحظر عندهم، ذلك أن الحظر عندهم غير موجود أصلاً، على ما مضى نقله عن أئمة المالكية، وهو ما لا يفيد أصل الحظر الذي ذكره الدكتور الدريني، إذ ظهر مما قالوه أن العقد صحيح ما لم يصادف مانعاً من موانع الشرع؛ ولذا، فما عند الشاطبي، من أن أصل الاشتراط هو الإباحة، موافق لما عند أصحابه المالكية، وكونه ذكر ما يصحّ مما لا يصحّ من الشروط، مرجعاً الصحيح إما إلى كونه مكملاً لحكمة المشروط، وعاضداً له، أو إلى كونه لا ينافي العقد، ممثلاً للمنافاة مثلاً بأن يشترط في النكاح ألا يعاشر زوجته التي عقد عليها، قال الشاطبي عن مثل هذا الشرط وأشباهه: «فهذا القسم لا إشكال في إبطاله، لأنه منافٍ لحكمة السبب، فلا يصحّ أن يجتمع معه»<sup>(٢)</sup>؛ وكَوْنُ الشاطبي ذكر هذه المرجعية للشرط الصحيح، فهذا لا ينافي ما مضى نقله عن ابني رشد؛ وكذا ما مال إليه الشاطبي من أن ما كان من الشروط من باب العاديات، والتي منها: المعاملات، فالأصل فيه الإذن، حتى يرد ما يدلّ على خلافه<sup>(٣)</sup>.

وعليه، فباب الشرط الصحيح عند المالكية أوسع منه عند الحنفية، ويبدو لي أنه بناءً على تلك الأصول التي مضى ذكرها في الشرط المحظور عند المالكية، فقد ذكروا الشروط بتقسيمهم لها تفصيلاً على أربعة أقسام، الذي يصحّ منها، والذي لا يصحّ، كما يلي<sup>(٤)</sup>:

**الأول:** ما يقتضيه العقد، كتسليم المبيع مثلاً؛ وكذلك ما لا يقتضيه ولا ينافيه، لكونه لا يؤول إلى غرر وفساد في الثمن والمثمن، ولا يؤدّي إلى إخلال بشرط من شروط صحة البيع، مع كونه يحقق مصلحة لأحد الطرفين، كالأجل والخيار والرهن؛ وجعل المالكية كل ما مضى قسماً واحداً؛ قالوا: وهو شرط صحيح لازم؛ ووصف ابن رشد الجدّ هذا النوع بقوله: «قسمٌ يجوز فيه البيع والشرط معاً، وهو ما كان الشرط فيه جائزاً، وهو في الوقت ذاته لا يؤول إلى فساد، وكذلك لا يجزّ إلى حرام»<sup>(٥)</sup>.

(١) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، لمحمد فتحي الدريني، (٤٣١/٢)، بتصرّف.

(٢) الموافقات، للشاطبي، (٤٣٩/١).

(٣) يُنظر في التفصيل: الموافقات، للشاطبي، (٤٣٨/١-٤٤٠).

(٤) يُنظر في هذه الشروط وتفصيلات فروعها: فتح العلي المالكي، لمحمد أحمد عlish، (٣٣٨-٣٦٢)، وذكر أنواعها عند المالكية أيضاً ابن رشد الجدّ في البيان والتحصيل، (٢٨٨/٨-٢٨٩)، لكنّ ابن رشد ذكرها بصياغة أخرى، فحواها: ما يبطل به العقد وما لا يبطل، وما يجوز وما لا يجوز.

(٥) البيان والتحصيل، لابن رشد، (٢٨٩/٨).

**الثاني:** ما يؤول إلى الإخلال بشرط من شروط صحة البيع، كأن يؤدي إلى جهل أو غرر في العقد، أو في الثمن أو المثلون، أو إلى الربا، وضربوا له مثالا باشرط أن يكون الخيار لرجل بعيد عن موطن البيع، أو أن يكون الخيار إلى أجل مجهول، أو تأجيل الثمن إلى أجل مجهول؛ قالوا: إن مثل هذه الشروط يجب فسخ العقد بها على كل حال، وهو شرط فاسد، وصرح بعضهم بتحريمه.

**الثالث:** ما يكون منافيا لمقتضى صحة العقد، من جهة كونه يتضمن تحجيرا على المشتري فيما اشتراه؛ كأن يبيعه سلعة بشرط ألا يبيعه المشتري، أو إذا باعها، فهو أحق بالثمن؛ وبعضهم قال: يُفسخ ما دام المشترط مصرًا على شرطه، وبعضهم قال: يفسد البيع برُمَّته بهذا الشرط.

**الرابع:** ما يكون الشرط فيه غير صحيح، غير أنه خفيف بحيث لا يقع له حصة من الثمن، فيصح البيع هنا عندهم، ويطل الشرط، كأن يبيعه مشرطاً أنه إن لم يأت بالثمن إلى ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما.

هذه الأقسام لم تُضف على ما مضى نقله عن ابني رشد إلا شيئاً واحداً، هو كون الشرط لا ينافي العقد، وهذا لا ينقض ما ذكره، فعدم منافاة الشرط للعقد، أمرٌ موضوعي، يعني في نهاية المطاف: المحافظة على مقصد تشريع العقد، فلا معنى لعقد دون تحقيق مقصده، ولا معنى لبيع دون انتقال السلعة، ولا معنى لزواج دون إباحة الاستمتاع، ولا معنى لإجارة دون إباحة الانتفاع؛ إن ما ينافي العقد هو ما ينقضه، ولا معنى لعقد يقارنه شرط ينقضه.

ولا بد من لفت النظر إلى أن المالكية ميّزوا الزواج بلزوم الشرط الذي فيه تحجير، وإن كان لا يحلّ اشتراطه عندهم، غير أنه إن اشترط، لزم، وجاز النكاح، كأن تشترط عليه ألا يُخرجها من بلدها، أو ألا يتزوج عليها<sup>(١)</sup>؛ هذا رغم أنهم فسخوا البيع بالشرط المحجّر، كما سبق ذكره، مما يعني أنهم يفرّقون في هذا بين أبواب المعاملات وأبواب المناكحات.

### ثالثاً: الشرط الصحيح عند الشافعية

وها هنا تضيق دائرة الشرط الصحيح، ويقرب في تضيق دائرته من الظاهرية، بل يكادون يتفقون مع الظاهرية في محمل رؤيتهم للشرط الصحيح.

الشافعية يجعلون الشروط قسمين: **الأول:** صحيحة؛ **والثاني:** باطلة؛ ويحصرّون الصحة في أربعة أنواع، وبها يتبين صحة جعلهم في المضيقين في الشروط؛ وهذه الشروط الصحيحة عندهم<sup>(٢)</sup>:

(١) فتح العلي المالك، لحمد أحمد عيش، (١/٣٣٥).

(٢) يُنظر في هذه الشروط: الوسيط، للغزالي، (٣/٧٣-٨٤)، وروضة الطالبين، للنووي، (٣/٣٩٩-٤٠٤)، وكتر

**الأول:** ما يقتضيه العقد: وهم لا يختلفون مع أحد من العلماء في هذا الأمر، وذلك كاشتراط تسليم السلعة في البيع، أو اشتراط تسليم الثمن؛ وكاشتراط تأجيل السلعة مع تعجيل الثمن في السلم، وما إلى ذلك من شروط يقتضيهما العقد ذاته.

**الثاني:** ما هو من مصلحة العقد: كأن يشترط البائع رهنا على ثمن المبيع حينما يكون مؤجلاً؛ أو كاشتراط كفيل على الثمن، أو كاشتراط خيار الشرط ثلاثة أيام، أو كاشتراط الردّ بالعيب.

**الثالث:** أن يكون الشرط من باب البرّ: وهم هنا حصروه غالباً في اشتراط البائع على المشتري عتق الرقبة التي اشتراها، قالوا: لأجل حديث بريرة<sup>(١)</sup>، ولأجل أن الشارع يتشوّف للعتق ويتطلّع إليه؛ غير أن العز بن عبد السلام ذكر العتق، ووصف الشرط بأنه: شرط قطع الملك، أي أن يبيعه بشرط قطع ملكه له بالعتق، وينال المشتري هنا فائدة ولاء المعتق في الدنيا، وأجر الإعتاق في الآخرة؛ وذكر العز أيضاً مثلاً آخر لقطع الملك، وهو البيع بشرط الوقف، فذكر في صحّته وجهين، أي عند الشافعية<sup>(٢)</sup>.

**الرابع:** اشتراط وصف في المبيع، كأن يكون العبد كاتباً.

وذكر المحدث والفقيه الشافعي الخطّابي النوعين الأول والثاني من الشروط التي يصحّحها الشافعية، ثم ذكر ما يفسد به البيع قائلاً: «وأما ما يفسد به البيع من الشروط: فهو كل شرط يدخل الثمن في حدّ الجهالة، أو يوقع في العقد أو في تسليم المبيع غرراً، أو يمنع المشتري من اقتضاء حق الملك من المبيع»<sup>(٣)</sup>؛ وكلام الخطّابي هنا كلام جامع، غير أنه قد يختلف مع غيره ممن يقرّرون هذا الكلام نفسه في ناحية تتزيل هذه الأحوال التي ذكرها على مفردات المعاملات، فقد يرى شيئاً من الغرر، فيحرّم اشتراطه، رغم أن غيره لا يراه غرراً.

هذا، ويظهر من تعبيرات الشافعية أن الأصل عندهم حظر البيع والشرط، وأنهم ما أجازوا الشروط إلا استثناءً من الأصل؛ فعلى سبيل المثال، ذكر الغزالي ما يُنهى عنه من البيوع، وذكر منها: النهي عن بيع وشرط، ثم قال: «ويُسْتثنى من ذلك ستة شروط..»<sup>(٤)</sup>، وهي عبارة دالة على أن الأصل في الاشتراط الحظر، وما تخلّص

---

الراغبين، لجلال الدين الحلبي، (٢٨٢/٢-٢٨٨)، وتحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي، (٣٥٤/٤-٣٥٩)، ونهاية المحتاج، للرملي، (٤٥٢/٣-٤٥٩)؛ ومع اختلاف في ترتيبها وعناوينها يُنظر: القواعد، للحصني، (١٤١/٤-١٤٢)؛ وذكر القسمين الأولين من الشروط الصحيحة عند الشافعية: الزركشي في المنثور، (٢٤٠/٢).

(١) سيأتي ذكر قصة بريرة في (٩٩-١٠٠)، من هذا البحث.

(٢) القواعد الكبرى، لابن عبد السلام، (٣٠٢/٢-٣٠٣).

(٣) معالم السنن، للخطّابي، (١٢١/٣-١٢٢).

(٤) الوسيط، للغزالي، (٧٣/٣)، ويلحظ أنه عدّها ستاً، وذكرتها أنا في الأقسام الأربعة، وإنما زادت عن أربعة، لأنه

من هذا الحظر إلا تلك الشروط الستة؛ وقال النووي بعد أن عدّ البيع والشرط ضمن المنهي عنه من البيوع: «ويُستثنى صور»<sup>(١)</sup>، أي من الشرط مع البيع، وذكرها؛ إن هذا يعني أن الشافعية يجعلون الحظر في الشروط هو الأصل، وما أبيع منها، فهو استثناء، وهم في الوقت ذاته ضيقوا مساحة المباح استثناءً، كما هو ظاهر.

وانسجموا مع أصلهم هذا حتى في عقد النكاح الذي ورد فيه الحديث الصحيح: (إن أحقَّ الشروط أن يوفى به، ما استحللتم به الفروج)<sup>(٢)</sup>، أقول: انسجم الشافعية مع أصل حظر الشروط عندهم حتى في عقد النكاح، وفسروا الحديث بالشروط التي هي من مقتضيات العقد؛ كشرط العشرة بالمعروف والإنفاق والكسوة والسكنى، وغيرها مما هو من مقتضيات العقد<sup>(٣)</sup>.

### رابعاً: الشرط الصحيح عند الحنابلة

إن الدائرة تتسع أكثر ما يكون الاتساع عند متأخري الحنابلة؛ وإنما ذكرت متأخريهم، لأن متقدميهم يمنعون الشرطين في البيع، وهو مروى عن أحمد رضي الله عنه، فقد ذكر ابن قدامة أنه ثبت عن الإمام أحمد رضي الله عنه أنه قال: «الشرط الواحد لا بأس به، إنما نُهي عن الشرطين في البيع»<sup>(٤)</sup>.

وذكر ابن قدامة في المغني أقسام الشروط، ومنها: ما يقتضيه العقد، وما هو من مصلحة العاقدين، ثم قال: «ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافاً»<sup>(٥)</sup>؛ ثم ذكر قسمين آخرين، القسم الأول: ما ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته، ولا ينافي مقتضاه، وهو نوعان، أحدهما: اشتراط منفعة للبائع، كما ورد في قصة جابر رضي الله عنه<sup>(٦)</sup>، وهو صحيح لازم عند الحنابلة؛ والثاني: اشتراط عقد في عقد، كأن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه المشتري شيئاً آخر؛ أو أن يبيعه شرط أن يقرضه، أو شرط أن يؤجره، وما إلى ذلك من الشروط؛ فهذا شرط فاسد يفسد به البيع ذاته؛ القسم الثاني: اشتراط ما ينافي العقد، وهو نوعان: الأول: أن يبيعه عبداً ويشترط عليه أن

---

جعل شرطي الخيار وتأجيل الثمن منفردين في التعداد، وأنا جعلتهما ضمن شروط أخرى.

(١) المنهاج، للنووي، مع شروحه: كتر الراغبين، لجلال الدين المحلي، (٢/٢٨٢)، وتحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي، (٤/٣٥٤)، ومغني المحتاج، للشريبي، (٢/٣٨٢)، ونهاية المحتاج، للرملي، (٣/٤٥٢).

(٢) المسند، (١٣/٣٣٣، ٣٥٢ ح: ١٧٢٣٥، ١٧٢٩٥)، والبخاري، (٣/٤٥٠ ح: ٥١٥١)، ومسلم، (٥/٣٢٠ ح: ١٤١٨)، والترمذي، (٣/٤٢٥ ح: ١١٢٧)، وأبو داود، (٢/٢١١ ح: ٢١٣٩)، والنسائي، (٦/٤٠١ ح: ٣٢٨١)، وابن ماجه، (٢/٤٦٥ ح: ١٩٥٤).

(٣) شرح النووي على مسلم، (٥/٣١٩-٣٢٠)، وفتح الباري، لابن حجر العسقلاني، (٩/١٢٦).

(٤) المغني، لابن قدامة، (٤/٢٨٥).

(٥) المغني، لابن قدامة، (٤/٢٨٦).

(٦) تُنظر قصة جابر في الصفحة (٩٨).

يعتقه، وتختلف الرواية عن الإمام أحمد رضي الله عنه فيه، ففي رواية عنه أنه شرط صحيح، وفي أخرى أنه فاسد؛ **والنوع الثاني**: اشتراط غير العتق، كأن يبيعه سلعة ويشترط ألا يبيعهها، أو ألا يهبها، أو كأن يشترط عليه أن يبيعه، أو أن يهبه؛ وما إلى ذلك من الشروط التي تقيّد المالك حقّه في ملكه، وهي شروط فاسدة، وهل يفسد البيع بها؟ روايتان عن الإمام أحمد<sup>(١)</sup>؛ وهو الشرط الذي وصفه المالكية بأنه تحجير على المشتري، ومنعوه، كما تقدّم.

وفرق الحنابلة بين ما هو بيع، فمنعوا التحجير فيه على المشتري؛ وبين ما هو عقد نكاح، فأجازوه، واكتفوا باشتراط ألا يعتدي الشرط على مقتضى العقد ذاته، بالإلغاء أو بالمنع<sup>(٢)</sup>؛ وكمثال: أن تشتترط الزوجة على زوجها في العقد ألا ينقلها إلى مكان آخر للسكنى، فلها هذا الشرط، رغم أنه يقيد حرية الرجل، ذلك أن هذا الشرط لا يمسّ مقتضى العقد ذاته، بل يمسّ حرية الزوج في سكنى زوجته، وهو قد رضي بذلك، ولم يأت في نصّ من النصوص منعه، ولا هو يناقض أصلاً، فهو جائز عند الحنابلة<sup>(٣)</sup>.

ومن هذا الباب في تقديري، ما نقله المرداوي عن ابن تيمية رحمهما الله أنه «اختار صحة شرط ألا يتزوج عليها، أو إن تزوّج، فلها أن تطلق نفسها»<sup>(٤)</sup>؛ وهذا عائد في تقديري إلى أن الأصل عن ابن تيمية هو ما عبّر عنه بقوله: «مقتضى الأصول والنصوص: أن الشرط يلزم، إلا إذا خالف كتاب الله، وإذا كان لازماً، لم يلزم العقد بدونه»<sup>(٥)</sup>، وفي الإطار نفسه يقول ابن القيم: «فالشرط الجائز بمنزلة العقد، بل هو عقد وعهد»<sup>(٦)</sup>.

#### خامساً: الشرط الصديم عند الزيدية<sup>(٧)</sup>

أصل مسألة الشروط عند الزيدية يقوم على حصر الشرط الممنوع فيما يؤدّي إلى الجهالة، أو فيما يرفع موجبات العقد؛ غير أن تطبيق هذين الأصلين هو ما بدا فيه اختلاف عند الزيدية، كمسألة اشتراط البائع على المشتري ألا يوطأ الأمة التي يشتريها، فأجاز أصل المذهب هذا الشرط، على اعتبار أن الوطء ليس من موجبات بيع الأمة، ومنع منه بعض علماء المذهب، على اعتبار أن الوطء من موجبات العقد، فيرى أن الخلاف هنا منصبّ على تنزيل الأصل المتفق عليه على مفرداته، أو على تحقيق مناطه، لا على أصل المسألة في المذهب؛

(١) المغني، لابن قدامة، (٢٨٦/٤).

(٢) ذكر ابن قدامة في الكافي (٦١٩)، علة إباحة اشتراط المرأة على زوجها عدم نقلها من دارها بقوله: «ولأنه شرط لها، فيه نفع مقصود، لا ينافي مقصود النكاح، فصح».

(٣) المغني، لابن قدامة، (٤٤٨/٧-٤٤٩)، ومجموع من الفتاوى الكبرى، لابن تيمية، (١٦٩/١).

(٤) الإنصاف، للمرداوي، (١٥٣/٨).

(٥) مجموعة الفتاوى، لابن تيمية، (٢٠٤/٢٩).

(٦) إعلام الموقعين، لابن القيم، (٢٩٠/٣).

(٧) أتباع زيد بن علي، جعل الولاية في أبناء فاطمة، أجاز إمامة المفضول مع قيام الأفضل؛ ينظر: الملل والنحل، للشهرستاني، (١٥٥/١).

وبالإمكان تأكيد هذا الذي تقدّم عن الزيدية من خلال نماذج من الشروط، وصفوها بالصحيحة، وأخرى وصفوها بالفاسدة، مع ما علّلوا به كلّ ذلك؛ فقد ورد في مرجع من أهمّ مراجع الزيدية هو كتاب البحر الزخار كلام يصلح أن يكون قاعدة تُبنى عليها غيرها؛ ورد في هذا المرجع أنه يصحّ من الشروط: «ما لا يقتضي الجهالة من وصف للعقد، كخيار معلوم؛ أو للثمن، كتأجيله؛ أو للمبيع، ك: على أنها لبون، أو تُغلّ كذا، صفةً في الماضي؛...، أو يصحّ إقراره بالعقد، كإيصال المنزل، أو سكنى الدار المبيعة مدة معلومة، ونحو ذلك»<sup>(١)</sup>؛ وفي الروض النضير وهو من أهمّ مراجع الزيدية أيضا ورد: «وضابط ما يصحّ منها وما يبطل: أن كل شرط كان من مصلحة العقد، مثل أن يبيعه على أن يرهنه داره، أو يقيم له كفيلا بالثمن؛ أو كان من مقتضاه، مثل أن يبيعه عبدا على أن يحسن إليه،...، فهذه شروط لا تضرّ العقد؛ وكل شرط يُدخل الثمن في حد الجهالة، أو يوقع في العقد أو تسليم الثمن غررا، أو يمنع المشتري من الانتفاع بملكه، فهو مفسد للبيع، فمثال ما يُدخل الثمن في حد الجهالة: أن يشتري منه سلعته، ويشترط عليه نقلها إلى بيته، أو ثوبا ويشترط عليه خياطته، إذ الثمن ينقسم على المبيع وعلى الأجرة»<sup>(٢)</sup>، أي أن المبيع مجهول الثمن، لأن اشتراط خياطة الثوب الذي اشتراه، لها حصّة منه، غير أنها حصّة غير محدّدة، ويكون الباقي ثمنًا للثوب المبيع، وبما أن ما نقص من الثمن لصالح الخياطة غير محدّد، فيكون الباقي، وهو ثمن الثوب دون خياطة مجهولا.

وبعض المسائل التي ذكرها الكتابان لا تتجاوز كونها مسائل تطبيقية للأصل الذي انطلقا منه، وهو عدم اقتضاء الشرط جهالةً، كالذي في البحر الزخار مثلا من جواز اشتراط أن تُغلّ الأرض كذا، صفة في الماضي، يعني به: أن تكون هذه صفتها فيما مضى قبل البيع، بمعنى أن مثل هذا الشرط مقدور على التحقق منه، لأنه مشهود بسبب وقوعه فعلا في الماضي، وهو بخلاف ما لو اشترط ذلك في المستقبل، إذ المستقبل مجهول، ولا أحد يستطيع أن يعلم إمكان تحقّقه؛ وهو مثال للجهالة المذكورة في أصله الذي بنى عليه؛ وفي البحر الزخار أيضا أن من اشترى بقرة شرط كونها كثيرة اللبن، فسد البيع، لأجل جهالة كميّة اللبن؛ ولو اشترى بقرة على أن تحلب مقدارا معينا في المستقبل، فسد البيع أيضا، لأنه لا استقرار لكمية الحليب التي تُحلب منها<sup>(٣)</sup>.

لكن، ثمة مسائل اختلف فيها المرجعان، رغم اتفاقهما على الأصل في المسألة عموما؛ فلو باع شيئا شرط ألا ينتفع المشتري به، فسد البيع، لعلّة رفع موجب البيع، الذي هو الانتفاع بالمبيع<sup>(٤)</sup>؛ كذا في البحر الزخار، وفيه أيضا أنه لو اشترى الأمة على ألا يطأها، فإن هذا الشرط لا ينافي الملك على المذهب، غير أن فيه أيضا

(١) البحر الزخار، لأحمد بن يحيى بن المرتضى، (٤/٣٤٣-٣٤٤).

(٢) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، للحسين بن أحمد الحيمي الصنعاني، (٣/٢٤٢).

(٣) تنظر هذه المسائل في البحر الزخار، لأحمد بن يحيى بن المرتضى، (٤/٣٤٢).

(٤) البحر الزخار، لأحمد بن يحيى بن المرتضى، (٤/٣٤٣).

بعد ذلك: «وفيه نظر»<sup>(١)</sup>؛ مما يدلّ على أن في المسألة خلافا عندهم؛ ويظهر أن المذهب عندهم أن موجب العقد ها هنا هو مجرد انتقال ملكية الأمة، دون أن يلزم منه وطؤها، بخلاف النظر المذكور.

غير أن الخلاف يبدو أكثر وضوحا في مسألة اشتراط نقل السلعة المشترية، ففي البحر الزخار جواز مثل هذا الشرط، وما كان على شاكلته، وفي الروض النضير عدم صحته، وهو مفسد للعقد، لعلّة إفضائه إلى الجهالة في الثمن، فلقد سبق ذكر ما قاله في الروض النضير في هذه المسألة وأشباهاها: «إذ الثمن ينقسم على المبيع وعلى الأجرة»<sup>(٢)</sup>، وهو ما يعني أن المبيع غير معروف الثمن، إذ جعل عشرة دراهم مثلا ثمنا للمبيع ونقله، يقتضي أن يكون للمبيع ثمن، ولنقله ثمن، فهما يقتسمان معا هذه العشرة، ولأن حصّة المبيع من هذه العشرة غير معروفة، فإن هذه جهالة مفسدة للعقد حسب كلام الروض النضير.

وفي الروض النضير أيضا: «والشروط المصاحبة للبيع على ضروب: منها ما يناقض البيوع ويفسدها، ومنها ما يلائمها ولا يفسدها»<sup>(٣)</sup>، وهو ما يعني أن الشرط المفسد للبيع عنده في هذا الكتاب هو مناقضته للبيع ذاته، مما يجعل اجتماع الشرط بمثل هذه الشاكلة والبيع غير ممكن.

وهكذا تبدو ملامح مذهب الزيدية في الشروط، فما ذكر من كلامهم فيما يتعلق بمنع الشرط الذي يرفع موجب البيع، يعتبر أصلا في المسألة، غير أنه قد تختلف مسائل موجبات العقد، فيرى البعض أن كذا من موجباته، فيبطل العقد باشتراط منعها، ويرى آخرون أنه ليس من موجباته، فلا يبطل به الشرط؛ وأجمل قول المذهب الزيدي في الشروط كما يلي:

- ١- إباحة الشرط الذي هو من مقتضى العقد، أو يلائمه.
  - ٢- منع الشرط المؤدّي إلى الجهالة في المبيع والثمن.
  - ٣- منع الشرط المؤدّي إلى رفع موجب العقد، وهم يختلفون في بعض تطبيقات هذا الأصل.
  - ٤- يتفق المذهب على منع الجهالة في المبيع والثمن، غير أن علماءه يختلفون في تطبيق هذا الأصل.
- إن ما مضى من مذهب الزيدية، يجعلهم يفتحون للشروط بابا فسيحا، يجعل أصل الاشتراط عندهم الجواز، ويجعل المنع طارئا، بسبب الجهالة في المبيع والثمن، وبسبب منافاة مقتضى العقد.

---

(١) البحر الزخار، لأحمد بن يحيى بن المرتضى، (٤/٣٤٥).

(٢) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، للحسين بن أحمد الحيمي الصنعاني، (٣/٢٤٢).

(٣) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، للحسين بن أحمد الحيمي الصنعاني، (٣/٢٤١).



### المطلب الثالث: الموازنة بين المذاهب الأربعة في الاشتراط

لقد استعرضتُ اجتهادات المذاهب الأربعة في حدود الاشتراط، ورأيتُ من كلام أصحابها أن سلطة الاشتراط تضيق عند الشافعية فحسب، وتتسع عند المالكية، ثم الحنفية والحنابلة<sup>(١)</sup>.  
وتبدو معالم الموازنة بين المذاهب على النحو التالي:

**أولاً:** فالشافعية لم يبيحوا من الشروط إلا ما كان من مقتضى العقد، وما كان من مصلحته، وما كان على وجه البر، الذي حصروه في شرط الإعتاق، واختلفوا في البيع بشرط الوقف على وجهين، ذكرهما العز بن عبد السلام، واصفا شرطي الإعتاق والوقف: بأنهما شرطان في قطع الملك<sup>(٢)</sup>؛ وهم يوافقون سائر المذاهب في صحة الشروط التي هي من مقتضى العقد ومن مصلحته، ويوافقهم المالكية والحنابلة في تصحيح اشتراط العتق، ويخالفهم الحنفية؛ والمقصود أن الشافعية حصروا سلطة الاشتراط في تلك الدائرة الضيقة، كقريب من شأن الظاهرية، وهو ما يخالفهم فيه جمهور العلماء من المالكية والحنفية.

**ثانياً:** إن المالكية، الذين هم أوسع المذاهب في سلطة الاشتراط، يسمحون بجميع الشروط، دون تقييدها بما هو من مقتضى العقد، فهم يبيحون ما كان من مقتضاه، بل ما كان من مصلحته أو مصلحة أحد المتعاقدين، إلا أنهم يُحدّدون سلطة الاشتراط بما لا يؤول إلى الحرام، كالربا والغرر والفساد؛ وعلى هذا، فهم أوسع المذاهب في تلك السلطة.

**ثالثاً:** وقد يكون مثل المالكية، أو قريباً منهم: الحنفية، الذين ضيقوا الأمر في حدود مقتضى العقد ومصلحته، وما نصّ عليه الشرع؛ لكنهم وسّعوا بأصلهم القاضي بالأخذ بالعرف، حتى ليستطيع الناظر أن يجعلهم في صفّ الموسّعين للدائرة جدّاً؛ ولقد انتهوا إلى ما يمكن أن يجعلهم في غاية التوسّع في الأمر، حينما فتحوا باب تجويز الشرط الذي تعارف عليه الناس، كما مضى ذكره، وحينما قالوا بالاستحسان في باب الشروط، فعادَ هذا الاستثناء المنطلق من العرف والاستحسان على الأصل، فقام مقامه، فصار الاتجاه الحنفي في

---

(١) ينبغي أن أشير هنا إلى سبب اعتباري الحنفية أوسع في الشروط من الحنابلة، والأمر قابل للأخذ والردّ...  
فرغم أن الأصل عند الحنابلة جواز الشرط، وهو خلاف ما عند الحنفية، إلا أن المقصود بالشرط الصحيح عند الحنابلة حسب المعتمد، هو الشرط الواحد، لا الشرطان، كما نقلته عما تقرّر في أصل المذهب، وهو ما صحّ عن الإمام أحمد رحمته حسبما نقله المغني عنه، (٢٨٥/٤)، فيعود المذهب الحنبلي إلى التضييق بعد التوسيع المذكور، بخلاف الحنفية، الذين فتح لهم باب العرف توسيع الشروط بعد أصلهم في تضييقها، دونما تفريق بين الشرط الواحد والاثنين؛ إن مآل الحنفية في الشروط، أوسع من مآل الحنابلة فيها.

كل هذا خلافاً لقول الإمامين ابن تيمية وابن القيم، غير أن قولهما ليس هو المذهب.

(٢) القواعد الكبرى، لابن عبد السلام، (٣٠٢/٢-٣٠٣)، ويُنظر في هذا البحث: (٨٣-٨٩).

المسألة ضمن الموسعين، بل الموسعين جداً لدائرة الاشتراط؛ ولقد قرّر الكاساني أن اشتراط الرهن المعلوم غير جائز قياساً وجائز استحساناً، فقال: «إلا أنا استحسنا الجواز، لأن هذا الشرط لو كان مخالفاً لمقتضى العقد صورةً، فهو موافق له معنى، لأن الرهن بالثمن شرع توثيقاً للثمن»<sup>(١)</sup>.

إن مدخلي العرف والاستحسان فتحا للحنفية باب الشروط على مصراعيه، حتى صاروا في غاية التوسيع فيها، ليصلح هذان المدخلان لتطوّرات الحياة؛ غير أنه سيأتي أن ثمة مشكلة في التوسيع الحنفي لباب الشروط، يخلو منها التوسيع المالكي<sup>(٢)</sup>.

**رابعاً:** غير أن المالكية أكثر توسّعاً من الحنفية من باب آخر، ألا وهو فتحهم لباب الاشتراط، وتصحيح الشروط، دون إلزام بأن تكون من مقتضى العقد، مكتفين بضابط يدعُ باب الاشتراط في حالة سعة تامّة، ألا وهو ضابط عدم منافاة الشرط لمقتضى العقد؛ وهذا أمر هام، فدائرة عدم منافاة العقد، أكثر تأثيراً في توسيع باب الشروط من دائرة الالتزام بمقتضى العقد، وكمثال: ذكر المالكية اشتراط سكنى الدار المبيعة أشهراً معلومة، وبيع الدابة واشتراط ركوبها ثلاثة أيام مثلاً، أو إلى مكان قريب، قالوا: إنها شروط صحيحة لازمة يُقضى بها مع الشرط، لا بدونه<sup>(٣)</sup>؛ وكأنهم لم يروا فيها منافاة للعقد، فأباحوها وألزموا بها؛ والحنابلة صحّحوا اشتراط انتفاع البائع بما باعه لمدة بشرط أن تكون معلومة<sup>(٤)</sup>، وكذا صحّحوا اشتراط الواهب الانتفاع بما وهب لمدة معلومة<sup>(٥)</sup>؛ كل هذا بخلاف الحنفية، وهو أيضاً بخلاف ما قرّره الشافعية من باب أولى؛ الذين صرّحوا بمنع مثل هذا الشرط، محتجّين بأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين<sup>(٦)</sup>؛ وقال المرغيناني: «ولأنه لو كان للخدمة والسكنى يقابلهما شيء من ثمن، يكون إجارة في بيع، ولو كان لا يقابلهما يكون إجارة في بيع، وقد نهي النبي ﷺ عن صفتين في صفقة»<sup>(٧)</sup>؛ وعلل الكاساني المنع بكونه يتضمن زيادة منفعة مشروطة بغير مقابل، فهي ربا<sup>(٨)</sup>.

(١) بدائع الصنائع، للكاساني، (١٤/٧).

(٢) هي مشكلة انتظار الشرط الحادث حتى يصير عرفاً، ليصحّ؛ وسيأتي الحديث عنها نهاية هذا المطلب.

(٣) فتح العلي المالكي، لمحمد أحمد عليش، (٣٣٨/١).

(٤) تقرير القواعد وتحرير الفوائد، لابن رجب الحنبلي، (٢٣٠/١).

(٥) تقرير القواعد وتحرير الفوائد، لابن رجب الحنبلي، (٢٣٣/١).

(٦) بدائع الصنائع، للكاساني، (٩/٧)، والهداية، للمرغيناني، (٩٨٢/٣)، ومن كتب الشافعية: المجموع، للنووي، (٤٥٤/٩).

(٧) الهداية، للمرغيناني، (٩٨٣/٣).

(٨) بدائع الصنائع، للكاساني، (٩/٧).

إن المالكية تفوقوا على الحنفية حينما حصروا المنع فيما هو منافٍ للعقد، بخلاف الحنفية، الذين ضغطوا الاشتراط من خلال منعهم لما لا يقتضيه العقد.

**خامسا:** ومنافاة العقد التي منع المالكية اشتراط شيء منها، تنحصر فيما هو منافٍ لمقصد العقد، فعلى سبيل المثال: مقصد البيع الأساس هو: انتقال السلعة إلى المشتري، والتمن إلى البائع، فلا يصح اشتراط بقاء السلعة مملوكة للبائع عند البيع، لمنافاة هذا الشرط لمقتضى عقد البيع ومقصده، فهذا الممنوع منه عند المالكية<sup>(١)</sup>؛ لكن كون الشرط خارج مقتضى العقد، ولا يمسّه، فهذا ليس مانعا لصحة العقد والشرط معا عند المالكية، ولذا سمحوا بشرط سكنى البائع الدار مدّة معلومة، لأنه لا تنافي ملكية المشتري، ومنعها الحنفية؛ لأنها لا يقتضيهما العقد؛ ومن أمثلة منع ما ينافي مقتضى العقد: منع المالكية اشتراط عدم الوطء في الزواج، وعندما تحدّث الشاطبي عن مثل هذا الشرط قال: «فهذا القسم لا إشكال في إبطاله، لأنه منافٍ لحكمة السبب، فلا يصح أن يجتمع معه»<sup>(٢)</sup>، ومنافاة هذه الشروط لمقتضى العقد هي علة فسادها<sup>(٣)</sup>.

إن حصر المنع عند المالكية فيما ينافي العقد، يفتح الباب أكثر مما يفتحه منع الشرط الذي لا يقتضيه العقد، مع ملاحظة اتفاق الجميع على منع ما يكون غررا مؤديا إلى النزاع، أو ربا؛ وملاحظة ما فتحه أصل الحنفية من إباحة الجاري عرفا من الشروط، وعليه يصح شرط سكنى الدار بجريان العرف حتى عند الحنفية، وها هنا باب الدخول في المشكلة المشار إليها سابقا عند الحنفية..

**سادسا:** إن مشكلة التوسيع الحنفي لباب الشروط، والتي أشرتُ إليها قبل قليل، كامنة في أن تصحيح الشرط استنادا إلى جريان العرف به عندهم، هو ذاته محلّ إشكال تجاهه حياة الناس المتسارعة إلى إنجاز معاملاتها؛ فحسب باب العرف الذي فتحه الحنفية، يجب على الناس انتظار جريان العرف بشرط ما من تلك الشروط التي يشترط لها الحنفية جريان العرف، حتى يباح اشتراطه، وقد يحتاجون عشرات السنوات، حتى يصير عرفا شائعا؛ لكن الأمر بخلاف هذا عند المالكية وعند شيخني الإسلام ابن تيمية وابن القيم: فالنظر عندهم ينحصر في عدم تضمّن هذا الشرط لعنصر من العناصر المفسدة للعقود، من غرر أو ربا، أو غيرهما؛ ليكون مباحا، إذا لم يناف العرف، وذلك قبل انتظار عشرات السنين ليجري به العرف، حتى ينال الإباحة بنظر الحنفية. وأرى من المناسب في هذا السياق، الاكتفاء بمسألة اشتراط البائع سكنى الدار التي باعها مدّة معينة قبل تسليمها للمشتري، وقد ذكرتُ أن الحنابلة والمالكية صحّحوا هذا الشرط، ومنعه الحنفية؛ وقد ذكرتُ أن

(١) ومن باب أولى: عند غيرهم أيضا.

(٢) الموافقات، للشاطبي، (٤٣٩/١).

(٣) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، لمحمد فتحي الدريني، (٤١٧/٢).

الحنفية، وبمقتضى قواعدهم، يصحّحون مثل هذا الشرط، إذا جرى به العرف؛ وها هنا تبدو المفارقة بينهم وبين المالكية والحنابلة، فالمذهبان يصحّحان هذا الشرط ابتداءً، دون شرط جريان العرف به، والحنفية يشترطون جريان العرف به لتصحيحه، وقد لا يجري به العرف، فيبقى في ضمن الشروط الباطلة عند الحنفية، وقد يجري به العرف متأخراً عن الاحتياج إليه عند كثير من الناس، فيقع الناس في حرج بسبب منعه.

**سابعاً:** إن هذا يدعوني في نهاية المطاف، إلى اعتبار أكثر المذاهب توسيعاً لباب الشروط: المالكية، ومعهم شيخنا الإسلام ابن تيمية وابن القيم؛ وليس سائر الحنابلة، إذ منع الحنابلة من الشرطين في المعتمد عندهم، كما تقدّم؛ أما الحنفية، فلقد تركوا الزمان يقرّر صحة كثير من الشروط، إذا سمح العرف بمثلها، ليؤول الحنفية في النهاية، بعد سماح العرف، إلى تصحيح ما لم يكونوا يصحّحونه.

### **المطلب الرابع: أدلة الموسّعين والمضيقين لسلطتي العقود والشروط**

سأستعرض هنا إن شاء الله أدلة كلا الفريقين: الموسّعين والمضيقين لسلطة العقود والشروط، وذلك في الفقرتين التاليتين:

#### **أولاً: أدلة الموسّعين لسلطتي العقود والشروط**

استدلّ الموسّعون بأدلة عديدة، سأذكر أهمّها، غير أنني سأضيف إليها ما يمكن أن يكون دليلاً في المسألة، وإن لم يذكروه؛ لكنني سأبدأ بالتأكيد على أنه ليس من شرط الدليل أن يكون نصّاً في المسألة، بل قد يكون نصّاً، وقد يكون أصلاً من الأصول التي ينضوي تحتها، وهو ما يفهم من مسالك العلماء في الاستدلال عموماً؛ يقول الإمام القرطبي في هذا الأمر: «من الأحكام ما يؤخذ تفصيله من كتاب الله كالوضوء، ومنها ما يؤخذ تأصيله دون تفصيله، كالصلاة؛ ومنها ما أُصلّ أصله، كدلالة الكتاب على أصليّة السنة والإجماع، وكذلك القياس على الصحيح، فكل ما يقتبس من هذه الأصول تفصيلاً، فهو مأخوذ من كتاب الله تأصيلاً»<sup>(١)</sup>؛ وها هنا أذكر ما تسمح به مساحة البحث من أدلة الموسّعين في اشتراط الشروط، مع التذكير بما ذكرته من تأكيد طبيعة الأدلة، وبما تقدّم من أن هذه الأدلة أيضاً تتسع في كثير منها لمسألة إحداث عقود جديدة، فتصحّ للأمرين معاً.

وهذه هي أهمّ أدلة الموسّعين لسلطة الشروط والعقود<sup>(٢)</sup>:

(١) فتح الباري، لابن حجر العسقلاني، (٥/٢٢٣).

(٢) يُنظر في أدلة الموسّعين: القواعد النورانية، لابن تيمية، (١٣٣-١٣٨)، وبحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، لفتحي الدريني،

(٢/٤٥٠-٤٥٦)، ومبدأ الرضا في العقود، لمحمد محيي الدين القره داغي، (٢/١١٥٥-١١٥٨)، و(٢/١١٩٢-١١٩٦).

**أولاً: التراضي مناط صحة العقود:** أي تتعلق صحة العقود والشروط على وجود التراضي فيها، أي أنها تقوم على التراضي، قال تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل، إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم)، (النساء: ٢٩)، فالآية تدلّ بصراحتها على أصل التراضي، وهي لم تشترط في حلّ التجارة إلا التراضي، فهو ما يبيح التجارة<sup>(١)</sup>، وهو على ما يقول العلامة الشوكاني: «المناط في المعاملات الشرعية»<sup>(٢)</sup>؛ فلا بيع، ولا عقد بدون تراضٍ بين المتبايعين، أو بين المتعاقدين، وهذا أصلٌ أصيلٌ في أبواب العقود عامة، وأبواب العقود المالية بصفة خاصة؛ ما خلا ما يدخل منها في سلطة القاضي أو ولي الأمر، وذلك في إلزامهما بعض الناس ببعض العقود أو البيوع، كإلزامهما المحجور عليه ببيع ماله، لقضاء ما عليه من دين، وإن لم يكن راضياً، استثناءً من أصل الرضا هذا، رعاية لحقوق أصحاب الحقوق<sup>(٣)</sup>.

فيتقرر في العقود والشروط صحتها حسب الأصل، ما لم تصطدم بأصل أو نصٍّ، فيُلجأ إليهما، ليتبين أن ما حرّم منهما، إنما حرّم استثناءً من أصل الإباحة، والتفاتاً إلى معنى لا يرضى به الشرع، طراً عليهما، فأخرجهما من أصل الإباحة، وأدخلهما فيما نهي الله عنه، كوجود ربا أو غير في عقد أو شرط.

فالأصل في استحقاق مالٍ لآخر، أو شيء من حقوقه، هو رضا صاحب الحق أو المال<sup>(٤)</sup>، وبما أن الشرط عقدٌ في وجه من وجوهه، كما ذكر ذلك العلامة ابن القيم في قوله: «فإن الشرط يُطلق على العقد نفسه»<sup>(٥)</sup>؛ وكما في الروض النضير في الفقه الزيدي: «وقد ورد الأمر بالوفاء بالشروط في قوله تعالى: (أوفوا بالعقود)»<sup>(٦)</sup>، فالرضا الذي هو مناط عقود المعاملات المالية، هو ذاته المناط الأول لصحة الشروط؛ وهو ما يفتح باب العقود والشروط إذا كانت قائمة على الرضا.

**ثانياً: عموم الأمر بالوفاء بالعقود**<sup>(٧)</sup>: قال تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)<sup>(١)</sup>، (المائدة: ١)، والخطاب في الآية موجّهٌ لجميع المؤمنين «بالوفاء بالعقود التي عقدها الله عليهم، والعقود التي يعقدها بعضهم

(١) نظرية الشروط المقترنة بالعقد، لزكي الدين شعبان، (١٥).

(٢) السيل الجرار، للشوكاني، (٥٠٥).

(٣) ذكر العز بن عبد السلام في قواعد الأحكام، (٢٩٧/٢)، أن الرضا شرطٌ في جميع التصرفات، إلا عند التعذّر، وضرب مثالا: تصرف الحاكم في غيبة إنسان أو حضوره، على كرهٍ منه، إيصالاً للحق، ومثّل لها بما فعله عمر رضي الله عنه من بيع أمتعة أسيف جهيئة.

(٤) المدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقا، (٤٦٧/١).

(٥) تهذيب السنن، لابن القيم، (١٤٨/٥).

(٦) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، للحسين بن أحمد الحيمي الصنعاني، (٢٤١/٣).

(٧) العقود وردت في القرآن ٧ مرات، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، محمد فؤاد عبد الباقي، (٥٧٤).

على بعض، على ما يوجبه الدين<sup>(٢)</sup>؛ ويدخل في الآية جميع الأمة، فهي ليست خاصة بأهل الكتاب، وذلك بدلالة توجيه الخطاب فيها إلى الذين آمنوا<sup>(٣)</sup>؛ وقد أوجب تعالى بالآية الوفاء بالعقود عامةً إلا ما حرّمه الله<sup>(٤)</sup>، ونصّ الشافعي رحمته الله أن الأمر جاء في الآية عامًّا<sup>(٥)</sup>؛ وذكر ابن تيمية أن أصل العقود أن العبد لا يلزمه شيء في الشرع إلا بالتزامه هو له، أو بإلزام الشرع نفسه له<sup>(٦)</sup>.

هذا، ويمكن المزج بين هذا الدليل، والدليل السابق، الذي يبيح التجارة القائمة على التراضي، بأن الدليل السابق أعطى الإذن العامّ يجعل الرضا أساسا لإثبات الحقوق ونقلها وإسقاطها<sup>(٧)</sup>؛ وهذا الدليل يأمر بالوفاء بالعقود؛ فإذا كان الرضا مناط المعاملات الشرعية، على ما نقلته عن الشوكاني، وما دام العقد واجب الالتزام بمقتضاه، فإنه يخرج بناء على هذا أصل هو: ما قام على التراضي، ولم يرد فيه نهي خاصّ، وجب الوفاء به.

والأمر بالوفاء بالعقود يتضمّن الأمر بالوفاء بالشروط، لأن الشرط هو في غاية أمره عقدٌ يتفق الطرفان على اعتباره؛ وقد تقدّم من كلام ابن القيم ما يدل على أن الشرط عقد، فالشروط إذن عقود يتفق عليها المتعاقدون، فيدخل في الأمور بالوفاء به: الشروط؛ فإذا كانت الشروط عقوداً، وإذا كان الأمر بالوفاء بالعقود عامًّا؛ فالأمر بالوفاء بالشروط أيضا يكون عامًّا.

**ثالثا: أصل رفع الحرج في الشريعة:** وهو أصل كبير تشهد له نصوص صريحة من القرآن والسنة، ويكفي هنا منها قوله تعالى: **(وما جعل عليكم في الدين من حرج)**، (الحج: ٧٨)، واستدلّ بالآية على أنه من عدل الشريعة أنها أباحت ما يحتاج إليه المسلمون من العقود، حتى لو كان فيها شيء من الغرر، إذ إن منع الناس عن العقود التي هم في حاجة إليها يوقعهم في حرج<sup>(٨)</sup>.

---

(١) ونصّ أبو حيان الأندلسي في البحر المحيط، (٤٢٨/٣)، على عموم هذه الآية، وذكر مما يندرج في عمومها: ما يكون من عقود أمانٍ وديةٍ ونكاحٍ وبيعٍ وشركةٍ وهبةٍ ورهنٍ وعقّ وتديبٍ وتخييرٍ وتمليكٍ ومصالحةٍ ومزارعةٍ وطلاقٍ وشراءٍ وإجارةٍ؛ وما عقده الإنسان مع نفسه لله تعالى من طاعة، كحجٍّ وصومٍ واعتكافٍ وقيامٍ ونذرٍ..

(٢) معاني القرآن وإعرابه، للزجاج، (١٣٩/٢)، وقريب منه عن الزجاج نفسه في فتح القدير، للشوكاني، (٧-٦/٢)، وفي تهذيب اللغة، للأزهري، (٢٥١١/٣)، وفي لسان العرب، لابن منظور، (٣٠٣١/٤).

(٣) تفسير القرطبي، (٣٢/٦)، وهو ما استظهره أبو حيان في البحر المحيط، (٤٢٨/٣).

(٤) أحكام المعاملات الشرعية، لعلي الحفيف، (٢٢٦).

(٥) أحكام القرآن، للشافعي، (٦٦/٢).

(٦) مجموع الفتاوى، لابن تيمية، (١٩٩/٢٩).

(٧) الملكية ونظرية العقد، لأبي زهرة، (٢٣٦).

(٨) الغرر في العقود، للصدّيق محمد الضرير، (٤٤-٤٥)، وعن مسألة الغرر يُنظر: (١١٧-١١٩)، من هذا البحث.

ومن أدلة رفع الحرج في الشريعة قوله تعالى: (ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج)، (المائدة: ٦)؛ ولقد صح الاستدلال بظاهر الآية في نفي الضيق وإرادة التوسعة، «فيكون القائل بما يوجب الحرج والضيق محجوجا بظاهر هذه الآية»<sup>(١)</sup>، وقال ابن تيمية: «فكل ما لا يتم المعاش إلا به، فتحريمه حرج، وهو مُنتفٍ شرعا»<sup>(٢)</sup>.

ويشهد لهذا الأصل مسلك العلماء في إقرارهم لأموالهم، أو رفضهم لها، انطلاقا من منع الشرع للحرج<sup>(٣)</sup>، وإن إغلاق الباب أمام ما تحتاجه الحياة من عقود أو شروط جديدة حادثة، أفرزتها ضرورات الحياة وتطوراتها المتسارعة؛ إن هذا الإغلاق لهذا الباب، نوع من الحرج الشديد، يوقع المسلمين في قاع التخلف عن مواصلة الرقي بحياتهم؛ والشرع وفق هذا، لم يضيّق على العقل البشري في أشكال معاملاته، بل فتح له باب تطویرها وإبداع ما يحتاج إليه منها، دون أن يشترط عليه الالتزام بما صادفه الرسول ﷺ من البياعات وأقره في عصره، وإنما أمر الشرع المسلم أن يدور في دائرة عدم مخالفة النصوص والأصول الشرعية.

ولو حكمنا بحظر العقود والشروط إلا ما نُصّ عليه منها، لشُلت الأسواق، ولتقطعت العلاقات التجارية بين الناس، ولا ضمحت ثرواتهم<sup>(٤)</sup>؛ وأكثر من ذلك: إن الذي سيتوقف هو تطور حال المسلمين، لا تطور حال الكافرين، فلن يمتنع الكافرون عما يجري بيانه هنا، وسيمضي بالمجد قوم آخرون، وسيتبع كل ذلك ما يتبعه من هيمنة أهل الكفر على حياة المسلمين، ليبدو المسلمون في قاع التخلف، وليُسهم ذلك في صدّ الناس عن دين الله، وفي هذا من الفتنة ما لا يخفى! وفيه من الحرج على مستقبل الأمة ما فيه!

**رابعا: الأصل في الأشياء الإباحة**<sup>(٥)</sup>: وهي قاعدة مشهورة<sup>(٦)</sup>، ذكرها السيوطي بهذا النص<sup>(٧)</sup>، وذكر ابن تيمية مؤدّاها، فقال: «.. أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، فيُستصحب

(١) أحكام القرآن، للحصّاص، (٢/٤٩٠).

(٢) مجموع الفتاوى، لابن تيمية، (٢٩/٤١).

(٣) من أهم أمثلة الفقه الإسلامي في هذا: الاستصناع، وسيأتي تفصيل القول فيه في الفصل الرابع، (٢٠٣-٢٤٤)، إن شاء الله تعالى.

(٤) الملكية ونظرية العقد، لأبي زهرة، (٢٣٧).

(٥) المقصود هنا عموم الأشياء إلا الأيضاع، فالأصل فيها التحريم، كما نصّ عليه السيوطي في الأشباه والنظائر،

(٨٨)، وابن نجيم في الأشباه والنظائر، (٧٤).

(٦) المقصود هنا هو الأصل من جهة التشريع، أي: إن الأصل التشريعي في الأشياء هو إباحتها، أي أن حكم الله تعالى فيها هو الإباحة، فهي ذات حكم معلوم بالشرع من جهة هذا الأصل؛ وليس المقصود: أصل البراءة قبل التشريع، فذاك موضوع آخر.

يُنظر: حاشية ابن عابدين، (١/١٠٥)، وغمز عيون البصائر، للحموي، (١/٢٢٣-٢٢٤).

(٧) الأشباه والنظائر، للسيوطي، (٨٧).

عدم التحريم فيها، حتى يدلّ دليل على التحريم<sup>(١)</sup>، وذكر السرخسي معناها، مضيفاً أن الحرمة تكون بالنهي عنها شرعاً<sup>(٢)</sup>، ونسب السيوطي القولَ بها إلى الإمام الشافعي، ونفاها عن الحنفية<sup>(٣)</sup>، وذكرها ابن نجيم ونقل عن الهداية أن الإباحة أصل<sup>(٤)</sup>، ونسب في تيسير التحرير القول بإباحة أصل الأشياء إلى جمهور الحنفية<sup>(٥)</sup>، والمختار عند الحنفية هو أن الأصل الإباحة، على ما ذكره جماعة من محققيهم، ونُسب إلى جمهور الحنفية<sup>(٦)</sup>؛ وعند الحنابلة أن العقود المنتفع بها، والتي لم يأت في الشرع حكمٌ لها، مباحة<sup>(٧)</sup>.

ويمكن في هذا الباب نقل كلمة لابن قدامة في معرض حديثه عن الخلاف في المذهب الحنبلي في جواز اتفاق المقرض مع المقترض على قضاء القرض في بلد آخر؛ فبعد أن نقل نصَّ الإمام أحمد رضي الله عنه على عدم الجواز، نقل رواية أخرى عنه رضي الله عنه أن هذا جائز، «لكونها مصلحةٌ لهما جميعاً»<sup>(٨)</sup>، ثم ذكر ابن قدامة إباحته عن علي وابن عباس رضي الله عنهما، وختم بقوله: «والصحيح جوازه، لأنه مصلحةٌ لهما من غير ضرر بواحد منهما، والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها، بل بمشروعيتها؛ ولأن هذا ليس بمنصوص على تحريمه، ولا في معنى المنصوص، فوجب إبقاؤه على الإباحة»<sup>(٩)</sup>؛ وهو نصٌّ في معناه، كافٍ فيما يدور عليه البحث ها هنا.

إنه بعد الذي تقدّم، يبدو أن هذا الأصل لم يُعدّ مما يُتحرّر فيه<sup>(١٠)</sup>؛ وعليه، فإنه لا يصحّ تحريم عقد أو شرط لمجرد كونهما حادثين، إذ الأصل أنهما مباحان، ما لم يَقم دليلٌ تحريمهما.

وأعجب ما في الأمر أن الإمام ابن حزم يقرّر، وبكل ثقة، أن الأصل إباحة كل ما في الأرض، وأنها إنما خُصّ من هذه الإباحة العامة ما ورد في النصوص تخصيصه، وبعض النصوص أوسعُ عموماً من بعض، وكما ضاقت دائرة العموم، بقي ما بعدها على أصل الإباحة؛ وأهمّ دليل على ذلك العموم الأوسع على قول ابن

(١) مجموعة الفتاوى، لابن تيمية، (٩١/٢٩)، والقواعد النورانية، لابن تيمية، (١٣٩)، ووقع في طبعة القواعد التي رجعتُ إليها خطأ، ففيها: «..حتى يدل ذلك على التحريم»، وهو خطأ يجافي السياق، والتصحيح من الفتاوى.

(٢) المسبوط، للسرخسي، (٧٧/٢٤)، ونسبه السرخسي إلى الإمام محمد بن الحسن رضي الله عنه.

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي، (٨٧)، ويُنظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم، (٧٣).

(٤) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، (٧٣-٧٤)، ونسبها ابن نجيم إلى الكرخي.

(٥) تيسير التحرير، لأمير بادشاه، (١٦٨/٢)، ويُنظر: ترتيب اللآلي، لناظر زاده، (٢٩٠/١-٢٩٤).

(٦) غمز عيون البصائر، للحموي الحنفي، والأشباه لابن نجيم، (٢٢٣/١)؛ وحاشية ابن عابدين، (١٠٥/١).

(٧) شرح الكوكب المنير، لابن النجار الفتوح الحنبلي، (٣٦٢-٣٦٥).

(٨) المغني، لابن قدامة، (٣٩٠/٤)، طبعة دار الفكر.

(٩) المغني، لابن قدامة، (٣٩١/٤)، طبعة دار الفكر.

(١٠) ومن ذكر هذه القاعدة من العلماء المعاصرين الدكتور عبد الكريم زيدان، وجعل من مفرداتها عند فريق من الفقهاء:

القول بصحة العقود والتصرفات وشئ المعاملات، كما في كتابه الوجيز في أصول الفقه، (٢٧٠).



حزم، هو قوله تعالى: (هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً)، (البقرة: ٢٩)، يقول ابن حزم: «فلا نصّ أكثر معاني ولا أعلم<sup>(١)</sup> من هذا، وفيه إباحة النساء والمآكل كلّها، وكل ما في الأرض»<sup>(٢)</sup>؛ فهذا هو الأصل عنده، فإذا قام الدليل عنده على تخصيصه، وإلا فالأصل الإباحة؛ وموطن العجب، أن ابن حزم لم يقدّم نصّاً خاصاً في مسائل العقود، يمنع به إحداث عقد جديد، فعلى أصله، تكون العقود صحيحة، غير أنه خالفها هنا أصله!

ويمكنني أن أردّ على الإمام ابن حزم بما قرّره الشوكاني من أن كون الشرط مفسدا لعقد البيع الواقع بالتراضي، لا بدّ له من دليل، وأضاف الشوكاني أنه لا يصحّ القول بفساد العقد بشرط، إلا إذا أدّى الشرط إلى غرر أو جهالة، وذلك لمنافتهما للتراضي الذي هو مناط المعاملات الشرعية برمتها<sup>(٣)</sup>.

#### خامساً: مسلك الشرع في التحريم قائم على تحقيق العدل ومنع التزاع: وذلك فيما صادفه من عقود

وشروط، وأردت بقولي: ما صادفه من عقود وشروط، ما يجمله هذا التعبير من معنى مفادّه أن الشرع لم يؤسّس العقود والشروط، وإنما صادف البشر يتعاملون بما هم به متعاملون منها، فصبّ وخطاً، بناء على أسس من العدالة، ومنع ما يؤدي إلى التزاع بين الناس؛ فمن البدهي الذي لا يحتاج إلى طول بيان، أن يتقرّر أن الإسلام جاء إلى العرب وهم يُجرون فيما بينهم أنواعاً من التعامل في مجالات الحياة، فجاء الإسلام بإباحة بعض ما كانوا به يتعاملون، وبتحريم بعضه، وحفّ بعض المعاملات التي كانوا يُجرونها فيما بينهم بما يحول بينها وبين إيقاع الظلم أو التسبب في التزاع.

إنه يبدو واضحاً أن الشرع ما أقرّ العرب على ما كان صالحاً من تعاملاتهم، وما نهاهم عما لم يكن صالحاً منها، إلا على أساس العدالة ومنع ما يؤدي إلى التزاع، مما يقضي بإطلاق حريات الناس في إنشاء عقود تتحقق بها مصالحهم، بشرط ألا تتعارض مع النصوص والأصول الشرعية<sup>(٤)</sup>؛ فلم يُحرّم الشرع شيئاً من تعاملات العرب، إلا لما فيه من ظلم يقع على أحد المتعاملين، أو لما فيه من دفعٍ باتجاه التنازع بين المتعاملين.

حرّم الشرع الربا، وكان شائعاً، ونصّ الله عزّ وجلّ في كتابه أن الربا ظلمٌ، ولربما يصحّ فهم كونه ظلماً من قوله تعالى: (وإن تبتم فلکم رؤوس أموالکم، لا تظلمون، ولا تُظلمون)، (البقرة: ٢٧٩)، ذلك أن بقاء ما فوق رأس المال في حالة الربا، هو ذاته الظلم؛ وكذلك حرّم الشرع بيع المحاقلة والمزابنة وبيع حبّ الجبلية،

(١) هكذا في نسخة دار الحديث بالقاهرة، وقد يكون الصواب كلمة: أعمّ، بدل أعلم، كما يدلّ السياق.

(٢) الإحكام في أصول الأحكام، لابن حزم، (٤٢١-٤٢٢).

(٣) السيل الجرار، للشوكاني، (٥٠٤-٥٠٥).

(٤) تاريخ التشريع الإسلامي، لعبد العظيم شرف الدين، (٦٦٧).

ونصّ النبي ﷺ على تحريمها، وأي غائصٍ في معنى تحريمها لها، سيرى أن هذه الأنواع من البيوع توقع المنازعة بين الناس، لأجل ما فيها من خفاء المبيع، والجهل به.

وباختصار: إن النظر الشرعي هو إلى ما تتحقق به المصلحة، وما تدرئ به المفسدة، وهو ما سمح بجعل هذا الأصل مُعتدّاً به في الاجتهاد الشرعي، وفي كتاب القواعد الكبرى، أو قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، للعز بن عبد السلام، ورد قوله: «ومن تتبّع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفسدات، حصل له من مجموع ذلك: اعتقادٌ أو عرفان، بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها نصٌّ ولا إجماعٌ ولا قياسٌ خاصٌّ، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك»<sup>(١)</sup>؛ ويكفي من ابن عبد السلام مثل هذا النصّ، لتبين عظمة التشريع، وعظمة الفقهاء الغائصين على أسرار التشريع؛ أما قوله: نفس الشرع، فإنه يريد به: روح التشريع<sup>(٢)</sup>، وهو التعبير الشائع في عصرنا.

**سادسا: النصّ على إباحة بعض الشروط:** وما أذكره هنا خاصّ بالشروط، أي بخلاف ما مضى مما يصلح دليلاً للشروط والعقود معاً؛ هذا، والنصوص التي تخصّ إباحة الشروط عديدة، أذكر منها:

**أولاً:** ما في قصة جابر رضي الله عنه أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، فمرّ النبي ﷺ فضربه فدعا له، فسار سيرا ليس يسير مثله، ثم قال: (بعنيه بأوقية)، قلت: لا؛ ثم قال: (بعنيه بأوقية)<sup>(٣)</sup>، فبعته، فاستثنت حُمْلانَه إلى أهلي<sup>(٤)</sup>، فلما قدمنا أتيتُه بالجمل، ونقدني ثمنه ثم انصرفْتُ، فأرسل على إثري، قال: (ما كنتُ لأخذ جملك، فخذ جملك ذلك، فهو مالك)<sup>(٥)</sup>.

وفي رواية أخرى للبخاري عن جابر رضي الله عنه قال: «فبعته على أن لي فقار ظهره»<sup>(٦)</sup> حتى أبلغ المدينة، وهذه الرواية تدلّ على الاشتراط<sup>(٧)</sup>، أي أن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما اشترط على الرسول ﷺ أن يعيره جملة

(١) القواعد الكبرى، لابن عبد السلام، (٢/٣١٤).

(٢) خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، لفتح الدين، (١٩٤).

(٣) اختلفت روايات البخاري، (٢/٢٥٨)، في ثمن المدفوع، فمنها أنه ﷺ اشتراه بأوقية، كما هو أعلاه؛ ومنها أنه اشتراه بمائتي درهم، ومنها: بأربعة أواقٍ، ومنها: بعشرين ديناراً، ومنها: بأوقية ذهب، وذكر الشوكاني في نيل الأوطار، (١٠/١٢٢)، تعدّد الروايات في ثمنها، ثم قال: «وقد جُمع بين هذه الروايات بما لا يخلو عن تكلف».

(٤) أي: استثنت الحمل عليه حتى أصل أهلي، يُنظر: نيل الأوطار، للشوكاني، (١٠/١٢٢).

(٥) المسند، للإمام أحمد، (١١/٤٣٠)، ح: (١٤٣١٣)، والبخاري، (٢/٢٥٧-٢٥٨)، ح: (٢٧١٨)، وأصل الحديث مروى في مسلم أيضاً، (٤/٣٤-٣٥)، ح: (٧١٥)، لكن، ليس فيه العبارة المذكورة، ورواه أيضاً غير من ذكرت.

(٦) أي: ركوب ظهره، كما في معالم السنن، للخطابي، (٣/١٢٣).

(٧) فتح الباري، لابن حجر، (٥/٣٧٥)، ورواية الاشتراط هذه تُردّ على الخطّابي في معالم السنن، (٣/١٢٣)، وعلى

الذي اشتراه منه، ليركبه إلى المدينة، وهو وجه الدلالة في القصة؛ فكونه ﷺ سمح بهذا الشرط، الذي فيه نوع تحجير على ملك البائع، يدلّ على صحّته، رغم ذلك التحجير.

**ثانياً:** وفي الحديث الصحيح أنه ﷺ قال: (المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحلّ حراماً)<sup>(١)</sup>، والحديث صحيح لتعدّد طرقه<sup>(٢)</sup>؛ ودلالته ظاهرة على إباحة الشروط، بضابط واحد: ألا يحلّ حراماً أو يحرم حلالاً<sup>(٣)</sup>.

**ثالثاً:** وفي حديث بريرة رضي الله عنها أن عائشة رضي الله عنها قالت: جاءني بريرة فقالت: كاتبْتُ أهلي على تسع أواق، في كل عامٍ أوقيّة، فأعيني، فقلت: إن أحبّ أهلك أن أعدّها لهم، ويكونَ ولاؤك لي، ففعلتُ، فذهبت بريرة إلى أهلها<sup>(٤)</sup>، فقالت لهم، فأبوا ذلك عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس، فقالت: إني قد عرضتُ ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم، فسمع النبي ﷺ فأخبرت عائشة النبي ﷺ فقال: (خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق)، ففعلت عائشة، ثم قام رسول الله ﷺ في الناس، فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: (أما بعد، ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحقّ، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق)<sup>(٥)</sup>، وهذا لفظ البخاري، وفيه: وقضاء الله أحق، وهي تكفي لبيان أن مقصود ما في بعض الروايات،

---

الحقّق ابن الهمام في فتح القدير، (٤٠٦/٦)، حين ذكر أن الاشتراط لم يكن في صلب العقد.

(١) الترمذي، (٦٢٦/٣، ح: ١٣٥٣)، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح؛ غير أنه نوزع في تصحيح هذا الحديث، إذ فيه راوٍ شديد الضعف، لكن، وفيما يبدو أن الترمذي صحّحه لكثرة طرقه، ولأجل كثرة الطرق هذه، صحّحه الألباني في الإرواء، كما في التعليق التالي.

(٢) إرواء الغليل، للألباني، (١٤٢/٥)، وقال في (١٤٥/٥) بعد أن ذكر طرقاً له: «وجملة القول أن الحديث بمجموع هذه الطرق يرتقي إلى درجة الصحيح لغيره»، وابن حزم نظر في المحلّي، (١٩٣/٩-١٩٤)، في بعض طرقه، ولم ينظر فيها كلها، ولذا، حكم عليه بالضعف، خاصة أن من رواة هذا الحديث: الترمذي في سننه، ولم يكن يعرفه ابن حزم؛ قال في حقّه الحافظ ابن حجر في تهذيب التهذيب، (٣٨٨/٩): «فإنه نادى على نفسه بعدم الاطلاع»، وذكر أن ابن حزم جهل الترمذي، أي قال عنه إنه مجهول، وذكر ابن حجر أنه جهل كذلك جماعة من أهل العلم.

(٣) حول هذا الحديث يقول الدكتور عبد الحميد الحكيم في كتابه الموجز في شرح القانون المدني، (٣٧/١): «وقد جمع هذا الحديث خلاصة التطوّر الذي مرّ به الفكر القانوني الغربي في خلال أكثر من عشرين قرناً،... فالقاعدة هي أن الإرادة حرّة في أن تُنشئ ما تشاء من العقود، وأن ترتّب عليها ما تشاء من الآثار، والاستثناء هو أن الإرادة يجب ألا تخالف القانون والنظام العامّ في العقود والتصرّفات التي تُجريها، وهذا ما جمعه الحديث المتقدّم».

(٤) أهلها: أي سادتها، يُنظر: شرح الزرقاني على موطأ مالك، (١٢٢/٤).

(٥) مسند الإمام أحمد، (٢١٧/١٧، ح: ٢٣٩٣٥)، [سأذكره لاحقاً باسم: المسند]، والبخاري، (١٠٢/٢، ح:

كرواية مسلم من قوله ﷺ: (كتاب الله أحق)، أن المقصود بكتاب الله، هو حكمه وقضاؤه، وما كتبه إلزاماً لعباده، وبه يفسرُ قوله: (ليست في كتاب الله)، أي ليست في حكمه سبحانه وقضائه، وليس في حكم الله وشرعه<sup>(١)</sup>؛ ومما يدلُّ على صحّة هذا التفسير، أن الولاء لمن أعتق ليس موجوداً أصلاً في نص قرآني، لكنه حكم الله تعالى بكل تأكيد، فيكون المعنى: ليس في حكم الله<sup>(٢)</sup>؛ وقال ابن القيم: ((فإن أكثر الشروط الصحيحة ليست في كتاب الله))<sup>(٣)</sup>.

فالمراد بما ليس في كتاب الله: ما خالف كتابه؛ فكتاب الله هنا حكمه من كتابه أو سنة رسوله أو إجماع الأمة<sup>(٤)</sup>، ((أي ليس في حكم الله جوازه أو وجوبه، لا أن كل من شرط شرطاً لم ينطق به الكتاب يبطل))<sup>(٥)</sup>، وقال القرطبي: ((أي ليس مشروعاً في كتاب الله تأصيلاً ولا تفصيلاً، ومعنى هذا أن من الأحكام ما يؤخذ تفصيله من كتاب الله كالوضوء، ومنها ما يؤخذ تأصيله دون تفصيله، كالصلاة؛ ومنها ما أصل أصله، كدلالة الكتاب على أصليّة السنة والإجماع، وكذلك القياس على الصحيح، فكل ما يقتبس من هذه الأصول تفصيلاً، فهو مأخوذ من كتاب الله تأصيلاً))<sup>(٦)</sup>.

ودلالة الحديث على إباحة الشروط آتية من حصر المباح منها هو من حكم الله، وحكمه في الأساس: عدم مناقضة مقصد العقد، وعدم حمله لعنصر من عناصر التحريم المشهورة في العقود، كالغرر والربا وغيرهما.

**رابعاً:** وصحَّ أن رسول الله ﷺ قال: (إن أحقَّ الشروط أن يوفى به، ما استحللتم به الفروج)<sup>(٧)</sup>، وفي بعض الألفاظ عند البخاري وغيره: (أن توفوا به)؛ والحديث عمدة في مسألة الشروط، رغم كونه في شروط النكاح، وسيأتي أن كونه في النكاح، أدعى لتعميمه في غيره؛ فالظاهر: ((أن المراد به كل ما شرطه الزوج ترغيباً للمرأة في النكاح، ما لم يكن محظوراً، ومن لا يقول بالعموم، يحمله على المهر، فإنه مشروط شرعاً في

(٢١٦٨)، ومسلم، (٥/٤٦٤-٤٦٥، ح: ١٥٠٤)، وموطأ مالك، (٧٨٠)، والترمذي، (٤/٤٣٦، ح: ٢١٢٤)، والنسائي، (٧/٣٥١، ح: ٤٦٦٩، ٤٦٧٠)، وأبو داود، (٣/٤٠٦، ح: ٣٩٢٩)، وابن ماجه، (٣/٢٠٥، ح: ٢٥٢١).

(١) المغني، لابن قدامة، (٧/٤٤٩)، ومجموع الفتاوى، لابن تيمية، (٢٩/٢٠٢)، وإعلام الموقعين، لابن القيم، (١/٣٤٨).

(٢) شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، (٤/١٢٥)، نقله الزرقاني عن ابن عبد البرّ.

(٣) إعلام الموقعين، لابن القيم، (١/٣٤٨).

(٤) نقله الحافظ ابن حجر عن ابن بطال، يُنظر: فتح الباري، لابن حجر العسقلاني، (٥/٢٢٢).

(٥) نقله الحافظ ابن حجر عن ابن خزيمة، يُنظر: فتح الباري، لابن حجر العسقلاني، (٥/٢٢٢).

(٦) نقله عن القرطبي الحافظ ابن حجر في فتح الباري، (٥/٢٢٣)، والزرقاني في شرحه على الموطأ، (٤/١٢٦).

(٧) تقدّم تخريجه عند الحديث عن الشرط الصحيح عند الشافعية؛ يُنظر: (٨٥)، من هذا البحث.

مقابلة البضع، أو على جميع ما تستحقه المرأة بمقتضى الزواج، من المهر والنفقة وحسن المعاشرة، فإنها كأنها التزمها الزوج بالعقد<sup>(١)</sup>.

ووجه الدلالة أنه إذا وجب الوفاء بشروط النكاح، وهي التي يكون العقد فيها على أخطر شيء في الحياة، فإن يجب في غيره من أمر المال أولى، دون التزام ذلك المعنى الذي تقدم من قول الحنفية، والذي يجعل ما كان من أمر المال نوعاً من الربا، فهو كلام ضعيف، إذ ليس فيه في الحقيقة ربا، بعد أن رضي رسول الله ﷺ بشرط إعارة الظهر الذي اشتراه من جابر رضي الله عنه إلى المدينة، فكان رضاه مؤسساً لمثل هذا الشرط، ودليلاً على خلوه معناه من الربا.

**خامساً:** صحّ عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «مقاطع الحقوق عند الشروط، ولك ما شرطت<sup>(٢)</sup>؛ ودلالته ظاهرة، فمطلق الشروط مباح ها هنا بقول عمر، ويبقى الضابط محصوراً في عدم منافاة العقد، وعدم مقارنة الشرط لممنوع شرعاً.

## ثانياً: أدلة المضيّقين

استدلّ المضيّقون للعقود والشروط بالأدلة التالية<sup>(٣)</sup>:

**أولاً: اكتمال الدين يَمنع إحداث عقود وشروط جديدة:** مسألة اكتمال الدين الواردة في قوله تعالى: (اليوم أكملت لكم دينكم..)، (المائدة: ٣)، هي أحد عمَد ابن حزم القرآنية في منعه إحداث عقود جديدة، فقد ذكر هذه الآية وآيتين أخريين، سيأتي ذكرهما، معتبراً إياها، مع الآيات التي تنهى عن التعدي على حدود الله «براهين قاطعة في إبطال كل عهد وكل عقد، وكل وعد وكل شرط، ليس في كتاب الله تعالى الأمر به، أو النصّ على إباحتها عقده، لأن العقود والعهود والأوعاد شروط، واسم الشرط يقع على جميع ذلك<sup>(٤)</sup>؛ ووجه دلالة الآية أن الشرط الذي ليس في نصوص الشرع يتضمن دعوى نقصانه؛ وهي دعوى ممنوعة بالآية.

**ثانياً: اعتبار إحداث عقود وشروط جديدة تعدياً على حدود الله:** فقد قال تعالى: (ومن يتعد حدود الله، فأولئك هم الظالمون)، (البقرة: ٢٢٩)، وقوله تعالى: (ومن يعص الله ورسوله، ويتعد حدوده، يُدخله

(١) حاشية السندي على سنن النسائي، مع السنن، (٤٠١/٦).

(٢) البخاري، (٢٥٩/٢) و(٤٥٠/٣)، وليس في الموضوع الثاني من البخاري قوله: «ولك ما شرطت»، ورواه أيضاً ابن أبي شيبة في مصنفه، (٣٢٩/١١)، ح: (٢٢٤٦٤).

(٣) يُنظر في أدلة المضيّقين: المحلى، لابن حزم، (١٩٢/٩-١٩٣)، والإحكام، لابن حزم، (٦٣٧-٦٣٩)، واستعرضها كذلك: مبدأ الرضا في العقود، لحمد محيي الدين القره داغي، (١١٥٨/٢-١١٦٠)، و(١١٩٠/٢-١١٩٢).

(٤) الإحكام في أصول الأحكام، لابن حزم، (٦٣٧).

نارا خالدا فيها)، (النساء: ١٤)؛ واعتبرهما ابن حزم مع آية المائدة التي تُقرُّ اكتمال الدين، أدلة قاطعة على إبطال كل عقد وعهد لم يأت نصّ بإباحته<sup>(١)</sup>؛ ووجه دلالة آيات منع التعدي على حدود الله، على تحريم اشتراط ما لم يرد فيه نصّ، هو أن مثل هذا الاشتراط تقدّم على أمر الله، ومخالفة للحدود التي نصبها.

**ثالثا: النهي عن بيع وسلف:** وبه استدلل الحنفية فيما استدلوا على منع بعض الشروط، فقد ذكر المرغيناني الحنفية بعض الشروط، ومنها: اشتراط بائع الدار سكنها، واشتراط بائع العبد استخدامه شهرا، واشتراط أن يقرضه المشتري درهما، أو يهديه هدية، ذكرها المرغيناني في سياق حديثه عن البيع الفاسد، ثم علل فساد البيع بما قائلًا: «لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولأنه ﷺ نهى عن بيع وسلف»<sup>(٢)</sup>، فاعتبار النهي النبوي عن بيع وسلف دليلا على منع بعض الشروط عند بعض العلماء، هو ما يدعو إلى ذكر هذا الدليل بين أدلة المضيقين.

ودليل هذا النهي هو ما ورد في الحديث الصحيح من قول رسول الله ﷺ: (لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يُضمن، ولا بيع ما ليس عندك)<sup>(٣)</sup>؛ والحديث يتضمن النهي عن شرطين في بيع، غير أني تركت ذكر النهي عن الشرطين في بيع إلى الدليل التالي من أدلة المضيقين للشروط، إذ ترتيب ذكره في الحديث يأتي بعد ذكر سلف وبيع، لأكتفي ها هنا بدليل النهي عن بيع وسلف.

**رابعا: النهي عن الشروط:** وفيه حديث النهي عن شرطين في بيع، وقد تقدّم ذكره؛ ووجه دلالة على منع الشرطين في بيع واضح؛ وفيه كذلك ما روي أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وشرط، ووجه دلالة ظاهر؛ غير أنه محل أخذ ورد بين العلماء، والراجح ضعفه، كما سيوضح حين مناقشة الأدلة فيما سيأتي إن شاء الله.

وكذا فيه حديث: (ما كان من شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل)<sup>(٤)</sup>، ووجه دلالة أن الشروط الحادثة التي لم يذكرها كتاب الله ممنوعة؛ وهو على رأي ابن حزم برهان على إبطال غير المنصوص عليه من الشروط<sup>(١)</sup>، وقد تقدّم تفصيله في أدلة الموسعين، فلقد استندوا عليه في إباحة الشروط، على معنى مضى تبيان.

---

(١) يُنظر: الإحكام في أصول الأحكام، لابن حزم، (٦٣٧)، فلقد ذكر الآيتين المذكورتين مستدلا بهما على منع العقود من غير نصّ عليها.

(٢) الهداية، للمرغيناني، (٩٨٢/٣-٩٨٣).

(٣) رواه الإمام أحمد في مسنده، (٢٢٨/٦، ح: ٦٦٧١)، والنسائي، (٣٣٣/٧، ح: ٤٦٢٥)، وأبو داود، (٢٦٧/٣، ح: ٣٥٠٤)، والترمذي، (٥٢٦/٣-٥٢٧، ح: ١٢٣٤)، وابن ماجه، (٣٣/٣، ح: ٢١٨٨)، كلهم في سننهم؛ وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وحسنه الألباني في الإرواء، (١٤٨/٥).

(٤) تقدّم تخرجه عند استعراض أدلة الموسعين؛ يُنظر: (٩٩-١٠٠)، من هذا البحث.

**خامسا: تحريم إحداه ما ليس من أمر الدين:** ودليله حديث عائشة رضي الله عنها: (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو ردٌّ)<sup>(٢)</sup>: وهو حديث صحيح مشهور، وذكر الحافظ ابن حجر أنه «معدودٌ من أصول الإسلام، وقاعدة من قواعده»<sup>(٣)</sup>، قال الخطابي: «في هذا بيان أن كل شيء نهي عنه رسول الله ﷺ من عقد نكاح وبيع وغيرهما من العقود، فإنه منقوض مردود»<sup>(٤)</sup>.

ووجه دلالة على المطلوب هو أنه يتضمّن ردّ كل ما ليس من أمر الدين، ومنه العقود والشروط التي لم ينصّ عليها الدين، فما لم ينصّ عليه، فليس من أمره، فهو مردود إذن.

### **المطلب الخامس: مناقشة الأدلة**

لقد تقدّمت أدلة كلا الفريقين، الموسّعين والمضيّقين، لسُلطان الإرادة في إنشاء العقود والشروط، ولا بد من مناقشة ما مضى منها، حتى يكون الترجيح الآتي قائما على بينة وبرهان ساطعين؛ وبناء على هذا، فلا بد من جعل المناقشة على قسمين، الأول: مناقشة أدلة الموسّعين، والثاني: مناقشة أدلة المضيّقين.

غير أبي لا بدّ أن ألقت النظر إلى أنني لم أطلع في كلام المضيّقين مناقشة لجميع أدلة الموسّعين، ذلك أن بعض هذه الأدلة، أدّى إليها النظر في أصول الشريعة، دون أن يلزم من وجودها هنا، وجودها في أدلة الموسّعين، بل كثير من أدلتهم، هي استدلالات أدّى إليها النظر فحسب.

### **أولا: مناقشة أدلة الموسّعين**

لقد كان من أهم أدلة التوسيع في سلطتي إنشاء العقود والشروط عموم الأمر بالوفاء بالعقود، وهو في تقديري رأس الأدلة، غير أن ابن حزم لم يترك هذا العموم المذكور دون مناقشته، إذ أبي ذلك العموم المذكور، بحجة أنه لا يجوز الوفاء بعقد حرّم الله تعالى إجراءه، إذ من العقود ما حرّمه الله، فالآية ليست على عمومها<sup>(٥)</sup>؛ كذا ذكر ابن حزم.

لكنّ مناقشة ابن حزم لذلك العموم بأن الله تعالى لم يتركه كما هو، بل حرّم بعض العقود والشروط، لا يكفي لمنع عموم قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)، (المائدة: ١)، بل هي باقية على عمومها في

(١) يُنظر: المحلّي، لابن حزم، (١٩٢/٩).

(٢) المسند، (١١٨/١٨)، و١٩٢ ح: ٢٥٩١١، و٢٦٢٠٧؛ والبخاري، (٢٥١/٢)، ح: ٢٦٩٧، ومسلم، (٢٩٥/٦)،

ح: ١٧١٨، وأبو داود، (٢٠٥/٤)، ح: ٤٦٠٦، وابن ماجه، (١٧/١)، ح: ١٤).

(٣) فتح الباري، للحافظ ابن حجر، (٣٥٧/٥).

(٤) معالم السنن، للخطابي، (٢٧٧/٤)؛ ويُنظر في المعنى ذاته: فتح الباري، للحافظ ابن حجر، (٣٥٧/٥).

(٥) المحلّي، لابن حزم، (١٩٣/٩).

وجوب الوفاء بما لم يَقم دليل على منعه، والذي يُحرّم عقداً من العقود، هو من عليه إثبات تحريمه، فلا تعمّه الآية؛ فإذا، العقد الخارج عما حرّمه الله مأمور بالوفاء به<sup>(١)</sup>؛ وما خرج من العقود والشروط عمّا حرّم، يبقى على أصل عموم الإباحة الوارد في الآية الكريمة.

هذا، وفسّر الإمام ابن حزم ما ورد من النصوص بوجوب الإيفاء بالعقود والشروط، بأنها جاءت فيمن شرط شرطاً، أو عقد عقداً ورد النصّ به<sup>(٢)</sup>؛ وأقلّ ما يقال في هذا التفسير أنه دعوى مجردة عن الدليل، تقوم على تقليص العمومات التي توسّع دائرة العقود والشروط بغير حجة؛ إن عموم قوله تعالى: (أوفوا بالعقود)، (المائدة: ١)، كافٍ في إطلاق القول بجواز إحداث عقود وشروط جديدة، بشرط ألا تصطدم بنصّ أو أصل، فإن وقع ذلك الاصطدام، فثمة باب للاجتهاد؛ ووجه دلالة الآية على إطلاق إباحة العقود، أنها أوجبت الوفاء بعموم العقود بلا استثناء<sup>(٣)</sup>، وهذا فرعٌ عن صحة العقود في الشرع، لأن الأمر بالوفاء بعقد ما، يصلح دليلاً على صحته، ما لم يقع ذلك الاصطدام المذكور، وهذا ما يعني صحة كل عقد وكل شرط لم يأت نصٌّ بتحريمه بخصوصه<sup>(٤)</sup>، أو لم يدخل في أصلٍ من المحرمات؛ مما يعني صحة العقود؛ وإنما يُمنع منها ما ورد الدليل بمنعه بخصوصه؛ وعلى ما مضى، فمن تعاقد مع آخر على شرط يشترطه، أو يشترطه أحدهما، فالوفاء بالشرط جزء من الأمر بالوفاء بالعقود، فالشرط عقدٌ كما تقدّم، والإنسان هنا يكون قد قيّد إرادته بإرادته ذاتها<sup>(٥)</sup>، وعليه احترام ما التزم به بإرادته من ذلك النوع من الشروط والعقود؛ وسيأتي المزيد إن شاء الله تعالى.

وناقش ابن حزم ما صحّ عن رسول الله ﷺ من قوله: (المسلمون عند شروطهم)، بتضعيف بعض طرقه، دون أن يتكلّم على سائرهما، وقد تقدّم عند استعراض أدلة الموسّعين أنه صحيح، غير أنه لما افترض إمكان تصحيحه هو وغيره من أحاديث إباحة الشروط، فسّرهما على أن شروط المسلمين هي الشروط التي أباحها الله لهم<sup>(٦)</sup>، وهو ذاته تفسير النووي لتلك الشروط<sup>(٧)</sup>، أي أن المسلمين عند شروطهم، حينما يكون الشرط جائزاً؛ وهو منهما فيما يبدو لي تأكيد على أن المباح هو وحده المنصوص عليه، وبهذا فسّر ابن حزم قول عمر رضي الله عنه: (مقاطع الحقوق عند الشروط)، وهو الذي تقدّم ذكره في أدلّة الموسّعين؛ وليس كلام النووي وابن حزم

(١) يُنظر: أحكام المعاملات الشرعية، لعلي الخفيف، (٢٢٦).

(٢) الإحكام في أصول الأحكام، لابن حزم، (٦٣٩).

(٣) مجموع الفتاوي، لابن تيمية، (٨٤/٢٩).

(٤) تاريخ التشريع الإسلامي، لعبد العظيم شرف الدين، (٦٦٧).

(٥) المدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقا، (٤٦٨/١).

(٦) يُنظر: الحلي، لابن حزم، (١٩٤/٩).

(٧) يُنظر: المجموع، للنووي، (٤٦٥/٩).



صحيحاً، فالأصل إبقاء العام على عمومته، ليخرج من هذا العموم ما ورد به نصّ، أو ما صادم أصلاً؛ وثمة أمر آخر: إن الرسول ﷺ صحّح ما صادف من الشروط في عصره، دون أن يمنع غيرها، مكتفياً بعموم النصوص المذكورة في العقود والشروط.

أما حديث جابر رضي الله عنه المذكور في أدلة الموسّعين، فيفهم من كلام ابن حزم أن له دالتين: إحداهما: أنه ﷺ أخذ الجمل وابتاعه؛ والثانية: أنه اختار قبل أخذ الجمل تركه، فلا يكون البيع قد تمّ أصلاً، فيكون جابر قد اشترط ركوب جمل نفسه، لا أنه يبيع لرسول الله، ثم اشترط ركوب جمل رسول الله ﷺ<sup>(١)</sup>؛ وهذا غير صحيح، إذ ورد في إحدى روايات البخاري أن جابراً رضي الله عنه قال: «فبعته على أن لي فقار ظهره<sup>(٢)</sup> حتى أبلغ المدينة»<sup>(٣)</sup>، فهي صريحة في أن الشرط ورد مع البيع ذاته، ومع تمام البيع.

و كنت قد ذكرت في أدلة الموسّعين حديث الصحيحين: (إن أحقّ الشروط أن يوفى به، ما استحللتم به الفروج)<sup>(٤)</sup>، هذا، وذكر النووي في شرح مسلم وابن حجر في الفتح أن الحديث محمول عند الشافعي على الشروط التي «لا تنافي مقتضى النكاح، بل تكون من مقتضياته ومقاصده»<sup>(٥)</sup>؛ وجعل النووي والحافظ ابن حجر منها اشتراط العشرة بالمعروف والإنفاق والكسوة والسكنى، وغيرها مما هو من مقتضيات العقد، ونقلوا عن الإمام أحمد وجوب الوفاء بالشرط مطلقاً<sup>(٦)</sup>.

وحمل الشافعي رضي الله عنه الشرط المباح في الحديث على ما لا ينافي مقتضى العقد، فهذا عادي وضروري، كما تقدّم بيانه؛ غير أن اشتراط أن يكون الشرط من مقتضيات العقد، فلا دليل عليه، بعد ما مضى من العمومات المبيحة للشروط.

### ثانياً: مناقشة أدلة المضيّقين

لقد تقدّم أن المضيّقين، وعلى تفاوت تضييقاتهم في مسألتي الشروط والعقود، قد استندوا إلى أدلة، سلف ذكرها، وكان لا بد من مناقشة استدلالهم بما استندوا عليه..

(١) المحلّي، لابن حزم، (١٩٧/٩).

(٢) أي: ركوب ظهره، كما في معالم السنن، للخطابي، (١٢٣/٣).

(٣) البخاري، (٢٥٨/٢، ح: ٢٧١٨).

(٤) تقدّم تخريجه عند أدلة الموسّعين؛ يُنظر: (٨٥)، من هذا البحث.

(٥) شرح النووي على مسلم، (٣١٩/٥)، وفتح الباري، لابن حجر العسقلاني، (١٢٦/٩).

(٦) شرح النووي على مسلم، (٣٢٠/٥)، وفتح الباري، لابن حجر العسقلاني، (١٢٦/٩)؛ ويُنظر: تحفة الأحوذى،

للمباركفوري، (٣٠٢/٤-٣٠٤).

أولاً: مناقشة الاستدلال بكمال الدين: فلقد سبق أن ذكرتُ أنهم استدّلوا بما ثبت من اكتمال الدين المذكور في قوله تعالى: (اليوم أكملتُ لكم دينكم)، (المائدة: ٣)، وهي من أهم ما اعتمد عليه المضيّقون من الأدلّة، كما تقدّم؛ غير أنه ليس لهم فيها حجة، ذلك أنّها تتحدّث عن اكتمال الدّين، وهم يقصدون أن إضافة عقود لم ينصّ عليها الوحي، يوحي بأن الدين ناقص، غير أنه إلزامٌ بغير لازم؛ ذلك أنّه يُحتاج في هذا المقام إلى دليل لهم يفسّرون به الدين الذي اكتمل: هل هو جميع أحكام الدين، أم جميع العقائد، وأصول الأحكام التي تنبئ عليها غيرها؟

إنه يلزم من مُدّعاهم أن جميع أحكام الدين قد نزلت قبل هذه الآية، وأن هذه الآية جاءت ختاماً لجميع الأحكام، وتبيناً أنه لا أحكام بعدها، إذ اكتمال الدّين حسبما يلزم من المُدّعى، المتمثّل في اكتمال أحكامه، يلزم منه ألاّ أحكام آتية بعد هذه الآية؛ غير أن هذا ليس بصحيح، فلقد نزل بعد هذه الآية أحكام عديدة، كآية الربا، وآية الكفالة<sup>(١)</sup>.

فلو كان المقصود: أحكام الدين لكان نزول آيتي الربا والكفالة، وهما من آيات الأحكام، دليلاً على عدم صحة الاكتمال الوارد ذكره في الآية، وهو نقضٌ لها، وحاشا أن يخطر ببال المؤمن شيء كهذا؛ فعلم مما تقدّم أن نزول أحكام أخرى لا يناقض الاكتمال الوارد ذكره في الآية، لأن الاكتمال فيها ليس اكتمال الأحكام؛ وعلم بناء على كل ما تقدّم أن إحداث عقد جديد، لا يتنافى مع الآية، لأنّها لا تتحدّث عن اكتمال الأحكام.

أما، ما هو الشيء الذي تذكر الآية أنه اكتمل؟ فهذا قد تختلف فيه الأنظار، ولكن السياق الذي نزلت فيه، وهو حجة الوداع، الذي عني فيما عني: اكتمال أصول الدين وعقائده، واكمال سيطرته التي ستفتح له أبواباً أخرى من السيطرة على العالم؛ إن هذا هو الذي تتحدّث الآية عن اكتماله؛ ولقد نسب القرطبي إلى الجمهور قولهم في تكميل الدين الوارد في الآية: «المراد: معظم الفرائض والتحليل والتحریم، قالوا: وقد نزل بعد ذلك قرآن كثير، ونزلت آية الربا، ونزلت آية الكفالة، إلى غير ذلك؛ وإنما كُمل معظم الدين وأمر الحجّ، إذ لم يطفّ معهم في هذه السنة مشرك..»<sup>(٢)</sup>.

إنه إذا تقرّر هذا، فلن يبقى في الآية مستمسكٌ في تحریم ما لم يرد في القرآن أو السنة من عقود وشروط؛ وأضيف شيئاً آخر: إن اكتمال الدين يلزم منه على ما مضى: اكتمال أصوله التي بناءً عليها يُعرف ما لم يُنصّ في القرآن على حكمه، مما يدخل في العمومات، كإباحة العقود والشروط، التي تدخل في عموم قوله تعالى أول سورة المائدة: (أوفوا بالعقود).

(١) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، المشهور بتفسير القرطبي، (٦٢/٦).

(٢) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، المشهور بتفسير القرطبي، (٦١/٦-٦٢).

ثانيا: مناقشة الاستدلال بتحريم التعدي على حدود الله: لقد اعتبر المضيّقون أن إحداث عقود جديدة، وشروط حادثة، من باب التعدي، كما تقدّم بيانه، وكان ابن حزم على رأس هؤلاء المستدلّين بهذا الأصل الذي تدعمه آياتٌ عديدة من أهمّها قوله تعالى: (ومن يتعدّ حدود الله، فأولئك هم الظالمون)، (البقرة: ٢٢٩)، وقوله تعالى: (ومن يعص الله ورسوله، ويتعدّ حدوده، يُدخله نارا خالدًا فيها)، (النساء: ١٤).

ولقد جافى ذلك الحبر الكبير، ابن حزم، حظّه من الصواب ها هنا، كما جافاه في المرة السابقة، ذلك أن الآيتين لا تعنيان من قريب ولا من بعيد، شيئًا من الأمر الذي ينبي عليه مدّعا، القاضي بتحريم ما لم يُنصّ عليه من العقود والشروط في كتاب أو سنة..

فالآيتان تتحدّثان عن التعدي على حدود الله، ولا شكّ أنه حرامٌ، ولو لم تأت به نصوص صريحة، فمعنى الأمر والنهي يقتضي هذا التحريم؛ غير أن المطلوب من ابن حزم أن يُثبت أولاً أن إحداث عقود جديدة، أو شروط جديدة، هو من التعدي على حدود الله، قال ابن القيم: «وتعدّي حدود الله هو: تحريم ما أحله الله، أو إباحة ما حرّمه، أو إسقاط ما أوجبه؛ لا إباحة ما سكت عنه وعفا عنه، بل تحريمه هو نفس تعدي حدوده»<sup>(١)</sup>؛ وهذا لأنه لا تحريم إلا بنصّ، أو بقياس صحيح على نصّ؛ وهو أولى من قوله ألاّ اشتراط ولا عقد إلا بنصّ؛ وليس قد قال تعالى: (وما كان الله ليضلّ قوما بعد إذ هداهم، حتى يبين لهم ما يتقون، إن الله بكلّ شيءٍ عليم)، (التوبة: ١١٥)، فهل يملك الإمام ابن حزم بيانًا من الله تعالى فيما يجب علينا أن نتقيّه، وأن منه تحريم العقود والشروط فيما لا نص فيه، حتى نتقي ما ورد في هذا البيان؟

إن الصحابة رضي الله عنهم ما عرفوا تحريم الخمر إلا بعد نزول تحريمه؛ وما عرفوا تحريم التحلي بالذهب للرجال، إلا بعد النصّ النبوي على التحريم؛ بل ما عرفوا تحريم الربا، رغم دخوله في عموم تحريم الظلم، إلا بالنصّ الصريح فيه؛ وكذا سائر ما حرّم الله، ثم تُرك الأمر فيما بعد العصر النبوي إلى المجتهدين، ليقرّروا حكم ما يستجدّ بناء على النصوص والأصول المنبثقة عنها؛ وهذا الذي أقوله، قد سبق معناه عن محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة رضي الله عنهما فقد نقل عنه السرخسي قوله: «لأن شرب الخمر وأكل الميتة، لم يجرما إلا بالنهي عنهما»<sup>(٢)</sup>.

إني أردّ الأمر على ابن حزم بأن أقول: إن الأقرب إلى التعدي على حدود الله، هو تحريم ما لم ينصّ الله أو رسوله على تحريمه، ولم تَهْدِ إليه الأصول؛ وإن طلب الدليل على تحريم العقود والشروط، أولى من طلب دليل إباحتها، ومسلك ابن حزم يؤسّس لزج الإسلام في زاوية من التراجع عن سمته التي يتمتّع بها، وهي الاستمرارية القادرة على تطوير الناس، واستيعاب تطوّرهم.

(١) إعلام الموقعين، لابن القيم، (١/٣٤٨).

(٢) المبسوط، للسرخسي، (٢٤/٧٧)، ونقله أيضا ابن عابدين في حاشيته، (١/١٠٥).

وبقي شرح معنى النهي عن بيع وسلف، الذي ورد في أدلة المضيّقين لدائرة الاشتراط، فلا بد من شرح معناه، وبيان مدى دلالته على منع الاشتراط، بعد أن كنت نقلتُ كلام المرغيناني الحنفي الاستدلال به في منع الشروط في البيع..

**ثالثا: مناقشة الاستدلال بحديث النهي عن بيع وسلف:** وسبق أن ذكرتُ استناد الحنفية عليه، رغم أن موضوعه يختلف تماما عن مسألة الشروط برُمَّتها؛ إنه لا بد من بيان معنى هذه الحديث، ليُعرف أنه لا صلة له بمسألة الشروط.

إن معنى: (لا يجلّ سلف وبيع)، أي لا يجلّ بيع مع شرط قرض<sup>(١)</sup>، وذلك كأن يقول: بعتك هذا الثوب بعشرة، شرط أن تقرضني عشرة؛ وفسره السرخسي بمثل ذلك، وذكر له صورة أخرى، قال: ((..أو يؤجّله في الثمن، ليعطيه على ذلك رجحا))<sup>(٢)</sup>، وفي الروض النضير من كتب الزيدية أن الحديث مشتمل على مناهي البيع، وأنها كلّها تعود إلى معنى واحد: ((وهو ما يؤدي إلى الغرر والجهالة وعدم استقرار العقد))<sup>(٣)</sup>، وسيأتي شرح بقية الحديث في أصل تالٍ إن شاء الله تعالى.

هذا، وقد أباح الله تعالى السلف الذي هو الدّين، وأباح البيع، فكلُّ منهما مباحٌ لا كلام فيه منفردا، والحديث لا يصدّم هذه الإباحة، وإنما يتحدّث عن أمرٍ آخر تماما، ألا وهو اقتران السلف المباح أصلا، بالبيع المباح أصلا، في صورة تجعل من هذا الاقتران التفافا على الربا، أو على الاستغلال، وهذا التحليل وحده هو الذي يقدر على شرح الحديث بما لا يتناقض مع الأدلة الأخرى.

ومسألة الاقتران هذه تحدّث عنها الشاطبي وابن رشد الحفيد، فقد لفّت الشاطبي النظر إلى أنه قد يأتي الأمر والنهي على شيئين ليس واحد منهما تابعا للآخر، ولا هو لازم له في العرف، لكن المكلف يقصد جمعهما معا في عمل واحد وغرض واحد، ويرى الشاطبي أن استقرار الشرع عرف أن للاجتماع تأثيرا في أحكام ينعدم فيها عند الانفراد<sup>(٤)</sup>؛ ويذكر الشاطبي مثلا لذلك، وهو ما ورد عنه ﷺ مما يدور البحث حوله ها هنا من النهي عن بيع وسلف، مع أن كلا منهما لو انفرد لجاز<sup>(٥)</sup>، قال الشاطبي: ((..للجمع حكمٌ ليس

---

(١) فتح القدير، لابن الهمام، (٤٠٦/٦)، وروضة الطالبين، للنووي، (٣٩٨/٣)، وتحفة الأحوذى، للمباركفوري، (٤٩٣/٤).

(٢) المبسوط، للسرخسي، (٣٦/١٤).

(٣) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، للحسين بن أحمد الحيمي الصنعاني، (٢٤٠/٣-٢٤١).

(٤) الموافقات، للشاطبي، (٤٦٧/٣-٤٦٨).

(٥) الموافقات، للشاطبي، (٤٦٨/٣)، وضرب الشاطبي مثلا بمنع الشرع للجمع بين المرأة وعمتها وبينها وبين وخالتها،

وقال ﷺ: (إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم)، البخاري (٥١٠٩)، ومسلم (١٤٠٨).

للافراد، فكان الاجتماع مؤثراً<sup>(١)</sup>، وهذا التحليل الذي ذكره الشاطبي، ذكره ابن رشد في بداية المجتهد إذ قال: «وإنما وقع التحريم من أجل الاقتران»<sup>(٢)</sup>، وهو في سياق كلامه قرّر أن البيع وحده مشروع، والسلف وحده مشروع، غير أن الحظر جاءهما من جهة اقتراحهما معا.

وهكذا يبدو استدلال المرغيناني فيما نقلته عنه من منعه لبعض الشروط، استدلالاً في غير مكانه، غير أن ما منعه من اشتراط البائع أن يقرضه المشتري درهماً، أو يهديه هدية، هو وحده ما يصح الاستدلال بالحديث عليه من كلامه؛ وليظهر بعد كل ذلك أن مسألة الشروط المقترنة لا تدخل فيما نهي عنه رسول الله ﷺ من البيع والسلف، فاشتراط القرض مع البيع شيء، واشتراط أمر آخر معه شيء آخر.

**رابعاً: مناقشة الاستدلال بأحاديث تمنع الشروط:** سبق فيما تقدم أن من الأدلة التي استند عليها المضيّقون، ما ورد عن رسول الله ﷺ من النهي عن شرطين في بيع، وعن بيع وشرط، وقبل أن أبحث معنى الشرطين في بيع، فلا بد من التأكيد على أن النهي عن بيع وشرط غير صحيح عن رسول الله ﷺ<sup>(٣)</sup>؛ فلا يمكن بعد تضعيفه، أن يُبنى عليه شيء من الأحكام الشرعية، ولكن صحّ، فيحمل على النهي عن البيع والشرط الفاسد، جمعا بينه وبين الأدلة التي سمحت بالشرط، كما تقدّم.

(١) الموافقات، للشاطبي، (٤٦٨/٣)، وفي (٤٧٤/٣)، قال: «فإن للاجتماع معاني لا تكون في الافراد».

(٢) بداية المجتهد، لابن رشد، (٨/٥).

(٣) ذكر ابن قدامة في المغني، (٢٨٥/٤)، أنه لم يصحّ حديث في النهي عن بيع وشرط، وأنه لا أصل لهذا الحديث، وأن الإمام أحمد أنكره؛ ووصفه ابن تيمية بالبطلان، فقد ذكره في مجموعة الفتاوى، (٤٢/١٨-٤٣)، تحت عنوان: فصل في أحاديث يحتجّ بها بعض الفقهاء على أشياء، وهي باطلة.

وفي نصب الراية للزيلعي، (١٧/٤)، عن بعض أئمة الجرح والتعديل، أن علته أبو حنيفة رضي الله عنه، إذ جاء من طريقه، وهو عند من علّله به غير ثقة؛ والاختلاف في أبي حنيفة مشهور عند بعضهم، والصحيح أنه ثقة حافظ، فلو لم يكن سوى هذه العلة، فالحديث صحيح يحتجّ به؛ لكنّ للحديث علة أخرى، وهي شدة ضعف أحد رواته، وهو عبد الله بن أيوب بن زاذان الضرير، قال الدارقطني: متروك، على ما ذكره العلامة الألباني في الضعيفة، (٧٠٤/١)، ح: ٤٩١؛ ولذا فلا يصحّ إذن استناد العلامة ظفر أحمد عثمان في إعلاء السنن، (١٤٧/١٤)، على عدم تعليق ابن حزم عليه، واعتباره منه دليلاً على أنه محتجّ به.

إنه يكفي لبيان ضعف هذا الحديث ما يظهر من سكوت الزيلعي على تضعيف من ضعفه، فرغم أن صاحبه حنفي، إلا أنه سكت على من ضعفه؛ فقد ذكر في نصب الراية، (١٨/٤)، بعد أن نقل تعليل ابن القطان للحديث بأبي حنيفة رضي الله عنه: «واستدلّ ابن الجوزي في التحقيق على صحة البيع بشرط العتق بحديث بريرة عن عائشة، اشترتها بشرط العتق، فأجاز النبي ﷺ ذلك، وصحّح البيع والشرط، وإنما بيّن فيه بطلان شرط الولاء لغير المعتق، ولم يذكر بطلان شرط العتق»؛ وأما عدم تعقّب ابن حزم للحديث بالتضعيف في محلّه، (١٩٥/٩)، فهو عائد في تقديري إلى أنه داخل عنده في ضمن أصله القطعي. يمنع اشتراط ما لم يُنصّ عليه، أو يُجمَع عليه، فهذا الحديث ليس الأصل عنده، بل هو داخل في الأصل عنده، ولذا، فلم يُحتجّ إلى تضعيفه.

وعلى هذا، فيبقى البحث في معنى: (لا يجلّ شرطان في بيع)، السابق ذكره، ولقد اختلف في معناه اختلافاً بينا، وكلّ حكم على مسألة الشروط متأثراً بتفسيره له.

فهو عند الحنفية أن يقول البائع: بعثك هذا إن كان نقداً بكذا، وإن كان نسيئةً بكذا<sup>(١)</sup>، وهو كذلك عند بعض الشافعية كالخطابي<sup>(٢)</sup>، ونقله النووي عن بعض الشافعية، وذكر منهم الخطابي ذاته، دون أن يذكر اسم غيره منهم<sup>(٣)</sup>؛ ووجه منعه على هذا التفسير هو ما يقع فيه البيعان من التردّد في الثمن<sup>(٤)</sup>، ونقله الشوكاني عن الإمام الشافعي والإمام أحمد رضي الله عنهما<sup>(٥)</sup>، وذكر له محمد بن الحسن والسرخسي صورة أخرى، لا تخرج عما مضى ذكره، وهي أن يبيعه إلى شهر بكذا، وإلى شهرين بكذا<sup>(٦)</sup>، ومما ذكره السرخسي من علّة التحريم: «هي رسول الله ﷺ عن شرطين في بيع، ثم قال عن كلتا الصورتين: «وهذا هو تفسير الشرطين في بيع»<sup>(٧)</sup>؛ وعلى هذا، فحكمة منعه كونه يؤدي إلى التنازع بين العاقدَيْن، بسبب عدم حسمهما قدر الثمن.

ويظهر لي أن الحنفية فسّروه بما سبق، لأجل أنه لا فرق عندهم بين الشرطين والشرط، فإنّ منع الشرطين يقتضي منع الشرط الواحد، والعكس صحيح؛ ولا معنى عندهم للتفريق بين الشرطين والشرط.

وفيما يبدو لي أن المالكية على نفس الاتجاه في هذه المسألة، فما داموا وسّعوا دائرة الشروط، وأباحوها، على ما تقدّم تفصيله من قولهم، ولم يمنعوا منها إلا ما يتنافى مع العقد ذاته، أو ما ورد النصّ بمنعه؛ فلقد ساقهم هذا إلى عدم التفريق بين الشرط والشرطين، فظاهر كلامهم عموم القول في الشرط، دون اعتبار ما قالوه خاصاً بشرط واحد أو شرطين، ومن ها هنا، وحينما سئل مالك ﷺ عن اشترى سلعة إلى أجلين: إن تقدّ إلى أجل كذا، فبكذا؛ وإن تقدّ إلى أجل كذا، فبكذا؛ قال مالك ﷺ: «هذا البيع مفسوخ لا يجوز»<sup>(٨)</sup>.

أما الشافعية، فلقد نقلت قول بعضهم، ومنهم الخطابي الذين فسّروا الشرطين ببيع يتضمن تردّداً في الثمن لأجل اختلاف الأجل، هذا قول بعضهم كما تقدّم، لكنّ، الشرطان في بيع عند أكثرهم بخلاف قول الخطابي

---

(١) كتاب الأصل، المعروف بالمبسوط، لمحمد بن الحسن الشيباني، (٨٨/٥-٨٩)، والمبسوط، للسرخسي، (٣٦/١٤)، والروض النضير، للحسين بن أحمد الخيمي الصنعاني، (٢٤١/٣)، والسييل الجرار، للشوكاني، (٥٠٤).

(٢) معالم السنن، للخطابي، (١٢١/٣).

(٣) المجموع، للنووي، (٤٦٥/٩).

(٤) الروض النضير، للحسين بن أحمد الخيمي الصنعاني، (٢٤١/٣)، والسييل الجرار، للشوكاني، (٥٠٤).

(٥) السيل الجرار، للشوكاني، (٥٠٥).

(٦) كتاب الأصل، المعروف بالمبسوط، لمحمد بن الحسن الشيباني، (١١٢/٥-١١٣)، والمبسوط، للسرخسي، (٨/١٣).

(٧) المبسوط، للسرخسي، (٨/١٣).

(٨) المدوّنة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التنوخي، (١٥٢/٤).

وغيره منهم، بل هو على ظاهره، أي أن يُشترط في البيع شرطان اثنان، كذا فسّر أكثرهم الحديث، كما يظهر من سياق نقل النووي عنهم<sup>(١)</sup>، فهم منعوا الشرط في البيع ما دام من غير مصلحة العقد أو مقتضاه أو ما لا يكون متضمنا معنى من معاني البرّ، وذلك دون أن يتركوا للعرف سلطة توسيع دائرة الشروط، إذ العرف عندهم غير معتبر، فكان انسجامهم مع ما قرّروه قد أدّى بهم إلى التسوية بين الشرط والشرطين، لا بإباحة، بل تحريما؛ هذا معنى تسوية أكثر الشافعية كما نقل عنهم النووي في المجموع بين الشرط والشرطين في المنع منهما.

أما الحنابلة، فقد اختلف القول عندهم في الشرطين اختلافا بينا؛ فلقد نقل ابن قدامة في المغني عن الإمام أحمد ثلاث روايات في تفسير معنى الشرطين في بيع، إحداها: أن الشرطين في بيع هو أن يشتري طعاما مثلا، ويشترط شرطين هما: أن يطحنه، وأن يحمله؛ والثانية: أن يشتري الأمة على شرطين فاسدين معا، أولهما: ألا يبيعهما، والثاني: ألا يطأها<sup>(٢)</sup>؛ والثالثة: أنه إذا باعه أمتّه يقول له: إذا بعْتُكها فأنا أحقُّ بها بالثمن، وأن تخدمني سنة<sup>(٣)</sup>؛ وكان الإمام أحمد عليه السلام قد قال كما في المغني: «الشرط الواحد لا بأس به في البيع، إنما نهي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن شرطين في البيع»<sup>(٤)</sup>، فالمعتمد عندهم تفسير الشرطين بمعنى وجود شرط إلى جانب آخر<sup>(٥)</sup>، أي أن يجتمع في صفقة واحدة شرطان معا، وظاهر كلام المختصر وشرحه المغني: منع الشرطين اللذين على هذه الشاكلة في البيع؛ وفي الإنصاف للمرداوي عن بعض الحنابلة، أن المعتمد أهما لو كان كل منهما صحيحا عند انفراده، فهما غير جائزين، إلا أن يكونا من مصلحة العقد، فلا مانع منهما<sup>(٦)</sup>؛ هذا هو المعتمد في المذهب؛ غير أن الشروط إن كانت من مقتضى العقد أو مصلحته، فهي صحيحة ملزمة في المذهب وإن كانت كثيرة، كشرط الكفيل والرهن والخيار وتأجيل الثمن، وكذا شرطُ صفةٍ في المبيع، كأن يكون كاتباً وصانعاً مثلاً، وما إلى ذلك مما هو من مقتضى العقد أو مصلحته، فهذه تصحّ عند الإمام أحمد ولو كثرت<sup>(٧)</sup>.

لكن، ثمة قول قويّ فيه، نال قوّته من جهتين في تقديري: الجهة الأولى: قرّبهُ الأكثر من الأصول؛ والثانية: قوّة قائله، ومقامه في المذهب وعند جمهور علماء الأمة.

(١) المجموع، (٤٦٥/٩).

(٢) وإنما اقتصرْتُ على هذا المثال دون غيره من حياة الناس، لأجل أن ابن قدامة قد ذكره، وإنما أنقلها هنا عنه، غير أن غيره من أمثلة الحياة مثله.

(٣) المغني، لابن قدامة، (٢٨٥/٤)، وهذه الروايات عن الإمام أحمد في تهذيب السنن، لابن القيم، (١٤٤/٥).

(٤) المغني، لابن قدامة، (٢٨٥/٤).

(٥) مختصر الخرقى، ضمن شرحه: المغني، لابن قدامة، (٢٨٥/٤).

(٦) الإنصاف، للمرداوي، (٣٣٥/٤).

(٧) المغني، لابن قدامة، (٢٨٥/٤)، ويُنبَظَر: الإنصاف، للمرداوي، (٣٣٥/٤).

هذا القول هو قول ابن القيم، وهو يرى جواز الشرطين<sup>(١)</sup>، بلا فرق بين الواحد والاثنين، ويفسر منع الشرطين في بيع على معنى بيع العينة، على تفصيل لا بد من ذكره..

فلقد أبى ابن القيم التفسيرات الثلاثة الواردة في الروايات عن الإمام أحمد، والتي نقلتها عن المغني، ودافع عن أنه لا فرق بين الشرطين والشرط، فإن كان الشرطان مفسدين، فينبغي أن يكون الشرط الواحد كذلك؛ وإن كان الشرط الواحد مفسداً، فلا معنى لتخصيص الشرطين بالذكر<sup>(٢)</sup>.

وبعد بحث ابن القيم لمعنى الشرطين في بيع، رجح أخيراً أن النهي عن الشرطين، هو ذاته النهي عن بيع العينة، وهو أن يقول البائع: خذ هذه السلعة بعشرة نقداً، ويعني إياها بعشرين نسيئة، فيكون ربا، قال ابن القيم: «ولا يحتمل الحديث غير هذا المعنى، وهذا بعينه: الشرطان في بيع، فإن الشرط يُطلق على العقد نفسه، لأنهما تشارطا على الوفاء به، فهو مشروط، والشرط يطلق على المشروط كثيراً،... فالشرطان كالصفتين سواء، فشرطان في بيعة، كصفتين في صفقة»<sup>(٣)</sup>.

إني أحلص بعد ما مضى إلى أنه لا يمكن تحريم مطلق الاشتراط في عقد البيع، أو في عقود المعاملات المالية، استناداً على الحديث المذكور، ذلك أن دلالة على هذا التحريم مجرد احتمال، خاصة بعد استعراض جملة من الأقوال في تفسير معناه؛ أما حديث النهي عن بيع وشرط، فلقد تبين ضعفه.

**خامساً: مناقشة استدلالهم بمنع إحداث شيء في الدين:** وآخر دليل ذكرته من أدلة المضيئين للشرط، ما ورد في الحديث الصحيح من قوله ﷺ: (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو ردٌّ)؛ لكن دلالة على مقصود ابن حزم غير صحيحة، ذلك أن المطلوب منه أن يثبت أن الشرط ليس من أمر الله، حتى تدخل فيما نهى الله عنه، فهو من يحتاج إلى دليل على النهي؛ وقال الحافظ ابن حجر في معناه: «من اخترع في الدين ما لا يشهد له أصل من أصوله، فلا يلتفت إليه»<sup>(٤)</sup>، بل أستطيع أن أقول: إن إباحة بعض الشروط بنصوص خاصة، كما أثبت ابن حزم نفسه، يدل بذاته على أصل فكرة الشرط، وأما من أمر الله تعالى، ما لم تصطدم بأصل أو نص؛ فوُرد الشرط في بعض الأحاديث التي تقدمت، يجعل الأصل بإباحتها حتى يرد الدليل المخالف.

ولعل فيما سبق من الرد على ابن حزم في استدلاله بالآيات التي تنهى عن التعدي على حدود الله، لعل فيه ما يكفي في الرد على استدلاله بهذا الحديث.

(١) وفي الإنصاف، للمرداوي، (٤/٣٣٥)، أن القول بجواز الشرطين هو قول ابن تيمية.

(٢) تهذيب السنن، لابن القيم، (٥/١٤٤، ١٤٦).

(٣) تهذيب السنن، لابن القيم، (٥/١٤٨-١٤٩).

(٤) فتح الباري، لابن حجر العسقلاني، (٥/٣٥٧).



وأخيراً، أستطيع، وفي مسألة الشروط خاصة، أن أقرّر ما قرّره الإمام الشوكاني، فلقد قعدّ أصلاً يخالف مخالفة تامّة أصل ابن حزم، القاضي بفساد الشروط والعقود التي تتضمنها، ما لم يُنصّ عليها؛ ومفادُ أصل الشوكاني: أن كون الشرط مفسداً لعقد البيع الواقع بالتراضي، لا بدّ له من دليل، ولا يصحّ فساد العقد بشرطٍ إلا إذا أدّى الشرط إلى غرر أو جهالة، لمنافاة ذلك للتراضي الذي هو مناط المعاملات الشرعية برُمّتها<sup>(١)</sup>.

### المطلب السادس: الراجح في المسألة

لا شكّ أنه قد تبين من خلال ما مضى دليل القولين: الموسّع والمضيق، لسلسلة العاقدَيْن في إحداث عقود وشروط لم تكن في العهد النبوي، ولم يأت بها نصّ.

وتبين لي من كل ما مضى، أنه لا دليل يمنع الاشتراط وإحداث عقود جديدة، إلا ما كان منها منصوصاً على تحريمه، أو داخلاً في معنى ما هو محرّم، كالربا والغرر، وكذا ما يؤدّي إلى التزاع وما يشبه هذا؛ فإحداث عقود جديدة، واشتراط ما يجدر وما قد قدّم من الشروط، كل هذا جائز، ما لم يصدف ما نهى الله عنه مما هو ممنوع في العقود؛ وأستطيع ها هنا، وفي مسألة الشروط خاصّة، أن أقول مع شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله: «وتصحّ الشروط التي لم تخالف الشرع في جميع العقود»<sup>(٢)</sup>، أي بلا تفريق بين عقد معاوضة وغيره.

ولا يعارض هذا الجواز ما ورد من أحاديث تمنع منه، إذ لم يصحّ منها إلا اثنان، هما: حديث النهي عن شرطين في بيع، وقد تبين بعد موضوعه عن الشرط التي يدور بصددّها البحث؛ والحديث الآخر هو الحديث الذي ينهى عن الثنّيا، وسيأتي في المطلب التالي أن غايته تحريم ما يؤوّل إلى الجهالة؛ هذان هما كل ما ثبت على ما يقول الشوكاني، في المنع من الشروط<sup>(٣)</sup>، ومعناهما على التحقيق لا يفيد المنع من الشروط؛ فإذا أضيف إلى ذلك ما ثبت من جواز بعض الشروط في قصتي جابر وبريرة وحديث الوفاء بشروط النكاح، وحديث أن المسلمين عند شروطهم؛ إذا أضيف إلى ما مضى كل هذا الذي ثبت، تبين أن الأصل في الشروط هو الإباحة.

إن ما تقدّم من الأدلة والأصول، يقرّر في مسألتي العقود والشروط ما يلي:

**أولاً:** الأصل فيها الإباحة، ما لم تصطدم بدليل من نصّ، أو بدليل ينبثق عن نصّ انبثاقاً صحيحاً، وفاقاً مع الأمر بالوفاء بها، وعليه، فتحرّم ما يحرم منها هو ما يحتاج إلى دليل.

**ثانياً:** التحليل والتحرّم ليسا تعبديين، بل معناهما مفهوم، على ما تقرّر في الأصول التي فتحت باب القياس بمجمله، فلولا هذه المعاني الكامنة في أحكام الشرع في العاديّات، لأغلق باب القياس؛ وعليه، فقد تبين

(١) السيل الجرار، للشوكاني، (٥٠٤-٥٠٥).

(٢) مجموع الفتاوى الكبرى، لابن تيمية، (١٠٦/١)، والأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية، للبعلي، (١٨٣).

(٣) السيل الجرار، للشوكاني، (٥٠٤).

أن ما يحرم من العقود والشروط، إنما هو لمعنى فيه، فقد يكون لما فيه من معنى الظلم، وقد يكون لما فيه من معنى الجهالة المؤدية إلى النزاع، وما إلى ذلك؛ فما لم يكن كذلك، فليس بجرام.

**ثالثاً:** قواعد التحريم والتحليل قائمة على ما يكمن فيما يحلّ من مصلحة، وما يكمن فيما يحرم من مفسدة، فإذا لم تتبين مفسدة في عقد أو شرط، فلا معنى لتحريمه.

**رابعاً:** لم يصحّ حديث في منع الشرط في العقد، وإنما صحّ الحديث في منع الشرطين في بيع، ولقد تبين في السطور الماضية أن التفسير الصحيح للشرطين في بيع، هو ما يسمى ببيع العينة، فهو خارج إذن عن معنى الشروط الذي يجري البحث عنه.

**خامساً:** وردت أحاديث صحيحة تعتبر الشروط، وبعضها يصرّح بالوفاء بها، وبعضها يدور حول مجرد اعتبارها، وبعضها ينفي أن يعتبر منها ما يتناقض مع حكم الله تعالى، فخرج البحث من كل ذلك بأن الشروط واجبة الاحترام والوفاء، إذ لا معنى لمجرد الاعتبار، إلا أن يكون الشرط ملتزماً به، وإلا فقد اعتبره.

**سادساً:** الشرط لا يكون معتبراً إذا خالف نصّاً أو أصلاً، أو تنافى وجوده مع مقتضى العقد، كأن يعود على العقد المشروع لأجل مقصد معين بإلغاء هذا المقصد، فهذا هنا يكون الشرط غير معتبر ولا محترم، وغايته في مثل هذا الحال: أن يبطل وحده، أو أن يتعدّى بطلانه ذاته، إلى العقد نفسه، فيبطل العقد معه، وعوده على العقد بالبطلان، مثار خلاف بين العلماء..

غير أن حديث بريرة الذي روته عائشة رضي الله عنهما، لا يدل على أكثر من بطلان الشرط ذاته إذا كان مخالفاً لكتاب الله، فليس فيه ما يدل على تعدّي هذا البطلان إلى العقد ذاته، وهو ما يميل إليه البحث، فيبقى العقد على أصل إباحته، ويبقى الاعتبار الذي أعطاه إياه الشرع ماثلاً فيه، وهو تحقيق المقصد منه؛ وليس من داعٍ إلى التفصيل هنا، بعد أن تقدّم بما يكفي.

**سابعاً:** ومثل هذا ما قرّره الحنفية: «كل شرط يغيّر حكم الشرع يكون باطلاً»<sup>(١)</sup>؛ ومثله ما ذكره السيوطي: «ما ثبت بالشرع مقدّم على ما ثبت بالشرط»<sup>(٢)</sup>، فإذا كان الشرع يُثبت شيئاً من مقتضى العقد، أو مقصده الأصلي، فإن الشرط لا يمكنه أن يلغي ما أثبتته الشرع، وبإلغائه يفقد الشرط اعتبره.

**ثامناً:** لا تفرّق الأدلة التي مضى ذكرها، بين شرط في عقد بيع وشرط في عقد آخر، كعقد نكاح، فكُلُّها عقود تُشرع فيها الشروط، بل جاء في عقد النكاح خاصّةً حديثٌ خاصٌّ به، يتضمّن الحضّ على الوفاء بشرطه؛ وإنما المحرّم من الشروط في النكاح ما كان فيه ظلم للمرأة، كأن يشترط عليها ألا مهر لها، أو ألا ينفق

(١) ترتيب الآلي، لناظر زاده، (٢/٩٢٤).

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي، (٢٠٠)، القاعدة رقم ٣٥.

عليها؛ وما ناقض العقد من أساسه، كاشتراطه ألا يطأها، وكاشتراط التوقيت في النكاح، وهو نكاح المتعة المنهي عنه في الأحاديث الصحيحة، لمناقضته طبيعة عقد النكاح القائمة على التأييد<sup>(١)</sup>.

إن فتح باب الاشتراط غير المناقض لمقتضى العقد، وغير المنصوص على منعه، وغير الداخل فيما حرّمه الله، يؤدّي إلى رفع الحرج عن الناس؛ وإن إغلاق هذا الباب يأتي على هذا الأصل، أعني: أصل رفع الحرج، بالنقض، فإذا كان تشريع المعاملات قام على أساس رفع الحرج عن الناس، فإن منع الاشتراط يؤدّي إلى نقض هذا الأصل الذي من أجله شرّعت المعاملات المالية بين الناس<sup>(٢)</sup>.

هذا، وبعد هذا الترجيح، فإنه يبدو لي أنه من الضروري بيان ما سيتمّ البحث برؤيته على أساسه:

إنه اتّضح أن الشرط الجعليّ، أي الذي جعله العاقدان بينهما، والذي فُصّل تفصيلاً، هو من نوع المباح في شرع الله على وفق ما تمّ تحقيقه، وكل ما هنالك أنه يُحظر مثل هذا الشرط إن اصطدم بأصل من الأصول، أو بنصّ من النصوص؛ ومن نوع الشرط الجعليّ: الشرط الاقتراني، الذي يتفق عليه المتعاقدان ساعة انعقاد العقد، فهو شرط مباح، ولعلّ إباحته تدخل فيما فسحه كلّ من الحنفية والمالكية والحنابلة، خاصّةً متأخريهم، في مسألة الاشتراط؛ وإنما جاءت الفسحة عند الحنفية من جهة العرف، إذ رأوا أن ما جرى به العرف فهو صحيح ملزم، ما لم يصطدم بنصّ أو يتعارض مع أصل؛ وأما دخول الشرط الاقتراني فيما أباحه المالكية من الشروط، فهو من جهة أصلهم القاضي بأن الشرط يجوز ما لم يُنافِ مقتضى العقد، وما دام لا يؤوّل إلى فساد أو ربا أو غرر؛ أما الحنابلة، فعلى ما قرّره الإمام ابن تيمية من القول بإباحة الشروط أصلاً، فهو شرط صحيح ملزم.

والشرط الجزائي هو في حقيقته شرط اقتراني، ذلك أنه يقترن بالعقد ساعة إنشائه، ولما تبين من سياق البحث واستدلالاته جواز هذا الشرط، فإن البحث فيما يلي برؤيته سينطلق من هذا الجواز، ليقرّر بعض مسأله، وما يتعلق باشتراطه في عقد المفاوضة تحديداً، إذ هو النموذج التطبيقي للدراسة.

### المطلب السابع: ضوابط إحداث عقود وشروط جديدة

هذا، وأستطيع بعد كل ما مضى، أن أضع ضوابط يجب اعتبارها عند إحداث عقود وشروط جديدة، حتى لا تكون سلطتنا إبرام العقود واشتراط الشروط، اللتان تَقَرّر جوازهما شرعاً، دافعتين إلى التفلّت من ضوابط الشرع الشريف؛ غير أنه لا بد من الالتفات إلى أن الضابط الأصلي هو الضابط الأول فحسب، وليس فيما يأتي من الضوابط إلا ما ينبثق عنه، فالأصل عدم وجود شيء عن عقد ما، أو شرط ما، بخصوصه؛ ويندرج

(١) يُنظر: المغني، لابن قدامة، (٧/٤٥٠-٤٥١).

(٢) يُنظر: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، لمحمد فتحي الدريني، (٢/٤٢٠).

تحت هذا الأصل ما سأذكره تاليا من عدم تضمّنه للجهالة، أو من عدم تضمّنه للاحتيال على مقاصد العقد، فهما أمران داخلان في النهي الشرعي إن وُجدا، وإنما يأتي ذكرهما من باب التفصيل، ومن باب الإشارة إلى أهميتهما الخاصة، فهما كعطف الخاصّ على العامّ.

وهذه هي الضوابط التي رأيتُ أنه لا بد من اعتبارها:

**أولا: عدم وجود نهي عنه بخصوصه:** وهي بديهية في المنطق الفقهي الإسلامي، والأمر لا يحتاج إلى بحث، وإنما أكتفي ها هنا بضرب مثال للعقد المحرّم، وضرب مثال للشرط المحرّم؛ **فالعقد المحرّم:** كأن يعقد مع آخر على عصر العنب خمرا، فهذا بيع وإجارة، لكن محله مما يصطدم بالنصّ المحرّم لشرب الخمر وعصرها. إلخ؛ **والشرط المحرّم:** كأن يشترط عليه في عقد القرض أن يرده إليه مع زيادة عليه، فهذا ربا محرّم لا خلاف في تحريمه، فيحرم اشتراطه<sup>(١)</sup>.

**ثانيا: عدم تضمّنه للجهالة:** ها هنا مصطلحان يتداخلان أحيانا كثيرة، وهما: الغرر والجهالة<sup>(٢)</sup>، وجعلتهما هنا معا، لأجل أنهما ينتهيان إلى نوع جهالة، فالحديث عنهما بالجمل هو حديث عن الجهالة التي تلتبس بالعقد أو محله.

وعدم تضمّن العقد للجهالة وما يلحق بها من الغرر، أصل أصيل في معاملات الناس، ولئن رضي الناس ببعض أسبابه، ظانين أنفسهم في حصن من النزاع المحتمل، فإن الشرع لا يرضى به، رعايةً منه للناس، ومنعا لأهوائهم أن تلعب بهم؛ والشرط والعقد يُعتدّ بكل منهما، ما لم يكن فيه جهالة مفضية إلى نزاع، فصار تخليصهما مما فيه تلك الجهالة، شرطا ضروريا لصحتهما<sup>(٣)</sup>.

وأدلة هذا الأصل عديدة، بعضها نصّ في النهي عن أصناف فيها جهالة، وبعضها يندرج في عموم النهي عن الجهالة؛ وأنا ذاكرها هنا إن شاء الله دليلين نصّين في المسألة، اكتفاءً بهما، وغيرهما لا يخرج عن معناهما..

---

(١) في اشتراط عدم مخالفة العقد للشرع يُنظر: معالم السنن، للخطابي، (٤/٢٧٧)؛ وفتح الباري، للحافظ ابن حجر، (٥/٣٥٧)؛ وفي اشتراط عدم مخالفة الشرط للشرع يُنظر: مجموع من الفتاوى الكبرى، لابن تيمية، (١/١٠٦)، والأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية، للبعلي، (١٨٣).

(٢) ثمة من يجعل من العلماء الغرر هو ذات الجهالة، والجهالة هي ذات الغرر، غير أن بينهما فرقا لا بد من تبيانه، ويكفي في تبيانه ما قاله القرافي في الفروق، (٣/٤٠٣): «اعلم أن العلماء قد يتوسعون في هاتين العبارتين، فيستعملون إحداها موضع الأخرى؛ وأصل الغرر هو الذي لا ندري هل يحصل أم لا، كالطير في الهواء، والسماك في الماء؛ وأما ما علم حصوله، وجُهلّت صفتها، فهو الجهول، كبيع ما في كمّته، فهو يحصل قطعا، لكن، لا ندري أي شيء هو؟ فالغرر والجهول، كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه، وأخصّ من وجه، فيوجد كل منهما مع الآخر، وبدونه».

(٣) يُنظر: السيل الجرار، للشوكاني، (٤٠٤-٥٠٥)، فقد حصر فساد العقد بالشرط المؤدّي إلى الغرر والجهالة.

**الدليل الأول:** ورد في الحديث الصحيح أنه ﷺ **نهى عن الثنيا**<sup>(١)</sup>؛ **والثنيا:** أن يقول: بعتك كذا واستثنيتُ بعضه، قال العلماء: فإن كان المستثنى معلوماً، كان البيع صحيحاً، وإن كان مجهولاً، كان البيع فاسداً، لأنه يؤدي إلى التردد فيما يدخل في المبيع، وهو غرر منهي عنه<sup>(٢)</sup>، وهذا الدليل يخصّ أحد أشكال الجهالة المنهي عنها، وثمة أدلة أخرى تنهى عن الجهالة مطلقاً، وأذكر منها:

**الدليل الثاني:** ورد في الحديث الصحيح عن أبي هريرة رضي الله عنه أن الرسول ﷺ **نهى عن بيع الحصة، وعن بيع الغرر**<sup>(٣)</sup>؛ وظاهر تضمُّنه النهي عن بيع الحصة وبيع الغرر؛ وبيع الحصة هو أحد أصناف الجهالة المنهي عنها. وصورُ بيع الحصة عديدة، ومنها: أن يشتري أرضاً مثلاً دون تحديد مساحتها، وإنما يترك التحديد لحصاة يلقيها، فحيثما وصلت، كانت حدود الأرض المباعة، وهي جهالة مفضية إلى النزاع<sup>(٤)</sup>.

قال الإمام النووي: «وأما النهي عن بيع الغرر، فهو أصل عظيم من أصول كتاب البيوع»<sup>(٥)</sup>، وقال الشاطبي: «وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر، وذكر منه أشياء، كبيع الحصة قبل أن تُزهي، وبيع حبّ الحبلية، والحصة وغيرها»<sup>(٦)</sup>؛ وقد ذكر النووي أنه يدخل في بيع الغرر «مسائل كثيرة غير منحصرة»<sup>(٧)</sup>، مما يعني ضرورة الانتباه إلى مسأله، للتحرُّز عنها، مع ملاحظة ما سيأتي من كلام العلماء في التفريق بين ما يضرُّ من الغرر وما لا يضرُّ.

وبيع الغرر المنهي عنه في الحديث هو ما جهله الإنسان وانطوى عنه أمره<sup>(٨)</sup>، وفي عمدة القاري: «هو الذي لا يُدرى، أيكون أم لا؟»<sup>(٩)</sup>؛ فغاية أمره أن المشتري يشتري ما يجهل أوصافه، أو ما يجهل وجوده.

- 
- (١) مسلم، (٤٤/٦، ح: ١٥٣٦)، والنسائي، (٣٤١/٧، ح: ٤٦٤٧)، والترمذي، (٥٧٦/٣، ح: ١٢٩٠).
  - (٢) السيل الجرار، للشوكاني، (٥٠٤)؛ وفي تحفة الأحوذى للمباركفوري، (٥٨١/٤)، أن النهي هو عن الثنيا المفضية للجهالة.
  - (٣) مسلم، (٧/٦، ح: ١٥١٣)، والنسائي، (٣٠١/٧، ح: ٤٥٣٠)، والترمذي، (٥٢٣/٣، ح: ١٢٣٠)، وأبو داود، (٢٢٤/٣، ح: ٣٣٧٦)، وابن ماجه، (٣٣/٣، ح: ٢١٩٤).
  - (٤) ينظر في هذا النوع من بيوع الحصة وغيره: شرح النووي على مسلم، (٧/٦).
  - (٥) شرح النووي على مسلم، (٧/٦).
  - (٦) الموافقات، للشاطبي، (٤١٦/٣-٤١٧).
  - (٧) شرح النووي على مسلم، (٧/٦)، وذكر منها النووي: بيع المعدوم والمجهول وما لا يقدر على تسليمه، وبيع السمك في الماء الكثير، والدين في الضرع، وبيع الحمل في البطن، وبيع بعض الصبرة مبهماً، وبيع ثوب من أثواب، وشاة من شياه، ثم عقب النووي على كل ذلك بقوله: «فكل هذا يبعه باطل، لأنه غرر من غير حاجة».
  - (٨) القواعد الكبرى، لابن عبد السلام، (٣٠٠/٢).
  - (٩) عمدة القاري، للعيني، (٢٦٤/١١).

هذا، وصور الغرر عديدة، وفي بعضها خلاف<sup>(١)</sup>، وقد نهي الرسول عن الغرر إجمالاً، ونهى عن بعض صورته تفصيلاً، وفي الروض النضير أن الشارع نوّع صور الغرر وكرّر أمثلته: «تقريراً له في نفوس المكلفين، وإعلاماً بأن كل ما فيه غرر أو خيانة، أو كان مؤدياً إلى الاختلاف والتشاجر، فهو باطل»<sup>(٢)</sup>.

بقي أنه لا بدّ من ضبط الغرر المنهي عنه، ذلك أنه لو ترك الحديث على إطلاقه، لامتنع بيع ما أجمع العلماء على جوازه بمقتضى مجرّد الصيغة، كبيع الدور التي غيّبت أساساتها، وغيره مما لا يُحصى<sup>(٣)</sup>، وقسم العزّ بن عبد السلام الغرر إلى مراتب ثلاث: الأولى: ما يشقّ الاحتراز منه مشقّة عظيمة؛ والثانية: ما يشقّ الاحتراز منه مشقّة خفيفة؛ والثالثة: ما كان بين المرتبتين، وذكر أن الشرع عفا عن بيع ما اشتدّت مشقّة الاحتراز منه من الغرر<sup>(٤)</sup>؛ وقال الشاطبي: «ومثل هذا لا يصحّ فيه القول بالمنع أصلاً، لأن الغرر المنهي عنه، محمول على ما هو معدود عند العقلاء غرراً تردّداً بين السلامة والعطب، فهو مما خص بالمعنى المصلحي، ولا يتبع فيه اللفظ بمجرّده»<sup>(٥)</sup>.

وذكر الشاطبي أن العلماء أجمعوا على منع بيع الأجنّة والطير في الهواء والسمك في الماء؛ وعلى جواز بيع الجبة التي غُيّب حشوها عن النظر، ولو بيع بانفراد لامتنع، وعلى جواز تأجير الدار مشاهرة، مع احتمال أن يكون الشهر ثلاثين وتسعة وعشرين، وعلى دخول الحمام على اختلاف الناس في طول المكث وكمية الماء الذي يستعملونه، ثم قال: «فهذان طرفان في اعتبار الغرر، وعدم اعتباره، لكثرتيه في الأول، وقلته مع عدم الانفكاك عنه في الثاني، فكل مسألة وقع فيها الخلاف فيها في باب الغرر، فهو متوسطة بين الطرفين، آخذة بشبه من كل واحد منهما، فمن أجاز مال إلى جانب اليسارة، ومن منع مال إلى الجانب الآخر»<sup>(٦)</sup>.

إنه يبدو من كل ما مضى أن الشرع تجاوز عن يسير الغرر الذي تدعو الحاجة إليه، ولا يؤدي إلى نزاع؛ وأن ما لا تدعو الحاجة إليه، وكان كثيراً، فهو ممنوع.

وثمة شروط للغرر حتى يقع به فساد العمل أو إبطاله، ذكرها بعض الباحثين، تدور بين أمور أهمّها: أولاً: كون الغرر كثيراً فاحشاً؛ ثانياً: وأن يكون في عقود المعاوضات، احترازاً من إفساد التبرعات بالغرر<sup>(٧)</sup>؛ ثالثاً:

(١) في صور الغرر يُنظر: شرح النووي على مسلم، (٧/٦)، وعمدة القاري، للعيني، (٢٦٤/١١).

(٢) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، للحسين بن أحمد الحيمي الصنعاني، (٢٤١/٣).

(٣) يُنظر: الموافقات، للشاطبي، (٤١٧/٣-٤١٨).

(٤) القواعد الكبرى، للعزّ ابن عبد السلام، (٣٠٠/٢)، وذكر المراتب ذاتها أيضاً: الحصني في كتابه القواعد، (٣٢٣/١-٣٢٤).

(٥) الموافقات، للشاطبي، (٤١٨/٣).

(٦) الموافقات، للشاطبي، (١١٧/٥-١١٨).

(٧) في محاضرة: الغرر في العقود، للصادق محمد الضير، (٣٣-٣٨)، وقد طبعها البنك الإسلامي للتنمية؛ في تلك

وأن يكون فيما لا تقع به حاجة الناس العامة، أو تلك الخاصة بفئة منهم، دون الفردية، وفق ضابط الحاجة، وهي أنها تلك التي تؤدي بهم إلى جهدٍ ومشقة، ولو لم تكن مهلكة<sup>(١)</sup>.

هذا، وغير جائز أيضا الشرط المتضمن غررا، قال ابن الهمام: «والأصل في اشتراط الأوصاف: أن ما كان وصفا لا غرر فيه فهو جائز، وما فيه غرر لا يجوز»<sup>(٢)</sup>؛ ومن هنا دخلت مسألة الغرر في مبطلات الشروط عند البعض؛ وقال الشوكاني مميّزا بين ما يصحّ من الشروط وما لا يصحّ: «فما كان منها مستلزما للجهالة في المبيع الموجبة لبيع الغرر، فهو ممنوع؛ وما لم يكن كذلك، فلا اعتبار به، بل هو إما باطل في نفسه، غير مؤثر في البيع، كالشروط المستلزمة لرفع موجب العقد مخالفة لما يقتضيه، كما يفيد ذلك حديث بريرة، أو هو صحيح في نفسه، مع صحة العقد، وهو ما يرجع منها إلى حديث جابر وحديث ابن عمر، في شرط عدم الخداع»<sup>(٣)</sup>.

هذا، والجهالة المنهي عنها هي المفضية إلى التزاع، وهو ما نصّ فقهاء الحنفية، قالوا: «الجهالة المفضية إلى التزاع مفسدة للعقد»<sup>(٤)</sup>؛ وهم يقصدون أنها إذا لم تُفضّ إلى التزاع، فهي غير مفسدة للعقد<sup>(٥)</sup>، ونصّ السرخسي على هذا الأصل بقوله: «وكلُّ جهالة تُفضي إلى المنازعة، فهي مفسدة للعقد»<sup>(٦)</sup>.

والجهالة المفسدة، أو المبطلّة، للعقد، على حسب اختلاف المذاهب في التعبير عن أثرها، هي الجهالة الفاحشة، وليست الجهالة اليسيرة<sup>(٧)</sup>، لأنها هي التي تفضي إلى التزاع.

وعندما حرّم الشافعية البيع بشرط أجل غير معلوم قالوا: إن جزءا من ثمن السلعة سيكون في مقابل الأجل، فإذا كان الأجل مجهولا، كان جزء من الثمن مجهولا، لجهالة مقابله، وهو الأجل، قالوا: «وهو يؤدي إلى الجهل به، المستلزم للجهل بالثمن، لأن الأجل يقابله قسط منه»<sup>(٨)</sup>.

---

المحاضرة تحقيق في مسألة الغرر في التبرعات، يقرّر فيه أن المالكية وحدهم هم من قرّروا قاعدة أن الغرر لا يؤثّر في عقود التبرعات، إذ لا ينشأ عن الغرر فيها إضرار كالهبة وما شابهها؛ وذكر الدكتور الضيرير أن ابن تيمية كالمالكية في هذا؛ وأنه لم ير من المذاهب الأربعة قاعدة تتعلق بتأثير الغرر أو عدم تأثيره في عقود التبرعات.

(١) الغرر في العقود، للصدّيق محمد الضيرير، (٣٩-٤٧).

(٢) فتح القدير، لابن الهمام، (٣٠٦/٦)؛ ويُنظر: الدرّ المختار، للحصكفي، (٤٠٤-٤٠٥).

(٣) السيل الجرار، للشوكاني، (٥٠٥).

(٤) ترتيب اللآلي، لناظر زاده، (٦١٢/١).

(٥) ترتيب اللآلي، لناظر زاده، (٦١٢/١).

(٦) المبسوط، للسرخسي، (٢/١٣).

(٧) في التفريق بين الجهالة اليسيرة والجهالة الفاحشة المفضية إلى التنازع، يُنظر: القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع

في الشريعة الإسلامية، لعبد المجيد عبد الله دية، (١٩٣-٢٠٢).

**ثالثاً: منع الاحتيال على مقاصد العقود:** وهو أصل في غاية الأهمية، بل لو سبق كل ما تقدّم، لما كان في ذلك بُعدٌ، وإنما تقدّم عليه ما تقدّم، لأجل مقام البيان الصريح بشأنه في النصوص القرآنية والنبوية التي تذكرها. إنه ما جعل من عقدٍ إلا وله مقصدٌ فُصد من ورائه تحقيقه، والعقود لولا مقاصدها لكانت عبثاً، وإن مقاصد العقود في ديننا محفوفة بما يحقق الصالح البشري، وبما يمنع الظلم والتزاع؛ والعقود تتنوع مقاصدها، فمن مقصد إلى تسهيل الحياة بتبادل السلع بالأثمان، وقد جعل البيع على رأسها؛ ومن مقصد إلى إباحة ما جعله الله تعالى جزءاً من فطرة الإنسان، من حاجة كل من الذكر والأنثى إلى بعضهما، وهو مقصد الزواج؛ ومن مقصد يراد منه توثيق الحقوق، وهو ما يتمثل في الكفالة وغيرها؛ وهكذا؛ فليس من عقدٍ إلا وله مقصد شرع العقد لتحصيله وتحقيقه؛ ثم، لا فرق بين أن يأتي مقصد العقد أصالة من الشرع، أو من الناس، إذا كان لا يصادم أصلاً أو نصّاً؛ فما يقصد الشرع إليه، أو يقصد الناس الوصول به إلى مصالحهم، نصّت عليه النصوص، أو استنبطه العلماء منها، أو درج الناس على التعامل على وفقه، فهو معتبر شرعاً في المقاصد، ما دام لا يصادم الأصول، وهو الذي يترتب على القصد إليه العقد كليّةً، وهو بعد ذلك يُنتج أثره، الذي هو حكمه المترتب عليه، فحكم كل عقدٍ «هو الأثر المترتب عليه، أو الغاية المقصودة من إنشائه»<sup>(٢)</sup>؛ ولقد نصّ الإمام العزّ بن عبد السلام والسيوطي على أن «كل تصرفٍ تقاعد عن تحصيل مقصوده، فهو باطل»<sup>(٣)</sup>؛ وفي هذه القاعدة من العموم ما يسمح بشموليتها لجميع العقود، ويرجع بطلان مثل هذا التصرف، إلى أنه قد فرغ من معناه الذي وُجد لأجله، فصار وجود شكل هذا التصرف خالياً من معناه، داعياً إلى عدم اعتباره، بل إلى اعتباره بطلانه.

ولأجل ما مضى تقريره، فإن «المقاصد معتبرة في التصرفات من العقود وغيرها»<sup>(٤)</sup>، ومناقضة قصد الشارع باطل، وكان الشاطبي قد ضرب أمثلة لما تقدّم، منها عقد البيع الذي يقصد فيه عاقده عدم استباحة المعقود عليه، ولم يوضّح الشاطبي معنى هذا المثال، ويظهر لي أنه يدخل في معناه عقد البيع في حالة الإكراه الملجئ، فهذا بيع لا يقصد به البائع استباحة المشتري للسلعة، بل هو يريد إبقائها لنفسه؛ ثم قال الشاطبي في نهاية استعراضه لبعض الأمثلة من هذا القبيل: «فكل قصدٍ ناقض قصد الشارع فباطل»<sup>(٥)</sup>، وكمثال على هذا أيضاً أن الشرع الشريف رتب على الطلاق الرجعي حقّ الزوج في الرجعة أثناء العدة، فإذا قال لزوجته: أنت

(١) نهاية المحتاج، للرملي، (٤٥٢/٣).

(٢) أحكام المعاملات الشرعية، لعلي الخفيف، (٢٢٧).

(٣) القواعد الكبرى، لابن عبد السلام، (٢٤٩/٢)، والأشباه والنظائر، للسيوطي، (٣٦٦).

(٤) بيان الدليل على بطلان التحليل، لابن تيمية، (١٦٨).

(٥) الموافقات، للشاطبي، (٣٤٠/١).



طالقٌ ولا رجعة لي عليك، نفذ طلاقه، ولم يسقط حقه في الرجعة، ذلك أن ما قرره الشرع، لا يملك الإنسان رفعه<sup>(١)</sup>.

وأكثر من ذلك، فالشرع منع التوقيت في بعض العقود، وأبطل به العقد، وألزم بالتوقيت في عقود أخرى، وأبطل العقد بدونه، قال العز بن عبد السلام: «وكذلك شرط التوقيت في الإجارة والمساقاة والمزارعة، ولو وقع التوقيت في النكاح لأفسده، لمنافاته لمقصوده»<sup>(٢)</sup>، وما ذلك إلا لأن مقصد العقد الذي مُنع توقيته، يبطل بالتوقيت، ومقصد العقد الذي أبيع توقيته، يبطل بغير التوقيت.

وفيما يلتصق بمسألة البحث، أعني مسألة الشروط، يقول ابن تيمية: «وينفسخ عنده الشروط الفاسدة المنافية لمقصوده، كالتوقيت واشتراط الطلاق»<sup>(٣)</sup>، وبعبارة أخرى يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «وإنما المحذور أن ينافي مقصود العقد، كاشتراط الطلاق في النكاح، أو اشتراط الفسخ في العقد»<sup>(٤)</sup>، فبطل ما يلغي مقصد العقد؛ ومقاصد العقود هي ما يسمى بمقتضى العقد، ولا يجوز أن يتضمن العقد أمراً يُلغى به مقتضاه الذي من أجله شرع، فلا يجوز أن يشترط البائع على المشتري عدم تسليمه للسلعة، أو عدم تملكه لها، إذ مقتضى عقد البيع هو انتقال الملكية من البائع إلى المشتري؛ ومن هنا حرّم الشرع نكاح المُحلّل، لأن فاعله لا يتنغي مقصود النكاح في الشرع، وإنما يتنغي نقيضه، وهو الطلاق، حتى تعود تلك المرأة إلى زوجها<sup>(٥)</sup>؛ وكذلك لما كان حال المطلّق المريض مرض الموت، يجعله في مظنة منع مطلقته من الميراث، فإن الطلاق يقع، وتأخذ حقّها من الميراث<sup>(٦)</sup>، إذ ليس مقصدُ تشريع الطلاق منع الحقوق، بل حلّ النزاع.

وكذلك يقلب بيع العينة مقصد البيع الذي هو انتقال السلعة، إلى جعل هذا البيع سبيلاً إلى الربا، فيشتري المشتري بألف حالة، ويبيع ما اشتراه من بائعه نفسه، بألف ومائتين مؤجلاً، تحيلاً منه على الربا، فاستعمل عقداً مقصده نقل السلعة، رفعا للخرج عن الناس، وتيسيراً لحياتهم، محوّلاً المقصد الشرعي إلى ما ينقضه<sup>(٧)</sup>.

هذا، وما دام العقد بعيداً عما حرّمه الله من ربا وغيره من مفسدات العقود ومبطلاتها؛ فإن مقصده الذي وُجد من أجله مرعيٌّ بذات العقد، وهو رعاية مصالح الناس بالجملة، مع ما في كل عقد من مصلحة تخصّه.

(١) من تعليقات العلامة محمد حسين مخلوف على الموافقات، للشاطي، (١/٣٤٠).

(٢) القواعد الكبرى، لابن عبد السلام، (٢/٢٤٩)، ويُنظر: المرجع نفسه، (٢/٢٦٠).

(٣) مجموع الفتاوي، لابن تيمية، (٨٣/٢٩)، والقواعد النورانية، لابن تيمية، (١٣٢).

(٤) مجموع الفتاوي، لابن تيمية، (٨٤/٢٩)، والقواعد النورانية، لابن تيمية، (١٣٣).

(٥) بيان الدليل على بطلان التحليل، لابن تيمية، (١٦٨).

(٦) بيان الدليل على بطلان التحليل، لابن تيمية، (١٦٩-١٧٠).

(٧) يُنظر: بيان الدليل على بطلان التحليل، لابن تيمية، (١٦٩).

وهذا الكلام لا يحتاج إلى كثير استدلال، فدلّيل مقصد العقد هو نفسه دليل العقد ذاته، فالبيع مثلا حينما أبيع بالنصّ القرآني، أبيع بإباحته: مقصده، وهو ما يتمثل في ذلك التبادل بين السلعة والتمن، ولو امتنع هذا المقصد، لامتنع البيع ذاته، ولما صحّ التلفّظ بالبيع، إذ التبادل بين السلعة والتمن غير قائم؛ ويظهر لي أنه يكفي لتأكيد هذا الكلام، معرفة أن للعقود مقاصد، وأنها لأجلها شرّعت، حتى تكون المحافظة على المقاصد أصلا هاما لا يجوز التعدي عليه بأي شرط من الشروط؛ إلا ما جاء جوازه في نصّ شرعي، كالنصّ بجواز خيار الشرط، فهذا الخيار ها هنا يقيّد مقتضى العقد زمانا محدودا، فلا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا بعد انتهاء فترة الخيار؛ لكن، لا بد من الالتفات إلى أن خيار الشرط، وإن كان فيه تقييد ما لمقتضى العقد، إلا أنه لا يلغيه، إذ غايته أن ينتهي الخيار، فيرى إن كان المتعاقدان قرّرا إتمام الصفقة، أو إلغائها.

فالشرط صحيح ما دام لا يلغي مقصد العقد المتمثل في مقتضاه، وهو غير صحيح ما دام يمثّل اعتداء على مقتضاه الذي هو المقصد منه.

هذا، وليس من هذا الباب تلك القاعدة الشهيرة التي تنصّ على أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني، وهي من قواعد المجلة<sup>(١)</sup>، ومن موادّ مرشد الحيران<sup>(٢)</sup>، واشتهرت القاعدة أيضا اشتها، ويدور معناها حول التعبيرات اللفظية التي تتضمن معنى مغايرا لمعنى العقد الملفوظ في معاملة ما<sup>(٣)</sup>، كأن يقول أحدهما للآخر: أحلّتك بالدين الذي عليّ على فلان على أن تبقى ذمّي مشغولة به، فهذا لفظ حوالة غير أن المضمون مضمون كفالة، لأن حكم الحوالة هو براءة ذمة المحيل إذا رضي المحال إليه، وها هنا لم تُزل البراءة، وهو حال الكفالة<sup>(٤)</sup>؛ واختلف ترجيح الشافعية في المسألة<sup>(٥)</sup>.

(١) هي القاعدة الثالثة في مجلة الأحكام العدلية، (٨٦)، ويُنظر في شرحها: ترتيب الآلي، لناظر زاده، (٣٥٨/١-٣٦٨).

(٢) المادّة ٢٢٠، مرشد الحيران، لقدري باشا، (٣٦).

(٣) وثمة ما يسميه القانون: نظرية تحويل العقد، التي توجد في القانونين المدني المصري والعراقي، ولا توجد في ق. م. أ.، كما ذكره الدكتور أنور سلطان في كتابه مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، (١٩١)؛ وأرى أن القاعدة المذكورة قريبة مما ذكره القانون ها هنا.

(٤) درر الحكّام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، (١٩/١)، ويُنظر في القاعدة نفسها، مع أمثلة أخرى عليها: شرح القواعد الفقهية، لأحمد محمد الزرقا، (٥٥-٦١)، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، لمحمد الزحيلي، (٤٠٣/١-٤١٣)؛ هذا، وفي تقرير القواعد وتحرير الفوائد، وهو نفسه كتاب القواعد، لابن رجب الحنبلي، القاعدة الثامنة والثلاثون، (٢٦٧/١): «فيما إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها، فهل يفسد العقد بذلك، أو يُجعل كناية عما يمكن صحّته على ذلك الوجه؟».

(٥) كتاب القواعد، لتقي الدين الحصني، (٤١٨-٤١٩).

أقول: ليس هذا من الباب، لأن العقد هنا يمكن تصحيحه على الوجه الذي يدل عليه الحال، دون اضطرار إلى صورة اللفظ، أما هذا الباب، فهو يدور حول ما يلغي مقصد العقد بوجه من الوجوه، بل يقبله إلى ضده، بوجه غير مشروع.

**رابعاً: منع تحكّم أحد طرفي العقد في الآخر دون مبرر شرعي:** وأعني بالتحكّم ما يؤدي بأحد العاقدين إلى التزام أمر ليس من مقتضى العقد، ويقلص حريته العقدية، مع ما يؤدي به إلى تنازله عن حق له، وإنما دفعه إلى هذا التنازل تحكّم الآخر، وليس مصلحة العملية التعاقدية.

ولم أجد من تعرّض لهذا، غير أن سياق الفقه الإسلامي القاضي بحرية المتعاقدين، دون الاقتصار على حرية أحدهما، تكفي لإقراره، ومثله ما سوف يأتي من اشتراط أحد طرفي العقد عدم تحمّل تبعه ما ينتج عن تقصيره فيما اتفق عليه مع الطرف الآخر، كأن يتخلّى الأجير المشترك عن تبعه تقصيره الذي يؤدي إلى تضييع حق الآخر؛ وكاشتراط المرهّن عدم مسؤوليته عن ضياع الرهن وهو في يده؛ وسيأتي ذكرهما في محله.

### **المطلب الثامن: سلطة العاقدين في إنشاء العقود والشروط في القانون**

وهو ما يدخل عند القانونيين تحت عنوان: مبدأ سلطان الإرادة، الذي كان ضيقاً في القانون الروماني، رغم اعترافه بسلطان الإرادة فيما بعد في بعض العقود<sup>(١)</sup>، وفي القوانين الأوروبية نشأت ردود فعل على القانون الروماني ذاته، تدور حول المطالبة بإعطاء الإرادة سلطاناً مطلقاً في تحديد الآثار التي تراها مناسبة في العقود التي يُنشئها الناس، ودونما حدود إلا حدود المصلحة العامة، ومع مغالاة واضحة في تقدير هذا المبدأ، بل جاء في القرن السابع عشر الميلادي من يقول: «إذا تمّ الاتفاق، فكل ما اتفق عليه، يقوم مقام القانون لمن تعاقداً»<sup>(٢)</sup>، بل أدمجها المشرّع الفرنسي في المادة (١١٣٤) من قانونه، وهي تنصّ على أن العقد إذا ما تمّ شرعاً، يقوم مقام القانون لمن تعاقداً<sup>(٣)</sup>.

هذا إلى أن نشأ فيما بعد ردّ فعل على ذلك الردّ، فانتكس مبدأ السلطان المطلق للإرادة، أمام من نادى من الأوروبيين أنفسهم بمبدأ تقييد هذه الإرادة إلى أقصى حدود، وذلك على أثر التطوّر الاقتصادي الهائل في أوروبا، والذي نشأت على أثره مبادئ اقتصادية اجتماعية، تحدّ من سلطة الفرد وحرّيته لصالح الجماعة،

---

(١) لم يكن للإرادة سلطان في القانون الروماني، وإنما كان للعقود قوالب قانونية يلتزم بها طرفاها، دون سلطان يسمح لهما بحجّيز، ورغم تطوّر القانون الروماني إلا أنه بقي محافظاً على مبدئية تلك القوالب، فكانت الحرية المعطاة للإرادة فيما بعد تدور في تلك القوالب؛ يُنظر: الموجز في شرح القانون المدني، لعبد المجيد الحكيم، (٣١/١-٣٢).

(٢) نظرية العقد، لعبد الرزاق السنهوي، (٩٦/١).

(٣) كما ذكر ذلك الدكتور السنهوي، في كتابه نظرية العقد، (هامش ٩٦/١)، ويُنظر المرجع نفسه، (١٠١/١).

فانتكس مبدأ السلطان المطلق للإرادة، لصالح المبادئ الاشتراكية تلك، حتى نقض بعض المغالين من هؤلاء سلطان الإرادة ذاته، وأرجعوه برُمته إلى اعتبارات اجتماعية.

ولكن هذه الأفعال والردود عليها لم تستقرّ إلا أخيراً، بفعل التوازن الذي انتبه إليه القانونيون في العصور المتأخّرة، وكان لهذا التوازن دعاة رأوا الرجوع إلى سلطان الإرادة، لكن في حدود معيّنة، يُشرّع لها المشرّعون ما يصحّ منها وما لا يصحّ، مستندين في ذلك كله على رؤيتهم للمصلحة العامة والنظام والآداب، مع توسّع أعطاه هؤلاء المشرّعون لسلطان الإرادة في التعاملات المالية، وتضييق رأوه فيما يتعلق بالأحوال الشخصية.

إن سلطان الإرادة استقرّ أخيراً في ضوء القانون العام والآداب والمصلحة العامة، حتى رأى بعض فقهاء القانون المعاصرين أن العقد الحرّ، ورغم ذلك التعادل المشار إليه، إلا أنه يتّجه إلى أن يكون عقداً موجّهاً<sup>(١)</sup>.

والخلاصة أن القانون يعترف بسلطان الإرادة كمبدأ عامّ، غير أنه يحصره، كما يقول السنهوري: «في دائرة معقولة، تتفق فيها الإرادة مع العدالة، ومع الصالح العام»<sup>(٢)</sup>.

أما القانون المدني الأردني فقد أخذ بمبدأ الفقه الإسلامي في حرية الإرادة العقدية ومداهها؛ فهو لم يخالف مجمل ما يقرّره الفقه الإسلامي في هذا الشأن، إذ إن التعريف الذي مضى في القانون المدني الأردني للعقد، يبين سلطان الإرادة، من خلال تأكيده على توافق إرادتي العاقدين، كما هو في المادة ٩٠ منه، وإن كان قيّد الإرادة بأن يكون محلّ العقد قابلاً له، وكذا قيّده بما لا يخالف النظام العامّ، وهما قيدان واردان في المادة ١٦٣ من القانون المدني الأردني.

أما قابلية المحلّ للعقد، ففي المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني بيان لمقصوده، ففيها أن المقصود يدور حول أمور ثلاثة: الأول: ورود نهي في الشرع عن مثل هذا العقد، كأن ينهى الشرع عن أكل أموال الناس بالباطل، فالعقد الذي يتضمّن مثل هذا باطل؛ وكأن يأتي الشرع بمنع المسلم من بيع الخمر والخنزير؛ والثاني: أن يكون المحلّ مما يمنع الشرع امتلاكه وبيعه، لأجل أن بيعه يتنافى مع حكمة إيجاد الحياة، فيمنع بيعه، كما هو معروف في حكم بيع المسجد، إذ المسجد وقف لله، فلا ملكية لأحد عليه؛ وكمنع بيع الأنهار والبحار، فهي ملكية عامة، يتنافى بيعها مع طبيعة الأغراض المشروعة فيها؛ وبناء عليه، فليس ما تقدّمها هنا محلاً للعقد؛ والثالث: أن يكون الشيء المعقود عليه مما ليس مقدوراً عليه، كأن يبيع إنسان سمكاً في ماء، أو طيراً في هواء، وما شابه هذا كله؛ ووصفت المذكرات الإيضاحية مثل هذا البيع، بأنه بيعٌ لشيء تتفق فيه علاقة

(١) يُنظر للتوسّع: الموجز في شرح القانون المدني، لعبد المجيد الحكيم، (٣٦-٣٢/١)، والوجيز في شرح القانون المدني

الأردني، لياسين الجبوري، (٤٣-٤١)، ويُنظر لمزيد من التوسّع: نظرية العقد، لعبد الرزاق السنهوري، (١١١-٨٥/١).

(٢) نظرية العقد، لعبد الرزاق السنهوري، (١١١/١).

البائع بالمبيع، مع علاقة المشتري به، فليس البائع بأولى من المشتري بالطير في الهواء، إذ ملكية أحدهما له، أو عدمها، تلتقي مع حال الآخر بالنسبة إليه<sup>(١)</sup>.

ويصحّ تحديد النظام العامّ بالمصلحة العامة، وبالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها مجمل قواعده التشريعية<sup>(٢)</sup>؛ فلا يبعد توافق فكرة النظام العام مع ما يقرّره الفقه الإسلامي في مجتمع يعظّم مبادئ التشريع الإسلامي، غير أنه يُخشى اتخاذ هذا المبدأ للخروج عن أصول الشرع، وذلك حينما تختلف المفاهيم، وتتجافى مع أصول الشرع، وقد ذكرت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني أن فكرة النظام العامّ فكرة مرنة<sup>(٣)</sup>، غير أنّها مع ذلك، محصورة بعدم المساس بنصوص القانون، التي لا تزال تمنع الربا في القرض مثلاً، كما نصّت عليه المادة (٦٤٠) من القانون نفسه.

لكنّ أمراً هاماً يردّ على حرية التعاقد في القانون المدني الأردني، فهو يقرّر إلزام مالك السيارة بتأمينها، ليخرج هنا عن مبدأ حرية الإرادة وسلطانها القاضي بعدم الإكراه على عقد لا يريده العاقدان<sup>(٤)</sup>؛ أما مسألة التأمين، فمجالها آخر تماماً، وهو خارج عن موضوع هذا البحث؛ غير أن مسألة الإكراه على عقد دون تراض هو جزء من موضوع هذا البحث، وفي تقديري، فرعاية المصلحة في الشرع، فيما إذا جاز التأمين، تسمح بمثل هذا الإلزام، وهو أشبه بالبائع على الغير في حالة الحجر في الفقه الإسلامي<sup>(٥)</sup>.

إن ما مضى يدور حول سلطان الإرادة في القانون، ولا بد من إتمام الحديث عن سلطة الإرادة لتتسع لبحث سلطة الاشتراط؛ فالقانون الأردني لم يبيّده إجمالاً عما قرّره الفقه الحنفي من ضوابط الشروط الصحيحة، وبهذا يكون القانون الأردني قد أخذ بتوسيع دائرة الاشتراط، وإعطاء العاقدَيْن سلطة واسعة فيه، على ما مضى ذكره من اعتبار الفقه الحنفي في طائفة العلماء الموسّعين لسلطة الاشتراط، بسبب أخذه بالعرف الجاري، ما لم يرد نصّ خاصّ فيما هو جارٍ، ليمنعه.

فقد نصّ القانون المدني الأردني في المادة ١٦٤ منه على أنه: «١- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه، أو يلائمه، أو جرى به العرف والعادة؛ ٢- كما يجوز أن يقترن فيه نفع لأحد العاقدَيْن، أو

(١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، (١/١٦٧-١٦٨).

(٢) الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، لياسين الجبوري، (٢٤٢-٢٤٤).

(٣) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، (١/١٦٨).

(٤) الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، لياسين الجبوري، (٤٦).

(٥) في المسألة خلاف أبي حنيفة رضي الله عنه، إذ منع من بيع مال المحجور عليه، يُنظر: الهداية، للمرغيناني، (٣/١٣٥٣)؛ وأجازه

الجمهور، يُنظر: قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، (٢/٢٩٧).

للغير، ما لم يمنعه الشارع، أو يخالف النظام العام أو الآداب، وإلا لغا الشرط وصح العقد، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضا<sup>(١)</sup>.

وفي المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني أن صيرورة الشرط لاغيا، مع إبقاء العقد صحيحا، هو مذهب الحنفية<sup>(١)</sup>؛ ومنه يتبين أن القانون المدني الأردني متأثر بالفقه الإسلامي في مادته المذكورة<sup>(٢)</sup>، وواضح تأثره في الفقرة الأولى من تلك المادة بالفقه الحنفي، ذلك أن الفقه الحنفي هو وحده الذي يجيز الشرط الذي تجري به العادة على ما تقدّم بيانه؛ أما الفقرة الثانية، فهي تتحدّث عن عقد فيه مصلحة لأحد العاقدين، أو لغيرهما؛ ما لم يمنعه الشارع، أو يخالف النظام العام والآداب.

أما نصّه على جواز شرط فيه مصلحة لأحد العاقدين، فهو أيضا متأثر بالفقه الإسلامي بمذاهبه جميعها، وقد سبق أن نقلت عن ابن قدامة قوله في الاشتراط لمصلحة العاقدين ولصالح مقتضى العقد: «ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافا»<sup>(٣)</sup>؛ رغم أن النصوص التي مضى نقلها لا تشير إلى قول الحنفية في مصلحة العاقدين، وإنما إلى قول المالكية والحنابلة؛ لكن قواعد الحنفية لا تأباه، بناءً على أصلهم في الأخذ بالعرف الجاري، فالقانون أحد روافد العرف، إذ به يتعامل الناس فيصير قراره عرفا.

أما نصّ القانون على الاشتراط لمصلحة الغير، فليس مصدره فيه الفقه الإسلامي، وإنما الفقه الغربي الروماني، والفقه الروماني هو أول قانون يصحّح اشتراط مصلحة لغير المتعاقدين، وتوسّع فيه القضاء الفرنسي، وأخذت به جميع القوانين العربية<sup>(٤)</sup>، ومن أمثله: أن يتبرّع إنسان هبة لإحدى الجامعات، على أن يؤدّى ريع المال الموهوب جائزة سنوية ترصد لأوائل الطلبة<sup>(٥)</sup>؛ وكذلك اشتراط بائع الدار سكنائها لغيره مدّة من الزمن<sup>(٦)</sup>؛ وغير ذلك مما يدخل في باب الشرط لمصلحة الغير في القانون؛ وليس في هذا الاشتراط ضير في الفقه الإسلامي، فعلى حسب المذهب المالكي يمكن مثله بشرط عدم وقوع غرر، أو أن يؤول إلى فساد أو ربا وما شابه؛ وقواعد الحنفية لا تأباه، على ما تقدّم من توسيعه لدائرة الاشتراط جريا وراء العرف والعادة بشروطها؛ وقواعد الفقه الحنبلي لا تأباه أيضا، على ما مضى تفصيله.

(١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، (١/١٧٢)، ونصّت المذكرات أيضا أنه مذهب ابن أبي ليلى.

(٢) الموجز في شرح القانون المدني الأردني، لياسين محمد الجبوري، (٢٤٨).

(٣) المغني، لابن قدامة، (٤/٢٨٦).

(٤) شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، لعبدان إبراهيم السرحان، ونوري حمد خاطر، (٢٧٥).

(٥) شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، لعبدان إبراهيم السرحان، ونوري حمد خاطر، (١٧٦).

(٦) الموجز في شرح القانون المدني الأردني، لياسين محمد الجبوري، (٢٥٠).

ونصُّ المادّة على ضوابط الشرط، وأنها يجب ألا تخالف الشارع، آتٍ من الفقه الإسلامي إن كان المقصود بالشارع: مبادئ الشريعة الإسلامية؛ وهو كذلك، كما يبدو في تفسير المذكرات الإيضاحية لهذا التعبير<sup>(١)</sup>، غير أنه سيختلف المصدر، إذا كان المقصود بالشارع هو ذات القانون ومبادئه، وهو الأولى في تفسير مادّة قانونية؛ لكنّ مثل هذا التحوّف قد يزول، إذا علّم أن القانون المدني الأردني أُسس أصلاً على الفقه الإسلامي<sup>(٢)</sup>.

وأما نصُّ المادّة المذكورة على منع الشرط المنافي للآداب العامّة والنظام العامّ، فهو كلام فضفاض، يتّسع أو يضيق بحسب الآداب العامة والنظام العامّ؛ ومن أمثلة الشروط المنافية للآداب العامّة والنظام العامّ: اشتراط المتعاقدين على إقامة علاقة جنسية غير مشروعة، أو اشتراطهما لإتمام عقدهما إقامة نادٍ للقمار<sup>(٣)</sup>.

---

(١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، (١٦٧/١-١٦٨)، و(١٧٢/١)، عند شرحها للمادتين (١٦٣)، و(١٦٤).  
(٢) تقدّم تفصيله في أحد هوامش المطلب الثالث من المبحث الأول في الفصل الأول، وهو الذي تقدّم فيه تعريف العقد قانوناً.  
(٣) الموجز في شرح القانون المدني الأردني، لياسين محمد الجبوري، (٢٥٠).

## الفصل الثاني: الشرط الجزائي وتكليفه الفقهي

سأدخل هنا في مقصود البحث برُمَّته، أي في الشرط الجزائي، فمسائله هي مقصوده؛ ولا بد من الحديث عنه في القانون أولاً، ذلك أنه اصطلاح قانوني أصلاً، وجاء عبر ذلك التطور في التعامل البشري في جانبه المتعلق بالعقود، وجاء القانون ليكيّف وضعه، وليبين أحكامه؛ فإذا تمّ الانتهاء من الحديث القانوني بشأنه، فسأتقدّم نحو تكليفه الفقهي، لأرى مدى سعة الفقه للحديث عن مثله.

وبهذا سيكون هذا الفصل في مبحثين اثنين:

المبحث الأول: الشرط الجزائي في القانون.

المبحث الثاني: الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.



## المبحث الأول: الشرط الجزائي في القانون

تقدّم في فقرة قريبة أن الشرط الجزائي اصطلاح قانوني، وقد أدّى إلى اعتباره ما لحظه القانونيون قديماً من حاجة إلى دفع طرفي العقد إلى إتمام ما اتفقوا عليه، وسيأتي تفصيل هذا إن شاء الله تعالى؛ فالحاجة التعاقدية هي ما دفع إلى تقنين الشرط الجزائي وملتقاته.

وها هنا، سأذكر أهم ما يتحدث عنه القانون في مسائل الشرط الجزائي، في المطالب التسعة التالية:

المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي في القانون.

المطلب الثاني: طبيعة الشرط الجزائي.

المطلب الثالث: السياق الذي يجري فيه بحث الشرط الجزائي في القانون.

المطلب الرابع: الشرط الجزائي اتفاق تابع وليس قائماً بذاته.

المطلب الخامس: الشرط الجزائي تابع للقدرة على تنفيذ الاتفاق الأصلي.

المطلب السادس: شروط استحقاق الشرط الجزائي.

المطلب السابع: مزايا الشرط الجزائي.

المطلب الثامن: من صور الشرط الجزائي.

المطلب التاسع: صلاحية المحكمة في تعديل الاتفاق: من النظام العام.

## المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي في القانون

يُبحث الشرط الجزائي في القانون تحت عنوان: التنفيذ بطريق التعويض، كما سيأتي في المطلب الثالث؛ فالتنفيذ غايته الأصلية، غير أن التعويض هو غايته البديلة؛ وعلى هذا، فالتعويض هو محور الشرط الجزائي. والشرط الجزائي على هذا هو "مبلغ من النقود يدفعه المدين إلى الدائن، تعويضا للدائن عن عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه عيناً"<sup>(١)</sup>؛ والتنفيذ بطريق التعويض ناشئ من أنه قد يحصل من المدين خطأ يؤدي به إلى عدم التنفيذ العيني، أو إلى تأخير، أو إلى الإخلال بما أُنفق عليه من الموصفات، فإذا وقع شيء من هذا، التجأ الدائن إلى طلب التنفيذ بطريق التعويض.

وهذا ما يوصف بأنه تعويض اتفاقي، وهو ما يسمّى: الشرط الجزائي، ويسمى في القانون اللبناني بالبند الجزائي، نقلا منه عن القانون الفرنسي<sup>(٢)</sup>، وله تسميات أخرى، كالجاء الاتفاقي، والجزاء التعاقدي، والتعويضات الجزائية<sup>(٣)</sup>.

هذا، ولا بد من بيان أن تسمية الشرط الجزائي شرطا، آتية من جهة أنه يأتي على شاكلة بنود يتفق عليها المتعاقدان، ويتضمنها العقد<sup>(٤)</sup>، ويُفهم من هذا، أن كلمة الشرط ليست لازمة فيه، فهو اتفاق بين المتعاقدين، يتضمن بنودا، هذه البنود توصف بأنها اشتراطات، ومن هنا بدت تلك المناسبة في تسميته شرطا جزائيا، ومن هنا أيضا، بدى تعدّد تسميته، على ما تقدّم.

على كل حال، سيدور بحثي هنا حول الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني تحديدا؛ ولذلك فسأنظر أولا: هل يوجد له فيه تعريف؟

لم يرد في القانون المدني الأردني تعريف للشرط الجزائي<sup>(٥)</sup>، وكل ما ورد فيه حديث عن تعويض اتفاقي سابق أو لاحق، وهذا التعويض الاتفاقي هو ذاته الشرط الجزائي، وهو ما سيهدي إلى تحرير تعريف له حسب عناصره وضوابطه في ذلك القانون..

---

(١) آثار الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني، ل محمد وليد العبادي، وأحمد عبد الكريم أبو شنب، (٦)، نشره موقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي، <http://www.arablawninfo.com>.

(٢) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، لصبحي الحمصاني، (٤٦٩)، والشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني، لفؤاد صالح موسى درادكة، (٦٤).

(٣) الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني، لفؤاد صالح موسى درادكة، (٦٤).

(٤) الموجز في النظرية العامة للالتزامات، عبد الودود يحيى، (٤١٣).

(٥) آثار الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني، ل محمد وليد العبادي، وأحمد عبد الكريم أبو شنب، (٣)، نشره موقع

ورد في المادة ٣٦٤ من القانون المدني الأردني: «١- يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان، بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، مع مراعاة أحكام القانون؛ ٢- ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال، بناء على طلب أحد الطرفين، أن تُعدّل في هذا الاتفاق، بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك»؛ إن هذا الحكم الوارد في القانون الأردني، يسمح لتصور مفهوم الشرط الجزائي فيه، وهو أنه يدور حول اتفاق العاقدين سابقاً أو لاحقاً، على قيمة ضمان الإخلال بالعقد من جهة أحدهما للآخر، مع ترك الأمر للمحكمة أن تقرّر عدالة هذا التقدير أو عدمها، بناء على طلب أحد الطرفين؛ وهو مفهوم يستجمع عناصر التعريف لو شاء القانون أن يجعل له تعريفاً.

وعرّفه الباحث فؤاد درادكة في أطروحته للجامعة الأردنية بأنه: «اتفاق سابق وتابع، على مقدار التعويض الذي يستحقّه أحد الطرفين المتعاقدين، عند عدم تنفيذ أحدهما لالتزامه، أو تأخّره فيه»<sup>(١)</sup>، وهو تعريف معقول ومقبول، غير أنني أقترح تغيير قوله: عند عدم تنفيذ أحدهما لالتزامه أو تأخّره فيه، بعبارة: عند إخلال أحدهما بالتزامه، فهي عبارة كافية، وتشمل: الإخلال بالتأخير، والإخلال بمخالفة المواصفات المتفق عليها.

وتعريف درادكة أولى من تعريف الدكتور زكي الدين شعبان، رغم اتفاقهما في المعنى إجمالاً، إلا أن الدكتور شعبان لم يجعل الاتفاق اللاحق عنصراً في التعريف، بل اكتفى فيه بأنه اتفاق سابق<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني: طبيعة الشرط الجزائي

والبحت عن طبيعة الشرط الجزائي مهمّة، إذ بناءً على هذه الطبيعة، تكتمل صورته، لتسهّم في تحديد أحكامه؛ وقد اختلف القانونيون في تحديد طبيعته، بين قائل: إنه عقوبة، وآخر: إنه تهديد، وثالث: إنه تعويض، ورابع: إنه عقد تأمين، ومن وصفه بأنه مجرد اتفاق؛ ورابعة: أنه قول قائل به<sup>(٣)</sup>؛ هذا، وتكاد تدور أهم الأقوال في طبيعته بين أن يكون عقوبة، أو أن يكون تعويضاً، مع عدم تهافت القول برائحة التهديد التي تكتنفه، إذ هو بعد وقوع الخلل تفوح منه تلك الرائحة ولا بد؛ ويظهر من كلام العلامة السنهوري أنه يرجح أن الشرط الجزائي ذو طبيعة تعويضية<sup>(٤)</sup>.

---

الدليل الإلكتروني للقانون العربي، <http://www.arablawninfo.com>.

(١) الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني، لفؤاد صالح موسى درادكة، (٦٣).

(٢) نظرية الشروط المقترنة بالعقد، لزكي الدين شعبان، (١٦١)، والشرط الجزائي في الشريعة والقانون، له أيضاً، نشرته

مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الأولى، العدد (٢)، رجب ١٣٩٧هـ، يونيو ١٩٧٧م.

(٣) يُنظر: الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني، لفؤاد درادكة، (٩٣-٩٩).

(٤) الوسيط، للسنهوري، (٨٦٥/٢).

والذي يبدو لي أنه الأظهر في المسألة: أن طبيعة الشرط الجزائي تبدأ اتفاقية تعويضية، وتنتهي بكونها اتفاقية تهديدية، هادفة إلى استخدام التهديد بالاتفاق من أجل التعويض عن ضرر تحقق؛ فهي تبدأ ثنائية الطبيعة، لتنتهي ثلاثية الطبيعة، ولا بد؛ إن كونها صادرة عن سلطان الإرادة الحرة في إنشاء العقود والشروط، يسمح لها بأن تكون اتفاقية؛ وكونها ذات مقصد تعويضي بداية ونهاية، يسمح لها بوصفها تعويضية؛ وكون الجانب المُحلّ واقعا تحت تهديدها، مع نزوع نفسي عنده للتخلص من آثارها، يسمح بوصفها في النهاية بأنها تهديدية؛ غير أنه يلابسها في نهاية المطاف وصف العقوبة، إذا تم الإلزام بها.

### المطلب الثالث: السياق الذي يجري فيه بحث الشرط الجزائي في القانون

يأتي الشرط الجزائي في القانون في سياق بحث طرق تنفيذ الالتزامات، فهو يمثل إحدى طريقتين لتنفيذ الالتزام قانونيا، فالملتزم إما أن ينفذ التزامه عينه، بأن يقوم بالعمل الذي التزم به؛ وإما أن يكون تنفيذهُ لالتزامه عن طريق التعويض<sup>(١)</sup>، والتعويض هو غاية فكرة الشرط الجزائي.

وكذلك هو في القانون المدني الأردني فلقد نصّت مادته (٣٦٤)، التي تنصّ على الاتفاق المسبق أو اللاحق على مقدار التعويض تحت عنوان التنفيذ بطريق التعويض، وذلك ضمن موادّ أخرى.

ولتقدير التعويض طرق في القانون: الأولى: التعويض عن طريق القضاء، بأن يقدره القاضي؛ الثانية: التعويض بالاتفاق المسبق، وهو ذاته التعويض الاتفاقي، وهو أيضا ما يسمى: الشرط الجزائي؛ الثالثة: تقدير التعويض عن طريق القانون، وهو ما يتعلق بالتحديد القانوني لسعر الفائدة<sup>(٢)</sup>.

هذا، ولن تبحت الدراسة النوع الأول ولا الثالث، سوى ما سيراه القارئ من بحث التعريم على مطل الدّين، وهو ليس ذاته النوع الثالث، كما سيّضح أثناء البحث؛ وإنما ستبحت الدراسة النوع الثاني، أي التعويض الاتفاقي.

والعبرة في الاتفاق على الشرط الجزائي، هو الاتفاق الأصلي، الذي يتمثل في متابعة العمل والتنفيذ وتصحيح المواصفات حتى تكون طبق الاتفاق، فإذا لم يمكن ذلك، فثمة مندوحة في الشرط الجزائي، قال

(١) الوسيط، للسنيوري، (٧١٨/٢-٧١٩).

(٢) الوسيط، للسنيوري، (٨٢٥/٢)؛ ويُنظر: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، عبد الودود يحيى، (٣٩٧).

هذا، وليس مقصود الفائدة هنا محصورا بالربا، فإن كثيرا من الأمثلة التي ذكرها العلامة السنيوري لهذا التعويض القانوني ليس لها صلة بالربا، كالتقدير القانوني في التعويض عن إصابات العمل، وكالتقدير القانوني في التعويض عن مخاطر الحروب بالنسبة للسفن، غير أن الفائدة بمعنى الربا، تدخل في هذا الطريق من طرق التعويض، كما ذكر السنيوري نفسه؛ يُنظر: الوسيط، للسنيوري، (٨٨٠/٢-٨٨٢).

العلامة القانوني عبد الرزاق السنهوري عن الشرط الجزائي: «فهو ليس بالتزامٍ تخيري، لأن الدائن لا يستطيع أن يختار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي، فيطلب تنفيذ أيهما، بل هو لا يستطيع أن يطلب إلا تنفيذ الالتزام الأصلي، ما دام هذا ممكناً»<sup>(١)</sup>؛ فالتنفيذ لمقتضى العقد هو الأصل، حتى إذا انخرمت القدرة على التنفيذ، جاء الشرط الجزائي ليقرّر التعويض.

والشرط الجزائي يختلف عن الصلح، إذ الصلح تابع لوقوع نزاع، بخلاف الشرط الجزائي، فهو احتياط للنزاع حتى لا يقع، وإن وقع، كان في الشرط الجزائي ما يوضح طريق حله<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الرابع: الشرط الجزائي اتفاق تابع وليس قائما بذاته

قال العلامة القانوني الدكتور عبد الرزاق السنهوري عن الشرط الجزائي: «وتكييفه القانوني أنه التزامٌ تابعٌ لالتزامٍ أصيل»<sup>(٣)</sup>، ويترتب على هذا أمران: الأول: أن العبرة هي بالالتزام الأصلي، وليست بالشرط الجزائي؛ والثاني: إذا بطل الالتزام الأصلي، بطل معه الشرط الجزائي، دون العكس<sup>(٤)</sup>.

وهذا يعني أنه لا يمكن أن يقوم إلا على أساس اتفاق سابق على عمل ما، يتمثل التزاما به، فدون الاتفاق السابق، يكون الشرط الجزائي قائما على لا شيء، إذ هو تابع لاتفاق أصيل، واحتياط لتنفيذه، وضماناً للمحافظة على بنوده، فلو لم يكن ثمة اتفاق سابق، فلا يُتصور الاتفاق على التعويض عن أمر غير موجود أصلا.

ولأجل هذا الذي تقدّم، فإنه إذا كان الشرط الجزائي تعويضا عن عدم التنفيذ، فلا يُستحقّ إذا تمّ التنفيذ، ولكن إذا كان عن التأخر فيه، فيُستحقّ إذا حصل التأخر فعلا، فلا يجتمع مع التنفيذ عقوبة عدم التنفيذ، بل يجتمع معه عقوبة التأخر فيه<sup>(٥)</sup>؛ وذلك وفق شروط الشرط الجزائي الآتي ذكرها.

وبناء على هذا، فإن المطالبة إنما تكون بالاتفاق الأصلي، المتمثل التزاما ما، بين متعاقدَيْن، فلا يستطيع الدائن المطالبة بالشرط الجزائي، إذا أمكنت المطالبة بالاتفاق الأصلي<sup>(٦)</sup>.

(١) الوسيط، للسنهوري، (٨٦١/٢).

(٢) يُنظر: المصارف الإسلامية والمؤسسات الاقتصادية، لوائل عربيات، (٢٢١).

(٣) الوسيط، للسنهوري، (٨٥٤/٢)، و(٨٦٠/٢)؛ ويُنظر: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، لعبد الودود يحيى،

(٤١٥).

(٤) الوسيط، للسنهوري، (٨٦٠/٢-٨٦٤)؛ ويُنظر: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، لعبد الودود يحيى، (٤١٦).

(٥) يُنظر: الوسيط، للسنهوري، (٢/هامش ٨٥٤).

(٦) الموجز في النظرية العامة للالتزامات، لعبد الودود يحيى، (٤١٥).

## المطلب الخامس: الشرط الجزائي تابع للقدرة على تنفيذ الاتفاق الأصلي

تبين مما سبق أنه لا يُلجأ إلى التعويض وفقاً للشرط، إلا إذا تعذر تنفيذ الاتفاق، وثمة مسألة ذكرها الدكتور السنهوري، لم تردّ عنده عند بحث الشرط الجزائي، وإنما وردت عندما بحث محل الالتزام، وكون المحل ممكناً، وهو أحد شروط محل الالتزام، وهي أنه قد يلتزم إنسانٌ بعمل لا يطيقه، أو لا يملك أدواته، أو يلتزم بعمل فني يستحيل عليه القيام به، ففي هذه الحالات يصحّ الالتزام قانوناً، غير أن الملتزم يبرأ من الالتزام في هذه الحالة، وهو مكلف حسب القانون بالتعويض لمن التزم له؛ إلا أن يكون فقد القدرة لقوة قاهرة، كأن يكون قد التزم بعمل صورة، غير أن يده قطعت بعد الالتزام، فهذا هنا يبرأ من الالتزام، ولا يكلف بالتعويض<sup>(١)</sup>؛ وقال السنهوري: «أما إذا كان المصور لم يستحضر ما يستدعيه العمل من أدوات في الوقت المناسب، بحيث استحال عليه العمل بعد ذلك، فإنه يكون مسؤولاً عن التعويض لتقصيره»<sup>(٢)</sup>؛ إن قانون العدالة لا يسمح لمن تعذر عليه التنفيذ، لأجل فقدانه المقدرة بعد ملكه لها، من تعويض ربّ العمل.

وليس في القانون المدني الأردني ذكرٌ لهذه المسألة، أو لشبيهاتها؛ غير أن روحه تسمح بمثلها؛ ففي المادة (٧٨٦) منه: «يضمن المقاول ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة، سواء أكان بتعديه، أو تقصيره، أم لا؛ ويتنفي الضمان إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه»؛ إن قول القانون الأردني بانتفاء الضمان إذا نجم الضرر عن حادث لا يمكن التحرز منه، يسمح بالقول إن روح هذا القانون تفسح الباب أمام عدم تضمين من لم ينفذ بسبب فقدانه المقدرة على التنفيذ لقوة قاهرة، كالصورة التي ذكرها السنهوري، وهي قطع يد المصور الذي تعهد بتصميم صورة ما، والحال أن يده هي الأداة الوحيدة للتصوير.

## المطلب السادس: شروط استحقاق الشرط الجزائي

شروط استحقاق الشرط الجزائي عنوان ذكره العلامة القانوني الدكتور عبد الرزاق السنهوري، جاعلاً تحته أربعة شروط<sup>(٣)</sup>:

١- وقوع الخطأ فعلاً من الملتزم: فإذا لم يقع منه خطأ، كأن تأخر نتيجة خطأ من صاحب العمل مثلاً في دفع قدر مستحقّ من المال لإتمام العمل، فلا استحقاق لها هنا على المقاول، بل قد يكون الاستحقاق على صاحب العمل.

(١) نظرية العقد، لعبد الرزاق السنهوري، (٤٦٧/١).

(٢) نظرية العقد، لعبد الرزاق السنهوري، (٤٦٧/١).

(٣) أخذت هذه الشروط عن: الوسيط، للسنهوري، (٨٥٥/٢-٨٦٠)، ويلاحظ أنني تصرّفت في عباراته، وأضفت بعض

التوضيحات؛ ويُنظر أيضاً: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، لعبد الودود يحيى، (٣٩٨).

٢- شرط حصول الضرر: فإذا لم يقع ضررٌ فعلاً فلا تعويض، إذ مجمل فكرة الشرط الجزائي قائمة على حصول الضرر فعلاً، بخلاف ما وقع من القضاء الفرنسي، الذي ألزم باستحقاق الشرط الجزائي، حتى لو لم يثبت وقوع ضرر؛ غير أن القضاء المصري أخذ بشرط إثبات وقوع الضرر حتى يستحق ما اشترط عليه جزائياً، وهو ما أخذ به التقنين المدني المصري في مادته (٢٢٤) التي نصّت أن التعويض الاتفاقي لا يكون مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يتضرر<sup>(١)</sup>.

٣- شرط علاقة السببية: فلا يمكن فرض التعويض بأي ضرر يقع على الدائن، بل يُشترط أن يكون الضرر ناتجاً عن خطأ المدين ذاته.

٤- شرط الإعذار: فعلى الدائن تنبيه مدينه بحصول الخطأ أو التأخير، ويطالبه بالالتزام بالاتفاق<sup>(٢)</sup>.

ولا محلّ لإعمال الشرط الجزائي بغياب هذه الشروط<sup>(٣)</sup>، وهو ما يعني أن إعماله في ظل غيابها نوع تحكّم لا مبرر له؛ هذا، وتبدو هذه الشروط منطقية تدل عليها فكرة الشرط الجزائي، إلا الأخير فتقتضيه رقابة القضاء.

غير أن هذه الشروط غير مذكورة في القانون المدني الأردني، سوى الأخير منها، فقد ذكرته المادة (٣٦١)، التي نصّت أن الدائن لا يتسحق التعويض من المدين إلا بعد إعذاره، أما الشروط الثلاثة الأولى، فالحق أن النصّ عليها غير واجب، إذ هي مفهومة تلقائياً، ويمكن استخراج بعضها بسهولة من موادّ أخرى؛ فشرط وقوع الخطأ من المدين أمر مفهوم، إذ أن فكرة التعويض قائمة أساساً على وقوع خطأ منه أدى إلى ضرر استحق تعويضاً؛ وشرط الإضرار مذكور في المادة (٣٦٠)، من القانون المدني الأردني، وذلك عندما جعل هذا القانون القاضي محوّلاً في تقدير التعويض، وأنه يكون على قدر الإضرار الحاصل من المدين في حق الدائن، وكذلك ذكر هذا الشرط في المادة (٣٦٣) التي نصّت على تقدير القاضي للضمان في حال عدم النصّ عليه في العقد.

ويبقى شرط السببية، فلم يُذكر في القانون المدني الأردني، لكن يمكن فهمه على ضوء القواعد، فالتعويض الذي يُلزم به إنسان إنما يحصل نتيجة ضرر نشأ بسببه، فليس مسؤولاً عن التعويض عن خطأ نشأ بغير سبب منه.

(١) الوسيط، للسهنوري، (٢/٨٥٧).

(٢) في تفصيل الإعذار يُنظر: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، عبد الودود يحيى، (٣٩٨-٤٠٧).

(٣) الموجز في النظرية العامة للالتزامات، عبد الودود يحيى، (٤١٤-٤١٥).

## المطلب السابع: مزايا الشرط الجزائي

وضرورة الشرط الجزائي آتية من مزايا تخصّه وحده، أذكر منها ما يلي<sup>(١)</sup>:

- ١- ضمانة تنفيذ الالتزام عَبرَهُ: وهي أساس مزاياه التي دفعت القانون والفقهاء إلى الأخذ به وإقراره.
- ٢- يُجَنَّب المتعاقدَين تحكّم القضاء: من جهة تقييدهما أنفسهما ما يلزمهما نتيجة الإخلال، بعيداً عن تقديرات القضاء، إلا في حالة كون تقديرهما لما يلزم زائداً عن الحدّ المعقول.
- ٣- توفير الوقت وتخفيف النفقات: وهذا أمرٌ بيّن، فإن حسمهما أمر نفسيهما خارجاً عن القضاء، يمنحهما الوقت والتخفيف المشار إليهما؛ خاصة بعد تعقّد إجراءات المحاكم، وغلاء أجر المحامين.
- ٤- يجنب المنازعات التي قد تنثور حول الضرر الواقع: ذلك أنه يحدّد شكل التعويض وقدره.
- ٥- حفظ حق الذي وقع التقصير في جنبه: سواء أكان ربّ العمل أم المفاوض، في حالة المفاوضة، ومثلها غيرها؛ ويستطيع صاحب الحق عند جحود صاحبه إقامة دعوى مستنداً على الاتفاق ذاته.
- ٦- يزيد قوة العقد الملزمة: إذ يعلم الطرف المُخلّ أن الخسارة تلحقه بإخلاله، فيلتزم بالاتفاق.
- ٧- اتفاق فكرة الشرط الجزائي مع سعة سلطة العاقدَين: وهي أهم مزاياه في تقديري، من جهة أنها تتناغم تناغماً هائلاً مع ما قرّره هذا البحث من سعة سلطة المتعاقدَين في الاشتراط، وهي ناتجة عن الفسحة التي تملكها الإرادة الإنسانية، كما شاء الله تعالى لها، ما لم تنقض الأصول.
- ٨- «إعفاء الدائن من عبء إثبات الضرر الذي يصيبه عند إخلال المدين بالتزامه»<sup>(٢)</sup>، وسيأتي تفصيل هذه المسألة في محلها من البحث، وسيبين كيف أن عبء الإثبات يكون هنا على المدين، وليس على الدائن.

## المطلب الثامن: من صور الشرط الجزائي

صور الشرط الجزائي عديدة، وتكاد تدخل جميع عقود المعاوضات، وأذكر هنا بعضها، وعلى ضوئها يتّضح ما لدى فكرة الشرط الجزائي من قدرة على الحضور في كثير من عقود الناس، وبصور عديدة، مع ملاحظة أن الأصل هو الاتفاق على تقدير مبلغ التعويض، وقد يخضع للعرف أو القضاء؛ وكذا، ملاحظة عدم

---

(١) يُنظر: الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني، لفؤاد درادكة، (٦٧-٧٠)، فقد ذكر ثماني مزايا، واقتصر على ستٍّ منها، وهي الستّ الأولى، وأضفتُ السابعة من عندي، وأشرتُ إلى مصدر الثامنة.

(٢) صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، لحمد عثمان شبير، ضمن: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، لمجموعة مؤلفين، (٨٥٧/٢)، وسيذكر هذا المرجع كما يلي: صيانة المديونيات، واسم المؤلف، ورقم الجزء والصفحة.



- تحمّل المسؤولية في الإخلال الناتج عن الظروف القاهرة؛ ثم مع ملاحظة هامة: لا يعني ذكر هذه الصور بالضرورة أنها مباحة شرعا، فأنا أذكرها لأجل أن القانون يذكرها؛ وهذه بعض الصور أذكرها لمجرد التمثيل:
- ١- اتفاق سابق أو لاحق في عقد مقاولة على الإلزام بالتعويض لمن وقع من جهته التأخر و الإخلال بالمواصفات، لصالح الطرف الآخر<sup>(١)</sup>.
  - ٢- اتفاق متعهد توريد مع مصنع ما، أنه إذا لم يأتيه بالآلات التي اتفقوا على استيرادها في الفترة المتفق عليها، أنه يدفع لهم، أو يخصمون عنه، مبلغا من المال.
  - ٣- تضمّن لائحة مصنع ما شرطا على العمال أنهم إذا لم يُنجزوا عملا ما في وقت محدد متفق عليه، أو إذا أخلّوا بالمواصفات المتفق عليها، أو التي أمروا بها، فلسوف يُخصم من راتبهم قدر ما<sup>(٢)</sup>.
  - ٤- اتفاق صاحب المصنع مع المستصنع، أنه إذا ألغى عقد الاستصناع بينهما، فإن العربون الذي دفعه يصير من حق المصنع، إذا كان قد باشر فعلا بصناعته<sup>(٣)</sup>.
  - ٥- اتفاق المستأجر والمؤجر على تعويض يناله مؤجر الأرض الزراعية، في حالة تأخر المستأجر في إعادة الأرض المستأجرة خالية من الزراعة التي زرعتها فيها عن الوقت المتفق عليه<sup>(٤)</sup>.
  - ٦- اتفاق المقرض مع المقرض بلزوم التعويض عن تأخره في قضاء الدين<sup>(٥)</sup>؛ وذكرت أول هذا المطلب أنه لا يلزم من ذكر صورة ما من هذه الصور كونها مباحة، بل هي للتمثيل والمناقشة الآتية.
  - ٧- الاتفاق على تعجيل الأقساط في بيع التقسيط قبل موعدها عند تأخير المدين لقسط أو أكثر عن وقته<sup>(٦)</sup>.

(١) يُنظر: صيانة المديونيات، لمحمد عثمان شبير، (٨٥٧/٢)، وسيأتي تفصيل القول في هذه المسألة في الفصل الخامس.

(٢) صيانة المديونيات، لمحمد عثمان شبير، (٨٥٨/٢).

(٣) يرى الدكتور السنهوري أن الشرط الجزائي يشتهه بالعربون، لكن العربون ليس من بابه، فهو تعويضٌ لحقّ العدول عن العقد، بخلاف الشرط الجزائي، فهو تعويض عن إخلال ترتب عليه ضرر؛ وكذا لا سلطة للقضاء في تخفيض العربون، بخلاف الشرط الجزائي؛ ومع هذا، فقد جعلته صورة من صور الشرط الجزائي، فقد نقل الدكتور السنهوري في الوسيط (٨٦٥/٢) عن المذكرات الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، أنه يُنظر في حالة العربون إلى نية المتعاقدين، هل أرادا بالعربون تحديد قيمة جزافية لا انتقاص منها، أو تقدير تعويض اتفاقي يجوز انتقاصه؛ إنه يبدو أن ثمة بعض التقاطعات بين الشرط الجزائي والعربون، ولذا استحق أن يكون صورة من صورهِ، على الأقل، حسب بعض التقاطعات.

(٤) صيانة المديونيات، لمحمد عثمان شبير، (٨٥٨/٢).

(٥) يُنظر: صيانة المديونيات، لمحمد عثمان شبير، (٨٥٨/٢).

(٦) صيانة المديونيات، لمحمد عثمان شبير، (٨٥٨/٢).

## المطلب التاسع: صلاحية المحكمة في تعديل الاتفاق: من النظام العام

صلاحية المحكمة في تعديل الاتفاق بعد رفع أحد الطرفين قضية بذلك إليها، هو من النظام العام، وهذا ظاهر في البند الثاني من المادة (٣٦٤) من القانون المدني الأردني، والتي نصّت على جواز تعديل المحكمة الاتفاق التعويضي، وأن أي اتفاق يمنع صلاحية المحكمة في هذا التعديل، هو اتفاق باطل، وبناءً عليه، فلو اتفقا على مبلغ معين للتعويض، واتفقا أن المحكمة لا تتدخل فيه، فاتفقهما باطل، لا يمنع المحكمة من التدخل حين يُطلب منها، فلا يملك الطرف المقابل منع الطلب، بحجة الاتفاق على منع تدخل المحكمة.

وهذا الذي نصّت عليه المادة المذكورة، هو ذاته ما نصّ عليه التقنين المصري، ففي مادّته (٢٢٤) أن للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه بطلب من المدين، وأنه يقع باطلاً كل اتفاق يخالف هذا المقرر القانوني<sup>(١)</sup>.

هذا، والذي أراه أن العدالة تسمح للمحكمة بهذا التدخل، حتى لا يندفع الناس نحو الشطط؛ وكذلك تسمح العدالة بجعل هذا التدخل من النظام العام، الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه.

---

(١) يُنظر: الوسيط، للسنيوري، (١٦٨/٢)، و(١٧٦/٢).

## المبحث الثاني: الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي

كَوْنُ الحديث الفقهي يأتي بعد الحديث القانوني عن الشرط الجزائي أمرٌ مفهوم، فالشرط الجزائي كما مضى، اصطلاح قانوني، يحتاج بحثه فقهيًا إلى تبين حقيقته وسياقه القانونيين، ليكون التعرف على الموقف الفقهي منه مبنيًا على أساس التعرف عليه قانونيًا.

والشرط الجزائي بمفهومه القانوني لم يُبحث في الفقه الإسلامي، وليس متداولًا في اصطلاحاته في عصوره الماضية، ذلك أنه من المسائل الناشئة بأثر من القانون<sup>(١)</sup>، كما تقدّم، وإنما وُجد في الفقه الإسلامي ضوابط للشرط الصحيح من غيره، كما تقدّم أيضًا.

وكذلك لم تبحثه مجلة الأحكام الشرط الجزائي، بل تركته لضوابط الشرط العامة<sup>(٢)</sup>؛ رغم أن مجلة الأحكام صورة تقنينية للفقه الإسلامي في الجوانب المتعلقة بالمعاملات.

هذا، ولا بد من التذكير أنني لن أبحث تفصيل الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي ها هنا، إذ ستتكلّف به بحوث قادمة إن شاء الله تعالى، أما هنا، فسأكتفي بما هو تعريف له في الفقه، مع بيان سياقه فيه، وإجمال الحكم الشرعي فيه دون تفصيل، وذلك إيثارا مني لترتيب سأشير إليه في مكانه من المطلب الرابع من هذا المبحث إن شاء الله تعالى.

وسيكون هذا المبحث في المطالب الأربعة التالية:

المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: سياق الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: ضرورة بحث الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.

المطلب الرابع: حكم الشرط الجزائي.

(١) صيانة المديونيات، ل محمد عثمان شبير، (٢/٨٥٤).

(٢) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، لصبحي الحمصاني، (٤٦٩).

## المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي

ورد في معجم لغة الفقهاء أن الشرط الجزائي هو: «نصُّ المتعاقدين في العقد على مبلغ معين يدفعه من أحلّ بالالتزام»<sup>(١)</sup>؛ وهو تعريف يتميز بالوجاهة والوضوح، غير أنه لا يتضمن ذكرًا لكون الشرط الجزائي اتفاقًا تابعًا، وهو حال الشرط الجزائي، كما تقدّم؛ وسيأتي أنه يمكن أن يُتفق على الشرط الجزائي بعد فترة تطول أو تقصر عن زمن العقد الأصلي نفسه، فأصبح لا بد من الإشارة إلى هذه الحيثية؛ وهذا التعريف كذلك لا يتضمن أمراً أساسياً في الشرط الجزائي، وهو كونه لا يتم إنفاذه حينما يكون سبب الإخلال ظرفاً قاهراً؛ ورغم كون هذه الناحية مبحوثة في شروط اعتبار الشرط الجزائي، غير أنه لا بد من تضمينها في التعريف، فمحور الشرط الجزائي هو تعويض عن إخلال بلا عذر.

وثمة تعريف آخر<sup>(٢)</sup> للشرط الجزائي يقول: «هو اتفاق المتعاقدين مقدّماً على مقدار التعويض الذي يستحقّه الدائن، إذا لم يتم بتنفيذ التزامه، أو تأخّر في التنفيذ»؛ وهو تعريف شامل لمفهوم الشرط الجزائي، تتضح فيه مجمل عناصره، غير أنه جعل الشرط الجزائي اتفاقاً مقدّماً، وهو ما سيأتي أنه غير لازم، فلربما كان الاتفاق لاحقاً على العقد، بعد الانتهاء منه بساعة أو ساعات أو أيام أو أكثر.

والذي أراه في تعريف الشرط الجزائي أن يقال إنه: «اتفاق إضافي يتبع العقد الأصلي، يلتزم بموجبه كلٌّ من طرفيه بالتعويض المقدّر عما أحلّ به نحو صاحبه دون ظرف قاهر».

وقولي: اتفاق إضافي: أعني به أن الاتفاق على الشرط الجزائي لا يأتي على قاعدة من الفراغ، بل يقوم على عقدٍ آخر، كعقد استصناع أو تعهّد أو قرض<sup>(٣)</sup>، وما شابه ذلك؛ فالعقد الإضافي هنا هو ما يتمثل به الاتفاق على التعويض الجزائي، وهو يتبع العقد الأصلي، أي أنه لا يقوم منفرداً، فلا يعقل أن يتفق فلان مع آخر على التعويض عن شيء ليس له به صلة، من عمل أو قرضٍ وما شابهه<sup>(٤)</sup>.

وذكرتُ في التعريف أن كلاً من طرفي العقد سيلتزم بالتعويض نحو صاحبه، لأن البحث وصل إلى أن الشرط الجزائي ليس محصوراً في أحد طرفي العقد، الذي قد يكون مقاولاً أو أجيراً، أو صانعاً؛ بل يشمل

(١) معجم لغة الفقهاء، محمد رؤاس قلعجي وحامد صادق قنيبي، (٢٦٠).

(٢) أحذه الدكتور زكي الدين شعبان من كتب القانون، يُنظر كتابه: نظرية الشروط المقرنة بالعقد، (١٦١).

(٣) يصحّ أن يقال: لا ينبغي ذكر القرض في الشرط الجزائي باعتباره ربا، غير أنه ذكره دون إقرار لجوازه، بل اعتباراً لقول من قال به، كالعلامة ابن منيع وغيره، وأخذتُ، كما سيأتي، بقول من أجاز التبريم على المماطلة، دون اشتراطه في العقد؛ وسيأتي تفصيل القول في الشرط الجزائي في القرض في محله من الفصل الثالث إن شاء الله تعالى.

(٤) يُنظر: المصارف الإسلامية والمؤسسات الاقتصادية، لوائل عربيات، (٢٢٠).

الطرف الآخر من العقد، بحيث يلزمه التعويض، وإن كان صاحب العمل، أو المدين؛ فصاحب العمل قد يماطل في الإتيان بالمواد الخام مثلا، إذا تضمن العقد أن عليه إحضارها، فيتضرر المقاول الذي قد يكون ترك مقاولات أخرى لأجل تلك المقاوله، فيلزم على هذا تعويضه عما لحق به من ضرر؛ وكذا المدين المماطل، إذ سيأتي في الفصل الثالث إن شاء الله تعالى أنه يمكن تعريمه على المماطله؛ فتكون الصورة في النهاية شبيهة بغاية الشرط الجزائي، وإن لم يُنصّ عليها في العقد الأصلي، إذ سيأتي أن مثل هذا النص ذريعة يتسرّب عبره الربا.

وما ذكرته من تقدير التعويض في الاتفاق اللاحق المذكور، ضروري في الشرط الجزائي، إذ عدم ذكره جهالة تؤدّي إلى التزاع، غير أن هذا التقدير قد يخضع للقاضي، إذا اشتكى الطرف المخلّ من كونه أكثر من الضرر الواقع، أو أن فيه إجحافا.

وقولي: دون ظرف قاهر: أعني أنه إذا وقع ما لم يكن بالحسبان، فأدّى إلى الإخلال بالموعد مثلا، فإن الشرط الجزائي لا يقع في مثل هذا الحال، لمثل هذا الظرف الطارئ، كأن يتفقا على أنه إذا لم يُسلم البناء في تاريخ كذا، فعليه أن يدفع ألف دينار شهريا، غير أن حربا قامت، أو مُنع التجوال، فأدّى إلى ذلك الإخلال، فمثل هذا ظرف قاهر، لا يقع به إنفاذ التعويض.

### **المطلب الثاني: سياق الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي**

وأرى أن سياق الشرط الجزائي المناسب في الفقه الإسلامي أن يكون ضمن جانبين: الأول منهما: أن يكون وسيلة للتنفيذ، فيؤدّي إلى الضغط على طرفي العقد لينفّذ كل منهما ما عليه، تحت ضغطه، وهذا بلا شك إنما يكون في بداية العقد، فكل منهما يقصد به أن يكون عامل ضغط على صاحبه؛ والثاني منهما: أن يكون جزاءً على إخلال أو تأخّر غير مبرّر، أي حين يكون الظرف عادياً، دون طروء ما يؤخّر التنفيذ؛ وتبدو ثمرة هذا حين وقوع الإخلال فعلا، يعتمد فيه من وقع الإخلال في حقه على الاتفاق السابق؛ غير أن هذا السياق من جهة الدافع إليه، أما سياقه من حيث مفاهيم الفقه الإسلامي، فلا يخرج عن مزيج من القول في الشروط المقترنة، والتعويض المالي، وإلزام الوعد، كما سيأتي بحثهما، بعد أن انتهى البحث من مسألة الشروط المقترنة التقييدية، مقرّاً لها؛ هذا، وسبق أن أشرتُ إلى الفرق بين الصلح والشرط الجزائي قريبا، وأنه يتمثّل في كون الصلح إنما يكون بعد وقوع الخلل، أما الشرط الجزائي فيكون قبل وقوعه، بل عند عقد العقد ذاته.

### **المطلب الثالث: ضرورة بحث الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي**

الشريعة الإسلامية ذات اقتدار على الإجابة عن مستجدّات الحياة، فهي لم تعجز في عصر من العصور عما واجهته منها، بل هي قادرة فوق ذلك على استباق الزمن، لطرح مشاريع حياتية، تضمن السلامة والعدل وإثراء المجتمع؛ إنما قادرة أيضا على مجابهة ما يستجدّ من إخلالات الناس، ومهاراتهم في التفلّت عن ضوابط

الشرع، فهي تجابه هذه الإخلالات بما يكافئها؛ ولعلّه يفيد في هذا الجانب ما رواه جماعة من العلماء عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه أنه قال: «يحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من فجور»<sup>(١)</sup>؛ قال القرافي شارحاً كلام عمر رضي الله عنه: «أي يُجدّدون أسباباً يقتضي الشرع لها أموراً لم تكن قبل ذلك، لأجل عدم سببها قبل ذلك»<sup>(٢)</sup>؛ وأرجع الشاطبي اختلاف الأفضية بين الأولين والآخرين إلى ما طرأ من تعيّر في الأمانة و الديانة والفضيلة عند الآخرين، إذ تراجعت هذه المعاني عندهم<sup>(٣)</sup>؛ إن فساد الذمم أدى بالفقه إلى ضرورة إيجاد طرق مستجدّة لمواجهة إخلالات الناس، ولمواجهة فساد الذمم، وتحصيل ما يفوت بفسادها، بل أدّى إلى تعيّر الفتوى أحياناً، لأجل أنه لا يُصلح الناس إلا هذا التغيير.

والشرط الجزائي من تلك التدابير التي أبدعتها تطوّرات العصور، في مواجهة حالة التقصير والتأخّر في الإنجاز، عندما يتسبّب بأضرار لأحد طرفي العقد؛ فالذي يظهر أن اللجوء إلى القول به ضروري في عصرنا، بعد فساد ذمم الناس عن ضوابط الشرع، فلقد تجرّأ كثير من الناس على حقوق غيرهم، ويجعلون ذلك تحت دعاوى كثيرة، فلو لم يُشرّع الشرط الجزائي، لأدّى إلى طمع كثير من المقاتلين بأرباب الأعمال، ولأدّى إلى تقصير أو إخلال بالزمان المتفق عليه، أو الإخلال بالمواصفات.

لقد غدت فكرة الشرط الجزائي ضماناً يستحقّ الأخذ به، لأجل عدم الاستهانة بحقوق الناس؛ والنظر في ذمم الناس وتغيّرها جرت به ألسنة الفقهاء وأقلامهم، كما هو معروف مثلاً في مسألة الأجير المشترك، وهو الذي يستحق الأجرة بالعمل، لا بتسليم نفسه<sup>(٤)</sup>، فلقد كان في تحوّل ذمم الناس وتغيّرها أثر في اختيار قول على آخر من أقوال أئمة المذهب الحنفي في ضمانه<sup>(٥)</sup>، فاختار المتأخرون قول الصاحبين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى رغم مخالفتها إمامهما، فبعد أن كان الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه لا يقول بتضمينه، ولا يعطيه أجراً

(١) ذكر هذا عن عمر: القرافي في الفروق، (٢٧٨/٤) في الفرق (٢٤٦)، وفي الفروق أيضاً، (٣٨٤/٤)، في الفرق (٢٦٩)؛ وكذا ذكره الشاطبي في الاعتصام، (١٨٨/١)، و(٤/٢)، وابن فرحون في التبصرة، (١٧٠/٢).

(٢) الفروق، للقرافي، (٣٨٤/٤)، أثناء استعراضه للفرق (٢٦٩).

(٣) وهذا نصّ كلام الشاطبي في الاعتصام، (٤/٢): «إن الأولين قد توجّهت عليهم بعض الأحكام، لصحة الأمانة والديانة والفضيلة، فلما حدثت أضدادها، اختلف المناط، فوجب اختلاف الحكم، وهو حكم رادع أهل الباطل عن باطلهم، فأثر هذا المعنى ظاهر مناسب».

(٤) مجمع الضمانات، لابن غانم البغدادي، (٢٧).

(٥) ورغم ما ذكره العلامة الزرقا من أن الحنفية ضمّنوا الأجير المشترك «كحي لا يتقبّل من أعمال الناس أكثر من طاقته، طمعا في زيادة الربح، فيعرض أموالهم للهلاك أو الضياع لديه بطول المكث»؛ رغم تعليقه هذا لموقف الحنفية، ورغم صحته إجمالاً، إلا أن الحنفية إنما نظروا إلى تغير الذمم بتغير الزمان على ما نقلت عنهم، بدلالة تغير فتواهم القديمة عن فتوى المتأخرين منهم؛ يُنظر: الاستصلاح والمصالح المرسلّة، لمصطفى الزرقا، (٢٧).

إن هلك المتاع في يده بغير عمله؛ نرى الصاحبين قالا بتضمينه إذا هلك المتاع عنده بما يمكن الاحتراز منه، أما ما لا يمكن الاحتراز منه، كحريق غالب مثلا، فلا ضمان عليه عندهما<sup>(١)</sup>؛ وفي مجمع الضمانات: «وقولهما يُفْتَى اليوم، لتغير أحوال الناس، وبه يحصل صيانة أموالهم»<sup>(٢)</sup>؛ وهكذا فالفتوى تتأثر بما تتغير به ذمم الناس<sup>(٣)</sup>.

وإنما ألجأني إلى تصحيح الشرط الجزائي في القانون، ثم فيما رجّحته من الفقه الإسلامي؛ تلك الضرورة القائمة على إلزام طرفي العقد بتنفيذ ما اتفقا عليه، بعد أن حَرَّبَ البشر أنفسهم، فوجدوا من قبلها ماطلة وتأخرا غير مسوّغ؛ فلهذا كان لا بد من النظر في التشريع القانوني والفقهي ليرى: هل ثمة ما يدفع إلى التنفيذ حسب الاتفاق، ويكون قادرا على الإلزام؟ من هنا وجد الشرط الجزائي لنفسه طريقا إلى القانون والفقه.

### المطلب الرابع: دكم الشرط الجزائي

الأصول لا تمنع من الشرط الجزائي، بل الأقرب فيها إقراره، وربما تشريعه في النظام القضائي، إلى مستوى يعتبر به تشريعا ملزما؛ والذي أراه أن مرجعية القول في الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي ترجع إلى أمرين:

**الأمر الأول:** صحة الشروط المقترنة بالعقد؛ **الأمر الثاني:** مشروعية التعويض المالي عن الضرر؛ وقد تحدّثتُ تفصيلا في مسألة الشرط المقترن بالعقد، وانتهيت إلى القول بإباحته، ولا داعي لإعادة ما تقدّم تقريره.

أما القول في التغريم المالي عن الضرر، فلا بد من بحثه، وهو ذو صلة لا بد من الانتهاء إلى قول فيها لأجل موضوع البحث؛ لكن، ولمناسبة ترك التفصيل إلى حينه، لأنه أليق بالفصل التالي الذي جعلته خصيصا لمجالات الشرط الجزائي، والتي يدور محورها حول التعويض في الشرع، فلقد رأيتُ أن الأنسب جعل مسألة التعويض هذه، ضمن بحث المسائل التي تخصّها في الفصل المشار إليه، وهو بعنوان: مجالات الشرط الجزائي.

إنني أكتفي هنا بالقول: إن بحثي هذا وصل بفضلته تعالى وتوفيقه إلى ما يعتبره حكما مقبولا في الفقه الإسلامي لمسألة الشرط الجزائي، وهو جوازه، وفق ضوابط سيأتي الحديث عنها في مكانه من البحث بإذن الله.

(١) مجمع الضمانات، لابن غانم البغدادي، (٢٧).

(٢) مجمع الضمانات، لابن غانم البغدادي، (٢٧).

(٣) ذكر الكاساني في بدائع، (٦٠/٦)، أن قول الصاحبين بضمن الأجير المشترك ثبت استحسانا صيانة لأموال الناس، قال: «ولا حاجة إلى ذلك في الأجير الخاص، لأن الغالب أنه يُسَلِّم نفسه، ولا يتسلّم المال، فلا يمكنه الخيانة»؛ وتعليقا على قول الصاحبين في تضمين الأجير المشترك يقول ابن عابدين في حاشيته، (٦٥/٦)، نقلا عن بعض علماء المذهب: «..وقولهما قولُ عمر وعليّ، وبه يُفْتَى، احتشاما لعمر وعليّ، وصيانة لأموال الناس»، وكان الكاساني قد نقل في البدائع، (٥٨/٦)، عن الصاحبين وجوب الضمان على الأجير المشترك، إلا من حرّق غالب، أو غرق غالب؛ ويُنظر في ضمان الأجير المشترك: الهداية، للمرغيناني، (١٢٨٧/٣)، والمادّة ٥١٤ من مرشد الحيران لقدري باشا، (٨٤).

## الفصل الثالث: مجالات الشرط الجزائي وأحكامها

مجالات الشرط الجزائي عديدة، وتكاد تشمل جميع الالتزامات التي يلتزمها شخص ما أو هيئة ما، تجاه آخرين، وهو يتدخل في جميع العقود، وكذلك يُدخلها القانون وقليل من الفقهاء المعاصرين في موضوع الديون.

وفي الحقيقة، فإن مجالات الشرط الجزائي تابعة ولا بدّ محلّ الاشتراط أو لموضوعه، فحيثما كان الاشتراط الجزائي، كان هذا المحل هو ذاته: مجال هذا الاشتراط؛ ومحل الاشتراط يعود أيضا إلى سببه الذي يدعو إلى الاحتياط به؛ ولقد بدا لي أن سبب الاشتراط عائد في مجمله إما إلى تأخّر في موعد إنجاز ما التزم به، أو إلى الإخلال بمواصفات شيء مما أُنفق عليه، أو إلى التأخّر والإخلال معا.

وسأسعى ها هنا إلى التعرّف على مجالات الشرط الجزائي إجمالا، لأدخُل بهذا التعرّف الإجمالي، إلى التفصيل في الشرط الجزائي في عقود المقاولات.

هذا، وسيكون هذا الفصل موزّعا على مبحثين، هما:

المبحث الأول: الشرط الجزائي في الديون والقروض، وحكمه.

المبحث الثاني: الشرط الجزائي المترتب على عدم الوفاء بالعقود تأخيرا أو إخلالا، وحكمه.



## المبحث الأول: الشرط الجزائي في الديون والقروض وحكمه

الدَّين ذو شأن خاصّ في الفقه الإسلامي، ويختصّ بأحكام لا يصحّ إغفالها، قد شرّعت لتضبط العلاقة بين الدائن والمدين، وخصّته الفقه الإسلامي بباب الحوالة، حتى إن كل أحكام الحوالة تتعلق بالدَّين أصلاً؛ وللدَّين في الكفالة نصيب كبير.

وثمة أحكام أخرى شرّعت بشأن الدَّين والعلاقة بين الدائن والمدين، كتحرّيم ماطلة القادر على قضاء ما عليه من دَين، وما يتبع هذا التحريم من حبس المدين المماطل، ومنعه من السفر، والحجر على المدين المفلس، وبيع ما يملك جبراً عنه لأجل حقوق الناس؛ ويدور في شأن الدَّين أمر آخر هو: ما ندبه الشرع من إنظار للمعسر، وتصدُّق عليه بما عليه من الدَّين، أو بيعه.

ومن مسائل العصر التي تستحقّ البحث فيما له صلة بالدَّين: مسألة الشرط الجزائي فيه؛ فهل يسمح الشرع باتفاق مسبق أو ملحق بين الدائن والمدين، يلتزم به المدين بتعويضٍ ما عما لحق الدائن جرّاء تأخّره أو مطله؟ هذا هو موضوع هذا المبحث.

والحديث في هذا المبحث، مرتبط بمباحث الربا، ولذا مهّدت لهذا المبحث تمهيداً خاصاً بمسألة ماهية الربا، ليكون ما يتقرر فيه، ذا أثر في سلوك الدراسة هذا المبحث برُمَّته.

وعليه، فسيتكوّن هذا المبحث من تمهيد وخمسة مطالب إن شاء الله تعالى، كما يلي:

التمهيد: في أن اشتراط الزيادة هو مناط تحريم ربا الديون والقروض.

المطلب الأول: مواقف العلماء من مسألة التعويض عن ضرر المطل.

المطلب الثاني: استعراض الأدلة.

المطلب الثالث: مجمل أدلة جميع الأقوال.

المطلب الرابع: مناقشة الأدلة.

المطلب الخامس: الترجيح.

## تمهيد: اشتراط الزيادة هو مناط تحريم ربا الديون والقروض

لا بد من هذا المبحث ها هنا، لأن ما سيتقرر فيه، سيكون له أثر فيما سأصل إلى ترجيحه إن شاء الله تعالى؛ وحديثي هنا هو عن ربا القروض خاصّةً، وما يلحق به مما يلحق الذمة من الديون عامّةً، وليس عن ربا البيوع، رغم وجود بعض الصلة لما سيدور عنه الحديث ها هنا بربا البيوع.

وستوزّع موضوع هذا التمهيد في الفروع الستة التالية:

### الفرع الأول: الربا من الأسماء الشرعية

الربا من الأسماء الشرعية، وهو يقع في الشرع على معانٍ لم يكن الاسم موضوعاً لها في اللغة<sup>(١)</sup>، وبهذه المعاني الآتية إليه من جهة الشرع، يخرج الربا خروجاً ما عن معناه اللغوي، ذلك الذي يعني مطلق الزيادة، إلى زيادة مقيّدة، أو زيادة مخصوصة، حتى إذا وُجد هذا الشكل من الزيادة في معاملة من المعاملات، حكم عليها بالتحريم، لوجوده فيها؛ وفي تفسير روح المعاني تعليقا على قوله تعالى: (وأحلّ الله البيع وحرم الربا)، (البقرة: ٢٧٥): "والظاهر عموم البيع والربا، في كل بيع وفي كل ربا، إلا ما خصّه الدليل من تحريم بعض البيوع وإحلال بعض الربا"<sup>(٢)</sup>.

ويظهر لي أنه لأجل ما تقدّم من كون الربا اسماً شرعياً خصّه الشرع بمعنى ينحصر فيه، يظهر لي أنه لأجل هذا الذي تقدّم بهذا الشأن قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "إن آية الربا من آخر ما نزل من القرآن، وإن النبي صلى الله عليه وسلم قبض قبل أن يبينه لنا، فدعوا الربا والريبة"<sup>(٣)</sup>، وإن كان البعض جعل كلام عمر هذا من باب الاحتياط خشية

(١) أحكام القرآن، للخصّاص، (١/٥٦٣، ٥٦٤).

(٢) روح المعاني، للآلوسي، (٣/٦٩).

(٣) هكذا ذكره الخصّاص في أحكام القرآن، (١/٥٦٣)، وروى هذا الأثر: الإمام أحمد في مسنده، (١/٢٧١)، ح: (٢٤٦)، وابن ماجه في سننه، (٣/٧٣، ح: ٢٢٧٦)؛ وإسناده عند أحمد وابن ماجه مرسل، فقد رواه عندهما سعيد بن المسيب عن عمر، وقيل: إن سعيداً لم يسمع عمر؛ وغاية ما فيه على هذا الإرسال، والمرسل حجة عند الحنفية والمالكية ورواية عن أحمد، ولم يرده الشافعي كليلية؛ ومع ذلك، فقد نقل الحافظ ابن حجر في التهذيب، (٤/٨٥)، عن الإمام أحمد أنه سئل عن سعيد عن عمر، هل هو حجة، فقال أحمد: "هو عندنا حجة، قد رأى عمر وسمع منه، وإذا لم يُقبل سعيد عن عمر، فمن يُقبل؟"، ونقل عن أحمد قوله أيضاً: "مرسلات سعيد صحاح، لا نرى أفضل من مرسلاته"، ونقل الحافظ في التهذيب أيضاً، (٤/٨٦)، عن الشافعي قوله: "إرسال ابن المسيب عندنا حسن"؛ فظهر أن إرساله ها هنا إن كان، فهو غير ضار؛ وقال الشيخ مشهور بن حسن آل سلمان في تعليقه على الموافقات، (هـ ٤/١٣٤): وله طرق أخرى بما يصحّ، ولذا، فقول الشيخ أحمد شاکر في تعليقه على المسند: "إسناده ضعيف لانقطاعه، سعيد بن المسيب لم يسمع من عمر"، غير وافٍ في الحكم عليه، بعد كلام الشافعي وأحمد، وبعدما ذُكر من تعدّد طرقه، التي تجعله صحيحاً لو كان في بعضها مغمز.

الوقوف في الربا<sup>(١)</sup>، إلا أنه صريح في أن بعض جوانب الربا ليست واضحة، إذ لم يبيّن رسول الله ﷺ حتى قبض، وهذا ما يجعل الربا على حسب كلام عمر من باب الحمل المحتاج إلى البيان، إذ لم يكف معناه اللغوي لتحديد معناه الشرعي، وهذا شأن الأسماء الشرعية، كما هو شأن ما لم يبيّن رسول الله ﷺ.

هذا، وعقب الجصاص على ما تقدّم من كلام عمر بقوله: «ثبت بذلك أن الربا قد صار اسماً شرعياً، لأنه لو كان باقياً على حكمه في أصل اللغة، كما خفي على عمر، لأنه كان عالماً بأسماء اللغة، لأنه من أهلها؛ ويدل عليه: أن العرب لم تكن تعرف بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة نساءً رباً، وهو ربا في الشرع، وإذا كان ذلك على ما وصفنا، صار بمنزلة سائر الأسماء المحملة المفتقرة إلى البيان، وهي الأسماء المنقولة من اللغة إلى الشرع لمعان لم يكن الاسم موضوعاً لها في اللغة، نحو الصلاة والصوم والزكاة، فهو مفتقر إلى البيان، ولا يصح الاستدلال بعمومه في تحريم شيء من العقود، إلا فيما قامت دلالاته أنه مسمّى في الشرع بذلك»<sup>(٢)</sup>.

هذا الكلام الذي آثرت نقله بنصّه وبطولته عن الجصاص، يدلّ بوضوح على أن الذي يدخل في مفهوم الربا المحرم، هو ما يحتاج إلى دليل لدخوله فيه، ببيان كافٍ لمقصوده في النصوص التي تنهى عنه، إذ خرج الربا بمفهومه الشرعي عن مطلق الزيادة إلى زيادة مخصوصة في مبادلة أموال مخصوصة، هي ما يستحق التحريم، وما خلا ذلك فلا يدخل في الربا، إلا ما كان منه من باب سدّ ذريعة الربا.

إن ما تقدّم من أن الربا محمول فلم يكف في بيان معناه ما تدلّ عليه لغة العرب من مطلق الزيادة، هو ما صرح به جماعة من العلماء، فعندهم أن الربا في آية: (وحرّم الربا)، (البقرة: ٢٧٥)، لفظ مجمل، يجب فيه الوقف على ورود البيان<sup>(٣)</sup>، ونصّ السرخسي على أن الآية مجملة، ثم قال: «لأن الربا عبارة عن الزيادة في

(١) حاشية السندي على سنن ابن ماجه، (٧٣/٣).

(٢) أحكام القرآن، للجصاص، (٥٦٣/١).

(٣) أحكام القرآن، للجصاص، (٥٦٩/١)؛ والقول إن الربا من الجملة هو قول الحنفية، فقد ذكر عبد العزيز البخاري في كشف الأسرار، (٦٢٦/١)، أن الربا مجمل، وذكر في: (٢١٧/٣)، أن آية الربا مجملة؛ ونصّ على أن الربا مجمل جماعة من العلماء، منهم: الشافعي في أحد أقواله، يُنظر: البحر المحيط، للزركشي، (٤٦٠/٣)، وأما إمام الحرمين الجويني في البرهان، (١٥٤/١)، فقد ذكر سبب تردّد قول الشافعي في حلّ البيع قائلاً: «وسبب تردّده أن لفظ الربا مجمل»، وفي مسوّد آله تيمية، (٣٨٦/١)، أنه قول أبي يعلى من الحنابلة؛ وقال ابن النجار الفتوح في شرح الكوكب المنير: «لا إجمال في قوله تعالى: (وأحلّ الله البيع)، عند الأكثر»، ولم يقل شيئاً في الربا ذاته.

غير أن ابن العربي في أحكام القرآن، (٢٤١/١)، دافع عن عدم إجمال الربا، بحجة أن العرب كانت تتعامل به، وأنه معروف لديها؛ والحق أنه لو كان تعامل العرب بالربا كافياً لنفي الإجمال عنه، لما غاب عن الصحابة رواية شراء التمر الخبيب بالتمر الجمع على وجه التفاضل، حتى بين الرسول ﷺ أنه عين الربا؛ وكذا، كما اختلف العلماء في علة الربا، بل في: هل للربا علة فيقاس عليها، أم أنه بلا علة، ومنا قال: له علة، جعله بعضهم علة قاصرة.

أصل الوضع، وقد علمنا أنه ليس المراد ذلك، فإن البيع ما شرع إلا للاسترباح وطلب الزيادة، ولكن المراد: حرمة البيع بسبب فضل حال عن العوض، مشروط في العقد<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني: اشتراط الزيادة هو مناط التحريم في ربا البيوع الديون

لئن خلت بعض تعريفات الربا عن اعتبار اشتراط الزيادة، حتى يتم المعنى الاصطلاحي للربا، كالتعريف الذي نُسب إلى الحنفية، وهو أن الربا: «فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال»<sup>(٢)</sup>؛ لئن كان ذلك كذلك، فإن تعريفات أخرى نصّت على معنى الاشتراط، كما تقدّم من تعريف السرخسي السابق ذكره، فإنه يتبين منه محور التحريم في ربا القروض والديون، فليس مطلق الزيادة هو عنصر هذا الحرّم، وإنما الزيادة المشروطة، وهو ذاته ربا أهل الجاهلية، فهو القرض الذي اشترط فيه الأجل، واشترط فيه أيضا زيادة مال على المستقرض<sup>(٣)</sup>، وهي الزيادة بالربا، وهي محرّمة بالإجماع، على ما نقله ابن قدامة<sup>(٤)</sup>، وقال ابن قدامة: «وكل قرض شرط فيه أن يزيد، فهو حرام بغير خلاف»<sup>(٥)</sup>، وفي المهذب والمغني تعليل ذلك بأن القرض: «عقد إرفاق وقربة، فإذا شرط فيه الزيادة، أخرج عن موضوعه»<sup>(٦)</sup>، ونصّ ابن قدامة أنه «إنما يُمنع من الزيادة المشروطة»<sup>(٧)</sup>؛ وقال ابن تيمية: «وقد اتفق العلماء على أن المقرض متى اشترط زيادة على قرضه، كان ذلك حراما؛ وكذلك إذا توطأ على ذلك، في أصحّ قولي العلماء»<sup>(٨)</sup>.

وهكذا تبدو عبارات العلماء التي نقلتها، متلاقية على أن الزيادة التي تكون ربا، هي الزيادة المشروطة.

(١) أصول السرخسي، (١/١٦٨-١٦٩).

(٢) عمدة القاري، للعيني، (١١/١٩٩).

(٣) أحكام القرآن، للجصاص، (١/٥٦٩).

(٤) المغني، لابن قدامة، (٤/٣٩٠)، طبعة دار الفكر.

(٥) المغني، لابن قدامة، (٤/٣٩٠)، طبعة دار الفكر.

(٦) المهذب، للشيرازي، (٣/١٨٨)، والمغني، لابن قدامة، (٤/٣٩٠)، طبعة دار الفكر؛ ويُنظر لقريب مما فيهما: مغني

المحتاج، للشربيني، (٣/٣٤)، والكافي، لابن قدامة، (٤/٣٦٤-٣٦٥)؛

هذا، وليست كلمة: قربة، موجودة في المهذب؛ هذا، ويقصد الشيرازي وابن قدامة والشربيني أن كون القرض عقد إرفاق، يتناقض مع اشتراط المقرض عودة منفعة إليه، إذ هنا يجعل المقرض القرض للإرفاق بنفسه في الدنيا، والحال أن مقصود العقد هو إرفاقه بالمقرض في الدنيا، وأما الآخرة، فهي ما يجب أن يحرص المقرض على الرفق بنفسه فيها، فيقرض صاحب الحاجة في الدنيا.

(٧) المغني، لابن قدامة، (٤/٣٩٣)، طبعة دار الفكر.

(٨) مجموعة الفتاوى، لابن تيمية، (٢٩/١٩٥)، ويُنظر: الكافي، لابن قدامة، (٥/٣٦٥).

### الفرع الثالث: من مسائل العلماء في أن اشتراط الزيادة هو محل التحريم

حرت نصوص العلماء على أن اشتراط الزيادة هو ما يدخل في الربا المحرم في مسائل عديدة لها صلة بالقروض والديون، وليس من مهمة البحث هنا استعراض أدلتهم، وإنما استعراض بعض نصوصهم الدالة على أن الزيادة إنما تكون ممنوعة إذا كانت مشروطة.

ذكر ابن قدامة مسألة ما إذا استقرض أحدهم نصف دينار، فردّه إليه دينارا، واشترى بالنصف الآخر شيئا منه، قال ابن قدامة: «جواز، إلا أن يكون ذلك عن مشاركة، فقال: أفضيك صحيحا بشرط أي أخذ منك بنصفه الباقي قميصا فإنه لا يجوز،...، ولو لم يكن شرطا جاز»<sup>(١)</sup>؛ وفي مسألة السفاتج<sup>(٢)</sup>، روي أن ابن الزبير تعامل بها<sup>(٣)</sup>، وأجازها علي وابن عباس رضي الله عنهما، على ما رواه عنهم البيهقي الذي قال معقبا: «فإن صحّ ذلك عنه وعن ابن عباس، فإنما أراد والله أعلم، إذا كان ذلك بغير شرط»<sup>(٤)</sup>، قال السرخسي: «وتأويل هذا عندنا أنه كان عن غير الشرط»<sup>(٥)</sup>، وقال أيضا: «وبه نأخذ، فنقول: المنهي عنه هي المنفعة المشروطة، أما إذا لم تكن مشروطة، فذلك جائز»<sup>(٦)</sup>؛ وعندما تحدّث الكاساني عن منع القرض الذي يجزّ منفعة، قال: «هذا إذا كانت الزيادة مشروطة في القرض، فأما إذا كانت غير مشروطة فيه، ولكنّ المستقرض أعطاه أجود مما أعطاه، فلا بأس بذلك، لأن الربا اسمٌ لزيادة مشروطة في العقد، ولم توجد»<sup>(٧)</sup>؛ ونقل ابن الهمام الحنفي عن كفاية البيهقي<sup>(٨)</sup> أن سفاتج التجار مكروهة، إلا أن يُقرض مطلقا، ثم يكتب السفتجة، فلا بأس<sup>(٩)</sup>؛ قال ابن الهمام: «قالوا: إنما يحلّ ذلك عند عدم الشرط، إذا لم يكن فيه عرف ظاهر، فإن كان يُعرف أن ذلك يُفعل لذلك، فلا»<sup>(١٠)</sup>.

(١) المغني، لابن قدامة، (٣٩٤/٤)، طبعة دار الفكر.

(٢) صورة السفاتج، أن يدفع في بلدة إلى مسافر قرضا، ليدفعه إلى صديقه أو وكيله مثلا في بلدة أخرى، ليستفيد به أمن خطر الطريق؛ يُنظر: فتح القدير، لابن الهمام، (٢٣٢/٧)، وتعريفات الجرجاني، (١٢٥).

(٣) ضَعَفَه الألباني في الإرواء، (٢٣٨/٥)، بسبب ابن أُرطاة، أحد رواة، فهو مدلس، وقد عتقته.

(٤) سنن البيهقي، (٥٧٧/٥)، وهو ما ذكره السرخسي في المبسوط، (٣٧/١٤)، عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(٥) المبسوط، للسرخسي، (٣٧/١٤).

(٦) المبسوط، للسرخسي، (٣٧/١٤).

(٧) بدائع الصنائع، للكاساني، (٦٥٦/١٠).

(٨) لم أهدت إلى هذا الكتاب، ولا إلى مؤلفه، هل هو البيهقي صاحب السنن أم غيره؟.

(٩) فتح القدير، لابن الهمام، (٢٣٢/٧).

(١٠) فتح القدير، لابن الهمام، (٢٣٢/٧).

وفي مسألة قبول المقرض لهدية المستقرض<sup>(١)</sup> قال السرخسي: «وكذلك قبول هديته وإجابة دعوتيه، لا بأس به إذا لم يكن مشروطاً»<sup>(٢)</sup>؛ وكذا القرضُ يقدّمه صاحب الملك لمن يستأجر مُلكه بأكثر من قيمته لأجل القرض، إن وقع ذلك شرطاً، إذ هو حينئذ حرامٌ إجماعاً، وإلا كرهه عند الشافعية، وحرّمه كثير من العلماء<sup>(٣)</sup>.

وثمة مسألة تلفت النظر في هذا السياق، ذكرها ابن قدامة، تدور حول رجل أقرض آخر مبلغاً يشتري به بقرة يعمل بها في أرضه، أي في أرض المقرض، أو بذرا يبذره فيها؛ وكذا لو قال المقرض: أقرضني قرصاً، وادفع إليّ أرضك أزرعها بالثلث، أجاز ابن قدامة كل ذلك، ونقل خلافاً في بعضه عن بعض الحنابلة، ثم قال تعليقا على المسألة الأخيرة: «والأولى جواز ذلك إذا لم يكن مشروطاً، لأن الحاجة داعية إليه، والمستقرض إنما يقصد نفع نفسه، وإنما يحصل انتفاع المقرض ضمناً»<sup>(٤)</sup>؛ إن هذه النصوص كافية في اعتبار أن الزيادة إنما تكون رباحاً محرماً، إذا كانت مشروطة.

### الفرع الرابع: الزيادة المشروطة محل التحريم عند الصحابة والتابعين

وكون الزيادة المشروطة مناط التحريم في الربا، نُقل عن جماعة من الصحابة والتابعين وتابعيهم..

فقد سئل ابن عباس رضي الله عنهما عن رجل استقرض طعاماً عتيقاً، فقضى مكانه حديثاً، قال: «إن لم يكن بينهما شرطه فلا بأس به»<sup>(٥)</sup>؛ وسئل الشعبي عن رجل يستقرض، فإذا خرج عطاؤه أعطى مقرضه خيراً مما استقرض، قال الشعبي: «لا بأس ما لم تشترط، أو تعطه التماس ذلك»<sup>(٦)</sup>؛ وقال أيضاً: «لا بأس ما لم يتعمد، أو يشترط»<sup>(٧)</sup>؛ وقال ابن عمر رضي الله عنهما: «لا بأس ما لم تشترط»<sup>(٨)</sup>؛ وقال مالك رضي الله عنه في الموطأ: «لا بأس بأن يقبض من أسلف شيئاً من الذهب أو الورق أو الطعام أو الحيوان، ممن أسلفه ذلك، أفضل مما

---

(١) فيها خلاف، فقد أجازها الحنفية والشافعية إن لم تكن عن شرط، يُنظر: المبسوط للسرخسي، (٣٧/١٤)، ومغني المحتاج، للشربيني، (٣٤/٣)، وتحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي، (٦٠/٥)؛ ومنعها المالكية والحنابلة ما لم تكن عن عادة جارية بينهما قبل القرض، يُنظر: الذخيرة، للقرافي، (٢٩٤/٥)، والكافي، لابن قدامة، (٣٦٥).

(٢) المبسوط، للسرخسي، (٣٧/١٤)؛ وهو قول الشافعية أيضاً، يُنظر: مغني المحتاج، للشربيني، (٣٤/٣).

(٣) تحفة المحتاج بشرح المنهاج، لابن حجر الهيتمي، مع حواشي الشرواني وبان قاسم، (٥٩/٥).

(٤) المغني، لابن قدامة، (٣٩٥/٤)، طبعة دار الفكر.

(٥) المصنّف، لابن أبي شيبة، (٦٤٠/١١)، ح: (٢٣٥٥٦).

(٦) المصنّف، لابن أبي شيبة، (٥٤٨/١١)، ح: (٢٣٢١٢).

(٧) المصنّف، لابن أبي شيبة، (٥٤٩/١١)، ح: (٢٣٢٢٠)، وفي المصنّف أيضاً، (٥٤٨/١١)، ح: (٢٣٢١٣)، عن الضحاك

قوله: «لا بأس به، إن لم يكن شرط عند القرض».

(٨) المصنّف، لابن أبي شيبة، (٥٤٩/١١)، ح: (٢٣٢٢١).

أسلفه، إذا لم يكن ذلك على شرط منهما أو عادة، فإن كان ذلك على شرط أو وأى أو عادة، فذلك مكروه لا خير فيه<sup>(١)</sup>.

والتواطؤ كالشرط في الحقيقة، فيدخل فيه.

### الفرع الخامس: بهذا الأصل تُفسر النصوص التي تسمح بالزيادة

فالزيادة التي هي محلّ مناط ربا القرض في مفهومه الشرعي، زيادة مشروطة عند العقد؛ وهذا الأصل هو ما يسمح بتفسير ما ورد عن الرسول ﷺ من نصّ يندب فيه الزيادة الآتية من جهة حسن القضاء، وهي تلك التي لا تكون مذكورة ولا مشروطة في العقد، فهي زيادة، وهو أصل معنى الربا في الوضع اللغوي، غير أنها ليست مناط التحريم، لأنها زيادة غير مشروطة، ولذا، فسّر النووي بإباحة ذلك النصّ النبوي بأن المنهي عنه هو الذي يكون مشروطا في عقد القرض ذاته<sup>(٢)</sup>.

والنصّ النبوي المشار إليه، هو ما ورد في قصة قضاء رسول الله ﷺ لمن استسلف منه بأحسن مما استسلف، وتفسيره للأمر بأن خيار الناس هم أحسنهم قضاء، فقد صحّ عن أبي رافع رضي الله عنه، وبعضهم رواه عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه رضي الله عنه استسلف من رجل بكر<sup>(٣)</sup>، فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة<sup>(٤)</sup>، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره، فرجع إليه أبو رافع فقال: لم أجد إلا خيارا رباعيا، فقال رضي الله عنه: (أعطه إياه، إن خيار الناس أحسنهم قضاء)<sup>(٥)</sup>، وفي هذا الحديث على ما قال الحافظ ابن حجر: ((جواز وفاء ما هو أفضل من المثل

(١) الموطأ، لمالك بن أنس، (٦٨١).

(٢) شرح النووي على مسلم، (١١٦/٦)، وذكر النووي عن أبي حنيفة رضي الله عنه والكوفيين عدم جواز قرض الحيوان، وقال: ((وهذه الأحاديث تردّ عليهم)).

(٣) البكر من الإبل هو الصغير، كالغلام من الآدميين، كما في شرح النووي على مسلم، (١١٥/٦).

(٤) ذكر النووي في شرح مسلم، (١١٦/٦)، أنه يُستشكل قضاؤه رضي الله عنه من إبل الصدقة أجود مما يستحقه الغريم، مع أنه لا يجوز تبرّع الناظر في الصدقات منها، قال النووي: الجواب أنه افترض لنفسه، فلما جاءت إبل الصدقة اشترى منها بعيرا رباعيا ممن استحقّه، فملكه النبي رضي الله عنه بثمنه وأوفاه، متبرعا بالزيادة من ماله؛ وهنالك من استشكل أيضا أن الرسول رضي الله عنه لا تجوز له الصدقة، فلا يجوز أن يقضي دينه منها، أوجب أن المقصود بإبل الصدقة هنا هو إبل الجزية، فقد كانت تسمى صدقة، من باب أن الله تصدّق بما على عباده؛ وقيل في توجيه المسألة أيضا أن الرسول رضي الله عنه إنما قضى دينه من إبل الصدقة، لأن الصدقة لم تكن حرمت عليه بعد؛ يُنظر: الذخيرة، للقرافي، (٢٨٦/٥).

(٥) مسند الإمام أحمد، (١٠٦/٩)، (٩٠٨١)، و(٢٤٩/٩)، (٩٥٣٨)، و(٥١٦/٩)، (١٠٥٥٨)، و(٤٦٢/١٨) -

٤٦٣، (ح: ٢٧٠٥٩)، والبخاري، (١٢٨/٢)، (ح: ٢٣٠٥، و٢٣٠٦)، وفي مواطن أخرى منه؛ ومسلم، (١١٤/٦) - ١١٥، (ح: ١٦٠٠)، والنسائي، (٣٣٦-٣٣٥/٧)، (ح: ٤٦٣١، و٤٦٣٢)، والترمذي، (٦٠٠/٣)، (ح: ١٣١٨)، وأبو داود،

المقترَض، إذا لم تقع شرطية ذلك في العقد، فيحرم حينئذ اتفاقاً<sup>(١)</sup>، وبه قال الجمهور؛ وعن المالكية تفصيل في الزيادة إن كانت بالعدد منعت، وإن كانت بالوصف جازت<sup>(٢)</sup>؛ فعدم اشتراط الزيادة هو ما أخرج تلك الزيادة من وصف الربا شرعاً إلى وصف حسن القضاء، رغم ما فيها من معنى الزيادة، تلك التي تجعلها من ناحية اللغة في دائرة الربا، لكنّه تقدّم أن الشرع جعل للربا المنهي عنه معنىً خاصاً، أخرجته من مطلق الزيادة إلى الزيادة المشروطة في مبادلة أموال مخصوصة.

ومثله ما في الصحيحين عن جابر رضي الله عنه قال: «كان لي على النبي صلى الله عليه وسلم دين فقضاني وزادني»<sup>(٣)</sup>.

إنه لولا الحديث الذي ينصّ على أن خيار الناس أحسنهم قضاءً، وحديث جابر رضي الله عنه، ولولا أثر عمر رضي الله عنه الماضي ذكره، وأحاديث أخرى في ذات المعنى، لكان المعنى اللغوي للربا، وهو مطلق الزيادة<sup>(٤)</sup>، كافياً في إدخال تلك الحالة ذاتها في باب الربا المنهي عنه شرعاً، لكنّ ورود هذا النص النبوي كافٍ في بيان أن الربا هو ما يحتاج إلى دليل لاعتبار ما يدخل فيه منه، فليس مطلق الزيادة هو المناط، بل ما كان منها مشروطاً عند عقد القرض، أو بعد لزوم الدين، وقبل قضاؤه؛ فالحق أن الربا حقيقة شرعية خرجت من كونها حقيقة لغوية، وأنه مجمل يحتاج إلى بيان ما يدخل فيها، على ما نقلته عن الجصاص والسرخسي رحمهما الله، وأن الزيادة التي تجعله ربا، هي الزيادة المشروطة، على ما نقلته عنهم من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من علماء الأمة.

### الفرع السادس: الزيادة المشروطة صالحة لضبط معنى الربا

هذا، ولعله يصلح هنا إيراد ما ذكره القرافي في الذخيرة عن عمر رضي الله عنه أنه ردّ هدية أبي بن كعب رضي الله عنه، وكان عليه دين، فعاتبه، فقبلها، وقال: «إنما الربا على من أراد أن يُرَبِّي»<sup>(٥)</sup>؛ وهو مرسل صحيح<sup>(١)</sup>؛ والمرسل

(٣/٢١٢، ح: ٣٣٤٦)، وابن ماجه، (٣/٧٨، ح: ٢٢٨٥).

(١) في الكلام مقدّرٌ محذوف، دلّ عليه السياق، ويتقدّره تكون العبارة كما يلي: «..إذا لم تقع شرطية ذلك في العقد، فإذا وقعت شرطيته في العقد، فيحرم حينئذ اتفاقاً»، وما تحته خطّ، هو تقدير المحذوف.

(٢) فتح الباري، (٧٠/٥).

(٣) البخاري، (١/١٢٤، ح: ٤٤٣)، ومسلم، (٤/٣٤، ح: ٧١٥)، وغيرهما، وقد أخرج البخاري قصة هذا الحديث في نحو من عشرين موضعاً من صحيحه، يُنظر: الفتح، لابن حجر، (١/٦٤٠).

(٤) قال الحافظ ابن حجر في الفتح، (٤/٣٦٦): «وأصل الربا: الزيادة، إما في نفس الشيء، كقوله تعالى: (اهترت وريت)، وإما في مقابلة كدرهم بدرهمين، فقيل: هو حقيقة فيهما، وقيل: حقيقة في الأول، مجازٌ في الثاني، زاد ابن سريج: أنه في الثاني: حقيقة شرعية، ويطلق الربا على كل بيع محرّم».

(٥) الذخيرة، للقرافي، (٥/٢٩٤)، ورواه عبد الرزاق في المصنف، (٨/١٢٢-١٢٣، ح: ١٤٥٦٦)، و(٨/١٤٢، ح: ١٤٦٤٧، ١٤٦٤٨)؛ وزاد عبد الرزاق: «أو يُنسى»، والمحلى، (٩/١٧٤).



حجة عند جمهور المذاهب الأربعة<sup>(٢)</sup>؛ وعليه، فالمرابي هو من يريد الربا فعلا، غير أن الشرع، وكما تقدّم، لم يجعل النية وحدها المناط، حتى لا يدعي أناس أنهم حسنو النية، فجعل الزيادة المشروطة هي المناط، حتى لو كان السياق العام يتعامل بما عرفا دون تنقيص على الزيادة، فالمعروف عرفا كالمشروط شرطا.

إنه قد تمحّض من خلال هذا المبحث أن منقطة ربا الديون والقروض، تابعة لشرط يتكوّن مع العقد ذاته، فما لم يكن كذلك، فهو ليس في دائرة ربا القرض أو الدّين؛ ويلحق فيه بتقديري ما يكون قبل سداد الدّين، كأن يتفق المقرض والمستقرض على ردّ زيادة، والقرض أو الدّين لا يزال قائما، لأنه بمعنى ما تمّ توضيحه من منطقة ربا القرض.

ويدخل في هذه المنطقة أيضا ما نصّ عليه كثير من العلماء مما هو ذريعة إلى الربا، كأن ينتفع المقرض من المقرض بنفع لم يكن جاريا مثله فيما بينهما قبل القرض، وليس فيه خير صحيح<sup>(٣)</sup>، غير أن مفاهيم الشرع تأباه، وما نقل عن الصحابة يؤيد منعه، ونقل ابن قدامة عن جماعة من الصحابة أنهم ((هوّا عن قرض جرّ منفعة))<sup>(٤)</sup>؛ وذكر ثبوته عن جماعة من الصحابة ابن تيمية<sup>(٥)</sup>، وجرّت بالنهي عنه عبارات كثير من الفقهاء، سواء من كلامهم، أو مما نقلوه عن الصحابة والتابعين<sup>(٦)</sup>، وقد عدّه ابن حجر الهيتمي من الكبائر، واعتبر كل وعيد جاء في الربا، جاريا فيه أيضا<sup>(١)</sup>.

---

(١) هو مرسل لأنه من رواية محمد بن سيرين عن عمر رضي الله عنه، فقد وُلد ابن سيرين لسنتين بقيتا من خلافة عثمان رضي الله عنه، كما في تهذيب ابن حجر، (٢١٥/٩)، ومات أبي علي الصحيح في خلافة عمر، وإن اختلفوا في تحديد سنة وفاته، كما ذكره ابن عبد البر في الاستيعاب، (٤٣-٤٤)، وهو مرسل صحيح، لأن راويه عن عمر رضي الله عنه هو محمد بن سيرين، وهو ثقة كبير القدر، كما في تقريب ابن حجر، (٥٦٣)، وبقية رجاله ثقات، إذ رواه عبد الرزاق عن معمر بن راشد، وهو ثقة، وقد رواه عن أيوب السختياني، وهو شيخه، كما في التهذيب، لابن حجر، (٢٤٤/١٠)، وأيوب ثقة مشهور، يُنظر: التهذيب، للحافظ ابن حجر، (٣٩٧/١-٣٩٩).

وله إسناد آخر عند عبد الرزاق، (١٤٢/٨)، غير أنه عن ابن سيرين عن أبي، فهو مرسل أيضا.

(٢) احتجّ به أبو حنيفة ومالك، وهو إحدى الروايتين عن أحمد؛ وردّه الشافعي إلا بشروط؛ ومن أجل تفصيل أكثر في مذاهب العلماء يُنظر: المبحث الثاني من الفصل التمهيدي، (٤٢).

(٣) ما ورد من قوله ﷺ: (كل قرض جرّ منفعة فهو ربا)، لا يصحّ بالمرّة، فقد رواه الحارث بن أبي أسامة عن سوار بن مصعب، وهو متروك، وإسناد الحديث ساقط، يُنظر: نصب الراية لأحاديث الهداية، للزيلعي، (٦٠/٤).

(٤) يُنظر: المغني، لابن قدامة، (٣٩٠/٤)، طبعة دار الفكر، ويُنظر: المهذب، للشيرازي، (١٨٧/٣)، وتحفة المحتاج بشرح المنهاج، لابن حجر الهيتمي، مع حواشي الشرواني وبان قاسم، (٥٩/٥).

(٥) مجموعة الفتاوى، لابن تيمية، (١٩٥/٢٩).

(٦) يُنظر: فتح القدير، لابن الهمام، (٢٣٢/٧)، والمهذب، للشيرازي، (١٨٧/٣)، وتحفة المحتاج بشرح المنهاج، لابن

إن ما تقرّر في هذا المبحث من هذا التمهيد، سيُلقي بظلاله فيما سيأتي من بحث مسألة تعويض الدائن عما لحق به من ضرر المثل الآتي من جهة المدين المليء، ذلك أن مثل هذا التعويض، وبما سيأتي تفصيله، بعيد عن معنى الاشتراط، الذي تقدّم أنه مناط تحريم الزيادة، الموصوفة بالربا من جهة الشرع. وفي مسألة اشتراط الزيادة، وكونها هي مناط اعتبار المعاملة ربوية محرّمة، في هذه المسألة يقول الفقيه الاقتصادي رفيع يونس المصري: «والخلاصة: فإن شرط الربا لا يجوز في القرض ولا في البيع، أما الربا غير المشروط، فهو جائز في القرض، ولكنه في البيع لا يقطع فيه بحكم، وإن كنا نميل إلى جوازه، ولم أجد من تعرّض له حتى الآن»<sup>(٢)</sup>.

---

حجر الهيتمي، مع حواشي الشرواني وابن قاسم، (٥/٥٩).

(١) الزواجر عن اقتراف الكبائر، لابن حجر الهيتمي، (١/٥٦٢).

(٢) الجامع في أصول الربا، لرفيع يونس المصري، (٢٥٥).

## المطلب الأول: مواقف العلماء من مسألة التعويض عن ضرر المظل وأدلتهم

مسألة التعويض هذه هي موضوع هذا المبحث، فلا بد من بذل جهدٍ خاصٍ فيها، فهي محورٌ ومقصده؛ وهي من المسائل التي يكثر الحديث عنها في عصرنا، إذ البلاء بالمماثلة قد شاع وانتشر، بل وبعض الناس يتفاخرون بالمثل الذي يفعلونه، على ما قال الشاعر مفتخراً بنفسه<sup>(١)</sup>:

إني وجَدَكْ لا أَقْضي الغريمَ وإن      حانَ القضاء، ولا رَقَّتْ له كِبي  
إلا عصا أرزَنٍ طارت بُرايتها      تنوءُ ضرْبُها بالكفِّ والعُضدِ

وهو خُلُقٌ موجود حديثاً، كما هو موجود قديماً، على تفاوت بين القديم والحديث، كتفاوت وجود الوازع الديني بين القديم والحديث.

هذا، ويتساءل الناس عما يمكن أن يسمح به الشرع من تعويض الدائن عما لحق به من ضرر جرّاء ملاحظة المدين، أم أن التعويض لا يعدو كونه صورة من صور الربا التي تفتن عصرنا في إبداع صور عديدة له؟ وكنت قد تحدّثتُ عن مبدأ التعويض في تمهيد البحث<sup>(٢)</sup>، وتبين أن الفقه الإسلامي يقبل مبدأ التعويض، غير أنني لم أبحث في ذلك التمهيد ما إذا كان الفقه يقبل بالتعويض عن ضرر المظل، وهو ما سأبحثه هنا إن شاء الله تعالى.

هذا، وثمة نواحٍ للتعويض، بعضها كثر القائلون به أكثر من بعض، رغم منع جماعة من العلماء لما أباحه غيرهم من هذه النواحي؛ وبعض نواحي التعويض مَنع منها التذرع إلى الربا، رغم ما يظهر من سياق كلام بعض العلماء من ميل إلى أصل جواز مثله، ولولا أنه قد يكون ذريعة إلى الربا، لأباحوه.

لكن، لا بد من تحديد محل البحث، ولا بد من النظر فيما إذا بحثت المسألة قديماً، وذلك لدخول الموضوع من خلال استعراض نواحي التعويض المبحوثة عند العلماء، ثم تلخيص اجتهادات العلماء، مع بيان أدلتهم ومناقشتها، وبيان المصير الذي صارت إليه؛ كل ذلك في الفروع الخمسة التالية:

---

(١) ذكره ابن منظور في لسان العرب، (١٦٣٩/٣)، ولم ينسبه؛ والغريم، كما في اللسان، (٣٢٤٧/٥)، هو الذي له الدين، والذي عليه الدين جميعاً، والأرزن: شجرٌ صُلْبٌ تَتَّخِذُ منه عَصِيٌّ صُلْبَةٌ، فيكون معنى البيتين: إني لا أقضي الغريمَ دينه، إلا العصا الصُلْبَةَ، فأضربه بها.

(٢) يُنظَر: (١٢-٢٥).

## الفرع الأول: تحديد محلّ البحث

لقد قصرْتُ البحثُ هنا للحديث عن شاكلة من الضرر الواقع على الدائن من جرّاء تأخير الدّين، بحيث يكون التأخير ضارًّا به حقيقة، كما هو حال متوسّطي الدخل مثلا، أولئك الذين يتضرّرون فعلا بتأخّر ما لهم في أيدي مديّنيهم، كأن يكون ما لدى الواحد منهم مثلا عشرة آلاف دينار، وله في يد مديّنه عشرة آلاف أخرى، وتضرّر مشروع زواجه مثلا، إذ لم تكفه العشرة التي في يديه لإتمام مشروعه في الزواج؛ أو تضرّر مشروع صفقة كان يريد أن يشارك فيها؛ أو أعلن إفلاسه، وحُجر على ماله، نتيجة ديون أخرى عليه، والحال أن له في أيدي الناس أموالا لسداد ما عليه للآخرين؛ وما أشبه هذه الأحوال.

هذه الشاكلة من الضرر، لا تنفي وجود غيرها من أصناف الضرر، تصيب صاحب الثراء الكبير، بل ذاك يصيبه ضرر بالمطل أيضا، لكنّه ضرر لا يؤدّي به إلى مثل ما ذكرتُ من ألوان التضرّر فيمن هو متوسّط الحال، وغاية ضرره أن يغيب عنه ماله غيابا لا يقبله..

إلا إذا تعلق بهذا الدائن المملوء شيء من الواجبات، تستحوذ على ما عنده، بحيث يؤدّي المطل إلى تقصير بهذه الواجبات، فيقع في الحرج القانوني أو الاجتماعي مثلا، كأن تتصوّر مليئا قتل مجموعة من الناس بالخطأ، واقتضاه هذا أن يدفع مبالغ ضخمة، وله على جماعة من الناس ما يمكن أن يُسهم في قضاء ما لحقه من بلاء، فماتل هؤلاء، فما لحق به قد لحق بما معه من السيولة والملاءة، حتى تضرّر الضرر المذكور، الذي أسهم في التسبب به مديّنه المماطل؛ ومثل هذا يدخل في موضوع بحثي.

وإنما جعلتُ الأمر مرتبطا بمن أصابه ضررٌ فعلي جرّاء المطل، ولم أجعله للبحث عن تعويض المطل عامّة، لأنني لم أتصوّر مكانا لدعوى تعويض عن ضرر ناتج عن مطل، والحال أن خزائن ذلك الدائن تمتلئ بالمال، وتمتلئ أرقام حساباته بالسيولة، فهذا لا يستحق أن يدّعي أن ضررا فعليا أصابه، فماله الوفير شاهدٌ بخلاف الدعوى؛ وأخشى أن يكون التعويض في مثل حال هذا ذريعة إلى الربا المحرّم نصًّا وإجماعا؛ ومثل هذا يكفيه ما نصّ عليه العلماء قديما من حصر عقوبة مطل الغني في الحبس.

وهذا شرط أن يكون المدين قادرا على الوفاء بما في ذمّته، فإن كان عاجزا فلا محل للتعويض أصلا، بل لا محل للمطالبة بذات الدّين، لأنّ المطالبة هنا تتنافى مع قوله تعالى: (وإن كان ذو عسرةٍ فنظرةٌ إلى ميسرة)، وتتنافى كذلك مع ندب القرآن إلى التصدّق، فتتمّة الآية تقول: (وأن تصدّقوا خيرا لكم)، (البقرة: ٢٨٠).

إنه في حدود ما مضى بيانه يدور هذا المبحث برؤيته، رغم ما قد يتناوله استتباعا من بعض المسائل القريبة، التي يخدم تناولها، ولا بدّ، المسألة محل البحث ذاتها.

## الفرع الثاني: هل يحدث المسألة قديماً؟

يرى العلامة الزرقا أن هذه المسألة لم تكن قد بُحِثت فيما مضى من تراث الفقه الإسلامي، ويُرجع الزرقا عدم بحثها في تراثنا الفقهي إلى ثلاثة أمور، أهمها في تقديري: حساسيتها، إذ قد تشبّه بالربا الذي يأخذ فيه المرابي مقابل الأجل<sup>(١)</sup>، وهي حساسية عظيمة، ينفر منها الوجدان الإسلامي نفورا، يجعله في بحث مثل هذه المسألة أقرب إلى إثارة تركها، أو إلى إثارة التشدد فيها، خشية الوقوع فيما جعله الله تعالى من أكبر الكبائر.

غير أن الدكتور زكي الدين شعبان نقل ما يفيد أن المسألة مبحوثة في التراث الفقهي الإسلامي، بخلاف ما نحا إليه كلام العلامة الزرقا، فقد نقل الدكتور شعبان نصّا عن الفقيه المالكي محمد بن محمد بن عبد الرحمن الشهير بالخطاب يتضمن أن المدين «إذا لم يفِ الدائن حقه في وقت كذا، فله عليه كذا وكذا»<sup>(٢)</sup>، ونقل عن الخطاب المالكي قوله في هذه المسألة: «إن هذا الالتزام لا يُختلف في بطلانه، لأنه صريح الربا»<sup>(٣)</sup>.

ولا يظهر في تقديري انطباق الحالة التي يتحدّث عنها العلامة الخطاب على موضوع البحث، ذلك أن موضوع البحث يدور حول المتأخر مماثلة مع قدرته على السداد، وليس عن مجرد التأخر، كما هو ظاهر من كلام الخطّاب؛ قال الزرقا: «يجب اليوم أن ينظر الفقهاء في مسألة إمكان التعويض على الدائن، من المدين المماطل»<sup>(٤)</sup>، ولا يوصف المدين بالمماطلة، إلا إذا كان قادرا على السداد.

إن هذا يُرجعنا إلى كلام العلامة الزرقا، وهو الخبير المجتهد، العارف بتراث الفقه الإسلامي معرفة قلّ نظيرها، وهو ما يدعو إلى اعتبار المسألة من المسائل الجديدة، التي لم تبحثها عصور الفقه الإسلامي القديمة؛ وهذا كله يقضي بضرورة بحثها بتوازن يأمر به الشرع: فلا يحيف الخوف من الربا عليها، فيجعلها نظيرا له دون مسوّغ، ولا تحيف دعوى التوسّط على حقيقة الربا، فيصرفها صرفا مطلقا عن الربا، إن كان له فيها نصيب؛ إن هذا يدعو إلى مزيد من النظر والاجتهاد، للخروج بما يُرضي الله.

---

(١) هل يُقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟ لمصطفى أحمد الزرقا، (١٠٥)؛ والسببان الآخران اللذان ذكرهما الزرقا هما: أنه لم يكن للمسألة من الأهمية والتأثير في الماضي مثل ما لها في الحاضر؛ والثاني: قدرة صاحب الحق على الوصول إلى حقه سريعا، إذ سرعان ما كان القاضي يُصدر أمرا بإحضار المدين، بخلاف الأمر في عصرنا، فإنه يأخذ إجراءات قد تدوم سنين، ويقدر في مقابلها المدين على تأجيل المحكمة عبر محاميه؛ يُنظر: المرجع نفسه، (١٠٤-١٠٥).

(٢) تعليق الدكتور زكي الدين شعبان على بحث العلامة الزرقا: هل يُقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟ مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، المجلد الأول، الصادر عام ١٩٨٩م، (٢١٥).

(٣) المرجع نفسه، (٢١٥).

(٤) هل يُقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟ لمصطفى أحمد الزرقا، (١٠٥).

### الفرع الثالث: آراء العلماء في التعويض

لقد تقرّر النهي عن المطل، بل عدّه البعض من الكبائر، فذكره ابن حجر الهيتمي الفقيه في زواجه، واعتبره صريح الحديث الذي ينصّ على أن مطل الغني ظلم<sup>(١)</sup>.

وها هنا أستعرض تلك الآراء، وما وجدته من قبول أو عدم قبول العلماء لكل منها؛ ولقد رأيتُ أنها تنقسم إلى ثلاثة آراء، غير أن بعضها يتوزّع في أكثر من قول، ليبدو الأمر كما لو كانت تعبيراً عن آراء متعدّدة، وليس عن رأي واحد؛ غير أنني جعلتها ضمن رأي واحد فحسب، لأجل أنني قصدتُ البحث عن مسألة التعويض مجردة، أي فيما إذا كانت مسألة التعويض جائزة عن العلماء أم لا، فانقسمت الآراء على هذا الأصل إلى الثلاثة آراء، فأحدها يميز التعويض، والآخر لا يميزه، والثالث: يمنع منه، ويجادل طرح حلول عقابية غير تعويضية؛ على أن في الأقوال المعبرة عن كلّ من هذه الآراء، اختلافاً في ناحية من النواحي، قد يصلح أن يجعل منه رأياً قائماً بذاته، لكنني أغفلتُ اعتباره رأياً بذاته، لما أشرتُ إليه من أنني قسمتهما على أساس إباحة التعويض أو عدمها.

إنه لا بد من استعراض أدلة كلّ من الفرقاء أصحاب تلك الآراء بعد استعراض قول كل منها، وذلك في مطلب تال إن شاء الله تعالى؛ ومن ثم مناقشتها في مطلب لاحق إن شاء الله تعالى، لأقتصر هنا على بحث الآراء الثلاثة المشار إليها:

### الرأي الأول: إباحة التعويض عن ضرر المطل

وهو يتمثل في قول جماعة من علماء العصر، ومنهم، فيما اطّلتُ: الأستاذ العلامة مصطفى الزرقا، والعلامة الشيخ عبد الله بن منيع، والدكتور الصديق محمد أمين الضرير، والدكتور زكيّ الدين شعبان، والدكتور محمد زكي عبد البرّ؛ ونقله بعض الباحثين عن الشيخ عبد الحميد السائح، غير أنه لم يوثق النقل عنه<sup>(٢)</sup>؛ ونقله أيضاً عن الدكتور الشيخ يوسف القرضاوي<sup>(٣)</sup>.

(١) الزواجر عن اقتراف الكبائر، لابن حجر الهيتمي، (١/٥٧٠).

(٢) يُنظر: عقد القرض ومشكلة الفائدة، لمحمد رشيد علي بوغزالة الجزائري، (١٩٦).

(٣) نسب الدكتور محمد رشيد بوغزالة في كتابه عقد القرض ومشكلة الفائدة، (١٩٦)، إلى القرضاوي القول بجواز تعويض الدائن عن ضرر المطل، ومرجعه هو مداخلة القرضاوي على أثر عرض البحوث المتعلقة بالموضوع، والتي طرحت في ندوة مجمع الفقه الإسلامي بالدوحة في كانون ثاني عام ٢٠٠٣م، غير أن كلام القرضاوي غير واضح الدلالة على الجواز، كل ما هنالك أن القرضاوي ذكر آراء عديدة، جاءت جميعها في سياق البحث أعلاه، ومنها القول بالتعويض، والقول بأن يؤخذ من المماثل مبلغ لصندوق الزكاة، أو لنحوه من أبواب البرّ، وغاية ما قاله القرضاوي في مسألة الشرط الجزائي المتعلق بالمطل:

هذا، ويتفاوت قول كثير من هؤلاء في بعض الجزئيات المتعلقة بالتعويض، وفي شرط صحته شرعا، وهذا يقتضي أن أستعرض أقوالهم، وهي فيما بدا لي كما يلي:

### **القول الأول: إباحة الاتفاق على تعويض ما فات من منفعة الدين عند عقد سببه: أعني السبب**

الذي جعل مالا ما في ذمة المدين، وهو يتمثل في أسباب عديدة، أهمها: ما ينشأ عن قرض، وما ينشأ عن بيع بثمن مؤجل يكون في الذمة؛ وهذا القول هو أوسع الأقوال في المسألة، وسعته جاءت من ناحيتين: الأولى: إباحة الاتفاق مسبقا على التعويض على المطل عند عقد سبب الدين؛ والثانية: إباحة التعويض عن المنفعة المفترضة للمال الذي بيد المدين المماطل.

هذا القول هو رأي الشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع، عضو هيئة كبار العلماء بالسعودية، فقد قال بصراحة: «وإن تضمن عقد الالتزام بالحق شرطا جزائيا لقاء المماطلة واللي<sup>(١)</sup> بقدر فوات المنفعة، فهو شرط صحيح واجب الوفاء»<sup>(٢)</sup>، فمجال التعويض عنده يشمل منفعة المال المفترضة، فيما لو كان هذا المال بيد صاحبه؛ كما صرح بوضوح، وكما سيأتي من استدلالاته؛ وقوله هذا يتضمن أكثر من مجرد الاتفاق عند حصول المطل فعلا على التعويض، الذي يبيحه ابن منيع من باب أولى، فقد صرح بأن يضمن المدين ما ينقص على الدائن بسبب مماطلته<sup>(٣)</sup>؛ وسيأتي الحديث في هذه الناحية في فرع قادم إن شاء الله تعالى، إذ قال بمثل هذا القول غير ابن منيع أيضا؛ أقول: قول ابن منيع يتضمن أكثر من مجرد الاتفاق عند وقوع المطل فعلا على التعويض، إذ تضمن الاتفاق المسبق على هذا التعويض عند عقد سبب الدين، في حالة وقوع المطل مستقبلا.

### **القول الثاني: إباحة التعويض القضائي عن ضرر ذهاب الربح المحتمل دون اشتراط التعويض**

**في العقد:** وهو رأي العلامة مصطفى أحمد الزرقا، وهو القول الثاني في مقدار السعة، ولم ألقه بالأول في السعة، إذ ذلك القول، وهو للشيخ ابن منيع، يبيح الاشتراط في مستهل العقد على التعويض، وليس كذلك قول الزرقا.

---

«إنما إذا استطعنا بالشرط الجزائي، والشرط الجزائي له أصل شرعي في قضية العربون، وكتب فيه الكثيرون»، الكلام غير واضح تماما، وهو كلام ارتجالي في مداخلة ارتجالية، ومن العسير نسبة رأي ما بوضوح بناء عليه؛ يُنظر كلام القرضاوي في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، (٤/٦٦٩)، هذا، وسيأتي حين استعراض أقوال المحرمين للتعويض عن ضرر المطل، أنه يفهم من كلام القرضاوي غير هذا المنقول عنه أعلاه.

(١) سيأتي في الصفحة (١٧٨)، معنى كلمة اللي، عند ذكر حديث: (لي الواجد..).

(٢) مشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية، لعبد الله بن سليمان المنيع، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، عدد: ١٤،

١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م، (٤/٥٤١)، وسرد هذا المرجع فيما يأتي دون ذكر مجلة المجمع وتاريخها ورقمها.

(٣) المرجع نفسه، (٤/٥٤١).

لقد ذكر الأستاذ الزرقا أن مبدأ تعويض الدائن عما لحقه من ضرر نتيجة ملاحظة المدين القادر على وفاء الدين في مواعده، مبدأ مقبول من الناحية الفقهية، وشبهه المماطل بفعل الغصب من الغاصب، ووصفه بأنه ظالم<sup>(١)</sup>.

أما عمّ يعوّض الدائن الذي موطل في سداد حقّه، فلقد رأى العلامة الزرقا أنه يعوّض عما كان سيربجه لو كان ماله في يده، ولم يتأخّر سداؤه، وهو مثل ما مضى من قول ابن منيع؛ وكان العلامة الزرقا يميل بوضوح إلى جواز الاتفاق مسبقا على مثل هذا التعويض، كما هو رأي ابن منيع، لولا ما رأى من أن إباحة مثل هذا الاتفاق المسبق سيكون ذريعة إلى الربا، ويظهر أنه لأجل هذا المحذور، اتّجه اجتهاده إلى عدم جواز تقدير مقدار الضرر الناتج عن المطل والاتفاق عليه مسبقا، رغم قوله بجواز التعويض أصلا عن المطل؛ فالعلامة الزرقا يقترح طريقتين لتقدير الربح الفائت بالتأخير، وهما: أولا: طريقة الاتفاق المسبق على التعويض، ثانيا: طريقة القضاء<sup>(٢)</sup>؛ ولكنه يعود على طريقة الاتفاق المسبق بالمنع، ويقرّر أن فكرة التعويض إذا أقرّت فقهيا، بأن يُحدّد التعويض باتفاق مسبق، فإنه ينبغي منع مثل هذا الاتفاق المسبق على التعويض، حتى لا يكون ذريعة إلى الربا، بأن يتفق المقرض والمقترض على نسبة ربوية معينة، يلبسأها فيما بينهما ثوب الاتفاق على التعويض الجزائي على المطل، فينعقد القرض بينهما ظاهرا على مدة قصيرة، متفاهمين ألا يدفع المدين في هذه المدّة، ليحسب التأخر المتفق عليه كما لو كان تعويضا عن ضرر أصاب الدائن، وهو في الحقيقة اتفاق ربوي فيما بينهما، أو بقصد من المقرض على الأقل، يقصد المراباة تحت تلك الذريعة؛ قال العلامة الزرقا بعد أن قرّر تحوّفه من ذريعة الربا تلك: «فلذلك لا يجوز في نظري إذا أقرّت فقها فكرة التعويض عن ضرر التأخير، أن يحدّد هذا التعويض باتفاق مسبق، بل يجب أن يناط تقدير التعويض بالقضاء، تقدّره المحكمة عن طريق لجنة خبراء محلّفين»<sup>(٣)</sup>.

وهي التفاتة ضرورية من العلامة الزرقا، فرغم أنه يبيح التعويض أصلا، ورغم أنه، وفيما يظهر من كلامه، يكاد يبيح الاتفاق على قدر التعويض بين الدائن والمدين، إلا أنه منعه من الإفتاء بجواز مثل هذا المسلك ما ذكره من ذريعة الربا التي سيتسرّب عبرها المرابون لا محالة<sup>(٤)</sup>.

(١) هل يُقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟ لمصطفى أحمد الزرقا، (١١٢).

(٢) المرجع نفسه، (١١٠).

(٣) المرجع نفسه، (١١٠-١١١).

(٤) يظهر لي أن ثمة من لم يجرّر تماما رؤية العلامة الزرقا، كما أوضحته، فنسب إليه أمر جواز التعويض دون أن يفرّق بين أمرين فرّق بينهما العلامة الزرقا، وهما اللذان مضيا، فأحدهما: منع الزرقا الاتفاق المسبق على التعويض، والثاني: هو إباحته التعويض عند وقوع الضرر فعلا؛ يُنظر: صيانة المديونيات، لمحمد عثمان شبير، (٢/٨٦٠-٨٦٤)، إذ لا يبدو من عرضه لموقف العلامة الزرقا ذلك التفريق المشار إليه.



### القول الثالث: إباحة الاتفاق على التعويض عن ضرر مادي واقم فعلا بسبب المطل: وهو قول

الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، وقوله هذا، وإن كان إجابة عن مسألة تتعلق بديون البنوك، إلا أنها لا تخرج عن جملة البحث الذي أنا بصددده، إذ إن ديون البنوك جزء من المشكلة التي يسعى هذا المبحث إلى دراستها.

هذا، وبعد أن قرّر الدكتور الصديق الضرير عدم جواز الاتفاق المسبق بين البنك وعميله على أن يدفع العميل مبلغا محددا أو نسبيا من المال، فيما إذا تأخر عن الوفاء في الوقت المحدد، بعد ذلك قال: «يجوز أن يتفق البنك مع العميل المدين على أن يدفع له تعويضا عن الضرر الذي يصيبه بسبب تأخره عن الوفاء، شريطة أن يكون الضرر الذي أصاب البنك ضررا ماديا وفعليا<sup>(١)</sup>، وأن يكون العميل موسرا وممطلا<sup>(٢)</sup>؛ والضرر اللاحق بالمدين ها هنا، وهو في مثاله: البنك؛ هو ذهاب ما يمكن أن يناله من ربح في التجارة بماله، فيما لو كان ماله معه، فهو في هذه الناحية شبيه بقول العلامتين الزرقا وابن منيع، المعروض سابقا؛ هذا رغم نصّه على أن الضرر المعوّض عنه يجب أن يكون ضررا ماديا، وفعليا.

### القول الرابع: إباحة التعويض عن حقوق الضرر الفعلي غير المألوف بالدائن: كأن يكون الدائن

اعتمد على وفاء مدينه الدّين في وقته المتفق عليه، فماتل المدين، وأدى ذلك إلى فوات صفقة كان يعتمد في إتمامها على ما سيأتيه من ماله عند مدينه؛ أو يكون الدائن مدينا، وأدت مماتلة مدينه إلى حجز أمواله، وما شابه تلك الصور؛ وهو رأي الدكتور زكي الدين شعبان<sup>(٣)</sup>، الذي ذكر أنه أخذ بقوله هذا: القانون المدني الكويتي الذي جرى تطبيقه ابتداء من عام ١٩٨١م، وكان الدكتور شعبان قد طرح هذا الرأي بعد أن سئل عن التعويض عن مماتلة المدين، وحصر ذلك بالمدين الميسور القادر على أداء الحق<sup>(٤)</sup>.

(١) تسويد الخطّ هنا من الدكتور الضرير، تأكيدا منه على مادّية الضرر وفعليته، وألا يكون معنويا ومحتملا.

(٢) الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماتلة، للصديق محمد أمين الضرير، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي،

العدد الأول من المجلد الثالث، الصادر عام ١٩٨٥، (١١٧-١١٨).

(٣) يظهر لي أن الدكتور محمد عثمان شبير لم يجرّ رؤية الدكتور زكي الدين شعبان تماما، ففي بحثه: صيانة المديونيات،

(٨٦٦/٢)، المشار إليه سابقا، فقد ذكر أن الدكتور شعبان لا يرى التعويض بعد وقوع الضرر، والحقيقة هي ما أثبتّه أعلاه

حول رأي الدكتور شعبان، فهو لم يرفض التعويض مطلقا، إنما رفض تعويض الدائن عما كان سيربحه لو كان ماله في يده، أما

الضرر الذي يؤدّي إلى ضرر فعلي، كفقده المشاركة بصفقة بسبب مطل مدينه، فقد أباح التعويض عنه الدكتور شعبان.

(٤) ذكر ذلك كلّه الدكتور زكي الدين شعبان في بحثه: هل يُقبل شرعا الحكم على المدين المماتل بالتعويض على الدائن؟

مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، المجلد الأول، الصادر عام ١٩٨٩م، (٢١٦-٢١٧).

وهذا لا يتنافى مع ما قرره الدكتور شعبان من تحريم اتفاق «الدائن مع المدين على دفع مبلغ من المال إذا تأخر في الوفاء بالمدين عن التاريخ المحدد للوفاء»، قال الدكتور شعبان: «فإن هذا الاتفاق لا يجوز»<sup>(١)</sup>؛ أقول: هذا لا يتنافى مع ما مضى من قول الدكتور شعبان، ذلك أنه إنما أباح التعويض عن ضرر فعلي واقع على الشاكلة التي ذكرها، ودون اتفاق مسبق عليه عند عقد الدين، وحرّم الاتفاق المسبق على التعويض عن التأخر، والفرق واضح بين الأمرين.

ورفض الدكتور شعبان التعويض عما كان سيحصل عليه الدائن من الربح، فيما لو لم يماطل المدين<sup>(٢)</sup>، وهو الرأي الذي سبق أن طرحه العلامة الزرقا، والعلامة ابن منيع، والدكتور الضرير.

ومثل قول الدكتور شعبان في تقديري: قول الدكتور محمد زكي عبد البرّ، فبعد أن صرح بمنع جواز التعويض على مجرد الماثل، قال: «ويجوز هذا التعويض إذا أثبت الدائن حصول ضرر له نتيجة هذا الماثل بالأدلة الشرعية، كأن أدى به ذلك إلى إخلاله بالوفاء بما عليه هو للغير، مع علم مدينه المماطل بذلك، كأن يبيع ماله للدائن جبرا بئمن بخس، أو أشهر إفلاسه»<sup>(٣)</sup>؛ ورفض الدكتور عبد البرّ اجتهاد العلامة الزرقا، القاضي بتعويض الربح المفترض، ومما قاله في رفضه له: «وإن سدّ الذرائع يوجب علينا القول بعكس ما قاله الأستاذ الزرقا»<sup>(٤)</sup>.

هذا ما وقفتُ عليه من أقوال مبيحي التعويض، وسأتي بعد فقراتٍ إلى بيان دليل إباحة التعويض إن شاء الله تعالى، وذلك عند استعراض الأدلة.

### الرأي الثاني: تحريم التعويض عن ضرر الماثل

وهو في مجمله رأي معظم فقهاء العصر، وهو الرأي الذي مالت إليه مجامع فقهية ذات مكانة وشهرة بين المسلمين.

إن هذا الرأي يقرّر منع مثل هذا التعويض بأية صورة من الصور التي يستفيد منها الدائن، وهو الرأي الشائع الذائع، والذي عليه جمهرة أهل العلم في عصرنا فيما يظهر لي، وهو الرأي الذي يظهر من كلام العلامة

---

(١) الشرط الجزائي في الشريعة والقانون، لزكي الدين شعبان، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، السنة الأولى، العدد الثاني، ١٩٧٧م، (١٣٦).

(٢) هل يُقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟ لزكي الدين شعبان، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، المجلد الأول، الصادر عام ١٩٨٩م، (٢١٨).

(٣) رأي آخر في مظل المدين: هل يلزم بالتعويض؟ ل محمد زكي عبد البرّ، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، المجلد الثاني، الصادر عام ١٩٩٠م، (١٧٠).

(٤) المرجع نفسه، (١٧٠).

القرضاوي حفظه الله تعالى، فهو، وإن لم يذكر تحريم هذا التعويض صراحة فيما وقعت عليه من كلامه، إلا أنه اعتبره بمثابة الفائدة التي تؤخذ من المدين الذي يتأخر عن سداد ديونه، واعتبارها بمثابة الفائدة، يفيد تحريمها عنده؛ وكان القرضاوي يجيب عن سؤال عن غرامة التأخير بالنسبة للمماطلين في سداد الأقساط الواجبة عليهم في وقتها<sup>(١)</sup>.

وهو قول الدكتور نزيه كمال حماد، ذكره أثناء رده على العلامة الزرقا<sup>(٢)</sup>؛ وهو كذلك رأي الدكتور علي محيي الدين القره داغي، ذكره في بحثه الطويل المنشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي<sup>(٣)</sup>؛ وهو كذلك رأي الدكتور محمد عثمان شبير، في بحث له بعنوان: صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي<sup>(٤)</sup>.

وهذا الرأي هو كذلك رأي المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي، الذي قرره في دورته الحادية عشرة، والمنعقدة في مكة المكرمة في الفترة بين ١٣-٢٠ رجب ١٤٠٩هـ، قال في قراره: «إن الدائن إذا شرط على المدين، أو فرض عليه، أن يدفع له مبلغا من المال، غرامة مالية جزائية محدّدة، أو بنسبة معينة، إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدّد بينهما، فهو شرط أو فرض باطل، ولا يجب الوفاء به، بل ولا يحلّ، سواء كان الشارط هو المصرف أو غيره، لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه»<sup>(٥)</sup>؛ وهو كذلك رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي، فقد أصدر في مؤتمره السادس بجدة في الفترة بين ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠هـ، قرارا بشأن بيع التقييط، وفي هذا القرار: «إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد، فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق، أو بدون شرط، لأن ذلك ربا محرّم»<sup>(٦)</sup>.

---

(١) فتاوى معاصرة، ليوسف القرضاوي، فتوى بعنوان: غرامة التأخير، (٤٢٦/٣)؛ وسبق في تعليقه ماضية أن أحد الباحثين نسب إلى القرضاوي غير هذا الرأي، ليرجع إليها في محلها من عرض القول المبيح للتعويض.

(٢) ذكر الدكتور نزيه حماد رأيه المانع من التعويض عن المماطلة في أكثر من موضع، فعلى سبيل المثال يُنظر رأيه في بحثه بعنوان: المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء، وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطلة، نشره في مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، الصادر بجدة، عام ١٩٨٥م، المجلد الثالث، العدد الأول، (١٠٧-١١٥)، ونشر رده هذا أيضا في كتابه: دراسات في أصول المدائيات، (٢٨٥-٢٩٨)، وينظر كتابه: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، (٣١٩-٣٥٩)، فقد تحدث فيه عما يمكن أن يتخذ من إجراءات في حق المماطل، عقوبة له على المماطلة، وليس من بينها التعويض عما لحقه من ضرر، وختمها برفضه لفكرة التعويض.

(٣) يُنظر: مشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية، لعلي محيي الدين القره داغي، نشرته مجلة المجمع الفقهي الإسلامي في ع ١٤، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م؛ وسيذكر هذا المرجع فيما يأتي دون ذكر مجلة المجمع ورقمها وتاريخها.

(٤) صيانة المديونيات، لمحمد عثمان شبير، (٨٧٣/٢-٨٧٤).

(٥) نقل نصّ هذا القرار الدكتور القره داغي، في مشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية، (٤/٤٦٥).

(٦) نقل نصّ هذا القرار الدكتور علي محيي الدين القره داغي، في المرجع نفسه، (٤/٤٦٥).

إنه يظهر من أخذ هذين المجمعين العلميين بعدم إباحة التعويض، أن هذا القول المانع هو قول جمهرة أهل العلم في عصرنا.

### الرأي الثالث: إباحة عقوبة المماطل بغير تعويض للدائن

ويدور مقصد أصحاب هذا الرأي في جهتين اثنتين: الأولى: بجانب الربا، والثانية: إيجاد حل عملي لمشكلة الماطل؛ فمن جهة لا يختلف هذا الرأي مع الرأي السابق المحرّم للتعويض؛ ومن جهة أخرى، لا يكتفي بالوقوف عند تحريم التعويض، بل يحاول حل المشكلة بعيدا عن الربا، وأيضا بعيدا عما يمكن أن يسمّى حلا تقليديا لمشكلة الماطل، وهو المتمثّل بحبس المماطل.

ويتقاسم هذا الرأي أقوالاً ثلاثة، وألحظ في القولين الثاني والثالث منها، أن التعويض الذي منعاه فيما يبدو منهما، يعود مباحا، لكن بطريقة بعيدة، فالثاني فيما يظهر: يبيح هذا التعويض على شاكلة صندوق تتجمع فيه غرامات المدينين، ويستفيد الدائن من هذا الصندوق، فيكون في الحقيقة مستفيدا من ذلك التبريم تعويضا عما فاته من ضرر الماطل، رغم قول صاحب هذا القول بمنع التعويض أصلا، لأنه ربا.

أما القول الثالث من الأقوال التي يتقاسمها هذا الرأي، فهو يبيح إلزام المدين بقرض لصالح الدائن، يتساوى مقدارا ومدة مع الدين الذين كان عليه فمطله؛ وهو في الحقيقة تعويض على شاكلة ما، تختلف عن غيره من أشكال التعويض؛ وهذا القول والذي سبق ذكره، ذكرها هنا لتصريح أصحابها بمنع التعويض أصلا. هذا، والأقوال الثلاثة التي تتقاسم هذا الرأي هي:

١- جواز تضمّن عقود المداينات على شرط جزائي مالي ليس لحساب الدائن: وهو ما يعني عدم إباحة تعويض الدائن عما أصابه من ضرر الماطل، وهو رأي الدكتور علي أحمد السالوس<sup>(١)</sup>، وبه يجمع بين الخروج من الربا، وبين معاقبة المماطل.

٢- جواز معاقبة المماطل لصالح صندوق خاصّ ينشئه ولي الأمر: وهو رأي الدكتور محمد نجاة الله صديقي، وغايته الجمع بين البعد عن الربا، وبين معاقبة المماطل؛ وعلى هذا القول يرفع الدائنون المتضررون بالمماطلة أمرهم إلى ولي الأمر، ليعينهم جرّاء تضرّرتهم بالمماطلة من هذا الصندوق<sup>(٢)</sup>.

---

(١) يُنظر رأي الدكتور السالوس في بحث: التعويض عن ضرر المماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد، لمحمد أنس الزرقا ومحمد علي القرى، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، المجلد الثالث، الصادر عام ١٩٩١م، (٣٦)، وذكر الكاتبان في تذييلات بحثهما أن الدكتور السالوس أبدى لهما رأيه في محادثة شفوية.

(٢) يُنظر رأي الدكتور صديقي في بحث: التعويض عن ضرر المماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد، لمحمد أنس الزرقا

وذكر العلامة القرضاوي أن اقتراح مثل هذا الصندوق، جاء بناءً على ما قاله العلامة الخطّاب من المالكية<sup>(١)</sup>، غير أن الدكتور صديقي لم ينسبه إلى العلامة الخطّاب!

**٣- جواز إلزام الماطل بقرض لدائنه مؤجلاً بمقدار مدة الماطلة:** ويمكن جعل هذا القول مع الأقوال المبيحة للتعويض، غير أنه لما كان قولاً لا يتضمن تعويضاً بمعنى إعطاء الدائن عوضاً عن خسارته بسبب مطل المدّين، رأيتُ الأنسب وضعه في ضمن الأقوال المحرّمة للتعويض.

وهو رأي الأستاذين محمد أنس الزرقا ومحمد علي القرني، ففي دراستهما: التعويض عن ضرر الماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد، قالوا: «يلزم المدّين الماطل قضائياً بأداء الدّين إبراء لذمته، كما يُلزم فوق ذلك بتقديم قرض حسن للدائن يساوي مقدار الدين الأصلي، ويكون مؤجلاً لمدة زمنية تساوي مدة الماطلة»<sup>(٢)</sup>.

### **الفرع الرابع: تلخيص هذه الاجتهادات**

يمكن تلخيص ما تقدّم من الاجتهادات فيما يلي:

١- إباحة الاتفاق المسبق على التعويض عن الضرر اللاحق بالمدّين نتيجة المطل، بما فيه ذهاب ربحه المفترض لو كان ماله بين يديه، وهو قول العلامة ابن منيع.

٢- إباحة هذا التعويض، لكن دون اتفاق مسبق عليه، وإنما بتقدير الخبراء للضرر بعد وقوعه، وهو قول بعض العلماء، غير أنهم تمايزوا عن بعضهم، فذهب بعضهم إلى تعويض الدائن عن ذهاب الربح المفترض لماله لو كان ماله عنده، وهو قول الزرقا والضريري؛ وذهب آخرون إلى منع هذه الحالة، مكثفين بجواز التعويض عن ضرر واقع فعلاً بسبب المطل، وهو قول الدكتور زكي الدين شعبان، والدكتور محمد زكي عبد البرّ.

٣- تحريم جنس التعويض بأي صورة كان، وهو قول المجمع الفقهي وجمهور علماء العصر.

٤- إباحة معاقبة الماطل عقوبة لا تتضمن تعويضاً للدائن إلا من جهة بعيدة، وهو قول جماعة من العلماء، على ما في أقوالهم من تفاوت في حدودها وشكلها في بعض الزوايا، كما تبين من هذه الأقوال.

---

ومحمد علي القرني، (٣٦)، وذكر الكاتبان في تذييلات بحثهما أن الدكتور صديقي أبدى لهما رأيه شفاهة.

(١) فتاوى معاصرة، ليوسف القرضاوي، فتوى بعنوان: غرامة التأخير، (٣/٤٢٦)؛ هذا، ولم أطلع على رأي العلامة الخطّاب في كتاب له، ولا أعلم في أي كتاب من كتبه هو، ولم يذكر القرضاوي مرجعه في نسبته إليه، ولا يبعد أن يكون كلام الخطّاب المذكوراً في كتابه الشهير: تحرير الكلام في أحكام الالتزام، وهو مطبوع في دار الغرب الإسلامي، غير أني لم أعثر على نسخة منه.

(٢) التعويض عن ضرر الماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد، لمحمد أنس الزرقا ومحمد علي القرني، مجلة جامعة الملك عبد

العزیز: الاقتصاد الإسلامي، المجلد الثالث، الصادر عام ١٩٩١م، (٤٤).

٥- إلزام المماطل بقرض لدائنه، يساويه مقداراً وأجلاً، غير أني كنت عند استعراض الأقوال، قد ألحقت هذا الرأي بالقول المذكور قبله ها هنا.

هكذا بدت هذه الاجتهادات، حسب هذا التلخيص، بعد استعراضها بتفصيل يناسب المقام.

### الفرع الخامس: بين الاجتهاد والتقنين

هذه الاجتهادات التي مضى ذكرها، تفتقر إلى تقنين في غالب الأحيان، إلا ما كان من رأي الدكتور زكي الدين شعبان، والذي يقرّر إباحة التعويض عن المطل الذي أدى إلى ضرر غير مألوف، على ما سبق نقله، فهو وحده الذي أخذ به تقنين عربي، هو التقنين المدني الكويتي.

هذا، والعلماء حينما يبحثون مثل هذه المسائل، لا يقصدون أنهم قد أهدوا مشكلة قائمة، وإنما يطرحون رؤاهم، حتى يختار واضعو القانون ما يرونه الأنسب والأقرب إلى الشرع، إن كانوا إنما ينطلقون من شرع الله، ولذا، فإنها تبقى مجرد اجتهادات تنتظر التقنين القاضي بأخذ أحدها دون الآخر، أو القاضي بالجمع بين أكثر من رأي منها؛ إلا الاجتهاد القاضي بتحريم هذا التعويض كلياً، فهو ما يمنع المؤمن من طلب التعويض إذا اقتنع به، غير أنه ليس الاجتهاد الصائب في تقديري، كما سيأتي بحثه في صفحات تالية إن شاء الله تعالى؛ غير أنه يمكن للتحكيم العرفي الأخذ بشيء من هذه الأقوال وتفعيله؛ وكذا يمكن التعاون بين المختصين لحل المشكلة دونما قضاء ولا تحكيم، على ضوء بعضها.

### المطلب الثاني: استعراض الأدلة

ولا بد من استعراض أدلة كل فريق، لتبين مرجعية كل منهم، وليقوم نقاش الأدلة فيما بعد، على بينة منها؛ ولكل وجهة هو موليها، ومرجع الجميع كتاب الله وسنة رسوله ﷺ؛ وها أنا ذا أستعرض الأدلة في الفروع الثلاثة التالية:

### الفرع الأول: أدلة إباحة التعويض

تدور أدلة إباحة التعويض على المماطلة حول نصوص وأصول ونظائر فقهية، سأجتهد في عرضها كما عرضها أصحابها، مع الإشارة إلى أنه ليس من شرط أصحاب ذلك القول، أن يكونوا قد ذكروا جميع الأدلة التالية، وإنما يكفي أن يذكرها بعضهم لاعتبارها ها هنا؛ وهذه هي الأدلة أذكرها كما يلي:

١- إطلاق العقوبة في حديث تحريم المطل: وهو الذي ورد في قوله ﷺ: (لِيُالْوَاجِدُ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعَقُوبَتَهُ)<sup>(١)</sup>، والحديث صحيح على قول البعض<sup>(٢)</sup>، حسن على قول آخرين<sup>(٣)</sup>.

قال الدكتور زكي الدين شعبان: «والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يَقم الدليل على تقييده، وهي بإطلاقها تتناول الحبس وغيره، من كل ما يؤدي إلى زجر المتلاعبين بالالتزامات التي يلتزمون بها..»<sup>(٤)</sup>؛ ويقول الشيخ عبد الله بن سليمان المنيع، عضو هيئة كبار العلماء بالسعودية: «ولئن فسّر بعض أهل العلم العقوبة بالحبس، وحلّ العرض بشكايته، فهو تفسير ببعض معاني العقوبة وأنواعها، ولكن العقوبة وحلّ العرض أعم وأشمل من أن تحصر في بعض معانيهما، إذ غرض العقوبة الزجر والردع، ودفع الظلم بما يقابل الضرر المترتب على الجناية المستوجبة للعقوبة»<sup>(٥)</sup>؛ وبتعبير آخر: العقوبة جاءت مطلقة، والمطلق يجري على إطلاقه، ما لم يَقم دليل التقييد نصّاً أو دلالةً، كما تقرّر في القواعد الفقهية<sup>(٦)</sup>.

٢- الأمر بالوفاء بالعقود والشروط: قال تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)، (المائدة: ١)، وهي تأمر بالوفاء بالعقود عامة، والشروط بضمنها، إذ الشرط عقدٌ في الحقيقة<sup>(٧)</sup>، فالعقد والشرط لا يحتاجان إلى دليل لإباحته بعد هذه الآية، وإنما الذي يحتاج إلى الدليل، هو منع عقد من العقود، أو شرط من الشروط.

٣- ثبوت صحة الاشتراط عموماً: وهو ما ورد دليلاً في قوله ﷺ: (المسلون على شروطهم، إلا شرطاً حرمّ حلالاً أو أحلّ حراماً)<sup>(٨)</sup>؛ ومعنى قوله: على شروطهم، أي ثابتون عليها، لا يرجعون عنها<sup>(٩)</sup>؛ ووجه الاستدلال به، هو ما أُلزم به الرسول ﷺ المسلمين من التمسك بما يكون بينهم من الشروط عامّة، إذا لم تُحلّ حراماً، ولم تحرمّ حلالاً؛ ويدخل في عموم الشروط شرط الدائن التعويض على مطلّ مدينه له.

---

(١) المسند، (١٤/١٤)، ح: (١٧٨٧٠)، و(٤٨٣/١٤)، ح: (١٩٣٤٨)، والنسائي، (٣٦٣/٧)، ح: (٤٧٠٣، و٤٧٠٤)، وأبو داود، (٣٠٨/٣)، ح: (٣٦٢٨)، وابن ماجه، (١٥١/٤)، ح: (٢٤٢٤)، ومستدرک الحاكم، (١٠٢/٤).  
(٢) صحّحه الحاكم، وأقرّه الذهبي، يُنظر: المستدرک الحاكم، وبهامشه تلخيص الذهبي، (١٠٢/٤).  
(٣) قال الحافظ ابن حجر: «وإسناده حسن»، يُنظر: فتح الباري، للحافظ ابن حجر، (٧٥/٥).  
(٤) تعليق الدكتور زكي الدين شعبان على بحث العلامة الزرقا: هل يُقبل شرعاً الحكم على المدّين المماطل بالتعويض على الدائن؟ مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، المجلد الأول، الصادر عام ١٩٨٩م، (٢١٧).  
(٥) مشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية، لعبد الله بن سليمان المنيع، (٥٢٨/٤).  
(٦) تُنظر قاعدة المطلق يبقى على إطلاقه ما لم يدلّ دليل على التقييد: شرح القواعد الفقهية، لأحمد محمد الزرقا، (٣٢٣).  
(٧) قال ابن القيم في تهذيب السنن، (١٤٨/٥): «فإن الشرط يُطلق على العقد نفسه».  
(٨) الترمذي، (٦٢٦/٣)، ح: (١٣٥٣)، وسبق تفصيل القول في تصحيحه في المبحث الثالث، الفصل الأول، (هـ ٩٩).  
(٩) تحفة الأحوذى، للمباركفوري، (٦٧١/٤).

#### ٤- تطبيق بعض التابعين لما تقدم من صحة الاشتراط: فقد طبق بعضهم العموم المتقدم لصحة الاشتراط

على بعض الشروط، كذلك الذي ورد في صحيح البخاري في باب: ما يجوز من الاشتراط والثنيا<sup>(١)</sup> في الإقرار والشروط التي يتعارفها الناس بينهم، فقد ذكر البخاري ما نصّه: «قال رجل لكرّيه<sup>(٢)</sup>: أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا، فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعا غير مكره، فهو عليه»؛ وذكر أيضا في الباب نفسه أن شريحا سئل عن رجل باع طعاما وقال: إن لم آتكَ الأربعاء فليس بيني وبينك بيع، فلم يجىء، فقال شريح للمشتري: «أنت أحلفت، فقضى عليه»<sup>(٣)</sup>.

ووجه الاستدلال ها هنا: هو أن القاضي شريحا أباح شرطا من الشروط التي يتعامل فيها أهل عصره، وهو فيما يبدو: استناد على ما تقدم من أن المسلمين عند شروطهم؛ فإذا أباح تابعي مثل ذلك الشرط الحادث، فلماذا لا تحل شروط حادثة أخرى؟

#### ٥- ضمان نقص سعر المصوب في الفقه الإسلامي: وهو قول عند الحنابلة، صحّحه العلامة عبد

الرحمن بن ناصر السعدي في فتاواه، فقد جاءه سؤال عن الغاصب، وهل يضمن ما نقص بالسعر؟ فأجاب: «قال الأصحاب: وما نقص بسعر لم يضمن؛ أقول: وفي هذا نظر، فإن الصحيح أنه يضمن نقص السعر، وكيف يغصب شيئا يساوي ألفا، وكان مالكه بصدد يبعه بالألف، ثم نقص السعر نقصا فاحشا، فصار يساوي خمسمائة: أنه لا يضمن نقص السعر، فيردّه كما هو»<sup>(٤)</sup>.

#### ٦- إباحة جعل تكاليف شكاية المظل على المدين نفسه: وهي مسألة نقلها المرادوي الحنبلي عن بعض

فقهاء الحنابلة، ومنهم ابن تيمية، تتعلق بمن عليه دفع تكاليف الشكاية على المظل، وأنها على المدين المماطل، قال المرادوي: «لو مظل غريمه حتى أحوجه إلى الشكاية، فما غرّمه بسبب ذلك يلزم المماطل، جزم به في الفروع، وقاله الشيخ تقي الدين أيضا»<sup>(٥)</sup>؛ وهذا لأن المماطل هو الظالم المبطل، إذا كان غرّمه في ذلك على الوجه المعتاد<sup>(٦)</sup>؛ وكان المستندين على قول ابن تيمية ها هنا يريدون أن يقولوا: إن تكليف المدين المماطل بغرم الشكاية التي يرفعها دائنه، لا تبعد كثيرا عن تغريمه على أصل المظل، إذ المظل هو سبب الشكاية برُمّتها.

(١) ذكر الحافظ في فتح الباري، (٤١٧/٥)، أن الثنيا هو الاستثناء.

(٢) الكريّ، هو الذي يكريك دابّته، والكراء: أجر المستأجر، بفتح الجيم؛ يُنظر: لسان العرب، لابن منظور، (٣٨٦٦/٥).

(٣) البخاري، (٢٦٧/٢).

(٤) الفتاوى السعدية، لعبد الرحمن بن ناصر السعدي، (٤٥١).

(٥) الإنصاف، للمرادوي، (٢٤٩/٥).

(٦) مشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية، لعبد الله بن سليمان المنيع، (٥٣٤/٤).



## ٧- إباحة استحقاق البائع للعربون بتراجع المشتري عن الشراء: وهي مسألة مشهورة عند الحنابلة

دون غيرهم، قال المرداوي: «الصحيح من المذهب أن بيع العربون صحيح، وعليه أكثر الأصحاب»<sup>(١)</sup>؛ وصورته التي صححها المرداوي أن يشتري شيئاً ويعطي البائع درهماً، ويقول له: إن لم آخذ هذا الشيء الذي اشتريته، فالدرهم لك<sup>(٢)</sup>، ونقل ابن قدامة عن الإمام أحمد قوله: لا بأس به، وفعله عمر رضي الله عنه<sup>(٣)</sup>.

ووجه الاستدلال بصحة بيع العربون عند من استند عليه في إباحة التعويض عن ضرر المثل، أنهما يجتمعان في تفويت منفعة على الدائن في مسألة المثل، وعلى البائع في مسألة العربون<sup>(٤)</sup>؛ فتعويض الدائن عن مقدار النقص الذي لحقه جراء الماطلة، شبيهه بقول الإمام أحمد رضي الله عنه في جواز أن يدفع المشتري دراهم، على أنه إن أخذ السلعة احتسب من الثمن.

## ٨- نفي الضرر والضرار في الفقه الإسلامي: وهو أصل تنبني عليه مسائل كثيرة، وأدلته عديدة،

ويكفي منها ما رواه ابن عباس وعبادة بن الصامت رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا ضرر ولا ضرار)<sup>(٥)</sup>، والحديث صحيح مشهور صححه الأئمة؛ والحديث، وإن كان ظنيًا باعتبار سنده، «إلا أن مضمونه يرقى إلى مرتبة القطعي، باستقراء الأحكام الواردة في الكتاب والسنة»<sup>(٦)</sup>؛ ولذا قال الشوكاني عن هذا الحديث: «فإنه قاعدة من قواعد الدين، تشهد له كليات وجزئيات»<sup>(٧)</sup>.

وحول وجه الاستدلال يذكر العلامة الأستاذ مصطفى الزرقا أن القاعدة الفقهية المستمدة من حديث: (لا ضرر ولا ضرار)، تقول: (الضرر يُزال)، وأنه لا يمكن إزالة هذا الضرر عمّن لحقه إلا بتعويضه، بل إن معاقبة المتسبب فعل قاصر، لا يفيد المضرور شيئاً، ولا يستفيد إلا بتعويضه، فالتعويض وحده هو الذي يزيل

(١) الإنصاف، للمرداوي، (٤/٣٤٥).

(٢) الإنصاف، للمرداوي، (٤/٣٤٥).

(٣) المغني، لابن قدامة، (٤/٢٨٩).

(٤) يُنظر: مشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية، لعبد الله بن سليمان المنيع، (٤/٥٣٩)، إذ هذا الذي ذكرته هو ما يُفهم من كلامه؛ وينظر المرجع نفسه، (٤/٥٤٠-٥٤١).

(٥) المسند، (٣/٢٦٧، ح: ٢٨٦٦)، وابن ماجه، (٣/١٠٦، ح: ٢٣٤٠، و٢٣٤١)، وفي تقرير صحته يُنظر: (٤١)، من هذا البحث.

(٦) نظرية التعسّف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، لفتحى الدريني، (١١٧)؛ وذكر العلامة الدريني بعدما تقدّم من كلامه، العديد من الأحكام الواردة في الكتاب والسنة، التي تتضمن معنى نفي الضرر؛ يُنظر: المرجع نفسه، (١١٧-١١٩)، و(١٢٣-١٢٤)؛ وليبيان تمثّل هذا المعنى في فقه الصحابة يُنظر: المرجع نفسه، (١٢٤-١٢٥).

(٧) نيل الأوطار، للشوكاني، (١٠/٣٦٠).

الضرر عنه<sup>(١)</sup>؛ كل هذا يرجع إلى معنى قاعدة: الضرر يُزال، وهو ما قرره أهل العلم من أنه يجب إزالة الضرر، وذلك لأن الأخبار في كلام الفقهاء تأتي بمعنى الوجوب<sup>(٢)</sup>.

ويذكر الدكتور فتحي الدريني أن الضرر إذا كان واقعا فعلا، فإن امتثال وتنفيذ الحديث المانع للضرر، يكون بإزالته،<sup>(٣)</sup> لمنع استمراره في المستقبل، والضمان أو التعويض عما وقع، إن كان له وجه، لأن كل ما كان واقعا وهو غير مشروع، فهو واجب الإزالة<sup>(٤)</sup>.

**٩- ضمان الغاصب لمنافع المصوب أثناء غضبه:** فقد طبقت ها هنا بعض أحكام الغصب في الفقه الإسلامي على مسألة الماطلة، ورأى من فعل ذلك أن هذا يقتضي أن يصبح المدين مسؤولا مسؤولية مدنية مالية عما وقع منه من تأخير، والطريقة الوحيدة لتفعيل مسؤوليته بطريقة مفيدة لمفهوم المسؤولية، هو أن يصبح المدين ملتزما بتعويض الدائن عما ألحقه به من ضرر بهذا التأخير، وهذا يشبه ضمان الغاصب لمنافع المصوب مدة الغصب، وهو قول جمهور الفقهاء، مع عدم إغفال ضمان قيمة المصوب ذاته، فيما لو هلكت عينه تحت الغصب؛ لكن الدَّين لا يُتصور فيه الهلاك،<sup>(٥)</sup> (لأن محلَّ الدَّمة، فيبقى قائما فيها اعتبارا، ولو عجز المدين عن الوفاء، فبقى منافع هذا الدَّين التي حجبتها المدين عن الدائن هي محلُّ الهلاك أو التعطيل المضمون على المدين)<sup>(٦)</sup>؛ والقول بضمان منافع المصوب أثناء مدة الغصب هو قول الشافعية والحنابلة<sup>(٧)</sup>، فقد قرّر المذهب أن منافع الغصب مضمونة على الغاصب، إذ هو الذي عطّل هذه المنافع عن صاحبها، حتى لو لم يستفد الغاصب هذه المنافع، بأن أبقى المصوب دونما إشغال له<sup>(٨)</sup>.

وهكذا تُطلّ تلك المسألة من وراء القرون، لتلقي بذاتها في اجتهادات العصر، وليكون لها هذا الأثر الفاعل.

**١٠- عدم وجود المنافي لمثل هذا التعويض:** استدلّ بعضهم على إباحة التعويض، باستصحاب أصل الحل، فمبدأ تعويض الدائن عما لحقه من ضرر نتيجة ماطلة المدين القادر على وفاء الدين في مواعده مبدأ

(١) هل يُقبل شرعا الحكم على المدين الماطل بالتعويض على الدائن؟ لمصطفى أحمد الزرقا، (١٠٧).

(٢) شرح القواعد الفقهية، لأحمد محمد الزرقا، (١٧٩)، والقواعد الفقهية، لمحمد الزحيلي، (٢١٠/١)؛ ويُنظر: نظرية الضمان، لوهبة الزحيلي، (٢٠٤-٢٠٥).

(٣) نظرية التعسّف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، لفتحي الدريني، (١٢٦)؛ هذا، ولا أستطيع اعتبار هذا النص من العلامة الدريني دالا على رأيه في المسألة، فهو غير صريح فيها، وإن كان يفيدنا في التعميد لها والتأصيل.

(٤) هل يُقبل شرعا الحكم على المدين الماطل بالتعويض على الدائن؟ لمصطفى أحمد الزرقا، (١١٠).

(٥) في قول الشافعية والحنابلة في مسألة ضمان منافع العين المصوبة يُنظر: (٢٣)، من هذا البحث.

(٦) هل يُقبل شرعا الحكم على المدين الماطل بالتعويض على الدائن؟ لمصطفى أحمد الزرقا، (١٠٨-١١٠).

مقبول فقهيًا على هذا الأصل، لعدم وجود ما ينافيه في الشرع، قال العلامة الزرقا: «ولا يوجد في نصوص الشريعة وأصولها ومقاصدها العامة ما يتنافى معه، بل بالعكس، يوجد ما يؤيده ويوجهه»<sup>(١)</sup>.

إن بعض المبيحين للتعويض عن ضرر المظل فيما يبدو لي، ركّبوا من هذه المسائل، ومما ورد فيما يبيحه المظل من مطلق العقوبة للمماطل، تصوّرهم لإباحة الاتفاق على التعويض، حتى قبل حصول المظل، فالغاصب يردّ المغصوب وقيمة نقصه الطارئة، والعربون يذهب على صاحبه إذا تراجع عما اتفق عليه مع الصانع، وباب الاشتراط مفتوح في الأصل، ما دام لم يتضمن حراماً؛ وهو كل ما حصل في حق المماطل، فقد أشبه المغتصب الذي يجب عليه تعويض نقص السعر، وأشبه أحد طرفي عقد الاستصناع حينما دفع عربونا وتراجع، وقد أحلّ الشرع عقوبته دونما تقييد لها بشكل ما؛ كل هذا مع جواز الاشتراط، حتى بما لم ينصّ الشرع عليه، كما هو مذهب أحمد، أوسع المذاهب في سلطة الاشتراط.

### الفرع الثاني: أدلة منع التعويض

تنقسم أدلة القائلين بمنع التعويض إلى قسمين: الأول: ما عُرف في الفقه الإسلامي من حصر عقوبة المظل في الحبس، حتى كأن غير الحبس ممنوع منه، حتى إن رواية حديث عقوبة المماطل اقتصرنا على تفسير قوله ﷺ: «يُحَلُّ عَرَضُهُ وَعَقُوبَتُهُ»، بأن العقوبة هي الحبس، وفي البخاري عن سفيان الثوري قوله في معناه: «عرضه: يقول: مطلني، وعقوبته الحبس»<sup>(٢)</sup>، قال النووي: «قال العلماء: يُحَلُّ عَرَضُهُ، بأن يقول: ظلمني ومطلني؛ وعقوبته: الحبس والتعزير»<sup>(٣)</sup>؛ وهو منقول عن كثير ممن لم أذكرهم من العلماء<sup>(٤)</sup>؛ إن هذا التوارد في حصر العقوبة عند من سبق من العلماء ﷺ، هو ما دفع مانعي التعويض عن ضرر المظل، إلى القول بمنعه.

أما القسم الثاني من أدلة القائلين بمنع التعويض فهو: إرجاع التعويض برؤيته إلى أبواب الربا، واعتباره التعويض ربا، ثم تنزيل أدلة تحريم الربا عليه، كقوله تعالى: «وأحلّ الله البيع وحرم الربا»، (البقرة: ٢٧٥)، وغيرها من الآيات.

(١) هل يُقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟ لمصطفى أحمد الزرقا، (١١٢).

(٢) البخاري، (١٦٤/٢).

(٣) شرح النووي على مسلم، للنووي، (٧٢/٦).

(٤) مثلا: رواه الإمام أحمد في مسنده، (١٤/١٤)، ح: (١٧٨٧٠)، و(٤٨٣/١٤)، ح: (١٩٣٤٨)، من قول وكيع في تفسيره: «عرضه: شكايته، وعقوبته: حبسه»، وذكر أبو داود في سننه، (٣٠٨/٣)، ح: (٣٦٢٨)، قول ابن المبارك مفسراً له: «يُحَلُّ عَرَضُهُ: يُغَلِّظُ عَلَيْهِ، وَعَقُوبَتُهُ: يُحْبَسُ لَهُ».

وليس ثمة ما يُلزم بضرورة استعراض أدلة تحريم الربا بعد ذكر هذا الدليل، فهو كافٍ وحده، لكنّ ما يجب الحديث عنه هو: دليل تزييل هؤلاء المانعين لأدلة تحريم الربا على هذه المسألة، ولم أرَ لهم في ذلك قولاً، غاية ما هنالك أنهم اعتبروه ربا، وحكموا عليه بحكم الربا في الشرع.

### الفرع الثالث: أدلة عقوبة المماطل دون تعويض الدائن

وفي الحقيقة لا يختلف دليل هذا القول عن دليل منع تعويض المماطل، ذلك القائم على تحريم الربا، فلاجل أن التعويض حسب أصحاب هذا الرأي باب من أبواب الربا، فلقد اقتضى الأمر عندهم تحريمه، ولما كان التحريم المحرّد عن حلّ عملي لمشكلة الماطل خالياً من مقصد هؤلاء في البحث عن الحل، رأوا تجنّب الربا استناداً على ما تقدّم من أدلة تحريم التعويض المعتبرة ربا، ورأوا مع ذلك ضرورة إبداع حلّ لا شبهة ربا فيه.

وصرح الدكتور محمد أنس الزرقا والدكتور محمد علي القرني بما رأياه مميزة تخصّ رأيهما، وهو أنه لا ينطوي على أداء مبلغ فوق أصل الدين، فيبعد بذلك عن شبهة الربا<sup>(١)</sup>، وهما لم يذكرنا هذا كدليل على قولهما، بل كمزية له؛ وأهمّ ما ذكرناه كدليل، يستند على مبدأ شرعي يقول: «يعاقب المسيء بنقيض قصده»<sup>(٢)</sup>، واستندا في تقرير هذا المبدأ على ما سيأتي بحثه من أدلة التغريم، كتغريم مانع الزكاة شطر ماله؛ كتغريم سارق التمر المعلق بما لا يبلغ حد السرقة بضعفي مقداره؛ وكذا استدلالاً له بما تقرّر في الفقه الإسلامي من معاقبة مطلق زوجته طلاق الفرار، بأن ترثه إذا مات وهي في عدتها<sup>(٣)</sup>.

هذا أهم ما استندا عليه في تقرير المبدأ المذكور، الذي هو دليل قولهما؛ غير أني أعود لأقول: إن ما دفعهما إلى هذا القول، هو كونه لا ربا فيه، ولا شبهة ربا، إذ ذكرنا هذا في بيان مزية قولهما؛ فالنفور من الربا، هو دافعهما إلى بحث صيغتهما تلك.

ولم يظهر لي دليل الدكتور السالوس في قوله بجواز عقوبة المماطل لغير حسابه، وكذا لم يتبين لي دليل الدكتور محمد نجاة الله صديقي في قوله بجواز معاقبة المماطل لصالح صندوق خاصّ ينشئه وليّ الأمر، غير أنه لا يبعد استنادهما على أدلة التغريم الآتي ذكر بعضها في الحديث النبوي، مع ما يمكن أن يقال إنهما قصدا البعد عن الربا، فلا يجعل الدائن مستفيداً مباشرة من مدينه بتعويض ما.

(١) التعويض عن ضرر المماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد، لمحمد أنس الزرقا ومحمد علي القرني، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، المجلد الثالث، الصادر عام ١٩٩١م، (٤٤).

(٢) المرجع نفسه، (٤٥).

(٣) المرجع نفسه، (٤٥).

## المطلب الثالث: مجمل أدلة جميع الأقوال

وبعد ما تقدّم من استعراض أدلة كل مجموعة، رأيتُ أن من المناسب تلخيص مجمل أدلة كل مجموعة، بحث تبدو أدلتهم أكثر تصوّراً..

١- مجمل أدلة المانعين مطلقاً: هي توارد أقوال العلماء قديماً على حصر عقوبة المثل في الحبس فحسب، وأدلة تحريم الربا، وهي في غاية الشهرة.

٢- مجمل أدلة المبيحين: لا يتجاوز كونها متركبة من أربعة مبادئ أساسية: الأول: سعة الشروط والعقود في الفقه الإسلامي؛ والثاني: إباحة عقوبة المماطل، تلك التي وردت في النصّ مطلقة دونما قيد يقيدتها بشكل ما من العقوبة؛ والثالث: وتحمل المماطل تبعه ذلك الضرر الذي تسبب به للدائن، مع ما عرف في الفقه من نظائر التعويض على الضرر، وما عرف عنه من نفي الضرر وإزالته أصلاً؛ والرابع: ما ورد من الأحاديث والآثار في التغيريم والتعويض.

٣- مجمل أدلة مبيحي التغيريم لغير حساب الدائن: هي الجمع بين أدلة منه الشرع من الربا، وأدلة التغيريم، هذا فيما يبدو لي من بعضهم؛ وبعضهم استند على مبدأ معاقبة المسيء بنقيض قصده. وهكذا بدت هذه الأدلة بشكلها المجمل الملخص، لتشكيل تصوّر أوضح لها وأحصر.

## المطلب الرابع: مناقشة الأدلة

ما تقدّم لم يكن يتجاوز استعراض الآراء في التعويض عن المثل، مع الاستدلال لتلك الأقوال دون مناقشتها، ولذا، كان لا بد من إجراء مناقشة لهذه الأدلة، لتبين جوانب القوة والضعف فيها، وهو ما سأقوم به في الفروع التالية:

### الفروع الأول: مناقشة القول بإباحة التعويض

لقد تقدّم حين استعراض الرأي المبيح للتعويض، أن أصحابه يتفاوتون في تقدير جوانب الإباحة، فمنهم، وهو العلامة ابن منيع، من رأى الإباحة جارية حتى في الاتفاق المسبق عند عقد الدّين، على التعويض عن المثل إذا وقع المثل؛ بينما منع الزرقا مثل هذا التوسّع، خشية من تسرّب الربا عبره؛ غير أنه رأى إباحة تقدير مقدار نفع الدّين، لا عند إنشاء العقد، بل عند وقوع المثل فعلاً، ومن ثمّ: التعويض بناء على هذا التقدير.

هذان الرأيان اعتمدا على نظائر للمسألة، رأياها تتطابق معها، وقد تقدّم ما استندا عليه.

وفي الحقيقة، ولئن صحَّ مبدأ التعويض، كما هو آتٍ أثناء الترجيح والموازنة إن شاء الله تعالى، وكما تقدّم في تمهيد هذه الدراسة؛ فلا يصحّ ذلك الاتفاق المسبق على التعويض عن المثل عن إنشاء العقد، أي قبل وقوع المثل فعلاً، إذ هو، وكما قرّر العلامة الزرقا بحق، ذريعة إلى الربا، يحرّم الشرع مثلها، إذ منها سيتسرّب المرابون، وسيروّن أنهم أفتي لهم باسم الدين، ما يتلاقى مع مقاصدهم الربوية، مما يحرّمه الدين؛ وكذلك ستتساهل بشأن الربا بعض النفوس حينما ترى هذه الفتوى، ليتقلّص فيها التخوّف من الربا.

إن هذا الاستغلال وذلك التساهل، معروفان في الطبيعة البشرية حينما تكون متدفّقة للاستزادة من المال بأي طريق، مدعيّة أحياناً أنّها تنطلق من فتاوى شرعية، وهي سمة كثير من أبناء هذا العصر.

أما قول العلامتين الزرقا وابن منيع، بافتراض تقدير مقدار للريح الذي كان سيربجه الدائن لو كان ماله بيده، فهي رغم شبهها بما نقله العلامة ابن منيع من مسألة تعويض ما طرأ على المصوب من نقص في سعره وهو بيد الغاصب، وبما نقله العلامة الزرقا من مسألة تعويض المصوب له نفع المال المصوب عند الشافعية والحنابلة، ورغم وجاهة مثل هذا التوجيه والشبه، إلا أن المال ليس دائم الربح، بل هو متعرّض حين تشغيله للخسارة؛ فافتراض الربح فيما هو متأرجح بين الربح والخسارة، قول يبعد بعدا ما عما تعرف عليه من طبع المال، المتعرّض حين تفعيله لكليهما، بخلاف حال المصوب، فالحديث عند الشافعية والحنابلة يدور عن خسران فعلي تعرّض له الشيء المصوب، اقتضى تعويض صاحبه عنه.

إن غاية ما هنالك هو أن المال المصوب قد لا يربح أثناء وجوده عند صاحبه، لكنه بالتأكيد لن يخسر، فافترق عن المال المتعرّض أيضا للخسارة، وذلك عندما يشغله صاحبه.

ثم، لئن افترضت العدالة لصالح الدائن على اعتبار أنه قد يربح بتشغيل ماله، لولا امتناع مثل هذا الربح بسبب ما تعرّض له ماله من غياب عنه نشأ عن مظل مدينه، فيجب أن يفترض جانب العدالة نفسه لصالح المدين، على اعتبار أن هذا المال نفسه قد يخسر، لو كان بقي عند صاحبه، فشغله.

غير أنه يبقى لهذا القول في تقديري وجاهة، تجعل نفسي قاصرة عن إمكان الحسم في صحته أو خطئه، بسبب اختلاف شبهه بين طبع المال المتعرض للخسارة والربح، وبين مسألة تضمين نفع المال المصوب، وإن لم يعمل، عند الشافعية والحنابلة، لكنه ليس قولاً متجرّتا على الربا، كما قد يظن البعض؛ والله تعالى أعلم.

هذا، وكانت نفسي قد مالت في ساعة من الساعات إلى إمكان إباحة الاتفاق على تقدير التعويض عند إنشاء العقد، غير أن ما ساقه العلامة الزرقا من إمكان أن يتخذ مثل هذا الرأي ذريعة للربا، هو ما سدّ عليّ باب ترجيحه، فهو لا شك سيجرّ كثيرا ممن الناس إلى تقدير الفائدة الربوية، لتميرها عبر مثل هذا الاتفاق المسبق لتقدير التعويض.

لكن، يبقى أن من أصحاب القول بإباحة التعويض، من أباح تقدير ما يمكن أن يربحه صاحب المال لو كان ماله عنده، فلم يتعرّض لمطل المدين؛ ويظهر لي أنه قول يتعد عن الأصول أيضا، ذلك أنه كما تقدّم قريبا، ليس المال دائم الربح، بل قد يتعرّض للخسارة، فافتراض أنه سيربح قطعاً لو كان عند صاحبه، افتراض ليس في محله بالنسبة للمال، بل هو يجافي طبيعته.

إن الذي يبقى ممكنا مما عُرض من أصحاب القول بإباحة التعويض، ذلك القول الذي يسمح به، لكن ليس على معنى إباحة تقديره والاتفاق عليه عند إنشاء العقد، وكذلك، ليس على معنى تقدير ما يمكن أن يحصل عليه صاحب المال لو كان ماله بين يديه، فلم يتعرّض لمطل المدين، بل على معنى النظر في وقوع الضرر على صاحب المال فعلا، بسبب مطل المدين، فإن وقوع الضرر فعلا، هو وحده ما يسمح بالتعويض.

### الفرع الثاني: مناقشة القول بتحريم التعويض إطلاقاً

محور تركيز هذا القول: هو حصر العلماء لعقوبة المطل الواردة في الحديث، في الحبس فقط، دون غيره، وأوّل ما يرد عليه أنه قيّد الإطلاق النبوي الذي أطلق العقوبة بغير دليل، لأن الأصل في المطلق أن يبقى على إطلاقه، وأن يُعمل به بإطلاقه، إلا إذا ورد قيد له، ولا قيد.

غير أنه قد يقال: إن أدلة تحريم الربا هي القيد الذي يمنع التعويض، إذ هو، على هذا الاعتبار، ربا، وربما خفّف البعض عبارته، فاعتبر فيه شبهة ربا فحسب؛ ولأجل أنه ربا، أو محل شبهة الربا، على حسب أصحاب هذا القول، فقد نُزّلت عليه نصوص تحريم الربا من الكتاب والسنة.

والذي أراه أن الربا بعيد عنه، فالربا على ما تقدّم في تمهيد هذا المبحث<sup>(١)</sup>، يكون مشروطاً في بداية العقد، أو أثناء الامتداد الزمني للدَّين قبل المطل؛ وهو بخلاف مسألة البحث برُمَّتها، فهي تتعلق بالتعويض على الضرر الواقع بسبب اعتداء الماطل المتمثل بمطله بعد حصول المطل، وشتان بين الأمرين؛ الأول ربا، أو ذريعة إليه، والثاني دفع ضرر واقع فعلا؛ ولقد مضى في التمهيد المشار إليه أن الربا اسمٌ شرعي، جعل له الشرع معنى يخصّه، أخرج من مطلق الزيادة، إلى الزيادة المشروطة.

إنه لا يصحّ مناقشة منع التعويض عن الضرر الواقع بسبب المطل بحجة أنه ربا، على ما نوقشت به الأقوال المبيحة للتعويض، اعتباراً من المانعين منه أمّا تبيح الربا المحرّم، ولم يأت مناقشوها بغير أدلة تحريم الربا لمناقشتها؛ ذلك أن الأمر في الحقيقة غير هذا تماماً: إن من تشدّدوا في المسألة هم من يجب عليهم أن يُثبتوا أن إباحة التعويض عن وقوع الضرر فعلا بابٌ من أبواب الربا، فلا يكفيهم أن يثبتوا تحريم الربا، ذلك أنه لا أحد يناقش

(١) يُنظر: (١٤٦-١٥٤)، من هذا البحث.

فيه، إنما النقاش في تزييله على مسألة البحث هذه؛ هذا أول ما يردُّ على استدلالات هؤلاء السادة المانعين من التعويض مطلقاً..

وثاني ما يردُّ على استدلالهم، هو أنهم لم يجلّوا المشكلة الشائعة للغاية في عصرنا؛ بل وسَّعوا باب الذريعة توسيعاً سمحاً بمدَّ نفس المماطل، فلم يفرضوا المؤيِّدات التشريعية الحامية لحقّ المدين<sup>(١)</sup>، وتركوا المماطل الغني القادر يبحث في الأرض عن مزيد من الماطل، إذ لم يُصَدَّف بتشريع يمنع مطله، مما هو غريب عن الشرع الذي يقابل فقدان الذمة وتراجع التدبُّين، بمقابلات تشريعية تدلُّ عليها أصول الشرع الذي أطلق إباحة عقوبته، ولم يقيدّها بالحبس؛ إن الحبس عند بعض الناس أقلُّ شأنًا من أن يتمثّل فيه معنى العقوبة، فلا بدّ من تشريع مكافئ لجرم الماطل، يواجه التفاف المماطل، ويسمح بتعويض الدائن؛ فالربا هو ما يكون اعتداء من الدائن، ولا يكون فيما هو ردّ من الدائن على اعتداء المدين؛ ولذا، فأرى أنهم جاءوا بأدلة الربا، فحكموا بها على ما ليس بربا، كمن يأتي بأدلة منع الحاكم من الظلم، ليقول للشعوب: لا تمنعوه من ذلك الظلم؛ ولعل خطأ رأيهم يظهر واضحا حين عرض أدلة الأقوال المبيحة لتعويض الدائن عما لحقه جرّاء الماطل.

ولقد تقدّم ما روي عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه من قوله: «يحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من فجور»<sup>(٢)</sup>، وإن مجاهمة الواقع المتجدّد بما يمنع من تسبب الناس بالضرر في حق بعضهم بعضا، هو أهم ما غاب عن هؤلاء السادة المانعين، وهو أهم ما تبدو عليه المرونة التشريعية الإسلامية.

إنه طغى على هذا القول ما وقر في الوجدان والعقل الإسلاميين، من نفور شديد من الربا، وقد يأخذ به هذا الذي طغى عليه إلى القول بالتشدّد في نواحٍ ربما لا يظهر فيها الربا، وإنما اتّسعت عندهم مساحة الربا، فاحتاط أصحابها خشيةً منه.

---

(١) ذكر العلامة الزرقا في المدخل الفقهي العام، (٥٩٦/٢)، أن المؤيِّدات التشريعية هي: «كل ما يُشرع من التدابير، لحمل الناس على طاعة أحكام الشريعة الأصلية»؛ ويتابع العلامة الزرقا أن الأحكام التأييدية تلك أحكام حامية، وأن الأحكام الأصلية أحكام محمية؛ والأحكام الأصلية هي التي يتكوّن منها نظام الشريعة الناظم لعلاقات الناس ومعاملاتهم ومصالحهم؛ ويدخل في باب المؤيِّدات: التعازير، كما يظهر في المرجع نفسه.

هذا، وأصل التسمية بالمؤيِّدات، عائد إلى اصطلاح الحقوق الحديثة، وفقهاء الإسلام يُسمّونها زواجر، لأنها تزجر عن تنكّب جادة الشرع، ومخالفة أمره؛ يُنظر: المرجع نفسه، (٥٩٤/٢).

(٢) يُنظر مصادر قول عمر في (١٥)، من هذا البحث.



### الفرع الثالث: مناقشة القول بحقوقية المماطل دون تعويض الدائن

وقد تقدم ذكر هذا القول الذي يتضمن اقتراحات عدّة، فمن أصحابه من اقترح إلزام المدين بإقراض الدائن مبلغا من المال يساوي الدين الأصلي لمدة تساوي مدة مطله، ليستفيد الدائن بدل مطل مدينه، واعتمد أصحاب هذا الاقتراح على مبدأ اعتبروه أساسا لفتواهم، وهو مبدأ: «معاقة المسيء بنقيض قصده»، غير أن تطبيق هذا المبدأ على هذا القول غير صحيح.

فلقد انتقد الدكتور الصديق محمد الضيرير تطبيقه على هذا القول بأن المماطل يقصد الانتفاع بالدين الذي في ذمته، ونقيض قصده هو أن يُمنع من الانتفاع به، وهو بخلاف هذا القول، الذي لا يمنع المدين من الانتفاع، وإنما يلزمه بقرض لصالح الدائن<sup>(١)</sup>.

ورأى الدكتور الضيرير أن الأقرب في الاستدلال لهذا القول على هذه الشاكلة، هو قوله تعالى: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)، (البقرة: ١٩٤)، قال الدكتور الضيرير: «والمماطل اعتدى على الدائن، فحرمه من الانتفاع بماله مدة من الزمن، فاستحق أن يعامل مثل معاملته، فيُحرم الانتفاع بماله، ولا أحبذ تسمية المبلغ الذي يؤخذ منه قرضا حسنا»<sup>(٢)</sup>.

وبعد هذه المناقشة من الدكتور الضيرير لهذا القول، يجدر أن أبين أنه متعسّر من الناحية الواقعية، فثمة عوائق تصدّفه، رغم اعتداد صاحبيه محمد أنس الزرقا ومحمد علي القرني به، وهي عوائق تقنية تشريعية، تحتاج إلى مزيد من الزمن لحل مثل هذه المشكلة، ولتأخذ بها المحاكم؛ ولو أخذت المحاكم بهذا الرأي، فهل ثمة قوة ستلزم الدائن بالاستقراض؟ ألا يمكن أن يقول: لا أحتاج الآن إلى القرض، لزوال الداعي إليه؟!

وثمة قول للدكتور السالوس، يقضي بجواز تضمن عقد الدّين شرطا جزائيا، لكن دون أن يكون لحساب الدائن؛ وهذا القول غير قادر على حل المشكلة، إذ إن الدائن ها هنا ليس مستفيدا شيئا، فلا يُسمّى هذا في حقّه تعويضا؛ ثم إن ثمة تشريعات وتقنيات وتمهيدات يحتاجها هذا القول!

وثمة قول ثالث تقدّم ذكره، يقضي بجواز معاينة المدين بتعويض، لكن، ليس للدائن، بل لصندوق خاصّ يُنشئه وليّ الأمر؛ وهو قول نجاه الله الصديقي، كما تقدّم؛ وهو كسابقيه، غير قادر على حل المشكلة، وخالف من معنى التعويض عما لحق الدائن فعلا.

ولم يُذكر للسالوس ونجاه الله الصديقي دليلهما في قولهما، حتى تُمكن مناقشته.

(١) يُنظر: تعليق الدكتور الضيرير على قول أنس الزرقا ومحمد القرني في مجلة جامعة الملك عبد العزيز، مجلد ٥، (٧٦).

(٢) يُنظر: المرجع نفسه، (٧٦).

## المطلب الخامس: الترجيم

لقد تقدّت الأقوال في المسألة، وتقدّمت أدلّتها، ونوقشت هذه الأدلة بما يبدو كافياً، وكان لا بد بعد ذلك الذي تقدّم من استعراضها واستعراض مناقشاتها، من بيان الاجتهاد الراجح من بين ما تقدّم من اجتهادات وأقوال.

إنني لا أطمع بنصّ خاصّ في المسألة، وإنما الأمر في غالب الأدلة يرجع إلى العمومات وترك المطلق على إطلاقه، ذلك أن المسألة في هذه الشاكلة، لم تكن لتُذكر قديماً في غير ما تقدّم لدى المانعين، ولعلهم لم يذكروها على شاكلة التعويض، لأنهم وجدوا أن التعويض لم يكن يأتي كعقوبة في هذه المسألة، اكتفاء بالحبس، وكذا، تخوّف العلماء من شبهة الربا، التي رأى كثير منهم، أنها ستتسرّب، لو أبيض التعويض.

إنني أرجح القول بالسماح بالتعويض عن ضرر المطل إذا تحقق فيه معنيان اثنان: الأول: أن يقع الضرر فعلاً بسبب المطل، أي أن يكون الضرر قد ثبت وقوعه، فلا يصح، على ما أرجح، تقدير الضرر المفترض، بل الواقع فعلاً؛ الثاني: ألا يشترط هذا التعويض عند إنشاء العقد، وذلك حتى لا يكون ذريعة إلى الربا.

وإنما رجّحتُ هذا الرأي، وبالشرطين المذكورين، لما يلي:

أولاً: إباحة مطلق العقوبة على المطل: وهي الوارد ذكرها في النصّ النبوي بحلّ عقوبة المماطل، وأعني بمطلق العقوبة: كونها غير مقيدة بنوعٍ من أنواع العقوبات، فلقد ورد عن رسول الله ﷺ أنه قال: (لِيُ الْوَاجِدُ<sup>(١)</sup> يُحِلُّ عَرَضَهُ وَعَقُوبَتَهُ<sup>(٢)</sup>).  
أما إباحة العرض، فهي إباحة ذكر المماطل بين الناس، بما فيه من المطل وسوء المعاملة، دون غيرها، لأنه لا ينبغي للمظلوم أن يذكر ظالمه إلا بما ظلمه فيه<sup>(٣)</sup>.

---

(١) كلمة: لِيُ، الواردة في الحديث، تعني: المطل، كما في النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير، (٤/٢٨٠)؛ والمطل لغة "يدلّ على مدّ الشيء وإطالته"، كما في معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، (٥/٣٣١)؛ وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري، (٤/٥٤٣): "والمراد هنا تأخير ما استحقّ أدأؤه بغير عذر"؛ وكلمة: الواجد، آتية من وَجَدَ، أي غَنِيَ، والواجد هو "القادر على قضاء دينه"، كما في النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير، (٥/١٥٥)؛ والواجد الغني هنا هو مَنْ قَدِرَ على أداء الحق لصاحبه، ومع ذلك أحرّ الأداء، كما في النهاية أيضاً، (٤/٥٤٣).

(٢) تقدّم تخريج هذا الحديث وتحقيق القول فيه في (١٦٧)، من هذا البحث.

(٣) الزواجر عن اقتراف الكبائر، لابن حجر الهيتمي، (١/٥٦٩)، ويظهر لي أن هذا آتٍ من جهة أن الشرع يحرص على نظافة ألسنة الناس، إذ تعودّها لذكر ما يزيد عن الحاجة، يُفقدُها التوازن في النقد، ويوقعها في الاستخفاف بأعراض الناس.

وذكر البخاري عن سفيان الثوري قوله في بيان معناه: «عرضه: يقول: مطلني، وعقوبته الحبس»<sup>(١)</sup>، وهو ما نقله النووي عن العلماء مضيفاً إليه قولهم عن العقوبة: «والتعزير»<sup>(٢)</sup>؛ وقال الحافظ في الفتح: «واستدلّ به على مشروعية حبس المدين إذا كان قادراً على الوفاء، تأديباً له، وتشديداً عليه»<sup>(٣)</sup>.

إن هذا الذي نقلته من قصر عقوبة المطل في الحبس، هو غاية ما قاله العلماء قديماً في هذا الشأن، ويلاحظ عليه أنه ليس منقولاً عن الرسول ﷺ، فليس هو من فسرّه بهذا التفسير المقيّد لإطلاق العقوبة حتى يكون تفسيراً ملزماً<sup>(٤)</sup>، وإنما هو تفسير جماعة من العلماء، تبعهم عليه من تبعهم.

إن هذا في الحقيقة يجافي إطلاق العقوبة في النصّ النبوي الكريم، فهو، أي الحديث، ينصّ على أن المطل يحلّ عقوبة المماطل، ولم يرد فيه توجيه من قريب أو من بعيد يحصر العقوبة أو يجسها! في الحبس فحسب، وإنما جاءت العقوبة فيه مطلقة، فتبقى على إطلاقها، ما لم يرد ما يقيدها<sup>(٥)</sup>.

وبناء عليه، فحصر عقوبة المطل في الحبس لا يتلاقى مع إطلاقها النبوي، بل هذا الإطلاق هو ما يفتح باب تنويع العقوبة على المطل، على حسب ما يمكن أن يكون مُسنداً لمقاصد الشرع في حفظ أموال الناس.

---

(١) البخاري، (١٦٤/٢)، باب: لصاحب الحق مقال؛ ومثله ما نقله الإمام أحمد عقب روايته لحديث عقوبة المطل في مسنده، (١٤/١٤)، ح: (١٧٨٧٠)، و(٤٨٣/١٤)، ح: (١٩٣٤٨)، فقد نقل قول وكيع في تفسيره: «عرضه: شكايته، وعقوبته: حبسه»، وذكر أبو داود في سننه، (٣٠٨/٣)، ح: (٣٦٢٨)، عقب روايته له قول ابن المبارك مفسراً له: «يحلّ عرضه: يُغلظ عليه، وعقوبته: يُحبس له».

(٢) شرح النووي على مسلم، (٧٢/٦).

(٣) فتح الباري، للحافظ ابن حجر، (٧٥/٥).

(٤) وفي تقديري أنه حتى لو افترضَ ورود هذا التقييد عن رسول الله ﷺ لما كان مقصوداً به بالضرورة التقييد، بل ربما يذكر الرسول ﷺ مثله، قاصداً به التنبية على أهمية المذكور، أو على أنه أكثر ما يمكن أن يتناولهُ اللفظ المطلق، كما ورد عن الرسول ﷺ من قوله: (الحجّ عرفه)، فلم يقصد تقييد أركان الحجّ في الوقوف بعرفة، إنما قصد بيان أهمية هذا التمسك.

(٥) وكنت قد نقلتُ فيما مضى قول الدكتور زكي الدين شعبان من تعليقه على بحث العلامة الزرقا: هل يُقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟ (٢١٧)، أن كلمة (عقوبته) الواردة في الحديث: «مطلقة، والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يتم الدليل على تقييده، وهي بإطلاقها تتناول الحبس وغيره، من كل ما يؤدي إلى زجر المتلاعبين بالالتزامات التي يلتزمون بها..»؛ وهذا في تقديري كلام سديد لا ينبغي تجاوزه؛ يُنظر تعليق الدكتور زكي الدين شعبان في المرجع المذكور نفسه.

ويُنظر في بقاء المطلق على إطلاقه: الوجيز في أصول الفقه، لعبد الكريم زيدان، (٢٨٤-٢٨٥)، وشرح القواعد الفقهية، لأحمد محمد الزرقا، (٣٢٣).

ولعلّه يَحْسُنُ أن نذكر عبارة للفقير ابن حجر الهيتمي في زواجه عن مطل الغني، فقد قال في شرحه لحديث إباحة عقوبة المماطل: «ويبيح أيضا عقوبته، بالحبس والضرب وغيرهما»<sup>(١)</sup>، فقولته: وغيرهما، يوسّع باب عقوبة المطل، بأكثر مما قيدها به الجمهور.

هذا، ولا شك أن التغيريم جزء من تلك العقوبات التي تدخل في إطلاق كلمة: (العقوبة)، الواردة في النصّ النبوي الكريم، فهي على جميع الأحوال، تأتي منافية لمقصد المماطل، إذ قصده: الاستفادة من المال زمانا أطول، واتخاذ المطل طريقته لتحقيق هذه الاستفادة، فإن يُعامل، عقوبة له، بنقيض قصده، مع ما في العقوبة من استفادة من غاب عنه حقه بلا عذر، وهو الدائن؛ أن يعاقب بهذه الشاكلة من العقوبة، أمرٌ يتلاقى مع مقاصد الشرع، ومع أسلوبه وطريقته أيضا، تلك التي يُقرّ فيها مبدأ التغيريم، ويقرّ فيها مبدأ التعويض المالي أيضا، على ما سيأتي بيانه قريبا إن شاء الله؛ إنه لا يقيد هذا الإطلاق إلا النصّ على التعويض في العقد، إذ قد يُتخذ ذريعة إلى الربا.

#### ثانيا: مقصد العقوبة في الشرع: وهو دليل منبثق عن السابق، ولا بد من بيانه:

إنه ما دامت عقوبة المطل خارجة عن باب الحدود والقصاص، فهي إذن عقوبة تعزيرية<sup>(٢)</sup>؛ والتعزير هو: «معاقبة المجرم بعقاب مفوّض شرعا إلى رأي وليّ الأمر، نوعا ومقدارا»<sup>(٣)</sup>؛ وهي تقع على جملة الجرائم التي نصّ القرآن والسنة على حرمتها دون أن ينصّا على عقوبتها، كجرمة الربا والزور والرشوة والعقوق وغيرها<sup>(٤)</sup>.

(١) الزواجر عن اقتراف الكبائر، لابن حجر الهيتمي، (١/٥٦٩)؛ بل ذكر ابن حجر الهيتمي فيما بعد أن جماعة من العلماء صرّحوا أن من امتنع عن قضاء ما عليه مع قدرته، وأمره الحاكم بالقضاء، ولم يقض، فللحاكم «أن يُشدّد عليه في العقوبة، فينخسه بجديدة إلى أن يؤدّي أو يموت»؛ يُنظر: الزواجر عن اقتراف الكبائر، لابن حجر الهيتمي، (١/٥٦٩، و٥٧١)

(٢) إن العقوبة في الشرع تنقسم إلى أقسام ثلاثة: الحدود، والقصاص، والتعازير؛ أما الحدود، فلا دخل لأحد فيها، إلا إثباتا وتنفيذا من قبل الجهة المخوّلة شرعا؛ فلا يزداد فيها ولا يُنقص؛ وذلك لأن الجرائم المرتبطة بالحدود ذات ارتباط وثيق بثوابت تمنع عنها التدخل البشري في غير ما دُكر؛ أما القصاص، فثمة مفارقة بينه وبين الحد، تكمن في أن لصاحب الحق أن يتزل عن حقه فيه، وأن يقبل بالتعويض، على خلاف في مسألة المصالحة على الدية؛ وهذا لما في القصاص من ارتباط بحق الشخص، جعله مخوّلا في التنازل عنه إن شاء.

والمقصود بالخلاف في مسألة المصالحة على الدية، هو ما ذكره العلماء من حق أولياء القتل، هل هو قاصر على القود من القاتل فحسب، أم هم مخيرون بين القصاص وبين أخذ الدية، ولو لم يرض القاتل؛ وقد تقدّم ذكر المسألة والخلاف فيها في (١٦)، من هذا البحث.

(٣) المدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقا، (٢/٦٢٦).

(٤) الفقه الإسلامي في طريق التجديد، لمحمد سليم العوا، (١٧٢).

إنه لا بد من العقوبات التعزيرية، فهي تؤدّي دور «السياج الذي يحمي المحرّمات الدينية أو الخلقية، من أن تُنتهك، أو يُستهان بها، إذا تُرك أمرها للضمير الفردي، والالتزام الشخصي لكل مكلف»<sup>(١)</sup>.

هذا، وعقوبة التعزير ذات مرونة تمكّنها من الاستجابة للتغيرات، لارتباطها أصلاً بما هو متغيّر، فيُنظر دائماً إلى قدرة العقوبة التعزيرية المختارة على الزجر والردع<sup>(٢)</sup>، فهي قابلة للتطوّر من هذه الناحية؛ وبإمكان المقتنين أن يحدّدوا الجرائم والعقوبات بحسب حال مجتمعاتهم، بشرط الاحتفاظ بأساس العقوبات الشرعية الأولى، وهو الذي يتمثّل في الحدود<sup>(٣)</sup>، ويتمثّل أيضاً في القصاص.

إن المقصد من العقوبة التعزيرية هو الردع والزجر، مع الإصلاح والتهذيب<sup>(٤)</sup>، قال السرخسي عن الضرب تعزيراً: «لأن المقصود به الزجر»<sup>(٥)</sup>، وفي كلام نفيس لابن الهمام أيضاً في سياق حديثه عن التعزير، أن «الزجر عن الأفعال السيئة كي لا تصير ملكات، فيفحش، فيُستدرج إلى ما هو أقبح وأفحش، فهو واجب»<sup>(٦)</sup>، أي التعزير؛ وقال ابن فرحون المالكي: «فالتعزيرات والعقوبات، المقصود بها الزجر»<sup>(٧)</sup>، وهو ما ذكره العز بن عبد السلام<sup>(٨)</sup>، والزواج شرعت زجراً للعاصي عن العود إلى المعصية، ولغيره عن موافعة مثلها<sup>(٩)</sup>؛ وقسّم تقي الدين الحصني الزواجر إلى قسمين، أحدهما: ما يزجر عن الإصرار على المفسد؛ والثاني: «ما هو زاجر عن معصية ماضية لئلا يعود، وزاجر لغيره لئلا يفعل مثله»<sup>(١٠)</sup>؛ وذكر الحصني من هذه الزواجر:

(١) الفقه الإسلامي في طريق التجديد، محمد سليم العوا، (١٧٣).

(٢) قال ابن الهمام في فتح القدير، (٣٣١/٥)، عن بعض العقوبات التعزيرية: «وما لم يكن منصوصاً عليه، إذا رأى الإمام بعد مجانبته هوى نفسه، المصلحة؛ أو علم أنه لا يتزجر إلا به، وجب، لأنه زاجر مشروع لحقّ الله، فوجب كالحلّد؛ وما علم أنه يتزجر بدونه، لا يجب»؛ ويُظنّ: الفقه الإسلامي في طريق التجديد، محمد سليم العوا، (١٧٨).

(٣) الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، لأحمد فتحي بهنسي، (٩٠/٤).

(٤) التعزير في الشريعة الإسلامية، لعبد العزيز عامر، (٢٩٣)؛ ويُظنّ: الفقه الإسلامي في طريق التجديد، محمد سليم العوا، (١٦٩).

(٥) المبسوط، للسرخسي، (٧١/٩)، وقال ابن الهمام في فتح القدير، (٣٢٩/٥)، عن التعزير: «وأصله من العزّز، بمعنى الردّ والردع».

(٦) فتح القدير، لابن الهمام، (٣٢٩/٥-٣٣٠).

(٧) تبصرة الحكام، لابن فرحون، (٢٢٢/٢)، وقال ابن فرحون أيضاً في التبصرة، (٢٢٢/٢): «وينبغي أن يقتصر على القدر الذي يُظنّ انزجار الجاني به، ولا يزيد».

(٨) القواعد الكبرى، للعز بن عبد السلام، (٢٩٣/١).

(٩) كتاب القواعد، لتقي الدين الحصني، (٤١٨/٣).

(١٠) كتاب القواعد، لتقي الدين الحصني، (٤١٩/٣).

القصاص والحدود والتعزيرات المفوّضة إلى الحكام، وقال بعد ذلك: «ومقدار ذلك كلّه راجع إلى مراعات الضروريات الخمس، وهي مصلحة النفوس والأديان والعقول والأموال والأنساب»<sup>(١)</sup>.

إن الزجر عن الجريمة التعزيرية ذو شقين إذن: الأول: منع المذنب العاصي من العودة إلى معصيته، والثاني: منع غيره من أن يعمل مثله؛ وعلى هذا، فالزجر مقصد أساسي لا بد من النظر إليه عند تشريع عقوبة ما من عقوبات التعزير.

وعلى أساس النظر في المصلحة يتم اختيار عقوبة تعزيرية ما،<sup>(٢)</sup> حتى يكون من شأن هذه العقوبة في غالب نظر المجتهد، إفضاءً لها إلى الغرض الذي شرعت من أجله، من الردع والزجر، وحسم مادة الفساد، وتحقيق أمن الجماعة، وحراسة نظامها العام<sup>(٣)</sup>.

وعلى هذا الذي تقدّم، يظهر جلياً أن العقوبة التي تُختار في التعزير، يجب أن تكون قادرة على زجر الجاني، فإن لم تكن قادرة، فهي خلوة من فائدة الزجر، الذي هو مقصود العقوبة التعزيرية؛ ويصلح في هذا المقام ذكر كلام هامّ للدكتور محمد فتحي الدبريني في بحثه عن عقوبة التغريم، وهذا هو نصّ كلامه: «أخذ المال عقوبة قد يتعيّن جزاءً بالنظر لحال الجاني، وتحقيق المقصد الشرعي منها، دون غيره من العقوبات»<sup>(٤)</sup>، وهو ما يعني بالنظر الفقهي والإنساني معاً، أن العقوبة الرادعة الزاجرة أحياناً، لا تكون إلا بأخذ المال تغريماً.

بعد هذا التأسيس لمقصد العقوبة التعزيرية، وأما يجب أن تكون قادرة على الردع، حتى تكون ذات فائدة فيه؛ بعد هذا لا بدّ من تنزيل هذا الكلام على المقصود، في التفاوت بين عقوبة حبس المماطل، وعقوبة تغريمه.. إنه إذا أُريدَ تنزيلُ هذا الكلام على عقوبة الحبس تعزيراً على جريمة الماثل، ووُجد أنها غير قادرة على الزجر والردع، وتبيّن أن الحبس قاصر عن الغاية التي شرع لأجلها، فقد وجب اختيار غيره مما يكون قادراً على الزجر، وهو هنا: التغريم تعويضاً.

وها هنا أذكر بعض ما قاله الشيخ ابن منيع في إطلاق عقوبة الماثل، قال: «ولكن العقوبة وحلّ العرض أعمّ وأشمل من أن تحصر في بعض معانيهما، إذ غرض العقوبة الزجر والردع، ودفع الظلم بما يقابل الضرر المترتب على الجناية المستوجبة للعقوبة»<sup>(٥)</sup>.

(١) كتاب القواعد، لتقي الدين الحصيني، (٤١٩/٣).

(٢) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، لمحمد فتحي الدبريني، (٩١/٢).

(٣) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، لمحمد فتحي الدبريني، (٩٧/٢).

(٤) مشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية، لعبد الله بن سليمان المنيع، (٥٢٨/٤).

هذا، وإذا نُظِرَ من زاوية أخرى، وهي ما يناله المضرور بسبب المماثلة، فإنه بحسب المدين المماثل لا ينال إلا التشفي، وقد ينال دفع المماثل إلى الإسراع بأداء ما عليه، غير أنه لا يسمى مماطلا إلا بعد مطله فعلا، فيبقى السؤال واردا: ألا يستحق الدائن تعويضا عن تلك المدّة التي مُطِلَ فيها دينه؟

الجواب: بلى، على ما تقدّم في الفصل التمهيدي من هذه الدراسة، من إثبات مبدأ التعويض في الفقه.

هكذا تبدو مسألة التعويض مقبولة من خلال أمرين اثنين: أحدهما: إباحة الشرع لمطلق العقوبة، تلك التي يدخل فيها الترخيم تعويضا عن المظل؛ والثاني: المقصد من تشريع العقوبة التعزيرية، التي تقدير على دفع الظلم بما يقابل الضرر المترتب عليه.

وهذا يعني أن عقوبة التعزير ها هنا، عقوبة مفيدة للمجني عليه، وذلك بتعويضه عما فاته من حقه أثناء المظل، وهو ذاته ما تعبّر عنه القاعدة الفقهية التالية:

**ثالثا: قاعدة: (الضرر يُزال):** ومعناها أنه يجب إزالة الضرر، ذلك أن الأخبار في كلام الفقهاء للوجوب<sup>(١)</sup>؛ فإذا كان الشرع قد منع إيقاع الضرر من إنسان لآخر، فإن هذا المنع يبقى قاصرا، ما لم يوازِه رفع للضرر الواقع، ولا يكون رفع الضرر ذا معنى، إن لم يُسمح بالتعويض.

**رابعا: عدم وجود أدلة تمنع من التعويض:** فليس ثمة أدلة تمنع منه، وإنما هنالك أدلة فسّرت عند البعض على شاكلة تمنع التعويض خشية من الوقوع في الربا، ولقد تقدّمت مناقشتها، وتقدّم أيضا في تمهيد هذا المبحث ما يؤكّد أن باب الربا لا يصل إلى ناحية التعويض هذه<sup>(٢)</sup>؛ وقيدت إطلاق العقوبة بما يمنع من تسرّب الربا من خلالها، بمن النصّ على هذا التعويض في عقد الدين أو القرض، وهذا يكفي في منع ذريعة الربا.

هذا، وفائدة ذكر خلوّ مثل هذا التعويض من أدلة تمنعه، تستند أساسا إلى الأصل الفقهي المشهور القاضي بأن الأصل في الأشياء الإباحة<sup>(٣)</sup>، وهي قاعدة مشهورة لمن يطالع الفقه، وقد ذكرها السيوطي بهذا النص<sup>(٤)</sup>.

---

(١) شرح القواعد الفقهية، لأحمد محمد الزرقا، (١٧٩)؛ هذا، وذكر الدكتور الدريني في: نظرية التعسف في استعمال الحق، (١٢٦)، أن الضرر إن كان واقعا، فامثال النص النبوي يكون بإزالة أسبابه، منعا لاستمراره في المستقبل.

(٢) يُنظر: (١٤٦-١٥٤)، من هذا البحث.

(٣) لا بدّ من الالتفات ها هنا إلى أن عموم هذه القاعدة مخصوص بما سوى الأبخاع، فالأصل فيها التحريم، نصّ على ذلك جماعة من العلماء منهم: السيوطي في كتابه الأشباه والنظائر، (٨٨)، وابن نجيم الحنفي في كتابه الأشباه والنظائر، (٧٤). هذا، ولعله يدل على هذا التفريق ما أمر به الشرع من غضّ البصر، وكذلك ما في الشرع من منع الخلوة والزنا؛ حتى إذا عُقد النكاح على امرأة، لم يُعدّ قريها زنا؛ ولم تحرم الخلوة بها، بل صارت ضرورية؛ كل ذلك يدلّ على أن الأصل في الأبخاع الحرمة؛ هذا مع أصل إباحة ما خلق الله في الأرض، مما يدلّ على أن الأصل فيه الإباحة، حتى إذا مُلِكَ شيء منه بالحيازة أو

والقول بأن الأصل في الأشياء هو الإباحة، هو قول جمهور الحنفية<sup>(٢)</sup>، وهو كذلك قول الإمام الشافعي<sup>(٣)</sup>، وهو قول الحنابلة في العقود المنتفع بها، ولم يأت في الشرع حكم لها<sup>(٤)</sup>.

**خامسا: النصّ النبوي على جنس العقوبة المالية (الغرامة)<sup>(٥)</sup>:** وأقصد بقولي: جنس العقوبة المالية، ما يدور حول مبدأ المعاقبة بالمال عامة، لا خصوص كونها لمعنى المماثلة، إذ سيأتي بعدما سأذكره ها هنا نوع آخر من العقوبة المالية، تكون على سبيل التعويض والغرامة معا، وينال فيها من وقع عليه الظلم، ودور هذا الدليل هنا هو التدرّج في طرح موضوع التعويض المالي عن ضرر المظل.

ولقد ورد في العقوبة المالية عن رسول الله ﷺ بعض الأحاديث، سأذكر منها حديثين فحسب:

**الحديث الأول:** وهو قوله ﷺ: (في كل إبل سائمة: في كل أربعين ابنة لبون، لا يُفَرَّقُ إبل عن حسابها، من أعطاهم مؤجرا فله أجرها، ومن أبي، فإننا أخذوها وشطرَ مالها، عزمةً من عزمات ربنا، لا يحلّ لآل محمد منها شيء)<sup>(٦)</sup>؛ ومعنى: (عزمة من عزمات ربنا)، أي: «حق لا بد منه»<sup>(١)</sup>.

---

البيع والشراء وما سواهما، صار حراما لغير مالكة؛ فالحرمة في الأشياء عارضة، وفي الأبخاع أصلية.

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي، (٨٧).

(٢) تيسير التحرير، لأمير بادشاه، (١٦٨/٢)، وغمز عيون البصائر، للحموي الحنفي، والأشباه لابن نجيم، (٢٢٣/١)؛ وحاشية ابن عابدين، (١٠٥/١)؛ ويُنظر: ترتيب اللآلي، لناظر زاده، (٢٩٤-٢٩٠/١).

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي، (٨٧).

(٤) شرح الكوكب المنير، لابن النجار الفتوح الحنبلي، (٣٦٢-٣٦٥)؛ وذكر ابن تيمية مؤدّي هذه القاعدة، فقال في كتابه مجموعة الفتاوى، (٩١/٢٩)، والقواعد النورانية، (١٣٩)؛: «..أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، فيُستصحب عدم التحريم فيها، حتى يدلّ دليل على التحريم».

(٥) الغرامة لغةً: ما يلزم أدائه، يُنظر: اللسان، (٣٢٤٧/٥)، والغرامة في الشريعة والقانون كما في مشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية، لعلي محيي الدين القره داغي، (٤٧٥/٤)، هي «عقوبة جنائية تفرضها الدولة أو المحاكم لصالح الخزنة العامة»، وهي معروفة في الفقه الإسلامي، والعلماء فيها بين مضيّق وموسّع، ويخطئ الدكتور علي محيي الدين القره داغي استعمال الغرامة مكان كلمة التعويض، إذ الغرامة تفرضها الدولة لصالح خزنتها، أما التعويض، فيُفرض لصالح من أصابه الضرر، كما في المرجع نفسه، (٤٧٦-٤٧٨)، فثمة اصطلاحان إذن: التعويض لمن وقع عليه الضرر، والغرامة بسبب هذا الضرر، لكن، لصالح خزينة الدولة؛ غير أن هذا الكلام من الدكتور القره داغي، لا يخرج عن كونه كلاما اصطلاحيا، ليس بالضرورة أن نفسّر به معنى كلمة الغرامة فيما بين أيدينا من النصوص، فلسوف يأتي فيما يستقبل من هذا المبحث، كلام لعمر ﷺ يسمي التعويض ذاته تغريما، وذلك في قصة غلمان بني حاطب بن بلتعنة، إذ سرقوا بقرة، فغرّم عمرُ سيدهم ضعفَ ثمنها لصالح صاحب البقرة، فهو تغريم بمعنى التعويض، أو تغريم يتضمن تعويضا.

(٦) المسند، (١٠٢/١٥)، ح: (١٩٩٠١)، و(١٠٩/١٥)، ح: (١٩٩٢٤)، والنسائي، (١٧/٥-١٨)، ح: (٢٤٤٣)، وأبو



هذا، وأقل ما يقال في هذا الحديث: إنه حسن، والبعض صحّحه<sup>(٢)</sup>؛ ورغم تضعيف النووي له<sup>(٣)</sup>، إلا أن الصحيح أنه بين الحسن والصحيح<sup>(٤)</sup>، وأشار شيخ الإسلام ابن تيمية إلى هذا الحديث مع أحاديث وآثار أخرى ثم قال: «وهذه القضايا كلّها صحيحة معروفة عند أهل العلم»<sup>(٥)</sup>؛ فالحديث صحيح لا غبار على تصحيحه إن شاء الله تعالى.

ومع ذلك، فلا استدلال بهذا الحديث على العقوبة بالتغريم المالي، نوقش بأمر ثلاثة:

**الأول:** إنه حديث ضعيف؛ روى البيهقي عن الإمام الشافعي رحمته الله أنه قال: «ولا يُثبت أهل العلم بالحديث أن تؤخذ الصدقة وشطر إبل الغالّ لصدقته، ولو ثبت قلنا به»<sup>(٦)</sup>؛ وحينما ردّ النووي دعوى النسخ الآتي ذكرها قال: «والجواب الصحيح: تضعيف الحديث»<sup>(٧)</sup>.

**الثاني:** إنه في حال صحته، فإن العقوبة بالتغريم المالي عقوبة منسوخة؛ فقد نقل البيهقي عن الإمام الشافعي القول بنسخ هذا الحديث<sup>(٨)</sup>؛ وقال الإمام السيوطي: «وقال الشافعي في القديم: من منع زكاة ماله،

---

داود، (١٤/٢، ح: ١٥٧٥)، ومستدرک الحاكم، (٣٩٨/١).

(١) المجموع، للنووي، (٣٠٨/٥).

(٢) صحّحه الحاكم، وأقرّه الذهبي؛ يُنظر: مستدرک الحاكم، مع تلخيصه، للذهبي، (٣٩٨/١)؛ وحسنه الألباني في الإرواء، (٢٦٣/٣)، وصحّح إسناده حمزة أحمد الزين مكملاً تحقيق مسند أحمد، في تعليقه بمامشه، (١٠٢/١٥).

(٣) المجموع، للنووي، (٣٠٥/٥).

(٤) إذ السبب في تضعيف من ضعفه هو الاختلاف في هز بن حكيم، والصواب أنه ثقة، وسبب تضعيف بعضهم له هو لعبه بالشطرنج، وهي ليست مما يضعف به الثقة، فقد نقل الشوكاني في نيل الأوطار (٣٥/٨) عن ابن القطان قوله: «وليس ذلك بضائر له، فإن استباحته مسألة فقهية مشهورة».

هذا، وسبب تضعيف آخرين له: روايته للحديث الذي مضى ذكره؛ وهو ليس بتضعيف، إذ هو أشبه بالتضعيف لأجل الرأي؛ ويبدو لي أن كل ما قيل فيه، لا يُترزله عن رتبة الصحيح، وإن أنزله، فإلى رتبة الحسن فحسب، فلقد وثقه ابن معين والنسائي، رغم كونه معروفاً بالتشدّد في التوثيق، وفي تمذيب التهذيب، للحافظ ابن حجر، (٤٩٨/١-٤٩٩) أنه احتج به الإمام أحمد، ولعل مشكلته الأكبر هي الاختلاف في روايته عن أبيه عن جدّه.

ولكن قال الشوكاني في النبل (٤١/٨): «ويجاب عن القدح بما في الحديث من المقال، بأنه مما لا يُقدح بمثله»؛ وقال الألباني في إرواء الغليل، (٢٦٤/٣): «وإنما هو حسن، للاختلاف المعروف في هز بن حكيم».

(٥) الحسبة في الإسلام، لابن تيمية، (٤٧ و ٤٨).

(٦) سنن البيهقي، (١٧٦/٤)، ويُنظر نفي الشافعي لصحته في مجموع النووي، (٣٠٤/٥)، وتلخيص الجبير، (٣٥٧/٢).

(٧) المجموع، للنووي، (٣٠٨/٥).

(٨) سنن البيهقي، (١٧٦/٤).

أُخِذَتْ وَأُخِذَ شَطْرَ مَالِهِ عَقُوبَةً عَلَى مَنْعِهِ، وَاسْتَدْلَلَ بِهَذَا الْحَدِيثِ؛ وَقَالَ فِي الْحَدِيثِ: لَا يُؤْخَذُ إِلَّا بِالزَّكَاةِ، لَا غَيْرِ، وَجَعَلَ هَذَا الْحَدِيثَ مَنْسُوخًا، وَقَالَ: كَانَ هَذَا حِينَ كَانَتْ الْعُقُوبَاتُ فِي الْمَالِ، ثُمَّ نُسِخَتْ؛ وَمَذْهَبُ عَامَةِ الْفُقَهَاءِ أَنْ لَا وَاجِبَ عَلَى مَتْلَفٍ شَيْءٍ أَكْثَرَ مِنْ مِثْلِهِ أَوْ قِيَمَتِهِ<sup>(١)</sup>.

**الثالث:** على فرض عدم النسخ، فهذا الحديث وما يشبهه من الأحاديث الأخرى، مؤوّل بتأويلات، منها ما هو خاصّ بقوله ﷺ في الحديث: (وَشَطْرَ مَالِهِ)، فقد قيل: إن الراوي وهم، وأن الصواب: فإننا آخذوها من شطر ماله، أي أن ماله يُشطر شطرين، فتؤخذ الزكاة من أحسن الشطرين، عقوبة له لمنعه الزكاة<sup>(٢)</sup>؛ ويظهر أن الحافظ ابن حجر ارتضى هذا التأويل، إذ ذكره معقبا عليه بقوله: «والله الموفق»<sup>(٣)</sup>، وهو غريب في تقديره منه؛ وثمة من ردّ بأن من أوّل ذلك التأويل، فإنه لا يكون نافيا لفكرة العقوبة بالمال، لأن الأخذ من خير الشطرين زائد على الواجب، فهو من شاكلة العقوبة بالمال<sup>(٤)</sup>؛ ومن هذه التأويلات: أن الحق في زكاة هذه الإبل سيبقى محفوظا، ولو هلك شطر مال المانع للزكاة، فلا بدّ أن يدفعها<sup>(٥)</sup>.

والإجابة عما نوقش به الاستدلال بهذا الحديث كما يلي:

**أولا:** أما ما يتعلق بالقول بتضعيفه، فلقد سبق وتبيّن أن الحقّ تصحيحه أو تحسينه.

**ثانيا:** وأما دعوى النسخ، فقد تعقبها النووي في المجموع أثناء ردّه على الأصحاب بأنها ضعيفة لوجهين: **(أحدهما:** أن ما ادّعوه من كون العقوبة كانت بالأموال في أول الإسلام ليس بثابت، ولا معروف؛ **والثاني:** أن النسخ إنما يصار إليه إذا علم التاريخ، وليس هنا علم بذلك<sup>(٦)</sup>).

**ثالثا:** وأما دعاوى التأويل، فهي أضعف من دعاوى النسخ، ذلك أن الأصل هو الأخذ بالظاهر، ولا يلجأ إلى دعاوى التأويل، إلا بعد امتناع الظاهر، والظاهر هنا غير ممتنع، فلم التأويل؟ وينا في التأويلات المذكورة ما قاله السيوطي بعد أن ذكرها: «وكان عمر يحكم به، فغرّم حاطبا ضعفاً ثمن ناقة المزني لما سرقها رقيقه»

(١) حاشية السيوطي على سنن النسائي، (١٧/٥)، ويُنظر: حاشية السندي على سنن النسائي، (١٨/٥).

(٢) نقله السيوطي والشوكاني عن إبراهيم الحربي، يُنظر: حاشية السيوطي على سنن النسائي، مع السنن، (١٧/٥)، ونيل الأوطار، للشوكاني، (٤١/٨)؛ هذا، وذكر السندي في حاشيته على سنن النسائي، مع السنن، (١٨/٥)، أن ثمة قراءة غير مشهورة للحديث على المبني للمجهول، وهي: (وَشَطْرَ مَالِهِ).

(٣) التلخيص الحبير، للحافظ ابن حجر، (٣٥٧/٢-٣٥٨)؛ وتعقب الخطابي هذا المعنى بقوله: «لا أعرف هذا الوجه»؛

يُنظر: حاشية السيوطي على سنن النسائي، مع السنن، (١٧/٥).

(٤) هذا توجيه الشوكاني للتأويل المذكور، يُنظر: نيل الأوطار، للشوكاني، (٤١/٨).

(٥) حاشية السيوطي على سنن النسائي، (١٧/٥)، ويُنظر: حاشية السندي على سنن النسائي، (١٨/٥).

(٦) المجموع، للنووي، (٣٠٨/٥)، وينظر: التلخيص الحبير، للحافظ ابن حجر، (٣٥٧/٢).

ونحروها، وله في الحديث نظائر، وقد أخذ أحمد بن حنبل بشيء من هذا، وعمل به<sup>(١)</sup>؛ إن أخذ عمر به عمليا وبلا تأويل يمنع دعاوى التأويل المذكورة.

وفي كلمة جامعة للإمام ابن تيمية، تصلح مستندا للردّ على مدّعي النسخ والتأويل معا، أنقلها عنه بحروفها، فلقد قال ﷺ: «ومن قال إن العقوبات المالية منسوخة، وأطلق ذلك عن أصحاب مالك وأحمد، فقد غلط على مذهبهما، ومن قاله مطلقا من أي مذهب كان، فقد قال قولاً بلا دليل»<sup>(٢)</sup>؛ وقال أيضا: «و لم يجيء عن النبي ﷺ شيء قط يقتضي أنه حرّم جميع العقوبات المالية، بل أخذ الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة بذلك بعد موته، دليل على أن ذلك محكم غير منسوخ»<sup>(٣)</sup>.

ومع ذلك، فقد ورد مثل مضمون هذا الحديث في حديث آخر هو التالي..

**الحديث الثاني:** ويكفي كشاهد لمعنى التغيريم الوارد في الحديث الماضي، ما ورد أن رسول الله ﷺ سئل عن الثمر المعلق، فقال: (ما أصاب من ذي حاجة غير متخذ خُبنة<sup>(٤)</sup>)، فلا شيء عليه؛ ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه والعقوبة، ومن سرق شيئا منه بعد أن يؤويه الجرين<sup>(٥)</sup>، فبلغ ثمن المجن<sup>(٦)</sup>، فعليه القطع؛ ومن سرق دون ذلك، فعليه غرامة مثليه والعقوبة<sup>(٧)</sup>؛ وهو حديث صحيح الإسناد<sup>(٨)</sup>.

وقد يُعترض على الاستدلال بهذا الحديث بالاعتراضات ذاتها تلك المذكورة على الاستدلال بالحديث السابق، فالجواب عليها إذن سيكون هو ذات الجواب المتقدم على الاعتراضات المذكورة عند الاستدلال بالحديث السابق.

إن فكرة التغيريم لم تُعدّ بعد هذين الحديثين فكرة بعيدة عن مفاهيم الشرع، وبهذا أكون قد قطعُتُ مرحلة في الاستدلال على مبدأ التغيريم بمجرّده.

(١) حاشية السيوطي على سنن النسائي، (١٧/٥)، ويُنظر: حاشية السندي على سنن النسائي، (١٨/٥).

(٢) الحسبة في الإسلام، لابن تيمية، (٤٨).

(٣) المرجع نفسه، (٤٨).

(٤) قال ابن الأثير في النهاية، (٩/٢): «الخُبنة: معطف الإزار وطرف الثوب، أي لا يأخذ منه في ثوبه».

(٥) ذكر السيوطي في حاشيته على سنن النسائي، (٤٥٩/٨)، أن الجرين هو موضع تخفيف التمر.

(٦) المجنّ: هو الترس؛ يُنظر: تهذيب اللغة، للأزهري، (٦٧٢/١).

(٧) المسند، (٦/٢٣٨-٢٣٩، ح: ٦٦٨٣)، والنسائي، (٤٥٩/٨-٤٦٠، ح: ٤٩٧٣)، وأبو داود، (٦٤/٢-٦٥، ح:

١٧١٠).

(٨) صحح إسناده أحمد شاكر في تعليقه على المسند، (٢٣٧/٦)، وأشار ابن تيمية إلى هذا الحديث قائلا فيه وفي آثار

وأحاديث أخرى: «وهذه القضايا كلّها صحيحة معروفة عند أهل العلم»، يُنظر: الحسبة في الإسلام، لابن تيمية، (٤٨).

ولعله من هنا مال القاضي أبو يوسف إلى أن التعزير بأخذ الإمام المال جائر<sup>(١)</sup>، رغم ما ذكره ابن نجيم من أن المذهب عند الحنفية عدم التعزير بأخذ المال<sup>(٢)</sup>.

**سادسا: النصّ على الغرامة التي تتضمن التعويض:** الدليل السابق ينحصر في الغرامة التي لا يلزم أن تكون لصالح المعتدى عليه، بل هي لصالح الأمة أو المجتمع، وعلى الأقل: لم يرد في النصين السابقين ما يجعل شيئا من التعزيم، عقوبة تتضمن التعويض على من اعتدى عليه؛ أما هذا الدليل الذي أنا بصددده، فهو يتضمن التعزيم المعوّض لمن اعتدى عليه.

فقد ورد أن رقيقا لحاطب بن أبي بلتعة سرقوا ناقة لرجل من مزينة في عهد عمر رضي الله عنه، فانتحروها، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فأمر عمرُ بقطع أيديهم، ثم قال عمر: «أراك تُجيعهم»، ثم قال عمر: «والله لأغرمتك غرما يشقّ عليك»؛ ثم قال للمزني: «كم ثمن نافتك؟»، فقال المزني: قد كنتُ والله أمنعها من أربعمئة درهم، فقال عمر: «أعطه ثمانمئة درهم»<sup>(٣)</sup>؛ والعبارة الأخيرة منه هي موضع الشاهد فيه، إذ غرّم الرجل بغرامة مضاعفة، وُجّهت لصالح مَنْ وقع عليه الاعتداء؛ قال ابن عبد البر: «وأضعف عليه القيمة على جهة الأدب والرّدع له»<sup>(٤)</sup>؛ وذكره ابن حزم فيما ذكر من آثار حول التعزيم، ثم قال: «..لأن عمر رضي الله عنه قد حكم بها بحضرة الصحابة رضي الله عنهم، لا يُعرف له منهم مخالف، ولا يدري عليه منهم منكر، فأضعف قيمة الناقة المنتحرة للمزني على رقيق حاطب، التي سرقوها وانتحروها»<sup>(٥)</sup>.

وهذا الأثر صحيح، وله طرق عديدة ربما يصحّ ببعضها، فكيف بما كلّها<sup>(٦)</sup>، غير أن مشكلته هي ما كان من إرساله في بعض الروايات، ومع ذلك، فمرسله أحد كبار التابعين<sup>(٧)</sup>، والمرسل حجة عند الحنفية والمالكية،

(١) تبين الحقائق، للزيلعي الحنفي، (٣/٦٣٤).

(٢) البحر الرائق، لابن نجيم، (٥/٤٤).

(٣) الموطأ، لمالك بن أنس، (٧٤٨)، والسنن الكبرى، للبيهقي، (٨/٤٨٣)، ح: (١٧٢٨٧)، ومصنف عبد الرزاق، (١٠/٢٣٩، ح: ١٨٩٧٨)، والمحلى، لابن حزم، (١٣/١٦٦).

(٤) الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البر، (١٧١).

(٥) المحلى، لابن حزم، (١٣/١٦٦).

(٦) ذكر ابن حزم أن لهذا الأثر طرقا عديدة، (١٣/١٦٦)، ثم قال عنه: «وهذا أثرٌ عن عمر كالشمس»، وهو فعلا كذلك، فرواه ثقات مشهورون، إذ رواه مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عروة بن الزبير عن يحيى بن حاطب؛ قال الحافظ ابن حجر في التقريب، (٦٦٥) عن هشام: «ثقة فقيه ربما دلّس»، وقال عن أبيه عروة في المرجع نفسه، (٤٥٤): «ثقة فقيه مشهور»، وقال عن يحيى بن عبد الرحمن في ذات المرجع، (٦٨٨): «ثقة، من الثالثة، مات سنة أربع ومائة».

(٧) وسبب إرساله أن راويه عن عمر، وهو يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب، رغم كونه ثقة، إذ نقل الحافظ ابن حجر توثيق النقاد له، من أمثال ابن سعد والنسائي والعجلي والدارقطني، يُنظر: تهذيب التهذيب، للحافظ ابن حجر، (١١/٢٤٩) -

وفي رواية عند أحمد رضي الله عنه <sup>(١)</sup>؛ ومع كل هذا الذي مضى، فالإسناد الذي ساقه ابن القيم لهذا الحديث ليس مرسلًا، بل هو موصول، ورجاله كلهم ثقات <sup>(٢)</sup>.

والحديث تضمن قضاءً من خليفة راشدي استخدم فيه التغريم تعويضًا، وبأكثر من مثل حجم الاعتداء، ودفعه إلى صاحب الحق المعتدى عليه؛ ولا بد أن ألفت النظر إلى أن اعتمادي ليس على هذا الأثر العمري وحده، بل لقد تقدّمه من الأصول والنصوص ما يكفي الاعتماد عليها في إثبات مسألة التعويض التي أنا بصدد بحثها هنا، وإنما يأتي مثل هذا الأثر، مسندًا لغيره، ومستندًا أيضًا على ما ثبت بغيره.

وبعد: فهذه الأدلة التي مضى ذكرها تتمازج معًا لتفضي إلى نتيجة ذات أهمية خاصة في مسألة البحث، وهي التعويض عن ضرر الماطلة؛ إن إباحة عقوبة الماطل التي جاءت مطلقة، قد أفادها ما عُرف في النصوص التي مضى ذكر بعض منها، وفائدة ذلك هي: إمكان أن تكون العقوبة تعويضًا ماليًا، لصالح الدائن الذي مُطل حقه، ولصالح المجتمع أيضًا؛ فالنتيجة أنه يجوز تقدير عقوبة يُعوضُ له فيها عما أصابه من ضرر المطل، إذ إطلاق النص على عقوبته يفيد مثل هذا التقدير، وكذا إتيان نصوص تتحدث عن التعويض المالي، وعن التغريم المالي، يفيد فتح الباب أمام إطلاق لفظة العقوبة، لتتألف حقها في الإطلاق؛ أما الإسراع بإقحام المسألة في أبواب الربا، فليس ذلك بالنهج الصحيح، إذ ليست هي من الربا أصلاً، وذلك بعد أن أصّلتُ في تمهيد هذا البحث، أن ربا القروض والديون، هو ما يكون مشروطًا في العقد؛ وبعد أن نقّحتُ أن التعويض إنما يُصار إليه بعد اعتداء الماطل الغني القادر، فالتعويض ردٌّ على اعتداء المدين، وليس اعتداءً من الدائن، كما هو حال اعتداء المرابي.

فإن تتقرر عقوبة التغريم والتعويض المالي على المطل بصفته المذكورة، فهذا عودٌ إلى النصوص وإلى عمل الخلفاء الراشدين بمبدأ التعويض والتغريم المالي؛ وأن يطلق الحديث قوله بإباحة المطل لعقوبة الماطل، دونما تقييد لهذا الإطلاق، يعني جواز تنوع العقوبة، حتى تصل إلى التغريم تعويضًا، أو التعويض تغريمًا.

إني بهذا أكون قد وصلتُ بفضل الله تعالى إلى ما أراه القول الراجح في المسألة، ألا وهو جواز تعويض الماطل حقه، إذا وقع الضرر عليه من جرّاء المطل؛ وكذا وصلتُ إلى سدّ باب الربا، من خلال منع الاتفاق على مثل هذا التعويض عند عقد سبب الدين، والله تعالى الموفق، والحمد لله رب العالمين.

---

٢٥٠)؛ لكنه ولد في خلافة عثمان رضي الله عنه، كما ذكر الحافظ في المرجع نفسه، فهو لم يدرك عمر إسناده، فروايتُه عنه مرسلّة؛ وهو من كبار التابعين، إذ ولد في خلافة عثمان، ومات كما تقدم سنة ١٠٤هـ.

(١) تقدّم تفصيل مذاهب العلماء في المرسل في المبحث الثاني من الفصل التمهيدي، (٤٢)، فيرجع إليه.

(٢) إعلام الموقعين، لابن القيم، (١١/٣)، وإسناده عنده: حدثنا عارم، ثنا حماد بن سلمة، عن هشام بن عروة عن أبيه عن ابن حاطب، أن غلّمة لحاطب، فذكره؛ فظاهر أنه ليس عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب، بل عن عبد الرحمن ذاته؛ وذكر الشيخ مشهور حسن في تحقيقه لقواعد ابن رجب، (٦٤/٣)، أنه رواه: الجوزجاني، فهو القائل: حدثنا عارم.

## المبحث الثاني: الشرط الجزائي المترتب على عدم الوفاء بالعقود تأخيرا أو إخلالا وحكمه

هذا المبحث يتعلق بالشرط الجزائي حينما يكون محله: أولا: الإخلال بالمواصفات المتفق عليها في العقد؛ وثانيا: التأخر في إنجاز ما أُنْفِق عليه.

وبما أن الشرط الجزائي ذو غاية تعويضية، فإن الأمر في النهاية متعلق بالتعويض عن الضرر المترتب على الإخلالين المذكورين؛ وكنت قد قدّمت في تمهيد هذه الدراسة أن مبدأ التعويض مُقرّ في الشرع<sup>(١)</sup>، واستدللتُ لذلك بما يكفي، فلا كلام فيه بعد كل ما مضى، وبعد أن تبين أنه لا خلاف في أصل مبدأ التعويض؛ وكذلك تقدّم في تمهيد البحث أن العدة تكون ملزمة في بعض الأحيان، ومِلتُ إلى القضاء بها في تلك الأحيان، وبما أن العقد المجرد يتضمن العدة الواجب الوفاء بها من حيث المعنى<sup>(٢)</sup>، فإذا أضيف إليه وعدٌ بالتعويض على تقصير أو إخلال، تأكّد الإلزام بالوفاء بالعدة، وتبيّن ذلك بما يسمح به التمهيد من استدلال وتوجيه..

ثم لقد تقدّم في المبحث السابق الذي يدور حول الشرط الجزائي حينما يكون محله جزاءً على المطل في سداد الدين، وتعويضا عن ضرره؛ أن التعويض عن ضرر المطل مباح ما لم يكن مشروطا في العقد، وتقدّمت أدلة كل ذلك؛ فإذا أبيح التعويض فيما له علاقة بالقرض، حسبما أتجه إليه البحث على الأقلّ، فمن الأولى إباحة التعويض حينما يكون المحل هو الإخلال أو التأخر، وذلك لما خصّ به الشرع عقد القرض من أحكام، لأجل علاقته بالمال، حتى لا يكون القرض مدخلا إلى الربا.

إنه وتأسيسا على هذا الذي مضى، يبدو أن ضرر الإخلال بالموعد والمواصفات، يُستحقّ عليه التعويض، فأصل التعويض عن الضرر ثابت في الشرع، فكان لا بد بعد كل ذلك من بحث الشرط الجزائي حينما يكون محله الإخلال بالموعد أو المواصفات الموعد الوفاء بها، حينما لا يتسبّب الإخلال بالضرر، وذلك في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: يُستحقّ التعويض وفق الشرط الجزائي إذا وقع الضرر فعلا.

المطلب الثاني: عبء إثبات الضرر أو نفيه.

(١) يُنظر: (١٢-٢٥)، من هذا البحث.

(٢) يُنظر: (٢٦-٤٧)، من هذا البحث.

## المطلب الأول: يستحقّ التعويض وفق الشرط الجزائي إذا وقع الضرر فعلاً

يقرّر القانون المدني المصري أنه لا يُستحقّ التعويض الجزائي إذا لم يقع الضرر<sup>(١)</sup>، فلو اشترط صاحب العمل على المقاول أن يسلمه ما طلب منه في وقت محدّد، فتأخّر، بعذر أو بغير عذر، غير أن هذا التأخّر لم يؤدّ إلى إضرار بصاحب العمل، فلا يستحق ما تقرّر في الاتفاق بينهما من تعويض؛ وكذا إذا لم يوفّ بالمواصفات، فإذا تبين أن عدم وفائه ببعض المواصفات لم يؤدّ إلى إضرار بصاحب العمل، لم يستحقّ على هذا الإخلال تعويضاً<sup>(٢)</sup>؛ وهذا الذي تقدّم هو ما قرّره القانون المدني المصري، على ما ذكرته، غير أني لم أجد نصّاً في هذه الجزئية في القانون المدني الأردني، فهل هي مُغفلةٌ تماماً<sup>(٣)</sup>؟ الجواب: لا<sup>(٤)</sup>!

الذي أراه أنها إن كانت مغفلةً فيه نصّاً، فهي غير مغفلةً فيه فهماً ومعنىً، ذلك أنه ربما كان إغفالها من قبل المقتنّ الأردني، اكتفاءً منه بما يمكن أن أسمّيه: سياق القانون نفسه في هذا الباب؛ فسياقه قائم على تصوّر ضرر واقع من المدين في حق الدائن، تعويضاً للدائن عما قد أصابه من جرّاء عدم وفاء المدين بالتزامه، ويُفهم هذا بوضوح من المادة ٣٦٠، وهي أول مادة يذكرها القانون في التعويض الاتفاقي، تقول المادة المشار إليها: «إذا تم التنفيذ العيني، أو أصرّ المدين على رفض التنفيذ، حدّدت المحكمة مقدار الضمان الذي تُلزمه المدين، مراعيةً في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن، والعنت الذي بدا من المدين»؛ وكذا يُفهم هذا بوضوح من ٢٦٣ التي تنصّ على ما يلي: «إذا لم يكن الضمان مقدّراً في القانون أو في العقد، فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه»، وكذا يُفهم بوضوح من البند الثاني من المادة ٢٦٤ الذي ينصّ على ما يلي: «ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال، بناءً على طلب أحد الطرفين، أن تُعدّل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك»؛ فهذه النصوص تظهر أن السياق سياق تعويض عن ضرر، ويجعل الثالث منها للمحكمة سلطة تعديل الاتفاق بين المتعاقدين، ليكون التعويض مساوياً للضرر، وذلك بناءً على

(١) الوسيط، للسنيوري، (٢/٨٥٦-٨٥٨).

(٢) لكن، قد يدّعي ربّ العمل تضرّره بالإخلال أو التقصير، وهذا لا يؤثّر في الحقيقة، إذ الأصل هو التعويض حين الإخلال أو التقصير، وسيأتي أن المطلوب من المقاول إثبات أن الإخلال أو التقصير لم يؤدّي إلى ضرر، فإذا أثبت ذلك أمام القضاء، فلا تقوم دعوى ربّ العمل أن الإخلال أدّى إلى الإضرار به، مع العلم أن القضاء يرجع إلى الخبراء في مثل هذا الحال.

(٣) تنبغي ملاحظة أنني لا أنطلق في بحث هذه المسألة من جهة كون القانون كاملاً لا قصور فيه، فالقانون المدني الأردني وغيره من القوانين، لا يعدو كونه جهداً بشرياً، يطرأ إليه ما يطرأ إلى جهود البشر من قصور ونقص وما إلى ذلك، غير أني مع ذلك أودّ إنصاف هذا القانون، من خلال النظر في سياقاته وأصوله معاً، ومن حق الجهد البشري أن ينال حقه من الإنصاف.

(٤) آثار الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني، لحمد وليد العبادي، وأحمد عبد الكريم أبو شنب، (٦)، نشره موقع

الدليل الإلكتروني للقانون العربي، <http://www.arablawninfo.com>

طلب أحد الطرفين، فالمسألة برمتها مسألة ضرر يسمح القانون بتعويض من لحقه، مما قد يسمح بفهم مستقيم للمسألة على ضوء القانون، أنه إن لم يقع ضرر من جراء الإخلال، فإنه لا حق لمن وقع الإخلال في حقه بشيء من التعويض.

ثم، لعل القانون المدني الأردني اكتفى أيضا بأصل يعتمده، وهو المذكور في البند الثاني من المادة الثانية منه، تلك التي تقول: «فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون، حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية»، وهو ما يقتضي بحث المسألة على ضوء ما هو مقرر في الشرع..

فقد يبدو عدم إيجاب التعويض في حالة عدم تسبب التأخر أو الإخلال بضرر في حق الطرف الآخر، منافياً لما هو مقرر في الشرع، بسبب ما تقرر فيه من لزوم الوفاء بالشرط الصحيح، فالمسلمون عند شروطهم، على ما نص عليه الحديث الصحيح؛ وموجب هذا الحديث هو ضرورة الالتزام بالشرط الصحيح، الذي لا يحل حراماً ولا يُحرّم حلالاً، وبما أنه تبين فيما تقدّم أن الشرط الجزائي هو من تلك الشروط الصحيحة، فإنه يلزم الوفاء بموجبه؛ وبما أن التأخر في الإنجاز، أو عدم التسليم في الوقت المتفق عليه قد وقعاً، وبما أنه لم يحدّد لزوم هذا الشرط بكون التأخر أو عدم الالتزام بالمواصفات ضاراً؛ فإنه يلزم التعويض بسبب عدم الالتزام، وإن لم يقع ضرر؛ هذا هو موجب هذا الشرط؛ فماذا يقول الفقه الإسلامي؟ وهل ما يقرره منافع لفكرة عدم التعويض لعدم وقوع الضرر؟

لم أرَ فيما أطلعت عليه حديثاً في هذه المسألة تحديداً، فلزم العودة إلى الأصول والنظائر، لرؤية ما يمكن أن يتقرر فيها؛ وها هنا يبرز أمام البحث أصل من الأصول، يستحق النظر فيه، لأجل الوصول إلى غاية الأمر في المسألة؛ وكذا يبرز نظيران لجانب منها في الفقه الإسلامي؛ أما الأصل، فهو: الاستحسان عند من يأخذ به؛ وأما النظيران، فأحدهما ذكره جماعة من الفقهاء عند حديثهم عن شراء عين موصوفة، فكانت على غير الصفة، لكن، كانت أفضل منها؛ والآخر ذكره الحنفية عند حديثهم عن عدم تعويض من أتلّف مال غيره، إذا لم يؤدّ إتلافه له إلى الإضرار به؛ وأبحث كلّ ذلك في الفروع الثلاثة التالية:

### الفرع الأول: دليل الاستحسان

لا داعي إلى الخوض في تعريفات الاستحسان، إذ سأكتفي بأشهرها عند من اشتهر بالقول به من المذاهب الأربعة، وأعني: التعريف المعتمد للاستحسان عند الحنفية؛ وهو ما عرفه بعض الحنفية بقوله: «هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها، إلى خلافه، لوجه أقوى منه»<sup>(١)</sup>؛ ورآه الإمام

(١) هو تعريف أبي الحسن الكرخي، كما في: كشف الأسرار، لعبد العزيز البخاري، (٤/٨)؛ ووصف العلامة الزرقا في



محمد أبو زهرة أَيْبَنَ التعريفات، لأمر من هنا: أنه يبيِّن أساسه وُثْبَهُ، «إذ أساسه: أن يجيء الحكم مخالفاً قاعدةً مطَّردة، لأمرٍ يجعل الخروج عن القاعدة أقربَ إلى الشرع من الاستمسك بالقاعدة، فيكون الاعتماد عليه أقوى استدلالاً في المسألة من القياس؛ ويصوِّر<sup>(١)</sup> أن الاستحسان كيفما كانت صورُهُ وأقسامُهُ، يكون في مسألة جزئية، ولو نسبياً، في مقابل كَلْيَةٍ، فيلجأ إليه الفقيه في هذه الجزئية، لكي لا يؤدي الإغراق في القاعدة، إلى الابتعاد عن الشرع في رُوحه ومعناه»<sup>(٢)</sup>؛ وذكر العلامة الزرقا أن الحنفية برعوا في «الاستنباط الاستحساني براعةً عدلوا بها كثيراً من غلوِّ القياس الظاهر، عندما يؤدي إلى مشكلة في المصلحة التطبيقية»<sup>(٣)</sup>؛ وذكر العلامة الزرقا وهو يصوِّر مذهب الحنفية في الاستحسان وأنه تابع للقياس في أن الاستحسان: «بمثابة اللجام له إذا جمح وخيف أن يؤدي أطْراده إلى نتائج تنافي طبيعة الشريعة السمحة، ومنهاجها الحكيم في إقامة العدل..»<sup>(٤)</sup>.

إن الاستحسان إذن، وهو على الشاكلة المذكورة، أصلٌ من أصول منهج العدالة المقررة في الفقه الإسلامي، إذ هو يمنع غلواء الأطراد لقاعدة من القواعد، حينما يصل هذا الاطراد إلى ما يجافي العدالة ذاتها؛ فإذا كان التعويض في الشرط الجزائي ضرباً من العدالة في الأصل، وإذا كان الأصل في الشرع: الالتزام بالشرط؛ وإذا تبين أن كل ذلك سيكون في حالة من الحالات خروجاً عن العدالة ذاتها، فإن أصل الاستحسان هو ما ينظّم هذا الالتفات إلى تلك العدالة، ويُرجع المسألة إلى العدالة ذاتها، بدل اطْرادها ضمن قاعدة تؤدي بها إلى نقيض العدالة.

فلقد أدّى الالتزام بالشرط الجزائي هنا، أي في حالة عدم وقوع الضرر، إلى إلزام المقاول بالتعويض، ذلك أنه تخلّف عن الوقت المتفق عليه لإنجاز العمل، ولم يلتزم بالمواصفات المنصوص عليها في العقد، فالأصل على هذا: أن يقوم بالتعويض، وذلك لإتمام الغاية التي شرع لأجلها الشرط الجزائي، ألا وهي التعويض عن الضرر، فالإخلال بالذكوران مطّنة وقوع الضرر؛ غير أنه لما لم يقع ضرراً نتيجة الإخلالين، فلا داعي لتعويض، وذلك عودة بالمسألة إلى أصل آخر، وهو أصل العدالة؛ التي يحول دونها الالتزام بحرفية العقد؛ فالاستحسان يشهد ضدّ الالتزام الحرفي المنافي للعدالة.

دليل الاستحسان هنا كافٍ، غير أنني وجدتُ ما يصلح برأبي لتقوية المقصود، كما في الفرع التالي:

---

كتابه: الاستصلاح والمصالح المرسله، (٢٣)، تعريف الكرخي بقوله: «ولعلّه أفضل التعاريف الماثورة للاستحسان، وأشملها لأنواعه».

(١) الضمير في قوله: يصوِّر، عائد إلى تعريف الكرخي للاستحسان.

(٢) أبو حنيفة، لمحمد أبي زهرة، (٣٥٠).

(٣) الاستصلاح والمصالح المرسله، لمصطفى الزرقا، (٣١).

(٤) الاستصلاح والمصالح المرسله، لمصطفى الزرقا، (٦١).

## الفرع الثاني: مخالفة الصفة إلى أفضل منها في شراء العين الموصوفة

وهو نظير هامّ في المسألة، ولقب المسألة في الفقه هو: بيع غير المرئي بشرط صفة معينة فيه، وصورتها: أن يشتري إنسان سلعة ويشترط فيها وصفا معينا، فإذا كانت على وصف أحسن مما اشترطه، فليس له خيار الرد<sup>(١)</sup>؛ وعلة ذلك على ما قال ابن الهمام: «لأنه صفة أفضل من الصفة المشروطة»<sup>(٢)</sup>، غير أن له خيار الرد إذا كانت الصفة المرغوبة والأدنى فضلا مقصودة، بمعنى أنه يقصد الوصف الأدنى لأمر ما؛ قال الحطاب المالكي: «وإن وجد الأفضل، لم يكن له أن يرُدّ، إلا أن يكون اشترط الأدنى لوجه»<sup>(٣)</sup>.

وهذان النصان من هذين العالمين، كافيان في تحرير المسألة فقهيًا، للوصول من خلالها إلى مسألة البحث ها هنا، فهي على ما تقدّم، تبحث عن نظير لها، وقد وجد.

أما صلة هذه المسألة بمسألة البحث الجارية، فعائدة إلى ما ذكره القانون من أنه إذا لم يقع ضررٌ على صاحب العمل من مخالفة المفاوض لبعض شروطه، أو لوقت الإنجاز، فلا يستحق على ذلك تعويضًا؛ فمعلوم أن الشرط لازمٌ شرعًا إذا لم يكن منافيا للعقد على ما تقدّم تقريره، وكذا إذا لم يتضمن ما نهى الشرع عنه، وهنا لا مخالفة ولا منافاة؛ ومع ذلك، يميل البحث إلى تأييد الفقه للقانون في عدم وجوب الإلزام بالشرط إذا لم يقع ضرر؛ كما أن اشتراط وصف ما في السلعة المشتراة، ووجود أعلى منها، هو في حقيقته مخالف لشرط ضمني، ومع ذلك فلم تسمح هذه المخالفة للمشتري برّد السلعة، لعدم وقوع ضرر بعدم الالتزام بالوصف الأدنى، فلم يُلزم الفقه البائع بقبول ردّ المشتري للسلعة، إذ لم يقع عله ضرر؛ وكذا يمكن أن يقال هنا: إن عدم الالتزام بحرفية الشرط بين المفاوض ورب العمل، لم يؤدّ إلى ضرر بربّ العمل، فلا تعويض، رغم النصّ عليه في العقد، بجامع أنه لا ضرر، كتخلف الوصف الأدنى وظهور الأفضل في السلعة المشتراة.

## الفرع الثالث: عدم ضمان إتلاف مال الغير إذا لم يؤدّ إلى الإضرار به

ذكر الحنفية هذه المسألة في معرض حديثهم عن إتلاف مال الغير، قالوا: إذا كسر رجلٌ درهماً رجل آخر، فوجد داخله فاسداً؛ أو كسر جوزاً له، فوجد داخل الجوز فاسداً؛ قالوا: لا يضمن<sup>(٤)</sup>، ويذكر الشيخ

(١) فتح القدير، لابن الهمام، (٣٠٨/٦)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، للحطاب المالكي، (٣٣١/٦)، وروضة الطالبين، للنووي، (٤٥٨/٣)، والمغني، لابن قدامة، (٢٤٥/٤).

(٢) فتح القدير، لابن الهمام، (٣٠٨/٦)، ومعناه: مواهب الجليل، للحطاب، (٣٣١/٦)، وروضة الطالبين، للنووي، (٤٥٨/٣).

(٣) مواهب الجليل، للحطاب المالكي، (٣٣٢/٦)، وضرب مثالا لذلك قائلا: «كمن اشترى عبداً على أنه نصراني،

فوجده مسلماً، فأراد رده، لأنه قال: أردتُ أن أزوجه أمةً لي نصرانية».

(٤) مجمع الضمانات، لابن غانم، (١٤٧).

علي الخفيف هذه المسألة ذاتها، مع شبيهات لها من المذاهب الأربعة، مؤسسا على كل ذلك أنه إذا لم يترتب على فعل التعدي ضرر لم يجب الضمان<sup>(١)</sup>.

ويدور في الباب ذاته: ما ذكره المالكية من أنه إذا غصب رجل عبدا، فخصاه، فلم تنقص قيمة العبد بما حصل له من خصاء غاصبه له، فلا ضمان على الغاصب، لأنه لم يقع ضررٌ يتمثل بنقص قيمة العبد<sup>(٢)</sup>؛ وكذلك ما ذكره الشافعية: قالوا: لو غصب عسيرا ثم غلاه، فنقصت كميته، لكن قيمته لم تنقص، قالوا: لا يضمن الغاصب قيمة النقص، لأنه ماء لا قيمة له<sup>(٣)</sup>.

وذكر الشافعية أيضا وكذلك الحنابلة أنه إذا جنى على لسانه، فذهب كلامه وقضي عليه بالدية ثم عاد الكلام، فإنه يجب ردّ الدية قولاً واحداً، لأنه بعودة الكلام، علم أنه لم يذهب أصلاً<sup>(٤)</sup>؛ وكذلك ما ذكره الحنابلة أيضا من مسائل، منها ذهاب الشمّ بالتعدي، ثم عودته، قالوا: تسقط الدية، فإن كانت قد دُفعت، فإنها تُردّ<sup>(٥)</sup>؛ وهي كذلك تشبه مسألة ذهاب الكلام التي نقلتها عنهم وعن الشافعية؛ وكذلك ما ذكره الحنابلة من أنه إذا عين أحدهم أضحية لذبحها، فذبحها غيره بغير إذنه، فهل يضمن الذابح المتعدي أم لا؟ قالوا: لا يضمن الذابح، لأنها متعيّنة للذبح، وكل ما فعله أنه عجل الذبح، ما لم يبدل المضحّي غيرها بها<sup>(٦)</sup>؛ وذكروا مسألة أخرى، قالوا: إذا نذر مالا معيناً للصدقة، فجاء غيره ودفعها إلى مستحقّها، ودون إذن المتصدق، قال بعض الحنابلة بعدم الضمان، وقال بعضهم بالضمان<sup>(٧)</sup>.

(١) الضمان، لعلي الخفيف، (٣٨)؛ ويُنظر: التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، محمد بوساق، (١٧٠-١٧٢).

(٢) ذكر أصل المسألة: العلامة خليل في مختصره، قال وهو يعدّد بعض ما لا ضمان فيه بسبب الغصب: «أو نسي عبداً صنعاً ثم عاد، أو خصاه فلم ينقص»؛ ويُنظر في شرحه، وفي تقريرات المالكية لعنايه، وأنه إنما يضمن ما فعله بالعبد إذا نقصت قيمة العبد بالتعدي: التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف المواق، بممامش مواهب الجليل، (٣٢٣/٧-٣٢٤)؛ والشرح الكبير، للدردير، (٤٥١/٣).

هذا، ويظهر أنهم نظروا في القيمة من جهة العرف، فقد ذكر الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير، (٤٥١/٣)، أن الخصاء نقصٌ عند الأعراب ونحوهم من الذين لا رغبة لهم في الخصاء، دون الأغنياء؛ وبه يظهر أن من كان خصاء العبد نقصاً عنده، أو عيباً يعيبه، فهو الذي يستحقّ قيمة النقص، ومن ليس الأمر عنده كذلك، فهو لا يستحقّ قيمة النقص، فالمسألة برمتها إذن مرتبطة بأثر التعدي على القيمة، تحت مظلة العرف في نقص القيمة.

(٣) تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي، (٤٩/٦)، ونهاية المحتاج، للرملي، (١٧٩/٥).

(٤) المهذب، للشيرازي، (١٣٦/٥)، والمغني، لابن قدامة، (٦١٠/٩).

(٥) المغني، لابن قدامة، (٥٩٩/٩).

(٦) تقرير القواعد وتحرير الفوائد، لابن رجب الحنبلي، (٣٧١/٢).

(٧) تقرير القواعد وتحرير الفوائد، لابن رجب الحنبلي، (٣٧٢/٢-٣٧٣).

إن هذه المسألة وشبهاتها تُفصح عن معنى هامّ، هو أن الضمان إنما يتبع وقوع الضرر فعلا، وهي وإن لم تكن في شأن اشتراط سابق بالتعويض، إلا أن التعويض، أي الضمان، لما كانا يتبعان وقوع الضرر، كان اشتراط التعويض دون الضرر، مجافيا للأصول، فلا يصحّ.

وأخيرا: فباجتماع ما تحدّثتُ عنه في الفروع الثلاثة، يبدو لي أن العدالة الواجبة تقضي باستخراج المعنى المقصود منها ومن غيرها؛ فالعدالة التي أعطت من وقع عليه ضررٌ حقّ أخذ التعويض عنه، سواء باشتراط أم بغير اشتراط؛ هي ذاتها التي تمنع مثل هذا التعويض إذا لم يقع ضررٌ، حتى لو كان التعويض متفقا عليه.

خاصّةً أنه تقدّم في معنى كلمة التعويض أنه يتضمّن معنى البديلية، أي بديلية العوض لما فات المضرور على أثر الضرر، فالشرط الذي شرع لأجل مصلحة التعويض، لا يجوز أن ينقض مصلحة أخرى، ما دام الداعي إلى التعويض، وهو حصول ضرر، لم يقمّ.

### **المطلب الثاني: عبء إثبات الضرر أو نفيه**

يلزم هنا أن يتم الحديث عن مسائل ثلاث؛ الأولى: عبء الإثبات في القانون؛ والثانية: عبء الإثبات في الفقه الإسلامي؛ والثالثة: تأصيل عبء الإثبات في الفقه الإسلامي؛ وسأبحثهما في فروع ثلاثة، هي:

#### **الفرع الأول: عبء الإثبات في القانون**

عبء الإثبات اصطلاح قانوني<sup>(١)</sup>، وهو ذو أهمية بالغة، فتعيين أيّ من الخصميين يتحمّل عبء الإثبات، به يتّصل أول تنظيم لقواعد الإثبات<sup>(٢)</sup>، والأصل في عبء الإثبات قانونا أن يكون على المدّعي، غير أن القانون الروماني، الذي انبثق عنه القانون الغربي عامة، لم يرقّ إلى هذا المستوى، إلا بعد تطورات عديدة<sup>(٣)</sup>.

ويختص السياق هنا بعبء الإثبات فيما يتعلق بالشرط الجزائي، فهل يكون على الدائن، وهو المدّعي، كما هو الأصل فيه؛ أم على المدين، وهو المدّعي عليه؟

---

(١) يُقصد بعبء الإثبات: تحديد المدّعي الذي يجب عليه أن يقوم بإثبات الواقعة المتنازع عليها؛ وله أهمية كبيرة، إذ تتوقف عليه في أحيان كثيرة نتيجة الدعوى برمتها، والذي عليه هذا العبء، يحمل تكليفا كبيرا، إذ عليه هو دون غيره أن يجمع الأدلة التي يؤيد دعواه، ومن هنا سُمّي هذا المبدأ: عبئا، لما فيه من ثقل الأمر من الناحية العملية؛ يُنظر في هذا: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، لعباس العبودي، (٦٣).

(٢) الوسيط، للسنيوري، (٦٧/٢).

(٣) كان القانون الروماني يلقي عبء الإثبات على المدّعي عليه لا على المدّعي، وإنما بدأ القانون الروماني بتغيير موقفه فيما بعد؛ وكذلك لم يغير القانون الفرنسي القديم في الأمر إلا تدريجا، وهذا ما يكشف ما لدى الفقه الإسلامي من تقدّم على القوانين الغربية، كما في الوسيط، للسنيوري، (٦٨/٢).

الجواب: إن عبء الإثبات في القانون في هذه المسألة، إنما يكون على المدين، وليس على الدائن، فلقد قرّر القانون أنه لا يُطلب من الدائن إثبات أنه وقع الضرر عليه نتيجة الإخلال، وإنما يُطلب من المدين إثبات أن الإخلال لم يؤدّ إلى ضرر بالدائن<sup>(١)</sup>؛ هذا كلّهُ يقرّره القانون، وإن كان القانون المدني الأردني لم يذكره في مناسبة حديثه عن التعويض الاتفاقي، الذي هو ذاته: الشرط الجزائي، إلا أنه ذكر تفصيلات هامة، تؤخذ منها أصول هذه المسألة فيما قرّره في أصول الإثبات عامّة، وذلك فيما بين المادتين (٧٢-٨٦)، وأنا أذكر بعض هذه المواد المشار إليها؛ مثلاً تقول المادة (٧٣): «الأصل براءة الذمّة، وعلى الدائن أن يُثبت حقه وعلى المدين نفيه»، وتقول المادة (٧٧): «البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر»، وتقول المادة (٧٨): «البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل»؛ وهذه المواد الثلاث تعتبر المبادئ العامة التي يخضع لها موضوع عبء الإثبات برُمته<sup>(٢)</sup>؛ أما مبدأ أن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر، وهو المذكور في المادة (٧٧) من القانون المدني الأردني، فقد قرّرتّه غالبية التشريعات العربية، رغم ما يبدو من اختلافها في التعبير عنه<sup>(٣)</sup>.

ومنطوق هذه المواد هو أن يُثبت الدائن أنه قد وقع عليه الضرر نتيجة إخلال المدين، فعليه إذن عبء الإثبات؛ غير أن الأمر في مسألة الشرط الجزائي ليس كذلك، فعبء الإثبات فيه واقع على المدين، وليس على الدائن، فهل ثمة خصوصية لهذه المسألة، حتى تحوّل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين؟ الجواب: لا، ليس ثمة خصوصية لها، بل هي سائرة وفق المبادئ القانونية تماماً، وما يبدو لأوّل وهلة أنه تحوّل في محلّ عبء الإثبات ليس صحيحاً، بل هو في محلّه، أي في الجهة التي تدّعي فعلاً؛ وبيان ذلك: أنه يُفترض بالدائن أن يكون قد أثبت حقه أصلاً، بإبرازه اتفاقية الشرط الجزائي، التي تنصّ على التعويض في حالة وقوع سببه من التأخر أو الإخلال بالمواصفات، مع ما يكون من سبب التعويض<sup>(٤)</sup>، فيكون بهذا قد تحمّل عبء الإثبات فعلاً، فإن اجتماع التأخر أو الإخلال، مع النصّ على اشتراط التعويض عليهما، هو جميعه مضمون عبء الإثبات.

إن المدعي ها هنا هو في الحقيقة المدين، وهو يوصف في القانون في هذه الحالة بأنه: مدّعٍ خلاف الوضع الثابت فعلاً، ويمكن بيان هذه المسألة وفق هذه الآلية المتدرّجة: فأولاً: إن الثابت أصلاً هو عدم انشغال ذمّة المدعي عليه، وهو ها هنا المدين؛ وثانياً: يُثبت المدعي ببينته ما يخالف هذا الثابت، فيتقرّر حقه عند المدعي عليه

- 
- (١) الوسيط، للسهنوري، (٨٥٧/٢-٨٥٨)، والموجز في النظرية العامة للالتزامات، لعبد الودود يحيى، (٨٠٩).
- (٢) شرح أحكام قانون الإثبات المدني، لعباس العبودي، (٦٥-٦٩)، والمشروح في هذا الكتاب هو قانون الإثبات العراقي، غير أنه يلتقي بالقانون الأردني كثيراً، وقد ذكر القانون العراقي هذه المواد، كما ذكرها الأردني.
- (٣) شرح أحكام قانون الإثبات المدني، لعباس العبودي، (٦٣-٦٤).
- (٤) يُنظر: آثار الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني، لمحمد وليد العبادي، وأحمد عبد الكريم أبو شنب، (١٢)، نشره موقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي، <http://www.arablawninfo.com>.

بالبينة؛ وفي هذه الحالة، أي في حالة تمكّن المدّعي إثبات حقّه على المدّعي عليه، تصبح الدعوى، رغم مخالفتها للظاهر أصلاً، تصبح ثابتةً فعلاً؛ وثالثاً: ها هنا، وحين يُنكر المدّعي عليه ما أثبتّه المدّعي، أي ما صار ثابتاً فعلاً، يكون عليه عبء إثبات ما يخالف ذلك الثابت فعلاً<sup>(١)</sup>.

إنه إذا «نجح الدائن في إثبات الدّين، بأن أثبت العَقْدَ أو الفعل الضارّ، مصدر الدّين؛ انتفى الوضع الثابت أصلاً، وأصبحت المديونية هي الوضع الثابت عَرَضاً، فإذا ادّعى المدين براءة ذمّته، فإنه يكون مُدّعياً خلاف الوضع الثابت عَرَضاً، وعليه إثبات هذه البراءة»<sup>(٢)</sup>.

وكمثال للمسألة: إذا أثبت المدعي انشغال ذمة المدّعي عليه بموجب عقد قرض، فهذا إثبات لما يخالف أصل براءة الذمة، فيصير بهذا الإثبات وضعاً ثابتاً فعلاً، فإذا أنكر المدّعي عليه هذا الذي ثبت بالبينة، وقع عليه عبء إثبات خلافه، وذلك بإثباته الواقعة التي أدت لانقضاء المديونية، المتمثل في الوفاء<sup>(٣)</sup>.

وتطبيقاً لهذا الذي تقدّم على مسألة البحث، أقول: إن القضية ليست في أن الدائن لا يُثبت الإخلال، بل لا يمكنه إثبات القضية على المدين إلا بإبراز أدلة الإخلال بالموعد أو بالمواصفات، فيكون دليل التعويض بناء على الشرط قائماً، وهو الإخلال المشار إليه، مع إبراز النصّ القاضي بالتعويض بسبب الإخلال؛ فإذا حصل كل هذا، ثم جاء المدين ليقول: إن إخلالي بما تمّ الاتفاق عليه لم يؤدّ إلى إضرار بالدائن، فإنه هنا مُقرّ بالإخلال، غير أنه يدّعي دعوى أخرى، وهي أن إخلاله لم يؤدّ إلى إضرار؛ فهو المدّعي ها هنا، وعليه عبء الإثبات، لأن عبء الإثبات على المدّعي، كما هو الشأن هنا؛ أو قد يُنكر المدين الدعوى أصلاً، فيُكلّف بدفع دعوى المدّعي، فيكون ها هنا مُدّعياً، يحتاج إلى إثبات دعواه<sup>(٤)</sup>؛ إن القانون يجعل عبء الإثبات هنا على المدين، لأنه افتراض وقوع الضرر بالدائن بمجرد الإخلال، وبالوثيقة المثبتة للاتفاق التعويضي، وبناء عليه، فعلى المدين إثبات أن هذا الإخلال لم يوقع على المدين ضرراً<sup>(٥)</sup>.

هذا التفسير كلّهُ احتيج إليه لأمرٍ يرجع إلى القانون المدني الأردني، لعدم تضمّنه تصريحاً بالأمر يكفي عن الحاجة إلى هذا التفسير المطوّل، ولذا، فالذي أراه أن القانون المدني اللبناني، المسمّى قانون الموجبات والعقود،

(١) أخذتُ هذه التفاصيل وبتصرّف عن بحث الدكتور مشاعل الهاجري: مقدمة في النظرية العامة للإثبات، نشره في

موقعه: [.law.kuniv.edu.kw/mashael/Lecture%20Handout%2056](http://law.kuniv.edu.kw/mashael/Lecture%20Handout%2056).

(٢) الموجز في النظرية العامة للالتزامات، لعبد الودود يحيى، (٨٠٩).

(٣) مقدمة في النظرية العامة للإثبات، لمشاعل عبد العزيز الهاجري، نشره في موقعه:

[.law.kuniv.edu.kw/mashael/Lecture%20Handout%2056.doc](http://law.kuniv.edu.kw/mashael/Lecture%20Handout%2056.doc)

(٤) أحكام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، لأحمد عبد العال أبو قرين، (٣٢).

(٥) صيانة المديونيات، لمحمد عثمان شبير، (٨٥٨/٢).

هو الذي نصّ صراحة على ما تقدّم تقريره في مادته (٣٦٢) القائلة: «من يدعي أنه دائن، تلزمه إقامة البينة على وجود حقّه، وبعد إقامته البينة، يجب على من يدعي سقوط الموجب، أن يثبت صحة قوله»<sup>(١)</sup>، وبتعبير القانون المدني المصري: «على الدائن إثبات الالتزام، وعلى المدين إثبات التخلّص منه»<sup>(٢)</sup>؛ هذان النصّان أقدر من نصوص القانون المدني الأردني على حسم الأمر، وإن كانت قواعد ومبادئ القانون الأردني تتلاقى معه.

## الفرع الثاني: عبء الإثبات في الفقه الإسلامي

لم يقع لي بعد البحث أن مصطلح عبء الإثبات استُعمل في الفقه الإسلامي<sup>(٣)</sup>، ولقد تقدّم أنه اصطلاح قانوني معاصر، لكن، مع هذا، فقواعد الفقه الإسلامي تتلاقى وإياه، إذ هو قضية تنظيمية تهتمّ بتوزيع البينة ودفعها بين الخصمين، ولكل مذهب ضوابطه في هذا الشأن؛ ولا بد أن أذكر أن فقهاء الإسلام من أهل الاختصاص القضائي، أعطوا مسألة توزيع البينة ودفعها بين الخصمين أهمية كبيرة، ويرى ذلك ظاهرا في كتبهم المتخصصة بالقضاء؛ ومن أهمّيته ما ذكره الصدر الشهيد ابن مازة في موسوعته القضائية المشهورة، وذلك فيما سمّاه: «تقسيم الحجّة»، ثم قال في معناه: «يعني: البينة في جانب المدّعي، واليمين في جانب المدّعى عليه»<sup>(٤)</sup>؛ وقال أيضا: «جعل جنس البيّنات على المدّعي، فلم يبق في جانب المدّعى عليه إلا اليمين»<sup>(٥)</sup>؛ وذكر ابن فرحون في كتابه تبصرة الحكّام<sup>(٦)</sup> أن «علم القضاء يدور على معرفة المدّعي من المدّعى عليه»<sup>(٧)</sup>، وبلغ أمرُ

(١) قانون الموجبات والعقود اللبناني، منشور على الإنترنت في موقع

<http://jabercol.tripod.com/civillaw.doc>

(٢) نقلا عن: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، لعبد الودود يحيى، (٨٠٩).

(٣) اطّلعُ على بعض كتب القانون المقارن بالشريعة، فلم يرجعوا هذا الاصطلاح إلى تراثنا الفقهي الإسلامي، واستخدمت مفتاح البحث (google)، ورغم كثرة البحث فيه، غير أني لم أجد شيئا يوحى إلى استخدام هذا المصطلح في الفقه الإسلامي؛ وكذا رجعتُ إلى الموسوعة الكبرى الشاملة، التي تحتوي على مئات المراجع في الفقه والحديث وغيرهما، فلم أجد شيئا أيضا، إلا في كتاب فتاوى السغدي الحنفي المعروف ضمنها، ولكنني رجعتُ إلى مطبوعة فتاوى السغدي، (بالغين المعجمة)، فرأيتُ عبارة: عبء الإثبات، غير أني أستبعد أنها من المؤلف، بل هي في تقديري من المحقق، رغم أن المحقق لم يُشر في مقدمة تحقيقه إلى أنه أضاف العناوين الفرعية لكتاب السغدي.

لكنني وجدتُ أن الموسوعة الفقهية الكويتية استعملته، (٢٧٢/٢٠، ٢٧٦)، و(٨/٣٧)، ولكن، دونما إشارة منها إلى وجوده أو عدم وجوده في التراث الفقهي الإسلامي؛ ويظهر لي أيضا أنه استعمال فقهي معاصر، لاصطلاح قانوني معاصر.

(٤) شرح أدب القاضي، للصدر الشهيد ابن مازة، (١١٤/٢).

(٥) شرح أدب القاضي، للصدر الشهيد ابن مازة، (٢٤٢/٣).

(٦) يظهر لي أن هذا الكتاب هو الذي وصفه الحافظ ابن حجر بالنفاضة، وذلك حين قال في ترجمة ابن فرحون في الدرر

الكامنة، (٣٤/١): «وَأَلَّفَ كِتَابًا نَفِيسًا فِي الْأَحْكَامِ».

التمييز بين المدعى والمدعى عليه إلى الإشكال على القاضي شريح أول ما قعد للقضاء، فقد ذكر عنه أنه قال: «وُلِّتُ القضاءَ وعندِي أي لا أعجز عن معرفة ما يُتخاصم إليّ فيه، فأوّل ما ارتفع إليّ خصمان، أشكّل عليّ من أمرهما: مَنْ المدعى، ومَنْ المدعى عليه»<sup>(٢)</sup>.

وذكر المرغيناني أن «معرفة الفرق بينهما من أهم ما يُبتنى عليه مسائل الدعوى»<sup>(٣)</sup>، وذكر القرافي أنه يلتبس أمر المدعى والمدعى عليه، ثم قال في تعليل ذلك: «فليس كلُّ طالب مدّعيًا، وليس كلُّ مطلوب منه مدّعيٌّ عليه»<sup>(٤)</sup>، ثم دخل القرافي بعد كلامه هذا في ضابط التفريق بين المدعى والمدعى عليه، مما لا حاجة إلى ذكره في هذا السياق.

وإنما أُلزم المدعى بالبيّنة لأنه حسب الفقه الإسلامي ضعيف الجانب، فكان لا بد لأجل إثبات دعواه، أن يدعّمها بالحجة، ففي تكملة حاشية ابن عابدين: «والحكمة في كَوْن البيّنة على المدعى، واليمين على المدعى عليه: أن جانب المدعى ضعيف، لأن دعواه خلاف الظاهر، فكانت الحجة القوية عليه، وهي البيّنة؛...، فيتقوى بها ضعف المدعى؛ وجانب المدعى عليه قويّ، لأن الأصل فراغ ذمته، فاكْتفَى فيه بحجّة ضعيفة، هي اليمين»<sup>(٥)</sup>، وهو معنى توارد على ألسنة كثير من الفقهاء<sup>(٦)</sup>، قال الفقيه ابن حجر الهيتمي: «ومعناه: توقّف استحقاق المدعى على البيّنة، لضعف جانبه، بادّعاءه خلاف الأصل؛ وبراءة المدعى عليه على اليمين، لقوّة جانبه، لأصل براءته»<sup>(٧)</sup>؛ فإذا لم يقبل الفقه الإسلامي قول الدائن ودعواه دون دليل، لأجل تقوية دعواه؛ فكذلك، وحينما تحوّل عبء الإثبات إلى المدعى، فالفقه الإسلامي لا يقبل دعواه بعدم وقوع الضرر إلا بينته.

وهذا الذي تقدّم من أهمية التفريق بين المدعى والمدعى عليه، أنتج مسألة لا بد من الإشارة إليها، ألا وهي صورة انقلاب المدعى مدّعيّ عليه، وانقلاب المدعى عليه، مدّعيًا؛ ولها صور عديدة، أكتفي منها بما ذكره ابن

(١) تبصرة الحكّام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، لابن فرحون، (١٠٥/١).

(٢) نقله عنه ابن فرحون في كتابه: تبصرة الحكّام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، (١٠٦/١).

(٣) الهداية، للمرغيناني، (١١٥٥/٣).

(٤) الفروق، للقرافي، (١٣٨/٤).

(٥) هذا النص المذكور هو من كلام القسطلاني، نقله عنه محمد علاء الدين، نجل محقق الحنفية ابن عابدين، في تكملة ردّ

المختار على الدرّ المختار، التي أمّ بها حاشية أبيه المشهورة بحاشية ابن عابدين، (٤٣٥/٧).

(٦) وذكر هذا المعنى: الحافظ ابن حجر في فتح الباري، (٣٣٤/٥)؛ وذكره الشوكاني في نيل الأوطار، (٥٣١/١٥)،

قائلًا: «وقال جماعة من أهل العلم»، فذكره.

(٧) تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي، (٣٤٨/١٠)؛ ويُنظر: مغني المحتاج، للشرييني، (٣٩٩/٦-٤٠٠)، ونهاية المحتاج،

للملبي، (٣٣٣/٨).



نجيم في البحر الرائق قائلًا: «ولو قال المدعى عليه حين أراد القاضي تحليفه: إنه حلفني على هذا المال عند قاضي آخر، أو أبرأني عنه: إن برهن قبل، واندفع عنه الدعوى، وإلا، قال الإمام البزدوي: انقلب المدعى مدعى عليه، فإن نكل، اندفع الدعوى، وإن حلف لزم المال، لأن دعوى الإبراء عن المال إقرار بوجود المال عليه، بخلاف دعوى الإبراء عن دعوى المال»<sup>(١)</sup>؛ هكذا أنتج الاهتمام بالتفريق بين المدعى والمدعى عليه هذه المسألة المهمة قضائياً.

هذا، وفي تقديري أن ما تقدّم في الفرع الأول، أي عند الحديث عن عبء الإثبات في القانون، يلتقي بالفقهاء الإسلاميّين تماماً؛ فالقضية كانت في الأصل دعوى دليل من قبل الدائن أن المدين أحلّ بالمواصفات، مع ما أظهره الدائن من دليل يتمثل في الاتفاق على التعويض بسبب الإخلال، فقضيته هنا تامّة، فهو المدعى، وقد جاء بالبينة؛ أما المدين، فقد قدّم دعوى جديدة، قوامها: أن الإخلال الواقع منه، لم يتسبب بضرر على الدائن، فهي لهذا دعوى تحتاج إلى دليل، ومن هنا يتبين أن موقف القانون في هذه المسألة موافق للشرع. وكون البينة على المدعى يعتبر في الفقه الإسلامي من أهم قواعد البينات، على ما سيتبين في الفرع التالي:

### الفرع الثالث: تأصيل عبء الإثبات في الفقه الإسلامي

يقرّر الفقه الإسلامي ما جاء في الحديث الصحيح عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: (لو يُعطى الناس بدعواهم، لا دعى ناسٌ دماء رجال وأموالهم، ولكنّ اليمين على المدعى عليه)<sup>(٢)</sup>؛ وثمة رواية أخرى تقول: (البينة على المدعى، واليمين على من أنكر)، وهي رواية صحيحة<sup>(٣)</sup>، وعلى فرض ضعفها كما هو شائع، فإن قوله ﷺ: (ولكنّ اليمين على المدعى عليه)، يتضمّن ضرورة أن يرُدّ المدعى عليه دعوى المدعى باليمين، وهو ما يعني أن المدعى يُطلق دعواه ببينته، وذلك بما عُرف من الشرع أنه لا يقبل تهمّة دون دليل، لقوله تعالى: (إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا)، (الحجرات: ٦)؛ ولأن الأصول القضائية تقرّر أن الأصل براءة الذمة لا انشغالها،

(١) البحر الرائق، لابن نجيم، (٢٠٣/٧)، ونقله عنه نجل صاحب حاشية ابن عابدين في تكملة حاشية أبيه، (٤٦٦/٧).  
(٢) مسند أحمد، (٣٧١/٣)، ح: (٣١٨٨)، ومسلم، (٢٨٣/٦)، ح: (١٧١١)، واللفظ له، وهو في البخاري، (٢٤١/٣)، ح: (٤٥٥٢)، والترمذي، (٦١٧/٣)، ح: (١٣٤٢)، وأبي داود، (٣٠٥/٣)، ح: (٣٦١٩)، والنسائي، (٦٤٠/٨)، ح: (٥٤٤٠)، وابن ماجه، (٩٦/٣)، ح: (٢٣٢١).

(٣) رواها البيهقي في سننه، (٤٢٧/١٠)، ح: (٢١٢٠١)، وصحّحها النووي، قال في شرحه على مسلم، (٢٨٤/٦): «وجاء في رواية البيهقي وغيره بإسناد حسن أو صحيح زيادة عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: (لو يعطى الناس بدعواهم،...، ولكنّ البينة على المدعى، واليمين على من أنكر)؛ وحسنها الحافظ ابن حجر في الفتح، (٣٣٤/٥)، وقال الشوكاني في نيل الأوطار، (٥٣١/١٥): «وقد أخرج البيهقي بإسناد صحيح، كما قال الحافظ»، فذكر قوله: (البينة على المدعى، واليمين على من أنكر)؛ وصحّحها كذلك الألباني في الإرواء، (٣٥٧/٦)، وكذلك نصّ على صحّة إسناده في الإرواء، (٢٦٦/٨).

وهذا الأصل لا يمكن إزالته إلا بقوة تقدر على هذه الإزالة، وهي هنا البينة، فيكون شرط الحديث الذي ينصّ على أن اليمين على المدّعي قد اعتمد على ما استقرّ في الأصول القضائية الثابتة في القدم في نفوس البشر، وعلى أصول الشرع التي تأمر بالتبيين، فالدّعى إذن لا تقوم إلا ببينة، فلا بدّ إذن من بيّنة يؤيّد بها المدّعي دعواه.

وثمة أمرٌ آخر ذكره بعض المتخصّصين بالدراسات القضائية، فحواه أن الرواية الأولى تتضمن معنى البينة الواجب على المدّعي إظهارها، فيُخبر بأنه لا يُكتفى بدعوى المدّعي في الحكم له، وذلك حين قال: (لو يُعطي الناس بدعواهم..)، مما يعني أن عليه دعم دعواه، وهذا الذي يجب عليه أن يدعم دعواه به، هو: البينة<sup>(١)</sup>.

وفوق ذلك، فلقد أصبح الحديث برُمته، مع الشطر الذي ينصّ على أن البينة على المدّعي، قاعدة من قواعد القضاء في الإسلام<sup>(٢)</sup>، قال الشوكاني عن هذه القاعدة: إنها «معلومة في هذه الشريعة، وعليها تدور رحي الخصومات»<sup>(٣)</sup>؛ إن كون هذا الحديث صار قاعدة قضائية إسلامية، أكسبه قوة جعلته برُمته في عداد الأصول التي لا نقاش فيها؛ قال النووي عن الحديث بروايته: «وهذا الحديث قاعدة كبيرة من قواعد أحكام الشرع، ففيه أنه لا يُقبل قول الإنسان فيما يدّعيه بمجرد دعواه، بل يحتاج إلى بيّنة، أو تصديق المدّعي عليه»<sup>(٤)</sup>، وذكر الترمذي أن العمل عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم أن البينة على المدّعي، واليمين على من أنكر<sup>(٥)</sup>؛ وهو ما ذكره السرخسي في مبسوطه إذ قال: «فقد تلقّته العلماء رحمهم الله بالقبول والعمل به، فصار في حيّز التواتر»<sup>(٦)</sup>؛ وذكر الشوكاني أن كون البينة على المدّعي، واليمين على من أنكر، «هو أمرٌ ثابت في السنة ثبوتاً لا شكّ فيه، ولا شبهة»<sup>(٧)</sup>.

إن مسألة عبء الإثبات، وكون محلّها في القانون والفقهاء الإسلامي معا هو المدين الواقع منه الضرر بسبب إخلاله، قد أصبحت بعد كل ما مضى، محلّ إقرار واحترام، والحمد لله رب العالمين.

- 
- (١) نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، لمحمد نعيم ياسين، (هـ ١٤٩٠).
  - (٢) وذكر السنهوري في الوسيط، (هـ ٦٧/٢)، حديث: (لو يُعطي الناس..)، ناقلاً آياه عن الشيخ أحمد إبراهيم، وذكر في صلب الصفحة نفسها قاعدة: البينة على من ادّعى، واليمين على من أنكر، وذكر أنّها من المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي.
  - (٣) السيل الجرار، للشوكاني، (٣/٤٠٤)، طبعة دار ابن كثير.
  - (٤) شرح النووي على مسلم، (٦/٢٨٤).
  - (٥) الترمذي، (٣/٦١٨).
  - (٦) المبسوط، للسرخسي، (١٧/٢٨)، وأضاف قوله بعد ذلك: «وعُدّ هذا من جوامع الكلم،... فقد تكلم كلمتين استنبط العلماء رحمهم الله منهما ما بلغ دفاتر»؛ وهذا الذي ذكره السرخسي، ذكره أيضاً الصدر الشهيد في شرح أدب القاضي للخصاف، (١/٢٢٠)، بقريب من حروفه.
  - (٧) السيل الجرار، للشوكاني، (٣/٣٠٣)، طبعة دار ابن كثير.

## الفصل الرابع: عقود المقاولات في الفقه الإسلامي

يدور موضوع هذا الفصل حول عقود المقاولات، ذلك أنني رأيت تطبيق مسألة الشرط الجزائي عليها، ولأنه لا يمكن الحديث عن الشرط الجزائي في عقود المقاولات، دون الحديث عن عقد المقاولة ذاته، فقد كان لا بد من تخصيص فصل للحديث عنه، يتبعه الفصل التطبيقي المتعلق بالشرط الجزائي في عقود المقاولات. وأما ما يُحتاج إلى بحثه في عقود المقاولات، فهو مما لا بد منه في سياق بحث الشرط الجزائي، ولذا، فلن يكون عقد المقاولات مفصلاً تفصيلاً هنا، وإنما محلّ التفصيل في البحوث والدراسات المتخصصة فيه؛ فاللازم هنا هو الحديث عن الجوانب التعريفية والتكيفية لعقد المقاولة، لينتقل البحث أثناء عرض هذا الفصل، إلى ما له صلة بالشرط الجزائي.

هذا، وسيتكون هذا الفصل من المبحثين التاليين:

المبحث الأول: تعريف عقد المقاولة.

المبحث الثاني: التكيف الفقهي والقانوني لعقد المقاولة.

## المبحث الأول: تعريف عقد المقاولنة

التعريف الذي أسعى إليه هو تعريف المقاولنة لغة، ومن ثمَّ تعريفها فقها وقانونا، غير أنه لا بد من الإشارة إلى أن التعريف القانوني إن كان ميسورا، فإن التعريفين اللغوي والفقهي غير ميسورين، لأنهما ليسا موجودين. معناه المقصود هنا في كتب التراث اللغوي والتراث الفقهي الإسلامي معا؛ وكذلك ليسا في كتب الاصطلاحات في التراث الإسلامي؛ وذلك لأن المقاولنة بمعناها المتعارف عليه قانونا في عصرنا، هي من إنشاء العصور المتأخرة عن التراث المذكور برُمَّته؛ وعلى هذا الأساس، فلا بد من محاولات تعريفية لغوية وفقهية واصطلاحية للمقاولنة، تأخذ بعين الاعتبار ماهية هذا العقد، وواقع حاله.

وسيكون تعريف المقاولنة في القانون بلا شكَّ مُعينا هاما لإنشاء التعريفين اللغوي والفقهي له.

وعلى كل ما تقدّم، فإن هذا المبحث سيتضمن مطلبين اثنين، يسعيان إلى صياغة تعريفية لغوية وفقهية للمقاولنة، تتضمن في الوقت ذاته التعريف القانوني لها، وهذان المطلبان هما:

المطلب الأول: تعريف المقاولنة لغة.

المطلب الثاني: تعريف المقاولنة قانونا وفقها.

## المطلب الأول: تعريف المفاوضة لغة

المفاوضة من القول، وهو معروف، قال ابن فارس: «وهو القول من النطق»<sup>(١)</sup>، وفي لسان العرب: «وهو الكلام على الترتيب»<sup>(٢)</sup>، والمعنى الذي ذكره ابن فارس، ليس في حاجة إلى تبيان، لشهرته عند العامة والخاصة. لكن مجرد إرجاع المفاوضة إلى القول لغة، دون بيان الصلة بينه وبين التعريف الاصطلاحي المعروف للمفاوضة، يجعل التعريف اللغوي أشبه بحديث عن موضوع مختلف تماما، ولذا، فلا بد من معرفة تلك الصلة؛ ويظهر أنها آتية من جهة المفاوضة على أمر ما، إذ إن الجذر قول يأتي في اللغة بمعنى: المفاوضة، ففي اللسان لابن منظور: «وتقولنا، أي: تفاوضنا»<sup>(٣)</sup>، وعليه فقد بات الأمر سهلا؛ فالمفاوضة عقدٌ، والعقود تقوم أصلا على القول، فركنُها عند الحنفية هو الإيجاب والقبول، ويعتبران عند غيرهم أحد أركانها، لكن القول في سائر العقود أقل وجودا منه في المفاوضة، فالبيع مثلا والزواج وغيرهما، يكفي فيها غالبا قليل القول، وربما لا يناسبه لفظ المفاوضة، أي لا يناسبه لفظ المفاوضة، إذ المفاوضة مفاوضة، فناسب عقد المفاوضة هذا اللقب دون غيره من العقود، إذ تجري فيه الأقوال المتفاوضة كثيرا لضخامة محلّها غالبا؛ ولذا، فيصح أن يقال: المفاوضة التي يدور الحديث عنها، آتية من القول مجردا، والذي يأتي بمعنى التفاوض، وإنما سميت مفاوضة، لأن القول هو التعبير عن تلك العملية التفاوضية القولية، التي تقوم بين طرفين، ليتفقا على أمر كبير من العقود يسعيان إليه، فالقول هو وسيلة عقد المفاوضة، ولذا سميت مفاوضة.

هذا، والمفاوضة، بالمعنى المذكور، من تلك المفردات التي أقرّها مجمع اللغة العربية بمصر<sup>(٤)</sup>.

## المطلب الثاني: تعريف المفاوضة قانونا وفقها

لا مطمع في تعريف عقد المفاوضة بتسميته هذه من خلال التراث الفقهي الإسلامي، ذلك أن هذه التسمية تسمية حادثة ناشئة بعد أن لم تكن؛ وإلّا إذا كانت حادثة بعد أن لم تكن، إلا أن وجودها القانوني سيفتح باب تعريفها في الفقه الإسلامي.

ولذلك، فلا يمكنني أن أنكر فضل القانون في تعريفه لعقد المفاوضة، إذ يظهر فيه من التعريف له، ما لم يظهر في الفقه الإسلامي؛ فالقانون هنا هو صاحب زمام المبادرة إلى التعريف، فإذا تبين أن التعريف القانوني متناغم مع ما سيتقرر في التعريف الفقهي، بدا واضحا أن الفقه الإسلامي في تعريفه تابع للقانون.

(١) معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، (٤٢/٥).

(٢) لسان العرب، لابن منظور، (٣٧٧٧/٥).

(٣) لسان العرب، لابن منظور، (٣٧٨٠/٥).

(٤) المعجم الوسيط، (٧٦٧/٢).

وأذكر هنا تعريف العلامة القانوني الدكتور عبد الرزاق السنهوري للمقابلة، فقد قال في الوسيط: «المقابلة: عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً، لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر»<sup>(١)</sup>، وهذا التعريف هو تعريف القانون المدني المصري، وهو ذاته ما اعتمده التقنين الأردني المدني في تعريف عقد المقابلة، وبألفاظ تتقارب بوضوح، ففي المادة (٧٨٠) منه أن المقابلة هي: «عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً، لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر»<sup>(٢)</sup>؛ ولا يبعد في تقديري أن يكون القانون المدني الأردني استفاد تعريف المقابلة من القانون المدني المصري.

إن هذا يعني من التقنين الأردني والمصري أن المقابلة عقد معاوضة رضائي<sup>(٣)</sup>، وأنه يلتزم فيه المفاوض بصناعة شيء أو تقديم عمل، مقابل التزام ربّ العمل بتقديم مقابل ماليّ متفق عليه<sup>(٤)</sup>؛ وهو عقد قائم على العمل الذي يؤديه المفاوض<sup>(٥)</sup>.

إنني أستطيع أن أعتبر هذا التعريف تعريفاً فقهيّاً أيضاً، فمضمونه وعناصره متلاقية تماماً مع ما يراه الفقه الإسلامي من خلال عقود عديدة، على ما سيأتي من التكييف الفقهي لعقد المقابلة.

وسيأتى هذا التلاقي، حينما أعرض لمسألة تطوير عقد الاستصناع، ليشمل صور المقابلة، إذ من صور المقابلة أن يقدم صاحب العمل مادته، وهو ما لا يدخل في الاستصناع في الفقه الإسلامي.

---

(١) الوسيط، للسنهوري، (٥/٧).

(٢) وذكر الدكتور وهبة الزحيلي أن القوانين المدنية الإسلامية اتفقت على هذا التعريف، وأشار إلى أنه تعريف القانون المدني الأردني، (م: ٧٨٠)، والكويتي، (م: ٦٦١)، والإماراتي، (م: ٨٧٢)؛ يُنظر: عقد المقابلة، لوهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بمجدة، ع ١٤، (٢١٣/٢).

(٣) الوسيط، للسنهوري، (٦/٧).

(٤) الوسيط، للسنهوري، (٦/٧، ٦)، وشرح القانون المدني، العقود المسماة، لعبدان إبراهيم السرحان، (٧-٨)، وعقد المقابلة، لوهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بمجدة، ع ١٤، (٢١٣/٢)، وسيذكر هذا المرجع فيما يأتي دونما ذكر لاسم مجلة المجمع، اكتفاء برقم العدد والجزء والصفحة.

(٥) شرح القانون المدني، العقود المسماة، لعبدان إبراهيم السرحان، (٨).

## المبحث الثاني: التكييف الفقهي والقانوني لعقد المقاولة

تكييف عقد ما، يعني بيان ماهيته وحقيقته وانتمائه إلى أصل معيّن، وذلك حتى تُعرف أحكامه<sup>(١)</sup>؛ فحقيقة عقد البيع مثلا، هي تبادل سلعة بثمانها بين اثنين؛ وقد لا يتجاوز الأمر في بعض العقود أن تكون ماهيتها عبارة عن شيء واحد، في مقابل عقود أخرى يكون لها شبهة بأكثر من عقد، حتى إنها ربما تنتظم فيها أحكام تلك العقود جميعها؛ وقد تكون بعض العقود منصوصا على تسميتها في التراث الفقهي الإسلامي، في مقابل أخرى ظهرت مع تطوّر الحياة، فلم تحظ بالسبق الذي يجعل لها تسمية فقهية قديمة، وهي التي قال عنها: العقود غير المسماة<sup>(٢)</sup>.

وفي بيان ماهية عقد المقاولة، يمكن أن يقال أحد أمرين: الأول: إنه من العقود الحادثة بتسميته هذه، فلم يكن معروفا بما في الفقه الإسلامي، وإنما كان الذي يعرفه الفقه الإسلامي عقود أخرى، ذات صلة بهذا العقد، تدور بين الإجارة والسلم والاستصناع، كما سيأتي بيانه؛ هذا عند اعتباره عقدا جامعا لأكثر من عقد؛ والثاني: أنه عقد حادث بالمرّة، دون حاجة إلى تفكيك عناصره المكوّنة له، ليدخل في ضمن عقود أخرى كالتّي ذكرتها، ذلك أنه وفق الأصل الذي تقرّر في هذا البحث، يمكن إنشاء عقود غير منصوص عليها في الفقه الإسلامي، شريطة ألا يخالف ضوابط الشرع، فإذا لم تقع تلك المخالفة، فيمكن اعتباره.

إنه على وفق الأمرين المذكورين، لا يصحّ أن يسبق إلى الوهم أن عقد المقاولة حادث بالكليّة، سبق به القانونُ الفقه، إذ إنه إما أن تتوزّع أحكام هذا العقد ضمن أحكام الاستصناع والإجارة والسلم، وهي كلها من مفردات التراث الفقهي الإسلامي، الذي سبق القانونُ إلى تنظيم أحكامها سبقا لا يمكن إنكاره، وإن بغير تسمياتها المعاصرة؛ وإما أنه يدخل في الأصول والضوابط الشرعية العامة، التي تشمل هذا العقد بلا شك، وذلك في حال إقراره شرعا، بوجه من الوجوه؛ إن أصول المقاولة معروفة في الفقه الإسلامي، من استصناع وسلمٍ وأجيرٍ مشتركٍ وغيرها<sup>(٣)</sup>؛ أو من ضوابط العقود المشروعة العامة، فلا يكون على كلا الحالين إلا خاضعا لما يعرفه الفقه الإسلامي من ضوابط العقود، وأصول الصحيح منها من الفاسد أو الباطل.

(١) في معجم لغة الفقهاء لمحمد رؤاس قلعه جي، وحامد صادق قنبي، (١٤٣)، أن التكييف الفقهي للمسألة هو: «تحريرها وبيان انتمائها إلى أصل معيّن معتبر».

(٢) تقسيم العقود إلى عقود مسماة، وأخرى غير مسماة، تسمية قانونية معاصرة، فالعقود المسماة هي التي عُرفت بأسماء معينة في القانون، وغير المسماة لم تُعرف بأسماء معينة فيه، وإنما يُلجأ فيها إلى اشتراطات طرفي العقد، وإلا، فإلى ضوابط العقود العامة؛ يُنظر: العقود المسماة، لوهبة الزحيلي، (٨)؛ وفي الحقيقة لا أرى مانعا من تطبيق هذا الوصف على العقود في الفقه الإسلامي، وتقسيم العقود فيه إلى مسماة وغير مسماة.

(٣) المصارف الإسلامية والمؤسسات الاقتصادية، لوائل عربيات، (١٣٣).

والقانون يؤثر أن يستعمل كلمة المقاولة بدلا عن الإجارة، ذلك أن لكلمة الإجارة ظلالة لم تُعد مناسبة لهذا العصر ولهذا العقد، وذلك رفعا لشأن العامل<sup>(١)</sup>؛ فكلمة الأجير صارت بالنسبة إلى العامل ذات ظل مؤذٍ لمشاعره، فمن يأخذ المقاولات الكبيرة ينفر نفورا خاصا منها، والقوانين والأعراف تسميه: رجل أعمال، وقد يكون من ذوي الثراء الكبير، فلم يناسب تسميته أجيورا؛ وسبب أنفة القانون من تسمية الأجير فيما يبدو لي، ما هو عليه حال الأجير في عصرنا من مقام التبعية القائمة بين السيد والعبد، فاختار القانون: المقاولة والمقاول، بدلا عن الأجير والأجرة، وإن كان يلتقي في مضمونه معها، وكذلك مع الاستصناع<sup>(٢)</sup>.

إن بحث التكييف الفقهي لعقد المقاولة، قد يقتضي تفكيك هذا العقد، لمعرفة عناصره المكوّنة له، إذ ربما يكون قد تركّب من أكثر من عقد، وربما صحّ أن يكون نسيجاً وحده، فيكون عقدا قائما بذاته، له حقيقة وماهية لا تجعله بالتالي تابعا لعقد من العقود.

غير أنه لا بد من بحث أن الأصل الذي ترجع إليه إباحة العقود في الشرع هو: مراعاة الشرع لحاجات الناس، وإن هذا الأصل ذو أثر كبير في إباحة زمرة عقود، يقرّر الاتجاه العام في الفقه الإسلامي أنها تدخل في أصل عامّ منع الشرع منه، غير أنه أباحها لأجل حاجة الناس إليها، ما لم يكن العقد الداخل في ذلك الأصل، منصوصا على النهي عنه بخصوصه.

لكل ما تقدّم، فإنه ينبغي تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الأربعة التالية:

المطلب الأول: مراعاة الشرع لحاجات الناس.

المطلب الثاني: عقد الاستصناع مرجعية هامة لعقد المقاولة.

المطلب الثالث: التكييف الفقهي لعقد المقاولة.

المطلب الرابع: عقدا الاستصناع والمقاولة في القانون.

---

(١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، (٦١٧/٢).

(٢) يُنظر: شرح القانون المدني، العقود المسماة، لعبدان إبراهيم السرحان، (٩).



## المطلب الأول: مراعاة الشرع لحاجات الناس

مهمّة هذا المطلب هو التأسيس لأصل مراعاة حاجات الناس، للوصول إلى إباحة ما لا نصّ على تحريمه من المعاملات، باعتبار أن ما لا نصّ على تحريمه منها، وبجناح الناس إليه، فهو مباح؛ وتأسيسا على ما سيثبت ها هنا، سيتقرّر أصل إباحة عقد المفاوضة، إن شاء الله تعالى.

إن من أهم ما يقرّره الشرع: مراعاة حاجات الناس، وذلك في تشريعه لما يُشرّعه من الأحكام؛ ولعل نظرة في كتاب البيوع باختلاف المذاهب، تُري الإنسان أن حكمة إباحة البيع ذاته، وكذلك كثير من المعاملات ذات الصلة به، تكمن في مراعاة الشرع لحاجات الناس<sup>(١)</sup>.

يقول ابن الهمام عن مشروعية البيع: «وسببُ شرعيّته: تعلقُ البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه جميل»<sup>(٢)</sup>، أي تعلق بقاء البشر المعلوم لله تعالى على وجه حسن، لا ذلّة فيه لأحد أمام أحد، ولا حرج فيه، إذ تشريع البيع يمنع ذلّة التسوّل، ويمنع الحرج عن الناس، ذلك أنه إن لم يشرع البيع، مع حاجة كل واحد إلى ما عند غيره، فسيدفع هذا الناس إلى ما لا يقرّه الشرع من التسوّل والذلّ؛ وقال ابن الهمام أيضا: «فكان في شرعيته بقاء المكلفين المحتاجين، ودفع حاجتهم، على النظام الحسن»<sup>(٣)</sup>.

فنظرُ الشرع في حاجات الناس، ومراعاة هذه الحاجات، أصلٌ مقرّر عند أهل العلم، قال القاضي أبو يوسف صاحب أبي حنيفة رضي الله عنهما: «فما كان أرفقَ بالناس، فالأخذ به أولى، لأن الحرج مدفوع»<sup>(٤)</sup>، أي في الدين، هذا هو الأصل في الشرع.

وعبّر عن ذلك الكاساني بقوله في كتاب الإجارة من بدائعه: «تحقيقه: أن الشرع شرع لكل حاجة عقدا يختصّ بها، فشرع لتمليك العين بعوض عقدا وهو البيع، وشرع لتمليكها بغير عوض عقدا وهو الهبة، وشرع لتمليك المنفعة بغير عوض عقدا وهو الإعارة؛ فلو لم يُشرّع الإجارة مع امتساس الحاجة إليها، لم يجد العبد لدفع هذه الحاجة سبيلا، وهذا خلاف موضوع الشرع»<sup>(٥)</sup>؛ وكلام الكاساني يدلّ على أن الشرع نظر إلى حاجات الناس، فشرع لها ما يناسبها من العقود، فالحاجات منشأ إباحة العقود.

---

(١) في النصّ على الحاجة إلى البيع مثلا، وأن الشرع شرعه لأجلها، يُنظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٥١٦/٥)، وفتح

القدر، لابن الهمام، (٢٢٩/٦-٢٣٠)، ومواهب الجليل، للحطاب الرعيني، (٣/٦)، والمغني، لابن قدامة، (٢/٤).

(٢) فتح القدير، لابن الهمام، (٢٢٩/٦).

(٣) فتح القدير، لابن الهمام، (٢٣٠/٦).

(٤) الميسوط، للسرخسي، (٢٥/١١).

(٥) بدائع الصنائع، للكاساني، (٥١٦/٥).

وقال الإمام ابن تيمية: «فكل ما لا يتم المعاش إلا به، فتحريمُه حرجٌ، وهو مُنتَفٍ شرعاً»<sup>(١)</sup>، وهو بهذا يقرّر أصلاً شرعياً، وهو أن الشرع يأبى تحريم ما يوقع تحريمه الناس في الحرج.

ومرجع هذا كله إلى نصوص الوحي التي تقرّر نفي الحرج، ومنها قوله تعالى: (وما جعل عليكم في الدين من حرج)، (الحج: ٧٨).

إن هذا الأصل الشرعي، هو الذي سار عليه رسول الله ﷺ في مواجهته لشؤون الحياة، كما سيّضح في الفروع الأربعة التالية:

### الفرع الأول: المسلك التشريعي النبوي في إبادة ما يدفع الدرّج

تقدّم أن الشرع أسّس لما يمنع من الحرج، وأن مرجعية هذا التأسيس هي نصوص الوحي التي تنفي الحرج؛ ومُضِيّاً في الموضوع ذاته، ولأجل مزيد من التأسيس له، فلا بدّ من بيان مسلك الرسول ﷺ المعتمد عليه، لتكتمل الصورة.

فقد عُرف من المسلك التشريعي لرسول الله ﷺ أنه أباح عقوداً، لأجل ما في تحريمها من حرج، كما هو واضح في إباحتها لبيع العرايا<sup>(٢)</sup>، رغم دخوله في مفهوم ربا الفضل؛ قال ابن القيم: «فأما ربا الفضل، فأبوح منه

(١) مجموعة الفتاوى، لابن تيمية، (٤١/٢٩).

(٢) بيع العرايا هو: بيع الرطب على النخلة بالتمر على الأرض، أحازه الشافعية والحنابلة فيما دون خمسة أوسق، وقاس الشافعية بيع العنب بالزبيب على بيع الرطب بالتمر؛ يُنظر من كتب الشافعية: مغني المحتاج، للشريبي، (٥٠٥/٢-٥٠٦)، ويُنظر من كتب الحنابلة: الكافي، لابن قدامة، (٣٣٧)؛ ومنع الحنفية من هذه الصورة، يُنظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٨٢/٦-٨٣)، وقالوا: إن الذي أباحت النصوص في البخاري وغيره هو أنه ما جرت به عادتهم، فيكون للرجل نخلة في بستان غيره، فيخرج صاحب البستان بأهله إلى بستانه، وفيه نخلة لغيره، فيريد صاحب النخلة أن يدخل إلى نخلته، فيكره صاحب البستان دخوله، لوجود أهله فيه، فيقترح عليه أن يعطيه بخرص نخلته تمراً؛ يُنظر: شرح مشكل الآثار، للطحاوي، (٣١/٤)، وعمدة القاري، للعيني، (٣٠٥/١١)؛ وهو قريب مما ذكره البخاري عن مالك، فقد عقد البخاري لذلك باباً في صحيحه، (١٠٦/٢)، سماه: باب تفسير العرايا، وروى فيه عن مالك ﷺ قوله: «العريّة: أن يُعري الرجل الرجل النخلة، ثم يتأذى بدخوله عليه، فرخص له أن يشتريها منه بتمر»؛ وكذلك نقل مثله عن مالك أبو عبيد القاسم بن سلام في الأموال، (٤٨٨). وبيعهما بخرصها ورد في البخاري أيضاً، (١٠٧/٢)، ح: ٢١٩٢، ومسلم، (٣٣/٦)، ح: ١٥٣٩، عن زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ رخص في العرايا أن تباع بخرصها تمراً.

وصحّ القاسم بن سلام تفسير العرايا بأنها النخلات يستنيها الرجل من حائطه، فلا يُدخلها في البيع، ولكنّه يُقيها لنفسه وعياله، فهي بمعنى الاستثناء من المبيع؛ يُنظر: الأموال، للقاسم بن سلام، (٤٨٨)؛ وينظر في تأويلات الترخيص بالعرايا: شرح معاني الآثار، للطحاوي، (٣٠/٤-٣٢)؛ وعلى كل ما مضى، فقد كان اختلاف المعنى مؤدّباً إلى اختلاف الحكم عند العلماء.

ما تدعو إليه الحاجة، كالعرايا<sup>(١)</sup>، وذكر تقي الدين الحصني العرايا في مسائل خالفت قياس الأصول<sup>(٢)</sup>، وذكر أن بيع العرايا اقتطع عن الأصول للحاجة، وأنه معقول المعنى<sup>(٣)</sup>؛ مع أن ترخيص العرايا مما تواتر عنه ﷺ، وقبلها أهل العلم جميعا<sup>(٤)</sup>.

وثمة أصول هامة من أصول المعاوضات، كمنع الشرع الإنسان أن يبيع ما ليس عنده، على الخلاف في تفسيره؛ وكجهالة البدل، وغيرها؛ وفيها نصوص صريحة صحيحة، جعلتها مرجعا في موضوعها، وسأذكر هنا واحدا منها، وهو قوله ﷺ في الحديث الصحيح: (لا تبع ما ليس عندك)<sup>(٥)</sup>؛ وسيأتي الحديث أيضا عند استعراض ما استدلل به مانعو الاستصناع<sup>(٦)</sup>؛ فالأصل إذن هو منع الإنسان أن يبيع ما ليس عنده، واستثنى الشرع عقودا من النهي رغم دخولها فيه، لحاجة الناس إليها، كما هو الشأن في السلم، على قول الجمهور أنه استثناء من ذلك الأصل، كما سيأتي في الفرع بعد التالي، وفيه الحديث الصحيح الذي رواه ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ: (من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)<sup>(٧)</sup>، وهي رواية البخاري، وفي بعض روايات البخاري أيضا وأحمد: (فلا يُسلف إلا في..).؛ والإسلاف هو: إعطاء الثمن في مبيع إلى مدة، أي يُعطون الثمن في الحال، ويأخذون السلعة في المال<sup>(٨)</sup>، قال النووي: «وسمي سلفا لتقديم رأس المال»<sup>(٩)</sup>، فهو إذن بيعٌ لشيء في الذمة مقابل ثمن معجل، أي بيع أجل بعاجل، وبناء عليه وُصف السلف أو السلم<sup>(١٠)</sup> بأنه من بيع الإنسان ما ليس عنده؛ ولأجل منع الجهالة عنه، فقد اشترطوا شروطا له، أهمها ما

(١) إعلام الموقعين، لابن القيم، (١٥٩/٢).

(٢) كتاب القواعد، لتقي الدين الحصني، (٢٣٣/٣).

(٣) كتاب القواعد، لتقي الدين الحصني، (٢٣١/٣).

(٤) شرح معاني الآثار، للطحاوي، (٣٠/٤).

(٥) أبو داود، (٢٦٧/٣، ح: ٣٥٠٣)، والنسائي، (٣٣٤/٧، ٤٦٢٧)، والترمذي، (٥٢٥/٣، ح: ١٢٣٢)، وابن

ماجه، (٣٠/٣، ح: ٢١٨٧)؛ وصححه الألباني في الإرواء، (١٣٢/٥).

(٦) يُنظر: (٢٢٢-٢٢٣)، من هذا البحث.

(٧) مسند أحمد، (٤٣٣/٢، ح: ١٨٦٨)، و(٤٥٦/٢، ح: ١٩٣٧)، و(١٥٤/٣، ح: ٢٥٤٨)، والبخاري، (١١٩/٢،

ح: ٢٢٤٠)، ومسلم، (١١٩/٦، ح: ١٦٠٤)، وأبو داود، (٢٥٤/٣، ٣٤٦٣)، والنسائي، (٣٣٥/٧، ح: ٤٦٣٠)،

والترمذي، (٥٩٣-٥٩٤، ح: ١٣١١)، وابن ماجه، (٧٥/٣، ح: ٢٢٨٠).

(٨) تحفة الأحوذى، للمباركفوري، (٦١٥/٤).

(٩) شرح مسلم، للنووي، (١١٩/٦).

(١٠) والسلف والسلم لغتان، قال النووي في شرحه لصحيح مسلم، (١١٨/٦): «قال أهل اللغة: يقال: السلم والسلف،

وأسلم وسلم، وأسلف وسلف».

نصّ عليه الحديث في ضبط الوصف، وهو أن يكون في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم؛ قال النووي: «وأجمعوا على اشتراط وَصْفِهِ بما يُضْبَطُ بِهِ»<sup>(١)</sup>.

إن أصل رفع الحرج الذي دلّت عليه نصوص، وسار عليه المسلك النبوي في التشريع، ألقى بظلاله في الاجتهاد على مرّ العصور؛ وثمة معاملات تدخل أصلا في مفهوم نهي الشرع عنه، لكنها أبيحت لحاجة الناس إليها، وإن ذكرها هنا سيُخرج البحث عن موضوعه الأساس، لكنني سأذكرها بلا تفصيل في الفرع التالي.

### الفرع الثاني: اتباع الفقه للمسلك النبوي في رفع الحرج

إن الشرع سمح للعقل البشري أن يُدع في التعامل إبداعات تدعو إليها حاجات الناس، دون أن يشترط عليه الدوران فيما صادفه الرسول ﷺ من البياعات وأقرّه، وإنما أمر الشرع الناس بالدوران في دائرة عدم مخالفة النصوص والأصول الشرعية، وفي دائرة المسلك النبوي في التشريع.

ولعله يناسبها هنا أن أكتفي بما ذكره ابن تيمية في سياق حديثه عن مثال هام من العقود، اختلف العلماء فيه، لأجل أنه لم يُنقل عن رسول الله ﷺ بخصوصه، ألا وهو تأجير الأرض المشتملة على زرع، لسقايتها وزراعتها وسكنى البيت المقام عليها، وذكر ابن تيمية اختلاف العلماء فيه<sup>(٢)</sup>، وقال: «والغرض من هذا: أن تحريم مثل هذا، مما لا يمكن الأمة التزامه قطّ، لما فيه من الفساد الذي لا يطاق، فعلم أنه ليس بحرام، بل هو أشدّ من الأغلال والآصار التي كانت على بني إسرائيل، ووضعها الله عنا على لسان محمد ﷺ»<sup>(٣)</sup>؛ فاستند الإمام ابن تيمية في منعه لتحريم هذا العقد، على أصل الشرع القاضي بمنع الآصار والأغلال عن الناس بدِين محمد ﷺ.

وفي المعنى نفسه قال الإمام ابن تيمية أيضا: «فكلّ ما احتاج الناس إليه في معاشهم، ولم يكن سببه معصية، هي ترك واجب أو فعل محرّم؛ لم يحرم عليهم»<sup>(٤)</sup>؛ وكان ابن تيمية قد ذكر قبل ذلك أن من حرّم مثل هذه المعاملة، هو في النهاية أحد ثلاثة: إما أن يحتال لها، وإما أن يفعلها على وجه الاضطرار، وإما أن يفعلها معتقدا تحريمها<sup>(٥)</sup>، أي فيقع في إثم الدخول فيما يعتقده حراما.

(١) شرح مسلم، للنووي، (١١٩/٦).

(٢) ذكر ابن تيمية في مجموعة فتاويه، (٣٧/٢٩-٣٩)، أقوالا ثلاثة فيها: الأول: عدم الجواز بحال؛ والثاني: جوازُه إن كان الشجر قليلا، كأن يكون ثلث الأرض أو أقل؛ والثالث: جوازه مطلقا، واعتبر القول الأخير: «كالإجماع من السلف».

(٣) مجموعة الفتاوى، لابن تيمية، (٤١/٢٩).

(٤) مجموعة الفتاوى، لابن تيمية، (٤٢/٢٩).

(٥) مجموعة الفتاوى، لابن تيمية، (٤٠/٢٩).

هذا، ولم أرَ من الضرورة أن أحعل بيع الأرض على الشاكلة التي ذكرتها عن ابن تيمية مثالا تفصيليا لمسألة رفع الحرج والاستجابة لحاجات الناس، وإنما أردتُ بعرض كلامه: لفت النظر إلى ما يعتبر قاعدة من قواعد المعاملات في الفقه الإسلامي من كلامه، ألا وهو رفع الحرج.

### الفرع الثالث: فهم الفقهاء لسبب مشروعية السلم

سأختار هنا بيع السلم، كنموذج لعقد من العقود التي شرعها الله تعالى لحاجة الناس، وذلك من أجل أمرين اثنين: الأول: أن ثمة اتجاهها قويا هو اتجاه الجمهور يرى إباحته استثناء من أصل مانع؛ والثاني: أن للسلم صلةً بالفصل التطبيقي في هذه الدراسة، وهو عقد المفاولة.

ثمة اتجاهان في الفقه الإسلامي حيال موضوع السلم، لكل منهما تأصيل خاص لعقد السلم، من جهة إباحته، فهل إباحته أصل بذاته، جاءت به النصوص، دون أن يكون استثناء من أصل مانع لمثله؟ أم هو استثناء من أصل مانع في الشرع، هو مَنع الإنسان أن يبيع ما ليس عنده، كما تقدم؟

فالشرع أرخص في السلم، رغم أنه صورة من صور بيع الإنسان ما ليس عنده على حسب اتجاه الجمهور، على ما سيأتي بيانه، لأن جزءاً من معناه عند المذاهب الأربعة يدور حول بيع شيء موصوف في الذمة<sup>(١)</sup>، وإن اختلفوا في جوانب أخرى من هذا العقد؛ فهو إذن، بيع لعين غير موجودة عند العقد، وهو ما يدخل في مفهوم النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده.

فالشرع حسب هذا الاتجاه الفقهي المشار إليه، استثنى بيع السلم لحاجة الناس إليه، من نوع آخر من البيوع، منع الشرع ذاته منها، لأجل أنها ليست عند الإنسان البائع، فاستثنى النص النبوي بيع السلم، وهو بيع ما ليس عند الإنسان، من المنع المذكور في حديث النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده؛ وجاءت إباحة الشرع

---

(١) السلم لغة: قال ابن منظور في اللسان، (٢٠٨١/٣): «السلم، بالتحريك: السلف»، وقال في معنى السلف في اللسان، (٢٠٦٨/٣): «تقدم»، «والسالف: المتقدم»؛ فالتقدم إذن هو معنى السلم، ومن هنا جاءت تسمية متقدمي الأمة: سلفاً؛ ويُسمى القرض سلفاً أيضاً، لأنه فيما يبدو لي يتقدم فيه أحد البديلين، وهو المال المستقرض، على مقابله، وهو سدادُه؛ وأما السلم اصطلاحاً، فقال ابن عابدين في حاشيته، (٢٠٩/٥)، معرّفاً إياه بأنه: «شراء أجل يعاجل»، وهو بنفس معنى ما في المادة ١٢٣ من المحلّة: «بيع السلم: مؤجل بمعجّل» وقال علي حيدر شارحاً إياها في درر الحكام، (٩٩/١): «وبعبارة أوضح: هو البيع الذي يكون فيه الثمن معجلاً واستلام المبيع مؤجلاً»؛ وقال الشيخ الدردير المالكي في شرحه الكبير على مختصر خليل، (١٩٥/٣): «وهو بيع يتقدم فيه رأس المال، ويتأخر المثلن لأجل»؛ وقال النووي في المنهاج، مع مغني المحتاج، (٣/٣): «هو بيع موصوف في الذمة»؛ وذكر النووي في الروضة، (٣/٤)، جملة تعريفات متقاربة العبارة، أذكر منها: «أنه عقد على موصوف في الذمة، ببدل يُعطى عاجلاً»؛ وقال ابن قدامة في المغني، (٣١٢/٤)، والكافي، (٣٥٧): هو «أن يُسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة إلى أجل».

له لأجل حاجة الناس إليه، وتعبير بعضهم: «وسبب شرعيته: شدة الحاجة إليه»<sup>(١)</sup>، حتى سماه بعضهم: بيع الماويج<sup>(٢)</sup>؛ وجعل له ضوابط تمنع التنازع بين الناس، الذي هو ذاته أصل من أصول المنوعات في الشرع.

إن المذاهب الأربعة رأَت السلم مخالفا للقياس، وعللت رأيها بأنه بيع للمعدوم<sup>(٣)</sup>، وتعبير تقي الدين الحصني عن السلم والقراض والقرض وغيرها: «فإنها معاملة على المعدوم، لكن الحاجة دعت إليه»<sup>(٤)</sup>، ونقل الخطاب الرعيني المالكي في مواهب الجليل عن الإمام مالك رضي الله عنه أن السلم «رخصة مستثنى من بيع ما ليس عندك»<sup>(٥)</sup>، وهو كلام يدل على أصل من أصول البيوع المنهي عنها دل عليه النص الصحيح، وهو: بيع ما ليس بملكه الإنسان؛ وقال الشاطبي عن السلم والمساقاة ونحوهما: «فلا يُسمى هذا كله رخصة، وإن كانت مستثناة من أصل ممنوع»<sup>(٦)</sup>، والشاهد في كلامه اعتباره السلم مستثنى من النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده؛ ونصّ الحنابلة أن الأصل «أنه لا يجوز السلم، لأنه باع مجهولا لا يملكه، يتعدّر تسليمه، فرُخص فيه لحاجة المفلس»<sup>(٧)</sup>، أي لحاجة صاحب الزرع مثلا، فهو يحتاج إلى المال، ولا شيء عنده يبيعه، فأبيح له، لأجل تلك الحاجة<sup>(٨)</sup>؛ ولم ينصّ ابن قدامة في المغني صراحة على مخالفة السلم لأصل منع بيع المجهول غير المملوك، لكنه ذكر عند حديثه عن شرط الأجل المعلوم في المسلم فيه: «..أن الشارع أرخص فيه للحاجة الداعية إليه، ومع حضور ما يبيعه حالاً، لا حاجة إلى السلم، فلا يثبت، ويفارق بيوع الأعيان»<sup>(٩)</sup>، فإنها لم تثبت على خلاف الأصل لمعنى يختصّ

(١) هذا كلام ابن الهمام في فتح القدير، (٦٦/٧).

(٢) يُنظر: نصب الراية، للزيلعي، (٤٥/٤).

(٣) يُنظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (١٦٩/٦)، ومواهب الجليل، للخطاب الرعيني، (٤٧٦/٦)، وكتاب القواعد، لتقي الدين الحصني، (٣٢٤/١)، والفروع، لابن مفلح، (١٨١/٤).

(٤) كتاب القواعد، لتقي الدين الحصني، (٣٢٤/١).

(٥) مواهب الجليل، للخطاب الرعيني، (٤٧٦/٦).

(٦) الموافقات، للشاطبي، (٤٦٥/١)، وفيه، (٥١٦/١)، أيضا أن الدين شرع السلم والمساقاة ابتداءً رخصةً توسعةً عليه، «وإن كان فيها مانع في قاعدة أخرى»، وذكر السلم في موطن آخر أيضا، من المرجع نفسه، (٤٦٩/١)، جاعلا إياه «مما استثنى من أصل كلي يقتضي المنع مطلقا»، وذكر معه القرض والقراض والمساقاة وبيع العريّة، ونحو ذلك كله.

(٧) الفروع، لابن مفلح، (١٨١/٤)، وذكر ابن مفلح المسألة عند حديثه عن الشرط الرابع من شروط السلم، وهو: ذكر الأجل المعلوم؛ ويُنظر في هذا المعنى نفسه أيضا: شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، (٢١٨/٢).

(٨) هذا التفسير للمفالييس هو ما يمكن أن يفهم من كلام ابن قدامة في المغني، (٣٣٠/٤).

(٩) ورد في مطبوعة دار الكتاب العربي للمغني، (٣٢٨/٤)، ودار الفكر، (٣٥٦/٤)، ودار الحديث، (٦٦٣/٥): «تنوّع

الأعيان»، وهو خطأ، والصواب ما أثبتّه، ولعل ما في الشرح الكبير، لشمس الدين بن قدامة، بhamش المغني، (٣٢٧/٤)، ما يدلّ على صواب ما قلتُ، ففيه: «وفارق بيوع الأعيان، فإنها لم تثبت على خلاف الأصل».

بالتأجيل<sup>(١)</sup>، أي كما هو حال السلم الذي ثبت على خلاف الأصل، فيلتقي هذا الكلام مع نصّ الخابلية المذكور قبل سطور.

وهو كذلك قول الشوكاني، فقد قال في نيل الأوطار بعد حديثه عن معنى أن يبيع الإنسان ما ليس عنده: «وقد استُني من ذلك السَّلْم، فتكون أدلة جوازه مخصّصة لهذا العموم، وكذلك إذا كان المبيع في ذمة المشتري، إذ هو كالحاضر المقبوض<sup>(٢)</sup>؛ وكذلك ذكر استثناء السلم من النهي عن بيع ما ليس عنده في موطن آخر من النيل<sup>(٣)</sup>.

هذا الذي تقدّم هو قول الجمهور، غير أن الإمامين ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله تعالى يريان السَّلْم مشروعا على وفق القياس، وأنه غير مخالف له<sup>(٤)</sup>.

وليس ترجيح قول على قول في هذه الناحية من مهمّات هذا البحث، بل إن ما يهمني في عرض الخلاف فيها، هو كيفية تعامل جمهور العلماء الذين يرون السلم خروجاً عن الأصول، على أثر أدلة سمحت بهذا الخروج، كان النصّ بإباحته أساسها، غير أن النصّ نفسه مفسّر بقصد رفع الحرج، فصار رفع الحرج الثابت نصّاً، أصلاً من أصول فقه المعاملات، وهو يسهم فيما يستجدّ في أعراف الناس من مسائل الحياة.

إنه يتبيّن إذن أن ثمة اتجاهين في المسألة: الأول: اتجاه الجمهور، والثاني: اتجاه ابن تيمية وابن القيم؛ ولكلُّ وجهته وأدلته التي أدت به إلى ما قال.

ولا عودة للحديث في المسألة ذاتها، غير أنها تنفع البحث من خلال فهم عقلية الجمهور الفقهية، ذلك أنهم لما رأوا الشرع ذاته يستثني من بعض أصوله المانعة لأمر ما، بعض ما يحتاج إليه الناس، مع ما يضعه من الضوابط التي تمنع الغرر الفاحش، والربا، والغش، وما إلى ذلك من مفسدات العقود أو مبطلاتها؛ رأوا هذا المنهج التشريعي صالحاً عند النظر في مستجدات حياة الناس، ليصحّ أن يقال انطلاقا منه: إن ما يُظنّ منعه لأجل إلحاقه بأصل من الأصول المانعة، يمكن أن يكون مباحاً، لأجل حاجة الناس، ولأجل أن منعه يؤدي إلى الحرج، ما لم يكن نصّ ينهى عنه بخصوصه.

(١) المغني، لاني قدامة، (٤/٣٢٨).

(٢) نيل الأوطار، للشوكاني، (١٠/٥٥).

(٣) وذلك عند ردّه على أبي حنيفة رضي الله عنه في قصره بيع العرايا على إعطاء الواهب للموهوب مقابل ما وهبه من ثمر النخلة حرصاً، وذلك في (١٠/١٨١)، من النيل.

(٤) مجموعة الفتاوى، لابن تيمية، (٣٠١/٢٠-٣٠٢)، وإعلام الموقعين، لابن القيم، (٢/١٩).

## الفرع الرابع: إبادة عقود أخرى استثناءً من أصول مانعة

ولم يكن بيع السلم هو المستثنى وحده من أصول مانعة منه، بل ثمة عقود أخرى، وصفت بالوصف ذاته، استُثيت من بعض الأصول المقررة تبعاً لحاجة الناس إليها، وخلافاً لقياس الأصل فيها؛ فمن ذلك: الإجارة والجعالة والحوالة والكفالة والصلح والمضاربة والقرض<sup>(١)</sup>؛ فإذا كان السلم وارداً على معدوم كما تقدّم، فالإجارة أيضاً واردة على منفعة معدومة أيضاً؛ وكذلك المضاربة قائمة على بدل مجهول، رغم أن الجهالة منفية شرعاً؛ قال الدكتور الزحيلي: «وجمل القول أن تأثير الغرر للجهالة ونحوها على العقد بإبطاله أو إفساده، مشروط بالألا يكون للناس حاجة إلى ذلك العقد»<sup>(٢)</sup>.

وكذلك تقدّم عند بحث الشروط، كيف تعامل الحنفية مع الشرط الذي جرى به العرف؛ فلما صودفوا بشروط حرت في العرف، ورأوها، حسب اجتهادهم، داخلّة في الحظر، غلبوا العرف، وأباحوها، باعتبار أنه لم يأت نهي عنها بخصوصها، بل كل ما هنالك أنها دخلت في إطار أصل مانع منها، ورأوا للعرف في مثل هذه الحال دوراً هاماً، فلما رأوه جرى بها، لم ينظروا إلى الأصل المانع، وإنما إلى العرف الدافع، ما دام الشرط الجاري في العرف، لم يمنعه بخصوصه مانع؛ وهذا ينقل البحث إلى مسألة الاستصناع، فهي امتداد لعقد السلم عند الحنفية، وهم أيضاً أباحوه لأجل حاجة الناس إليه، إذ من تعليلاتهم عندما جوزوه، أن الحاجة تدعو إليه<sup>(٣)</sup>؛ وسيأتي تفصيل قولهم فيه في محله قريباً إن شاء الله تعالى.

وأخيراً: إنه بعد الذي تقدّم، يمكن للبحث أن يقرّر: أن ما نهي الشرع عنه بخصوصه، فهذا لا يُنظر إليه بحال من الأحوال إلا تحت وطأة الضرورة، وأما ما فهم نهي الشرع عنه لأجل دخوله في أصل ممنوع، فيمكن القول بإباحته، إذا دفعت إليه حاجة الناس، حتى جرى العرف به، منعا للحرص، الذي يبيّن نصوص عديدة أن الدين يأبى إيقاع الناس فيه.

إن عقد المقاوله سيجد له ها هنا مكانا هاما، وفق ما تأصل فيما تقدّم.

## المطلب الثاني: عقد الاستصناع مرجعية دامة لعقد المقاوله

الاستصناع هو المرجعية الأهم لمشروعية عقد المقاوله، وهو مبحوث في الفقه الإسلامي ضمن باب السلم عند الجمهور، فهم يجعلونه سلكاً، ويميزونه بشروط السلم؛ غير أن الحنفية يجعلونه ذا شأن خاص، يبتعد به عن السلم، فهم يُجيزونه، لكن، دون التزام منهم بشروط عقد السلم، إذ يكيفونه بطريقة أخرى، كما سيأتي.

(١) نظرية الضرورة الشرعية، لوهبة الزحيلي، (٢٦٢).

(٢) نظرية الضرورة الشرعية، لوهبة الزحيلي، (٢٦٤).

(٣) بدائع الصنائع، للكاساني، (٩٦/٦)؛ ويُنظر: نظرية الضرورة الشرعية، لوهبة الزحيلي، (٢٦٦).



ولأن المذهب الذي أجاز الاستصناع هو مذهب الحنفية، كما سيأتي، حتى وصفهم أحد الباحثين بأنهم مهندسو عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي<sup>(١)</sup>؛ لأن ذلك كذلك، فإن معظم ما سيعتمد عليه البحث فيما يتعلق بالاستصناع هو ما يقرره المذهب الحنفي.

ولكن، لا بد من معرفة معنى الاستصناع لغة واصطلاحاً، لأجل الدخول في بعض تفصيلاته، كمسلك لا بد منه لبحث المقالة.

### الفرع الأول: الاستصناع لغة واصطلاحاً

الاستصناع لغةً عائد إلى الأصل صنع، «وهو عمل الشيء صنعا؛ وامرأة صناع، ورجل صنيع، إذا كانا حاذقَيْن فيما يصنعه»<sup>(٢)</sup>، كذا في معجم مقاييس اللغة لابن فارس، وفيه أيضاً: «والصنعة: ما اصطنعته من خير؛ والتصنع: حُسن السمْت؛ وفرس صنيع: صنعه أهله بحسن القيام عليه؛ والمصانع: ما يُصنع من بئر وغيرها للسقي»<sup>(٣)</sup>.

إنه يظهر لي مما نقلته عن ابن فارس في معنى الصنع، أنها تتضمن شيئاً معاً: أحدهما: تطوير الشيء، بإضافة فيه، تجعله على غير حاله قبل الصناعة؛ والثاني: تحسين الشيء؛ ومن هنا فيما يبدو لي قيل فيمن يتظاهر بغير ما حقيقته: يتصنع، كأن يتصنع التدين وهو فاسق، ونحو ذلك.

وفي كتاب لسان العرب: «ويقال: اصطنع فلان خاتماً، إذا سأل رجلاً أن يصنع له خاتماً؛... واستصنع الشيء، دعا إلى صنعه»<sup>(٤)</sup>، وفي المعجم الوسيط: «استصنع فلان كذا: طلب منه أن يصنعه له»<sup>(٥)</sup>؛ ومن هنا يبدو الاستصناع لغةً: طلب صنع الشيء، بتطويره، وتحسينه، وإضافة حال جديدة لم تكن عليه قبل الصناعة.

وهذا المعنى اللغوي، هو ذاته المعنى الاصطلاحي للاستصناع، وإن اختلفت عبارات اللغويين عن عبارات الفقهاء؛ قال الحنفية هو: «طلب العمل من الصانع في شيء خاص، على وجه مخصوص»<sup>(٦)</sup>؛ وعرفته مجلة الأحكام بقولها: «عقد مقاوله مع أهل الصناعة، على أن يعمل شيئاً»<sup>(٧)</sup>؛ وعرفه قدرى باشا في مرشد الحيران

(١) وصفهم بذلك الدكتور قطب مصطفى سانو في بحثه: عقد المقاوله، حقيقته، تكييفه، صورته؛ ع ١٤، (١٨٧/٢).

(٢) معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، (٣/٣١٣).

(٣) معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، (٣/٣١٣).

(٤) لسان العرب، لابن منظور، (٤/٢٥٠٨).

(٥) المعجم الوسيط، (٥٢٥).

(٦) يُنظر: حاشية ابن عابدين، (٥/٢٢٣).

(٧) مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٢٤، (١٠٢).

بقوله: «هو طلب عمل شيء خاص، على وجه مخصوص، مادّته من الصانع»<sup>(١)</sup>، وعرفه العلامة الزرقا بقوله: «هو عقدٌ يشتري به في الحال شيء مما يُصنع صنعا، يُلزم البائع بتقديمه مصنوعا بموادّ من عنده، بأوصاف مخصوصة، وبثمن محدد»<sup>(٢)</sup>.

غير أن هذا المعنى الاصطلاحي المذكور عند الحنفية، لا يشمل أمرين: الأول منهما: أهم خصائص الاستصناع التي تُفَرِّق بينه وبين السَلَم، وهي عدم اشتراط تقديم الثمن في مجلس العقد، ليفترق الاستصناع ها هنا، عن السلم الذي يجب فيه دفع الثمن في مجلس العقد؛ والثاني: سَعَتُهُ ليشمل صور المقاوله في عصرنا، كما سيرد ترجيحه في فرع بعنوان: تطوير عقد الاستصناع؛ ولذا، فأرى الأصوب تعريف الاستصناع بأنه: «طلب عمل شيء خاص، على وجه مخصوص، مادّته من الصانع أو المستصنع»، وهذا التعريف هو وحده الذي يشمل صور المقاوله، فيجعل منها استصناعا.

### الفرع الثاني: عقد الاستصناع في المذاهب الفقهية

جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة يرون الاستصناع الذي يصحّ هو سَلَمٌ، وذكروه أو ذكروا مسائل منه، غالبا في باب السَلَم، فيشترطون له شروط السَلَم، والتي من أهمّها: تسليم الثمن في مجلس العقد<sup>(٣)</sup>، وبعضهم نصّ على المنع من الاستصناع بحجة أنه بيع الإنسان لما ليس عنده<sup>(٤)</sup>، فإذا فُقد هذا الشرط، ففقد الاستصناع الذي هو عندهم من باب السَلَم صحته، فلم يُجزّ؛ إلى غير ذلك من الشروط التي ذكروها، ولا يقتضي سياق البحث ذكرها.

وإنما ذكرتُ هذا الشرط فحسب، لأنه مجمل ما تجري عليه عقود الاستصناع كلها، والتي منها عقد المقاوله، فالثمن فيها لا يُدفع في مجلس العقد، ولذا فيكون عقدا غير صحيح عند الجمهور؛ ورأى الإمام ابن

(١) المادّة (٤٦٢)، مرشد الحيران، لقدرى باشا، (٧٤).

(٢) عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، لمصطفى أحمد الزرقا، (٢٠)؛ وقال العلامة الزرقا في المدخل الفقهي العام، (٤٥٦/١): «وهو شراء ما سيُصنع بطريق التوصية».

(٣) نصّ على هذا علماء المذاهب الثلاثة سوى الحنفية، يُنظر للمالكية: مواهب الجليل، للحطاب المالكي، (٦/٥١٧-٥١٨)، والتاج والإكليل، للمواق المالكي، بمامش المواهب، (٦/٥١٨)؛ وهما صريحان في الحديث عن الاستصناع؛ ويُنظر للشافعية الذين يشترطون دفع الثمن في مجلس العقد لأجل مسائل من الاستصناع ذكروها في باب السَلَم: المنهاج، للنووي، مع شروحه: تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي، (٥/٢٧)، ومغني المحتاج، للشريبي، (٣/١٥-١٦)، ونهاية المحتاج، للرملّي، (٤/٢٠١)، ويُنظر للحنابلة: الفروع، لابن مفلح، (٤/٢٤)، والإنصاف، للمرداوي، (٥/٩١).

(٤) الإنصاف، للمرداوي، (٤/٢٨٧)، ولم يذكره المرادوي الحنبلي في بيع السَلَم، بل ذكره في أوائل كتاب البيع، عند اشتراط أن يكون المبيع معلوما ولو بالوصف.

حزم رأي الجمهور في الاستصناع<sup>(١)</sup>، وذلك من خلال الأصل الذي أصّله في محله بقوله إن: «العقود المأمور بالوفاء بما منصوصة الأسماء في القرآن»<sup>(٢)</sup>، واسم الاستصناع غير منصوص عليه في القرآن، فهو عقد باطل عنده، ولا يصحّ عنده دخوله في السلم، لاتفاق ابن حزم مع الأئمة على وجوب القبض في مجلس العقد<sup>(٣)</sup>.

ومع ذلك، فعند المالكية صور للاستصناع لم يسمّوها استصناعا، بل جعلها بعضهم ذات شبهة بالبيع والإجارة، فقد ذكر الدسوقي المالكي، الذي ألحق الأمر برُمته بقول أشهب، الذي جوّز في السّلم تعيين مصنوع منه وكذلك الصانع، قال الدسوقي: «وأنت إذا أمعنت النظرَ وحدثها لها شبهة بالسّلم نظرا للمعدوم في حال العقد، ولها شبهة بالبيع، نظرا للموجود، وليست من باب اجتماع البيع والإجارة»<sup>(٤)</sup>، وكأنه حين نفى أن تكون بيعة وإجارة، قصد بذلك الردّ على ابن رشد الجدّ، إذ قال فيمن اشترى المعمول منه، وعيّن عامله، قال: «ليس هذا بسّلم وإنما من باب البيع والإجارة في الشيء المبيع»<sup>(٥)</sup>، وقول ابن رشد يجعل للاستصناع معنى آخر، هو اجتماع البيع والإجارة معا؛ غير أن ذلك كلّه مشروط بتقديم رأس المال، على ما يظهر من سياق تلك النقول.

على كل حال، يبقى مذهب الحنفية وحده الذي يبيح الاستصناع، دون اشتراط شروط السّلم، خروجاً منه عن موجّب القياس ها هنا، وإثاراً منه لموجّب الاستحسان<sup>(٦)</sup>، فهو في القياس ممنوع عندهم، كما في بقية المذاهب، لأنه بيع معدوم، وإنما دفعهم إلى القول بإباحته تعامل الناس به<sup>(٧)</sup>؛ إن عقد الاستصناع يأخذ لنفسه من خلال مذهب الحنفية مسارا جديدا في الفقه الإسلامي المتطوّر بامتداد الزمن، المستجيب لحاجات الناس، الملتزم بالأصول.

---

(١) ذكر الدكتور كاسب عبد الكريم البدران في كتابه عقد الاستصناع، (١٢٣)، أنه لم يجد في كتب الظاهرية شيئا اسمه: استصناع، لا من قريب، ولا من بعيد فيما اطّلع عليه؛ لكنّه ذكر أنه يمكن القول إن الاستصناع عندهم غير جائز، بحكم قولهم في أن الأصل في العقود هو الحظر، إلا ما ورد به النصّ؛ وكذا لأنهم لا يأخذون بالقياس؛ والذي أراه أن ما ذكرته أعلاه كفاية في الدلالة على أنهم يمتنعون الاستصناع، مع صحّة ما ذكره البدران من الاستناد على موقف الظاهرية من العقود، ومضى الحديث فيه في المبحث الثالث من الفصل الأول، (٧٣)، و(٧٧)، من هذا البحث.

(٢) المحلّي، لابن حزم، (٢٢٧/٨).

(٣) المحلّي، لابن حزم، (٢٨/٩).

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (٢١٦/٣).

(٥) التاج والإكليل لمختصر خليل، لحمد بن يوسف المواق، بهامش مواهب الجليل، (٥١٩/٦).

(٦) نصّ الحنفية على أنه غير جائز في القياس، وأنهم إنما أباحوه استحسانا، يُنظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٩٦/٦)،

والهداية، (١٠٣٠/٣)، وفتح القدير، لابن الهمام، (١٠٧/٧)، والعناية، للباقر، (٣٢/٤).

(٧) حاشية ابن عابدين، (٨٨/٥)؛ ويُنظر: درر الحكّام، لعلي حيدر، (٣٥٨/١).

## الفرع الثالث: أدلة إبادة الاستصناع

للحنفية الذين أحازوا الاستصناع أدلة عديدة، أفصلها فيما يلي:

**الدليل الأول: وقوع الاستصناع من الرسول ﷺ وصحابته:** فقد صحّ أنه ﷺ اصطنع خاتما فقال: (إنا قد اصطنعنا خاتما، ونقشنا فيه نقشا، فلا ينقشن أحدٌ عليه)<sup>(١)</sup>؛ وفي بعض الروايات أن الصحابة لما رأوه ﷺ اصطنع لنفسه خاتما، قاموا، فاصطنعوا هم أيضا؛ وورد في روايات أنه ﷺ اصطنع خاتما، وهي تتفق مع هذه الرواية؛ غير أنه ورد في بعضها لفظ: اتّخذ خاتما، بدل اصطنع، غير أنه ورد في رواية: (اصطنع)، (واصطنعنا)، زيادة معنى، يفيد أنه اتّخذ بعد اصطناعه له؛ وكل ذلك ورد في الصحيحين وغيرهما.

وفي صحيح البخاري أن الرسول ﷺ بعث إلى امرأة: (أن مُري غلامك النجار يعمل لي أعوادا أجلسُ عليهن)<sup>(٢)</sup>، وفيه أيضا أن النبي ﷺ أرسل إلى امرأة من المهاجرين، وكان لها غلام نجار، قال لها: (مُري عبدك، فليعمل لنا أعواد المنبر)، فأمرت عبدها، فذهب فقطع من الطُرفاء، فصنع له منبرا، فلما قضاه، أرسلت إلى النبي ﷺ إنه قد قضاه، قال ﷺ: (أرسلني به إلي)، فجاؤوا به، فاحتمله النبي ﷺ، فوضعه حيث ترون<sup>(٣)</sup>.

إن هذين الحديثين نصّ في مسألة الاستصناع، ذلك أنه ﷺ لم يصنع المنبر والخاتم بيده، ولم يصنع الصحابة خواتيمهم بأيديهم أيضا، فالرسول ﷺ لم يكن صانعا، وأغلب الصحابة لم يكونوا كذلك صانعي خواتيم؛ فبالضرورة صنعها لهم صانع له فيها اختصاص، وهذا دليل على مشروعية عقد الاستصناع، قال السرخسي: «فإذا ثبت هذا، يُترك كل قياس في مقابلته»<sup>(٤)</sup>.

إن كل ما تقدّم يقتضي شيئا واحدا: وقوع الاستصناع بغير شروط السّلم في عهده ﷺ، إذ لم يُنقل شيء من شروط السلم فيما وقع من ذلك الاستصناع، غير أن هذا الذي وقع، ليس هو الصيغة الصحيحة الوحيدة التي لا يصحّ وقوع غيرها، من إمكان تصحيح الاستصناع بتقديم مادّة الصنع من المستصنع، على ما سيأتي من اقتراحي بتطوير عقد الاستصناع.

(١) هذا لفظ أحمد في مسنده، (٣٢٣/١٠، ح: ١١٩٢٨)، والحديث رواه البخاري، (٧٨/٤، ح: ٥٨٧٦)، ومسلم، (١٩٦/٧، ح: ٢٠٩١)، وأبو داود، (٦٤/٤، ح: ٤٢١٨)، وغيرهم.

وفي بعض الروايات أنه اتّخذ ثم طرحه، ويبدو أنه عاد فطرحه، لأجل أنه ذهب، إذ ورد في رواية مسلم أنه (اتّخذ خاتما من ذهب، ثم ألقاه، ثم اتّخذ خاتما من ورق).

(٢) البخاري، (١٢٦/١، ح: ٤٤٨).

(٣) البخاري، (٢١٢/٢، ح: ٢٥٦٩).

(٤) المبسوط، للسرخسي، (١٣٩/١٢).

**الدليل الثاني: الإجماع:** أجاز الحنفية الاستصناع استحسانا، لإجماع الناس عليه، بتعاملهم به من غير نكير<sup>(١)</sup>، يقول السرخسي: «وتعامل الناس من غير نكير، أصل من الأصول كبير»<sup>(٢)</sup>، وفي تبين الحقائق من كتب الحنفية: «وهو من أقوى الحجج»<sup>(٣)</sup>، وإن الاستصناع الذي خرج عن نطاق القياس، يصبح صحيحا بموافقة للإجماع<sup>(٤)</sup>؛ فبالعرف والتعامل يترك القياس عندهم، وهذا من هذه الشاكلة.

ويظهر لي أنهم رأوا أن ما يمكن وقوعه من منازعات لكونه عقدا على معدوم، قد زال، بسبب تحديد المصنوع بالصفة والقدر وما إلى ذلك، أخذوا مما ضبط به الشرع عقد السلم؛ وبسبب خيار الرؤية الذي يثبت للمستصنع، حينما يرى المصنوع، أخذوا بأصل عندهم، يقرّر جواز بيع ما لم يره الإنسان، جاعلين له خيارا لردّه إذا رآه، وهو المعروف بخيار الرؤية<sup>(٥)</sup>.

**الدليل الثالث: عودة الاستصناع إلى عقود جائزة أصلا:** واستدلّ الحنفية على صحّة الاستصناع أيضا، بأنه يشتمل على عقدين كلّ منهما جائز، أي أن فيه معنى عقدين جائزين، هما: السلم والإجارة؛ قال الكاساني: «لأن السلم عقدٌ على مبيع في الذمة، واستجارُ الصّناع يُشترط فيه العمل، وما اشتمل على عقدين جائزين كان جائزا»<sup>(٦)</sup>، وهو يطرق باب بحث العقود المركّبة التي سيأتي تقرير القول فيها<sup>(٧)</sup>.

**الدليل الرابع: الحاجة إلى الاستصناع:** نصّ الحنفية على الحاجة إلى الاستصناع، فذكروا أن الحاجة تدعو إليه؛ وصور الكاساني تلك الحاجة بقوله: «لأن الإنسان قد يحتاج إلى خُفٍّ، أو نعل من جنس مخصوص، ونوع مخصوص، على قدر مخصوص وصفة مخصوصة، وقلّما يتفق وجوده مصنوعا، فيحتاج إلى أن يُستصنع، فلو لم يُجزَّ، لوقع الناس في الحرج»<sup>(٨)</sup>، أي: والشرع نفى الحرج عن نفسه.

(١) نصّ الحنفية أنه غير جائز قياسا، وأهم أباحوه استحسانا، لإجماع الناس عليه دون نكير، والإجماع المقصود هنا هو الإجماع العملي؛ يُنظر: المبسوط، للسرخسي، (١٣٨/١٢)، بدائع الصنائع، للكاساني، (٩٦/٦)، والهداية، (١٠٣٠/٣)، وفتح القدير، لابن الهمام، (١٠٧/٧)، والعناية، للباقر، (٣٢/٤)؛ ويُنظر كذلك: حاشية ابن عابدين، (٨٨/٥).

(٢) المبسوط، للسرخسي، (١٣٨/١٢).

(٣) تبين الحقائق، للزيلعي، (٥٢٦/٤).

(٤) بدائع الصنائع، للكاساني، (٩٦/٦).

(٥) في المادّة ٣٢٠ من المجلّة أن «من اشترى شيئا ولم يره، كان له الخيار إلى أن يراه؛ فإذا رآه، إن شاء قبله، وإن شاء فسخ البيع، ويقال لهذا الخيار: خيار الرؤية»، ومفهومه أن يكون حقّ لمن اشترى شيئا لم يره باختيارفسخ البيع أو قبوله إذا رآه.

(٦) بدائع الصنائع، للكاساني، (٩٧/٦).

(٧) يُنظر: (٢٣٩-٢٤١)، من هذا البحث.

(٨) بدائع الصنائع، للكاساني، (٩٦/٦)، ونصّ على أن الحاجة تدعو إليه أيضا: الزيلعي في تبين الحقائق، (٥٢٧/٤).

## الفرع الرابع: أدلة مانعي الاستصناع

لم أجد فيما اطلعتُ عليه من كتب المذاهب الثلاثة غير الحنفية أدلة على منع الاستصناع<sup>(١)</sup>، وإنما غلب على كلام من تكلم فيه منهم: اشتراط شروط السلم فيما يباع في الذمة؛ ولذا، فلا يمكن ذكر ما يفترض أنهم نصّوا على أنه دليل لهم على منع الاستصناع، غير ما قرّروه من الأصل الممنوع والذي استثنى منه السلم، أي أصل منع بيع الإنسان ما ليس عنده، فيكون الإشكال في الاستصناع أنه سلمٌ انتقصت منه شروط إباحته، فيبقى الاستصناع عندهم على أصل منع بيع الإنسان ما ليس عنده، إذ لم يُستثنَ منه كما استثنى السلم؛ ففي الإنصاف المرداوي الحنبلي: «..أنه لا يصحّ استصناع سلعة، لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم»<sup>(٢)</sup>، وهذا استدلال من المرداوي لمنع جواز الاستصناع؛ وكذا استدلل به بعض الحنفية أنفسهم، ممن قالوا يمنع الاستصناع، بحجة أنه بيع المعلوم<sup>(٣)</sup>؛ ومن مانعي الاستصناع من اعتبره من باب بيع الدين بالدين، وهو منهى عنه، قال العلامة حطّاب المالكي في سياق حديثه عن استصناع سيف أو سرج: «فإن ضرب لرأس المال أجلا بعيدا، لم يَجْزُ، وصار دينا بدين»<sup>(٤)</sup>، وهو منطبق حسب أصحاب هذا الرأي منهم، على الاستصناع.

إذن، من النصّين السابقين عند المالكية والحنابلة، تبدو أدلة منع الاستصناع محصورة في دليلين اثنين، هما:

**الأول: إنه من باب بيع ما ليس عند الإنسان على غير وجه السلم:** وقد ورد النهي عن بيع الإنسان ما

ليس عنده في أحاديث صحيحة عن رسول الله ﷺ، من أشهرها قوله ﷺ في الحديث الصحيح: **(لا تبع ما ليس عندك)**<sup>(٥)</sup>؛ وثمة نصوص أخرى بنفس المعنى<sup>(٦)</sup>.

---

وَيُنظَر: نظرية الضرورة الشرعية، لوهبة الزحيلي، (٢٦٦)، وعقد الاستصناع، لكاسب بن عبد الكريم البدران، (٩٩).

(١) ذكر الدكتور كاسب بن عبد الكريم البدران في دراسته الطويلة المسماة: عقد الاستصناع، (١٠٣)، تحت عنوان: أدلة المانعين، أن كل ما يمكن أن يقال عن أدلة المانعين له، هو ما استند عليه زُفر، صاحب أبي حنيفة، من عدم أخذه بالاستحسان، وهذا في الحقيقة قصور في البحث؛ ولم يذكر الدكتور سعود الثبيتي شيئا من أدلة المانعين مسندة إلى مصادرهم، وإنما ذكر الدليلين الآتين أعلاه استدلالا لهم، دون أن يصرّح أنها أدلتهم؛ يُنظَر: الاستصناع، لسعود الثبيتي، (٤١-٤٢)؛ وهو أيضا قصور في البحث والاستقصاء؛ وكذا لم يذكر أدلة المانعين إطلاقا، لا من مصادرهم ولا استدلالا لهم، الباحث أحمد شحدة العيادية، في أطروحته: عقد الاستصناع، (٣٦-٤٣)، وذلك رغم ذكره أدلة الحنفية في جوازه.

(٢) الإنصاف، للمرداوي، (٢٨٧/٤)، وقد نقله عن القاضي وأصحابه.

(٣) هو قول زُفر من الحنفية، يُنظَر: البحر الرائق، لابن نجيم، (١٨٥/٦).

(٤) مواهب الجليل، للحطّاب الرعيبي، (٥١٨/٦)، وتحدّث الخطيب الشربيني في مغني المحتاج، (٤/٣)، عن فقدان شرط

تسليم رأس المال في المجلس في عقد السلم، بأنه يكون بمعنى بيع الدين بالدين.

(٥) أبو داود، (٢٦٧/٣)، ح: ٣٥٠٣، والنسائي، (٣٣٤/٧)، والترمذي، (٥٢٥/٣)، ح: ١٢٣٢، وابن

ماجه، (٣٠/٣)، ح: ٢١٨٧؛ وصحّحه الألباني في الإرواء، (١٣٢/٥).

**الثاني: أنه بيع دَين بدين:** ولعله أكثر ما يعترض الاستصناع، ودليله ما ورد عن الرسول ﷺ من النهي عن بيع الكالئ بالكالئ<sup>(٢)</sup>، وإن قيل إنه حديث ضعيف، فلا يُحتجّ به؛ فإنّ ضعف إسناده جُبر بعمل أهل العلم به، وبيجامعهم عليه<sup>(٣)</sup>، ونقل ابن قدامة عن الإمام أحمد قوله: «إنما هو إجماع»<sup>(٤)</sup>، وهذا يعني أن النهي عن الكالئ بالكالئ معمول به عند العلماء ومُتلقًى بالقبول، فلا يضرّ المنع وروده في حديث ضعيف، بعد انعقاد الإجماع عليه؛ والمعنى العامّ للحديث والإجماع على حسب قول المانعين، هو النهي عن بيع الدّين بالدّين، أو بيع النسبئة بالنسبئة<sup>(٥)</sup>، وإن الاستصناع من تلك الصور التي تقع تحت معنى بيع الدّين بالدّين، إذ البدلان مؤجلان، فهما نسبئة، أي دَين بدين، على ما يراه المانعون.

### الفرع الخامس: مناقشة الأدلة

**أولاً:** مناقشة استدلال الحنفية باستصناع الرسول ﷺ وصحابته رضي الله عنهم للإخواتيم بأنهم قد يكونون قدّموا مادّة العمل، فيكون استتجارا لا استصناعا؛ **والجواب:** أن هذا بعيد، إذ لو وقع، لُنقل إلينا لكثرتة بكثرة الصحابة أصحاب الخواتم المصطنعة أيامها<sup>(٦)</sup>.

(١) اختلف في معنى بيع ما ليس عند الإنسان، وتراه محرراً منضبطاً مفصلاً في كتاب: القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية، لعبد المجيد عبد الله دية، (١٤٩-١٥٥)، واختصر معناه بقوله في المرجع نفسه، (١٥٢): «ما هو موصوف في الذمّة، مما لا يملكه، ولا يقدر على تسليمه».

وقال الخطابي في معالم السنن، (١٢٠/٣): «ويدخل في ذلك: كلُّ شيء ليس بمضمون عليه، مثل أن يشتري سلعة، فيبيعهها قبل أن يقبضها..»؛ ويُنظر: تحفة الأحمدي، للمباركفوري، (٤٩٠-٤٩٢).

(٢) سنن الدرقي، (٦٠/٣)، ح: ٣٠٤١-٣٠٤٢، وسنن البيهقي، (٤٧٤/٥)، ح: ١٠٥٣٦، ومستدرك الحاكم، (٥٧/٢)، وصححه الحاكم، وأقرّه الذهبي، لكن: ضعّفه الألباني في الإرواء، (٢٢٠/٥)، وذكر أن رجال إسناده كلهم ثقات مشهورون، غير أن علته في الخلط بإدخال راوٍ ثقة هو موسى بن عقبة، مكان راوٍ متروك، هو موسى بن عبيدة الزبيدي، كما نقله الألباني عن البيهقي، وذكر إسناده الحقيقي عن الطحاوي وابن عدي، وغيرهما، وإنما الذي فيه هو الراوي المتروك، وكذا نقل الألباني أن راويه هو ابن عبيدة وليس ابن عقبة، عن الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير؛ يُنظر: الإرواء، للألباني، (٢٢٠-٢٢٢)؛ والصواب قول الألباني في تضعيفه، قال البيهقي في سننه، (٤٧٤/٥): «موسى هذا هو ابن عبيدة»، وهو تأكيد على الاختلاط في اسم أحد رواه، إذ ليس هو موسى بن عقبة، الثقة والحافظ الكبير.

(٣) قال ابن المنذر: «أجمع أهل العلم على أن بيع الدّين بالدّين لا يجوز»، كما في المغني، لابن قدامة، (١٧٢/٤).

(٤) المغني، لابن قدامة، (١٧٢/٤)، ونقل الإجماع عليه عن أحمد أيضاً: تقي الدين السبكي، في تكملة المجموع، (١٠٦/١٠)، والشوكاني في نيل الأوطار، (٦٠/١٠).

(٥) يُنظر: النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير، (١٩٤/٤)، ونيل الأوطار، للشوكاني، (٦٠/١٠).

(٦) الاستصناع، لسعود بن مسعد الثبيتي، (٥٤-٥٥)، وعقد الاستصناع، لأحمد شحدة العيايدة، (٣٤).

وأضيف أمرا آخر في الجواب أخرج به عن الاستصناع الحنفي، أي بصورته التي يبيحها الحنفية، وهي أنه سواء قدم الرسول ﷺ وصحابته مادة العمل، أو قدمها الصانع، فالأمر سيان، ذلك أن الأمر على كلا الحالين يفيد فائدة أخرى، سيأتي بحثها، وهي أنه لا يُشترط في الاستصناع تقديم المستصنع لمادة العمل، فلا استصناع آتٍ لغة من طلب الصنع، والعرف أقدر على تحديد صورته، بشرط انضباطها بضوابط العقود الشرعية.

**ثانيا:** ونوقش استدلال الحنفية أيضا باستصناع كل من النبي ﷺ الصحابة رضي الله عنهم، بأنه ﷺ وصحابته رضي الله عنهم دفعوا الثمن كاملا في مجلس العقد، فيكون سلما، وليس استصناعا حنفيا! **والجواب:** أنه لو وقع، لُنقل، لكثرة من استصنعوا الخواتم في تلك الواقعة<sup>(١)</sup>؛ ولكنني أضيف أنه سواء أَدفع الرسول ﷺ الثمن في مجلس العقد هو وصحابته الكرام، أم لم يدفعوا، فإن فائدة وقوع الدفع أو عدم وقوعه، هو أن كلا الأمرين جائز، إذ لا مانع شرعا منه؛ ثم يبعد أن يكون الصانع صنع لهم خواتمهم مجانا بلا مقابل، مما يعني أنه أخذ الأجر، دون أن تنقل كفيته أو وقته، إذ لم يكن ضروريا، لاستواء الأمرين.

**ثالثا:** ويمكن مناقشة الاستدلال بالحديث الذي ينهى الإنسان أن يبيع ما ليس عنده على منع الاستصناع، بأن معنى هذا الحديث مما اختلف فيه<sup>(٢)</sup>، وبعض العلماء يرجعون أمره إلى قاعدة أخرى يرجع إليها معناه برُمَّته، ألا وهي قاعدة منع الغرر، ذلك أن بيع المعدم ذاته مما سمحت به الشريعة عند الحاجة، فلا يكون داخلا في معنى النهي عن بيع ما ليس عنده؛ قال الإمام ابن تيمية: «والشريعة استقرت على أن ما يُحتاج إلى بيعه، يجوز بيعه، وإن كان معدوما»<sup>(٣)</sup>؛ فالشريعة على كلام ابن تيمية لا تمنع بيع المعدم لأجل أنه معدوم، لأنها أباحت بيع بعض ما هو معدوم؛ ولابن تيمية نص آخر في الموضوع، يمكن أن يكون أكثر تفصيلا فيه، قال: «فليس في كتاب الله ولا في سنة رسوله ﷺ، بل ولا عن أحد من الصحابة، أن يبيع المعدم لا يجوز، لا لفظ عام، ولا معنى عام؛ وإنما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي موجودة، بل الذي ثبت في الصحيح عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر، والغرر: ما لا يقدر على تسليمه، بل قد يحصل وقد لا يحصل،...، كما إذا باع ما يحمل هذا الحيوان، أو ما يحمل هذا البستان، فقد يحمل، وقد لا يحمل، وإذا حمل، فالحمول لا يُعرف قدره ولا وصفه؛...، بل الشارع صحح بيع المعدم في بعض المواضع، فإنه ثبت عنه من غير وجه أنه نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه، ونهى عن بيع الحب حتى يشتد،...، فبدل على أنه جوزه بعد ظهور الصلاح، أن يبيعه على البقاء إلى كمال الصلاح، وهذا مذهب جمهور العلماء،

(١) الاستصناع، لسعود بن مسعود الثبيتي، (٥٤)، وعقد الاستصناع، لأحمد شحادة العيايدة، (٣٤).

(٢) استعرض الدكتور علي محيي الدين القره داغي أقوال العلماء في معنى هذا الحديث، في كتابه: بحوث في فقه المعاملات

المالية المعاصرة، (٧١-٧٤).

(٣) مجموعة الفتاوى، لابن تيمية، (٢٧٨/٢٩).



كمالك والشافعي وأحمد وغيرهم<sup>(١)</sup>؛ إن هذا يعني أن المشكلة المانعة من بيع غير الموجود، تكمن في وجود الغرر فيه، فإذا انتفى الغرر، فلا مشكلة؛ ولأن عقد الاستصناع يكون منضبطاً بالوصف المانع من الجهالة والغرر، فإنه يخرج عما يمنع منه؛ فالاستصناع لا يدخل في النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده، لأنه مرتبط بموصوف في الذمة، وليس معدوماً من كل وجه، لأنه موجود في الذمة، وصفاً وتقديراً<sup>(٢)</sup>؛ وهذا قريب مما ذكره الحنفية، فهذا ابن نجيم يقول: «وحيث لزم جوازُه، علمنا أن الشارع اعتبر فيه المعدوم موجوداً، وهو كثير في الشرع<sup>(٣)</sup>؛ وهو تأصيل استفادته الحنفية من أصل جوازه رغم كونه معدوماً، وكذا استفادته من نظائر في الفقه، اعتبر الشرع فيها المعدوم في حكم الموجود<sup>(٤)</sup>؛ وفي تبيين الحقائق: «والمعدوم قد يُعتبر موجوداً حكماً للحاجة،... وقد تحققت الحاجة هنا،... وقد يجوز بيع المعدوم للحاجة<sup>(٥)</sup>».

**رابعاً:** أما استدلال من استدلل على منع الاستصناع بأنه من باب بيع الدين بالدين، وهو منهي عنه، فإن هذا الحديث ضعيف<sup>(٦)</sup>؛ لكن منع الاستلال به بسبب ضعفه لا يصلح للمناقشة، ذلك أن ضعفه جُبر بالإجماع على أن الدين بالدين ممنوع شرعاً، كما تقدّم نقله عن الإمام أحمد رضي الله عنه؛ مما يعني أن بيع الدين بالدين ممنوع إجماعاً؛ فيبقى أن الجواب الصحيح عائد إلى خطأ تنزيل الإجماع على صورة بعينها ودون غيرها من تلك الصور التي تندرج تحت بيع الدين بالدين، فصوره متعدّده، ولا ينبغي أن يُترّل هذا الإجماع على صورة منها دون غيرها إلا بدليل، والمطلوب في هذه الحالة سؤال الجمعين عن الصورة التي يقصدونها؛ إذن، فتزيل النهي عن بيع الدين بالدين المجمع عليه غير واضح الانطباق على العديد من صور التعامل، فقد ذُكر لبيع الكالئ بالكالئ صور عديدة، يمكن تفسير الحديث وكذا الإجماع على وفقها<sup>(٧)</sup>، وأكتفي بذكر الصورتين التاليتين:

**الصورة الأولى:** أنه نهي عن بيع يكون البدلان فيه نسيئة، ويكونان ناشئين معاً، أي ألا يكون أحد البدلين ديناً قديماً لأحدهما على الآخر، ليأخذ به، نسيئةً، البدل الآخر؛ وهذا معنى ما ذكره المالكية بقولهم: «وحيثيته: بيع شيء في ذمة بشيء في ذمة أخرى غير سابق تقرّر أحدهما على الآخر، وهو معنى قولهم: ابتداء

(١) مجموعة الفتاوى، لابن تيمية، (٣١٠-٣٠٩/٢٠).

(٢) بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، لعلي محيي الدين القره داغي، (٨٣).

(٣) البحر الرائق، لابن نجيم، (١٨٦/٦).

(٤) قال ابن نجيم في البحر الرائق، (١٨٤/٦): «وهو كثير في الشرع، كطهارة صاحب العذر، وتسمية الذابح إذا

نسيها،... وقراءة المأموم»، ويُنظر: تبيين الحقائق، للزيلعي، (٥٢٧/٤).

(٥) تبيين الحقائق، للزيلعي، (٥٢٧/٤).

(٦) يُنظر تفصيل القول فيه: (٢٢٣)، من هذا البحث.

(٧) ذكر الدكتور نزيه حمّاد صوراً خمساً لبيع الكالئ بالكالئ، وذلك في بحثه: بيع الكالئ بالكالئ، (٢٣-١٤).

الدَّيْنِ بِالَّذِينَ»<sup>(١)</sup>، ومثاله: أن يشتري أحدهما من الآخر سلعة، ويكون الثمن والسلعة معا نسيئة، فلا يتم تقابض أيٍّ منهما في مجلس العقد؛ الصورة الثانية: هي «أن يشتري الرجل شيئاً إلى أجل، فإذا حلَّ الأجل لم يجد ما يقضي به، فيقول: بعنيه إلى أجل آخر، بزيادة شيء، فيبيعه منه، ولا يجري بينهما تقابض، يقال: كالأدَّين كُلوءاً، فهو كالمئ، إذا تأخَّر»<sup>(٢)</sup>؛ وهي تشبه ما يسميه المالكية: فسخ الدَّين في الدَّين<sup>(٣)</sup>.

وتقدّم نقل الإجماع على عدم جواز بيع الدَّين بالدَّين، وكفاها أن ناقلها الإمام أحمد رضي الله عنه<sup>(٤)</sup>، لكن هذا شيء، وتزليل ما أُجمع عليه على صورة دون غيرها، شيء آخر؛ وأذكرها هنا مثلاً لتعاملٍ وُصف بأنه من باب الدَّين بالدَّين، فهو ممنوع عند من وصفه بهذا الوصف، غير أن من سواه لم يصفوه به، فهو عندهم غير ممنوع، ليتبين أن مسألة الإجماع هنا برُمَّتْها لا تعدو أن تكون تزيلاً للإجماع المتفق عليه، على صور تختلف الأنظار فيها..

المسألة هنا هي ما ذكره ابن قدامة من عدم جواز الاضطراب في الذمّة، بأن يكون لأحدهما على الآخر دنائير، ويكون للآخر على الأول دراهم، فاضطربا بما في ذمتهما، فقد حكى ابن قدامة منع جوازه عن الشافعي وأحمد رضي الله عنهما، ونقل عن مالك وأبي حنيفة رضي الله عنهما القول بجوازه، قال ابن قدامة مستدلاً على المنع: «ولنا أنه بيع دَينٍ بدَينٍ، ولا يجوز ذلك بالإجماع»<sup>(٥)</sup>، ثم ذكر ابن قدامة قول الإمام أحمد المذكور في فقرة سابقة.

إن ابن قدامة نزل الإجماع الصحيح بمنع بيع الدَّين بالدَّين، على مسألة خلافية ظاهرة الخلاف، فكيف تكون هذه المسألة الخلافية محلَّ إجماع مع ذلك الخلاف؟ الإجماع الواقع إنما هو على منع بيع الدَّين بالدَّين، أما صورة ما من صورته، فهي التي تبحث لنفسها عن مظلة تحت ذلك الإجماع؛ ثم إن تقي الدين السبكي ذكر أن الإجماع على منع بيع الدَّين بالدَّين، لا يمكن التمسك به، لعدم توارده على محلٍّ واحد<sup>(٦)</sup>، رغم ما سأنقله عنه بعد قليل من تزييل الإجماع على صورة دون غيرها؛ إن هذا كله يمنع التمسك بمثل هذا الإجماع، إلا على اعتباره مثل الحمل الذي يحتاج إلى بيان.

(١) التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف المواق، بهامش مواهب الجليل، لخطاب، (٢٣٢/٦).

(٢) النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير، (١٩٤/٤).

(٣) في فسخ الدين في الدين عند المالكية يُنظر: التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف المواق، بهامش مواهب

الجليل، لخطاب، (٢٣٢/٦).

(٤) قال تقي الدين السبكي في تكملة المجموع، (١٠٦/١٠): «وناهيك بنقل أحمد الإجماع».

(٥) المغني، لابن قدامة، (١٧٢/٤).

(٦) المجموع، تكملة تقي الدين السبكي، (١٠٦/١٠).

أريد أن أقول: إن الإجماع وقع فعلا على منع بيع الدّين بالدّين، غير أن تنزيل هذا الإجماع على صورة من الصور، هو ما يحتاج إلى دليل لإدخاله في بيع الدّين بالدّين الممنوع شرعا، فلا تصحّ دعوى الإجماع إذن على منع ما تقع تحته صورة الاستصناع، بحجة أنه بيع دّين بدّين، أي بحجة أنه صورة بيع الدّين بالدّين؛ خاصّةً أنه نُقل أن ثمة صورة وُصفت بأنها هي التي وقع الإجماع على دخولها دون غيرها في النهي عن بيع الدّين بالدّين، نقلها تقي الدين السبكي في تكملته لمجموع النووي؛ قال الإمام السبكي: «هو أن يكون للرجل على الرجل دّين، فيجعل عليه في دّين آخر، يخالف له في الصفة أو القدر، فهذا هو الذي وقع الإجماع على امتناعه، وهو في الحقيقة بيع دّين بما يصير به دّينا»<sup>(١)</sup>، وهذا في الحقيقة منطبق على الصورة الثانية من صور بيع الدّين بالدّين، وهي المذكورة قبل فقرات.

ولعلّ المتأمل في الصورة الأولى، يراها بعيدة عن النهي، فليس فيها من معاني النهي الشرعية شيء، فهي معاملة تبدّلين هما في الدّمة، وليس من دليل على منعها إلا الإجماع المتنازع في صورته، فالاستدلال به على منعها، استدلال بالشيء على ذاته، أي الاستدلال بالإجماع على أن معناه كذا وكذا، وهو ما يحتاج إلى دليل، لأن الحاجة هنا تقتضي السؤال عن معنى الدّين بالدّين، ولا إجماع على معناه، فلم النهي إذن، وهو لا يدخل في المنهيات؟

لذا، فالصورة الثانية هي الأقرب أن يقال إن الإجماع ينطبق عليها، وقد نقله السبكي مخصّصا إياها بذلك الإجماع، ذلك أن فيها زيادة فيما هو في إحدى الدّتين في مقابل التأجيل، وهو مفهوم النسيئة المنهي عنه شرعا.

### الفرع السادس: القول الراجح

تبين من المناقشة أن المنع من الاستصناع لا يستند على أدلّة تكفي له، ورغم أن الأدلّة المبيحة له أيضا محلّ نقاش قد مضى ذكره، إلا أنه نقاش لا يُخرجه إلى حدّ المنع، فلا بد من العودة بالمسألة إلى أصولها، والتي من أهمها: رفع الحرج في الشريعة، واستجابة الشرع لحاجات الناس، وكون الأصل في العقود الإباحة، ما لم يرد دليل المنع، على ما تقرّر في أثناء هذا البحث<sup>(٢)</sup>.

وحول المناقشة المتقدّمة، فلقد رأيتُ بعض فقهاء العصر، كالدكتور نزيه حمّاد، وهو ممن مالوا إلى منع الصورة الأولى من صور بيع الدّين بالدّين، والمذكورة سابقا، والتي يدخل فيها الاستصناع لا محالة؛ كما يظهر

---

(١) المجموع، تكملة تقي الدين السبكي، (١٠٦/١٠)؛ هذا، وقال الدكتور رفيق يونس المصري في الجامع في أصول الربا،

(٣٤٤): «لكنّ إجماعهم لم يقع على معناه»، وفي كلام السبكي ردّ عليه.

(٢) يُنظر: (٧٦-٧٧)، وما بعدها من هذا البحث.

من سياق عرضه لها، إذ لم يتعقّبها بشيء يثير في وجهها شكًا ما<sup>(١)</sup>؛ رأيتها رغم ميله المشار إليه أوردَ تساؤلا مفاده: هل يمكن لبيع الكالئ بالكالئ، أي على حسب الصورة الأولى الممنوعة في رأيه، أن يكون محلّ ضرورة حتى يُحكم بإباحته، أي لأجل تلك الضرورة؟ فذكر عن تلك الصورة ودون غيرها، أن بيع الكالئ بالكالئ حسبها<sup>(٢)</sup> يعتبر في أيامنا الحاضرة من الحاجة الخاصّة لطائفة التجار وأهل الصناعة، لضمان تصريف بضائعهم، ولتأمين الموادّ الأولية لصناعاتهم بسعر معلوم قبل وقت كافٍ؛ وطائفة المقاولين في عقود الاستصناع، لتعذر إقامتها على غير تلك الصورة؛ وعلى ذلك، فلا يكون هناك مانع شرعي من القول بإباحته، استثناءً، لداعي الحاجة الخاصّة<sup>(٣)</sup>.

إن الدكتور نزيه حمّاد، أدخل الصورة المذكورة في المنع، أتباعا منه لمذاهب كثير من العلماء، ثمّ كرّر على المنع بالإباحة تحت وطأة الحاجة! وأقول: إن إباحتها للحاجة رغم الدليل الموهّم للمنع، سيكون ذا اعتبار، عندما يثبت دليل المنع؛ وقد مضى ما فيه!

أريد من كلامي هذا أن أضيف إلى أدلّة ترجيح القول بجواز الاستصناع، كونه حاجة لا بد منها للتطور الاقتصادي، أدّت ببعض مانعيه إلى إباحته لأجل تلك الحاجة، رغم إدخالهم أصل معناه في صور النهي عن بيع الدّين بالدّين؛ هذا عندما يثبت أنه داخل في المنع الشرعي، أما وقد تبين أنه لم يثبت، فليس من حاجة إلى اللجوء إلى تلك الحاجة، لأن الاستصناع لما لم يجد مانعا من النصوص أو الأصول والقواعد، فهو مباح.

ومع ذلك، فثمة دليل نصّ في إباحة بيع الدّين بالدّين حسب تلك الصورة<sup>(٤)</sup>، وورد في قصة جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، حينما باع جملة لرسول الله ﷺ، قال جابر: فاستنيت حُمْلانَه إلى أهلي، فلما قدمنا أتيتُه بالجمَل، ونقدني ثمنه ثم انصرفْتُ، فأرسل على إثري، قال: (ما كنتُ لآخذُ جمَلَك، فخذُ جمَلك ذلك، فهو مالُك)<sup>(٥)</sup>؛ ومعنى: فاستنيت حُمْلانَه إلى أهلي: استنيت الحمل عليه حتى أصل إلى أهلي<sup>(٦)</sup>، وهو ما يعني أنه أبقى الجمَل معه، فلم يأخذهُ الرسول ﷺ، وفي المقابل، لم يدفع رسول الله ﷺ ثمنه لجابر ﷺ؛ وفيه نصّ أن دفع

(١) يُنظر: عرض الدكتور نزيه حمّاد للصورة المذكور أعلاه، وذلك في بحثه: بيع الكالئ بالكالئ، (١٤-١٩).

(٢) بيع الكالئ بالكالئ في الفقه الإسلامي، لتزيه حمّاد، (٢٩).

(٣) تقدّم ذكر هذا الدليل في معرض الاستدلال لأصل إباحة العقود والشروط؛ وفي الحقيقة لم أنتبه إلى هذا الدليل إلا من الدراسة التي قدّمها الباحث خالد محمد تربان بعنوان: بيع الدّين، (٦٥)، ونال بها درجة الماجستير من الجامعة الإسلامية بغزة. وقد مال الدكتور رفيق يونس المصري في كتابه: الجامع في أصول الربا، (٣٤٤-٣٤٦)، إلى جواز تأجيل البدلين: المبيع والتمن، مستندا فيما استند عليه على أنه بيع بين صنفين غير ربويين، غير أنه لم يذكر قصة جابر.

(٤) سبق ذكر الحديث مع تخريجه في (٩٨)، من هذا البحث.

(٥) نيل الأوطار، للشوكاني، (١٠/١٢٢).

الثلث وأخذ السلعة، كان كلاهما مؤجلاً، فهما قد حصلتا حينما قدما المدينة؛ وهو ما يعني أخيراً: أنه بيع في الذمة من جهة السلعة والثلث معاً، وهو موطن الشاهد.

وأخيراً، فهل للمتأمل أن يقول: إن النصوص المبيحة لبيع السلم، لا تتضمن الإلزام بدفع الثمن في مجلس العقد، وإنما كل ما فيها: ضبط المبيع بأوصاف مانعة للجهالة والغرر، وتحديد الأجل؟ ذلك أن العلماء أجمعوا على اشتراط وصفه بما يُضبط به<sup>(١)</sup>.

وهذا يقضي بالعودة إلى حديث السلم المذكور فيما مضى، وهو قوله ﷺ: (من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)<sup>(٢)</sup>، هكذا إذن هو النص النبوي، وسائر الروايات لا تخرج عن هذا النص، وليس فيه أنه لا يصح أن يكون مقابل المبيع المؤجل ثمن مؤجل، بل فيه أنه إذا أسلف في مبيع مؤجل، أي دفع له ثمن في مجلس العقد، فليكن المبيع مضبوطاً بالكيل المعلوم والوزن المعلوم والأجل المعلوم، فكيف يكون الاستدلال بهذا الحديث على منع أن يكون البدلان مؤجلين؟ وكون معنى السلم والسلف على ما قال النووي: «سُمي سلماً لتسليم رأس المال في المجلس، وسُمي سلفاً، لتقديم رأس المال»<sup>(٣)</sup>، كون معناه هو هذا، فهذا لا يعني أن سواه من صور البيع المؤجل البدلين لا يجوز؛ كل ما فيه أنه إذا حصلت هذه الصورة، فلا بد من انضباطها بما ذكره رسول الله ﷺ، دونما منع من صورة أخرى، إذا وقع فيها الانضباط المذكور؛ إن هذا كله يعود على تزليل منع الدين بالدين على صورة البيع المؤجل البدلين بنقدها من أصلها. يمنع كونها التفسير الصحيح للنهي عن بيع الدين بالدين، فلا تعود دليلاً يُستند عليه في مسائل الحياة؛ إنه يتمتع التأجيل في البدلين في حالة ما إذا كانا غير مضبوطين ضبطاً يمنع الغرر والجهالة، وفيما إذا كانا ربويين.

لقد تبين أن أهم دليلين على منع الاستصناع هما: منع بيع الدين بالدين، ومنع أن يبيع الإنسان ما ليس عنده، وقد مضى ما في الاستدلال بهما.

إنه يبقى أن الاستصناع جائز، لأصول هامة:

**الأول:** وقوعه من عهد الرسول ﷺ إلى ما بعده من أيام الناس؛ **والثاني:** ليس ثمة مانع شرعي منه؛ **والثالث:** ما قيل إنه مانع، لم يصلح للمنع، على ما تقدمت مناقشته؛ **والرابع:** اعتبار الشرع للحاجة ورفع الحرج.

(١) نقل هذا الإجماع: الملاء علي القاري في كتابه: مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، (١٠٤/٦).

(٢) تقدم تخريجه في (٢١١)، من هذا البحث.

(٣) شرح النووي على مسلم، (١١٩/٦).

## الفرع السابع: التكييف الفقهي لعقد الاستصناع

هل الاستصناع عقدٌ أم وعدٌ؟ وإذا كان عقداً، فهل هو بيعٌ أم إجارة؟ أم هو عقدٌ آخر تماماً، ليس له من شأن هذه العقود المذكورة، فلا يلزمه منها إلا شروط وضوابط العقود المعروفة عموماً في الفقه الإسلامي؟  
ثمّة اتجاه في الفقه الحنفي يرى الاستصناع وعداً، وليس عقداً؛ يقول أصحاب هذا الاتجاه: إنما ينعقد بالتعاطي عند الفراغ<sup>(١)</sup>، وهذا الرأي في الحقيقة لا يعطي التعامل ضماناتٍ من جهة الإلزام، وهو شأن بعيد عن الفقه الإسلامي، ومع ذلك، فيمكن هنا افتراض أن هذا الاتجاه هو الصواب فقهيًا، فإن كان هو الصواب، فلا يضير المسألة في شيء، إذ تقدّم في التمهيد ترجيح لزوم الوعد إذا نشأ عنه التزام، أو إذا كان الإخلال به يؤدّي إلى الإضرار؛ أو تلك الوعود التي جاءت في سياق عقد من العقود، فهي تأخذ معنى العقد؛ أو ما يكون من الوعود مؤدياً إلى كلفة لولا الوعد ما كانت<sup>(٢)</sup>.

إن هذا هو شأن الاستصناع على القول إنه وعد، فقد نشأ عنه التزام من الصانع بصناعة شيء ما، وكذلك يؤدّي الإخلال به إلى الإضرار بالواعد، وهو الصانع هنا، إذ سيتصرّف في مادّة الصنع تقطيعاً وتغييراً، بحيث يؤدّي عدم لزوم مثل هذا الوعد إلى ضرر كبير به؛ والاستصناع آتٍ أيضاً في سياق عقد، بمعنى التقاء إرادتين على أمر ما؛ وكذلك فهو ذو كلفة تقع على الصانع، لا يمكن أن يبرّر عدم اللزوم على المستصنع بما اتفقا عليه.

ومع كل ما مضى من القول بلزوم الوعد، ومع تزييله على القول بأن الاستصناع وعد وليس عقداً؛ مع كل ذلك، فالقول إنه وعدٌ ليس هو المعبر عن الاتجاه المعتمد في الفقه الحنفي، لأن الصواب عند الحنفية أن الاستصناع عقدٌ..

فقد صحّح الكاساني قول من قال: هو بيعٌ فيه الخيار للمشتري<sup>(٣)</sup>، أي هو عقد بيع، لا يلغي خيار المشتري، حتى بعد أن يفرغ الصانع من الصنع؛ وذكر الكاساني أن من قالوا هذا القول اختلفوا، وأن منهم من رأى أنه عقد على مبيع في الذمة؛ وأن منهم من قال: إنه عقد على مبيع في الذمة شرطاً فيه العمل، وهو ما صحّحه الكاساني<sup>(٤)</sup>، ثم قال مدللاً على ما صحّحه: «لأن الاستصناع طلبُ الصنع، فما لم يُشترط فيه العمل،

---

(١) من أصحاب هذا القول من علماء الحنفية: الحاكم الشهيد، والصفار، ومحمد بن سلمة؛ يُنظر: البحر الرائق، لابن

نجيم، (١٨٥/٦).

(٢) يُنظر: (٢٦-٤٧)، من هذا البحث.

(٣) بدائع الصنائع، للكاساني، (٩٥/٦).

(٤) بدائع الصنائع، للكاساني، (٩٥/٦).

لا يكون استصناعا، فكان مأخذ الاسم دليلا عليه؛ ولأن المبيع في الذمة يُسمّى سلّما، وهذا العقد يُسمى استصناعا، واختلاف الأسماء دليل اختلاف المعاني في الأصل<sup>(١)</sup>؛ وهذا تقرير حسن من الكاساني، فإن للأسماء دلالة على المعاني، ولا يُسمّى شيء ما باسمٍ دون أن يكون للاسم صلة بمعناه، إلا إذا كانت التسمية عبثا، وهو ما لا يصلح نسبة أئمة الفقه إليه.

على كل حال، فإن التعامل في المعاوضات تعامل عقدي، والعقود ملزمة، للأمر القرآني بالوفاء بالعقود، والاستصناع على هذه الشاكلة.

### الفرع الثامن: شروط الاستصناع عند الحنفية

شروط الاستصناع عند الحنفية ثلاثة<sup>(٢)</sup>: الأول: بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته، وهذا الشرط فيما يبدو لي لأجل منع الجهالة المؤدية إلى التزاع؛ والثاني: جريان العرف في التعامل به، لأنه من باب بيع المعدوم الممنوع منه قياسا، غير أنه بالعرف عندهم يترك القياس؛ قال ابن نجيم الحنفي: «وفيما لا تعامل فيه، رجعنا فيه إلى القياس»<sup>(٣)</sup>؛ والثالث: اشترط أبو حنيفة رضي الله عنه ألا يكون له أجل، إذ لو كان له أجل، لكان سلّما، غير أن الصاحبين لم يريا هذا الرأي، بل رأيا أنه سواء أُحدّد الأجل أم لم يُحدّد، فليس تحديد الأجل بمخرج له عن كونه استصناعا صحيحا؛ إلا ما لا يجوز فيه الاستصناع، فهو ينقلب سلّما عندهم أجمعين، فتعتبر شروط السلّم<sup>(٤)</sup>؛ وهو ما يعني أنه إذا فسد استصناعا، فقد يصير سلّما، فإذا صار سلّما، فلا بد من شروط السلّم ليقع سلّما صحيحا مشروعاً.

ولا يُشترط في الاستصناع عندهم دفع الثمن أو شيء منه عند التعاقد، فلو لم يدفع شيئا، لجاز أيضا<sup>(٥)</sup>؛ وهم بهذا يجعلون الاستصناع مفارقا للسلّم، الذي يجب فيه إقباض الثمن في مجلس العقد.

إن عدم اشتراط دفع الثمن في مجلس العقد، هو ما فتح به الحنفية لمن بعدهم باب إباحة عقد المقاولات الآتي بعد عصورهم القديمة بقرون.

(١) بدائع الصنائع، للكاساني، (٩٥/٦-٩٦).

(٢) بدائع الصنائع، (٩٧/٦)، وذكرها قدرى باشا في مرشد الحيران في الموادّ (٤٦٤-٤٦٥، ٤٦٨-٤٦٩)؛ (٧٤-٧٥).

(٣) البحر الرائق، لابن نجيم، (١٨٥/٦).

(٤) بدائع الصنائع، (٩٧/٦)، حاشية ابن عابدين، (٢٢٣/٥-٢٢٤)، ومرشد الحيران، لقدري باشا، المادة (٤٦٦)، (٧٤).

(٥) قال ابن الهمام في فتح القدير، (١٠٧/٧): «ويُعطي الثمن المسمّى، أو لا يعطي شيئا، فيعقد الآخر معه: جاز

استحسانا»؛ وقال الباريقي في العناية، (٣١/٤): «ويُسلم إليه جميع الدراهم أو بعضها، أو لا يُسلم»؛ ويُنظر في المعنى نفسه

أيضا: البحر الرائق، لابن نجيم، (١٨٥/٦).

## الفرع التاسع: مدى لزوم الاستصناع عند الحنفية

اللزوم المبحوث ها هنا ينقسم إلى قسمين: الأول: لزوم عقد الاستصناع ساعة الفراغ من العمل؛ والثاني: لزومه ساعة الانعقاد<sup>(١)</sup>.

أما القسم الأول: فإن عقد الاستصناع في الصحيح عند الحنفية عقد غير لازم لأحد طرفيه قبل رؤية المصنوع، فإذا رآه المستصنع، سقط خيار الصانع، وبقي للمستصنع الخيار<sup>(٢)</sup>؛ لكن أبا يوسف رأى أنه لا خيار للمستصنع أيضا، لأن في إثبات الخيار له إضرار بالصانع، فلربما لا يشتريه غيره. يمثل ما تعاقد عليه من ثمن<sup>(٣)</sup>، ونقل السرخسي أن هذا الرأي من أبي يوسف جاء استحسانا «لدفْع الضرر عن الصانع»<sup>(٤)</sup>؛ وهذا منه نظرٌ بعيد إلى ضوابط الشرع وتوجيهاته، المراعية لسلامة التعاقد بنفي الضرر.

إن قول أبي يوسف في لزوم عقد الاستصناع لطرفي العقد، هو الموافق لما أثبتته البحث في فصله التمهيدي من أن الوعد ملزم؛ وهو الموافق كذلك لمقتضى العقود في الفقه الإسلامي، وللقواعد العامة في الشريعة، تلك التي تنفي الضرر والضرار، وترعى مصالح أطراف العقد جميعا، وتوجب الوفاء بالعقود<sup>(٥)</sup>؛ وبهذا القول أخذت مجلة الأحكام<sup>(٦)</sup>، وكذا أخذ به جماعة من فقهاء العصر، منهم الأستاذ الزرقا<sup>(٧)</sup>.

وأما القسم الثاني: فمن الظاهر أن أئمة المذهب لا يقولون بلزوم العقد ساعة الانعقاد، وهذا يُفهم بسهولة أثناء استعراض القسم الأول، فالذي يقول بعدم لزوم الاستصناع بعد الانتهاء من الصنعة، يلزمه القول بعدم لزومه أيضا ساعة الانعقاد، إذ هو أولى بعدم اللزوم.

ومع ذلك، فمجلة الأحكام العدلية، وهي تستند على أصول المذهب الحنفي، أخذت برأي أبي يوسف في لزوم الاستصناع بعد انتهاء الصناعة، ثم إنهما لم تكنفِ بذلك، بل زادت عليه بأن جعلت العقد ملزما من لحظة انعقاده، ولو لم يكن المستصنع مصنوعا؛ كما نصّت المادة ٣٩٢ منها: «إذا انعقد الاستصناع، فليس

---

(١) وإنما ذكرتُ ترتيبها على هذه الشاكلة، لأن بحث القسم الثاني وإقراره جاء متأخرا لقرون عديدة، أما بحث القسم الأول فكان في أول الأمر، أيام أئمة المذهب الحنفي؛ وإلا، فالترتيب المنطقي يقضي بضرورة جعل الثاني أولا، والأول ثانيا.

(٢) يُنظر: حاشية ابن عابدين، (٥/٢٢٤).

(٣) الهداية، للمرغيناني، (٣/١٠٣٠)، والعناية، للبايزي، (٤/٣٣).

(٤) المبسوط، للسرخسي، (١٢/١٣٩).

(٥) بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، لعلي محيي الدين القره داغي، (١٤٩).

(٦) مجلة الأحكام العدلية، م ٣٩٢، (١٥٥-١٥٦).

(٧) حسب سياق كلامه في بحثه: عقد الاستصناع ومدى أهميته، (٢٦-٢٧)، ومنهم الدكتور رفيق المصري في كتابه

الجامع في أصول الربا، (٣٧٨)، والدكتور علي القره داغي في كتابه بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، (١٤٩).



لأحد العاقدين الرجوع؛ وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة، كان المستصنع مخيراً<sup>(١)</sup>؛ إن المجلة ها هنا، «أخذت نظرية أبي يوسف أساساً، وتوسّعت فيها بالتعديل في بعض نواحيها، بحسب المصلحة الزمنية»<sup>(٢)</sup>، على رأي العلامة الزرقا، الذي يذكر أيضاً أن واضعي المجلة لحظوا تطوّر الصناعة والاستصناع في عصرهم، فرأوا المصلحة تقتضي توجيههم هذا، ولو لم يقل به علماء المذهب قديماً، لأنهم لو كانوا شاهدين لتطور المذكور، لما تردّدوا في تقرير عدم خيار الرؤية، واعتبار العقد ملزماً لطرفيه منذ انعقاده<sup>(٣)</sup>؛ وهذا الرأي هو الاتجاه المعمول به في المعاملات الحديثة، وهو ما يصلح لاستقرار المعاملات، وكذا لاجتناب المنازعات<sup>(٤)</sup>.

والذي يظهر لي أن الأليق بمعنى العقد في الفقه، والذي هو سبب من أسباب الالتزام، هو القول بلزوم عقد الاستصناع ساعة انعقاده؛ فقد تقدّم في المبحث الثاني من الفصل التمهيدي ترجيح لزوم الوعد إذا نشأ عنه التزام، والاتفاق على الاستصناع نشأ عنه التزام، هو ما لزم الصانع من صناعة المتفق عليه؛ وكذا ترجّح لزوم الوعد حينما يكون سبباً لكلفة ما يتكلّفها الموعود له؛ وها هنا تكلف الصانع التصرف في مادّة العمل، تكلفاً يلزمه منه كلفة مادية، فلا بد أن يكون الوعد لازماً لها هنا؛ وكذا تبين أنه يلزم الوعد، حينما يكون آتياً في سياق عقد من العقود؛ ولقد رجح أن الاستصناع عقد، وهو الصحيح عند الحنفية الذين يجيزونه، فيلزم عقد الاستصناع بناء على هذا ساعة الانعقاد؛ إن الذي فعلته مجلة الأحكام يُعتبر تطويراً لعقد الاستصناع، وإن ملاحظة العلامة الزرقا لضرورة ذلك التطوير، يدفع بحثي هذا إلى إضافة أخرى في التطوير، أذكرها فيما يلي:

### الفرع العاشر: تطوير عقد الاستصناع لاستيعاب صور المقابلة

وأعني بتطوير عقد الاستصناع، البلوغ به شأواً يتضمّن صور عقد المقابلة الثلاثة الآتي ذكرها<sup>(٥)</sup>، ليكون الاستصناع ذاته، هو المقابلة بصورها جميعاً؛ فإذا كان الحنفية قد صادفوا واقعا تكون فيه مادّة العمل من الصانع، ويقوم هو بتصنيعها على وفق طلب المستصنع، فجعلوا تلك الصورة عقداً، سمّوه استصناعاً؛ وإذا كانت هذه الحالة معبّرة عن عرف، كان بالإمكان أن يتضمن الصورة الأخرى لو كانت موجودة أو شائعة، وهي تقديم صاحب العمل المادّة، وتقديم الصانع العمل؛ وإذا كان ما منع إقرار هذه الصورة في المذهب الحنفي إنما هو عدم جريان العرف بما أيام تأصيل القول بالاستصناع، وإذا كان الفقه الحنفي ينظر في جريان العرف،

(١) المدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقا، (١/٤٥٧)، ويُنظر في المعنى ذاته: عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، لمصطفى أحمد الزرقا، (٢٥).

(٢) عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، لمصطفى الزرقا، (٢٦-٢٦).

(٣) يُنظر: الجامع في أصول الربا، لرفيق يونس المصري، (٣٧٩).

(٤) وذلك في المطلب التالي، والصور الثلاث هي: الأولى: أن يكون العمل ومادّته من المقاول؛ الثانية: أن تكون المادّة من

رب العمل والعمل من المقاول؛ الثالثة: أن يكون العمل من مقاول آخر يتفق معه الأول، يسميه القانون: المقاول من الباطن.

ومساره الذي يسير فيه، لئيشئ ما يحتاج الناس إليه من العقود، على حسب ما يسمح به الشرع الشريف؛ إذا كان كل ذلك على ما جرى بيانه، وإذا أضيف إليه أنه جرى في عرف العصر الحاضر تخييراً في من عليه إحضار مادة العمل؟ هل هو الصانع أم صاحب العمل؟ مع اعتبار جريان العرف في الفقه الحنفي، الذي قرر عقد الاستصناع على الصورة المعروفة لجريان العرف بها؛ ما دام الأمر على وفق كل ما تقدّم، فلا ضير في تقديري أن يتطوّر عقد الاستصناع ذاته، ليشمل صور عقد المقاولة، والتي منها تقديم الصانع، أو المقاول، مادة العمل، وذلك لتكون المقاولة هي ذاتها الاستصناع، وتُحكم بأحكامه.

إن الفقه الإسلامي عموماً، والفقه الحنفي خصوصاً، لا يأبى مثل هذا التطوير وذلك الإلحاق؛ وإن هذه الصورة لو كانت موجودة في عصر أئمة المذهب قديماً، لقالوا بجوازها، لأنها تخلو من موانع هذا الجواز، من غرر أو غبن أو ربا، وما إلى ذلك من موانع جواز العقود؛ فليس ثمة فارق في الحقيقة بين اشتراط تقديم الصانع لمادة العمل، وبين تقديم المستصنع لها، حتى يكون العقد استصناعاً صحيحاً، إذ الاستصناع آتٍ من معنى طلب الصنع لغة، وإنما قيّد بتقديم المادة من قبل الصانع، لجريان العرف، لا لأجل نصّ خاص في الموضوع.

لكن قد يرد هنا قول الكاساني: «فإن سلّم إلى حدّاد حديدا ليعمل له إناء معلوما بأجر معلوم؛ أو جلدا إلى خفاف ليعمل له خفا معلوما بأجر معلوم، فذلك جائز لا خيار فيه، لأن هذا ليس باستصناع، بل هو استئجار، فكان جائزاً؛ فإن عمل كما أمر استحقّ الأجر، وإن أفسدَ فله أن يضمّنه حديدا مثله، لأنه لما أفسده، فكانه أخذ حديدا له، واتخذ منه آنية من غير إذنه، والإناء للصانع، لأن المضمونات تُملك بالضمن»<sup>(١)</sup>.

فيلزم من كلام الكاساني ها هنا نفي ذلك التطوير الذي اقترحه، ذلك أنه يجعل صورة تسليم المستصنع لمادة العمل استئجاراً، فحكمها حكم الإجارة، لا حكم الاستصناع؛ إنني هنا أرجع إلى كلام الكاساني نفسه من جهتين: الجهة الأولى: أن الاستصناع، على حسب ما ذكره نفسه فما نقلته عنه: ما هو إلا عقد يشتمل على معنى عقدين معاً، هما: السلم والإجارة<sup>(٢)</sup>؛ لكنّ الإجارة هنا موجودة، أما السلم فهو غير موجود، وهو ما يدعو إلى ذكر الجهة الثانية: وهي ما ذكره الكاساني أيضاً، أن «الاستصناع طلبُ الصنع،... فكان مأخوذ الاسم دليلاً عليه؛... واختلاف الأسماء دليل اختلاف المعاني في الأصل»<sup>(٣)</sup>.

وهل يمنع الشرع إطلاق تسمية لها مناسبة من حيث مأخذها على عقد ما؟ الجواب: لا يمنع الشرع ذلك، وكلام الكاساني هنا هو الذي يُضفي على ما ذكرتُ بعداً في الفقه الإسلامي، الذي يرى أن مأخذ الاسم له

(١) بدائع الصنائع، للكاساني، (١٠٠/٦).

(٢) بدائع الصنائع، للكاساني، (٩٧/٦).

(٣) بدائع الصنائع، للكاساني، (٩٥-٩٦/٦).

صلة بالمسمى، وأن اختلاف الأسماء دليل على اختلاف المعاني؛ خاصةً أن الصورة المطروحة هنا للتطوير، لا تخرج إطلاقاً عن الفقه الإسلامي، وإنما سُمّت عقد الإجارة في حال تقديم ربّ العمل مادّة العمل، استصناعاً، أخذاً من تسمية الاستصناع ذاتها، التي تعني: طلب الصنع، فكان طلب الصنع في هذه الصورة، آتياً من جهة صورة الاستئجار المذكورة؛ غاية ما في الأمر أن الحنفية يسمّون حالة تقديم ربّ العمل مادّة العمل: استئجاراً؛ والتطوير المقترح يُلحقها بالاستصناع، الذي يشتمل ذاته على الاستئجار، لأن فكرة التطوير هنا، تأخذ تسمية العقد من جهة معناه.

ثم إن مجلة الأحكام العدلية، التي تأخذ فقهاها في الأصل من المقرّر الراجح في فقه الحنفية، قد خرجت على هذا الفقه برؤيته في بعض المسائل، دون أن يلحقها بهذا الخروج حرج، وفيما يتعلق بالاستصناع تحديداً، فإنها أخذت بلزوم عقد الاستصناع ساعة انعقاده، وذلك في مادّتها (٣٩٢)، دون أن تلتزم بقول إمام المذهب في عدم لزومه للمستصنع أصلاً، فله عنده الخيار إذا رآه، حتى لو كان على ما اتفقا عليه؛ وخروجاً كذلك على رأي القاضي أبي يوسف، الذي يرى لزوم عقد الاستصناع بعد صناعة ما اتفقا عليه، أي ليس بمجرد الانعقاد.

إن لزوم عقد الاستصناع ساعة انعقاده، هو من تطورات مجلة الأحكام لعقد الاستصناع، إذ رأت تطوّر الصناعة في عصر إعدادها، بحيث لا بدّ من هذا الإلزام وبدونه يقع ضرر كبير<sup>(١)</sup>.

أما التطوير الذي أقرّحه، فيه يشمل عقد الاستصناع ذاته عقدَ المقاولة، ليكون هذا التطوير مبيناً لكثير من أحكام عقد المقاولة؛ كل ما هنالك أنه لا بد من انضباط الاستصناع، أعني حالة تطويره ليشمل المقاولة، بضوابط العقود في الفقه الإسلامي، من منع الغرر الفاحش، ومنع الربا، ومنع الغشّ، ومنع الجهالة، حتى تنضبط الأوصاف، ويمتنع التنازع؛ إن تطوّر الحياة الاقتصادية تجعل بعض تقييدات لعقد الاستصناع مجافية لحاجة الناس التي تأسّست عليها إباحة عقد الاستصناع برؤيته عندهم، حتى امتنع حسب تلك التقييدات اعتبار المقاولة بصورها الثلاث استصناعاً؛ فافتضى الأمر، واستجابة لحاجة الناس التي يراعيها الشرع، وراعتها مسألة إباحة الاستصناع ذاته عند الحنفية، إمكان اعتبار المقاولة استصناعاً، بتجاوز تقييدات الحنفية التي كانت مستحجية أيام اعتبارها على عرف تغير في عصرنا تغيراً كبيراً.

---

(١) أثنى العلامة الزرقا على واضعي المجلة بما ذهبوا إليه من لزوم عقد الاستصناع لطرفيه بمجرد انعقاده، وذكر أن علماء المذهب لو شاهدوا تطوّر الاستصناع، ومدخله في حاجات الناس، وما يلحق الصانع من الضرر العظيم بخيار الرؤية للمستصنع، لما تردّدوا في تقرير عدم خيار الرؤية؛ يُنظر: عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، للعلامة الزرقا، (٢٦-٢٧)؛ وبعد أن تحدّث عن تطوّرات المال والاقتصاد في عصره قال: «في ظروف كهذه اليوم، يجب أن يطمئن كل متعامل ومتعاقد، إلى أن ما تعاقد عليه قد ثبت، ويستطيع أن يبيّن عليه».

### المطلب الثالث: التكييف الفقهي لعقد المقاولة

عقد المقاولة عقد حادث، لم يكن يُعرف بعنوانه هذا في الفقه الإسلامي، ولهذا، فقد اختلفت رؤية العلماء من أهل العصر الحديث في تكييف طبيعته، وأكثر عقدٍ أُلْحِقَ به هذا العقد هو عقد الاستصناع، وهذا عند تقديم الماؤل مادة العمل وللعمل معا؛ وعقد الاستصناع هذا حَظِيَّ بدوره بخلاف كبير في طبيعته بين من أجازوه من الفقهاء قديما وحديثا، من قائل إنه عقد إجارة، ومن قائل إنه عقد بيع، وقائل إنه عقد بيع وإجارة معا، ومن قائل إنه عقد سلم؛ وأما في حالة تقديم ربّ العمل لمادّته، فلا يلحق بعقد الاستصناع الحنفي، إلا على شاكلة التطوير المقترح لعقد الاستصناع، الذي تقدّم تفصيله في الفرع الأخير من المطلب السابق.

ويتبين من تعريف عقد المقاولة المتقدّم، أن له عناصر تكون ماهيته، ولا بدّ من بيان هذه العناصر، لينتهي البحث إلى ماهية هذا العقد وتكييفه الفقهي؛ ففي المادة (٧٨٤) من القانون المدني الأردني: «على الماؤل أن يأتي بما يُحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات إضافية على نفقته، ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره»، وهذا النصّ يشير إلى صور تدخل تحتها المقاولة في القانون، يحكمها العرف والاتفاق؛ غير أن نصا آخر قبل هذا النصّ، يذكر بصراحة صور عقد المقاولة في القانون المدني الأردني، فقد ورد في المادة (٧٨١): أنه «١- يجوز أن يقتصر الاتفاق على أن يتعهد الماؤل بتقديم العمل، على أن يقدم صاحب العمل المادة التي يستخدمها، أو يستعين بها في القيام بعمله؛ ٢- كما يجوز أن يتعهد الماؤل بتقديم المادة والعمل»<sup>(١)</sup>؛ فهذا نصّ من التقنين الأردني على صورتين؛ ونصّ في القانون المدني الأردني على صورة التوكيل، فقالت مادّته (٧٩٨): «يجوز للمقاؤل أن يكِلَ تنفيذ العمل، كلّهُ أو بعضه، إلى ماقول آخر، إذا لم يمنعه شرطٌ في العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تقتضي أن يقوم به بنفسه».

وهذه النصوص القانونية تنتظم الصور الثلاث التالية لعقد المقاولة في القانون، أذكرها، وأشير مع كل منها إلى ما تدخل تحته من العقود في الفقه الإسلامي:

**الصورة الأولى:** أن يكون العمل ومادّته معا من الماؤل، فهي على حسب هذه الصورة استصناع، بما يتضمّنه الاستصناع من شبه بالسلم، وشبه بالبيع، وشبه بالإجارة، لتكون هذه العناصر مكوّنا أساسيا بالتالي للمقاولة ذاتها على حسب هذه الصورة.

**الصورة الثانية:** أن تكون مادة العمل من صاحبه أي المستصنع؛ ويكون العمل من الماؤل، فهي حسب هذه الصورة تعاقد على عمل، يقوم به الماؤل لحساب صاحب العمل، وهو ما يُدخل المقاولة وفق هذا الجانب

(١) في الأصل: بتقديم المادة العمل، وهو خطأ ظاهر، والصواب ما أثبتته، والتصويب من المذكرات الإيضاحية،

منه، في مسألة الإجارة، وتحديدًا: مسألة الأجير المشترك، على ما اتفق عليه معظم فقهاء وباحثي العصر<sup>(١)</sup>؛ وبهذا تكون أحكام هذه الصورة، هي ذاتها أحكام الأجير المشترك<sup>(٢)</sup>، المتعلقة مثلًا بضمانه أو عدم ضمانه.

**والصورة الثالثة:** أن يكون العمل من مقاولٍ آخر، يتعاقد معه المقاول الأول، لئيشئ ما اتفق عليه مع صاحب العمل، وهي في هذا الحال وكالة، تتوزع في حال الاتفاق عليها على الصورتين، الأولى والثانية؛ أعني: قد يقدم صاحب العمل مادته، فتلتحق بالصورة الثانية، لتكون وكالة وإيجارا معا؛ وقد يقدمها المقاول الثاني، فتكون استصناعا ووكالة؛ ويُسمى المقاول حسب هذه الصورة بالمقاول الثاني، كما نصت على ذلك المادة (٧٩٩) من القانون المدني الأردني؛ وهذه الصورة الثالثة تسمى: عقد المقاولة من الباطن<sup>(٣)</sup>.

وهذا المعنى الذي تتضمنه هذه الصورة، مأخوذ من الفقه الحنفي<sup>(٤)</sup>، وفيه قال الحصكفي مضمنا كلامه متن تنوير الأبصار للتمرتاشي الحنفي: «وإذا شرط عمله بنفسه، بأن يقول له: اعمل بنفسك أو بيدك، لا يستعمل غيره...، وإن أطلق، كان له، أي للأجير، أن يستأجر غيره»<sup>(٥)</sup>؛ وعلة ذلك أن المعقود عليه، إنما هو العمل من محل معين، فلا يقوم غيره به<sup>(٦)</sup>.

ومثل هذه الوكالة بالعمل، مذكور في المادة (٥٧٢) من المجلة، وشرحتها: أنه إذا لم يقيد الأجير بأن يعمل بنفسه، فللأجير أن يستعمل غيره، كوكيله، ويستحق الأجر، سواء أعمل العمل بنفسه، أو بوكيله<sup>(٧)</sup>؛ وفي

---

(١) يُنظر: عقد المقاولة، لقطب مصطفى سانو، ع ١٤٤، (١٨٦/٢-١٩١)، ويذكر الدكتور سانو أن الدكتور محمد الأمين الضير من أوائل المعاصرين الذين اعتبروا المقاولة حسب الصورة المذكورة من باب الإجارة، ويذكر أنه تبعه على هذا التكييف خلق غير قليل من فقهاء وباحثي العصر، إلا ما كان من الدكتور رفيق المصري الذي اعتبره من باب الجعالة، واعتبر الدكتور سانو هذا التكييف شاذًا؛ يُنظر: المرجع نفسه، (ع ١١٤)، (١٨٧/٢)؛ ويُنظر: قول الدكتور رفيق المصري في كتابه: الجامع لأحكام الربا، (٣٨٠)؛ ويُنظر قول الحنفية في جواز هذه الصورة وكونها صورة إجارة: بدائع الصنائع، للكاساني، (١٠٠/٦).

(٢) الأجير المشترك: هو الذي يستحق الأجرة بالعمل، لا بتسليم نفسه؛ يُنظر: مجمع الضمانات، لابن غانم البغدادي، (٢٧)، وهو يعمل لعامة الناس، لا لواحد بعينه؛ وهو بخلاف الأجير الخاص، الذي يعمل لواحد بعينه؛ يُنظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٥١٧/٥)؛ ويُنظر في الأجير الخاص والأجير المشترك: الهداية، للمرغيناني، (١٢٨٧/٣)؛ ومرشد الحيران، لقدري باشا، المادتان (٤٩٥، ٤٩٧)، (٨٠، ٨١)؛ هذا، ومن أمثلة الأجير المشترك: النجار الذي له محلّ يعمل فيه لمن يشاء من الناس؛ ومن أمثلة الأجير الخاص: النجار الذي يعمل في بيت من بيوت الناس، أو في محلّه، فيكون في تلك الحالة خاصًا بذلك الرجل.

(٣) الوسيط، للسنهوري، (٢٠٨/٧-٢٠٩)، ويُنظر: عقد المقاولة، لوهبه الزحيلي، ع ١٤٤، (٢١٧/٢).

(٤) عقد المقاولة، لوهبه الزحيلي، ع ١٤٤، (٢١٨/٢).

(٥) الدرّ المختار، شرح تنوير الأبصار، للحصكفي، (٥٧٢)؛ ويُنظر في المعنى نفسه: بدائع الصنائع، للكاساني، (٥٤/٦).

(٦) حاشية ابن عابدين، (١٨/٦)؛ ويُنظر في المعنى نفسه: بدائع الصنائع، للكاساني، (٥٤/٦).

(٧) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، (٥٦٢/١م).

المادة ٥٧٣ أن قول المستأجر للأجير: اعمل كذا، إطلاقاً، أي أن قول المستأجر للأجير: اعمل هذا الشغل، إنما هو إطلاق، وليس تقييداً، وعليه، فلاأجير أن يستخدم الشخص الذي يشتغل عنده بالأجرة، فهو خليفته<sup>(١)</sup>.

إن هذه الصور الثلاثة، تدفع البحث إلى طرح سؤال مهم: بما أن المقابلة تتوزع حسب صورها الثلاث بين أكثر من عقد، فهل يميز الشرع عقدا يتركب من عقود؟ فيحكم عليه على حسب أصول وضوابط تلك العقود؟ أم هل يُكتفى في هذا الحال، باعتبار المقابلة عقدا واحدا حادثا، له خصوصياته، فيتحتّم بحته على وفق الأصول المتعارف عليها، والقائمة أساسا على أصل تقدّم الحديث عنه، وهو أن إحداث عقود جديدة لا مانع منه شرعا، وفق ضوابط حاكمة؟

ولا بد من بحث الأمرين في الفروع الثلاثة التالية:

### الفرع الأول: دلّ نلدق العقود الحادثة بالعقود الماضية لشبهه بها أم لا؟

معنى المسألة: الحياة دائمة التجدد، والفقهاء قديما قاموا بتكييف ما وجدوه من العقود في مجتمعاتهم، غير أن عقودا جديدة كثيرة لم يعرفها الفقه الإسلامي قديما، لكنّه يستطيع أن يوجد لها ارتباطا بعقود قديمة من العقود التي أقرّها أو لم يُقرّها، بطريقة إيجاد شبه لها بما مضى من العقود، مع ما يجد أيضا من المفارقات بينها وبين القديم منها؛ فهل الأولى في حالة العقد الجديد، إذا لم نجد له عقدا يطابقه من جوانبه كلّها، أن نبحث لها عن شبه فيما مضى من العقود، أم نعتبره عقدا قائما بذاته، نحاكمه إلى ضوابط العقود الشرعية الصحيحة؟

يذكر الدكتور قطب مصطفى سانو في معرض حديثه عن تكييف عقد المقابلة، أن تكييفه وغيره من العقود الحديثة في ضوء العقود السابقة، من خلال النظر في التماثل بين القديم والجديد، لا يعدو أن يكون تكريسا لفكرة تقوم على أساس ضرورة وجود مثل أو شبه سابق للعقود الحديثة،<sup>(٢)</sup> والحال أن العقود الحديثة تختلف في طبائعها عن العقود القديمة، وما يوجد من شبه أو تماثل بين بعض العقود الحديثة والعقود القديمة في بعض الأحيان، لا يعدو أن يكون شبها عارضا<sup>(٣)</sup>، وهو رأي وجيه في تقديري، غير أنه ليس على إطلاقه..

فرغم أنه يؤسس ملكة فقهية عالية في كيفية التعامل مع العقد الجديد، على ضوء ضوابط وأصول العقود الشرعية، بحيث يسمح لتطور الفقه الإسلامي ذاته؛ إلا أنه على إطلاقه يُفقد الفقه الإسلامي سمة بارزة، وهي هبة التأصيل الفقهي القديم، الذي بلغ رواده في نفوس من بعدهم إلى عصرنا مبلغا عاليا من التقدير والاعتداد، لا يقدر أن يبلغه معظم الكاتبين في الفقه الإسلامي المعاصر، على الرغم من وجود أفراد منهم بلغوا الرتبة التي

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، (١٣٦٢/١م)؛ ويُنظر: مرشد الحيران لقدرى باشا، (٨٣)، المادة ٥١٤.

(٢) عقد المقابلة، لقطب مصطفى سانو، ١٤٤، (١٨٨/٢-١٨٩).

بلغها القدماء ذاتها؛ ففرق بين أن يوجد لعقد جديد شبه بعقدٍ قديم، أو بمزيج من عقود قديمة، وبضوابط شرعية كافية، فيكون التقرير الفقهي لهذا العقد أو ذلك مبنياً على كلام أمثال الأئمة الأربعة عليهم السلام ومن سبقهم ومن لحق بهم، كالسرخسي والكاساني والعزّ بن عبد السلام، وابن تيمية وابن القيم، والسبكي وابن الهمام والشاطبي وغيرهم من القائمة الطويلة من الفقهاء؛ فرق بين وجود هذا الشبه والإلحاق، وبين التأصيل الجديد، الذي يقوم به علماء كبار لم يبلغ معظمهم في نفوس الناس شأو القدماء؛ هذا مع ملاحظة أن كلامي هذا لا يعني تصحيح القديم دوماً، بل لا بد للتصحيح من مستنده الشرعي، وإنما محلّ التفريق بين القديم والجديد هو ما يملكه القديم إجمالاً من هبة في نفوس المعاصرين، يفقدها معظم المعاصرين مهما بلغت مرتبتهم العلمية، سوى أقلّة منهم<sup>(١)</sup>.

ومع يقيني بصحة اللجوء إلى المسلكين، وقد سلكتهما في بحث عقدي الاستصناع والمقاوله؛ إلا أن اللجوء إلى المسلك الثاني ينبغي ألا يكون إلا بعد افتقاد إمكانية اللجوء إلى المسلك الأول، وهو القائم على بحث الشبه والنظير للمعاملة المعاصرة في الفقه الإسلامي القديم؛ إن التراث الفقهي القديم سيكون أكثر حضوراً فيما يتقرّر حديثاً على ضوءه، مع ما يملك من هبة رواده وبنائه ومؤسّسيه؛ غير أن هذا الكلام عامّ، فهل ينطبق على عقد المقاوله؟ سيأتي تحرير هذا إن شاء الله تعالى.

### الفرع الثاني: عقد المقاوله يتكوّن من عدّة عقود

فمن الممكن أن يُعتبر هذا العقد متوزّعاً على أكثر من عقد، من تلك العقود المقرّرة فقهاً، والمقرّرة شرعاً، وبناء على تأسّسه على عقود جائزة، فهو لا يخرج عن الجواز، كما سيأتي بيانه إن شاء الله.

إن العقد الذي يكون على هذه الشاكلة يُسمى: عقداً مركّباً، وتسميته بالمركّب، آتية من اجتماع عقدين أو أكثر فيه، وللعقود المركّبة صور عديدة<sup>(٢)</sup>، فمنها: اتفاق شخصين على أن يبيع أحدهما للآخر سيارته، ويؤجّره داره؛ أو أن يُقرضه ألف دينار، على أن يبيعه سيارته؛ وما شابه هاتين الحالتين من العقود، التي يدخل بعضها في مفهوم البيعتين في بيعة؛ وليست هذه الصورة هي ما يلزم الحديث عنها في هذا البحث؛ وله صورة أخرى، هي التي يلزم الحديث عنها هنا، وهي صورة العقد الذي يتمازج فيه عقدان فأكثر، حتى يصيرا عقداً واحداً، لا من جهة وقوع عقدين فأكثر من عاقدين، كما هو الحاصل في الصورة الأولى، بل يصيران حسب الصورة الثانية عقداً واحداً يتمازج فيه معنيان أو أكثر، كل معنى منهما يرجع إلى عقد من العقود.

إنه يمكن فهم العقود المركّبة على حسب ما يحتاج إليه سياق البحث، من خلال ما ذكره الكاساني في كلامه الذي ذكره في سياق استدلاله على جواز الاستصناع، قال في البدائع: «ولأن فيه معني عقدين جائزين،

(١) ولعله من هنا كثرت في هذا البحث نصوص للفقهاء السابقين، وقلّت نصوص الفقهاء المعاصرين، مع تقدير الجميع.

(٢) في صورها يُنظر: العقود المركّبة، لزيه حماد، (٨).

وهما السلم والإجارة، لأن السلم عقدٌ على مبيع في الذمة، واستتجار الصنّاع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين، كان جائزاً<sup>(١)</sup>.

وعلى ما تقدّم، فيمكن تعريف العقد المركّب الذي يكون على هذه الشاكلة بما يلي: «العقد الواحد الذي تجتمع فيه أحكام أكثر من عقد»<sup>(٢)</sup>، ويخرج بقولي: العقد الواحد، صورة العقود الداخلة في البيعتين في بيعة، إذ ليست من تلك العقود المركّبة التي يقصدها هذا البحث، وإن كانت تدخل عند البعض في مفهومها. إنه يدخل في سياق هذا البحث من تلك العقود، وفي ذلك التعريف الذي اقترحتُه، صورة واحدة، وهي: اجتماعها في منظومة عقدية واحدة، كما لو كانت عقداً واحداً، وذلك كعقد المفاولة ها هنا، وكعقد الاستصناع عند الحنفية.

وحكمُ العقود المركّبة في الشرع هو الجواز، ولكن، بشروط أو بضوابط لا بدّ من اعتبارها: الأول: أن يكون كل من تلك العقود المجتمعة في بوتقتها جائزاً<sup>(٣)</sup>؛ وكان من مسلك العلماء أهمّ يبيحون العقد الذي يكون على هذه الشاكلة، إذا كانت مفرداته العقدية مباحة أصلاً<sup>(٤)</sup>؛ الثاني: ألا يكون مثل هذا التركيب بين عقدين أو أكثر، حيلة إلى الربا، كأن يبيعه مُدّ تمرٍ رديءٍ بدينار، ويشتري منه بذات الدينار نصف مُدّ تمرٍ جيد؛ أو أن يكون ذريعة إلى الربا، كشأن بيع وسلف معاً، بأن يبيعه على أن يقرضه مبلغاً من المال شهراً<sup>(٥)</sup>؛ الثالث: ألا يوجد تنافر في أحكام العقدين المتركبين معاً على شاكلة عقد واحد، كأن يقول: بعثك داري، وأجرّتكها شهراً، بكذا؛ إذ محل العقد ومقصوده، يتنافيان: فالبيع يقتضي تملك العين، والإيجار يقتضي تملك المنفعة، وهما واقعان على محلّ واحد<sup>(٦)</sup>.

---

(١) بدائع الصنائع، للكاساني، (٩٧/٦).

(٢) وهذا يختلف عن تعريف العقود المركّبة عند الدكتور نزيه حماد في كتابه العقود المركّبة، (٧)، فقد عرفها بقوله: «أن يتفق الطرفان على إبرام معاملة (صفقة) تشتمل على عقدين فأكثر، كالبيع والإجارة والهبة والوكالة والقرض والمزارعة والصرف والشركة والمضاربة... الخ، بحيث تعتبر موجبات تلك العقود المجتمعة، وجميع الحقوق والالتزامات المترتبة عليها، جملة واحدة، لا تقبل التفريق والتجزئة والانفصال، بمثابة آثار العقد الواحد»؛ لكن تعريف الدكتور حماد هو الذي تأسس عليه تعريفي المذكور أعلاه.

(٣) العقود المركّبة، لنزيه حماد، (١٣-١٩).

(٤) كما هو شأن شركة المفاوضة عند الحنفية، ففي بدائع الكاساني، (٥١٣/٧): «ولأنها مشتملة على أمرين جائزين، وهما: الوكالة والكفالة، لأن كل واحد منهما جائز حال الانفراد، وكذا حالة الاجتماع».

(٥) العقود المركّبة، لنزيه حماد، (١٩-٢٣).

(٦) يُنظر: العقود المركّبة، لنزيه حماد، (٢٤-٣٢).



إنه إذا انضبط العقد المتركّب بتلك الضوابط والشروط، فهو إذن في عالم الجواز الشرعي، وجوازه في الأصل عائد إلى جواز ما يتركّب منه من عقود.

### الفرع الثالث: المقابلة عقد مستقل له خصوصياته

ثمّة من يعتبر عقد الاستصناع، الذي يشكّل صورة من صور عقد المقابلة، عقداً مستقلاً، دون أن يكون متركّباً من عقود عدّة<sup>(١)</sup>.

فالاستصناع، على حسب هذا الرأي، ليس بيعاً، ولا إجارةً، ولا سلماً، ولا غيرهما؛ «وإنما هو عقد مستقلّ، له شروطه الخاصّة به، وخصائصه وآثاره الخاصّة به، ولا ينبغي صهره في بوتقة عقد آخر»<sup>(٢)</sup>.

ومما استند عليه الدكتور علي محيي الدين القره داغي، وهو من أصحاب هذا القول، نصُّ نقله السرخسي عن أحد أئمة الحنفية، فلقد رأى فريق من الحنفية أن عقد الاستصناع عقد بيع، رغم اختلافه عند هؤلاء عن البيع في بعض الوجوه، من هؤلاء الحاكم الشهيد أبو الفضل المروزي صاحب المختصر المشهور المسمّى بالكافي في فقه الحنفية<sup>(٣)</sup>، فقد نقل عنه الإمام السرخسي في المبسوط قوله: «اعلم أن البيوع أنواعٌ أربعة: بيع عين بثمن، وبيع دين في الذمة بثمن، وهو السلم؛ وبيع عمل، العين فيه تبع، وهو الاستتجار للصناعة ونحوها، فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحلّ بعمل العامل؛ وبيع عين شرط فيه العمل، وهو الاستصناع، فالمستصنع فيه مبيع عين»<sup>(٤)</sup>، ولعلّ شاهد الدكتور القره داغي من هذا النصّ، اعتبار الحاكم الشهيد الاستصناع من أنواع البيوع، مع ما يفهم من كلامه أنه بيع خاصّ، كالسلم وغيره؛ فهو إذن عقدٌ خاصّ، فلا يلزم أن يُبحث له عن أصول من عقود أخرى ليدخل فيها؛ ويعقّب السرخسي على ذلك النصّ بقوله: «ولهذا يثبت فيه خيار الرؤية، والعمل مشروط فيه، وهذا لأن هذا النوع من العمل اختصّ باسم، فلا بد من اختصاصه. بمعنى يقتضيه ذلك الاسم، والاستصناع استفعال من الصنع، فعرفنا أن العمل مشروط فيه»<sup>(٥)</sup>، وهذا

(١) هو رأي الدكتور علي محيي الدين القره داغي، ذكره في كتابه: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، (١٣٦) - (١٣٧)، والدكتور قطب مصطفى سانوا، في بحثه: عقد المقابلة، ع ١٤٤، (١٩٠/٢).

(٢) بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، لعلي محيي الدين القره داغي، (١٣٦).

(٣) في حاشية ابن عابدين، (٢٢٥/٥)، أن كافي الصدر الشهيد هو متن مبسوط السرخسي.

(٤) المبسوط، للسرخسي، (٨٥-٨٤/١٥)، وألفت النظر أن الدكتور القره داغي ذكر هذا النصّ مضيفاً إليه عبارة ليست في مبسوط السرخسي، ثم نسبته إلى السرخسي، غير أنه نقله عن المحيط البرهاني لابن مازة، وليس عن المبسوط، رغم وجوده على ما هو واضح هنا، فيه، ومع ذلك فالسرخسي نسبته لا إلى نفسه، بل إلى الحاكم الشهيد، كما هو ظاهر أعلاه، ولعلّه في المحيط البرهاني منسوب فعلاً إلى السرخسي.

(٥) المبسوط، للسرخسي، (٨٥/١٥).

يفيد قول الدكتور القره داغي، وإن لم يذكره، وفائدته أن السرخسي يعتبر الاستصناع مختصاً باسم، فلا بدّ من اختصاصه. بمعنى يقتضيه ذلك الاسم.

إذن، فهذان نصّان من الحاكم الشهيد ومن السرخسي على أن الاستصناع بيع عين شرط فيه العمل، فصار بهذا العمل استصناعاً؛ وأنه مختصّ باسم، فلا بدّ أن يختصّ بمعنى يناسب الاسم؛ هذان النصّان يصلحان برأيي لاعتبار الاستصناع عقداً خاصاً دون حاجة إلى بحث مرجعية أخرى له في عقود أخرى.

ومما استند عليه الدكتور قطب مصطفى سانوا، وهو من القائلين بأنه عقد قائم بذاته، دونما حاجة إلى إلحاقه بشبه له من العقود القديمة؛ أن عقد الاستصناع عقد غير لازم للمستصنع في المعتمد عند الحنفية؛ بخلاف عقد المقاولة اللازم للجانيين من ساعة إنشائه<sup>(١)</sup>.

ولقد تقدّم ترجيح إيجاد عقود لم يكن متعارفاً عليها في العهدين النبوي والراشدي، في إطار ضوابط لا بدّ من اعتبارها، كل ذلك ضمن ما يقرّره الفقه الإسلامي من سلطان الإرادة الممنوحة للإنسان في هذه الناحية<sup>(٢)</sup>؛ فأن يتقرّر ها هنا أن المقاولة عقد جديد مستقلّ، دون أن يتوزّع أمره على عقود قديمة معروفة، فهذا لا يخالف ما تقرّر ضمن ضوابطه؛ والفقهاء قديماً لم يبحثوا هذا العقد على شاكلته المتعارف عليها في عصرنا، وإنما بحثوا قريباً منه، بل ربما يكونون قد بحثوه فعلاً، لكن، تحت تسمية أخرى، ذلك أن ما يقرّره الحنفية من إباحة عقد الاستصناع، يمكن أن يكون مرجعية فقهية لهذا العقد.

وعقد المقاولة صحيح شرعاً، لأمرين: الأول: ما أثبتّه هذا البحث من جواز إحداث عقود جديدة لم تكن في سلف الأمة، وفق الضوابط الشرعية للعقود الصحيحة؛ والثاني: ولئن أبي البعض هذا الأصل، فالمقاولة ترجع في مضمونها إلى عقود صحيحة شرعاً، كعقد الاستصناع، وعقد الإجارة، وعقد السلم؛ إنه لم يصحّ في أصول الشرع ونصوصه ما يمنع من عقد المقاولة، وهو أيضاً منضبط بضوابط العقد الصحيح شرعاً.

### **المطلب الرابع: عقدا الاستصناع والمقاولة في القانون**

نظّمت مجلة الأحكام العدلية أحكام الاستصناع في المواد: (٣٨٨-٣٩٢)، وذكرت مادّتها (٣٨٨) صورة الاستصناع، ونصّت مادّتها (٣٨٩)، على أن الاستصناع إنما يصحّ فيما تعمل به عرفاً، وأن ما لا يُتعامل به عرفاً، فيجب لصحّته شروط السلم؛ ونصّت مادّتها (٣٩٠) على لزوم الوصف المتفق عليه في المصنوع؛ وفي مادّتها (٣٩١)، نصّت على عدم لزوم دفع الثمن وقت العقد، وهو هنا يفارق السلم الذي يلزم

(١) عقد المقاولة، لقطب مصطفى سانوا، ١٤٤ع، (١٩٠/٢).

(٢) يُنظر: (٧١-١١٥)، من هذا البحث.

فيه دفع الثمن عند العقد كما تقدّم؛ ونصّت المجلة أيضا في مادّتها (٣٩٢) على لزوم العقد للطرفين، وأن المستصنع يُخَيَّرُ فحسب حينما لا تكون الأوصاف متطابقة.

هذا، والاستصناع المذكور هو أساس المقاولّة التي أتجه إليها القانون المدني الأردني، فقد نظّم القانون المدني الأردني أحكام المقاولّة في خمس وعشرين مادّة، وذلك فيما بين المادّتين (٧٨٠-٨٠٤)، وجعلها موضوعَ الفصل الأول من الباب الثالث منه.

إلا أن عقد المقاولّة لم يُذكر في مجلة الأحكام العدلية العثمانية، إلا إذا اعتُبر ما ذكرته المجلة من تعريفها لعقد الاستصناع حديثا عن المقاولّة، فقد قالت المجلة معرّفة الاستصناع في المادّة (١٢٤): «عقد مقاولّة مع أهل الصنعة، على أن يعمل شيئا»؛ وقد يقال: إنه ليس بعيد اعتبار الاستصناع بتلك الصورة في تعريف المجلة، هو ذاته المقاولّة التي يدور حولها هذا المبحث؛ غير أن هذا لا يصحّ في تقديري، لأن المقاولّة في هذا التعريف ليست ذات العقد المعروف بهذا الاسم، بل كلمة المقاولّة هنا هي على معنى التفاوض لغة، أي هي تعبير لغوي عن التفاوض، على ما مضى شرحه عند تعريف عقد المقاولّة<sup>(١)</sup>، وفيه ما نقلته عن اللسان: «وقاولتّه في أمره، وتقولنا، أي: تفاوضنا»<sup>(٢)</sup>؛ ومما يؤكّد هذا ما في درر الحكام شرح مجلة الأحكام عندما شرح مادّة المجلة المذكورة: «إذا قاول شخصٌ خياطاً على صنع جُبّة، وقماشها وكلُّ لوازمها من الخياط، فيكون قد استصنعه تلك الجُبّة، وذلك هو الذي يُدعى الاستصناع»<sup>(٣)</sup>.

ومع ذلك فأرى أن اختيار لفظة المقاولّة في التعريف، قد يُعتبر تمهيدا من محرّري المجلة، ليكون تعريف الاستصناع مدخلا لتعريف المقاولّة.

هذا، وبعض عقود المقاولّة انفصلت نوعا ما عن عقد المقاولّة ذاته من حيث التنظيم القانوني، لينظّم لها القانون أحكاما خاصة تفصلها في بعض الجوانب عن بعض تفصيلات عقد المقاولّة، كعقد نشر الكتب، وكعقد النقل، وغيرهما من العقود<sup>(٤)</sup>؛ وكان أول أمره في فرنسا محتلتا بعقدي الإيجار والعمل، كما كان أمره في القانون الروماني، فصارت العلاقة في الأعمال اليدوية علاقة صانع ومستصنع، وذلك لما هو واضح من اقتراب الصانع من العامل، واقتراب المستصنع من رب العمل<sup>(٥)</sup>.

(١) يُنظَر: (٢٠٥)، من هذا البحث.

(٢) لسان العرب، لابن منظور، (٣٧٨٠/٥).

(٣) درر الحكام، لعلي حيدر، (١٠٠/١).

(٤) يُنظَر: شرح القانون المدني، العقود المسماة، لعدنان إبراهيم السرحان، (١٠).

(٥) شرح القانون المدني، العقود المسماة، لعدنان إبراهيم السرحان، (١٠).

ثم إن عقود المقاولة كثيرة، وإن كان قد اشتهر منها عقد المقاولة على البناء، لكن المقاولة على البناء ليست إلا أحد عقود المقاولة، فثمة عقد النشر، وثمة عقود النقل والإعلان وعقود الأشغال العامة، وثمة عقود مقاولة تقوم على إصلاح وترميم أبنية قائمة، وعقود أخرى أيضا، غير أنه إذا أطلق عقد المقاولة، فإنه ينصرف غالبا إلى عقود البناء<sup>(١)</sup>.

ويتحمل المقاول دون العامل تبعة العمل في القانون، ففي المادة (٧٨٦) من القانون المدني الأردني: «يضمن المقاول ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة، سواء أكان بتعديده، أو تقصيره، أم لا؛ وينتفي الضمان إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه».

غير أن العامل يخضع للتشريعات التي تنظم العمل، من حيث ساعات العمل والإجازات وتقدير الأجر وضمان إصابات العمل، فهذه تسري على العامل دون المقاول، ذلك الذي لا يخضع لإشراف رب العمل، وإنما يخضع لشروط العقد المبرم بينهما، وهذا يخالف عقد العمل، الذي يخضع فيه العامل لإدارة رب العمل وإشرافه، ويتلقى منه تعليماته المتعلقة بالعمل، وهو ينفذها في حدود العقد المتفق عليه<sup>(٢)</sup>.

ويجب في القانون أن تُحفّ المقاولة بما يمنع التنازع، من وصف ضابط محلّها وبيان نوعه، وما إلى ذلك؛ فقد وردَ في المادة ٧٨٢ من القانون المدني الأردني: «يجب في عقد المقاولة وصف محله، وبيان نوعه وقدره وطريقة أدائه ومدة إنجازهِ، وتحديد ما يقابله من بدل».

---

(١) عقد المقاولة، لعجيل جاسم النشمي، ع ١٤، (١٨/٢).

(٢) عقد المقاولة، لعجيل جاسم النشمي، ع ١٤، (١٥/٢).

## الفصل الخامس: الشرط الجزائي في عقود المقاولات

هذا هو الفصل التطبيقي المشار إليه عند فاتحة الفصل السابق، وهو ذو سمةٍ تطبيقيةٍ لمسألة الشرط الجزائي، سأبحث فيه إن شاء الله تعالى الشرط الجزائي في عقود المقاولات، وإنما اخترتُ هذا العقد تحديداً كبحث تطبيقي للشرط الجزائي، لأن أكثر ما يُحتاج إليه الشرط الجزائي، هو ما يكون من اتفاق تعويضي في عقود المقاولات خاصة، فإفراد المقاولات هنا أمرٌ منطقي، لمنطقية تلك الصلة المعروفة بينها وبين الشرط الجزائي؛ وكان البحث وما توصل إليه من جواز الشروط عامة، ومنها: الشرط الجزائي، كافياً عن الحاجة إلى هذا الفصل، لولا أن بعض المعاصرين تحدّثوا عن الشرط الجزائي في عقود المقاولات تحديداً، وحكموا عليه بالتحريم، كما سيأتي ذكره؛ ثم إن بعض صور الشرط الجزائي، تبدو في عقود المقاولات أكثر ظهوراً منها في غيرها؛ لذا، اقتضى الأمر عقد فصل خاصّ بالشرط الجزائي في عقود المقاولات.

وسأبحث في هذا الفصل المباحث التالية:

المبحث الأول: حكم غرامة التأخير أو الإخلال في عقد المقاولات.

المبحث الثاني: الاتفاق على الشرط الجزائي في عقد المقاولات.

المبحث الثالث: وقت الاتفاق على الشرط الجزائي في عقد المقاولات.

المبحث الرابع: الطرف الذي يُغرّم في الشرط الجزائي في عقد المقاولات.

## المبحث الأول: حكم غرامة التأخير أو الإخلال في عقد المقاولة

غرامة التأخير أو الإخلال، هي غاية الشرط الجزائي، فهي ما ينظر إليه ربّ العمل في حالة حصول التأخير والإخلال، وهو بالتالي يرى أنه قد عُوّض عما فاتته نتيجة للتأخير والإخلال، فيسعى لإثبات حصولهما، ليأخذ بالتالي ما اشترطه على المقاول من غرامة على أثرهما.

والمسألة بُحِثت في مباحث سابقة، ولست أرى داعياً لتكرير بحثها هنا، إذ إن الحكم ينبي هنا على أمرين مضى بحثهما: الأمر الأول: ما وصل إليه البحث من جواز الشرط المقترن بالعقد، وأنه شرطٌ ملزم<sup>(١)</sup>؛ والأمر الثاني: ما سبق أن تقرّر في البحث أيضاً من جواز التعويض والتغريم الماليين<sup>(٢)</sup>.

فإذا كان الأمران جائزين، وقد تقدّم تفصيل الحديث فيهما؛ فغرامة التأخير أو الإخلال في عقد المقاولة جائزة أيضاً، إذ عقد المقاولة من العقود الصحيحة، على ما تقدّم، والشرط فيه ملزمٌ كغيره من العقود.

غير أن في المسألة خلافاً لا بد من استعراضه، وهو يتعلّق بغرامة التأخير والإخلال في عقود المقاولات تحديداً، مما دفع إلى لزوم عقد مبحث خاصّ بها هنا.

وأستعرض المسألة والخلاف فيها، ومناقشته، ومن ثمّ الترجيح، في المطالب التالية:

المطلب الأول: آراء العلماء في غرامة التأخير والإخلال في عقود المقاولات.

المطلب الثاني: استعراض الأدلة.

المطلب الثالث: المناقشة والترجيح.

---

(١) يُنظر: (٧٧-١١٤)، من هذا البحث.

(٢) يُنظر: (١٨٤-١٨٩)، من هذا البحث.

## المطلب الأول: آراء العلماء في غرامة التأخير والإخلال في عقود المقاولات

هذا الذي تقدّم من جواز غرامة التأخير، أي الشرط الجزائي في عقود المقاولات، هو رأي جمهرة أهل العلم في هذا العصر<sup>(١)</sup>، ولا أرى ضرورة بحث أدلة جوازه، بعد أن تقدّم تفصيله في محله من هذا البحث<sup>(٢)</sup>.

غير أن بعض المعاصرين يرون غير هذا الرأي، كالشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، الذي يرى تحريم الشرط الجزائي على التأخّر في إنجاز المقاوله، ويقول في هذا: «فإن الحكم على المقاول بإلزامه بالغرامة على ما زاد على المدّة، مع العلم بهذه الأعذار، أنه حكمٌ عليه بالجور وعدم العدل، ونتيجة هذا الحكم هو أن يستبيح المالك أكل مال المقاول وأجرة عمله وعرق جبينه ظلماً بغير حق، لأن الذين فرضوا هذا الشيء سمّوها غرامةً، أي ظلماً ونكالا»<sup>(٣)</sup>؛ وذكر أن المقاول عادة ما ينتظر قدوم موادّ البناء من الخارج مدداً تتطاول، وهو ما يعني حسب المفهوم من كلامه، أنه لا دخل له في التأخير، فكيف يُغرّم؟<sup>(٤)</sup>؛ هذا هو رأي الشيخ آل محمود في مسألة الشرط الجزائي في عقود المقاولات، ولا أعلم فيما إذا كان غيره يقول به.

## المطلب الثاني: استعراض الأدلة

ثمّة أدلة من النصوص، يدلّ عمومها على جواز الشرط الجزائي، تقدّم بحثها؛ وثمّة مسائل من الفقه الإسلامي، هي أدلة الشيخ آل محمود؛ سأستعرض أدلة الجواز سريعاً، إذ تقدّم تفصيلها في محله، وسأستعرض أدلة الشيخ آل محمود بتفصيل يكفي في بيانها.

(١) كالعلماء الممثّلين في هيئة كبار العلماء في السعودية، وعلى رأسهم سماحة الشيخ عبد العزيز بن باز، والعلامة الدكتور عبد الله بن منيع؛ وورد في قرارهم الذي أصدره بتاريخ ١٣٩٤/٨/٢١هـ، ونشرته مجلة البحوث الإسلامية الصادرة عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالرياض، وذلك في عددها الثاني (١٣٩٥-١٣٩٦هـ)؛ وجاء قرارها في العدد المذكور في الصفحة ١٤١؛ وفيه ما نصّه: «لذلك كله فإن المجلس يقرر بالإجماع: 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 مستقطاً لوجوبه حتى يزول».

وكذلك هو قول العلامة الشيخ مصطفى الزرقا، فقد ذكر في المدخل الفقهي العام، (٧١٨/٢)، أن في الفقه الإسلامي متّسعا للشرط الجزائي؛ وهو كذلك قول الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه المعاملات المالية المعاصرة، (١٧٨)، إذ نصّ أنه يجوز فقط في مجال المقاولات والاستصناع وإجارة الأعمال ونحوها؛ وكذا هو قول الدكتور عجيل جاسم النشمي، في بحثه عقد المقاوله، ع ١٤٩، (٤٩/٢).

(٢) يُنظر: (١٨٤-١٨٩)، من هذا البحث.

(٣) مجموعة رسائل الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، (٣٠٨/١).

(٤) مجموعة رسائل الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، (٣٠٧/١).

## الفرع الأول: أدلة القائلين بجواز غرامة التأخير أو الإخلال

لقد سبق ذكر أدلة القائلين بجواز غرامة التأخير أو الإخلال، فلا أعيدها تفصيلاً، غير أني سأشير إليها بإشارات سريعة.

أهم أدلة القائلين بالجواز هي عموم أدلة إباحة الشروط، وقد مضى ذكرها في محلّه، ولعلّ ما يمكن أن يكون منها كالنصّ في المسألة، قوله ﷺ في الحديث الصحيح: (المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرمّ حلالاً أو أحلّ حراماً)<sup>(١)</sup>؛ وكذلك الأمر بالوفاء بالعقود والشروط بعمومها، وهو المذكور في قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)، (المائدة: ١)؛ وكذا تعامل جماعة من بعض التابعين بالشرط المقتضي شيئاً من الخسران على أحد طرفي العقد، لمجرد أنه رضي بذلك، كما في صحيح البخاري: ((قال رجل لكرّيه: أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا، فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعا غير مكره، فهو عليه))؛ وروى البخاري أيضاً أن شريحا سئل عن رجل باع طعاما وقال: إن لم آتتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع، فلم يجيء، فقال شريح للمشتري: ((أنت أخلفت، فقضى عليه))<sup>(٢)</sup>.

ومن أهم الأدلة القاضية بجوازه: عدم وجود المنافي للتعويض، بل الأصل أن من تسبّب بضرر فقد تحمّل تبعته، والمقاول هنا تسبّب بضرر بتأخيره وإخلاله بما اتفق عليه مع ربّ العمل. هذه أدلة كافية بعمومها في إباحة مثل هذا الشرط، والحق أن الأدلة أوسع من هذا، غير أني لم أر ضرورة تفصيلها، لتقدّم ذلك في محلّه.

## الفرع الثاني: أدلة المانعين من غرامة التأخير أو الإخلال

استند الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود في منعه من غرامة التأخير على الأدلة التالية<sup>(٣)</sup>:

**الدليل الأول:** أنه لم يقل أحدٌ من أئمة المذاهب الأربعة بجواز التغريم على التأخّر عن المدّة المتفق عليها بين العاقدَيْن؛ **الدليل الثاني:** أن فيه من الأضرار على المقاول ما قد يذهب بأعظم مقاولته، التي هي بمثابة أجرته، وحاصل تجارته، لأن كل موادّ البناء التي يستخدمها في مقاولته هي ملكه؛ **الدليل الثالث:** منع الحنابلة للجمع بين المدّة والعمل في باب الإجارة، كأن يقول: ((أريد أن تبني لي دارا بكذا، بشرط أن تُنجز في وقت كذا، لوقوع ما يمنع التنجيز في المدّة المضروبة)).

(١) الترمذي، (٦٢٦/٣، ح: ١٣٥٣)، تفصيل القول في تفصيل تصحيحه: البحث الثالث، الفصل الأول، (هـ ٩٩).

(٢) البخاري، (٢٦٧/٢).

(٣) تنظر هذه الأدلة في: مجموعة رسائل الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، (٣٠٦/١).



## المطلب الثالث: المناقشة والترجيح

تقدّمت مناقشة أدلة المبيحين في محلّها من المبحث الثالث من الفصل الأول<sup>(١)</sup>، وكفى ذلك عن تكرير ذكرها هنا؛ إلا أنه ينبغي مناقشة أدلة المانعين للغرامة الجزائية، وهو ما أذكره فيما يلي:

**أولاً: مناقشة الدليل الأول:** وهو أنه لم يقل أحد من الأئمة الأربعة بجواز التغريم على التأخّر عن المدّة المنفق عليها بين المتعاقدين؛ **الجواب:** إن صحّ أنه لم يقل به أحد من الأئمة الأربعة، فهذا ليس بدليل في البحث العلمي، ذلك أنه حتى لو لم يقل به أحد من الأئمة الأربعة، فقد يكون صواباً رغم عدم قولهم مجتمعين به، ذلك أنهم ﷺ مجتهدون، يصحّ وقوع الخطأ والصواب منهم؛ وكذلك فإن مسألة التغريم على الإخلال، هي برُمّتها مسألة جديدة، لم تكن بذاتها مبحوثة عند الأئمة الأربعة؛ ومع ذلك، فقد قال الإمام ابن تيمية عن مذهبي مالك وأحمد: «ومن قال إن العقوبات المالية منسوخة، وأطلق ذلك عن أصحاب مالك وأحمد، فقد غلط على مذهبهما»<sup>(٢)</sup>؛ وكذلك أباح القاضي أبو يوسف التعزير بأخذ الإمام المال<sup>(٣)</sup>، رغم أن المذهب عند الحنفية عدم التعزير بأخذه<sup>(٤)</sup>؛ فإذا كان هذا موجوداً لدى هؤلاء الأئمة، فنسبة غيره فحسب إليهم لا يصحّ.

**ثانياً: مناقشة الدليل الثاني:** وهو أن فيه من الأضرار على المقاتل ما قد يذهب بأعظم مقاولته، التي هي بمثابة أجرته، وحاصل تجارتها؛ **فالجواب:** أن الفقه لا يناقش هذه القضايا. يمثل هذا المنطق، ذلك أن الضرر قد وقع من المقاتل على الطرف الآخر، فهو يُغرّم باعتباره قد وقع منه الضرر، وليس إنكاراً لجهد، أو بعض جهده.

**ثالثاً: مناقشة الدليل الثالث:** وهو منع الحنابلة للجمع بين المدّة والعمل في باب الإجارة؛ **فالجواب:** أنه استند لقوله بأقوال العلماء، لا بأصول الشريعة، مع أن الأصل الاستناد على أصول الشريعة؛ ومع ذلك، فإن استناده إنما جاء على قول اختلفوا أنفسهم فيه، بل اختلف فيه قول الحنابلة ذاتهم، الذين بنى على قولهم رأيه. ولا بد من ذكر صورة المسألة، وذكر أقوال العلماء فيها..

**صورة المسألة كما يلي:** اتفق العلماء أنه يجوز شرعاً أن يُقدّر عمل الأجير بمدّة العمل، كأن يقال له: أريدك أن تعمل لي في كذا، أي في بناء جدار أو حراثة أرض أو غيرهما، عشرة أيام، بعشرة دنانير؛ كما يجوز شرعاً أن يُقدّر عمله بمقدار العمل الذي يُنجزه، كأن يقول له: أريدك أن تبني هذا الجدار بعشرة دنانير، دون

(١) تنظر هذه الأدلة في: (١٨٤-١٨٩)، من هذا البحث.

(٢) الحسبة في الإسلام، لابن تيمية، (٤٨).

(٣) تبين الحقائق، للزيلعي الحنفي، (٣/٦٣٤).

(٤) البحر الرائق، لابن نجيم، (٥/٤٤).

أن يحدّد له المدّة؛ هذا كلّه جائز عند العلماء<sup>(١)</sup>؛ غير أن ما اختلفوا فيه هو الجمع بين المدّة وبين تنجيز عمل ما في ظرفها، كأن يقول له: أريدك أن تبني هذا الجدار بعشرة دنانير، وتنجزه في عشرة أيام؛ فهل الجمع بين المدّة ومقدار العمل المتفق عليه جائز في الفقه الإسلامي؟

في المسألة خلاف؛ فعند الإمام أبي حنيفة<sup>(٢)</sup>، وفي الأصحّ عند الشافعية<sup>(٣)</sup>، وفي إحدى الروايتين عن الإمام أحمد، أنه لا يجوز، وفي الرواية الأخرى عنه أنه يجوز<sup>(٤)</sup>؛ وأما عند المالكية، فإنه لا يجوز إذا وسّعت المدّة العمل على أحد القولين عندهم، وأما في قول آخر: فهو يجوز؛ وإن كان الزمن أوسع من العمل، جاز على الأكثر عند المالكية<sup>(٥)</sup>.

غير أن الأمر عند صاحبي أبي حنيفة يختلف، فالقاضي أبو يوسف ومحمد بن الحسن، يريانه جائزا لا غبار عليه من الناحية الشرعية<sup>(٦)</sup>.

هذه هي المسألة إذن، وهي محل خلاف، وقد استند فيها الشيخ آل محمود على أحد الرأيين عند الحنابلة، رغم الخلاف فيها عندهم وعند غيرهم.

واحتجّ الكاساني لأبي حنيفة بأن المعقود عليه في هذه الحالة مجهول، لأنه ذكر أمرين هما المدّة والعمل، والحال أن كلا منهما يجوز أن يكون معقودا عليه<sup>(٧)</sup>؛ واحتجّ الشافعية للمنع فيما إذا استأجره يوما ليخيط له قميصا: "لأنه يؤدي إلى التعارض، وذلك أنه قد يفرغ من الخياطة في بعض اليوم، فإن طُلب في بقية اليوم بالعمل، أخلّ بشرط العمل؛ وإن لم يطالب، أخلّ بشرط المدّة"<sup>(٨)</sup>؛ واختصر بعض شراح منهاج النووي دليل

---

(١) في تقدير عمل الأجير المشترك بالمدّة، أو بالعمل، في المذاهب الأربعة، ودون الجمع بينهما، يُنظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٥٤٣/٥)، والشرح الكبير، للدردير، وحاشية الدسوقي عليه، (١٢/٤)، والمهذّب، للشيرازي، (٥١٧/٣-٥١٨)، والمغني، لابن قدامة، (٨/٦).

(٢) بدائع الصنائع، للكاساني، (٥٤٣/٥).

(٣) المهذّب، للشيرازي، (٥١٧/٣-٥١٨).

(٤) المغني، لابن قدامة، (٩/٦).

(٥) الشرح الكبير، للدردير، وحاشية الدسوقي عليه، (١٢/٤)، ومواهب الجليل، للحطاب المالكي، (٥٢٧/٧)، ونقل العلامة الحطاب في المرجع نفسه، (٥٢٧/٧): "الذي قاله من يُرتضى من الشيوخ، أن الزمن الذي قيّد به الإجارة، إن كان أوسع من العمل بكثير، فلا يُختلف في الجواز؛ وإن كان أضيق بكثير، فلا يُختلف في المنع".

(٦) بدائع الصنائع، للكاساني، (٥٤٣/٥).

(٧) بدائع الصنائع، للكاساني، (٥٤٣/٥).

(٨) المهذّب، للشيرازي، (٥١٨/٣).

المنع بكلمة واحدة هي: الغرر<sup>(١)</sup>؛ وذكر بعضهم أن علة البطلان هو الاحتمال<sup>(٢)</sup>؛ وقال ابن حجر الهيتمي: «نعم، إن قصد التقدير بالعمل فقط، وإن ذكر الزمن إنما هو للحمل على التعجيل، صحّ على الأوجه»<sup>(٣)</sup>.

واحتجّ الكاساني والمرغيناني للصاحبين، وكذا ابن قدامة لهما ولأحمد في الرواية الأخرى عنه، بأن المعقود عليه في الحقيقة هو العمل، فهو المقصود أصلاً، وهو معلوم غير مجهول، أما ذكر المدة فهو للتعجيل<sup>(٤)</sup>؛ قال الكاساني متابعا للحديث عن مذهب صاحبين: «فلم تكن المدة معقودا عليها، فذكرها لا يمنع جواز العقد؛ وإذا وقعت الإجارة على العمل، فإن فرغ منه قبل تمام المدة، أي اليوم، فله كمال الأجر؛ وإن لم يفرغ منه في اليوم، فعليه أن يعمل في الغد»<sup>(٥)</sup>؛ وهو خلاف ما ذكره ابن قدامة وفق الرواية الأخرى عن الإمام أحمد، فقد قرّر أنه لو وُفّي بالعمل قبل المدة، لم يلزمه العمل حتى آخرهما، كما هو مذهب صاحبين؛ أما إذا لم يُتمّه في المدة، فللمستأجر فسخ الإجارة، وله إتمامها، بترك الأجير لیتّم عمله في اليوم التالي<sup>(٦)</sup>.

ولا بد من التأكيد أن فساد مثل هذه الإجارة عند أبي حنيفة عائد إلى إفنائها إلى المنازعة، على ما ذكر المرغيناني، وذكر في الوقت ذاته أن ذكر المدة إنما يكون للاستعجال<sup>(٧)</sup> «تصحيحاً للعقد، فترتفع الجهالة»<sup>(٨)</sup>؛ فيفهم من تعبير المرغيناني توجه صاحبين للتصحيح ما داما وجدا لذلك باباً؛ والذي يظهر لي أن تصحيح عقود المسلمين أولى من إفسادها، كلما وُجد لذلك التصحيح مسلك.

هذه هي المسألة، وهي جزء من بحث الغرر، فهل فيها غرر؟ الجواب: لا يظهر لي ذلك، لأن الغرر المنهي عنه في النصوص هو ما جهله الإنسان، وانطوى عنه أمره<sup>(٩)</sup>، وقد تقدّم ما في عمدة القاري أنه: «هو الذي لا يُدرى، أيكون أم لا؟»<sup>(٩)</sup>؛ فهل الجمع بين تحديد الزمان ومقدار العمل مما ينطوي عن الإنسان أمره؟ الجواب: لا، بل هو مما ظهر أمره بالتقدير النافي للغرر، وهذا التقدير آتٍ من ناحيتين، إحداهما: الزمان؛ والثانية: مقدار

(١) مغني المحتاج، للشربيني، (٤٥٥/٣)، وتحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي، (١٧٨/٦)، ونهاية المحتاج، للرملي، (٢٨١/٥).

(٢) نهاية المحتاج، للرملي، (٢٨١/٥).

(٣) تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي، (١٧٨/٦)؛ وبقریب منه: مغني المحتاج، للشربيني، (٤٥٥/٣)، ونهاية المحتاج،

للرملي، (٢٨٢/٥).

(٤) بدائع الصنائع، للكاساني، (٥٤٣/٥)، والهداية، للمرغيناني، (١٢٨٤/٣)، والمغني، لابن قدامة، (٩/٦).

(٥) بدائع الصنائع، للكاساني، (٥٤٣/٥).

(٦) المغني، لابن قدامة، (٩/٦).

(٧) الهداية، للمرغيناني، (١٢٨٤/٣).

(٨) القواعد الكبرى، لابن عبد السلام، (٣٠٠/٢).

(٩) عمدة القاري، للعيني، (٢٦٤/١١).

العمل؛ فإذا تقدّر كلّ منهما بما يسع الآخر، فلا وجه لاعتباره غرراً؛ أما مسألة بقاء بعض اليوم المتفق على اعتباره ظرفَ العمل الزماني دون عمل بسبب إنجاز العمل قبل انقضاء اليوم، فإنه مما يتسامح به الناس، وهو أشبه بالغرر الخفيف، ذلك أنه على ما تقدّم من كلام الكاساني والمرغيناني وابن قدامة: إن القصد من ذكر الزمان، هو الحثّ على التعجيل.

والعجيب أن الشيخ آل محمود يفترض إتيان المعقود عليه بأقلّ من الوصف فيقول عن اختلاف الأوصاف عما اتفق عليه العاقدان في عقد المفاولة: «إنه ليس للمالك إلا أقلّ ما يقع عليه الصفة»<sup>(١)</sup>؛ وهو ما يجب أن يعني أن البناء إذا كان أقلّ مما تقع عليه الصفة المتفق عليها، فهو ما يحتاج إلى تعويض الفرق بين الوصفين، أو إلى تعويض صاحب العمل، وإلا فلا معنى لقوله هذا؛ ولا يُخرج الطرفين من المشكلة ما ذكره من أنه يُقدّر حين النزاع مقدار ما أنفذ من عمل، فيأخذ بهذا المقدار من الأجرة المتفق عليها<sup>(٢)</sup>، فإن مصالح البناء أعظم من مثل هذا الحل، إذ ربما أدّى هذا الحل إلى كثير من الإضرار بربّ العمل، يوجب معه تعويضه؛ خاصّة أن المفاولة هو من أحلّ بالموعد أو بالمواصفات، فعليه يقع التعويض.

وعلى كل حال، فكما مضى، فالأمر جائز عند أحمد في رواية، وعند الصحابين أبي يوسف ومحمد؛ إذن ثمة رأيان في المسألة، رأي يبيح ورأي يُحرّم؛ فهل يجوز بناء على كل ما مضى تحريمُ أمرٍ لأجل قول من أقوال العلماء، مع وجود أقوال أخرى لغيره؟ خاصّة أن أدلّة الأقوال المبيحة أقوى من أدلّة الأقوال المحرّمة؟ إنه إن حرّمه قولٌ، فقد أباحه آخرٌ، وعلى من يقلّد إماماً ألا يمنع غيره من تقليد إمام غيره؛ أما في الاجتهاد، فالأمر منفي من أصله، إذ على المجتهد ألا يقلّد إلا النصوص؛ إنه يُفهم أن يتبع إنسانٌ قولاً من أقوال الأئمة المجتهدين، غير أنه عند البحث العلمي لا بدّ له من اتباع الدليل.

ومن حيث الدليل، فلا دليل يمنع الجمع بين المدّة والعمل في اتفاق عقد الإجارة، وما قد قيل فيه من المخذور، فليس محظوراً في واقع الأمر.

وعلى ما تقدّم، فالراجح هو جواز الجمع بين الاتفاق على المدّة والعمل معا في الإجارة، وكأثر لهذا الترجيح، يكون الاستناد لمنع الاتفاق على التعويض عن الإحلال بالمدّة المتفق عليها في عقد المفاولة على منع مثل هذا الجمع ليس صحيحاً.

(١) مجموعة رسائل الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، (٣٠٩/١).

(٢) مجموعة رسائل الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، (٣٠٩/١).

## المبحث الثاني: الاتفاق على الشرط الجزائي في عقد المقاولة

تعرّض الفقه الإسلامي لإخلال العامل وتقصيره، وأثر ذلك من حيث الضمان، لكن في مسائل كانت تناسب العصور القديمة، فنجد الكاساني مثلا يتحدّث عن حكم من دفع ثوبا إلى صباغ ليصبغه لونا، فصبغه لونا آخر، قال: «فصاحب الثوب بالخيار، إن شاء ضمّنه قيمة ثوب أبيض، وسلّم الثوب للأجير؛ وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد الصبغ فيه، إن كان الصبغ مما يزيد»<sup>(١)</sup>، إن المسألة عنده مسألة ثوب يسهل أمره تعويضا أو مسامحة، ولذلك تراه يذكر حقّ صاحب الثوب في إسقاط التضمين قائلا: «لأن الضمان وجب حقا له، فله أن يسقط حقه، ولا أجر له، لأنه لم يأت بما وقع عليه العقد رأسا، حيث لم يوفّ العمل المأذون فيه أصلا، فلا يستحق الأجر»<sup>(٢)</sup>؛ وسيأتي أن مثل هذا الإسقاط ممكن شرعا، ما لم يكن أثرا عن اشتراط سابق. يمنع التعويض.

فالمسألة إذن برمتها عند القدماء تدور حول أمور سهلة، تختلف اختلافا كبيرا من حيث حجمها عن أثر التقصير أو الإخلال في عقود المقاولات، التي لا يستسهل الناس التسامح فيها، ولذلك لم يتحدّث الكاساني عن سبق شرط التعويض فيما ذكره من أمثلة، ومع ذلك، فقد قرّر حق صاحب العمل بالتعويض عما لحق بمادّة العمل من إخلال، وجعل من حقه إسقاط ذلك التعويض<sup>(٣)</sup>.

وكان قد ثبت في المبحث السابق استحقاق رب العمل للتعويض عما لحق به من الخسارة جرّاء تقصير المقاول، أو إخلاله بمقتضيات العقد، ولكنّ الحديث لا يتوقف عند ذلك، فلا بد من إتمامه لأجل جوانب هامة تتعلق بالمقاولة، ككوّن التنفيذ إن أمكن مقدّما عليه، وحكم اشتراط المقاول إعفائه عدم الضمان، وامتناع التعويض مع وقوع الضرر، وتقادم دعوى الضمان؛ ورأيتُ شرح كل ذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول: الاتفاق على التعويض حين التقصير أو الإخلال بالعقد.

المطلب الثاني: تنفيذ المقاول لما اتّفق عليه مقدّم على التعويض ما أمكن.

المطلب الثالث: تضمين المقاول عند الإخلال أو التقصير.

المطلب الرابع: لا تضمين فيما لا يمكن التحرّز منه.

المطلب الخامس: اشتراط إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان.

المطلب السادس: التقادم في دعوى الضمان.

(١) بدائع الصنائع، للكاساني، (٧٢/٦).

(٢) بدائع الصنائع، للكاساني، (٧٢/٦).

(٣) بدائع الصنائع، للكاساني، (١٠٠/٦).

## المطلب الأول: الاتفاق على التعويض حين التقصير أو الإخلال بالعقد

يدور هذا المطلب حول ضرورة الاتفاق على التعويض في العقد ذاته، أي حول ضرورة الاتفاق على الشرط الجزائي في ذات العقد؛ ولا أقصد أن من لم يشترط فلا حق له في التعويض، ذلك أن صاحب العمل يستحق التعويض أصلاً لمجرد الضرر الذي لحق به، وإن لم يُنصّ على اشتراطه في العقد.

وإنما ينبغي في رأيي الاتفاق على التعويض في صلب العقد لأمرين: الأول: أن مثل هذا الاتفاق يحول دون كثير من الخلاف الذي قد ينتج عن الإخلال أو التقصير؛ الثاني: حتى لا يتساهل الناس بشأن الإخلال فيه، لعظم شأنه، وضخامة تكاليفه؛ إنه إذا تسامح الناس في مسائل كان الفقه يذكرها قديماً، ولم يكن يضيرها ألا تُذكر في العقد، وهي تتعلق باستصناع ثوب، أو استصناع كوز أو وعاء؛ إنه إذا تسامح الناس فيما هذا شأنه، فإن تسامحهم يتقلص كثيراً فيما يتعلّق بالإخلال والتقصير في عقود المقاولات المتعلقة بالبناء، أو حتى تلك العقود المتعلقة بما هو أدنى شأناً من البناء، لكنّه مع ذلك ذو شأن كبير، يترتب على الإخلال بالشرط فيها خسائر كبيرة لا يتسامح الناس بشأنها.

ولهذا، فالذي أراه أن النصّ على الشرط الجزائي في عقود المقاولات، يقلّص التراع بين المتعاقدين.

ومما يفيد في هذا المضمار: ما تقرّر في الفقه من منع ما يؤول إلى التراع في العقود، ويرى هذا كثيراً في فقه الحنفية، ومن أظهر ما قالوه فيه: تلك القاعدة التي ذكرها السرخسي في مبسوطه: «وكلّ جهالة تفضي إلى المنازعة فهي مفسدة للعقد»<sup>(١)</sup>؛ وتقييده الفساد بالجهالة التي تفضي إلى المنازعة معناه أن الجهالة إذا لم تُفض إلى المنازعة، فهي غير مفسدة للعقد<sup>(٢)</sup>، وهو تفقّه رائع من الحنفية<sup>(٣)</sup>؛ وقال ابن عابدين: «والجهالة ليست بممانعة لذاتها، بل لكونها مفضية إلى التراع»<sup>(٤)</sup>؛ ومن تطبيقات ابن عابدين لقاعدة منع ما يؤدّي إلى التراع، قوله معللاً منع صحّة البيع المؤجّل إلى أجل غير معلوم: «فعلته: كونه يُفضي إلى التراع»<sup>(٥)</sup>، وتعليل ابن عابدين منع صحّة

(١) المبسوط، للسرخسي، (٢/١٣).

(٢) ترتيب اللآلي في سلك الأمالي، لناظر زاده، (٦١٢/١).

(٣) القواعد والضوابط الفقهية لعقد البيع، لعبد الحميد عبد الله دية، (١٩٠).

(٤) حاشية ابن عابدين، (٥٣/٦)، وعبارة ابن عابدين قريبة من عبارة أخرى للكاساني، ذكرها عند حديثه عن البيع بشرط البراءة من العيوب في بدائع، (١٧/٧)، أما عبارة ابن عابدين، فقد ذكرها وهو يتحدّث عن أجر المرضعة، وأنه إذا كانت ترضع بطعامها وكسوتها، فهي جائزة عند أبي حنيفة، ولها الوسط لجريان العادة، وغير جائزة عند الصحابين لجهالة الأجرة؛ قال ابن عابدين: «ووجهه أن العادة لما جرت بالتوسعة على الظئر شفقة على الولد، شفقة على الولد، لم تكن الجهالة مفضية إلى التراع»، ثم ذكر كلامه المنقول أعلاه.

(٥) حاشية ابن عابدين، (٥٣١/٤).

البيع المؤجل إلى أجل مجهول بأنه يُفرضي إلى المنازعة ظاهر الدلالة في هذا؛ ثم إنه يكثر عند الفقهاء الحنفية التأكيد على منع ما يؤدي إلى التنازع، تصريحاً لا تلميحاً<sup>(١)</sup>.

ومما يجعل الاتفاق على التعويض ضرورياً في عصرنا، اختلافه عن العصور الماضية؛ فإن كثيراً مما تقدم في العصور الماضية مما قيل فيه بحكم، قد تغير حكمه لأجل اختلاف الزمان، ولأجل فساد ذمم كثير من الناس، كشأن ضمان الأجير المشترك؛ وإذا كان علماء السلف لم يلزموا بالاتفاق على التعويض عن الإخلال فيما جرى من عقود زمانهم، فإن سبب عدم لجوئهم إلى هذا في تلك العصور هو صدق ذمه المتعاملين فيها، أما وقد فسدت ذمم معظم الناس، فلا بد من اللجوء إلى حلّ لفسادها؛ إن هذا كله يقال فيه: «اختلاف عصر وزمان، لا حجة وبرهان»<sup>(٢)</sup>، فزمان مضى، وكانت ذمة الناس فيها بريئة من الفساد، تختلف فيه كثير من الأحكام التي يؤثر فيها اختلال الذمم عن زمان متأخر ساد الفساد؛ وإذا كان السلف لم يوجبوا تسجيل العقود، فإن فقهاء العصر قد أوجبوا تسجيلها، كما هو الحال في تسجيل عقد الزواج، وتسجيل الأراضي والبيوت والسيارات في سجلاتها الخاصة، ودوايرها المعتمدة؛ وهذا الذي فعلته القوانين إنما فعلته لحماية للحقوق من الضياع<sup>(٣)</sup>.

ولذلك أرى وجوب الاتفاق على الشرط الجزائي، وتسجيله، منعا لضياع كثير من الحقوق، ودفعاً للمتعاقدين أن يلتزموا بما اتفقوا عليه، وكذلك منعا من التنازع الذي قد يفرضي إلى الإخلال بالعقد ذاته.

### المطلب الثاني: تنفيذ الما قول لما اتفق عليه مقدم على التعويض ما أمكن

إن تنفيذ الما قول لما اتفق عليه مع ربّ العمل هو الأصل، لأن التنفيذ هو مقتضى كون الما قوله عقداً، وهو مأمور شرعاً بالوفاء بالعقود، قال تعالى: «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود»، (المائدة: ١)، قال الكاساني: «والفسخ ليس بالإيفاء»<sup>(٤)</sup>، فلزم ألا يكون الوفاء بالفسخ، وإنما بتقديم العمل المتفق عليه وإنجاز، وقد تقدم تقرير معنى الآية، وما تتضمنه من وجوب الوفاء بالعقود، وهذا من هذه الشاكلة؛ وقال الكاساني أيضاً: «فالإجارة عقد لازم إذا وقعت صحيحة عريّة عن خيار الشرط والعيب والرؤية عند عامة العلماء»<sup>(٥)</sup>.

(١) يُنظر على سبيل المثال: ابن نجيم في البحر الرائق، (٢٨١/٥)، فقد ذكر أن من شرائط صحة البيع: «أن يكون المبيع معلوماً، والثمن معلوماً، علماً يمنع من المنازعة، فالجهول جهالةً مفضيةً إليها غير صحيح».

(٢) ذكرها ابن نجيم في البحر الرائق، (٢٢٩/٦)، عند حديثه عن اختلاف الصاحبين وأبي حنيفة في مسألة تسليم المكفول في غير المصر الذي كفله فيه، فأبو حنيفة يرى أنه قد برئ بشروط ذكرها ابن نجيم، والصاحبان يريان أنه لم يبرأ.

(٣) يُنظر: فتاوى شرعية، لحسين محمد مخلوف، (٥٥/٢).

(٤) بدائع الصنائع، للكاساني، (٣٥/٦).

(٥) بدائع الصنائع، للكاساني، (٣٥/٦).

وإنما يصحّ التوجّه إلى الفسخ عند عجز أحد العاقدين عما أُنْفِقَ عليه، قال الكاساني عن الإجارة: «.. فلا ينفرد أحد العاقدين فيها بالفسخ، إلا عند العجز عن المضيّ في موجب العقد من غير تحمّل ضرر»<sup>(١)</sup>؛ فتنفيذ المتفق عليه واضح الوجوب في الفقه، فلا حاجة إلى تقريره، بعد ما نصّت الآية عليه، ومن شرح فقهي عليها. وهو ما أخذت به مجلّة الأحكام العدلية في مادّتها (٣٩٢)، والتي تنصّ على أنه: «إذا انعقد الاستصناع، فليس لأحد العاقدين الرجوع»<sup>(٢)</sup>، والاستصناع على ما تقدّم، هو مرجعية هامة لعقد المقاولة، والحديث عن الاستصناع، هو في وجه من وجوه حديث عن المقاولة.

وهو أيضا ما أخذ به القانون المدني الأردني، فهو لا يُلزم المفاوض بالتعويض إلا إذا تعدّر تنفيذ ما أُنْفِقَ عليه، فإذا كان تنفيذ المتفق عليه ممكنا، ولو بإصلاحه، فيجب اللجوء قانونا إلى التنفيذ، لأنه الأصل في المقاولة برُمْتِها؛ تنصّ المادة ٧٨٥ من القانون المدني الأردني على وجوب أن يُنجز المفاوض العمل، وفقا للشروط المتفق عليها، وفي حال قيامه به على وجه معيب، أو على وجه منافٍ للشروط، فالمادّة تقول: «فيجوز لصاحب العمل أن يطلب فسخ العقد في الحال، إذا كان إصلاح العمل غير ممكن؛ وأما إذا كان الإصلاح ممكنا، جاز لصاحب العمل أن يطلب من المفاوض أن يلتزم بشروط العقد، ويصحح العمل ضمن مدة معقولة».

### المطلب الثالث: تضمين المفاوض عند الإخلال أو التقصير

إنه إذا تقرّر كل هذا، وتأكّد المعنى الذي مضى شرحه، فيبقى السؤال مطروحا: إذا مضى المفاوض في العمل، غير أنه أخلّ بما اتفق عليه مع رب العمل، أو تأخّر في إنجازها، فما هو الحكم الفقهي؟

المسألة المذكورة في الفقه الإسلامي بلقب: تضمين الصنّاع<sup>(٣)</sup>، أي تضمينهم ما ينتج عن عملهم من إفساد أو إخلال، وهي كذلك المذكورة في أبواب الإجارة في الفقه الإسلامي، وهم، أي الفقهاء، قد قسموا الأجير إلى أجير خاصّ وأجير مشترك، وقد تقدّم بيان هذا؛ وهما مختلفان من حيث تضمينهما<sup>(٤)</sup>، فالأجير الخاصّ لا

(١) بدائع الصنائع، للكاساني، (٣٥/٦).

(٢) مجلّة الأحكام العدلية، المادّة (٣٩٢)، ص: (١٥٥-١٥٦).

(٣) لم أر من لُقّب هذه المسألة بهذا اللقب غير المالكية، فقد جرى في تأليفاتهم كثيرا؛ يُنظر على سبيل المثال: بداية المجتهد، لابن رشد، (١٥٣/٥)، والذخيرة، للقرافي، (٥١٢/٥)، والتاج والإكليل، للمواق، بمامش مواهب الجليل، للحطاب، (٥٥٦/٥)، ومواهب الجليل، للحطاب، (٥٥٨/٥)، وفتح العلي المالک، للشيخ عlish، (٣٦٩/١).

(٤) وسبب التفريق المذكور بين الأجير الخاصّ والأجير المشترك، هو فقه واقع المسألة، فالأصل في الأجير الخاصّ عدم التعدّي والتقصير، لأن أجرته مرتبطة بمقدار ما مكث من الزمن فيما كُلف به من مستأجره، ولذلك، فهو أخذ ما يستحقّه دون ارتباطه بكميّة الإنجاز؛ خلافا لواقع أمر الأجير المشترك، إذ يُطلب منه إنجاز صناعة ما دون تقدير هذا الإنجاز بزمان ما، فرمّا دفعه هذا إلى سرعة الإنجاز، استعجالا لإنجاز متطلّب آخر، فيؤدّي به إلى العجلة، تلك التي تؤدّي إلى تلف السلعة، أو إلى



يضمن إلا بالتعدّي أو التقصير، إذ إن يده يد أمانة، ويد الأمانة لا تضمن إلا بالتقصير أو التعدّي، وهو قول متفق عليه في الفقه الإسلامي؛ أما الأجير المشترك، فقد اختلفوا في تضمينه، فمنهم من قال: إنه يضمن ولو دون تعدّد أو تقصير، وهو قول الصحابين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، وهو المفتى به عند الحنفية، وكذلك هو قول الإمام مالك رضي الله عنه<sup>(١)</sup>؛ وقال آخرون: هو كالأجير الخاصّ، لا يضمن إلا بالتعدّي والتقصير؛ وهو قول أبي حنيفة، وهو غير مفتى به عند الحنفية، وكذلك هو قول الشافعية على الأظهر عندهم<sup>(٢)</sup>؛ ويظهر أن الإمام الشافعي لم يكن ييوح برأيه في عدم ضمان الأجير المشترك خشية من الآجر السوء<sup>(٣)</sup>.

قال ابن رشد الحفيد في بيان دليل من ضمّنه: «ومن ضمّنه، فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة، وسدّ الذريعة»<sup>(٤)</sup>؛ وذكر الخطاب الرعيبي أن تضمين الصناع من المصلحة العامة<sup>(٥)</sup>.

والتعويض مقرّر في مجلّة الأحكام، ففي المادة (٦١١) منها: «الأجير المشترك يضمن الضرر والخسار الذي تولّد عن فعله وصنعه، إن كان بتعدّيه وتقصيره، أو لم يكن»؛ وفي سياق المادة (٦٠٨) من المجلّة ورد ما يلي: «.. كذلك لو أعطى أحدًا قماشًا لخياط، وقال: إن خرج قباءً فصّلّه، وقال الخياط: يخرج، وفصلّه، فإن لم يخرج قباءً<sup>(٦)</sup> له أن يضمن الخياط القماش»؛ وبهذا تكون المسألة قد دخلت أبواب التقنين القائم على الفقه الإسلامي.

### المطلب الرابع: لا تضمين فيها لا يمكن التدرّز عنه

غير أنه لا بدّ من الالتفات إلى أن الأجير المشترك، على ما تقدّم من خلاف في تضمينه، لا يضمن عند بعض من يرون تضمينه إذا تبين أن ما تحت يده تلف جرّاء سبب لا قدرة له على منعه، كحريق غالب، أو غرق غالب، وما شابهه من الأسباب، وهو مذهب الصحابين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى<sup>(٧)</sup>؛ وجاء في

---

التقصير في العمل؛ يُنظر: فقه الواقع، دراسة أصولية فقهية، لحسين مطاوع الترتوري، نشرته مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، في عددها الرابع والثلاثين، (١٠٧).

(١) يُنظر قول الصحابين والمفتى به عند الحنفية في الهداية، للمرغيناني، (١٢٨٧/٣)، ويُنظر قول مالك في بداية المجتهد، لابن رشد، (١٥٣/٥).

(٢) يُنظر قول أبي حنيفة في الهداية، للمرغيناني، (١٢٨٧/٣)، وقول الشافعية في روضة الطالبين، للنووي، (٢٢٨/٥).

(٣) يُنظر في هذه الناحية: الوسيط، للغزالي، (١٨٨/٤).

(٤) بداية المجتهد، لابن رشد، (١٥٣/٥)، ويُنظر في قريب منه: الذخيرة، للقرافي، (٥٠٣/٥-٥٠٤).

(٥) مواهب الجليل، للخطاب الرعيبي، (٥٥٨/٧).

(٦) القباء لباس من الأليسة؛ يُنظر: تهذيب اللغة، للأزهري، (٢٨٦٨/٣).

(٧) بدائع الصنائع، للكاساني، (٥٨/٦)، مجمع الضمانات، لابن غانم البغدادي، (٢٧)؛ وتعليقا على قول الصحابين يقول

إقرار الشرط الجزائي في فتوى هيئة كبار العلماء بالسعودية: «.. ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً، فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول»<sup>(١)</sup>.

وهو ما يتلاقى مع المادة ٧٨٦ من القانون الأردني: «يضمن الما قول ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة، سواء أكان بتعديه أو تقصيره أم لا؛ وينتفي الضمان إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه». إن اشتراط الفقهاء، وكذلك اشتراط القانون، ألا يقع حدث لا يمكن التحرز منه، يذكر بنظرية حديثة العنوان، قديمة المضمون، اسمها: نظرية الظروف الطارئة<sup>(٢)</sup>، وهذه النظرية تتعلق بالعقود التي يتراخى تنفيذها عن وقت إبرامها، كالإجارة مثلاً<sup>(٣)</sup>.

وجاء ما يمكن أن يوصف بأنه العذر الطارئ عند الحنفية في سياق بحثهم لفسخ عقد الإجارة، وعرفوه في ذلك السياق بقولهم: «وتفسخ بالعذر، وهو عجز أحد العاقدين عن المضي في موجبها إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به»<sup>(٤)</sup>، أي لم يستحق بنفس العقد<sup>(٥)</sup>، فالعقد لم يدُر حوله، لعدم تصوّره حينه، فلم يُنصّ عليه فيه. هذا، وللنظرية شواهد يمكن أن تشهد لها في التراث الفقهي الإسلامي، وأذكرها في هاتين المسألتين:

---

ابن عابدين في حاشيته، (٦/٦٥)، نقلا عن بعض علماء المذهب: «..وقولهما قول عمر وعليّ، وبه يُفتى، احتشاما لعمر وعليّ، وصيانة لأموال الناس»؛ ويُنظر في ضمان الأجير المشترك: المادة ٥١٤ من مرشد الحيران لقدرى باشا، (٨٤). (١) قرار هيئة كبار العلماء في السعودية نشرته: مجلة البحوث الإسلامية الصادرة عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالرياض، في عددها الثاني (١٣٩٥-١٣٩٦هـ)؛ في الصفحة، (١٤١). (٢) يقوم فحوى نظرية الظروف الطارئة على أن ثمة حادثا أو ظرفا أو عذرا خاصا أو عاما، قد طرأ بعد إبرام العقد، أو قبل تنفيذه، أو أثناء التنفيذ، بحيث يجعل تنفيذ الالتزام التعاقدى ضارا بالملتزم ضررا زائدا أو فاحشا، دون أن يكون مستحقا بذات العقد، على ما ذكره الدكتور فتحي الدريني في كتابه النظريات الفقهية، (١٤٧)؛ ويذكر الدكتور صبحي الحمصاني في النظرية العامة للموجبات والعقود، (٤٩٧)، أن القانون الفرنسي استعمل عبارتي القوة القاهرة، والأحوال الطارئة؛ وأن القانون اللبناني استعمل كلمة القوة القاهرة؛ وأن رجال الشريعة الإنكليزية استعملوا عبارة الحادث الإلهي. (٣) النظريات الفقهية، لفتحي الدريني، (١٤٩)؛ وسبب تعلّقها بالعقود التي يتراخى تنفيذها عن وقت إبرامها، هو أنّها تقوم على ضرورة تصوّر حدث يقع بعد الإبرام دون إمكانية تصوّره عند الإبرام، فهو في حالة وقوعه عند الإبرام لا يكون حدثا طارئا، بل سيكون واقعا مرثيا، فلا يكون محلا للعذر، ولأن كلا المتعاقدين يمكنه اتخاذ ما يناسبه جرّاء ما هو واقع فعلا؛ يُنظر: المرجع نفسه، (١٥٠).

(٤) الكتر، للنسفي، مع شرحه: تبين الحقائق، للزيلعي، (١٥٩/٦-١٦٠)، وتكملة الطوري للبحر الرائق، (٤٢/٨).

(٥) كما في تبين الحقائق، للزيلعي، (١٦٠/٦)، وتكملة الطوري للبحر الرائق، (٤٢/٨).

**الأولى: مسألة وضع الجوائح بعد إبرام العقد:** وأصل المسألة ما ورد في الحديث الصحيح أن رسول الله ﷺ قال: (لو بعث من أخيك ثمرا، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا؛ بِمَ تأخذ مال أخيك بغير حق؟)<sup>(١)</sup>، وهذا الذي دعا إليه الرسول ﷺ هو ما يُسمّى: وضع الجوائح؛ والجوائح جمع جائحة، وهي الآفة التي تهلك الثمار والأموال، وتستأصلها<sup>(٢)</sup>، وقال ابن قدامة: «الجائحة كل آفة لا صنع للآدمي فيها، كالريح والبرد والجراد»<sup>(٣)</sup>، فهي إذن على هذا ذات أسباب بعيدة عن صنع الآدمي<sup>(٤)</sup>.

قال ابن تيمية عن الحديث: «فيه بيان أن في ذلك أكلا للمال بالباطل، حيث أخذه في عقد معاوضة، بلا عوض مضمون»<sup>(٥)</sup>؛ والحديث بإطلاقه، وبصيغة منع الحلّ، وبوصف الرسول ﷺ أخذ ثمن الثمر الذي أصابته الجائحة بأنه أخذٌ للمال بغير حقّ؛ الحديث بكل ذلك، يفيد أن العقد ها هنا غير لازم، وهو قول الحنابلة، قال ابن قدامة: «إن ما تملكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع، وبهذا قال أكثر أهل المدينة»<sup>(٦)</sup>؛ وعند المالكية لا يجب الوضع فيما دون ثلث ما تذهب به الجائحة<sup>(٧)</sup>.

والمسألة محلّ خلاف بين الفقهاء؛ قال الحنفية والشافعية: لا يجب وضع ما أذهبته الجائحة عن المشتري، بل تكون من ضمانه<sup>(٨)</sup>، ومحل الاختلاف هو إصابة الثمرة إذا بيعت بعد بدوّ صلاحها، وقبل قطف المشتري لها<sup>(٩)</sup>.

**الثانية: فسخ الإجارة إذا أدت إلى إضرار بالمستأجر لم يكن في حسابه حين التعاقد:** وهو ما يقول به الحنفية، فيجوز عندهم فسخ المستأجر لعقد الإجارة إذا تبين له بعد إبرام العقد، وأثناء مسيرة إنفاذه، أن ضررا

(١) مسلم، (٦٢/٦)، ح: (١٥٥٤)، وأبو داود، (٢٥٧/٣)، ح: (٣٤٧٠)، والنسائي، (٣٠٥/٧)، ح: (٤٥٤٠)، وابن ماجه، (٤٦/٣)، ح: (٢٢١٩).

(٢) النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير، (٣١١/٢-٣١٢)؛ وبمعناه في نيل الأوطار، للشوكاني، (١٠/١١٨).

(٣) المغني، لابن قدامة، (٢١٦/٤).

(٤) المالكية ممن يقولون بوضع الجوائح في حدود ثلث الثمر، على ما هو مبين أعلاه، وقد اختلف قولهم في بعض ما هو سبب الجائحة، كما في الذخيرة، للقرافي، (٢١٢/٥)؛ وفيه، (٢١٣/٥)، عن بعض المالكية أنه يدخل في الجائحة اكتراء الفندق، ثم خلوّ البلد من سكانه، لتعدّر قبض المنفعة؛ وكذلك لو انجلى أهل الثمرة عنها، ولم يجد المشتري من يبيعه.

(٥) مجموعة الفتاوى، لابن تيمية، (٣٢/٢٩).

(٦) المغني، لابن قدامة، (٢١٥/٤).

(٧) يُنظر: الذخيرة، للقرافي، (٢١٢/٥-٢١٣).

(٨) للحنفية يُنظر: شرح معاني الآثار، للطحاوي، (٣٦/٤)، وإعلاء السنن، للتهانوي، (٣٩/١٤)؛ وللشافعية: الوسيط، للغزالي، (١٩٣/٣).

(٩) النظرية العامة للموجبات والعقود، لصبحي الحمصاني، (٤٩٨).

غير متوقَّع عند إبرامه قد ظهر بعد أثناء الإنفاذ<sup>(١)</sup>، وينفرد به الحنفية، ويصلح أن يستند عليه هنا، أي أن الحنفية يقرّرون سلب صفة اللزوم عن عقد الإجارة لأجل الحدث الطارئ؛ يقول السرخسي محتجًا لقول الحنفية: «وعندنا: جوازُ هذا العقد للحاجة، ولزومُه لتوفير المنفعة على المتعاقدين، فإذا آل الأمر إلى الضرر أخذنا فيه بالقياس، وقلنا: العقدُ في حكم المضاف في حق المعقود عليه، والإضافة في عقود التمليكات تمنع اللزوم في الحال، كالوصية؛ ثم الفسخ بسبب العيب، لا لعين العيب، فإذا تحقّق الضرر في إيفاء العقد، يكون ذلك عذرا في الفسخ، وإن لم يتحقّق العيب في المعقود عليه»<sup>(٢)</sup>، ولا بن رشد كلام حسن مفيد في هذا الباب، يقول: «قال أبو حنيفة وأصحابه: يجوز فسخ عقد الإجارة للعذر الطارئ على المستأجر»<sup>(٣)</sup>، وشاهدي في كلام ابن رشد هو ذكره لتعبير الفسخ للعذر الطارئ.

إن مآل العقد اللازم عند الحنفية في صورته المذكورة، هو وقوع الضرر على أحد المتعاقدين، فانتفى لزومه الصادر عن الحاجة أصلا، وصار في حكم غير اللازم؛ «إن وجوب أصل النظر في مآل العذر الطارئ، وهو الضرر الواقع أو المتوقَّع، كان ملحظا قويا لأئمة المذهب الحنفي بوجه خاص، فيما يتعلق بإثبات حق الفسخ بالعذر في عقد الإجارة، ذلك أن العذر الطارئ يؤدي إلى الضرر مآلا فيما لو مضى المدين الذي كان العذر في جانبه على موجب العقد، ونفد ما التزم به في ظل هذا العذر»<sup>(٤)</sup>.

وليس المقام مقام ترجيح قول على قول في المسألتين، بل هو مقام إبراز أصل في الفقه الإسلامي للقول بعدم لزوم العقد في حالة العذر الطارئ بعد إبرامه.

### المطلب الخامس: اشتراط إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان

قد يشترط المقاول أو المهندس في عقود المقاولات إعفاءهما من الضمان، فيرضى رب العمل بذلك، ربما لأنه لم يتصوّر إحلالا أو تقصيرا سيقع؛ وربما دفعه استعجاله إلى قبول مثل هذا الشرط؛ فهل يصحّ هذا في الفقه الإسلامي والقانون؟ وسأبحث هذه المسألة في الفروع التالية:

(١) يُنظر: المبسوط، للسرخسي، (٢/١٦)، وسيأتي كلامه قريبا إن شاء الله تعالى.

(٢) المبسوط، للسرخسي، (٢/١٦).

(٣) بداية المجتهد، لابن رشد، (٥/١٥٠).

(٤) النظريات الفقهية، لفتحي الدريني، (١٧٤).

## الفرع الأول: التفريق بين يد الأمانة ويد الضمان في التحويض

لا بدّ من تمهيد للمسألة بتلك القاعدة التي تنصّ على أنه لا ضمان على يد الأمانة إلا بالتقصير أو التعدي أصلاً، عدا ما سيأتي عند المالكية؛ وأن يد الضمان ضامنة بكل حال؛ مع اختلافهم في بعض ما يدخل في يد الأمانة ويد الضمان، كيف ينطبق ما تقدّم على ما يدور البحث حوله<sup>(١)</sup>؟

إنه يخرج من طائفة هذا البحث ما كانت اليد فيه يد أمانة، إذ هي غير ضامنة أصلاً إلا بالشرط المذكور، فلا داعي لاشتراط صاحبها ألا يضمن، فإن اشترط، فقد يتخفى قصد التعدي وراء شرطه، إذ الأصل أنه غير ضامن، فكيف يشترط عدم الضمان فيما هو غير ضامن فيه إلا بنية التعدي؛ إنه يشير على نفسه بالتهمة!

أما يد الضمان، فصاحبها ضامن، ولو لم يتعدّ، وهو الذي قد يسعى إلى إعفاء نفسه من الضمان، لأنه أصلاً ضامن؛ ولقد تقرّر في الفقه الإسلامي عدم صحّة اشتراط يد الضمان عدم الضمان، استناداً إلى نصوص الشرع، وعلى ما سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى حسب المقرّر في المذاهب الأربعة، وما تسمح مساحة البحث به من كلامهم في هذا الموضوع..

## الفرع الثاني: تأصيل منع صحة عدم اشتراط الضمان شرعاً

لم أجد في الحقيقة نصّاً من نصوص الوحي يدلّ بوضوح على منع صحّة عدم اشتراط الضمان شرعاً فيما هو من المضمونات، سوى ما يمكن استفادته من بعض الأحاديث مع بعض تأويل لها؛ وأذكرها هنا حديثين يمكن اعتبارهما دليلاً على منع صحة اشتراط عدم الضمان، مع بيان وجه دلالة كل منهما على المطلوب:

---

(١) يقسم الفقه الإسلامي اليد التي تقع عينٌ ما في حيازتها إلى نوعين: الأولى: يد أمانة؛ والثانية: يد ضمان؛ فيد الأمانة هي التي تضمن ما تحتها بالإتلاف أو التقصير في الحفظ أو بالتعدي؛ ويد الضمان هي التي تضمن بالتلف ولو من غير قصد ممن هي تحته ولو لم يقع تعدّ؛ والفارق بينهما حسب بعض العلماء يعود إلى الغاية التي تقع تحتها عين ما تحت يد ما؛ فإن كانت الغاية لصالح من هي تحته يده، فهي يد ضمان؛ وإن كانت الغاية لأجل مالكها، فهي يد أمانة؛ فمثلاً: الوديعة شرعت لأجل صاحب المال المودع، فهو من يذهب لإيداعها إلى فلان من الناس، لحفظها، فناسبها أن تكون يد المودع يد أمانة؛ ويدخل في يد الضمان ما وقع في حيازتها وقوعاً غير شرعي، كالمغصوب في يد غاصبه، يده يد ضمان؛ يُنظر: الضمان في الفقه الإسلامي، لعلي الخفيف، (٧٨-٨٣)؛ ويرى العلامة علي الخفيف التفريق بين يد الضمان ويد الأمانة بقوله: «يد الأمانة ما كانت عن ولاية شرعية، ولم يدل دليل على ولاية صاحبها، وما عداها يد ضمان»، يُنظر: المرجع نفسه، (٧٩).

ولا داعي لبحث ما يدخل في يد الأمانة وما يدخل في يد الضمان، بل يكفي ما تقدّم من أن من كانت يده يد الضمان فهو ضامن ولو بلا تعدّ؛ ومن كانت يده يد أمانة، فلا يضمن إلى بالتقصير أو التعدي؛ وعلى خلاف للمالكية بتفريقهم بين من تكون يده يد أمانة بما يمكن أن يخفى، فالذي هو في حيازته ضامن، وبين ما لا يخفى، فلا يضمن إلا بالتهمة كما سيأتي.

**الأول:** قوله ﷺ: (الخراج بالضمان)<sup>(١)</sup>، وقد تلقاه العلماء بالقبول<sup>(٢)</sup>، ووجه دلالة على المقصود آتية من جهة صيغته الدالة على أن استحقاق غلة الشيء يكون بمقابل استحقاق صاحبها لضمائها، فالضمان ها هنا مستحق، وهو الأصل، والرسول ﷺ أراد إثبات حق المستغل لما بين يديه، تأسيسا على أن عليه ضمانه، وهذا يفهم من قصة الحديث، وهي أن رجلا ابتاع غلاما، فأقام عنده ما شاء الله تعالى، ثم وجد به عيبا، فخاصم البائع إلى النبي ﷺ، فردّه عليه، فقال البائع: يا رسول الله، قد استغلّ غلامي، فقال له ﷺ: فأسس الرسول ﷺ استحقاقه للغلة، على تكلفه بالضمان، فيكون التكلف بالضمان واجبا بإيجاب الشرع له، فلا معنى لشرط ينقض هذا الأصل الشرعي، فظهر أن اشتراط عدم الضمان في المضمونات يخالف الأصل فيها.

**الثاني:** قوله ﷺ: (على اليد ما أخذت، حتى تؤديه)<sup>(٤)</sup>، أي يجب على اليد ردّ ما أخذته<sup>(٥)</sup>، فما أخذته اليد، «ضمان على صاحبها»<sup>(٦)</sup>؛ والحديث مختلف في صحته، ومصحّوه موصوفون بالعلم والخبرة<sup>(٧)</sup>، ويكفي هذا في القول بتصحيحه؛ ووجه دلالة على المطلوب آت من صياغته، فقوله ﷺ: (على اليد..)، تحمل معنى الوجوب، أي يجب على اليد ضمان ما أخذت؛ وتتميما لوجه الدلالة أقول: إن الشرع يأمر بالضمان ها هنا، واشتراط عدمه ينافي الأمر الشرعي، فيكون غير صحيح.

وأضيف إلى هذين النصين أصلا هاما في هذا المضمون، وهو أن اشتراط عدم الضمان في المضمونات، يضيّع مصالح الناس، ويؤدّي إلى التزاع بينهم حين وقوع ما يقتضي الضمان، فيفقد الناس بعد ذلك ثقتهم ببعضهم في تعاملاتهم، فيمتنعون من التعامل مع بعضهم إلا باشتراط هذا الشرط، نقل المالكية عن مالك ﷺ قوله إنه لو مكّن الصانع من اشتراط عدم الضمان: «ما عمل أحدٌ منهم حتى يشترط ذلك، ولا بد للناس من

(١) تقدّم تخريجه في الصفحة (١٩)، من هذا البحث.

(٢) شرح معاني الآثار، للطحاوي، (٢٢/٤).

(٣) أبو داود، (٢٦٩/٣)، ح: ٣٥١٠.

(٤) تقدّم تخريجه في الصفحة (١٨)، من هذا البحث.

(٥) تحفة الأحوذى، للمباركفوري، (٥٤٦/٤).

(٦) فيض القدير، للمناوي، (٣٢١/٤).

(٧) ويكفي إقرار الذهبي للحاكم على تصحيحه، وحكم شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد محققي ج ٣٣ من المسند: بأنه

حسن لغیره؛ كما في المسند، طبعة الرسالة، (٢٧٧/٣٣)، ح: ٢٠٠٨٦.

ويُنظر لتفصيل القول فيه: (١٨-١٩)، من هذا البحث.

عمل ثياهم<sup>(١)</sup>، وهو احتجاج قويّ، وسيأتي كلام مالك في سياق قول المالكية في المسألة فيما يأتي إن شاء الله تعالى.

### الفرع الثالث: أقوال المذاهب الأربعة في اشتراط عدم تضييع يد الضمان

تضمين يد الضمان، أي الحائزة للشيء شرعا، لكن لمصلحة حائزها؛ أو اليد الحائزة بغير موافقة الشرع؛ تضمين يد الضمان هذه مقرّر عند المذاهب الأربعة، رغم اختلافهم في بعض ما يدخل في يد الضمان؛ ومذاهب العلماء تكاد تتوافق على ما تقدّم، مع ما سأشير إليه من خلافات أو تفصيلات داخل بعض المذاهب.

**أولاً: مذهب الحنفية:** أما الحنفية، فقد قال ابن نجيم الحنفي في تصوير مذهبهم: «..لأن اشتراط عدم الضمان في المقبوض على السوم باطل»<sup>(٢)</sup>، والمقبوض على السوم هو المبيع الذي يقبضه المشتري بنية سومه، بعد معرفته بالثمن، فهو ضامن عند الحنفية كما يدل عليه سياق كلام ابن نجيم، واشترطه عدم الضمان فيما هو ضامن له أصلا، اشتراط باطل، إذ يتضمّن إكراهها له في أمر ليس من مصلحته، وليس من مقتضى العقد؛ ومسألة أخرى من فقه الحنفية: إن يد المرهّن عندهم يد ضمان<sup>(٣)</sup>، ومع ذلك، فقد ذكر ابن عابدين أن المرهّن «إذا شرط عدم الضمان لو ضاع، فالرهن جائز والشرط باطل، ويهلك بالدّين»<sup>(٤)</sup>، والمعنى أن الرهن يهلك بمقابل دين الدائن المرهّن؛ وبهذا يظهر أن اشتراط عدم الضمان فيما يد حائزَه يد ضمان، اشتراط باطل عند الحنفية؛ وفي الدرّ المختار في سياق حديثه عن شرط ضمان المستعير من غير تعدّد: «وشرط الضمان باطل كشرط عدمه في الرهن»<sup>(٥)</sup>؛ غير أن حديثه مخصوص بمنع اشتراط عدم الضمان في الرهن، وأنه باطل.

ولم أجد للحنفية نصوصا غير ما تقدّم، غير أنه يمكن الخروج منه بتعميم القول في كل ما يتعلق بيد الضمان من حيث عدم جواز اشتراط عدم تضمينها، إذ ما تقدّم كافٍ في إقرار الأمر.

**ثانياً: مذهب المالكية:** ويظهر لي أن المالكية أفاضوا في الموضوع أكثر من الحنفية، بل أكثر من سائر المذاهب، كما سيأتي..

(١) فتح العلي المالكي، للشيخ عيش، (٣٦٩/١).

(٢) البحر الرائق، لابن نجيم، (١٣/٦)؛ ويُنظر: درر الحكام، لعلي حيدر، (٢٥٣/١)، عند شرحه للمادة (٣٠٨)، و(٢١٨/٢)، عند شرحه للمادة (٧٧١).

(٣) حاشية ابن عابدين، (٤٧٩/٦).

(٤) حاشية ابن عابدين، (٤٧٩/٦)؛ ومثله في مجمع الضمانات، لأبي محمد بن غانم، (٩٣)، ودرر الحكام، لعلي حيدر،

(٧٥/١)، وذلك عند شرحه للمادة (٨٣) من المحلّة.

(٥) حاشية ابن عابدين، (٣٨٩/٨).

فقد نقل القرافي في الذخيرة عن ابن رشد الجدلّ قوله في ضمان الأجير عند المالكية: «إذا اشترط عدم الضمان؛ ثلاثة أقوال: المشهور أنه لا ينفعه، لأنه خلاف مقتضى العقد، وكذلك المرتهن والمستعير؛ وقال أشهب: ينفع، لأن الأصل اعتبار العقود، ولأنه كان قادرا على عدم التزامه، وإنما رضي المسمّى لسقوط الضمان، وينفع فيهما، لأنه زيادة معروف، بخلاف الإجارة، لأنها مكايسة»<sup>(١)</sup>؛ وظاهر من هذا النصّ أن مثل هذا الاشتراط لا ينفع مشرطه على المشهور من مذهب المالكية، لمخالفته مقتضى العقد، فألقت نظرية مقتضى العقد بذاتها على المسألة، فبدا أن اشتراط عدم الضمان منافٍ للعقد، إلا ما كان عند أشهب من المالكية، فلم ينظر إليها بهذا المنظار، بل ذهب بها إلى أصل آخر هو حرّية الاشتراط في الشريعة.

وفي تقسيم فتح العلي المالك للشروط المتعلقة بالرهن والوديعة والعارية، وفي القسم الثالث من هذه الشروط: «ما لا يبطل به الرهن، ولا يلزم الوفاء به، كما إذا شرط المرتهن عدم الضمان فيما يغاب عليه»<sup>(٢)</sup>، أو شرط الراهن على المرتهن ضمان ما لا يغاب عليه»<sup>(٣)</sup>؛ فاشتراط عدم الضمان فيما هو من عقود الضمان؛ واشتراط الضمان فيما هو من عقود الأمانات، غير لازم الوفاء به؛ ومثل الرهن في التفرقة بين ما لا يغاب عليه، وما يغاب عليه: العواري وضمان الصنّاع والبيع بخيار»<sup>(٤)</sup>؛ فإن شهدت بينة بتلفه أو هلاكه بغير سببه، فلا ضمان عليه، لأن الضمان هنا للتهمة، وهي عند عدم البينة موجودة»<sup>(٥)</sup>؛ ولو شرط المرتهن عدم الضمان، فلا يصحّ هذا الشرط، «لأنه من إسقاط الشيء قبل وجوبه...، خلافاً لأشهب القائل بعدم الضمان عند الشرط»<sup>(٦)</sup>.

وفي فتح العلي المالك أيضا: «إذا شرّط رب الوديعة على المودّع أن يضمنها إذا ضاعت، فشرطه باطل»<sup>(٧)</sup>، وعند المالكية تفريق بين ما يغاب عليه من الشيء المعار، ومما لا يغاب عليه؛ فيما لا يغاب عليه، لا

(١) الذخيرة، للقرافي، (٥٠٥/٥)؛ هذا، ولم يذكر القرافي القول الثالث.

(٢) ومعنى: ما يغاب عليه: أي ما يمكن إخفاؤه وكتمه، كحليّ وسلاح وثياب وكتب؛ ومعنى ما لا يغاب عليه، أي ما لا

يمكن إخفاؤه، كسفينة وحيوان وعقار؛ يُنظر: الشرح الكبير، للدردير، وحاشية الدسوقي عليه، (٢٥٣/٣-٢٥٤).

(٣) فتح العلي المالك، للشيخ عlish، (٣٦٦/١).

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (٢٥٤/٣).

(٥) الشرح الكبير، للدردير، وحاشية الدسوقي عليه، (٢٥٤/٣).

(٦) الشرح الكبير، للدردير، مع حاشية الدسوقي عليه، (٢٥٤/٣).

(٧) فتح العلي المالك، للشيخ عlish، (٣٦٨/١).



يصحّ اشتراط المعير على المستعير الضمان، وفيما يغاب عليه، لا يصحّ اشتراط المستعير على المعير عدم الضمان، والشرطان المذكوران باطلان<sup>(١)</sup>.

هذا، ويظهر أن مسألة اشتراط المستعير عدم ضمانه تخالف بعض ما تقدّم ذكره عن المالكية، فهي محل اختلاف عندهم، إذ فرّق بعضهم بين اشتراط الضمان فيما أصله من أعمال المعروف التي يقدّمها إنسان لآخر، كالعين المعارة، فهي معروف من المعير إلى المستعير؛ وبين اشتراط الضمان فيما أصله مكايسة، قال هؤلاء: إذا شرط المستعير عدم الضمان، فله شرطه، لأن المعير يكون بالموافقة قد عمل معروفين؛ أما إذا شرط الصانع أو المرتهن أو ما كان أصله من باب المكايسة؛ إذا اشترط هؤلاء عدم الضمان، فهو ضامن، وشرطه يسقط<sup>(٢)</sup>.

وأخيراً أنقل عن المالكية ما ذكره من قول مالك: «إذا اشترط الصانع أن لا ضمان عليه، فشرطه ساقط، ولو مكنّ من ذلك، ما عمل أحد منهم حتى يشترط ذلك، ولا بد للناس من عمل ثيابهم»<sup>(٣)</sup>، وما نقلوه عن أشهب: «أن لهم شرطهم، يريد: ما لم يكثر ذلك منهم، وإن كثر اشتراطهم سقط، ولم يوفّ لهم بذلك»<sup>(٤)</sup>، ونقل العلامة حطّاب خلافاً في المسألة عند المالكية، وأضاف ملخصاً المسألة: «قلت: وظاهر الروايات أن الشرط باطل، والإجارة لازمة، ولا يُزاد على المسمّى»<sup>(٥)</sup>، أي على الأجر المسمّى.

إن اقتراب مسائل البحث برُمته إلى مسائل الإجارة، تجعل هذا المنقول عن عدم صحة اشتراط الصانع عدم الضمان خطوةً هامّةً للبحث، دون تلك المسائل الأخرى المذكورة عند المالكية، والتي نقلت بعضها، وأترك سائرها<sup>(٦)</sup>.

**ثالثاً: مذهب الشافعية:** وفي نصّ جامع للشافعية: «فإن أودعه وشرط عليه الضمان، لم يصرّ مضموناً، لأنه أمانة، فلا يصير مضموناً بالشرط، كالمضمون لا يصير أمانة بالشرط»<sup>(١)</sup>، وكونه نصّاً جامعاً جاء من جهة

(١) التاج والإكليل، للمواق، (٧/٢٩٩).

(٢) فتح العلي المالک، للشيخ عيش، (١/٣٦٦).

(٣) فتح العلي المالک، للشيخ عيش، (١/٣٦٩).

(٤) فتح العلي المالک، للشيخ عيش، (١/٣٦٩).

(٥) فتح العلي المالک، للشيخ عيش، (١/٣٦٩).

(٦) كالذي في فتح العلي المالک، للشيخ عيش، (١/٣٥٥): «إذا باع الحائط، وشرط في عقد البيع أن الجائحة على المشتري، فالبيع جائز والشرط باطل، وتلزم الجائحة البائع إذا نزلت»؛ وسياق كلامه يدلّ على أن المشتري هنا هو الثمرة؛ وذكر بعد أن قرّر هذا الكلام خلافاً عند المالكية في صحة هذا الشرط أو فساده، منها قول منسوب لمالك بصحة البيع وبطلان الشرط؛ وذكر مسألة أخرى، وهي أنه اشترى أرضاً وفيها زرع أخضر، فاشترط المشتري أن الزكاة على البائع، ونقل في المرجع نفسه، (١/٣٥٦)، قول مالك بصحة البيع وبطلان الشرط.

التقعيد الذي يميّز به هذا النصّ، فسياقه يدلّ على أن القاعدة عندهم هو أن ما كانت يدُ حائزهُ يدَ أمانة، فلا تصير يدَ ضمان بالشرط، أي لا يلزمه شرط الضمان؛ وأن ما كانت يدُ حائزهُ يدَ ضمان، فلا تصير يدَ أمانة بالشرط، أي لا ينفعه اشتراط عدم الضمان؛ وهو ما يقرب مسألة البحث بشكل أكبر، يمتنع بموجبه عدم صحة اشتراط نفي الضمان في عقود المقاولات.

**رابعاً: مذهب الحنابلة:** وفي كلام شبيهه بكلام الشافعية، يقول ابن قدامة: «..أن كل عقد اقتضى الضمان، لم يغيّره الشرط»<sup>(٢)</sup>؛ وساق كلامه هذا أثناء عرضه لمسألة اشتراط نفي المستعير ضمان ما استعار، فكان كلامه هذا أصلً يستند عليه فيها؛ وقال ابن قدامة أيضاً في الكافي عن ضمان العارية: «فإن شرط نفي الضمان، لم ينتف، لأن ما يُضمن، لا ينتفي بالشرط»<sup>(٣)</sup>؛ وهو تقعيد هامّ لمسألة البحث.

### **الفرع الرابع: بطلان اشتراط عدم الضمان في المهذونات**

إن هذه النقول الفقهية المذهبية، والتأصيل الشرعي السابق للمسألة، إن كل ذلك يكفي لتأسيس القول في مسألة البحث، لكن، مع إضافة أصل آخر، كنت قد ذكرته في ضوابط الشرط الصحيح في الشرع، وذلك في المبحث الثالث من الفصل الأول<sup>(٤)</sup>، هو ألا يكون الشرط عملية تحكّمية، يخرج بها المشتري عن لزوم ما يلزمه، لصالح نفسه، مع إكراه الطرف الآخر، الذي ما قبل إلا تحت قهر حاجته؛ إنه يبدو لي بعد هذه الجولة منع اشتراط عدم الضمان في عقود الضمان كلّها، لأنه:

- ١- مخالف لدلالة الحديثين المذكورين في الفرع الثاني.
- ٢- ولأنه ممتنع عند كل من نقلت عنهم من الفقهاء، باستثناء أشهب من المالكية، مع نصّ المالكية أنفسهم على عدم صحّة هذا الشرط، كما تقدّم.
- ٣- ولأنه ذريعة إلى الإضرار بالناس، فالمقاول والمهندس الذي يشترط عدم الضمان، يميّن نفسه من الإضرار بالآخرين، مع أمانه من العقاب أو التعويض؛ ولقد جرّت الاستهانة بهذا الأمر على الناس دمار العمارات عليهم في مصر وغيرها، لاستهانة المهندسين والمقاولين في البناء على الأسس السليمة.

(١) المهذب، لأبي إسحاق الشيرازي، (٣/٣٨٢).

(٢) المغني، لابن قدامة، (٥/٣٥٦).

(٣) الكافي، لابن قدامة، (٤٨١).

(٤) يُنظر: (١١٥-١٢٣)، من هذا البحث.

- ٤- ولأن الضمان أمر طبيعي فيما يتعلق بالتقصير والإخلال، اللذين يضرّان بالطرف الآخر من طرفي العقد، فالقول بعدمه ينافي طبيعة العقود التي لا بد فيها من ضمان التقصير والإخلال.
- ٥- ولأنه يلزم منه إكراه أحد طرفي العقد للآخر بما لا يرضاه في قرارة نفسه؛ ولا يقال إنه رضي ظاهراً، والعقود تُبنى على الظاهر، بل هو وقع تحت استغلال المقاول والمهندس، وهو أمرٌ ظاهر.
- ٦- ولأن تمكين الصانع من اشتراط عدم الضمان يدفعهم إلى ألا يعملوا عملاً إلا بهذا الشرط، كما قال الإمام مالك، وفي هذا مفسدة ظاهرة.

وما تقدّم من منع الفقه اشتراط عدم الضمان في عقود الضمان، هو ما أخذ به القانون المدني الأردني في مادّته (٧٩٠)، القائلة: "يقع باطلاً كل شرط يُقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان، أو الحدّ منه".

### الفرع الخامس: تطبيق هذا الأصل على عقود المقاولات

والأمر ظاهر، فالمقاول ضامن لأمر عديدة في عقد المقاول، وكذلك المهندس ضامن لدقّة التصميم المطلوب، ولسلامة الكميات التي تجب في عملية البناء، من إسمنت وحديد، وغيرهما؛ والمهندس والمقاول يتضامنان في التعويض إن كان العقد ينصّ على إشراف المهندس على التصميم، أما إذا كان دوره وضع التصميم فحسب، فيكون مسؤولاً فحسب عن عيوب التصميم<sup>(١)</sup>.

إنه في حالة تقصير المقاول في سلامة التنفيذ، وفي الالتزام بالمواصفات؛ وكذلك تقصير المهندس في مجال عمله؛ إن ذلك كلّه يوقعهما في ضمان ما قصّر فيه لصالح صاحب العمل، إذا لم يمكن إصلاح الأمر؛ وفي حالة اشتراط أحدهما عدم الضمان في العقد، فهذا قد يُنبئ عن نية سوء عنده، وقد يعني استغلال صاحب العمل بإكراهه بما لا يجبّ من مواصفات متفق عليها في العقد.

إن اشتراط المهندس أو المقاول عدم الضمان فيما بين أيديهما من عمل يُلزِمهما الشرع بضمانه، ويلزمهما كذلك الاتفاق على الضمان، هو اشتراط باطل وغير صحيح، ولا يعتبر؛ لأجل هذا يمكن الأخذ بوصف العلامة مصطفى الزرقا للمسؤولية عن الضرر بأنها من النظام العام<sup>(٢)</sup>، أي الذي لا يجوز إجراء اتفاق يناقضه؛ ورد ذلك في كلامه تعليقا منه على المادّة (٢٧٠) من القانون المدني الأردني، والتي تقول: "يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار"؛ ولئن ورد وصفه هذا لتلك المادّة المتعلقة بالفعل الضار، فأرى بناء عليه وصف مسألة البحث بأنها من النظام العام الذي لا يجوز اشتراط خلافه.

(١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، (٢/٦٢٠).

(٢) الفعل الضارّ والتعويض فيه، لمصطفى أحمد الزرقا، (١٣٠).

## المطلب السادس: التقادم في دعوى الضمان

التقادم هو: «مرور زمن معيّن على حقّ أو عين، دون مطالبة صاحبهما بهما، مع قدرته عليها»<sup>(١)</sup>؛ ويُفهم من التعريف أن شرط الأخذ بالتقادم هو عدم مطالبة صاحب الحقّ لحقّه، مع قدرته على طلبه، وهو ما يعني أنه إن كان عاجزاً عن طلبه، فلا حكم للتقادم هنا.

وقضية التقادم على ما يقول العلامة الزرقا هي «بوجه عامّ في الفقه الإسلامي قضية استصلاحية خاضعة لقواعد المصالح المرسلّة»<sup>(٢)</sup>، وليست منظّمةً بنصّ في أصل الشريعة<sup>(٣)</sup>، ويذكر الزرقا أنه من الممكن تعديلها بحسب مقتضيات المصلحة، وتنظيمات القضاء<sup>(٤)</sup>.

ولقد نشأت مسألة التقادم من التشكّك في الحقّ الذي مضى عليه زمن طويل دون مطالبة صاحبه به، ولأجل منع عراقيل الإثبات بسبب قَدَم العهد في القضية، ولقطع دابر الحيل والتزوير التي قد يُنحرَف إليها، لأجل إثباته<sup>(٥)</sup>، وكذلك «لحمل الناس على متابعة حقوقهم وعدم إهمالها»<sup>(٦)</sup>.

والمنع بالتقادم هو منعٌ لسماح الدعوى من جهة القضاء فحسب، لكن الحق يبقى حقّاً من الناحية الديانية، يُسأل عنه غاصبه أو متلفه أو المتسبب في إتلافه عند الله، وهو لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء<sup>(٧)</sup>؛ وفي كلمة ذهبية لابن عابدين: «ثم اعلم أن عدم سماعها ليس مبنياً على بطلان الحق،...، وإنما هو امتناع من القضاة عن سماعها،...، وإلا فقد قالوا: إن الحق لا يسقط بالتقادم»<sup>(٨)</sup>.

ومن مسائل العلامة ابن عابدين في منع سماع الدعوى بالتقادم: رجلٌ تصرّف في أرضٍ زماناً، مع رؤية رجلٍ آخر لتصرّفه فيها، ثم مات المتصرّف، ولم يدع الرجل الآخر حال حياته، لا تُسمع دعواه بعد وفاة

---

(١) نظرية الضمان، لمحمد فوزي فيض الله، (١٦٣)، وألحظ خطأً لعلّه نشأ من الطباعة، فعنده: «..مع قدرته عليهما»، والصواب ما أثبتته، لرجوع الضمير إلى مفرد هو المطالبة، لا إلى مثني.

(٢) يعرف العلامة الزرقا الاستصلاح في كتابه: الاستصلاح والمصالح المرسلّة، (٣٩)، بقوله: «هو بناء الأحكام الفقهية على قواعد المصالح المرسلّة»، وعلى هذا، فقولُه المذكور أعلاه إن التقادم قضية استصلاحية، يعني أنها ناشئة عن أصل الاستصلاح القائم ذاته على مقتضى قواعد المصلحة المرسلّة.

(٣) الفعل الضارّ والتعويض فيه، لمصطفى أحمد الزرقا، (١٣١).

(٤) الفعل الضارّ والتعويض فيه، لمصطفى أحمد الزرقا، (١٣١).

(٥) نظرية الضمان، لمحمد فوزي فيض الله، (١٦٣)، ويُنظر: الاستصلاح والمصالح المرسلّة، لمصطفى الزرقا، (٥٢).

(٦) الاستصلاح والمصالح المرسلّة، لمصطفى الزرقا، (٥٢).

(٧) نظرية الضمان، لمحمد فوزي فيض الله، (١٦٤).

(٨) حاشية ابن عابدين، (٧٤٣/٦).

الرجل المتصرف؛ وكذلك إذا مات الرجل الآخر، فلا تسمع دعوى ولده بعد موته<sup>(١)</sup>، وعلق ابن عابدين بقوله: «..وبه علم أن مجرد السكوت عند الاطلاع على التصرف مانع»<sup>(٢)</sup>، والعلة المانعة هي أن ترك الدعوى مع التمكن منها يدل على عدم الحق ظاهراً<sup>(٣)</sup>؛ ونقل ابن عابدين عن المتأخرين من أهل الفتوى قولهم: «لا تُسمع الدعوى بعد ست وثلاثين سنة، إلا أن يكون المدعي غائباً، أو صبياً أو مجنوناً، ليس لهما وليّ، أو المدعي عليه أميراً جائراً يخاف منه»<sup>(٤)</sup>؛ والتقييد بالستة والثلاثين سنة محل نظر أهل العصور، لإمكان تغييرها؛ وكذلك اختلاف مجالات الحياة، لإمكانية تفاوت مدة التقادم فيها، وفي المادة (١٦٦٠) من المجلة أنه لا تُسمع دعاوى عديدة، كدعاوى الدين والوديعة والملك والعقار بعد تركها مدة خمس عشرة سنة، وأما القانون المدني الأردني فقد جاء في المادة (٧٩١) منه: «لا تسمع دعوى الضمان بعد انقضاء سنة على حصول التهدم أو اكتشاف العيب»؛ وهذا يعني أن البناء الذي توافق عليه المفاوض مع رب العمل، ثم اكتُشف فيه عيب، فلا تُسمع دعوى صاحب البناء إذا مضى على اكتشافه للعيب سنة كاملة، وذلك لما تقدّم من التشكك في الدعوى ذاتها، بسبب هذا التأخر؛ ما لم يكن التأخر ناشئاً عما ذُكر من غياب صاحب الحق، أو كونه حين اكتشاف العيب مجنوناً أو صبياً، لا وليّ لهما؛ أو كان المدعي عليه غاشماً ظالماً يُخشى شرّه<sup>(٥)</sup>.

---

(١) حاشية ابن عابدين، (٧٤٢/٦).

(٢) حاشية ابن عابدين، (٧٤٢/٦).

(٣) حاشية ابن عابدين، (٧٤٢/٦).

(٤) حاشية ابن عابدين، (٧٤٢/٦).

(٥) يُنظر: حاشية ابن عابدين، (٧٤٢/٦).

## المبحث الثالث: وقت الاتفاق على الشرط الجزائي في عقد المقاولة

تبين لي من مباحث هذه الدراسة أن الشرط في حقيقته عقدٌ، فيجب الالتزام به حين الاتفاق عليه، وذلك لعموم الأمر القرآني بالوفاء بالعقود، ولعموم الأمر النبوي القاضي بأن المسلمين على شروطهم؛ وإذا سبق قول ابن القيم إن الشرط عقد، إذ إنه اتفاق، والعقد لا يتجاوز أن يكون اتفاقاً ملزماً؛ فإن الشرط عقدٌ موجب للالتزام به، سبق العقد أم لحق به بعد تمام انعقاده، ما دام جاء برضا واختيار، ودونما إكراه.

هذا في الشروط عموماً، غير أنه قد توجد بعض المفارقات فيما إذا جيء إلى الشرط الجزائي في عقود المقاولات، وهو ما يحتاج إلى الإجابة عن السؤال التالي: هل يشترط أن يكون الشرط الجزائي مقترناً بساعة إنشاء عقد المقاولة<sup>(١)</sup>، أم يجوز أن يلحق به؟ أم هل يجوز أن يسبقه، كأن يتفق اثنان على أنهما سيعقدان عقد مقاولة بينهما بشرط جزائي ما، ثم إذا عقدها لم ينصّ على الشرط الذي ذكرناه سابقاً؟

ثم، هل إذا اتفق العاقدان على هذا الشرط، ثم مضيا في إتمامه، فهل يمكن لأحدهما أن يعدّل فيه، لو رأى أن ثمة ما يدعوه إلى ذلك؟

ومع الإشارة إلى أن الشافعية لا يقرّون بالشرط الجزائي على حسب أصولهم في الاشتراط، والتي تقدّم بحثها، غير أنني سأذكر موقفهم من تقدّم الشرط أو تأخّره تبعاً لذكر أقوال المذاهب الأخرى.

هكذا تظهر جوانب هذا البحث، وهي التي ستتوزّع على المطالب الأربعة التالية:

المطلب الأول: حكم اقتران الشرط الجزائي بعقود المقاولات.

المطلب الثاني: حكم تقدّم الشرط الجزائي على عقود المقاولات.

المطلب الثالث: حكم تأخّر الشرط الجزائي عن إنشاء عقود المقاولات.

المطلب الرابع: حكم تعديل الشرط أو إلغائه.

المطلب الخامس: سلطة القاضي في تعديل مقدار التعويض في الشرط الجزائي.

والله ولي التوفيق.

---

(١) لا يختلف بحث وقت الاتفاق على الشرط الجزائي بين أن يكون في عقود المقاولات، وبين أن يكون في غيرها من تلك العقود التي يصلح لها الشرط الجزائي، إلا أن الجانب التطبيقي في هذه الدراسة، اقتضى أن يكون بحث وقت الاتفاق ها هنا، لتكون النتيجة التي أخلص إليها هنا، صالحة في النهاية لوقت الاتفاق على الشرط الجزائي في جميع العقود التي يصلح لها مثل هذا الشرط.

## المطلب الأول: حكم اقتران الشرط الجزائي بعقود المقاولات

بحث هذا المطلب فرعاً عن بحث الشروط عامة، والشرط الجزائي خاصة؛ فإباحة الشروط عامة، ما لم تصطدم بما ينافي العقد على ما مضى بحثه؛ وكذلك إباحة الشرط الجزائي؛ هذان المبدآن هما أصل بحث هذا المطلب، فإقرارهما، وقد تقدّم<sup>(١)</sup>؛ إقرار بإباحة اقتران الشرط الجزائي في عقود المقاولات بالعقد؛ أي أن بحث أدلة حكم اقتران الشرط الجزائي في عقود المقاولات بإنشاء العقد، لا ضرورة له هنا، لكفاية ما تقدّم بشأنه. وعليه، فأكتفي بتقرير أن الشرط الجزائي المقترن بعقود المقاولات جازر شرعاً، ملزم قضاءً، ما دام وفق ضوابط الشروط المباحة، على ما تقدّم شرحه.

## المطلب الثاني: حكم تقدم الشرط الجزائي على عقود المقاولات

اختلف العلماء في الشرط السابق للعقد، هل يُعتدّ به في العقد الذي لحق به، أم أنه شرط ملغى؟ وصورة هذا الشرط السابق هو أن يتحدّث الطرفان عن شروط لعقد لم يُعقد بينهما بعد، ثم يعقدانه، لكن دون النصّ على ذلك الشرط الذي تحدّثنا فيه قبل العقد، ربما اكتفاء منهما بما تقدّم من حديث بينهما بشأنه؛ فهل هذا الشرط المتحدّث بشأنه قبل العقد معتدّ به وهذه حاله، أم لا؟

لقد أجمَلَ الإمام ابن تيمية الأمر عند العلماء بقوله: «.. أن الشرط المتقدّم على العقد بمنزلة المقارن له في ظاهر مذهب فقهاء الحديث: أحمد وغيره، ومذهب أهل المدينة: مالك وغيره، وهو قول في مذهب الشافعي، نصّ عليه في صداق السرّ والعلانية، ونقلوه إلى شرط التحليل المتقدّم وغيره، وإن كان المشهور من مذهبه ومذهب أبي حنيفة: أن المتقدّم لا يؤثّر، بل يكون كالوعد المطلق عندهم، يستحبّ الوفاء به، وهو قول في مذهب أحمد..»<sup>(٢)</sup>؛ ويظهر من سياق كلامه أن المسألة في المذاهب الأربعة ذات ماخذ من أبواب متعدّدة، غير أنّها تلتقي لتشكّل عنده رؤية تلك المذاهب لها، أو نظرية متكاملة فيها عند تلك المذاهب؛ وهو ما يدعوني إلى بحثها في الفروع التالية:

## الفرع الأول: مرجع مسألة سبق الشرط على العقد عند المذاهب الأربعة

ذكر ابن نجيم في البحر أن اشتراط الوصف المرغوب فيه في البيع إما أن يكون صريحاً أو دلالة، وذكر أن جهل الجارية المشتراة بالطبخ والخبز ليس عيباً، «إلا أن يكون شرطاً في العقد»<sup>(٣)</sup>؛ ونقل ابن عابدين بعد أن

(١) في مبدأ الشروط عامة يُنظر: (٧٧-١١٤)؛ وفي الشرط الجزائي خاصة، يُنظر: (١٣٩-١٤٣)، من هذا البحث.

(٢) القواعد النورانية الفقهية، لابن تيمية، (١٥٢-١٥٣)، وقريب منه في مجموع الفتاوى، لابن تيمية، (٢٠٥/٢٩).

(٣) البحر الرائق، لابن نجيم، (٢٨/٦)، وأضاف ابن نجيم أنه إذا اشتراها وهي تحسن الطبخ والخبز وغير ذلك في يد

ذكره قول ابن نجيم عن أحد أئمة الحنفية قوله: «لو قال: أشتري هذه البقرة على أنها ذات لبن، وقال البائع: أنا أبيعها كذلك، ثم باشر العقد مرسلا من غير شرط، ثم وجدها بخلاف ذلك، ليس له الرد»<sup>(١)</sup>؛ وهو ما يعني أن الشرط إذا لم يُنصّ عليه في العقد، فلا اعتبار له؛ وحينما تحدث ابن عابدين عن استحسان الحنفية للشرط الجاري عرفا، نقل عن النهر<sup>(٢)</sup> من كتب الحنفية أن الشرط لا بدّ أن يكون في صلب العقد<sup>(٣)</sup>.

هذا الذي تقدّم هو عن الشرط الصحيح، وظاهر أن الاتجاه الأظهر عند الحنفية عدم اعتباره ما لم يكن مقارنا للعقد.

أما ما يتعلق بالشرط الفاسد، فقد ذكر العلامة ابن عابدين في حاشيته على الدرّ المختار تعليقا منه على كلام الحصكفي: «بيع بشرط»، ذكر أن الحصكفي يشير بهذا إلى أن الشرط المُفسد للعقد لا بدّ أن يكون مقارنا له، أي حتى يفسد به العقد، لأنه كان يتحدث عن الشرط المُفسد، ثم قال ابن عابدين: «لأن الشرط الفاسد لو التحق بعد العقد، قيل: يلتحق عند أبي حنيفة، وقيل: لا، وهو الأصح»<sup>(٤)</sup>.

ونقل ابن عابدين عن البحر أنه لو أخرجه مخرج الوعد، لم يفسد<sup>(٥)</sup>، ونقل ابن عابدين أيضا عن جامع الفصولين أنه «لو شرط شرطا فاسدا قبل العقد، ثم عقدا، لم يبطل العقد»<sup>(٦)</sup>؛ قال ابن عابدين: «وينبغي الفساد، لو اتفقا على بناء العقد عليه»<sup>(٧)</sup>، أي لو كانا قد تحدّثنا عنه قبل العقد، ثم اتفقا في العقد على أن ما جرى بينهما قبله من اشتراطات، فهي محلّ اتفاق.

---

البائع، ثم وجدها لا تحسنه بعد استلامه لها، فله ردّها، لأن الظاهر أنه اشتراها لأجل مهارتها فيما كان ظاهرا عليها.

(١) حاشية ابن عابدين، (٤/٥٨٩)، وذكر ابن عابدين أن هذا يُشكل مع ما نقله هو عن ابن نجيم، وهو النص المذكور أعلاه، وموطن الإشكال أن ابن نجيم رأى أن عدم ذكر الشرط في العقد بعد رؤية صفات الجارية في يد البائع، ثم خلّوها عنها بعد شرائها لا يؤثّر، إذ دلالة الشراء الآتي بعد تلك الرؤية تدلّ على أنه اشتراها لأجل ما رآه فيها من صفات؛ لكن ابن عابدين قال بعدما نقلته أعلاه: «فإن هذا صريح في أنه لا بدّ من ذكر الشرط في صلب العقد، ولا تكفي الدلالة، ولعلّه قول آخر».

(٢) لعله كتاب النهر الفائق في شرح كتر الدقائق، وهو من كتب الحنفية، لمؤلفه عمر بن إبراهيم بن محمد سراج الدين المصري المعروف بابن نجيم، والمتوفى سنة ١٠٠٥هـ؛ كذا في هدية العارفين لإسماعيل باشا، (١/٧٩٦)؛ وابن نجيم هذا غير ابن نجيم الشهير صاحب البحر، فاسم صاحب البحر زين الدين أو زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، وتوفي سنة ٩٧٠هـ، أو ٩٦٩هـ، كما سيأتي في ترجمته في ملحق الأعلام.

(٣) حاشية ابن عابدين، (٥/٨٨).

(٤) حاشية ابن عابدين، (٥/٨٤).

(٥) حاشية ابن عابدين، (٥/٨٤).

(٦) حاشية ابن عابدين، (٥/٨٤).

(٧) حاشية ابن عابدين، (٥/٨٤).



هذا ما يبدو لي من موقف الحنفية في مسألة سبق الشرط للعقد، فهو غير معتبر، سواء كان من الشروط المفسدة، فلا يفسد العقد به؛ أو كان من الشروط الصحيحة، فلا يعتبر به؛ إلا ما ذكر فيما بعد أثناء صياغة العقد، فهو شرط معتبر، صحة أو فسادا.

إنه يظهر لي أن ابن تيمية أخذ قول الحنفية بعدم اعتبار الشرط غير المقارن للعقد من تلك المسائل التي ذكرتها، أو من مثيلاتها.

هذا، والمسألة مأخوذة عند المالكية من قولهم في حكم اشتراط التحليل في زواج المحلل والمحلل له، قال القرافي: «ووافقنا ابن حنبل على فساد العقد إذا اشترط عليه التحليل مع العقد أو قبله أو نواه»<sup>(١)</sup>، أي أن الشرط معتبر قبل عقد زواج التحليل عند المالكية، لأنه لو لم يكن معتبرا صحته أو فسادا، لما كان له من أثر على العقد.

أما عند الشافعية فقد ذكرت المسألة حسب ما ذكر ابن تيمية من خلال شرحهم لمسألتين؛ إحدهما: مسألة الاشتراط في زواج المحلل والمحلل له، وهي التي ذكرها المالكية كما تقدم، فقد ذكر الغزالي جملة شروط قد تقع بين المحلل والمحلل له، ثم قال: «وهذه الشروط إذا لم تقارن العقد لا تضر، وفيه وجه بعيد أن المقدم كالمقارن»<sup>(٢)</sup>؛ والثانية: مسألة مهر السر والعلائية، كأن يتفقا في السر أن المهر ألف، وعند كتابة العقد سجلوا ألفين، فهل المهر هنا هو مهر السر، أم مهر العلانية؟ الراجح عند الشافعية هو مهر العلانية، على ما صححه الغزالي في الوسيط<sup>(٣)</sup>، وذكر النووي المسألة في الروضة، وذكر الخلاف فيها<sup>(٤)</sup>؛ وإنما رجح الغزالي مهر العلانية، لأن مهر السر مجرد وعد، فقد ذكر أنه «لم يجز إلا الوعد»<sup>(٥)</sup>؛ وذكر النووي الشرط السابق لعقد البيع، وذكر أنه شرط لغو عند الشافعية، لا يلحق بالعقد صحة أو فسادا، فإذا اشترط شرطا فاسدا قبل العقد، فلا يفسد به العقد، لأنه لغو؛ وإذا شرط شرطا صحيحا قبل العقد فلا يلزم الوفاء به، لأنه لغو أيضا<sup>(٦)</sup>.

وقد سبق قول ابن تيمية في مذهب أحمد رضي الله عنه، وهو أن الشرط المتقدم كالمقارن، وقد بدا لي أنه لا بد من إضافة بيان لمذهب أحمد رضي الله عنه في المسألة..

(١) الذخيرة، للقرافي، (٤/٣٢١).

(٢) الوسيط، للغزالي، (٥/١١٧).

(٣) الوسيط، للغزالي، (٥/٢٣٥).

(٤) روضة الطالبين، للنووي، (٧/٢٧٤-٢٧٥).

(٥) الوسيط، للغزالي، (٥/٢٣٥).

(٦) المجموع، للنووي، (٩/٤٦١).

قال المرداوي: «الشروط المعتبرة في النكاح في هذا الباب محلّ ذكرها: صلب العقد،...، وقال الشيخ تقي الدين: وكذا لو اتفقا عليه قبل العقد في ظاهر المذهب، وقال: على هذا جواب الإمام أحمد في مسائل الحيل، لأن الأمر بالوفاء بالشروط والعقود والعهود، يتناول ذلك تناولا واحدا»<sup>(١)</sup>؛ وذكر عن ابن تيمية قوله: «إنه ظاهر المذهب، ومنصوص الإمام أحمد، وقول قدماء أصحابه، ومحققي المتأخرين»<sup>(٢)</sup>؛ قال المرداوي: «وهو الصواب الذي لا شك فيه»<sup>(٣)</sup>؛ وقال ابن تيمية: «والشرط المتقدم، كالمقارن له»<sup>(٤)</sup>.

هكذا تبدو المسألة عند المذاهب الأربعة، وهي منقسمة على طرفين اثنين: الأول: يمثله الحنفية والشافعية، وهو أن الشرط لا يعتبر ما لم يُذكر في العقد؛ وعليه، فحسب قول الحنفية، لا يعتبر الشرط الجزائي في عقود المقاولات ما لم يُذكر في العقد، أما الشافعية، فقد تبين أنه لا مجال للشرط الجزائي أصلا حسب أصلهم المانع منه؛ ولا بدّ من الإشارة إلى أنّ ذكر قول الشافعية هنا، رغم أهمّ لا يبيحون الشرط الجزائي، إنما يأتي استطرادا لذكر موقع الشرط في المذاهب الأخرى؛ والثاني: يمثله المالكية والحنابلة، وهو اعتبارهم للشرط، حتى لو كان سابقا للعقد؛ وعليه، فالشرط الجزائي على عقود المقاولات إن سبق العقد، فهو معتبر عندهم.

### الفرع الثاني: التأصيل لحكم سبق الشرط على العقد عموما

الأمر بالوفاء بالعقود جاء عاما، والأمر النبوي القاضي بأن المسلمين على شروطهم، هو أيضا عام؛ ولربما يسبق العقدَ الفعليّ في أي ناحية من نواحي الحياة، اتفاق على أنه حين انعقاده، فإن مواصفات ما يريدتها أحد المتعاقدين، وجاء العقد اللاحق امتدادا للاتفاق السابق، فهذا لا ضير فيه على حسب المنقول عن المالكية والحنابلة، كما سبق شرحه.

وحين إرادة التأصيل للأمر، فلا بد من استعراض ما تقدّم مما له صلة به:

أولا: تقدّم في الفصل التمهيدي لهذا البحث ترجيح القول بوجوب الوفاء بالوعد، إذا كان ذا كلفة مادّيّة، وكذا إذا كان في سياق عقد من العقود<sup>(٥)</sup>؛ ثانيا: جاء الأمر بالوفاء بالشروط عامّة، وهو المذكور في قوله ﷺ: (المسلمون عند شروطهم)، وقد تقدّم بحث الأمر بالوفاء بالشروط عامّة في محله<sup>(٦)</sup>؛ فالحديث لم

(١) الإنصاف، للمرداوي، (١٥٢/٨).

(٢) الإنصاف، للمرداوي، (١٥٢/٨).

(٣) الإنصاف، للمرداوي، (١٥٢/٨).

(٤) مجموعة الفتاوى، لابن تيمية، (١٩٦/٢٩).

(٥) يُنظر: (٤٥-٤٧)، من هذا البحث.

(٦) يُنظر: (٩٣-٩٤)، من هذا البحث.

يفرق بين شرط متقدّم، وشرط متأخّر، وشرط مقارن، بل عمومته هو الأصل<sup>(١)</sup>؛ ثالثاً: لا يتحدث الناس في الشروط عادة، إلا لما لها من أهميّة في عقد ما، أو تصرف ما، وعُرف الناس يسلك مسلكا ذا مغزى ها هنا، فهم يتفاوضون كثيرا في عقد ما قبل الوصول إلى إقراره، فإذا أقرّوه، استندوا في كثير من الأحيان حين الإنجاز والتوقيع على ما سبق الحديث بشأنه في هذا العقد أو ذاك.

لكلّ هذا الذي مضى، أقول: إنه يجب من الناحية الديانية الوفاء بالشرط السابق، كشأن الشرط المقارن، وهو كلام يعمّ جميع العقود؛ ومع ذلك، فثمرّة الالتزام بما هو ديانى إنما تكون في الدار الآخرة، أما ما كان قضائيا، فمحلّ ثمرته الحياة الدنيا، ومن بابه يدخل القضاء.

لكن هل هذا الحكم الدياني لازم قضائيا، خاصّة في عقد كبير كالمقاوله؟ هذا ما سأبحثه في الفرع التالي.

### **الفرع الثالث: مدى لزوم الشرط السابق على العقد قضاءً**

إن على القانون أن يحسم الأمر، ليكون للقضاء كلمة الفصل فيه، فإذا أخذ القانون برأي من سوّى بين الشرط السابق والشرط المقارن في وجوب الوفاء، فإن الأمر في المسألة ينتقل من الوجوب الدياني إلى اللزوم القضائي، فتصير المسألة مما يكون للمحاكم فيها كلمة الفصل؛ أما إذا أخذ القانون بقول من يقول إن الوفاء بالشرط السابق للعقد غير واجب ديانة، فإن الأمر يعود إلى الاستناد على الحسّ الديني في نفوس الناس؛ فالقضاء وما يتبناه، هو في نهاية المطاف الذي يقدر على نزع الخلاف في ناحيته العملية في مسائل الاجتهاد؛ «لأن حكم المحاكم في المسائل الاجتهادية يرفع الخلاف، ويصير المسألة كالجمع عليها»<sup>(٢)</sup>.

واستمرارا لما مضى: هل ما تقدّم حول ترجيح اعتبار الشرط السابق على العقد ديانة، هل يلزم قضاءً؟

الجواب: إن اللزوم القضائي يقتضي أن يكون الكلام السابق للعقد محلّ قضاء القاضي، وهو في تقديري أمر غير منضبط، ذلك أنه مجرد حديث لم يحطّ بالضمانات الكافية لاعتباره قضاءً، واعتباره دون تلك الضمانات يجعل عمل القاضي صعبا، وذلك حين خوض عملية إثبات حصول الحديث في شرط ما قبل العقد، أو عدم حصوله؛ وكذلك لإثبات ضابط الحديث الذي هو تقدمة لعقد فعلي، إذ قد يجري الكلام السابق للعقد، دونما دلالة فيه تصلح لاعتباره جزءاً من اتفاق على عقد ما؛ وكذلك، فلا تترتب في تقديري مفسدة على عدم اعتبار الكلام السابق على العقد ملزما.

إن هذه الملاحظات الذي ذكرتها كافية لعدم اعتبار الشرط السابق على العقد ملزما من جهة القضاء.

(١) يُنظر: (٩٩).

(٢) من كلام العلامة الدردير في الشرح الكبير على مختصر خليل، (٢/٢٥٨).

غير أن مثل هذا الأمر يحتاج إلى موقف قانوني رسمي، حتى لا يختلف الناس فيه، بين من يعتبره، وبين من لا يعتبره، فقرار القانون كافٍ في إلزام الناس بترجيح معين في مسألة ما.

هذا الذي تقدّم يصلح للعقود جميعها، غير أنه يجب الالتفات إلى إمكان الأخذ به قضاءً في عقود المقاولات، والعقود ذات الشأن العظيم بين الناس، فهل يصلح لهذه الشاكلة من العقود ذلك القول بلزوم الوفاء بالشرط السابق على العقد قضاءً؟ حتى بالضمانات الكافية في النظر السريع؟ هذا ما سأبحثه في الفرع التالية:

### **الفرع الرابع: تطبيق التأصيل السابق على سبق الشرط للعقد في المقاولات**

إنني لا أرى مانعا من أن يختار ولي الأمر في التقنين للمسلمين أحد الأقوال المتخالفة في اعتبار الشرط المتقدم على العقد، من باب ترجيحه له فقهيًا إن كان من أهل الترجيح، أو من باب اتباعه لترجيحات المرجحين له، وفي هذا الاختيار توحيد لمسلك المسلمين في بلد ما، بشأن من شؤون حياتهم الهامة.

ومع كل هذا الذي تقدّم، فإنني أرى لعقود المقاولات شأنًا آخر؛ إنني إن رجّحتُ وجوب الوفاء بالوعد بالشرط المتقدم في جميع العقود ديانةً، فإنني أميل إلى عدم الإلزام به في عقود المقاولات قضاءً، وذلك لخطورة أمره، وضخامة تكليفاته، وهو ما سينشأ عنه نزاعات كثيرة في تحديد حقيقة أنه تمّ الاتفاق المسبق أم لا؛ أو أنه قد تمّ فعلا، لكن بغفلة من أحد المتعاقدين.

الذي أقترحه هو ألا يعتبر الشرط السابق على عقود المقاولات، سواء ما يُفسد منها العقد وما لا يفسده. وعليه، فأرى أنه ينبغي لوليّ الأمر، ولأجل ضبط أمور المسلمين، ألا يعتبر من الشروط إلا المقارن للعقد، بل أكثر من ذلك: ألا يعتبر منها إلا المسجّل رسميًا في الدوائر المختصة، لأن التسجيل في المحاكم، صار سبيلًا هامًا من سبل منع التزاع بين الناس، أو على الأقل: تقليص هذا التزاع.

إنه من باب سدّ ذريعة الخلاف والتزاع بين الناس، أرى فيما يتعلق بعقود المقاولات، وما شابهها مما له خطرٌ كبير، ما يلي:

- ١- توعية الناس على الوجوب الديني للوفاء بالشروط عموماً، حتى ما لم يُسجّل، أو يُثبت في العقد.
- ٢- إعلام الناس بانحصار عمل القضاء فيما اتفق عليه في صلب العقد، وسجّل لدى الجهات المختصة.
- ٣- دعوة الناس إلى التفاوض على المواصفات والشروط قبل إنجاز العقد.
- ٤- الاتفاق على ما تفاوضوا عليه قبل العقد في صلب العقد ذاته، حتى يلزم قضاءً.

٥- تسجيل هذا الذي اتفق عليه في المحاكم والدوائر المختصة، حتى يصير ذا شأن قانوني معتبر به عند الاختلاف.

إنه بهذه الضوابط، وبشبهاتها مما يكشف عنه الزمان والتجربة، يحسن شأن الناس، وتتقلص العداوات. وبناء على ما تقدّم: أرى ألا يكون الشرط السابق لعقد المقاولات ملزماً قضاءً، والله تعالى أعلم.

### المطلب الثالث: حكم تأخر الشرط الجزائي عن إنشاء عقود المقاولات

لا أرى اختلافاً بين أن يأتي ذكر الشرط الجزائي ضمن العقد، وبين أن يلحق بكتابة العقد، بعد يوم أو أيام، أو أكثر من ذلك؛ هذا من حيث الديانة، فهو إن حصل، يكون ملحقاً بالعقد، وإضافة صالحة إليه؛ قال الكاساني: «وأجمعوا على أنه لو ألحق بالعقد الصحيح شرطاً صحيحاً، كالخيار الصحيح في البيع البات، ونحو ذلك؛ يلتحق به»<sup>(١)</sup>، وأحسب أن الضمير في قوله: «وأجمعوا..»، عائد إلى أئمة المذهب الحنفي، أي أبي حنيفة وأصحابه.

وكان الكاساني قد ذكر قول صاحبين بعدم إلحاق الشرط المفسد بالعقد بعد إتمامه، وذكر حجتهما وأنها تقوم على أن إلحاق الشرط الفاسد بالعقد تغيير له؛ فردّ الكاساني بقوله: «وقولهما: إلحاق تغيير للعقد، قلنا: إن كان تغييراً، فلهما ولاية التغيير، ألا ترى أن لهما ولاية التغيير بالزيادة في الثمن والمثمن، والحطّ من الثمن؟ وإلحاق الشرط الصحيح، وإن كان تغييراً؟ ولأتهما يملكان الفسخ، فالتغيير أولى، لأن التغيير تبديل الوصف، والفسخ رفع الأصل والوصف»<sup>(٢)</sup>؛ وذكر في مجمع الضمانات أنهما «إن ذكرا البيع من غير شرط، ثم ذكرا الشرط على وجه المواعدة، جاز البيع، ويلزم الوفاء بالوعد، لأن المواعيد قد تكون لازمة، فيجعل لازماً لحاجة الناس»<sup>(٣)</sup>، وذكر ابن عابدين في حاشيته على الدرّ قريبا منه عن جامع الفصولين: «لو ذكرا البيع بلا شرط، ثم ذكرا الشرط على وجه العقد، جاز البيع، ولزم الوفاء بالوعد، إذ المواعيد قد تكون لازمة لحاجة الناس»<sup>(٤)</sup>؛ وقال ابن عابدين: «تبايعا بلا ذكر شرط»<sup>(٥)</sup> الوفاء ثم شرطاه يكون بيع الوفاء، إذ الشرط اللاحق يلتحق بأصل العقد عند أبي حنيفة، ثم رمز أنه يلتحق عنده لا عندهما، وأن الصحيح أنه لا يشترط لالتحاقه بمجلس العقد أه، وبه أفتى في الخيرية، وقال: فقد صرح علماؤنا بأنهما لو ذكرا البيع بلا شروط، ثم ذكرا الشرط على

(١) بدائع الصنائع، للكاساني، (٢٥/٧-٢٦).

(٢) بدائع الصنائع، للكاساني، (٢٦/٧).

(٣) مجمع الضمانات، لابن غانم البغدادي، (٢٤٣).

(٤) حاشية ابن عابدين، (٨٤/٥).

(٥) في المطبوعة من الحاشية: شرطا؛ ويجا فيها السياق، ويظهر أن الصواب ما أثبتته.

وجه العدة جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد<sup>(١)</sup>؛ وذكر الحنفية شرط التعليق، وذكروا من شروطه: الاتصال، قال ابن نجيم الحنفي: «فلو ألحق شرطاً بعد سكوتة لم يصح»<sup>(٢)</sup>؛ هذا عند الحنفية، وألخص أقوالهم في نقطتين: الأولى: أجمعوا أن الشرط الصحيح إذا تأخر عن العقد، فهو يلتحق به، أي هو معتبر؛ الثانية: اختلفوا في الشرط الفاسد، فقال أبو حنيفة: يلتحق بالعقد، فيفسده، وقال الصحابان: لا يلتحق به، ولا يفسده.

أما الشافعية، فهم لا يبيحون الشرط الجزائي أصلاً على حسب قواعدهم في الشروط، فأغنى موقفهم هذا الذي يمنع الشرط الجزائي، وتجعله قواعدهم شرطاً فاسداً، عن بحث قولهم في الشرط الجزائي اللاحق، إذ هو فاسد حسب قواعدهم، سواء أكان لاحقاً أم مقارناً<sup>(٣)</sup>.

وأما عند الحنابلة، فقال المرادوي: «لو وقع الشرط بعد العقد ولزومه، فالمنصوص عن الإمام أحمد أنه لا يلزمه»<sup>(٤)</sup>؛ كذا قال، غير أنه نقل قولاً آخر عند الحنابلة، وهو أنه يتوجه صحة الشرط فيه، بناء على صحة الاستثناء منفصلاً بنية بعد اليمين، لا سيما والنكاح تصحّ الزيادة فيه في المهر بعد عقده، بخلاف البيع ونحوه<sup>(٥)</sup>. وهكذا تبدو المسألة خلافية، وأرى الأمر من حيث الديانة غير بعيد عما ذكرته عن سبق الشرط للعقد، وذلك للأدلة ذاتها التي ذكرتها هناك<sup>(٦)</sup>؛ وأقول ها هنا أيضاً ذات الكلام الذي ذكرته عن سبق الشرط للعقد، إذ الملاحظات التي تمنع من اعتباره قضاءً واقعةً هنا، من عدم انضباط أمر ما يدور الحديث حوله، هل هو شرط حقيقي أم ليس بشرط، ومدى إمكان إثباته، وكيفية تعامل القاضي مع المسألة بدون وجود الانضباط المذكور؛ بل، وفوق ذلك، فكأن المسألة خلافية، قد يورث نوعاً من الفوضى في معاملات الناس، تقتضي تدبير أمرهم. ولذلك، فالذي أنتهي إليه أن الشرط الواقع بعد عقد المقاولات غير معتبر قضاءً، وإن كان معتبراً ديانةً؛ وأضيف ما أضفته في المطلب السابق، وأقول: إنه إن انضبط مثل هذا الشرط المتأخر باعتبار القانون له،

(١) حاشية ابن عابدين، (٨٤/٥).

(٢) البحر الرائق، لابن نجيم، (٣/٤)، وذكر ابن نجيم هذه المسألة في معرض حديثه عن شرط التعليق في مسائل الطلاق، ومسألته هنا هي أن المطلق إذا طلق زوجته، ثم سكت، وبعد ذلك ألحق شرطاً.

(٣) ومع ذلك، فمن المناسب ذكر قولهم في الشرط الصحيح إذا تأخر؛ قال الخطّابي في معالم السنن، (١٢٣/٣)، «والعقد إذا تجرّد عن الشروط، لم يضره ما يعقبه بعد ذلك من هذه الأمور»؛ وذكر النووي الشرط اللاحق بالعقد، وأنه عند الشافعية لا يلحق به في حال لزومه، أما في مدة خيار المجلس أو خيار الشرط، فهو لازم، فإذا انقضت مدتهما، فلا لزوم له، بل هو لغو، لا يبطل العقد به إن كان شرطاً باطلاً، ولا يلزم المتعاقدين إذا كان شرطاً صحيحاً؛ ينظر: المجموع، للنووي، (٤٦١/٩).

(٤) الإنصاف، للمرادوي، (١٥٢/٨).

(٥) الإنصاف، للمرادوي، (١٥٢/٨)، وهو قول ابن رجب الحنبلي، على ما هو مذكور في الإنصاف.

(٦) ينظر: (٢٧٤-٢٧٧)، من هذا البحث.

ويتسجّله لدى الجهات المختصة، حتى لا يوصف بأنه مجرد كلامٍ خالٍ من معنى اللزوم؛ إن انضبط الشرط المتأخر بما ذكرته، فإنه يصير لازماً قضاءً أيضاً؛ والله تعالى أعلم.

وهل لو كتب الطرفان الشرط الجزائي اللاحق على ورق غير رسمي، وغير مسجّل لدى الجهات الرسمية، هل تعتبر مثل هذه الكتابة؟ أقول: على ما تقدّم: تعتبر ديانة، لكنّها لا تمتلك القدرة على الإلزام القانوني بذاتها، إلا إذا قورنت بالأدلة المثبتة، كالشهود، وما إلى ذلك.

هذا، وموقف القانون المدني الأردني من المسألة لا يفارق ما ذكرته، فقد نصّ في المادة (٣٦٤) على جواز تحديد قيمة الشرط الجزائي في اتفاق لاحق، غير أن هذا الذي يتحدث عنه القانون لا يمنع رؤيتي القاضية بالتسجيل والتوثيق، منعاً للتزاع؛ إن التوثيق الرسمي مدخل لا بد منه لمنع المنازعات الآتية من جهة عدم معرفة الناس بضوابط الكتابة التوثيقية، ومن جهة تفاوت الناس في القدرة على إثبات ما كتبوه أمام منكريه.

### **المطلب الرابع: حكم تعديل الشرط أو إلغائه**

ولا بد من بحث هذه الناحية، ولم أجد من بحثها، رغم أهميتها.

أما أهميتها: فعائدة إلى أنه قد يرى أحد المتعاقدين أو كلاهما، أن شرطاً ما مما اشترطه لا يوفّي بمقصوده، فيقترح على الآخر تعديل الشرط، فيوافق، فهل يُعتبر التعديل في مثل هذا الحال؟

الذي أراه أن نعم، وذلك لما يلي: أولاً: ما ذكره البحث في فصله الأول من أدلة على إباحة الشروط، فقد جاءت تلك الأدلة مطلقة عن قيد أن يكون الشرط أول العقد، أو في أثناءه؛ وعن أن يكون الشرط ملغياً لشرط آخر يخلّ محلّه، أم هو شرط حادث مضاف إلى العقد<sup>(١)</sup>؛ ثانياً: ما أثبتته البحث في فصله الأول من سلطة العاقدين في الاشتراط، وأن قيود الاشتراط المذكورة، لا صلة لها بتعديل الشرط، مما يعني أن التعديل ممكن شرع<sup>(٢)</sup>؛ ثالثاً: ليس ثمة دليل يمنع مثل هذا التعديل؛ رابعاً: تعديل الشروط حاجة عقدية طبيعية، والشرع فيما جاء به، جاء بالاستجابة لحاجات الناس.

إنه بناء على كل ما تقدّم، فيبدو لي أن تعديل شرط من شروط التعويض الاتفاقي، أو إلغائه، جائز شرعاً، ولا مانع منه، بل هو ضروري لحاجات الناس، التي لا تستقيم دون هذا الأصل، بل فوق هذا، فهو لا يفارق فكرة الشرط اللاحق بالعقد من حيث المعنى، فيلزم من إباحة الشرط اللاحق إباحة تعديل الشرط أو إلغائه، فإذا أبيع الشرط اللاحق ذاته، فتعديله أو إلغاؤه أولى بالإباحة.

(١) يُنظر: (٩٨-١٠١)، من هذا البحث.

(٢) يُنظر: (١١٥-١٢٢)، من هذا البحث.

غير أنه لا بدّ فوق هذا من التذكير بما ذكرته قبل فقرات، من أن مثل هذه الإباحة تستحق الكتابة والتسجيل القانوني، حتى تنال الإلزام القضائي، على ما تقدّم بحثه في المطلبين السابقين، ولأجل الحجج نفسها التي ذكرتها في المطلبين المذكورين.

### **المطلب الخامس: سلطة القاضي في تعديل مقدار التعويض في الشرط الجزائي**

قد يتفق المفاوض وربّ العمل على قيمة محدّدة للتعويض عند إبرام العقد، ثم يرى أحدهما أو كلاهما أن هذا المقدار من التعويض غير متناسب مع الضرر الواقع أو المتوقّع، زيادة أو قلة، فيرى الطرف الذي وقع عليه الضرر أن التعويض المتفق عليه أقل من قيمة الضرر، فيسعى إلى زيادة مقدار التعويض<sup>(١)</sup>؛ والعكس صحيح، فقد يرى الطرف الذي وقع منه الضرر أن ما قُدّر لتعويضه مبالغ فيه، فيسعى إلى تقليله.

إن تقدير التعويض في أصله جزائي<sup>(٢)</sup>، بمعنى أنه لا يقوم على تقدير سليم، لأنه عائد إلى تقديرات لا يمكن أن تكون دقيقة، فتصوّر صاحب العمل لمقدار الضرر الناتج عن إخلال المفاوض تكتنفه كثير من الظنون، فيلجأ إلى التقدير الجزائي، ملاحظاً ألا يكون تقديرها أقل من قيمة الضرر، فيؤدّي به ذلك إلى تكثير تقديره لقيمة الضرر أحياناً؛ ويفعل المفاوض عكس الفعل، فهو يحاول أن يقلل من قيمة الضرر إن وقع منه إخلال أو تقصير؛ وهكذا يتفاوت التقديران اللذان ينطلقان أصلاً من نظرات غير قطعية، بل قد تكون موهومة.

وقد يحصل أن يتّجه أحدهما إلى الآخر لأجل تعديل التعويض، وحينها فقد يرضى هذا الآخر بالتعديل، وقد لا يرضى، فيلجأ طالب التعديل إلى القضاء، لأجل النظر في طلبه<sup>(٣)</sup>.

(١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، (٤١٧/١).

(٢) آثار الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني، لحمد وليد العبادي، وأحمد عبد الكريم أبو شنب، (٦)، نشره موقع

الدليل الإلكتروني للقانون العربي، <http://www.arablawninfo.com>.

(٣) التعديل الاتفاقي في حقيقته عقدٌ يتفق من خلاله الطرفان على شيء ما، وهو هنا: تعديل لاتفاق سابق؛ وبما أن الأصل في العقود الإباحة، كما تقرّر في محلّه، فإن العقد الطارئ على عقد واقع مباح، ما دام فيما لا يتناقض مع الشرع؛ هذا هو الأصل الذي تقدّم تقريره، والشرط الجزائي القائم على الاتفاق على التعويض لا يخرج عن هذا الأصل، فهو في أصل الإباحة ما دام لا ينقض أصلاً أو نصّاً؛ وتقدّم في المطلب الثالث من هذا المبحث اختلاف عند الأئمة في مسألة الشرط اللاحق بالعقد، ولا أرى مسألة التعديل خارجة عنها، فالتعديل الاتفاقي لمقدار التعويض جائز شرعاً، وملزم شرعاً أيضاً، لأنه عقدٌ آت في سياق السلطة التي أعطها الشرع للمتعاقدين، فلا مانع من بقاء هذه السلطة مستمرة، إذ لا دليل يمنع استمرارها، مع ملاحظة الخلاف المشار إليه؛ إن هذا ينقل البحث إلى الملاحظات السابقة في المطلب الثاني من هذا المبحث، وهو ضرورة أن يُسجّل مثل هذا التعديل في الدوائر الرسمية، ليأخذ حقه من الإلزام القضائي، على ما تقدّم شيء من تفصيله في المطلب المشار إليه، وذلك لأجل منع النزاع بين الناس؛ ولم ينصّ القانون المدني الأردني على هذه الحالة، لأجل أنّها يبدو بديهية لا تحتاج إلى نصّ.



المسألة ها هنا مسألة التزام متبادل من كل من الطرفين تجاه الآخر، والأصل في الالتزامات هو الوفاء بها، غير أن الوفاء بالتزام ما في ظرف ما قد يكون بعيداً عن العدالة، فيحتاج الأمر إلى تعديل الالتزام، عودة به إلى العدالة التي تشهد لها نصوص الشرع؛ إن هذا كله يدل على أن بحث هذه المسائل بالغ الأهمية.

ثم إن رفع النزاع بين الطرفين إلى القضاء أمرٌ طبيعي بعد إخفاق الجهود المتجهة نحو التعديل الاتفاقي، والقضاء منصوب في الشرع لفصل الخصومات<sup>(١)</sup>؛ وما دامت الخصومة قد رُفعت إلى مقام القضاء، فلا بد من أن يجد القضاء لها حلاً، يتلاقى مع ما قرره الشرع الشريف من عدل بين أطراف القضية؛ فماذا يفعل القاضي في هذا الحال؟ وما هو شكل العدالة الذي ينبغي عليه التزامه؟

إن هذا يقتضي أن تُبحث المسألة انطلاقاً من جذورها الفقهية، يُرى: هل ثمة ما يسمح بتعديل الالتزام أو إلغائه، إذا تبين أن الوفاء به منافٍ للعدالة؟ سأبحث هذا المطلب، وتلك التساؤلات، في الفروع التالية:

### الفروع الأول: بين سلطان الإرادة التعاقدية ومنطق العدالة

الأصل أن سلطة التعاقد محترمة ما دامت لا تنافي الأصول، فإذا تعاقد اثنان على أمر ما، فواجب كل منهما التزام موجب هذا العقد في جانبه، والأصل في القاضي احترام إرادتهما<sup>(٢)</sup>.

وتتمثل إرادتهما التي يجري حولها البحث ها هنا فيما قدّراه من التعويض على الخلل عند إبرام العقد، مقابل الضرر المفترض حين وقوع الإخلال فعلاً، فالأصل إبقاء التعويض ومقداره على ما اتفق عليه أثناء إبرام العقد، انطلاقاً من أن الأصل في عقود المعاوضات هو اللزوم، وأن حكمة اللزوم هي حماية حاجة الناس إلى التعاقد، لأنه إذا لم تُحمَ هذه الحاجة، فلن يثق إنسان بعقد يعقده مع آخر؛ وانطلاقاً كذلك مما تقرّر في هذه الدراسة من أن المسلمين على شروطهم، كما هو نصّ حديث نبوي تقدّم القول فيه<sup>(٣)</sup>؛ إنه ينبغي بناءً على هذه الأصول: الالتزام بقيمة التعويض المقدّرة في العقد، فلا تعديل بزيادة ولا نقصان.

غير أنه ينبغي طرح سؤال يعترض هذا السبيل، وهو: هل تكمن العدالة دائماً فيما التزمناه؟ أو: هل العدالة كامنة في التزام شروط العقد دوماً؟

---

(١) في تنوير الأبصار، للتمرتاشي، مع شرحه الدرّ المختار، للحصكفي، (٤٦٣)، أن القضاء هو «فصل الخصومات وقطع المنازعات»؛ وورد تعريف القضاء في حاشية الشرواني على تحفية المحتاج، لابن حجر الهيتمي، (١٢٥/١٠)، بأنه: «فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى».

(٢) آثار الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني، لمحمد وليد العبادي، وأحمد عبد الكريم أبو شنب، (١٣)، نشره موقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي، <http://www.arablawninfo.com>.

(٣) يُنظر: (٩٩)، من هذا البحث.

إذا تبين أن الأصول توجب الالتزام بشروط العقد، مهما وصل الالتزام إلى ما ينافي العدالة، فلا عمل للقاضي إذن إلا إلزام الطرفين بمقتضى اتفاقهما؛ غير أنه إذا تبين أن لزوم العقد مقيد بما لا ينافي العدالة، وأنه لا يلزم من الأصول أن تكون العدالة كامنة فيما تعاقد عليه دائماً، فلا بد من دور للقاضي، يعدل به اتفاقهما على ضوء العدالة التي هي أصل هام من الأصول الشرعية؛ ويكون له سلطة أيضاً تحدد من سلطة المتعاقدين، وهذه السلطة تُعرف بمبدأ تدخّل القاضي<sup>(١)</sup>؛ وحجّة من يطلب تعديل الالتزام هي أنه ظهر له أثناء تنفيذ العقد أو بعد التنفيذ أن مقدار التعويض عالٍ، ومتفاوت تفاوتاً كبيراً مع مقدار الضرر، فهو لم يكن ظاهراً حين إبرام العقد؛ إن هذا يتبعه ضرورة تعديل الالتزام، لأجل إعادة التوازن بين المتعاقدين، قدر الإمكان<sup>(٢)</sup>.

والمقصود بالتوازن المذكور هو ذلك التعادل أو التقارب بين طرفي العقد من جهة ما يناله كل منهما على أثر العقد؛ وهو يعني أن كلا منهما أخذ شيئاً وأعطى مقابله ما يقاربه في النفع والقيمة، دون أن يكون فيما أخذ وأعطى تفاوت يجعل أحدها أخذاً أكثر بكثير مما يفرضه ذلك التوازن؛ ولعله يمكن تسمية ما أقوم به هنا باسم: نظرية تعديل الاتفاق العقدي بين المتعاقدين، وهو ما ينبغي تأصيله على ضوء الأصول والنصوص.

### الفرع الثاني: تأصيل فكرة تعديل الاتفاق العقدي

أودّ التذكير قبل كل شيء بأمرين تقدّم بحثهما مع تأصيلهما في الفقه الإسلامي:

**الأمر الأول:** عدم التعويض عن الإخلال إذا لم يؤدّ إلى ضرر، رغم اشتراط التعويض في العقد؛ وهو ما استدلت له بدليلين، يهّم سياق هذه المسألة منهما: الاستدلال بالاستحسان؛ وقد تقدّم بحث المسألة في المبحث الثاني من الفصل الثالث<sup>(٣)</sup>.

**الأمر الثاني:** ما تقدّم في المبحث السابق من تقرير عدم الضمان فيما لا يمكن التحرز منه، حتى لو كان الضمان مشروطاً في العقد؛ وقد تقدّم تأصيل المسألة من خلال استعراض وجيز لنظرية الظروف الطارئة، مع بيان ما يمكن أن يكون جذراً لها في الفقه الإسلامي، والذي تبين أنه يمكن أن يكون موجوداً في مسألتي وضع الجوائح، وفسخ عقد الإيجار حين يؤدّي إلى ضرر لم يكن ظاهراً أثناء إبرام العقد<sup>(٤)</sup>.

أستطيع أن أقول ها هنا، واستناداً على ما ذكرت في الأمرين المذكورين، أن تعديل الاتفاق حينما تكون فيه مسحة ظلم، له أصول في التراث الفقهي الإسلامي، وهو ما يمكن طرحه كما يلي:

(١) يُنظر: النظريات الفقهية، لفتحي الدريني، (١٥٥-١٥٦).

(٢) يُنظر: النظريات الفقهية، لفتحي الدريني، (١٥٢).

(٣) يُنظر: (١٩٢-١٩٦)، من هذا البحث.

(٤) يُنظر: (٢٥٧-٢٦٠)، من هذا البحث.

**أولاً:** إذا لم يوقع الخطأ بصاحب العمل ضرراً فلا يستحق التعويض، وإن كان قد ذكر في العقد لزوم التعويض عند وقوعه<sup>(١)</sup>؛ وتقدّم أنه رغم أن الأصل هو لزوم التعويض، للاتفاق عليه، إلا أن الاستحسان، وهو أصل شرعي يمنع غلواء القياس، يكفي لمنع مثل هذا التعويض، إذ الأصل قبل القياس هو الرجوع إلى العدالة، والعدالة لا تسمح بالتعويض عن أمر لم يزل، أو لم ينتقص.

وعليه، فعدم استحقاق التعويض، رغم النصّ عليه في العقد، هو مسلك العدالة الضروري فقها وكتاباً وسنة؛ وبناءً عليه، فاستحقاق المضرور لتعويض متوازن مع الضرر، ودون زيادة كبيرة رغم النصّ على الزيادة الكبيرة، يشبه تماماً عدم استحقاقه للتعويض عند عدم الضرر؛ وهما مسلكان طبيعيان من مسالك العدالة، والقول بأحدهما دون الآخر، انتقاص من مبدأ العدالة.

**ثانياً:** تقدّم في المبحث السابق أن الاتفاق على التعويض لا يبرّر الإلزام به، إذا كان الإخلال نتيجة حدث لا يمكن التحرّز عنه، وتقدّم الاستدلال بأصلين في الفقه الإسلامي للمسألة، وهما أصل وضع الجوائح، وأصل عدم لزوم عقد الإجارة إذا أدى إلى ضرر لم يكن قد بان أمره أثناء إبرام العقد<sup>(٢)</sup>.

وأقول هنا ما قلته في النقطة الأولى: إن العدالة التي منعت التعويض أساساً، لأن الظرف الطارئ منع من هذا الاستحقاق، هي ذاتها التي تمنع استحقاق التعويض الذي يتفاوت تفاوتاً كبيراً عند مقارنته بالضرر الواقع.

**ثالثاً:** إن منهج العدالة لا يمكن أن يسمح بالإلزام المخلّ باتفاق ما، أن يعوّض الطرف الآخر بما يزيد زيادة لا تتقارب مع مقدار الضرر، إذ غاية الشرط الجزائي هو تعويض من وقع الإخلال بحقه، ليكون في التعويض ما يكفي في أمر عقده ذاته، وليس المقصود معاقبة المخلّ، فإذا كان التعويض زائداً عن الحدّ زيادة بعيدة، فقد وجب أن يُردّ الأمر إلى العدالة، لينال من وقع الإخلال بحقه مقدار ما ضاع منه، أو ما يتقارب معه.

بهذا تكون فكرة تعديل الاتفاق العقدي قد نالت شيئاً من حقّها ها هنا، والله تعالى أعلم.

هذا، وجاء في إقرار الشرط الجزائي في فتوى هيئة كبار العلماء بالسعودية: «إذا 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

---

(١) ومع ذلك، فلربما ادّعى رب العمل أن الإخلال أوقع ضرراً به فعلاً، وخروجاً من هذه الإشكالية، فإنه لا يُطلب من رب العمل إثبات وقوع الضرر عليه نتيجة الإخلال أو التقصير، وإنما يُطلب من الما قول إثبات أن الإخلال والتقصير لم يؤدّيا إلى ضرر، فعبء الإثبات هنا على الما قول، ولا بد أن يستعين القاضي في هذه الحالة، بالخبراء في باب الخلاف، ليرى إن كان الإخلال أو التقصير أوقعا ضرراً برب العمل أم لا؟.

(٢) يُنظر: (٢٥٧-٢٦٠)، من هذا البحث.

إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر<sup>(١)</sup>؛ ثم استند القرار على قوله تعالى: (وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل)، (النساء: ٥٨).

إن التعويض المتفق عليه قد يجعل منه مالا حراما خارجا عن حدّ العدالة المفروض شرعا، فيما لو تفاوتت تفاوتاً كبيراً مع قيمة الضرر، فيحرم أخذه، ويلزم مدّعيه تركه، رغم التعاقد عليه، لأجل منافاته للعدالة؛ وإذا كان التعويض ذاته قد يصدف ما يجعله حراماً، فامتنع من أساسه؛ فإن مقداره أيضاً قد يعرض له ما يجعله مبالغاً فيه، فيلزم إرجاعه إلى مقارنة الضرر، إن لم تكن المساواة ميسورة؛ فإذا صحّ إلغاء التعويض أحياناً، فصحّ تعديل التعويض أولى.

إن تعديل مقدار التعويض حتى ينسجم مع مقدار الضرر، أو يقاربه، أقرب إلى الإمكان من جهة الفقه الإسلامي من القول بإلغاء التعويض من أساسه؛ لكن، هل المطلوب المساواة بين الضرر وبين التعويض، أم المطلوب المقاربة بينهما؟ هذا ما سيتبين في الفرعين التاليين إن شاء الله تعالى.

### الفرع الثالث: تعديل التعويض بمساواته لمقدار الضرر في القانون الأردني

أعطى القانون المدني الأردني الحق للمقاول أن يلجأ إلى القاضي لإثبات أن التعويض المتفق عليه بينه وبين رب العمل فوق قيمة الضرر المترتب على خطئه أو إخلاله، وفوق ما يستحقّه ربّ العمل؛ فإذا أثبت المقاول أن الضرر أقل من التعويض المتفق عليه، فهذا هنا يبحث القاضي المسألة عبر الخبراء فيما جرى بين المتعاقدين من العقد، ثم يقرّر قراره، استجابة للمقاول بتخفيض قيمة التعويض، أو عدم استجابة له؛ ثم إن الاستجابة ذاتها تخضع لسلطة القاضي، فلربما طلب المقاول تخفيضاً إلى مستوى معين، لكن ربما رأى القاضي عبر الخبراء أن التخفيف مبالغ فيه، فيعيد القاضي الأمر إلى ميزان العدالة؛ ورد في المادة (٣٦٤) من القانون المدني الأردني: «ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال، بناء على طلب أحد الطرفين، أن تُعدّل في هذا الاتفاق، بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك»؛ ولا بد من الإشارة إلى أن القاضي لا يسعى من ذات نفسه إلى تخفيض قيمة الشرط الجزائي، وإنما يبعثه إلى ذلك مطالبة مدّعي الغلوّ في مقدار التعويض، والمطالب بتخفيضه، وهذا ظاهر من صياغة المادة: «..بناء على طلب أحد الطرفين»<sup>(٢)</sup>؛ ويُلاحظ على هذه المادة أنها أعطت القاضي صلاحية تعديل التعويض بحيث يجعله مساوياً للضرر، والسؤال المطروح هنا: هل يمكن المساواة فعلاً بين الضرر والتعويض؟ إنه لو كان الأمر يتعلق بالتقصير في حفظ بعض الموادّ الأولية، حتى سرقها

(١) قرار هيئة كبار العلماء في السعودية نشرته: مجلة البحوث الإسلامية الصادرة عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث

العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالرياض، في عددها الثاني (١٣٩٥-١٣٩٦هـ).

(٢) الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني، لفؤاد درادكة، (٢٣٥).

سارق، فإن الأمر سهل، إذ يمكن تحديد قيمة المسروق، لتحديد مقدار الضمان؛ لكن الأمر في عقود المقاولات على غير هذه الشاكلة تماما؛ إنه يتعلق بجملة أعمال ومواصفات لثمرة هذه الأعمال، تتداخل معا، يسايرها في الوقت ذاته كون تقدير التعويض يأتي اجتهادا لمقداره، فيحصل من كل ذلك أن تقدير التعويض أصلا لن يكون تقديرا قطعيا؛ وعليه، فهي تحتاج إلى خبرة الخبراء الذين سيختلفون بدورهم في قيمة التعويض.

فالأرجح في مثل هذا الحال أن يقدر القاضي التعويض بما يجعله مناسبا للحد المعقول، لا مساويا تماما للضرر<sup>(١)</sup>، وهو ما سيتأصل فقها في الفرع التالي، إن شاء الله تعالى.

### الفرع الرابع: التعديل بهنم التفاوت الكبير بين الضرر ومقدار التعويض

إن سلطة القاضي في تعديل قيمة التعويض الناشئ عن الإخلال أو التقصير، يجب أن تنحصر فيما إذا كان التفاوت كبيرا بين قيمة الضرر وقيمة التعويض المقابل، والمفترض في المتعاقدين ألا ينسيا احتمال التفاوت فيما بين الضرر والتعويض، إذ لا يمكن تقديره متساويا أصلا، وهذا التساوي لم يطلبه أول نص فقهي سمح بالتعويض، وهو ما رواه البخاري عن شريح القاضي: «قال رجل لكرية: أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا، فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعا غير مكره، فهو عليه<sup>(٢)</sup>؛ فالقاضي شريح<sup>(٣)</sup>» حكم بالشرط الجزائي دون أن يتطرق لمسألة ما إذا كان تقدير التعويض مبالغا فيه أم لا<sup>(٤)</sup>، فالمساواة ليست لازمة، بل الواجب ألا يكون التفاوت بين قيمة الضرر وقيمة التعويض كبيرا؛ قال ابن رشد الحفيد في بداية المجتهد عند ترجيحه لعللة الحنفية في الربا، والقائمة على اعتبار الكيل والوزن مع اتحاد الجنس: «..وأن العدل في المعاملات إنما هو مقارنة التساوي<sup>(٥)</sup>».

ومع ذلك، فربما يصح أن يقال: إن هذا التفاوت الكبير ذاته ممكن الجواز، لأجل أن شريحا لم يسأل عنه أيضا؛ وفي تقديري أن شريحا يعلم أن مثل هذا المبلغ لا يتفاوت تفاوتاً كبيراً مقابل الضرر الذي وقع عليه، لأنه

(١) آثار الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني، محمد وليد العبادي، وأحمد عبد الكريم أبو شنب، (١٦).

(٢) البخاري، (٢٦٧/٢).

(٣) آثار الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني، محمد وليد العبادي، وأحمد عبد الكريم أبو شنب، (١٨).

(٤) بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد، (٤/٥٠٥)؛ وحاصل معنى كلام ابن رشد في ذكره ما ذكر بشأن الربا، وعلاقة حديثه فيه بحديثه في تلك المقاربة المطلوبة شرعا، هو أن المكيل والموزون المتجانس يمكن فيهما التساوي، فلا يصح فيهما يسير الغبن؛ وأما غير المتجانس فيقبل فيهما قليل الغبن، لأن العدل حينها هو المقاربة، إذ التساوي غير ممكن في المختلفات؛ قال مباشرة بعد كلامه الذي ذكره: «ولذلك لما عسر إدراك التساوي في الأشياء المختلفة الذوات، جعل الدينار والدرهم لتقويمها، أعني تقديرها»، وهو فقه سديد.

يعيش تلك البلد التي وقع فيها مثل ذلك الإخلال، وهو قاضٍ فيها، مع ما يُفترض بالقاضي من معرفة بواقع الناس؛ فلا بد أن يكون عارفاً أن المائة درهم لا تتفاوت كثيراً مع حجم الضرر الواقع.

وثمة شاهد آخر من الفقه الإسلامي يتجاوز السير من الفروق يتعلق بالغبن<sup>(١)</sup>، فرغم أن الغبن محرم أصلاً، لأنه ضربٌ من الغش، إلا أن العلماء رأوا أنه لا يمكن الاحتراز عن السير منه؛ قال ابن العربي: «.. لكن السير منه لا يمكن الاحتراز منه لأحد، فمضى في البيوع، إذ لو حكمنا برده، ما نفذ بيع أبداً، لأنه لا يخلو منه، حتى إذا كان كثيراً أمكن الاحتراز منه، فوجب الرد إليه، والفرق بين القليل والكثير أصل في الشريعة معلوم»<sup>(٢)</sup>.

ومع اتفاق العلماء على عدم تأثير سيره على البيوع، إلا أنهم اختلفوا في مقياس التفريق بين سيره وفاحشه؛ فعند الحنفية: السير ما يدخل تحت تقويم أحد المقومين<sup>(٣)</sup>، وما ليس كذلك فهو فاحش؛ قالوا: فلو قومه عدلٌ عشرة، وآخر ثمانية، وثالث سبعة، فما بين العشرة والسبعة داخل تحت تقويم المقومين، أما الزائد في الشراء، والناقص في البيع، فليس من السير<sup>(٤)</sup>؛ والمرجع عند المالكية في التفريق هو العادة وعقل العقلاء<sup>(٥)</sup>؛ وعندهم من يقدره بالثلث، لكن ضعف هذا العلامة الحطاب<sup>(٦)</sup>؛ وقال المرداوي الحنبلي: «يرجع الغبن إلى العرف والعادة، على الصحيح من المذهب،...، وعليه جميع الأصحاب؛ وقيل: يقدر الغبن بالثلث»<sup>(٧)</sup>.

ويُلاحظ على قول الحنفية أن الفرق بين السير والفاحش يصل إلى ثلاثين بالمائة من ثمن السلعة، بين أعلى تقويم لها، وأخفض تقويم، وذلك حين قالوا ما ذكرته عنهم قبل سطور، أنه إذا قوم السلعة أحدهم بسبعة، والثاني بثمانية والثالث بسبعة، فإذا كان أحدهم قومه بسبعة، مع تقويم آخر له بعشرة، فهذا يعني أن الفرق بين التقويمين يجعل الثلاثين بالمائة داخلية في الغبن السير المعفو عنه؛ ويُلاحظ في قولين أحدهما عند المالكية، والآخر

---

(١) الغبن لغة يحمل معنى الضعف والاهتضام، يقال: غبن الرجل في بيعه، أي اهتضم فيه؛ وغبن في رأيه، إذا ضعف فيه؛ يُنظر: معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، (٤/٤١١)؛ أما معنى الغبن الاصطلاحي، فقد نقل الحطاب المالكي في مواهب الجليل، (٦/٣٩٨)، أنه: «بيع السلعة بأكثر مما جرت العادة أن الناس لا يتغابون بمثله».

هذا، وقد استفدت الاستناد على مسألة الغبن ها هنا من بحث: آثار الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني، لمحمد وليد العبادي، وأحمد عبد الكريم أبو شنب، (٢٠).

(٢) أحكام القرآن، لابن العربي، (٤/١٨١٦).

(٣) البحر الرائق، لابن نجيم، (٧/١٦٨).

(٤) تكملة حاشية ابن عابدين، (٧/٣٣٨).

(٥) يُنظر: مختصر خليل، مع مواهب الجليل، للحطاب، (٦/٣٩٨)، وشرح الدردير عليه، (٣/١٤٠)؛ وذكر في مواهب الجليل، (٦/٣٩٨)، أن ما جرت به العادة لا يُردّ باتفاق.

(٦) مواهب الجليل، لحطاب، (٦/٣٩٨).

(٧) الإنصاف، للمرداوي، (٤/٣٨٤).

عند الحنابلة، أن الفاحش يُقدَّر بالثلث؛ ثم القول بتقديره حسب العادة قول يسمح بمثل هذه النسبة، إذا جرت بها العادة؛ أريد أن أقول: إنه إذا كان الغبن اليسير، وعلى المعنى الذي نقلته عن الحنفية، وعمن قالوا بالثلث، وعمن قالوا: يرجع التقدير إلى العادة والعرف؛ إذا كان كل ذلك على ما تقدّم، فإنه يمكن الخروج بتأصيل لتجاوز التفاوت اليسير بين الضرر وبين تقدير قيمته، وعدم تجاوز التفاوت الكبير؛ إن<sup>(١)</sup> الفرق بين القليل والكثير أصل في الشريعة معلوم<sup>(٢)</sup>؛ على ما نقلته عن ابن العربي.

وأرجو في ختام ما ذكرتُ من أقوال العلماء، أن أبين أن أقوالهم لا تخرج عن كونها اجتهادات بشرية تخطئ وتصيب، وإنما ذكرتُ ما ذكرتُ من أقوالهم، لأجل ربط مسألة البحث بمسائل يصلح أن تعتبر نظائر لها في الفقه الإسلامي، مع النظر بعين الاعتبار أن ثمة شيئاً متفقاً عليه بين العلماء، وهو عدم اعتبار الغبن اليسير مؤثراً، مما يعني أن التساوي بإطلاقه ليس هو المطلوب، وإن اختلفت تقديرات العلماء لضابط اليسير والفاحش منه، فالمسألة محلّ اجتهاد إذن.

إنني أخرج بهذا إلى تقرير أن التفاوت اليسير في تقدير التعويض عن الضرر في عقد المقاولّة، ينبغي ألا يكون مؤثراً، وهو ما يدعو إلى النظر في دور القاضي وسلطته في تعديل التعويض الاتفاقي في القانون المدني الأردني، والذي جعله يصل إلى درجة اتخاذ المساواة بين الضرر والتعويض مسلكاً، فينبغي تعديل سلطته ليكون تعديله للاتفاق التعويضي محصوراً في مقارنة الضرر، لا في مساواته.

إن جعل سلطة القاضي تدور حول مساواة التعويض بالضرر، سيكلف هذه السلطة ما هو خارج عن طاقتها، إذ إنه يصعب أو يستحيل في عقود المقاولات تحديد مقدار الضرر بالضبط، وإن قواعد التشريع الإسلامي تمنع من مثل هذا التكليف.

---

(١) أحكام القرآن، لابن العربي، (٤/١٨١٦).

## المبحث الرابع: الطرف الذي يُغرمُ في الشرط الجزائي في عقد المقاولة

تحديد الطرف الذي يقع عليه غرم الإخلال في الشرط الجزائي في عقود المقاولات، هو من وقع عليه الاشتراط بذلك، وهي مسألة مفهومة، فإن كان الشرط ينصّ على تغريم المقاول عند إخلاله أو تأخّره، ووقع الإخلال أو التأخير، فحينها يقع عليه الغرم؛ وإن اشترط العقد تغريم رب العمل عند إخلاله، وجب تغريمه؛ وإن وقع الشرط على تغريم المهندس، ووقع المحذور فعلا، فهو من يُغرم؛ وهكذا، فالمسألة بديهية.

وقد يقصّر الطرفان في تحديد الجهة التي يقع عليها التغريم، والمسألة بسيطة أيضا، فالذي وقع الضرر بفعله أو تقصيره، هو المسؤول عن التعويض، وهو من يُغرم، ولم لم يوجد في العقد نصّ بذلك، ويتوجّب حينها على المدّعي إثبات دعواه.

هذه مسألة واضحة على ما ذكرت؛ غير أن وظيفة هذا المبحث هي الإجابة عن سؤالين هما: هل يمكن أن يتضمن الشرط الجزائي نصّا على تغريم ربّ العمل نفسه، في حالة تأخّره في سداد الأقساط اللازمة لجريان العمل، حتى أدّى ذلك إلى فقدان المقاول فرصا هامة، تسبب بها تأخّر رب العمل في سداد الأقساط؟ وكذا إذا كانت المقاولة على الصورة التي يُحضر فيها ربّ العمل مادة العمل، ليقوم المقاول بالعمل، وتأخّر رب العمل في إحضار المادة، مما أدّى إلى الإخلال بالعمل ذاته؟

وهل يمكن تغريم الجهة الهندسية المشرفة على مشروع ما، إذا تبين أن الخلل جاء من قبلها؟

إن ذلك كلّه يقتضي بحث هذه المسائل، وسواها ما يشبهها، في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تغريم رب العمل.

المطلب الثاني: تغريم المهندس الذي صمم البناء.



## المطلب الأول: تغريم رب العمل

قد يكون تأخر الإنجاز أو التقصير فيه، أو في تحقيق المواصفات المطلوبة، عائداً إلى أن رب العمل لم يأت بالمطلوب منه لأجل إنجازه، كأن يكون قد تأخر في دفع الأقساط التي تعين المفاوض على شراء المواد اللازمة للمقاول؛ أو يكون قد تأخر في إتيان تلك المواد، إذا كان الاتفاق قائماً على أن يأتي رب العمل بالمواد اللازمة للبناء.

وبناء على هذا، فلا معنى لفرض التعويض على المفاوض، إذا كان هو الذي تأخر فيما مضى ذكره.

لكن، هل يمكن أن يغرم رب العمل نفسه بسبب تأخره بالمواد اللازمة للمقاول؟

الذي أراه: نعم، حتى لو لم يُذكر هذا الأمر كشرط في العقد؛ فإن كان قد ذكر، فبها ونعمت، ويلتزم رب العمل بالشرط الذي وقع عليه؛ غير أنه إذا لم يُذكر شرط كهذا، فرب العمل هو المتسبب بالإضرار، وهو من يتحمل نتيجته؛ فهذا التأخر يؤدي إلى عرقلة البناء، وتأخر مصلحة المفاوض، وفوات فرص أخرى، منعه من استغلالها انشغاله بمقاوله أخرى؛ إنه إذا لم يقع مثل هذا الشرط، فالذي يقع عليه واجب التعويض هو من أفضى فعله أو تقصيره إلى وقوع الإخلال نفسه.

ولعل ما تقدّم في تعريف الشرط الجزائي ما يتضمن هذا المعنى، فقد صُغت له التعريف التالي: «اتفاق إضافي يتبع العقد الأصلي، يلتزم بموجبه كلٌّ من طرفيه بالتعويض المقدّر عما أخلّ به نحو صاحبه دون ظرف قاهر»؛ وهو يتضمن معنى إلزام رب العمل بالتعويض إذا أخلّ بالتزامه نحو المفاوض، وهذا يفهم من تعريف للشرط الجزائي ذكرته حينذاك، وهو أن الشرط الجزائي «نص المتعاقدين في العقد على مبلغ معيّن يدفعه من أخلّ بالتزام»<sup>(١)</sup>؛ ففيه أن المبلغ المدفوع في الشرط الجزائي إنما يقدمه من أخلّ بالتزام.

إنه لو لم يكن مثل هذا الشرط مكتوباً بين طرفي العقد، فإن القضاء يحكم ولا ريب على المخلّ بالتزامه، فإذا كان رب العمل هو من أخلّ، فهو من سيحكم عليه بالتعويض.

## المطلب الثاني: تغريم المهندس

قرّر القانون المدني الأردني تضمين المهندس إذا وقع الضرر على صاحب العمل في الحالتين التاليتين: الأولى: حينما يتضمّن دوره الإشراف على البناء، فهو متضامن مع المفاوض في التعويض الجزائي؛ والثانية: حينما يقتصر دوره على تصميم البناء، ويلحق البناء ضرراً ناشئاً عن خطأ في التصميم.

(١) معجم لغة الفقهاء، محمد رؤاس قلجعي وحامد صادق قنبي، (٢٦٠).

وهو أمرٌ عدلٌ لا غبار فيه، فهو في الحالتين مسؤول، كلاً أو جزءاً، عن الضرر الذي قد يقع في البناء، وهو ما يتلاقى مع الفقه الإسلامي الذي يغرم من أدى به تقصيره إلى ضررٍ في أمرٍ ما؛ وهو كذلك يرجع إلى ما تقرره القاعدة الفقهية القائلة: «الغرم بالغنم»<sup>(١)</sup>، وهي القاعدة (٨٧) من قواعد مجلة الأحكام، ومعناها: أن من ينال نفع شيء ما، هو من عليه تحمّل ضرره<sup>(٢)</sup>؛ وبتعبير العلامة الزرقا في شرحها: «أي أن التكاليف والخسارة التي تحصل من الشيء، تكون على من يستفيد منه شرعاً»<sup>(٣)</sup>؛ وما يهّم البحث من معناها هنا هو أن المتحمّل للخسارة بالهلاك، هو من يكون مستفيداً من الربح حين عدم الهلاك.

وأما المادّتان اللتان تتضمنان ما تقدّم من معنى في القانون المدني الأردني، فهما: المادة (٧٨٨)، التي تقول: «١. إذا كان عقد المقاولة قائماً على تقبّل بناء يضع المهندس تصميمه، على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه، كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في خلال عشر سنوات،... تبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل»؛ والمادة (٧٨٩)، التي تقول: «إذا اقتصر عمل المهندس على وضع التصميم دون الإشراف على التنفيذ، كان مسؤولاً فقط عن عيوب التصميم...».

---

(١) يُنظر: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، (٢/٦٢٠).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، (١/٧٩).

(٣) المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقا، (٢/١٠٣٥).

## الخاتمة

الحمد لله وسلام على عباده الذين اصطفى، وبعد:

فها هو بحث الشرط الجزائي بين الفقه والقانون قد تمّ، بعون الله تعالى وبتوفيقه، وقد اجتهدتُ أن يتسم بالموضوعية؛ وقد وصلتُ أثناء مسيرتي في هذا البحث إلى نتائج وتوصيات هامة، وهي على النحو التالي:

### أولاً: نتائج البحث

- ١- إثبات مبدأ التعويض عامة، ومبدأ التعويض على تفويت الفرصة بوجه خاصّ، مما جعل لهذا المبدأ تأثيراً في سياق البحث برمّته.
- ٢- إثبات مبدأ الوفاء بالوعد، كونه واجبا في الإطار الذي رجّحْتُهُ، وهو ما إذا كان الوعد مرتبطاً بعقد، أو ينشأ عنه التزام، أو له تكلفة ماديّة، مما جعل لهذا المبدأ تأثيراً في البحث.
- ٣- تبيّن أن الأصل في العقود والشروط هو الحلّ، إلا ما صادم أصلاً أو نصّاً.
- ٤- ظهر لي أن الشرط الجزائي داخل في عموم الشروط المباحة في الفقه الإسلامي، وأنه جزء من بحث الشروط المقترنة بالعقد، وأنه مباح مثلها.
- ٥- وصلتُ إلى إقرار التبريم على الماطلة في سداد الدّين، إذ لم أجد في النصوص والأصول ما يمنع منه، وفرقتُ بينه وبين الربا حتى أمتنع الاحتلاط بينهما.
- ٦- لا يصحّ اشتراط التعويض عند عقد القرض، وعند تحوّل التزام ما إلى دّين، لأنه ذريعة إلى الربا.
- ٧- أثبتّ الشرط الجزائي في مجالات العقود التي لا يكون الالتزام فيها مالاً.
- ٨- اتّضح لي أن تقنين الشرط الجزائي جزءٌ من تدبير وليّ الأمر، لضمان سيرّ معاملات الناس على وجه حسن.
- ٩- عقود المقاولات من العقود المباحة، بناءً على أن الأصل في العقود هو الإباحة.
- ١٠- عدّ بعض العلماء عقود المقاولات صورة من صور عقود الاستصناع، ومع ذلك، فقد أسّستُ لتطویر عقد الاستصناع ليشمل عقود المقاولات الحديثة ذاتها، وفق ضوابط العقود المباحة شرعاً.
- ١١- الاستصناع والمقاولات من العقود اللازمة للطرفين من ساعة إبرام العقد، لأنهما من عقود المعاوضات، ولأنهما من العقود على أمور ضخمة، يناسبها اللزوم، وليس عدمه.

- ١٢- تبين لي وجوب الاتفاق على الشرط الجزائي عند إبرام العقد، وكذا لزوم تسجيله في الدوائر المختصة.
- ١٣- تقرّر في البحث أن اشتراط المفاوض عدم الضمان باطل لا يجوز إقراره في العقد.
- ١٤- الأصل إلزام المفاوض بتنفيذ ما تعاقد عليه مع رب العمل، وبالشروط المتفق عليها، فإذا لم يحصل هذا، فلا مناص من تنفيذ شرط التعويض.
- ١٥- أثبتّ دورا للقضاء في تعديل مقدار الشرط الجزائي، وأصلت ذلك بناء على الفقه الإسلامي ذاته، وبيّنتُ أن دور القاضي يقوم على التقريب بين مقدار الضرر الحاصل أثر تقصير المفاوض، وبين التعويض؛ وليس على مساواة الضرر بالتعويض.
- ١٦- أثبتّ أن التعويض قد يلزم ربّ العمل، في حالة تقصيره بإحضار المال الكافي للمفاوض، لشراء ما يلزم من موادّ المفاوضة المتفق عليها، فيكون بهذه الحال قد تسبّب في تقصير المفاوض، فيتحمّل نتيجة صنيعة.
- ١٧- المهندس مشارك أحيانا بالتعويض لربّ العمل، حسب دوره في المفاوضة.
- ١٨- القانون المدني الأردني منسجم إجمالاً مع الفقه الإسلامي في المسائل التي تعرّض البحث لها، عدا ما ناقشتُ في ذات القانون في دور القاضي في تقدير التعويض عن الضرر.
- والحمد لله رب العالمين على توفيقه.

## ثانياً: توصيات البحث

- بعد هذه الجولة في نظرية الشرط الجزائي، وبعد أن بدت لي كثير من جوانبه، وبعد أن ظهر الجانب التطبيقي منه من خلال عقد المفاوضة؛ بعد كل ما ذكرتُ، فإنه بدا لي أن ثمة أموراً لا بد من طرحها، كتوصيات أتقدّم بها لأهل البحث والفقه والقانون حول الشرط الجزائي، أجمّلها فيما يلي:
- ١- يرجو الباحث الإسراع في إقرار القانون المدني الفلسطيني، الذي سيكون مرجع معاملات الناس المالية بشكل عامّ في ديارنا المقدّسة؛ ولأنه لا بد أن يأتي يوم يتقرّر فيه العمل بالقانون المدني الفلسطيني، فإنني أوصي بأن يكون، كسابقه في ديارنا، ينطلق من مفاهيم الفقه الإسلامي، ومن مبادئ الشرع الشريف.
- ٢- ظهر لي أن الربا قد يتسرّب من خلال مسألة التعويض ذاتها، ولأجل منع تسرّبه إلى معاملات الناس تحت مظلة القانون، فإنني أرى أنه لا بد أن ينتبه محرّرو القانون المدني الفلسطيني إلى خطورة الأمر، فيمنعوا بالنصّ الصريح كل ما من شأنه أن يكون باباً يدخل منه الربا في معاملات الناس، وخاصة ما يتعلق منها بالشرط الجزائي.

٣- ناقش البحث سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي حينما يكون مبالغاً فيه، أو قاصراً عن مستوى الضرر الواقع نتيجة الإخلال أو التقصير، وبدا من البحث أن القانون المدني الأردني قد جعل من سلطة القاضي تسوية التعويض بالضرر، وذلك في المادة (٣٦٤) منه، وتبين أنه مسلك يفارق الفقه الإسلامي، والذي أراه أن يعاد النظر في تلك المادة، وتعديلها لتكون على النحو التالي: «ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال، بناء على طلب أحد الطرفين، أن تُعدّل في هذا الاتفاق، بما يجعل التقدير مقاربا للضرر، ويقعُ باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك»؛ فأن يكون التعويض مقاربا للضرر، كما أقترحه ها هنا، أولى من النص على لزوم أن يكون مساويا للضرر.

٤- وأوصي بناء على ذلك أن يتضمن القانون المدني الفلسطيني مثل هذا التعديل، فيما لو كان أمر التعويض فيه كأمر التعويض في الأردني.

٥- أرى تحديد على من يكون عبء الإثبات في حالة عدم وقوع ضرر على أثر إخلال المدين، فالقانون المدني الأردني لم يكن صريحاً في المسألة، والذي أراه أن ثمة قوانين عربية حسمت الأمر بعبارات واضحة، كالقانون المدني اللبناني، المسمّى قانون الموجبات والعقود، الذي نصّ صراحة في مادته (٣٦٢) على أن: «من يدّعي أنه دائن، تلزمه إقامة البينة على وجود حقه، وبعد إقامة البينة، يجب على من يدّعي سقوط الموجب، أن يُثبت صحة قوله»، وبتعبير القانون المدني المصري: «على الدائن إثبات الالتزام، وعلى المدّين إثبات التخلّص منه»؛ وقد ذكر النصّان في البحث، وهما أقدر من القانون المدني الأردني على حسم الأمر، وإن كانت قواعد ومبادئ القانون الأردني تتلاقى معه، فأرى ضرورة هذا التحديد الصريح؛ وأرى أيضاً أن يتضمّن القانون المدني الفلسطيني قبل إقراره حسم هذه المسألة، بمثل طريقة القانون اللبناني أو المصري.

٦- أقترح على الباحثين في هذا المضمّر، أن يبحثوا الشرط الجزائي في ناحيته التطبيقية، على جميع المجالات التي يناسبها مثل هذا الشرط، كعقود التوريد والنشر وغيرها.

٧- ناقش البحث مبدأ التعويض في الفقه الإسلامي، ووصل إلى إقراره، وترك تفصيل جوانبه للباحثين، ليُشبعوها بحثاً؛ وأقترح في هذا الصدد المزيد من البحوث والدراسات التي تتعلق بمبدأ التعويض، في حالة الضرر الأدبي أو المعنوي، فالبحث يميل إلى إقرارها فقهاً، غير أنه لم يتوسّع بشأنها.

والله تعالى هو ولي التوفيق والسداد، والحمد لله رب العالمين.

## ملحق في تراجم الأعلام

- فيما يلي أعرض تراجم مختصرة لأعلام الفقه والحديث والتفسير واللغة والتاريخ الواردين في هذا البحث، وقرنت ترجمة كل علم باسم المرجع الذي أخذتُ عنه ترجمته<sup>(١)</sup>:
١. أبي بن كعب بن قيس الخزرجي الأنصاري، بايع رسول الله ﷺ بيعة العقبة الثانية، وشهد معه مشاهدته، كان أقرأ الصحابة للقرآن، قال فيه الرسول ﷺ: (أقرأ أمتي أبي)، وأثنى عليه ﷺ قائلا: (ليهنك العلم أبا المنذر)، كتب الوحي لرسول الله ﷺ، مات في خلافة عمر، وقيل: في خلافة عثمان، يُنظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البر، (٤٢-٤٤).
  ٢. أشهب: هو أشهب بن عبد العزيز القيسي العامري المصري، الفقيه الثبت العالم، انتهت إليه رئاسة مصر بعد موت ابن القاسم، روى عن الليث ومالك، وبه تفقه، وتوفي بمصر سنة ٢٠٤هـ، بعد موت الشافعي بثمانية عشر يوما؛ يُنظر: شجرة النور الزكية، لمحمد بن محمد مخلوف، (٥٩).
  ٣. ابن الأشوع: هو سعيد بن عمرو بن الأشوع، كان قاضي الكوفة في إمارة خالد القسري على العراق، يُنظر: الفتح، (٣٤٣/٥)، وكانت ولايته بين الخمس ومائة إلى عشرين ومائة، وروى عنه البخاري ومسلم، يُنظر: الفتوحات الربانية في شرح الأذكار النواوية، لابن علان، (٢٦٠/٦).
  ٤. إصبع: هو إصبع بن الفرغ بن سعيد المصري، الإمام الثقة الفقيه المحدث، سمع ابن القاسم وأشهب وغيرهما، روى عنه البخاري وغيره، قال ابن الماجشون: ما أخرجت مصر مثل إصبع؛ له كتاب الأصول وتفسير حديث الموطأ وغيرهما، مات بمصر سنة ٢٢٥هـ، يُنظر: شجرة النور الزكية، لمحمد بن محمد مخلوف، (٦٦).
  ٥. البخاري: هو أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبة الجعفي مولاها، البخاري؛ سمع من محمد بن سلام، وسمع منه الترمذي وغيره، حفظ تصانيف ابن المبارك وهو صبي، قال عن نفسه: أحفظ مائة ألف حديث صحيح، صنف الصحيح وغيره، مات سنة ٢٥٦هـ، يُنظر: تذكرة الحفاظ، للذهبي، (٥٥٥-٥٥٧).
  ٦. بريرة: هي مولاة عائشة رضي الله عنها، وكانت مولاة لبعض بني هلال، ثم باعوها من عائشة، وبشائها جاء الحديث النبوي الصحيح: (الولاء لمن أعتق)، وعُتقت تحت زوج، فخيرها الرسول ﷺ فكانت سنة؛ اختلف في زوجها هل كان عبدا أم حرا؟ يُنظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البر، (٨٧٦).
  ٧. البزدوي: هو علي بن محمد بن عبد الكريم البزدوي الإمام الكبير فخر الإسلام، ينسب إلى بزدة، ألف المبسوط

(١) أما ترتيب هذه التراجم، فهو على حسب ترتيب الحروف الهجائية، وكذلك على حسب اسم الشهرة لكل علم، مع الأخذ بعين الانتباه أنني لم أعتبر في الترتيب كلمات: ابن، وأبو؛ وكذلك لم أعتبر أُل التعريف في كل ترجمة. غير أنني لم أترجم لأحد من الخلفاء الراشدين الأربعة، وكذلك لأحد من أئمة المذاهب الأربعة، لشهرة جميع هؤلاء؛ وكذا لم أترجم لأحد من المعاصرين، إذ لم يغيبوا بعد عن معرفة الباحثين القريية، وكذلك، لم تتَّح بعد تراجمهم أجمعين.

في أحد عشر مجلدا، وهو صاحب كتاب الأصول المشهور بأصول البزدوي الذي شرحه علاء الدين البخاري في كتاب كشف الأسرار، وهو كتاب معتبر معتمد، كتب تفسيراً كبيراً للقرآن؛ مات البزدوي سنة ٤٨٢هـ، يُنظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية، لعبد الحي اللكنوي، (١٢٤-١٢٥).

٨. البیهقي: هو أحمد بن الحسين بن علي أبو بكر البيهقي الخسروجردي، الحافظ العلامة، جمع بين الفقه والحديث، سمع من الحاكم النيسابوري، وسمع منه كتب ما لم يُسبق إلى تحريره، كالأسماء والصفات، والسنن الكبرى، وغيرهما، قال الجويني: ما من شافعي إلا وللشافعي عليه منة، إلا أبا بكر البيهقي، فإن له منة على الشافعي، لتصانيفه في نصرته مذهبه؛ مات سنة ٤٥٨هـ، يُنظر: تذكرة الحفاظ، للذهبي، (١١٣٢/٣-١١٣٥).

٩. الترمذي: هو محمد بن عيسى بن سورة السلمى الترمذي، أبو عبد الله، كان ضريراً، سمع قتيبة بن سعيد وغيره، وتفقه في الحديث بالبخاري، حدث عنه حماد النسفي وغيره، صنف السنن وعرضه على علماء الحجاز والعراق وخراسان، فرضوا به، مات سنة ٢٧٩هـ، يُنظر: تذكرة الحفاظ، للذهبي، (٦٣٣/٢-٦٣٥)؛

١٠. التمرتاشي: هو محمد بن عبد الله بن أحمد الخطيب التمرتاشي الغزي الحنفي، كان فقيهاً حنفياً قوياً الحافظة كثير الاطلاع، تفقه على ابن نجيم، له تنوير الأبصار، وشرحه بكتابه منح الغفار، وهو الذي شرحه أيضاً الحصكفي في الدرّ الختار، وجمع مجلدين من فتاويه، مات سنة ١٠٠٤هـ؛ يُنظر: خلاصة الأثر، للمحبي، (١٨/٤-٢٠).

١١. ابن تيمية، هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية الحرّاني، المجتهد الحافظ المحقق، أخذ العلم عن والده وعن غيره، وتلمذ عليه كثيرون، أشهرهم ابن القيم، اشتهر به؛ سمع ما لا يحصى من الأجزاء والكتب، أفتى قبل العشرين من عمره، له الخبرة التامة في الرجال جرحاً وتعديلاً، كتب كثيراً، من أهم كتبه: اقتضاء الصراط المستقيم، ومنهاج السنة النبوية، وفتاوى كثيرة، مات سنة ٧٢٨هـ، يُنظر: المنهج الأحمد في تراجم أصحاب الإمام أحمد، (٢٤/٥-٤٤).

١٢. جابر بن عبد الله: هو جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الأنصاري السلمى؛ شهد العقبة الثانية مع أبيه وهو صغير، ولم يشهد الأولى؛ ذكره بعضهم فيمن حضر بدراً، لكنّه لا يصحّ، ذلك أنه قال عن نفسه: لم أشهد بدراً ولا أحداً، منعي أبي؛ غير أن البخاري ذكر أنه كان يوم بدر ينقل لأصحابه الماء؛ شهد صفين مع علي رضي الله عنه؛ كان من المكثرين حفاظ السنن، مات سنة أربع وسبعين، وقيل غير ذلك؛ يُنظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البر، (١١٤-١١٥).

١٣. الجصاص: هو أحمد بن علي الرازي أبو بكر، الإمام الحافظ محدث نيسابور، والجصاص: نسبة إلى العمل بالجصّ، كان إمام الحنفية في عصره، تفقه على أبي الحسن الكرخي، وعنه أخذ فقهاء بغداد، تفقه عليه محمد بن يحيى الجرجاني شيخ القدوري، خوطب في أن يلي القضاء فامتنع، كتب أحكام القرآن، وكتاباً مفيداً في أصول الفقه، مات سنة ٣٧٠هـ، يُنظر: الفوائد البهية في طبقات الحنفية، لعبد الحي اللكنوي، (٢٧-٢٨).

١٤. حاتب بن أبي بلتعة اللخمي: وهو من أهل اليمن، شهد بدرًا والحديبية، هو من كاتب قريشا أن رسول الله ﷺ سيأتي إلى مكة، وأراد عمر قتله، فقال ﷺ: (فإنه شهد بدرًا..)، كان شديدًا على الرقيق، فقال أحد رقيقه لرسول الله ﷺ: ليدخلن حاطب النار، فقال ﷺ: (كذبت، لا يدخل النار أحدٌ شهد بدرًا والحديبية)، رواه مسلم، أرسله الرسول ﷺ رسولاً إلى المقوقس، فجاءه من عنده بمارية القبطية هدية، وأرسله أبو بكر ﷺ أيضاً إلى المقوقس، فصالحهم المقوقس، مات سنة ٣٠هـ، يُنظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البر، (١٧٠-١٧١).

١٥. الحاكم الشهيد أبو الفضل المروزي: هو محمد بن محمد بن أحمد، الشهير بالحاكم الشهيد المروزي البلخي، ولي قضاء بخارى، سمع الحديث بمرور من محمد بن حمدويه تلميذ أحمد بن حنبل، وكان يحفظ ستين ألف حديث؛ ولأه أمير خراسان مقاليد الأمور كلها بتوليته الوزارة، رغم أنه كان يمتنع من لقب الوزارة؛ من كتبه: المنتقى والكافي، وغيرهما؛ وهما أصلان من أصول مذهب الحنفية بعد كتب محمد بن الحسن؛ قتله الجند وهو ساجد سنة ٣٤٤هـ؛ يُنظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية، لعبد الحي اللكنوي، (١٨٥-١٨٦).

١٦. ابن حجر العسقلاني: هو أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني المصري، كان ذكياً سريع الحافظة، حفظ سورة مريم في يوم، أخذ علم الحديث عن العراقي، وتفقه على البلقيني، ألف كثيراً من الكتب، كان في غاية التحقيق، وكتابه فتح الباري بشرح صحيح البخاري، شاهد على تحقيقه، وكتب تهذيب التهذيب، وهو في الرجال، وله كثير من الكتب الأخرى، مات سنة ٨٥٢هـ، يُنظر: لحظ الألاحظ بذييل طبقات الحفاظ، لابن فهد الهاشمي، (٣٢٤-٣٤٣).

١٧. ابن حجر الهيتمي: هو أحمد بن محمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي الشافعي، فقيه شافعي محقق، من أهم كتبه: تحفة المحتاج، شرح فيه منهاج النووي؛ وله كتاب الزواجر عن اقتراف الكبائر، أبدع فيه بما يشهد له، وله فتاوى حديثة، وفتاوى فقهية؛ مات سنة ٩٧٤هـ؛ يُنظر: هدية العارفين، لإسماعيل باشا البغدادي، (١٤٦/١).

١٨. ابن حزم: الإمام البحر، أبو محمد، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي اليزيدي، نشأ متنعمًا مرفهًا، وهو ذو ذكاء مفرط، وذهن سيال؛ رأسٌ في علوم الإسلام، وفرط ظاهرية في الفروع لا الأصول؛ كان من نفاة القياس، زهد في الرئاسة، وانكب على العلم؛ كان حافظاً للحديث؛ ألف كتباً كثيرة أهمها: المحلى والإحكام في أصول الأحكام؛ مات سنة ٤٥٦هـ؛ يُنظر: سير أعلام النبلاء، للذهبي، (١٨٤/١٨-٢١٢).

١٩. الحسن البصري: هو الحسن بن أبي الحسن يسار البصري، أبوه يسار من سبي ميسان بين البصرة واسط، ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر، أي أنه لم يدرك عمر ﷺ، لكنه سمع من عثمان؛ كان سيد أهل زمانه علماً وفضلاً، قال أبو بردة: ما رأيتُ أحداً أشبه بأصحاب رسول الله ﷺ منه؛ كان صاحب حكمة، من كلامه: ضحكُ المؤمن غفلة من قلبه؛ مات سنة ١١٠هـ؛ يُنظر: سير أعلام النبلاء، للذهبي، (٥٦٣/٤-٥٨٨).

٢٠. الحصكفي: هو محمد بن علي بن محمد علاء الدين، الشهير بالحصكفي، مفتي الحنفية بدمشق، قرأ على والده



وخير الدين الرملي، شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي بكتابه الدرّ المختار، وشرح منار النسفي بكتابه إفاضة الأنوار، كان محدثًا فقيها نحويا، أقرأ البخاري في الجامع الأموي، مات سنة ١٠٨٨هـ، يُنظر: خلاصة الأثر، للمجيب، (٦٥-٦٣/٤).

٢١. الحصني: هو أبو بكر بن محمد الحصني الحسيني، تقي الدين، فقيه شافعي، من أهم مؤلفاته: دفع شبه من شبه وتمرد ونسب ذلك إلى الإمام أحمد، وكتاب القواعد، وشرح صحيح مسلم؛ ومن غريب أمره أنه شرح هداية المرغيناني من كتب الحنفية، رغم أنه شافعي، وهو يدلّ على معرفته بالمذهب وأصوله والتفريع عليها؛ مات سنة ٨٣٩هـ؛ يُنظر: هدية العارفين، (٢٣٦/١).

٢٢. حطاب: هو محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب المكي، العلامة الحافظ النظار أحد كبار العلماء المحققين، أخذ عن والده وغيره، وأخذ عنه ابنه وغيره، له تأليف استدرك بها على أمثال ابن حجر والسيوطي والعز بن عبد السلام، له مواهب الجليل شرح مختصر خليل، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام، لم يُسبق إلى مثله، مات سنة ٩٥٤هـ؛ يُنظر: شجرة النور الزكية، لمحمد محمد مخلوف، (٢٧٠).

٢٣. الحموي: هو أحمد بن السيد محمد مكي الحسيني الحموي المصري، المدرّس بالمدرسة السليمانية والحسنية بالقاهرة، ألّف كثيرا من الكتب، الدرّ النفيس في بيان نسب الإمام محمد بن إدريس، وغمز عيون البصائر، شرح فيه الأشباه والنظائر لابن نجيم؛ مات سنة ١٠٩٨م؛ يُنظر: هدية العارفين، لإسماعيل باشا البغدادي، (١٦٤/١-١٦٥).

٢٤. الخطابي: هو حمّد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب، أبو سليمان الخطّابي البستي، كان إماما في الفقه والحديث واللغة، وكان من العلم بمكان عظيم، أخذ الفقه عن أبي بكر القفال الشاشي وغيره، وسمع الحديث من أبي سعيد بن الأعرابي وغيره؛ وروى عنه الحديث الحاكم النيسابوري وغيره؛ من كتبه: معالم السنن، وهو شرح مختصر لسنن أبي داود؛ وله غيره؛ مات سنة ٣٨٨هـ؛ يُنظر: طبقات الشافعية الكبرى، للتاج السبكي، (٢٨٢/٣-٢٩٠).

٢٥. الخليل بن أحمد: هو الخليل بن أحمد بن بن عمر بن تميم الفراهيدي، سيد الأدباء في علمه وزهده، وكان يغزو سنة ويحجّ سنة، وهو أول من استخراج العروض وضبط اللغة وحصر أشعار العرب، قال سفيان الثوري: من أحبّ أن ينظر إلى رجل خلّق من الذهب والمسك، فلينظر إلى الخليل بن أحمد؛ ألّف كتبا كثيرة منها: كتاب العين في اللغة، وكتاب الإيقاع في الموسيقى؛ مات سنة ١٦٠هـ، وقيل: ١٧٠هـ؛ يُنظر: معجم الأدباء، لياقوت، (٧٧-٧٢/١١).

٢٦. أبو داود: هو سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سمع القعني وغيره، حدث عنه الترمذي وغيره، قال محمد بن إسحاق الصاغاني: لئن لأبي داود الحديث كما لين لداود الحديد، صنّف السنن، والمراسيل، وغيرهما؛ مات سنة ٢٧٥هـ، يُنظر: تذكرة الحفاظ، للذهبي، (٥٩٣-٥٩١/٢)؛

٢٧. الدسوقي: هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي الأزهري، أخذ عن الشيخ الدردير وغيره، تصدر للتدريس وأتى بكل نفيس، كان فريدا في تسهيل المعاني، وتبيين المباني، رزقت تأليفه القبول، له حاشية على شرح الدردير على مختصر خليل، وغيره من الكتب، مات سنة ١٢٣٠هـ؛ يُنظر: شجرة النور الزكية، لمحمد محمد مخلوف، (٣٦١-٣٦٢).

٢٨. أبو رافع: الظاهر أنه مولى رسول الله ﷺ، وقيل اسمه: إبراهيم، وقيل غير ذلك، كان قبطيا فأسلم، قيل: كان للعباس عم الرسول ﷺ، فأهداه إليه، فلما أسلم العباس ﷺ، بشر أبو رافع رسول الله ﷺ بإسلامه، فأعتقه، توفي في خلافة عثمان، وقيل: بل في خلافة علي ؓ؛ يُنظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البر، (٨٠٥).

٢٩. ابن رشد الجد: هو القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، الإمام المحقق، زعيم الفقهاء، تفقه بآب من رزق وغيره، من تأليفه: البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل، والمقدمات، مات سنة ٥٢٠هـ؛ يُنظر: شجرة النور الزكية، لمحمد بن محمد مخلوف، (١٢٩).

٣٠. ابن رشد الحفيد: هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن أبي الوليد بن رشد، الشهير بالحفيد، الفقيه الأديب المتقن، لم يدع القراءة والنظر منذ عقل إلا ليلة وفاة والده، وليلة وفاة أمه، وليلة بنائه بزوجه؛ أخذ عن أبيه وغيره، كان يُفزع إليه في الطب كما يُفزع إليه في الفقه، تأليفه تزيد عن الستين، منها بداية المجتهد، والكليات في الطب؛ مات سنة ٥٩٥هـ؛ يُنظر: شجرة النور الزكية، لمحمد بن محمد مخلوف، (١٤٦-١٤٧).

٣١. الزركشي: هو محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي بدر الدين، صنّف كثيرا من الكتب رغم أنه لم يعيش أكثر من تسعة وأربعين عاما؛ من كتبه: إعلام الساجد بأحكام المساجد، والبرهان في علوم القرآن، والمحيط في أصول الفقه، والمنثور في القواعد؛ مات سنة ٧٩٤هـ؛ يُنظر: هدية العارفين، لإسماعيل باشا البغدادي، (١٧٤/٢-١٧٥).

٣٢. الزيلي: هو عثمان بن علي بن محجن فخر الدين الزيلي، ينتسب إلى زيلع بساحل الحبشة، اشتهر بمعرفة الفقه والنحو والفرائض، شرح كثر الدقائق للنسفي بكتاب تبين الحقائق، وهو شرح معتمد مقبول، مات في القاهرة سنة ٧٤٣هـ؛ يُنظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية، لعبد الحي اللكنوي، (١١٣-١١٤).

٣٣. السبكي: هو علي بن عبد الكافي بن علي السبكي تقي الدين، إمام حافظ علامة، سمع من شرف الدين الدمياطي وغيره، أخذ عنه ابنه تاج الدين، ألف شفاء السقام في زيارة خير الأنام، والسيف المسلول على من سب الرسول، مات سنة ٧٥٦هـ، يُنظر: ذيل تذكرة الحفاظ، لأبي المحاسن الدمشقي، (٣٩-٤١).

٣٤. السرخسي: هو محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، إمام علامة حجة، عدّ من المجتهدين في المسائل، أخذ عن شمس الأئمة الحلواني وغيره، من تأليفه: المبسوط، أملاه من جُبّ سُجِن فيه، قال عند فراغه من شرح العبادات في المبسوط: هذا آخر شرح العبادات، بأوضح المعاني وأوجز العبارات، أملاه المحبوس عن الجمع والجماعات؛ وله أصوله المشهورة بأصول السرخسي، وشرح على السير الكبير لمحمد بن الحسن، والسرخسي:

بفتح الراء وتسكين الخاء؛ قيل مات سنة ٤٩٠هـ، وقيل غير ذلك؛ يُنظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية، لعبد الحي اللكنوي، (١٥٨-١٥٩).

٣٥. سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري ثور مضر، سيد الحفاظ، كوفي فقيه، حدّث عن أبيه وغيره، وحدث عنه ابن المبارك وغيره، كان شعبة يقول: سفيان أحفظ مني، مات سنة ١٦١هـ، يُنظر: طبقات الحفاظ، للذهبي، (٢٠٣/١-٢٠٧).

٣٦. السيوطي: هو عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد جلال الدين السيوطي أبو عبد الرحمن، خاتمة الحفاظ، أخذ العلم عن الحفاظ ابن حجر العسقلاني، كتب مئات الكتب، منها: الدرّ المنثور في التفسير، وتدريب الراوي في علوم الحديث، وحاشيته على سنن النسائي وسنن ابن ماجه، أخذت مساحة تعداد كتبه في هدية العارفين تسعة أعمدة كبيرة بالخطّ الدقيق؛ مات سنة ٩١١هـ، يُنظر: هدية العارفين، لإسماعيل باشا البغدادي، (١/٥٣٤-٥٤٤).

٣٧. ابن الشاطئ: هو قاسم بن عبد الله بن محمد بن الشاطئ الأنصاري السبي، الحفاظ النظّار المعروف بجودة الفكر والاختصار، أخذ عن الحفاظ المحاسبي وغيره، من تأليفه: أنوار البروق في تعقب مسائل الفروق، مات سنة ٧٢٣هـ، يُنظر: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد بن محمد مخلوف، (٢١٧).

٣٨. الشاطبي: هو أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي، أحد العلماء الأثبات، وأكابر الأئمة الثقات، فقيه أصولي محدث مفسر، أخذ عن ابن لبّ وغيره، قدره في العلوم فوق ما يُذكر، من كتبه: الموافقات، والاعتصام، مات سنة ٧٩٠هـ، يُنظر: شجرة النور الزكية، لمحمد بن محمد مخلوف، (٢٣١).

٣٩. ابن شبرمة: الإمام العلامة، فقيه العراق، قاضي الكوفة، عبد الله بن شبرمة بن طفيل الضبي؛ حدث عن أنس بن مالك رضي الله عنه وغيره، وثقه أحمد وغيره؛ مات سنة ١٤٤هـ؛ يُنظر: سير أعلام النبلاء، للذهبي، (٦/٣٤٧-٣٤٩).

٤٠. شريح: هو القاضي الشهير شريح بن الحارث الكندي، استقضاه عمر رضي الله عنه على الكوفة على أثر قضاء قضى به عليه، فأعجب عمر ذلك، اشتهر بقضاياه التي حكم بها، رواها كثيرون منهم البخاري وغيره، ترجم له وكيع في أخبار القضاة بمائة صفحة، ذكر الزركلي في الأعلام (٣/١٦١) أنه مات سنة ٧٨هـ، يُنظر: أخبار القضاة، لوكيع، (٢/١٨٩-٢٨٩).

٤١. الشعبي: هو عامر بن شراحيل الهمداني الكوفي، علامة التابعين، الإمام الحفاظ الفقيه الثبت المتقن، روى عن أبي هريرة وغيره؛ قال ابن عيينة: العلماء ثلاثة: ابن عباس في زمانه، والشعبي في زمانه، والثوري في زمانه؛ من كلامه: ما كُذِبَ على أحد في هذه الأمة، كما كُذِبَ على عليّ؛ وقال عن نفسه: ما كتبتُ سوداء في بيضاء إلى يومي هذا، ولا حدثني رجل بحديث قطّ إلا حفظته؛ مات سنة ١٠٣هـ؛ يُنظر: تذكرة الحفاظ، للذهبي، (١/٧٩-٨٨).

٤٢. الشوكاني: هو محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الله بن الحسن اليمني الشوكاني، إمام كبير، ومحقق

شهير، ومجتهد قدير؛ وشوكان التي ينتسب إليها هي قرية تبعد مسافة يوم عن صنعاء، وهو من المكثرين من التأليف، من أشهرها: نيل الأوطار، وفتح القدير في التفسير، وغيرهما؛ توفي سنة ١٢٥٠هـ؛ يُنظر: هدية العارفين، للبغدادي، (٣٦٥/٢).

٤٣. الصدر الشهيد ابن مازة: هو عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازة، حسام الدين، المعروف بالصدر الشهيد، إمام الفروع والأصول، تفقه على أبيه وغيره، له شرح أدب القضاء للخصاف، وغيره؛ كان سلطان ما وراء النهر يعظّمه، استشهد سنة ٥٣٦هـ في سمرقند؛ يُنظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية، لعبد الحي اللكنوي، (١٤٩).

٤٤. الطبري: هو محمد بن جرير بن يزيد بن كثير الطبري، أبو جعفر، الإمام العَلَم الحافظ الفقيه المفسّر، قال الخطيب البغدادي: جمع من العلوم ما لم يشاركه فيه أحد من أهل عصره؛ سمع من إسحاق بن أبي إسرائيل وغيره؛ ألّف كثيرا من الكتب، فلّه تفسير جامع البيان، وتاريخ الأمم والملوك، واختلاف العلماء، وغيرها؛ قال العلامة الإسرأيلي: لو سافر رجل إلى الصين في تحصيل تفسير ابن جرير لم يكن كثيرا؛ مات سنة ٣١٠هـ؛ يُنظر: تذكرة الحفاظ، للذهبي، (٧١٠/١-٧١٦).

٤٥. عائشة: هي أم المؤمنين، بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنه، أمّها أمّ رومان، تزوّجها رسول الله صلى الله عليه وآله في مكة قبل الهجرة بستين، وقيل بثلاث؛ وكانت بنت ست سنوات، وابتنى بها بالمدينة وهي بنت تسع، ومات عنها رسول الله صلى الله عليه وآله وهي بنت ثمان عشرة سنة، كانت عالمة بالطب والفقه والشعر، وكان مشيخة الأصحاب يسألونها عن الفرائض، وهي أحب النساء إلى رسول الله صلى الله عليه وآله، كما كان أبوها أحب الرجال إليه؛ برّأها الله تعالى من إفك المنافقين ومن تبعهم، ماتت سنة ٥٨هـ؛ يُنظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البرّ، (٩١٨-٩٢١).

٤٦. ابن عابدين: هو محمد أمين عابدين بن عمر عابدين الدمشقي، حاتمة محققي مذهب الحنفية، له حاشية ردّ المختار على الدرّ المختار، (حاشية ابن عابدين)، ونشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، يُنظر: هدية العارفين، لإسماعيل باشا البغدادي، (٣٦٧/٢).

٤٧. عبادة بن الصامت بن قيس الخزرجي الأنصاري، شهد بدرًا والمشاهد كلها، وجّهه عمر إلى الشام قاضيا ومعلما، وانتقل إلى فلسطين، ومات بها، ودفن ببيت المقدس في خلافة عثمان سنة ٣٤هـ، يُنظر: الاستيعاب، لابن عبد البرّ، (٤٦٩).

٤٨. ابن عبد البرّ: هو أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البرّ النمري، الإمام الحافظ شيخ علماء الأندلس، تفقه بآب الفرضي وغيره، ألّف في الموطأ كتابا مفيدة منها كتاب التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لم يتقدّمه فيه أحد، وله الاستيعاب في معرفة الأصحاب، وجامع بيان العلم وفضله، وغيرهما؛ مات سنة ٤٦٣هـ؛ يُنظر: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد بن محمد مخلوف، (١١٩).

٤٩. عبد الرحمن بن ناصر السعدي: هو عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي التميمي، من علماء الحنابلة من نجد، وهو أول من أنشأ مكتبة في عنيزة بالقصيم، وذلك سنة ١٣٥٨هـ، كتب قريبا من ثلاثين كتابا، من أهمها:

تيسير الكريم المنان في تفسير القرآن، والقواعد والأصول الجامعة؛ توفي في العنيزة سنة ١٣٧٦هـ، الموافق لـ ١٩٥٦م؛ يُنظر: الأعلام، للزركلي، (٣/٣٤٠).

٥٠. عبد الله بن الزبير: هو عبد الله بن الزبير بن العوام القرشي، وهو أول مولود في الإسلام بعد الهجرة، كان شهما شرسا ذا أنفة، له لسانة وفصاحة، وكان أطلس لا لحية له ولا شعر في وجهه؛ كثير الصلاة والصيام؛ بويع بالخلافة سنة ٦٤هـ بعد موت معاوية بن يزيد، واجتمع على طاعته أهل الحجاز واليمن والعراق وخراسان، حجّ بالناس ثماني حجج، قُتل شهيدا أيام عبد الملك سنة ٧٣هـ؛ قتله أهل الشام من رجال الحجاج بالحرم، فكبروا، فقال عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: المكبرون عليه يوم ولد، خير من المكبرين عليه يوم قُتل؛ وبعد أن قتلوه صلبه الحجاج؛ يُنظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البر، (٣٩٩-٤٠٢).

٥١. عبد الله بن عباس بن عبد المطلب، مات الرسول ﷺ وهو ابن خمس عشرة سنة، كما صوّبه الإمام أحمد، وصوّب ابن عبد البرّ أنه كان عند موته ﷺ ثلاث عشرة سنة، وقيل غير ذلك؛ دعا له الرسول ﷺ قائلا: (اللهم فقّهه في الدين وعلمه التأويل)، مات سنة ٦٨هـ في خلافة ابن الزبير، يُنظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البرّ، (٤٢٣-٤٢٦).

٥٢. ابن العربي: هو أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد الأشبيلي الإمام الحافظ المتبحر، أخذ عن أبيه وخاله، رحل إلى المشرق مع أبيه سنة ٤٨٥هـ، له تأليف تدل على غزارة علمه، منها عارضة الأحوذى شرح فيه سنن الترمذي، والقبس، شرح فيه الموطأ، وأحكام القرآن، وغيرها؛ مات سنة ٥٤٣هـ؛ يُنظر: شجرة النور الزكية، لمحمد بن محمد مخلوف، (١٣٦-١٣٧).

٥٣. العز بن عبد السلام: هو عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن حسن السلمي، شيخ الإسلام والمسلمين، وأحد الأئمة الأعلام، سلطان العلماء، كما لقبه ابن دقيق العيد، وإمام عصره بلا منازع، لم يرَ مثل نفسه، ولم يرَ من رآه مثله؛ تعلّم على كبر؛ قرأ الأصول على الآمدي، وسمع الحديث من ابن عساكر، أنكر على الملك الصالح إسماعيل استعانته بالفرنجة، وإعطاءهم ما أعطاهم من بلاد المسلمين، فترك الدعاء له في الخطبة، وساعده في هذا ابن الحاجب المالكي، فغضب منهما السلطان، وخرجا إلى مصر، فاستمرّ في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر؛ وشجّع أيام الغزو التتري ملك مصر على الجهاد، ونهاه أن يأخذ من الناس ضرائب إلا بعد أن يأتي بما عنده وعند الأمراء من الذهب، فإذا لم يكف، أخذ مما عند الناس؛ وهو الذي أمر ببيع المماليك حتى يتحرّروا؛ له كتب كثيرة، منها: القواعد الكبرى، ومجاز القرآن، والإمام في أدلة الأحكام، وغيرها؛ مات سنة ٦٦٠هـ؛ يُنظر: طبقات الشافعية الكبرى، (٨/٢٠٩-٢٥٥).

٥٤. عمر بن عبد العزيز: هو عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموي، الإمام الحافظ، العلامة المجتهد، الزاهد العابد، أمير المؤمنين، الخليفة الراشد، حدّث عن سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وغيرهما؛ أمّه هي ابنة عاصم بن عمر بن الخطاب، كان ثقة مأمونا، إمام عدل؛ ولي الخلافة بعد سليمان بن عبد الملك؛ قال الشافعي

ﷺ: الخلفاء الراشدون خمسة: أبو بكر وعمر وعثمان وعلي وعمر بن عبد العزيز؛ وفي عمر قيل: قد أعنى عمرُ

الناس؛ مات سنة ١٠١هـ، وله تسع وثلاثون سنة؛ يُنظر: سير أعلام النبلاء، للذهبي، (١١٤/٥-١٤٨).  
٥٥. الغزالي: هو محمد بن محمد بن أحمد الطوسي الغزالي، حجّة الإسلام، جامع أشتات العلوم، جاء والناس إلى ردّ فرية الفلاسفة أحوج من الظلماء لمصاييح السماء، فلم يزل يناضل عن الدين، حتى انكشفت غياهب الشبهات؛ له الكثير من الكتب، وأهمّها: إحياء علوم الدين، والمستصفي من علم الأصول، وتهاافت الفلاسفة؛ ترجمه السبكي في طبقات الشافعية بقريب من مائتي صفحة، مات سنة ٥٠٥هـ؛ يُنظر: طبقات الشافعية الكبرى، للتاج السبكي، (١٩١/٦-٣٨٩).

٥٦. ابن فارس: أحمد بن فارس بن زكريا، أصله من قزوين، إمام اللغة في عصره، أخذ عن أبي عبيد، وأبي القاسم الطبراني؛ كان شافعيًا فتحول مالكيًا، كان صاحب بن عباد يتتلمذ له ويكرمه ويقول: شيخنا أبو الحسين ممن رزق حسن التصنيف، وأمن فيه من التحريف؛ له: معجم مقاييس اللغة، وكتاب الصاحي، وكتاب أصول الفقه، مات سنة ٣٩٥هـ؛ نقل السيوطي عن الذهبي أنه أصحّ ما قيل في وفاته؛ يُنظر: معجم الأدباء، لياقوت، (٨٠/٤-٩٨)، وبغية الوعاة، للسيوطي، (٣٣٧/١-٣٣٨).

٥٧. ابن فرحون: هو أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن فرحون، الشيخ الإمام العمدة الهمام، كان فصيح القلم، كريم الأخلاق، أخذ عن والده وعن ابن عرفة، له شرح على مختصر ابن الحاجب، وكتاب تبصرة الحكام، تأليفه غاية في الجودة لاتساع علمه، مات سنة ٧٩٩هـ، يُنظر: شجرة النور الزكية، لمحمد بن محمد مخلوف، (٢٢٢).

٥٨. الفيروزآبادي: هو محمد بن يعقوب بن محمد الشيرازي الفيروزآبادي مجد الدين، تفقّه ببلاده، ونظر في اللغة، فكانت حلّ قصده في التحصيل، فمهر فيها إلى أن بمرّ وفاق؛ سمع من ابن القيم والتقي السبكي وغيرهما؛ كان يقول: ما كنت أنام حتى أحفظ مائتي سطر؛ من تصانيفه: القاموس المحيط، صتّف فتح الباري بالسّيح الفسيح الجاري في شرح صحيح البخاري، ومنه أخذ ابن حجر تسمية شرحه للبخاري؛ وله بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز؛ مات سنة ٨١٦هـ؛ يُنظر: بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، للسيوطي، (٢٥٨/١-٢٦٠).

٥٩. ابن قدامة: هو عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ثمّ الدمشقي، مفتي الأمة، سيد العلماء الأعلام، موفّق الدين، أخذ عن والده وغيره، كان إمام الحنابلة، ثقة حجّة نبيلًا؛ وكان حسن المعرفة بالحديث؛ قال ابن تيمية: ما دخل الشام بعد الأوزاعي أفقه من الشيخ الموفّق؛ له كرامات منها أنه رؤي يمشي على الماء؛ له تصانيف كثيرة، من أهمّها: المغني، والكاافي؛ قال عز الدين بن عبد السلام: ما رأيتُ في كتب الإسلام في العلم مثل المحلّي والمجلّي، وكتاب المغني للشيخ الموفّق بن قدامة، في جودتهما وتحقيق ما فيهما؛ توفي سنة ٦٢٠هـ؛ يُنظر: المنهج الأحمد في تراجم أصحاب الإمام أحمد، للشيخ مجير الدين الحنبلي، (١٤٨/٤-١٦٥).

٦٠. قدري باشا: هو محمد قدري باشا، من رجال القضاء في مصر، ولد فيها، وأصل أبيه من الأناضول، وأمه

مصرية حسنية؛ نبغ في معرفة اللغات، كان ناظرًا للحقانية، ثم وزيرًا للمعارف، فوزيرًا للحقانية، من أهم كتبه: مرشد الحيران، والأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، وله ديوان شعر؛ مات سنة ١٣٠٦هـ؛ يُنظر: الأعلام، للزركلي، (١٠/٧).

٦١. القرافي: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي المصري، الفقيه الحافظ وعمدة أهل التحقيق، مصنفاته تشهد له بالبراعة، أخذ عن العز بن عبد السلام وغيره، له: الفروق، والذخيرة، الذي هو من أجل كتب المالكية، مات سنة ٦٨٤هـ، يُنظر: شجرة النور الزكية، لمحمد محمد مخلوف.

٦٢. القرطبي: هو أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري، جمع بين الفقه والتفسير والحديث، وتفسيره الجامع لأحكام القرآن، من أجل التفاسير، ذكر فيه الأحكام والقراءات والإعراب، وله التذكرة في أحوال الموتى وأمور الآخرة، والتذكار في فضل الأذكار، مات سنة ٦٧١هـ؛ يُنظر: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد محمد مخلوف، (١٩٧).

٦٣. ابن القيم: هو محمد بن أبي بكر بن أيوب الزُّرعي الدمشقي الفقيه المفسر النحوي العارف شمس الدين ابن قيم الجوزية؛ لازم شيخ الإسلام ابن تيمية وحُبس معه؛ إليه انتهى في الحديث والتفسير وأصول الدين والفقه، لا يُلحق في كل ذلك، وله اليد الطولى في العربية؛ وكان عارفا بعلم السلوك، ذا عبادة وتهجد؛ له كثير من الكتب، منها: إعلام الموقعين، وزاد المعاد؛ مات سنة ٧٥١هـ؛ يُنظر: المنهج الأحمد في تراجم أصحاب الإمام أحمد، للشيخ مجير الدين الحنبلي، (٩٧-٩٢/٥).

٦٤. الكاساني: هو أبو بكر بن مسعود علاء الدين، الملقب بملك العلماء، يُنسب إلى كاسان من بلاد التركستان، تفقه على السمرقندي صاحب التحفة، زوجه ابنته فاطمة لما شرح تحفته، مات سنة ٥٨٧هـ، ودفن في حلب؛ ألف كتبًا عديدة نالت القبول عند العلماء، أهمها كتابه بدائع الصنائع، وهو ذاته شرح التحفة؛ يُنظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية، لعبد الحي اللكنوي، (٥٣).

٦٥. الكمال بن الهمام: هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد، كمال الدين، الشهير بابن الهمام السكندري السيواسي، تفقه على أبيه وغيره، ثم قرأ الهداية على سراج الدين الشهير بقارئ الهداية، كان إمامًا نظرًا فارسًا في البحث، محدثًا مفسرًا، له تصانيف معتبرة مقبولة، منها شرحه على الهداية؛ عدّه البعض من أهل الاجتهاد، وهو رأي تشهد به تصانيفه؛ مات سنة ٨٦١هـ؛ يُنظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية، لعبد الحي اللكنوي، (١٨٠-١٨١).

٦٦. مالك: هو مالك بن أنس الأصبحي المدني، إمام دار الهجرة، قال الشافعي رحمته الله: إذا ذكر العلماء فمالك النجم الثاقب؛ ألف الموطأ، قال فيه ابن العربي: الموطأ هو الأصل الأول واللباب، والبحاري الأصل الثاني في هذا الباب، وعليهما بنى الجميع كمسلم والترمذي؛ ولقد نهي مالك رحمته الله أبا جعفر المنصور من إلزام الأمة بكتابه الموطأ، لنظره الفقهي العميق، الداعي إلى النظر إلى ما عند الآخرين من الأئمة؛ مات مالك سنة ١٧٩هـ، يُنظر: شجرة النور

الزكية في طبقات المالكية، (٥٢-٥٥).

٦٧. محمد بن الحسن: هو محمد بن الحسن بن واقد الشيباني، سمع الحديث من مالك وغيره، وصحب أبا حنيفة وأخذ الفقه عنه، كان أعلم الناس بكتاب الله، ماهرا في العربية، قال أبو عبيد القاسم بن سلام: ما رأيتُ أعلم بكتاب الله من محمد بن الحسن؛ وهو الذي نشر علم أبي حنيفة، وإنما ظهر علم أبي حنيفة من تصانيفه، قيل لأحمد: من أين لك هذه المسائل الدقيقة؟ قال: من كتب محمد؛ هو أحد رواة موطأ مالك، مات سنة ١٨٩هـ؛ يُنظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية، لعبد الحي اللكنوي، (١٦٣).

٦٨. المرداوي: هو علي بن سليمان بن أحمد بن محمد المرادوي السعدي ثم الصالحي، العلامة المحقق، شيخ المذهب الحنبلي وإمامه ومصححه ومنقحه، تفقه على ابن قندس وغيره؛ تزوّج عن مباشرة القضاء أواخر عمره، وصار قوله حجة في المذهب؛ ألّف كتباً عديدة، منها: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، وهو من كتب الإسلام، بين فيه صحيح المذهب الحنبلي، وذكر في كل مسألة ما نُقل فيها من الأقوال من الكتب والأصحاب؛ وصنّف التحرير في أصول الفقه؛ مات سنة ٨٨٥هـ؛ يُنظر: المنهج الأحمد في تراجم أصحاب الإمام أحمد، للشيخ مجير الدين الحنبلي، (٢٩٠/٥-٢٩٨).

٦٩. المرغيناني: هو علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، صاحب الهداية، إمام فقيه حافظ محدّث مفسّر، جامع للعلوم، كل تصانيفه مقبولة معتمدة لا سيما الهداية؛ من كلامه: لا ينبغي أن يكون لطالب العلم فترة، فلها آفة؛ تفقه على نجم الدين النسفي وغيره، مات سنة ٥٩٣هـ؛ يُنظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية، لعبد الحي اللكنوي، (١٤١-١٤٢).

٧٠. مسلم: هو مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، أبو الحسين، الإمام الحافظ، حجة الإسلام، حدّث عن يحيى بن يحيى التميمي وأحمد بن حنبل وغيرهما، روى عنه ابن خزيمة وغيره، صنّف الصحيح وكتاب الأسماء والكنى، وغيرهما؛ قال عن صحيحه: صنّفْتُ هذا الصحيح من ثلاثمائة ألف حديث مسموعة؛ مات سنة ٢٦١هـ، يُنظر: تذكرة الحفاظ، (٥٨٨/٢-٥٩٠).

٧١. ابن منظور: هو محمد بن مكرم بن علي ابن منظور الأنصاري الأفريقي المصري، كان صدرا رئيسا، فاضلا في الأدب، مليح الإنشاء، عارفا بالنحو واللغة والتاريخ والكتابة، مولعا باختصار المطوّلات؛ له من التصانيف: لسان العرب، جمع فيه بين التهذيب والمحكم والصحاح والجمهرة وغيرها؛ اختصر الأغاني وتاريخ ابن عساكر وغيرهما، قيل إن مختصراته بلغت خمسمائة مجلد، عنده تشييع بلا رفض؛ يُنظر: بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، (٢٣٥/١).

٧٢. ابن نجيم: هو زين العابدين، (التعليقات السننية على الفوائد البهية)، أو زين الدين، (هدية العارفين)، بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، العلامة المدقق، أخذ العلم عن شرف الدين البلقيني وغيره، له البحر الرائق شرح كتر الدقائق، والأشباه والنظائر، مات سنة ٩٦٩هـ، أو سنة ٩٧٠هـ، على خلاف في ذلك، يُنظر: التعليقات السننية على



الفوائد البهية، للكنوي، (١٣٤)، وهديّة العارفين، لإسماعيل باشا البغدادي، (٣٧٨/١).

٧٣. النووي: هو يحيى بن شرف بن مرقى محيي الدين أبو زكريا النووي، كان يحيى سيّدا وحصورا، وليثا على النفس هصورا؛ رأى نور ليلة القدر وهو ابن سبع سنين، كان لا يصرف ساعة دون مطالعة، حفظ القرآن وقد ناهز الاحتلام، كان يقرأ اثني عشر درسا في اليوم، تفقه على كمال الدين المغربي وغيره، وقرأ عليه المزي وغيره، صنّف في العمر اليسير تصانيف كثيرة، منها: شرح مسلم، والأذكار ورياض الصالحين وروضة الطالبين، وشرح المهذب، ولم يتمّه، وتهذيب الأسماء واللغات، ومنهاج الطالبين؛ مات سنة ٦٧٦هـ، يُنظر: طبقات الشافعية الكبرى، للتاج السبكي، (٣٩٥/٨-٤٠٠)، وهامشها لمحقّقها، منقولا عن الطبقات الوسطى، للسبكي نفسه.

٧٤. أبو هريرة: رجّح كثيرون أن اسمه في الجاهلية عبد شمس أو عبد عمرو، لكنه في الإسلام: عبد الرحمن أو عبد الله، بن صخر الدوسي، صاحب رسول الله ﷺ، وقد كتّاه أبا هريرة لهرة كان يحملها في كفه، أسلم عام خيبر، ولزم رسول الله ﷺ رغبة في العلم، ودعا له رسول الله ﷺ بالحفظ، فكان من أحفظ أصحابه، مات سنة ٥٧هـ، وقيل غير ذلك، يُنظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البر، (٨٦٢-٨٦٤).

٧٥. أبو يوسف: هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، لزم أبا حنيفة، وهو المقدم من أصحابه، وأول من وضع الكتب على مذهبه، وله كتاب الخراج، وغلب عليه الرأي، وكان صاحب حديث حافظا، ولي قضاء بغداد، مات سنة ١٨٣هـ، يُنظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية، للكنوي، (٢٢٥).

## المراجع

١. آثار الشرط الجزائري في القانون المدني الأردني، لمحمد وليد العبادي، وأحمد عبد الكريم أبو شنب، نشره الدليل الإلكتروني للقانون العربي، <http://www.arablawinfo.com>.
٢. الإبهاج في شرح المنهاج، لتاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، ت: ٧٧١هـ، وقد بدأ تأليفه والدّه تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، ت: ٧٥٦هـ، والمنهاج الذي شرحه هو منهاج الوصول إلى علم الأصول، لعبد الله بن عمر بن محمد البيضاوي، ت: ٦٨٥هـ<sup>(١)</sup>، حققه أحمد جمال الزمزمي ونور الدين عبد الجبار صغيري، دار البحوث والدراسات الإسلامية، دبي، ٢٠٠٤م.
٣. أبو حنيفة: حياته وعصره، آراؤه وفقهه، لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، بلا تاريخ.
٤. الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر الماطلة، للصدّيق محمد أمين الضير، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد الأول، المجلد الثالث، ١٩٨٥م، موقعها على الإنترنت: [islamiccenter.kaau.edu.sa/Arabic](http://islamiccenter.kaau.edu.sa/Arabic).
٥. أحكام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، لأحمد عبد العال أبو قرين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م.
٦. أحكام القرآن، لأحمد بن علي الرازي الحصاص، ت: ٣٧٠هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م.
٧. أحكام القرآن، لمحمد بن إدريس الشافعي المطلبّي، ت: ٢٠٤هـ، جمعه أحمد بن الحسين البيهقي، ت: ٤٥٨هـ، علق عليه عبد الغني عبد الخالق، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٧٥م.
٨. أحكام المعاملات الشرعية، لعلي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٦م.
٩. الإحكام في أصول الأحكام، لعلي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، ت: ٤٥٦هـ، حققه محمود حامد عثمان، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٥م.
١٠. إحياء علوم الدين، لمحمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي، ت: ٥٠٥هـ، خرّج أحاديثه وعلق عليه محمد وهي سليمان وأسامة عمّورة، دار الفكر، دمشق، ٢٠٠٦م.
١١. الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية، لعلي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي الحنبلي، ت: ٨٠٣هـ، حققه أحمد بن محمد بن حسن بن الخليل، دار العاصمة، الرياض، ١٩٩٨م.
١٢. أخبار القضاة، لمحمد بن خلف بن حيان المعروف بوكيع، ت: ٣٠٦هـ، عالم الكتب، بيروت، بلا تاريخ نشر.
١٣. الأذكار، ليجي بن شرف النووي، ت: ٦٧٦هـ، حققه محيي الدين مستو، دار ابن كثير، دمشق، ١٩٩١م.
١٤. إرشاد الأنام إلى معرفة الأحكام، لمحمد إبراهيم الحفناوي، دار البشير، بلا عنوان، ١٩٩٤م.

---

(١) رجّح التاج السبكي أن وفاة البيضاوي كانت سنة ٦٩١هـ، كما ذكره محققا الكتاب، (٢٧/١-٢٨).

١٥. إرواء الغليل في خريج أحاديث منار السبيل، لمحمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٥م.
١٦. الاستصلاح والمصالح المرسله، لمصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ١٩٨٨م.
١٧. الاستصناع، لسعود بن مسعد الثبيتي، دار ابن حزم، بيروت، ١٩٩٥م.
١٨. الاستيعاب في معرفة الأصحاب، ليوסף بن عبد الله بن عبد البر القرطبي النمري، ت: ٤٦٣هـ، تصحيح وتخرّيج عادل مرشد، دار الأعلام، عمان، ٢٠٠٢م.
١٩. الإشارة في أصول الفقه، لسليمان بن خلف الباجي، ت: ٤٥٠هـ، حقّقه عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد عوض؛ مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، ١٩٩٧م.
٢٠. الأشباه والنظائر، لزين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، ت: ٩٧٠هـ، حقّقه محمد مطيع الحافظ، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٢م.
٢١. الأشباه والنظائر، لعبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ت: ٩١١هـ، حقّقه عبد الكريم الفضلي، المكتبة العصرية، بيروت، ٢٠٠١م.
٢٢. الأصل، المعروف بالمبسوط، لمحمد بن الحسن الشيباني، ت: ١٨٩هـ، صحّحه وعلّق عليه أبو الوفاء الأفعاني، عالم الكتب، بيروت، ١٩٩٠م.
٢٣. أضواء البيان، تفسير القرآن بالقرآن، لمحمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي، عالم الكتب، بيروت، بلا تاريخ.
٢٤. الاعتصام، لإبراهيم بن موسى الشاطبي، ت: ٧٩٠هـ، عرّف به محمد رشيد رضا، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٢م.
٢٥. إعلاء السنن، لظفر أحمد العثماني، ت: ١٣٩٤هـ، المكتبة الإمدادية، مكة المكرمة، بلا تاريخ.
٢٦. الأعلام، لخير الدين الزركلي، ت: ١٩٧٦م، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٠م.
٢٧. إعلام الموقعين عن رب العالمين، لمحمد بن أبي بكر، ابن قيم الجوزية، ت: ٧٥١هـ، تعليق طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٩٦٨م.
٢٨. الإمام في بيان أدلة الأحكام، لعبد العزيز بن عبد السلام السلمي، ت: ٦٦٠هـ، حقّقه رضوان مختار بن غربية، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ١٩٨٧م.
٢٩. الأموال، للقاسم بن سلام، ت: ٢٢٤هـ، حقّقه محمد خليل الهراس، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦م.
٣٠. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين علي بن سليمان بن أحمد المرداوي، ت: ٨٨٥هـ، حقّقه محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧م.
٣١. البحر الرائق شرح كتر الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، ت: ٩٧٠هـ، وكتر الدقائق متن في الفقه الحنفي ألفه حافظ الدين النسفي، ت: ٧١٠هـ، دار المعرفة، بيروت، بلا تاريخ.

٣٢. البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، لأحمد بن يحيى بن المرتضى، ت: ٨٤٠هـ، صححه عبد الله بن عبد الكريم الجرافي، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، بلا تاريخ.
٣٣. بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، لعلي محيي الدين القره داغي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ٢٠٠١م.
٣٤. بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، لمحمد فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٤م.
٣٥. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لأبي بكر بن مسعود الكاساني، ت: ٥٨٧هـ، حققه محمد محمد تامر وآخرون، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٥م.
٣٦. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لمحمد بن أحمد بن محمد ابن رشد، المعروف بابن رشد الحفيد، ت: ٥٩٥هـ، حققه علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣م.
٣٧. البرهان، لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، إمام الحرمين، ت: ٤٧٨هـ، علق عليه صلاح عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧م.
٣٨. بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، لعبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ت: ٩١١هـ، حققه علي محمد عمر، مكتبة الخانجي، القاهرة، ٢٠٠٥م.
٣٩. بيان الدليل على بطلان التحليل، لأحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية الحراني، ت: ٧٢٨هـ، حققه فيحان بن شالي المطيري، مكتبة لينة، دمنهور، ١٩٩٦م.
٤٠. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المعروف بابن رشد الجد، ت: ٥٢٠هـ، حققه محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٨م.
٤١. بيع الكالئ بالكالئ في الفقه الإسلامي، لتزيه حماد، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، التابع لجامعة الملك عبد العزيز، جدة، مستخرج من موقعها على الإنترنت، ١٩٩٤م.
٤٢. التاج والإكليل لمختصر خليل، لمحمد بن يوسف المواق، ت: ٨٩٧هـ، مطبوع بهامش مواهب الجليل، للحطاب المالكي، ضبط وتخریج زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥م.
٤٣. تاريخ التشريع الإسلامي، لعبد العظيم شرف الدين، جامعة قاريونس، بنغازي، ١٩٨٩م.
٤٤. تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، لإبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي<sup>(١)</sup>، ت: ٧٩٩هـ، تخریج وتعليق جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥م.

(١) ورد اسمه في المطبوعة المذكورة دون ذكر اسم أبيه عليه، بل فيها ما يفهم منه أن اسم أبيه محمد، لكن ترجمته في الدرر الكامنة، (٣٤/١)، للحافظ ابن حجر تدل على أن اسم أبيه علي واسم جدّه محمد، وهو ما اعتمده أعلاه.

٤٥. تبين الحقائق شرح كتر الدقائق، لعثمان بن علي الزيلعي، ت: ٧٤٣هـ، ومعه حاشية العلامة الشلبي، والكتّار متن في الفقه الحنفي ألفه حافظ الدين عبد الله بن أحمد النسفي، ت: ٧١٠هـ، حققه أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م.
٤٦. التحرير في أصول الفقه، الجامع بين اصطلاح الحنفية والشافعية، لمحمد بن عبد الواحد السيواسي الشهير بابن الهمام، ت: ٨٦١هـ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٥١هـ.
٤٧. التحرير والتنوير، لمحمد الطاهر بن عاشور، بلا دار نشر، ولا تاريخ.
٤٨. تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، لمحمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المبار كفوري، ت: ١٣٥٣، اعتنى به علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا تاريخ.
٤٩. تحفة المحتاج بشرح المنهاج، لأحمد بن بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي المكي، ت: ٩٧٤هـ، مع حواشي الشرواني وابن قاسم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا تاريخ.
٥٠. تذكرة الحفاظ، للذهبي، ت: ٧٤٨هـ، ومعه ذيله، للمحاسني، ولحظ الأخطا، لابن فهد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا تاريخ.
٥١. ترتيب الآلي في سلك الأمالي، لمحمد بن سليمان، ناظر زاده، ت: ١٠٦١هـ أو بعدها، حققه خالد بن عبد العزيز بن سليمان آل سليمان، مكتبة الرشد، الرياض، ٢٠٠٤م.
٥٢. التعريفات، لعلي بن محمد الشريف الجرجاني، ت: ٨١٦هـ، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٩٠م.
٥٣. التعزيز في الشريعة الإسلامية، لعبد العزيز عامر، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦م.
٥٤. التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، لمحمد بن المدني بوساق، دار إشبيلية، الرياض، ١٩٩٩م.
٥٥. التعويض عن ضرر المماثلة في الدين بين الفقه والاقتصاد، لمحمد أنس الزرقا ومحمد علي القري، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، المجلد الثالث، ١٩٩١م، موقعها على الإنترنت: [islamiccenter.kaau.edu.sa/Arabic](http://islamiccenter.kaau.edu.sa/Arabic).
٥٦. تفسير البحر المحيط، لمحمد بن يوسف، الشهير بأبي حيان الأندلسي، ت: ٧٤٥هـ، حققه عادل أحمد عبد الموجود، وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣م.
٥٧. تقريب التهذيب، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ت: ٨٥٢هـ، حققه محمد عوامة، دار ابن حزم، بيروت، ١٩٩٩م.
٥٨. تقرير القواعد وتحرير الفوائد، لعبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، ت: ٧٩٥هـ، حققه مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، القاهرة، ١٩٩٩م.
٥٩. التقرير والتحبير في علم الأصول، لمحمد بن محمد بن محمد بن أمير الحاج، ت: ٨٧٩هـ؛ وهو شرح على التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام، ت: ٨٦١هـ، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٦م.

٦٠. تهذيب التهذيب، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ت: ٨٥٢هـ، دائرة المعارف النظامية، حيدر آباد، الهند، ١٣٢٥هـ.
٦١. تهذيب السنن، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، ت: ٧٥١هـ، مطبوع مع سنن أبي داود، ومعالم السنن، للخطابي، حققه محمد حامد الفقي، المكتبة الأثرية، باكستان، ١٩٧٩م.
٦٢. تهذيب اللغة، لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهرى، ت: ٣٧٠هـ، حققه رياض زكي قاسم، دار المعرفة، بيروت، ٢٠٠١م.
٦٣. التوقيف على مهمات التعاريف، لمحمد عبد الرؤوف المناوي، ت: ١٠٣١هـ، حققه محمد رضوان الدايدة، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٠م.
٦٤. جامع البيان عن تأويل آي القرآن، الشهير بتفسير الطبري، لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري، ت: ٣١٠هـ، حققه أحمد عبد الرزاق البكري، وآخرون، دار السلام، القاهرة، ٢٠٠٧م.
٦٥. الجامع في أصول الربا، لرفيق يونس المصري، دار القلم، دمشق، ٢٠٠١م.
٦٦. الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، ت: ٦٧١هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٥م.
٦٧. جمع الجوامع، لتاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، ت: ٧٧١هـ، ومعه شرح الجلال المحلي عليه، وعليهما حاشية البناني، المطبعة الأزهرية، القاهرة، ١٩١٣م.
- حاشية البناني على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، يُنظر: جمع الجوامع، للسبكي.
٦٨. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، ت: ١٢٣٠هـ؛ والشرح الكبير هو لأحمد الدردير، شرح به مختصر العلامة خليل في الفقه المالكي، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، بلا تاريخ.
- حاشية ردّ المحتار على الدرّ المختار شرح تنوير الأبصار، يُنظر: ردّ المحتار.
- حاشية شلي على تبين الحقائق، يُنظر: تبين الحقائق.
٦٩. حاشية السندي على سنن النسائي، مع سنن النسائي؛ لمحمد بن عبد الهادي التتوي المدني، ت: ١١٣٨هـ، حققه مع السنن: مكتب تحقيق التراث الإسلامي، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٦م.
٧٠. حاشية السيوطي على سنن النسائي، مع سنن النسائي؛ لعبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ت: ٩١١هـ، حققه مع السنن مكتب تحقيق التراث الإسلامي، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٦م.
٧١. الحسبة في الإسلام، لأحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية الحراني، ت: ٧٢٨هـ، دار الكتب العربية، بلا عنوان، ١٩٦٧م.
٧٢. الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، لفتحي الدريبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٤م.

٧٣. خزانة الأدب ولُبّ لباب لسان العرب، لعبد القادر بن عمر البغدادي، ت: ١٠٩٣هـ، حققه عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي، القاهرة، ١٩٨٩م.
٧٤. خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، لفتححي الدين، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٢م.
٧٥. خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، لحمد أمين بن فضل الله بن محب الله بن محمد المحبّي، ت: ١١١١هـ، بلا ناشر ولا تاريخ نشر.
٧٦. الدرّ المختار، ل محمد بن علي الحصكفي، ت: ١٠٨٨هـ، على تنوير الأبصار، ل محمد بن عبد الله التمرتاشي، ت: ١٠٠٤هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢م.
٧٧. درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، عربيه فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا تاريخ.
٧٨. الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ت: ٨٥٢هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧م.
٧٩. الذخيرة، لأحمد بن إدريس القرافي المالكي، ت: ٦٨٤هـ، حققه سعيد اعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٤م.
٨٠. رأي آخر في مطل المدين: هل يلزم بالتعويض؟ ل محمد زكي عبد البرّ، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، المجلد الثلثاني، ١٩٩٠م، موقعها على الإنترنت: [islamiccenter.kaau.edu.sa/Arabic](http://islamiccenter.kaau.edu.sa/Arabic)
٨١. ردّ المختار على الدرّ المختار شرح تنوير الأبصار، ل محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين<sup>(١)</sup>، الشهير بابن عابدين، ت: ١٢٥٢هـ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، ١٩٦٦م.
٨٢. الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير<sup>(٢)</sup>، للحسين بن أحمد الحيمي السياغي الصنعاني، ت: ١٢٢١هـ، دار الجليل، بيروت، بلا تاريخ.
٨٣. روضة الطالبين، ليحيى بن شرف النووي، ت: ٦٧٦هـ، المكتب الإسلامي، بيروت، بلا تاريخ.
٨٤. الزواجر عن اقتراف الكبائر، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي المكي، ت: ٩٧٤هـ، حققه محمد محمود عبد العزيز وآخرون، دار الحديث، القاهرة، ١٩٩٤م.
٨٥. سلسلة الأحاديث الصحيحة، ل محمد ناصر الدين الألباني، طبعت بعض أجزاءه دار المعارف بالرياض، وبعضها المكتب الإسلامي ببيروت.
٨٦. سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة، ل محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الرياض، ١٩٩٢م.

(١) هكذا نسبه في الأعلام، للزركلي، (٤٢/٦).

(٢) هذا الكتاب هو في الفقه على مذهب زيد بن علي بن الحسين رضي الله عنهم.

٨٧. سنن ابن ماجه، لمحمد بن يزيد بن ماجه القزويني، ت: ٢٧٣هـ، حققه خليل شيخا، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٦م.
٨٨. سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، ت: ٢٧٥هـ، حققه صدقي محمد جميل، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٤م.
٨٩. سنن الترمذي، لمحمد بن عيسى بن سورة الترمذي، ت: ٢٧٩هـ، حققه أحمد محمد شاكر وعزت عيد عطية، شركة مكتبة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٧٨م.
٩٠. السنن الكبرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، ت: ٤٥٨هـ، حققه محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٩م.
٩١. سنن النسائي، لأحمد بن شعيب النسائي، ت: ٣٠٣هـ، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٧م.
٩٢. سير أعلام النبلاء، لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ت: ٧٤٨هـ، أشرف على تحقيقه وأسهم في التحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٤-١٩٨٥م.
٩٣. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، لمحمد بن علي الشوكاني، ت: ١٢٥٠هـ، دار ابن حزم، بيروت، ٢٠٠٤م<sup>(١)</sup>.
٩٤. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد محمد مخلوف، ت: ١٣٦٠هـ، دار الكتاب العربي، بيروت، بلا تاريخ.
٩٥. شرح أدب القاضي، وأدب القاضي هو لأبي بكر أحمد بن عمر الخفاف، ت: ٢٦١هـ، وشرحه لعمر بن عبد العزيز بن مازة، المعروف بالصدر الشهيد، ت: ٥٣٦هـ، حققه محيي هلال سرحان، نشرته وزارة الأوقاف العراقية، ١٩٧٧م.
٩٦. شرح الزرقاني على موطأ مالك، لمحمد بن عبد الباقي الزرقاني، ت: ١١٢٢هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠٠م.
٩٧. شرح السندي على سنن ابن ماجه، مع سنن ابن ماجه، لمحمد بن عبد الهادي التتوي المدني، ت: ١١٣٨هـ، حققه مع السنن: خليل محمود شيخا، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٦م.
٩٨. شرح القانون المدني، العقود المسماة، لعبدان إبراهيم السرحان، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦م.
٩٩. شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، لعبدان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨م.
١٠٠. شرح القواعد الفقهية، لأحمد محمد الزرقا، ت: ١٣٥٧هـ. صححه وعلّق عليه نجله مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ١٩٨٩م.

(١) وأحيانا كنت أرجع إلى طبعة دار ابن كثير بدمشق، ٢٠٠٨م، وأشارت إليها في موطن ذكرها.



١٠١. شرح الكوكب المنير، والكوكب المنير هو المسمى بمختصر التحرير، وكلاهما لمحمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحى الحنبلى، المعروف بابن النجار، حققه محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الرياض، ١٩٩٣م.
١٠٢. شرح فتح القدير على هداية المرغيناني، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، المعروف بابن الهمام، ت: ٨٦١هـ، تعليق وتخرىج عبد الرزاق غالب عبد المهدي، دار الكتب العلمية، ١٩٩٥م.
١٠٣. شرح قانون الإثبات المدني، لعباس العبودي، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٨م.
١٠٤. شرح معاني الآثار، لأحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، ت: ٣٢١هـ، حققه محمد زهري النجار ومحمد سيد جاد الحق، عالم الكتب، بيروت، ١٩٩٤م.
١٠٥. الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة؛ لفؤاد صالح موسى درادكة، أطروحة ماجستير قدّمت للجامعة الأردنية، غير منشورة.
١٠٦. صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، لمحمد عثمان شبير، ضمن: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، عمان، ١٩٩٨م.
١٠٧. ضعيف الجامع الصغير، لمحمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٠م.
١٠٨. الضمان في الفقه الإسلامي، لعلي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٠م.
١٠٩. طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، ت: ٧٧١هـ، تحقيق محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، بلا تاريخ.
١١٠. عقد الاستصناع أو عقد المقاوله في الفقه الإسلامي، لكاسب بن عبد الكريم البدران، دار صالح للنشر والتوزيع، الدمام، السعودية، ١٩٨٤م.
١١١. عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة، لأحمد شحده إسماعيل إبراهيم العيايدة، أطروحة ماجستير، مسحوبة على الطابعة، غير منشورة، القدس، ٢٠٠٥م.
١١٢. عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، محاضرة لمصطفى أحمد الزرقا، طبعها ونشرها المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، التابع للبنك الإسلامي للتنمية، جدّة، ١٩٩٥م.
١١٣. عقد القرض ومشكلة الفائدة، لمحمد رشيد علي بوغزالة الجزائري، مؤسسة الريان، بيروت، ٢٠٠٧م.
١١٤. العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، الشهير بابن عابدين، ت: ١٢٥٢هـ، دار المعرفة، بيروت، مصوّراً عن المطبعة الكبرى الميرية، بولاق، ١٣٠٠هـ.
١١٥. العقود المركّبة في الفقه الإسلامي، لتزيه حماد، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٥م.
١١٦. عمدة القاري شرح صحيح البخاري، لبدر الدين محمود بن أحمد العيني، ت: ٨٥٥هـ، دار الفكر، بيروت، بلا تاريخ.

١١٧. الغرر في العقود، محاضرة للصدّيق محمد أمين الضير، طبعها ونشرها المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، التابع للبنك الإسلامي للتنمية، جدّة، ١٩٩٣م.
١١٨. غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، لأحمد بن محمد الحنفي الحموي، ت: ١٠٩٨هـ، والأشباه والنظائر المشروح هو كتاب زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، ت: ٩٧٠هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٥م.
١١٩. الفتاوى السعدية، لعبد الرحمن بن ناصر السعدي، المؤسسة السعيدية بالرياض، بلا تاريخ نشر.
١٢٠. الفتاوى الموصّلية، لعبد العزيز بن عبد السلام السلمي، ت: ٦٦٠هـ، حققه إياد خالد الطباع، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٩م.
١٢١. فتاوى معاصرة، ليوسف القرضاوي، المكتب الإسلامي، بيروت، ٢٠٠٣م.
١٢٢. فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ت: ٨٥٢هـ، ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، دار الريان للتراث، القاهرة، ١٩٨٧م.
١٢٣. فتح القدير، لمحمد بن علي الشوكاني، ت: ١٢٥٠هـ، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، ١٩٩٧م.
١٢٤. الفتوحات الربانية على الأذكار النواوية، لمحمد بن علان الصديقي الشافعي الأشعري، ت: ١٠٥٧هـ، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٨م.
١٢٥. الفروع، لمحمد بن مفلح المقدسي، ٧٦٣هـ، راجعه وعلق عليه عبد الستار أحمد فراج، دار مصر للطباعة، ١٩٦٢م.
١٢٦. الفروق، لأحمد بن إدريس القرافي المالكي، ت: ٦٨٤هـ، حققه عمر حسن القيام، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٣م.
١٢٧. الفعل الضارّ والضمان فيه، لمصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ١٩٨٨م.
١٢٨. الفقه الإسلامي في طريق التجديد، لمحمد سليم العوا، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٨م.
١٢٩. الفقه الإسلامي وأدلّته، لوهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ٢٠٠٤م.
١٣٠. فقه الواقع، دراسة أصولية فقهية، لحسين مطاوع الترتوري، نشرته مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، في عددها الرابع والثلاثين، الصادر عام ١٤١٨هـ.
١٣١. الفوائد البهية في تراجم الحنفية، لأبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي، ت: ١٣٠٤هـ، ومعه التعليقات السنية على الفوائد البهية، له أيضا، دار المعرفة، بيروت، بلا تاريخ.
١٣٢. فيض القدير شرح الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير، لمحمد عبد الرؤوف المناوي، ت: ١٠٣١هـ، دار الفكر، بيروت، بلا تاريخ.

١٣٣. القاموس المحيط، لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، ت: ٨١٧هـ، حققه مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٧م.
١٣٤. القانون المدني الأردني، رقم ٤٣، لسنة ١٩٧٦م، أعدّه المحامي مصطفى محمود فرّاج، دار الثقافة، عمان، بلا تاريخ.
١٣٥. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، لمحمد الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ٢٠٠٦م.
١٣٦. القواعد الكبرى، أو قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لعبد العزيز بن عبد السلام السلمي، حققه نزيه حماد وعثمان ضميرية، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٠م.
١٣٧. القواعد النورانية الفقهية، لأحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني، ت: ٧٢٨هـ، حققه عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م.
١٣٨. القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية، لعبد المجيد عبد الله دية، دار النفائس، عمان، ٢٠٠٥م.
١٣٩. قوة الوعد الملزمة في الشريعة والقانون، لمحمد رضا عبد الجابر العاني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الخامس، الجزء الثاني، ١٩٨٨م.
١٤٠. الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ت: ٦٢٠هـ، المكتب الإسلامي، بيروت، ٢٠٠٣م.
١٤١. كتاب القواعد، لأبي بكر بن محمد بن عبد المؤمن تقي الدين الحصري، ت: ٨٢٩هـ، حققه جبريل بن محمد بن حسن البصلي، مكتبة الرشد، الرياض، ١٩٩٧م.
١٤٢. كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، لعبد العزيز بن أحمد البخاري، ت: ٧٣٠هـ، علّق عليه وخرّج أحاديثه: محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٩٧م.
١٤٣. الكليات، لأبي البقاء، أيوب بن موسى الكفوي، ت: ١٠٩٤هـ، حققه عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، ١٩٩٣م.
١٤٤. كتر الراغبين شرح منهاج الطالبين، لجلال الدين محمد بن أحمد المحلي، ت: ٨٦٤هـ، والمنهاج للنووي، ت: ٦٧٦هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧م.
١٤٥. لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن علي ابن منظور، ت: ٧١١هـ، حققه عبد الله علي الكبير وآخران، دار المعارف، القاهرة، بلا تاريخ.
١٤٦. المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء، وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطلة، لتزيه كمال حماد، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جدّة، ١٩٨٥م، المجلد الثالث، العدد الأول، موقعها على الإنترنت: [islamiccenter.kaau.edu.sa/Arabic](http://islamiccenter.kaau.edu.sa/Arabic).

١٤٧. مبدأ الرضا في العقود، لعلي محيي الدين القره داغي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ٢٠٠٢م.
١٤٨. المبدع في شرح المقنع، لإبراهيم بن محمد ابن مفلح، ت: ٨٨٤هـ، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٧٩م.
١٤٩. المبسوط، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، ت: ٤٩٠هـ، تصوير دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣م.
١٥٠. المجلة، (مجلة الأحكام العدلية)، لجنة من علماء الدولة العثمانية سابقا، اعتنى بها بسام عبد الوهاب الجالي، دار ابن حزم، بيروت، ٢٠٠٤م.
١٥١. مجمع الضمانات، لأبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، كان حيا سنة ١٠٧٧هـ<sup>(١)</sup>، عالم الكتب، بيروت، ١٩٨٧م.
١٥٢. مجموع من الفتاوى الكبرى، لأحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحرّاني، ت: ٧٢٨هـ، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٣م.
١٥٣. المجموع، ليحيى بن شرف النووي، ت: ٦٧٦هـ؛ وتكملته الأولى، لتقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، ت: ٧٥٦هـ، حققه محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدّة، بلا تاريخ.
١٥٤. مجموعة الفتاوى، لأحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحرّاني، ت: ٧٢٨هـ، حققه خيرى سعيد، المكتبة التوفيقية، القاهرة، بلا تاريخ.
١٥٥. مجموعة رسائل الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، المكتب الإسلامي، بيروت، بلا تاريخ.
١٥٦. المحلّي، لعلي بن أحمد بن سعيد بن حزم، ت: ٤٥٦هـ، حققه أحمد محمد شاكر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠١م.
١٥٧. المدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقا، مطابع ألف باء الأديب، دمشق، ١٩٦٧م.
١٥٨. المدوّنة الكبرى، لمالك بن أنس، ١٧٩هـ، برواية سحنون بن سعيد التنوخي، ت: ٢٤٠هـ، عن عبد الرحمن بن القاسم العتبي، ت: ١٩١هـ، حققها عامر الجزار وعبد الله المنشاوي، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٥م.
١٥٩. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، أعدّها المكتب الفني التابع لنقابة المحامين الأردنيين، عمان، ٢٠٠٠م.
١٦٠. مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، للملّا علي بن سلطان محمد القاري، ت: ١٠٤٠هـ، خرّج أحاديثه وعلّق عليه صدقي محمد جميل العطار، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٢م.
١٦١. مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، لمحمد قدرى باشا، المطبعة الأميرية، ببلاق، مصر، ١٣٠٨هـ.

(١) كما ذكر عمر رضا كحالة في معجم المؤلفين، (٣/٥٧٧).

١٦٢. المشاركة المتناقضة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، لوهبة الزحيلي، نشره موقع فقه المصارف الإسلامية، <http://www.badlah.com>.
١٦٣. مشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية، لعبد الله بن سليمان المنيع، نشرته مجلة المجمع الفقهي الإسلامي في عددها ١٤، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.
١٦٤. مشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية، لمحمد محيي الدين القره داغي، نشرته مجلة المجمع الفقهي الإسلامي في عددها ١٤، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.
١٦٥. المسوودة، لآل تيمية، وهم: عبد السلام بن تيمية، ت: ٦٥٢هـ، وولده عبد الحليم بن عبد السلام، ت: ٦٨٢هـ، وحفيده أحمد بن عبد الحليم، ت: ٧٢٨هـ، حققه أحمد بن إبراهيم بن عباس الذروي، دار ابن حزم، ٢٠٠١م.
١٦٦. مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، لأنور سلطان، المكتب القانوني، بلا عنوان، ١٩٩٨م.
١٦٧. مصادر الحق في الفقه الإسلامي، لعبد الرزاق أحمد السنهوري، ت: ١٩٧١م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا تاريخ.
١٦٨. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد بن علي الفيومي، ت: ٧٧٠هـ، المطبعة الميمنية، مصطفى الباي الحلبي وأخواه، بلا عنوان ولا تاريخ.
١٦٩. المصنف، لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، حققه محمد عوامة، مؤسسة علوم القرآن، دمشق، ٢٠٠٦م.
١٧٠. معالم السنن، شرح سنن أبي داود، لحمد بن محمد الخطابي، ت: ٣٨٨هـ، بعناية عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩١م.
١٧١. معاني القرآن وإعرابه، لإبراهيم بن السري الزجاج، ت: ٣١١هـ، حققه عبد الجليل عبده شلي، دار الحديث، القاهرة، ١٩٩٤م.
١٧٢. معجم الأدباء، لياقوت بن عبد الله الرومي الحموي، ت: ٦٢٦هـ، دار الفكر، ١٩٨٠م.
١٧٣. المعجم الكبير، لسليمان بن أحمد الطبراني، ت: ٣٦٠هـ، حققه حمدي عبد المجيد السلفي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠٢م.
١٧٤. المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، لمحمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة، ١٩٩٦م.
١٧٥. معجم لغة الفقهاء، لمحمد رؤاس قلعجي وحامد صادق قنبي، دار النفائس، بيروت، ١٩٨٨م.
١٧٦. معجم مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس بن زكريا، ت: ٣٩٥هـ، حققه عبد السلام محمد هارون، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الباي الحلبي، مصر، القاهرة، ١٩٧١م.
١٧٧. المعجم الوسيط، لإبراهيم مصطفى، وآخرين؛ أصدره مجمع اللغة العربية، القاهرة؛ مطابع المعارف، ١٩٨٠م.

١٧٨. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، لمحمد بن محمد الخطيب الشربيني، ت: ٩٧٧هـ، ومعه المنهاج، ليحيى بن شرف النووي، ت: ٦٧٦هـ، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م.
١٧٩. المغني، لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ت: ٦٢٠هـ، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٢م<sup>(١)</sup>.
١٨٠. مفردات القرآن، للحسين بن محمد بن المفضل، الراغب الأصفهاني، ت: في حدود ٤٢٥هـ<sup>(٢)</sup>، حققه صفوان عدنان داوودي، دار القلم، دمشق، ١٩٩٢م.
١٨١. المقدمات الممهّدة، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المعروف بابن رشد الجدّ، ت: ٥٢٠هـ، دار صادر، بيروت، بلا تاريخ.
١٨٢. المقدّمة في المال والاقتصاد والملكية والعقد، لعلي محيي الدين القرّه داغي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ٢٠٠٦م.
١٨٣. مقدمة في النظرية العامة للإثبات، لمشاعل عبد العزيز الهاجري، نشره في موقعه: [law.kuniv.edu.kw/mashael/Lecture%20Handout%2056.doc](http://law.kuniv.edu.kw/mashael/Lecture%20Handout%2056.doc)
١٨٤. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، لمحمد أبي زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، بلا تاريخ.
١٨٥. المنشور في القواعد، لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، ت: ٧٩٤هـ، حققه تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٩٨٢م.
١٨٦. المنهج الأحمدي في تراجم أصحاب الإمام أحمد، لمخير الدين عبد الرحمن بن محمد العليمي المقدسي الحنبلي، ت: ٩٢٨هـ، حققه محمود الأرناؤوط وآخرون، دار صادر، بيروت، ١٩٩٧م.
١٨٧. المهذب في فقه الإمام الشافعي، لإبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، ت: ٤٧٦هـ، حققه محمد الزحيلي، دار القلم، بيروت، ١٩٩٦م.
١٨٨. الموافقات، لإبراهيم بن موسى الشاطبي، ت: ٧٩٠هـ، حققه مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الحُبْر، ١٩٩٧م.
١٨٩. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لمحمد بن محمد المغربي، الشهير بالخطاب الرعيبي، ت: ٩٥٤هـ، ضبط وتخرّيج زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥م.
١٩٠. الموجز في شرح القانون المدني<sup>(٣)</sup>، لعبد المجيد الحكيم، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣م.

(١) رجعت إلى هذه الطبعة في معظم المواطن، غير أنني رجعت أحياناً إلى طبعة دار الفكر ببيروت، وأشرتُ إليها في محلها.

(٢) ذكر محققه اختلافاً في اسمه، ثم لم يقطع بتاريخ وفاته، بل نصّ على ما ذكره أعلاه على وجه التقريب.

(٣) القانون المدني المشروع في هذا الكتاب هو القانون المدني العراقي.

١٩١. الموجز في النظرية العامة للالتزامات، لعبد الودود يحيى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤م.
١٩٢. الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، لأحمد فتحي بهنسي، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩١م.
١٩٣. الموطأ، لمالك بن أنس الأصبحي، ت: ١٧٩هـ، صحّحه ورقّمه محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة، بلا تاريخ.
١٩٤. نصب الراية لأحاديث الهداية، لعبد الله بن يوسف الزيلعي، ت: ٧٦٢هـ، طبعة مُعادة، صحّحها وقَدّم لها بمقدمة وسعت مجلداً ثم فهرسها بمجلد آخر: محمد عوامه؛ مؤسسة الريان، بيروت، ١٩٩٧م.
١٩٥. النظريات الفقهية، لفتحي الدريني، جامعة دمشق، ١٩٩٧م.
١٩٦. نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، لفتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٨م.
١٩٧. نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، لمحمد نعيم ياسين، دار النفائس، عمان، ١٩٩٩م.
١٩٨. نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، لحسن علي الشاذلي، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، بلا تاريخ.
١٩٩. نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، لزكي الدين شعبان، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨م.
٢٠٠. نظرية الضرورة الشرعية، لوهبة الزحيلي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٧٩م.
٢٠١. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، لمحمد فوزي فيض الله، مكتبة التراث الإسلامي، الكويت، ١٩٨٣م.
٢٠٢. نظرية الضمان، أو المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، لوهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٢م.
٢٠٣. النظرية العامة للالتزامات، لمصطفى الجمّال، الدار الجامعية، ١٩٨٧م، بلا عنوان.
٢٠٤. النظرية العامة للموجبات والعقود، لصبحي الحمصاني، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٢م.
٢٠٥. نظرية العقد، لعبد الرزاق أحمد السنهوري، ت: ١٩٧١م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨م.
٢٠٦. النهاية في غريب الحديث والأثر، لمبارك بن محمد الجزري، ت: ٦٠٦هـ، حققه محمود محمد الطناحي، المكتبة الإسلامية، بلا عنوان ولا تاريخ.
٢٠٧. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لمحمد بن أحمد بن حمزة الرملي، الشهير بالشافعي الصغير، ت: ١٠٠٤هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣م.
٢٠٨. نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، لمحمد بن علي الشوكاني، حققه محمد صبحي بن حسن حلاق، دار ابن الجوزي، الرياض، ١٤٢٧هـ.
٢٠٩. الهداية، لعلي بن أبي بكر المرغيناني، ت: ٥٩٣هـ، حققه محمد محمد تامر وحافظ عاشور حافظ، دار السلام، القاهرة، ٢٠٠٠م.

٢١٠. هدية العارفين، أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، لإسماعيل باشا بن محمد أمين الباباني البغدادي، ت: ١٣٣٩هـ، دار إحياء التراث العربي، ١٩٥٥م.
٢١١. هل يُقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟ لمصطفى أحمد الزرقا، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد الثاني، المجلد الثاني، أصدرته جامعة الملك عبد العزيز بجدة، ١٩٨٥م؛ والتعليق عليه بعنوان: تعليق الدكتور زكي الدين شعبان على بحث العلامة الزرقا: هل يُقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟ المحلّة نفسها، المجلد الأول، ١٩٨٩م، موقعها على الإنترنت: [islamiccenter.kaau.edu.sa/Arabic](http://islamiccenter.kaau.edu.sa/Arabic)
٢١٢. الوجيز في أصول الفقه، لعبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٦م.
٢١٣. الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، لياسين محمد الجبوري، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨م.
٢١٤. الوسيط في المذهب، لمحمد بن محمد بن محمد الغزالي، ت: ٥٠٥هـ، حققه وعلق عليه أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ١٩٩٧م.
٢١٥. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، لعبد الرزاق أحمد السنهوري، بلا تاريخ ولا ناشر.
٢١٦. الوفاء بالوعد، ليوسف القرضاوي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الخامس، الجزء الثاني، ١٩٨٨م.



## الفهرس

٥	ملخص الرسالة
٦	المقدمة
١١	الفصل التمهيدي في مبدأ التعويض والإلزام بالوعد
١٢	المبحث الأول: مبدأ التعويض في الفقه الإسلامي
١٣	المطلب الأول: تعريف التعويض لغة واصطلاحاً
١٦	المطلب الثاني: تعلق التعويض بمسائل المال
١٧	المطلب الثالث: مشروعية التعويض في الفقه الإسلامي
٢٠	المطلب الرابع: مجالات التعويض في الفقه الإسلامي
٢٢	المطلب الخامس: التعويض عن تفويت الفرصة في الفقه الإسلامي
٢٦	المبحث الثاني: مبدأ الإلزام بالوعد في الفقه الإسلامي
٢٧	المطلب الأول: بين الحكم القضائي والحكم الدياني
٣٠	المطلب الثاني: حكم الوفاء بالوعد
٣٧	المطلب الثالث: أدلة الفرقاء
٣٧	أولاً: أدلة القائلين باستحباب الوعد وعدم وجوبه:
٣٨	ثانياً: أدلة القائلين بوجوب الوفاء بالوعد المجرد:
٤٠	ثالثاً: أدلة القائلين بوجوب الوفاء بالوعد في حال دون حال:
٤١	المطلب الرابع: مناقشة الأدلة
٤١	أولاً: مناقشة أدلة القائلين باستحباب الوفاء بالوعد
٤٣	ثانياً: مناقشة أدلة القائلين بوجوب الوفاء بالوعد
٤٤	ثالثاً: مناقشة أدلة الذين يوجبون الوفاء بالوعد في حال دون حال
٤٥	المطلب الخامس: القول الراجح
٤٧	المطلب السادس: الوعد في القانون
٤٨	الفصل الأول: الشروط والعقود فقها وقانوناً
٥٠	المبحث الأول: مفهوم العقد في اللغة والفقه والقانون
٥١	المطلب الأول: تعريف العقد في اللغة
٥٢	المطلب الثاني: تعريف العقد في الفقه

٥٦	المطلب الثالث: تعريف العقد في القانون
٦١	المبحث الثاني: مفهوم الشرط في اللغة والفقه والقانون
٦٢	المطلب الأول: الشرط في اللغة
٦٢	المطلب الثاني: الشرط في الاصطلاح
٦٣	الفرع الأول: أنواع الشرط الإرادي
٦٤	الفرع الثاني: الفرق بين الشرط الإضافي والشرط التعليقي
٦٤	الفرع الثالث: الفرق بين الشرط التعليقي والشرط التقييدي
٦٧	الفرع الرابع: الفرق بين الشرط الأصولي والشرطين التعليقي والتقييدي
٦٧	الفرع الخامس: الشرط التقييدي ذو تأثير على إطلاق العقد
٦٨	الفرع السادس: تعريف الشرط المقترن
٦٩	المطلب الثالث: تعريف الشرط في القانون
٧١	المبحث الثالث: سلطة العاقدین في إنشاء العقود والشروط
٧٢	تمهيد: بين يدي مذاهب العلماء في سلطان الإرادة في العقود والشروط
٧٦	المطلب الأول: مذاهب العلماء في العقود
٧٧	المطلب الثاني: مواقف المذاهب من الشروط
٧٨	أولاً: الشرط الصحيح عند الحنفية
٨٠	ثانياً: الشرط الصحيح عند المالكية
٨٣	ثالثاً: الشرط الصحيح عند الشافعية
٨٥	رابعاً: الشرط الصحيح عند الحنابلة
٨٦	خامساً: الشرط الصحيح عند الزيدية <sup>٥</sup>
٨٩	المطلب الثالث: الموازنة بين المذاهب الأربعة في الاشتراط
٩٢	المطلب الرابع: أدلة الموسّعين والمضيقين لسلطتي العقود والشروط
٩٢	أولاً: أدلة الموسّعين لسلطتي العقود والشروط
١٠١	ثانياً: أدلة المضيقين
١٠٣	المطلب الخامس: مناقشة الأدلة
١٠٣	أولاً: مناقشة أدلة الموسّعين
١٠٥	ثانياً: مناقشة أدلة المضيقين

المطلب السادس: الراجح في المسألة.....	١١٣
المطلب السابع: ضوابط إحداث عقود وشروط جديدة.....	١١٥
المطلب الثامن: سلطة العاقدَيْن في إنشاء العقود والشروط في القانون.....	١٢٣
الفصل الثاني: الشرط الجزائي وتكييفه الفقهي.....	١٢٨
المبحث الأول: الشرط الجزائي في القانون.....	١٢٩
المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي في القانون.....	١٣٠
المطلب الثاني: طبيعة الشرط الجزائي.....	١٣١
المطلب الثالث: السياق الذي يجري فيه بحث الشرط الجزائي في القانون.....	١٣٢
المطلب الرابع: الشرط الجزائي اتفاق تابع وليس قائما بذاته.....	١٣٣
المطلب الخامس: الشرط الجزائي تابع للقدرة على تنفيذ الاتفاق الأصلي.....	١٣٤
المطلب السادس: شروط استحقاق الشرط الجزائي.....	١٣٤
المطلب السابع: مزايا الشرط الجزائي.....	١٣٦
المطلب الثامن: من صور الشرط الجزائي.....	١٣٦
المطلب التاسع: صلاحية المحكمة في تعديل الاتفاق: من النظام العام.....	١٣٨
المبحث الثاني: الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.....	١٣٩
المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.....	١٤٠
المطلب الثاني: سياق الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.....	١٤١
المطلب الثالث: ضرورة بحث الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.....	١٤١
المطلب الرابع: حكم الشرط الجزائي.....	١٤٣
الفصل الثالث: مجالات الشرط الجزائي وأحكامها.....	١٤٤
المبحث الأول: الشرط الجزائي في الديون والقروض وحكمه.....	١٤٥
تمهيد: اشتراط الزيادة هو مناط تحريم ربا الديون والقروض.....	١٤٦
الفرع الأول: الربا من الأسماء الشرعية.....	١٤٦
الفرع الثاني: اشتراط الزيادة هو مناط التحريم في ربا البيوع الديون.....	١٤٨
الفرع الثالث: من مسائل العلماء في أن اشتراط الزيادة هو محل التحريم.....	١٤٩
الفرع الرابع: الزيادة المشروطة محل التحريم عند الصحابة والتابعين.....	١٥٠
الفرع الخامس: بهذا الأصل تُفسر النصوص التي تسمح بالزيادة.....	١٥١

- الفرع السادس: الزيادة المشروطة صالحة لضبط معنى الربا ..... ١٥٢
- المطلب الأول: مواقف العلماء من مسألة التعويض عن ضرر المظل وأدلتهم ..... ١٥٥
- الفرع الأول: تحديد محلّ البحث ..... ١٥٦
- الفرع الثاني: هل بحثت المسألة قديماً؟ ..... ١٥٧
- الفرع الثالث: آراء العلماء في التعويض ..... ١٥٨
- الرأي الأول: إباحة التعويض عن ضرر المظل ..... ١٥٨
- الرأي الثاني: تحريم التعويض عن ضرر المظل ..... ١٦٢
- الرأي الثالث: إباحة عقوبة المماطل بغير تعويض للدائن ..... ١٦٤
- الفرع الرابع: تلخيص هذه الاجتهادات ..... ١٦٥
- الفرع الخامس: بين الاجتهاد والتقنين ..... ١٦٦
- المطلب الثاني: استعراض الأدلة ..... ١٦٦
- الفرع الأول: أدلة إباحة التعويض ..... ١٦٦
- الفرع الثاني: أدلة منع التعويض ..... ١٧١
- الفرع الثالث: أدلة عقوبة المماطل دون تعويض الدائن ..... ١٧٢
- المطلب الثالث: مجمل أدلة جميع الأقوال ..... ١٧٣
- المطلب الرابع: مناقشة الأدلة ..... ١٧٣
- الفرع الأول: مناقشة القول بإباحة التعويض ..... ١٧٣
- الفرع الثاني: مناقشة القول بتحريم التعويض إطلاقاً ..... ١٧٥
- الفرع الثالث: مناقشة القول بعقوبة المماطل دون تعويض الدائن ..... ١٧٧
- المطلب الخامس: الترجيح ..... ١٧٨
- المبحث الثاني: الشرط الجزائي المترتب على عدم الوفاء بالعقود تأخيراً أو إخلالاً وحكمه ..... ١٩٠
- المطلب الأول: يُستحقّ التعويض وفق الشرط الجزائي إذا وقع الضرر فعلاً ..... ١٩١
- الفرع الأول: دليل الاستحسان ..... ١٩٢
- الفرع الثاني: مخالفة الصفة إلى أفضل منها في شراء العين الموصوفة ..... ١٩٤
- الفرع الثالث: عدم ضمان إتلاف مال الغير إذا لم يؤدّ إلى الإضرار به ..... ١٩٤
- المطلب الثاني: عبء إثبات الضرر أو نفيه ..... ١٩٦
- الفرع الأول: عبء الإثبات في القانون ..... ١٩٦

١٩٩	الفرع الثاني: عبء الإثبات في الفقه الإسلامي
٢٠١	الفرع الثالث: تأصيل عبء الإثبات في الفقه الإسلامي
٢٠٣	الفصل الرابع: عقود المقاولات في الفقه الإسلامي
٢٠٤	المبحث الأول: تعريف عقد المقاولة
٢٠٥	المطلب الأول: تعريف المقاولة لغة
٢٠٥	المطلب الثاني: تعريف المقاولة قانوناً وفقها
٢٠٧	المبحث الثاني: التكييف الفقهي والقانوني لعقد المقاولة
٢٠٩	المطلب الأول: مراعاة الشرع لحاجات الناس
٢١٠	الفرع الأول: المسلك التشريعي النبوي في إباحة ما يدفع الحرج
٢١٢	الفرع الثاني: اتباع الفقه للمسلك النبوي في رفع الحرج
٢١٣	الفرع الثالث: فهم الفقهاء لسبب مشروعية السلم
٢١٦	الفرع الرابع: إباحة عقود أخرى استثناءً من أصول مانعة
٢١٦	المطلب الثاني: عقد الاستصناع مرجعية هامة لعقد المقاولة
٢١٧	الفرع الأول: الاستصناع لغة واصطلاحاً
٢١٨	الفرع الثاني: عقد الاستصناع في المذاهب الفقهية
٢٢٠	الفرع الثالث: أدلة إباحة الاستصناع
٢٢٢	الفرع الرابع: أدلة مانعي الاستصناع
٢٢٣	الفرع الخامس: مناقشة الأدلة
٢٢٧	الفرع السادس: القول الراجح
٢٣٠	الفرع السابع: التكييف الفقهي لعقد الاستصناع
٢٣١	الفرع الثامن: شروط الاستصناع عند الحنفية
٢٣٢	الفرع التاسع: مدى لزوم الاستصناع عند الحنفية
٢٣٣	الفرع العاشر: تطوير عقد الاستصناع لاستيعاب صور المقاولة
٢٣٦	المطلب الثالث: التكييف الفقهي لعقد المقاولة
٢٣٨	الفرع الأول: هل نلحق العقود الحادثة بالعقود الماضية لشبهه بها أم لا؟
٢٣٩	الفرع الثاني: عقد المقاولة يتكوّن من عدّة عقود
٢٤١	الفرع الثالث: المقاولة عقد مستقل له خصوصياته

٢٤٢	المطلب الرابع: عقدا الاستصناع والمقاولة في القانون
٢٤٥	الفصل الخامس: الشرط الجزائي في عقود المقاولات
٢٤٦	المبحث الأول: حكم غرامة التأخير أو الإخلال في عقد المقاولة
٢٤٧	المطلب الأول: آراء العلماء في غرامة التأخير والإخلال في عقود المقاولات
٢٤٧	المطلب الثاني: استعراض الأدلة
٢٤٨	الفرع الأول: أدلة القائلين بجواز غرامة التأخير أو الإخلال
٢٤٨	الفرع الثاني: أدلة المانعين من غرامة التأخير أو الإخلال
٢٤٩	المطلب الثالث: المناقشة والترجيح
٢٥٣	المبحث الثاني: الاتفاق على الشرط الجزائي في عقد المقاولة
٢٥٤	المطلب الأول: الاتفاق على التعويض حين التقصير أو الإخلال بالعقد
٢٥٥	المطلب الثاني: تنفيذ المقاول لما اتفق عليه مقدّم على التعويض ما أمكن
٢٥٦	المطلب الثالث: تضمين المقاول عند الإخلال أو التقصير
٢٥٧	المطلب الرابع: لا تضمين فيما لا يمكن التحرّز عنه
٢٦٠	المطلب الخامس: اشتراط إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان
٢٦١	الفرع الأول: التفريق بين يد الأمانة ويد الضمان في التعويض
٢٦١	الفرع الثاني: تأصيل منع صحة عدم اشتراط الضمان شرعا
٢٦٣	الفرع الثالث: أقوال المذاهب الأربعة في اشتراط عدم تضمين يد الضمان
٢٦٦	الفرع الرابع: بطلان اشتراط عدم الضمان في المضمونات
٢٦٧	الفرع الخامس: تطبيق هذا الأصل على عقود المقاولات
٢٦٨	المطلب السادس: التقادم في دعوى الضمان
٢٧٠	المبحث الثالث: وقت الاتفاق على الشرط الجزائي في عقد المقاولة
٢٧١	المطلب الأول: حكم اقتتان الشرط الجزائي بعقود المقاولات
٢٧١	المطلب الثاني: حكم تقدّم الشرط الجزائي على عقود المقاولات
٢٧١	الفرع الأول: مرجع مسألة سبق الشرط على العقد عند المذاهب الأربعة
٢٧٤	الفرع الثاني: التأصيل لحكم سبق الشرط على العقد عموما
٢٧٥	الفرع الثالث: مدى لزوم الشرط السابق على العقد قضاءً
٢٧٦	الفرع الرابع: تطبيق التأصيل السابق على سبق الشرط للعقد في المقاولات

المطلب الثالث: حكم تأخّر الشرط الجزائي عن إنشاء عقود المقاولات .....	٢٧٧
المطلب الرابع: حكم تعديل الشرط أو إلغائه .....	٢٧٩
المطلب الخامس: سلطة القاضي في تعديل مقدار التعويض في الشرط الجزائي .....	٢٨٠
الفرع الأول: بين سلطان الإرادة التعاقدية ومنطق العدالة .....	٢٨١
الفرع الثاني: تأصيل فكرة تعديل الاتفاق العقدي .....	٢٨٢
الفرع الثالث: تعديل التعويض بمساواته لمقدار الضرر في القانون الأردني .....	٢٨٤
الفرع الرابع: التعديل بمنع التفاوت الكبير بين الضرر ومقدار التعويض .....	٢٨٥
المبحث الرابع: الطرف الذي يُعَرَّم في الشرط الجزائي في عقد المقابلة .....	٢٨٨
المطلب الأول: تغريم رب العمل .....	٢٨٩
المطلب الثاني: تغريم المهندس .....	٢٨٩
الخاتمة .....	٢٩١
أولاً: نتائج البحث .....	٢٩١
ثانياً: توصيات البحث .....	٢٩٢
ملحق في تراجم الأعلام .....	٢٩٤
المراجع .....	٣٠٦
الفهرس .....	٣٢١