قسم المعاملات الماليةباب العقود

الشرط الجزائى

٢٠-٠٤-٢٠٢١

العناوين المرادفة

الغرامات التأخيرية. صورة المسألة

للشرط الجزائى قسمان:

القسم الأول: الشرط الجزائى على الديون، وذلک بفرض غرامة على التأخر فى سداد دين، مثل أقساط بيع سيارة ونحو ذلک.

القسم الثانى: الشرط الجزائى على غير الديون، ومثاله: أن تقوم المؤسسات, أو الشركات التجارية, أو البنوک بفرض شرط جزائى فى العقد, يلتزم بموجبه المقاول بدفع مبلغ من المال جراء التأخر فى إنجاز العمل. حكم المسألة

أما القسم الأول، وهو الشرط الجزائى على الديون، فلم يكن تحريمه محل خلاف عند المتقدمين، ثم اختلف الفقهاء المعاصرون فيه على ثلاثة اتجاهات: الاتجاه الأول: عدم جواز فرض غرامة التأخير مطلقًا، وإليه ذهب عامة المعاصرين. الاتجاه الثانى: جواز فرض غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل, ولكن لا يجوز للدائن أن يأخذها، بل يجب عليه أن يصرفها على الفقراء، والجهات الخيرية. الاتجاه الثالث: جواز فرض غرامة التأخير, وعدم وجود الحرج فى أن يقوم الدائن بالاستفادة منها، وبعض هؤلاء حددها بمقدار الضرر الفعلى، وبعضهم أجازه مطلقًا. ويمكن حصر هذه الآراء فى اتجاهين: الاتجاه الأول: اتجاه المانعين الذين يمنعون غرامة التأخير مطلقًا. الاتجاه الثانى: اتجاه المجيزين الذين أجازوا فرض غرامة التأخير على المدين الموسر المماطل. أهم أدلة المجيزين: أولًا: استدلوا بعدة أدلة من السنة منها: أ /قول النبى ﷺ : (مطل الغنى ظلم) [البخارى (٢٢٨٧) ومسلم (١٥٦٤)]. ب / قوله ﷺ: (لىُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته), [رواه البخارى تعليقا بصيغة التمريض (١١٨/٣)، ووصله أبو داود (٣٦٢٨) وابن ماجه (٢٤٢٧) وأحمد (١٧٩٤٦)]. ج / قوله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار) [ابن ماجه (٢٣٤٠) وأحمد (٢٨٦٥)]، وهو أصل من أصول المعاملات، وقاعدة أساسية من القواعد الأربع التى يرجع إليها الفقه الإسلامى كله. فالحديثان الأولان يدلان على أن مطل الغنى ظلم يحل عرضه وعقوبته, وإن كانت العقوبة فى الغالب هى الحبس، والضرب ونحو ذلک، فليس هناک مانع من العقاب بالغرامة المالية، وقد ثبت

فى السيرة والسنة وسنة الخلفاء الراشدين العقوبة بأخذ المال، منها حديث بهز بن حكيم حيث قال رسول الله ﷺ بخصوص المانع عن أداء زكاته: (فإنا آخذوها وشطر ماله, عزمة من عزمات ربنا) [أبو داود (١٥٧٥) والنسائى (٢٤٤٤) وأحمد (٢٠٠١٦)]. والحديث الثالث يدل بوضوح على منع الضرر والضرار، ومن المعلوم أن مطل الغنى يضرّ بالبنك الدائن ضرراً كبيراً, حيث يحبس ماله عن الاتجار فيه، لذلك يمكن أن تتخذ الغرامة المالية لمنع هذا الضرر، لأن الضرر يزال، وإزالة هذا الضرر إنما يتحقق بالتعويض عنه وذلك يتم عن طريق الغرامة المالية. د/ قول النبى ﷺ: (المسلمون عند شروطهم) [رواه البخارى تعليقًا بصيغة الجزم (٩٢/٣)، ووصله أبو داود (٣٥٩٤) والترمذى (١٣٥٢)]. ثانيًا: استدلوا بالمصالح المرسلة, حيث إنها تقتضى منع المماطل من استغلال أموال المسلمين ظلمًا وعدوانًا، حيث إن هذا الظلم يقع على البنوك الإسلامية فقط دون البنوك الربوية, التى تسرى فيها الفائدة حسب الزمن، ومن هنا تضرر البنوك الإسلامية مرتين: مرة لأنها تحرم من أموالها، ومن استثمارها والاستفادة من فوائد استثمارها، ومرة تضعف فى سوق المنافسة، وهل من المعقول أن تقف البنوك الإسلامية مكتوفة الأيدى أمام استغلال هؤلاء المماطلين الأغنياء, الذين يستفيدون من هذه الثغرة أى فائدة، ولذلك أجيز التعويض عما أصاب البنك من الضرر الفعلى. أهم أدلة المانعين: ١/ أدلة تحريم الربا، والإجماع على أن كل قرض جر نفعًا للمقرض فهو ربا. ٢/ عموم الأدلة من النصوص الخاصة التى تمنع الزيادة فى الديون, لا فى البدء ولا فى الانتهاء. ٣/ أنه لا يوجد دليل شرعى يحدد العقوبة، وتفسيرها بالغرامة المالية على التأخير يحتاج إلى دليل، ثم إن سلطة فرض العقوبات وتنفيذها ليست للأفراد والشركات، وإلاّ كان بإمكان البنك أن يقوم بجلد المدين وضربه وحبسه، وحينئذٍ كان يحتاج إلى بناء السجون والجلادين، ولم يقل أحد من العلماء السابقين بذلك، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا، وهذا الشرط الجزائى يحل الرب المحرم، فليس جائزا. وأما القسم الثانى، وهو الشرط الجزائى فى غير الديون فهو جائز، ومثاله الشرط الجزائى فى عقد الاستصناع إذا كان الشرط على العامل، كما جاء فى قرار مجمع الفقه الإسلامى الدولى، وممن نص على ذلك أيضًا الهيئة الشرعية ببيت التمويل الكويتى. ودليل الجواز الحديث السابق: (المسلمون عند شروطهم) وهذا الشرط لا يتضمن محظوراً شرعيًّا. قرارات المجامع الفقهية والهيئات الشرعية والفتاوى العلمية. أولًا: قرارات المجامع الفقهية: ـ ١/ قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامى الدولى المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامى المنعقد فى دورته الرابعة عشرة بالدوحة(دولة قطر)٨-١٣ ذو القعدة ١٤٢٣، الموافق ١١–١٦ كانون الثانى (يناير) ٢٠٠٣م. بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع مشكلة المتأخرات فى المؤسسات المالية الإسلامية، وبعد استماعه إلى المناقشات التى دارت حوله.قرر ما يلى: أولًا: إن أسلوب معالجة مشكلة المتأخرات التى تواجهها المؤسسات المالية الإسلامية تختلف عن الأسلوب الذى تستخدمه البنوك

التقليدية، حيث إن البنوك التقليدية تتعامل بالفائدة المحرمة، لذا فإن من المناسب التأكيد على تحريم الفوائد البنكية فى ضوء ما يأتى: أ/ وظائف البنوك التقليدية: إن القوانين المنظمة لعمل البنوك تمنعها من العمل فى مجال الاستثمار القائم على الربح والخسارة. فهى تتلقى الودائع من الجمهور بصفتها قروضًا، وتحصر وظائفها -كما يقول القانونيون والاقتصاديون- فى الإقراض والاقتراض بفائدة، وخلق الائتمان بإقراض تلك الودائع بفائدة. ب/ العلاقة بين البنوك التقليدية والمودعين: إن التكييف الشرعى والقانونى للعلاقة بين المودعين والبنوك هو علاقة اقتراض لا وكالة، وهذا هو ما تقرره القوانين وأنظمة البنوك، وذلك لأن الوكالة فى الاستثمار عقد يفوض بمقتضاه شخص آخر فى استثمار مبلغ من المال مملوك لصالح الموكل مقابل أجر محدد بمبلغ مقطوع أو نسبة من المال المستثمر، وقد انعقد الإجماع على أن الموكل يملك المال المستثمر، وله غُنمه (ربحه) وعليه غرمه (خسارته) وللوكيل الأجرة المحددة فى عقد الوكالة إذا كانت الوكالة بأجر، وعلى ذلك فلا تكون البنوك وكيلة عن المودعين فى استثمار ودائعهم, لأن هذه الودائع بتقديمها إلى البنك التقليدى وضمانه لها تكون قروضًا يملك التصرف فيها مع التزامه بردها، والقرض يُردّ بمثله دون أى زيادة مشترطة. ج/ فوائد البنوك التقليدية من الربا المحرم شرعًا: إن فوائد البنوك على الودائع من الربا المحرم شرعًا فى الكتاب والسُّنة, وهو ما تضافرت عليه القرارات والفتاوى منذ المؤتمر الإسلامى الثانى لمجمع البحوث الإسلامية المنعقد بالقاهرة فى المحرم سنة ١٣٨٥ / مايو ١٩٦٥م، وحضره خمسة وثمانون فقيهًا من كبار علماء الأمة، وضم ممثلين لخمس وثلاثين دولة إسلامية، ونصّ فى بنده الأول على أن: الفائدة على أنواع القروض كلها ربا محرم. وتعاقبت بعد ذلك قرارات وتوصيات مؤتمرات عدة منها: المؤتمر العالمى الأول للاقتصاد الإسلامى المنعقد فى مكة المكرمة عام ١٣٩٦/١٩٧٦م والذى حضره أكثر من ثلاثمائة من علماء وفقهاء وخبراء فى الاقتصاد والبنوك، وقد أكد على حرمة فوائد البنوك.

المؤتمر الثانى للمصارف الإسلامية المنعقد فى الكويت ١٤٠٣/ ١٩٨٣ م, وقد أكد على المعنى نفسه·مجمع الفقه الإسلامى الدولى المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامى فى دورة مؤتمره الثانى بجدة فى ربيع الآخر ١٤٠٦/ديسمبر ١٩٨٥م فى قراره رقم ١٠(٢/١٠)، الذى نص على أن: كل زيادة أو فائدة على الدين الذى حل أجله وعجز المدين عن الوفاء به مقابل تأجيله، وكذلك الزيادة أو الفائدة على القرض منذ بداية العقد، هاتان الصورتان ربا محرم شرعًا.

المجمع الفقهى الإسلامى التابع لرابطة العالم الإسلامى فى مكة المكرمة, الذى أكد فى دورته التاسعة المنعقدة عام ١٤٠٦/ ١٩٨٦م: على أن كل ما جاء عن طريق الفوائد الربوية هو مال حرام شرعًا.

لجنة الإفتاء بالأزهر التى أكدت على حرمة عوائد شهادات الاستثمار (أ، ب), والودائع المصرفية؛ لأنه من باب القرض بفائدة، والقرض بفائدة ربا، والربا حرام.

فتوى فضيلة المفتى-آنذاك- الشيخ الدكتور محمد سيد طنطاوى فى رجب ١٤٠٩هـ/فبراير ١٩٨٩م، تنص على أن: إيداع الأموال فى البنوك أو إقراضها أو الاقتراض منها بأى صورة من الصور مقابل فائدة محددة مقدمًا حرام.

يضاف إلى كل ما سبق ذكره فتاوى العديد من الهيئات العلمية: كالمجامع الفقهية فى البلدان الإسلامية، ولجان الفتوى، والندوات والمؤتمرات العلمية، وفتاوى أهل العلم والمختصين فى شؤون الاقتصاد وأعمال البنوك فى العالم الإسلامى كلها أكدت على هذا المعنى بحيث تشكل فى مجموعها إجماعًا معاصرًا, لا تجوز مخالفته على تحريم فوائد البنوك. د/ تحديد عائد الاستثمار بمبلغ مقطوع أو بنسبة من رأس المال مقدمًا: من المقرر أن عقد القرض بفائدة يختلف عن عقد المضاربة الشرعية, حيث إن الربح للمقترض والخسارة عليه فى القرض، أما المضاربة فهى مشاركة فى الربح وتحمل للخسارة إن وقعت، لقوله ﷺ : (الخراج بالضمان) [أخرجه ابن حبان فى صحيحه (٤٩٢٧) والنسائى فى الكبرى (٦٠٨١)وأبو داود (٣٥٠٨) والترمذى (١٢٨٥) وقال: هذا حديث حسن صحيح. وحسنه الألبانى فى صحيح سنن أبى داود وفى إرواء الغليل (١٥٨/٥, ١٧٥)], أى ما يتحصل من عوائد ونماء وزيادات، إنما يحلُّ لمن يتحمل تبعة التلف والهلاك والتعيّب، وقد استخلص الفقهاء من هذا الحديث القاعدة الفقهية المشهورة (الغُنم بالغُرم). كما أن النبى ﷺ قد (نهى عن ربح ما لم يُضمن) (رواه أصحاب السُّنن). وقد وقع الإجماع من الفقهاء على مدى القرون وفى جميع المذاهب بأنه لا يجوز تحديد ربح الاستثمار فى المضاربة وسائر الشركات بمبلغ مقطوع أو بنسبة من المبلغ المستثمر (رأس المال)، لأن فى ذلك ضمانًا للأصل, وهو مخالف للأدلة الشرعية الصحيحة، ويؤدى إلى قطع المشاركة فى الربح والخسارة, التى هى مقتضى الشركة والمضاربة. وهذا الإجماع ثابت مقرر, إذ لم تُنقل أى مخالفة له، وفى ذلك يقول ابن قدامة: "أجمع من يُحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض (المضاربة) إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة"([١]). والإجماع دليل قائم بنفسه. وإن المجمع وهو يقرر ذلك بالإجماع يوصى المسلمين بالكسب الحلال, وأن يجتنبوا الكسب الحرام, طاعة لله تعالى ولرسوله ﷺ. ثانيًا: الديون المتأخر سدادها: أ/ بخصوص الشرط الجزائى فى العقود: يؤكد المجلس قراراته السابقة بالنسبة للشرط الجزائى الواردة فى قراره فى السلم رقم ٨٥ (٩/٢), ونصه: "لا يجوز الشرط الجزائى عن التأخير فى تسليم المسلم فيه ؛ لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة فى الديون عند التأخير"، وقراره فى الشرط الجزائى رقم ١٠٩ (١٢/٤) ونصه: "يجوز أن يكون الشرط الجزائى فى جميع العقود المالية ما عدا العقود

التى يكون الالتزام الأصلى فيها دينًا، فإن هذا من الربا الصريح، وبناء على هذا لا يجوز الشرط الجزائى – مثلا – فى البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية, سواء كان بسبب الإعسار، أو المماطلة، ولا يجوز فى عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر فى أداء ما عليه". ب/ يؤكد المجمع على قراره السابق فى موضوع البيع بالتقسيط رقم ٥١ (٦/٢) فى فقراته الآتية: ثالثًا: إذا تأخر المشترى المدين فى دفع الأقساط عن الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أى زيادة على الدين بشرط سابق، أو دون شرط، لأن ذلك ربا محرم. رابعًا: يحرم على المدين الملىء أن يماطل فى أداء ما حل من الأقساط، ومع ذلك لا يجوز شرعا اشتراط التعويض فى حالة التأخر عن الأداء. خامسًا: يجوز شرعًا أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين عن أداء بعضها ما دام المدين قد رضى بهذا الشرط عند التعاقد". سادسًا: لا يحق للبائع الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع، ولكن يجوز للبائع أن يشترط على المشترى رهن المبيع عنده لضمان حقه فى استيفاء الأقساط المؤجلة". ج/ضرورة اعتناء المصارف الإسلامية بمعالجة أسباب تأخير سداد الديون كالاهتمام بالمرابحات والعقود الآجلة، ومن عدم الأخذ بالوسائل الفنية للتمويل (كدراسة الجدوى) وعدم الأخذ بالضمانات الكافية. ثالثًا: يوصى المجلس بما يأتى: أ/ أن تلتزم المصارف الإسلامية فى مسيرتها بالمنهج الاقتصادى الإسلامى وضوابطه، وأن تقوم بالإصلاحات الفنية والإدارية اللازمة لتحقيق المزيد من التقدم من خلال الاستثمارات المباشرة والمشاركات لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية, وهى من أهم غايات وأهداف المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية. ب/ أن يتم البحث عن آليات بديلة لمشكلة المتأخرات فى المؤسسات المالية الإسلامية, وتقديم دراسة فيها لعرضها على المجلس فى دورة لاحقة. ٢/ قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامى الدولى أيضًا المنعقد فى دورة مؤتمره السادس بجدة فى المملكة العربية السعودية من ٧-١٢ ذى القعدة ١٤١٢ الموافق ٩ – ١٤ أيار (مايو) ١٩٩٢م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد الاستصناع، وبعد استماعه للمناقشات التى دارت حوله، ومراعاة لمقاصد الشريعة فى مصالح العباد والقواعد الفقهية فى العقود والتصرفات، ونظرًا لأن عقد الاستصناع له دور كبير فى تنشيط الصناعة، وفى فتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامى، قرر ما يلى: أولًا: إن عقد الاستصناع – وهو عقد وارد على العمل والعين فى الذمة – ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط. ثانيًا: يشترط فى عقد الاستصناع ما يلى: أ/ بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة. ب/ أن يحدد فيه الأجل. ثالثًا: يجوز فى عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة. رابعًا: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطًا جزائيًا بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة. ثانيًا: قرارات وفتاوى الهيئات الشرعية: ١/ فتوى الهيئة الشرعية ببيت التمويل الكويتى. سئلت الهيئة عن موضوع غرامة التأخير على المقاولين

بسبب عدم إنجاز المشروع فى الوقت المحدد ([٢]). فأجابت بما يلى: جوابا عن السؤالين (ب جـ) فى الاجتماع السابع والسبعين, وتوضيحا للفتوى السابقة رقم ٣٠٠ (فى الجزء الثانى من كتاب الفتاوى الشرعية فى المسائل الاقتصادية) بشأن الشرط الجزائى والتعويض المستحق به رأت الهيئة ما يلى: إن مراعاة عدم تجاوز مقدار الضرر الفعلى فى التعويض بالشرط الجزائى, هى بالنسبة لوضع الشرط وتحديد التعويض عند التعاقد, فيجب أن يكون التعويض المشروط فى حدود الضرر المتوقع حسب العرف السائد وغير مبالغ فيه. فإذا حصل إخلال بالالتزام وطبق الشرط الجزائى الموجب للتعويض, فإن لمستحق التعويض أخذ المبلغ المحدد فى العقد, ولو كان الضرر الفعلى أقل منه. ٢/ فتوى أخرى للهيئة الشرعية ببيت التمويل الكويتى. سئلت اللجنة عن موضوع غرامة التأخير على المقاولين بسبب عدم إنجاز المشروع فى الوقت المحدد ([٣]). فأجابت بما يلى: بالنسبة للمبالغ المحتجزة من المقاولين بصفة شرط جزائى عن التأخير, ينظر إذا كانت معادلة للضرر الفعلى, أو أقل فهى من حق بيت التمويل الكويتى, وإن كانت أكثر يعاد الفرق إلى أصحاب تلك المبالغ, ويترك تقدير هذا الأمر إلى المختصين فى الإدارة. [١]) المغنى (٣٤/٣). [٢]) ينظر : نص السؤال فى فتوى رقم (٣٩٨) . [٣]) ينظر : نص السؤال فى فتوى رقم (٤٥٥) . المراجع

١/ مجلة المجمع (العدد السابع، ج٢ ص٢٢٣), قرار رقم: ٦٥ (٧/٣), وقرار رقم ١٣٣ (١٤/٧).

٢/ الهيئة الشرعية ببيت التمويل الكويتى, فتوى رقم (٣٩٨), و فتوى رقم (٤٥٥).

٣/ الشرط الجزائى فى الفقه الإسلامى دراسة مقارنة, (رسالة دكتوراه) د. عبدالمحسن سعد الروشيد, جامعة القاهرة, كلية الحقوق.

٤/ الشرط الجزائى وتطبيقاته المعاصرة، د. على أحمد السالوس بحث منشور مجلة المجمع الفقهى لرابطة العالم الإسلامى, العدد الرابع عشر.

٥/ بحث عن الشرط الجزائى , اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء, (مجلة البحوث الإسلامية, المجلد الثانى -١٣٩٥-١٣٩٦).

٦/ الشرط الجزائى فى الديون دراسة فقهية مقارنة أ.د. على محمد الحسين الصَـوَا, بحث قدِّم فى مؤتمر "دور المؤسسات المصرفية الإسلامية فى الاستثمار والتنمية" (٢٠٠٢م).

٧/ عقد المقاولة فى الفقه الإسلامى وما يقابله فى القانون المدنى, (رسالة ماجستير)، زياد شفيق حسن قراريهٔ, المملكة الأردنية الهاشمية (٢٠٠٤م).