جامعة القاهرة
كلية الحقوق

الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

رسالة مقدمة

من الطالب / عبد المحسن سعد الوليد

لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور / محمد سلام مدكور

١٤٠٤هـ ١٩٨٣م

لجنة المناقشة والحكم

الأستاذ الدكتور / محمد سلام مدكور رئيس قسم الشريعة الإسلامية رئيساً
سابقاً والأستاذ غير المتفرغ بكلية الحقوق جامعة القاهرة

الأستاذ الدكتور / جميل منصور الشرقاوي عميد كلية الحقوق سابقاً عضواً
والأستاذ القانون المدني المتفرغ بكلية الحقوق جامعة القاهرة

الأستاذ الدكتور / محمد الحسيني حنفي أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية عضواً
بكلية الحقوق جامعة عين شمس

بسم الله الرحمن الرحيم

وَمَا أُوتِيتُم مِّنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا

صدق الله العظيم

سورة الإسراء : آية رقم ٨٥

الإهداء

إلى مَنْ لا يستحق الثناء سِوَاهما

إلى أبي وأمي

المقدمة

أحمد الله الذى رفع السماء بلا عمد ، وبسط الأرض على ماء جمد ، وأصلى وأسلم على سيدنا محمد ، وعلى آله وصحبه .

ان الباحث فى الساحة القانونية ، كما فى غيرها من ساحات العلم والمعرفة يترامى أمام ناظريه عديد من المواضيع التى تتطلب دراسة تتميز بالتحليل وتتسم بالعمق ، من أجل أن تتضح الحقيقة فيها ، وتتجلى بالتالى أسلم الطرق اليها وأكثرها عدالة ، فينص عليها المقننون ، ويطبقها القضاة ، ويرتادها الناس وتسهر على سلامتها المحاكم العليا ، وبذلك ينال الباحث شرف الاسهام فى مهمة العلم الخالدة ، التى ترمى الى كفالة حياة مستقرة فاضلة للفرد والمجتمع ، ويحقق (نقلة) الأجيال نحو السمو والكمال .

واستشعارا بهذه المسئولية فقد عمدت الى موضوع أحد ث تباينا تشريعيا ورتب ترددا قضائيا ، وأثار جدلا فقهيا محتدما فى الدول المختلفة ، وخلف من ورائه فى الساحة الشرعية سوءا عريضا ، أحلال هو أم حرام ؟

انه الشرط الجزائى ، قرين كل عقد ، وظل كل اتفاق .

والأساس فى موضوعنا أن المتعاقدين اذا توصلوا الى ابرام الالتزام الأصلى فانهم يجدون فى التو أو ربما بعد ذلك أن ابرام الالتزام لا يعنى الشىء الكثير ، فالالتزام رابطة شخصية وفيه شىء غير ملموس . فاذا كانت الكلمة الوعد . تكفى من الناحية القانونية لانشاء الرابطة الشخصية من الناحية الاقتصادية ، فانه لا أهمية للروابط الشخصية الا اذا أمكن تحويلها الى شىء ملموس ، أى الى شىء مادى .

الفهرس

الصفحة

المقدمـــة ١

الباب التمهيـــدى

التعريفـــات ٧

الفصـــل الأول

التعريف بالشرط والأصل الشرعى فيه ٧

المبحـــث الأول

التعريـــف بالشـرط ٧

المطلب الاول : معنى الشـــرط ٧

١ – التعريف اللغوى ٧

٢ – التعريف الشرعى ٨

المطلب الثانى: أحكام الشرط ١٠

المطلب الثالث : أقسام الشرط ١٣

المبحث الثانى

الأصل فى الشروط فى الفقه الاسلامـــى ١٥

المطلب الاول : الفريق الأول : ويرى أن الأصل فـــى الشروط الحظر ١٥

١ – أدلة الفريق الاول ١٥

٢ – الرد على هذه الأدلة ١٩

المطلب الثانى: الفريق الثانى : ويرى أن الأصل فـــى الشروط الحل .....

١ – أدلة الفريق الثانى ٢٥

٢ – الرد على هذه الأدلة ٣٠

٣ – التعقيب على هذه الردود ٣٤

الصفحة

المطلب الثالث : الفريق الثالث : ويرى أن الأصل فى العبادات الحظر، وفى المعاملات الحل ٣٩
المطلب الرابع : الرأى المختار ٤٠

الفصل الثانى
التعريف بالشرط الجزائى ٤٦

المبحث الأول
معنى الشرط الجزائى ٤٦

المطلب الأول : التعريف ٤٦
١ ـ التعريف القانونى ٤٧
٢ ـ التعريف الوظيفى ٤٩
٣ ـ التعريف المختار ٥١
المطلب الثانى: مصطلحات الشرط الجزائى ٥٢
١ ـ مصطلحات الشرط الجزائى فى القانون الوضعى ٥٢
٢ ـ موقف الفقه الاسلامى من المصطلحات ٥٤

المبحث الثانى
مزايا الشرط الجزائى ٥٧

المطلب الأول : المزايا المتعلقة بالمصلحة الخاصة .. ٥٧
المطلب الثانى: المزايا المتعلقة بالمصلحة العامة .. ٦٩
المطلب الثالث : رأى ونقد ٧١

الباب الأول
النظرية العامة للشرط الجزائى ٧٤

الفصل الأول
الطبيعة القانونية للشرط الجزائى ٧٤

الصفحة

المبحث الأول
نظرية العقوبة الخاصة ٧٤

المبحث الثانى
نظرية التعويض الاحتمالى ٧٩

المبحث الثالث
نظرية عقد التأمين ٨١

المبحث الرابع
نظرية الاتفاق ٨٣

المبحث الخامس
اساس النظرية فى رأينا ٨٦

المطلب الاول : الاثار القانونية لمفهومى العقوبة والتعويض ٨٦
المطلب الثانى: توضيح الرأى ٨٩

الفصل الثانى
خصائص الشرط الجزائى ٩٣

المبحث الأول
خصيصة التبعية ٩٣

المطلب الأول: بطلان الالتزام الأصلى يرتب بطلان الشرط الجزائى ٩٤
المطلب الثانى: بطلان الشرط الجزائى لايرتب بطلان الالتزام الاصلى ١٠٩

الصفحة

المطلب الثالث : الاستثناءات ١١٣
١ ـ الشرط الجزائى صحيح وفعال والالتزام الأصلى باطل ١١٣
٢ ـ الشرط الجزائى باطل ومبطل للالتزام الاصلى ١١٨
المطلب الرابع : موقف الدائن من التعويض بعد ابطال الشرط الجزائى ١١٩

المبحث الثانى
خصيصة الاتفاقية ١٢١

المطلب الأول: شكل الاتفاق ١٢١
١ ـ الشرط الجزائى التعاقدى ١٢١
أ) العقد الشامل ١٢١
ب) الاتفاق الجزائى فى حد ذاته . ١٢٧
٢ ـ الشرط الجزائى الأحادى الطرف . ١٢٩
أ) الشرط الجزائى المدرج ضمن وعد من طرف واحد بالبيع أو بالشراء ١٣٠
ب) الشرط الجزائى المدرج فى عوض او فى ايجاب بغير قبول ... ١٣١
المطلب الثانى: محل الشرط الجزائى ١٣٤
١ ـ يجب أن يختلف محل الشرط الجزائى عن محل الالتزام الاصلى ١٣٤
٢ ـ المحل فى الشرط الجزائى ليس دائما وبالضرورة مبلغ من المال ١٣٧
أ) توافق أكثر التشريعات على أن مبدأ الشرط الجزائى قد يستوعب اى اداء قانونى آخر من أى نوع . ١٣٨

الصفحة

ب) الفقه القانونى لايقيم
فرقا بين الشرط الجزائى
النقدى أو العينى ١٤٠
ج) القضاء أجاز الحرية فى
تحديد مضمون الشرط الجزائى ١٤١
٣ ـ المحل فى الشرط الجزائى قد يحدد
سلفا اويكون قابلا للتحديد..... ١٤٢

الفصل الثالث
الشروط العامة لتطبيق الجزاء المشروط ١٤٦

المبحث الأول
الخطأ ١٥٠

المطلب الأول: مضمون الخطأ..... ١٥٠
١ ـ ذاتية الالتزام ١٥٣
٢ ـ شكل الاخلال بالالتزام ١٥٨
٣ ـ درجة الاخلال بالالتزام ١٦٣
المطلب الثانى: موقف الفقه الاسلامى ١٦٦
١ ـ الالتزام بتحقيق نتيجة ١٦٧
٢ ـ الالتزام ببذل عناية ١٦٨
٣ ـ ارتباط الشرط بما رصد له ١٧٠

المبحث الثانى
الضرر ١٧١

المطلب الاول : مضمون الضرر ١٧١
١ ـ الرأى الذى يذهب الى عدم ضرورة
وجود الضرر ١٧٦
أ) الحجج التى استند اليها ١٧٦
ب) القوانين التى حظى بتطبيقها. ١٧٨

الصفحة

٢ ـ الرأى الذى يذهب الى ضرورة
وجود الضرر ١٨٤
أ) الحجج التى استند اليها ... ١٨٤
ب) القوانين التى حظى بتطبيقها ١٨٦
المطلب الثانى: اثبات الضرر ١٩٥
١ ـ على من يقع الضرر ؟ ١٩٥
٢ ـ الوضع فى القانون المقارن .. ١٩٨
المطلب الثالث: موقف الفقه الاسلامى ٢٠١
١ ـ النصوص الفقهية ٢٠١
٢ ـ الفقه الاسلامى يعرف فكرة
التعويض عن الضرر الأدبى ٢٠٤
أ) النصوص الفقهية ٢٠٤
ب) الرد على من لايرى أن الفقه
الاسلامى يعرف فكرة الضرر
الأدبى ٢٠٥
ج) نقل عبء الاثبات من الدائن للمدين ٢٠٨
المبحث الثالث
علاقة السببية ٢١١

المطلب الأول: مضمون علاقة السببية ٢١١
١ ـ القوة القاهرة أو الحادث
الفجائى ٢١٣
٢ ـ فعل الدائن ٢١٧
أ) الشروط الواجب توافرها فى
فعل الدائن ٢١٨
ب) الصور التى يبدو فيها فعل
الدائن ٢٢١

الصفحة

٣ ـ فعل الغير ٢٢٥
أ) الشروط الواجب توافرها فى فعل الغير ٢٢٥
ب) الصور التى يبدو فيها فعل الغير ٢٢٧
المطلب الثانى: موقف الفقه الاسلامى ٢٢٧
١ ـ احوال السبب الاجنبى ٢٢٨
أ) القوة القاهرة أو الحادث الفجائى ٢٢٨
ب) فعل الدائن ٢٣٠
ج) فعل الغير ٢٣١
٢ ـ تعدد الأسباب ٢٣٢
أ) اذا كان فعل محدثى الضرر ذا طبيعة واحدة ٢٣٣
ب) اذا اختلف عمل محدثى الضرر ٢٣٣

المبحث الرابع

الاعذار ٢٣٥

المطلب الاول : مضمون الاعذار ٢٣٥
المطلب الثانى : الاعفاء من الاعذار ٢٤٥
١ ـ الاعفاء من الاعذار باتفاق الطرفين ٢٤٥
٢ ـ الاعفاء من الاعذار بنص القانون ... ٢٤٨
المطلب الثالث: موقف الفقه الاسلامى ٢٥١
١ ـ اعذار الله جل وعلا للناس ٢٥١
٢ ـ اعذار الكفار ٢٥٣
٣ ـ اعذار البغاة ٢٥٤
٤ ـ اعذار المرتد ٢٥٦
٥ ـ الاعفاء من الاعذار ٢٥٩

الصفحة

الفصل الرابع
آثار الشرط الجزائى ٢٦١

المبحث الأول
الاختيار بين التنفيذ العينى والشرط الجزائى ٢٦١

المطلب الاول: من له الحق فى الاختيار؟ ٢٦٢
المطلب الثانى: مدى حرية الاختيار ٢٦٧
١ ـ النظرية السويسرية ٢٦٨
٢ ـ النظرية الانجلو أمريكية ٢٦٩
٣ ـ النظرية الفرنسية ٢٧١
المطلب الثالث: الأثر المترتب على الاختيار ٢٧٥
المطلب الرابع: موقف الفقه الاسلامى ٢٧٦
١ ـ القواعد الفقهية ٢٧٧
٢ ـ خيار العيب ٢٧٨
٣ ـ الكفالة ٢٧٩
٤ ـ رد المغصوب ٢٨٠
٥ ـ هدم العقار ٢٨١

المبحث الثانى
الجمع بين التنفيذ العينى والشرط الجزائى ٢٨٢

المطلب الأول: عدم جواز الجمع بين التنفيذ العينى للالتزام الاصلى والشرط الجزائى ... ٢٨٢
المطلب الثانى: الحالات التى يجوز فيها الجمع ... ٢٨٤
١ ـ فى حالة الاتفاق على الجمع ... ٢٨٤
أ) يجب أن تكون الحالة حالة عدم تنفيذ الالتزام الاصلى ٢٨٥

الصفحة

٢ ـ كيف يتم التعديل ؟ ٤٠١
أ) رفض التعديل ٤٠١
ب) قبول التعديل ٤٠٢
ثالثا: موقف الفقه الاسلامى ٤١٤
١ ـ التعديل ٤١٥
أ) تدخل القاضى فى عدد من الحالات ٤١٥
ب) القواعد الفقهية ٤٢٤
٢ ـ ضوابط التعديل ٤٣٢
أ) ضوابط تدخل القاضى ٤٣٢
ب) ضوابط اجراء التعديل ٤٣٥
المطلب الثانى: الحالة التى يكون فيها الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه ٤٤٤
أولا: مبررات التخفيض ٤٤٤
ثانيا: ضوابط التخفيض ٤٤٨
١ ـ متى يكون التدخل ؟ ٤٤٨
٢ ـ كيف يتم التخفيض ؟ ٤٥٧
أ) أساس التخفيض ٤٥٨
ب) كيفية التخفيض ٤٦١
ثالثا: موقف الفقه الاسلامى ٤٦٥
١ ـ فى النقصان ٤٦٥
٢ ـ فى الايجارة ٤٦٨
٣ ـ فى المهر ٤٦٩
٤ ـ فى وفاء الدين ٤٧٠
المطلب الثالث: ضمانات سلطة القاضى ٤٧٠
١ ـ سلطة القاضى من النظام العام .. ٤٧٠
٢ ـ تكامل سلطة القاضى ٤٧٥
٣ ـ موقف الفقه الاسلامى ٤٧٧
أ) فى الايجارة ٤٧٧
ب) فى الحجر ٤٧٩

الصفحة

الباب الثانى
موقف الفقه الاسلامى من الشرط الجزائى ٤٨١

الفصل الأول
نظرية الشروط المقترنة بالعقد فى الفقه الاسلامى ٤٨١

المبحث الأول
مذاهب أهل السنة ٤٨٢

المطلب الأول : المذهب الحنفى ٤٨٢
١ ـ الشروط الصحيحة ٤٨٢
٢ ـ الشروط الفاسدة ٤٨٩
٣ ـ الشروط الباطلة ٤٩٣
المطلب الثانى: المذهب المالكى ٤٩٧
١ ـ الشروط الصحيحة ٤٩٧
٢ ـ الشروط الباطلة ٥٠٢
المطلب الثالث: المذهب الشافعى ٥٠٩
١ ـ الشروط الصحيحة ٥٠٩
٢ ـ الشروط الباطلة ٥١٣
المطلب الرابع : المذهب الحنبلى ٥٢١
١ ـ الشروط الصحيحة ٥٢١
٢ ـ الشروط الباطلة ٥٢٦
٣ ـ دور ابن تيمية وابن القيم فى توسيع قواعد الشروط ٥٣٣
المطلب الخامس : المذهب الظاهرى ٥٣٥
١ ـ الشروط الصحيحة ٥٣٥
٢ ـ الشروط الباطلة ٥٣٨

الصفحة

المبحث الثانى

المذاهب الاخـــــــرى ٥٣٩

المطلب الأول : المذهب الزيدى ٥٣٩
١ ـ الشروط الصحيحة ٥٣٩
٢ ـ الشروط الباطلة ٥٤٢
المطلب الثانى : المذهب الشيعى الامامى ٥٥٤
١ ـ الشروط الصحيحة ٥٥٤
٢ ـ الشروط الباطلة ٥٦٢
المطلب الثالث : المذهب الاباضى ٥٦٨
١ ـ الشروط الصحيحة ٥٦٨
٢ ـ الشروط الباطلة ٥٧١

المبحث الثالث

مقارنة آراء المذاهب ٥٨١

الفصل الثانى

حكم الشرط الجزائى ٥٨٦

المبحث الأول

الأدلة النقلية ٥٨٧

المبحث الثانى

الأدلة العقلية ٦٠٥

الخاتمة ٦٢٨
المراجع ٦٣٣
الفهرس ٦٦٣

نسخت وطبعت بشركة الطوبجى للتصوير ونسخ الرسائل العلمية
٢٦ شارع جبرت الوطنى ت ٢٢٠٨٩