مجلة الدراسات الإسلامية، المجلد 27، العدد (2)، ص ص 137 - 166، الرياض (2015م/ 1436هـ)

مدى استحقاق المستصنع مبلغ الشرط الجزائي عند إخلال الصانع بالالتزام في الفقه الإسلامي

عبدالكريم بن محمد السماعيل*

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

(قدم للنشر في 1/ 12/ 1435هـ؛ وقبل للنشر في 10/ 01/ 1436هـ)

المستخلص: هذا البحث يهدف إلى بيان مسألة فقهية، وهي مدى استحقاق المستصنع مبلغ الشرط الجزائي عند إخلال الصانع بالالتزام. وقد سلكت فيه المنهج التحليلي، فجاء التمهيد في التعريف بالاستصناع، وبيان حكمه، وتعريف الشرط الجزائي، وذكر خصائصه، وفائدته. ثم جاء الكلام في المبحث الأول عن مدى استحقاق مبلغ الشرط الجزائي عند الإخلال بالالتزام قبل تقديم دفعات من الأعيان المستصنعة، وبيان الحكم في حالة عدم وجود ضرر على المستصنع، وفي حالة وجود الضرر عليه، وبيان حكمه فيما إذا كان الضرر ماديًا أو معنويًا. أما المبحث الثاني فقد جاء فيه بيان مدى استحقاق مبلغ الشرط الجزائي عند الإخلال بالالتزام بعد تقديم المستصنع دفعات من الأعيان المستصنعة، وبيان الحكم فيما إذا كان الإخلال بسبب الصانع في حالة ما إذا كانت الدفعات من الأعيان المستصنعة باقية في يد المستصنع، أو انتفع بها مدة لمثلها أجرة، وفي حالة ما إذا ردها للصانع، ولم ينتفع بها. كما جاء في هذا المبحث، ذكر الحكم فيما إذا كان الإخلال بسبب المستصنع أو بسبب أجنبي، ثم ختم البحث بذكر أبرز النتائج التي من أهمها: أن المستصنع يستحق مبلغ الشرط الجزائي بضوابط، وهي: أن يكون هناك ضرر عليه في الإخلال بالالتزام، وأن يكون الضرر فعليًا، وأن يتم تقدير مبلغه عند وقوع الضرر أو فسخ العقد، وأن يكون المتسبب في الضرر الصانع، وألا يصبح الصانع مدينًا للمستصنع بالثمن. وبالله التوفيق.

الكلمات المفتاحية: الاستصناع، الشرط الجزائي، الإخلال بالالتزام.

Entitlement of Clients to Financial Compensation Stated in an Istisna' Contract Penalty Clause for Failure of Maker

AbduI-Karim Mohammad Alsima'il*

Imam Mohamed Ibn-Saud Islamic University

(Received 25/09/2014; accepted for publication 03/11/2014.)

Abstract: This research aims to study the jurisprudential issue of the entitlement of a *mustasni'* (client/purchaser) to the financial compensation stated in a penalty clause in an *istisna'* contract to be paid by the contracted *sani'* (maker/manufacturer) if the *sani'* fails to fulfill contract terms. The research follows an analytical approach. It defines the terms of: *istisna'* (contract to have goods made-to-order) and its status as well as the characteristics and benefits of the penalty clause. Then, it discusses the due compensation in the case of failure of maker prior to delivering the specified goods, taking into account the loss suffered by the client in financial and moral terms. It also discusses the case of failure after delivering some of the goods, showing causes, implications and related rulings. Among the significant research results is that the client is entitled to the stipulated compensation provided the following: the client must suffer a real loss as a result of the manufacturer's failure; the loss must be financially calculated at the time it is incurred; the manufacturer must be the source of the loss; the costs must not become a debt owed by the manufacturer to the client.

Keywords: *istisna'*; *mustasni'*; *sani'*; penalty clause/condition; Islamic contracts; fulfillment failure.

(*) الأستاذ المشارك بقسم الشريعة بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بالأحساء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

الإحساء، المملكة العربية السعودية، ص.ب (1730)، الرمز (31982)

(*) *Associate Professor, Department of Sharia College of Sharia and Islamic Studies Ahsaa*

Imam Mohammad Ibn-Saud Islamic University

AL-Ahsaa, Saudi Arabia, p.o box: 1730, Postal Code:31982

البريد الإلكتروني: *e-mail: ismailkreem@gmail.com*

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فإن الشريعة الإسلامية شريعة ربانية كاملة شاملة لجميع جوانب الحياة، ترعى الحقوق، وتحقق المصالح، وتدرأ المفاسد، وهي لما أمرت بتحقيق الضوابط للعقود، التي بها يتحقق العدل بين المتعاملين، ويرتفع الظلم عن المتعاقدين، فتحت مجال الاشتراط في العقود بما يحقق للناس النفع والمصلحة، ويدفع عنهم الضرر والمفسدة، فباب الاشتراط باب واسع إذا لم يكن هذا الشرط معارضًا لكتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ. ومن تأمل العقود المالية في هذا الزمان يجد أن الناس قد اشترطوا فيها شروطًا لم تكن معهودة في عقود السابقين، فعدت هذه الشروط من جملة النوازل لدى المعاصرين، وأخذت حيزًا من بحوث الباحثين، ومناقشات المختصين، ومن تلك الشروط: ما اشتهر في الأوساط المالية باسم الشرط الجزائي، الذي دخل في كثير من العقود المتراخية التنفيذ، منها: عقد الاستصناع، والذي سيعالج هذا البحث جانبًا من جوانبه تحت اسم:» مدى استحقاق المستصنع مبلغ الشرط الجزائي عند إخلال الصانع بالالتزام في الفقه الإسلامي».

أسباب كتابة البحث:

دفعني للكتابة في هذا الموضوع ما يأتي:

1 – أهمية الموضوع، فهو يتعلق بقضية من قضايا العصر، ونازلة من نوازله.

2 – حاجة الناس للتعامل بهذا النوع من العقود على تلك الصفة، ومن ينظر في عقود الاستصناع المتراخية التي يطول زمن تنفيذها يجد أنها قلما تخلو من اشتراط الشرط الجزائي.

الدراسات السابقة:

لم أجد – فيما اطلعت عليه من بحوث ودراسات – من فصل القول في بعض صور إخلال الصانع بالالتزام، ومدى استحقاق المستصنع لمبلغ الشرط الجزائي عند ذلك، سواء من البحوث أو الدراسات التي تناولت موضوع الشرط الجزائي، أو تناولت عقد الاستصناع، وبخاصة إذا كان الصانع مدينًا للمستصنع بثمن الأعيان المستصنعة؛ لذا اجتهدت في تخريج الأقوال في المسألة، وبيان أدلتها على ما سيأتي ذكره، إن شاء الله تعالى، في موضعه، وهذه إضافة جديدة في الموضوع.

أهداف البحث:

1 – بيان حكم أخذ المستصنع عوضاً عن الإخلال بالالتزام قبل تقديم دفعات من الأعيان المستصنعة.

2 – بيان حكم أخذ المستصنع عوضاً عن الإخلال بالالتزام بعد تقديم دفعات من الأعيان المستصنعة.

3 – تحرير القول في مسألة أخذ المستصنع مبلغ الشرط الجزائي، إذا كان الصانع مدينًا للمستصنع بثمن الأعيان المستصنعة.

منهج البحث وإجراءاته:

سلكت في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن، والمنهج الاستنتاجي، واتخذت في دراسة مسائله الإجراءات الآتية:

1 – أعرف المسألة المراد بحثها، إن احتاجت إلى تعريف.

2 – أبين حكم المسألة المعروضة للبحث، فإن كان الحكم محل اتفاق ذكرته مع بيان دليله، وإن كان محل خلاف بين العلماء عرضت الأقوال في المسألة، مع ذكر أدلتها.

3 – أذكر المناقشات الواردة على الأدلة والإجابة عليها، إن وجدت.

4 – أبين الراجح في المسألة بعد دراستها مبينًا سبب الترجيح.

5 – أعزو الآيات الواردة في البحث إلى سورها، وأخرج الأحاديث الواردة في البحث حسب المنهج العلمي المتعارف عليه في البحث العلمي.

خطة البحث:

جاءت خطة البحث للموضوع مشتملة على تمهيد، ومبحثين، وخاتمة:

- **التمهيد، وفيه مطلبان:**
  - المطلب الأول: التعريف بالاستصناع، وبيان حكمه.
  - المطلب الثاني: التعريف بالشرط الجزائي، وخصائصه، وفائدته.
- **المبحث الأول: الإخلال بالالتزام قبل تقديم دفعات من الأعيان المستصنعة، وفيه مطلبان:**
  - المطلب الأول: الإخلال بالالتزام مع عدم الضرر على المستصنع.
  - المطلب الثاني: الإخلال بالالتزام مع وجود الضرر على المستصنع.
    - الفرع الأول: الضرر المادي بسبب إخلال الصانع.
    - الفرع الثاني: الضرر المعنوي بسبب إخلال الصانع.
- **المبحث الثاني:الإخلال بالالتزام بعد تقديم دفعات من الأعيان المستصنعة:**
  - المطلب الأول: الإخلال بالالتزام بسبب الصانع، وفيه فرعان:
    - الفرع الأول: بقاء الدفعات من الأعيان المستصنعة في يد المستصنع، أو انتفاعه بها مدة لمثلها أجرة، وفيه مقصدان:

– المقصد الأول: تسليم المستصنع ثمن الأعيان قبل الإخلال بالالتزام.

- المقصد الثاني: بقاء الثمن دينًا في ذمة المستصنع.
  - الفرع الثاني: رد المستصنع الأعيان للصانع، وعدم انتفاعه بها مدة لمثلها أجرة.
- المطلب الثاني: الإخلال بالالتزام بسبب المستصنع.
- المطلب الثالث: الإخلال بالالتزام بسبب أجنبي.

- **الخاتمة، وفيها سرد نتائج البحث.**

هذا، وأسال الله تعالى بمنه وكرمه، أن أكون قد وفقت في بحث الموضوع ودراسة مسائله، وأن يتقبله مني، ويجعله خالصًا لوجهه الكريم، وأن يغفر لي ولوالدي ولأهلي ومشايخي، ولجميع المسلمين الأحياء منهم والميتين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين.

***

التمهيد

إن مما يحسن قبل البدء في مسائل البحث التمهيد له بتعريف الاستصناع، وبيان حكمه، والتعريف بالشرط الجزائي، وخصائصه، وفائدته، وذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: التعريف بالاستصناع، وبيان حكمه:

الفرع الأول: التعريف بالاستصناع:

الاستصناع في اللغة: مصدر استصنع الشيء، أي: دعا إلى صنعه. فالاستصناع: طلب الصنع وسؤاله[1].

وفي الاصطلاح: عقد على بيع عين موصوفة في الذمة، مطلوب صنعها[2].

الفرع الثاني: حكم عقد الاستصناع:

اتفق العلماء - رحمهم الله تعالى - على جواز الاستصناع إذا كان على صفة عقد من العقود المشروعة كالسلم والإجارة بشروطها وضوابطها[3]. واختلفوا في جوازه إن كان عقدا مستقلاً يتم فيه بيع عين موصوفة في الذمة مطلوب صنعها، على أن يسلم العوض في الأجل الذي تسلم فيه العين على قولين:

القول الأول: أن عقد الاستصناع من العقود الجائزة المشروعه، وهو عقد مستقل.

وبه قال الحنفية[4]، وصدر قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة [5] في

(1) المحكم، لابن سيده (1/ 442)، والمعجم الوسيط، لإبراهيم= =مصطفى وآخرين (1/ 525)، وطلبة الطلبة، للنسفي (109).

(2) المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ص (158). وينظر: المبسوط، للسرخسي (15/ 84-85)، وبدائع الصنائع، للكاساني(5/ 2).

(3) ينظر:تبيين الحقائق، للزيلعي (4/ 123)، والشرح الصغير، للصاوي (3/ 287)، والأم، للشافعي (3/ 133)، وكشاف القناع، للبهوتي (3/ 165).

(4) ينظر: تبيين الحقائق، للزيلعي (4/ 123)، وحاشية ابن عابدين (5/ 224).

(5) مجمع الفقه الإسلامي هو:جهاز علمي عالمي يضم نخبة من الفقهاء والعلماء والمفكرين في مختلف مجالات المعرفة الإسلامية، ويسعى لتقديم الحلول الفقهية النابعة من الشريعة=

دورته السابعة بجوازه، فقد جاء فيه:

«1 – إن عقد الاستصناع – وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة – ملزم للطرفين، إذا توفرت فيه الأركان والشروط.

2 – يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

(أ) بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة. (ب) أن يحدد فيه الأجل»[6].

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

1 – أن النبي ﷺ اصطنع خاتمًا من فضه لما أراد أن يكتب للعجم [7]، وهذا نص في جواز عقد الاستصناع.

ونوقش: بأن هذا الدليل محتمل أن النبي ﷺ دفع الثمن في المجلس، فيكون سلمًا، ويحتمل أن يكون قد جاء بالمادة من عنده، فيكون إجارة على الصنعة[8].

والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال.

وأجيب: أنه لو دفع النبي ﷺ الثمن، أو جاء بالمادة من عنده لنقل إلينا [9]. وإذ لم ينقل ذلك، فالأصل عدمه مما يدل على جواز الاستصناع عقداً مستقلاً.

2 – أن الاستصناع مما جرى به تعامل الناس بعد وفاة النبي ﷺ من غير نكير من أحد، فكان ذلك إجماعًا [10].

ونوقش: بعدم وجود الإجماع؛ لأن الخلاف في المسألة قائم، والجمهور على عدم صحة الاستصناع على غير وجه السلم والإجارة[11].

3 – أن الحاجة داعية إلى الاستصناع، فقد يحتاج الإنسان إلى خف أو نعل من جنس مخصوص، ونوع مخصوص على قدر مخصوص، وصفه مخصوصة، وقلما يتفق وجود مصنوع، فيحتاج أن يستصنع، فلو لم يجز الاستصناع لوقع الناس في الحرج والمشقة؛ ولذا جاز الاستصناع استحسانًا لما فيه من المصلحة[12].

ويمكن أن يناقش: بأن الحاجة يمكن سدها

=لقضايا الأمة الإسلامية، ومقرة الأساسي مدينة جدة بالمملكة العربية السعودية. ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة (1/ 57).

(6) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة (7/ 1137).

(7) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب العلم، باب ما يذكر في المناولة، وكتاب أهل العلم بالعلم إلى البلدان، رقم (65)، وأخرجه مسلم، كتاب اللباس والزينة،باب في اتخاذ النبي ﷺ خاتما لما أراد أن يكتب إلى العجم رقم (2092) من حديث أنس ولفظه: (أن نبي الله ﷺ كان أراد أن يكتب إلى العجم، فقيل له: إن العجم لا يقبلون إلا كتابا عليه خاتم، فاصطنع خاتما من فضة).

(8) ينظر: الاستصناع، للثبيتي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي= =(7/ 1047).

(9) المرجع السابق.

(10) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (5/ 209)، والبناية شرح الهداية (8/ 374).

(11) ينظر: القول الثاني في المسألة ومراجعه.

(12) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (5/ 3)، وعقد الاستصناع، للزرقا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (7/ 737).

بالعقود المشروعة من السلم أو الإجارة.

القول الثاني: أن الاستصناع عقد غير جائز بالصفة التي يكون فيها على غير وجه السلم والإجارة.

وهذا قول الجمهور من المالكية [13]، والشافعية [14]، والحنابلة [15].

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

1 – حديث حكيم بن حزام [16] قال: أتيت النبي ﷺ، فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق، ثم أبيعه؟ قال ﷺ: (لا تبع ما ليس عندك)[17].

فالنبي ﷺ نهى الإنسان عن بيع ما ليس عنده؛ لأنه معدوم، والاستصناع بيع لمعدوم، فيكون منهيًا عنه، إلا على وجه السلم فإن الشارع أذن فيه.

ويناقش: بأن المراد بالحديث بيوع الأعيان لا بيوع الصفات [18]، ثم إنه ليس فيه نهي عن بيع المعدوم، بل النهي عن بيع الإنسان ما ليس في ملكه [19].

2 – أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ، يعني: الدين بالدين[20].

---

(13) ينظر: التهذيب في اختصار المدونة، لابن البراذعي(3/ 22)، بلغة السالك، للصاوي (3/ 287).

(14) ينظر: الأم، للشافعي (3/ 133).

(15) ينظر: الإنصاف، للمرداوي (4/ 300)، وكشاف القناع، للبهوتي(3/ 165).

(16) حكيم بن حزام هو: ابن خويلد بن أسد بن عبد العزى، أبو خالد، صحابيّ، قرشي، وهو ابن أخي خديجة أم المؤمنين مولده بمكة (في الكعبة) شهد حرب الفجار، وكان من سادات قريش في الجاهلية والإسلام، أسلم يوم الفتح، وتوفي سنة 54هـ. ينظر: أسد الغابة، لابن الأثير (2/ 58)، والإعلام، للزركلي (2/ 269).

(17) أخرجه أبوداود، كتاب البيوع، باب في الرجل يبع ما ليس عنده، رقم (3503)، وأخرجه الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهة بيع ما ليس عندك، رقم (1232) وقال: حديث حسن، وأخرجه النسائي، كتاب البيوع، باب بيع ماليس عند البائع، رقم (4613)، وأخرجه ابن ماجه، كتاب التجارات،= =باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح مالم يضمن رقم (2187)، وصححه ابن حزم في المحلى (7/ 474)، والألباني في إرواء الغليل (5/ 132)، رقم (1292).

(18) ينظر:معالم السنن، للخطابي (3/ 140)، وشرح السنة، للبغوي (8/ 140).

(19) ينظر: معالم السنن، للخطابي (3/ 140)، والمحلى، لابن حزم (7/ 475).

(20) أخرجه الطحاوي، في شرح معاني الآثار، كتاب البيوع، باب بيع المصراة، رقم (5554)، (4/ 21)، وأخرجه الحاكم في مستدركه، كتاب البيوع (2/ 65)، رقم (2342)، وأخرجه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع (4/ 4)، رقم (3060)، وأخرجه البيهقي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين (5/ 474)، رقم (10537)، وأخرجه البغوي، في شرح السنة، باب النهي عن بيع ما اشتراه قبل القبض (8/ 113)، وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه، كتاب البيوع، باب أجل بأجل، رقم (14440)، والحديث صححه الحاكم، ووافقه الذهبي، وتعقب ذلك العلماء بأن الحديث في إسناده موسى بن عبيدة الربذي، وهو ضعيف، وأن الحاكم ساق إسناده على أنه موسى بن عقبة، وهو خطأ؛ لذا قال=

والاستصناع إذا لم يكن الثمن فيه مقدمًا فهو من بيع الدين بالدين.

ويناقش: بأن هذا الحديث لم يثبت فلا يصح الاحتجاج به.

3 – أن الإجماع انعقد على المنع من بيع الدين بالدين، وقد حكى ذلك غير واحد من أهل العلم[21]. والاستصناع الذي لم يتقدم فيه الثمن من بيع الدين بالدين.

ويجاب على ذلك: بأن لبيع الدين بالدين صورًا كثيرة، منها ما هو ممنوع بالاتفاق، ومنها ما هو محل نزاع[22]، ولذا يقول شيخ الإسلام بن تيمية [23]: «إن بيع الدين بالدين ليس فيه نص ولا إجماع»[24] وإذا كان الأمر كذلك فإن الاستصناع من الصور التي وقع فيها النزاع.

الترجيح: يظهر لي أن القول الأول هو القول الراجح، وهو جواز عقد الاستصناع ومشروعيته، وإن كان عقداً مستقلاً إذا تم فيه تحديد الأجل، وبيان جنس المستصنع، ونوعه، وقدره، وأوصافه المطلوبة، وذلك لما يأتي:

أ– قوة أدلة هذا القول.

ب– أن الأصل في العقود في الجواز والصحة.

ج– ما في جواز هذا العقد من رفق وتيسير على أصحاب الصناعات والمستصنعين، يتناسب مع رفع الحرج الذي جاءت به الشريعة الإسلامية، وامتن الله به على عباده المسلمين في قوله: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖۚ ﴾ (الحج: 78).

المطلب الثاني: التعريف بالشرط الجزائي، وخصائصه، وفائدته.

الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي:

عرف الشرط الجزائي بتعريفات عدة لدى الفقهاء والقانونيين، ومن أجودها ما نص عليه في قرار مجمع الفقه الإسلامي ذي الرقم (109): «أنه اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه»[25].

=ابن حجر، في التلخيص الحبير (3/ 70): «وصححه الحاكم على شرط مسلم، فوهم؛ فإن راويه موسى بن عبيدة الربذي، لا موسى بن عقبة».

(21) ينظر: المغني، لابن قدامة (4/ 37)، واختلاف العلماء، لابن هبيرة (1/ 407).

(22) ينظر: المرجع السابق، وإعلام الموقعين، لابن القيم (3/ 264).

(23) ابن تيمية هو: أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النميري الحراني الدمشقيّ الحنبلي، أبو العباس، تقي الدين ابن تيمية، آية في التفسير والأصول، فصيح اللسان، قلمه ولسانه متقاربان من مؤلفاته: منهاج السنة، والفرقان بين أولياء الله وأولياء الشيطان، والصارم المسلول على شاتم الرسول، وغيرها، توفي سنة 728هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء، للذهبي (22/ 288)، والأعلام، للزركلي (1/ 144).

(24) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (20/ 512).

(25) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (12/ 670).

الفرع الثاني: خصائص الشرط الجزائي:

ومن خلال التعريف السابق يمكن أن نستخلص خصائص الشرط الجزائي، وهي[26]:

1- أن الحق في هذا الشرط للمتعاقدين، فلهما اشتراطه، ولهما إسقاطه.

2- أنه تعويض عن ضرر ناشئ من الإخلال بالعقد، وليس عقوبة.

3- أن الاتفاق عليه يكون قبل الإخلال بالعقد، ويستحق عنده.

4- أنه مرتبط بالضرر، فلا يستحق بدونه.

الفرع الثالث: فائدة الشرط الجزائي:

ذكر الباحثون من الفقهاء والقانونيين عددًا من المزايا والمصالح في الشرط الجزائي، أبرزها ما يأتي:

1- أن فيه ضمانًا لتنفيذ الالتزام، وعدم الإخلال به.

2- التقليل من المنازعات حول التعويض عن الأضرار اللاحقة بسبب الإخلال بالعقد.

3- يوفر المال والوقت اللذين سينفقان على الإجراءات القضائية عند عدم النص على الشرط الجزائي.

4- يحقق التعويض الأمثل والمناسب للمشترط عند وقوع الضرر[27].

ولأهمية الشرط الجزائي، ودخوله في كثير من المعاملات المالية، فقد صدرت فيه قرارات من مجامع فقهية، وهيئات علمية، وستأتي الإشارة إلى نصوص قراراتهم بشأن هذا الشرط في ثنايا البحث

* * *

المبحث الأول

الإخلال بالالتزام قبل تقديم دفعات من الأعيان المستصنعة

إذا أخل الصانع بالالتزام قبل تقديم شيء من الأعيان المستصنعة: فإما أن يلحق المستصنع ضرر بهذا الإخلال، أو لا يلحقه ضرر، وتوضيح ذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: الإخلال بالالتزام مع عدم الضرر على المستصنع:

حقيقة التعويض في الشرط الجزائي: تعويض عن ضرر لاحق بسبب عدم الالتزام بالعقد. فوجود الضرر يعد ركنًا مهمًا في الشرط الجزائي؛ ولهذا فإن التعويض من غير وجود ضرر يعد من أكل المال بالباطل الذي نهى الله تعالى عنه في قوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ

(26) ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، لليمني، 1427هـ، ص (73).

(27) ينظر: المرجع السابق ص (33-34)، والشروط التعويضية في المعاملات المالية، للعنزي (1/ 167-171).

مِّنكُمْ ﴾ (النساء: 29).

جاء في تفسير المنار لمحمد رشيد رضا[28]: «وأما الباطل فهو ما لم يكن في مقابلة شيء حقيقي، وهو من البطل والبطلان. أي: الضياع والخسار، فقد حرمت الشريعة أخذ المال بدون مقابلة حقيقية يعتد بها، ورضاء من يؤخذ منه، وكذلك إنفاقه في غير وجه حقيقي نافع»[29].

كما نهى عنه – عليه أفضل الصلاة والسلام – في قوله: (إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم)[30].

جاء في المحلى لابن حزم[31] بعد ذكر هذا الحديث: «لا يحل لأحد إيجاب غرامة على أحد إلا أن يوجبها نص صحيح، أو إجماع متيقن»[32].

كما جاء في مجمع الضمانات، للبغدادي[33]: «رجل كسر درهم رجل، فوجد داخله فاسدًا،أو كسر جوزًا فوجد داخله فاسدا قالوا: لا يضمن»[34].

ولهذا صدر قرر المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ذو الرقم (109) بعدم العمل بالشرط الجزائي إذا ثبت أن من شرط له لم يلحقه ضرر، فقد جاء فيه ما نصه: «لا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه..... أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد»[35].

المطلب الثاني: الإخلال بالالتزام مع وجود الضرر على المستصنع:

الضرر الذي يلحق المستصنع في الإخلال بالالتزام قد يكون ضررًا ماديًا، وقد يكون ضررًا معنويًا،

(28) محمد رشيد بن علي رضا القلموني، البغدادي الأصل، الحسيني النسب: صاحب مجلة (المنار)، وهي أشهر آثاره، أصدر منها (34) مجلداً، وله تفسير للقرآن الكريم، وكتاب: نداء للجنس اللطيف، والوحي المحمدي، وغيرها. توفي سنة 1354هـ. ينظر: الأعلام، للزركلي (6/ 126)، ومعجم المؤلفين، لكحالة (9/ 310).

(29) تفسير المنار، لمحمد رشيد رضا (2/ 157).

(30) أخرجه البخاري، كتاب العلم، باب قول النبي ﷺ: (رب مبلغ أوعى من سامع)، رقم (67)، وأخرجه مسلم، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، رقم (1679).

(31) ابن حَزْم هو: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، أبو محمد: عالم الأندلس في عصره، من مصنفاته: الفصل في الملل والأهواء والنحل، والمحلى، وجمهرة الأنساب، وغيرها. توفي سنة 456هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء، للذهبي (18/ 184)،= =والأعلام، للزركلي (4/ 254).

(32) المحلى، لابن حزم (11/ 26).

(33) البغدداي هو: غياث الدين: غانم بن محمد البغدادي، أبو محمد: فقيه حنفي. من كتبه: ملجأ القضاة عند تعارض البينات، ومجمع الضمانات، وغيرها. توفي سنة 1027هـ. ينظر: الأعلام، للزركلي (5/ 116)، ومعجم المؤلفين، لكحالة (11/ 111).

(34) مجمع الضمانات، للبغدادي (1/ 147).

(35) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (12/ 671).

وتوضيح ذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الضرر المادي بسبب إخلال الصانع بالالتزام:

إذا لحق المستصنع ضرر مادي بسبب إخلال الصانع بالالتزام، فقد اختلف المعاصرون في استحقاق المستصنع للتعويض بناءً على الشرط الجزائي على قولين:

القول الأول: أن المستصنع يستحق التعويض عن الضرر المادي الذي يلحقه بسبب إخلال الصانع بالالتزام من خسارة حقيقية، أو فوات كسب مؤكد بناء على الشرط الجزائي.

وبه قال أكثر المعاصرين [36]، كما صدر به قرار المجمع الفقهي ذو الرقم (109) فقد جاء فيه ما نصه: «الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل: الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي»[37].

وصدر - أيضًا - به قرار هيئة كبار العلماء بالسعودية [38]، فقدجاء في قرارها ذي الرقم (25) ما نصه «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 شرعًا، فيكون العذر مسقطًا لوجوبه حتى يزول، وإذا كان الشرط الجزائي كثيرًا عرفًا، بحيث يراد به التهديد المالي، ويكون بعيدًا عن مقتضى القواعد الشرعية، فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف، على حسب ما فات من منفعة، أو لحق من مضرة، ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر»[39].

ويستدل لهذا القول بما يأتي:

1- أن الصانع بإخلاله بالتزامه، وإلحاق الضرر بالمستصنع، يعد متعديًا لمخالفته أمر الشارع بالوفاء بالعقد؛ لأن الله تعالى يقول في كتابه: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ (المائدة: 1).

جاء في شرح المنهج، لابن المنجور [40]: «كل من

(36) ينظر: الشرط الجزائي، للصديق الضرير، والشرط الجزائي، للسالوس، والشرط الجزائي، لناجي شفيق عجم، مجمع الفقه الإسلامي، (12/ 501، 565، 600).

(37) ينظر: مجمع الفقه الإسلامي (12/ 671).

(38) هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية: هي هيئة شرعية متخصصة في البحوث العلمية والإفتاء، ومجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية الممثل لأعلى مؤسسة شرعية= =علمية فيها، صدر الأمر الملكي ذو الرقم 1/ 137 بإنشائها في 8/ 7/ 1391هـ. ينظر: مجلة البحوث الإسلامية، عدد (١) ص ١٦، وفتاوى اللجنة الدائمة، جمع أحمد الدرويش (1/ 27)، ودور هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في تعزيز الأمن الفكري، للعريفي (7).

(39) الشرط الجزائي ضمن أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية (1/ 214).

(40) ابن المنجور هو: أحمد بن علي بن عبد الرحمن، أبو العباس=

خالف ما أمر به، أونهي عنه، أو تعدى على مال غيره، أو غر غيره بالفعل، فإنه يضمن»[41].

ويمكن أن يناقش: بأن الآية فيها الحث على الوفاء بالعقد، والحرص على الالتزام به، ولم تتعرض للتضمين.

2 – أن الضرر المالي يزال بالتعويض عنه بمال؛ لأن من القواعد الشرعية أن الضرار يزال[42]؛ لقوله – عليه الصلاة والسلام –: (لا ضرر ولا ضرار)[43] فإذا لحق المستصنع ضرر من إخلال الصانع بالتزامه وجب تعويض الضرر بمال.

ويمكن أن يناقش: بأن هذا الضرر يمكن إزالته بالإجبار على التنفيذ لا بالتعويض، وإذا أمكن إزالة الضرر بالأدنى فلا ينتقل للأعلى؛ لأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، كما هو متقرر لدى الفقهاء[44].

ويجاب على هذا: بأن الاقتصار على الإجبار بالتنفيذ يصح لو لم يكن هناك ضرر مالي، أما وقد وجد الضرر المالي فالأصل أن يعوض عنه بمال.

3 – القياس على الغصب [45]، فكما أن الغاصب يضمن عند تفويته منفعة العين المغصوبة، ويلزم بأجرة المثل مدة بقاء المغصوب في يده، سواء استوفى المنافع، أولم يستوفها، فكذلك الصانع إذا أخل بالالتزام، فحصل ضرر على المستصنع، أوفوت عليه منفعة مؤكدة، فيلزمه الضمان.

جاء في فتح العزيز للرافعي [46]: «إذا تقرر ذلك: فكل عين لها منفعة تستأجر من أجلها يضمن – أي الغاصب – منفعتها إذا بقيت في يده مدة، لمثلها أجرة،

=المنجور، أحد فقهاء المالكية في المغرب، من كتبه: شرح المنهج المنتخب في فقه المالكية، يعرف بشرح المنجور، ومراقي المجد لآيات السعد، وغيرهما. توفي سنة 995هـ. ينظر: الأعلام، للزركلي (1/ 180)، ومعجم المؤلفين، لكحالة (2/ 10).

(41) شرح المنهج، لابن المنجور ص (545).

(42) الأشباه والنظائر، لابن نجيم ص (74)، والأشباه والنظائر، للسيوطي ص (83).

(43) أخرجه أحمد في مسنده من حديث عبادة بن الصامت (37/ 438)، ورقم (22778)، وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم (2340)، وحسنه النووي في الأربعين، الحديث رقم (32)، وابن رجب في جامع العلوم والحكم (2/ 210).

(44) الأشباه والنظائر، للسيوطي ص (87)، وشرح القواعد الفقهية، للزرقا ص (116).

(45) الغصب: مصدر غَصبه يَغْصِبه، وهو في اللغة: أخذ الشيء ظلمًا. وفي الشرع هو: الاستيلاء على حق الغير ظلمًا. ينظر: طلبة الطلبة للنسفي، 1311هـ، ص (96)، ومعجم مقاليد العلوم في الحدود والرسوم، للسيوطي ص (55).

(46) الرَّافِعِي هو: عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني من كبار الشافعية، من مؤلفاته: التدوين في ذكره أخبار قزوين، والإيجاز في أخطار الحجاز، وفتح العزيز في شرح الوجيز، للغزالي. توفي سنة 623هـ. ينظر: طبقات الشافعية الكبرى، للسبكي (8/ 281)، والأعلام، للزركلي (4/ 55).

حتى لو غصب كتابًا، وأمسكه مدة طالعه، أو لم يطالعه، أو مسكًا شمه، أو لم يشم لزمه الأجرة»[47].

وجاء في الروض المربع للبهوتي[48]: «وإذا كان المغصوب مما جرت العادة بإجارته لزم الغاصب أجرة مثله مدة بقائه بيده استوفى المنافع، أو تركها تذهب»[49].

ويمكن أن يناقش: أن هذا قياس مع الفارق؛ فالغاصب أخذ المال بالقهر والغلبة، بينما الصانع أخذ المال برضى المستصنع، واختياره.

4- أن الشرط الجزائي له نظائر كثيرة في الفقه يمكن قياسه عليها من جهة كونها ناتجة عن التزام، أو فيها معنى التعويض أو التوثيق، من ذلك: العربون[50]، وضمان الفعل الضار[51]، وضمان العقد[52]، والرهن[53]، والكفالة[54]»[55].

جاء في بحث هيئة كبار العلماء للشرط الجزائي ما نصه: «ويمكن أن يقال: بأن الشرط الجزائي يشبه بيع العربون في أن كلًا منهما شرط يوجب على من أخل بالشرط عقوبة مالية يجري تعيينها قبل حصول ذلك»[56].

ويناقش: أن بين هذه الأشياء، والشرط الجزائي فروقًا كثيرة[57]:

---

(47) فتح العزيز، للرافعي (11/ 262).

(48) البُهُوتي هو: منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي: شيخ الحنابلة بمصر في عصره، له مؤلفات، منها: الروض المربع، وكشاف القناع، ودقائق أولي النهى لشرح المنتهى وغيرها. توفي سنة 1050هـ. ينظر: الأعلام، للزركلي (7/ 307)، ومعجم المؤلفين، لكحالة (13/ 22).

(49) الروض المربع مع حاشية ابن قاسم للبهوتي (5/ 408).

(50) العربون: هو: بفتح العين والراء، قال بعضهم: هو أن يشتري الرجل شيئا، أو يستأجره، ويعطي بعض الثمن أو الأجرة، ثم يقول: إن تم العقد احتسبناه، وإلا فهو لك، ولا آخذه منك. ينظر: غريب الحديث، للخطابي (2/ 76)، والمصباح المنير، للفيومي (2/ 400).

(51) الفعل الضار: هو الذي يصيب الجسم أو المال ويستوجب العقوبة أو الضمان. ينظر: الضمان للخفيف ص (34-35)، والموسوعة الكويتية (6/ 147).

(52) ضمان العقد: هو تعويض مفسدة مالية مقترنة بعقد. ينظر: الضمان، للخفيف، 2000م، ص (18-19)، والموسوعة الكويتية (28/ 227).

(53) الرهن هو: في اللغة: الثبوت والدوام، يقال: ماء راهن، أي: راكد، ونعمة راهنة، أي: ثابتة دائمة، وقيل: وهو من الحبس. وفي الشرع هو: توثيق دين بعين. ينظر: المطلع على أبواب المقنع، للبعلي ص(296)، ومعجم مقاليد الحدود والرسود، للسيوطي ص (54).

(54) الكفالة هي: مصدر كفل به كَفْلًا، وكُفولًا، وكفالة، وكفلت عنه: تحملت، وفي الاصطلاح: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة. ينظر: التعريفات، للجرجاني ص(185)، والمطلع على أبواب المقنع، للبعلي ص(298).

(55) ينظر: الشرط الجزائي، لليمني ص (147-160)، والشروط التعويضية، للعنزي (1/ 374-377).

(56) الشرط الجزائي ضمن أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية (1/ 208).

(57) ينظر: الشرط الجزائي، للصديق الضرير، مجلة مجمع الفقه=

فالعربون والشرط الجزائي، وإن كان كل منهما التزامًا من أحد العاقدين للآخر، ويقصد منه سلامة العقود من التلاعب بها، وحث المتعاقد على التنفيذ، فإن بينهما فروقًا من وجوه عديدة: فالعربون مقابل حق العدول عن العقد، وجزء من الثمن أو الأجرة، ويتفق عليه وقت العقد، ولا يتصور بعده، بخلاف الشرط الجزائي، فهو: تعويض عن الضرر الذي يلحق بسبب عدم تنفيذ العقد، لا علاقة له بالثمن، ويجوز بعد العقد في اتفاق لاحق قبل وقوع الضرر.

وأما ضمان الفعل الضار فهو، وإن اتفق مع الشرط الجزائي في أن كلًا منهما تعويض عن ضرر، فإنهما يختلفان من جهة أن الشرط الجزائي ناتج عن التزام، ومرتبط بالعقد، ويتم الاتفاق عليه قبل وقوع الضرر، بخلاف ضمان الفعل الضار، فهو ناتج عن العدوان والتلف، ولا علاقة له بالعقد، والتعويض فيه لا يصح قبل وقوع الضرر.

وأما ضمان العقد فهو، وإن اشترك مع الشرط الجزائي في المعنى العام للضمان وارتباطهما بالعقود، فإن بينهما فروقًا من وجوه متعددة: فالشرط الجزائي ناتج عن شرط، ومرتبط بالضرر، ومستقل عن العقد بخلاف ضمان العقد، فهو ناتج عن العقد، كما لو وجد عيبًا في السلعة فله ردها، أو أخذ الأرش بلا شرط.

وأما الرهن والكفالة فهما، وإن اتفقا مع الشرط الجزائي من حيث تعزيز الثقة في الالتزام بالعقد، لا علاقة لهما بالتعويض عن الضرر، بخلاف الشرط الجزائي الذي يعد تعويضًا عن ضرر.

القول الثاني: أن المستصنع لا يستحق التعويض مقابل الضرر المادي الذي يلحقه بسبب إخلال الصانع بالالتزام من خسارة حقيقية أو فوات كسب مؤكد بناء على الشرط الجزائي.

وقال به بعض المعاصرين[58].

ويستدل لهذا القول بما يأتي:

1- أن التعويض في الشرط الجزائي يتم الاتفاق عليه قبل وقوع الضرر، فيكون في ذلك جهالة وغرر؛ لأن المبلغ في الشرط الجزائي يقدر جزافًا، فقد يكون المبلغ أقل من الضرر الواقع، وقد يكون أكثر منه[59].

=الإسلامي(12/ 498)، والشرط الجزائي، لناجي شفيق عجم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (12/ 498 وما بعدها - 600)، والشرط الجزائي، لليمني ص (147-160)، والشروط التعويضية، للعنزي (1/ 374-377).

(58) ينظر: الشرط الجزائي، لليمني ص(236)، فقد نسب القول بعدم صحة الشرط الجزائي، وعدم جوازه في غير الديون إلى عدد من المعاصرين بناء على لازم قولهم أن الضرر الحاصل نتيجة الامتناع عن الوفاء بالعقد أو التأخر في الوفاء في الوقت المحدد لا يوجب التعويض، وقد أطال في الاستدلال لهذا القول.

(59) المرجع السابق ص (237).

ويمكن أن يناقش: بأن هذا مسلم به إذا قدر المبلغ قبل وقوع الضرر، أما إذا تم الاتفاق على شرط جزائي بحسب الضرر الواقع على المستصنع، ويتم تقدير المبلغ عند وقوع الضرر أو فسخ العقد لم يكن في ذلك غرر.

2 – القياس على المدين المماطل[60]، فكما أن الدائن لا يستحق التعويض عن الضرر الواقع عليه بمطل المدين، فكذلك الصانع ونحوه إذا ترتب على إخلاله بالالتزام ضرر على المستصنع.

ويناقش: بأن هذا القياس قياس مع الفارق، فترك تغريم المدين المماطل خشية الربا أو شبهته، بخلاف مطالبة الصانع بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بالمستصنع مقابل ما لحقه من تسليم العين، والدين خلاف العين[61].

3 – أن تقدير التعويض عن الضرر قبل وقوعه لم يعرف لدى الفقهاء المتقدمين، بل إن نصوصهم تفيد أن تقدير التعويض يكون بعد وقوع الضرر لا قبله، وإن اختلفوا في الوقت الأنسب لتقدير التعويض: هل يكون عند الوقوع مباشرة أو بعده؟ فمثلًا: التالف المقبوض بعقد فاسد، منهم من يقول: إنه تقدر قيمته يوم القبض، ومنهم من يقول: تقدر يوم التلف، جاء في الأشباه والنظائر، لابن نجيم [62] في الكلام عن ضمان المقبوض بعقد فاسد ما نصه: «المقبوض بعقد فاسد تعتبر قيمته يوم القبض؛ لأنه به دخل في ضمانه، وعند محمد [63] رحمه الله تعتبر قيمته يوم التلف؛ لأنه به يتقرر عليه»[64].

أما تقدير التعويض عن الضرر قبل وقوعه فهي مسألة مستحدثة منقولة عن القانون الوضعي البشري القاصر الذي ينظر إلى مصلحة المشترط فقط دون الطرف الثاني[65].

ويمكن أن يناقش: أن كون الأصل تقدير التعويض عن الضرر بعد وقوعه لا يمنع من تقديره قبل وقوعه باتفاق الطرفين، لا سيما إذا دعت الحاجة لذلك، وكون المسألة منقولة عن القانون الوضعي لا يمنع من

(60) ينظر: الشروط التعويضية، للعنزي ص (349).

(61) المرجع السابق (349).

(62) ابن نجيم هو: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم: فقيه حنفي، له مؤلفات، منها: الأشباه والنظائر، والبحر الرائق، والرسائل الزينية، توفي سنة 970هـ. ينظر: الأعلام، للزركلي (3/ 64)، ومعجم المؤلفين، لكحالة (4/ 192).

(63) محمد هو: أبو عبدالله محمد بن الحسن بن فرقد، من موالي بني شيبان، وهو الّذي نشر علم أبي حنيفة. له كتب كثيرة في الفقه والأصول، منها: المبسوط، والزيادات، والجامع الكبير، والجامع الصغير، والآثار. توفي سنة 189هـ.ينظر: سير أعلام النبلاء، للذهبي (9/ 134)، والأعلام، للزركلي (6/ 80).

(64) الأشباه والنظائر، لابن نجيم ص (314).

(65) ينظر: الشرط الجزائي، لليمني ص (213وما بعدها)، وص(241).

القول بحلها؛ لأن الأصل في المعاملات الحل والجواز، ما لم يقم دليل على تحريمها.

الترجيح: يظهر لي – والله أعلم – التفصيل، وأن المسألة لها حالتان:

الحالة الأولى: أن يتم الاتفاق على شرط جزائي يستحق عند الإخلال بتنفيذ العقد أو فسخه، ولا يتم فيه تحديد مبلغ معين، وإنما يقدر المبلغ عند وقوع الضرر، فالشرط في هذه الحالة صحيح وجائز؛ لأن الأصل في الشروط الصحة والجواز، ولما في اشتراط ذلك من مصلحة لأحد المتعاقدين، وضمان لحقه، وحث للصانع ونحوه على إنجاز عمله.

لكن: هل حق التعويض عند وقوع الضرر المادي بسبب عدم التنفيذ حق ثابت بلا شرط، أو هو حق مكتسب بالشرط؟ الذي يظهر – والله أعلم – أنه حق مكتسب بالشرط؛ لعدم ورود ما يدل شرعًا على وجوب التعويض عن ذلك؛ ولذا لا نجد الفقهاء نصوا على هذا النوع من التعويض، فهو حق اكتسب بالاشتراط.

الحالة الثانية: أن يتم الاتفاق على شرط جزائي، ويحدد مبلغ معين في بداية العقد، يتم دفعه عند إخلال الصانع ونحوه بالتزامه، فالشرط في هذه الحالة شرط فاسد، سواء تبين أن المبلغ المحدد كان معادلًا للضرر، أو لم يكن معادلًا له؛ لما في التحديد من الجهالة والغرر؛ ولذا نجد القائلين به جعلوا للقضاء السلطة في تعديل الشرط الجزائي، وتخفيضه إذا ظهر له أن التعويض المقدر في الشرط الجزائي أكبر بكثير من التعويض، ولا يفسد هذا الشرط العقد؛ لأنه لا يعود إلى شرط العقد، ولا إلى ركنه، فلا علاقة له بالثمن والمثمن، وإنما يعود إلى أمر خارج عنه، وهو التعويض عن ضرر.

الفرع الثاني: الضرر المعنوي بسبب إخلال الصانع بالالتزام:

إذا لحق المستصنع ضرر معنوي بسبب إخلال الصانع بالالتزام من توتر أو أزمات نفسية أو نحو ذلك، فقد اختلف المعاصرون في جواز التعويض عن الضرر المعنوي بناء على الشرط الجزائي على قولين:

القول الأول: عدم جواز التعويض عن الضرر المعنوي بناء على الشرط الجزائي.وبه قال أكثر المعاصرين[66]، وصدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي، فقد جاء فيه: «ولا يشمل – أي التعويض في الشرط الجزائي – الضرر الأدبي أو المعنوي»[67].

ويستدل لهذا القول بما يأتي:

1 – أن فقهاء المسلمين لم يذكروا التعويض المالي عن الأضرار المعنوية؛ لذا حكى بعض من بحث المسألة

(66) ينظر: الشرط الجزائي، للصديق الضرير، والشرط الجزائي، لناجي شفيق عجم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، (12/ 515، 612)، والتعويض عن الضرر، لبوساق ص (35).

(67) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (12/ 671).

الإجماع على عدم جواز التعويض المالي عن الأضرار الأدبية أو المعنوية، وإنما فيها الحد أو التعزير[68].

ويمكن أن يناقش: أن عدم ذكر الفقهاء للتعويض عن الضرر المعنوي لا يدل على إجماعهم على المنع منه، إذ لم يوجد تصريح منهم بذلك، والإجماع إذا لم يبن على استقراء وتتبع فهو دعوى.

2-أن من قواعد الشريعة العدل في الأمر كله، يقول الله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ﴾ (النساء: 58)، ويقول ﷻ: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ﴾ (النحل: 90).

يقول الشيخ السعدي[69] في تفسير الآية: «فالعدل الذي أمر الله به يشمل العدل في حقه وفي حق عباده، فالعدل في ذلك أداء الحقوق كاملة موفرة بأن يؤدي العبد ما أوجب الله عليه من الحقوق المالية والبدنية والمركبة منهما في حقه وحق عباده، ويعامل الخلق بالعدل التام.....ومن العدل في المعاملات: أن تعاملهم في عقود البيع والشراء وسائر المعاوضات، بإيفاء جميع ما عليك، فلا تبخس لهم حقا، ولا تغشهم، ولا تخدعهم، وتظلمهم»[70]. اهـ.

ومن العدل: التعويض عن الضرر المالي بالمال، وعن الضرر غير المالي بغير المال.

ويمكن أن يناقش: أنه ليس المقصود من التعويض إحلال مال محل مال، بل يدخل في الغرض منه المواساة إن لم تكن المماثلة، ومن أظهر تطبيقات ذلك: الدية[71]، والأرش[72].

وأجيب على ذلك: بأن الدية والأرش تعويض عن ضرر مادي، فاستدلالكم خارج عن محل النزاع[73].

3- أن التعويض عن الأضرار المعنوية يفتح الباب للتلاعب بالأموال، والوقوع فيما نهى الله عنه في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم

(68) ينظر: الضمان، للخفيف ص (55، 56)، والشرط الجزائي، لليمني ص (185)، والشروط التعويضية، للعنزي (1/ 339).

(69) السعدي هو: عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السَّعْدي التميمي: مفسر، أصولي، فقيه، من مؤلفاته: تيسير الكريم الرحمن في تفسير القرآن، والقواعد الحسان في تفسير القرآن، والخطب المنبرية. توفي سنة1376هـ. ينظر: الأعلام، للزركلي (3/ 340)، ومعجم المؤلفين، لكحالة (13/ 396).

(70) تيسير الكريم الرحمن، للسعدي ص (447).

(71) الدية: أصلها: ودي، تقول: وَدَيْتُ القتيل أديه دية: إذا أعطيت ديته، واتَّدَيْتُ: إذا أخذت الدية، وهي:المال الذي هو بدل النفس. ينظر: التعريفات، للجرجاني ص (106)، والمطلع على أبواب المقنع، للبعلي ص (443).

(72) الأرش: المال الواجب فيما دون النفس، وأرش الجراحة ديتها، وأصله الفساد، ثم استعمل في نقصان الأعيان؛ لأنه فساد فيها. ينظر: التوقيف على مهمات التعاريف، للمناوي ص(45)، وغريب الحديث، لابن الجوزي (1/ 19).

(73) الفعل الضار، للزرقا ص (125)، والشرط الجزائي، لليمني ص (190)، والشروط التعويضية، للعنزي (1/ 344).

بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ (النساء: 29).

لذا يقول الشيخ مصطفى الزرقا [74]: «كثيرًا ما نسمع، فندهش في أخبار الدعاوى والأقضية الأجنبية أرقامًا ومزاعم أضرار أدبية في منتهى التفاهة!!»[75].

ويمكن أن يناقش: أن هذا معارض بمثله، فعدم التعويض عن الأضرار المعنوية يفتح الباب لعدم اعتبار المعاني، وجرح مشاعر الناس، وإيذائهم.

وأجيب عن ذلك: بأن عدم التعويض المالي عن الأضرار المعنوية لا يعني عدم المعاقبة عليها، بل يعاقب على من ألحق ضررًا أدبيًا بغيره بما يناسبه من الحد أو بالتعزير[76].

القول الثاني: جواز التعويض عن الضرر المعنوي بناء على الشرط الجزائي.

وبه قال بعض المعاصرين [77].

ويستدل لهذا القول بما يأتي:

1 - أن الأصل في الشروط والعقود الجواز، وقد قرر هذا جماهير العلماء من المتقدمين والمتأخرين، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية [78]: «لست أعلم خلاف أحد من العلماء السابقين في أن ما لم يجئ دليل بتحريمه، فهو مطلق غير محجور، وقد نص على ذلك كثير ممن تكلم في أصول الفقه وفروعه، وأحسب بعضهم ذكر في ذلك الإجماع يقينًا أو ظنًا»[79].

ونوقش: بأن هذا مسلم به إلا أنه ليس على إطلاقه، فجواز الشروط والعقود مقيد بعقد أو شرط لم يحل حرامًا، أو يحرم حلًالًا، وقد ذكر ذلك رسول الله ﷺ في قوله: (المسلمون على شروطهم إلا شرطًا حرم حلًالا، أو أحل حرامًا)[80]، وأخذ العوض عن الأضرار

(74) الزرقا هو: مصطفى بن أحمد بن محمد الزرقا، نشأ في بيت علم، فوالده الشيخ أحمد الزرقا مؤلف كتاب شرح القواعد الفقهية، وجده محمد من كبار علماء المذهب الحنفي في حلب، من مؤلفاته: المدخل الفقهي العام، وأحكام الأوقاف، والاستصلاح والمصالح المرسلة، وغيرها. توفي سنة 1421هـ. ينظر: نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا، للعجوري ص (8-11).

(75) الفعل الضار، للزرقا ص (124)

(76) ينظر: المرجع السابق ص (125)، والتعويض عن الضرر، لبوساق ص (35)، والشرط الجزائي، لليمني ص (190، 191).

(77) ينظر: نظرية الضمان، للزحيلي ص (54)، والتعويض عن الضرر، لبوساق ص (35)، والشروط التعويضية، للعنزي (1/ 338).

(78) سبق ترجمته.

(79) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (21/ 538).

(80) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، من حديث كثير بن عبدالله بن عمرو بن عوف المزني، رقم (1352)، وأخرجه أبوداود في سننه، كتاب الأقضية، باب الصلح، من حديث أبي هريرة، رقم (3594). والحديث صححه الترمذي، وحسنه شيخ الإسلام ابن تيمية في مجموع الفتاوى (29/ 147)،=

الأدبية فيه مفاسد، وأكل للمال بالباطل، فلا يجوز اشتراطه.

2- قياس المنافع الأدبية غير المالية على المنافع المالية، فكما أن منافع الأموال يتم التعويض عنها عند الضرر، فكذلك المنافع الأدبية يصح التعويض عنها عند اشتراط ذلك،بجامع أن كلًا منها منافع، ولا يقال: إن التقويم يعتمد على الإحراز، والإحراز يعتمد على البقاء، ولا بقاء للأعراض، والضرر الأدبي عرض؛ لأن هذا رأي من لم يقل بتقويم المنافع[81]؛ ولذا نجد أن من الفقهاء من نص على التعويض المالي عن مجرد الألم،وهو ضرر معنوي، جاء في المبسوط أن محمد بن الحسن قال في الجراحات التي تندمل دون أن يبقى لها أثر: «يجب فيها حكومة عدل[82] بقدر ما لحق المجروح من الألم»[83]، وفي مجمع الضمانات جاء ما نصه: «ولو شج رِجلًا فالتحمت، ولم يبق لها أثر، ونبث الشعر سقط الأرش عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف[84]: عليه أرش الألم، وهو حكومة عدل»[85].

ويمكن أن يناقش من وجهين:

الأول: أن قياس المنافع الأدبية على المنافع المالية قياس مع الفارق؛ لأن المنافع المالية لها قيمة يمكن المعاوضة عليها، بخلاف المنافع المعنوية والأدبية، فليست متقومة.

والثاني: أن الأمثلة التي استدل بها ليست من الضرر الأدبي في شيء، فالألم والشين وفوات الزينة بفقدان الشعر، كلها أضرار مادية، لا نزاع في جواز التعويض المالي عنها [86].

3- قياس التعويض عن الأضرار المعنوية على التعزير بالمال [87]، فكما يجوز التعزيز والعقوبة بالمال يجوز كذلك التعويض عن الأضرار المعنوية بالمال.

=فقال: «وهذه الأسانيد، وإن كان الواحد منها ضعيفًا - فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضًا»، وصححه الألباني في صحيح الجامع الصغير (2/ 1138).

(81) ينظر: نظرية التعسف في استعمال الحق، للدريني ص (290)، والشرط الجزائي، لليمني ص (187)، والشروط التعويضية، للعنزي (1/ 341).

(82) حكومة عدل هي: تقدير نسبة الجرح من الدية الكاملة، وتكون هذه النسبة هي دية الجرح. ينظر: الموسوعة الكويتية (13/ 178)، والفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي (7/ 664).

(83) المبسوط، للسرخسي (26/ 81).

(84) أبو يُوسف: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي، أبو يوسف: صاحب الإمام أبي حنيفة، وتلميذه، وأول من نشر مذهبه، من مؤلفاته: الخراج، والآثار، والنوادر، واختلاف الأمصار، وغيرها. توفي سنة 182هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء، للذهبي (8/ 535)، والأعلام، للزركلي (8/ 193).

(85) مجمع الضمانات، للبغدادي (1/ 171).

(86) الفعل الضار، للزرقا ص (123).

(87) ينظر: التعويض عن الضرر، لبوساق ص (37- 38)، والشرط الجزائي، لليمني ص (190)، والشروط التعويضية، للعنزي (1/ 344).

ويمكن أن يناقش: بأن هـذا القيـاس قيـاس مـع الفارق، وذلك لما يأتي[88]:

1 -أن التعزيز بالمال مختلـف فيـه فهـو اسـتدلال بمحل نزاع بين العلماء.

2 -أن التعزيـر بالمـال، مرجعـه الحـاكم، ولـيس للمتعاقدين أو أحدهما.

3 - أن التعزيز من باب الزواجر، والتعويض من باب الجوابر، فكيف يقاس هذا على هذا؟!.

الترجيح: يظهر لي أن الـراجح هـو القـول بعـدم جواز التعويض عن الأضرار المعنوية، وذلك لما يأتي:

1 - قوة أدلة هذا القول.

2 - أنه أقـرب إلى الأصـول الـشرعية، والمبـادئ المرعية في معالجة الأضرار.

3 - أن فيه سدًا لذريعـة التحايـل، وأكـل أمـوال الناس بالباطل.

* * *

المبحث الثاني

الإخلال بالالتزام بعد تقديم دفعات من الأعيان المستصنعة

إذا حـصل هنـاك إخـلال بـالالتزام في عقـد الاستصناع، ووجد ضرر مادي عـلى المستـصنع بـسبب هذا الإخلال بعد تقديم دفعات من الأعيان المستصنعة، فإن هذا الإخلال إما أن يكون بسبب الصانع، أو بسبب المستصنع، أو بسبب أجنبـي عـنهما، وتوضـيح ذلـك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: الإخلال بالالتزام بسبب الصانع.

إذا كان الإخلال بـالالتزام بـسبب الـصانع بعـد تقديم دفعات مـن الأعيـان المستـصنعة، فإمـا أن تبقـى الأعيان في يد المستصنع، أو ينتفع بها مدة لمثلها أجرة، أو ترد إلى الصانع، وبيان ذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: بقاء الدفعات من الأعيان المستصنعة في يـد المستصنع، أو انتفاعه بها مدة لمثلها أجرة.

إذا بقيت الدفعات من الأعيان المستـصنعة في يـد المستصنع بعد فسخ العقد، أو انتفع بها مدة لمثلها أجـرة، فإما أن يكون المستـصنع قـد سـلم للـصانع ثمـن تلـك الأعيان كاملًا قبل الإخلال بـالالتزام، أو يكـون الـثمن دينًا في ذمته، وتوضيح ذلك في المقصدين الآتيين:

المقـصد الأول: تـسليم المستـصنع ثمـن الأعيـان قبـل الإخلال بالالتزام.

إذا سلم المستصنع ثمن الأعيان كاملـة، ثـم أخـل الصانع بالالتزام، فتم فسخ العقد، فالـصانع بعـد الفـسخ مدين للمستصنع بالمتبقي من ثمن الأعيان التي لم يسلمها، وبالتعويض عن الضرر الفعلي الذي لحق المستصنع:

(88) ينظر: التعويض عن الضرر، لبوساق ص (37 - 38)، والشرط الجزائي، لليمني ص (190)، والشروط التعويـضية، للعنـزي (1/ 344).

فعندنا أمران:

الأمر الأول: دين على الصانع، وهو المتبقي من ثمن الأعيان التي تسلم ثمنها، ولم يسلمها.

الأمر الثاني: دين آخر، وهو الأضرار الناتجة عن الإخلال بالالتزام بالعقد بناء على الشرط الجزائي.

وفي هذه الحالة يمكن تخرج ثلاثة أقوال في المسألة:

القول الأول: عدم جواز أخذ العوض عن الأضرار الناتجة عن الإخلال بالعقد بناء على الشرط الجزائي في حالة كون الصانع مدينًا للمستصنع.

ويستدل لهذا القول:

1 - أن الصانع مدين للمستصنع، وأخذ المستصنع عوضًا مقابل تأخر الصانع في التنفيذ زيادة في أصل الدين، فتكون من الربا الذي ذكره الله في قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ (البقرة: 275)، وقوله سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُواْ ٱلرِّبَوٰٓاْ أَضْعَٰفًا مُّضَٰعَفَةً وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ (آل عمران: 130).

قال ابن عبدالبر [89]: «وأجمع العلماء من السلف والخلف أن الربا الذي نزل القرآن بتحريمه هو أن يأخذ صاحب الدين لتأخير دينه بعد حلوله عوضًا: عينًا أو عرضًا، وهو معنى قول العرب: إما أن تقضي، وما أن تربي»[90].

ويمكن أن يناقش: بأن المبلغ المأخوذ في الشرط الجزائي ليس زيادة على أصل الدين، وإنما هو مقابل الأضرار اللاحقة بالمستصنع.

2 - أن التعويض المأخوذ في الشرط الجزائي - على القول بجواز تقديره قبل وقوعه - قد يكون زائدًا على الأضرار المادية الناتجة عن الإخلال بالعقد، فتكون هناك زيادة لا يقابلها سوى الدين الذي في ذمة الصانع، فيقع الربا، أو يتم تقدير الضرر بعد وقوعه، فتحصل تجاوزات في ذلك، فيقع الربا.

ويمكن أن يناقش: بأن تقدير المبلغ إذا كان زائدًا على الأضرار المادية، فيمكن تعديله خاصة إذا خشي الوقوع في المحذور.

القول الثاني: جواز أخذ العوض عن الأضرار الناتجة عن الإخلال بالعقد، بشرط أن لا يحتسب من ذلك الضرر الناتج عن تأخر الصانع في رد المتبقي من ثمن الأعيان أو مدة بقاء الثمن في يده.

ويستدل لهذا القول:

1 - أن الشرط الجزائي شرط في العقد، والأصل

(89) ابن عَبْد البر هو: يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي المالكي، أبو عمر: من كبار حفاظ الحديث، مؤرخ، أديب، بحاثة. من مؤلفاته: الاستيعاب، وجامع بيان العلم وفضله، والتمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، وغيرها، توفي سنة 463هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء، للذهبي (18/ 153)، والأعلام، للزركلي (8/ 240).

(90) الكافي في فقه أهل المدينة، لابن عبدالبر (2/ 633).

هو الوفاء بالعقود والشروط؛ لقول الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ (المائدة: 1).

ويمكن أن يناقش: أن الشرط يجب الوفاء به مالم يترتب عليه أمر محرم، فإن ترتب عليه أمر محرم من الوقوع في الربا لم يجز الوفاء به.

2- أن سبب الدينين مختلف، فلا علاقة لأحدهما بالآخر، فالدين الأول سببه المبلغ الذي في ذمة الصانع بعد فسخ العقد، والدين الآخر سببه اشتراط المستصنع على الصانع تحمل الأضرار الناتجة عن الإخلال بالعقد.

ويمكن أن يناقش: بأن الدينين، وإن اختلف سببهما، فإن الجمع بينهما في عقد واحد يؤدي إلى ربا، ولذا يمنع منه.

ويمكن أن يجاب: بأن مبلغ الشرط الجزائي محدد قبل ثبوت الدين الآخر على الصانع، والربا زيادة في دين ثابت.

ويناقش: بأن الأقرب أن الشرط الجزائي لا يصح تحديد مبلغه إلا بعد وقوع الضرر، ثم القائلون بالتحديد قبل وقوع الضرر يجعلون للقاضي سلطة التخفيض والزيادة.

القول الثالث: جواز أخذ العوض عن الأضرار الناتجة عن الإخلال بالعقد، ومن ذلك تأخر الصانع عن رد المتبقي من ثمن الأعيان إذا ماطل بها مع قدرته على الوفاء بناء على الشرط الجزائي.

ويستدل لهذا القول:

بأن تأخر الصانع في الوفاء بالدين يلحق الضرر بالمستصنع، فيحق له المطالبة بالتعويض عن ضرر المماطلة، وهذا من قبيل فرض العقوبة عليه، فقد قال - عليه الصلاة والسلام -: (لي الواجد يحل عرضه وعقوبته)[91].

ويمكن أن يناقش: بأن العقوبة في الحديث لا يراد بها التعويض المالي، وإنما المقصود بها: جواز حبسه وضربه، وقد فسر أهل العلم الحديث بذلك، فقد ذكر أبوداود [92] بعد إراده للحديث كلام ابن المبارك [93] رحمه الله فقال: «قال ابن المبارك: يحل عرضه: يغلظ له، وعقوبته:

(91) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب في الحبس في الدين وغيره، رقم (3628)، وأخرجه النسائي في سننه، كتاب البيوع، باب مطل الغني، من حديث عمرو بن الشريد عن أبيه، رقم (4689)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه، كتاب الدعوى، باب عقوبه الماطل، رقم (5089)، وصححه الحاكم في مستدركه، كتاب الأحكام (4/ 114)، ووافقه الذهبي، وحسنه الألباني في إرواء الغليل (5/ 259)، رقم (1434).

(92) أبوداود هو: سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي السجستاني، من مؤلفاته: السنن، وهو أحد الكتب الستة، والمراسيل، وكتاب الزهد. توفي سنة 375هـ.ينظر: سير أعلام النبلاء، للذهبي (13/ 203)، والأعلام، للزركلي(3/ 122).

(93) ابن المبارك هو: عبد الله بن المبارك بن واضح الحنظليّ بالولاء، التميمي، المروزي أبو عبد الرحمن من مؤلفاته: كتاب في الجهاد، والرقائق. توفي سنة 181هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء، للذهبي (8/ 378)، والأعلام، للزركلي (4/ 115).

يحبس له»[94]، وقد ورد نحو هذا عن غير واحد من السلف.

الترجيح: الراجح - والله أعلم - القول الثاني، وهو جواز أخذ العوض عن الأضرار الناتجة عن الإخلال بالعقد بشرط ألا يحسب من ذلك الضرر الناتج عن تأخر الصانع في رد المتبقي من ثمن الأعيان أو مدة بقاء الثمن في يده، ويضاف إلى ذلك شرط آخر، وهو: كون التعويض بقدر التكلفة الفعلية للضرر، سدًا لذريعة الربا؛ ولأن الدين الثاني ناشئ عن الدين الأول.

المقصد الثاني: بقاء الثمن دينًا في ذمة المستصنع.

فالصانع دائن للمستصنع بالثمن، ومدين له بالتعويض عن الضرر الفعلي الذي لحقه مقابل التأخير، فلهما الاتفاق على المقاصة [95] في القدر المشترك، ويبقى صاحب الدين الأكثر دائنًا للآخر بمقدار الزيادة.

وكما أن للمستصنع - في هذه الحالة - أن يأخذ العوض عن الضرر الفعلي الذي لحقه مقابل الإخلال بالعقد، فإن عليه أن يبذل مقابل هذه الأعيان عند بقائها في يده، أو انتفاعه بها مدة لمثلها أجرة، جاء في المعايير الشرعية: «إذا عجز الصانع عن الإتمام فإن المباني، أو منشآت المشروع، لا يستحقها المستصنع مجانًا، ويختلف الحكم تبعًا للسبب، فإن كان العجز بسبب يرجع إلى الصانع فيضمن المستصنع قيمة البناء بنسبة ما أنجز الصانع مع تحمل الصانع ما قد ينشأ للمستصنع من ضرر فعلي»[96].

الفرع الثاني: رد المستصنع الأعيان للصانع، وعدم انتفاعه بها مدة لمثلها أجرة.

إذا رد المستصنع الأعيان للصانع، ولم ينتفع بها مدة لمثلها أجرة، فله المطالبة بالتعويض بناء على الشرط الجزائي بسبب إخلال الصانع في بالعقد، وعدم تنفيذه، وذلك في الحالة التي لا يكون فيها الصانع مدينًا للمستصنع -كما تقدم.

المطلب الثاني: الإخلال بالالتزام بسبب المستصنع.

إذا كان عدم الإتمام والإخلال بالالتزام بسبب المستصنع، فإن المستصنع لا يستحق تعويضًا بناء على الشرط الجزائي؛ لعدم توفر شرط استحقاقه، لكن: هل يطالب المستصنع بتعويض الصانع عن الضرر اللاحق به مقابل تأخيره أداء ما عليه أولا؟

جاء قرار المجمع الفقهي مطلقًا بعدم جواز اشترط تعويض على المستصنع حالة تأخره في أداء ما عليه سواء كان ثمنًا أو غيره، فقد ذكر فيه ما نصه «فيجوز هذا الشرط...في... عقد الاستصناع بالنسبة

(94) ينظر: سنن أبي داود، كتاب الأقضية، باب في الحبس في الدين وغيره حديث، رقم (3630).

(95) المقاصة: هي سقوط دين مطلوب لشخص من مدينه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لمدينه. ينظر: المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ص (38).

(96) المرجع السابق ص (148).

للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه، ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه»[97].

وفي المعايير الشرعية جاء فيما يتعلق بما إذا كان عدم الإتمام يرجع إلى الصانع ما نصه: «إذا كان عدم الإتمام لسبب يرجع إلى المستصنع فيستحق الصانع قيمة ما أنجزه مع تحمل المستصنع الضرر اللاحق بالصانع»[98].

بينما جاء النص في موضع آخر من المعايير على أنه: «لا يجوز الشرط الجزائي بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء الثمن»[99].

والذي يظهر أن هيئة المحاسبة ترى أن المستصنع يمكن أن يحمل الضرر الناتج عن إخلاله بالتزام من التزامات العقد من عدم تخليته للأرض مثلًا، وعدم تمكين الصانع من العمل، أما التأخر في أداء الثمن فلا يجوز أن يحمل المستصنع ما ينتج عنه من ضرر.

وهذه المسألة ترجع إلى المسألة التي تمت الإشارة إليها، وهي أن المدين صانعًا كان أو مستصنعًا: هل يجوز أن يفرض عليه تعويض مقابل إخلاله بالتزامه، وقد سبق تخريج ثلاثة أقوال فيها.

(97) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (12/ 671).

(98) ينظر: المعايير الشرعية ص (148).

(99) المرجع السابق ص (149).

المطلب الثالث: الإخلال بالالتزام بسبب أجنبي.

إذا أثبت الصانع أن الإخلال بالالتزام، وعدم الإتمام، أو التأخر في التنفيذ، بسبب أجنبي أو آفة سماوية كحريق أو قحط أو صقيع أو فيضانات أو ريح، لم يستحق المستصنع التعويض عن الضرر اللاحق به، بناء على الشرط الجزائي،جاء في المعايير الشرعية: «وإذا كان عدم الإتمام لسبب لا يرجع لأحدهما، فيضمن المستصنع قيمة ما أنجزه فقط – أي: إذا بقيت الأعيان في يده – ولا يتحمل أحدهما ما لحق الآخر من ضرر» [100].

لأن شرط استحقاق الشرط الجزائي هو أن يكون الإخلال بسبب الملتزم، وقد تخلف، فلا يسأل عن ضرر وقع بسبب غيره، قال تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ (الأنعام: 164).

وهذا الأمر قد ورد في الشريعة الإسلامية، فلو أتلف المبيع أجنبي فإنه من ضمان الأجنبي باتفاق الفقهاء[101].

* * *

(100) المرجع السابق (148).

(101) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (5/ 257)، والذخيرة، للقرافي (5/ 524)، الغرر البهية، للأنصاري (3/ 11)، والإنصاف، للمرداوي (4/ 464)، والشرط الجزائي، لليمني ص (255-256).

الخاتمة

الحمد لله أولًا وآخر وظاهرًا وباطنًا، أما بعد:

ففي نهاية هذا البحث أسجل أهم ما جاء فيه من مسائل ونتائج في النقاط الآتية:

1- أن الاستصناع: عقد على بيع عين موصوفة في الذمة مطلوب صنعها. وهو من العقود الجائزة التي تعامل بها الناس في سائر الأعصار من غير نكير.

2- الشرط الجزائي هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه.

3- للشرط الجزائي عدد من المصالح والمزايا منها: ضمان تنفيذ الالتزام، والتقليل من المنازعات حول التعويض عن الأضرار اللاحقة بسبب الإخلال بالعقد، وتوفير المال والوقت اللذين سينفقان على الإجراءات القضائية، وتحقيق التعويض الأمثل.

4- أخذ عوض عن الإخلال بالالتزام مع عدم وجود ضرر على المستصنع بناء على الشرط الجزائي، يعد من أكل المال بالباطل الذي نهى الله تعالى عنه.

5- يصح الاتفاق بين الصانع والمستصنع على شرط جزائي يستحق عند الإخلال بتنفيذ العقد أو فسخه، ولا يتم فيه تحديد مبلغ معين، وإنما يقدر المبلغ عند وقوع الضرر، وإذا تم تحديد المبلغ في بداية العقد فسد الشرط دون العقد.

6- لا يجوز أخذ التعويض عن الأضرار المعنوية من حصول توتر للمستصنع، أو حصول أزمات نفسية، أو غير ذلك بناء على الشرط الجزائي؛ لأن المنع من ذلك أقرب إلى الأصول الشرعية، والمبادئ المرعية في معالجة الأضرار.

7- إذا سلم المستصنع ثمن الأعيان كاملة، ثم أخل الصانع بالالتزام فتم الفسخ، وطلب دفع العوض عن الأضرار الناتجة عن إخلاله بالالتزام بناء على الشرط الجزائي، فإن المطالبة بأخذ العوض عن تلك الأضرار جائزة، بشرط أن لا يحتسب من ذلك الضرر الناتج عن تأخر الصانع في رد المتبقي من ثمن الأعيان أو مدة بقاء الثمن في يده، ويضاف إلى ذلك شرط آخر، وهو كون التعويض بقدر التكلفة الفعلية للضرر؛ سدًا لذريعة الربا.

8- إذا لم يسلم المستصنع ثمن الأعيان للصانع، ثم أخل الصانع بالالتزام، فإن الصانع دائن للمستصنع بالثمن ومدين له بالتعويض عن الضرر الذي لحقه مقابل التأخير، وللمستصنع أخذ العوض عن الضرر الذي لحقه بالعقد، وعليه بذل مقابل بقاء الأعيان في يده وانتفاعه بها مدة لمثلها أجرة.

9- إذا رد المستصنع الأعيان للصانع، ولم ينتفع بها مدة لمثلها أجرة، فله المطالبة بالتعويض، بناء على الشرط الجزائي، بسبب إخلال الصانع بالعقد، وعدم

تنفيذه، وذلك في الحالة التي لا يكون فيها الصانع مـدينًا للمستصنع.

10 – إذا كان عـدم الإتمـام والإخـلال بـالالتزام بسبب المستصنع، فإن المستصنع لا يستحق تعويضًا بنـاء على الشرط الجزائي.

11 – إذا أثبـت الـصانع أن الإخـلال بـالالتزام، وعدم الإتمام، أو التأخر في التنفيذ، بسبب أجنبي، أو آفة سماوية، كحريق أو قحط أو صقيع أو فيضانات أو ريح، لم يستحق المستصنع التعويض عن الضرر اللاحق به بناء على الشرط الجزائي.

12 – يمكـن القـول بـأن ضـوابط اسـتحقاق المستصنع لمبلغ الشرط الجزائي هي:

أولًا: أن يكـون هنـاك ضرر عليـه في الإخـلال بالالتزام.

ثانيًا: أن يكون الضرر فعليًا.

ثالثًا: أن يتم تقدير المبلغ عنـد وقـوع الـضرر، أو فسخ العقد.

رابعًا: أن يكون المتسبب في الضرر الصانع.

خامسًا: أن لا يصبح الـصانع مـدينًا للمستـصنع بالثمن.

هذا أبرز ما توصلت إليه في هذا البحث، وأسـأل الله تعالى التوفيق والسداد، وصـلى الله وسـلم عـلى نبينـا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

فهرس المصادر والمراجع

أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكـة العربيـة الـسعودية. هيئـة كبـار العلماء. ط1، الرياض: دار القاسم، 1421هـ – 2000م.

اختلاف الأئمة العلماء. ابن هبيرة، يحيى بن (هُبَيْرَة بن) محمـد، أبـو المظفر، عون الدين. تحقيـق: الـسيد يوسـف أحمـد، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1423هـ – 2002م

الأربعون النووية. النووي، يحيى بن شرف محيى الدين أبو زكريـا. عُنِيَ بِهِ: قصي محمد نـورس الحـلاق، وأنـور بـن أبي بكـر الـشيخي، ط1، بـيروت: دار المنهـاج للنـشر والتوزيـع، 1430هـ – 2009م.

إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل. الألباني، محمد نـاصر الدين. إشراف: زهير الـشاويش، ط2، بـيروت: المكتـب الإسلامي، 1405هـ – 1985م.

الاستصناع، تعريفه، تكيفه، حكمه، شروطه، أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية. الثبيتي، سعود بن مـسعد بـن مـساعد، مجلـة المجمع الفقه الإسلامي، جدة، العـدد (7)، 1412هـ – 1992م.

أسد الغابة في معرفة الصحابة. ابن الأثير، علي بن أبي الكـرم محمـد بن محمد بن عبـد الكـريم. تحقيـق: عـلي محمـد معـوض، وعـادل أحمـد عبـد الموجـود، ط1، بـيروت: دار الكتـب العلمية، 1415هـ – 1994م.

الأشباه والنظائر. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد. وضع حواشيه وخرج أحاديثـه: الـشيخ زكريـا عمـيرات، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ – 1999م.

الأشباه والنظائر. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ – 1990م.

إعلام الموقعين عن رب العالمين. ابن القيم، محمـد بـن أبي بكـر بـن

أيوب. تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ - 1991م.

الأعلام. الزركلي، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس. ط15، د.م: دار العلم للملايين، 2002م.

الأم. الشافعي، محمد بن إدريس بن العباس، أبو عبدالله. د.ط، بيروت: دار المعرفة، 1410هـ - 1990م.

الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان. ط2، بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت.

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد. ط2، بيروت: دار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986م

البناية شرح الهداية. العيني، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين، بدر الدين، أبومحمد. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1420هـ - 2000م.

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلبِي. الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن. ط1، القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، 1313هـ.

التعريفات. الجرجاني، علي بن محمد بن علي. ضبطه وصححه: جماعة من العلماء، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1403هـ -1983م.

التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي. بوساق، محمد بن المدني. ط1، الرياض: دار إشبيليا، 1419هـ.

تفسير المنار. رضا، محمد رشيد بن علي. د.ط، مصر: الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1990م.

التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير. ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد بن أحمد. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ- 1989م.

التهذيب في اختصار المدونة. ابن البراذعي، خلف بن أبي القاسم محمد، أبو سعيد. دراسة وتحقيق: د. محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، ط1، دبي: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، 1423هـ - 2002م.

التوقيف على مهمات التعاريف. المناوي، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي. ط1، القاهرة: عالم الكتب، 1410هـ-1990م.

تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان. السعدي، عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله. تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1420هـ - 2000م.

جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم. ابن رجب، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد الحنبلي. تحقيق: شعيب الأرناؤوط، وإبراهيم باجس، ط7، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1422هـ - 2001م.

دور هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية في تعزيز الأمن الفكري. العريفي، سعد بن فلاح بن عبدالعزيز العريفي. بحث مقدم للمؤتمر الوطني الأول للأمن الفكري «المفاهيم والتحديات»، برعاية كرسي الأمير نايف بن عبدالعزيز لدراسات الأمن الفكري بجامعة الملك سعود، ١٤٣٠ هـ.

الذخيرة. القرافي، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، أبو العباس. تحقيق: محمد حجي، وسعيد أعراب، ومحمد بو خبزة، ط1، بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1994م.

رد المحتار على الدر المختار. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الحنفي. ط2، بيروت: دار الفكر، 1412هـ - 1992م.

الروض المربع مع حاشية ابن قاسم. البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين الحنبلي. ط1، 1397هـ.

سنن ابن ماجه. ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، د.ط، القاهرة: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، د.ت.

سنن أبي داود. أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق. تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، د.ط، بيروت: المكتبة العصرية، د.ت.

سنن الترمذي. الترمذي، محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى. تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي، وإبراهيم عطوة عوض، ط2، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1395هـ - 1975م.

سنن الدارقطني. الدراقطني، علي بن عمر بن أحمد بن مهدي، أبو الحسن. حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، وحسن عبد المنعم شلبي، وعبد اللطيف حرز الله، وأحمد برهوم، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1424هـ - 2004م.

السنن الكبرى. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى. تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط3، بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ - 2003م.

سير أعلام النبلاء. الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز، شمس الدين. تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، ط3، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1405هـ - 1985م.

شرح السنة. البغوي، الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء، أبو محمد. تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ومحمد زهير الشاويش، ط2، دمشق، بيروت: المكتب الإسلامي، 1403هـ - 1983م.

الشرح الصغير. الصاوي، أحمد بن محمد، أبو العباس. د.ط، د.م: دار المعارف، د.ت.

شرح المنهج المنتخب إلى قواعد. ابن المنجور، أحمد بن علي. دراسة وتحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، إشراف: د. حمد بن حماد الحماد، د.ط، د.م: دار عبدالله الشنقيطي، د.ت.

شرح معاني الآثار. الطحاوي، أحمد بن محمد بن سلامة بن عبدالملك بن سلمة، أبوجعفر. حققه وقدم له: محمد زهري النجار، ومحمد سيد جاد الحق، راجعه ورقمه: د. يوسف عبد الرحمن المرعشلي، ط1، بيروت: عالم الكتب، 1414هـ - 1994م.

الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي. عجم، ناجي شفيق. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، العدد (12)، 1421هـ - 2000م.

الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، دراسة فقهية مقارنة. اليمني، محمد بن عبدالعزيز بن سعد. ط1، الرياض: دار كنوز إشبيليا، 1427هـ - 2006م.

الشرط الجزائي. السالوس، علي بن أحمد. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، العدد (12)، 1421هـ - 2000م.

الشرط الجزائي. الضرير، الصديق محمد الأمين. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، العدد (12)، 1421هـ - 2000م.

الشروط التعويضية في المعاملات المالية. العنزي، عياد بن مسعف بن مقبل. ط1، الرياض: دار كنوز إشبيليا، 1430هـ - 2009م.

صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان. ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد، أبو حاتم. تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط2، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1414هـ - 1993م.

صحيح البخاري= الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه. البخاري، محمد بن إسماعيل، أبو عبدالله. تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط1، د.م: دار طوق النجاة، 1422هـ.

صحيح الجامع الصغير وزياداته. الألباني، محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي. د.ط، د.م: المكتب الإسلامي، د.ت.

صحيح مسلم = المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ. مسلم، أبو الحسن مسلم بن الحجاج. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، د.ط، بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت.

الضمان في الفقه الإسلامي. الخفيف، علي محمد. د.ط، القاهرة: دار الفكر 2000م.

طبقات الشافعية. السبكي، عبد الوهاب بن تقي الدين، تاج الدين. تحقيق: د. محمود محمد الطناحي، و د. عبد الفتاح محمد الحلو، ط2، مصر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع، 1413هـ.

طلبة الطلبة. النسفي: عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو حفص. د.ط، بغداد: المطبعة العامرة، ومكتبة المثنى، 1311هـ.

عقد الاستصناع ومدى أهمية في الاستثمارات الإسلامية. الزرقا، مصطفى بن أحمد. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، العدد (7)، 1412هـ - 1992م.

الغرر البهية في شرح البهجة الوردية. الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا. د.ط، د.م: المطبعة الميمنية، د.ت.

غريب الحديث. الخطابي، حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب، أبو سليمان. تحقيق: عبد الكريم إبراهيم الغرباوي، وخرج أحاديثه: عبد القيوم عبد رب النبي، د.ط، د.م: دار الفكر، 1402هـ - 1982م.

غريب الحديث. ابن الجوزي، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد. تحقيق: د. عبد المعطي أمين القلعجي، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1405هـ - 1985م.

فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء. جمع وترتيب: أحمد عبدالرزاق الدرويش، تحت إشراف: رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، ط3، الرياض: المملكة العربية السعودية، 1419هـ.

فتح العزيز بشرح الوجيز = الشرح الكبير. الرافعي، عبد الكريم بن محمد القزويني. د.ط، د.م: دار الفكر، د.ت.

الفعل الضار والضمان فيه. الزرقا، مصطفى أحمد. ط1، دمشق: دار القلم، بيروت: دارة العلوم، 1409هـ.

الفِقْهُ الإسلامي وأدلتُه. الزحيلي، وهبة بن مصطفى. ط4، دمشق: دار الفكر، تنسيق المكتبة الشاملة، د.ت.

الكافي في فقه أهل المدينة. ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد، أبو عمر. تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، ط2، الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، 1400هـ - 1980م.

كشاف القناع عن متن الإقناع. البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين الحنبلي. د.ط، د.م: دار الكتب العلمية، د.ت.

المبسوط. السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة. د.ط، بيروت: دار المعرفة، 1414هـ-1993م.

المجتبى من السنن = السنن الصغرى للنسائي. النسائي، أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، أبو عبدالرحمن. تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، ط2، حلب: مكتب المطبوعات

الإسلامية، 1406هـ - 1986م.

مجلة البحوث الإسلامية. الرئاسة العامة لإدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد. الرياض، العدد (1)، 1395هـ.

مجلة المجمع الفقه الإسلامي. إصدار: مجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، المكتبة الشاملة، أعدها للشاملة: أسامة بن الزهراء، د. ت.

مجمع الضمانات. البغدادي، غانم بن محمد الحنفي، أبو محمد. د.ط، د.م: دار الكتاب الإسلامي، د.ت.

مجموع فتاوى ورسائل شيخ الإسلام ابن تيمية. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن عبدالسلام، أبو العباس. جمع: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، د.ط، المدينة النبوية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1416هـ - 1995م.

المحكم والمحيط الأعظم. ابن سيده، علي بن إسماعيل، أبوالحسن. تحقيق: عبد الحميد هنداوي، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1421هـ - 2000م.

المحلى بالآثار. ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد الظاهري، أبومحمد. د.ط، بيروت: دار الفكر، د.ت.

مختار الصحاح. الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي، زين الدين أبو عبدالله. تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ط5، بيروت: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، 1420هـ - 1999م.

المستدرك على الصحيحين. الحاكم، محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه، أبوعبدالله. تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ- 1990م.

مسند الإمام أحمد بن حنبل. ابن حنبل، أحمد بن محمد، أبو عبدالله. تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد، وآخرون، إشراف: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1421هـ- 2001م.

المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. الفيومي، أحمد بن محمد بن علي أبو العباس. د.ط، بيروت: المكتبة العلمية، د.ت.

المصنف. الصنعاني، عبد الرزاق بن همام بن نافع. تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، ط2، بيروت: المكتب الإسلامي، 1403هـ.

المطلع على ألفاظ المقنع. البعلي، محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي، أبو عبد الله، شمس الدين. تحقيق: محمود الأرناؤوط، وياسين محمود الخطيب، ط1، د.م: مكتبة السوادي للتوزيع، 1423هـ - 2003م.

معالم السنن. الخطابي، أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم، أبوسليمان. ط1، حلب: المطبعة العلمية، 1351هـ - 1932م.

المعايير الشرعية. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية. د.ط، المنامة، البحرين: د.ن، 1431هـ - 2010م.

معجم المؤلفين. كحالة، عمر بن رضا بن محمد راغب بن عبد الغني. د.ط، بيروت: مكتبة المثنى، دار إحياء التراث العربي، د.ت.

المعجم الوسيط. مصطفى، إبراهيم؛ والزيات، أحمد حسن؛ وعبد القادر، حامد؛ والنجار، محمد علي. القاهرة: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، د.ت.

معجم مقاليد العلوم في الحدود والرسوم. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين. تحقيق: أ. د. محمد إبراهيم عبادة، ط1، مصر: مكتبة الآداب، 1424هـ - 2004م.

المغني. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، موفق الدين أبومحمد الحنبلي.

د.ط، القاهرة: مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م

الموسوعة الفقهية الكويتية. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، المكتبة الشاملة، د.ت.

نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي. الدريني، فتحي. ط4، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1408هـ-1988م.

نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي. الزحيلي، وهبة مصطفى. ط9، دمشق: دار الفكر، 1433هـ - 2012م.

نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا دراسة فقهية مقارنة. العجوري، سامي عدنان. إشراف: د. مازن مصباح صباح، رسالة لإكمال درجة الماجستير، جامعة الأزهر-غزة، كلية التربية، قسم الدراسات الإسلامية، 1434هـ.

***