حكم الدخول في عقود البيع والإجارة التي تفرض فيها غرامة التأخير

دكتور/ يوسف أحمد الحداد (*)

ملخص:

يتناول هذا البحث حكم الدخول والشروع في عقود المعاوضات كالبيع والشراء التي يشترط فيها غرامة التأخير، وفيه يتم بيان وتوضيح المراد بغرامة التأخير، وبيان حكم غرامة التأخير من حيث الأصل ، والأحوال التي تعتري اشتراط هذه الغرامة في العقد ، وفيه بيان معنى البيع في اللغة والاصطلاح، وبيان بعض المسائل المتعلقة بهذه المسألة ، كبيان مسألة الفرق بين الفاسد والباطل وأثر ذلك في المعاملات المالية المعاصرة، وبيان القاعدة الفقهية التي تنص على أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة، والفروع المترتبة عليها، وأدلتها وشروط إعمالها في الفقه الإسلامي، وبيان مسألة عموم البلوى في الأحكام وشروط جعلها سببا لتخفيف الحكم الشرعي في الفقه الإسلامي، وقد تم تقسيم هذا البحث إلى مقدمة ثم بيان أهمية الموضوع وسبب اختياره والمنهج المتبع فيه، ثم ذكر بعده التمهيد الذي تم إيضاح معان ومفردات عنوان البحث، وثلاثة مباحث، أما المبحث الأول فذكر فيه الألفاظ ذات الصلة بعنوان البحث، والمسائل ذات العلاقة بأصل البحث، وأما المبحث الثاني فتم فيه بيان وإيضاح حكم واختلاف أهل العلم في اشتراط غرامة التأخير في عقود المعاوضات، وأما المبحث الثالث فتم التطرق فيه لحكم الدخول في العقود

(*) إمام وخطيب في وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة الكويت .

التي تشترط فيها غرامة التأخير لمن لا يقول بجوازه، ثم ختم البحث بخاتمة ذكر فيها أهم النتائج التي توصل إليها الباحث وأهم التوصيات.

الكلمات المفتاحية: البيع، الإجارة، غرامة، التأخير، ضرورة، حاجة.

Abstract:

This is a study that deals with the ruling on entering and embarking on a contract of trade-offs, such as buying and selling, in which a fine is required for delay, and in it the meaning of the delay penalty is explained and clarified, and the ruling for the delay fine is explained in terms of the origin, and the conditions under which this fine is stipulated in the contract, and it indicates the meaning The sale in terms of language and convention, and a statement of some issues related to this issue, such as a statement of the question of the difference between corrupt and invalid and its effect on contemporary financial transactions, and a statement of the jurisprudential rule that states that the necessity relates to its place of necessity, the branches resulting from it, its evidence and conditions for its implementation in Islamic jurisprudence This research has been divided into an introduction, then an explanation of the importance of the topic, the reason for choosing it, and the method used in it, then the introduction is mentioned after which the meanings and vocabulary of the title of the research have been clarified, and three topics. As for the first topic, it mentioned the words related to the title of the research, and the issues of relevance. The relationship to the origin of the research. As for the second topic, the ruling

was explained and clarified and the scholars differed in the requirement of a fine for delay in the contracts of trade-offs. As for the third study, it dealt with the ruling on entering into contracts in which a fine is required for the delay for those who do not say that it is permissible, then The research was concluded with a conclusion in which he mentioned the most important findings of the researcher and the most important recommendations, and then the technical indexes recognized in scientific research were developed.
Keywords: sale, leave, fine, delay, necessity, necessity.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد الأولين والآخرين نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

قال الله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَأۡكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِي يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيۡطَٰنُ مِنَ ٱلۡمَسِّۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمۡ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡبَيۡعُ مِثۡلُ ٱلرِّبَوٰاْۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

أما بعد:

أسباب اختيار الموضوع، وأهميته:

أولاً: التزام المؤسسات التي تعمل وفق الشريعة الإسلامية بالفتاوى الصادرة من مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والتي تنص على تحريم إلزام العميل المدين شرطا جزائيا يتضمن إلزامه بأداء تعويض نقدي للدائن في عقود البيع والإجارة عند تأخره في سداد الثمن أو

الأجرة، إلا ما يتعلق بتحميله المصروفات الفعلية التي يتحملها الدائن بسبب التأخير.

ثانيـًا: استقرار القول " بتحريم إلزام العميل المدين شرطا جزائيا يتضمن..."، في أوساط المؤسسات التي تعمل وفق الشريعة الإسلامية، مع ما تواجهه هذه المؤسسات من إشكالا في بعض عقود البيع والإجارة لا سيما التي تبرمها مع جهات أقوى وأكبر منها، ولا تسمح تلك الجهات بإجراء أي تعديلات على عقودها.

ثالثـًا: ما تواجه المؤسسات التي تعمل وفق الشريعة الإسلامية في بعض الدول التي تقوم جهاتها الرقابية بالإلزام بنموذج موحد لعقد البيع والإجارة من غير أن تسمح بالتعديل على بنود العقد، مما يؤدي إلى امتناع المؤسسات التي تعمل وفق الشريعة الإسلامية عن هذه العقود، مما يجعل حصتها التجارية في السوق أقل من نظيراتها في البنوك التقليدية، وقد تلحقها بالامتناع عن هذه العقود مشقة في بعض التطبيقات، فإذا كانت ترغب في تأجير عقار فهي ملزمة بهذا الشرط.

مشكلة البحث:

يجيب هذا البحث عن عدة أسئلة ومشكلات، وأهمها:

س: ما هو أثر وجود هذا الشرط المتضمن غرامة التأخير عند التأخر في السداد على صحة العقد؟

س: هل يجوز للمؤسسات المالية التي تعمل وفق الشريعة الإسلامية إبرام هذا النوع من العقود المتضمن هذا الشرط مع العزم على أداء كافة التزاماتها المالية في وقتها المحدد؟

س: هل ممكن اعتبار هذا الشرط لغوا، إذا التزمت المؤسسات المالية بالسداد في الوقت المحدد؟

س: إذا قررت المؤسسات المالية التي تعمل وفق الشريعة الإسلامية العمل بهذه العقود المتضمنة هذا الشرط، فما هي الضوابط الشرعية الواجب مراعاتها في ذلك؟

س: ما هو أثر اختلاف التكييف الفقهي للطرف الذي يقوم بإلزام المؤسسات المالية التي تعمل وفق الشريعة الإسلامية بهذا الشرط؟

منهج البحث:

اعتمدت هذه الدراسة على عدة مناهج؛ منها:

١- المنهج التحليلي: من خلال تحليل النصوص الفقهية للاستفادة منها في المسائل المطروحة في هذه البحث.

٢- المنهج المقارن: في مجال مقارنة المذاهب الفقهية بعضها مع بعض للوصول إلى الرأي الراجح.

٣- المنهج الاستقرائي في بحث الموضوع؛ وذلك حتى يتيسر الوصول إلى النتائج المرجوة من هذا البحث.

٤-عزو الآيات إلى مواضعها في المصحف، مع ذكر اسم السورة ورقم الآية.

٥-تخريج الأحاديث والآثار من مصادرها الأصلية، فإن كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما فإنه يُكتفى بالعزو إليهما، وإن كان الحديث في غيرهما من كتب السنة قمت بتخريجه من مظانه، مع بيان ما ذكره أهل الشأن في حكم الحديث.

٦-عزو ما أنقله من كلام أهل العلم إلى مصادره الأصلية.

الدراسات السابقة:

(١) بحث :- [أحكام العمل بعقود البيع والإجارة التي فيها غرامة تأخير عند التأخر في سداد الثمن أو الأجرة، ولا يقبل الطرف المشروط له حذفها] للباحث الشيخ الدكتور/ عبد العزيز القصار، ويؤخذ على الباحث في بحثه ما يلي:

١-أنه لم يتطرق البتة إلى تحرير تعريف غرامة التأخير في الاصطلاح الفقهي ولا في القانون.

٢-لم يذكر أقوال أهل العلم الذين أباحوا هذ الشرط واكتفى بذكر فتوى وقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي ومعيار أيوفي.

٣-لم يقم الباحث ببحث حكم اشتراط غرامة التأخير ولم يعمل مقارنة بين أدلة الفقهاء المعاصرين ومن ثم لم يذكر ما ظهر لديه ولم يبين أي الأقوال سلم من المعارضة.

٤-لم يبين كلام فقهاء الحنفية في حكم عقد العقد الفاسد وأثره على وجه الدقة ولم يذكر الأثر المترتب على ذلك.

٥-لم يقم الباحث بذكر اختلاف أهل العلم في العمل بالشرط الفاسد ولم يعمل مقارنة بين أدلة كلا القولين ولم يرجح أحدهما.

٦-لم يحرر الباحث الفرق بين عموم البلوى وما تعم به البلوى، ولم يذكر الشروط الواجب توافرها في المسألة .

٧-لم يقم بتحرير الكلام على قاعدة الحاجة تنزل منزلة الضرورة ، هل المراد بها الحاجة العامة أو المراد بها الحاجة الخاصة.

لم يذكر الباحث شروط اعتبار الحاجة كالضرورة.

(٢)بحث:- [قاعدة عموم البلوى مفهومها ومدى صحة تطبيقها المعاصر على عقود المداينات المتضمنة على غرامة التأخير] للباحث الدكتور/ نزيه حماد، ويلاحظ عليه عدة أمور؛ منها:

١ـ لم يذكر الباحث في بحثه الفرق بين مصطلحي عموم البلوى وما تعم به البلوى.

٢ـ لم يتطرق الباحث إطلاقا إلى ذكر أسباب تخفيف الأحكام وجعلها مما تعم به البلوى.

٣ـ لم يقم الباحث بتحرير الكلام على الشروط الواجب توافرها في الأحكام لاعتبارها مما تعم به البلوى.

٤ـ أكثر الباحث من النقولات بدون منهج منضبط .

٥ـ لم يذكر خلاف أهل العلم في عموم البلوى.

٦ـ لم يبين الباحث آلية عملية وطرق مبتكرة تعين المؤسسة المالية في التخلص من غرامة التأخير.

٧ـ وأخيرا يلاحظ على هذا البحث أنه قام بتخريج مسألة غرامة التأخير على قاعدة عموم البلوى فقط، ولم يتطرق لغيرها من القواعد التي ممكن أن يتم تخريجها عليها.

(٣)بحث:- (حكم الدخول بعقود البيع أو الإجارة التي تفرض فيها غرامة التأخير ولا يقبل الطرف المشروط له حذفها) للباحث الدكتور/ محمد القري، ويلاحظ على هذا البحث عدة أمور، من أبرزها:

١ـ لم يقم الباحث بتحرير القول في بعض المسائل التي تم تخريج قول من قال بجواز غرامة التأخير عليها، مثل :- مسألة التعزير بالمال ، ومسألة نذر التصدق التي اشتهر بها المالكية، بل ذكرها كأنها مسلمة مجمع عليها بين المذاهب الأربعة.

٢ـ لم يقم الباحث بترجيح أي من الأقوال حين عرض اختلاف أهل العلم المعاصرين في مسألة اشتراط غرامة التأخير إلى أربعة أقوال، بل ترك كثير من الأدلة مرسلة من غير بيان ما اعترض عليه فيها وترك بعض الاعتراضات مرسلة من غير بيان ما أجيب عليها، مما يجعل القارئ بعده في حيرة من أمره ويحتاج لمزيد بحث لتحرير القول فيها.

٣ـ لم يذكر الباحث سبب عرض حالات اشتراط غرامة التأخير لمن لا يقول بجوازها.

٤ـ لم يذكر الباحث ضابط اعتبار المؤسسة المالية ذات قدرة على السداد وبالتالي يجوز له الدخول في هذه العقود التي تشترط لها غرامة التأخير.

الجديد في البحث:

١ـ تم توضيح وذكر آلية معينة وضوابط اعتبار المؤسسة المالية ذات قدرة وملاءة مالية ليتم عدم الوقوع في شرط غرامة التأخير، واعتباره لغوا وفي حكم الشرط المسقط شرعا.

٢ـ تم تحرير القول في حكم الدخول في العقود المشتملة على شرط فاسد وضابطه عند الحنفية.

٣ـ تم بيان أسباب اعتبار الأحكام الشرعية مما تعم به البلوى، وكذلك تم توضيح شروط عموم البلوى، وتم بيان الفرق بين كلا من أسبابها وشروطها.

٤ـ تم تحرير المقام في ضابط الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة في الأحكام الشرعية وشروط اعتبارها، وبيان إمكانية تخريج شرط غرامة التأخير عليها.

خطة البحث:

١ـ تم تقسيم هذا البحث إلى مقدمة وتمهيد وثلاثة مباحث وخاتمة.

٢ـ المقدمة، وتشتمل على أسباب اختيار الموضوع وأهميته، والمشكلة التي يعالجها، والمنهج المتبع في البحث، وخطة البحث.

٣ـ التمهيد، تناول فيه الباحث التعريف بمفردات عنوان البحث، ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف مصطلح [الغرامة] لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: تعريف مصطلح [التأخير] لغة واصطلاحا.

المطلب الثالث: التعريف بمصطلح [غرامة التأخير] كمصطلح مركب.

المبحث الأول: الألفاظ والمسائل ذات الصلة بموضوع البحث، وفيه مطلبان.

المطلب الأول: الألفاظ ذات الصلة بموضوع البحث.

المطلب الثاني: المسائل ذات الصلة بموضوع البحث.

المبحث الثاني: حكم غرامة التأخير.

المبحث الثالث: حكم الدخول في عقد يتضمن شرط الغرامات لمن لا يقول بجوازها.

الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات.

التمهيد

التعريف بمفردات عنوان البحث

يتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

تعريف مصطلح (الغرامة) لغة، واصطلاحا

أولاً: الغرامة لغة: أصل مصطلح غرامة من غرم، وهو أصل صحيح يدل على ملازمة ومُلازَّة[١]، ويسمى صاحب الدَّين والمدين بالغريم[٢]، ويجمع على غرماء[٣]، وسُمي صاحب الدين بالغريم، لأنه يطلب حقه ويلح حتى يقبضه[٤]، فيصير بإلحاحه على خصمه المدين ملازما له[٥].

ثانيا: الغرامة اصطلاحا: لقد ذكر الفقهاء الغرامة أثناء حديثهم عن العقوبة بالمال، فعرفها الحنفية بأنها: " هي كل ما يلزم أداؤه مما لا يلحق برأس المال، فليست منها مؤنة الرد"[٦] وعرفها الحنابلة بأنها:" إنها ما يلزم أداؤه تأديبا"[٧] .

١() انظر: مقاييس اللغة،لابن فارس، مادة: غرم.
٢() انظر: لسان العرب،لابن منظور، مادة: غرم؛ المصباح المنير، للفيومي، مادة : غرم.
٣() انظر: المصباح المنير، للفيومي، مادة : غرم.
٤() انظر: لسان العرب، لابن منظور، مادة: غرم.
٥() انظر: المصباح المنير، للفيومي، مادة : غرم، لسان العرب، لابن منظور، مادة: غرم؛ مقاييس اللغة، لابن فارس، مادة: غرم؛ المصباح المنير، للفيومي، مادة : غرم.
(٦) انظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٦: ٧١)، دار الكتب العلمية ـ بيروت.
(٧) انظر: الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ٢٤٥).

وعرفها د. محمد قلعة جي فقال: إنها ما يلزم أداؤه تأديبا أو تعويضا[١].

ومما سبق يتبين أن التعريف الاصطلاحي لا يختلف عن اللغوي ، وأنهما يدوران حول معنى أداء ما لا يلحق برأس المال.

المطلب الثاني

تعريف التأخير لغة واصطلاحا

أولا: التأخير لغة: أصل مصطلح التأخير من أخّر، ويراد به خلاف التقدم[٢]، ويقال آخر الشيء إذا جعله بعد موضعه[٣].

ثانيا: التأخير اصطلاحا: هو فعل الشيء في آخر وقته المحدد له شرعا، كتأخير السحور والصلاة، أو خارج الوقت (سواء أكان الوقت محددا شرعا أو متفقا عليه) كتأخير الزكاة والدين.

وقيل هو: عمل الفعل بعد أول وقته، سواء عمل في حيز وقته أو خارجه[٤].

المطلب الثالث

التعريف بمصطلح [غرامة التأخير] كمصطلح مركب

وردت عدت تعاريف لمصطلح غرامة التأخير؛ منها:

(١) انظر: معجم لغة الفقهاء لقلعة جي، ص: ٣٢٩.
(٢) انظر: مقاييس اللغة لابن فارس، مادة: غرم.
(٣) انظر: الصحاح للجوهري، مادة: غرم.
(٤) انظر: التأخير وأحكامه في الفقه الإسلامي، د/ محمد العيسى، ص: ٣٣ـ ٣٤.

التعريف الأول هي: " إحدى صور الشرط الجزائي، متمثلة في الصورة التي يكون فيها هذا الشرط جزاء لتأخر المدين في تنفيذ التزامه" [١].

التعريف الثاني هي:" صورة من صور التعويض الاتفاقي، فهي في حقيقتها اتفاق يتضمن فيه تقدير مسبق للتعويض من الضرر الناتج عن تنفيذ الالتزام[٢].

يتبين بذلك أنه يجب معرفة النية المشتركة لأطراف العقد لمعرفة ما إذا كانت غرامة التأخير عقوبة أو تعويضا، فإذا كانت النية متجهة إلى ضمان تنفيذ الالتزام عن طريق دفع المدين مبلغا من المال كانت غرامة التأخير عقوبة، وإذا كانت النية متجهة إلى تقدير مسبق للأضرار الناتجة عن التأخير كانت غرامة التأخير في هذه الحالة تعويضا[٣].

١()ذلك لأن الشرط الجزائي له صورتان، الأولى: هي جزاء عدم تنفيذ المدين للالتزام أصلا؛ الثانية. هي جزاء تأخر المدين في تنفيذ الالتزام في وقته المحدد.

٢() انظر: مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، د/ إبراهيم الشرقاوي، ص: ٢٠٥.

٣()انظر: عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، للباحث/ محمد عبد المجيد إسماعيل، ص: ٢٢٧.

المبحث الأول

الألفاظ والمسائل ذات الصلة بموضوع البحث

ويتضمن مطلبين:

المطلب الأول

الألفاظ ذات الصلة بموضوع البحث

لفظ المطل.

تعريف المطل، لغة: الْمِيمُ وَالطَّاءُ وَاللَّامُ أَصْلٌ صَحِيحٌ يَدُلُّ عَلَى مَدِّ الشَّيْءِ وَإِطَالَتِهِ. وَمَطَلْتُ الْحَدِيدَةَ أَمْطُلُهَا مَطْلًا: مَدَدْتُهَا. وَالْمَطْلُ فِي الْحَاجَةِ وَالْمُمَاطَلَةُ فِي الْحَرْبِ مِنْهُ[1]، فهو باختصار التَّسْوِيفُ والمُدافَعة بالعِدَة والدَّيْن ولِيَّانِه، ويقال رَجُلٌ مَطُول ومَطَّال[2].

تعريف المطل، اصطلاحا: هو عدم قضاء ما استُحق أداؤه مع التمكن منه[3]، فلا يعتبر المدين مماطلا ما لم يحل أجل الدين، لأن الدائن لا يستحق الدين إلا في أجله؛ والمماطلة بالدين بعد حلول الأجل محرمة شرعا إن كان المدين غنيا، لما فيه من الظلم والتعدي على حق الغير، ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال:ـ[مطل الغني ظلم][4]، وأما إن كان المدين معسرا

١()انظر: مقاييس اللغة، لابن فارس، مادة: (مطل).
٢()انظر: لسان العرب، لابن منظور، مادة: (مطل).
(٣)انظر: عمدة القاري،للعيني، (١٢: ١١٠)، باب/ في الحوالة؛ المنهاج شرح مسلم بن الحجاج للنووي، (١٠: ٢٢٧)، باب/ تحريم مطل الغني.
٤()رواه البخاري( )؛ ومسلم( ).

وغير واجد للمال أو كان مسافرا فلا يدخل في المطل الممنوع شرعا الذي يستحق فاعله العقوبة[1] لمفهوم حديث أبي هريرة ﷺ السابق[2].

المطلب الثاني

المسائل ذات الصلة بموضوع البحث

وفيه عدة فروع:ـ

الفرع الأول: الفرق بين الشرط الفاسد والباطل وأثره في العقد.

توطئة: اتفق أهل العلم على أن العقود الصحيحة هي التي أقرها الشارع الحكيم ورتب عليها آثارها بعد استيفاء أركانها وشروطها[3]، واتفقوا أن العقود غير الصحيحة هي التي لم تستوف أركانها ولا شروطها، واختلفوا في تقسيم العقود غير الصحيحة إلى قولين:ـ

١ـ القول الأول: ذهب الحنفية[4] إلى التفريق بين الباطل والفاسد في المعاملات خاصة، فالفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه، مثل البيع بثمن مجهول بيع الدراهم بالدراهم مع التفاضل، فهذه العقود فاسدة لوجود الخلل الذي يرجع إلى شرط من شروط العقد أو وجود النهي عن صفة العقد،

١() انظر: المنهاج شرح مسلم، للنووي، (١٠: ٢٢٧).
٢() هذا ما يسمى بمفهوم الصفة عند علماء الأصول، وهو حجة عند جمهور أهل العلم من المالكية والشافعية والحنابلة. انظر: شرح تنقيح الفصول، للقرافي، (ص: ٢٧٠)؛ شرح جمع الجوامع للمحلي، (١: ٢٥٣)؛ شرح الكزكب المنير، لابن النجار، ٣: ٥٠٠.
(٣) انظر: تيسير التحرير، (٢: ٢٣٤)؛ الموافقات] للشاطبي، (١: ١٩٧)؛ شرح جمع الجوامع للمحلي، (١: ١٠١)؛ شرح الكوكب المنير، لابن النجار، (١: ٤٦٧).
(٤) انظر: تيسير التحرير، أمير باد شاه ، (٢: ٢٣٦).

وقد يفيد الملك عند اتصال القبض به، والباطل هو ما لم يكن مشروعا لا بأصله ولا بوصفه، وهو الذي يكون الخلل في ركن العقد، مثل البيع من الصبي الصغير المجنون.

٢ـ القول الثاني: ذهب جمهور أهل العلم من المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] إلى أن الباطل والفاسد مترادفان ويقابلان الصحة الشرعية، سواء كان الخلل في الركن أو في الشرط أو في الوصف.

٣ـ حكم عقد العقود الفاسدة: يحرم ابتداء العقد الفاسد والدخول فيه وتعاطيه ولو تراضى على ذلك طرفي العقد ويجب فسخ العقد وتراد الثمن والمثمن عند أصحاب المذاهب الأربعة[٤]، ويكمن الفرق بين الجمهور والحنفية في ذلك أن جمهور أهل العلم قد نصوا على أن هذا العقد لا يفيد ملك السلعة للمشتري ولا ملك الثمن للبائع[٥]، أما الحنفية فقد ذكروا أن الملك ينتقل للمشتري إذا قبض السلعه ولكن يكون ملكا خبيثا يجب عليه فسخ العقد ويأثم في قبضه، وقالوا:ـ لأن المقصود من العقود سلامة الدين التي شرعت لها العقود ليندفع التغالب، لذلك العقد الفاسد لا يفيد تمام الملك، فلا ينقطع حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن[٦]، وقالوا: إذا لم

(١) انظر: شرح مختصر ابن الحاجب] للعضد، (٢: ٧).
٢() نهاية السول، للإسنوي، (١: ٧٤).
(٣) شرح الكوكب المنير] لابن النجار، (١: ٤٧٣).
(٤) انظر: شرح فتح القدير، لابن الهمام، (٦: ٤١٠)؛ التمهيد، لابن عبد البر، (٢٠: ٥٨)؛ الغرر البهية، زكريا الأنصاري، (٢: ٤٢٦)؛ الإنصاف، المرداوي، (٤: ٤٧٣).
(٥) المصدر السابق.
(٦) انظر: شرح فتح القدير، لابن الهمام، (٦: ٤١٠)؛ بدائع الصنائع، للكاساني، (٥: ٣٠٤).

يفسخا العقد يجب على القاضي فسخه، ولا يحل التصرف في المقبوض بعقد فاسد، لأن الملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع[1].

ووجه صلة هذه المسألة بموضوع البحث هو الآتي:ـ

١)هل يمكن تخريج مسألة البحث على مذهب الحنفية باعتبار أن العقد الفاسد منتجا لبعض آثاره ؟

٢) وهل يمكن اعتبار ما تضمنه من شرط فاسد لغوا، خاصة إذا ما كانت هناك ضمانات من المؤسسة أنها لن تتخلف بالسداد، فيكون الشرط الفاسد كأن لم يكن من هذا الوجه؟

٣) ويمكن الإجابة على هذه الأسئلة بالنقاط الآتية: أولاً: أن فقهاء المذهب الحنفي لما ذكروا أن العقد الفاسد قد ينتج عنه بعض آثاره كانتقال الملك إلا أنهم قد نصوا على أن هذا الانتقال لا يبيح التصرف في المعقود عليه ويجب رده وفسخ العقد ويحرم ابتداء عقد العقد الفاسد، لذلك أسموه بالملك الخبيث ونصوا على عدم ملكه ملكا تاما[2].

لا يمكن اعتبار الشرط الفاسد في مسألة البحث لغوا باعتبار أنه لم يتوجه إلى ركن العقد وإنما توجه إلى وصفه، وذلك أن فقهاء الحنفية لم يعتبروا هذا الشرط لغوا ،بدليل أنهم قد نصوا على أن العاقدين إذا تراضيا به ولم يفسخا العقد فيجب على القاضي فسخ هذا العقد، حقا للشارع الكريم، لأن الشرط الفاسد مخالف للدين ومقصود الشارع من شرع العقود هو تحقيق سلامة الدين[3].

١() انظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٦: ١٠٣).
(٢) انظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٦: ١٠٣)؛ بدائع الصنائع، للكاساني، (٥: ٣٠٤).
(٣) انظر: شرح فتح القدير، لابن الهمام؛ ٦: ٤١٠، بدائع الصنائع، للكاساني، (٥: ٣٠٤).

أن غاية ما قرره فقهاء الحنفية من ترتب بعض آثار العقد الفاسد عليه هو في حالة لا يلزم فيها العاقدان بالشرط الفاسد، وفي مسألتنا موضوع البحث المؤسسة تكون ملزمة بهذا الشرط في حال عدم سدادها حتى ولو قدمت ضمانات للسداد قبل العقد.

إن القول بالتفريق بين الفاسد والباطل فيه معارضة لكتاب الله ﷻ، فإن مقتضاه أن يكون الفاسد هو الموجود على نوع من الخلل، والباطل هو الذي لا تثبت حقيقته بوجه، وهذا المعنى يناقض قول الله ﷻ:ـ ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَآ ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾[1]، فبين الله ﷻ أن السماوات والأرض لو كان فيهما شريك لفسدتا، ومعلوم أن دليل التمانع يقضي أن العالم على تقدير وجود الشريك يستحيل وجوده، لحصول التمانع لا أنه موجود على نوع من الخلل، فقد بينت الآية الكريمة أن الذي لا تثبت حقيقته بوجه هو الفاسد، وهو خلاف ما قالوه في التفرقة، فإن كان مأخذهم في التفريق بمجرد الاصطلاح فهم مطالبون بمستند شرعي يقتضي اختلاف الحكم المرتب عليهما[2].

الفرع الثاني: الأحكام التي تعم بها البلوى يتسامح بها.

توطئة. تعريف ما تعم به البلوى.

يتركب مصطلح عموم البلوى من لفظين فلبيان وإيضاح معناه يحسن تعريفه باعتبار مفرديه ثم تعريفه باعتباره لقبا.

(١) سورة الأنبياء، آية: ٢٢.

٢()انظر: البحر المحيط، للزركشي، (١: ٣٢٠ـ ٣٢١).

أولا: تعريف مصطلح عموم البلوى باعتبار مفرديه.

تعريف العموم لغة، الشمول، وأصله من عم الأمر يعم إذا شمل الأمر ، يقال عمهم بالعطية[١]، وأصله يدل على الكثرة والطول والعلو[٢]، والذي يظهر أن الشمول يستفاد من الكثرة ، فإذا كان الشيء كثيرا غلب عليه أن يكون شاملا لأفراده بحسب نوع وقوعه.

تعريف العموم اصطلاحا: قال الجرجاني: هو ما يقع به الاشتراك في الصفات، سواء كان في صفات الحق، كالحياة والعلم، أو صفات الخلق، كالغضب والضحك، وبهذا الاشتراك يتم الجمع[٣]و قال ابن النجار:- هو لفظ دال على جميع أجزاء ماهية مدلوله[٤] .

تعريف البلوى. لغة، أصله من بلوي، ويدل هنا على نوع من الإخبار[٥]، يقال بلا الرجل إذا اختبر وامتحن، والاسم البلوى[٦]، ومن هنا يتضح أن لكلمة البلوى في اللغة عدة معان: الاختبار، والإخبار، والاخلاق.

تعريف البلوى. اصطلاحا، قال الفخر الرازي: الابتلاء لا يتحقق إلا مع التكليف، والمراد به ما ينالهم من الشدة والفقر وما ينالهم من القتل والجرح

١() انظر: لسان العرب، لابن منظور، مادة: عمم.
٢() انظر: مقاييس اللغة، لابن فارس، مادة: عمّ.
٣() انظر: التعريفات، للجرجاني، (ص: ١٥٧).
٤() شرح الكوكب المنير، لابن النجار، (٣: ١٠١).
(٥) انظر: مقاييس اللغة، لابن فارس، مادة بلوي.
(٦) انظر: لسان العرب، لابن منظور، مادة: بلا.

من جهة الكفار[1]، فيستخلص من ذلك أن البلوى في الاصطلاح تطلق على التكليف بما فيه مشقة.

ثانيا: تعريف مصطلح عموم البلوى باعتباره لقبا.

الذي يظهر أن لفظ عموم البلوى أعم من مصطلح ما تعم به البلوى، فالأخير يراد به وصف الحادثة المسببة لعموم البلوى، ومعلوم أن تلك الحوادث تختلف في نوعها واسمها، وكلها ينتج عنها عموم البلوى الذي يعتبر وصفا جامعا لعدة أسباب هي من قبيل ما تعم به البلوى[2].

ذكر العلامة الصنعاني:ـ أن عموم البلوى يراد به شمول التكليف لجميع المكلفين أو أكثرهم عملا[3]؛ وذكر قليوبي:ـ أنه الحادثة التي تشمل كثيرا من الناس ويتعذر الاحتراز عنها[4]؛ ويلاحظ أن هذين التعريفين موافقين للمعنى اللغوي من اعتبار شمول الحكم لأغلب المكلفين.

وذكر العلامة الإسفراييني: أن الأحكام التي تعم بها البلوى يراد بها الأحكام التي كل أحد يحتاج لمعرفة حكمها[5]؛ ومثله ما ذكر الشيخ عبد العزيز البخاري فقال:ـ هي ما تمس إليه الحاجة في عموم الأحوال[6]؛ فهذا التعريف، والذي قبله عرفا عموم البلوى باعتبار النظر إلى ثمرته في علم أصول الفقه.

١() انظر: التفسير الكبير، للفخر الرازي، (٢٢: ١٦٩)، سورة الحج، (٩: ١٢٧)، آل عمران.
(٢) انظر: عموم البلوى، دراسة نظرية تطبيقية، د. مسلم الدوسري، (ص: ٤٤).
٣() انظر: إجابة السائل، للصنعاني، (ص: ١٠٩).
(٤) انظر: حاشية على كنز الراغبين، لقليوبي، (١: ١٨٣).
(٥) انظر: البحر المحيط، للزركشي، (٤: ٣٤٧)، نقله عن الإسفراييني.
(٦) انظر: كشف الأسرار، للبخاري، (٣: ٣٥).

وذكر القرافي في تعريفه لعموم البلوى فقال:ـ إذا كانت الفتوى مما تعم به البلوى بأن كان سببها عاما... فشأن هذه الفتوى أن تنتشر بينهم لعموم سببها[١]؛ ووافقه الدكتور محمد أديب الصالح فقال:ـ المراد بعموم البلوى في أمر ما أنه لو ثبت لاشتهر وعم العلم به[٢]؛ ويلاحظ أن هذين التعريفين قد عرفا عموم البلوى باعتبار لازم ثمرة عموم البلوى، فمن ثمرته أنه يحتاج لحكم هذه الحادثة، وتلك الحاجة تقتضي السؤال، مما يلزم عنه الاشتهار والانتشار لذلك الحكم.

مما تقدم يمكن أن نستخلص تعريفا جامعا لجميع هذه الاعتبارات فيقال: إن عموم البلوى شمول وقوع الحادثة لغالب المكلفين، فيحتاجون لمعرفة حكمها مما يقتضي كثرة السؤال عنها واشتهارها[٣].

وعند النظر في كلام الفقهاء في كتبهم عند تطرقهم لمصطلح ما تعم به البلوى أنه زادوا فيه قيدا لم يذكره علماء الأصول ألا وهو:ـ عسر الاحتراز من هذا الحكم أو عسر الانفكاك أو عسر التخلص من هذه المشقة أو تعذر الاحتراز لعامة المكلفين أو التعليل بالحرج أو المشقة الملازمة للفعل[٤].

التعريف الراجح: مما سبق يتبين أن التعريف الراجح، هو شمول وقوع الحادثة مع تعلق التكليف بها بحيث يعسر احتراز غالب المكلفين منها إلا

(١) انظر: شرح تنقيح الفصول، للقرافي، (ص: ٣٣٢).
(٢) انظر: تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني، الهامش: ٦٢، تحقيق: محمد أديب الصالح.
(٣) انظر: عموم البلوى، د. مسلم الدوسري، (ص: ٥٥).
٤() انظر: المبسوط، للسرخسي، (١: ٦٠)؛ مواهب الجليل، للحطاب، (١: ١٥٤)؛ روضة الطالبين، للنووي، (١: ٢٨٠)؛ المغني، لابن قدامة، (١: ٢٢).

بمشقة زائدة تقتضي التيسير، ويحتاج غالب المكلفين معرفة حكمها مما يقتضي اشتهارها[١]، وذلك باعتباره .

أولاً: الأسباب والضوابط اللازمة للترخص بعموم البلوى.

يحسن تقسيم هذه الضوابط إلى قسمين:

أ) الضوابط العامة للترخص بعموم البلوى.

ب) والضوابط الخاصة للترخص بعموم البلوى، وذلك أن الحكم بعموم البلوى قد يكون بالنظر إلى الفعل، كالبول، أو بالنظر إلى الحال وكثرة وقوعها، والحال قد يكون وصفا عارضا للمكلف متعلقا بذاته ، لا ينفك عنه إذا عرض له، ككبر السن ونحوه، وقد يكون الحال وصفا عارضا للمكلف، متعلقا بذاته، وقد ينفك عنه، كالنوم ونحوه، وقد يكون الحال وصفا عارضا للمكلف، ولا يتعلق بذاته كالمطر ونحوه، وعند النظر في ما ذكره أهل العلم إلى هذه الضوابط يلاحظ أن بعضها يكون جامعا لأمثلة تتنوع في كونها تتعلق بفعل وحال، مثل عسر التخلص، وبعضها لا يكون جامعا لأمثلة تتنوع في متعلقها[٢]

١ـ الضوابط العامة للترخص بعموم البلوى.

١ــ صعوبة الشيء وعسر التخلص منه[٣].

٢ـ تكرار الشيء بحيث يلزم منه عسر الاحتراز عن العمل به[٤].

(١) انظر: عموم البلوى، د. مسلم الدوسري، (ص: ٦١).
(٢) انظر: عموم البلوى، د. مسلم الدوسري، (ص: ٦٧ – ٦٨).
(٣) انظر: بدائع الصنائع، للصنعاني، (١ : ٧٩).
(٤) انظر: الأشباه والنظائر، للسيوطي، (ص: ١٦٥).

٣ـ شيوع الشيء وانتشاره بحيث يلزم من التكاليف معه عسر الاحتراز منه[١].

٤ـ كثرة الشيء وامتداد زمن وقوعه بحيث يلزم من التكاليف معه عسر الاحتراز منه[٢].

٥ـ يسر الشيء وتفاهته وقلته بحيث يلزم من التكليف معه عسر الاستغناء عن العمل به[٣].

٦ـ الضرر الواقع بغالب المكلفين بحيث يلزم من التكليف معه عسر الاحتراز منه[٤].

٧ـ الضرورة والإلجاء بحيث حيث يعسر على المكلف الاستغناء عن الفعل[٥].

٢ـ الضوابط الخاصة للترخص بعموم البلوى، ويمكن تقسيمها إلى:ـ

١ـ فيما يرجع إلى المكلف، ومنها:

أ) كبر سن المكلف.

ب) المرض الذي لا يرجى برؤه[٦].

(١) انظر: المجموع، للنووي، (١: ١٧٠).
(٢) انظر: المجموع المذهب في قواعد المذهب، للعلائي، (١: ٣٦٤).
(٣) انظر: المغني، لابن قدامة، (١: ٤٦).
(٤) انظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم، (ص: ٨٨).
(٥) انظر: إعلام الموقعين، لابن القيم، (٣: ١٤).
(٦) انظر: المنثور في القواعد للزركشي، (٣: ١٧٠).

٢ـ فيما يرجع إلى الفعل؛ ومنها: الحاجة لمعاملة ما لغالب المكلفين بحيث يلزم من التكليف الذي لا تتم مراعاتها عسر الاستغناء عن العمل بها[١].

٣ـ فيما يرجع إلى الأحوال، كالمطر والوحل والثلج[٢].

ثانيًا: الأصل الذي بنيت عليه قاعدة عموم البلوى.

بنيت أحكام عموم البلوى على قاعدة المشقة تجلب التيسير، وذلك يقتضي أنه إذا حصلت مشقة في أمر ما فإنه يثبت فيه تخفيف حكمه من الشارع، وللمشقة أسباب عدة اعتبرها الشارع، فإذا وجد أحدها حصل التيسير، منها: عموم البلوى، ويعتبر تحققه ضابطا لحصول المشقة، وتبين مما سبق أن عموم البلوى تتضمن مشقة سبق بيان ضوابطها وأسبابها الشرعية التي ذكرها أهل العلم، وهنا سيتم ذكر بعض الشروط لاعتبار عموم البلوى سببا لتيسير الأحكام وتخفيفها؛ فمنها:ـ

١ ـ الشرط الأول: أن يكون عموم البلوى متحققا في عين الحادثة لا متوهما[٣].

٢ ـ الشرط الثاني: أن لا يعارض عموم البلوى نصاً شرعيا قطعيا[٤].

٣ـ الشرط الثالث: أن يكون عموم البلوى من طبيعة الشيء وشأنه لا من تساهل المكلف في التلبس بذلك الشيء[١].

(١) انظر: القواعد للمقري، (٢: ٢٤٨).
(٢) انظر: كشاف القناع للبهوتي، (١: ٤٩٧).
(٣) انظر: حاشية على الشرح الكبير للدسوقي، (١: ٦٨).
(٤) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي، (٢: ٧٠)؛ واختار السرخسي تقديم العمل بالنص الظني. انظر: المبسوط للسرخسي، (٤: ١٠٥).

٤ ـ الشرط الرابع: أن لا يقصد التلبس بما تعم به البلوى بقصد الترخص[٢].

٥ ـ الشرط الخامس: أن لا يكون عموم البلوى عبارة عن أمر غير مأذون به شرعا[٣].

٦ ـ الشرط السادس: أن يكون الترخص في حال عموم البلوى مقيدا بتلك الحال ويزول بزواله[٤].

الفرع الثالث: الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة.

توطئة: أولاً: تعريف الضرورة لغة: أصلها من الاضطرار أي الاحتياج إلى الشيء، والضرورة اسم مصدر للاضطرار، ومنه الضَّرة أي شدة الحال، والضرورة كالضرة، ورجل ذو ضرورة أي ذو حاجة، ويقال اضطر إلى الشيء إذا ألجئ إليه، وأصلها من الضرر وهو الضيق[٥].

ثانيًا: تعريف الضرورة اصطلاحا، قال الشيخ أحمد الزرقا: الضرورة هي الحالة الملجئة إلى ما لابد منه[٦]، وذلك بأن يوجد الفاعل في ظروف تقتضي الخروج منها بأن يرتكب المحرم لينجو بنفسه أو غيره من الهلكة، مثل الجوع الشديد والعطش الشديد.

(١) انظر: المجموع للنووي، (٢: ٥٩٨).
(٢) انظر: كشاف القناع للبهوتي، (١: ٢١٨).
(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسبكي، (١: ١٣٥).
(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، (ص: ١٧٥).
(٥) انظر: لسان العرب لابن منظور، مادة، ضرر.
(٦) انظر: شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا، (ص: ٢٠٩).

ثالثـًا: تعريف الحاجة. لغة، هي المأربة، وتجمع على حاج وحوج وحوائج وحاجات[١].

رابعـًا: تعريف الحاجة. اصطلاحا، ذكر الشيخ أحمد الزرقا: أن الحاجة هي الحالة التي تستدعي تيسيرا وتسهيلا من أجل الحصول على المقصود[٢].

ويمكن حصر الفرق بين الحاجة والضرورة في الآتي[٣]:-

أ) أن الضرورة هي الحالة الملجئة إلى فعل ما لا بد منه، أما الحاجة فهي الحالة التي تستدعي تسهيلا للحصول على المقصود.

ب) أن الحكم الثابت لأجل الحاجة مستمر، بخلاف الحكم الثابت لأجل الضرورة فهو مؤقت؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها.

ويشترط توفر عدة أمور ليحكم على الحالة بأنها حالة ضرورة[٤]**، منها**:

١ـ أن تكون الحالة ملجئة، بحيث يخشى تلف المتضرر إن لم يفعل المحرم.

٢ـ أن تكون الحالة قائمة لا منتظرة، فليس للواقع بالمخمصة أن يأكل من لحم الميتة قبل أن يجوع.

٣ـ أن لا توجد وسيلة أخرى مباحة لدفع الضرورة.

٤ـ أن يتم دفع الضرورة بالقدر اللازم لدفعها دون زيادة.

(١) انظر: لسان العرب لابن منظور، مادة: (حوج).
(٢) انظر: شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا، (ص: ٢٠٩).
(٣) انظر: أثر قاعدة الحاجة تنزل منزلة الضرورة د. فتحي أبو الورد، (ص: ١١٨٧).
(٤) انظر: أثر قاعدة الحاجة تنزل منزلة الضرورة د. فتحي أبو الورد، (ص: ١١٨٣).

ويشترط في الحاجة جميع الشروط السابقة في الضرورة دون الشرط الأول، فلا يشترط كون الحالة ملجئة للفعل المحرم، ودون الشرط الرابع فالحكم الثابت بالحاجة مستمر غير مؤقت بمدة الحاجة[1].

وذكر أهل العلم عدة مسائل وفروع فرعوها على قاعدة الحاجة تنزل منزلة الضرورة ، ومنها :ـ

أ ـ إباحة عقد الإجارة ، مع كونها عقد على معدوم، وذلك للحاجة إليها.

ب ـ إباحة عقد استئجار السمسار على أن له في كل مئة كذا، وذلك للتعامل به لحاجة الناس إليه.

ج ـ جواز عقد دخول الحمام بأجر، مع كونه وارد على استهلاك العين وما يستوفيه في حكم المجهول، وذلك لحاجة الناس إليه بالتعامل.

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا، (ص: ٢١١).

المبحث الثاني

حكم اشتراط غرامة التأخير في عقود البيع والإجارة

اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم إلزام العميل المدين بشرط جزائي يتضمن إلزامه بأداء تعويض نقدي للدائن عند تأخره بسداد الثمن في عقود البيع والإجارة إلى ثلاثة أقوال:

١ـ القول الأول: ذهب كثير من أهل العلم المعاصرين إلى تحريم اشتراط غرامة التأخير في عقود البيع والإجارة مطلقا، وبه صدر قرار المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي[١]، وقرار المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي[٢].

٢ـ القول الثاني: ذهب المجلس الشرعي في هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية إلى جواز ذلك في بيوع المرابحة للآمر بالشراء[٣]، بشرطين:

أ ـ أن لا يمهل البنك العميل ويزيد له في الأجل، وإنما يطالبه بالسداد في التاريخ المحدد.

ب ـ أن تصرف حصيلة هذه الغرامة في أوجه البر والخير وأن لا يستفيد منها الدائن، واختار هذا القول بعض الهيئات الشرعية في المصارف

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي منظمة المؤتمر الإسلامي، ع: ٦، (١: ٤٤٧ـ٤٤٨).
(٢) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي رابطة العالم الإسلامي، (ص: ٢٦٨).
(٣) انظر: المعايير الشرعية هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية، معيار رقم: ٨، (ص: ٩٧ ـ ٩٨).

الإسلامية[1]، واستثنت الهيئة الشرعية لشركة عبد اللطيف جميل للتقسيط تغطية مصاريف التحصيل والمطالبة والتقاضي من حكم اشتراط غرامة التأخير في حال مطل المدين، وما زاد على ذلك يصرف في أوجه الخير والبر ولا يجوز للبنك الانتفاع به[2].

٣ـ القول الثالث: ذهب الشيخ مصطفى الزرقا إلى جواز أن يشترط البنك غرامة التأخير، بأن يستأثرها لنفسه ولا يشترط دفعها في أعمال البر والخير بشرط: أن يكون المدين المماطل قادرا على الوفاء للدائن، وبه صدر قرار ندوة البركة الثالثة للاقتصاد الإسلامي[3].

واستدلوا على ذلك بأدلة؛ منها:

١ـ أدلة أصحاب القول الأول. استدل أصحاب القول الأول بالآتي:-

١ـ قالوا: إن اشتراط غرامة التأخير هو عين الربا الذي كان مشهورا في الجاهلية والذي نزل القرآن بتحريمه، والمشتهر في قول المدين للدائن: زد لي في الأجل وأزيد لك في الدين[4].

ويمكن أن يرد على هذا الاستدلال، فيقال: إن ربا الجاهلية المشهور بقول المدين للدائن زد لي في الأجل وأزيدك في الدين، المدين فيه هو المدين المعسر غير المماطل لذلك ورد الشرع بالنهي عنه لما فيه من ظلم بين،

(١) انظر: قرارات الندوة الفقهية الرابعة بيت التمويل الكويتي.
(٢) انظر: فتاوى وقرارات الهيئة الشرعية لشركة عبد اللطيف جميل للتقسيط، (ص:).
(٣) انظر: فتاوى ندوات البركة جمع د. عبد الستار أبو غدة، ط:٥، ت: ١٩٩٧.
(٤) انظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي منظمة المؤتمر الإسلامي، قرار: ٣٥.

بخلاف مسألتنا هذه فالمراد فيها المدين الواجد المماطل، فيؤدي القول بالمنع من اشتراط غرامة التأخير في حقه إلى الإضرار بالدائن والله أعلم.

٢ـ وقالوا: إن المعنى الجامع الذي حرم لأجله الربا هو أن يكون بإزاء الأجل الزائد بدل وعوض يزداد بزيادة مد الأجل[١].

وقد يرد على هذا الاستدلال، فيقال: إن اشتراط غرامة التأخير إذا كانت تصرف في أعمال البر والخير فلا يتوفر فيها المعنى الذي من أجله حرم ومنع ربا الجاهلية وهو استرباح الدائن من تأجيل الدين.

٢ ـ أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بعدة أدلة؛ منها:

١ــ إن هذه الغرامة من قبيل الالتزام بالتبرع من العميل المماطل القادر على الوفاء، المعروف عند المالكية وهو قول أبي عبد الله بن نافع، ومحمد بن إبراهيم بن دينار[٢].

٢ـ إن هذه الغرامات قد خرجت من عموم النهي الوارد عن ربا الجاهلية؛ وذلك لأن علة تحريم الربا هي استرباح الدائن من نقوده نقودا

(١) انظر: الاستذكار لابن عبد البر، (٢٠: ٢٥٩)؛ [بحث: حكم الدخول بعقود البيع والإجارة التي تفرض فيها غرامة تأخير ، د. محمد القري، (ص: ١٠٥).

(٢) انظر: المعايير الشرعية هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية، معيار رقم: ٨، (ص: ١٠٧)؛ تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب، (ص: ٧٢).

زائدة، وليس في هذه الصورة شيء من هذا الاسترباح فلا فائدة حاصلة للدائن مما زاد من ربح لأنها تصرف في أعمال البر والخير[1].

٣ ـ واستدلوا بما ثبت عن عمرو بن الشريد عن أبيه مرفوعا:ـ لَيُّ الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته[2].

وجه الدلالة: إن الحديث نصٌّ في تحريم مطل الواجد، وأن أهل العلم اتفقوا أن كل من ترك حقا واجبا عليه، فإنه يستحق العقوبة حتى يؤدي ما يجب عليه أداؤه من دين ونحوه، فإن أبى عزره الحاكم مرة بعد أخرى حتى يؤدي الحق الذي عليه[3]، وقالوا: غاية ما يقال في هذه الغرامة أنها من قبيل تعزير المماطل الواجد بالمال ونص بعض أهل العلم على جوازه[4].

٣ ـ أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب القول الثالث بجملة من الأدلة؛ منها:

١ـ قالوا: يجوز إلزام المدين الواجد المماطل في الأداء تعويض الدائن عن الضرر الناشئ من تأخر سداد الدين قياسا على حالة الغصب الذي قرر أهل العلم فيها تضمين الغاصب منافع الأعيان المغصوبة زيادة على رد

(١) بحث: حكم الدخول بعقود البيع والإجارة التي تفرض فيها غرامة تأخير د. محمد القري، (ص: ١٠٦).
(٢) أخرجه أبو داود (٣٦٢٨)، وابن حبان (١١٦٤) وصححه.
(٣) انظر: توضيح الأحكام شرح بلوغ المرام للبسام، (٤: ٤٨٥).
(٤) انظر: الاختيارات الفقهية لابن تيمية ،(١: ٢٦١)؛ أجوبة عن مسائل الأمير عبد القادر للتسولي، (ص: ٥٣).

الأصل[1]، وذكر الشافعية[2]، والحنابلة[3] أن الغاصب يضمن منفعة المغصوب وعليه أجرة المثل، سواء استوفى المنفعة أو تركها، وسواء كان المغصوب عقارا أو منقولا.

٢ ـ وقالوا كذلك: إن الغاصب للمال يجب أن يضمن لصاحب الدنانير مقدار ما كان يربح منها، قياسا على ما لو غصب دارا فأغلقها فلم يسكنها ولم يؤجرها فإنه يطالب بمقدار كرائها مع كونه لم ينتفع منها بشيء[4]

يمكن أن يورد على هذا الاستدلال، فيقال: إن هذا خلاف المشهور في المذهب المالكي، فالمشهور عند المالكية هو أن للمغصوب منه غلة مغصوب مستعمل إذا استعمله الغاصب أو أكراه، فإذا لم يستعمله فلا شيء عليه، ولو فوت على مالكه استعماله[5].

٣ ـ وقالوا: إن المدين المماطل في هذه الصورة له حكم الغاصب؛ لأنه إنما أوقع الضرر على الدائن بتفويت فرصة الربح عليه، فتكون الغرامة تعويضا للدائن بفوات الربح عليه فلا حاجة للتبرع بها لأعمال البر والخير[6].

(١) انظر: فتاوى ندوة البركة الثالثة جمع د. عبد الستار أبو غدة.
(٢) انظر: مغني المحتاج للشربيني، (٢: ٢٨٦).
(٣) انظر: تحرير القواعد لابن رجب، (ص: ٢١٢).
(٤) انظر: شرح التلقين،(٥: ٢٩٤)، للمازري،ت: حامد المحلاوي؛ روضة المستبين شرح التلقين،لابن بزيزة التونسي، (ص: ١١٥٥).
(٥) انظر: الشرح الصغير للدردير، (٣: ٥٩٥).
(٦) بحث: حكم الدخول بعقود البيع والإجارة التي تفرض فيها غرامة تأخير د. محمد القري، (ص: ١٠٨).

الراجح. بعد العرض السابق يتبين رجحان القول الثاني القائل بجواز أخذ غرامة التأخير على المدين الواجد المماطل وصرفها في أبواب البر والخير، وذلك لما استدلوا به من أدلة؛ ولجمعهم بين النصوص الشرعية، ومراعاة المقاصد بدفع الضرر عن كلا العاقدين، والله تعالى أعلم.

المبحث الثالث

حكم الدخول في عقد يتضمن شرط

غرامة التأخير لمن لا يقول بجوازه

بعد عرض أقوال أهل العلم وأدلة كل قول في مسألة حكم الدخول في عقد يتضمن شرط غرامة التأخير، يتبين أن من لا يرى بأسا بها لا إشكال عنده فيها، وينبغي أن نقف مع قول من قال بمنع الدخول في هذا العقد لننظر هل ممكن أن ننزل عليه أحكام الضرورة لحاجته الدخول في هذا العقد أو هل ممكن أن نعتبر هذا الشرط في حقه لغوا لا يؤثر في صحة العقد، أو هل ممكن أن نعتبر حالته هنا مما عمت بها البلوى فاستدعت تخفيف الحكم عليه.

من أراد الدخول في هذا العقد له ثلاث حالات:-

١ـ الحالة الأولى: أن يسقط المشترط لشرط غرامة التأخير شرطه قبل الدخول في العقد، أو بعد الدخول فيه وقبل مباشرة العقد.

فههنا يمكن تخريج هذه المسألة على ما لو شرط أحد العاقدين شرطا فاسدا ثم ألغاه قبل مباشرة العقد، وهنا اختلف أهل العلم على قولين:

١ـ القول الأول. ذهب الحنابلة[١] في المعتمد من المذهب إلى فساد الشرط وحده وعدم بطلان العقد، واختاره ابن عبد البر من المالكية[٢] ابن المنذر من الشافعية.

(١) انظر: المبدع شرح المقنع لابن مفلح، (٣: ٣٩٥).
(٢) انظر: الاستذكار لابن عبد البر، (٧: ٣٥٦).

٢ـ القول الثاني. ذهب القاضي أبي يعلى[١] إلى أنه يبطل الشرط والعقد معا؛ واستدل أصحاب القول الأول بحديث عائشة ﷺ، قالت: دخلت علي بريرة، فقالت: إن أهلي كاتبوني على تسع أواق في تسع سنين، في كل سنة أوقية فأعينيني، فقلت لها: إن شاء أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة وأعتقك، ويكون الولاء لي فعلت، فذكرت ذلك لأهلها فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم، فأتتني فذكرت ذلك قالت: فانتهرتها، فقالت: لا ها الله إذا قالت، فسمع رسول الله ﷺ، فسألني، فأخبرته، فقال: «اشتريها وأعتقيها، واشترطي لهم الولاء، فإن الولاء لمن أعتق»، ففعلت، قالت: ثم خطب رسول الله ﷺ، فحمد الله، وأثنى عليه بما هو أهله، ثم قال: «أما بعد، فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل، وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق، ما بال رجال منكم يقول أحدهم أعتق فلانا والولاء لي، إنما الولاء لمن أعتق»[٢].

وجه الدلالة منه: أن عائشة ﷺ أرادت أن تشتري بريرة للعتق، فاشترط أهلها ولاءها، فذكرت ذلك للنبي ﷺ، فصحح عليه الصلاة والسلام عقد الشراء وأبطل الشرط؛ وأجاب أصحاب القول الثاني عن هذا الاستدلال فقالوا:ـ المراد بقوله ﷺ:ـ اشترطي لهم الولاء .أي: اشترطي عليهم؛ لأن الولاء ثابت لها بالإعتاق فلا حاجة إلى اشتراطه[٣]؛ واستدلوا كذلك فقالوا:ـ

١() انظر: المبدع شرح المقنع لابن مفلح، (٣: ٣٩٥).
(٢) متفق عليه: صحيح البخاري،٣/ ١٥٢،، كتاب: المكاتب، باب: ما يجوز من شروط المكاتب، ومن اشترط شرطا ليس في كتاب الله (٢٥٦١)، وصحيح مسلم ،كتاب: العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتق رقم ١٥٠٤.
(٣) انظر: المبدع شرح المقنع لابن مفلح، (٣: ٣٩٤- ٣٩٥).

لا يصح العقد هنا قياسا على ما لو شرط عقدا آخر فيه، وقياسا على ما لو عقد عقدا بثمن مجهول[1].

٢ـ الحالة الثانية. إذا كان القضاء لا يحكم بمثل هذه الشروط، بحيث لو وقع نزاع بين العاقدين وترافعا للقاضي فلا يعتد بهذا الشرط ولا ينظر فيه.

فحينئذ يكون حكم هذا الشرط لغو، ويجوز لمن لا يقول بجواز اشتراطه أن يدخل في هذه العقود، لأن الشرط هنا وجوده كعدمه، فهو لا يضره في هذه الحالة ولا سبيل لإلزامه به إلا برضاه.

٣ـ الحالة الثالثة. أن يرفض المشترط إسقاط الشرط.

وهنا الطرف الآخر في العقد يمكن أن يكون له وضعان:-

١ـ الوضع الأول: أن يعلم أن لديه الملاءة المالية التي تمكنه من أداء الديون في أوقاتها المحددة، بأن يجعل في ميزانيته السنوية مخصصات خاصة بهذا العقد، حتى لا يقع في طائلة هذا الشرط، فههنا ممكن اعتبار هذا الشرط لغوا ولا أثر له في الحكم، ويجوز له أن يدخل في هذا العقد، وصدر بذلك قرار البنك الإسلامي للتنمية، ونصه: لا مانع شرعا في حال الضرورة[2] من أن يوقع البنك عقودا فيها بنود تقتضي بدفع فوائد على التأخير بشرط أن يتخذ البنك جميع الاحتياطات لعدم وقوعه تحت طائلة الفوائد المحرمة[3]؛ ويمكن أن يستدل لفتوى البنك الإسلامي للتنمية بعدة أمور كالآتي:

(١) انظر: المبدع شرح المقنع لابن مفلح، (٣: ٣٩٥).

(٢) ولعل مراد البنك بكلمة الضرورة هنا ما يشمل الحاجة.

(٣) انظر: قرارات وفتاوى البنك الإسلامي للتنمية، قرار:- (٧ / ٨ ش / د / ١٤٣٦).

أولا: إن الفساد في العقود إما أن يكون قويا أو ضعيفا، والفساد القوي ما كان في صلب العقد في الثمن أو المثمن، وأما الفساد الضعيف فهو ما كان في شرط مستعار زائدا عن العقد[1]، وأن المحل المعتبر من الشروط الذي يؤثر في صحتها هو ما كان في صلب العقد[2]، والذي يبدو للباحث أن شرط غرامة التأخير شرط زائد عن العقد والله أعلم.

ثانياً: ذكر الحنفية أن الشرط المعلق على أمر يقع في المستقبل لا يفسد العقد؛ إلا إذا وقع المشروط، أما في بداية التعاقد فالعقد موقوف؛ وذلك لأن هذا العقد لم يكن فاسدا لعينه وإنما لما اشتمل عليه من تغير مقتضى العقد، فإذا زال المغير للعقد ولم يتصل المفسد بالعقد عاد العقد صحيحا[3]، وذلك أن أثر الشرط المفسد لا يظهر في الحال ولكن يبدو عند المطل وعدم السداد في الوقت المحدد فإذا انتفيا زال المفسد للعقد وبقي صحيحا.

ثالثًا: أنه لا خلاف بين أهل العلم أن إسقاط الشرط الفاسد الذي ليس في صلب العقد يزيل أثر الفساد ويبقى العقد صحيحا، كالشروط التي لا يقتضيها العقد وفيها مضرة لأحد العاقدين، أو ليس فيها منفعة ولا مضرة لأحد[4].

(١) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، (٦: ٦).
(٢) انظر: دراية المطلب للجويني، (ص: ٤٢٧)؛ دقائق أولي النهى شرح المنتهى للبهوتي، (٤: ٥٦).
(٣) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي، (٦: ٣٠٣).
(٤) انظر: الاختيار لتعليل المختار للموصلي، (٢: ٢٥)؛ المعونة في مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب،(٢: ١٠٥٠)؛ روضة الطالبين للنووي، (٣: ٤٠١)؛ الإنصاف للمرداوي، (٤: ٣٥٠).

١ـ **الوضع الثاني**. أن لا يعلم أن لديه الملاءة المالية التي تمكنه من أداء الديون في وقتها المحدد.

الأصل للعاقد الذي هذا وضعه أنه لا يجوز له أن يدخل في مثل هذه العقود؛ لأنه يعمل ويرجح قول من قال بتحريم الدخول في العقود التي يشترط فيها غرامة التأخير، ولكن ثم تساؤلان، التساؤل الأول: هل ممكن أن يترخص هذا العاقد ويدخل بهذه العقود وينزل عليه أحكام قاعدة الحاجة تنزل منزلة الضرورة؟، وأما التساؤل الثاني: هل ممكن ترخص هذا العاقد وتخفيف الحكم عليه تخريجا على قاعدة ما تعم به البلوى؟

ونبدأ بالإجابة عن التساؤل الأول: أولا. تبين في ما سبق أن الحاجة التي تستدعي تسهيلا وتخفيفا لها في الحكم الشرعي حتى يحكم لها وتعطى حكم الضرورة لا بد من أن تتوافر فيها عدة شروط، منها:

أ ـ أن تكون هذه الحاجة قائمة لا منتظرة، وتبين في ما سبق أنه لا يشرع للواقع في المخمصة أن يأكل من الميتة قبل أن يجوع.

ب ـ وأن لا تتوفر وسيلة أخرى مباحة لدفع الضرورة عن هذه الحالة.

فإذا تم توفر هذان الشرطان على الحاجة أمكن أن يتم تخفيف الحكم الشرعي لها ويرخص لها وتأخذ حكم الضرورة. ثانيا. إذا أردنا النظر في مسألتنا هل تم تحقق هذان الشرطان فيها فيبدو للباحث أن الشرط الأول متحقق في هذه المسألة للعاقد فحاجة العاقد لهذا العقد قائمة وحالة وإذا لم يدخل في العقد ذهبت عنه فائدته من العقد وقلت حصته السوقية، وأما إذا

نظرنا للشرط الثاني فلا يبدو للباحث أنه متوفر ولا متحقق في هذه المسألة للعاقد، وذلك لوجود مجالات استثمارية عدة غير هذا العقد الذي يشترط فيه هذا الشرط الممنوع شرعا، وإن كانت أقل جدوى من هذا العقد.

الخلاصة: أنه يظهر للباحث عدم صحة تخريج هذه الصورة للعاقد في هذه المسألة على قاعدة الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة، فلا يمكن أن تقاس حاجة العاقد في هذه المسألة على حاجة العاقد لإباحة عقد الإجارة أو إباحة عقد دخول الحمام، وذلك لكون حاجته لعقدي الإجارة ودخول الحمام لا يتوفر عنها بديل مباح ممكن أن يسد مسدها بخلاف حاجته لهذا العقد فيتوفر فيها عدة بدائل استثمارية والله تعالى أعلم.

ونثني بالإجابة عن التساؤل الثاني، فنقول: تبين مما سبق في هذا البحث[1] أن المراد بعموم البلوى التي تؤثر في تخفيف الحكم الشرعي هو كون الحادثة شاملة لغالب المكلفين بحيث يعسر الاحتراز منها، وأن لها عدة ضوابط ذكرها أهل العلم حتى تتميز عن غيرها من المشاق المحتملة، وإذا نظرنا في صورة العاقد في مسألتنا في وضعه الثاني نلاحظ أن تعريف عموم البلوى لا يجري عليها، وذلك أن الحادثة فيها غير شاملة لعموم المكلفين، فهي خاصة بمن أراد الاستزادة من الاستثمارات فقط، كما أن هناك فرق آخر أنه لا يعسر الاحتراز عنها لوجود غيرها من الاستثمارات المتوافقة مع الشريعة الإسلامية، ويتضح الفرق بين أحكام عموم البلوى وهذه المسألة إذا تم النظر إلى الضوابط التي وضعها أهل العلم، فمسألتنا لا يتحقق فيها ضابط صعوبة الحالة

(١) انظر: ص: ١٢-١٦.

وعسر التخلص منها، وذلك لوجود غيرها من الاستثمارات المتوافقة مع الشريعة الإسلامية خاصة في البلاد الإسلامية؛ وكذلك لا يلحق بمن ترك الدخول بعقد فيه شرط غرامة تأخير أي ضرر لغالب المكلفين، بل غاية ما يلحقهم نقص في الحصة السوقية فقط ونقص في الأرباح؛ ولا يبلغ ترك الدخول في هذه المسألة حد الإلجاء لفعل الممنوع شرعا؛ فلم تبلغ هذه العقود حد الانتشار في السوق بحيث يعسر تركها، فليست كحال من ابتلي بأعذار الكبر في السن ولا المرض الذي لا يرجى برؤه من حيث امتداد وقت وقوعهما بحيث يعسر معهما التكليف بالعزيمة، وليست هذه العقود كعذر الوحل في الليلة الظلماء الذي يعسر معه الذهاب للمسجد ولا الثلج، فهذه الأعذار هي التي تعم بها البلوى لغالب المكلفين بحيث يعسر انتظام أحكام الشرع وتقتضي تخفيفها.

ويتضح الفارق بين حال العاقد في الوضع الثاني لدخول هذا العقد وبين عموم البلوى إذا تم النظر للشروط التي وضعها أهل العلم لها، فهذه المسألة فيها معارضة لنص شرعي ينهى عن الربا، ويشترط في عموم البلوى عدم معارضة أي نص شرعي، ثم إن حاجة العاقد في هذه المسألة ليست من طبيعة العقد بل فيها شيء من التساهل في تلبس العقد، ثم إن العاقد هنا قد قصد هذا العقد للترخص وترك العزيمة، وهذا ينافي جواز الترخص في ما تعم به البلوى فالكبير بالسن لم يقصد الكبر للترخص بالأحكام والتخفيف منها ولا المريض مرضا لا يرجى برؤه قصد ذلك.

الخلاصة. يظهر للباحث أن العاقد في هذا الوضع لا يجوز له الدخول في عقد يشترط فيه غرامة التأخير، لعدم تحقق شرط عموم البلوى في هذه الحالة إلا إن كان في بلاد غير إسلامية لا تتوفر بها الاستثمارات المتوافقة للشريعة الإسلامية والله تعالى أعلم.

الخاتمة

سيتم ذكر أهم النتائج التي توصل إليها الباحث من خلال بحثه، ومنها:

١ـ إن شرط غرامة التأخير له عدة صور وكيفيات بحسب العقد الواقع فيه فقد يكيف على أنه شرط جزائي يجب عند عدم الوفاء بالمشروط عليه، وقد يكيف على أنه اتفاق بين طرفي العقد ابتداء لا عقوبة.

٢ـ أنه لما كان المرجع في الحكم إلى القانون الوضعي فإنه يتطلب من الباحثين دوام مراجعة هذه القوانين وبيان مدى مطابقتها لنصوص الشارع الحكيم بناء على فهم فقهاء المذاهب وتخريج هذه القوانين على كلام أهل العلم.

٣ـ إن هذه المسألة لها أهمية بالغة لتناولها في أكثر العقود شيوعا وانتشارا في واقعنا المعاصر، ولها مساس بأهم أبواب البيوع ألا وهو باب الربا، فمن ههنا تتجلى أهمية توضيح وتبيين الأحكام المتعلقة بهذه المسألة.

٤ـ إن مسائل المعاملات المعاصرة هي تلك المسائل التي تتعلق بتعاملات الناس بالبيع والشراء وسائر العقود، والتي يحتاجها الناس في حياتهم اليومية ويسعون للبحث عن الأجوبة الشرعية لها.

٥ـ تبدو الحاجة ماسة إلى دراسة فقه المعاملات المعاصرة بشتى مواضيعه وعلى وجه الخصوص نوازله ومسائله المستجدة من خلال قيام كليات الشريعة في العالم الإسلامي بحث المتخصصين على القيام بالأبحاث العلمية المتعلقة به.

المراجـع

١ـ نهاية المطلب في دراية المطلب، لأبي المعالي الجويني، دار المنهاج، ت: د. عبد العظيم محمود.

٢ـ دقائق أولي النهى شرح المنتهى، للبهوتي، عالم الكتب، ت: ١٤١٤ـ ١٩٩٣، ت: التركي.

٣ـ العناية شرح الهداية، للبابرتي، دار الفكر، بيروت.

٤ـ الاختيار لتعليل المختار، للموصلي، مطبعة الحلبي القاهرة، ت: ١٣٥٦ـ ١٩٣٧.

٥ـ المعونة في مذهب عالم المدينة، للقاضي عبد الوهاب المالكي، المكتبة التجارية مكة المكرمة، ت: د. حميش الحق.

٦ـ روضة الطالبين، للنووي، ط: ٣، ت: ١٤١٢ـ ١٩٩١، ت: الشاويش.

٧ـ الإنصاف، للمرداوي، دار هجر، القاهرة، ت: ١٤١٥-١٩٩٥،ت: التركي.

٨ـ رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، للسبكي، عالم الكتب، بيروت، ت: ١٤١٩ـ١٩٩٩، ت: علي معوض.

٩ـ نهاية السول، لأبي محمد الإسنوي، دار الكتب العلمية- بيروت، ت: ١٤٢٠ـ١٩٩٩.

١٠ـ شرح الكوكب المنير، لابن النجار، العبيكان، الرياض، ت: الزحيلي.

١١ ـ تيسير التحرير، أمير باد شاه، الحلبي، مصر، ت: ١٣٥١ـ ١٩٣٢.

١٢ـ شرح فتح القدير، لابن الهمام، دار الفكر، بيروت.

١٣ـ التمهيد، لابن عبد البر، وزارة الأوقاف، المغرب، ت: العلوي، ت: ١٣٨٧.

١٤ـ الغرر البهية شرح البهجة الوردية، زكريا الأنصاري، المطبعة الميمنية، مصر.