بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة الأزهر

كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

الدراسات العليا - قسم الفقه العام

التعويض الإتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي

بحث مقدم لنيل درجة التخصص : الماجستير

مقدم من الباحث

حسنى محمد أحمد جاد الرب

إشراف

الأستاذين الجليلين

أ.د. عبد الله مبروك النجار

أستاذ القانون المدني بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

وعضو مجمع البحوث الإسلامية

والمحامى بالنقض

مشرفاً قانونياً

أ.د. أحمد حامد سلامة سيع

أستاذ مساعد و رئيس قسم الفقه

العام بكلية الشريعة و القانون بالقاهرة

مشرفاً شرعياً

T01-00759

١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م

قال الله تعالى

"يَا أَيُّهَا الذِّينَ ءَامَنُوا أَوفُوا بِالعُقُودِ"

(سورة المائدة : جزء من الآية ١)

قال أيوب عن ابن سيرين : أن رجلاً باع طعاماً. و قال : إن لـــم آتـــكَ الأربعاء فليس بيني و بينك بيع . فلم يجيء . فقال شُرَيح للمشترى أنـــت أخلفت فقضى عليه .

(أخرجه البخاري بسنده جـــ٣ ص ١٩٨)

شكر وتقدير

فإني أتوجه أولاً بالحمد لله والشكر له الذي منّ عليّ بنعمة الإسلام وكفي بها من نهمة ثم أردف تلك النعمة بنعم لا تعد ولا تحصى ووفقني أولاً لاختيار موضوع البحث ووفقني أخيراً لإتمامه والذي أرجو أن يكون عنده مرضياً ثم أتوجه بالشكر والتقدير لإستاذيّ الجليلين الكريمين العالمين :

فضيلة الأستاذ الدكتور / عبد الله مبروك النجار - أستاذ القانون المدني بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة - وعضو مجمع البحوث الإسلامية .

وفضيلة الأستاذ الدكتور / أحمد حامد سلامة سبع - أستاذ مساعد ورئيس قسم الفقه العام بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة .

فإني إذ أتوجه بالتقدير لهما والثناء عليهما والدعاء لهما وذلك من باب قول الرسول - صلى الله عليه وسلم ، ومن لم يشكر الناس لم يشكر الله [1] فلقد كان لهما الأثر الطيب في أن يكون هذا البحث على ما هو عليه بفضل ما خصهما الله به من بعد للنظر ، وحصافة في الرأي ن وغزارة في العلم ، وفقه في الدين فلقد أفدت من توجيهاتهما السديدة ، ونصائحهما الرشيدة وملحوظاتهما الدقيقة رغم كثرة أعمالهما وتتشعب مسئولياتهما .

فما بخل علىّ أحدهما بجهد أو وقت - وانني إذ أتقدم لاستاذيّ الجليلين بالثناء والتقدير والعرفان لهما لأعلم أنه جهد المقل

لأني وإن أعطيت في القول بسطة ً

وطاوعني هذا الكلام المسطرُ

لأعلمُ أني في الثناء مقصرُ

وأنكما عندي أجل وأكبر

والله أسأل أن يبارك لهما في صحتهما ، وأن يرزقهما العمر المديد حتى يعطيا المزيد وأن ينفع بهما طلاب العلم والدين - إنه خير مأمول فأكرم مسئول .

الباحث

حسنى محمد أحمد جاد الرب

---

(1) أخرجه الترمذي في سننه بي سعيد الخدري - كتاب البر والصلة - باب الشكر لمن أحسن إليك جـ٣ - ص٢٢٨ - رقم (٢٠٢١).

إهـــــداء

إلى الذى أنعمه منهمرة ، وذي قدرة مقتدرة

إلى الذى أحاط بكل شئ علماً

خلق الإنسان ، وعلمه البيان - حببه في تعلم العلم ، وحثه على المزيد إنه

اللَّه

ثم إلى والديَ اللذين ربياني صغيراً ، وساعداني كبيراً

ثم إلى أساتذتي الأجلاء وأخص منهم من لهما عظيم الأثر فى هذا البحث

أستاذي الفاضل العالم الجليل الأستاذ الدكتور / عبد الله مبروك النجار

وأستاذي الفاضل العالم الجليل الأستاذ الدكتور / أحمد حامد سلامة سبع

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمـــــــة:

الحمد لله رب العالمين - والصلاة والسلام على سيد الخلق أجمعين - سيدنا محمد، وعلـــى آله وصحبه وسلم،. والقايضي

وبعـــد،،،

لقد استجد مع ظهور المدنية الحديثة معاملات وتصرفات، وتولدت فى هذا العصر أنـــواع من الحقوق لم تكن معهودة من قبل، واتسع نطاق المعاملات حتى ظهرت عقـــود جديـــدة كعقـــود التوريد، وعقود استصناع جديدة، كالإيصاء على المصنوعات من المصـــانع الأجنبيـــة، واتســـعت دائرة التعامل حتى صار للزمن فى مجال هذه العقود قيمة كبيرة، فأصبح تنفيذ الالتزام فـــى وقتـــه المحدد، ذا ضرورة كبيرة بالنسبة للمتعاقدين، ولذلك كثيرا ما يلجأ المتعاقدون وقت إبـــرام العقـــود إلى اشتراط الضمان فى حالة عدم تنفيذ الالتزام من شخص المدين فى الوقت المحدد له، أو عـــدم تنفيذه نهائياً، كتعويض للضرر الذى يلحق الدائن، ويكون ذلك مقـــابلاً للتنفيـــذ العينـــى للالـــتزام الأصلى.

والشريعة الإسلامية، والقانون الوضعى، تجاه تضمين الضرر الذى يصيب الدائن، قد سلكا مسلكاً موضوعياً حيث جعلا المدين مسئولاً عن فعله الضار لأن أمـــوال النـــاس معصومـــة، وأن الخطأ لا ينافى عصمة المحل.

وإسهاماً فى مهمة العلم الخالدة التى ترمى إلى كفالة حياة مستقرة فاضلة للفرد والمجتمـــع، وتحقق نقلة الأجيال نحو السمو والكمال، فقد عمدت إلى موضوع أحدث تبايناً تشـــريعياً، ورتـــب ترددا قضائيا، وآثار جدلا فقهيا محتدما فى الدول المختلفة، وخلف من ورائه فى الساحة الشـــرعية سؤالاً عريضاً، أحلال هو أم حرام ؟ ألا وهو، اشتراط الضمان، والذى يسمى فى مفهوم القـــانون الوضعى، بالتعويض الإتفاقى، عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه.

وهذه الرسالة لبيان موقف الشريعة الإسلامية من اشتراط الضمان، إذ أنها حثت المؤمنيـــن على إنجاز العهود قال تعالى "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" سورة المائدة الآية (١) - وحـــذرت من نقضها وجعلته علامة من علامات النفاق، قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم.. آية المنـــافق

ثلاث - وعد منها إخلاف الوعد، أخرجه مسلم [١] وكذلك أرشدت الشريعة الإسلامية إلى التبكير فى تنفيذ العقود بقول الرسول (ﷺ) : " اللّهم بارك لأمتى فى بكورها " [٢] وجعلت تأخير الأعمال عن أوقاتها المحددة لها ليس من صفات العقلاء، إنما من صفات السفهاء .

والشريعة الإسلامية رائدة فى تقريرها لجبر الضرر الواقع على الدائن وهذا نابع من معرفتها بمكانة المال الهامة لدى الإنسان.

وهذه الرسالة وإن كان أساسها الفقه الإسلامى إلا أن نظرية التعويض الإتفاقى قد نشأت وترعرعت فى كنف القانون الوضعى الأمر الذى اقتضى التوسع فى العرض القانونى لكى تتضح صورته بجلاء وتبرز كنهته بوضوح ، وصولاً إلى إرساء الأساس الصالح للقول بصحته، أو بطلانه فى الشريعة الإسلامية.

---

(١) أخرجه مسلم - جـ١ - ص٤٤ - باب بيان خصال المنافق - ط الحلبي .

(٢) أخرجه الإمام الترمذي في سننه - كتاب البيوع - باب ما جاء في التبكير بالتجارة - جـ٣ - ص٥٠٨ - حديث رقم ١٢١٢ عن صخر الغامدي - و قال أبو عيسى : هذا حديث حسن - ط مصطفى الحلبي - تحقيق فؤاد عبد الباقي .

سبب اختيار موضوع البحث

يرجع سبب اختيارى موضوع البحث إلى سببين:

السبب الأول: ويتمثل فى أهمية الموضوع إذ أن دائرة التعامل بالتعويض الإتفاقى قد اتسعت فى نطاق العقود بين الأفراد، فما من تصرف قانونى، أو فعل مادى إلا ويحمل اتفاق مسبق على قيمة التعويض فى حالة عدم تنفيذ الالتزام، أو التأخر فيه.

السبب الثانى: بيان مكانة وسمو الشريعة الإسلامية التى استطاعت بنصوصها أن تكون وافية بجميع الحاجات مهما تباينت بيئات الناس، وأزمانهم، واختلفت نزعاتهم، وميولاتهم، فلا توجد مسألة إلا وكان لفقهاء الإسلام فيها رأى.

منهجي في البحث

أما عن منهجي في البحث فيتلخص فى الآتي:

١- جمعت المسائل المتفرقة فى كتب الفقه الإسلامى ذات الصلة بموضوع البحث، وعرضت لكل مسألة فى كتب مذاهب أهل السنة، وكذلك فى كتب المذاهب الأخرى ما استطعت إلى ذلك سبيلا.

٢- فى عرض المسألة من الناحية الشرعية قمت بعرض الآراء، وأدلتها، ثم ناقشت الآراء المرجوحة ، ثم رجحت ما قوى عندي دليله، ولم أتعصب فى ترجيحي لمذهب من المذاهب، ولا لرأى معين. إذ كلهم من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ملتمس، وإنما قصدي إظهار ما رأيت أنه الحق بالدليل دون انتقاص من الآراء الأخرى.

٣- أفردت لأحكام الفقه الإسلامى، وللنصوص القانونية الخاصة بالموضوع مباحث مستقلة.

٤- أعقبت ذلك بعقد مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامى، وأحكام القانون الوضعى، فما وافق الفقه قبلته، وحسنته، وما لم يوافقه رددته.

٥- استشهدت فى ذكر آراء الفقه الإسلامى بأقوال الفقهاء، وذكرتها بين قوسين و دعمتها بالآيات القرآنية و كتبتها بين قوسين و خرجتها في أسفل الصفحة مشيراً إلي ذلك بقولي : سورة كذا ، آية كذا ، و كذلك بالأحاديث النبوية و الآثار و قمت بتخريجها تخريجاً وافياً قدر الطاقة .

٦- استأنست أثناء ذكر الآراء القانونية بأحكام محكمة النقض ما أمكن.

٧- عمدت إلي كل رأي فعزوته إلي صاحبه و ما تعذر فيه الوصول إلي المصدر اكتفيت فيه بالإحالة .

(٣) فهرس الموضوعات

الموضـــــوع	الصفحة
الإهـــــداء:	
المقدمـــــة:	١
الفصل التمهيدى: المنظور التاريخى للتعويض الإتفاقى، وموقف الإسلام منه.	٩
المبحث الأول: التطور التاريخى للتعويض الإتفاقى.	١٠
المطلب الأول: التعريف بالتعويض الإتفاقى.	
المطلب الثانى: التطور التاريخى للتعويض الإتفاقى.	٣٣
المبحث الثانى: موقف الفقه الإسلامى من التعويض الإتفاقى.	٤٠
المطلب الأول: أدلة القائلين بصحة التعويض الإتفاقى مطلقاً.	٤١
المطلب الثانى: أدلة القائلين بعدم جواز التعويض الإتفاقى فى حالة التأخير فى تنفيذ الالتزام.	٥٧
الباب الأول: طبيعة الضمان، ومحله فى العقود.	٥٩
الفصل الأول: طبيعة التعويض الاتفاقى، وتفريده وتمييزه عن غيره.	٦٠
المبحث الأول: طبيعة اشتراط الضمان من جهة حق اشتراطه، وعدمه.	٦١
المطلب الأول: موقف القانون، والفقه الإسلامى من جهة حق اشتراط الضمان.	
الفرع الأول: موقف القانون من جهة حق اشتراط الضمان.	
الفرع الثانى: موقف الفقه الإسلامى من جهة حق اشتراط الضمان.	٦٤
المطلب الثانى: ما يندرج تحته التعويض الإتفاقى من أنواع الشروط فى مذاهب الفقه الإسلامى.	٨١
الفرع الأول: ما يندرج تحته التعويض الإتفاقى من أنواع الشروط فى المذهب الظاهرى.	٨٣

الموضـــــوع	الصفحة
الفرع الثانى: ما يندرج تحته التعويض الإتفاقى من أنواع الشـــروط فـــى المذهـــب الحنفى.	٨٥
الفرع الثالث: ما يندرج تحته التعويض الإتفاقى من أنواع الشروط عند الجمهور.	٨٦
الفرع الرابع: ما يندرج تحته التعويض الإتفاقى من أنواع الشـــروط فـــى المذهـــب الحنبلى.	٨٧
المبحث الثانى: تفريد التعويض الاتفاقى، وتمييزه عن غيره مما يختلط بـــه، أو يشتبه معه.	٨٩
المطلب الأول: طبيعة العربون، وصلته بالتعويض الإتفاقى.	٩٠
المطلب الثانى: طبيعة الغرامة التهديدية، وصلتها بالتعويض الإتفاقى.	٩٩
المطلب الثالث: طبيعة الدية، وصلتها بالتعويض الإتفاقى.	١١٢
المطلب الرابع: طبيعة الأرش، وصلته بالتعويض الإتفاقى.	١٢٠
الفصل الثانى: محل التعويض الإتفاقى فى العقود.	١٢٥
المبحث الأول: التعويض الإتفاقى فى عقود المعاوضات، والتبرعات.	١٢٦
المطلب الأول: التعويض الإتفاقى فى عقود المعاوضات.	
المطلب الثانى: التعويض الإتفاقى فى عقود التبرعات.	١٢٧
المبحث الثانى: التعويض الإتفاقى فى عقد القرض.	١٢٨
المطلب الأول: القرض بفائدة فى الفقه الإسلامى، والقانون الوضعى.	
المطلب الثانى: التعويض عن التأخير فى الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود.	١٤١
المطلب الثالث: أثر الفقه الإسلامى فى التشريعات المدنيـــة الحديثـــة فـــى مســـألتى القرض بفائدة والتعويض الإتفاقى عن التأخير فى الوفـــاء بـــالتزام محله مبلغ من النقود.	١٤٩

الموضـــــوع	الصفحة
الباب الثانى: شروط استحقاق التعويض الاتفاقى، وسلطة القاضى حياله.	١٥٤
الفصل الأول: شروط استحقاق التعويض الإتفاقى، وأثر تحققها على المتعاقدين.	١٥٥
المبحث الأول: شروط استحقاق التعويض الإتفاقى.	١٥٦
المطلب الأول: الأسس التى تقوم عليها المسئولية.	١٥٨
الفرع الأول: الخطـــــأ	
الفرع الثانى: الضـــــرر	١٦٩
الفرع الثالث: علاقة السببية.	١٧٨
المطلب الثانى: الإعـــــذار.	١٨
المطلب الثالث: انتفاء موانع المسئولية.	١٨٨
المبحث الثانى: أثر تحقق شروط استحقاق التعويض الإتفاقى على المتعاقدين.	١٩٤
المطلب الأول: الاختيار بين التنفيذ العينى، ودفع قيمة التعويض الإتفاقى.	
المطلب الثانى: الجمع بين التنفيذ العينى، وقيمة التعويض الإتفاقى.	١٩٩
الفصل الثانى: سلطة القاضى حيال التعويض الإتفاقى.	٢٠٥
المبحث الأول: الأساس القانونى، والشرعى لسلطة القاضى فى تعديل قيمـــة التعويض الإتفاقى.	٢٠٦
المطلب الأول: مبدأ العدالة.	٢٠٧
المطلب الثانى: نظرية الظروف الطارئة.	٢١٤
المبحث الثانى: مضمون السلطة القضائية حيال التعويض الإتفاقى.	٢٢٠
المطلب الأول: الحالة التى يكون فيها التعويض الإتفاقى مرتفعاً أو منخفضاً.	٢٢٣
المطلب الثانى: حالة ما إذا نفذ الالتزام الأصلى فى جزء منه.	٢٤٣

الموضـــــوع	الصفحة
المبحث الثالث: ضمانات سلطة القاضى.	٢٥٢
المطلب الأول: سلطة القاضى من النظام العام.	
المطلب الثانى: تكامل سلطة القاضى.	٢٥٣
المطلب الثالث: موقف الفقه الإسلامى من سلطة القاضى.	٢٥٤
خاتمة البحث وتشتمل على:	
(١) نتائج البحث.	٢٥٦
(٢) الفهارس وتشتمل على:	٢٦٠
أ- فهرس مراجع البحث.	٢٦١
ب- فهرس الموضوعات.	٢٧٩