

**التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع**

**في الفقه الإسلامي**

**مقدم**

**من د/ محمد السانوسي محمد شحاتة**

**الأستاذ المساعد بقسم الفقه**

**بكلية الشريعة والقانون بأسسيوط – جامعة الأزهر**



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله العزيز بباهر كماله، القدير بقاهر جلاله، الجواد بجزيل نواله ، الحكيم بجميل فعاله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، النبي الأمي وآله ،صلاة تبلغ قائلها نهاية آماله، وبعد:

فإن الشريعة الإسلامية مبناها وأساسها العدل في المعاملات والمبادلات بما يحفظ حقوق المتعاقدين ،في إطار مبدأ (التعادل في التبادل) متى كان العقد مشروعاً متفقاً مع مقاصد الشرع الكلية .

فإذا بطل العقد وترتب على إبطاله ضرر -مادياً كان أو معنوياً- وجب تعويض المضرور عما أصابه من ضرر.

إلا أن مذاهب الفقهاء في تعويض المضرور تختلف باختلاف العقد ،بحسب ما كان بطلانه لورد النهي عنه شرعاً، أو لإخلال المتعاقد بالتزاماته أخلاقاً جوهرياً ،أو نزع الملكية بمسوغ شرعي، أو غيره ،أو فصل الموظف العام فصلاً تعسفياً، أو تأخر المفاوض في تنفيذ التزاماته ، أو اشتراط الدائن على المدين تعويضه عما أصابه من ضرر جراء التأخير في تنفيذ التزامه ، أو تعويض الدائن عما أصابه من ضرر من جراء تغير الأسعار تغييراً جوهرياً ،وما إلى ذلك من الأسباب التي اعتبرها الشارع تارة، أو أهدرها تارة أخرى .

ومن شأن الحكم بالتعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع إظهار محاسن الشريعة الإسلامية ،والتوازن بين الحقوق والواجبات ، وإحقاق الحق، والبعد عن الظلم .

وتتجلى عدالة التعويض في أن الحكم به لا يثبت إلا بعد وقوع الضرر، وأن تقوم السلطة القضائية بما تراه مناسباً تحقيقاً للعدل بين

طرفي المعاملة، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ﴾<sup>(١)</sup>، والمراد منه التفتيش بجميع الوجوه ويدخل فيه المنع من الغصب والسرقة، وأخذ الرشوة، وقطع الطريق، وانتزاع الأموال بطريق الحيل.<sup>(٢)</sup>

والتعويض عن الضرر معتبر شرعاً بشروطه، جبراً للضرر، وتطبيعاً لخطر الطرف المضرور، حتى لا يذهب حق سدى، وتكثر المنازعات والخصومات، ويفشو الظلم بين العباد، وتضعف الثقة في الذمم، وغيره مما تضيع معه الحقوق، ويكثر به العقوق؛ لكل ما تقدم آثرت أن يكون موضوع البحث في مجال التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي، راجياً من الله تعالى القبول والرشاد.

#### أهمية البحث:

- ١- تتجلى أهمية البحث في أن الشريعة الإسلامية توجب العدل في المبادلات، بلا وكس أو شطط، وجعل ذلك من أبواب العبادة، التي بها توزن الأعمال، فلا يضار صاحب حق في حقه، ولا يضار عامل من رب العمل، ولا يضار مدين من دائن؛ فجميع الحقوق تؤدي لأصحابها من غير بخس ولا نقص، سواء في الكيل والوزن، أو الحقوق المادية أو المعنوية.
- ٢- من شأن التعويض العادل عن الأعمال غير المشروعة استقرار المعاملات، وزيادة وجوه الثقة والائتمان بين المتعاملين، وخاصة في العقود الآجلة.
- ٣- التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع وجه من وجوه زيادة الثقة في مالية الدولة، وقدرتها على تحمل تبعات

(١) سورة الأعراف، من الآية (٨٥).

(٢) - تفسير الرازي (مفاتيح الغيب): الرازي (١٤ / ٣١٤).

الخسارة في المشروعات العامة التي يكون الضرر فيها من جانبها

### **إشكالية البحث:**

من الثابت شرعاً أنه متى كان العقد مشروعاً، واستوفى كل عاقد حقه ، وجب تمكين العاقدين من محل العقد وآثاره ، فإذا وقع العقد غير مشروع لمسوغ من مسوغات البطلان ، أو حصل جحود ونكران للحق ، أو اختل ميزان التعادل في التبادل ، وجب تعويض المضرور عما أصابه من ضرر .

وهذا أمر تمتلئ به ساحات المحاكم المدنية والعمالية والاقتصادية ، بل قد يكون عدم التعويض عن الضرر في ظل تغيرات الأسعار ، مدعاة لتوقف المشروع أو المرفق العام ، الذي يعمل بانتظام واستمرار ، مما يعيق مسار التنمية ويضعف قدرة الدولة على تمويل المشروعات العامة .

### **الدراسات السابقة :**

بالبحث في مظان الدراسات السابقة لم أقف على بحث تحت هذا العنوان ، وخاصة ما ضمنته فيه من مادة بحثية متنوعة ، سواء في عقود المعاوضات ، أو عقود الإدارة والعمل ، لذا رأيت من الأهمية بمكان إظهاره ؛ ليكون القارئ على بينة من هذه الدراسة الشرعية .

### **خطة البحث:**

يتكون هذا البحث من تمهيد ، ومباحث أربعة :

- مبحث التمهيدي :في التعريف بالمصطلحات الواردة في البحث (التعويض -الضرر - العقد).
- المبحث الأول : مفهوم مبدأ المشروعية في العقود .
- المبحث الثاني: مدى استحقاق التعويض عن الضرر المترتب في عقود المعاوضات المالية غير المشروعة في الفقه الإسلامي.

- المبحث الثالث: مدى استحقاق التعويض عن الضرر المترتب في عقود العمل والإدارة غير المشروعة في الفقه الإسلامي.
- المبحث الرابع: أحكام فقهية متفرعة عن الحق في التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع.

مبحث تمهيدي

في التعريف بالمصطلحات الواردة في البحث (التعويض - الضرر -  
العقد )

- المطلب الأول: تعريف التعويض في الفقه الإسلامي.
- المطلب الثاني: تعريف الضرر في الفقه الإسلامي.
- المطلب الثالث: تعريف العقد في الفقه الإسلامي

المطلب الأول

تعريف التعويض في الفقه الإسلامي

التعويض في اللغة :

التعويض مأخوذ من العوض بمعنى البديل ،والجمع أعواض ،جاء في لسان العرب: " العوض: البديل؛ الجمع أعواض، عاضه منه وبه. والعوض: مصدر قولك عاضه عوضا وعياضا ومعوضة وعوضه وأعاضه؛ وعن ابن جنبي: عاوضه، والاسم المعوضة. وتقول: عضت فلانا وأعضته وعوضته إذا أعطيته بدل ما ذهب منه. (١)

وقال الرازي: " تقول منه: (عاضه) و (أعاضه) و (عوضه) (تعويضا) و (عاوضه) أي أعطاه العوض. و (اعتاض) و (تعوض) أخذ العوض. و (استعاض) أي طلب العوض". (٢)

ووردت كلمة التعويض في السنة النبوية ،ففي السنن الكبرى للبيهقي عن الزُّهْرِيِّ، قَالَ: " أَنْزَلَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِي الْعَامِ الَّذِي نَبَذَ فِيهِ أَبُو بَكْرٍ - ﷺ - إِلَى الْمُشْرِكِينَ: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ، فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا} (٣) {وَكَانَ الْمُشْرِكُونَ

(١) - لسان العرب :ابن منظور، باب الضاد ،فصل العين،(٧/ ١٩٢). ونحوه في : تاج العروس:

الزبيدي ، مادة(عوض) (١٨ / ٤٥٠). القاموس الفقهي :محمد رواس قلعجي (ص: ٢٦٧).

(٢) - مختار الصحاح، للرازي (ص: ٢٢١).

(٣) - سورة التوبة ،من الآية(٢٨)

يُؤْفُونَ بِالتَّجَارَةِ، فَيَبْتَاعُ مِنْهُمُ الْمُسْلِمُونَ، فَلَمَّا حُرِّمَ عَلَى الْمُشْرِكِينَ أَنْ يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ، وَجَدَ الْمُسْلِمُونَ فِي أَنْفُسِهِمْ مِمَّا قُطِعَ عَلَيْهِمْ مِنَ التَّجَارَاتِ الَّتِي كَانَ الْمُشْرِكُونَ يُؤْفُونَ بِهَا، فَقَالَ اللَّهُ -عَزَّ وَجَلَّ-: {وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ} (١)، ثُمَّ أَحَلَّ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِي الْآيَةِ الَّتِي تَتَّبَعُهَا الْجِزْيَةَ، وَلَمْ تَكُنْ تُوْجَدُ قَبْلَ ذَلِكَ عِوَضًا لِمَا مَنَعَهُمْ مِنْ مُوَافَاةِ الْمُشْرِكِينَ بِالتَّجَارَةِ، فَقَالَ: {قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ} (٢)، إِلَى قَوْلِهِ: {وَهُمْ صَاغِرُونَ} (٣)، فَلَمَّا أَحَلَّ اللَّهُ تَعَالَى ذَلِكَ لِلْمُسْلِمِينَ، عَلِمُوا أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَدْ عَاضَهُمْ أَفْضَلَ مِمَّا مَنَعَهُمْ مِنْ مُوَافَاةِ الْمُشْرِكِينَ بِالتَّجَارَةِ . (٤)

#### التعويض في الاصطلاح:

التعويض في الاصطلاح هو: الالتزام بإصلاح الضرر الذي لحق الغير من تلف المال أو ضياع المنافع، أو الضرر الكلي أو الجزئي الذي حدث للنفس الإنسانية. (٥)

وعرفه بعضهم بأنه: ما يعطى بدل ضرر أو خسارة "تعويض حربي" "دفع له تعويض عن نزع الملكية، أو ما يدفع للموظف أو العامل

(١) - سورة التوبة، من الآية (٢٨)

(٢) - سورة التوبة، من الآية (٢٩)

(٣) - سورة التوبة، من الآية (٢٩)

(٤) - السنن الكبرى للبيهقي، كتاب الجزية، باب من يؤخذ منه الجزية من أهل الكتاب، وهم اليهود والنصارى (٣١٢ / ٩) رقم (١٨٦٣٥)، أخبار مكة: أبو عبد الله المكِّي الفاكهي (المتوفى: ٢٧٢هـ) (٢١ / ٣). الجمع بين الصحيحين البخاري ومسلم: محمد بن قنوح الحميدي (١ / ١٢). وقد ذكرها السيوطي في " الدر المنثور " ( ٣ / ٢٢٧ ، ٢٢٨ ) بنصها، ونسبها لابن أبي حاتم وابن مردويه عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٥) - التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي: د/محمد المدني بوساق، (ص: ٢٨)، حكمة ضمان الفعل الضار واثرها في تحديد موجباته في الفقه الإسلامي: د/أيمن على صالح عبد الرؤوف،



## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

عند صرفه من الخدمة أو عند تركه للعمل لبلوغه السن، أو هو مبلغ خارج عن الراتب أو الأجر يدفع لقاء عمل إضافي أو وضع خاص".<sup>(١)</sup> ويقابل اصطلاح التعويض في الفقه الإسلامي تعبير الضمان أو التضمين، فالضمان لغة هو الكفالة والالتزام.

وإصطلاحاً يعني: شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل. وعلى هذا لو أتلّف الشخص مال غيره التزم المثلف بضمان ما أنلّفه من مال الخاص ولا يجوز تحميل غيره نتائج هذا الإلتاف.<sup>(٢)</sup> وفقهاء الشريعة الإسلامية لا يستعملون اصطلاحاً التعويض عند الحديث عن جبر الضرر، وإنما يستعملون اصطلاحاً الضمان أو التضمين، فالضمان عندهم يحمل في طياته ما يقصد به اصطلاح التعويض عند فقهاء القانون المدني.<sup>(٣)</sup>

### تعريف الضمان بمعنى التعويض:

ورد الضمان بمعنى التعويض على لسان الفقهاء، بمعنى: رد مثل الهالك أو قيمته"<sup>(٤)</sup>

ويتضح هذا ببيان معنى الضمان عند الفقهاء، ومن هذه التعريفات:

١- عرف فقهاء الحنفية الضمان في الاصطلاح بأنه: هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً، أي: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في

(١) معجم مجاني للطلاب، (ص: ٦٨٩).

(٢) - أحكام مساعلة المتنوع عن خطأ التابع بين القانون المدني والفقه الإسلامي، (دراسة مقارنة)، د/ محمد محي الدين إبراهيم سليم، (ص: ٦٢).

(٣) - حق التعويض المدني (بين الفقه الإسلامي والقانون المدني): د/ محمد فتح الله النشار، (ص: ٢٦).

(٤) - غمز العيون والبصائر شرح الأشباه والنظائر: الحموي (٢/٢١١).

- المطالبة بنفس أو بدين أو عين كمغصوب ونحوه، فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل، ولا يسقط عن الأصيل. (١)
- ٢- قال المالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة: الكفالة: هي ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق أي في الدين، فيثبت الدين في ذمتها جميعا. (٤)
- ٣- عرف الإمام الشوكاني الضمان بأنه: "عبارة عن غرامة التالف". (٥)
- ولكن التعريف الأول أصح؛ وذلك لأنه عام يشمل الأقسام الثلاثة. أما الثاني فإنه مقصور على الكفالة في الدين، وبيان ذلك أنه إذا كان لشخص عند آخر دين فإن له أن يطالبه بكفيل موثوق به عنده ليضمه إلى المديون الأصلي. (٦)
- ومن تعريفات العلماء المعاصرين للتعويض بمعنى الضمان تعريف د. مصطفى الزرقاء، الضمان بأنه: التزام بتعويض مالي عن ضرر الغير. (٧)

---

(١) - انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: الكاساني (٦/ ٢) المبسوط: السرخسي (١٩٠ / ١٩٠)

(٢) - انظر: الهداية في شرح بداية المبتدي: الميرغيناني (٣/ ٨٧).

(٣) - انظر: شامل في فقه الإمام مالك: الدمياطي (١/ ٦٨٢)، منح الجليل شرح مختصر خليل: الشيخ عليش (٦/ ١٩٨)، الشرح الكبير: الشيخ الدردير وحاشية الدسوقي (٣/ ٣٢٩).

(٤) - انظر: الأم: الشافعي (٣/ ٢٣٤)، الحاوي الكبير: الماوردي (٦/ ٤٣٠).

(٥) - انظر: كشف القناع عن متن الإقناع: البهوتي (٣/ ٣٦٢).

(٦) - نيل الأوطار: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني (٥/ ٣٥٧).

(٧) - انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: الكاساني (٦/ ٢) المبسوط: السرخسي (١٩٠ / ١٦٠) الهداية في شرح بداية المبتدي: الميرغيناني (٣/ ٨٧).

(٨) - المدخل الفقهي: الشيخ مصطفى الزرقاء، ص (١٠١٧)، فقرة رقم (٦٤٨)

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

ومن الثابت أن الضمان شرع للجبر لا للعقوبة، فكل فعل ضار يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير يعد مخالفة للشرع، وإذا كان الضرر ممنوعاً في الشرع فإنه لا بد من رفعه.<sup>(١)</sup>

أما مجلة الأحكام العدلية: فالملاحظ أنها لم تضع تعريفاً محدداً للتعويض أو للضمان، بل أوردت نصوصاً عامة لجبر الضرر وإزالته، مثل قاعدة "الضرر يزال" (المادة ٢٠) وفي شرح هذه القاعدة يقول الشارح: "لأن الضرر هو ظلم وغدر والواجب عدم إيقاعه. وإقرار الظالم على ظلمه حرام وممنوع أيضاً فيجب إزالته، فتجوز خيار التعيين، وخيار الرؤية، وخيار النقد، وخيار الغبن، والتغريب، ورد المبيع بخيار الشرط، والحجر، والشفعة، وتضمين المال المتلف للمتلف، والإجبار على قسمة الأموال المشتركة، إنما هو بقصد إزالة الضرر، فخيار العيب شرع لإزالة ضرر المشتري الذي يأخذ مالا معيباً مع ظنه أنه مال سالم من العيب، وحق الشفعة جوز لمنع الضرر الذي يحصل من سوء الجوار؛ لأن المساكن، كما لا يخفى تغلو وترخص بجيرانها، كذلك لو أن شجرة في بستان شخص كبرت وتدلّت أغصانها على دار جاره، وكان من جراء ذلك ضرر للجار، فيجب إزالة الضرر بقطع الأغصان أو بربطها وسحبها للداخل. كذا لو أحدث شخص بناء في ملكه وتسبب عن ذلك حصول الظلام في غرفة جاره بصورة لا تستطاع معها القراءة والكتابة، وبما أن ذلك ضرر فاحش يزال توفيقاً للمادة (١٢٠١) من المجلة، كذلك يمنع الأشخاص الذين يزيفون النقود عن إجراء صناعتهم أيضاً، وإذا وجد لشخص نحل عسل والنحل يأكل أثمار جاره الموجودة في بستانه يحكم بإبعاد النحل من ذلك المكان دفعا للضرر."<sup>(٢)</sup>

(١) المرجع السابق نفسه، ص ٢٨، ٢٦.

(٢) -درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: علي حيدر خواجه أمين (١/ ٣٧).

وبالمقارنة بين الدلالة اللغوية والاصطلاحية للتعويض يتبين وجود علاقة وثيقة بينهما، ففي كل منهما معنى البذل والخلف، وفي مجال المعاملات المالية فإن التعويض يمثل جبر الضرر الذي أصاب المضرور، كبديل عما فاتته من مكاسب ومنافع، جراء العقد غير المشروع.

### الحكمة من التعويض في الفقه الإسلامي:

بالنظر إلى ما جاءت به الشريعة الإسلامية من أحكام نجد أنها في مجملها مبنية على تحقيق مصالح الناس وتكميلها، وتعطيل المفسد وتقليلها، قال ابن القيم: «... فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها.

فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل.

فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، وظله في أرضه، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله - ﷺ - أتم دلالة وأصدقها»<sup>(١)</sup> كما أنها مبنية على تحصيل أعلى المصلحتين وإن فات أدناهما ودفح أعلى المفسدتين وإن وقع أدناهما .<sup>(٢)</sup>

ومن الأمثلة على ذلك ترك النبي - ﷺ - تغيير بناء الكعبة<sup>(٣)</sup>؛ لما في إبقائه من تأليف القلوب.<sup>(٤)</sup>

(١) - إعلام الموقعين: ابن القيم (٣/٣) .

(٢) - المصدر السابق (٢٧٩/٣) .

(٣) - ورد ذلك في حديث رواه البخاري، كتاب الحج، باب فضل بنيان مكة (٤٠٧/٦) برقم (٣٣٦٨) ولفظه: "عن عائشة رضي الله عنها: - أن النبي - ﷺ - قال لها: «يا عائشة، لولا أن قومك حديث عهد بجاهلية لأمرت بالبيت، فهدم، فأدخلت فيه ما أخرج منه، وألزقته بالأرض، وجعلت له بابين، بابا شرقيا، وبابا غربيا، فبلغت به أساس إبراهيم»

(٤) - انظر: مجموع الفتاوى (٤٠٧/٢٢) وللاستزادة من الأمثلة. انظر: "مجموع الفتاوى"

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

ومقتضى ما تقدم أن مقصود الشارع من جميع الأوامر والنواهي تحصيل المصلحة والمنفعة، أما ما يترتب على ذلك من مشقة فليس بمقصود للشارع.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله - : «..... وأمرنا بالأعمال الصالحة لما فيها من المنفعة والصلاح لنا، وقد لا تحصل هذه الأعمال إلا بمشقة، كالجهاد، والحج، والأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، وطلب العلم، فيحتمل تلك المشقة ويثاب عليها لما يعقبها من المنفعة.....» (١)

وعليه فمتى فاتت المصلحة المعتبرة شرعاً، وتحقق الضرر بمعناه، وجب جبر ذلك، بمقتضى الشريعة، ولا يكون الجبر إلا بالتعويض عما أصاب المضرور من ضرر.

### المطلب الثاني

#### الدلالة الاصطلاحية للضرر في الفقه الإسلامي

أولاً: دلالة الضرر في اللغة:

الضرر في اللغة يطلق ويراد به: سوء الحال والضيق، قال الزبيدي في تفسير قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ (٢)، أي فمن ألجئ إلى أكل الميتة، وما حرم، وضيق عليه الأمر بالجوع، وأصله من {الضرر، وهو الضيق}. (٣)

(٢٥/٢٧٢، ٢٧٣)، إعلام الموقعين (٤/٣) وما بعدها.

(١) - مجموع الفتاوى (٢٥/٢٨٢، ٢٨٣).

(٢) - سورة البقرة، من الآية (٤٥).

(٣) - انظر: لسان العرب: ابن منظور، مادة (ضرر) (٤/٤٨٢)، تاج العروس: الزبيدي (١٢/

٣٨٥)، المحكم والمحيط الأعظم: ابن سيده (٨/١٤٨) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي

(ص: ٢٨٢)، مختار الصحاح: الرازي (ص: ١٨٣) القاموس الفقهي: سعدي حبيب (ص:

٢٢٣) معجم لغة الفقهاء: محمد رواس قلعجي (ص: ٢٨٣).

وفسره بعضهم بالزمانة ، وبه فسر قوله تعالى: ﴿مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ﴾<sup>(١)</sup>، أي غير أولي الزمانة. وقال ابن عرفة: أي غير من به علة. <sup>(١)</sup>

### ثانياً: دلالة الضرر في الاصطلاح:

قال الجرجاني الضرر: هو النازل مما لا مدفع له. <sup>(٣)</sup>.  
وقيل: الضرر ما تضر به صاحبك وتنتفع أنت به. <sup>(٤)</sup>

### ثالثاً: الفرق بين الضرر والضرار:

الضرر أو الضرار منهى عنه شرعاً، فعن أبي صرمة -رضي الله عنه- صاحب النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: " مَنْ ضَارَّ، ضَرَّهُ اللهُ، وَمَنْ شَاقَّ، شَقَّ اللهُ عَلَيْهِ". <sup>(٥)</sup>

وروي عن عبادة بن الصامت، أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قضى أن: "لا ضرر ولا ضرار". <sup>(٦)</sup>

(١) -سورة النساء، من الآية(٩٥).

(٢) - انظر: تاج العروس: الزبيدي (١٢ / ٣٩٣).

(٣) -التعريفات (ص: ١٣٨).

(٤) - انظر: لسان العرب: ابن منظور (٤ / ٤٨٢).

(٥) - أخرجـه أبو داود في سننـه، كتاب الأفضية، باب في القضاء (٣ / ٣١٥) رقم(٣٦٣٥)، والترمذي في سننـه، كتاب البر، باب الخيانة والغش (٤ / ٣٣٢) رقم(١٩٤٠) وحسنه الألباني. انظر: صحيح وضعيف سنن أبي داود (رقم: ٣٦٣٥)، والحاكم في المستدرک على الصحيحين مع تعليقات الذهبي في التلخيص (٢ / ٦٦) رقم(٢٣٤٥)، وقال الحاكم: "صحيح الإسناد على شرط مسلم".

(٦) - أخرجـه الدارقطني في سننـه، كتاب البيوع ، (٤ / ٥١) رقم(٣٠٧٩)، والحاكم في المستدرک ، وقال الحاكم: "صحيح الإسناد على شرط مسلم" المستدرک على الصحيحين للحاكم مع تعليقات الذهبي في التلخيص (٢ / ٦٦) رقم(٢٣٤٥) وقال البيهقي: "تفرد به عثمان عن الدراوردي) وأخرجـه الإمام مالك في (الموطأ) عن عمرو بن يحيى عن أبيه مرسلًا. المننتقى شرح الموطأ: الباجي (٦ / ٤٠).

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

وبحث العلماء مسألة : هل بين اللفظين - أعني الضرر والضرار - فرق أم لا؟ على مذهبين:

الأول : (هما بمعنى واحد، على وجه التأكيد). والمشهور أن بينهما فرقاً. ثم قيل: إن الضرر: هو الاسم، والضرار: الفعل)، فالمعنى: (أن الضرر نفسه، منتف في الشرع، وإدخال الضرر بغير حق، كذلك".<sup>(١)</sup> الثاني قيل: (الضرر: أن يدخل على غيره ضرراً، بما ينتفع هو به، والضرار: أن يدخل على غيره ضرراً، بما لا ينتفع هو به)، كمن منع مالا يضره، ويتضرر به الممنوع).<sup>(٢)</sup>

ورجح هذا القول، طائفة منهم، ابن عبد البر، وابن الصلاح.<sup>(٣)</sup> وعلى هذا فإن نفي الضرر في العبادات راجع إلى جهة الشرع، وإلى الشرع والمكلف في المعاملات وما بعدها، وقولنا: "إنه لا ضرر" يعني: في الشريعة، ففي الشريعة لا يصل أذى لأحد لنفي انتفاع المؤذي، فإن الله -جل وعلا- لا ينتفع بأذى عباده، بل هو - سبحانه- يبتليهم لحكمة يعلمها -جل وعلا-، فالضرر منفي في التشريع، وكذلك الإضرار منفي -أيضاً-. والله أعلم.

### حكم إدخال الضرر على أحد بحق:

قال الحافظ ابن رجب في جامع العلوم والحكم: "فأما إدخال الضرر على أحد بحق، إما لكونه تعدى حدود الله، فيعاقب بقدر جريمته، أو كونه ظلم

(١) - النهاية في غريب الحديث والأثر: ابن الأثير (٣/ ٨١) جامع العلوم والحكم: ابن رجب الحنبلي (ت الأرنؤوط) (٢/ ٢١٢).

(٢) - النهاية في غريب الحديث والأثر: ابن الأثير (٣/ ٨١)، تهذيب اللغة: الأزهري (١١/ ٣١٤).

(٣) - التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: ابن عبد البر (٧/ ٥٣)، جامع العلوم والحكم: ابن رجب الحنبلي (ت الأرنؤوط) (٢/ ٢١٢).

نفسه وغيره، فيطلب المظلوم مقابله بالعدل، فهذا غير مراد قطعاً، وإنما المراد إلحاق الضرر بغير حق، وهذا على نوعين:

أحدهما: أن لا يكون في ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير، فهذا لا ريب في قبحه وتحريمه، وقد ورد في القرآن النهي عن المضارة في مواضع، منها في الوصية، قال الله تعالى: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ ذَيْنَ غَيْرَ مُضَارٍّ ﴾<sup>(١)</sup>

إلى أن قال: " والنوع الثاني: أن يكون له غرض آخر صحيح، مثل أن يتصرف في ملكه بما فيه مصلحة له، فيتعدى ذلك إلى ضرر غيره، أو يمنع غيره من الانتفاع بملكه توفيراً له، فيتضرر الممنوع بذلك ))<sup>(٢)</sup>. وفي هذا كله بيان كمال الشريعة وحسنها في رفع الضرر والإضرار، وأن على المسلم ألا يضرَّ غيره ولا يضاره.

### المطلب الثالث

#### دلالة العقود في الفقه الإسلامي

##### تعريف العقد لغة واصطلاحاً :

العقد لغة : الربط يقال : عقد الحبل والعهد يعقده إذا شده.  
قال ابن منظور : "العقد : العهد والجمع عقود وهي أوكد العهود، ويقال : عهدت إلى فلان كذا وكذا وتأويله ألزمته ذلك ... والمعاهدة : المعاهدة ، وعاقده عاهده ، وتعاقد القوم تعاهدوا ، والعقد نقيض الحل.  
والعقد في البيع : إيجابه ، وعقد اليمين : توثيقها، وعقدة النكاح : إحكامه وإبرامه)<sup>(٣)</sup>

(١) -سورة النساء، من الآية (١١) .

(٢) -جامع العلوم والحكم: ابن رجب الحنبلي (٢/٢١٢ وما بعدها).

(٣) -لسان العرب: ابن منظور (٣ / ٢٩٧) وينظر :القاموس المحيط: الفيروز آبادي (١ / ٣٢٧)

الصحاح: الجوهري ( ٢ / ٥١٠ ) المصباح المنير: الفيومي ،مادة عقد. (ص ٤٢١).



تبين من هذا أن العقد لغة يطلق على الشد والربط والتوثيق والإحكام في الأمور الحسية والمعنوية.

أما العقد اصطلاحاً فيطلق ويراد منه أحد معنيين:

١- المعنى العام: وهو كل ما يعقده (يعزمه) الشخص أن يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه، كما يقول الجصاص<sup>(١)</sup>، وعلى ذلك فيسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً؛ لأن كل واحد من طرفي العقد ألزم نفسه الوفاء به.

ومن هذا الإطلاق العام قول الألويسي في تفسير قوله تعالى: {أوفوا بالعقود}<sup>(٢)</sup> حيث قال: المراد بها يعم جميع ما ألزم الله عباده وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوهما مما يجب الوفاء به.<sup>(٣)</sup>

ب- المعنى الخاص: وبهذا المعنى يطلق العقد على ما ينشأ عن إرادتين لظهور أثره الشرعي في المحل، قال الجرجاني: "العقد ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول".<sup>(٤)</sup>

وعرفه ابن عابدين بأنه: "العقد مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر أو كلام الواحد القائم مقامهما: أعني متولي الطرفين".<sup>(٥)</sup> وقال أيضاً: "العقد ربط أجزاء التصرف: الإيجاب والقبول شرعاً"<sup>(١)</sup>.

(١) - أحكام القرآن: الجصاص (٢ / ٢٩٤، ٢٩٥).

(٢) - سورة المائدة، من الآية الأولى.

(٣) - تفسير روح المعاني: الألويسي (٦ / ٤٨).

(٤) - تفسير روح المعاني (٦ / ٤٨).

(٥) - حاشية ابن عابدين (٣ / ٣).

وبهذا المعنى عرفه الزركشي بقوله: "ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي كعقد البيع والنكاح وغيرهما". (٢)

### دلالة المال في اللغة والاصطلاح:

دلالة المال في اللغة معروفة، فهو اسم لما ما ملكته من جميع الأشياء، ومال الرجل يمول مولا ومؤولا إذا صار ذا مال، وتصغيره مويل (٣).

وأما المال اصطلاحا: فله عدة تعريفات على اختلاف المذاهب ومن ذلك:

أولا: تعريف الحنفية: قال السرخسي - رحمه الله -: "هو اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، ولكن باعتبار وصف التمول، والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة" (٤).

ثانيا: تعريف المالكية: قال الشاطبي - رحمه الله -: "المال ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذهم وجهه" (٥).

ثالثا: تعريف الشافعية: نقل السيوطي رحمه الله عن الإمام الشافعي - رحمه الله- أنه قال: "إن اسم المال لا يقع إلا على ماله قيمة يباع بها، وتلزم متلفه، وإن قلت، وما لا يطرحه الناس مثل الفلوس، وما أشبه ذلك" (٦).

(١) - حاشية ابن عابدين (٣ / ٩).

(٢) - المنثور في القواعد: الزركشي (٢ / ٣٩٧).

(٣) - لسان العرب، مادة (مول) (١٣ / ٢٢٣) وينظر: تاج العروس: الزبيدي (٨ / ١٢١)

النهاية في غريب الحديث: ابن الأثير (٤ / ٣٧٣).

(٤) - المبسوط: السرخسي (١١ / ٧٩).

(٥) - الموافقات: الشاطبي (٢ / ١٧).

(٦) - الأشباه والنظائر: السيوطي (ص ٣٢٧).

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

رابعاً : تعريف الحنابلة : قال صاحب منتهى الإيرادات : " هو ما يباح نفعه مطلقاً ، واقتناؤه بلا حاجة " (١).

وقيل : " هو ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة وضرورة " (٢).  
فخرج بهذا ما لا نفع فيه كالحشرات ، وما فيه نفع محرم كالخمر ، وما لا يباح إلا لضرورة كالميتة، وما فيه منفعة لحاجة كالكلب (٣).  
ولعل ما ذكره الحنابلة -رحمهم الله- هو الأقرب والمختار لاشتماله على قيد المنفعة وقيد الإباحة والله أعلم .

### ركن العقد:

الركن في اصطلاح علماء الأصول من الحنفية: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءاً داخلياً في حقيقته. ففي العبادات يعد الركوع والسجود وقراءة القرآن أركاناً للصلاة. وفي المعاملات: الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما هو ركن العقد. فركن العقد: هو كل ما يعبر به عن اتفاق الإرادتين أو ما يقوم مقامهما من فعل أو إشارة أو كتابة (٤).  
(٤).

وهذا هو مذهب الحنفية، وأما بقية العناصر أو المقومات التي يقوم عليها العقد من محل معقود عليه، وعاقدين، فهي لوازم لا بد منها لتكوين العقد، لأنه يلزم من وجود الإيجاب والقبول وجود عاقدين، ولا يتحقق ارتباط العاقدين إلا بوجود محل يظهر فيه أثر الارتباط (٥).

(١) - منتهى الإيرادات: البهوتي ( ١ / ٣٣٩ ).

(٢) - كشف القناع: البهوتي ( ٣ / ١٥٢ ).

(٣) - كشف القناع: البهوتي ( ٣ / ١٥٢ ).

(٤)فتح القدير: ابن الهمام (٧٤/٥)، البدائع: الكاساني(١٣٣/٥)، رد المحتار: ابن عابدين(٥/٤)

(٥)المراجع السابقة.

وغير الحنفية يقولون: إن للعقد أركاناً ثلاثة هي عاقد ومعقود عليه وصيغة. فالعاقد في البيع هو البائع والمشتري، والمعقود عليه هو الثمن والمثمن، والصيغة هي الإيجاب والقبول، باعتبار أن الركن عند الجمهور: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وإن لم يكن جزءاً داخلاً في حقيقته. وأياً كان هذا الاختلاف فهو اصطلاح لا تأثير له من حيث النتيجة. وأحكام هذه المسألة مبسطة في كتب الفقه الإسلامي. (١)

---

(١) - الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي: الدردير (٢/٣)، القوانين الفقهية: ابن جزي (ص: ٢٤٥)، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني (٣/٢) مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى: الرحيباني (٣/٢) الفقه الإسلامي وأدلته: د/وهبة الزحيلي (٤/ ٣٠٨٨).

## المبحث الأول

### مفهوم مبدأ المشروعية في العقود

وفيه مطالب أربعة:

- المطلب الأول: الدلالة العامة لمبدأ المشروعية .
- المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في بيان طبيعة العقد غير المشروع.
- المطلب الثالث: دلالة مبدأ المشروعية في مجال العقود المدنية (المالية والتجارية).
- المطلب الرابع: دلالة مبدأ المشروعية في مجال العقد العام.

### المطلب الأول

#### الدلالة العامة لمبدأ المشروعية

قبل بيان دلالة المشروعية يجب أولاً بيان معنى كلمة الشريعة في اللغة والاصطلاح، وذلك في عبارات موجزة.  
الدلالة اللغوية للشريعة:

تطلق الشريعة على عدة معانٍ<sup>(١)</sup>، مختلفة، وهي في جملتها لا تخرج عن الاستعمالين الآتيين في لغة العرب:

أحدهما: الطريقة المستقيمة الواضحة التي لا خفاء فيها ولا اعوجاج، وهي بهذا المعنى تشمل الملة والدين والشرع والشارع، وبهذا المعنى

(١) جاء في كتب اللغة عند مادة "شرع" الشريعة بالكسر - الدين والشرع، والشريعة مثله مأخوذة من الشريعة، وهي مورد الناس للاستسقاء، سميت بذلك لوضوحها وظهورها، وجمعها شرائع، وشرع الله لنا كذا يشرعه أظهره، وأوضحه، والمشرفة - بفتح الميم والراء - شريعة الماء. انظر: لسان العرب، مادة "شرع" (١٧٥/٨-١٧٧، النهاية في غريب الحديث (٢٣١/٢)، المفردات في غريب القرآن: الأصفهاني (ص: ٢٥٩).

ورد قول الله تعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾. (١)

الثاني: مورد الماء الذي يقصد للشرب، ومنه قولهم: شرعت للإبل، بمعنى أنها وردت شريعة الماء الجاري الذي لا ينقطع. (٢)  
والمعنى الأول أوفق، وأشمل، وعلى هذا يمكن القول بأن: الشريعة قد تطلق على الدين، فهي عبارة عما جاءت به الرسل من عند الله بقصد هداية البشر إلى الحق في الاعتقاد، وإلى الخير في السلوك والمعاملة، وبهذا المعنى تشمل كلمة شريعة الجانب الاعتقادي والجانب العملي، وكلاهما يطابق مفهوم الدين الكامل، إلا أن الشريعة في لسان الفقهاء تطلق على الأحكام العملية. (٣)

#### الدلالة الاصطلاحية للشريعة:

أما الشريعة في الشرع فإنها تطلق على الأحكام التكليفية العملية، ولعل علماء الشريعة أخذوا هذا الإطلاق من قوله تعالى: ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَا جَا﴾ (٤)

وقوله تعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾. (٥) ويفهم هذا من قول قتادة في بيان معناها: "تطلق الشريعة على الأمر والنهي، والحدود والفرائض لأنها طريق إلى الحق". (٦)

(١) سورة الجاثية الآية (١٨).

(٢) انظر: تفسير الطبري (٨٨/٢٥)، تفسير القرطبي (١٦٣/١٦)، تفسير الفخر الرازي (٣٣٢/٧).

(٣) انظر: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية د. يوسف حامد العالم (ص: ٢٠)

(٤) سورة المائدة الآية (٤٨).

(٥) سورة الجاثية الآية (١٨).

(٦) انظر: تفسير الطبري (٨٨/٢٥)، تفسير القرطبي (١٦٣/١٦)، تفسير الفخر الرازي (٣٣٢/٧).

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

وجاء في كتاب النهاية لابن الأثير: "الشريعة ما سنه الله لعباده من الدين وافترضه عليهم ، يقال: شرع لهم يشرع شرعاً فهو شارع ، وقد شرع الله الدين إذ أظهره وبينه".<sup>(١)</sup>

وعرفها بعضهم بأنها: عبارة عن الأحكام التي سنها الله لعباده ليكونوا مؤمنين عاملين على ما يسعدهم في الدنيا والآخرة ، وأما شرع الدين فهو وصفه ، وإنزاله من عند الله تعالى ، كما قال- عز وجل- : ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا﴾<sup>(٢)</sup>،<sup>(٣)</sup>

### أ- العلاقة بين المعنى اللغوي والشرعي:

شريعة الماء فيها حياة الأبدان ، وشريعة الله فيها حياة الأرواح وطهارة الوجدان ، وسعادة الإنسان ديناً ودنياً.

قال أبو السعود في تفسيره: "الشرعة والشريعة: الطريقة إلى الماء شبه بها الدين لكونه سبيلاً موصلاً إلى ما هو سبب للحياة الأبدية، كما أن الماء سبب للحياة الفانية".<sup>(٤)</sup>

وقال صاحب المفردات في غريب القرآن: "وقال بعضهم: سميت الشريعة شريعة تشبيهاً لها بشريعة الماء من حيث إن من شرع فيها على الحقيقة المصدوقة روى وتطهر. قال: وأعني بالري ما قال بعض الحكماء: كنت أشرب فلا أروى فلما عرفت الله رويت بلا شرب ، وبالتطهر ما قال تعالى: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ النَّبِيِّ وَيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيراً﴾"<sup>(٥)</sup>

(١) النهاية: ابن الأثير ج ٢/٢٣١.

(٢) سورة الشورى الآية (١٣).

(٣) انظر: تاريخ التشريع الإسلامي: الشيخ عبدالرحمن تاج ، الشيخ محمد علي السائيس (ص: ٨-٩).

(٤) تفسير أبي السعود بهامش الفخر الرازي (١٥٨/٣).

(٥) سورة الأحزاب الآية (٣٣).

وهكذا فإن الشرع الحكيم يطهر العامل عن الأوساخ المعنوية ، كما أن الشريعة طريق إلى الماء الذي يطهر مستعمله عن الأوساخ الحسية.

### المطلب الثاني

#### مذاهب الفقهاء في بيان طبيعة العقد غير المشروع

تصنيف العقود في الفقه الإسلامي:

ينقسم العقد بحسب الوصف الذي يعطيه الشرع له بناء على مقدار استيفائه لأركانه وشروطه إلى صحيح تترتب عليه آثاره، وغير صحيح لا تترتب عليه آثاره.

#### (أ) - العقد الصحيح:

هو الذي استكمل عناصره الأساسية من (صيغة وعاقدين ومحل عقد وموضوع عقد)، وشرائطه الشرعية. فيصبح صالحا لترتب حكمه وآثاره عليه. ويعرفه الحنفية بقولهم: هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه .  
وحكم العقد الصحيح: ثبوت أثره في الحال، فالبيع الصادر من كامل الأهلية على مال متقوم شرعا، ولغاية مشروعة، يترتب عليه ثبوت ملك المبيع والتمن للمشتري والبائع فور انتهاء الإيجاب والقبول إذا لم يكن في البيع خيار. (١)

#### (ب) - العقد غير الصحيح:

يعرف العقد غير الصحيح بأنه : هو ما اختلف فيه أحد عناصره الأساسية أو شرط من شروطه. وحكمه: أنه لا يترتب عليه أثر كبيع الميتة والدم والخمر والخنزير، وكبيع فاقد الأهلية. ويشمل غير الصحيح عند جمهور الفقهاء غير الحنفية: الباطل والفاقد، وهما بمعنى واحد. (٢)

(١) انظر: كشف الأسرار : البزدوي (ص: ٢٥٨)، رد المحتار لابن عابدين (٤/١٠٤).

(٢) انظر بدائع الصنائع: الكاساني (٥ / ٣٠٥)، كشف الأسرار : البزدوي (ص: ٢٥٨) ، بداية

المجتهد: ابن رشد (٢ / ١٦٣)، الأشباه والنظائر: السيوطي (ص: ٣١٠).



## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

وأما الحنفية: فيقسمون غير الصحيح إلى باطل<sup>(١)</sup> وفاسد<sup>(٢)</sup>. فلكل واحد معنى مختلف عن الآخر، وتلك القسمة محصورة في العقود الناقلة للملكية أو العقود التي توجب التزامات متقابلة من العاقدين، كالبيع والإجارة والهبة والقرض والحوالة والشركة والمزارعة والمساقاة والقسمة.

أما العقود غير المالية كالوكالة والوصاية والزواج على الأصح والعقود المالية التي ليس فيها التزامات متقابلة، كالإعارة والإيداع، والعبادات، والتصرفات المنفردة كالطلاق والوقف والكفالة والإقرار ونحوها، فهذه لا فرق فيها بين الفاسد والباطل.<sup>(٣)</sup>

وفسر الزركشي ضابط هذه التفرقة عند الحنفية بقوله: "أن ما اقتضى صحيحه الضمان بعد التسليم، كالبيع والقرض والعمل في القراض والإجارة والعارية، فيقتضي فاسده أيضا الضمان؛ لأنه أولى بذلك، وما لا

(١) الباطل لغة: الضياع والخسران، أو سقوط الحكم. يقال: بطل الشيء يبطل بطلا وبطلانا بمعنى:

ذهب ضياعا وخسرانا، أو سقط حكمه، ومن معانيه: الحبوط. انظر: لسان العرب، مادة (بطل) المصباح المنير مادة: (بطل)، والتلويح على التوضيح: التفتازاني (١ / ٢١٥).

ودلالته في المعاملات بمعنى أن تقع المعاملة على وجه غير مشروع بأصله ولا بوصفه، وينشأ عن البطلان تخلف الأحكام كلها عن التصرفات، وخروجها عن كونها أسبابا مفيدة لتلك الأحكام التي تترتب عليها، فبطلان المعاملة لا يوصل إلى المقصود الدنيوي أصلا؛ لأن آثارها لا تترتب عليها.

انظر: كشف الأسرار: البزدوي (١ / ٢٥٨، ٢٥٩)، المستصفي: الغزالي (٢ / ٢٥)، التلويح على التوضيح: التفتازاني (٢ / ١٢٣)، حاشية ابن عابدين (٢ / ٩٧)، منح الجليل: الشيخ عليش (٢ / ٥٥٠)، وجمع الجوامع: ابن السبكي (١ / ١٠٥).

(٢) الفاسد: يقال: (فسد) الشيء يفسد بالضم (فسادا) فهو (فاسد) . و (المفسدة) ضد المصلحة. والفساد: نقيض الصلاح. مختار الصحاح: الجوهري "مادة (فسد)" (ص: ٢٣٩). لسان العرب، باب الدال فصل السين (٣ / ٣٣٥). وسياأتي تعريفه وأفياً.

(٣) انظر: المنشور في القواعد: الزركشي (٣ / ٧)، وشرح الأسنوي على البيضاوي (١ / ٥٨)، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: التهانوي (١ / ٣٤٠).

يقتضي صحيحه الضمان بعد التسليم، كالرهن والعين المستأجرة والأمانات كالوديعة والتبرع كالهبة والصدقة لا يقتضيه فاسدة أيضاً؛ لأنه لا جائز أن يكون الموجب له هو العقد، لأنه لا يقتضيه ولا اليد؛ لأنها انما جعلت بإذن المالك وليس المراد بهذه الأقدمة أن كل حال ضمن فيها العقد الصحيح ضمن في مثلها الفاسد، فإن البيع الصحيح لا يجب فيه ضمان المنفعة، وإنما يضمن العين بالثمن والمقبوض بالبيع الفاسد يجب فيه ضمان أجره المثل للمدة التي كان في يده سواء استوفى المنفعة أم تلفت تحت يده.. (١)

### منشأ الخلاف بين الحنفية والجمهور:

أساس الخلاف بين الحنفية وغيرهم راجع لقضية أصولية: وهي فهم أثر النهي الصادر عن الشرع، كالنهي عن شراء السمك في الماء، فإنه غرر، وعن بيعتين في بيعة، وكتحريم بيع الخمر والميتة والخنزير ونحو ذلك. فهل النهي يقتضي فساد المنهي عنه، أي عدم الاعتبار والوقوع في الإثم معا أو أنه يقتصر على إيجاب الإثم وحده مع اعتباره أحيانا؟ ثم هل يستوي النهي عن ركن من أركان العقد مع النهي عن وصف عارض للعقد لازم له أو غير لازم؟

قال جمهور الفقهاء (غير الحنفية): إن نهي الشارع عن عقد ما: يعني عدم اعتباره أصلاً، وإثم من يقدم عليه. ولا فرق بين النهي عن ركن من أركان العقد (الصيغة وأهلية العاقدين ومحل العقد) أو النهي عن وصف عارض للعقد ملازم له أو مجاور، لقوله عليه الصلاة والسلام: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد، ومن أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد». (٢)

(١) المنثور في القواعد: الزركشي (٣ / ٧).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود (٣ / ١٨٤) رقم (٢٦٩٧)، ومسلم في الأفضية باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور رقم (١٧١٨).

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

قال النووي في شرحه: قال أهل العربية الرد هنا بمعنى المردود ، ومعناه فهو باطل غير معتد به، وهذا الحديث قاعدة عظيمة من قواعد الإسلام وهو من جوامع كلمه -صلى الله عليه وسلم - فإنه صريح في رد كل البدع والمخترعات... وفي هذا الحديث دليل لمن يقول من الأصوليين إن النهي يقتضي الفساد، ومن قال لا يقتضي الفساد يقول هذا خبر واحد ، ولا يكفي في إثبات هذه القاعدة المهمة ، وهذا جواب فاسد . وهذا الحديث مما ينبغي حفظه واستعماله في ابطال المنكرات واشاعة الاستدلال به<sup>(١)</sup> . وعليه إذا حدث عقد منهى عنه فهو باطل أو فاسد لا يترتب عليه أي أثر؛ لأن نهي الشرع عنه يجعله غير مشروع أو غير موجود، وإذا كان النهي لوصف فيسري إلى الموصوف<sup>(٢)</sup> .

وقال الحنفية: قد يكون نهي الشارع عن عقد: معناه إثم من يرتكبه فقط، لا إبطاله، ويفرق بين النهي الراجع لأصل العقد (أي لخلل في الصيغة أو في العاقد أو في المحل) فيقتضي بطلان العقد وعدم وجوده شرعا وعدم ترتب أي أثر عليه، وبين النهي العائد لأمر آخر كوصف من أوصاف العقد ملازم له، فيقتضي بطلان هذا الوصف فقط، ولا يتعدى البطلان إلى أصل العقد، لأنه استكمل عناصره الأساسية، فيكون العقد فاسدا فقط.

فالبيع الصادر عن عديم الأهلية، وبيع غير المال كالميتة، وبيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير والسّمك في الماء باطل؛ لأن الخلل فيه راجع لأصل العقد. والبيع المؤقت أو المشتمل على جهالة في الثمن أو المؤدي

(١) شرح النووي على مسلم (١٦ / ١٢).

(٢) بداية المجتهد: ابن رشد (١٦٦/٢) المستصفي: الغزالي (٦١/١)، الإحكام في أصول الأحكام: الأمدى (٦٨/١)، البحر المحيط، للزركشي (٤٤٤/٢)، شرح الورقات في أصول الفقه، للعلامة جلال الدين محمد بن أحمد المحلي (١١٧). الأصول من علم الأصول، محمد بن صالح العثيمين (١٤).

إلى النزاع في العقد كبيعتين في بيعة فاسد؛ لأن الخلل راجع لوصف في العقد خارج عن حقيقته وذاته وأركانه. (١)

### أقسام العقد غير الصحيح عند غير الحنفية:

ينقسم العقد غير الصحيح عند الحنفية إلى عقد باطل، وفاسد:

أما العقد الباطل: فهو ما اختل ركنه أو محله، أو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه، كأن يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية، كالمجنون وغير المميز، والمميز فيما يضره ضررا محضا، أو أن تكون الصيغة غير سليمة، أو يكون محل العقد غير قابل لحكم العقد شرعا، كبيع ما ليس بمال، أو ما ليس مالا متقوما كالخمر والخنزير والسّمك في الماء، وكبيع شيء من الأموال العامة كجزء من الطريق أو من مشفى أو مسجد، وكالبيع الذي جعل الثمن فيه غير مال أصلا كالميتة، أو الشيء المباح. وفي الزواج كالعقد على إحدى المحارم أو التي لم تنته عدتها من مطلقها، أو المتزوجة بزواج آخر، فكل هذه العقود باطلة. (٢)

وحكم الباطل: أنه لا يعد منعقدا أصلا، وإن وجدت صورته في الظاهر، فلا يترتب عليه أي أثر شرعي، فلا يفيد نقل الملكية أصلا، إذ لا يعد موجودا بحال. (٣)

وأما العقد الفاسد: فهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه، أي كان صادرا ممن هو أهل له، والمحل قابل لحكم العقد شرعا، والصيغة سليمة، ولكن صاحب ذلك وصف منه عنده شرعا، كبيع المجهول جهالة فاحشة تؤدي للنزاع، مثل بيع دار من دور أو سيارة من سيارات

(١) كشف الأسرار: البيدوي (ص ٢٥٨)، رد المحتار لابن عابدين (١٠٤/٤).

(٢) انظر: روضة الناظر: ابن قدامة (١/١٦٦، ١٦٧)، وشرح الكوكب المنير: ابن النجار (٤٧٣/١).

(٣) كشف الأسرار: البيدوي (ص ٢٥٨)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٥/٤٩)، البحر الرائق

شرح كنز الدقائق: ابن نجيم (٦/٧٥).

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

دون تعيين، وكإبرام صفقتين في صفقة، كبيع دار على أن يبيعه سيارته، وكبيع مال منقوم جعل ثمنه مالا غير منقوم كخمر مثلا، وكبيع بقرة على أنها حامل. (١)

**وحكم الفاسد:** ثبوت الملك فيه بالقبض بإذن المالك صراحة، أو دلالة كأن يقبضه في مجلس العقد أمام البائع، دون أن يعترض عليه. والعقد الفاسد واجب الفسخ شرعا، إما من أحد العاقدين أو من القاضي إذا علم بذلك، لأنه منهي عنه شرعا. وإمكان الفسخ مشروط بشرطين: الأول — بقاء المعقود عليه على ما كان قبل القبض، فلو تغير شكله بأن هلك أو استهلك، أو كان غزلا فنسجه، أو قمحا فطحنه، أو دقيقا فخبزه، امتنع الفسخ.

والثاني — عدم تعلق حق الغير به، فلو تصرف به المشتري لآخر بالبيع أو بالهبة وتم قبضه من الموهوب له، امتنع الفسخ. (٢)

### المطلب الثالث

#### دلالة مبدأ المشروعية في مجال العقود المدنية (المالية والتجارية)

وأعني بالعقود المدنية تلك العقود التي يحكمها النظام أو القانون الخاص، كنتلك التي تعقد في إطار أحكام القانون المدني أو التجاري، سواء كانت في صورة بيع أو إجارة أو قرض، أو نحو ذلك.

وتكون هذه العقود مشروعة متى جاءت مطابقة لما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية من شروط، وهي مبسطة في كتب الفقه الإسلامي، وذلك في إطار ما تناوله الفقهاء في مسألة الأصل في العقود المالية الإباحة، وفي هذه المسألة قولان:

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٥ / ٤٩) البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٦ / ٧٥).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين (٥ / ٤٩) البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٦ / ٧٥).

**القول الأول:** أن الأصل في العقود والمعاملات الإباحة ولا يحرم منها إلا ما ورد الشرع بتحريمه، وهذا القول هو قول أكثر الحنفية<sup>(١)</sup> وهو قول المالكية<sup>(٢)</sup> والشافعية<sup>(٣)</sup> والحنابلة<sup>(٤)</sup> فهو إذا قول الجمهور، بل قال الحافظ ابن رجب الحنبلي رحمه الله: ( وقد حكى بعضهم الإجماع عليه ).<sup>(٥)</sup>

**القول الثاني:** أن الأصل في العقود والمعاملات الحظر إلا ما ورد الشرع بإباحته وهو قول الظاهرية كما نص عليه ابن حزم<sup>(٦)</sup>، وبه قال الأبهري من المالكية.<sup>(٧)</sup>

**الأدلة:**

استدل أصحاب القول الأول بأدلة كثيرة، من القرآن الكريم والسنة النبوية، والمعقول أذكر منها:

#### أ - من القرآن الكريم:

١ - عموم الآيات التي جاء فيها الأمر بالوفاء بالعقود والعهود كقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٨)</sup>، وقوله: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾<sup>(٩)</sup>، ونحوهما من الآيات في هذا المعنى .

(١) - انظر: الأشباه والنظائر: ابن نجيم (ص ٦٦) شرح فتح القدير: ابن الهمام (٣ / ٧) غمز عيون البصائر: الحموي (١ / ٢٢٣) تبيين الحقائق: الزيلعي (٤ / ٨٧) أصول الجصاص (٣ / ٢٥٢ - ٢٥٤) .

(٢) - انظر: الذخيرة: القرافي (١ / ١٥٥) التلقين: القاضي عبد الوهاب (٢ / ٣٥٩) المقدمات الممهدة: ابن رشد (٢ / ١٢٨) الموافقات للشاطبي (١ / ٢٨٤ - ٢٨٥) .

(٣) - انظر: الرسالة: الإمام الشافعي (ص ٢٣٢)، الأم: الشافعي (٣ / ٢)، المحصول: الرازي (٦ / ١٩٧) .

(٤) - انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (٢٨ / ٣٨٦) القواعد النورانية (ص ٢١٠) إعلام الموقعين (١ / ٣٤٤) شرح الكوكب المنير (١ / ٣٢٢ - ٣٢٥) كشف القناع: البهوتي (٣ / ٥٣) .

(٥) - جامع العلوم والحكم: ابن رجب لحنبلي (٢ / ١٦٦) .

(٦) - الإحكام في أصول الأحكام: ابن حزم (٥ / ١٥) .

(٧) - شرح تنقيح الفصول: القرافي (ص: ٩٢) .

(٨) - سورة المائدة جزء من الآية الأولى .

(٩) - سورة الإسراء جزء من آية رقم (٣٤) .

وجه الاستدلال : أن الله أمر بالوفاء بالعهود والعقود مطلقاً فدل على أن الأصل فيها الإباحة لا الحظر، إذ لو كان الأصل فيها الحظر لم يجز أن يؤمر بها مطلقاً.

قال الطبري: "يعني: أوفوا بالعهود التي عاهدتموها ربكم، والعقود التي عاهدتموها إياه، وأوجبتم بها على أنفسكم حقوقاً، وألزمتم أنفسكم بها الله فروضاً، فأتتموها بالوفاء والكمال والتمام منكم لله بما ألزمكم بها، ولمن عاهدتموه منكم، بما أوجبتموه له بها على أنفسكم، ولا تتكثروا فتتقضوها بعد توكيدها. (١)

ونوقش هذا الاستدلال : بأن هذه النصوص مخصوصة فيمن عقد أو عاهد على ما يوافق الشرع مما جاء الشرع بإباحته في القرآن أو السنة. (٢)

وأجيب عن هذا : بأن تخصيصها بما جاء الشرع بإباحته لا وجه له ، إذ أنه يتضمن إبطال ما دلت عليه من العموم بدون دليل على ذلك. (٣)

٢- الآيات التي جاء فيها حصر المحرمات في أنواع أو أوصاف كقوله تعالى: ﴿قُلْ لَّا أجدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلٍ لِّغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (٤)، وقوله : ﴿قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْتِلَاقٍ نَحْنُ نَرِزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا

(١)-تفسير الطبري (٩/ ٤٤٧).

(٢)-ينظر : القواعد النورانية (ص ١٩٢ ، ١٩٧ ، ٢٠٨).

(٣)-الإحكام في أصول الأحكام :ابن حزم (٢ / ٦٠٠)، المحلى: ابن حزم(٨ / ٤١٤).

(٤)-سورة الأنعام آية رقم (١٤٥)

تَقَرَّبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ  
إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكَمْ وَصَاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ» (١).

وجه الاستدلال : أن الله تبارك وتعالى حصر في هذه الآيات ونحوها المحرمات بأنواع وأوصاف (فما لم يعلم فيه تحريم يجري عليه حكم الحل والسبب فيه أنه لا يثبت حكم على المكلفين غير مستند إلى دليل " (٢)

### ب- من السنة النبوية:

وردت أحاديث كثيرة تبين أن ما سكت عنه الشارع من الأعيان والمعاملات فهو عفو حكمه الإباحة ، ولا يجوز الحكم بتحريمه ، ومن ذلك:

١- قوله -ﷺ- : " إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها ، ونهى عن أشياء فلا تنتهكوها ، وحد حدودا فلا تعتدوها ، وسكت عن أشياء من غير نسيان فلا تبحثوا عنها " (٣).

٢- قوله -ﷺ- : " الحلال ما أحل الله في كتابه ، والحرام ما حرم الله في كتابه ، وما سكت عنه فهو مما عفا عنكم " (٤)

(١)-سورة الأنعام آية رقم (١٥١)

(٢)-غياث الأمم في إلتياث الظلم :إمام الحرمين ،الإمام الجويني(ص: ٤٩٠)

(٣)-رواه الدارقطني في كتاب الرضاع ( ٤ / ١٨٣ - ١٨٤ ) برقم (٤٢) والطبراني في الكبير ( ٢٢ / ٢٢١ ) برقم (٨٥٩) والبيهقي في كتاب الضحايا باب مالم يذكر تحريمه ولا كان في معنى ما ذكر تحريمه مما يؤكل أو يشرب (١٠ / ١٢ - ١٣) كلهم من حديث أبي ثعلبة الخشني رضي الله عنه- والحديث حسنه النووي في الأربعين، وقال عنه الهيثمي في مجمع الزوائد ( ١ / ١٧١ ) : "رجاله رجال الصحيح " ، وقال الحافظ ابن حجر في المطالب العالية ( ٣ / ٧٢ ) : " رجاله ثقاة إلا أنه منقطع " ، وأعله ابن رجب في جامع العلوم والحكم بعثتين ( ٢ / ١٥٠ ) .

(٤)-أخرجه الترمذي في سننه في كتاب اللباس باب ماجاء في لبس الفراء ( ٤ / ٢٢٠ ) برقم ( ١٧٢٦ ) وابن ماجه في كتاب الأطعمة باب أكل الجبن والسمن ( ٢ / ١١١٧ ) برقم (٣٣٦٧) كلاهما من طريق سيف بن هارون البرجمي عن سليمان التيمي عن أبي عثمان عن سلمان الفارسي رضي الله عنه ، وقال الترمذي : " هذا حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعا إلا من هذا الوجه..هـ.



وجه الاستدلال : أن هذه الأحاديث أفادت أن الأشياء في حكم الشرع إما محرمة ، وإما مباحة ، وإما مسكوت عنها لم تذكر لا بتحليل ولا بتحريم فهي مما عفا الله عنها، ولا حرج في فعلها.<sup>(١)</sup>  
قال ابن القيم رحمه الله : " فكل شرط وعقد ومعاملة سكت عنها فإنه لا يجوز القول بتحريمها ".<sup>(٢)</sup>

### ج- من المعقول:

- ١- أن العقود والشروط من الأفعال العادية والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب ذلك حتى يقوم الدليل على التحريم<sup>(٣)</sup>، والمعتبر في ذلك مصالح العباد، قال الشاطبي رحمه الله : " الأصل في العادات الالتفات إلى المعاني يدل على ذلك الاستقراء فإننا وجدنا الشارع قاصدا لمصالح العباد، والأحكام العادية تدور معه حيثما دار، فترى الشيء الواحد يمنع في حال لا تكون فيه مصلحة "هـ.<sup>(٤)</sup>
- ٢- أنه لا يشترط في صحة العقود إذن خاص من الشارع قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله- : " فإن المسلمين إذا تعاقدوا بينهم عقودا ولم يكونوا يعلمون لا تحريمها ولا تحليلها فإن الفقهاء جميعهم -فيما أعلمه- يصححونها إذا لم يعتقدوا تحريمها ، وإن كان العاقد لم يكن حينئذ يعلم تحليلها لا باجتهاد ولا بتقليد ، ولا بقول أحد لا يصح إلا العقد الذي يعتقد أن الشارع أحله ، فلو كان إذن الشارع الخاص شرطاً في صحة العقود لم يصح عقد إلا بعد ثبوت إذنه، كما لو حكم الحاكم بغير اجتهاد، فإنه آثم ، وإن كان قد صادف الحق . " ا.هـ.<sup>(٥)</sup>

(١)-ينظر : الاستقامة: ابن تيمية ( ١ / ٤٣٥ ) الموافقات: الشاطبي ( ١ / ١٦٢ ) .

(٢)-إعلام الموقعين: ابن القيم ( ١ / ٣٤٤ - ٣٤٥ ) .

(٣)-ينظر مجموع فتاوى ابن تيمية ( ٢٩ / ١٥٠ ) .

(٤)- الموافقات: الشاطبي ( ٢ / ٣٠٥ - ٣٠٦ ) .

(٥)- مجموع فتاوى ابن تيمية ( ٢٩ / ١٥٩ ) .

**أدلة القبول الثاني :** استدلت أصحاب القول الثاني القائلين بأن الأصل في المعاملات والعقود الحظر بأدلة من الكتاب والسنة ،منها:

١- قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي﴾. (١)

**وجه الاستدلال :**

قال الطبري: " يعني جل ثناؤه بقوله: "اليوم أكملت لكم دينكم" اليوم أكملت لكم، أيها المؤمنون، فرائضي عليكم وحدودي، وأمرني إياكم ونهيي، وحلالي وحرامي، وتنزيلي من ذلك ما أنزلت منه في كتابي، وتبيناني ما بينت لكم منه بوحبي على لسان رسولي، والأدلة التي نصبتُها لكم على جميع ما بكم الحاجة إليه من أمر دينكم، فأتممت لكم جميع ذلك، فلا زيادة فيه بعد هذا اليوم. قالوا: وكان ذلك في يوم عرفة، عام حجّ النبي ﷺ - حجة الوداع. وقالوا: لم ينزل على النبي صلى الله عليه وسلم بعد هذه الآية شيء من الفرائض، ولا تحليل شيء ولا تحريمه، وأن النبي ﷺ - لم يعيش بعد نزول هذه الآية إلا إحدى وثمانين ليلة". (٢)

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: "إن الله تبارك وتعالى أخبر أنه أكمل الدين فمن أباح العقود التي لم تجيء في الشرع فقد زاد في الدين ما ليس منه". (٣)

ونوقش هذا الاستدلال : بأن من كمال الشريعة وبديع نظامها أنها دلت على إباحة المعاملات التي يحتاجها الناس في دنياهم، فالشريعة قد جاءت في باب المعاملات بالآداب الحسنة، فحرمت منها ما فيه فساد وأوجبت ما لا بد منه، وكرهت ما لا ينبغي، وندبت إلى ما فيه مصلحة راجحة، وما لم يرد في الشريعة تحريمه أو إباحته فهو مسكوت عنه. (٤)

(١)- سورة المائدة جزء من آية رقم (٣).

(٢)-تفسير الطبري (٩ / ٥١٨).

(٣)-القواعد النورانية ( ص ٢١٠).

(٤)-ينظر : إعلام الموقعين ( ١ / ٣٥٠ ) الموافقات للشاطبي ( ٢ / ٢٢٥ - ٢٢٦ ) غياث الأمم

٣- حديث السيدة عائشة -رضي الله عنها- أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- خطب عشية فحمد لله 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 " (١)

#### وجه الاستدلال :

أن هذا الحديث قاطع بإبطال كل شرط وعهد ووعد وعقد ليس في كتاب الله الأمر به أو النص على إباحته عقده لأن العقود والعهود والأوعاد شروط واسم الشرط يقع على جميع ذلك. (٢)  
ونوقش هذا الاستدلال من وجهين :

- الأول : أن المراد بقول النبي -ﷺ- : ( ليس في كتاب الله ) : أي يكون مخالفا لحكم الله وليس المراد أن لا يذكر في كتاب الله أو في سنة رسوله -صلى الله عليه وسلم- ودليل هذا أنه - عليه الصلاة والسلام- قال في الحديث : "قضاء الله أحق وشرط الله أوثق" وإنما يكون هذا إذا خالف الشرط أو العقد قضاء الله أو شرطه بأن كان ذلك الشرط أو العقد مما حرمه الله تعالى، فمضمون الحديث أن العقد أو الشرط إذا لم يكونا من الأفعال المباحة فإنه يكون محرما باطلا. (٣)
- الثاني : لو سلم أن مراد النبي -ﷺ- منع كل عقد أو شرط لم يذكر في كتاب الله أو سنة رسوله -ﷺ- فيمكن القول بأن قول

في التباث الظلم (ص: ٤٩٥)

(١)-أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطا في البيع لاتحل ( ٢ / ١٠٦ ) برقم (٢١٦٨) ومسلم في كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق ( ٢ / ١١٤١ - ١١٤٣ ) برقم (١٥٠٤)

(٢)-ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين (١ / ٢٦١)، الموافقات (١ / ٣٤٠).  
(٣)-ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ( ٢٩ / ١٣٠ - ١٣١ ) إعلام الموقعين (١ / ٢٦١).

النبي - ﷺ - : " ليس في كتاب الله " إنما يراد به ما ليس فيه بعمومه ولا بخصوصه ، أما ما كان فيه بعمومه فإنه لا يقال فيه إنه ليس في كتاب الله ، وقد ذكر أصحاب القول الأول من الأدلة ما يدل على وجوب الوفاء بالعقود والعهود ، وهذا يقتضي إباحتها ، فالقول بان الأصل في العقود الإباحة لا يمكن القول بأنه ليس في كتاب الله ، فإن ما دل كتاب الله بعمومه على إباحته ، فإنه من كتاب الله فلا يدخل ذلك في قوله في الحديث : ( ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل (١) "

#### القول الراجح:

بالمقارنة بين أدلة المذهبين يترجح القول الأول ، لقوة أدلته ؛ ولأنه هو الموافق لقواعد الشريعة ومقاصدها مثل قاعدة المشقة تجلب التيسير ورفع الحرج عن المكلفين ، ومثل قاعدة المصالح إذ الشريعة جاءت لتحصيل المصالح للعباد وتكميلها وتعطيل المفساد وتقليلها ؛ ولذا قال الإمام الجويني رحمه الله : " ووضوح الحاجة إليها - أي إلى إباحة العقود التي لم يأت في الشرع تحريمها - يغني عن تكلف بسط فيها فليصدروا العقود العقود عن تراضي فهو الأصل الذي لا يغمض ما بقي من الشرع أصل وليجروا العقود على حكم الصحة " (٢) والله أعلم.

(١)- ينظر : مجموع فتاوى ابن تيمية ( ٢٩ / ١٣١ )

(٢)- غياث الأمم في التياث الظلم ( ص ٤٩٥ )

## المبحث الثاني

مدى استحقاق التعويض عن الضرر المترتب على عقود المعاوضات المالية غير المشروعة

وفيه مطالب خمسة:

- المطلب الأول: وجه الضرر في عقود المعاوضات المالية .
- المطلب الثاني: مدى استحقاق التعويض عن الضرر المترتب على العقود الباطلة أو المنهي عنها.
- المطلب الثالث: أهم النتائج المترتبة على العقد الباطل .
- المطلب الرابع: مدى استحقاق التعويض في بيع الإنسان الحر.

### المطلب الأول

#### وجه الضرر في عقود المعاوضات المالية

لما كانت مصالح الناس لا تتم إلا بالمعاوضة والمبادلة كان صلاحها بالعدل، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "الأصل في المعاوضات والمقابلات هو التعادل من الجانبين".<sup>(١)</sup>

والتعادل في المعاوضات يكون بمعنى التساوي الحقيقي في الأشياء المتبادلة جاء في الهداية:<sup>(٢)</sup> "والمعاوضة تقتضى المساواة".<sup>(٣)</sup>

ومن تطبيقات هذا المعنى ما جاء في الحديث الشريف عن عباده بن الصامت- رضي الله عنه- أن النبي - ﷺ - قال: "الذهب بالذهب والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد".<sup>(٤)</sup>

(١) انظر: مجموعة فتاوى ابن تيمية (١٠٧/٢٩).

(٢) انظر: بداية المجتهد: ابن رشد (١٣٢/٢).

(٣) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي: الميرغيناني (٧٣/٦).

(٤) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة (٣/

٦٨) رقم (٢١٣٤)، ومسلم في المساقاة باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً (٣/١٢١٠)، رقم

(١٥٨٦).

والحديث يرشد إلى كمال العدالة التعويضية. وهو نص صريح في تحريم ربا النساء في هذه الأصناف، أما إذا اختلفت هذه الأصناف بأن تمت المبادلة بين صنفين مختلفين في الجنس وكانا متفاضلين، وكان ذلك التبادل في مجلس العقد لم يكن فيه ربا، كبيع دينار بعشرين درهماً في المجلس. أما إذا كانت الزيادة في القرض فلا يجوز؛ لأنها تكون ربا. ويذكر ابن رشد بوضوح: "أن العدل في المعاملات إنما هو مقارنة التساوي؛ وذلك لما عسر إدراك التساوي في الأشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم لتقويمها، أعنى تقديرها، ولما كانت الأشياء المختلفة الذوات أعنى غير المكيلة والموزونة العدل فيها إنما هو وجود النسبة، أعنى أن تكون نسبة قيمة أحد الشئيين إلى جنسه نسبة وقيمة الشيء الآخر إلى جنسه. وأما الأشياء المكيلة والموزونة فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف وكانت منافعها متقاربة ولم تكن حاجة ضرورية، كان العدل في هذا إنما هو بوجود التساوي في الكيل أو الوزن، إذ كانت لا تفاوت في المنافع". (١)

ويتحقق الضرر في عقود المعاوضات المالية ابتداءً بتغير قيمة النقد تغيراً كبيراً، نتيجة استخدام النقود الاصطلاحية في التعاملات الحاضرة والآجلة، وما يصحبها من تغيرات في قيم الأسعار، وتظهر أهمية هذا القول إذا وضعت في مقابل ما نص عليه الإمام ابن القيم -رحمه الله تعالى- بقوله "وحاجة الناس إلى ثمن يعتبرون به المبيعات حاجة ضرورية عامة؛ وذلك لا يمكن إلا بسعر تعرف به القيمة، وذلك لا يكون إلا بثمن تقوم الأشياء ويستمر على حالة واحدة، ولا يقوم هو بغيره، إذ يعتبر سلعة يرتفع وينخفض، فتفسد معاملات الناس ويقع الخلف ويشد الضرر". (٢)

(١)- انظر: بداية المجتهد (١٣٢/٢).

(٢)- الطرق الحكيمة: ابن القيم (٢٥٦/٢).

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

ومن المقرر فقهاً أن النقود وسائل لتحصيل المقاصد التي هي السلع فلا يجوز اتخاذها سلعة بل يجب أن تبقى أثماناً تستعمل لتقويم السلع والحصول عليها<sup>(١)</sup> فالنقود في ميدان المعاملات المالية كالألات في ميدان الصناعة<sup>(٢)</sup> فكما أن الآلات لا تقصد لذاتها، وإنما تقصد للأثر الذي تحدثه في المصنوع فكذلك النقود لا يراد بها التعامل في أعيانها، وإنما المراد أثرها الذي تحدثه في السلع وهي الحصول على أعيان هذه السلع، وعليه فإنه إذا لم يتحقق للنقود الثبوت والدوام في سعر الصرف لأي سبب من الأسباب اعتبرت النقود قيمة بالنسبة لغيرها وأصبحت في حكم عروض التجارة من حيث الزيادة والنقصان وأصبحت تقوم بغيرها ولا تقوم بنفسها وتقل الرغبة في ادخارها واكتنازها خوفاً من ضياعها بدوام النقص في قيمتها وهنا يتجه الناس إلى الأموال النقدية للإتجار فيها وتحويلها عن غرضها الأصلي الذي شرعت من أجله وهو النماء والاستثمار:

### المطلب الثاني

مدى استحقاق التعويض عن الضرر المترتب على العقود الباطلة أو

### المنهي عنها

ينقسم النهي إلى ثلاثة أقسام: الأول: النهي عن الشيء لعينه (لذات المنهي عنه) ومثاله: النهي عن بيع الخنزير، والنهي عن بيع الخمر،

(١)-انظر: تبیین الحقائق: الزیلعی(٢٠٠/٢) المبسوط: السرخسي، مجلد ٢ (٢٠/٣)، فواتح الرحموت، شرح مسلم الثبوت: محب الله بن عبد الشكور، كشف الأسرار: عبد العزيز البخاري (١٦٧/٢)، الفروق: القرافي(٢٥٦/٣) ومجموع فتاوى بن تيمية (٢٥١/٢٩).

(٢)- قال صدر الشريعة: "أعلم أن الآلة غير مقصودة بل هي رابطة بين الفاعل والمفتعل في وصول أثره إليه والمحل هو المقصود في الفعل المتعدي فلا يجب استيعاب الآلة بل يكفي منها ما يحصل به المقصود " انظر التوضيح على التنقيح: التفتازاني(٧٦/١)، وانظر: كشف الأسرار (١٦٧/٢)، البحر المحیط: الزركشي (١٩/٣).

الثاني: النهي عن الشيء لوصفٍ ملازمٍ له، ومثاله: النهي عن صيام يوم العيد، الثالث: النهي عن الشيء لوصفٍ مجاورٍ له (مُنْفَكٌ عنه)، ومثاله: الصلاة في الدار المغصوبة، وضابط التفريق: أي التفريق بين ما نهى عنه لذاته، وما نهى عنه لغيره، هو: أن كلَّ نهْيٍ يُطلبُ لُضدِ المنهْيِ عنه فهو لعينه، كالنهي عن الزنا، فهو لطلب ضده وهو ترك الزنا، وكل نهْيٍ لا يُطلبُ لُضدِ المنهْيِ عنه فهو لأمرٍ خارجٍ، كالنهي عن الصلاة في الدار المغصوبة، فإنه ليس لطلب ضدها، وهو ترك الصلاة. (١).

ومن الثابت أن الغاية من العقود الشرعية هي تحصيل المكاسب المالية ، سواء كانت في صورة أثمان ، إذا كان المتعاقد مشترياً ، أو ربح إذا كان المتعاقد تاجراً ، أو مورداً ، أو مُصدراً ، أو نحو ذلك ، فإذا فات ذلك الكسب أو الربح فقد حصل الضرر ، وخاصة إذا حكم القاضي ببطلان العقد .

وقد بحث الفقهاء ذلك في مسألة الأثر المترتب على الحكم ببطلان العقد ، إذ معنى البطلان: سقوط اعتباره، فيصير في حكم العدم، وأن النهي إذا ورد على شيء لزم منه الفساد ، سواء أكان الفساد لأمر ذاتي في المنهي عنه أو لوصف خارجي .

ودليلهم ما رواه الإمام مسلم في صحيحه عن عائشة، قالت: قال رسول الله -ﷺ-: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد» (٢)، قال أهل العربية: الرد هنا بمعنى المردود ومعناه فهو باطل غير معتد به قال النووي: "وهذا الحديث قاعدة عظيمة من قواعد الإسلام وهو من جوامع

(١)- ينظر: البحر المحيط، للزركشي (٢/٤٤٤)، التحبير شرح التحرير، للمرداوي (١/٢٢٦٨).

(٢)- أخرجه مسلم في صحيحه، في كتاب الأفضية باب نقض الأحكام الباطلة، ورد محدثات الأمور (٣/١٣٤٣) رقم (١٧١٨).



## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

كلمه صلى الله عليه وسلم فإنه صريح في رد كل البدع والمخترعات<sup>(١)</sup>.

قال النووي: " وفي هذا الحديث دليل لمن يقول من الأصوليين إن النهي يقتضي الفساد.<sup>(٢)</sup> ومن فوائد الحديث:

١. الحث على الإتياع والتحذير من الابتداع.
  ٢. رد كل محدثة في الدين وأنه لا فرق بين ما يحدثه الإنسان أو يحدثه غيره ويعمل به.
  ٣. أن كل ما وافق الشرع أو تضمنته القواعد العامة ليس بمردود.
  ٤. إبطال جميع العقود المنهي عنها.<sup>(٣)</sup>، ومن ذلك البيوع الربوية، وهذا ثابت بإجماع الصحابة والتابعين .
- ويلزم من الحكم ببطان العقد المنهي عنه شرعاً - إذا لم يكن المضرور على علم به وقت العقد - حقه في استرداد الثمن، وتعويض ما فاته من كسب ولحقه من خسارة، وذلك متى كان موضوع العقد سلعة أو خدمة محرمة، بيع الخمر، أو الآلات اللهو، أو نحو ذلك. وقد يكون موضوع العقد مما لا يجوز بيعه أصلاً، كبيع الحر.
- ففي الصورة الأولى:** ذهب فقهاء المذاهب الأربعة وغيرهم، إلى تحريم المخدرات تحريماً قاطعاً قياساً على تحريم الخمر، لاتحادهما في علة التحريم وهي الإسكار، والمراد بالإسكار هنا هو تغطية العقل لا مع الشدة المطربة، لأنها من خصوصيات المسكر المائع، فضلاً عن

(١)-شرح النووي على مسلم (١٦ / ١٢).

(٢)-شرح النووي على مسلم (١٦ / ١٢)

(٣)-الأحاديث الأربعين النووية مع ما زاد عليها ابن رجب وعليها الشرح الموجز المفيد (ص:

الأضرار الفردية والجماعية التي لا تخفى على أحد، لما فيها من ضرر، وقد قال النبي -ﷺ-: "لا ضرر ولا ضرار" (١)(٢).

قال المناوي: "فيه تحريم سائر أنواع الضرر، وأنه لا يخرج عن هذا إلا بدليل، لأن النكرة في سياق النفي تعم". (٣)

فتحريم المخدرات ومنع بيعها، يأتي بالتخريج على حكم الخمر المحرمة شرعاً عند من لم ينص صراحة على تحريمها باعتبارها من الأمور المستحدثة، فالفهاء قد خرجوا حكم بيع المخدرات على حكم بيع الخمر أو للنص على تحريم المخدرات كما هو الحال عند الشافعية: فقد ورد في مغني المحتاج: "... وخرج به البنج ونحوه من الحشيش المسكر، فإنه ليس بنجس وإن كان حراماً... (٤) وفي هذه المسألة تفصيل مبسوط في كتب الفقه.

أما المفترات -وهي كل ما يورث الفتور والخدر في الأطراف مثل الحشيش والأفيون، فقد صح في السنة النبوية أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قد نهى عن المسكر، فعن عائشة -رضي الله عنها- عن النبي -ﷺ- قال: «كل شراب أسكر فهو حرام» (٥)، ثم عطف عليه المفتر، والعطف يقتضي اشتراك المعطوف والمعطوف عليه في الحكم، فعن أم سلمة رضي الله

(١) - سبق تخريجه.

(٢) - انظر: بدائع الصنائع: الكاساني (١٤٤/٥ - ١٤٥)، حاشية ابن عابدين (١٠/٤١ - ٤٦ - ٤٨)، مواهب الجليل: الخطاب (١/٩٠)، المجموع: النووي (٩/٣، ٣٦/٩)، المغني: ابن قدامة (١١٤/٧)، كشف القناع: البهوتي (٩/٣٠٩١).

(٣) - فيض القدير: المناوي (٦/٤٣١ - ٤٣٢).

(٤) - مغني المحتاج: الشريبي (١/١١١).

(٥) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوضوء، باب لا يجوز الوضوء بالنبذ، ولا المسكر (١/٥٨) رقم (٢٤٢) ومسلم في الأشربة باب بيان أن كل مسكر خمر (٣/١٥٨٥) رقم (٢٠٠١).

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

عنها قالت: "نهى رسول الله -ﷺ- عن كل مسكر ومفتر" (١) وفي هذا يقول الإمام القرافي: "إن القاعدة عند الأصوليين والمحدثين: أنه إذا ورد النهي عن شيئين مقترنين، ثم نص على حكم النهي عن أحدهما من حرمة أو غيرها، أعطي الآخر ذلك الحكم بدليل اقترانهما في الذكر والنهي، وفي الحديث المذكور ذكر المفتر مقروناً بالمسكر، وقد تقرر تحريم المسكر بالكتاب والسنة والإجماع فيجب أن يعطى المفتر حكمه بقريضة النهي عنهما مقترنين". (٢)

فالتاب لدى الفقهاء أن ما حرم تناوله حرم بيعه وامتنع تبعاً لذلك أن يكون محلاً للتعاقد، فإنه يحرم بيع جميع المفترات تخريجاً وقياساً على حرمة تناول وبيع المسكرات من خمر ومخدرات، ونحوها، وذلك لتحقق نفس العلة المقرر من أجلها تحريم الخمر بأصل النص على ذلك. (٣)

(١) -أخرجه الإمام أحمد (٣٠٩/٦)، وأبو داود في سننه، كتاب الأشربة، باب النهي عن المسكر، برقم (٣٦٨٦)، والبيهقي في السنن (٢٩٦/٨)، والطبراني في الكبير (٣٣٧/٢٣)، من طريق شهر بن حوشب عن أم سلمة به، وشهر قال عنه الحافظ: صدوق كثير الإرسال والأوهام، لكنه قال في الفتح (٤٤/١٠): أخرجه أبو داود بسند حسن.."

(٢) -الفروق: القرافي (٣٧٦/١)

(٣) - جاء في حاشية ابن عابدين: ".... أنه يمنع من بيع الدخان ... والتتن الذي حدث وكان حدوثه بدمشق في سنة خمس عشره بعد الألف يدعي شاربه أنه لا يسكر، وإن سلم له فإنه مفتر وهو حرام" ابن عابدين (٤٩/١٠ - ٥٠).

وجاء في حاشية الشرواني على تحفة المحتاج: " ... وقع السؤال في الدرس عن الدخان المعروف في زماننا هل يصح بيعه أم لا؟ والجواب عنه الصحة لأنه طاهر منتفع به ... قيل مما لا يصح بيعه الدخان المعروف لأنه لا منفعة فيه، بل يحرم استعماله، لأن فيه ضرراً كبيراً، وهذا ضعيف، وكذا القول بأنه مباح والمعتمد أنه مكروه بل قد يعتريه الوجوب كما إذا كان يعلم الضرر بتركه وحينئذ فيبيعه صحيح، وقد تعتريه الحرمة، كما إذا كان يشتريه بما يحتاجه لنفقة عياله أو يتيقن ضرره ... " الشيخ عبد الحميد الشرواني (٢٣٦/٤ - ٢٣٧).

وجاء في كشف القناع: "ولا يباح أكل الحشيشة المسكرة ... ولا يباح كل ما فيه مضرة من السموم وغيرها ... فأما السم من الحشائش والنبات فإن كان لا ينتفع به أو كان يقتل قليلاً لم يجز بيعه، وإن انتفع به وأمكن التداوي بيسيره كالسقمونيا ونحوها جاز بيعه لما فيه من النفع المباح ...

وزيادة على ما تقدم فقد اتفق الأصوليون: على أن النهي المقترن بقريضة تدل على فساده، فإنه يحكم بفساد المنهي عنه، ومثاله: حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - ، قال: " نهى رسول الله - ﷺ - عن ثمن الكلب، وإن جاء يطلب الكلب فأملاً كفه تراباً " (١)، أبطل النبي - ﷺ - العوض عنه، وهذا إبطال للبيع وإفساد له. (٢)

ويبقى السؤال: عن مدى استحقاق التعويض عن العقد المنهي عنه شرعاً إذا حكم القاضي ببطلانه؟

وللإجابة على هذا السؤال أقول: بناءً على من رأى من الفقهاء جواز بيع الدخان ، وهو مذهب المالكية (٣)، والشافعية (٤)، ومذهب الحنابلة إذا أمكن الانتفاع به في التداوي ونحو ذلك. (٥) ذهب إلى ضمان قيمته إذا ما تم اتلافه، كما دلت عليه عبارة المالكية، فقد جاء في فتح العلي المالک: " ... فقد سئل الشيخ عليشفي الدخان الذي يشرب في القصة، والذي يستنشقه به، هل كل منهما متمول؟ فإذا أتلف شخص شيئاً من أحدهما مملوكاً لغيره يكون عليه الضمان أو كيف الحال؟.... فأجاب: نعم كل منهما متمول لأنه ظاهر فيه منفعة شرعية لمن اختلت طبيعته باستعماله وصار له كالدواء فكل منهما كسائر العقاقير التي يتداوى بها من العلل ولا يرتاب عاقل متشرع في أنها متمولة فكذلك هذان، كيف

"البهوتي (٤/١٣٨٥، ٩/٣٠٩١).

(١) -أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: ثمن الكلب، حديث (٢٢٣٧)، أخرجه مسلم

في صحيحه، كتاب المساقاة، باب: ثمن الكلب وحلوان الكاهن، حديث (١٥٦٧).

(٢) -ينظر: كشف الأسرار، للبرزدوي (١/٢٥٩)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٣٣/١٨)، تحقيق

المрад في أن النهي يقتضي الفساد، للعلائي (٣١٢).

(٣) فتح العلي المالک في الفتوى على مذهب الإمام مالک: الشيخ عليش (٢/١٨١).

(٤) الشيخ عبد الحميد الشرواني (٤/٢٣٦ - ٢٣٧).

(٥) -كشف القناع: البهوتي (٤/١٣٨٥، ٩/٣٠٩١).

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

والانتفاع على الوجه المذكور والتنافس حاصلان بالمشاهدة ... فإذا أتلف شخص شيئاً من أحدهما مملوكاً لغيره كان عليه الضمان...." (١) والراجح في تقديري هو عدم جواز استحقاق التعويض على الضرر المترتب على العقد المنهي عنه، وذلك للأسباب الآتية:

أولاً: حديث عائشة رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال: " مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا هَذَا فَهُوَ رَدٌّ " (٢)

وجه الدلالة في الحديث أي: مردود فلا تقبل منه، وفيه دليل للقاعدة الأصولية أن مطلق النهي يقتضي الفساد؛ لأن المنهي عنه مخترع محدث، وقد حكم عليه بالرد المستلزم للفساد. (٣)

ثانياً: إجماع الصحابة: فقد ثبت عنهم وقائع كثيرة أنهم أنوا يستدلون بالنهي المطلق الوارد في النصوص الشرعية على فساد المنهي عنه، كاحتجاج فساد الربا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا الْمُسْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ﴾. (٤).

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "وأصل هذا أن كل ما نهى الله عنه وحرمه في بعض الأحوال وأباحه في حال أخرى فإن الحرام لا يكون صحيحاً نافذاً كالحلال يترتب عليه الحكم كما يترتب على الحلال ويحصل به المقصود كما يحصل به. وهذا معنى قولهم: النهي يقتضي الفساد وهذا

(١) فتح العلى المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك: الشيخ عليش (١٨١/٢).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصلح، باب: إذا اصطلحوا على صلح جوز فالصلح مردود، حديث (٢٦٩٧)، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأفضية، باب: نقض الأحكام الباطلة، وردت محدثات الأمور، حديث (١٧١٨)، واللفظ له.

(٣) شرح الكوكب المنير، لابن النجار (٨٥/٣).

(٤) - سورة البقرة الآية: {٢٢١}، انظر: الواضح: ابن عقيل (٢٤٣/٣). شرح الكوكب المنير: ابن

النجار (٨٥/٣).

مذهب الصحابة والتابعين لهم بإحسان وأئمة المسلمين وجمهورهم...".  
(١)

**ثالثاً:** أن الشارع إذا نهى عن شيء، فإن مفسدته راجحة - كما ذكرنا - لأن الشارع حكيم لا ينهى عن المصالح، والقول بصحته من النهي عنه دفع بالمكلفين للعصيان، وفتح لذريعة المحرم، وهذا ينافي عادة الشرع، فإنه إذا حرّم شيئاً ضيق الطرق الموصلة إليه، وفي القضاء بالفساد إعدام لها بأبلغ الطرق.

وعلى هذا فإن النهي المطلق شرعاً والوارد في نصوص الكتاب والسنة، يستلزم فساد المنهي عنه، سواء نهى عنها لعينها، كصلاة الحائض أو لأمر لازم لها كصوم يوم النحر، وفي المعاملات: إن رجع إلى نفس العقد، كما في بيع الحصاة، أو لأمر داخل فيه كبيع الملاقيح، أو أمر خارج عنه لازم له كما في بيع درهم بدرهمين، وغير لازم له كالوضوء بالماء المغصوب، فتعلق النهي بعبادة أو معاملة يفسدهما، ولا يترتب آثارهما الشرعية، ولا يُعتدُّ بهما إذا وقعا. (٢)

(١) مجموع الفتاوى (٢٩ / ٢٨١).

(٢) البحر المحیط: الزركشي (٢/٤٤٤)، شرح الورقات في أصول الفقه: العلامة جلال الدين محمد

بن أحمد المحلي (١١٧).

### المطلب الثالث

#### أهم النتائج المترتبة على بطلان العقد

العقد الباطل معصية، والمعصية لا تكون سبباً في النعم، لأن نعمة الله تعالى لا تنال بالمحذور.<sup>(١)</sup>

بما أن العقد الباطل لا يفيد الملك فإنه يترتب عليه أن تعود حالة المتعاقدين إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، فمثلاً في البيع الباطل يترتب ما يلي:

١- يجب رد المبيع لصاحبه، لأن البيع الباطل لا يفيد الملك بالقبض، يقول ابن رشد: "اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت ولم تفت بإحداث عقد فيها أو نماء، أو نقصان، أو حوالة سوق أن حكمها الرد (أعني: أن يرد البائع الثمن، والمشتري المثلون).<sup>(٢)</sup>

٢- إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفاً باطلاً ببيع أو هبة أو غير ذلك، فلا ينفذ تصرفه، لأنه لا يملكه، ويكون تصرفاته كتصرفات الغاصب، ولذا فإن هذا التصرف لا يمنع الرد، وهذا عند الحنفية والشافعية والحنابلة<sup>(٣)</sup> أما عند المالكية فإن التصرف في المبيع يعتبر معتبراً موفوياً وينتقل الحق فيه إلى الضمان.<sup>(٤)</sup>

#### حكم الضمان كأثر للعقد الباطل بعد القبض:

إذا كان العقد باطلاً فإن المبيع يبقى في ضمان البائع قبل أن يقبضه المشتري لبقائه على ملكه وتحت يده؛ لأن العقد الباطل لا ينتج أي

(١)- النظريات الفقهية: د/فتحي الدريني (ص: ٣٨٣)

(٢)- بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٣/ ٢٠٨).

(٣)- انظر: رد المحتار: ابن عابدين (٤/ ١٠٠)، روضة الطالبين: النووي (٣/ ٤٠٩) المغني: ابن قدامة

(٤/ ١٦٤).

(٤)- البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ابن نجيم (٦/ ٧٥)، رد المحتار: ابن عابدين (٤/ ١٠٠).

أثر،<sup>(١)</sup> أما إذا قبضه المشتري بإذن البائع فاختلف الفقهاء في حكمه على أقوال:

**الأول:** أن المبيع في العقد الباطل أمانة في يده، لا تضمن إلا بالتعدي والتقصير، كالوديعة في يد الوديعة. وهذا هو رأي أبي حنيفة. <sup>(٢)</sup> وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بهذا الرأي فنصت (المادة ٣٧٠) البيع الباطل لا يفيد الحكم أصلاً. فإذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع في البيع الباطل؛ كان المبيع أمانة عند المشتري فلو هلك بلا تعد لا يضمنه. <sup>(٣)</sup>

**القول الثاني:** وهو رأي الصحابين من الحنفية والأصح في المذهب. <sup>(٤)</sup> وهو ما رجحه فقهاء الشافعية <sup>(٥)</sup> والحنابلة <sup>(٦)</sup>، ومذهبهم أن المبيع يكون في يد المشتري مضموناً عليه بمثله إن كان مثلياً، وبقيمته إن كان قيمياً.

(١)- انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : الكاساني(٥ / ٢٣٩)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني : ابن مازة الحنفي (٦ / ٥٥٧) المبسوط : السرخسي (١٣ / ٧٥)، شرح التلقين : المازري (٢ / ٦٨٤) منح الجليل شرح مختصر خليل : الشيخ عليش (٥ / ١٧٩)، النجم الوهاج في شرح المنهاج (٤ / ٤٨٨)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٤ / ٢٤٦)، شرح زاد المستنقع للشنقيطي (٤ / ١٦٠).

(٢)- انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني: ابن مازة الحنفي (٦ / ٥٥٧) المبسوط: السرخسي (١٣ / ٧٥)، رد المختار لابن عابدين (٤ / ١٠٠).

(٣)- مجلة الأحكام العدلية (ص: ٧٣).

(٤)- الدر المختار شرح تنوير الأبصار (ص: ٤١٨) البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٤ / ٢٦٣)، مجمع الضمانات : البغدادي (ص: ٢٢٠).

(٥)- انظر: روضة الطالبين للنووي (٣ / ٤٠٨)، النجم الوهاج في شرح المنهاج : أبو البقاء الشافعي (٧ / ٣٠١) فتاوى ابن الصلاح (١ / ٣٣١).

(٦)- انظر: المغني لابن قدامة (٤ / ١٦٦) المسائل الفقهية من كتاب الروابطين والوجهين (١ / ٣١٤) الشرح الكبير لابن قدامة (٤ / ٥٦).



## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

أما المالكية: فيرون أن البيع الباطل ينقل الضمان، ولا ينقل الملك إلا بالفوات، بمعنى أن المبيع بيعاً باطلاً إذا فات عند المشتري بأن هلك فإنه يملكه في حالة الفوات هذه دون غيرها (١).

### الرأي الراجح في المسألة:

الراجح -في تقديري- هو القول الثاني؛ ذلك لأن المشتري قد قبض المبيع باطلاً لمصلحة نفسه فلا يكون أدنى حلاً من المقبوض على سوم الشراء؛ لأن بطلان العقد لا يبطل المساومة فوجب الضمان بالقيمة إن قيمياً وبالمثلي إن مثلياً. (٢).

### المطلب الرابع

#### مدى استحقاق التعويض في بيع الإنسان الحر

أجمع علماء المسلمين قديماً وحديثاً على حرمة بيع الآدمي الحر، وأن هذا الحكم شامل للحي والميت على السواء.

قال ابن المنذر: "وأجمعوا على أن بيع الحر باطل. (٣)

وقال ابن قدامة: "ولا يجوز بيع الحر، ولا ما ليس بمملوك، كالمباحات قبل حيازتها وملكها. ولا نعلم في ذلك خلافاً؛ فإن النبي -ﷺ- قال: «قال الله عز وجل: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة؛ رجل أعطي بي ثم غدر، ورجل باع حراً، فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراء، فاستوفى منه ولم يوفه أجره» (٤). (٥)

(١)-انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٧٠/٢-٧١) القوانين الفقهية (ص: ١٧٢)

(٢)- انظر: مجمع الضمانات (ص: ٢٢٠)، حاشية ابن عابدين (٤/١٠٥)، روضة الطالبين: النووي (٣/٤٠٨)، المغني: ابن قدامة (٤/١٦٦).

(٣) كتاب الإجماع: ابن المنذر (ص: ٢٩).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب إثم من باع حراً (٣/٨٣) رقم (٢٢٢٧).

(٥) المغني: ابن قدامة (٤/١٩٣).

فمذهب الحنفية: النص على أن الأدمي مكرم شرعاً - وإن كان كافراً -  
- فإيراد لعقد عليه، وابتذاله، وإحاقه بالجمادات إذلال له، وهو غير  
جائز.... (١)

والمالكية يرون أن لحم الأدمي يحرم أكله، ولو كان الشخص في حالة  
الضرورة، وذلك لأن ميته كالسم فلا يزيل الضرورة، وبالتالي  
يحرم بيعه. (٢)

ومذهب الشافعية: عدم جواز بيع الحر وبطلان ذلك، وهذا إجماع  
الفقهاء. (٣)

ومذهب الحنابلة: القول بعدم جواز بيع الحر. (٤)  
والذي يعنينا في المسألة هو الأثر المترتب على الحكم ببطلان هذه  
الصورة من البيوع الباطلة .

والجواب: أنه لا وجه للحكم بالتعويض، لقيام الدليل على أن بيع  
الأدمي الحر حرام حرمة شديدة، لأن الناس أكفاء في الحرية، فمن باع  
حراً فقد منعه من التصرف فيما أباح الله له، وألزمه الذل الذي أنقذه الله

---

(١) جاء في فتح القدير: ابن الهمام (٤٠٥/٦). " ... وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل، لأنها ليست  
أموالاً فلا تكون محلاً للبيع ..."

(٢) - جاء في مواهب الجليل: " ... ولا يجوز بيع الحر والخنزير والقرود والخمر والدم والميتة  
والنجاسة، وما لا منفعة فيه كخشاش الأرض والحيات، والكلاب غير المأذون في اتخاذها،  
وتراب الصواغين، وآلة الملاهي ... فلا ينبغي أن يباع، ويجب على الإمام أن ينهى عن ذلك،  
وهذا إذا لم يكن له وجه إلا الأكل وهو مضر بكل حال، فهو كالسم الذي أجمع العلماء على  
تحريم بيعه، وقال سحنون في كتاب الشرح: لا يحل بيعه ... مواهب الجليل، الخطاب  
٢٦٥/٤ - ٢٦٦).

(٣) - جاء في المجموع للنووي (٢٨٩/٩): "وأما ما فيه منفعة فلا يجوز بيع الحر ... وبيع الحر  
باطل بالإجماع"

(٤) - جاء في المغني والشرح الكبير: " ... ولا يجوز بيع الحر، وما ليس بمملوك كالمباحات قبل  
حيازتها وملكوها، ولا نعلم في ذلك خلافاً ... "المغني، ابن قدامة (٣٠٢/٤).

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

منه، حتى قال ابن الجوزي: "الحر عبد الله، فمن جنى عليه فخصمه سيده". (١)

وإذا لم يصح بيع الإنسان الحر ولا التصرف فيه فمن باب أولى لا يصح هبته، ولا التبرع به، وذلك لأن المشرع الحكيم أبطل التصرف فيه بمقابل، وهو الثمن، فمن باب أولى يبطله إذا لم يكن هناك مقابل، ولأن المشرع الحكيم لم يجعله ملكاً لأحد سواه، فلم يحق لأي كائن أن يتصرف فيه، لأن التصرف معاوضة أو تبرعاً إنما يكون فيما يملكه الإنسان، والإنسان غير مملوك للإنسان، وإنما هو مملوك لخالقه جل شأنه. (٢)

وعلى هذا فإن بيع الحر عقد باطل، والعقد الباطل لا يترتب عليه أي حكم؛ لأن الحكم للموجود شرعاً، ولا وجود لهذا العقد شرعاً، وإنما هو موجود صورة فقط؛ لأن التصرف لا يوجد شرعاً من دون شروط انعقاده من الأهلية والمحلية، فلا يترتب عليه أي أثر لعدم انعقاده.

### المطلب الخامس

#### حكم التعويض عن النقص في قيمة النقود

يتمثل التعويض هنا في الفرق بين القيمة الثابت في الذمة وقت نشوء الدين، والقيمة السوقية وقت استحقاقها، وخاصة إذا كانت ديناً في الذمة (قرضاً أو ثمناً لشيء مؤجل أو تعويضاً لقيمة متلف). في المسألة أقوال ثلاثة:

#### القول الأول:

(١)-فتح الباري شرح صحيح البخاري (٤/٤٨٨).

(٢)- البيوع المحرمة والمنهي عنها، عبد الناصر بن خضر ميلاد (ص: ٤١١).

ذهب جمهور الفقهاء - أبو حنيفة وقول أبي يوسف الأول (١) والمالكية (٢) والحنابلة (٣) والمفتي به عند الشافعية (٤) - يرون أنه لا يجب إلا المثل سواء في حالة البيع، أو القرض، ولا اعتبار لزيادة القيمة أو نقصانها. فإذا غلت النقود، وكذلك الفلوس فالواجب هو رد ما جرى التعامل به بنفس المقدار، ولا ترد قيمته؛ لأن الغلاء والرخص لا يقلبان النقد إلى غير نقد، ولا يخرجان الفلوس من الرواج إلى عدمه. وإذا كانت السلعة لا ترد قيمتها إذا غلت أو رخصت قبل تسليمها، فالنقود أولى بذلك من السلعة، لأن الفلوس أثمان رائجة فهي أقرب شبيهاً من السلع بالنقود.

وبالبحث في الاعتبارات التي استندوا إليها في القول، وهو وجوب المثل نجد أنها ترجع إلى ما يلي:

١- أن ذلك يحقق العدالة بين الطرفين، فهذا المبلغ هو ما تعاقد عليه ومن ثم فهو أقرب إلى حق الدائن.

٢- أن تغيير قيمة أو سعر النقود لا يرجع إلى تغيير في ذاته، وإنما نتج عن أمر خارجي، وهو فتور رغبات الناس، ومعنى ذلك أن نقص سعرها لا يعتبر عيباً يوجب الرجوع إلى القيمة، وقد ظهر هذا الاعتبار في ثانيا عباراتهم والتي منها

(١)-انظر: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار (ص: ٤٤٨)، الدر المختار وحاشية ابن

عابدين (رد المحتار) (٤/ ٥٣٣)، تبيين الحقائق: الزيلعي (٩١/٤).

(٢)- انظر: المدونة (٣/ ٥٢)، منح الجليل شرح مختصر خليل (٥/ ٦٥)، الكافي في فقه أهل المدينة (٢/ ٦٤٥).

(٣)- انظر: المغني: ابن قدامة (٤/ ٢٤٤)، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: موسى الحجاوي (٢/ ٣٥١)، الروض المربع شرح زاد المستقنع: البيهوتي (ص: ٣٦٢).

(٤)-انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب: الإمام الجويني (٦/ ٢١)

قول ابن قدامه "لأنه لم يحدث فيها شيء، وإنما تغير السعر" (١) وكذلك ظهر في قول الزيلعي "تغير السعر غير معتبر؛ لأنه فتور رغبات الناس، وليس منه فوات جزء من العين" (٢).

٣- ظهر من كلام المالكية أنهم قاسوا هذه المسألة على مسألة الجائحة في البيع والقرض (٣)، وقاسها ابن رشد على ما إذا غيّر الحاكم المكييل، أو الموازين، فليس على المدين إلا الكيل والوزن الأخير، ولكن الفرق واضح بين المعاملتين، فتغير العملة معناه إبطال القديمة وزوال ماليتها، أما تغير المكييل والموازين فلم تبطل مالية الموزون أو المكييل، إذ كل ما حدث هو تغير الميزان أو المكيال، لكن الأموال المكيلة أو الموزونة باقية على ماليتها، وفي مثل ذلك لا يكون للدائن حقه بالمكيال أو الميزان الجديد بل القديم، والله أعلم.

### القول الثاني:

المفتى به عند الحنفية، هو التعويل على القيمة وعدم الاعتداد بالمثل، وأول من قال به من الحنفية هو أبو يوسف (٤). وهو كذلك قول كثير من علماء الحنابلة حتى ذهب متأخروهم إلى ترجيحه (٥)، كما أنه رأى في المذهب المالكي (٦)، والمذهب الشافعي (١).

(١) انظر: المغنى: ابن قدامه (٣٦٥/٤).

(٢) انظر: تبیین الحقائق: لزيلعي (٩١/٤).

(٣) انظر: المدونة: الإمام مالك (٩٠/٣)، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٥/٤٥٠).

(٤) انظر: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار (ص: ٤٤٨)، الدر المختار وحاشية ابن

عابدين (رد المحتار) (٥٣٣/٤)، تبیین الحقائق: الزيلعي (٩١/٤).

(٥) انظر: الروض المربع شرح زاد المستقنع: البيهوتي (ص: ٣٦٢).

(٦) انظر: المدونة (٥٢/٣)، منح الجليل شرح مختصر خليل (٥/٦٥)، الكافي في فقه أهل

ولقد بين شيخ الإسلام تقي الدين ابن تيمية التعليل بوجوب رد قيمة الفلوس بقوله: " وفي التعليل بوجوب رد قيمة الفلوس إذا كسدت بأن الكساد يوجب النقصان وهو نوع عيب، معناه عيب النوع، والأنواع لا يعقل عيبها إلا نقصان قيمتها. وإذا أقرضه أو غصبه طعماً فنقصت قيمته فهو نقص النوع، فلا يجبر على أخذه ناقصاً فيرجع إلى القيمة، وهذا هو العدل فإن المالين إنما يتماثلان إذا استوت قيمتها، وأما مع اختلاف القيمة فلا تماثل... "(٢)

هذا هو رأى شيخ الإسلام ابن تيمية الذي أيد فيه الكثير من علماء المذهب الحنبلي، ومصدر القوة فيه أنه شديد الاقتراب من العدل وعدم الظلم، فالعدل في التساوي يقتضى التماثل الحقيقي في القيمة المالية. القول الثالث: بالتفرقة بين التغير الكبير في السعر والتغير اليسير:

وهو رأى في الفقه المالكي والشافعي، فيقول الرهوتى في حاشيته معلقاً على القول المشهور في المذهب المالكي من رد المثل عند تغير السعر قلت: "وينبغي أن يقيد ذلك بما إذا لم يكثر جداً حتى يصير القابض لها كالقابض لما لا كبير منفعة فيه؛ لوجود العلة التي علل بها المخالف، حيث إن الدائن قد دفع شيئاً منتفعاً به لأخذ منتفع به، فلا يظلم بإعطائه ما لا ينفع به" (٣).

ولقد رأينا الإمام الرافعي - الشافعي - يقول: "إن المعول عليه عند تغير السعر هو المثل، اللهم إلا إذا كان التغير بحيث يفقد الشيء ماليته وقيمته، فعند ذلك يعول على القيمة، وهذا كله إذا لم يخرج المثل

المدينة (٢/ ٦٤٥).

(١)-انظر: نهاية المطالب في دراية المذهب: الإمام الجويني (٦/ ٢١).

(٢) انظر: مجموع الفتاوى: ابن تيمية (١٩٠/٤٦٧).

(٣) انظر: حاشية الرهوتى (٥-/١١٨).

باختلاف المكان والزمان عن أن يكون له قيمة ومالية، أما إذا أخرج كما إذا اتلف عليه الماء مفازة ثم اجتمعا على شط نهر أو بلد، أو اتلف عليه الجمد في الصيف واجتمعا في الشتاء، فليس للمتلف بذل المثل، بل عليه قيمة المثل في تلك المفازة وفي الصيف" (١) ويمكن القول إن التغيير الكبير في القيمة يلحق بزوال القيمة كلية.

### الرأي الرابع:

في ضوء هذا العرض أرى أن الأقرب لروح الشريعة ومقاصدها من العدل وعدم الظلم وهو القول بوجود القيمة. ومن ثم فإذا تغير سعر النقود، أو قيمتها فقد زال التماثل، ويكون المعول عليه عندئذ هو قيمة الدين يوم ثبوته، وذلك للأسباب الآتية:

- أولاً: أننا إذا ما وضعنا في حسابنا أن مبنى عقود المعاوضة على التساوي في المالية بين العوضين، فكل من الطرفين يعتقد أن ما حصل عليه مساو لما دفعه إن لم يكن أكبر. وجوهر التساوي في الأموال هو ماليتها الاقتصادية، يضاف إلى ذلك أن عملية الائتمان من العمليات التي لا يستغنى عنها مجتمع في شئونه الاقتصادية والاجتماعية. فهي حاجة عامة لا يمكن الاستغناء عنها.

- ثانياً: إن أهم حجة استند إليها هذا الرأي هي العدل، ومبدأ العدل وعدم الظلم مبدأ حاكم في الشريعة، بل والأقوال الثلاثة تستند إلى هذا المبدأ. لكن هل القول بالرأي الأول يحقق العدل فعلاً؟ وأي عدل في أن يقرض إنسان إنساناً مبلغاً من النقود له قيمة مالية معينة، ثم يحصل في نهاية الأجل على قيمة مالية مغايرة تماماً.

(١) الوجيز للإمام الرفاعي بهامش المجموع شرح المهذب (١٤٣/٨).

وهل من العدل أن يراعى جانب الصورة والشكل ويهمل جانب الموضوع؟ والحقيقة أن العدل في التماثل، ولا تماثل في الحقيقة بين أموال مختلفة القيمة. وإذا تغير سعر النقود أو قيمتها فقد زال التماثل، ويكون المعول عليه عندئذ هو قيمة الدين يوم ثبوته.

ثالثاً: إن القول بوجود المثل عند التغير، وتعليل ذلك بأن تغير القيمة وحده ليس بعيب في ذات الشيء ولا يميزه فيه، وإنما هو مجرد فتور في رغبات الناس وهذا أمر خارجي منضبط فكيف يترك المثل ويعول على القيمة؟. هذا القول فيه الكثير من التقارب، فإلحاق تغير القيمة بالجائحة إلحاق من بعيد؛ ذلك لأن تغير القيمة حدث والدين في ملك المدين وتحت حيازته، فإن كان بنقص فقد تعيب في ملكه فكيف يتحملة الدائن؟ وإن كان بزيادة فقد زاد في ملكه الشرعي فكيف يطالب به الدائن؟

وبتتبع أقوال الفقهاء في هذا الصدد وجد أنهم تكلموا في المال المثلى والقيمي، ثم جاء تناولهم للدين النقدي في باب التفريع. وقد قالوا: إن المدين بمال مثلى يرد مثله، وفي تحديدهم للمثلية وعناصرها قالوا: المثلية في القدر والصفة قال الدردير في شرحه: "ورد المقترض على المقرض مثله قدراً وصفة" (١)

إذا كان ذلك كذلك فماذا عن طبيعة المبلغ المسدد، هل هو من نفس العملة مع اختلاف العدد؟ أم من عملة أخرى أو مال آخر مغاير لجنس الدين وموافق له في القيمة؟

قال العلماء عليه أن يدفع القيمة، والقيمة هي مال مساو في المايية

(١) انظر: حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٤٠/٣)



## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

مخالف في الجنس. فقيمة مبلغ ألف ريال هي مقدار من المال مساو في المالية للألف ريال ، ولكنه مغاير له في جنسه. ومعنى ذلك أن من عليه ديناً نقدياً فإنه يدفع عنه سلعاً، أو خدمات، أو نقوداً من عملة أخرى، وقد قال العلماء بذلك خشية الوقوع في الربا، حيث إن السداد بنفس جنس المال مع اختلاف العدد ضرب من الربا إذا كان المالان ربويين.

فمن عليه دين من فلوس فليسدّد قيمته من الذهب والفضة، ومن عليه دين من فضة فليسدّد قيمته من الذهب، وبالمثل نقول: من عليه دين بالريالات يسدّد قيمتها ذهباً، أو فضة، أو عملة أجنبية، طبقاً لما استقر عليه من أن العملات الورقية أجناس، تتعدد بتعدد جهات الإصدار.

### المبحث الثالث

مدى استحقاق التعويض عن الضرر المترتب في عقود العمل والإدارة غير المشروعة

وفيه مطالب ثلاثة :

- **المطلب الأول:** مدى مشروعية حق العامل في التعويض عن الفصل التعسفي.
- **المطلب الثاني:** مدى استحقاق التعويض عن الضرر المترتب على امتناع المتعهد عن تنفيذ ما تعهد به.
- **المطلب الثالث:** حكم التعويض المترتب على عدم تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه.

#### المطلب الأول

مدى مشروعية حق العامل في التعويض عن الفصل التعسفي

من الثابت أن الضرر المترتب على إنهاء علاقة العمل العقدية بسبب غير مشروع ، ضرر مادي ومعنوي . ويستوي في التعويض أن يكون عن الضرر المادي أو الضرر المعنوي الذي يحصل للشخص . وعلى الحاكم أو من يقوم مقامه من المسؤولين أن يعاقب المعتدي ويعزره بما يراه محققاً للمصلحة ، ويرد للمظلوم اعتباره. وحماية لهذا الحق في التعويض أسند الفقه الإسلامي هذا الحق لوالي المظالم ، وجعل من مهامه النظر في تعدي ولاة الأمصار وأمراء الأقاليم على أفراد الأمة ، وأخذهم بالعسف والجور ، وإساءة استعمال السلطة بهم ، وهذا الاختصاص من لوازم هذه الوظيفة ، إذ يجب على صاحب المظالم أن يتصفح سيرة الولاة ، وأن يستكشف عن أحوالهم ، حتى يقويهم إن

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

أنصفوا في عملهم ، ويكفهم إن عسفوا ، ويردعهم ويزجرهم إن جاروا وظلموا ويستبدل بهم موظفين آخرين إن لم ينصفوا في أداء واجبهم.<sup>(١)</sup>

ومن مهامهم: النظر في تظلم المسترزقة ، من نقص مرتباتهم ، أو تأخير صرفها عنهم ، أو إجحاف النظار بهم ، ومهمة صاحب المظالم في ذلك ، أن يرجع إلى السجلات التي تثبت فيها مقادير المرتبات، ويأمر بصرفها لهم ، وينظر فيما نقص من مرتباتهم ، أو فيما حرموا منه من قبل ذلك ، فإن ثبت لديه أن ولاة أمورهم أخذوه استرجعه منهم ، وإن كانوا لم يأخذوه أمر بصرفه من بيت المال<sup>(٢)</sup>

وأساس هذه الأحكام أن الشريعة الإسلامية أوجبت تعويض المضرور عما أصابه من ضرر ، مالم يكن المضرور طرفاً فيه ، فإن كان طرفاً فيه كان شريكاً في تحمل نتائجه وأثاره .

### المطلب الثاني

**مدى استحقاق التعويض عن الضرر المترتب على امتناع المتعهد عن تنفيذ ما تعهد به**  
من الثابت أن الشرع الحكيم أعطى لولي الأمر سلطة إجبار المقاول أو المتعهد على تنفيذ العقد ، فيما يعرف بالجزاءات الضاغطة ، وما يترتب عليها من قيام السلطان أو الحاكم أو من ينيبه مقام المتعاقد في إنفاذ عقودهم عن قيام الموجب لذلك ، ويدخل في معناه "إكراه السلطان بحق المتعاقد الوفاء بالتزاماته ، وهو المعبر عنه عند المالكية في بعض مسائل الإكراه بـ "بيع المضغوط" وهو المكروه كما في القاموس : الضغطة بالضم: الضيق والإكراه والشدة ".<sup>(٣)</sup>

(١) انظر: الأحكام السلطانية للموردي ص ٨٠ ، ولأبي يعلى (ص: ٧٦).

(٢) انظر: الأحكام السلطانية للموردي ص ٨٠ ، ولأبي يعلى (ص: ٧٦).

(٣) القاموس المحيط ، للفيروز آبادي، مادة (ض غ ط) (ص ٨٧٣)

وفي اللسان: "الضغط والضغطة: عصر شيء إلى شيء. أخذت فلانا ضغطة، بالضم، إذا ضيقت عليه لتكرهه على الشيء. وفي الحديث: لا يشترين أحدكم مال امرئ في ضغطة من سلطان" (١) أي قهر. والضغطة: الضيق. والضغطة: الإكراه. (٢)

ومنه قول شريح « أن النبي -ﷺ- كان لا يجيز الاضطهاد والضغطة» وقيل هو أن يمطل الغريم بما عليه من الدين حتى يضجر به صاحب الحق، ثم يقول له: أددع منه كذا وتأخذ الباقي معجلاً؟ فيرضى بذلك. (٣) وللفقهاء في المسألة تفصيل:

قال في بلغة السالك: "وأما لو أكرهه على بيعها [الخ: حاصل ما في المقام أن الإكراه على سبب البيع فيه أقوال ثلاثة قيل: إنه لازم، وقيل: غير لازم وعليه إذا رد المبيع فهل بالثمن أو بلا ثمن؛ مشى المصنف على أنه بلا ثمن. وبقي قول رابع لسحنون يقول: إن المضغوط إن كان قبض الثمن رد المبيع بالثمن وإلا فلا يغرمه، وأما الإكراه على نفس البيع فهو غير لازم، ويرد المبيع إن شاء البائع بالثمن قولاً واحداً ما لم تقم بينة على ضياعه من غير تفريط". (٤)

(١) لسان العرب ، باب الضاد ،فصل الطاء(٧/ ٣٤٢).

(٢) كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال : علاء الدين المتقي (٥/ ١٨) رقم(١١٨٦١)النهاية في غريب الحديث والأثر: ابن الأثير (٣/ ٩٠).

ومنه حديث: " إن سعدا ضغط في قبره ضغطة فسألت الله أن يخفف عنه "قال الألباني : حديث ضعيف. انظر: انظر حديث رقم: ١٨٦٢ في ضعيف الجامع.

قال المناوي: "وأما الضغطة بالضم فالشدة والمشقة وقال الزمخشري: ضغط الشيء عصره وضيق عليه وأعوذ بالله من ضغطة القبر وضغطته إلى الحائط وغيره فانضغط وقال ومن المجاز فعل ذلك الأمر ضغطة قهراً واضطراراً". فيض التقدير (٢/ ٤٥٢) رقم(٤٦٧٢).

(٣)النهاية في غريب الحديث والأثر (٣/ ٩١).

(٤)حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ١٩) ونحوه في : التاج والإكليل لمختصر خليل (٦/

٤٣)،منح الجليل شرح مختصر خليل (٤/ ٤٤٢).

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

وقال محمد بن رشد: إنما يرد عليهم ما اشترى منهم على وجه الضغطة إذا كان الذي يطلبون به ويضغطون فيه ظلماً وتعدياً، أو كانوا فقراء لا يلزمهم ما وجب عليهم حتى يوسروا، فيبيع عليهم ما لا يلزم بيعه، كثوب يستتر به وشبهه، فهذا يلزم مشتريه رده؛ لأنه بيع عليه ظلماً، فأما أن يباع عليه شيء في حق واجب عليه من جزئته أو من غير جزئته تحت الضغط والإكراه، فلا يرد عليه، وهو سائغ لمن اشتراه منه، وقد كان ينبغي أن يترفق بهم في تقاضي ذلك منهم، وألا يعذبوا، وسبيل المضغوط من المسلمين على بيع متاعه في غير حق سبيل الذمي في رد ماله عليه بغير ثمن، بل هو في المسلم أشد؛ لأن حرمة أعظم..<sup>(١)</sup>

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: "إن كان ذلك جائزاً للحاكم؛ لكن متى رأى أن يلزمه هو بالبيع والوفاء زجراً له ولأمثاله عن المظل أو لكون الحاكم مشغولاً عن ذلك بغيره أو لمفسدة تخاف من ذلك كانت عقوبته بالضرب حتى يتولى ذلك. فإن قال: إن في بيعه بالنقد في هذا الوقت علي خسارة؛ ولكن أبيعته إلى أجل وأحيلكم به. وقال الغرماء: لا نحتال؛ لكن نحن نرضى أن يباع إلى هذا الأجل وأن يستوفي ويوفي. وما ذهب على المشتري كان من ماله. فإنه يجاب الغرماء إلى ذلك. وللحاكم أن يبيعه ويقيم من يستوفي ويوفي مع عقوبته على ترك الواجب. وللغرماء أن يطلبوا تعجيل بيع ما يمكن بيعه نقداً إذا بيع بثمن المثل. ويجب عليه الإجابة إلى ذلك. وللحاكم أن يفعله كما تقدم وأن يعاقبه على ترك الواجب. والله أعلم.<sup>(٢)</sup>

(١) البيان والتحصيل: ابن رشد (٩/ ٣٣٤).

(٢) مجموع الفتاوى، لشيخ الإسلام ابن تيمية (٣٠/ ٢٤).

وتدخل الحاكم في مثل هذه المناسبات قصد الشارع من ورائه، إقامة الحقوق وصيانتها عن الضياع؛ حفاظاً على المصلحة الخاصة وتحقيقاً للمصلحة العامة في بعض صور هذا التدخل، ومن قبيل هذا المقصد الأخير تنتظم قواعد الفقه الإسلامي ما اصطلح على تسميته في الأنظمة الحديثة بالجزاءات الضاغطة، وذلك لأن أسبابها تتلخص في قيام وصف بالمتعاقد، وقد يكون خارجاً عنه، يمنعه أو يعجزه أو يحول بينه وبين الوفاء بما التزم به في العقد، وخوفاً من وقوع المحذور، المتمثل في تضييع المصلحة العامة المستهدفة بهذا العقد، تلجأ الإدارة إلى الحلول محل المتعاقد للمحافظة على المصلحة، وهذه المعاني كلها قد عرفها الفقه الإسلامي في عقودها الخاصة أو العامة، وما تفرع عن هذه الإجراءات في الأنظمة الحديثة، فللعلماء في هذا العصر من القدرة ما يميزون به بين المشروع والمخالف للشرع، فيقررون الأول ويوصون باستبدال الثاني، بما يقدمونه للجهات المختصة من وسائل شرعية، لا يعجزون عن الوقوف عليها، بما توافر لديهم من أصول وقواعد وضوابط وتراث اجتهادي واسع في الفقه الإسلامي وسياسته الشرعية. (١)

#### مدى ثبوت حق الإدارة في التعويض:

بناءً على ما سبق ذكره فإن حق الإدارة في التعويض عن الضرر المترتب على التأخير في تنفيذ المتعهد لالتزاماته حق شرعي، يتفق والطبيعة الخاصة للإدارة العامة، وما تقوم به من مصالح العامة، ذلك لأن التفريط في حق الملكية العامة أعظم أثراً منه في حال الملكية الخاصة.

(١) انظر: نظرية العقود الإدارية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د/ نذير بن محمد الطيب

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

ويظهر ذلك بوضوح في مجال سلطة ولي الأمر في التصرف في الأموال العامة، فإنه مطالب شرعاً باتخاذ التدابير التي من شأنها أن تحفظ حق العامة في البيع بالسعر العادل، أو ما يعرف بثمن المثل، إن لم يكن بأكثر منه، ذلك أن تصرف ولاية الأمر من منظور الشرع منضبط بتحقيق المصلحة المعتبرة شرعاً. ومن القواعد الشرعية المهمة هنا ما ذكره العلامة الحافظ السيوطي في الأشباه والنظائر في فقه الشافعية: القاعدة الخامسة: تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة قال رحمه الله: هذه القاعدة نص عليها الشافعي وقال: منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم<sup>(١)</sup> والأصل في هذه القاعدة ما رواه البراء بن عازب - رضي الله عنه - قال: قال عمر - رضي الله عنه - : " إني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة ولي اليتيم، إن احتجت مالاً أخذت منه، فإذا أيسرت رددته، فإن استغنيت استعفت " (٢).

وذكر ابن نجيم هنا تنبيهاً قال فيه :

إذا كان فعل الإمام مبنياً على المصلحة فيما يتعلق بالأمور العامة لم ينفذ أمره شرعاً إلا إذا وافقه - أي وافق الشرع - فإن خالفه لم ينفذ، ولهذا قال الإمام أبو يوسف - رحمه الله - في كتاب الخراج من باب إحياء الموات : وليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف. (٣)

وعليه فإن حق الإدارة في التعويض ثابت من هذه الوجوه التي ذكرتها حماية للمعام العام وتحقيقاً للعدالة .

(١) - الأشباه والنظائر: السيوطي، (ص: ١٣٤ - ١٣٥).

(٢) - الأشباه والنظائر: السيوطي، (ص: ١٣٤ - ١٣٥).

(٣) الخراج : أبو يوسف (ص: ٧٨).

### المطلب الثالث

#### حكم التعويض المترتب على عدم تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه

من القواعد المسلمة في العقود مدنية كانت أو إدارية جواز تنفيذ الالتزامات عيناً، فإذا أمتع المتعهد عن تنفيذ ما تعهد به جاز للطرف الآخر أن يجبره على الوفاء عيناً مع تعويضه عن الضرر الذي ينشأ من إخلاله بتعهده، وأنه ولئن كان التنفيذ عيناً في المعاملات المدنية لا يتم إلا عن طريق القضاء فإنه في العقود الإدارية يكون تنفيذ الالتزام عيناً بواسطة الإدارة تقوم به بنفسها وعلى حساب المتعاقد معها وتحت مسؤوليته، فالشراء على حساب المتعهد المقصر في تنفيذ تعهده والزامه بفرق السعر ليس عقوبة توقع على المتعهد وإنما هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الالتزام عيناً، تقوم به الإدارة بنفسها عند إخلال المتعاقد معها ضماناً لحسن سير المرافق العامة وإطراد سيرها ومنعاً من تعطلها بما قد يعرض المصلحة العامة للضرر، إذا توقفت هذه المرافق؛ وذلك لأن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية فإنها في العقود الإدارية غير متكافئة، غد يجب أن يعلو الصالح العام على المصالح الفردية الخاصة، وهذه الفكرة تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري. (١) هذا من جانب:

ومن جانب آخر: فإنه لا يجوز للجهة الإدارية أن تعود على المقاتل المقصر بالتعويض متى ثبت أنها قد قصرت في التزاماتها في عقود النزاع، وأن الخطأ كان من جانبها، فضلاً عن قيامها بتوقيع غرامات

(١) - انظر: العقود الإدارية وقانون المناقصات والمزايدات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام

٢٠٠٤م، الكتاب الثاني، د/محمد ماهر أبو العينين، (ص: ٨٥٦).



## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

تأخير على المفاوض، فإنها بذلك تكون قد ارتكبت خطأ عقدياً تسبب في إضرار المتعاقدين معها، ومن ثم تكون مسؤولة عن تعويض هذه الأضرار، كما يكون للمتعاقدين أن يرجعا عليها بمستحققاتها الناتجة عما نفذاه عن العقود المسندة إليهما من تأمينات نهائية وفروق ومستخلصات وأية مستحققات أخرى. (١)

وقد حظيت هذه المسألة بعناية خاصة في الفقه الإسلامي في إطار ما يعرف بالشرط الجزائي.

والشرط الجزائي لم يكن معروفاً بهذا الاسم لدى فقهاءنا الأقدمين، وإنما جاء ذكره في صور مسائل فقهية.

ولعل أول وجود له في الفقه الإسلامي يرجع إلى ما رواه البخاري في صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلاً قال لكريه: أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا أو كذا فلك مائة درهم فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه، وقال أيوب عن ابن سيرين: أن رجلاً باع طعاماً وقال: إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع فلم يجيء، فقال شريح للمشتري: أنت أخلفت ففرض عليه. اهـ. (٢)

وتكمن أهمية هذا المسألة في بيان قيمة الزمن في الحركة الاقتصادية، حيث أصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته في مواعيدها المشروطة مضراً بالطرف الآخر في وقته وماله أكثر مما قبل، فلو أن متعهداً بتقديم المواد الصناعية إلى صاحب معمل تأخر عن تسليمها إليه في الموعد المضروب لتعطل العمل وعماله.

(١) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم (٢٠٨٣، ٢٠٢٥، ١٥٥٢) لسنة ٣٠ من جلسة

(١٣/٤/٩٩٣م) المصدر السابق (٨٧٢)

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب ما يجوز من الاشتراط والتثنية في الإقرار،

والشروط التي يتعارفها الناس بينهم، (٣/١٩٨)

ولو أن بائع بضاعة لتاجر تأخر في تسليمها حتى هبط سعرها لتضرر التاجر المشتري بخسارة قد تكون فادحة، وكذا تأخر الصانع عن القيام بعمله في وقته، وكل متعاقد إذا تأخر أو امتنع عن تنفيذ عقده في موعده. ولا يعرض هذا الضرر القضاء على الملتزم بتنفيذ التزامه الأصلي؛ لأن هذا القضاء إنما يضمن أصل الحق لصاحبه وليس فيه جبر لضرر التعطل أو الخسارة، ذلك الضرر الذي يلحقه من جراء تأخر خصمه عن وفاء الالتزام في حينه تهاونا منه أو امتناعا، وهذا قد ضاعف احتياج الناس إلى أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه، ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي "الشرط الجزائي" اهـ. (١)

أما الفقهاء المعاصرون فقد تعرضوا لبحثه في كتبهم بهذا الاسم، وبينوا العوامل التي أدت إلى التوسع في الأخذ به. (٢)

ويعرف الشرط الجزائي بأنه : اتفاق بين المتعاقدين على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عند إخلال المدين بالالتزام في حالة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه، جزاء لما سببه المدين من ضرر لحق بالدائن. (٣) والشرط الجزائي أجازه فقهاء الحنابلة (٤) خلافا لجمهور الفقهاء (٥) بناء على مذاهبهم في بيع العربون.

(١) المدخل الفقهي العام: الشيخ /مصطفى الزرقا( ص: ٧١٣ - ٧١٤، ف ٣٨٦).

(٢) انظر: الوسيط في القانون المدني : القسم الثاني نظرية الالتزام: د/عبد الرازق السنهوري( ص:

٨٥١ ف ٤٧٧)، المدخل الفقهي العام: الشيخ /مصطفى الزرقا( ص: ٧١٣ - ٧١٤، ف

٣٨٦)،م أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية (١/ ١٥٤).

(٣) انظر: نظرية الالتزام: د/عبد الرازق السنهوري( ص: ٨٥١ ف ٤٧٧)،

(٤) انظر: المغني: ابن قدامة (٤/ ١٧٥)،كشف المخدرات: عبد الرحمن البعلي الحنبلي (١/

٣٧٨)،الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: موسى الحجاوي (٢/ ٨١)،مطالب أولي النهى في

شرح غاية المنتهى: مصطفى الرحيباني (٣/ ٧٨).

(٥) انظر: القوانين الفقهية ،ابن جزيء،(ص:١٧١)حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/

١٠٠)التلقين في الفقه المالكي (٢/ ١٥٣)،روضة الطالبين ، النووي،(٣/٣٩٧)،النجم الوهاج في

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

وبيع العربون هو: أن يشتري السلعة فيدفع إلى البائع درهما أو غيره على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن، وإن لم يأخذها فذلك للبائع يقال عربون وأربون وعربان وأربان. قال أحمد: لا بأس به وفعله عمر - رضي الله عنه - وعن ابن عمر أنه أجازه، وقال ابن سيرين: لا بأس به، وقال سعيد بن المسيب وابن سيرين: لا بأس إذا كره السلعة أن يردّها يرد معها شيئاً. (١)

وبيع العربون بهذه الصورة تعهد بتعويض الغير عن ضرر التعطل والانتظار ويسمى في القانون بالشرط الجزائي. وقد أقره القاي شريح بقوله: "من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه..". (٢)

وبناء على ما تقدم فإن الشرط الجزائي اتفاق مسبق بين المتعاقدين على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عن الإخلال بالالتزام من المدين. وقد يكون هذا المبلغ كبيراً، وقد يكون صغيراً لا يتناسب ومقدر الضرر الذي أصاب الدائن.

لقد بحث الفقهاء مسألة إلزام المدين في المداينات بالتعويض على الدائن فوق أصل الدين مقابل ضرره من تأخير الوفاء والمماطلة فيه، من جهة أنها قد تشبه فضلاً بلا عوض، أو زيادة في الدين مقابل الأجل، ومن ثم الوقوع في الربا. (٣)

والذي عليه الفقهاء الأقدمون هو عدم جواز التعويض للمتعاقد المضرور من جراء عدم تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه، وقالوا: إن الضمان لا يكون إلا ببطل مال أتلّف، أما تأخير تنفيذ الالتزام فليس بمال فلا تعويض

شرح المنهاج (٤/ ٩٩) جواهر العقود: شمس الدين المنهاجي الشافعي (١/ ٦١).

(١) المغني لابن قدامة (٤/ ١٧٥)، الشرح الكبير على متن المقنع: ابن قدامة (٤/ ٥٨)، المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد: البهوتي (١/ ٤٢٩).

(٢) صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب ما يجوز من الاشتراط والثيا في الإقرار، والشروط التي يتعارفها الناس بينهم (٣/ ١٩٨).

(٣) انظر: جزاء الزام المدين المماطل بتعويض الدائن، بحث للشيخ مصطفى الزرقا، (ص: ١٢) بحوث فقيية، د/محمد عمر شبير (٢/ ٨٥٥).

فيه ،بل هو ضرب من ضروب أكل أموال الناس بالباطل. (١) وتمة  
للفائدة نفرق بين عدة صور:

### الصورة الأولى: حكم الشرط الجزائي المقرر لعدم تنفيذ الأعمال :

تتحدد أنواع الشرط الجزائي في نوعين:

**النوع الأول:** الشرط الجزائي المقترن بعقد بيع آجل، أو قرض ،الذي يتضمن دفع مبلغ معين عن كل يوم تأخير ،أو عن كل شهر أو عن كل سنة ،أو غير ذلك مما يتفق عليه.

**النوع الثاني:** الشرط الجزائي المقترن بعقد بيع بالتقسيط ،والذي يتضمن تعجيل باقي الأقساط، إذا تأخر المدين عن دفع قسط منها.

أما النوع الأول :المتضمن دفع مبلغ معين جراء امتناع المفاوض أو تأخره في تنفيذ الالتزام عن الوقت المحدد، أو خصم مبلغ معين من أجره العامل ،إذا أخل بالتزامه، أو تعويض المؤجر عن تأخير تسليم الأرض الزراعية خالية من الزراعة ،هذا النوع من الشرط الجزائي أفتى بعض الفقهاء بجوازه ،وعليه الفتوى في كثير من لجان الفتوى، مثل إدارة البحوث والإفتاء في المملكة العربية السعودية ،والهيئة الشرعية ببنك التمويل الكويتي ،وغيرهم (٢)

واستدلوا لمذهبهم بأدلة منها:

---

(١) انظر: المبسوط (١١/ ٥٠)، البدائع: (٧/ ١٥٠)، تبيين الحقائق(٥/ ٢٢٣ / ٢٣٤) الشرح الكبير للدردير(٣/ ٤٤٣)، القوانين الفقهية(ص: ٣٣٠) مغني المحتاج (٢/ ٢٨١ - ٢٨٤، فتح العزيز شرح الوجيز(١١/ ٢٤٢) بهامش المجموع، المغني: ٥/ ٢٢١، ٥، ٢٥٤، ٢٥٨، كشاف القناع(١١٦/ ٤ وما بعدها)، النظريات الفقهية د/فتحي الدريني (ص:٢٢٦)،نظرية الضمان د/وهبة الزحيلي (ص:٨٢)،مصادر الحق، د/السنهوري(٦/١٣٦).

(٢) انظر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ،د/محمد عمر شبيب (٢/٨٥٥)،المعاملات المالية المعاصرة د/وهبة الزحيلي (ص:١٧٨).

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

١- قول القاضي شريح: " من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه" (١)

٢- أن هذا الشرط مما يقتضيه العقد ويحقق مصلحة المتعاقدين، إذ أنه يحفز على إكمال العقد في الوقت المحدد. (٢) وفي هذا يقول الدكتور وهبة الزحيلي -رحمه الله تعالى- رداً على سؤال: يوجد في عقود البيع المطبوعة فقرة تقول: إذا نكل أحد الفريقين عند تنفيذ المقابلة فعليه أن يدفع للفريق الآخر مبلغاً قدره كذا لقاء عطل وضرر، فهل هو حرام؟. فكان الجواب: "إن الاتفاق على تغريم المتأخر والناكل عن العقد مبلغاً من المال في المقاولات لا في الديون يسمى بالشرط الجزائي، وهو جائز شرعاً". (٣)

الصورة الثانية: الشرط الجزائي المقرر لتأخير الوفاء بالديون في الفقه الإسلامي:

بحث الفقهاء مسألة تعويض الدائن بمبلغ من النقود إذا تأخر المدين عن الوفاء في الوقت المحدد.

والذي عليه الفقهاء (٤) هو عدم جواز ذلك بالاتفاق؛ لأنه صريح الربا، كما قال الحطاب المالكي: "إذا التزم المدعي عليه للمدعي أنه إذا لم يوفه حقه في كذا فله عليه كذا وكذا. فهذا لا يختلف في بطلانه؛ لأنه صريح

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، د/محمد عمر شبير (٢/٨٥٥).

(٣) المعاملات المالية المعاصرة، د/وهبة الزحيلي (ص: ١٧٨).

(٤) انظر: تحفة الفقهاء، السمرقندي (٢/٢٥)، القوانين الفقهية، ابن جزيء، (ص: ١٦٥) مغني

المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الخطيب الشربيني (٢/٣٦٢)، كشاف القناع عن متن

الإقناع، البهوتي (٣/٢٥١).

الربا ، وسواء أكان الشيء الملتزم به من جنس الدين أو غيره ، وسواء أكان شيئاً منفعه أو عينا".<sup>(١)</sup>

بل هو عين الربا الذي ورد النص عليه صراحة في قوله تعالى: "الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ".<sup>(٢)</sup>

قال الرازي: "أما ربا النسئة فهو الأمر الذي كان مشهورا متعارفا في الجاهلية، وذلك أنهم كانوا يدفعون المال على أن يأخذوا كل شهر قدرا معيناً، ويكون رأس المال باقياً، ثم إذا حل الدين طالبوا المديون برأس المال، فإن تعذر عليه الأداء زادوا في الحق والأجل، فهذا هو الربا الذي كانوا في الجاهلية يتعاملون به."<sup>(٣)</sup>

وقال ابن عبد البر: "أجمع العلماء من السلف والخلف أن الربا الذي نزل القرآن بتحريمه هو أن يأخذ صاحب الدين لتأخير دينه بعد حلوله عوضاً عينا أو عرضاً وهو معنى قول العرب إما أن تقضي وما أن تربى..<sup>(٤)</sup> وترتيباً على ما تقدم لا يجوز أن يتفق البنك مع العميل على أن يدفع له مبلغاً محدداً، أو نسبة من الدين الذي عليه في حال تأخره عن الفائدة المحددة، سواء أسمى هذا المبلغ غرامة، أم تعويضاً، أم شرطاً جزائياً؛ لأن هذا هو ربا الجاهلية المجمع على تحريمه.

**الصورة الثالثة: حكم اشتراط التعويض التأخيري بعد وقوع الضرر:**

(١) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب، (ص: ١٧٦) بحوث فقهية معاصرة، د/محمد عثمان شبير، (٢/٨٦٠).

(٢) سورة البقرة، الآية (٢٧٥).

(٣) تفسير الرازي (٧/٧٢).

(٤) الكافي في فقه أهل المدينة (٢/٦٣٣).

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

وصورته: أن يشترط الدائن على المدين في حال امتناعه عن الوفاء بالمدين في الوقت المحدد، وكان موسراً، ولحق بالدائن ضرر بسبب هذا الامتناع أن يدفع تعويضاً عن الضرر الذي لحق بالدائن يقدره أهل الخبرة بذلك، أو يتفق عليه فيما بعد بين الدائن والمدين أو يقرره القاضي.

وللفقهاء المعاصرين في حكم هذه المسألة قولان:

القول الأول: ذهب مجموعة من العلماء منهم: الشيخ مصطفى الزرقا، والدكتور الصديق الضيرير، والشيخ عبد الحميد السائح. (١) إلى أن مبدأ تعويض الدائن عن ضرره نتيجة تأخر المدين في تنفيذ التزاماته في الموعد المتفق عليه مبدأ مقبول، ولا يوجد في نصوص الشريعة ومقاصدها ما يتنافى وهذا المبدأ، إلا أنه يشترط لقبوله ألا تكون هناك للمدين معذرة شرعية في تأخيره، بل يكون مليئاً ماطلاً، يستحق معه الوصف بأنه ظالم غاصب واستدلوا لمذهبهم بأدلة منها:

١- عموم قوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٢) فالآية تأمر المتعاقدين بالوفاء بما التزموا به من شروط، فإذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه ولحق ضرر بالآخر، فإن ذلك يعتبر تعدياً يتسحق التعويض.

٢- عموم قوله -ﷺ- " لا ضرر ولا ضرار" (٣)، فهو شامل للضرر المترتب على عدم الوفاء بالعقد، وتجب إزالته، ولا يزال إلا بالتعويض.

(١) انظر: بحث للشيخ الزرقا، بعنوان: جواز إلزام المدين بتعويض الدائن "منشور بمجلة دراسات اقتصادية معاصرة، المجلد (٣) العدد (٢) رجب ١٩٩٩م، ضمنان العقد في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراة، مقدمة من الباحث، محمد نجات محمد محمد (ص: ٣٩٩). كلية لشريعة، جامعة دمشق، ٢٠٠٣م.

(٢) سورة المائدة من الآية (١)

(٣) سبق تخريجه.

ونوقش هذا بأن كل ضرر لا يستوجب التعويض، وإنما الذي يوجبه الضرر المادي من الذي في البدن أو الإلتلاف في المال فقط، والضرر المعنوي الذي يصيب الإنسان في شرفه أو عرضه، فلا يستوجب التعويض كما يرى الشيخ على الخفيف (رحمه الله تعالى) (١).

٣- للقاضي سلطة تقديرية فيما لم يرد فيه نص، في ضوء فقه السياسة الشرعية إحقاقاً للحق ودفعاً للحرج والمشقة، وأخذاً بمبدأ مشروعية الغرامات المالية، يفعل القاضي ذلك حسب ما يراه محققاً للمصلحة. (٢) ويدخل تحت هذه السلطة سلطة القاضي في تقرير تعويض جراء تأخر المدين في تنفيذ التزامه عن الموعد المحدد سلفاً.

٤- الشرط الجزائي فيه مصلحة للعقد، وهو ما أفتت به هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، وجاء فيه: "إن الشرط الجزائي من مصلحة العقد؛ لأنه حافز لمن شرط عليه أن ينجز لصاحب الشرط حقه ومساعد له على الوفاء بشرطه، فكان شبيهاً باشتراط الرهن والكفيل في الوفاء لصاحب الشرط بشرطه، وإذن يصح الشرط ويلزم الوفاء به، فإن لم يفي وتعذر استدراك ما فات تعين لمن اشترط شرطاً جزائياً الأرش، وقد اتفق عليه عند العقد بتراضيهما، وإن لم يتعذر الاستدراك فلصاحب الشرط الخيار بين فسخ العقد والأرش مع بقائه. (٣) وهذه المصلحة لم يرد في الشرع ما ينافيها وهذا ما يطلق عليه روح التشريع العام، يقول العز بن عبد السلام: "ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد،

(١) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي، الشيخ على الخفيف، (ص: ٥٦).

(٢) انظر: نظرية الضمان، د/وهبة الزحيلي، (ص: ٩٦).

(٣) انظر: أبحاث هيئة كبار العلماء (١/ ٢٨٢) الدورة الخامسة المنعقدة فيما بين ٥ و ٢٢ - ٨ -

١٣٩٤ هـ بمدينة الطائف موضوع الشرط الجزائي .



## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس خاص، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك. (١)

وأجيب عن هذا الاستدلال بأن هيئة كبار العلماء تجيز ذلك في عقود المقاولات والأعمال، لا في الديون. (٢)

القول الثاني: ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى عدم جواز هذا التعويض، ومن هؤلاء: (الدكتور/وهبة الزحيلي، د/زكي الدين شعبان، الدكتور/نزيه حماد، د/رفيق يونس المصري، وغيرهم) (٣) وحجة هؤلاء-كما يقول (د/وهبة الزحيلي): "أما في الشريعة الإسلامية فلا يجوز اشتراط التعويض في هذه المداينات، ولا المطالبة القضائية به، سواء عند بدء المداينة، أو عند حلول أجل الدين، وسواء بمبلغ معين من النقود، أو بنسبة من مقدار الدين، إذا تأخر المدين عن الوفاء بالدين في الوقت المحدد؛ لأنه ربا صريح واشتراطه باطل؛ لقوله -ﷺ- «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً» (٤) وبناء عليه يحرم التغريم بسبب تأخير الديون بمقتضى حكم الشرط الجزائي. (٥)

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/ ١٨٩).

(٢) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي، الشيخ على الخفيف، (ص: ٥٦).

(٣) انظر: المعاملات المالية المعاصرة، د/وهبة الزحيلي، (ص: ١٧٩)، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله، د/أسامة الحموي (١٥٥).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب أجر السمسة (٣/ ٩٢) والبيهقي في معرفة السنن والآثار (١٠/ ٢٣٧) رقم (١٤٣٤٩) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٩٠) رقم (٥٨٤٩).

(٥) انظر: المعاملات المالية المعاصرة، د/وهبة الزحيلي، (ص: ١٧٩)، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله، د/أسامة الحموي (١٥٥).

كما استدل هؤلاء لمذهبهم بأن العمل بالتعويض الربوي يؤدي إلى انقضاء المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على أداء الدين للدائن مما نص الفقهاء عليه من رفع الأمر إلى القضاء، ومعاقبة المدين المماطل بالحبس والتعزير، وبيع أمواله لتسديد ديونه، وهذا الإقصاء مما لا يجوز شرعاً. (١)

#### مناقشة :

نوقش هذا الرأي من جانب المجيزين للتعويض وقالوا إنه يفترق عن الربا من ناحيتين:

١- الفوائد في حقيقتها استغلال من الدائن لجهود المدين ونشاطاته بصورة تجعل الحسابات السيئة على حساب المدين، وتضمن للدائن أصل دينه وربحاً ثابتاً دون نظر إلى مصير الطرف الآخر. أما تعويض ضرر التأخير فهو إقامة عدل يزيل ضرراً ألحقه إنسان متهاون بواجبه طامع في حقوق غيره التي تحت يده.

٢- أن الفوائد الربوية في المداينات تعقد على أساسها من البداية، فتكون طريقة استثمارية أصلية يلجأ إليه المرابون وهم قاعدون. أما تعويض التأخير فليس ضرراً استثمارياً وإنما هو إعادة لتوازن أخل به طرف طامع ظالم متهاون. وإذا كانت الفوائد الربوية محققة بداية، فإن تعويض ضرر التأخير قد يتحقق سببه بحصول التأخير أو لا يتحقق بوفاء الدين في موعده، فلا تكون المداينة قائمة عليه من البداية. (٢)

#### الرأي الراجح:

الراجح في تقديري هو الرأي القائل بعدم جواز أخذ التعويض من المدين بسبب تأخيره في قضاء الدين، وذلك للأسباب الآتية:

(١) انظر: الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله، د/أسامة الحموي (١٥٦).

(٢) انظر: بحث للشيخ الزرقا، بعنوان: جواز إلزام المدين بتعويض الدائن " (ص: ٢٠/١٩).

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

- ١- قوة أدلتهم التي استدلووا بها.
  - ٢- أن التعويض عن ضرر التأخير زيادة مشروطة في قرض يعد ربا محرم شرعا.
  - ٣- أن عقد القرض عقد إرفاق وقربة، فإذا شرط فيه تعويض الدائن عن تأخير المدين، خرج عن موضوعه. (١)
- وقد أخذ بهذا الرأي مجمع الفقه الإسلامي في مسألة البيع بالتقسيط، في مؤتمره السادس بجدة، بالمملكة العربية السعودية من (٢٣/١٧ من شعبان ١٤١٠هـ الموافق ٢٠/١٤ مارس ١٩٩٠م) قرر حرمة المماثلة في أداء الدين، ومع ذلك لا يجوز شرعاً اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء". (٢)

(١) انظر: المبدع شرح المقنع لابن مفلح الحنبلي (٢٠٩/٤).

(٢) مجلة المجمع (ع ٦ ج ١ ص ١٩٣ وع ٧ ج ٢ ص ٩).

#### المبحث الرابع

أحكام فقهية متفرعة عن الحق في التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع وفيه مطالب:

المطلب الأول: تقادم الحق في التعويض.

المطلب الثاني: حكم التعويض عن المنافع في العقود غير المشروعة.

المطلب الثالث: حكم تعويض غير المسلمين عما أتلّفها لمسلم لهم من خمر أو خنزير.

#### المطلب الأول

##### تقادم الحق في التعويض

إذا ثبت الحق في التعويض للمضروب، ولم يطالب بالوفاء بحقه أمام القاضي لمدة معينة، فهل يسقط الحق في التعويض بمضي المدة؟ اصطاح الفقهاء على تسمية هذا الحق باسم (تقادم الحق) وهو يعني: مرور زمن معين على حق أو عين دون مطالبة صاحبهما مع القدرة عليهما.

(١)

والتقادم لا يسقط الحق في الشريعة في الإسلامية؛ لأنه لا يجوز لأحد أخذ مال غيره بغير رضاه، ولا بسبب شرعي، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ (٢) قال القرطبي: "لخطاب بهذه الآية يتضمن جميع أمة محمد - صلى الله عليه وسلم -، والمعنى: لا يأكل بعضكم مال بعض بغير حق. فيدخل في هذا: القمار والخداع والغصوب ووجد الحقوق، وما لا تطيب به نفس مالكة، أو حرمة الشريعة وإن طابت به نفس مالكة، كهر البغي وحلوان الكاهن وأثمان الخمر والخنزير وغير ذلك." (٣) ثم قال: "ومن أخذ مال غيره لا على وجه إذن الشرع فقد أكله

(١) - نظرية الضمان د/محمد فوزي فيض الله، (ص: ١٦٥)

(٢) - سورة البقرة من الآية ١٨٨

(٣) - تفسير القرطبي (٢/ ٣٣٨).

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

بالباطل، ومن الأكل بالباطل أن يقتضى القاضي لك وأنت تعلم أنك مبطل، فالحرام لا يصير حلالاً بقضاء القاضي، لأنه إنما يقضى بالظاهر. وهذا إجماع في الأموال.. (١)

ولقوله -ﷺ- "كل المسلم على المسلم حرام، دمه، وماله، وعرضه" (٢) لكن التقادم يعتبر مانعاً من سماع الدعوى بالحق، وذلك حماية لمبدأ الاستقرار في الأوضاع الحقوقية، وتجنباً لإثارة المشكلات في الإثبات ونحوه، ذلك لأن القضاء في الإسلام مظهر للحق لا مثبت له، والحقوق الثابتة لا يؤثر فيها ديانة مرور الزمن وتقدم العهد. (٣) إلا أنه يمكن تسوية هذا الحق باسم المصالح المرسلّة التي تجيز للحاكم اتخاذ التدابير اللازمة صيانة للحقوق، وإبعاد القضاء عن المشكلات المتعلقة بالحقوق القديمة. (٤)

وعليه فإنه لا مانع شرعاً من تقييد مدة سماع دعوى الحق بمضي فترة زمنية معينة، وهو ما كان عليه الحال في زمن السلاطين القدامى، إذ كانوا يأمرّون قضاتهم بعدم سماع دعوى الحق بعد مضي خمس عشرة سنة، في أي حق كان، سوى الوقف والإرث، وهو ما ذكره ابن عابدين في حاشيته، نقلاً عن الأشباه والنظائر لابن نجيم، ونقل في الحامدية فتاوى

(١)- تفسير القرطبي (٢/ ٣٣٨).

(٢)- أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والآداب،- باب تحريم ظلم المسلم، وخذله، واحتقاره ودمه، وعرضه، وماله (٤/ ١٩٨٦) رقم (٢٥٦٤).

(٣)- نظرية الضمان، د/وهبة الزحيلي (ص: ١٠٢).

(٤)- انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، د/وهبة الزحيلي (٤/ ٩٦).

من المذاهب الأربعة بعدم سماعها بعد النهي المذكور. (١)  
قال الحموي: قوله: الحق لا يسقط بتقادم الزمان. قال المصنف - رحمه الله - في كتاب الدعوى في آخر باب التحالف: قال ابن الغرس، ما نصه في المبسوط: رجل ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة بلا مانع لا تسمع، ثم قال وقد أفتيت بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة لنهي السلطان.. (٢)

وهذا ما عليه العمل في مجلة الأحكام العدلية، فقد نصت المادة ( ١٦٦٢ )  
( إن كانت دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في عقار الملك فلا تسمع بعد مرور خمس عشرة سنة وإن كانت في عقار الوقف فللمتولي أن يدعيها إلى ست وثلاثين سنة وكما لا تسمع دعاوى الأراضي الأميرية بعد مرور عشر سنوات كذلك لا تسمع دعاوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في الأراضي الأميرية بعد أن تركت عشر سنوات. (٣)

### المطلب الثاني

#### حكم التعويض عن المنافع في العقود غير المشروعة

المنفعة اسم لكل ما ينتفع به الإنسان ،وهي ما كان من قبيل الأعراض كسكنى الدار وركوب الحمار وعمل الإنسان . (٤)

(١) - قال ابن عابدين: "فلو ولاه السلطان القضاء في زمان مخصوص أو مكان مخصوص أو على جماعة مخصوصين تعين ذلك؛ لأنه نائب عنه، ولو نهاه عن سماع بعض المسائل لم ينفذ حكمه فيها، كما إذا نهاه عن سماع حادثة مضى عليها خمس عشرة سنة بلا مانع شرعي والخصم منكر، وقد ذكر الحموي في حاشية الأشباه أن عادة سلاطين زماننا إذا تولى أحدهم عرض عليه قانون من قبله وأمر باتباعه. الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) (١/ ٧٦) وانظر: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر (٢/ ٣٣٨).

(٢) - غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحموي (٢/ ٣٣٧).

(٣) - مجلة الأحكام العدلية (ص: ٣٣٤) المادة (١٦٦٢).

(٤) - لسان العرب، لابن منظور (٨/ ٣٥٩) المطع على أبو اب الفقه للبلعي (١/ ٤٠٢).

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

والذي عليه فقهاء الحنفية أن المنافع ليست أموالاً، ولذا لو غصبها لا يجب تضمينها عليه، قال السرخسي في المبسوط: "الغصب الموجب للضمان عنده (أي عند الإمام الشافعي) يحصل بإثبات اليد، واليد على المنفعة تثبت كما تثبت على العين، وعندنا لا تتحقق إلا بيد مفوتة ليد المالك، وذلك لا يتحقق في المنافع؛ لأنها لا تبقى وقتين، فلا يتصور كونها في يد المالك، ثم انتقلها إلى يد الغاصب حتى تكون يده مفوتة ليد المالك فلهذا لا يضمن المنافع بالغصب عندنا." (١)

أما جمهور الفقهاء (غير الحنفية) : فالمنفعة عندهم مال ،لأنه لا غرض في اقتناء المال إلا لما فيها من منافع<sup>(٢)</sup>،حتى قال الإمام الشافعي: "الإجارة صنف من البيع والإجارة من المنافع"<sup>(٣)</sup>. واستدل الحنفية لمذهبهم بأدلة كثيرة ،منها قوله -ﷺ- : "الخراج بالضمان"<sup>(٤)</sup>.

ووجه الدلالة أن الحديث أفاد بظاهره أن الضمان سبب مستقل لاستحقاق الخراج، وإذا كان الحديث قد ورد في واقعة معينة ،وهي واقعة الرد بالعيب، فإن لفظه عام يشمل الغاصب وغيره ،لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ،كما هي القاعدة الأصولية ،لذا لا يضمن المشتري منافع المبيع المعيب إذا رده البائع ولا الغاصب منافع المغصوب ،لأن المنافع لا تنقوم إلا بالعقد والعاقده هو الغاصب ،فإذاً هو الذي حصل منافع العبد بعقده مالا، فكان بدله له ،ولأن العين كانت في ضمانهما.

(١)- المبسوط للسرخسي (١١ / ٧٨) ، وانظر: أصول السرخسي(١/٥٦).

(٢)-انظر: مواهب الجليل للحطاب (٥/٣٨٩)، الأم للشافعي (٤/٢٥)روضة الطالبين للنووي(٥/١٧٣)،المبدع لابن مفلح (٥/٦٢) ،تخريج الفروع على الأصول للزنجاني(١/٢٣٠).

(٣) - الأم للشافعي (٤/٢٥)روضة الطالبين للنووي(٥/١٧٣).

(٤) - أخرجه أبو داود في سننه ،كتاب البيوع ، باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا (٣/ ٢٨٤)رقم(٣٥٠٩).وحسنه الألباني.انظر: صحيح وضعيف سنن أبي داود (رقم:٣٥٠٩).

وحين كان في ضمان الغاصب فهو الذي التزم تسليمه بالعقد دون المالك فكان الأجر له ، ويؤمر بأن يتصدق بها ؛ لأنها حصلت له بكسب خبيث. (١)

واستدل الجمهور لمذهبهم بأدلة كثيرة ، مبسوسة في كتب الفقه الإسلامي. (٢)

وخلاصة ما في مذهبهم :

١- أن المالكية يفرقون في ضمان المنافع بين الغصب والتعدي

والغصب هو القصد إلى الاستيلاء على العين ، أما التعدي

فهو التصرف في الشيء تصرفاً يؤدي إلى إتلافه كحرقه أو

اتلاف بعضه ، أو اتلاف منفعتة.

وإنما يختلف التعدي عن الغصب في اشتراط السببية بين فعل المتعدي

والضرر ، فلا يكون مسؤولاً لهذا عما يحدث بأفة سماوية . أما الغاصب

: فإنه مسؤول مسؤولية مطلقة عما يلحق المصوب من ضرر، سواء

حصل ذلك بفعله أو بأفة سماوية. (٣)

٢- ضابط المسألة عند الشافعية : فهم يفرقون بين المنافع المنقومة

التي أباح الشارع الانتفاع بها وبين المنهي عنها ، وفي هذا

يقول العز بن عبد السلام: "أما المنافع فضربان: أحدهما منفعة

محرمة كمنافع الملاهي والفروج المحرمة واللمس والمس

والنقبيل والضم المحرم فلا جبر لهذه المنافع احتقاراً لها، كما

لا تجبر الأعيان النجسة لحقارتها، فإن استوفى شيئاً منها بغير

مطاوعة من ذي المنفعة فلا يجبر شيء منها إلا مهر المزني

(١)-المبسوط للسرخسي(١١/٨٠).

(٢)-انظر: مواهب الجليل للحطاب(٥/٣٨٩)، روضة الطالبين للنووي(٥/١٧٣)، قواعد الأحكام في

مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (١/١٨٣).

(٣)-انظر: مواهب الجليل للحطاب(٥/٣٨٩)، الفروق للقرافي(٢/٢٠٨)



بها كرها أو شبهة، ولا يجبر مثل ذلك في اللواط لأنه لم يتقوم قط فأشبهه القبل والعناق.

الضرب الثاني: أن تكون المنفعة مباحة متقومة فتجبر في العقود الفاسدة والصحيحة والفوات تحت الأيدي المبطلّة والتفويت بالانتفاع، لأنّ الشرع قد قومها ونزلها منزلة الأموال فلا فرق بين جبرها بالعقود وجبرها بالتفويت والإتلاف، لأنّ المنافع هي الغرض الأظهر من جميع الأموال، فمن غصب قرية أو دارا قيمتها في كل سنة ألف درهم وبقيت في يده سبعين سنة ينتفع بها منافع تساوي أضعاف قيمتها ولم تلزمه قيمتها لكان ذلك بعيدا من العدل والإنصاف الذي لم ترد شريعة بمثله ولا بما يقاربه، وهذا كله في منافع الأعيان المملوكة. (١)

٣- ذكر فقهاء الحنابلة، ما هو قريب من رأي الشافعية، فهم يوجبون ضمان المنافع المتقومة التي يتمول بها الناس عادة، وتكون المنفعة مباحة .

جاء في كشف القناع ما نصه: "المال شرعا: (ما فيه منفعة أو لغير حاجة ضرورة) فخرج ما لا نفع فيه أصلا كالحشرات وما فيه منفعة محرمة كالخمر، وما فيه منفعة مباحة للحاجة كالكلب، وما فيه منفعة تباح للضرورة كالميتة في حال المخمصة وخمر لدفع لقمة غص بها..". (٢)

ومؤدى ما تقدم أن جمهور الفقهاء يعتبرون المنافع أموالاً يرد عليها الضمان، أما الحنفية فقد خالف متأخروهم متقدميهم في عنصر العينية، فقد جاء في الدر المنتقى شرح الملتقى في تعريف المال بأنه: "يطلق لمال على القيمة، وهي ما يدخل تحت تقويم مقوم، من الدراهم والدنانير." وعلى هذا فإن مناط المالية عند متأخري الحنفية هو القيمة التي تقدر بالدراهم والدنانير .

(١)- قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١/ ١٨٣)

(٢)- انظر: رد المحتار: ابن عابدين (٥/ ١٣١).

واستثنى متأخرو الحنفية استحسانا ضمان منافع الغصب في حالات ثلاث:

١- أن يكون المغصوب وقفاً للسكنى أو الاستغلال، كمسجد تعدى عليه رجل وجعله بيت قهوة.

٢- مال اليتيم، بأن استعمله أقرباؤه مدة في أعمال شتى، فلليتيم طلب أجره المثل.

٣- أن يكون الشيء معداً للاستغلال، بأن بناه المغصوب منه لذلك، أو اشتراه لذلك، فيلزم من يستولي عليه ضمان المنفعة، أي أجر المثل، إذا لم يكن الاستيلاء عليه بتأويل ملك أو عقد كدار معدة للكراء أي الإيجار.

ففي هذه الحالات الثلاث يجب أجر المثل على اختيار المتأخرين. (١)  
وبناء على ما تقدم فإن كل ما له قيمة بين الناس عرفاً، فهو مال شرعاً؛ لأن القيمة المالية تستلزم المنفعة، ولا يتعارف الناس على تقييم ما ليس له منفعة بدهاءة، ولا يجري فيها التعامل. (٢)

(١)- انظر: رد المحتار: ابن عابدين (١٣١/٥).

(٢)- انظر: النظريات الفقهية: د/فتحي الدريني (ص: ٣٢٨).

### الرأي الراجح:

الراجح هو مذهب الجمهور؛ لقوة أدلتهم، وضعف رأي مخالفهم؛ ولذا حصل تناقض بين المتقدمين منهم وبين المتأخرين، وعليه فإن المنافع مضمونة؛ لأن أكثر ربح الناس منها، وأثمان الأشياء تقدر بمنافعها. ومن التطبيقات المعاصرة لهذا الوجه في إطار عمل المصارف الإسلامية :

إذا أخطأ موظف المصرف الإسلامي في رصد وديعة استثمارية لحساب المودع، وأودعها لحساب غيره، فإنه يضمن ما فات على المودع من ربح بهذا الخطأ، وهو قياس مذهب المالكية، ولا يضمن هذا الموظف إذا أخطأ في وديعة جارية، لأن صاحب هذه الوديعة لم يقصد الاتجار بها أو المضاربة، ولم يتضرر بهذا الخطأ فلا يجب الضمان. لكن إذا أدى هذا الخطأ إلى ضياع الوديعة، فإن الموظف يضمن ما يقابلها، ويتقيد الضمان في جميع الأحوال بالضرر الواقع بالفعل. (١)

### المطلب الثالث

#### تعويض غير المسلمين عن إتلاف مالهم من خمر أو خنزير

من الثابت شرعاً أن لرئيس الدولة أن يقر طائفة من الأجانب على دينهم، وهم مقيمون بديارهم، ويحتفظون بأنظمتهم، ويتمتعون بحقوقهم، نظير أدائهم الجزية (٢) كل سنة، ويلتزم المسلمون بالدفاع عنهم وعن حمايتهم، وعدم التعرض لحريتهم

(١) - انظر: ضمان العدوان /د/محمد سراج (ص: ١٩١)

(٢) الجزية: مأخوذة من جزي يجزى إذا كافأ عما أسدي عليه، فكانهم أعطوها جزاء ما منح لهم من الأمان، واصطلاحاً هي: الضريبة التي تفرض على رؤوس من دخل ذمة المسلمين من أهل الكتاب. انظر: السياسة الشرعية: ابن تيمية (ص: ١١٣)، وعرفها ابن قدامة بأنها: الوظيفة المأخوذة من الكافر لإقامته بدار الإسلام في كل عام. المغني (٣٢٨/٩).

الشخصية في أموالهم ، ومعقداتهم ، وفي قوائين الأسرة من زواج ، ونسب ، وطلاق ، إذ يتبعون منها ما يأمرهم به دينهم.<sup>(١)</sup>

وفرع الحنفية على ذلك أن لهم شرب الخمر ، وأكل الخنزير ، ولو أراق مسلم لذمي خمرأً أو قتل خنزيره ضمن قيمته ، بخلاف ما لو فعل المسلم ذلك بمسلم آخر ، فلا يجب عليه تعويض.<sup>(٢)</sup>

قال بدر الدين العيني: " وإذا أتلّف المسلم خمرأً لذمي أو خنزيره ضمن قيمتهما، فإن أتلّفهما لمسلم لم يضمن.<sup>(٣)</sup>

وروى ابن شيببة في مصنفه عن عامر أن شريحاً ضمن مسلماً خمرأً أهرأها لذمي.<sup>(٤)</sup>

بل ذهب الحنفية إلى أن من حمل خمرأً لذمي طاب له الأجر.<sup>(٥)</sup>

وذهب الشافعية<sup>(٦)</sup> والحنابلة<sup>(٧)</sup> إلى أنه لا ضمان عليه ، قال في جواهر العقود: "إذا أراق مسلم خمرأً على ذمي فلا ضمان عليه عند الشافعي وأحمد، وكذلك إذا أتلّف عليه خنزيراً.<sup>(٨)</sup>

(١) انظر: فتح القدير: الكمال بن الهمام (٥١/٦) ، بداية المجتهد: ابن رشد (٣٩٠/١) ، المهذب للشيرازي (٢٥٣/٢) ، المغني: ابن قدامة (٣٤٠/٩) ، أحكام أهل الذمة: ابن القيم (ص: ٤٨-٤٩).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين على الدر المختار (١٠٥/٤) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ابن نجيم (٢٥٦-٢٥٧/٥).

(٣) انظر: النجم الواج في شرح المنهاج (١٥٤ /٩) ، الحاوي الكبير: الماوردي (٧ /٢٢١).

(٤) مصنف ابن أبي شيبة (٥٤٩/٩) رقم (٨٤٦٧).

(٥) الاختيار لتعليق المختار: الموصلي (ص: ٤٩).

(٦) انظر: جواهر العقود: شمس الدين المنهاجي الشافعي (١ /١٧٩) ، الحاوي الكبير: الماوردي (٧ /٢٢١).

(٧) انظر: المغني لابن قدامة (٢٤٤ /٤) ، مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه (٧ /٣٤٨٧).

(٨) جواهر العقود: شمس الدين المنهاجي الشافعي (١ /١٧٩) ،

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

وقال الماوردي: قال الشافعي رحمه الله: " وإن أراق له خمرا أو قتل له خنزيرا فلا شيء عليه ولا قيمة لمحرم؛ لأنه لا يجري عليه ملك." (١)

وعلى هذا الخلاف إذا أتلفها ذمي على ذمي أو باعهما الذمي من الذمي." (٢)

ورأي الحنفية أقرب إلى قوانين العدالة الإنسانية، وحرمة مال غير المسلم، وإن كانت بيننا وبينهم عداوة دينية، فإنها لا تكون مسوغاً لإتلافها، حتى وإن كانت غير معصومة في نظر كثيرين من الفقهاء .

ويأتي هذا الحكم اتفاقاً مع دعوة النبي ﷺ - وأصحابه الكرام - رضي الله عنهم - عن إتلاف مال غير المسلمين في زمن الحرب والسلم، ففي وصية أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - لجيش أسامة بن زيد- رضي الله عنهما- نحو هذا وفيها: "أيها الناس قفوا، أوصمكم بعشر فاحفظوها عني: لا تخونوا، ولا تغلوا، ولا تغدروا، ولا تمثلوا، ولا تقتلوا طفلاً صغيراً، ولا شيخاً كبيراً، ولا امرأة، ولا تعقروا نخلاً، ولا تحرقوه، ولا تقطعوا شجرة مثمرة ولا تذبحوا شاة، ولا بقرة، ولا بغيراً، إلا لمأكلة....." (٣)

وعليه فمتى أتلّف المسلم مالا لغير مسلم وإن كان غير معصوم ضمن قيمته .

(١) الحاوي الكبير: الماوردي (٧/ ٢٢١).

(٢) البنایة شرح الهدایة (١١/ ٢٥٢).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، في كتاب الجهاد، باب ترك قتل من لا قتال فيه من الرهبان

الرهبان والكبير وغيرهما (٩/ ٨٩).

وقد كان هذا الحكم ثابتاً في أذهان بعض الفرق التي كانت - ولازال- من شأنه التربص بالإسلام وأهله وهم الخوارج - إذ إنهم كانوا يتوقفون عند حرمة قتل الخنزير المملوك لغير المسلمين، ولايقفون عند حرمة دم إخوانهم في العقيدة، والشواهد على ذلك أكثر من أن تحصى، اذكر منها ما كان من الخوارج في زمن الإمام علي بن أبي طالب-عليه السلام- وقد عقد العزم في الخروج إلى الشام... يقول ابن كثير: " فبينما هو كذلك إذ بلغه أن الخوارج قد عاثوا في الأرض فساداً وسفكوا الدماء وقطعوا السبل واستحلوا المحارم، وكان من جملة من قتلوه عبد الله بن خباب صاحب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أسروه وامرأته معه وهي حامل فقالوا: من أنت؟ قال: أنا عبد الله بن خباب صاحب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وإنكم قد روعتموني فقالوا: لا بأس عليك، حدثنا ما سمعت من أبيك فقال: سمعت أبي يقول: سمعت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يقول: " « سَتَكُونُ فِتْنٌ الْقَاعِدُ فِيهَا خَيْرٌ مِنَ الْقَائِمِ وَالْقَائِمُ فِيهَا خَيْرٌ مِنَ الْمَاشِي وَالْمَاشِي فِيهَا خَيْرٌ مِنَ السَّاعِي، مَنْ تَشَرَّفَ لَهَا تَسْتَشْرِفُهُ وَمَنْ وَجَدَ فِيهَا مَلْجَأً فَلْيَعْزُ بِهِ »<sup>(١)</sup>. فاقتادوه بيده فبينما ها هو يسير معهم إذ لقي بعضهم خنزيراً لبعض أهل الذمة فضربه بعضهم فشق جلده فقال له آخر: لم فعلت هذا وهو لذي؟ فذهب إلى ذلك الذمي فاستحله وأرضاه وبينما هو معهم إذ سقطت ثمرة من نخلة فأخذها أحدهم فألقاها في فمه، فقال له آخر: بغير إذن ولا ثمن؟ فألقاها ذاك من فمه، ومع هذا قدموا عبد الله بن خباب

(١)- أخرجه مسلم في صحيحه من كتاب الفتن، باب نزول الفتن كمواقع القطر- (٨ / ١٦٨) رقم (٧٤٢٩).

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

فذبحوه، وجاؤوا إلى امرأته فقالت: إني امرأة حبلى، ألا تتقون الله، فذبحوها وبقروا بطنها عن ولدها...!!<sup>(١)</sup>

وفي فتح الباري لابن حجر: "قال: فمر بهم عبد الله بن خباب فذكر قصة قتلهم له وبجاريته وأنهم بقروا بطنها وكانوا مروا على ساقطه فأخذ واحد منهم ثمرة فوضعها في فيه، فقالوا له: ثمرة معاهد فيم استحللتها؟ فقال لهم عبد الله بن خباب: أنا أعظم حرمة من هذه الثمرة، فأخذوه فذبحوه، فبلغ عليا فأرسل إليهم: أفيدونا بقاتل عبد الله ابن خباب، فقالوا كلنا قتله، فأذن حينئذ في قتالهم"<sup>(٢)</sup>

هذه هي مبادئ الإسلام وتعاليمه شاهدة على أنه دين الحق والعدل والإنصاف والمساواة بحمي الإنسان - ما لم يكن محارباً - والحيوان ومجمل المرافق العامة، فلا تقتيل ولا تبيد للموارد، ولا تخريب لل عمران، لأن هذا كله فساد، والله لا يحب الفساد، فالحمد لله الذي جعلنا مسلمين.

(١)- البداية والنهاية (٧/ ٣١٨)

(٢)- فتح الباري لابن حجر (١٢/ ٢٩٧).

## الخاتمة

### أهم النتائج والتوصيات

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وبشرعه يسود العدل في المبادلات، والتوازن في الحقوق والواجبات، بلا تفریط أو بخرس في المعاوضات، والصلاة والسلام على من استضاءت بنوره الأرض والسموات، عليه وعلى آله وصحبه في كل زمان ومكان، وماض وحاضر، وآت، وبعد:

فإن التعويض عن الضرر في العقد غير المشروع من الموضوعات التي عني الفقهاء القدامى والمعاصرون بدراساتها، في إطار من القواعد والضوابط التي من شأنها تعويض المضرور عما أصابه من ضرر من جراء عقد أصابه عوار فأبطله، وجعله في حكم المعدوم أو فعل بني على باطل أو على أساس أهدر الشرع الحكيم بنيانه، فالقاعدة أن العقد الباطل معصية، والمعصية لا تكون سبباً في النعم، لأن نعمة الله تعالى لا تنال بالمحذور. هذا من جانب .

ومن جانب آخر فإن العاقد المضرور في عقود العمل والإدارة أو المقاولات وما يقاس عليها إذا وقع من العاقد الآخر ضرر، لأشأن للمضرور في إحداثه، أو التأثير في مكوناته، فإن حقه في التعويض يختلف باختلاف طبيعة السبب الذي أدى إلى بطلانه .

هذا وقد قسمت بحثي إلى مقدمة وتمهيد وأربعة مباحث، وخاتمة، تتمثل نتائجها فيما يلي.

- ١- التعويض هو : الالتزام بإصلاح الضرر الذي لحق الغير من تلف المال أو ضياع المنافع، أو الضرر الكلي أو الجزئي الذي حدث للنفس الإنسانية.



- ٢- من الثابت أن الشريعة الإسلامية لم تضع تعريفاً محدداً للتعويض أو للضمان ،بل أوردت نصوصاً عامة لجبر الضرر وإزالته ،مثل قاعدة "الضرر يزال".
- ٣- من الثابت شرعاً أنه متى فاتت المصلحة المعتبرة شرعاً ،وتحقق الضرر بمعناه ،وجب جبر ذلك ،بمقتضى الشريعة ،ولا يكون الجبر إلا بالتعويض عما أصاب المضرور من ضرر .
- ٤- الضرر: أن يدخل على غيره ضرراً ، بما ينتفع هو به ، والضرار: أن يدخل على غيره ضرراً .
- ٥- إدخال الضرر على أحد بحق ، إما لكونه تعدى حدود الله ، فيعاقب بقدر جريمته . أو كونه ظلم غيره ، فيطلب المظلوم ، مقابلته بالعدل ، فهذا غير مراد قطعاً . وإنما المراد ، إلحاق الضرر بغير حق ، وهذا على نوعين: أحدهما: أن لا يكون في ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير ، فهذا لا ريب في قبحه وتحريمه .
- ٦- العقد مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر أو كلام الواحد القائم مقامهما : أعني متولي الطرفين .
- ٧- الشريعة ما سنه الله لعباده من الدين وافترضه عليهم ، يقال: شرع لهم يشرع شرعاً فهو شارع ، وقد شرع الله الدين إذ أظهره وبينه .
- ٨- العقد المشروع هو: الذي استكمل عناصره الأساسية من (صيغة وعاقدين ومحل عقد وموضوع عقد) ، وشرائطه الشرعية . فيصبح صالحاً لترتب حكمه وآثاره عليه . ويعرفه الحنفية بقولهم: هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه .
- ٩- حكم العقد الصحيح: ثبوت أثره في الحال ، فالبيع الصادر من كامل الأهلية على مال متقوم شرعاً ، ولغاية مشروعة ، يترتب عليه ثبوت ملك المبيع والتمن للمشتري والبائع فور انتهاء الإيجاب والقبول إذا لم يكن في البيع خيار .

- ١٠- العقد غير الصحيح: هو ما اختلف فيه أحد عناصره الأساسية أو شرط من شروطه. وحكمه أنه لا يترتب عليه أثر كبيع الميتة والدم والخمر والخنزير، وكبيع فاقد الأهلية. ويشمل غير الصحيح عند جمهور الفقهاء غير الحنيفة: الباطل والفاقد، وهما بمعنى واحد.
- ١١- مبدأ المشروعية هو من الأصول الدستورية الكبرى في نظام الدولة، ويعرف بسيادة القانون، وهو في أبسط معانيه التزام كل من الحاكم والمحكوم بقواعد النظام، بحيث يكون النظام هو الحكم بين السلطة وبين الأفراد.
- ١٢- قصد بمبدأ المشروعية بالنسبة للإدارة: أن تتطابق كل تصرفاتها مع أحكام القانون بمعناه الواسع، سواء كان ما يصدر عنها تصرفات قانونية أو أعمال مادية، فإن تجاوزت ذلك النطاق في نشاطها، استوجبت توقيع جزاءات قانونية عليها من الهيئة المختصة بسبب خروجها على مبدأ الشرعية.
- ١٣- الأصل في المعاوضات والمقابلات هو التعادل من الجانبين.
- ١٤- يتحقق الضرر في عقود المعاوضات المالية ابتداءً بتغير قيمة النقد تغيراً كبيراً، نتيجة استخدام النقود الاصطناعية في التعاملات الحاضرة والآجلة، وما يصحبها من تغيرات في قيم الأسعار.
- ١٥- الحكم ببطان العقد، يعني سقوطه وعدم اعتباره، إذ معنى البطلان: سقوط اعتباره، فيصير في حكم العدم، وأن النهي إذا ورد على شيء لزم منه الفساد، سواء أكان الفساد لأمر ذاتي في المنهي عنه أو لوصف خارجي .
- ١٦- يلزم من الحكم ببطان العقد المنهي عنه شرعاً - إذا لم يكن المضرور على علم به وقت العقد- حقه في استرداد الثمن، وتعويض ما فاتته من كسب ولحقه من خسارة، وذلك متى كان موضوع العقد سلعة أو خدمة محرمة، بيع الخمر، أو الآلات اللهو

- ،أو نحو ذلك. وقد يكون موضوع العقد مما لا يجوز بيعه أصلاً ،كبيع الحر.
- ١٧- رجحان القول بعدم جواز استحقاق التعويض على الضرر المترتب على العقد المنهي عنه، وأصل هذا أن كل ما نهى الله عنه وحرمه في بعض الأحوال وأباحه في حال أخرى فإن الحرام لا يكون صحيحاً نافذاً كالحلال يترتب عليه الحكم كما يترتب على الحلال ويحصل به المقصود كما يحصل به.
- ١٨- العقد الباطل لا يفيد الملك فإنه يترتب عليه أن تعود حالة المتعاقدين إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.
- ١٩- إذا كان العقد باطلاً فإن المبيع يبقى في ضمان البائع قبل أن يقبضه المشتري لبقائه على ملكه وتحت يده؛ لأن العقد الباطل لا ينتج أي أثر.
- ٢٠- بيع الحر عقد باطل، والعقد الباطل لا يترتب عليه أي حكم؛ لأن الحكم للموجود شرعاً، ولا وجود لهذا العقد شرعاً، وإنما هو موجود صورة فقط؛ لأن التصرف لا يوجد شرعاً من دون شروط انعقاده من الأهلية والمحلية، فلا يترتب عليه أي أثر لعدم انعقاده.
- ٢١- من العدل وعدم الظلم إذا تغيرت قيمة النقود تغيراً كبيراً القول بوجود القيمة. ومن ثم فإذا تغير سعر النقود، أو قيمتها فقد زال التماثل، ويكون المعول عليه عندئذ هو قيمة الدين يوم ثبوته.
- ٢٢- من الثابت أن الضرر المترتب على إنهاء علاقة العمل العقدية بسبب غير مشروع، ضرر مادي ومعنوي. ويستوي في التعويض أن يكون عن الضرر المادي أو الضرر المعنوي الذي يحصل للشخص. وعلى الحاكم أو من يقوم مقامه من المسؤولين أن يعاقب المعتدي ويعزره بما يراه محققاً للمصلحة، ويرد للمظلوم اعتباره.

٢٣- حق الإدارة في التعويض عن الضرر المترتب على التأخير في تنفيذ المتعهد لالتزاماته حق شرعي، يتفق والطبيعة الخاصة للإدارة العامة، وما تقوم به من مصالح العامة، ذلك لأن التفريط في حق الملكية العامة أعظم أثراً منه في حال الملكية الخاصة.

٢٤- إلزام المدين في المداينات بالتعويض على الدائن فوق أصل الدين مقابل ضرره من تأخير الوفاء والمماطلة فيه، من جهة أنها قد تشبه فضلاً بلا عوض، أو زيادة في الدين مقابل الأجل، ومن ثم الوقوع في الربا.

٢٥- العمل بالتعويض الربوي يؤدي إلى انقضاء المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على أداء الدين للدائن مما نص الفقهاء عليه من رفع الأمر إلى القضاء، ومعاقبة المدين المماطل بالحبس والتعزير، وبيع أمواله لتسديد ديونه، وهذا الإقصاء مما لا يجوز شرعاً.

٢٦- عدم جواز أخذ التعويض من المدين بسبب تأخيره في قضاء الدين؛ لأن التعويض عن ضرر التأخير زيادة مشروطة في فرض يعد ربا محرم شرعاً.

٢٧- إذا ثبت الحق في التعويض للمضروب، ولم يطالب بالوفاء بحقه أمام القاضي لمدة معينة، فإنه لا يسقط الحق في التعويض بمضي المدة؛ ذلك لأن القضاء في الإسلام مظهر للحق لا مثبت له، والحقوق الثابتة لا يؤثر فيها ديانة مرور الزمن وتقدم العهد.

٢٨- رجحان القول بأن كل ما له قيمة بين الناس عرفاً، فهو مال شرعاً؛ لأن القيمة المالية تستلزم المنفعة، ولا يتعارف الناس على تقييم ما ليس له منفعة بداهة، ولا يجري فيها التعامل.

٢٩- رجحان القول بأنه متى أتلّف المسلم ما لا لغير مسلم وإن كان غير معصوم ضمن قيمته، وتعويضه عما أصابه من ضرر، وهو المفتى به عند فقهاء الحنفية .

وفي الختام أسأل الله العليّ القدير أأكون قد وفقت في معالجة موضوع البحث، بما يخدم القارئ ويتير أمامه طريق الشريعة الإسلامية الغراء التي جعلها الله تعالى منارة العدل والتوازن في الحقوق والواجبات، وصلاة وسلام على النبي المصطفى الحبيب المجتبي عليه وعلى آله وصحبه الأجلاء، أهل الفضل والثناء.

### أهم المصادر والمراجع

١. القرآن الكريم.
١. أبحاث هيئة كبار العلماء (١/ ٢٨٢) الدورة الخامسة المنعقدة فيما بين ٥ و ٢٢ - ٨ - ١٣٩٤ هـ بمدينة الطائف موضوع الشرط الجزائي.
٢. الإحكام في أصول الأحكام: أبو الحسن سيد الدين علي بن سالم الثعلبي الأمدي (المتوفى: ٦٣١هـ)، المحقق: عبد الرزاق عفيفي، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - لبنان.
٣. أخبار مكة: أبو عبد الله محمد بن إسحاق بن العباس المكي الفاكهي (المتوفى: ٢٧٢هـ)، الناشر: دار خضر - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٤هـ
٤. الاستقامة: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن تيمية الحراني الحنبلي (المتوفى: ٧٢٨هـ) المحقق: د. محمد رشاد سالم، الناشر: جامعة الإمام محمد بن سعود - المدينة المنورة، الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ
٥. الأشباه والنظائر: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ) الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
٦. الأصول من علم الأصول، محمد بن صالح العثيمين (ت ١٤٢١هـ)، دار ابن الجوزي - الدمام - ١٤٢٦هـ.
٧. إعلام الموقعين عن رب العالمين: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ) تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
٨. الأم: الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ) الناشر: دار

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

- المعرفة - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، سنة النشر: ١٤١٠هـ/١٩٩٠م.
٩. بحث للشيخ الزرقا، بعنوان: جواز إلزام المدين بتعويض الدائن "منشور بمجلة دراسات اقتصادية معاصرة، المجلد (٣) العدد (٢) رجب ١٩٩٩م.
١٠. البحر المحيط في أصول الفقه: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ)
١١. بحوث فقهية، د/محمد عمر شبيب، دار المكتبي، دمشق، ط ١، ٢٠٠٠م.
١٢. بداية المجتهد ونهاية المقتصد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ) الناشر: دار الحديث - القاهرة، الطبعة: بدون طبعة
٢. البداية والنهاية: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: ٧٧٤هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الأولى ١٤٠٨، هـ - ١٩٨٨ م
١٣. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
١٤. تاج العروس من جواهر القاموس: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، الملقب بمرتضى، الزبيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ) المحقق: مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداية.
١٥. تاريخ التشريع الإسلامي للشيخ عبدالرحمن تاج، والشيخ محمد علي السائس، ط ١٩٣٦م.
١٦. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣هـ)، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣هـ.

١٧. تحرير الكلام في مسائل الالتزام :شمس الدين أبو عبد الله محمد الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي (المتوفى: ٩٥٤هـ) (المحقق: عبد السلام محمد الشريف الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م.
١٨. تحفة المحتاج في شرح المنهاج : أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، الطبعة: بدون طبعة، عام النشر: ١٣٥٧ هـ - ١٩٨٣ م.
١٩. تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد، صلاح اليبدين أبو سعيد خليل بن كليدي بن عبد الله المعروف ب(العلائي)، (ت ٧٦١)، تحقيق: إبراهيم محمد السلقيني، دار الكتب الثقافة - الكويت - الطبعة الأولى: ١٤٠٢-١٩٨٧م.
٢٠. التعريفات: علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: ٨١٦هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
٢١. التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، د/محمد المدني بوساق، دار أشبيلية، للنشر والتوزيع الرياض، ط١، ١٩٩٩م.
٢٢. تفسير أبي السعود بهامش الفخر الرازي، المطبعة الخيرية ط١ سنة ١٣٠٨هـ
٢٣. التلقين في الفقه المالكي: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: ٤٢٢هـ) الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
٢٤. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ) الناشر: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب، عام النشر: ١٣٨٧ هـ.
٢٥. جامع البيان في تأويل القرآن: محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو جعفر الطبري (المتوفى: ٣١٠هـ)، المحقق: أحمد



## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

- محمد شاكر، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ — م ٢٠٠٠.
٢٦. جامع العلوم والحكم: أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، الناشر: دار المعرفة - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٨ هـ.
٢٧. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه (صحيح البخاري): محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر الناشر: دار طوق النجاة (ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ هـ.
٢٨. جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود: شمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسيوطي ثم القاهري الشافعي (المتوفى: ٨٨٠ هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م.
٢٩. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠ هـ) الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
٣٠. حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع: حسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي (المتوفى: ١٢٥٠ هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
٣١. حق التعويض المدني (بين الفقه الإسلامي والقانون المدني)، محمد فتح الله النشار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٢ م.
٣٢. حكمة ضمان الفعل الضار واثرها في تحديد موجباته في الفقه الإسلامي، أيمن على صالح عبد الرؤوف، مجلة مؤتة للبحوث والدارسات الإسلامية، الأردن، المجلد (١٧) العدد (٤) ٢٠٠٤ م.
٣٣. الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: محمد بن علي بن محمد الحصني المعروف بعلاء الدين الحصفي الحنفبي (المتوفى:

- ١٠٨٨هـ) المحقق: عبد المنعم خليل إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
٣٤. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: علي حيدر خواجه أمين أفندي (المتوفى: ١٣٥٣هـ) تعريب: فهمي الحسيني، الناشر: دار الجيل، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
٣٥. الذخيرة: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ) الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤م.
٣٦. رد المحتار على الدر المختار: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ) الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

٣٧. الرسالة: الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عبد المطلب بن عبد مناف المطالبي القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ)، المحقق: أحمد شاکر، الناشر: مكتبة الحلبي، مصر، الطبعة: الأولى، ١٣٥٨هـ/١٩٤٠م.
٣٨. روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الطبعة الثانية ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
٣٩. سنن الدارقطني: أبو الحسن علي بن عمر بن دينار البغدادي الدارقطني (المتوفى: ٣٨٥هـ)، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
٤٠. السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، المحقق: الناشر: مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر آباد، الطبعة: الطبعة: الأولى - ١٣٤٤هـ.
٤١. الشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو الفرج، شمس الدين (المتوفى: ٦٨٢هـ) الناشر: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار.

٤٢. شرح الكوكب المنير: تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى المعروف بابن النجار (المتوفى: ٩٧٢هـ) المحقق: محمد الزحيلي و نزيه حماد، الناشر: مكتبة العبيكان، الطبعة: الطبعة الثانية ١٤١٨هـ - ١٩٩٧ م.
٤٣. شرحُ الورقات في أصول الفقه، للعلامة جلال الدين محمد بن أحمد المحلي (ت ٨٦٤)، تحقيق: حسام الدين بن موسى، الطبعة الأولى: ١٤٢٠ - ١٩٩٩م.
٤٤. شرح تنقيح الفصول: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ) المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة: الأولى، ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م.
٤٥. الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله، د/أسامة الحموي (١٥٥)، مطبعة الراعي، دمشق، ١٩٩٧م.
٣. ضمان العدوان د/محمد سراج، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٠م.
٤٦. ضمان العقد في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراة، مقدمة من الباحث، محمد نجدات محمد محمد (ص: ٣٩٩). كلية لشريعة، جامعة دمشق، ٢٠٠٣م.
٤٧. الضمان في الفقه الإسلامي، الشيخ على الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ت.
٤٨. الطرق الحكمية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، الناشر: مكتبة دار البيان، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
٤٩. العقود الإدارية وقانون المناقصات والمزايدات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤م، الكتاب الثاني، د/محمد ماهر أبو العينين، دار أبو المجد للطباعة، مصر، ٢٠٠٤م

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

٥٠. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر: أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي (المتوفى: ١٠٩٨هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
٥١. الغياثي: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: ٤٧٨هـ) (المحقق: عبد العظيم الديب، الناشر: مكتبة إمام الحرمين، الطبعة: الثانية، ١٤٠١هـ).
٥٢. فتاوى ابن الصلاح: المؤلف: عثمان بن عبد الرحمن، أبو عمرو، تقي الدين المعروف بابن الصلاح (المتوفى: ٦٤٣هـ)، المحقق: د. موفق عبد الله عبد القادر، الناشر: مكتبة العلوم والحكم، عالم الكتب - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٧هـ.
٥٣. فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك: محمد بن أحمد بن محمد عيش، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: ١٢٩٩هـ) الناشر: دار المعرفة، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
٥٤. فتح القدير: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: ٨٦١هـ) الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
٥٥. الفقه الإسلامي وأدلته: د/وهبة الزحيلي، الناشر: دار الفكر - سورية - دمشق.
٥٦. فواتح الرحموت، شرح مسلم الثبوت لمحب الله بن عبد الشكور مطبوع مع المستصفي للغزالي ط: دار إحياء التراث العربي.
٥٧. القاعدة الذهبية لا ضرر ولا ضرار: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي، الناشر: دار الكتاب العربي، الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.

٥٨. قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، طبعة دار القلم، دمشق، مجمع الفقه الإسلامي، جدة، ط ١٩٩٨، ٢م.
٥٩. القواعد النورانية الفقهية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم ابن تیمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: ٧٢٨هـ)، الناشر: دار ابن الجوزي، بلد النشر: المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.
٦٠. القوانين الفقهية: أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي (المتوفى: ٧٤١هـ) طبعة دار الفكر، ١٩٨٧م.
٦١. كشف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية.
٦٢. كشف الأسرار شرح أصول البزدوي: عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي (المتوفى: ٧٣٠هـ) الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
٦٣. كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات: عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد البعلي الخلوتي الحنبلي (المتوفى: ١١٩٢هـ)، الناشر: دار البشائر الإسلامية - لبنان/ بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
٦٤. كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال: علاء الدين علي بن حسام الدين المتقي الهندي البرهان فوري (المتوفى: ٩٧٥هـ)، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الطبعة الخامسة، ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م.
٦٥. لسان العرب: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الإفريقي (المتوفى: ٧١١هـ)، الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤١٤هـ.

## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

٦٦. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي (المتوفى: ٨٠٧هـ) المحقق: حسام الدين القدسي، الناشر: مكتبة القدسي، القاهرة، عام النشر: ١٤١٤ هـ، ١٩٩٤ م .
٦٧. مجمع الضمانات: أبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي (المتوفى: ١٠٣٠هـ)، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
٦٨. مجموع الفتاوى: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني (المتوفى: ٧٢٨هـ) المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، عام النشر: ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.
٦٩. المحصول: أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن، الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: ٦٠٦هـ)، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م .
٧٠. المحكم والمحيط الأعظم: أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي [ت: ٤٥٨هـ]، المحقق: عبد الحميد هنداوي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م.
٧١. المحلى بالآثار: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ) الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
٧٢. المدخل الفقهي، للشيخ مصطفى الزرقا، طبعة دار القلم، بدمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
٧٣. مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه: إسحاق بن منصور بن بهرام، أبو يعقوب المروزي، المعروف بالكوسج (المتوفى: ٢٥١هـ) الناشر: عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٢ م

٧٤. المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين : القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف المعروف بـ ابن الفراء (المتوفى: ٤٥٨هـ)، المحقق: د. عبد الكريم بن محمد اللاحم، الناشر: مكتبة المعارف، الرياض.
٧٥. المستترك على الصحيحين: محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري، الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى ، ١٤١١ - ١٩٩٠م، تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا.
٧٦. المستصفي: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: ٥٠٥هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
٧٧. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: ٢٦١هـ) المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.
٧٨. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني (المتوفى: ١٢٤٣هـ)، الناشر: المكتب الإسلامي، الطبعة: الثانية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
٧٩. المعاملات المالية المعاصرة، د/وهبة الزحيلي، طبعة دار الفكر دمشق، ط، ٢٠٠٢.
٨٠. معجم لغة الفقهاء: محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنبي، الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
٨١. معجم مجاني للطلاب، منشورات دار مجاني، بيروت، ١٩٨٧م.
٨٢. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م



## التعويض عن الضرر المترتب على العقد غير المشروع في الفقه الإسلامي

٨٣. مفاتيح الغيب ( التفسير الكبير): أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن، الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: ٦٠٦هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤٢٠ هـ.
٨٤. المفردات في غريب القرآن: أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني (المتوفى: ٥٠٢هـ) (المحقق: صفوان عدنان الداودي، الناشر: دار القلم، الدار الشامية - دمشق بيروت، الطبعة: الأولى - ١٤١٢ هـ .
٨٥. المقاصد العامة للشريعة الإسلامية د./ يوسف حامد العالم ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط الدار العالمية للكتاب الإسلامي. ١٤١٥هـ/١٩٩٤م .
٨٦. المنتقى شرح الموطأ: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب القرطبي الباجي الأندلسي (المتوفى: ٤٧٤هـ)، الناشر: مطبعة السعادة، الطبعة: الأولى، ١٣٣٢ هـ.
٨٧. المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ) (المحقق: أ. د. عبد الله بن محمد المطلق، الناشر: دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م.
٨٨. الموافقات: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: ٧٩٠هـ) (المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.
٨٩. النجم الواج في شرح المنهاج: المؤلف: كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميري أبو البقاء الشافعي (المتوفى: ٨٠٨هـ)، الناشر: دار المنهاج (جدة)، المحقق: لجنة علمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

٩٠. النظريات الفقهية، د/فتحي الدريني، منشورات جامعة دمشق، ١٩٩٣م.
٩٤. نظرية الضمان: د/فوزي فيض الله، دار التراث، الكويت، ط ١٩٨٦، ٢م.
٩١. نظرية الضمان، د/وهبة الزحيلي، طبعة دار الفكر، دمشق، طبعة ثانية ١٩٨٢م.
٩٢. نهاية المطلب في دراية المذهب: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: ٤٧٨هـ) الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
٩٣. النهاية في غريب الحديث والأثر: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير (المتوفى: ٦٠٦هـ)، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي.
٩٤. نيل الأوطار: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، الناشر: دار الحديث، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
٩٥. الهداية في شرح بداية المبتدي: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: ٥٩٣هـ) المحقق: طلال يوسف، الناشر: دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان.
٩٦. الواضح في أصول الفقه: أبو الوفاء، علي بن عقيل بن محمد بن عقيل البغدادي الظفري، (المتوفى: ٥١٣هـ) المحقق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.