كلية الحقوق

تطبيقات الشرط الجزائي في المعاملات المالية في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من

الباحث/ محمد سالم محمد عبد الله الظنحاني

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

الأستاذ الدكتور/ محمود عوض سلامه أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية (سابقاً) – بكلية الحقوق – جامعة بنى سويف	رئيساً وعضواً
الأستاذ الدكتور/ محمد يوسف حفنى أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية – بكلية الحقوق – جامعة القاهرة	مشرفاً وعضواً
المستشار الدكتور/ محمد سمير زكى أبو طه نائب رئيس محكمة النقض	عضواً

٢٠١٧

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين – والصلاة والسلام على سيد الخلق أجمعين – سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبـــعـــــد،،،

يهدف التشريع الإسلامي في جميع مراحله وأطواره، وفي جميع مقاصده ووسائله، إلى الإصلاح العقدي الخُلقي والنفسي والفكري، والإصلاح الاجتماعي والاقتصادي والسياسي والقانوني، وليس من شك في أن غاياته إنما تلتقي عند إيجاد مجتمع سليم نظيف وشعب ناهض قوي.

ولقد استجدت مع ظهور المدنية الحديثة معاملات وتصرفات، وتولدت في هذا العصر أنواع من الحقوق لم تكن معهودة من قبل، واتسع نطاق المعاملات حتى ظهرت عقود جديدة كعقود التوريد، وعقود استصناع جديدة ، كالإيصاء على المصنوعات من المصانع الأجنبية، واتسعت دائرة التعامل حتى صار للزمن في مجال هذه العقود قيمة كبيرة، لم تكن توجد من قبل، وذلك لسرعة تقلبات السوق، وتأثر سياسات الدول ومواقفها الاقتصادية بأسعار السلع، وساعد على ذلك سرعة حركة التعامل نتيجة لشيوع وسائل الاتصال الحديثة والسريعة كالهاتف والفاكس والشبكة العنكبوتية (الإنترنت)، فالتاجر أصبح يعقد الصفقات بالملايين مع عملائه في مختلف البلدان في دقائق معدودة، وأصبحت المداينة هي الأسلوب الغالب في التعاملات.

وإن الأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون طواعية من طرفيه وبحسن نية، وبحسب ما يقتضيه العرف السائد، بيد أن المدين لايقوم أحيانا بتنفيذ التزامه تنفيذا اختياريا وبالتالي لايكون أمام الدائن، في مثل هذا الفرض سوى اجباره على هذا التنفيذ وهذا في حالة ما إذا كان التنفيذ ممكنا، أما إذا كان

التنفيذ غير ممكن، أو كانت هناك استحالة فيه، فإنه لا يكون أمام الدائن من سبيل سوى التعويض الذي يقع على أموال المدين وبعبارة أخرى فإن التنفيذ ينصب عموما على ذمة المدين.

والأصل في التعويض أن يكون قضائيا بمعنى أن القاضي هو الذي يقوم بتقديره بيد أن هناك صورتين أخريين للتعويض بجانب هذا الأصل :

١- أن يكون التعويض اتفاقيا وهو الذي يتولى الطرفان تحديده وتعيينه سلفا وهو ما يسمى ويصطلح عليه بالتعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي.

٢- أن يكون التعويض قانونيا بمعنى أن الذي يتولى تحديده القانون وذلك حال ما إذا كان محل الالتزام دفع مبلغٍ من النقود وهذا النوع يسمى التعويض القانوني – وهو ما يعرف بالفوائد القانونية .

فالشرط الجزائي إذا هو التزام بديل لتعويض الطرف المضرور عن الضرر الذي يلحقه بسبب عدم تنفيذ الطرف الآخر للالتزام، أو لتأخيره في تنفيذه، أو تنفيذه تنفيذا معيبًا.

وما يهمنا في هذا المجال هو التطبيقات العملية للتعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي والذي يتولى الطرفان تحديده وتعيينه سلفا قبل حدوث الضرر، ويتضمنه العقد كأحد شروطه والذي هو موضوع الرسالة.

ومما لا شك فيه أن للقوانين الوضعية أسبقية في وضع نظام متكامل للشرط الجزائي، من حيث بيان مفهومه، وتكييفه القانوني، وخصائصه، وشروط استحقاقه، وآثاره، وسلطة القاضي في تعديله، إلى غير ذلك من الأحكام، وسبب ذلك تقدم ظهور الشرط الجزائي كنظام متكامل في البلاد الغربية، ومنها انتقل إلى البلاد العربية، لذا كان من المناسب قبل بيان ما يخص الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي أن نبدأ بالحديث عنه في القانون

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
المقدمة.....	١
مشكله الدراسة.....	٣
أهمية الدراسة وأسباب اختيار الموضوع.....	٤
موضوع الدراسة.....	٥
الدراسات السابقة.....	٦
منهج الدراسة.....	٩
خطة الدراسة.....	١١
الباب الأول في ماهية الشرط الجزائي (وطبيعته – وشروط استحقاقه في الفقه الإسلامى والقانون الوضعى)	
الفصل الأول: في ماهية الشرط الجزائي وطبيعته في الفقه الإسلامي والقانون الوضعى.....	١٥
المبحث الأول: في ماهية الشرط الجزائي (تعريفه - تاريخه–مبرراته– تقسيماته–صوره).....	١٦
المطلب الأول: في تعريف الشرط الجزائي.....	١٦
المطلب الثاني: في نشأة الشرط الجزائي وتطوره.....	٤١
المطلب الثالث: في مبررات الشرط الجزائي ومميزاته.....	٥١
المطلب الرابع: في معايير تقسيم الشرط الجزائي في القانون الوضعي.....	٥٨
المطلب الخامس: في صور الشرط الجزائي	٦٣
المبحث الثاني: فى تفريد الشرط الجزائي، وتمييزه عن غيره بما يختلط به أو يشتبه معه.....	٦٩
المطلب الأول: الضمان الشرط الجزائي.....	٧٠

الموضوع	الصفحة
المطلب الثاني: العربون والشرط الجزائي.....	٧٥
المطلب الثالث: العقوبة بالتعزيز والشرط الجزائي.....	٨٠
الفصل الثاني: في حكم الشرط الجزائي وشروط استحقاقه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.....	٨٥
المبحث الأول: في حكم الشروط المقترنة بالعقد.....	٨٦
المطلب الأول: في اختلاف المذاهب في الشروط المقترنة بالعقد...	٨٧
المطلب الثاني: في الرأي الراجح في حكم الشروط المقترنة بالعقد.	١١٠
المبحث الثاني: في حكم الشرط الجزائي كشرط مقترن بالعقد....	١٢٦
المطلب الأول: في إباحة الشرط الجزائي.....	١٢٦
المطلب الثاني: في أحكام الشرط الجزائي.....	١٣٥
المبحث الثالث: **في شروط استحقاق الشرط الجزائي**.....	١٤٨
المطلب الأول: في مشروعية العقد والشرط الجزائى.....	١٤٨
المطلب الثاني: في الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما.....	١٥١
المطلب الثالث: في الإعذار أو اتنبيه.....	١٦١
المبحث الرابع: في سلطة القاضى في تعديل الشرط الجزائي فى الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.....	١٧٥
المطلب الأول: في سلطة القاضي فى تعديل الشرط الجزائي فى الفقه الإسلامي.....	١٧٦
المطلب الثاني: في سلطة القاضي فى تعديل الشرط الجزائي فى القانون الوضعي	١٩٦
الفرع الأول: تعديل الشرط الجزائي بالنقصان.....	٢٠١
الفرع الثاني: تعديل الشرط الجزائي بالزيادة.....	٢١٥

الموضوع **الصفحة**

الباب الثاني
في
تطبيقات الشرط الجزائي في المعاملات المالية
في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الفصل الأول: في تطبيقات الشرط الجزائي في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي..... ٢٢٩

المبحث الأول: في الشرط الجزائي في الديون والقروض..... ٢٢٩

المطلب الأول: في ماهية ربا الديون..... ٢٣١

المطلب الثاني: في حكم التعويض عن ضرر المطل..... ٢٣٨

المطلب الثالث: في حكم الشرط الجزائي في الديون..... ٢٥٧

المبحث الثاني: في تطبيقات الشرط الجزائي في عقود المعاوضات المالية..... ٢٦٦

المطلب الأول: فى تطبيقات الشرط الجزائي في عقد البيع..... ٢٦٦

المطلب الثاني: فى تطبيقات الشرط الجزائي في عقود الإجارة..... ٢٧٨

المطلب الثالث: فى الشرط الجزائي في عقود المقاولات..... ٢٩٩

المطلب الرابع: في الشرط الجزائي في عقود الإذعان والعقود الإدارية..... ٣١٧

المبحث الثالث: في تطبيقات الشرط الجزائي في بعض العمليات البنكية..... ٣٣٠

المطلب الأول: في بيع المرابحة للآمر بالشراء..... ٣٣٠

المطلب الثاني: في القرض المصرفى "البنكي"..... ٣٣٥

المطلب الثالث: في البطاقات الائتمانية..... ٣٣٩

المطلب الرابع: في الاعتمادالمستندي..... ٣٤٤

المطلب الخامس: في عقد المناقصة..... ٣٥١

الموضوع	الصفحة
الفصل الثاني: في تطبيقات الشرط الجزائي في عقود الاستيثاق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعى	٣٥٧
المبحث الأول: في ماهية الرهن والكفالة ومشروعيتهما	٣٥٨
المطلب الأول: في ماهية الرهن ومشروعيته	٣٥٨
المطلب الثاني: في ماهية الكفالة ومشروعيتها	٣٦٣
المبحث الثاني: في علاقة الشرط الجزائي بعقد الرهن	٣٦٨
المطلب الأول: في اشتراط بيع المرهون عند عدم الوفاء	٣٦٩
المطلب الثاني: في اشتراط تملك المرهون عند عدم الوفاء	٣٧٧
المبحث الثالث: في علاقة الشرط الجزائي بعقد الكفالة	٣٩٠
المطلب الأول: في اشتراط مطالبة الضامن دون الرجوع إلى المضمون عنه	٣٩١
المطلب الثاني: في اشتراط الضمان على الكفيل عند عدم إحضاره للمكفول	٣٩٨
الفصل الثالث: في تطبيقات الشرط الجزائي في عقود التبرعات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعى	٤٠٣
المبحث الأول: في الهبة	٤٠٣
المبحث الثاني: فى الوقف	٤١٣
المبحث الثالث: فى الوصية	٤٢٨
الخاتمة	٤٣٩
النتائج	٤٣٩
التوصيات	٤٤٠
فهرس المراجع والمصادر	٤٤٣
فهرس الموضوعات	٤٨١