الشرط الجزائي وأثره على المتعاقدين

"دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي والشريعة الاسلامية"

رسالة ماجستير

في الشريعة والقانون

إعداد الطالب : امجد ارحومة محمد الخويلدي

رقم التسجيل : 14751023

جمهورية إندونيسيا – وزارة الشؤون الدينية

قسم الشريعة والقانون

كلية الدراسات العليا

جامعة مولانا مالك ابراهيم الاسلامية الحكومية

2016 اغسطس

الاستهلال

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ الأَنْعَامِ إِلاَّ مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ﴾

{ سورة المائدة الآية :1}

الاهداء

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار إلى من علمني العطاء بدون انتظار

إلى من أحمل أسمه بكل افتخار والـــــدي حفظـــــــه اللـــــه

إلـــى معنـى الحب والتفانـي إلـى مـن كان دعائها سـر نجاحي

وحنـانها بلسـم جـرا حـــي والدتـــــي حفظهـــــا اللـــــه

إلى روح اخي العزيز الطاهـرة اصيـــــــل رحمـــــه اللـــــــه

إلى القلوب الطاهرة الرقيقـــة والنفـــــــــــوس الـــــبريئـــــة

إلـــى رياحـين حيـاتـــــي اخـــــــوتـــي واخـــــواتـي

إلـــى من آثروني على نفسهم إلـــى مـــن علمونـــي علـم الحيـــاة

إلى من أظهروا لي ما هو أجمل مـــن الحيـــــاة أهلـي وأصدقائـي

شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم / الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وأصحابه أجمعين ، وبعد:

إلاهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ، ولا يطيب النهار إلا بذكرك ، ولا يطيب العمل إلا بالإخلاص لك ... بعد أن من الله تعالي فإنني لا أنسي أن أقدم الشكر لكل من ساعدني في إتمام هذه الرسالة حتى خرجت في قالبها الحالي.

انطلاقا من قوله تعالي: " وَمَنْ يَشْكُرُ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ "[1] ، ومن قول لرسول صلى الله عليه وسلم " لَا يَشْكُرَ اللَّهُ مَنْ لَا يَشْكُرَ النَّاسُ "[2]، وايماناً بفضل الاعتراف بالجميل وتقديم الشكر والامتنان لأصحاب المعروف فاني أتقدم بالشكر الجزيل والثناء العظيم لكل من ساعد في إنجاح هذه الرسالة وأخص بالذكر:

1. البرفسور الدكتور الحاج موجبا راهرجو ، مدير جامعة مولانا الملك إبراهيم الإسلامية الحكومية بمالانج.
2. عميد كلية الدراسات العليا الأستاذ الدكتور بحر الدين ، والدكتور توتك حميدة رئيس قسم الشريعة والقانون، جامعة مولانا الملك إبراهيم الإسلامية الحكومية.
3. الدكتور، أحمد جلال الدين ، بصفته المشرف الأول ، والدكتور عون الرفيق بصفته المشرف الثاني اللذان وجها الباحث وأرشداه – حتى وصل البحث إلى ما هو عليه الأن.
4. كما أشكر جميع الأساتذة في الدراسات العليا المحترمين ، والأصدقاء اللذين لايسع المقام لذكرهم جمعياً ، هذا وأعود إلى حيث بدأت أشكر الله أولاً وأخيراً على منه وفضله ، وأسأل الله القبول ، وأن يكون هذا العمل المتواضع نافعاً ومفيد للعباد والبلاد ، اللهم آمين .

---

[1] . سورة لقمان ، الآية 12 .

[2] . محمد بن إسماعيل البخاري ، الأدب المفرد ، باب من لا يشكر الناس ، مذيل بأحكام الألباني ، وقال عنه الألباني : صحيح في ذيل الكتاب ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار البشائر الإسلامية – بيروت ، الطبعة الثالثة ، 1409 هـ

موافقة المشرفين

بعد الاطلاع على رسالة الماجستير التي اعدها الطالب :

الاسم : أمجد إرحومة محمد لخويلدي .

رقم التسجيل : 14751023

العنوان : **الشرط الجزائي وأثره على المتعاقدين "دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي والشريعة الاسلامية ".**

وافق المشرفان على تقديمه مجلس المناقشة .

المشرف الأول ،الدكتور أحمد جلال الدين

_____

رقم التوظيف : 197307192005011003

المشرف الثاني، الدكتور عون الرفيق

_____

رقم التوظيف : 196709282000031001

اعتماد رئيس قسم الشريعة والقانون

الدكتورة توتك حميدة

.....

رقم التوظيف: 1959230419862003

الموافقة والاعتماد من لجنة المناقشة

عنوان الرسالة : **الشرط الجزائي وأثره على المتعاقدين " دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي والشريعة الاسلامية ".**

التي اعدها الطالب : أمجد إرحومة محمد لخويلدي . رقم التسجيل : 14751023 .

قد دافع الطالب المذكور اعلاه عن هذه الرسالة أمام مجلس المناقشة ويقر قبولها للحصول على درجة الماجستير في الشريعة و القانون ، يوم ..... الموافق ..../ ..../ 2016 م .

ويتكون مجلس المناقشة من السادات

الدكتور هادي مسروري رئيساً و مناقشاً

رقم التوظيف : 196716082003121002 .....

الدكتور عون الحكيم مناقشاً أساسياً

رقم التوظيف : 1965919000031001 .....

الدكتور أحمد جلال الدين مشرفا أول ومناقشا

رقم التوظيف : 197307192005011003 .....

الدكتور عون الرفيق مشرفا ثان ومناقشا

رقم التوظيف : 197307192005011003 .....

اعتماد مدير الدراسات العليا

الأستاذ الدكتور بحر الدين

.....

إقرار الطالب

أنا الموقع إذناه، وبياناتي كالاتي: –

اسم الطالب: أمجد ارحومة الخويلدي .

رقم التسجيل: 14751023.

أقر بأن الرسالة التي حضرتها لتوفير شروط درجة الماجستير في الشريعة والقانون كلية الدارسات العليا بجامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية، تحت عنوان:

"الشرط الجزائي وأثره على المتعاقدين دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي والشريعة الإسلامية "

قد حضرتها وكتبتها بنفسي وما زورتها من أبداع غيري أو تأليف الأخر وإذا أدعي أحد مستقبلاً أنها من تأليفه ، وتبين أنها فعلاً ليست من بحثي، فأنا أتحمل كامل المسؤولية القانونية المترتبة على ذلك ، ولن تكون المسؤولية على المشرف أو على كلية الدراسات العليا بجامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية.

وقد حررت هذا القرار بناءً على رغبتي الخاصة ولم يجبرني أحد على ذلك.

توقيع صاحب الإقرار

.....

الباحث: أمجد ارحومة الخويلدي

مستخلص الدراسة

أمجد أرحومة محمد الخويلدي ،2016، الشرط الجزائي وأثره على المتعاقدين "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون" قدم البحث لجامعة مولانا مالك إبراهيم لنيل درجة الماجستير في قسم الشريعة والقانون . تحث إشراف :1)د.أحمد جلال الدين ،2) د.عون الرفيق .

هدفت هذه الدراسة إلى بيان الطبيعة القانونية والشرعية للشرط الجزائي ، وبيان إمكانية القاضي في التدخل لتعديل الشرط الجزائي وفق احكام القانون المدني الليبي واحكام الشريعة الاسلامية ، ومعرفة أثار الشرط الجزائي علي المتعاقدين وفق احكام القانون المدني الليبي واحكام الشريعة الاسلامية .

حيث استخدم الباحث المنهج المكتبي المقارن ، والمنهج المكتبي : يهدف من خلاله الباحث إلى جمع المصادر من كتب ، ورسائل علمية ، والسجلات ، والوثائق ، وذلك للحصول علي معلومات صحيحة ليستخلص منها ادلة وبراهين صحيحة يجب بها علي اسئلة البحث ، وهذا المنهج مدخله المنهج الوصفي التحليلي المنهج الوصفي التحليلي : ويعتمد البحث الوصفي على الحصول على معلومات تتعلق بالحالة الراهنة للظاهرة موضوع الدراسة لتحديد طبيعة تلك الظاهرة والتعرف على العلاقات المتداخلة في حدوث تلك الظاهرة ووصفها وتصويرها وتحليل المتغيرات المؤثرة في نشوئها ونموها .

وكانت أهم نتائج هذا البحث إن الشرط الجزائي قانونياً عبارة عن تقدير للتعويض بصورة اتفاقية بين طرفي العقد ،وفي الشريعة هو شرط تقييدي مقترن بالعقد فهو من انواع الشروط الجعلية التي يضعها الناس في عقودهم إن زاد الضرر عن قيمة التعويض المتفق عليه وأثبت أن المدين إرتكب غشاً أو خطأ جسيم فإنه في هذه الحالة يجوز للقاضي أن يزيد في مقدار التعويض حتى يصبح معادلاً للضرر الذي وقع ، وفي الشريعة يجيز الفقهاء تدخل للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك أو كان مبالغاً فيه ويجد الشرط الجزائي له مكانة في كل من عقود المعاوضات المالية ، والعقود الإدارية ، وعقود التبرعات المالية وعقد الإذعان ، والعمل الغير مشروع ، وفي الشريعة يجوز اشتراط الشرط الجزائي الشرط الجزائي في جميع العقود ماعدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً . يجوز اشتراط الشرط الجزائي الشرط الجزائي في جميع العقود ماعدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً .

ABSTRAK

Amjad Arhumah Mohamed Khuwailid, 2016. ***Syarat Jazai dan Dampaknya terhadap Dua Belah Pihak yang Bertransaksi (Studi Komparatif antara Hukum Islam dan Hukum Negara),*** Tesis. Jurusan Syariah dan Hukum, Sekolah Pascasarjana Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang. Pembimbing I: Dr. Ahmad Jalaluddin. Pembimbing II : Dr. Aunur Rofik.

Kata Kunci : *Syarat Jazai*, Bertransaksi, Hukum Islam, Hukum Negara.

Syarat jazai (penalti) merupakan permasalahan modern dalam transaksi keuangan yang telah berpindah ke beberapa negara Islam. Secara umum hal tersebut sebagai pelengkap pada sebuah kontrak transaksi, dimana setiap kontrak pada transaksi penggatian keuangan tidak lepas darinya. *Syarat jazai* (penalti) adalah kesepakatan antar dua belah pihak dalam menentukan besar ganti rugi (kompensasi) yang harus dibayar oleh pihak yang berhutang kepada pihak yang memberi hutang ketika pihak pertama tidak melakukan kewajiban atau terlambat dalam menyelesaikan tanggungan. Sebagai ganti dari akibat yang ia perbuat berupa pelanggaran atas hak pemberi hutang. Penelitian ini bertujuan untuk menjelaskan sifat hukum Islam dan hukum Negara terkait *syarat jazai* (penalti), dan menjelaskan peluang seorang hakim untuk bisa memodifikasi *syarat jazai* (penalti) sesuai hukum perdata Libya dan hukum syariat Islam, dan untuk mengetahui beberapa dampak *syarat jazai* (penalti) terhadap dua belah pihak sesuai hukum perdata Libya dan hukum syariat Islam

Peneliti menggunakan metode penelitian literatur komparatif, adapun metode literatur bertujuan untuk mengumpulkan beberapa sumber data; kitab, jurnal ilmiah, catatan dan dokumen. Hal itu untuk memperoleh data yang benar sehingga dapat menyimpulkannya dalam bentuk dalil dan bukti yang benar yang dapat menjawab rumusan masalah dari penelitian ini. Metode ini menggunakan pendekatan deskriptif analisis, dimana penelitian deskriptif fokus kepada beberapa fenomena dari penelitian ini untuk mengetahui sifat dari sebuah fenomena dan mengidentifikasi hubungan timbal balik dalam terjadinya fenomena ini, dideskripsikan, dijelaskan kemudian di analisis variabel yang mempengaruhi pertumbuhan dan perkembangannya,

Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa *syarat jazai* (penalti) adalah perkiraan kompensasi dalam kesepakatan antara dua belah pihak dalam kontrak, dalam hukum Islam adalah sebuah syarat mengikat yang berhubungan dengan kontrak, dan termasuk dalam kategori *syarat ja'liyah* yang dimasukkan oleh manusia dalam kontrak mereka; jika kerugian lebih besar dari nilai kompensasi yang disepakati, dan membuktikan bahwa penghutang melakukan penipuan atau kesalahan serius, dalam hal ini hakim dapat menambah besar kompensasi, sehingga menjadi setara dengan kerugian yang terjadi, dan juga memungkinkan para ahli hukum (*fuqaha*) mengajukan ke meja pengadilan bila ada laporan dari salah satu pihak untuk menyesuaikan besar kompensasi jika ditemukan bukti atau terlalu besar nilainya. *Syarat jazai* (penalti) digunakan dalam setiap kontrak penggatian keuangan, kontrak administrasi, kontrak dana social, kontrak adhesi dan kontrak non-proyek kerja, Dalam hukum Islam diperbolehkan menggunakan *syarat jazai* (penalti) untuk semua jenis kontrak, kecuali kontrak yang memiliki komitmen di awal sebagai hutang.

ABSTRACT

Amjad Arhumah Mohamed Khuwailid, 2016. ***The Penalty Requirements and Their Impacts on Transacting Parties (A Comparative Study on Islamic and State Law),*** Thesis. Sharia and Law Department, Postgraduate Program of Maulana Malik Ibrahim State Islamic University, Malang. Advisor I: Dr. Ahmad Jalaluddin. Advisor II: Dr. Aunur Rofik.

Keywords: Penalty, Conducting Transaction, Islamic Law, State Law

Penalty (*Syarat Jazai*) is a modern problem in financial transaction occurring in some Islamic countries. Usually, it becomes a complement of transaction contract needed by all financial transaction. Penalty requirement is an agreement between two parties in deciding the amount of compensation paid by debtors when they fail or late in paying their obligation. It acts as replacement for their fault. The study aims to describe the characteristics of Islamic and state law related with penalty and explain a judge's opportunity to modify it based on Libyan civil law and Islamic sharia law. Furthermore, it also aims to find out some penalty impacts on transacting parties based on both laws.

The researcher employs a comparative literature research method to compile data sources such as *kitab*, scientific journals, notes, and documents. The objective is to get a valid data to draw a correct reason and evidence to answer the problem of the study. The study employs an analysis descriptive method which focuses on some phenomena to find out their characteristics and identify the relationship among them. Then the researcher analyzes the variables affecting their growth and development.

The result shows that the penalty is the compensation estimation in an agreement between two parties under Islamic law. It is a binding condition related with a contract and is included as *syarat ja'liyah.* If the parties suffers from bigger loss than agreed compensation and the debtor is proven conducting fraud or fatal mistake, the judge may decides to raise the compensation to pay the loss. The law experts (*fuqaha*) may take to the court when one party asks compensation adjustment. The penalty can be used in contracts such as financial replacement, administration, social fund, adhesion, nonproject works. Islamic law allows penalty for all contracts, except for those which has earlier agreement as debt.

الفهرس

الواجهة ..... أ

الاستهلال ..... ب

الاهداء ..... ج

شكر وتقدير ..... د

موافقة المشرفين ..... هـ

الموافقة والاعتماد من لجنة المناقشة ..... و

إقرار الطالب ..... ز

مستخلص الدراسة باللغة العربية ..... ح

مستخلص الدراسة باللغة الاندونيسية ..... ط

مستخلص الدراسة باللغة الانجليزية ..... ي

فهرس الجداول ..... ف

الفصل الأول الإطار العام والدراسات السابقة 1

أ.خلفية البحث 1

ب.اسئلة البحث 6

ج.أهداف البحث 7

د.أهمية البحث 7

هـ.حدود البحث 8

و.مصطلحات البحث 9

ز.الدراسات السابقة 13

الفصل الثاني الاطار النظري 29

المبحث الأول : مبدأ التعويض عن الضرر 29

المطلب الأول : المفهوم القانوني للتعويض 29
أولاً : تعريف التعويض لغة واصطلاحاً..... 30
ثانياً: عناصر التعويض 31
المطلب الثاني : مفهوم القانوني للضرر 36
أولاً : مفهوم الضرر لغة واصطلاحاً 36
ثانياً : أقسام الضرر 36
ثالثاً : شروط الضرر الموجب للتعويض 39
المطلب الثالث : المفهوم الفقهي للتعويض عن الضرر..... 41
أولاً: تعريف المفهوم الفقهي للضرر 41
ثانياً : المعني الفقهي للتعويض 42
المبحث الثاني : التطور التاريخي للشرط الجزائي 51
المطلب الأول: الشرط الجزائي في العصور القديمة..... 51
أولاً: الإنسان البدائي والتعويض 51
ثانياً : عند السومريين 52
ثالثاً : في القانون البابلي 53
رابعاً : عند الاشوريين 54
خامساً : في القانون الاغريقي..... 55
سادساً : في القانون الروماني 55
سابعاً : في القانون الكنسي..... 55
المطلب الثاني : الشرط الجزائي في العصور الحديثة..... 56
أولاً : في القانون الفرنسي 56

ثانياً : في القوانين الوضعية العربية 57
المبحث الثالث : المبادي العامة للشرط الجزائي 58
المطلب الأول : مفهوم الشرط الجزائي 59
أولاً : تعريفات الشرط الجزائي 59
ثانياً : وظائف الشرط الجزائي 60
ثالثاً : الدواعي الي الشرط الجزائي 61
رابعاً : أثار الشرط الجزائي 63
المطلب الثاني : شروط استحقاق الشرط الجزائي 63
أولاً : ركن الخطأ 65
ثانياً : ركن الضرر 68
ثالثاً: العلاقة السببية 70
المطلب الثالث : الاعذار 72
أولا :مفهوم الاعذار 73
ثانياً : شكل الإعذار 74
ثالثاً : الاستثناءات الواردة علي وجوب الاعذار 76
الفصل الثالث منهجية البحث 80
أ.نوع البحث 80
ب.مصادر البيانات 83
أولاً : المصادر الاولية 84
ثانياً : المصادر الثانوية 85
ج.أدوات جمع البيانات 87

د.طريقة تحليل البيانات 88

هـ.هيكل البحث 91

الفصل الرابع عرض البيانات وتحليلها 94

المبحث الأول : الطبيعة القانونية للشرط الجزائي وفق احكام القانون المدني الليبي والشريعة الإسلامية 94

المطلب الأول : خصائص الشرط الجزائي في القانون المدني الليبي 94

أولاً : الشرط الجزائي التزام تبعي..... 94

ثانياً: الشرط الجزائي تعويض يقدره الطرفان 97

ثالثاً : الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض 100

رابعاً : الشرط الجزائي في القانون المدني الليبي..... 102

المطلب الثاني : تمييز الشرط الجزائي عن بعض الأوضاع القانونية المشابهة له. 104

أولاً : مفهوم العربون 104

ثانياً : دلالات العربون 106

ثالثاً : أوجه الاختلاف بين الشرط الجزائي والعربون 107

رابعاً : أوجه الاتفاق بين الشرط الجزائي والعربون..... 109

خامساً :مفهوم الغرامة التهديدية..... 110

سادساً : دلالات الغرامة التهديدية 111

سابعاً : أوجه الشبه بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية 113

ثامناً : أوجه الاختلاف بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية 114

المطلب الثالث : المفهوم الشرعي للشرط الجزائي..... 115

أولاً : تعريف الشرط وأنواعه في الفقه الإسلامي 116

ثانياً : تقسيمات الشرط في الفقه الاسلامي 118

ثالثاً : الطبيعة الشرعية الشرعية للشرط الجزائي..... 124

المطلب الرابع : التعويض المادي عن الضرر المعنوي وفقً لأحكام الشريعة الإسلامية 141

أولاً : تعريف الضرر الأدبي أو المعنوي..... 142

ثانياً : الضرر الأدبي والتعويض عنه لدى الفقه الإسلامي 143

المبحث الثاني : سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون 154

المطلب الأول : تخفيض الشرط الجزائي 155

أولاً : المبالغة في تقدير التعويض 155

ثانياً : تنفيذ جزء من الالتزام..... 159

المطلب الثاني : زيادة الشرط الجزائي..... 162

أولاً: ارتكاب المدين غش..... 164

ثانياً : ارتكاب المدين خطأ الجسيم 165

المطلب الثالث : تدخل القاضي لتعديل مقدار الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي..... 167

أولاً : سلطة القاضي في تعديل مقدار التعويض 168

ثانياً : سلطة القاضي في منح الميسرة في الفقه الإسلامي..... 170

المبحث الثالث : أثر الشرط الجزائي على المتعاقدين في القانون الليبي 174

المطلب الأول : أثر تطبيق الشرط الجزائي في القانون المدني الليبي..... 174

أولاً: الشرط الجزائي في عقود المعاوضات المالية 174

ثانياً : الشرط الجزائي في العقود الإدارية..... 176

ثالثاً : الشرط الجزائي في عقود التبرعات 179

رابعاً : الشرط الجزائي في عقود الاذعان..... 180

خامساً : الشرط الجزائي في العمل غير المشروع..... 182

المطلب الثاني: أثر تطبيق الشرط الجزائي في نطاق العقود وفق أحكام الشريعة الإسلامية 184
أولاً : الشرط الجزائي في عقد الاستصناع 184
ثانياً : الشرط الجزائي في عقد التوريد 187
ثالثاً : الشرط الجزائي في عقد البيع بالتقسيط 189
الفصل الخامس الخاتمة و النتائج والتوصيات 193
المصادر والمراجع 199

UNIVERSITAS ISLAM NEGERI MAULANA MALIK IBRAHIM PUSAT PERPUSTAKAAN

فهرس الجداول

رقم	الموضوع	رقم الصفحة
1	طبيعة الشرط الجزائي في كل من القانون المدني الليبي والشريعة الإسلامية	152
2	سلطة القاضي في تعديل قيمة الشرط الجزائي في كل من القانون المدني الليبي ، والشريعة الإسلامية	173
3	أثر لشرط الجزائي في كل من القانون المدني الليبي ، والشريعة الإسلامية	192

الفصل الأول

الإطار العام والدراسات السابقة

أ. خلفية البحث :

يعتبر الشرط الجزائي من المسائل المستحدثة في المعاملات المالية التي انتقلت الى البلاد الاسلامية ، والذي أصبح غالباً قرين كل عقد حيث لا تكاد تخلو منه عقود المعاوضات المالية ، وهو في غالب القوانين والأنظمة العربية تعويض اتفاقي جزافي عن الضرر المتوقع مقدر مسبقاً ، وقد أخذت قوانين البلاد العربية هذا التعبير عن القوانين الغربية ، وأدخلت عليه بعض التعديلات ، وأول قانون عربي أُخذ به هو القانون المصري نقله من القانون الفرنسي ، والدواعي إلى الشرط الجزائي كثيرة منها إن المشاريع المالية الضخمة تكون الخسائر فيها كبيرة وفادحة عند تأخر تنفيذ المشروع في وقته ، وأن العقود أصبحت تتم بين متعاملين بعيدين لا يعرفون بعضهم بعض مما يحتاج إلى شروط جزائية لطمأنينة الالتزام لكلا الطرفين كما أن المطل أصبح صفة لكثير من الناس ، فالشرط الجزائي يرفع هذا الخوف من المماطلة فهو يقلل الخصومات والمنازعات بين المتعاقدين ، فأهم فوائد الشرط

الجزائي يعطي الثقة والاطمئنان للمشترط في تنفيذ العقد وعدم الإخلال به [3]، وعبّر عنه الدكتور السنهوري بعبارة التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي [4] .

يبلغ الالتزام غايته واقصى مداه عندما يقوم المدين بتنفيذه ، وفي الغالب الاعم يتم هذا الوفاء طوعاً واختيارا من جانب المدين ، استجابة لعنصر المديونية أو الواجب في الالتزام مدفوعا إلي ذلك بوازع الدين ، أو الاخلاق ، أو الضمير أو المصلحة ، أو بهذه الدواعي جميعا ، إلا أنه قد يواجه الدائن برفض مدينه أو تقاعسه عن الوفاء بما عليه مما يضطر معه الدائن إلى الالتجاء لطلب التنفيذ القهري للالتزام ، وإذا رفض أو تلكأ المدين في القيام بهذا الواجب كان من حق الدائن إجباره على تنفيذ التزامه بتحريك عنصر المسؤولية أو الجزاء في الالتزام ،وهو الأصل ويجب على القاضي ان يجيبه الى ذلك مادام الحصول عليه ممكنا [5].

ويلتزم المدين بإداء بدل العطل والضرر في حال عدم تنفيذه لالتزامه أو تأخره في تنفيذه ، والمرجع الطبيعي لتحديده بدل العطل والضرر ، كقاعدة عامة هو القضاء ، لكن سلوك طريق القضاء يحتاج الكثير من الوقت ، والجهد ، والمال لأن عملية تقدير التعويض ليست بالأمر السهل ، فهي تستلزم بالتأكيد خبرة ومعرفة قد لا يتوفران في القاضي ، الأمر الذي يستوجب تعيين خبير لتقدير بدل العطل ، والضرر ، وهذا من شأنه أن يطيل أمر النزاع ويتعارض مع الغاية الاقتصادية من التعاقد هي الحصول على المنفعة المتوخاة من وراء العقد بأسرع

---

[3]. الشيخ عباس كاشف الغطاء ، ***الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة*** ، منشورة علي الانترنت http://abbaskashifalgetaa.com/index.php/permalink/3085.html

[4] .عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص 851 .

[5] .محمد علي البدوي ،***النظرية العامة للالتزام*** ، احكام الالتزام ، دار الكتب الوطنية ، بنغازي ليبيا ، ج2 ، ط 1، سنة 2004 ، ص9 .

وقت وأيسر السبل ، وتلافياً للأطراف المتعاقدة انطلاقا من الحرية الممنوحة "تحديد بدل العطل والضرر وديا "، وذلك بتضمين العقد تعويضاً اتفاقياً يدرج في صلب العقد أو في اتفاق لاحق [6].

ويحدث كثيرا أن الدائن والمدين لا يتركان التعويض إلى القاضي كما هو الأصل بل يعمدان إلى الاتفاق مقدما على تقدير هذا التعويض ، فيتفقان على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ ، أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه وهذا هو التعويض عن التأخير ، وهذا الاتفاق مقدما علي التعويض [7] .

لما كان العمل بكافة أنواعه والتجارة بشكل خاص عصب الحياة ، وكذلك دخول الإنسان في علاقات متنوعة ومتعددة مع غيره ينبثق عنها نوعان من الالتزامات اما التزامات أدبية (طبيعية) غير ملزمة في نظر القانون ، واما التزامات (قانونية) ملزمة ، وعن هذه الاخيرة تنشأ صفة المديونية ، بحيث يكون أحد المتعاقدين دائنا والأخر مدينا ولاشك أن الشرط الجزائي من المصطلحات المستحدثة التي لم تكن موجودة إلا في العصور القريبة ، وأن التعامل بالشرط الجزائي ينبثق عنه مشاكل هامة تعرض كل يوم في الحياة العملية والقانونية ، وهي

---

[6] .طارق محمد مطلق ابو ليلى، ***التعويض الاتفاقي في القانون المدني دراسة مقارنة*** ، رسالة ماجستير ، مقدمة لجامعة النجاح الوطنية ، سنة 2007 ،ص1 .

[7] .عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص 851 .

مشكلة تنفيذ الالتزام عينياً ، والوسائل القانونية التي بين يدي الدائن لضمان تنفيذ الالتزام ودفع المدين عليه .

هناك فجوة بين القانون المدني الليبي والشريعة الاسلامية عند تطبيق احكام الشرط الجزائي ، فما يجوز التعويض عنه في بمقتضى أحكام القانون قد لا يجوز التعويض عنه في احكام الشريعة الاسلامية ، حيث أن بعض العقود التي يجوز أن تتضمن الشرط الجزائي فيها قانوناً لا يجوز ان تتضمن الشرط الجزائي في الشريعة الاسلامية وكذلك الامر بالنسبة للتعويض عن الضرر المادي أو الضرر المعنوي الأدبي الأمر الذي يستوجب عقد دراسة مقارنة لبيان الواقع والمأمول من خلال التفرقة لتصل إلى نصوص قانونية موافقة لأحكام الشريعة الاسلامية .

تنص المادة 226 من القانون المدني الليبي على أنه " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق " ولم يشير نص المادة السابق إذ كان هناك عقود لا يجوز ان تتضمن هذا الاتفاق بل تركه المشرع الليبي جائز في كل العقود ، وفي المقابل اصدر مجلس الفقه الاسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية بشأن البيع بالتقسيط جاء فيه :

إذا تأخر المشتري المدين في دفع الاقساط عن الموعد المحدد ، فلا يجوز إلزامه أي زيادة علي الدين ، بشرط سابق او بدون شرط ، لان ذلك يعتبر ربا محرم .

وكذلك الامر بالنسبة لعقد السلم :

فقد اصدر مجلس مجمع الفقه الاسلامي المنعقد في دورة مؤتمر التاسع بأبوظبي بشأن بيع السلم و جاء فيه :

لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه ،لأنه عبارة عن دين ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير .

وتنص المادة 225 من القانون المدني الليبي علي أنه "يشمل التعويض الضرر الادبي ايضاً "

ويذكر الدكتور الصديق الضرير ان الاسلوب الذي اتبعته الشريعة في معالجة الإضرار الادبي إنما هو التعزير الزاجر ، وليس التعويض المالي ، إذا لاتعد الشريعة الاسلامية شرف الانسان وسمعته مالاً متقوماً يعوض عنه بمال أخر إذا اعتدي عليه.

بما إن العقد هو إرادة الفرد ، وهو شريعته المتعاقدين ، وقانونهم ، ولا يجوز تعديله ولا إلغاؤه إلا برضى الأطراف جميعها ، وإن فسخها لا يصح إلا برضا كل من التزم بها ولهذا فإن الشرط الجزائي وجد في وضع شاد ومتناقض ، فهو محكوم بمبدأ سلطان الإرادة ، والعقد شريعة المتعاقدين من ناحية ، والتدخل القضائي لتعديل مقدار الشرط الجزائي من ناحة اخري .

تنص المادة رقم 2/227 من القانون المدني الليبي علي أنه "ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض اذا اثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه الي درجة كبيرة"

ويذكر د. محمد عبدالعزيز بن سعد اليمني ،في رسالة الدكتوراه ، بعنوان الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة جامعة الملك سعود ، المملكة العربية السعودية ، سنة 1425- 1426 هـ :

إن ظهور عدد كبير من العقود والحقوق الجديدة كعقود الامتياز والاستصناع الحديثة ، والنقل الجوي والبحري ، والتوريد ، والمقاولات وغيرها يحتاج معه إلي تضمين العقود شرطاً جزائياً .

ويذكر د .هشام ابراهيم توفيق في كتابه التعويض الاتفاقي بين الفقه والقانون سنة 2011 :

أن التعويض الاتفاقي يسهم في تنمية المجتمع وازدهاره فإذا ادرك اطراف العقد ان لديها اسلحة فعالة وحماية وضمان تكفل تنفيذ الالتزام وتحقق الحد الاقصى من الضمانات فإنهم الاطراف لت يترددوا في التعاقد ، وزيادة الروابط العقدية تحرك رؤوس الاموال وبالتالي يزداد الانتاج وتوظف الأيدي العاملة فيقضي علي مشكلة البطالة .

وبناء على ما تقدم فإن دراسة الشرط الجزائي تحتاج إلى إجابة بعض الأسئلة الغامضة ، والمواقف المبهمة ، وتمييز الشرط الجزائي عن غيره من الانظمة القانونية المشابهة ، وموقف القانون الليبي والشريعة منه .

ب. اسئلة البحث :

1- ماهي الطبيعة القانونية والشرعية للشرط الجزائي وفق أحكام القانون المدني الليبي و أحكام الشريعة الاسلامية ؟

2- ما إمكانية تدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي وفق احكام القانون المدني الليبي واحكام الشريعة الاسلامية ؟

3- ما هو أثر الشرط الجزائي علي المتعاقدين وفق احكام القانون المدني الليبي واحكام الشريعة الاسلامية ؟

ج. أهداف البحث :

يهدف الباحث من خلال هذه الدراسة للوصول إلى معرفة عدة أشياء منها :

1- لمعرفة كل ما يتعلق بالطبيعة القانونية والشرعية للشرط الجزائي وفق نصوص وأحكام القانون المدني والشريعة الاسلامية .

2- لبيان امكانية القاضي في التدخل لتعديل الشرط الجزائي وفق احكام القانون المدني الليبي واحكام الشريعة الاسلامية .

3- لمعرفة أثار الشرط الجزائي علي المتعاقدين وفق احكام القانون المدني الليبي واحكام الشريعة الاسلامية .

د. أهمية البحث :

تكمن أهمية دراسة الشرط الجزائي في عدة نقاط وهي :

1- أهمية دراسة الشرط الجزائي باعتباره من المسائل المستحدثة والتي لم تأخذ به المجتمعات العربية الا في العصور المتأخرة نتيجة التأثر بالقوانين الغربية في المعاملات المعاصرة في عقود المعاوضات المالية .

2- تهدف هذه الدراسة لبيان دور الشرط الجزائي وحاجة المكتبة الليبية له ، فالمتصفح لكتب القانون الليبي يجد قصوراً واضحاً من فقهاء القانون في التطرق للشرط الجزائي ، ويجد فقراً شديداً في مكتباتنا في هذا الموضوع .

3- تهدف هذه الدراسة لمعالجة القصور التشريعي في القانون المدني الليبي لكي يتوافق مع احكام الشريعة الاسلامية المتعلقة بأحكام الشرط الجزائي.

4- تبرز أهمية الشرط الجزائي في الدور الذي تلعبه بالمساهمة لإعادة الثقة بالقوة التنفيذية للعقود ، وبالتالي فهو يساعد الدول في دفع عجلة النمو الاقتصادي إلى الأفضل ، فالكثير من التجار يسعون للبحث عن وسائل تضمن لهم التنفيذ الصحيح والسريع لتعاقدهم ، وتؤمن لهم الحصول علي حقوقهم وفي اسرع وقت في حال تخلف المدين او تأخره في تنفيذ الالتزام .

5- يهدف هذا البحث على دراسة الطبيعة القانونية للشرط الجزائي في ظل أحكام القانون الليبي بالنسبة للمتعاقدين ، واحكام الشريعة الاسلامية بما يتعلق بالشرط الجزائي ، والحكم عليها بناء علي تصور شامل لجميع جوانبه.

هـ. حدود البحث :

تنقسم حدود البحث إلى قسمين وهي حدود موضوعية وحدود زمنية :

1- الحدود الموضوعية :

إن النطاق الموضوعي لهذه الدراسة يتناول موضوع الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي في كل من القانون المدني الليبي وأحكام الشريعة الاسلامية ، وبما تناوله فقهاء القانون والشريعة في كتبهم ، ومؤلفاتهم ، و فتاويهم .

وندكر من الفقهاء المعاصرين :

- د. محمد الزحيلي ، موسوعة قضايا إسلامية معاصرة .
- د. محمد عثمان شنبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الاسلامي .
- د. علي محي الدين القره داغي ، تأصيل: الغرامة التأخير ، والشرط الجزائي ، والتعويض عن الضرر .
- د وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان .
- المقصود بعنوان البحث "الشرط الجزائي وأثره على المتعاقدين دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي و الشريعة الاسلامية " والمراد بالقانون المدني الليبي الصادر في سنة 1988 م .

2- الحدود الزمنية :

العام الدراسي 2016/2015

جامعة مولانا مالك ابراهيم الاسلامية الحكومية ملانق ، جمهورية إندونيسيا .

و. مصطلحات البحث :

1-الشرط.

- **في اللغة** : الشرط بإسكان الراء بمعنى إلزام الشيء والتزامه في بيع أو نحوه والشرط العلامة ، والجمع أشراط[8]، وله عدة معاني والذي يعنينا منها ما جاء

[8] . ابن منظور ، ***لسان العرب*** ، مادة الشرط ، 329/7 .

في لسان العرب من أنه إلزام الشيء والتزامه في بيع أو نحوه ، والشرط العلامة والجمع اشراط .

قال ابن فارس: الشين والراء والطاء اصل يدل على علم وعلامة وما قارب ذلك من علم ، والشرط العلامة ، وأشراط الساعة علاماتها[9] .

إن اشراط الساعة علاماتها ، ومنه الاشتراط الذي يشترطه الناس بعضهم علي بعض أي علامات يجعلونها بينهم[10] .

نلخص إلى أهم معاني الشرط في اللغة الإلزام ،والالتزام ، والعلامة ، وهذه المعاني مناسبة لمعنى الشرط الشرعي كالطهارة للصلاة فهي علامة لازمة حيث لا توجد الصلاة بدونها ، ولمعنى الشرط التقييدي الذي يجعله الناس في عقودهم زائدة على الالتزام الأصلي فهو علامة لازمة للعقد ومؤثر فيه بتعديل اثاره .

- **في الاصطلاح** :هو ما يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ، ولا عدم لذاته[11].

هذا معنى الشرط الشرعي أو الحقيقي في اصطلاح الأصوليين ، والذي يقضي من المكلف وجوب الخضوع والانقياد له ، لتصح منه العبادات والمعاملات غير أن هناك نوعاً أخر من الشروط يشترطها الناس، ويضعونها في معاملاتهم بإرادتهم ، ويوقفون عقودهم عليها ، ويعلقونها بها ، ويجعلونها مرتبطة بهده الشروط بحيث لا تتحقق تلك العقود إلا إذا تحققت هذه الشروط ، يطلق عليها الشرط

---

[9] . ابن فارس، ***مقاييس اللغة*** ، 260/3 .

[10] . ابن منظور، ***لسان العرب*** ، 143/14.

[11] . الطوفي ، ***شرح مختصر الروضة*** ، 435/1.

التقييدي المقترن بالعقد ، وهو التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه ، زائد عن أصل مقتضاه ،والشرط المراد هنا التزام المتصرف في تصرفه بأمر من الأمور زائد على أصل التصرف ، سواء اكان هذا الالتزام الزائد من مقتضى التصرف ، ام لم يكن ، وسواء كان فيه منفعة للملتزم وحده أو لغيره ، ام لم يكن فيه منفعة لاحد[12].

2- الجزاء :

- **لغة** : الجزاء مصدر جزي يجزي جزاء ويأتي في اللغة على[13] معان :

القضاء ومنه قولهم :جزيت فلانا حقه أي قضيته وأمرت فلاناً يتجازى ديني أي يتقاضاه .

ويأتي بمعنى العقاب ، ومنه قوله تعالى﴿ قَالُوا فَمَا جَزَاؤُهُ إِن كُنتُمْ كَاذِبِينَ قَالُوا جَزَاؤُهُ مَن وُجِدَ فِي رَحْلِهِ فَهُوَ جَزَاؤُهُ كَذَٰلِكَ نَجْزِي الظَّالِمِينَ ﴾[14]أي فما عقوبته [15].

ويأتي بمعني الثواب والمكافأة علي الشيء ومقابلة العمل بما يماثله .

ومن معانيه العوض والبذل ، ومنه قوله تعالي ﴿ فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾ أي بذل منه .

---

[12] . علي محمد الحسين الصوأ ، ***الشرط الجزائي في الديون*** ، دراسة فقهية مقارنة ، بحث مقدم في مؤتمر دور المؤسسات المصرفية الاسلامية في الاستثمار والتنمية ، المعقود في كلية الشريعة والدراسات الاسلامية في جامعة الشارقة ، في الفترة ما بين 7-9 من شهر ايار عام 2002 ، ص3- 4 .

[13] . ابن منظور ، ***لسان العرب*** ، 143/14.

[14] . سورة يوسف الآية رقم 75/74 .

[15] . تفسير ابن كثير، 401/4 .

ويأتي بمعنى الكفاية والاغناء ، ومنه قوله تعالى ﴿وَاخْشَوْا يَوْمًا لَّا يَجْزِي وَالِدٌ عَن وَلَدِهِ وَلَا مَوْلُودٌ هُوَ جَازٍ عَن وَالِدِهِ شَيْئًا ﴾ [16] أي لا يغني ويكفي [17]

- **في الاصطلاح** :فالمراد بالجزاء هنا هو الجانب السلبي أي : جانب العقاب دون الثواب ، لان هذا الجزاء يكون لضمان تنفيذ الالتزامات بين الناس وضع لحمل المدين على تنفيذ التزامه وإلا سيجازي عن عدم تنفيذ الالتزام [18].

3- الأثر:

- **في اللغة** : الأثر مفرد ، والجمع آثار ، وأثور . ويطلق على معان متعددة منها: بقية الشيء ، وتقديم الشيء ، وذكر الشيء ، والخبر . قال ابن فارس: " أثر " الهمزة ، والثاء ، والراء ، له ثلاثة أصول: تقديم الشيء ، وذكر الشيء ، ورسم الشيء الباقي (19) .

وقال ابن منظور: الأثر- بالتحريك - ما بقي من رسم الشيء ، والتأثر: إبقاء الأثر في الشيء ، وأثر في الشيء ترك فيه أثرا(20) .

- **في اصطلاح الفقهاء** : لا يخرج استعمال الفقهاء للفظ (أثر) عن المعاني اللغوية وأكثر ما يستعمله الفقهاء للدلالة على بقية الشيء ، أو ما يترتب على الشيء كقولهم اثر البيع ، أو اثر العقد ، وهو ما ترتب عليه من أحكام .

---

[16] . سورة لقمان ، الآية رقم 33 .

[17] . الطبري ، ***تفسير الطبري*** ، 679/8.

[18] . احمد الجزار محمد بشناق ، ***الشرط الجزائي في الديون والبدائل الشرعية*** ، معارف مجلة علمية محكمة كلية العلوم الاجتماعية والانسانية ، السنة الثامنة اكتوبر 2013 ، العدد 14 ، ص 152 .

[19] . ابن فارس ، ***مجلة البحوث الاسلامية*** ، العدد السادس والستون – الإصدار : من ربيع الأول إلى جمادى الثانية لسنة 1423هـ .

[20] . ابن منظور ، ***مجلة البحوث الاسلامية*** ، العدد السادس والستون – الإصدار : من ربيع الأول إلى جمادى الثانية لسنة 1423هـ .

4- الشرط الجزائي: هو اتفاق المتعاقدين علي تقدير التعويض الذي يجب علي المدين دفعه للدائن في حالة عدم تنفيذ الالتزام او التأخر في تنفيذه ، جزاء لما سببه المدين من ضرر لحق بالدائن [21].

5- المتعاقدين :معنى المتعاقدين هم طرفي العقد بحيث يصبح كل منهما دائن والاخر مدين .

- طرف أول: من يكتسب حقا (ويسمى دائناً) .
- طرف ثاني: من يتحمل التزاما (ويسمى مديناً) .

6-المقصود بالشريعة الاسلامية : هو اجتهاد الفقهاء المعاصرين .

7- تتضمن الدراسات القانونية ، فضلاً عن التعريف بموضوع الدراسة ، تحديد الأساس القانوني له ، أو تأصيله قانونياً ، أو توضيح النظام القانوني للموضوع أو تعيين الأوضاع القانونية ، أو تتعمق الدراسة القانونية لتبين الطبيعة القانونية .

ز. الدراسات السابقة :

الدراسة الأولى: بحث الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير ، ***بعنوان الشرط الجزائي*** والمقدم الي الدورة الثانية عشر لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي، سنة 2000.

حيث بدا بتعريف الشرط الجزائي وقال أنه غير معروف في كتب الفقه القديمة فأخد من القانون المصري وهم التعويض الاتفاقي ، وذكر له أمثلة وشروطه ، ثم تحدث عنه في القانون الأردني الملتزم بأحكام الفقه الاسلامي ، تم حاول البحث

---

[21] . عبدالصمد بلحاجي، ***حكم الشرط الجزائي الوارد علي الاعمال وصور تطبيقاته في المصارف الاسلامية*** ، مجلة الواحات للبحوث والدراسات ، العدد 11 ، سنة 2011 ، ص 235 .

عن شيء شبيهه في الفقه يمكن أن يقاس عليه فذكر العربون والشبه بينه وبين الشرط الجزائي حيث ان كلا منهما تقدير للتعويض ، ثم ذكر فروقاً أربعة بينهما ورفض ما جاء في هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية من أن الشرط الجزائي يشبه العربون .

تم انتقل إلى الحديث عن العقود التي يجوز فيها اشتراط الشرط الجزائي والعقود التي لا يجوز فيها اشتراطه ، وذكر قرار المجمع في الإستصناع وفيها الشرط الجزائي وفي البيع بالتقسيط بحلول الأقسام وعدم جوازه عن التأخير في تسليم المسلم فيه .

تم وضع ضابطاً للعقود التي جوز اشتراط الشرط الجزائي فيها ، والتي لا يجوز فيها وقال: يجوز اشتراط الشرط الجزائي في جميع العقود ما عدا العقود التي يكون الالتزام فيها ديناً ، وهي : القرض ، والبيع بثمن مؤجل ، وعقد السلم .

ولا يعتبر الدكتور الصديق الشرط الجزائي نوعا من العقوبة فقال (اما الشرط الجزائي فهو تقدير أتفق عليه المتعاقدان لقيمة التعويض عن الضرر الذي ينشأ عن الإخلال بالعقد ، ولهذا يطلق عليه بعضهم (التعويض الاتفاقي) هذا في القانون في كتاب الدكتور السنهوري ، وهذه التسمية أولى عند الدكتور الصديق من تسمية الشرط الجزائي).

ونلاحظ أن الدكتور الصديق في بحثه انتهى إلى أن الشروط : الاصل فيها الحل وليس المنع الا اذا كان هناك ربا أو غرر او غير ذلك ،فقد اخد بأن الأصل

في المعاملات الإباحة وكذلك الأصل في العقود والشروط ، وهذا يذكر في كل البحوث والدراسات الفقهية المتعلقة بالشرط الجزائي .

ثم انتهى إلى الخاتمة والملخص ، واقترح مشروع قرار بشأن الشرط الجزائي ، ثم اضاف عدد من الملاحق المتصلة بالموضوع .

أوجه التشابه :

تشابه بحث الدكتور الصديق محمد الآمين ، مع هذه الدراسة في ان كل منهما حاول التفريق بين الشرط الجزائي والعربون ، ومع ذكر طبيعة كل منهما مع ذكر شروطه وخصائصه واركانه ، وذلك لتشابه مكانتهما القانونية .

تشابه بحث الدكتور الصديق الضرير مع هذه الدراسة في أن كل منهما ذكر العقود التي يجوز فيها اشتراط الشرط الجزائي ، والعقود التي لا يجوز فيها اشتراط الشرط الجزائي.

أوجه الاختلاف :

أوجه الاختلاف كثيرة ولكن سيكتفي الباحث بأكثر النقاط اهمية :

لن يكتفي الباحث في هذه الدراسة بذكر العربون باعتبار مكانته القانونية المشابهة للشرط الجزائي كما فعل الدكتور الصديق الضرير ، بل ستطرق هذه الدراسة إلى ذكر التشابه بين الشرط الجزائي وبعض الأنظمة القانونية الأخرى المتشابهة للشرط الجزائي وهي : عقد الصلح ، الغرامة التهديدية .

ستكون هذه دراسة هدا البحث في الشرط الجزائي مزيج بين الشريعة والقانون ، بينما غلب على بحث الدكتور الصديق الضري الجانب الشرعي دون القانوني .

الدراسة الثانية : بحث الاستاذ طارق محمد مطلق أبو ليلى ، ***بعنوان التعويض الاتفاقي في القانون المدني*** دراسة مقارنة مقدم هذا البحث لنيل درجة الماجستير بجامعة النجاح الوطني ، في نابلس ، فلسطين ، بإشراف الدكتور حسين مشاقي سنة 2007 .

وتركزت اشكالية هذا البحث في الاتي :حيث اعتبر القانون المدني الفلسطيني التعويض الاتفاقي مزيج من العقوبة والتعويض ، ولذلك اعطى القانون للقاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي ضمن حالات محددة ، وفي غيرها يحكم به كما هو، أما القانون المدني الاردني أجاز للقاضي تعديل التعويض الاتفاقي بناء عن طلب أحد أطراف العقد في كل حالة لا يتساوى فيها التعويض الحاصل مع الضرر ، وبهذا يكون المشروع الأردني أخد بالتعويض الاتفاقي كتعويض فقط دون انطوائه علي اي عقوبة .

تطرق الباحث في بداية بحثه إلى مبادي الأحكام العامة للتعويض الاتفاقي وكان ذلك بالتعريف بمفهومه ، وأركانه ، وأهميته ، وخصائصه الاتفاقية ، والتبعية .

ثم تطرق الباحث إلى شروط استحقاق التعويض لاتفاقي وتطبيقه ، وذكر في شروط الاستحقاق الاركان العامة الخاصة بالتعويض ، والمتمثلة في ركن الخطأ والضرر، والعلاقة السببية التي يجب أن تتوفر بين الخطأ العقدي في الشرط الجزائي

والضرر الذي اصاب الدائن ، وركن الاعذار والذي يعتبر أهم هذه الأركان بحيث لا يجوز المطالبة بالشرط الجزائي دون إعذار ، إلا في بعض الحالات التي يجيزها القانون ، ثم ذكر الباحث نطاق تطبيق التعويض الاتفاقي ، وقسمه إلى قسمين: التعويض الاتفاقي في نطاق العقد ، والتعويض الاتفاقي في نطاق العمل غير المشروع (الفعل الضار).

ثم ذكر الباحث علاقة التعويض الاتفاقي بالتنفيذ العيني وتميزه عن الأوضاع القانونية المشابهة له فذكر الباحث إمكانية المدين في الاختيار بين التنفيذ العيني الأصلي ، والتعويض الاتفاقي ، وكذلك امكانية الدائن في الاختيار وقد فصلها تفصيلاً جيداً ، مع الاستناد بنصوص قانونية تدعم كتابته ، وكذلك شرح الباحث في مدى جواز الجمع بين التعويض الاتفاقي والتنفيذ العيني .

ثم ذكر الباحث بعض الاوضاع القانونية الأخرى المشابهة للشرط الجزائي وذكر منها :

التمييز بين التعويض الاتفاقي والأثراء بلا سبب ، والتعويض الاتفاقي وعقد الصلح ، والتعويض الاتفاقي و التهديد المالي ، والتعويض الاتفاقي والالتزام البدلي التعويض الاتفاقي والالتزام التخييري ، وذكر الاركان الخاصة بكل من الأوضاع القانونية المذكورة، وأوجه الشبه والاختلاف بينهم .

ثم ذكر الباحث آثار التعويض الاتفاقي وتعلقه بالنظام العام ، وذكر مدى إمكانية القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي سواء بالتخفيض فيه أو بزيادته ، ثم وضح أخيراً معني فكرة النظام العام وموقف القانون المدني الاردني من التعويض

الاتفاقي ، وكذلك موقف القانونين المدني المصري والفلسطيني ، ثم ذكر الخلاصة والخاتمة التوصيات .

وأكثر ما يعيب هذه الرسالة في رأي الباحث هو:

أولاً : أن الباحث لم يوضح للقاري أن الشرط الجزائي هو ذاته التعويض الاتفاقي أن الفرق بينهما في التسمية فقط بل لم يتطرق الباحث أصلا إلى مصطلح الشرط الجزائي الا مرة واحدة وكانت معلومته مغلوطة حيث ذكر الباحث (ويجب التنويه بداية إلى وجود مؤسسات قانونية متشابهة للتعويض الاتفاقي وهي الشرط الجزائي ، فكلاهما عبارة عن تقدير مسبق للتعويض المستحق نتيجة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير في تنفيذه ، ولكنها يختلفان في أن التعويض الاتفاقي يسمح للقاضي أن يعدله تبعا للضرر الحاصل فعلاً ، في حين ان الشرط الجزائي يبقي تاماً لا يجوز تعديله لا بالزيادة ولا بالنقص) وفي الحقيقة لا أعرف من اين تحصل الباحث على هذه المعلومة فكل القوانين تسمح بتدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي .

ثانياً : الباحث تحدث عن الأوضاع القانونية المشابهة ولكنه لم يتطرق إلى العربون وهو الاقرب إلى الشرط الجزائي حتي إن الدكتور الصديق الضرير رفض ما جاء عن هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية من أن الشرط الجزائي يشبه العربون ، ثم قال (يمكن القول إن الشرط الجزائي يشبه العربون في ان كلا منهما شرط علي من اخل بالشرط عقوبة مالية يجري تعيينها قبل حصول ذلك) ولكن و لكن هذا إدا صح للعربون لا يصح للشرط الجزائي ، لان الشرط الجزائي الذي

نتحدث عنه ليس عقوبة ، وإنما هو تقدير اتفاقي للتعويض ، ومع ذلك ترك الباحث الحديث عن العربون الذي اشبه ما يكون للشرط الجزائي وتحدث عن الالتزام البدلي ، والالتزام التخييري البعيدين عن الشرط الجزائي .

الدراسة الثالثة : د محمد الزحيلي ، موسوعة قضايا إسلامية معاصرة ، ***بعنوان الشرط الجزائي في المعاملات المالية والمصرفية*** ، سنة2009 .

ذكر فيه حقيقة الشرط الجزائي ، وتعريفه ، وبواعثه ، وأهدافه ، وانه من المستجدات الفقهية التي طرأت علي المسلمين ، وانه الالتزام بأمر من الامور التزاماً زائد علي صيغة العقد ، ومنه الشرط الجعلي الذي يشترطه احد الاطراف دون أن يرد فيه نص بالجواز او المنع ، وذكر إن الشرط الجزائي اتفاق المتعاقدين سلفا علي التزام معين يستحقه الدائن علي المدين ، اذا لم يقم بواجباته ، او اخل بها ، او تأخر في تنفيذها .

ثم ذكر إن للشرط الجزائي بواعث كثيرة ، وهي توثيق الدين ، والحرص على تنفيذ العقود والالتزامات ، وتجنب الوقوع في الحرج والمشاكل والضائقة ، ويهدف الشرط الجزائي الى ضمان تنفيذ العقد ، وإعفاء الاطراف من اللجوء إلى القضاء وتقدير تعويض أو الجزائي مسبقا ، وإعفاء الدائن من إثبات الضرر ، وتجنب الإشكاليات التي تضعها القوانين .

ثم قسم الدكتور محمد الشرط الجزائي إلى نوعين : **الأول** حكم الشرط الجزائي في الاعمال ، أي التعهدات والمقاولات ، كعقد المقاولة ، وعقد العمل

وإجارة الارض ، والاستصناع ، **والثاني** حكم الشرط الجزائي في الديون كالقرض الثمن في البيع الاجل ، والتقسيط ، والالتزام بدفع تعويض للفقراء وجهات البر.

ذكر إن الشرط الجزائي في الاعمال فيه قولان للعلماء المعاصرين ، وأكثرهم علي جوازه وهو ما يراه الدكتور محمد راجحا لدخوله تحت حرية المتعاقدين ، وإن الاصل في الشروط والعقود الإباحة ، ولعدم معارضته دليل شرعي، ويحقق مصلحة عامة .

أما الشرط الجزائي في الديون له عدة صور وفروع يختلف الحكم الشرعي فيها عن بعضها ، وهي :

أ. إن كان على مبلغ محدد فاتفقت الجماهير علي منعه ، وهو الراجع عند الدكتور محمد ، لا نه يدخل في باب الربا بنوعيه : النسيئة ، والفضل وأجازه بعضهم لجهات البر .

ب. إذا كان الشرط الجزائي في الدين بدون تقدير مسبق ، وإنما يترك تقديره لوقت تحققه ، ويدخل في هذا الفرع : التعويض التأخيري ، فذهب الأكثرون إلى منعه ، وهو الراجح للدكتور محمد ، لان الشرط وإن لم يقدر مند سلفا فهو اشبه بالزيادة الربوية في مقابل الانظار والتأخير ، وإن إقراره يشمل المدين الموسر والمعسر ، وهو مخالف لنص القرآن الكريم في انظار المعسر ، وهو يدخل تحت قاعدة (كل قرض جر نفعا فهو ربا) المتفق عليه .

ج. إن كان الشرط الجزائي يتضمن حلول الاقساط إذا تأخر المدين عن دفع قسط منها ، فهذا شرط صحيح ، لعدم وجود نص شرعي يمنعه ولتحقيقه لمصلحة الدائن والمدين وليس فيه ربا ، لأن الثمن تحدد أصلا في بيع التقسيط عند العقد ، وأستقر في دمة المدين ، ولا زيادة عليه ، وأن الاجل حق للمدين ،فله ان يتنازل عنه صراحة برضاه أو بشرط .

د. إذا تضمن الشرط الجزائي الزام المدين بالتبرع للفقراء ، أو بدفع صدقة لهم أو دفع غرامة او تعويض لجهات البر ، ففيه قولان للعلماء المعاصرين: الجواز والعدم ، والجواز هو الراجح عند الدكتور وهبة ،واقرته هيئة كبار العلماء في بيت التمويل الكويتي ،لبعده عن الربا ، وفيه مصلحة للدائن .

ثم تطرق الدكتور وهبة إلى الخاتمة ، متمثلة في الخلاصة والنتائج ،والتوصيات.

أوجه التشابه :

لا يتفق بحث الدكتور محمد مع هذه الرسالة إلا في جزئيات بسيطة يلزم ذكرها في الحديث عن الشرط الجزائي ، وهذا أمر بديهي لأن بحث الدكتور محمد كان بشكل موجز .

يتفق بحث الدكتور محمد الزحيلي مع هذه الرسالة في أن كل منهما ذكر بواعث الشرط الجزائي ، وشروط استحقاقه .

أوجه الاختلاف :

اهتم الدكتور محمد في بحثه بالشرط الجزائي من الناحية الشرعية ، كما فعل الدكتور الصديق الضرير ، فقد أهمل الجانب القانوني للشرط الجزائي ، ولهذا لم يذكر الدكتور محمد الاساس القانوني للشرط الجزائي ، ولا التمييز بينه وبين بعض الاوضاع القانونية المشابهة له كما فعل الدكتور الصديق ، وحتي عندما ذكر الدكتور محمد شروط استحقاق الشرط الجزائي كان ذلك في بضعة اسطر ، ولم يتطرق الدكتور الي معني التعويض ولا الضرر باعتبارهما اساس الشرط الجزائي وانه عبارة عن تعويض عن الضرر وسيحاول هذا البحث مزيج بين الشريعة والقانون .

الدراسة الرابعة :عبد المحسن سعد الرويشد ، بعنوان **"الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي"** رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة كلية الحقوق ، سنة 1983 .

هذه الرسالة وإن كان أساسها الفقه الإسلامي إلا أن الثابت أن نظريه الشرط الجزائى قد نشأت وترعرعت في كنف القانون الوضعي لذلك أساسها تسليط الضوء على طبيعة الشرط الجزائي وخصائصه وشروطه وآثاره وسلطة القاضي حياله في بيئته الأصلية وهذا الامر وأن اقتضى التوسع في العرض القانوني إلا أنه السبيل إلى أن تتضح صورته بجلاء ويبرز خفاياه بوضوح وصولا إلى إرساء الأساس الصالح للقول بصحته أو بطلانه في الشريعة الإسلامية مع بيان موقف الفقه الإسلامي من الشروط الواجب توافرها لتطبيقه والاثار التي يرتبها العمل به وسلطة القاضي عليه .

وقد تكونت الرسالة من المقدمة إلى تمهيد وبابين يعالج الباب التمهيدي التعريفات تعريف الشرط والاصل الشرعي فيه وكذلك تعريف الشرط الجزائي ومزايا الاخذ به **أما**

الباب الاول فيناقش النظرية العامة للشرط الجزائي إذ يتحدث عن الطبيعة القانونية وخصائصه وشروط تطبيقه والآثار التي تنجم عنه وما تقرر من سلطة للقاضي عليه وفى **الباب الثاني** يبحث موقف الفقه الإسلامي من الشرط الجزائي من حيث نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي وانتهاء بالحكم علي الشرط الجزائي من حيث الجواز أو عدمه شرعا.

أوجه الشبه

1: تشابهت رسالة الدكتور عبدالمحسن مع هذه الدراسة في ذكر الطبيعة القانونية للشرط الجزائي وذكر خصائصه وأثاره وكذلك سلطة القاضي في تعديله .

2: كذلك تشابهت في ذكر موقف الفقه الإسلامي في الشرط الجزائي ، وسلطة تدخل القاضي في تعديله وأثاره .

3: تميزت رسالة الدكتور عبد المحسن بأنها من أوائل الدراسات في هذا الشأن ، وكانت دراسة مفصلة وشاملة وعميقة من الجانبين الفقهي والقانوني.

أوجه الاختلاف :

1: اختلفت هذه الدراسة عن دراسة الدكتور عبد المحسن في أنها تطرقت للشرط الجزائي وعلاقته ببعض النظم القانونية الأخرى الشبيهة له فيما لم تطرق دراسة الدكتور عبدالمحسن لهذا .

2: تطرقت هذه الدراسة لبعض العقود الحديثة التي يمكن أن يتضمنها الشرط الجزائي سواء من الناحية القانونية والفقهية فيما لم تتطرق دراسة الدكتور عبدالمحسن لهذا ولعل في ذلك العقد لم تبرز تلك العقود بالشكل الذي هو موجود الآن .

الدراسة الخامسة :هشام ابراهيم توفيق ، بعنوان "**التعويض الاتفاقي "الشرط الجزائي " دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن"** ، رسالة دكتوراه ، سنة 2011 م .

لقد أثر باحث في هذه الدراسة لموضوع التعويض الإتفاقي (الشرط الجزائي) بين القانون المقارن والفقه الإسلامي ــ من خلال ثلاثة فصول وخاتمة وبين في الفصل الأول مفهوم الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي ،حيث تعرض فيه للمفهوم القانوني للشرط الجزائي ، والمفهوم الشرعي للشرط الجزائي والنظم القانونية الأخرى المشابه للشرط الجزائي وموقف الفقه الإسلامي منها ، وفي الفصل الثاني قام بعرض الإطار النظري للتعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي في القانون المقارن ، وتم عرض الخصائص الشرط الجزائي ، وشروط استحقاقه ، وآثاره وسلطة القاضي في تعديله ، وفي الفصل الثالث خصصه الباحث لدراسة مدي مشروعية الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي في الفقه الإسلامي ، حيث تعرض لموقف المذاهب الفقهية من الشروط المقترنة بالعقد بصفة عامة ، ومقارنة بين أهمية الشرط الجزائي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي ثم ختم الدراسة بخاتمة شملت اهم النتائج والتوصيات ، ونذكر منها أهم النتائج التي توصل إليها الباحث ، على النحو الاتي :

أولاً : إن الوصف للتعويض الاتفاقي هو الأكثر ملائمة لنعت هذا النمط من التعويض ،وكذلك فغن اصطلاح الشرط الجزائي لايخرجه كثيراً عن هذا المضمون من حيث كونه في اساسه أحد شروط العقد .

ثانياً : إن شروط استحقاق التعويض الاتفاقي هي الخطأ والضرر والرابطة السببية والإعذار وإن عبء اثبات الضرر هنا في هذا النمط من التعويض يقع على عاتق المدين للدائن .

ثالثاً : إنه نظراً لكون التعويض الاتفاقي قد شاع استعماله ، للنص عليه في أغلب العقود سواء المدنية أو الإدارية حتى اصبح ظاهرة قانونية .

رابعاً : إن التعويض الاتفاقي يتم تقديره من طرقي العقد مقدماً ، وقبل التنفيذ وقبل اخلال المدين بالتزامه وقبل وقوع الضرر ومعرفة مداه وابعاده .

خامساً : لا يوجد خلاف فيما بين موقف القانون الوضعي ، والفقه الإسلامي فيما يتصل بالتعويض الاتفاقي ، بل إن موقف كل منهما يكاد يكون متوافقاً إلى حد كبير.

ومن هذا المنطلق يلاحظ العديد من الإشكاليات والصعوبات لاتي تتبلور في أحد مظاهر ثلاثة وهي : المبالغة الكبيرة في التعويض الاتفاقي والذي يفوق قدر الضرر الواقع بالفعل ، وأيضاً قد يكون التعويض الاتفاقي المقدر سلفاً أقل من الضرر الواقع بحيث لا يتناسب معه البتة وأخيراً قد يكون وسيلة للإعفاء من المسئولية أو الحد منها.

أوجه التشابه :

تتفق رسالة الدكتور هشام ابراهيم مع هذه الدراسة غي أشياء كثيرة ونذكر منها :

1- في التعريف بالشرط الجزائي في كل من القانون والشريعة الإسلامي وكذلك في تمييز الشرط الجزائي عن بعض النظم القانونية الاخرى المشابهة له متل العربون والغرامة التهديدية .

2- وكذلك في ذكر شروط استحقاق الشرط الجزائي وهي الخطأ الضرر والعلاقة السببية والإعذار .

3- وكذلك في سلطة القاضي في تعديل قيمة الشرط الجزائي في القانون والشريعة.

أوجه الاختلاف :

تختلف رسالة الدكتور هشام ابراهيم توفيق مع هذه الرسالة في :

1. مضمون الشرط الجزائي المقصود بالدراسة عند الدكتور هشام هو الشرط الجزائي مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المقارن و يبدوا واضحاً وجلياً أن المقصود من هذه الدراسة هو بعض القوانين العربية منها والقانون الفرنسي وبالأخص القانون المصري ، بينما تضمنت هذه الدراسة الشرط الجزائي بين القانون المدني الليبي والشريعة الاسلامية والمقصود من الشريعة هنا هو اجتهاد الفقهاء المعاصرين .

2. تميزت هذه الدراسة عن رسالة الدكتور هشام بالتطرق ولو بشكل مختصر عن حكم التعويض المادي عن الضرر الأدبي وذلك لعلاقته الوطيدة بالشرط الجزائي فيما لم تذكر عند الدكتور ابراهيم .
3. تبين للدكتور هشام من نتائج بحثه أنه لا يوجد خلاف فيما بين موقف القانون الوضعي ، والفقه الإسلامي فيما يتصل بالتعويض الاتفاقي ، بل إن موقف كل منهما يكاد يكون متوافقاً إلى حد كبير ، وبينما تبين للباحث في هذه الدراسة فرق جوهري عند تطبيق الشرط الجزائي بين الشريعة والقانون .

الدراسة السادسة : محمد بن عبد العزيز اليمني ، **الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة** سنة 1425 - 1426 هـ.

لقد قسم كان غرض الباحث من البحث هو بيان طبيعة الشرط الجزائي وأحكامه وأثره في عقود المعاوضات المالية المعاصرة متدرجاً في ذلك في التمهيد عن الشرط الجزائي في القانون الوضعي لفهم طبيعته القانونية ومن ثم انتقل إلى الباب الأول وهو في معنى الشرط الجزائي ، والشروط المقترنة بالعقد ، والخلاف في الأصل فيها ، وأثر ذلك في الحكم على الشرط الجزائي ، وطبيعة الشرط الجزائي الفقهية ثم الباب الثاني وفيه التعويض عن الضرر، والحكم على الشرط الجزائي ، والاعذار ثم الباب الثالث في أثر الشرط الجزائي في عقود المعاوضات المالية المعاصرة ، وتحدث عن معنى العقد وأقسامه ، ومدى حرية المتعاقدين في إنشاء العقود ، واشتراط الشروط ، والعقود التي يدخلها الشرط الجزائي وموضعه منها .

أوجه التشابه :

تتشابه هذه رسالة الدكتور محمد مع هذه الرسالة في عدة أشياء ونذكر منها :

1. الشرط الجزائي وتكييفه القانوني والفقهي ، وكذلك في التطور التاريخي للشرط الجزائي ، وكذلك علاقة الشرط الجزائي ببعض النظم القانونية الاخرى .
2. والتطور التاريخي للشرط الجزائي ، وكذلك في ذكر الشرط الجزائي في العقود المالية المعاصرة منها عقد البيع بالتقسيط .
3. وكذلك تتفق في ذكر أحكام التعويض والضرر في القانون والشريعة الإسلامية .

أوجه الاختلاف :

1. تختلف رسالة الدكتور محمد عن هذه الرسالة رغم أنها كانت دراسة فقهية مقارنة إلا انها لم تحدد ما هو القانون المراد بدراسته ، في حين بين الباحث في هذه الدراسة بأن القانون المقصود هو القانون المدني الليبي واجتهاد الفقهاء المعاصرين .
2. تطرقت هذه دراسة الدكتور محمد لذكر معنى العقد وأقسامه والفرق بينه وبين الالتزام في التصرف في حين لم يتطرق الباحث في هذه الدراسة لمعنى العقد واقسامه .

الفصل الثاني

الاطار النظري

المبحث الأول : مبدأ التعويض عن الضرر

تعد المسؤولية المدنية انعكاساً حقيقياً لقيم المجتمع وتطورها ، تعكس نضج الوعي الاجتماعي والأخلاقي والقانوني فيه .

ولقد جرت العادة في الكتب القانونية والفقهية على تقسيم المسؤولية إلى جنائية ومسؤولية مدنية ، وتقسم المسؤولية المدنية الي مسؤولية تقصيرية و مسؤولية عقدية ، وهو التقسيم الذي استقر عليه الفقه والقانون ، والهدف منهما جبر الضرر الناتج عن الاخلال بالالتزام العقدي أو الضرر الناتج عن الإخلال بالمسؤولية التقصيرية الناشئ عن العمل غير المشروع .

ولبيان مبدأ التعويض عن الضرر سينقسم هذا المبحث إلى : توضيح المفهوم القانوني للتعويض **أولاً** ، وتوضيح المفهوم القانوني للضرر **ثانياً** ، وتوضيح المفهوم الفقهي للتعويض عن الضرر **ثالثاً** .

المطلب الأول : المفهوم القانوني للتعويض

يجب أن يكون التعويض شاملاً يغطي جميع عناصر الضرر الواقع علي المضرور ولا يشمل الأضرار غير مستوجبة التعويض ، فلا يمنح المضرور أكثر مما يستحق ، ولا ينتزع حقه في تعويض كامل عن الأضرار التي إصابته .

وإذا كان التعويض في أساسه جبر الضرر لإعادة التوازن للعلاقات التي اختلت نتيجة الاخلال بالتزام ، فلا ضير إذا في عدم تحقق مبدأ التعويض الكامل تدارك الضرر بمنح المضرور تعويضا عادلاً وفقا لظروف كل حالة ، وأجدى وسيلة لتعويض المضرور هي محو ما اصابه من ضرر، إن كان ذلك ممكنا ، ولكن اذا ما تعذر ذلك التعويض فليس أمام القاضي إلا القضاء بما يخفف علي المضرور ما حدث له من ضرر بما يقدره القاضي من مقابل ، ولا يقصد بتعويض الضرر محوه وازالته من الوجود والا فالضرر الادبي لا يمحي ولا يزول بتعويض مادي ، ولكن يقصد بالتعويض أن يستحدث المضرور لنفسه بديلا عما اصابه من الضرر فالخسارة لا تزول ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عنها وعلى هذا المعنى يمكن التعويض .

أولاً : تعريف التعويض لغة واصطلاحاً

- **التعويض لغة** :هو العوض بمعني البدل والجمع اعواض ، عاضه بكذا عوضا اعطاه اياه بذل ما ذهب منه فهو عائض ، واعتاض منه : أخد العوض ، واعتاض فلانا سأل العوض ، والتعويض من العوض وهو البدل أو الخلف [22].
- **والتعويض اصطلاحا** : هو المال الذي يحكم به على من اوقع ضررا علي غيره في نفس ، أو مال ، وهو قائم علي مبدأ إزالة الضرر الحائق بالأخرين

[22] . باسل محمد يوسف قبها ، ***التعويض عن الضرر الادبي دراسة مقارنة*** ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس فلسطين ، سنة 2009 ،ص 19 .

وهو مرتبط بوقوع الضرر لا قبله ، وهو جزء من الضمان بمعناه الواسع[23].

ثانياً: عناصر التعويض :

والذي يقوم بالتعويض هو القاضي في العادة ، إذا لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك ، وتكمن عناصر التعويض في الاتي :-

1- الكسب والخسارة :

والتعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة ، وما فاته من كسب فإذا اشترى شخص بضاعة لإعادة بيعها ، وتحقيق ربح من ذلك ، إلا أن البائع اخل بالتزامه (بإتلاف البضاعة او بالتصرف فيها للغير حسن النية تصرفا ناقلا للملكية وسلمها له) كان من حق المشتري أن يحصل من مدينه (البائع) على ما لحقه من خسارة ، وهو مقدار ما دفع في هذه البضاعة والمصاريف المختلفة التي تكبدها لإبرام الصفقة ، كذلك ما كان سيحققه من ربح في بيعها لو أن المشتري نفذ التزامه كما ينبغي ، وهو ما فاته من كسب ، ولا فرق في هذا الشأن بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية [24].

ويتضح ان للتعويض عنصرين مهمين وهما (ما أصاب الدائن من الخسارة وما فاته من الكسب) فالقاضي إذا في تقديره للتعويض سواء التعويض عن عدم التنفيذ او التعويض عن التأخير في التنفيذ ، يدخل في حسابه هذين العنصرين

---

[23] . محمد عبدالعزيز بن سعد اليمني ، ***الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة*** ، رسالة دكتوراه ، جامعة الملك سعود ، المملكة العربية السعودية ، سنة 1425- 2426 هـ ، ص 165.

[24] . محمد علي البدوي ، ***النظرية العامة للالتزام*** ، دار الكتب الوطنية بنغازي – ليبيا ، احكام الالتزام ، ج 2 ، ط 1 ، سنة 2004 ، ص51.

فيقدر أولاً ما أصاب الدائن من ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو بسبب تأخره في هذا التنفيذ ، ثم يقدر بعد ذلك ما فات الدائن من كسب ، ومجموع هذين هو التعويض [25].

وغني عن البيان إنه لا يكون هناك محل للتعويض إذا لم يصب الدائن ضرراً ولم يفته كسب من جراء عدم قيام المدين بالتزامه أو من جراء تأخره في ذلك وكثيرا ما يتحقق هذا الأمر في حالة مجرد تأخر المدين في تنفيذ التزامه ، وقد يتحقق ايضا في حالة عدم التنفيذ ، كما إذا لم يقم محام بالتزامه نحو موكله من التقدم باسمه في قائمة توزيع ، ويتبين ان تخلف المحامي لم يلحق بالموكل ضررا ولم يفوت عليه نفعا إذ انه لو كان تقدم باسمه في قائمة التوزيع لما اصاب الموكل شيء من المبلغ الموزع والدائن هو الذي يقع عليه عبء الإثبات [26]، فيثبت مقدار ما أصابه من ضرر ومقداره وما فاته من كسب [27]

2- الضرر المباشر والضرر الغير مباشر :

الضرر المباشرة هو نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالدين ، او للتأخر في الوفاء به اما الاضرار الغير مباشرة هي التي يستطيع الدائن أن يتوقاها ببذل الجهد المعقول الضرر الذي يستحق التعويض هو الضرر المباشر ، لأن الضرر الغير مباشر لا يعوض عنه سواء في المسؤولية التقصيرية ، أو المسؤولية العقدية ، يشمل التعويض عن الضرر المباشر دون الضرر الغير مباشر يجب أن يكون الضرر موضوع التعويض

---

[25] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص 844 .

[26] . ويقع عبء الأثبات علي الدائن اعمالاً للقاعدة العامة " البينة علي من ادعي واليمين علي من انكر " .

[27] د عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص844.

نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ المدين لالتزامه ، او للتأخر في الوفاء بها ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعته الدائن ان يتوقه ببذل جهد معقول ، أي أن توجد الخطأ والضرر رابطة سببية مباشرة والا انتفت المسؤولية ، سواء كانت عقدية ام تقصيرية فقد يؤدي الفعل الواحد إلى سلسلة من الاضرار ، كل منها يترتب علي سابقة ، فهنا لا تقوم رابطة السببية الا بين الخطأ وبين الضرر المباشر المترتب علي هذا الخطأ ، اما الأضرار غير المباشرة فلا تقوم بينها وبين الخطأ علاقة سببية ولا يلتزم المسؤولية بتعويضها [28].

3- المسؤولية التقصيرية ، والمسؤولية العقدية :

التعويض في المسؤولية العقدية يقتصر على الاضرار المتوقعة فقط الا إذا كان هناك غش أو خطأ جسيم من جانب المدين ، فإذا ارسل شخص حقيبة عادية مع ناقل ووضع فيها مجوهرات أو نقودا أو مستندات مهمة وضاعت الحقيبة بخطأ الناقل ، فإن الناقل لا يكون مسؤولا إلا عن قيمة حقيبة عادية لا تحتوي عادة علي اشياء ثمينة ، فهذا هو الضرر المتوقع ا لذي الناقل عند إبرام العقد هذا ما لم يكن صاحب الحقيبة قد نبه الناقل إلى ما فيها من أشياء ثمينة ، حينئذ سيكون مسؤولا عما فيها من اشياء مهمة ، كل هذا ما لم يرتكب المدين غشا أو خطا جسيما ، حينئذ يكون قد خرج عن حدود العقد ولا يستحق الحماية التي يقررها القانون المدني للمدين المتعاقد.[29]

---

[28] . نبيل ابراهيم سعد ، و محمد حسين منصور ، ***احكام الالتزام*** ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية – مصر، سنة 2002 ، ص 70- 71 .

[29] . محمد علي البدوي ، ***النظرية العامة للالتزام*** ، احكام الالتزام ، دار الكتب الوطنية بنغازي – ليبيا ، ج 2 ، ط 1، سنة 2004 ، ص52 .

اما المسؤولية التقصيرية يسأل عن كل ضرر مباشر ، متوقعا كان ، أو غير متوقع [30] ، فغذا اشعل شخص بخطأ منه النار في سيارة كان مسؤولا عن تعويض السيارة وما فيها من أشياء ثمينة قد يكون مالكها وضعها فيها ، ولم يكن ذلك متوقعا للمسؤول عن الحريق ، كذلك الحال من اعتدي علي رياضي مسببا له عاهة في رجله كان مسؤولا عن التعويض الكامل لرياضي يعيش من مهنة الرياضة ولم يكن يعرف بانه رياضي [31].

والاصل في التعويض أن يكون بقدر الضرر لا أكثر ولا أقل ، وبغض النظر عن مدي فداحة خطأ المتسبب في هذا الضرر، فالمسؤولية لجبر الضرر ، لا لمعاقبة المتسبب في هذا الضرر وردعه [32].

4- التعويض النقدي والعيني :

والقاضي يقدر التعويض عادة بمبلغ من النقود سواء في المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية أو أي التزام منشؤه مصدر اخر ، ومع ذلك قد يكون التعويض غير نقدي في بعض الحالات ، ففي دعاوي السب والقدف يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعي عليه في الصحف ، وهذا النشر يعتبر تعويضا غير نقدي عن الضرر الادبي الذي اصاب المدعي عليه ، بل

---

[30] . نبيل ابراهيم سعد ، و محمد حسين منصور ، ***احكام الالتزام*** ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية – مصر، سنة 2002 ، ص 71.

[31] . محمد علي البدوي ، ***النظرية العامة للالتزام*** ، احكام الالتزام ، دار الكتب الوطنية بنغازي – ليبيا ، ج 2 ، ط 1 ، سنة 2004 ، ص52

[32] . محمد علي البدوي ، ***النظرية العامة للالتزام*** ، مرجع سابق ، ص 52 .

قد يكون التعويض تعويضا عينيا فيجوز للقاضي أن يحكم بهدم حائط اقامها المالك تعسفا لحجب النور والهواء عن جارة [33].

والتعويض النقدي اسهل في التقدير واقل مشاكل إذ بمقتضاه يتم حسم النزاع نهائياً ، على عكس التعويض العيني الذي قد يكون مثار جدل فيما بعد بين الدائن والمدين فيدعي الأول بأن التعويض العيني (اصلاح السيارة المحطمة في حادث أو ترميم المبني) لم يتم كما ينبغي ، ويرد الثاني بأنه قد نفذ التزامه علي خير ما يرام ، مما يقضي الرجوع الي القضاء لحسم النزاع ، والذي قد ينتهي بالتعويض النقدي.[34]

5- **وقت تقدير التعويض** :

يقدر التعويض عن الضرر بالصورة التي وصل اليها وقت النطق بالحكم لافي تاريخ وقوعه ولا في تاريخ رفع الدعوي ، وقد يترتب على ذلك أن يزيد مقدار التعويض عن تقديره وقت حدوث الضرر وقد يترتب عليه أيضا أن يكون أقل قيمة بل إن القضاء يستطيع أن يحتفظ للمضرور بحقه في المطالبة بتعويض عما يطرأ من اضرار بعد الحكم ،فإن لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يعين مدي التعويض تعيينا نهائيا ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير .[35]

---

[33] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _ اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص846.

[34] . محمد علي البدوي ، ***احكام الالتزام*** ، مرجع سابق ، ص 55 .

[35] . نبيل ابراهيم سعد ، و محمد حسين منصور ، ***احكام الالتزام*** ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية – مصر ، سنة 2002 ، ص 76 .

المطلب الثاني : مفهوم القانوني للضرر :

أولاً : مفهوم الضرر لغة واصطلاحاً:

- **الضرر لغة** : يطلق على معاني كثيرة منها الهزل ، وسوء الحال ، والقحط والشدة ، وما كان ضد النفع ، والنقص في الشيء ، والنقص في الأموال والانفس [36] .
- **الضرر أصطلاحاً** : الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه ، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة ماله أم عرضه أم عاطفته ام غير ذلك [37] .

والضرر هو الركن الثاني للمسؤولية التقصيرية ، فليس يكفي لتحقق المسؤولية أن يقع خطأ ، بل يجب أن يحدث الضرر، والمضرور هو الذي يثبت وقوع الضرر به[38].

ثانياً : أقسام الضرر :

الضرر المادي (الحسي) والضرر الادبي (المعنوي) [39] .

1. **الضرر المادي (الحسي)** وينقسم إلى قسمين :
   - الضرر المادي الذي يصيب الانسان في جسمه :

---

[36] . ابن منظور ، ***لسان العرب*** ، 482/4.

[37] . الاستاذ وهبة الزحيلي ، ***نظرية الضمان*** ، دار الفكر المعاصر، بيروت – لبنان ، سنة 2003 ، ص 23 .

[38] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام – العقد – العمل غير مشروع – الإثراء بلا سبب – القانون ، دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، ج 1 ، ص 855 .

[39] . محمد سنان الجلال ، ***التعويض المادي عن الضرر الادبي او المادي غير المباشر الناتج عن الجناية او الشكوى الكيدية*** ، مقدمة للدورة الثانية للمجمع الفقهي الاسلامي ، في الدورة الثانية والعشرون المنعقدة في مكة المكرمة ، بتاريخ 2015/05/10 ، ص 16.

فالضرر الجسمي هو ما يصيب الانسان في جسمه من جراح يترتب عليها تشويه فيه أو عجز عن العمل او ضعف في كسبه ومحل الضرر : بدن الانسان سواء كان بإتلاف النفس أو بقطع عضو من الاعضاء أو بتعطيل معني من المعاني كإذهاب منفعة السمع أو البصر أو بعاهة تقعد الانسان عن العمل .

- الضرر المادي الذي يصيب الانسان في ماله :

هو كل أدى يصيب الانسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها أو نقص منافعها أو عن زوال بعض اوصافها ونحو ذلك من كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث الضرر وهذا النوع يشمل كل ما محله المال سواء كان حيواناً أم منقولا أم عقاراً ، وسواء كان الضرر الذي لحق به إتلافا تاما للذات ام تعطيلا لبعض الصفات أم حدوث نقص فيها أو تعييب أو باستيلاء عليه والتعدي علي حيازة صاحبه بحيث يخرج عن الانتفاع به المنفعة المطلوبة .

2. الضرر الأدبي المعنوي

هو كل أذى يصيب الإنسان في عرضه أو في عاطفته أو شعوره ، وسمي ضرراً أدبياً أو معنوياً ، لأنه غير مادي ، فإن محله العاطفة والشعوري .

ويمكن إرجاع الضرر الأدبي إلى[40] :

---

[40] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام – العقد – العمل غير مشروع – الإثراء بلا سبب – القانون ، دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، ج 1 ، ص864 ، و محمد سنان الجلال ، ***التعويض المادي عن الضرر الادبي او المادي الناتج عن الجناية أو الشكوى الكيدية*** ، مرجع سابق ، ص 22- 23 .

- ضرر أدبي يصيب الجسم ، فالجروح ، والتلف الذي يصيب الجسم والا لم الذي ينجم عن ذلك وما قد يعقب من تشويه في الوجه أو في الأعضاء أو في الجسم بوجه عام ، كل هذا يكون ضرراً مادياً وادبياً إذا نتج عنه انفاق المال في العلاج أو في القدرة علي الكسب المادي ، ويكون ضرراً ادبياً فحسب اذا لم ينتج عنه ذلك .
- ضرر أدبي يصيب الشرف، والاعتبار ، والعرض ، فالقدف والسب وهتك العرض وإيذاء السمعة بالتقولات ، والتحرصات ، والاعتداء على الكرامة كل هذه اعمال تحدث ضرراً أدبياً إذا هي تضر بسمعة المصاب وتؤدي شرفه واعتباره بين الناس .
- ضرر أدبي يصيب العاطفة والشعور والحنان ، فانتزاع الطفل من حضن أمه وخطفه والاعتداء الاولاد أو الزوج أو الزوجة ، كل هذه أعمال تصيب المضرور في عاطفته وشعوره وتدخل إلى قلبه الغم والاسي والحزن ، ويلحق بهذه الاعمال : كل عمل يصيب الشخص في معتقداته الدينية وشعوره الأدبي .
- ضرر أدبي يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له ، فإذا دخل شخص ارضا مملوكة لأخر بالرغم من معارضة المالك جاز لهذا أن يطالب بتعويض عما اصابه من الضرر الأدبي جراء الاعتداء على حقه حتي ولو لم يصبه ضرر مادي من هذا الاعتداء .

ثالثاً : شروط الضرر الموجب للتعويض :

لكي يكون الضرر الناشئ عن الخطأ موجبا للتعويض يجب أن تتوافر به عدة خصائص ، فهذا الضرر يجب أن يكون ضررا مباشرا ناجما عن احد اعمال المخطئ بالإضافة إلى ذلك يشترط به ان يكون محققا وخاصا فضلا عن مساسه بمركز يحميه القانون ، واخيرا يجب أن يكون قابلا للتقدير بالنقود ، **اشترط القائلون بالضرر الأدبي شروطا لابد منها حتي يتحقق الضرر الأدبي وسنتناول هذه الشروط كما يلي :**

1. أن يكون الضرر محققا ، أي أن يكون واقعا فعلا وموجودا وثابتا وتشهد عليه الأدلة والقرائن والظروف المحيطة بحيث لاتدع مجالا للشك ، بل تصل إلى مرحلة الظن الغالب ، وهذا يعني أن لا يكون محتملا ، ويعتبر الضرر المستقبلي من الاضرار المحققة إذا توفرت الادلة والقرائن المؤكدة علي وجوده حتي وإن تراخي وقوعه إلى زمن لاحق ، ويتمثل الضرر المتحقق فيمن قذف انسانا ، أو شوه سمعته ، او وجدت الام من جراء التعدي علي جسم المجني عليه ولاشك أن هذه الاضرار موجودة ومشاهدة ويمكن تقدير الضرر الواقع فيها [41].
2. يقابل هذا الشرط عمومية الضرر ، أي انه يجب أن يقع الضرر على فرد معين أو مجموعة أفراد معينة يسهل تحديدهم ، اما الضرر العام فهو الذي يصيب عدداً غير محدد من الأفراد ويقع عبء تحمله علي الجميع ، أي يقع تحت مسمي الاعباء والتكاليف العامة ، ولا يقصد به الجسامة ، إذ أنها ليست

[41] . محمد سنان الجلال ، ***التعويض المادي عن الضرر الادبي او المادي الناتج عن الجناية أو الشكوى الكيدية*** ، مرجع سابق، ص 23 .

شرطاً في الضرر ، إلافي حالة المسؤولية بدون خطأ، فإحداث تغيير بطريق عام لا يعتبر ضرراً خاصاً [42] .

3. يقصد بذلك أن يكون الضرر قد جاء كنتيجة مباشرة ، وبمفهوم أخر يعبر عنه بعلاقة سببية بين الخطأ والضرر الناجم عن هذا الخطأ أي أنه قد جاء كنتيجة حتمية لنشاط المتسبب له ، والضرر المباشر هو الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام او للتأخر في الوفاء به ، ويعد الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول [43] .

4. أن يشتمل الضرر علي إخلال بمصلحة أو حق ثابت للمضرور ، ويعني ذلك إنه يحدث اثر فعليا يترتب عليه ضياع حق من حقوق الحرية الشخصية والكرامة الانسانية أو من حقوق ابتكاره وانتاجه العلمي وحقه في الانتفاع بشيء مشروع [44].

5. أن هذا الشرط لا يمثل أي اشكالاً بالنسبة للضرر المادي الذي أصاب مصلحة مالية للمضرور مثل حرمانه من ربح معين ، ولكن يثور بالنسبة للضرر الأدبي أو المعنوي والتي يصعب تقديرها أو تقويمها بالمال ، ولكن ذلك لا يعني استحالة التعويض حتي ولو كان من قبيل رد الاعتبار[45] .

---

[42] . غازي فوازن ضيف الله العدوان ، ***الضرر الناشئ عن خطأ الادارة والتعويض عنها*** ، دراسة مقارنة بين الاردن ومصر ، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الاوسط ، سنة 2013/2012 ، ص 86 .

[43] . فواز صالح ، ***التعويض عن الضرر الادبي الناجم عن جرم*** ، دراسة مقارنة ، مجلة جامعة دمشق للعوم الاقتصادية والقانونية المجلد 22 ، العدد الثاني، 2006 ، ص 279 .

[44]. محمد سنان الجلال ، ***التعويض المادي عن الضرر الادبي او المادي غير المباشر الناتج عن الجناية او الشكوى الكيدية*** ، مقدمة للدورة الثانية للمجمع الفقهي الاسلامي ، في الدورة الثانية والعشرون المنعقدة في مكة المكرمة ، بتاريخ 2015/05/10 ، ص23 .

[45] . غازي فوان ضيف الله العدوان ، ***الضرر الناشئ عن خطأ الادارة والتعويض عنها*** ، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الاوسط ، سنة 2012 /2013 ، ص 87.

المطلب الثالث : المفهوم الفقهي للتعويض عن الضرر.

أولاً: تعريف المفهوم الفقهي للضرر :

يعتبر الضرر سبباً اساسياً للضمان في الفقه الاسلامي ، ولعل هذا ما جعل الفقه الاسلامي يعتد بالضرر ، حيث يدور الضمان مع الضرر وجوداً وعدماً بحيث إذا انعدم الضرر ، فلا محل للضمان ، وقد اتفقت المذاهب الفقهية الاربعة علي أنه إذا دفع المضارب المال إلي غيره مضاربة دون ان يأذن له رب المال فيتعين به الضمان اذا هلك في يد المضارب الثاني لأنه تصرف في المال بغير اذن المال[46].

- **عند الفقهاء القدامى :**

ذكر الفقهاء المتقدمون للضرر عدة تعريفات منها :

1- قال صاحب معين الحكام " والضرر ما يضر صاحبك ولا ينفعك" وقال بعضهم "الضرر ما ينفعك ويضر صاحبك "، فيكون الضرر ما قصد به الاضرار بغيره [47] .

2- وعرفه الخشني : الضرر هو ما لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة والضرار ما ليس لك فيه منفعة وعلي جارك فيه مضرة [48].

3- عرفه الإمام النووي الضرر بأنه : الأذى [49].

---

[46] . هشام ابراهيم توفيق ، ***الشرط الجزائي بين الفقه الاسلامي والقانون المقارن*** ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، سنة 2001 ، ص 170 .

[47] . كتاب ***معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام*** ، منقول من محمد عبدالعزيز ابو عبادة ، ***التعويض عن الضرر في الفقه الاسلامي*** ، رسالة ماجستير ، لجامعة نايف العربية للعلوم الامنية ، السعودية – الرياض ، سنة 2011 ، ص43 .

[48] . سليمان بن خلف بن سعد الباجي ، ***المنتقي شرح الموطأ*** ، دار السعادة – القاهرة – مصر ، ط 1 ، ج 6 سنة 1331 هـ ، ص 40 .

[49] . يحي بن شرف بن مري النووي ، ***تحرير الفاظ التنبيه*** ، تحقيق عبدالغني الدقر ، دار القلم ، دمشق ، سوريا ، ط 1 ، 1408 هـ ، ص128 .

- **التعريفات المعاصرة للضرر :**

- عرفه محمد المدني أبو ساق بأنه "كل أذي يلحق الشخص سواء أكان في مال متقوم محترم أو جسم معصوم أو عرض مصون [50].
- وعرفه الدكتور وهبة الزحيلي بأنه " إلحاق مفسدة بالأخرين ، أو هو كل اذي يلحق الشخص سواء أكان في ماله أو في جسمه أو عرضه أو عاطفته [51] .
- وعرفه السيد امين بأنه "عبارة عما يصيب المعتدي عليه من الأذى فيتلف له نفسا أو عضواً أو مالاً متقوماً محترماً [52] .

ثانياً : المعني الفقهي للتعويض :

1- **الضمان لغة** : هو الالتزام ، وفي اصطلاح الفقهاء فإنهم يطلقونه بعدة معانٍ فيطلقونه على الكفالة، فيقولون عقد الضمان ، وعقد الكفالة على أنهما لفظان مترادفان يراد بهما الالتزام بحق ثابت في ذمة غيره وهو ضمان الدين ، أو بإحضار من هو عليه وهو ضمان النفس أو الوجه ، أو بتسليم عين مضمونة وهو ضمان العين.[53]

هذا هو استعمال الفقهاء لاسم الضمان بالمعنى الخاص، إلا أنهم يستعملونه فيما هو أعم منذ ذلك بأنه ضمان المال بعقد أو بغير عقد كاعتداء ويراد بهذا

---

[50] . محمد المدني ابو ساق ، ***التعويض عن الضرر في الفقه الاسلامي*** ، دار اشبيليا ، الرياض – المملكة العربية السعودية ، ط 2 ، سنة 1428 هـ ، ص 29..

[51] . وهبة الزحيلي ، ***نظرية الضمان*** ، مرجع سابق ، ص 33 .

[52] . السيد امين ، ***المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الاسلامي المقارن*** ، دار النشر مكتبة الاسكندرية ، دون سنة نشر ، ص 93 .

[53] . ايمن ابو العيال ، ***فكرة ضمان العقد في الفقه الاسلامي*** ، مجلة جامعة دمشق ، المجلد 19 ، العدد الثاني ،2003 ، ص82 .

المعنى العام عندهم : شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل ، والمراد ثبوته فيها مطلوباً أداؤه شرعاً عند تحقق شرط أدائه ، سواء أكان مطلوباً أداؤه في الحال كالدين الحال ، أم في الزمن المستقبل المعين كالدين المؤجل إلى أجل معين ، إذ هو مطلوب أداؤه إذا ما تحقق شرط أدائه ، وكالمبيع في يد من اشتراه بعقد فاسد فإن ضمانه على مشتريه ما دام في يده فيضمنه بقيمته لبائعه إذا هلك [54] .

وبعد البحث ثم العثور على ثلاثة تعاريف للتعويض ولكن اصحابها اوردوها بمسميات أخرى في الاصطلاح :

- عرف ابن قيم الجوزية العوض بأنه مقابلة المتلف من مال الادمي [55]

ويلاحظ ان ما يعيب هذا التعريف إنه قيد العوض أي التعويض بحالة التلف مع إن العوض يمكن أن يكون بالتلف وبغيره ايضاً

- عرف الشيخ ميار المالكي المعاوضة بأنها أخد ما يخالف الشيء المدعي به إما في الجنس أو الصفة [56].
- عرف البيجيرمي المعاوضة بأنها عدولة عن حقه المدعي به الي غيره [57]

اما الباحثون والشراح المعاصرون فقد بذلوا جهوداً طيبة في بيان المراد بالتعويض وصنفوا في الموضوع بحوثاً ورسائل عديدة ، فقد استعمل بعضهم لفظ

---

[54] . ايمن ابو العيال ، ***فكرة ضمان العقد في الفقه الاسلامي*** ، مرجع سابق ، ص 82 .

[55] . ***كتاب اعلام الموقعين عن رب العالمين*** ، منقول من رسالة محمد عبدالعزيز ابو عبادة ، ***التعويض عن الضرر في الفقه الاسلامي*** ، مرجع سابق ص 28 .

[56] . ***كتاب الاتقان والاحكام في شرح تحفة*** الحكام ، ميار محمد الفاسي ، منقول من رسالة محمد عبدالعزيز ابو عبادة ، ***التعويض عن الضرر في الفقه الاسلامي*** ، مرجع سابق ص 28 .

[57] ***كتاب التجريد لنفع العبيد*** ، سليمان محمد البيجيرمي ، منقول من رسالة محمد عبدالعزيز ابو عبادة ، ***التعويض عن الضرر في الفقه الاسلامي*** ، مرجع سابق ص 28 .

الضمان سيراً علي مصطلح الفقهاء القدامى ، وفضل اخرون استعمال لفظ التعويض توخيا للدقة ، **ومن هذه التعريفات ما يلي :**

1- إن التعويض هو رد بدل التلف [58].

2- إن الضمان هو الغرامة لقيمة الشيء أو نقصانه [59].

3- إن الضمان هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية [60].

4- إن التعويض هو المال الذي يحكم به على من اوقع ضرراً علي غيره في نفس أو مال أو شرف [61] .

- **الاصول الشرعية للتعويض عن الضرر :**

إن حفظ الأموال من الضروريات الخمسة التي جاءت بها احكام الشريعة الغراء لصيانتها ويعد الضمان أو التعويض عن الضرر أحد أهم الوسائل الشرعية لحفظ اموال الناس وصيانتها ، وكانت فكرة الاسلام القائمة على أساس أن الإنسان مأخوذا بما يفعله في حقوق الناس ، ما لم يردها ، أو يرد مثلها أو قيمتها ،كافية في تقرير مبدأ التعويض عن الضرر ، وهكذا يتبين أن فكرة التعويض عن الضرر معهودة في الفقه الاسلامي ، وإن نصوص الشرع الواردة في القرآن الكريم في التعويض عن الضرر كثيرة ، تعطي النفس طمأنينة علي رسوخ معني التعويض في التشريع ، وانني في هذا المقام اكتفي بذكر بعضها فيما يلي :

---

[58] . صبحي المحصاصي ، ***النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية*** ، دار العم للملايين ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية 1972 م ، ص 158 .

[59] . احمد بن محمد الزرقاء ، ***شرح القواعد الفقهية*** ، بتصحيح وتعليق ابن المؤلف احمد الزرقاء دار القلم دمشق سوريا ، ط 2 ، سنة 1993 ، ص 431.

[60] . وهبة الزحلي ، ***نظرية الضمان او احكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي***، دار الفكر دمشق ، سنة 2012 ، ط 9 ، ص 15.

[61] .محمود شاتوت ، ***الاسلام عقيدة وشريعة*** ، دار الشروق ، ط18 ، سنة 2001 ، ص 415 .

وفي الكتاب العزيز ما يدل علي الضمان قوله تعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ [62] فقد اوجب ادلة الامانة على من احتازها وقبضها ووجوب الأداء عليه يستلزم شغل ذمته به ، لأنه أثر لتوجه الخطاب والطلب إليه ، كما هو مبين ، وذلك ما يتحقق به معنى الضمان وأنه شغل الدمة مما يجب الوفاء به .

فقال تعالى : ﴿لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ [63].

وقال تعالى ﴿ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾[64] أي ضامن [65] وقوله تعالى ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ ﴾ فالغاصب يجب عليه رد المغصوب نفسه ما جام قائماً موجوداً [66].

فكل هذه الآيات الدلالة ظاهرة فيها علي أخد الشيء عوضاً أو ضماناً على مقابله وهو مفهوم التعويض عن الضرر.

وكذلك ورد في السنة ما يدل علي الضمان أو التعويض عن الضرر :

روي عن صفوان بن اميمة أن النبي صلي الله عليه وسلم {استعار منه ادرعا يوم حنين فقال اغصباً يا محمد ؟ بل عارية مضمونة قال فضاع بعضها ، فعرض عليه النبي صلي الله عليه وسلم أن يضمنها له فقال أنا اليوم في الاسلام ارغب }[67] .

---

[62] .سورة النساء ، الآية 58 .

[63] .سورة البقرة .. الآية 233 .

[64] .سورة يوسف ، الآية 72 .

[65] .علي الخفيف ، ***الضمان في الفقه الاسلامي*** ، دار الفكر العربي القاهرة ، سنة 2000 ، ص9 .

[66] .سورة النحل ، الآية 126 .

[67] . تقي الدين أبو الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري ، المعروف بابن دقيق العيد ، ***الإلمام بأحاديث الأحكام*** ، دار المعراج الدولية – دار ابن حزم – السعودية – الرياض / لبنان – بيروت ، ط 2 ، ج2 ، رقم الحديث 1056 ، سنة 1423هـ – 2002م ، ص 540 .

كذلك روي عن جابر بن عبدالله أن النبي صلوات الله وسلامه عليه كان النبي صلى الله عليه و سلم {لا يصلي على رجل عليه دين فأتى بميت يعنى عليه د ين فقال صلوا على صاحبكم قال أبو قتادة هو علي يا رسول الله فصلى عليه فلما فتح الله الفتوح قال أنا أولى بالمؤمنين من ترك دينا فعلي ومن ترك مالا فلورثته }[68] .

وَعَن أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْه أَن النَّبِي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم كَانَ عِنْد بعض نِسَائِهِ فَأرْسلت إِحْدَى أُمَّهَات الْمُؤمنِينَ مَعَ خَادِم بقصعة فِيهَا طَعَام فَضربت بِيَدِهَا فَكسرت الْقَصعَة فَضمهَا وَجعل فِيهَا الطَّعَام وَقَالَ كلوا وَحبس الرَّسُول والقصعة حَتَّى فرغوا فَرفع الْقَصعَة الصَّحِيحَة وَحبس الْمَكْسُورَة رَوَاهُ البُخَارِيّ وَفِي رِوَايَة لِلتِّرْمذِي أَهْدَت بعض أَزوَاج رَسُول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم إِلَى النَّبِي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم طَعَاما فِي قَصْعَة فَضربت عَائِشَة الْقَصعَة بِيَدِهَا فَأَلْقَت مَا فِيهَا فَقَالَ النَّبِي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم طَعَام بِطَعَام وإناء بِإِنَاء ثمَّ قَالَ حسن صَحِيح [69].

وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم : حدثنا محمد بن المثنى حدثنا ابن أبي عدي عن سعيد عن قتادة عن الحسن عن سمرة : عن النبي صلى الله عليه و سلم {قال على اليد ما أخذت حتى تؤدى} قال قتادة ثم نسي الحسن فقال فهو أمينك لا ضمان عليه يعني العارية ، أي يجب علي اليد رد ما أخدته ، فما أخدته اليد (ضمان على صاحبها) [70] .

---

[68] . محمد بن أحمد بن الغطريف الجرجاني ، ***جزء ابن الغطريف*** ، دار البشائر الإسلامية – بيروت ، ط 1 ، ج 1 ، رقم الحديث ، سنة 1417 – 1997 ، ص 73 .

[69] . ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري ، ***تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج*** ، دار حراء – مكة المكرمة ، ط 1 ، ج 2 ، رقم الحديث 1289 سنة 1406 ، ص 282 .

[70] . محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي ، ***الجامع الصحيح سنن الترمذي*** ، دار إحياء التراث – بيروت – لبنان ، ج3 ، رقم الحديث 1266 ، ص566.

كذلك فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم فيما رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما : { لا ضرر ولا ضرار } والضرر : الضر والفرق بينه وبين الضرار أن الضر فعل الشخص الواحد والضرار فعل الاثنين فصاعد وقيل : الضرار هو أن تضر من غير أن تنفع والضر أن تضر وتنتفع انت به . وقيل : الضرار: الجزاء على الضر ، فالضر يكون ابتداء والضرار جزاء له [71].

(لا ضرر ولا ضرار) أي لا يجوز الإضرار بالغير ، ولا مقابلة الضرر في مال الغير يقول الشيخ احمد الزرقا : (وهذا الحديث يرسى قاعدة هي من أركان الشريعة ، وهي أساس لمنع الفعل الضار ، وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة ، كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المنافع ودرء المفاسد) ولا يدخل في الحديث القصاص والإتلاف المشروع على تفصيل فيه ولفظ (ضرر) نكرة ورد في سياق النفي للجنس فهو عام يشمل كل ما يطلق عليه اسم الضرر وهو الإيذاء والنقص ، ويشمل كذلك الضرر الخاص والعام [72].

- **أساس الضمان أو التعويض عن الضرر :**

أن الضمان أو التعويض يغطي الضرر الواقع فعلاً ويساويه فلا يجوز أن يزيد التعويض عن قدر الضرر ، ولا ينقص عنه لأن هذا ينافى العدل الذي راعته الشريعة الاسلامية في جميع أحكامها .

فالمقصود من التعويض هو جبر الضرر الواقع بالتعدي ، أو الخطأ دون النظر لمن حدث منه الضرر ، ودون اعتبار لوجود الاثم في الجناية أو عدم وجوده ، لأن الضرر

---

[71] . الشيخ علي الخفيف ، ***الضمان في الفقه الاسلا***مي ، دار الفكر العربي القاهرة ، سنة 2000 ، ص11.

[72] . محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني ، ***سنن ابن ماجه*** ، دار الفكر – بيروت ، ج2 ، رقم الحديث 2341 ، ص 784

واقعة مادية ، وعليه فيجب أن يكون التعويض مقدراً على اساس تغطية ما وقع فعلاً دون زيادة أو نقصان ، ودون تمييز بين متسبب وأخر ، لان تقويم المتلفات لا يختلف باختلاف الناس ، إنما يختلف باختلاف البلاد والازمان ولا بالنظر في الضمان إلى نفس المفوت ، لا إلى اغراض الملاك [73] .

والقاعدة العامة في التعويض هي مراعاة المثلية التامة بين الضرر وبين العوض جاء في المبسوط :(ضمان العدوان مقدار بالمثل بالنص) وعليه فإذا لم يترتب على الفعل ضرر لم يجب به ضمان ، لأن التعويض في الفقه الاسلامي لا يكون إلا عن ضرر واقع فعلا [74].

- **شروط استحقاق الضمان أو التعويض عن الضرر :**

1- أن يكون الضرر قد أصاب المتضرر في ماله أو بدنه .

يخص هذا الشرط ما يعد مالاً شرعاً ، وعرفاً لتطبيق مبدأ التعويض عن الضرر فما كان مالاً ثبت له أحكام الجبر بالتعويض إذا تلف ، وما لم يكن مالاً في الشرع والعرف ، فلا جبر فيه ، لان الجبر بالتعويض خاص بما يصيب المال من ضرر وكذلك ما يصيب البدن من ضرر نتيجة تعدي أو تفريط [75] .

2- أن يكون المال متقوما مملوكاً للمتلف عليه .

ذكر الكساني في بدل الصنائع : واما شرائط وجوب الضمان فمنها أن يكون المتلف مالاً فلا يجب الضمان بإتلاف الميتة والدم وجلد الميتة وغير ذلك مما ليس بمال

---

[73] . عبدالعزيز اليمني ، ***الشرط الجزائي واثره علي العقود المعاصرة*** ، مرجع سابق ، ص 166 .

[74] . شمس الدين السرخسي ، ***المبسوط للسرخسي*** ، دار المعرفة – بيروت ، ط1، المجلد الحادي عشر ، سنة 1409 – 1989 ، ص 79 .

[75] . محمد بن المدني ابو ساق ، ***التعويض عن الضرر في الفقه الاسلامي*** ، ص 177 .

وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيوع ، ومنها أن يكون متقوما فلا يجب الضمان بإتلاف الخمر والخنزير على المسلم سواء كان المتلف مسلماً أو ذميا لسقوط تقوم الخمر والخنزير في حق المسلم [76] .

3- أن يكون في ايجاب التعويض فائدة .

القصد من هذا لا شرط أن يكون في القدرة الوصول للحق ودفع الضرر ، كي لا يكون في ايجاب الحق في التعويض عبثاً ، لعدم القدرة للوصول إلى ذلك الحق ، وعدم إمكانية الوصول الى الحق ينشأ من عدم الولاية أو السلطة ، إذا ليس لحاكم بلد أو ولاية لتنفيذ الاحكام على رعايا بلد أخر ، وهو ما يعرف في العصر الحديث : بمبدأ إقليمية القانون ، كما لا يمكن الوصول الى الحق إذا انعدمت السلطة والولاية علي الأشخاص ، وإن كانوا في دار الاسلام ، كما في حالة البغاة إذا اتلفوا مال العدل[77].

4- أن يكون المتلف من أهل الضمان .

قال صاحب قواعد الأحكام : الجوابر مشروعة لجلب ما فات من المصالح والزواجر مشروعه لدرء المفاسد ، والغرض من الجوابر جبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده ، ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر اثما ، وكذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان وعلى المجانين والصبيان بخلاف الزواجر فإن معظمها لا يجب إلا على وقد تجب الزواجر دفعاً للمفاسد من

---

[76] .أبوبكر سعود الكساني، ***بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*** ، دار التراث العربي ، بيروت – لبنان ، الطبعة الاولي ، ج 7 ، 1317 / 1997 م .ص167.

[77] . محمد ابو ساق المدني ، ***التعويض عن الضرر في الفقه الاسلامي*** ، مرجع سابق ، ص188 .

غير إثم ولا عدوان [78] لان الإتلاف أمر حقيقي وجوده علي العلم وغيره ، كما أن اساس الضمان في أمور الجبر ، وليس الجزاء والعقوبة ، وحالة الجبر ينظر فيها إلى عصمة المحل ولذلك فلا فرق في ضمان المتلف المخطئ ، والعامد ، والجاد ، واللاعب والعاقل والمجنون ، والصبي ، والفرق الوحيد بين الفعل المعتمد والخاطئ : وهو في كون البالغ العالم بفعله يضمن ويأثم ، وفي غير ذلك يضمن ولا يأثم ، والإثم وعدمه لا يؤثران في الضمان [79] .

5- أن يكون الضرر محقق الوقوع بصفة دائمة .

إن العبرة بالتعويض جبر النقص الحاصل في مال المتضرر أو بدنه ، ولذلك لا يجب شيء في الضرر غير المحقق ، كالضرر المحتمل الوقوع ، والضرر المتوقع بتفويت الفرصة كون هذه الأضرار غير محققة الوقوع ، ومن هنا لا يجب التعويض بمجرد حدوث الفعل الضار ، بل إن هذا الشرط يقتضي أن يكون الضرر محققا بصفة مستمرة فيقول الكاساني : شرط الوجوب وهو العجز عن الانتفاع عن طريق الدوام وعليه فإذا رجع الشيء إلى الحالة التي كان عليها ، فلا ضمان كما لو نبتت سن الحيوان المجني عليه ، أو عولج الجرح الواقع على الحيوان اثناء مدة الغضب ، ففي هذه الحالة ونحوها ينتفي الضمان ايضا ، لعدم تحقق الضرر بصفة دائمة ، لأن صاحب الحق يستطيع الانتفاع بماله على الوجه الذي كان عليه قبل حدوث الضرر ، ولأن سبب الضمان قد زال بزوال الضرر الذي احدثه فعل الجاني ، فصار الضرر كأن لم

---

[78] . ابي محمد عبدالعزيز بن عبدالسلام السلمي ، ***قواعد الأحكام في مصالح الأنام*** ، مكتبة الكليات الازهرية ، مصر القاهرة ، ج 1 ، سنة 1994 ، ص 178 .

[79] .محمد بن المدني بو ساق ،***التعويض عن الضرر في الفقه الاسلامي*** ، ص 306 ,

يكن ، فتبين بذلك أن هذا الضرر لم يكن موجباً للضمان ولعدم تحققه بصفة دائمة[80] .

المبحث الثاني : التطور التاريخي للشرط الجزائي :

لاشك أن الشرط الجزائي لم يكن معروف وبهذه الطريقة في العصور القديمة ولاشك أنه قد مري بعدة مراحل حتي وصل إلى ما هو عليه الان وحتى وضع له هذا النظام القانوني .

ولبيان التطور التاريخي للشرط الجزائي سينقسم هذا المبحث الى : الشرط الجزائي في العصور القديمة **أولاً** ، الشرط الجزائي في العصور الحديثة **ثانياً** .

المطلب الأول: الشرط الجزائي في العصور القديمة :

أولاً : الإنسان البدائي والتعويض :

عرف الإنسان في المجتمعات البدائية معني المقابل الذي يشتمل في معناه العام التعويض الذي ما هو في الواقع إلا مقابل لضرر ، فالتعويض على هذا التصور قد ارتبط في ذهن الإنسان البدائي بمعنى جبر الضرر فهو يطلب المقابل أو يدفعه جبراً لما يتصوره من ضرر أصابه فالمقايضة في نظر الانسان البدائي كانت تتم على أساس فهمه لفكرة التعويض وليس على أساس فهمه لفكرة المقابل من الأداءات ولا يؤثر في هذا الرأي القول بأن التعويض ما هو إلا عوض مالي عن الضرر لأن المال لم يعرف في الجماعات البدائية الاولى إلا في وقت متأخر وحتى

[80] .محمد عبدالعزيز ابو عبادة ، ***التعويض عن الضرر في الفقه الاسلامي*** ، رسالة الماجستير ، جامعة نايف العربية للعلوم العربية ، سنة 2011 ، ص111.

حين عرف المال لم يكن هو السبيل الوحيد للتعامل بين أفراد المجتمع ، واننا إذا امعنا النظر في جميع مظاهر الحياة في المجتمعات البدائية نجد فكرة التعويض تكاد تسيطر على كل امر فيها فالزواج مثلاً كان يتم عن طريق عدد من الابقار يقدمه الرجل الى اهل المرأة وذلك كتعويض عما يصيبهم من ضرر جراء فقدهم لها كيد عاملة ستنتقل الي الرجل واهله ،وكذلك التعويض عما تكلفه تلك اليد في تربيتها وتنشئتها ولم يمكن الانتفاع بها بعد زواجها [81]

ثانياً : عند السومريين [82]:

لعل أفضل ما يستدل به على معرفة السومريين للتعويض الاتفاقي هي المواد التي كتبها السومريين على الالواح التي وجدت بمتحف الشرق القديم باستانبول وهي رغم عدم اكتمالها ، وفعل عامل الزمن فيها إلا أنها ذات أهمية عظمى في بيان موضوع التعويض عندهم علي وجه الخصوص ، ذلك انها تنص علي مبدأ القصاص [83] .

وتقضي تلك المواد بما يلي :

المادة الأولى : إذا رجل ضد رجل بآلة قطع القدم ، فعليه ان يؤدي عشرة شعلات من الفضة .

---

[81] . حسني محمد جاد الرب ، ***التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام*** ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية – مصر ، سنة .2013 ، ص 33.

[82] . هي حضارة قديمة في جنوب بلاد الرافدين ، وقد عرف تاريخها من شظايا الألواح الطينية المدونة بالكتابة المسمارية ، وظلت الكتابة السومرية 2000 عام, لغة الاتصالات بين دول الشرق الأوسط في وقتها.

[83] . حسني محمد جاد الرب ، ***التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام*** ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية – مصر ، سنة 17.03.2013 ، ص 35 .

المادة الثانية : إذا كسر رجل عظام رجل اخر بالسلاح فسوف يؤدي منا واحداً من الفضة .

المادة الثالثة : إذا قطع رجل انف رجل بآلة جيسير فسوف يؤد 3%2 ممن الفضة .

وإذا ثبت لنا أن دفع الدية هو المقابل في حالات القتل ، والجرح ،فإننا نستطيع عن طريق الاستقراء بسبب عدم وصول النصوص الكافية عن المعاملات السومريين غير ما ذكرنا القول بأن مبدأ التعويض عن طريق دفع المال هو المقرر عندهم في مختف الحالات التي يصيب فيها الشخص ضرر في ماله بمعنى أنه يمكن التعميم في حالات النفس ، والمال [84] .

ثالثاً : في القانون البابلي :

لم يعرف البابليون الشرط الجزائي لا باسمه ، ولا بصورته الموجودة في الوقت الحاضر ولكن لما كانت العقود غير ملزمة في القانون البابلي لجأوا إلى تضمين عقود البيع ، والنكاح شرطا هو عبارة عن عقوبة مالية لمن يرجع عن العقد ، فاعتبر هذا بداية لما يعرف بالشرط الجزائي [85].

---

[84] . حسني محمد جاد الرب ، ***التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام*** ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية – مصر، سنة 17.03.2013 ، ص 35 .

[85] . محمد بن عبدالعزيز بن سعد اليمني ، ***الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة*** ، رسالة دكتوراه ، جامعة الملك سعود ، السعودية سنة 1426/1425 ، ص 19 .

رابعاً : عند الاشوريين [86]:

يظهر من مواد القانون الاشوري أن التعويض الذي أخد شكل الدية كان اختياريا فمثلا نصت مواده على أنه إذا قتل رجل كائناً حياً فإن من حق صاحب هذا الكائن الحي أن يطالب بالتعويض إذا رآه مناسباً أو يصير على موت المجرم وكذلك الحال إذا كان المقتول جنيناً في الرحم وذلك منعا للإجهاض .

وعرف أيضا القانون الأشوري كذلك الشروط الجزائية وهي ما يعرف في القانون الحالي بالتعويض الاتفاقي فقد عثر على عقد نص فيه على أن "كل من ينازع في الصفقة باسم البائع يقدم حصانين أبيضين للإله آشور وأربعة من الجحوش إلى ترجال ، ووزنتين من الفضة ووزنة من الذهب إلى عشتا دنيوي إلى جانب التعويض الواجب دفعه إلى المشتري وهو مقدر بعشرة امثال قيمة العقار ونصت إحدى مواد القانون الآشوري على أن من ينازع في عقد البيع يدفع عشر مينا من الفضة وكمية للمعبد بخلاف التعويض المعتاد ، وقد نقل عن لآشوريين العمل بالتعويض الاتفاقي في حالة التأخر في التنفيذ فقد أعطى كتسير آشور سلفة مالية لثلاثة أشخاص كان عليهم أن يوردوا له كمية من الدريس العلف وقد أخد أحدهم على عاتقه مسؤولية تسليمها بالكامل وتحمل التعويضات في حالة عدم مراعاة التنفيذ في الآجل المحدد [87]

---

[86] . هي مجموعة عرقية دينية ساميّة مسيحية تسكن في شمال ما بين النهرين في العراق وسوريا وتركيا وبأعداد أقل في إيران، كما توجد أعداد أخرى في المهجر في الولايات المتحدة ودول أوروبا وخاصة بالسويد وألمانيا.

[87] .حسني محمد جاد الرب ، ***التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام*** ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية – مصر ، سنة 17.03.2013 ، ص 37 -38 .

خامساً : في القانون الاغريقي :

كان الاغريق ينصون في عقودهم المالية على عقوبة مالية على من يخل بالتزامه والهدف منها إجبار المدين علي تنفيد التزامه وكانوا احرار في قدر تلك العقوبة ولم يكونوا مقيدين بحد معين ولم تكن القوة القاهرة تعفي المدين من دفع الغرامة المالية وكان يمكن للقاضي الجمع بين تنفيد العقد وايقاع العقوبة المالية علي المدين[88] .

سادساً : في القانون الروماني :

وجدت فكرة الشرط الجزائي في القانون الروماني ، وقد اطلقت عليها التسمية اللاتينية الاتية ((stipulation poena)) وهي عبارة تحمل معنى الاشترا والعقاب ، إذ كان الرومان يعتبرون المدين الذي لا ينفذ التزاماته مجرماً وكان غاية الشرط الجزائي حينذاك ليس تعويض الضرر الناتج عن عدم تنفيذ الالتزام ،بل قمع الجرم المقترف من قبل المدين بعدم تنفيذ التزامه ، ثم انتقل استعمال الشرط الجزائي إلى البلاد التي تأثرت بالقوانين الرومانية ،وكان يسود هذا الانتقال فكرة العقاب ايضا [89].

سابعاً : في القانون الكنسي:

بدأ ظهور الشرط الجزائي كتعويض عن الضرر في القانون الكنسي ، فأعطى بعض مفكريه سلطة تقديرية للقاضي في تعديل الشرط الجزائي بالزيادة إذا كان اقل

---

[88] . محمد بن عبدالعزيز بن سعد اليمني ، ***الشرط الجزائي واثره علي العقود المعاصرة*** ، مرجع سابق ص19.

[89] . طارق محمد ابوليلي ، ***التعويض الاتفاقي في القانون المدني*** ، ، رسالة الماجستير ، جامعة النجاح الوطني ، سنة 2007 ، ص5.

من الضرر ، وبالانقاص إذا كان المبلغ مبالغاً فيه[90] طرح الشرط الجزائي نفسه علي الكنسيين بحكم العلاقة الممكنة مع تحريم الربا وانتهي بهم الي ضرورة مطابقة الشرط الجزائي للتعويض لان التحايل على أحكام الربا مفترض فيما يتعلق بالالتزامات الواردة على مبلغ النقود . اما إذا لم يكن المجال نقودا فأجازوا الشرط الجزائي حتى لو تجاوز مقدار الضرر لأنه عقوبة للمخطئ[91] .

المطلب الثاني : الشرط الجزائي في العصور الحديثة

أولاً : في القانون الفرنسي :

ومن الدول التي تأثرت بالقانون الكنسي هو القانون الفرنسي حيت جاء واضعوا التقنين الفرنسي لعام 1840 لينقلوا حرفياً ما وجدوه في القانون الكنسي إلا فيما يتعلق بسلطة القاضي في التعديل حيت كرسوا مبدأ عدم قابلة الشرط للتغيير[92] ، ولذلك اتسم الشرط الجزائي في القانون الفرنسي القديم بطابع العقاب ولم يسمح الاجتهاد الفرنسي القديم بمنح الدائن مبلغاً يفوق الشرط المشترط حتى لو كان الضرر الذي لحق به يفوق مقدار الشرط الجزائي ، لكنه كان يسمح لتخفيف هذا الجزاء لصالح المدين إذا كان يفوق بوضوح الضرر الحقيقي ، إلا إن سلطة التخفيف هذه لم تكن ترتكز على اساس قانوني ، ولقد وردت المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي منوهة إلى أن العقد المتضمن نصاً يقضي بأن من ينكث في تنفيذه يتوجب عليه دفع مبلغ ما ،كبدل عطاء وضرر ،يعتبر ملزماً

---

[90] . محمد بن عبدالعزيز بن سعد اليمني ، ***الشرط الجزائي واثره علي العقود المعاصرة*** ، مرجع سابق ، ص20 .

[91] . الكوني علي عبودة ، ***الشرط الجزائي في القانون الفرنسي والليبي*** ، مجلة القانون ، مجلة سنوية تعني بالدراسات القانونية والشرعية ، المجلد الاول ، السنة الاولي ، سنة 2002 ، ص234 .

[92] . الكوني علي عبودة ، ***الشرط الجزائي في القانون الفرنسي والليبي*** ، مجلة القانون ، مجلة سنوية تعني بالدراسات القانونية والشرعية ، المجلد الاول ، السنة الاولي ، سنة 2002 ، ص235 .

لا يجوز تعديله وبالتالي لا يمكن منح الفريق الثاني مبلغا اكثر او اقل من ما هو متفق عليه [93]، وقد أتجه الفقه الفرنسي بمجمله استنادا الي نص المادة 1114 من القانون المدني الفرنسي ، والتي تعتبر العقد شريعة المتعاقدين ، إلى اعتبار أن القاضي لا يمكنه إجراء أي تعديل علي الشرط الجزائي لاعتبارات تتعلق بمقتضيات العدالة .

فأخذ القانون الفرنسي الحديث في البداية بوجوب ثبات الشرط الجزائي وعدم جواز التدخل لزيادته ، أو نقصانه وعدم ارتباط الشرط الجزائي بالضرر الواقع بمجرد الإخلال يؤدي إلى استحقاق التعويض ، ولكن نتيجة للظلم الواقع من الدائنين على المدينين عن طريق وضع شروط جزائية مجحفة بحقهم تخلوا عن فكرة إن العقد شريعة المتعاقدين عملياً ، إذ عدل القانون في سنة 1975 بحث اجاز للقاضي التدخل بتعديل الشرط الجزائي بالزيادة والنقصان عند الحاجة إلى ذلك دون النص علي اشتراط الضرر مما أدي إلى اختلاف الاجتهاد ، والقضاء واضطرابه في تفسير التعديل ، فذهب بعضهم إلى اشتراط وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، وذهب أخرون إلى استحقاقه دون وقوع الضرر [94].

ثانياً : في القوانين الوضعية العربية :

أخذت القوانين العربية الوضعية بفكرة الشرط الجزائي متأثرة في دلك بالقوانين الغربية وبالأخص القانون الفرنسي إلا أنها اختلفت في تحديد طبيعته القانونية : فنص عليه القانون المصري في المادة 223 ، والقانون السوري في المادة

---

[93] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص856 .

[94] . محمد بن عبدالعزيز بن سعد اليمني ، ***الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة*** ، مرجع سابق ، ص21 .

224 ، وفي القانون العراقي المادة 170 الفقرة الاولى ، وفي القانون اللبناني المادة 266 فقرة اولى [95] .

المبحث الثالث : المبادي العامة للشرط الجزائي :

ينصب اهتمام المتعاقدين في الشرط الجزائي عند ابرام العقد في العادة على ضمان تنفيذ كل طرف منهما للالتزامات المترتبة عليه بموجب العقد ، ولان عملية التنفيذ غير مضمونة حيث إنه قد يتخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه كلياً أو جزئياً ، لهذا أتاح القانون للمتعاقدين الاتفاق مقدماً على تحديد مقدار التعويض الذي يستحقه احدهما في حال أخل الطرف الآخر بالتزامه وهذا ما أطلق عليه فقهاً وقانوناً اسم الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي .

ولقد شاع استعمال الشرط الجزائي في الحياة المعاصرة لحاجة المتعاقدين إليه في الحياة المعاصرة وخاصة في مجال المعاملات المدنية والتجارية فالمقاول يلجأ إليه حتى يضمن قيام رب العمل بتنفيذ ما عليه من التزامات ، ورب العمل يشترطه حتى يضمن انشاء العمل المتفق عليه دون تأخير وحسب المواصفات .

ولبيان المبادي العامة للشرط الجزائي سينقسم هذا المبحث إلى : مفهوم الشرط الجزائي **أولاً** ، شروط استحقاق الشرط الجزائي **ثانياً** ، الإعذار في الشرط الجزائي **ثالثاً**.

---

[95] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص 854 .

المطلب الأول : مفهوم الشرط الجزائي :

أولاً : تعريفات الشرط الجزائي :

ولم يضع القانون المدني الليبي تعريفاً للشرط الجزائي ، وإنما اكتفى بذكر أحكامه حيث نص في المادة 226 من القانون المدني الليبي على إنه" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق" [96] .

عرف الشرط الجزائي بعدة تعريفات تتفق في مجملها على أنه بند اتفاقي يدرج في العقد ، أو في اتفاق لاحق له لضمان احترام العقد وتنفيذ شروطه ، إذا أخل المتعاقد بالتزامه التزم بدفع مبلغ التعويض المتفق عليه للمتعاقد الأخر ، وقد عرفه الدكتور محمد علي البدوي بأنه "اتفاق مسبق على تحديد مقدار التعويض عند عدم التنفيذ أو التأخير فيه [97]،وعرفه الدكتور عبدالرزاق السنهوري بأنه" التعويض الذي يقوم بتقديره المتعاقدان مقدماً بدلاً من تركه للقاضي ، والذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أو يتفقان علي مقدار التعويض في حالة تأخر المدين عن تنفيذ التزامه [98]، وعرفه الدكتور عدنان طه الدوري على أنه" اتفاق سابق علي تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ أو التأخير فيه [99]، وقد عرفه الدكتورين نبيل ابراهيم سعد ومحمد حسين منصور على أنه" مبلغ جزافي يقدر به الطرفان مقدماً التعويض المستحق عن الضرر الذي

---

[96] . الادارة العامة للقانون ، ***القانون المدني الليبي*** ، سنة 1988 .

[97] . محمد علي البدوي ، ***النظرية العامة للالتزام*** ، احكام الالتزام ، دار الكتب الوطنية بنغازي ، ج 2، ط 1 ، سنة 2005 ، ص 56 .

[98] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص851 ,

[99] . عدنان طه الدروي ، ***أحكام الالتزام والإثبات في القانون المدني الليبي*** ، منشورات الجامعة المفتوحة ، سنة 1995، ص69.

يلحق احدهما نتيجة خطأ الآخر[100]وقد عرفه الدكتور الصديق الضرير على أنه "اتفاق على تقدير التعويض اذا لم يقم الملتزم بالتزامه في التنفيذ او اذا تأخر تنفيذ التزامه [101]. وقد عرفه الدكتور وهبة الزحيلي على أنه "اتفاق بين المتعاقدين علي تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الاخر ما التزم به أو تأخر في تنفيذه .[102]

فمن خلال عرض جميع هذه التعريفات نجد أنها تدور حول فكرة واحدة وهي أن الشرط الجزائي اتفاق بين المتعاقدين على إدراج شرط في العقد يحددان فيه التعويض الذي يلتزم به المدين إذا ما أخل بالتزامه ، وقد يكون التعويض متفقاً عليه جزاء لعدم التنفيذ كليا أو جزئياً أو التأخير في التنفيذ وقد لا يرد الاتفاق على التعويض عند ابرام العقد ، وإنما يتم في اتفاق لاحق للعقد وقبل أن يحدث إخلال المدين بالتزامه ، ويعرف هذا الاتفاق على التعويض بالتعويض الاتفاقي بمقابل التعويض القضائي الذي يقدره القاضي ، والتعويض القانوني الذي يقدره المشرع[103]

ثانياً : وظائف الشرط الجزائي :

هو تقدير اتفاقي للتعويض ، يتم الاتفاق عليه قبل وقوع الضرر بالفعل ، وهذا الاتفاق قد يرد في العقد أو في اتفاق لاحق ، المهم أن يكون الاتفاق على التقدير قبل وقوع الضرر ، حتي نكون امام شرط جزائي[104].

---

[100] . نبيل ابراهيم سعد ، ود محمد حسين منصور، ***أحكام الالتزام*** ، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية – مصر ، سنة 2002 ، ص 76 .

[101] . بحث الدكتور الصديق الضرير ، ***الشرط الجزائي*** ، الدورة الثانية عشر ، مجمع الفقه الاسلامي ، 1420 هـ- 1999 م ، ص50 .

[102]. وهبة الزحيلي ، **قضايا الفقه والفكر المعاصر** ، دار الفكر، سنة 2006 ، ص 245 .

[103] . بسام سعيد جبر جبر ، ***ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية*** ، ودورها في منح تراخي تنفيذ العقود ، رسالة ماجستير ، بجامعة الشرق الاوسط ، ، سنة 2011 ، ص 92 -93 .

[104]) . عدنان طه الدروي ، ***أحكام الالتزام والأثبات في القانون المدني الليبي*** ، منشورات الجامعة المفتوحة ، سنة 1995، ص69.

تقدير التعويض المستحق عند الإخلال بالالتزام ، مما يجنب الأطراف مشقة الدخول في المنازعات وتفادي تحكم القضاء ، وتدخل أهل الخبرة ، ويؤدي ذلك إلى توفير المناقشات والجدل حول مقدار التعويض بحيث يعلم المدين مسبقا مدي ما يلتزم به عند تنفيذ التزامه أو التأخر فيه [105].

يهدف الشرط الجزائي إلى نقل عبء إثبات الضرر من الدائن إلى المدين ، إذ يجب على الدائن إثبات عناصر دعواه ، وهي الخطأ والضرر وعلاقة سببية ، لكن عند وجود شرط جزائي يكون الضرر مفترضا يتحدد مقداره بمقدار الشرط الجزائي المتفق عليه [106].

ثالثاً : الدواعي الي الشرط الجزائي:

1- زيادة قيمة الزمن في العقود المعاصرة فأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته في مواعيدها المحددة مضرا بالطرف الآخر في وقته وماله أكثر من الازمنة الماضية ، وكذلك القيمة المالية للمشاريع كبيرة جداً مما يضاعف الخسائر عند الاخلال بالعقد ،كأن تكون الخسارة فادحة على المقاول الذي التزم بإنشاءات معينة في وقت محدد وتطبق عليه غرامات لو تأخر عنه إذا أخل مورده المواد الخام بإمداده بها في الوقت المعين [107].

2- ضمان تنفيذ الالتزام يعتبر هذا الضمان لتنفيذ الالتزام من أهم المزايا التي يحققها التعويض الاتفاقي ، فالاتفاق عليه يدفع المدين على تنفيذ التزامه على

---

[105] . نبيل ابراهيم سعد ، ود محمد حسين منصور، ***أحكام الإلتزام*** ، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية – مصر ، سنة 2002 ، ص 78.

[106] . محمد علي البدوي ، ***النظرية العامة للالتزام*** ، احكام الالتزام ، ج 2 ، ط 1 ، سنة 2005 ، ص 58 .

[107] . عبدالصمد بلحاجي، ***حكم الشرط الجزائي الوارد علي الاعمال وصور تطبيقاته في المصارف الاسلامية*** ، مجلة الواحات للبحوث والدراسات ، العدد 11- 2011 ، ص 326-327 .

الوجه المطلوب والحسن ، بدون إخلال ، ذلك لأنه يعلم مسبقا بأنه معرض لتعويض الدائن عن الضرر الذي سيلحق به نتيجة عدم التنفيذ أو تأخيره في التنفيذ ،هذا فضلاً على أن المدين في حالة إخلاله بتنفيذ التزامه مع وجود التعويض الاتفاقي يضعه فعلا في حالة المخل بتنفيذ التزامه ، والدائن غير ملزم بأثبات هذا الإخلال ، الامر الذي يدفع المدين علي الوفاء بالتزامه حتي لا يتعرض إلى دفع مقدار التعويض الاتفاقي المتفق عليه ، وهذا يسد أبواب التلاعب والفوضى [108] .

3- تقدير جزافي لمبلغ من المال ، عن ضرر قد يلحق بالدائن عند عدم الوفاء بالدين أو التأخير فيه ، وقد يكون المبلغ أكبر من الضرر ، أو مساويا له أو أقل منه ، فهو تعويض معلق علي ضرر ينتج عن عدم الوفاء بالدين أو التأخر فيه ، أو هو بمثابة عقوبة معلقة على ذلك ، وهو بهذا يختلف عن العربون الذي يقصد به استكمال إجراءات العقد ، ويعد من الثمن إذ أمضى العاقدان العقد [109].

4- إعفاء الاطراف من اللجوء إلى القضاء ، وما يترتب عليه من مصروفات مالية ،وإجراءات طويلة ، ونزاعات ، وخلافات وخصومات [110].

5- تجنب الدائن من الاحكام القانونية التي قد تعفي المدين ، أو تخفف المسؤولية عنه ، أو تشدد في الاجراءات علي الدائن [111].

---

[108] . طارق محمد ابوليلي ، ***التعويض الاتفاقي في القانون المدني*** ، مرجع سابق ، ص12 .

[109] . علي محمد الحسين الصوأ ، ***الشرط الجزائي في الديون*** ، دراسة فقهية مقارنة ، بحث مقدم في مؤتمر دور المؤسسات المصرفية الاسلامية في الاستثمار والتنمية ، المعقود في كلية الشريعة والدراسات الاسلامية في جامعة الشارقة ، في الفترة ما بين 7-9 من شهر ايار عام 2002 ، ص9 .

[110] . محمد الزحيلي ، ***موسعة قضايا اسلامية معاصرة*** ، الشرط الجزائي في المعاملات المالية والمصرفية ، ج5 ، ط1 ، سنة 2009 ، ص 194- 195 .

[111] . محمد الزحيلي ، ***موسعة قضايا اسلامية معاصرة*** ، الشرط الجزائي في المعاملات المالية والمصرفية ، ج5 ، ط1 ، سنة 2009 ، ص 195 .

6- توفير الوقت والمال فوجود الشرط الجزائي يسهل الأمر على الدائن في الحصول على مبلغ التعويض دون إتباع الإجراءات القضائية المعقدة والبطيئة هذا ناهيك عن التكاليف المالية ، وأتعاب المحاماة ، والمصاريف التي يتطلبها الكشف أو المعاينة أو الخبرة ، وبالتالي فإن العقد المتضمن تعويضا اتفاقياً يغني عن كل المصاعب ولا تكاليف [112].

رابعاً : أثار الشرط الجزائي :

1- لا يكون الشرط الجزائي مستحقاً إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر [113].

2- يمكن للقاضي أن يخفض مبلغ هذا التعويض إذا اثبت المدين أن تقرير التعويض كان مبالغاً فيه بالنسبة لقيمة الالتزام الاصلي ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من قيمة الالتزام الاصلي [114].

المطلب الثاني : شروط استحقاق الشرط الجزائي :

- **شروط استحقاق الشرط الجزائي** : هذه الشروط أهمها أنه لا يثبت استحقاق التعويض الناجم عن تحقق الشرط الجزائي إلا إذا وقع خطأ من المدين نتج عنه ضرر يصيب الدائن ، وعلاقة سببية بين الضرر والخطأ ، كما لا يثبت استحقاقه إلا بعد إعذار المدين ، وهذه هي الشروط التي حددها القانون

---

[112] . طارق محمد ابوليلي ، ***التعويض الاتفاقي في القانون المدني*** ، مرجع سابق ، ص12 .

[113] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص 867 .

[114] . حمداتي شبيهنا ماء العين ، ***الشرط الجزائي ومختلف صوره واحكامه*** ، مجلة مجمع الفقه الاسلامي ، الدورة الثانية عشر مؤتمر الفقه الاسلامي، سنة 2000 ، ص37 .

على مختلف نصوصه للشرط الجزائي ، فإذا لم يتم كل واحد من هذه الشروط لم يمكن الحكم باستحقاق التعويض الناجم عن الشرط الجزائي وهذا التعويض عادة لا يترك السلطة التقديرية للقاضي، إذ في الغالب يتم النص عليه أثناء إبرام العقد وربطه بالشرط الجزائي، وبما أن الالتزام بين الاثنين ناشئ عن العقد الأصلي ، فلا يستطيع الدائن مطالبة المدين إلا بما نص عليه الالتزام الأصلي وهذا يجعل الشرط الجزائي يسري عليه كل ما يسري على الالتزام الأصلي من بطلان وإبطال ، وينشأ عن هذا أن الشرط الجزائي – كالتعويض – لا يعتبر التزامًا تخييريًّا ، ولا التزامًا بديلا فكونه ليس التزامًا تخييريًّا يفوت على الدائن فرصة المطالبة بتنفيذ أي الالتزامين أراد ، بل لا يمكن أن يطالب إلا بتنفيذ الالتزام الأصلي، ما دام ذلك ممكنا، ونفس الشيء أيضًا يقال في حق المدين الذي لا يملك هو أيضًا حق هذا الاختيار[115].

والتعويض المنصوص عليه في الشرط الجزائي ، هو نوع من انواع التعويضات التي نص عليها القانون المدني [116]، فإذا ما تضمن العقد المبرم بين الطرفين علي شرط جزائي وحصل نزاع أمام القضاء فإن مقدار التعويض يلزم المحكمة الحكم به وهذا ما قضت به المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 46/203 ق الصادر بتاريخ 18-02-2004 علي أنه ((إذا كان التعويض محدداً في العقد فإنه يتعين

[115]. مجلة الفقه الاسلامي ، (12 /481) منشورة علي الانترنت .
http://shamela.ws/browse.php/book-8356/page-19119

[116]. نص القانون المدني علي ثلاثة انواع من التعويض وهم التعويض القانوني ، والتعويض الاتفاقي المتمثل في الشرط الجزائي ، والتعويض القضائي .

علي المحكمة أن تلتزم ذلك [117])) والتعويض المتفق عليه يستحق في حالة توافر إحدى حالتين ، إما في حالة تخلف المدين عن تنفيذ لالتزامه أو تأخره في ذلك .

ولاستحقاق الشرط الجزائي يتطلب ذلك توافر أركان المسؤولية العقدية الكامنة في توفر : خطأ **أولاً** ، وضرر **ثانياً** ، وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر **ثالثاً**.

أولاً : ركن الخطأ :

يمكن القول بأن الخطأ العقدي هو انحراف ايجابي أو سلبي في سلوك المدين يؤدي إلي مؤاخذته ، ولقد عرفت المحكمة العليا الليبية الخطأ في الطعن الجنائي الموسوم بالرقم 30/174 ق بقولها ((أن الخطأ المدني : هو خروج علي ما يقتضيه الحرص والعقل أما الجنائي فهو مخالفة الإنسان لأي نص آمر أو ناه في قانون العقوبات ، كل خطأ جنائي في ذاته خطأ مدني والعكس ليس صحيح ، إذ الأخطاء الجنائية محصورة بنصوص اللوائح والقوانين ، أما الاخطاء المدنية فلا حصر لها [118])) فالخطأ في المسؤولية العقدية هو سلوك المتعاقد على نحو يتنافى مع ما التزم به في العقد أو بمعنى آخر يتحقق ذلك عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد ، أو تأخره في تنفيذه [119] .

ويجب التنويه إلى انه يوجد نوعان من الالتزامات هنا وهي : الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية :

---

[117] طعن مدني رقم 46/203 ق، بتاريخ 18- 02- 2004 ، ***مجموعة أحكام المحكمة العليا*** ، القضاء المدني ، دار الكتب الوطنية بنغازي ج 1 ، سنة 2008 ،.

[118] . طعن جنائي رقم 174/ 30 ق ، تاريخ 1985/4/4 ، ***مجلة المحكمة العليا*** ، ص 274 ,

[119] . بسام سعيد جبر جبر ، ***ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية*** ،مرجع سابق ، ص113 .

والالتزام بتحقيق غاية يكون كالالتزام بنقل حق عيني أيا كان محل الحق والالتزام بعمل معين تسليم عين أو إقامة مبنى أو نحو ذلك والالتزام بالامتناع عن عمل معين كل هذه الالتزامات يقصد بها تحقيق غاية معينة فتنفيذها لا يكون إلا بتحقيق هذه الغاية فإذا لم تتحقق الغاية أيا كان السبب في ذلك بقى الالتزام غير منفذ [120] .

والالتزام ببذل جهد وغايته المطلوبة من المدين هو المحافظة علي الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه ، فإنه يكون قد وفي بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود منه ، ومعيار هذا الانحراف هو مجافاة مسلك الشخص العادي أو ما يسمى برب الأسرة المعني بأمور نفسه ، وفكرة الشخص العادي الواردة في النص هي فكرة مجردة يرجع في تحديدها إلي الشخص العادي الذي يمثل طائفة الناس التي ينتمي إليها المدين ، فإذا كان المدين مهندسا فيقارن مسلكه لمعرفة ما إذا كان قد أرتكب خطأ بمسلك المهندس العادي إذا وجد في ظروفه ، فهذا شخص ليس هو خارق الذكاء شديد اليقظة ، ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة [121] .

- **اثبات الخطأ:**

ويقع تبعة اثبات الخطأ علي الدائن الملتزم له فهو من يقع عليه عبء اثبات الخطأ في جانب مدينه ، "فالبينة علي من أدعي واليمين علي من انكر " لذا يكون علي المتضرر إذا أراد الحصول علي التعويض إثبات ما يدعيه ، وإذا تخلف

---

[120] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام – العقد – العمل غير مشروع – الإثراء بلا سبب – القانون ،دار احياء التراث العرب ، بيروت لبنان . ج 1 ، ص657 .

[121] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام – العقد – العمل غير مشروع – الإثراء بلا سبب – القانون ، دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، ج 1 ، ص 657 .

الخطأ فلا محل لإعمال الشرط الجزائي ، لآنه تقدير اتفاقي ولا يستحق هذا التعويض لانتفاء الخطأ [122]، والخطأ يكون مفترضا في جانب المدين في المسؤولية العقدية ، إذا لم يقم بتنفيذ التزامه كلية او لجزء منه ، أو تنفيذه معيباً أو تأخيره في التنفيذ ، ولا يستطيع المدين أن ينفي هذا الخطأ إلا إذا اثبت وجود السبب الاجنبي[123] .

ويفترض أيضا الخطأ في جانب المدين في بعض أنواع الالتزام ، لأن طبيعة الالتزام ذاتها قد تقضي هذا الافتراض حيث يكون علي المدين بعد ذلك إن أراد نفي أو دفع مسؤوليته ، أن يقيم الدليل على وجود سبب أجنبي لا يد له فيه حال دون قيامه بتنفيذ التزامه إذا لم يقم بتحقيق النتيجة التي تعهد بتحقيقها ، فإذا لم يكن هناك خطأ من المدين ، فلا مسؤولية في جانبه ، ولا يكون التعويض مستحقاً ومن ثم لا محل للإعمال الشرط الجزائي ، فما هو الا تقدير لتعويض قد استحق ولم يستحق التعويض كما قدمنا [124].

فإذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه يرجع لسبب اجنبي لا يد للمدين فيه [125]، فلا مسؤولية في جانبه ، ولا يكون ملتزماً بالتعويض ، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن الحق في المطالبة بالشرط الجزائي ، لان هذا الشرط ليس إلا تقدير

---

[122] . بسام سعيد جبر جبر ، ***ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي تنفيذ العقود*** ، مرجع سابق ص 112-113 .

[123] . طارق محمد ابو ليلي ، ***التعويض الاتفاقي في القانون المدني*** ، مرجع سابق ، ص29 .

[124] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص 856 .

[125] . والمقصود بالسبب الاجنبي هو القوة القاهرة ، او الحادث المفاجئ الذي لا تعويض عنه ولا علاقة للمدين به ولا يلزم بالتعويض عنه وهو ذلك الحادث الذي ليس بالإمكان عادة توقعه ولا بالمستطاع دفعه او تلاقيه .

لتعويض مستحق ، والتعويض لا يكون مستحقا إذا لم يكن هناك خطأ من المدين[126].

ثانياً : ركن الضرر :

والضرر كل إيذاء يلحق الشخص سواء أكان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته ويذكر الدكتور وهبة الزحيلي أن الضرر يشمل الضرر المادي كتلف المال والضرر المعنوي كالإهانة التي تمس كرامة الانسان او تلحق به سمعة سيئة . [127]

يعتبر الضرر الركن الثاني من أركان المسؤولية العقدية ، والذي بموجبه يستحق التعويض بشكل عام ، و يترتب الضرر في الشرط الجزائي بسبب عدم تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه ، وهذا ما نجد سنده في الطعن المدني ذات الرقم 18/27 ق والذي جاء فيه ((أن الضرر الذي يصيب الدائن في المسؤولية العقدية يكون سببه عدم تنفيذ العقد ، أو تنفيذه بطريقة لا تتفق مع ما يوجبه حسن النية))[128] فالدائن حتى يستحق التعويض في الشرط الجزائي يجب أن يلحق به ضرراً من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، فإذا أخل المدين بالتزامه دون ضرر يصيب الدائن فلا يسأل المدين عن التعويض ،كما لو تأخر المدين عن تسليم الدائن السيارة التي سيشارك بها في السباق ، وتبين بعد ذلك تأجيل السباق ، فالدائن في هذه الحالة لم يلحق به ضرر من جراء هذا التأخير [129] .

---

[126] . نبيل ابراهيم سعد ، ود محمد حسين منصور ، ***احكام الالتزام*** ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية – مصر، سنة 2002 ، ص 84 .

[127] . وهبة الزحيلي ، ***نظرية الضمان واحكام المسؤولية المدنية والجنائية*** ، مرجع سابق ، ص 29 .

[128] . طعن مدني رقم 18/27 ق بتاريخ 20 /1972/07 ***مجلة المحكمة العليا*** ، سنة 1985 ص 49.

[129] . طارق محمد ابوليلي ، ***التعويض الاتفاقي في القانون المدني*** ، مرجع سابق ، ص 36 .

- **عبء اثبات الضرر :**

من المعلوم لدى الجميع ان من أهم القواعد القانونية قاعدة ((البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)) فعبء اثبات الضرر يقع على الدائن لآنه هو من يدعيه ، والضرر لا يفترض بمجرد تبوث الخطأ ، فقد لا ينفذ المدين التزامه ومع ذلك لا يصيب الدائن ضرر من ذلك ، والمدعي هنا هو الدائن ، فالدائن هو المكلف بإثبات الضرر وله أن يسلك جميع طرق الاثبات من أجل هذه الغاية على اعتبار أن الضرر واقعة مادية تثبت بجميع الطرق والتي تقدرها محكمة الموضوع هذا بالنسبة للقواعد العامة [130] .

أما عبء أثبات الضرر في الشرط الجزائي فينتقل من الدائن إلى المدين ونصت المادة 1/227 من القانون المدني الليبي ((لا يكون التعويض مستحقا إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر)) فقد اختلف عبء اثبات الضرر من الدائن في القواعد العامة الي المدين في الشرط الجزائي ، ومن خلال ذلك يمكن القول أن الدائن لا يقع عليه عبء اثبات الضرر ، وإنما يقع على المدين وذلك بإثباته نفي وجود الضرر أي عدم وقوعه ، فمن هنا يكون المشرع الليبي خرج على الاصل العام الذي يقضي بأن البينة على من أدعي واليمين علي من أنكر فالضرر هنا يعتبر مفترضا الي حين اثبات المدين عدم وقوعه .

وهذا ما قضت به المحكمة العليا الليبية في الطعن رقم 28/43 ق بتاريخ 1-6-1980 بقولها ((من المقرر أنه وإن كان التعويض عن الإخلال بالالتزام وعدم تنفيذه ، يشترط للحكم به تحقق الضرر والخطأ والعلاقة السببية ، ويقع

[130] . نبيل ابراهيم سعد ، و محمد حسين منصور ، ***احكام الالتزام*** ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية – مصر، سنة 2002 ، ص 84 .

عبء إثبات ذلك على طالب التعويض من تنفيذ الالتزام أيا كان مصدر الالتزام إلا أنه إذا وجد شرط جزائي بالعقد أو ورقة مستقلة ، فإن من شأن هذا الشرط ومن مقتضاه أن يصبح الضرر مفترضا يترتب على مجرد الاخلال بالعقد ، وأن التعويض المقدر بالشرط هو التعويض اللازم لجبر الضرر ، إلا أن هذا التقدير يكون خاضعاً لتقدير المحكمة ، أيضا إذا توسع فيه وتبين للمحكمة أنه مبالغا فيه وهذا الافتراض بدوره قابل لإثبات العكس ، وتكون نتيجة الشرط هي قلب عبء الاثبات ، فيقع علي عاتق المدعي عليه عبء نفي الضرر ، أو اثبات القوة القاهرة لنفي الخطأ))[131].

فوجود الشرط الجزائي يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين ، ولذلك يفترض وقوع الضرر ، ولا يكلف الدائن اثباته وعلى المدين إذا أدعى أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ، أن يثبت ذلك ، فعبء اثبات الضرر إذن خلافاً للقواعد العامة ينتقل من الدائن إلى الدين بفضل وجود الشرط الجزائي [132].

ثالثاً: العلاقة السببية :

تعتبر العلاقة السببية بمثابة الرابط الذي يجمع ما بين الخطأ والضرر ، فحتى يتم الزام المدين بدفع التعويض للدائن يجب أن يكون خطأ المدين هو سبب الضرر الذي لحق بالدائن ، وهذا ما عبرت عنه المادة 24 من القانون المدني عندما اشترطت لتعويض الدائن " أن يكون الضرر الذي لحق به نتيجة طبيعية لإخلال المدين بتنفيذ التزامه ، والمقصود من ذلك أنه لو وجد خطأ لدى المدين وضرر

---

[131]. طعن مدني رقم 28/43 ق جلسة 1-6-1980 ، ***مجلة المحكمة*** العليا ص 77 .

[132] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص 808 .

لدى الدائن ، ولم يكن خطأ المدين هو سبب الضرر للدائن ، فلا يمكن عندئذ الحديث عن إلزام المدين بتعويض الدائن عما لحق به من ضرر كونه غير المسؤول عن ذلك ، فعلاقة السببية معناها أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي أرتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور [133] .

فالمسؤولية العقدية فيها رابطة السببية مفترضة ، لا يتطلب اثباتها من المضرور بل تعتبر مفترضة وفي ذلك قضت المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 70 /27 ق الصادر بتاريخ 21-02-1983 بقولها ((من المقرر أنه بالنسبة للمسؤولية العقدية يكفي مدعيها إثبات الخطأ المتمثل في الاخلال بالعقد والضرر الذي لحق به ، أما بالنسبة للرابطة بين العنصرين فإنها مفترضة قانوناً وعلى من يدعي العكس اثبات السبب الاجنبي))[134] .

لذلك تنتفي المسؤولية العقدية ، إذا لم يتحقق الارتباط والعلاقة السببية بين الضرر وخطأ المدين ، فإذا أنتفت هذه الرابطة بأن كان الضرر راجعاً إلى سبب أجنبي ، فلا مجال لأعمال الشرط الجزائي ، للانتفاء مسؤولية المدين ، ولا يكون التعويض مستحقاً [135] .

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه الآن ماذا لو تعددت الاسباب المحدثة للضرر ، كالسبب الاجنبي والقوة القاهرة وخطأ الدائن وفعل الغير ؟؟ وهذا ما وجدت إجابته في حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن رقم 43/75 ق والذي

---

[133] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام – العقد – العمل غير مشروع – الإثراء بلا سبب – القانون ، دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، ج 1 ، ص 990 .

[134] .طعن مدني رقم 27/70 ق ، بتاريخ 21-02-1983 ، ***مجلة المحكمة العليا*** ،ص 103.

[135] . نبيل ابراهيم سعد ، ود محمد حسين منصور ، ***احكام الالتزام*** ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية – مصر، سنة 2002 ، ص 86 .

جاء فيه ((يتعين استعراض الأسباب التي لها دخل في احداث الضرر ، والتمييز بين السبب العارض ، وهو السبب غير المألوف والذي لا يحدث عادة مثل هذ الضرر ، والسبب المنتج وهو السبب المألوف الذي يحدث الضرر في العادة والوقوف عنده واعتباره هو وحده السبب في احداث الضرر))[136].

فلا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا قامت علاقة سببية بين الخطأ والضرر أما إذا انتفت هذه العلاقة بثبوت السبب الاجنبي ، أو انتفت بأن كان الضرر غير مباشر أو كان في المسؤولية العقدية مباشر ولكنه غير متوقع فعند ذلك لا تتحقق المسؤولية ولا يستحق التعويض فلا محل إذن لإعمال اشرط الجزائي [137].

المطلب الثالث : الاعذار:

إن مجرد حلول أجل الوفاء بالالتزام لا يكفي لاعتبار المدين مقصراً في تنفيذ التزامه وإنما يجب أولاً تنبيهه إلى ذلك عن طريق أعذار من الدائن ، حتي إذا امتنع بعد ذلك عن التنفيذ عد مقصراً يستوجب معه جبره على دفع مقدار الشرط الجزائي ، فالعقد المتضمن شرطاً جزائياً لا يعفي من الأعذار ولا يعتبر وجوده اتفاقاً صريحاً أو ضمنياً على اعفاء الدائن من أعذار مدينه ، وهذا ما يؤكده القانون المدني الليبي في المادة (221) علي أنه ((لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ، ما لم ينص علي غير ذلك)) ولكن هذا ليس مطلقاً ، وإنما أجاز المشرع الليبي استحقاق الحكم بالتعويض دون التقييد بالإعذار وفق ما جاء

---

[136] .طعن مدني رقم 43/75 ق بتاريخ 22-05- 1989 ، ***مجلة المحكمة العليا*** ، ص 143 .

[137] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص 809 .

في نص المادة السابقة المشارة أعلاه ، وبهذا يجوز للمتعاقدين الاتفاق علي استبعاد الإعذار واعتبار المدين معذراً بمجرد حلول أجل الالتزام دون الحاجة للأعذار .

أولا :مفهوم الاعذار :

الإعذار هو دعوة توجه من الدائن إلى المدين ، يقصد منها انذاره بوجوب الوفاء وقد عرف الاعذار بعدة تعريفات نذكر منها :

يعرف ((د عبد المجيد الحكيم ، و أ عبدالباقي البكري)) الإعذار بأنه " دعوة المدين من قبل دائنه إلي تنفيذ التزامه ، ووضعه قانوناً في حالة التأخر في التنفيذ تأخراً تترتب عليه مسؤولية عن الأضرار التي تصيب الدائن نتيجة هذا التأخر [138] ويعرفه الدكتور ((عبدالرزاق السنهوري)) أيضا بأنه "إعذار المدين هو وضعه قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه [139] ، وعرفه ((الدكتور عدنان طه)) بان الاعذار " وضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ التزامه [140] ، وعرفه ((الدكتور محمد علي البدوي)) أنه "إنذار المدين علي يد محضر بأنه متخلف عن تنفيذ التزامه ويجب عليه الوفاء به [141].

وبينت المحكمة العليا الليبية أحوال الإعذار في الطعن المدني رقم 6/30 ق بقولها ((أن اعذار المدين الذي نصت عليه المادة 159 مدني انما يكون في حالة المطالبة بتنفيذ العقد أو فسخه))والملاحظ من خلال ما تم عرضه ، نجد أنها

---

[138] . عبد المجيد الحكيم ،و عبدالباقي البكري ، أمحمد طه البشير ، ***القانون المدني واحكامه*** ، ج 2 ، دون سنة نشر ، ص 46.

[139] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام – العقد – العمل غير مشروع – الإثراء بلا سبب – القانون ، دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، ج 1 ، ص 86 .

[140] .عدنان طه الدروي ،***أحكام الالتزام والإثبات في القانون المدني الليبي*** ، منشورات الجامعة المفتوحة ، سنة 1995، ص57 .

[141] . محمد علي البدوي ، ***النظرية العامة للالتزام*** ، احكام الالتزام ، دار الكتب الوطنية بنغازي –ليبيا ج 2 ، ط 2 ، سنة 2004 ، ص14 .

تدور جميعها في التوصل إلي غاية واحدة ، وهي وضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ الالتزام ، وذلك لان مجرد حلول موعد تنفيذ الالتزام لا يترتب عليه أثار قانونية لاحتمالية أن يكون الدائن راضياً أو أنه لم يصب بأي ضرر من تأخر المدين في التزامه[142].

ثانياً : شكل الإعذار :

نصت المادة ((222) من القانون المدني الليبي علي أنه ((يكون اعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الانذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد علي الوجه المبين في قانون المرافعات ، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي أجراء أخر))

والواضح من هذا النص أن الاعذار في القانون المدني الليبي يكون بأحدي الطرق التالية : الاعذار على يد محضر بورقة رسمية من أوراق المحضرين يبلغ عن طريقها الدائن المدين بوجوب الوفاء بالدين ، أو ما يقوم مقام الاعذار ويمكن أن يتم بأي طريقة : علي يد محضر ، أو برسالة مسجلة أو عادية أو حتى شفاهه أو إذا وجد اتفاق على ذلك[143] .

وإن اشتراط قاعدة الانذار أو ما يقوم مقامه ، ليس من النظام العام ،لهذا لا يجوز الخروج علي نص المادة 222 التي تشر إلي أنه في الجائز الاتفاق على ان يكون المدين معذراً بمجرد حلول الاجل دون الحاجة إلى أي اجراء اخر ، فحلول

---

[142] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص 83 .

[143] . طارق محمد مطلق ابو ليلي ، ***التعويض الاتفاقي في القانون المدني*** ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، سنة 2007 ، ص46 .

أجل الدين دون وجود الاتفاق لا يعفي الدائن من التزامه بإعذار المدين ، فبمجرد أن يحل أجل الدين ، لا يعتبر في ذاته أعذار الا إذا وجد اتفاق بين المتعاقدين على ذلك [144] وهذا ما نجد سنده في النقض المدني رقم 24/75 ق بتاريخ 11-03- 1979 ((من المقرر أن حلول أجل الالتزام المترتب في ذمة المدين لا يجعل التعويض مستحقاً للمتعاقد الآخر ، إذا)) إذ التعويض لا يستحق بصريح نص المادة 221 من القانون المدني الا بعد اعذار المدين ، مالم يوجد نص بغير ذلك في القانون أو في الاتفاق [145].

ولكي يكون الانذار مجدياً يجب أن يكون عند حلول الآجل الشرط الجزائي أو بعده ولا يكون قبله ، لآنه في هذه الحالة يكون خائبا الأثر ، ويصح للدائن أن يمنح المدين اجلاً لتنفيذ الالتزام في الاعذار الموجه لهذا الأخير من قبل الدائن دون أن يؤثر ذلك علي قوة الإعذار ، ذلك لآنه متى حل الاجل الممنوح اصبح المدين معذراً. [146]

إن إعلان الانذار الذي يقوم به الموظف المختص (المحضر) قد يكون مباشراً بأن يقوم المحضر نفسه بتسليم صورة من الانذار وفقاً لما يتطلبه قانون المرافعات أو أن يكون عن طريق بريد فيكون إعلان الانذار هنا يقوم به المحضر عن طريق البريد فيجوز اللجوء إليه ، وفي الحالات التي تقضي ذلك وفقا لما هو وارد

---

[144] . عدنان طه الدروي ، ***أحكام الالتزام والإثبات في القانون المدني الليبي*** ، منشورات الجامعة المفتوحة ، سنة 1995 ، ص 58 .

[145] .طعن مدني رقم 75/ 24 ق، بتاريخ 11.03.1979، ***مجلة المحكمة العليا*** ، ص43.

[146] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص 830 .

في قانون المرافعات [147] وعلى هذا يكون الإعذار بحسب ما ورد في القانون الليبي بأحدي الطرق التالية :

1- يكون الاعذار علي يد محضر بورقة رسمية من اوراق المحضرين .

2- يكون الإعذار أيضاً بالبريد المسجل .

3- يكون الاعذار بأي طريقة أخرى يفهم منها نية الدائن في الحصول علي التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي ويكون ذلك حسب العرف السائد .

4- يكون الشرط الجزائي مستحق بمجرد حلول الأجل إذا اتفق المتعاقدان علي ذلك .

والإعذار ينتج آثاره بمجرد وصوله إلى علم المدين فبوصوله إلى علم المدين يعتبر قرينة علي العلم به ، وهذا ما قضت به المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 43/59 ق بقولها ((إن التنبيه هو عمل قانوني تعبير عن الارادة يصدر من جانب واحد ولا يشترط لصحته وترتيب آثاره أن يقبله الطرف الموجه إليه بل هو يرتب آثاره بمجرد وصوله إلي علم من وجه إليه ،ويعتبر وصوله إليه قرينة علي العلم به ما لم يقم الدليل علي عكس ذلك))[148]

ثالثاً : الاستثناءات الواردة علي وجوب الاعذار :

بالإضافة إلى الإعفاء الاتفاقي من الاعذار ، حيت بينا في المادة 222 مدني ليبي قد أجازت الاتفاق على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل ، دون

---

[147] . عدنان طه الدروي ، ***أحكام الالتزام والإثبات في القانون المدني الليبي*** ، منشورات الجامعة المفتوحة ، سنة 1995 ص 58 .

[148] .طعن مدني رقم 59/ 43 ق ، جلسة 11-03 -2002 ، ***مجلة المحكمة العليا*** ، ص 68.

الحاجة إلى أي إجراء آخر ، فان الاعفاء من الاعذار يأتي في بعض الحالات بنص القانون ، وهذا ما تتضمنه نص 223 مدني ليبي :

وبناء على ذلك فلا ضرورة للأعذار في الحالات الاتية :

- إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن او غير مجد بفعل المدين .
- إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع .
- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون وجه حق وهو عالم بذلك .
- إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه .
- ومن خلال هذا النص يتبين أنه إذا ما توفرت إحدى الحالات التي نصت عليها المادة 223 من القانون المدني يترتب عليها ، أنه لا ضرورة للإعذار فيها ، وسنحاول شرح كل حالة عل حدى وفقاً لما يلي :

أ. إذا اصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين :

بما أن الهدف من الأعذار هو دعوة المدين إلى تنفيذ التزامه المتفق عليه في الشرط الجزائي ، ونفي مظنة التسامح معه في التأخير عن التنفيذ ،فإنه يفترض بالضرورة إمكان هذا التنفيذ ،فإذا كان هذا التنفيذ قد اصبح مستحيلاً بفعل المدين أو اصبح غير مجد بفعله كما لو تعاقد شخص مع مقاول لبناء منزل بموصفات معينة في العقد ، وباشر المقاول العمل إلا أنه ارتكب أخطاء فنية جسيمة لا يمكن تداركها ، ففي هذه الحالة يصبح تنفيذ الالتزام من قبل المقاول غير ممكن أو غير مجد بسببه ، أي بفعله ، ولقد قضت المحكمة العليا الليبية في

الطعن مدني رقم 34/62 ق جلسة 10-04-1989 بقولها ((من المقرر أنه لا ضرورة لإعذار المدين قبل المطالبة بالفسخ ، إذا اصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن اصبح من المتعذر عليه تنفيذ التزامه بنقل ملكية المنزل إلى المطعون ضده نتيجة تمليكه لساكنه عملاً بالقانون رقم 4 لسنة 1978 م فضلاً عن أن مجرد رفع الدعوي بالفسخ يعد اعذاراً))[149].

ب. محل الالتزام إذا كان تعويضاً عن عمل غير مشروع :

ذلك أن هذا التعويض يترتب على الاخلال بالالتزام بعدم الاضرار بالغير دون سبب مشروع ، وهو التزام بامتناع عن عمل مقرر بنص القانون ، مثال إذا قطع شخص بدون حق الأشجار المغروسة في بستان تعود ملكيته لشخص أخر فمالك الاشجار الحق في المطالبة بالتعويض بدون حاجة إلى إعذار مسبق للشخص الذي قام بقطع الاشجار [150] .

ج. تصريح المدين كتابة انه لا يريد القيام لالتزامه :

فإذا كان المدين مصراً علي عدم التنفيذ وصرح بذلك كتابة فأنه لا تكون هناك فائدة لإعذاره ويشترط القانون المدني أن يكون التصريح بالإضرار علي رفض التنفيذ كتابة ، فلا يكفي أن يعرب المدين شفوياً عن عدم رغبته في التنفيذ ويسلم الفقه الراجح بأن الكتابة المطلوبة هنا هي في للإثبات وليس للشكل ، بمعنى أنه

---

[149] .طعن مدني رقم 34/62 ق ، جلسة 10 -04 -1989 م ، ***مجلة المحكمة العليا*** ، ص 126 .

[150] . عدنان طه الدروي ، ***أحكام الالتزام والإثبات في القانون المدني الليبي*** ، منشورات الجامعة المفتوحة ، سنة 1995 ، ص60.

يمكن الاستعاضة عنها بإقرار المدين بتصريحه بعدم التنفيذ أو نكوله عن حلف اليمين طبقاً للقواعد العامة في الاثبات [151].

ويلاحظ أن الإقرار كتابة بالعزم علي عدم التنفيذ لا ينسحب على الماضي فإذا كان المدين متأخراً في التنفيذ عندما صرح كتابة بعدم نيته في النفي ، فأنه يعتبر غير معذر طوال الفترة السابقة علي تصريحه كتابة ، ما لم يكن قد تم أعذاره قبل تصريح [152] .

د– حالة التزام المدين برد شيء يعلم أنه مسروق أو تسلمه بدون وجه حق :

المدين في هذه الحالة سيئ النية ، لذلك عامله المشرع بنقيض مقصده ، فالزمه بأن يرد الشيء إلى الدائن بدون الحاجة للإعذار ، ومن تم يجب علي المدين أن يبادر فوراً إلى رد الشيء للدائن دون إعذار ، والا كان مسؤولاً عن التأخير في الرد[153].

وأضاف الباحث إلى ما تقدم نقطة جوهرية ومذكورة في نص المادة 222 من القانون المدني الليبي ولكن لم تذكرها الكتب القانونية وهي:

إذا اتفق المتعاقدين على أن الشرط الجزائي يكون مستحق بمجرد حلول الاجلال إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، فلا حاجة للإعذار هنا .

---

[151] . محمد علي البدوي ، ***النظرية العامة للالتزام*** ، احكام الالتزام ، دار الكتب الوطنية بنغازي – ليبيا ، ج 2 ، ط 1 ، سنة 2004 ، ص 18 .

[152] . محمد علي البدوي ، ***النظرية العامة للالتزام*** ، احكام الالتزام ، دار الكتب الوطنية بنغازي –ل يبيا ، ج 2 ، ط 1 ، سنة 2004 ، ص9 .

[153] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص835 .

الفصل الثالث

منهجية البحث

إن البحث العلمي هو إجراء عملي منظم ومنضبط وموضوعي لإيجاد حلول لمشكلات ، أو تجميع بيانات عن مقترحات او اقتراحات ، أو مقولات ، للتأكد من الظواهر الطبيعية ، والاجتماعية ، والنفسية ، بهدف التنمية والتطوير[154] .

منهجية البحث هي الطريقة التي يستعملها الباحث لجمع بياناته البحثية ولمقارنتها بالمعيار المعين ، وقد يستخدم الباحث عدة ادوات للبحث التي تدخل ضمن هذه الاساليب البحثية للحصول على اقصى قدر من النتائج .

أ. نوع البحث :

فقد أختار الباحث منهج البحث المكتبي لان استعمال المكتبة أمر لازم وضروري مع كل منهج بحث ، فمراجعة الدراسات السابقة وتحديد الإطار النظري للبحث لا يتوقع أن يقوم بهما الباحث إلا من خلال استخدام المكتبة بغض النظر عن إي منهج يطبقه"[155].

والمنهج المكتبي : يهدف من خلاله الباحث إلى جمع المصادر من كتب ورسائل علمية ، والسجلات ، والوثائق ، وذلك للحصول علي معلومات

---

[154] . داوود بن درويش حلس ، ***كتاب دليل الباحث في توضيح وتنظيم البحث العلمي في العلوم السلوكية***، إدارة التعليم- شقراء- منطقة الرياض التعليمية سابقاً، سنة 2006 ، ص15.

[155] . هند عبد العزيز الربيعة ، ***بحث بعنوان منهج البحث الوصفي الوثائقي*** ، قسم ادارة وتخطيط تربوي ، جامعة ا الامام محمد بن سعود ،المستوي الثاني ، سنة 1443 هـ ، ص 18,

صحيحة ليستخلص منها ادلة وبراهين صحيحة يجب بها علي اسئلة البحث [156].

وهو الجمع المتأني والدقيق لجميع المعلومات والوثائق المتوفرة المتعددة في الكتب والمجلات والندوات والمجلات والأحكام القضائية وغيرها من الوثائق ذات العلاقة بموضوع الشرط الجزائي سواء من الطبيعة القانونية في القانون المدني الليبي وفي أحكام الشريعة الاسلامية .

وهذا المنهج مدخله المنهج الوصفي التحليلي :

والمنهج الوصفي التحليلي فهو ليس منهجاً قائماً بذاته وانما هو ايضا خطوة من خطوات اعداد أي بحث وفي أي منهج .

ويعرف المنهج الوصفي بأنه " محاولة الوصول إلى المعرفة الدقيقة والتفصيلية لعناصر مشكلة أو ظاهرة قائمة ، للوصول إلى فهم أفضل وأدق أو وضع السياسات والإجراءات المستقبلية الخاصة بها" [157].

المنهج الوصفي التحليلي : ويعتمد البحث الوصفي على الحصول على معلومات تتعلق بالحالة الراهنة للظاهرة موضوع الدراسة لتحديد طبيعة تلك الظاهرة والتعرف على العلاقات المتداخلة في حدوث تلك الظاهرة ووصفها وتصويرها وتحليل المتغيرات المؤثرة في نشوئها ونموها .

ولذلك المنهج الوصفي مهم في الدراسات الإنسانية والاجتماعية ..

---

[156] . هند عبدالعزيز الربيعة ،***منهج البحث الوصفي الوثائقي*** ، مرجع سابق ، ص20.

[157] . باسم بشناق ، ***اسس البحث العلمي القانوني*** ، سنة 2013 ، ص 11 .

إن من أهم أهداف الاسلوب الوصفي في البحث هو فهم الحاضر من أجل توجيه المستقبل ، فالبحث الوصفي يوفر بيانته ، وحقائقه واستنتاجاته الواقعية باعتبارها خطوات تمهيدية لتحولات تعتبر ضرورية نحو الأفضل ويمكن اجمال اهداف الاسلوب الوصفي في النقاط التالية :

1- جمع بيانات حقيقية ومفصلة لظاهرة أو مشكلة الشرط الجزائي في كل من أحكام القانون المدني الليبي واحكام الشريعة الاسلامية .
2- تحديد المشكلات الموجودة في تطبيق الشرط الجزائي في احكام القانون المدني الليبي والشريعة الاسلامية وتوضيحها .
3- إجراء مقارنات لبعض المشكلات المتعلقة الشرط الجزائي وتقويمها وإيجاد العلاقات بين تلك المشكلات فيما يتعلق بالاختلاف في تطبيق الشرط الجزائي في العقود بين احكام القانون المدني الليبي وتطبيقها في الشريعة الاسلامية .
4- وسيقوم الباحث بعد جمع المعلومات الدقيقة المتعلقة بظاهرة الشرط الجزائي في احكام القانون المدني الليبي وأحكام الشريعة الاسلامية وصفها وصفاً دقيقاً وتحليلها كما جاء في المصادر المتوفرة لديه ، سيقوم الباحث بأبداء رأيه فيما يتعلق بالظاهرة وسيحاول الباحث حل المشكلة وإيجاد توازن في تطبيق الشرط الجزائي في أحكام القانون المدني الليبي وأحكام الشريعة الاسلامية .

وأعتمد الباحث في هذا البحث على تتبع أراء فقهاء القانون فيما يتعلق بالشرط الجزائي ، وكذلك أراء الفقهاء المعاصرين ، وذلك باستنباط المعلومات من

الكتب والمقالات والفتاوى والندوات والآيات والاحاديث النبوية وذلك بوصف هذه المعلومات وصفا دقيقا وتحليلها ومقارنتها ببعضها حتي يتسنى للباحث الحصول علي نتيجة صحيحة.

ب. مصادر البيانات :

عند كتابة بحث ما في أي مجال كان، يعتمد الباحث في الاستعانة بمعلومات من المصادر المختلفة، ويمكن تعريف مصادر المعلومات على أنّها المراجع التي يمكن منها استخلاص المعلومات المختلفة عند الحاجة إليها.

تمثل عملية جمع البيانات والحصول على المعلومات محور البحث العلمي وأساسه، لأنه بدون الحصول على البيانات والمعلومات لا يمكن أن تتم إجراءات البحث العلمي وخطواته الأخرى؛ لذا فإن جمع البيانات لابد لها من أدوات محددة تختلف باختلاف مناهج البحث التي اعتمدها الباحث

أنواع مصادر المعلومات تتنوّع مصادر المعلومات، وهي من الأمور التي لا يمكن الاستغناء عنها أبداً لغايات البحث العلميّ وغيره من الغايات أيضاً ، حيث تحتوي مصادر المعلومات على خلاصة خبرات متراكمة لمن قام بالتّدوين، ومن هنا فهي تساعد على إكمال ما بدأه الأوّلون ، وما استطاعوا التّوصل إليه من علوم ومعارف ، فللعلم طبيعة تراكميّة، حيث يكمل الإنسان ما بُدء قبلاً، وفيما يلي بعض أبرز أنواع مصادر المعلومات:

أولاً : المصادر الاولية :

وهي تلك الوثائق التي تتضمن الحقائق والمعلومات الأصلية المتعلقة بالموضوع وبدون استعمال وثائق ومصادر وسيطة في نقل هذه المعلومات ، وهي التي يجوز أن تطلق عليها اصطلاح "المصدر" [158].

المصادر الأولية هي في حد ذاتها مصادر مهمة للمعلومات، فلا يصبح موضوع ما علماً قائماً بذاته، إلا إذا أتيح له أن يظهر ويتراكم لديه مصادر أولية وهي عبارة عن الوثائق والمطبوعات التي تشمل أساساً علي المعلومات الجديدة أو التصورات أو التفسيرات الجديدة أو أفكار معروفة ، أي انها تلك المصادر التي قام الباحث بتسجيل معلوماتها مباشرة استناداً إلى جمع البيانات لغرض الخروج بنتائج جديدة وحقائق غير معروفة سابقاً مثل مصادر الكتب وغالبا ما تكون معلومات هذه المصادر حديثة بمعنى أنها لم تنشر سابقاً وهي تشمل أنماطا عدة أهمها: كتب الفقه والقانون ، الأبحاث العلمية المنشورة في الدوريات ، المقالات المنشورة في الصحف ، التقارير على اختلاف أنواعها ، براءات الاختراع ، وقائع المؤتمرات الأطروحات الجامعية ، البيانات والتعاميم والمنشورات الحكومية الجديدة [159].

---

[158] . مانيو جيدير، ***منهجية البحث العلمي*** ، دليل الباحث المبتدئ في موضوعات البحث ورسائل الماجستير والدكتوراه ، مترجم من الفرنسية ، تنسيق ، د.محمد عبدالغني السيد غانم ، ص39 .

[159] . نائل العواملة ، **اساليب البحث العلمي** ، مكتبة احمد ياسين – عمان ، سنة 1995 ، ص 25 .

ومن أهم المصادر الأولية في هذه الدراسة المكتبية ما يلي :

- **المصادر القانونية :**

– القانون المدني الليبي لسنة 1988 .

– كتاب أحكام الالتزام للدكتور محمد البدوي .

– كتاب الوسيط في شرح القانون المدني الجديد للدكتور عبدالرزاق السنهوري .

– كتاب أحكام الالتزام د. نبيل ابراهيم سعد و أ. محمد حسين منصور .

- **المصادر الشرعية :**

– كتاب نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي .

– مجلة مجمع الفقه الاسلامي في الدورة الثانية عشرة لمؤتمر الفقه الإسلامي .

– موسعة قضايا اسلامية معاصرة للدكتور محمد الزحيلي .

ثانياً : المصادر الثانوية :

وهي المراجع العلمية التي تستمد قوتها من مصادر ووثائق أصلية ومباشرة أي أنها الوثائق والمراجع التي نقلت الحقائق والمعلومات عن الموضوع محل البحث ، أو عن بعض جوانبه من مصادر ووثائق اخري [160]

فإنها تزود الباحث بتفسيرات للبيانات الأولية ولم تأتي من قبل خبرات شخصية يمارسها الاشخاص مصادر المعلومات الثانوية فهي أوعية المعلومات المرجعية التي تمكن المستفيد من الوصول إلى مصادر المعلومات الاولية بعد معالجتها وتحليلها وتقديمها بشكل جديد منظم ومرتب وفقا لأحد أنظمة الترتيب المعروفة

[160] .مانيو جيدير، ***منهجية البحث العلمي*** ، دليل الباحث المبتدئ في موضوعات البحث ورسائل الماجستير والدكتوراه ، مترجم من الفرنسية ، تنسيق ، د. محمد عبدالغني السيد غانم ، ص40 .

لذلك فالمعلومات التي يوفرها هذا النوع من المصادر ليست حديثة بل منشورة ومستخدمة سابقاً في المصادر الأولية ، وتشمل مصادر المعلومات الثانوية الموسوعات ، معاجم التراجم، المراجع الجغرافية بما فيها الأطالس والخرائط والمعاجم الجغرافية، القواميس، الأدلة على اختلاف أنواعها ، الكتب السنوية ، كتب الحقائق، الكشافات ، نشرات الاستخلاص، فهارس المخطوطات وكل ما يندرج تحت عنوان الكتب المرجعية أو المراجع التي تستشار عند الحاجة من أجل الحصول على معلومة أو رقم أو أسم شخص أو هيئة معينة.

وكذلك شبكة الانترنت أكبر مزود للباحث في العصور الحديثة ، حيث تضم عدداً كبيراً من شبكات المعلومات علي مستويات محلية وإقليمية وعالمية ، وكذلك الكتب الالكترونية المتوفرة في المكاتب الالكترونية على شبكات الانترنت ، **ومن أهم المصادر الثانوية في هذه الدراسة المكتبية ما يلي :**

- أحكام المحكمة العليا الليبية ، والمحاكم الابتدائية .
- رسالة دكتوراه ، بعنون الشرط الجزائي وأثره علي العقود المعاصرة ، للدكتور محمد بن عبدالعزيز اليمني .
- رسالة ماجستير ، بعنوان التعويض الاتفاقي في القانون المدني ، للأستاذ طارق محمد ابو ليلي .
- مجلة الواحات للبحوث والدراسات ، بعنوان حكم الشرط الجزائي الوارد في الاعمال وصور تطبيقاته في المصارف الإسلامية ، للأستاذ عبدالصمد بلحاجي .

ج. أدوات جمع البيانات :

إن طريقة جمع البيانات في هذا البحث تعتمد على دراسة المنهج الوصفي التحليلي وذلك لجمع المواد القانونية والفقهية وبيانات البحث التي يستخدمها الباحث في بحثه ، سواء عن طريق تعيين البيانات أو عن طريق تحقيق الموضوعات المتعلقة بالبحث ، وضع الأدلة المأخوذة من الوثائق والكتب مع بعضها بطريقة منطقية ، وكذلك قراءة الكتب المتعلقة بالبحث ، ووضع أدلتها في تكوين النتائج التي تؤسس حقائق جديدة واستخراج النتيجة منها .

وهذه مرحلة قائمة بذاتها وهي المرحلة المهمة وفيها سيتم التجميع الفعلي للبيانات والمعلومات الازمة للبحث بواسطة ادوات جمع البيانات التي أختارها الباحث وهي الوثائق والتقارير والدراسات السابقة أو غير دلك ، والتي تم جمعها سابقاً من أجل تحديد مشكلة الدراسة وبمسح الدراسات السابقة ، و سوف يتوخى الباحث في هذا البحث الموضوعية والأمانة العلمية في جمع المادة العلمية لدراسته سواء اتفقت مع وجهة نظره أم لم تتفق .

أما الوثائق فهي الطريقة التي سيعتمد عليها الباحث اعتمادا كلياً في عملية جمع البيانات حيث سيرجع إلى اصول البيانات في الكتب والمراجع التي تناول موضوع البحث واستخراجها وسبغ اغوارها ومقارنتها بالبيانات المستخرجة أيضا من الكتب القانونية والفقهية لنصل إلى الغاية المرجوة والهدف المنشود من دراسة هذا البحث .

د. طريقة تحليل البيانات :

وفيه بيان الأسلوب والمنهج الذي سيستخدمه الباحث في تحليل البيانات في دراسته هذه ، وأعتمد الباحث في هذه الدراسة على المنهج المقارن ويشتمل على الآتي :

أولاً : المنهج الاستقرائي :

وهو تصفح أمور جزئية ليحكم بحكمها علي أمر يشمل تلك الجزئيات [161] وينقسم الي :

- التام : وهو إثبات الحكم في جزئي لثبوته في الكلي على الاستغراق .
- الناقص :إثبات الحكم في كلي لثبوته في أكثر جزئياته .

يهتم هذا المنهج باستقراء الاجزاء ليستدل منها على حقائق تعم على الكل باعتبار أن ما يسري على الجزء يسري علي الكل ، فجوهر المنهج الاستقرائي هو الانتقال من الجزئيات إلى الكليات ط الخاص الي العام [162].

والاستقراء هو الطريق نحو تكوين المفاهيم والوصول إلى التعميمات عن طريقة الملاحظة ودراسة الفروض والبراهين وإيجاد الحلول والادلة [163].

والمنهج الاستقرائي معروف بهذا الاسم في مجال العلوم الطبيعية ، وبعض العلوم الاجتماعية كعلم الاقتصاد وعلم الاجتماع ، وفي مجال العلوم القانونية يعبر

---

[161] الزركشي ، ***البحر المحيط*** ، دار الصفوة للطباعة والنشر بالغردقة مصر ، ط 2 ، ج 6 ، سنة 1992 ، ص 4 .

[162] . صالح طليس ، ***المنهجية في دراسة القانون*** ، منشورات زين الحقوقية ، سنة 2012 ، ص 32 .

[163] . ابراهيم حسن علي ، ***استخدام المصادر وطرق البحث*** ، مكتبة النهضة الاسلامية – القاهرة ، ط2 ، سنة 1963 ، ص 54.

عن المنهج الاستقرائي عادة بالمنهج التأصيلي ، ولعل أهم مجالاته ما يتعلق باستقراء اتجاهات احكام القضاء في موضوع معين لبيان القاعدة التي تحكم الموضوع وهذا هو محل البحث الذي سنستخدمه هنا في هذه الدراسة .

ويكون ذلك بعد دراسة الجزئيات للشرط الجزائي كاستقراء أحكام القضاء في الشرط الجزائي لبيان القاعدة التي تحكمه ، وتطبيقها علي العام وهو التعويض والضمان ، باعتبار أن الحكم العام هو التعويض ، والشرط الجزائي هو الخاص والعام هو التعويض عن الضرر في القانون ، والضمان في الشريعة الإسلامية .

ثانياً : المنهج الاستنباطي :

هو كل مستخرج شيء كان مستتراً عن أبصار العيون أو عن معارف القلوب فهو له مستنبط [164] .

والمنهج الاستنباطي عكس المنهج الاستقرائي ، فالباحث وفقا لهذا المنهج يبدأ من الحقائق الكلية إلى الحقائق الجزئية ، والاستنباط هو الطريق لتفسير القواعد العامة والكلية وينتهي منها إلى استخلاص النتائج التي يمكن تطبيقها على الحالات النظيرة .

والمنهج الاستنباطي معروف في الدراسات القانونية بالمنهج التحليلي ويفيد هذا المنهج في أعداد مشروعات الأحكام القضائية قبل النطق بها ، حيث يوجد المنهج التحليلي أو الاستنباطي ذكر النصوص القرآنية والسوابق القضائية التي

---

[164] . فهد بن مبارك عبدالله الوصي ، ***منهج الاستنباط من القرآن الكريم*** ، مركز الدراسات والمعلومات القرآنية ، ط 1 ، سنة 1428 هـ / 2007 م ، ص 32 .

يستدل اليها منطوق الحكم ، في مقدمة أو صدر الأسباب ويليها ذكر العناصر الواقعية ، وأخيراً منطوق الحكم ، الذي يبني على كل ما سبق ، ويعد تطبيقا له [165].

وفي هذا المنهج يلتزم الباحث بإجراء دراسة تحليلية متعمقة لكل جزئية من جزئيات البحث ، فلا يكتفي بعرض ما هو كائن ، بل يتوجب عليه أن يتناول كل جزئية بالتحليل ، وهذا يستلزم أن يطرح الباحث وجهة نظره الذاتية حين قيامه بإجراء التحليل اللازم .

أما هنا في المنهج الاستنباطي فسيكون الاستدلال بالكليات على الجزئيات فيستدل الباحث بأحكام المحاكم في التعويض ويطبقها على الشرط الجزائي كتطبيق شروط استحقاق التعويض على الشرط الجزائي ، وكذلك الاستدلال بالآيات القرآنية الواردة في التعويض والضمان ، وكذلك الاحاديث النبوية الواردة في السنة وآراء الفقهاء ، وتطبيقها في الشرط الجزائي .

ثالثاً : المنهج المقارن :

يمثل المنهج المقارن في الدراسات أهمية علمية قيمة ، فعن طريق هذا المنهج يقوم الباحث بإجراء المقارنة بين ما جاء في نصوص القانون المدني الليبي وأحكامه وبين ما جاء في الشريعة الاسلامية ، وسيقوم الباحث بإبراز خصائص ومميزات كل منهما وأوجه الشبه والاختلاف ، ومدى أمكانية تطبيق الشرط الجزائي في القانون والشريعة ، و ما أذى تطبيق الشرط الجزائي في القانون الليبي الي الدخول في الربا

[165] . عفيفي حمودة محمد ، ***البحث العلمي*** ، مطابع سجل العرب ، ط2، 1983م ، ص 63.

أو إن تطبيقه موافق للشريعة الإسلامية ، وسيضع الباحث أمام المشرع افضل الحلول التي يراها ليستعين بها في تعديل تطبيق الشرط الجزائي في القانون الليبي ومدى تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي .

هـ. هيكل البحث :

فبعد البحث والتأني في هذه الدراسة وصلت إلي أن متطلبات الدراسة العلمية وطبيعة الموضوع فقد جعلني أن اقسم هذا الموضوع الي : –

في الفصل الاول : الاطار العام والدراسات السابقة :

لقد تطرق الباحث في هذا الإطار العام إلى خلفية البحث والتي اعطا من خلالهما مفهوم عام عن موضوع الشرط الجزائي ، ليسهل علي القارئ الإلمام به من جميع جوانبه ، وقد سردت في مقدمة هذا البحث ابرز المشاكل التي تضمنها هذا البحث ،ثم تطرق الباحث الي اسئلة البحث ، ثم اهداف البحث ، وأهمية البحث ، وبين الباحث حدود البحث ، ومصطلحات البحث ، وانتهي الفصل الاول بسرد الدراسات السابقة واوجه الاختلاف والتشابه بينها وبين هذه الدراسة.

وفي الفصل الثاني : الاطار العام او النظري .

لقد قسم الباحث هذا الفصل الي ثلاثة مباحث وهي علي النحو التالي :

المبحث الاول : وهو مبدأ التعويض عن الضرر ، وقسم الي ثلاثة مطالب فالأول ذكر فيه الباحث مفهوم القانوني للتعويض ، والثاني مفهوم القانوني للضرر، وفي المطلب الثالث مفهوم التعويض عن الضرر في منظور الشريعة الاسلامية ، ثم المبحث

الثاني : بعنوان التطور التاريخي للشرط الجزائي ، وجاء في المطلب الاول الشرط الجزائي في العصور القديمة وفي المطلب الثاني الشرط الجزائي في العصور الحديثة ، ثم المبحث الثالث : وقسم الي ثلاثة مطالب ، وكان المطلب الاول مفهوم الشرط الجزائي والمطلب الثاني شروط استحقاق الشرط الجزائي والمطلب الثالث الإعذار .

وفي الفصل الثالث : منهجية البحث .

وتشمل منهج ونوع البحث الذي اتبعه الباحث في هذه الدراسة ألا وهو المنهج الوصفي التحليلي ومصادر جمع البيانات وهي مصادر أساسية ومصادر ثانوية ، ويحتوي ايضا هذا الفصل علي طرق جمع البيانات ثم طريقة تحليل البيانات وهيكل البحث .

وفي الفصل الرابع : عرض البيانات وتحليلها .

قسم الباحث هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث وهي على النحو التالي :

المبحث الأول: الطبيعة القانونية والشرعية للشرط الجزائي وفق أحكام القانون

المدني الليبي والشريعة الإسلامية ، وقسم الباحث هذا المبحث إلى اربعة مطالب **الأول** خصائص الشرط الجزائي ، **والثاني** تمييز الشرط الجزائي عن بعض الاوضاع القانونية المشابهة له، **والثالث** المفهوم الشرعي للشرط الجزائي **والرابع** التعويض المادي عن الضرر المعنوي وفقً لأحكام الشريعة الإسلامية..

ثم المبحث الثاني : بعنوان سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون وقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب وجاء في **الأول** تخفيض الشرط الجزائي **والثاني**

زيادة الشرط الجزائي و**الثالث** تدخل القاضي لتعديل مقدار الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي

أما المبحث الثالث : بعنوان أثر الشرط الجزائي على المتعاقدين .وقسم هذا المبحث إلى مطلبين **الأول** أثر تطبيق الشرط الجزائي في القانون المدني ، **الثاني** أثر تطبيق الشرط الجزائي في نطاق العقود وفق أحكام القان الشريعة الإسلامي .

أما في الفصل الخامس قسم إلى الخاتمة والنتائج والتوصيات .

وقسمت النتائج إلى ثلاثة تقسيمات حسب اسئلة البحث ، وكذلك التوصيات قسم لقسمين الأول للمشرع الليبي والثاني للباحثين .

الفصل الرابع

عرض البيانات وتحليلها

المبحث الأول : الطبيعة القانونية للشرط الجزائي وفق احكام القانون المدني الليبي والشريعة الإسلامية .

لاشك أن بيان احكام الشرط الجزائي مهم ، فبيان طبيعة الشرط الجزائي وفق أحكام القانون المدني الليبي أمر ضروري ولازم ، حتى تكتمل صورته ، فقد اختلفت القوانين في أسماء الشرط الجزائي ومنها البند الجزائي أو التعيين بالاتفاق أو التعيين الاتفاقي أو التعويض الاتفاقي وكذلك اختلفت القوانين في تحديد طبيعة الشرط الجزائي بين من يرى أنه عقوبة و من يرى أنه تهديد ومن يرى انه تعويض ومن يرى أنه تأمين ومن يرى أنه مجرد اتفاق .

المطلب الأول : خصائص الشرط الجزائي في القانون المدني الليبي .

أولاً : الشرط الجزائي التزام تبعي :

إن الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تابع لا التزام أصيل ، أما الالتزام الأصيل الذي يتبعه الالتزام بالشرط الجزائي فهو ما التزم به المدين أصلا بالعقد أو بغيره من مصادر الالتزام ، فقد يلتزم بنقل ملكية أو بعمل أو بالامتناع عن عمل ، تم يتفق مع الدائن علي مبلغ معين يقدران به ان التعويض فيما إذا أخل المدين بالتزامه[166].

---

[166] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص 860 .

وهذا يعني أنه لا يمكن ان يقوم إلا علي أساس اتفاق سابق على عمل ما ، يتمثل التزاما به ، فدون الاتفاق السابق ، يكون الشرط الجزائي قائما على لا شيء إذ هو اتفاق تابع لاتفاق أصيل ، واحتياط لتنفيذه ، وضمان للمحافظة على بنوده ، فلو لم يكن ثمة اتفاق سابق ، فلا يتصور الاتفاق على التعويض عن امر غير موجود أصلاً [167] ويترتب على ذلك الآتي بيانه :

1- أنه لا اعتبار للشرط الجزائي في مواجهة الالتزام الاصلي المنصب عليه الالتزام فلا يملك الدائن مطالبة المدين إلا بالالتزام الأصلي مادام ذلك ممكنا كما لا يجوز للمدين ان يعرض علي الدائن إلا الالتزام الأصلي الوارد بالعقد ، والعلة في ذلك ان الشرط الجزائي ليس مقصود لذاته ، ولكنه وسيلة لغاية هي حمل المتعاقد علي تنفيذ التزامه الأصلي الوارد بالعقد اما إذا كان تنفيذ هدا الالتزام غير ممكنا فانه يجوز للدائن مطالبة المدين بالشرط الجزائي عليه بالعقد، كما يملك المدين ان يعرض علي الدائن الوفاء بالشرط الجزائي إذا اصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلا بخطئه أي بخطأ راجع إلى المدين وبسببه [168].

يستفاد من هنا أنه لا يجوز للدائن ان يطالب المدين إذا عرض المدين تنفيذ الالتزام الأصلي ، ولا يجوز للمدين ان يعرض الشرط الجزائي إذا طالب الدائن بتنفيذ التزامه الأصلي ، وكان التنفيذ ممكنا ، والمقصود هنا وجود الشرط الجزائي لا يمنع الدائن من المطالبة بتنفيذ التزامه الأصلي ، وذلك لان العبرة بالالتزام الأصلي لا بالتعويض الاتفاقي الذي لا يمتل سوي التزاما تبعياً فقط [169].

---

[167] . جواد محمود أحمد بحر ، ***نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون*** ، جامعة الخليل ، سنة 2009 ، ص 133 .

[168] . عبد المحسن سعد الرويشد ، ***الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي*** ، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق جامعة القاهرة ، سنة 1983 ، ص94.

[169] . هشام ابراهيم توفيق ، ***الشرط الجزائي بين الفقه والقانون*** ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، طبعة 2011 ، ص 116 .

2- إن الاتفاق علي الشرط الجزائي لا يحول دون التجاء المدين إلى الوسائل القانونية المقررة لإدراك التنفيذ العيني مباشرة ، كالتنفيذ على نفقة المدين وخاصة في عقود التوريد والمقاولة ، وكذلك اللجوء إلى وسائل غير مباشرة للتنفيذ العيني كالغرامة التهديدية ، وذلك بشرط توافر الشروط اللازمة لمثل هذه الحالات والمقررة قانونا .

3- ومن نتيجة تبعية الشرط للالتزام الأصلي ، أن سقوط الالتزام الأصلي يؤدي ايضاً إلى سقوط الشرط الجزائي معه ، وإن جميع ما يلحق الالتزام الأصلي من أوصاف يلحق بالتبعية في الشرط الجزائي [170]، كأن يتفق شخص مع آخر على ارتكاب جريمة ، وإلا أضطر إلى دفع مبلغاً من المال كشرط جزائي ، فإن الالتزام الأصلي هو (ارتكاب جريمة) يبطل لعدم مشروعيته ويبطل معه بالتبعية الشرط الجزائي ، لأنه مخالف للنظام العام والآداب العامة [171] .

4- ان انقضاء الالتزام الأصلي يؤدي إلى انقضاء الالتزام التبعي الشرط الجزائي فإذا انقضي الالتزام الأصلي انقضي معه الشرط الجزائي بالتبعية فقد يتم الوفاء بالالتزام الاصلي أو ينقضي هذا الالتزام لاستحالة تنفيذه لقوة قاهرة ، ففي متل هذه الاحوال ينقضي الالتزام بالشرط الجزائي ايضا [172] .

5- إن جميع الأوصاف التي تقترن بالالتزام الأصلي تقترن بالتبعية بالالتزام التبعي وهي الشرط الجزائي ويصير هذا الالتزام الأخير موصوفاً بوصف الالتزام الأصلي بأن يصبح مضافا إلى أجل أو معلقا على شرط في ذلك تماما شأن الالتزام

---

[170] ابراهيم السيد أحمد ، ***الشرط الجزائي في العقود المدنية*** ، دار الكتب والدراسات العربية _ الاسكندرية _ مصر ، سنة 2016 ، ص 126 .

[171] . هشام ابراهيم توفيق ، ***الشرط الجزائي بين الفقه والقانون*** ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، طبعة 2011 ، ص 126 .

[172] . نبيل ابراهيم سعد ، ***أحكام الالتزام*** ، دار إحياء المعرفة الجامعية _ الاسكندرية ، طبعة 1996 ، ص 82 .

الأصلي وعليه فانه إذا بطل الالتزام الاصلي كان التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي وهو التزام تبعي باطلا مثله تماما ، وذلك أمر منطقياً [173].

ثانياً: الشرط الجزائي تعويض يقدره الطرفان :

لقد خول القانون المدني الليبي للمتعاقدين إمكانية التقدير الاتفاقي للتعويض تحقيقاً للوظيفة التعويضية للشرط الجزائي ، وان كان عدم نفاذ العقد سيؤدي إلى صيرورة الشرط الجزائي غير ذي أثر ، بصرف النظر عن وصف الطرفين بعدم نفاذ أو عدم فاعلية العقد فالشرط الجزائي عقد أو بند في عقد فهو تعويض قدره المتعاقدان مسبقاً ، وكثيراً ما يكون تقدير المتعاقدين غير متطابق مع الضرر الذي لحق الدائن نتيجة إخلال المدين بالتزامه [174].

إن التعويض الاتفاقي هو تعويض يقدره الطرفان في العقد أو في اتفاق لاحق مقدماً أو قبل تنفيذ العقد ، لذلك فانه في حقيقته لا يعدو ان يكون بند أو شرط في عقد أو في اتفاق لاحق يتضمن تحديدا للجزاء المترتب على الاخلال بالالتزام ، وذلك بتحديد التعويض المستحق للدائن عند هذا الإخلال [175] .

1. قد يكون التعويض الاتفاقي مبالغاً فيه :

والغالب أن يتم النص على الشرط الجزائي في عقد الالتزام الاصلي ، غير أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون الاتفاق عليه لاحقاً للعقد الأصلي ، فالاتفاق على الشرط الجزائي يجب أن يتم قبل إخلال المدين بالتزامه ، سواء كان ذلك في حالة امتناع

---

[173] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص 864 .

[174] . محمد علي البدوي ،***النظرية العامة للالتزام*** ، الجزء الثاني ، احكام الالتزام ، دار الكتب الوطنية ، بنغازي ليبيا ، ط 1، سنة 2004 ، ص 59 .

[175] . راقية عبدالجبار ، ***سلطة القاضي في تعديل العقد*** ، رسالة دكتوراه ،كلية القانون جامعة بغداد ، سنة 2002 ، ض 220 .

المدين عن تنفيذ التزامه أو تأخر المدين في تنفيذ التزامه ، فإذا كان الاتفاق علي الشرط الجزائي لاحقاً لحالة عدم التنفيذ أو التأخير في تنفيذ الالتزام ، فإنه في هذه الحالة يعتبر صلحاً لا تعويضاً متفق عليه [176].

وكذلك الشرط الجزائي يتم النص عليه في عقد الالتزام الاصلي عند ابرامه ، أو يكون بالاتفاق عليه لاحقاً للعقد الأصلي ، وهذا ما نصت عليه المادة (226)من القانون المدني الليبي [177]، وبناء على ما تقدم فانه من المتصور أن لا يتناسب الشرط الجزائي المتفق عليه مع مقدار الضرر لذلك نراه احيانا في فرضنا الحالي يزيد زيادة كبيرة مبالغاً فيها عن مقدار الضرر الحاصل بالفعل .

إن الفائدة المتوخاة من الشرط الجزائي قطع السبيل علي المدين في الجدل حول مقدار التعويض المستحق ، فقد اتفق مع الدائن علي تقديره فلا محل لإعادة النظر فيه ولو كان مبالغاً فيه لدرجة كبيرة .

فقد سار المشرع الليبي علي تخفيض مقدار التعويض الاتفاقي ليكون منسجماً مع الضرر الذي اصاب الدائن وكذلك في حالة المبالغة الكبيرة في التعويض الاتفاقي عن قدر الضرر الواقع بالفعل ، بمعنى الرد إلى حالة التناسب ما بين التعويض الاتفاقي والضرر الواقع بالفعل[178].

---

[176] . طارق محمد مطلق ابو ليلى، ***التعويض الاتفاقي في القانون المدني دراسة مقارنة*** ، رسالة ماجستير ، مقدمة لجامعة النجاح الوطنية ، سنة 2007 ص 18 ، 17 .

[177] . نصت المادة على (يجوز للمتعاقدين أن يحددا قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق) .

[178] . هشام ابراهيم توفيق ، ***الشرط الجزائي بين الفقه والقانون*** ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، طبعة 2011 ، ص122 .

2. قد يكون الشرط الجزائي اقل من الضرر

إن الشرط الجزائي طالما إن تقديره يتم قبل حصول الضرر فانه يمكن أن يكون اقل من الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة لإخلال المدين بالتزامه ، وتعد هذه الإشكالية كثيرة الحصول في الواقع العلمي .

ولعل هذا هو سبب لاتجاه القوانين المقارنة إلى زيادة مقداره ليكون متناسباً مع الضرر الفعلي ، بيد أن هذا الاتجاه ينطوي في ذات الوقت على إهمال لإدارة المتعاقدين ورغبتهما في تحديد مبلغ التعويض بحد اعلي لا يجوز التحلل منه أو التجاوز عليه لذلك فان التشريعات التي تعتمد هذا الاتجاه تقيد سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي بضرورة ارتكاب المدين غشا أو خطأ جسيم حيت يتم القضاء بزيادة الشرط الجزائي [179].

3. قد يكون وسيلة للإعفاء من المسئولية :

قد يلجأ المتعاقدين أحيانا إلي الاتفاق علي شرط جزائي ضئيل في مقداره بحيث لا يتناسب مع أي ضرر يمكن أن يحدث من جراء عدم التنفيذ ، وذلك بغية الوصول إلي الإعفاء أو التنصل من المسئولية المدنية والقاعدة في هذا الشأن إن مثل هذا الشرط الجزائي يكون باطلاً متى كان محله الإعفاء من المسؤولية التقصيرية غذ لا يجوز الاتفاق علي الإعفاء من هذه المسئولية لتعارض مع القواعد العامة [180] .

---

[179] . هشام ابراهيم توفيق ، مرجع سابق ، ص122 .

[180] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص 879 .

وفي ذلك تقضي المادة 220 من القانون المدني الليبي في فقرتها الثالثة (ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع) [181]

4. ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع

أما إذا كان الغرض من الشرط الجزائي الإعفاء عن المسئولية العقدية ، فأن هذا الشرط يكون صحيحاً إلا إذا كان المدين قد ارتكب غشاً جسيماً ، ويتضح مما تقدم أن الشرط الاتفاقي على الإعفاء من المسئولية وذلك بإبرام شرط جزائي يوصي بالإعفاء منها باطلا سواء كانت مسئولية تقصيرية أو مسئولية عقدية وحدث من المدين غشاً أو خطأ جسيماً [182] .

ثالثاً : الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض :

بادئ ذي بدء نقرر أن الشرط الجزائي هو تعويض يقدره الطرفان في العقد أو في اتفاق لاحق جزاء لعدم التنفيذ أو التراخي فيه ، وهذا كما أسلفنا طبقاً لنص القانون ومن حيث كون هذا التعويض سالف البيان والمقدر مقدما في العقد أو في اتفاق لاحق بمنأى عن الضرر ، وذلك لان تقديره يكون قبل التنفيذ فهو والحال هكذا يكون جزافياً وذلك لان المتعاقدين قد قدرا التعويض المستحق مقدماً قبل وقوع الضرر ، ومعرفة درجة جسامته فمن الطبيعي حتماً أن يختلف التقدير عن مقدار الضرر الحقيقي أو الفعلي الواقع على الدائن جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، فإذا كان الشرط الجزائي يتضمن تقديراً للتعويض الذي يستحقه الدائن عند إخلال المدين بالتزامه أو امتناعه عن تنفيذ

---

[181] . القانون المدني الليبي ، المادة 220 ، الفقرة 3 .

[182] . نبيل ابراهيم سعد ، و محمد حسين منصور ، ***احكام الالتزام*** ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية – مصر، ج2 ، سنة 2002 ، ص 73 .

هذا الالتزام فان هذا التعويض يقدر بشكل جزافي ، ذلك إن المتعاقدين يقومان بتحديد مقداره ابتداء قبل وقوع الضرر [183].

وتأسيساً على ما تقدم يكون الضرر ، علاوة على عدم معرفة درجة الجسامة مفترض الوقوع ، وذلك كان افتراض حدوث الضرر هذا قابلاً لإثبات العكس [184].

وعلى الرغم من قابلة الشرط الجزائي استناد الى صفته الجزائية ، للتعديل بالزيادة أو النقصان فانه يحقق للدائن فوائد كثيرة من هذا الشرط وتتمثل تلك الفوائد فيما يأتي :

1- إن وجود الشرط الجزائي يجعل من وقوع الضرر أمراً مفترضاً ولا يكلف الدائن بإثباته ، فإذا ادعى المدين انتفاء الضرر تعين عليه لا على الدائن عبء اثبات ذلك [185].

فالاتفاق على تحديد مقدار التعويض في العقد في حالة عدم تنفيذ معناه التسليم من المتعاقدين أن عدم التنفيذ يترتب عليه ضرر حتما ، وأن الضرر يقدر بالمبلغ المتفق عليه لأن انتقال المتعاقدين إلى البحث في التعويض ينطوي في الواقع على التسليم بمسألة استحقاقه واعتبارها فلا يقبل بعد ذلك من المدين مطالبة الدائن بإثبات حصول الضرر [186].

2- إن وجود الشرط الجزائي يجعل من المفروض أن تقدير التعويض الوارد في هذا الشرط هو تقدير صحيح للضرر الذي وقع فإذا ادعى المدين انه تقدير مبالغ فيه

---

[183] . راقية عبدالجبار ، ***سلطة القاضي في تعديل العقد*** ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون جامعة بغداد ، سنة 2002 ، ص 221 .

[184] . نبيل ابراهيم سعد ، ***أحكام الالتزام*** ، دار إحياء المعرفة الجامعية _ الاسكندرية ، ج2 ، طبعة 1996 ، ص75 .

[185] . هشام ابراهيم توفيق ، ***الشرط الجزائي بين الفقه والقانون*** ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، طبعة 2011 ، ص125 .

[186] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص 874 .

لدرجة كبيرة كان عليه اثبات ذلك دون ان تكون للدائن اية علاقة في هذا الخصوص .

3- ان التعويض لا يتحتم فيه ان يكون مساويا للضرر ، اذ ينبغي ان يتضمن شيئاً من التناسب مع الضرر وليس المساوة المطلقة معه ذلك ان التعويض يقدر مقدما عن ضرر مفترض الحدوث ، وبالتالي فإن المتعاقدين لا يعلمان وقت ابرام العقد على الرغم من احتمالهما حدوث الضرر مدى درجة جسامة هذا الضرر ، وإذا ما حدث الضرر بالفعل فانه يكفي مجرد تناسب هذا التعويض المتفق عليه مع الضرر الحاصل ، دون اشتراط المساواة المطلقة بين التعويض والضرر [187] .

يضاف إلى ما تقدم أن التقدير الجزافي للشرط الجزائي يؤدي دوراً مهما في كثير من الأحيان ، وذلك بحسبانه وسيلة هامة وحيوية للضغط على المدين تدفعه إلى الامتثال لتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، وعدم التأخر في ذلك خشية وقيع هذا الجزاء عليه

رابعاً : الشرط الجزائي في القانون المدني الليبي :

لم يذكر القانون المدني الليبي تعريفا للشرط الجزائي ، وإنما اكتفى بذكر أحكامه حيث نص في المادة (226) علي أنه (يجوز للمتعاقدين ان يحددا قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق)[188].

فمن خلال ذلك يفهم أن الشرط الجزائي ، عبارة عن تعويض اتفاقي بين طرفي العقد مقدما علي مقدار ما يلتزم المدين بدفعه للدائن جبراً للضرر الذي

---

[187] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص 876 .

[188] . المادة (226) من القانون المدني الليبي ، تطابق نص المادة (223) من القانون المدني المصري حرفيا ، ويمكن القول ان اغلب المواد في القانون المدني الليبي ، تتطابق حرفيا مع نصوص القانون المدني المصري ، وذلك للارتباط الوثيق بينهما .

يلحقه به إذ لم ينفذ المدين التزامه ، أو تأخر في تنفيذه ، وحيث إن كل من القانون المدني المصري والليبي أجازا استحقاق الشرط الجزائي عن التأخير في تنفيذ الالتزام ولم يقتصران عن استحقاق التنفيذ في حالة عدم التنفيذ .

بالعكس من القانون الفرنسي ذهب إلى أن الشرط الجزائي يستحق حتى لو لم يثبت الدائن أن هناك ضرراً أصابه ، فأن اتفاق الطرفين علي شرط جزائي وتقديرهما مقدما للتعويض المستحق ، معناه أنهما مسلمان بأن اخلال المدين بالتزامه يحدث ضررا اتفقا علي المقدار اللازم لتعويضه [189]، والمثال علي التعويض عن حالة عدم تنفيذ الالتزام ، في الطعن المدني رقم 48/229 ق [190]وهو إن دعوي منظورة أمام محكمة الزاوية الابتدائية جاءت في وقائعها ((أنه أبرم مع الطاعن عقدا بشأن إعداد تصاميم لمجمع إداري وقاعة اجتماعات بمدينة الزاوية وبعد أن سلم الأعمال المطلوبة واستكمل النواقص ،ثم الاتفاق علي تحديد نسبة الانجاز وما يستحقه من اتعاب ، إلا أن الطاعن لم يسدد له ما تم الاتفاق عليه وانتهي إلى طلب الحكم بإلزامه أن يدفع له المبلغ المتفق عليه مع تعويضه بنسبة 15% من قيمة الاتعاب المستحقة)) والمثال عن حالة التأخير في تنفيذ الالتزام نجد له في الطعن المدني رقم 203 /46 ق [191]، حيث اقامت الشركة الطاعنة قائلة في بيانها ((انها تعاقدت مع الشركة المدعي عليها علي توريد كميات

---

[189] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص 857 .

[190] . الطعن المدني رقم 48/299 ق ،بتاريخ 5-3-2005 ، مجموعة احكام المحكمة العليا القضاء المدني ، ج1 ، سنة 2005 ، ط 2007 ، دار الكتب الوطنية بنغازي ، ص181 ،182 ،183.

[191] . الطعن المدني رقم 46/203 ق ، بتاريخ 18-2-2004 ، مجموعة احكام المحكمة العليا القضاء المدني ، ج1 ، سنة 2004 ، ط1،2008 ، سنة دار الكتب الوطنية بنغازي .

من زيوت المحركات علي أن يتم التسليم في مدة اقصاها ثمانية وأربعون ساعة ، وإلا تحملت هامش الربح)) .

وكذلك فيما يتعلق بالتعويض المادي عن الضرر الأدبي :

فإن القانون المدني الليبي ينص في مادته (225) على أنه : يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً .

فهنا القانون الليبي لا يفرق في التعويض المادي بين الضرر المادي أو الأدبي المعنوي.

المطلب الثاني : تمييز الشرط الجزائي عن بعض الأوضاع القانونية المشابهة له.

بما أن موضوع الشرط الجزائي في الغالب مبلغاً من النقود ، ونظراً للخصائص التي يتمتع بها ، فإنه يختلط ببعض الأوضاع القانونية الأخرى ، مما يجعل التمييز بينهما امراً صعباً ، وتعتبر هذه الاوضاع القانونية قريبة من الشرط الجزائي ولهذا سيحاول البحث في هذا المقام أن يظهر أبرز الفروقات ما بين الشرط الجزائي وهذه الأوضاع القانونية .

أولاً : مفهوم العربون :

فعرف العربون بأنه ، أن يدفع المشتري إلي البائع جزءاً من الثمن قبل العقد أو في إثنائه علي أنه إن تم البيع فهو من الثمن وإلا فهو للبائع لا يرجعه المشتري [192]، وعرف أيضاً بأنه المبلغ الذي يأخذه الدائن بسبب عدول المدين عن إتمام

[192] . عبدالعزيز بن محمد الربيش ، ***حكم بيع العربون*** ، من اصدارات وحدة البحوث الشرعية ، جامعة القصيم ، المملكة العربية السعودية ، سنة 1430 هـ ، ص 10 .

إبرام العقد الذي تم الانفاق في شأنه[193] وعرف بانه مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد [194].

يحدث كثيراً في العمل أن يدفع أحد المتعاقدين ، بعد اكتمال التراضي مبلغا من المال للطرف الآخر كما في عقد البيع والايجار ،قد يكون الغرض من دفع المبلغ هو الوفاء بجزء من ثمن الشيء المبيع أو الأجرة مثلا ،وقد يكون وسيلة لتحديد ثمن الرجوع في الاتفاق من أحد الطرفين ، أي ثمن عدوله عن إبرام الصفقة وهذا ما يسمي بالعربون [195] .

قد يتفق المتعاقدان على إعطاء لنفسيهما الفرصة في الرجوع عن إبرام العقد النهائي ، وفي نفس الوقت يخشيا لو تم التأخر في إبرام العقد إلى ما بعد انقضاء تلك الفترة ، أن تضيع عليهما فرصة التعاقد لانصراف الطرف الآخر عن التعاقد أو لتعاقده مع غيره ، لذلك أجاز المشرع إبرام العقد مع الاحتفاظ بحق العدول عن العقد ، ولا يثبت هذا الحق إلا بنص القانون أو بالاتفاق ، وقد يكون الاتفاق صريحاً أو ضمنياً ، ويجب الرجوع في هذا المجال إلى نية المتعاقدين الصريحة أو الضمنية لأنها هي التي يجب التعويل عليها في تحديد الغرض من دفع العربون[196].

والعربون يولد الاطمئنان والثقة المتبادلة لدي الطرفين المتعاقدين : صاحب السلعة ، والراغب في الشراء ، أو الاجارة .

---

[193] . حمداتي شبيهنا ماء العينين ، ***الشرط الجزائي ومختلف صوره وأحكامه*** ، سنة 2000 ، مقدم الي الدورة الثانية عشر لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي ، العدد الثاني عشر ، ص36 .

[194] . محمد كامل مرسي ، ***شرح القانون المدني*** ، الالتزامات ، الجزء الاول ، المطبعة العالمية -- مصر ، سنة 1945 ، ص 149 .

[195] . محمد علي البدوي ، ***مصادر الالتزام*** ،الجزء الاول دار الكتب الوطنية – بنغازي – ليبيا ، 2003 ، ص 88 .

[196] . انور سلطان ، ***مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني*** ، (دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي) الطبعة الثانية ، المكتب الفني ، سنة 1998، ص 73 .

فحينما يدفع أحدهما – الراغب في الشراء – هذا العربون على صاحب السلعة – فإنه يؤكد له الجدية في طلبه وأنه ليس مجرد كلام وبذلك يطمئن الطرفان المتعاقدان أن العملية التجارية تسير في مسارها الصحيح كما أن الطرفين المتعاقدين يستفيدان من ذلك ، فيستفيد صاحب السلعة أن عملية الانتظار لنفاذ العقد من عدمه من قبل الراغب في الشراء لن تذهب سدى ، لأن لها مقابل وهو تملك العربون لو لم يتم العقد ، كما أن الراغب في الشراء مستفيد أيضاً ، حيث سيتم إيقاف عرض السلعة من قبل الطرف الأول حتي يتقرر لدي الطرف الثاني إتمام العقد من عدمه [197].

ثانياً : دلالات العربون :

نص المشرع في القانون المدني الليبي بالمادة 103 منه علي الآتي :

1- "دفع العربون وقت إبرام القد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه ، إلا إذا قضي بغير ذلك 2 _ فإذا عدل من دفع العربون فقده وإذا عدل من قبضه رد ضعفه ، هذا ولو لم يترتب علي العدول أي ضرر"

فمن خلال هذا النص يفهم أن العربون يقصد به إعطاء حق العدول لكل من الطرفين ، ومن ثم يكون دفع العربون دالاً علي البدء في التنفيذ ومرد الأمر في النهاية إلى نية المتعاقدين ، وأن دلالة العدول لا يأخذ بها إذا

[197] . عبدالعزيز بن محمد الربيش ، حكم *بيع العربون* ، من اصدارات وحدة البحوث الشرعية ، جامعة القصيم ، المملكة العربية السعودية ، سنة 1430 هـ ، ص 11 .

اثبت أن نية الطرفين قصدت إلي أن تجعل من دفع العربون بدءا في تنفيذ العقد [198].

وهذا ما قضت به المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 28 /9 بتاريخ 12/ 4 / 1964 ((من المقرر قانوناً أن نية المتعاقدين هي وحدها التي يجب التعويل عليها في إعطاء العربون حكمه القانوني ومن المقرر أيضاً أن تفسير العقد ما تحمله عباراته لأجل الكشف عن تلك النية مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية التي لا رقابة للمحكمة العليا عليها)) [199].

ثالثاً : أوجه الاختلاف بين الشرط الجزائي والعربون :

1- الشرط الجزائي هو تعويض اتفاقي عن الضرر الذي يصيب الدائن من جراء إخلال المدين بالتزامه فشرط استحقاق الشرط الجزائي هو الضرر أما العربون فهو مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر عند التعاقد ويعطي كلا المتعاقدين خيار العدول إلا إذا تم علي غير ذلك وإذا عدل عن العقد من دفعه فقده ، و إذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب علي العدول أي ضرر [200] .

2- إن الشرط الجزائي لا يعتبر التزاما تخييرياً بحيث أن المدين لا يملك العدول عن التنفيذ العيني إلي التعويض الاتفاقي بل يبقي ملزماً بتنفيذ التزامه الأصلي والمتمثل بالتنفيذ العيني للعقد ما دام ممكناً ، في حين أن عربون

---

[198] . محمد علي البدوي ، ***مصادر الالتزام*** ،الجزء الاول دار الكتب الوطنية – بنغازي – ليبيا ، 2003 ، ص 89 .

[199] . طعن مدني رقم 9/28 ق بتاريخ 12/ 04/ 1993 ، مجلة المحكمة العليا ، ص 12 .

[200] . بسام سعيد جبرجبر ، ***ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منح تراخي تنفيذ العقود*** ، رسالة ماجستير ، بجامعة الشرق الاوسط ، سنة 2011 ، ص 103 .

العدول يعطي الحق لكل من المتعاقدين في الاختيار بين تنفيذ العقد أو العدول في مقابل دفع مقداره [201] .

3- الشرط الجزائي عبارة عن تعويض مقدر مسبقاً بالاتفاق عند الإخلال بالالتزام ، ولهذا لا يستحق الا إذا كان هناك ضرر ، أما العربون فهو ثمن العدول عن ابرام العقد ، لا يتوقف مقداره علي ما يصيب المتعاقد من ضرر نتيجة العدول عن اتمام الصفقة [202].

4- العربون يتفق عليه وقت العقد ولا يتصور بعده ، أما الشرط الجزائي فيجوز بعد العقد في اتفاق لاحق قبل وقوع الضرر [203] .

5- من حيت سلطة القاضي فالعربون لا يجوز للقاضي تعديله ، أما الشرط الجزائي فإن يجوز للقاضي تعديله بالزيادة والنقصان ليتناسب مع الضرر الحاصل فعلاً [204].

6- الشرط الجزائي يحتاج الي اعذار لاستحقاقه ، أما العربون يستحق بدون توجيه إعذار .

7- الشرط الجزائي لا يؤدي إلى فسخ العقد ، بل يبقي المتعاقد الذي أخل بتنفيذ التزامه ملزماً بالتنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكناً، أما العربون فيؤدي إلى فسخ العقد والرجوع فيه [205] .

---

[201] . انور سلطان ، ***مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني*** ، (دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي) الطبعة الثانية ، المكتب الفني ، سنة 1998، ص 81 .

[202] . محمد علي البدوي ، ***النظرية العامة للالتزام*** ، الجزء الثاني ، احكام الالتزام ، دار الكتب الوطنية ، بنغازي ليبيا ، ط 1، سنة 2004 ، ص 57 .

[203] . محمد عبدالعزيز بن سعد اليمني ، ***الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة*** ، رسالة دكتوراه ، جامعة الملك سعود ، المملكة العربية السعودية ، سنة 1425- 2426 ، ص151 .

[204] . طارق محمد مطلق ابو ليلى، ***التعويض الاتفاقي في القانون المدني دراسة مقارنة*** ، رسالة ماجستير ، مقدمة لجامعة النجاح الوطنية – فلسطين ، سنة 2007 ، ص 73 .

[205] . سليمان مرقص ، **العقود المسماة** ، عقد البيع ،المجلد الاول ، عالم الكتب ، القاهرة – مصر ، ط 4 ، سنة 1980 ، ص 78 .

رابعاً : أوجه الاتفاق بين الشرط الجزائي والعربون :

لا يستحق أي منهما إذا تم فسخ العقد برضا المتعاقدين ، أو إذا استحال تنفيذ العقد لسبب أجنبي لا يد لاحدهما في إحداثه ،فإنه يترتب علي ذلك عدم استحقاق كل من الشرط الجزائي والعربون [206].

يجوز لأحد المتعاقدين أن يدفع مالا للمتعاقد الآخر لغرض ضمان تنفيذ الالتزام في كل من الشرط الجزائي والتعويض الاتفاقي [207] .

إن كل من العربون والشرط الجزائي يقصد منه سلامة العقود من التلاعب بها ، وحث المتعاقد علي التنفيذ ، وذلك بتخويفه من مغبة عدم التنفيذ ،لأن هذا يعرضه لخسارة العربون ،أو دفع الشرط الجزائي [208] .

إن كل منهما يبقي في حالة سبات لا يتم البحث فيه إلا في حالة عدم تنفيذ العقد من قبل أحد المتعاقدين ، سواء كان عدم التنفيذ راجعاً إلى اختياره أو ناشئاً عن فعله أو فعل احد الأشخاص ممكن يسأل عن أعمالهم مسؤولية تعاقدية فإذا تخلف المدين عن تنفيذ التزامه ، فإنه يستحق التعويض في كل منهما [209] .

إن كل من الشرط الجزائي والعربون تقديراً للتعويض في حالة العدول عن تنفيذ التزامه [210]

---

[206] . عباس الصراف ، ***شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي*** ، دار البحوث العلمية ،كويت ، ط 1 ، سنة 1975 ، ص200.

[207] . عباس الصراف ، ***شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي*** ، دار البحوث العلمية ،كويت ، ط 1 ، سنة 1975 ، ص205 .

[208] . محمد عبدالعزيز بن سعد اليمني ، ***الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة*** ، رسالة دكتوراه ، جامعة الملك سعود ، المملكة العربية السعودية ، سنة 1425- 2426 هـ ، ص 149 .

[209] . طارق محمد مطلق ابو ليلى، ***التعويض الاتفاقي في القانون المدني دراسة مقارنة*** ، رسالة ماجستير ، مقدمة لجامعة النجاح الوطنية – فلسطين ، سنة 2007 ، ص 72 .

[210] . الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير ، ***بحث بعنوان الشرط الجزائي*** ، المقدم الي الدورة الثانية عشر لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي، ج2 ، سنة 2000 ، ص 57 .

خامساً :مفهوم الغرامة التهديدية :

وقد عرفها أحدهم بأنها عبارة عن مبلغ من المال يكون (نقدي في الغالب) يحكم به القاضي علي المدين المماطل عن كل فترة زمنية بيوم أو أسبوع أو شهر يتأخر فيه المدين عن الوفاء بالتزام يقتضي تنفيذه تدخله الشخصي [211] ، وسيلة من وسائل ضمان التنفيذ العيني وتهدف إلى الضغط علي شخص المدين بغية حمله علي تنفيذ التزامه عيناً في مدة معينة ، وذا تأخر عن التنفيذ كان ملزماً بدفع غرامة عن كل يوم أو اسبوع أو شهر أو اي وحدة زمنية أخري ، أو عن عمل كل عمل مرة يرتكب فيها عملاً يخل بالتزامه إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني أو يمتنع نهائيا عن الاخلال بالالتزام [212] الحكم على المدين بدفع بالتنفيذ العيني وبغرامة تهديدية باعتبار كذا عن كل يوم أو أسبوع أو شهر إذا تأخر في تنفيذ التزامه في ميعاد معين تحدده المحكمة [213].

ومما تقدم من التعريفات السابقة يتضح للباحث أن الهدف من فرض الغرامة التهديدية ، هو التغلب علي عناد وتعنت ومماطلة المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه[214].

الغرامة التهديدية ليست تعويضا عن عدم التنفيذ العيني أو التأخر فيه ولهذا لا يقاس مبلغها بمقدار الضرر الذي يلحق الدائن من عدم التنفيذ أو التأخير فيه

---

[211] . محمد علي البدوي ،***النظرية العامة للالتزام*** ، الجزء الثاني ، احكام الالتزام ، دار الكتب الوطنية ، بنغازي ليبيا ، ط 1، سنة 2004 ، ص44 .

[212] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص 807.

[213] . نبيل ابراهيم سعد ، و محمد حسين منصور ، ***احكام الالتزام*** ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية – مصر، ج2 ، سنة 2002 ، ،ص44 .

[214] . بسام سعيد جبرجير ، ***ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منح تراخي تنفيذ العقود*** ، رسالة ماجستير ، بجامعة الشرق الاوسط ، سنة 2011 ، ص 50 .

بل إن مقدارها مرتبط أساساً بالغرض المراد منها وهو كسر مقاومة المدين وعناده وثنيه عن عزمه وإصراره على عدم التنفيذ العيني ، فالقاضي يحدد المبلغ بما يراه ككفيلاً بحمل المدين على التنفيذ العيني ، مراعياً في ذلك المركز المالي للمدين ومدي قدرته علي المقاومة فما يكفي لحمل مدين فقير قد لا يؤثر علي مدين غني[215].

سادساً : دلالات الغرامة التهديدية

نصت المادة 216 من القانون المدني الليبي على الآتي :

1- إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل علي حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك .

2- "وإذا رأي القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأي داعياً للزيادة "

ونصت المادة 217 علي أنه " إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين علي رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعياً في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدأ من المدين ".

إن القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزامه عينا في خلال مدة معينة ، فإذا تأخر في تنفيذ التزامه كان ملزماً بدفع غرامة تهديدية عن هذا التأخير ، مبلغاً معيناً عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو أي وحدة اخري من الزمن ، أو عن كل مرة يأتي عملا

[215] . محمد علي البدوي ،***النظرية العامة للالتزام*** ، الجزء الثاني ، احكام الالتزام ، دار الكتب الوطنية ، بنغازي ليبيا ، ط 1، سنة 2004 ، ص47 .

يخل بالتزامه ، وذلك إلي أن يقوم بالتنفيذ العيني أو إلي أن يمتنع نهائياً عن الاخلال بالالتزام ، ثم يرجع إلي القضاء فيما تراكم علي المدين من الغرامات التهديدية ويجوز للقاضي أن يخفض هذه الغرامات أو أن يمحوها بتاتا [216] .

- **شروط الحكم بالغرامة التهديدية :**

توصلنا مما تقدم سرده إلى أن الغرامة التهديدية لا تشكل تعويضا يقاس بنسبة الضرر الذي يصيب المدين ، وإنما هي وسيلة ضغط علي المدين المماطل في تنفيذ التزامه المستحق وإجباره علي الوفاء بالتزامه ، ويشترط في الحكم بالتهديد المالي عدة شروط :

أ. أن يكون التنفيذ العيني مازال ممكنا :

فهدف الغرامة هو الحصول علي التنفيذ العيني من المدين شخصياً ، فإذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً ، فلا فائدة من الحكم بها ، ولو كانت هذه الاستحالة راجعة إلي خطأ المدين ، كأن يفوت الفنان موعد أحياء حفلة العرس التي تعهد بأحيائها ، إلا إذا كانت الاستحالة راجعة الي سبب أجنبي فان التزام المدين بالتنفيذ ينقضي ، لأنه لا تكليف بمستحيل [217] .

---

[216] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص 807 .

[217] . محمد علي البدوي ، ***النظرية العامة للالتزام*** ، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام ، دار الكتب الوطنية ، بنغازي ليبيا ، ط 1، سنة 2004 ، ص 45

ب. أن يكون تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم الا إذا قام به المدين بنفسه :

يتحدد نطاق الالتجاء إلى الغرامة التهديدية في الحالات التي يكون تدخل المدين ضروريا لتنفيذ الالتزام عيناً ، أي حينما يكون تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه ،كالتزام الطبيب بإجراء عملية جراحية أما إذا كان في الإمكان التنفيذ العيني جبراً علي المدين ، دون الحاجة إلي تدخله فلا يجوز الالتجاء إلي الغرامة التهديدية ، بل وجب الحكم مباشرة بالتنفيذ العيني[218].

ج. أن يتمسك الدائن بالغرامة :

فلا يجوز أن تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بغرامة تهديدية علي المدين إذا لم يطلب الدائن منها ذلك ، فيجب أن يتمسك بها الدائن ويطلب المحكمة أن تقضي بها ، ومع ذلك يذهب اتجاه آخر يجوز للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها ، إذا توفرت بها بعض الشروط [219] .

سابعاً : أوجه الشبه بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية :

أن كلا منهما لا يثار البحث فيه إلافي حالة تأخر المدين في تنفيذ التزامه أو في حالة عدم التنفيذ ، فكلاهما يهدف إلى ضمان تنفيذ الالتزام [220] .

كلاهما يمتاز بطابع قهري ، فالغرامة التهديدية تتسم بالطابع القهري بشكل دائم ، ويتخذه الشرط الجزائي عندما يتجاوز المبلغ المحدد الضرر الفعلي [221] .

---

[218] . نبيل ابراهيم سعد ، و محمد حسين منصور ، ***أحكام الالتزام*** ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية – مصر، ج2 ، سنة 2002 ، ص45-46 .

[219] . محمد علي البدوي ، ***النظرية العامة للالتزام*** ، أحكام الالتزام ، دار الكتب الوطنية ، بنغازي ليبيا ، ط 1، ج 2 ، سنة 2004 ، ص 47.

[220] طارق محمد مطلق ابو ليلى، ***التعويض الاتفاقي في القانون المدني دراسة مقارنة*** ، رسالة ماجستير ، مقدمة لجامعة النجاح الوطنية – فلسطين ، سنة 2007 ،ص65

[221] . بسام سعيد جبرجبر ، ***ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منح تراخي تنفيذ العقود*** ، رسالة ماجستير ، بجامعة الشرق الاوسط ، سنة 2011 ، ص 61 .

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية وهو يصدر في كل من الحكم بالغرامة التهديدية والشرط الجزائي [222] .

ثامناً : أوجه الاختلاف بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية :

إن الغاية من التهديد المالي هي الحصول على التنفيذ العيني للالتزام وليس تعويض الدائن عما لحقه به من ضرر ، في حين أن الشرط الجزائي يعتبر نوعاً من أنواع التعويض عن الضرر .

اختلاف مصدر كل من النظامين ، فمصدر الشرط هو اتفاق المتعاقدين علي التعويض في حالة تحقق شروطه ، والتعويض يقدر بمقدار الضرر بينما مصدر الغرامة التهديدية هو صدور حكم من القضاء عليها في حالة تحقق شروطها والتعويض فيها يقدر بشكل تحكمي ، لا يقدر بمقياس الضرر [223] .

الغرامة التهديدية تقدر عن كل وحدة من الزمن يوم أو أسبوع أو شهر أو كل مرة يخل فيها المدين بالتزامه ، أما الشرط الجزائي فلا يقدر على هذا النحو إلا إذا كان تعويضا عن تأخير المدين في تنفيذ التزامه ،فإذا كان تعويضا عن عدم التنفيذ فانه يقدر عادة مبلغاً مقطوعاً [224] .

---

[222] . بسام سعيد جبرجبر ، ***ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منح تراخي تنفيذ العقود*** ، رسالة ماجستير ، بجامعة الشرق الاوسط ، سنة 2011 ، ص 61 .

[223] . بسام سعيد جبرجبر ، ***ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منح تراخي تنفيذ العقود*** ، رسالة ماجستير ، بجامعة الشرق الاوسط ، سنة 2011 ، ص 63 .

[224] د عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص 866 .

يمكن الجمع بين والغرامة التهديدية والتعويض ،في حين لا يجوز الجمع بين الشرط الجزائي والتنفيذ العيني إلا إذا كان متفقا عليه لحالة التأخر في تنفيذ الالتزام[225] .

التهديد المالي حكم وقتي تهديدي فهو لا يقبل التنفيذ إلا إذا حول من غرامة تهديدية إلي تعويض نهائي ، أما الشرط الجزائي فليس بوقتي ولا تهديدي وإنما هو اتفاق نهائي قابل للتنفيذ علي حاله وإذا جاز تخفيض الشرط للمبالغة فالأصل فيه عدم التخفيض اما التهديد المالي فالأصل فيه التخفيض ، لأنه يكون عادة ازيد بكثير من الضرر الحقيقي ، فيغلب تخفيضه عند تحويله إلى تعويض نهائي [226] .

المطلب الثالث : المفهوم الشرعي للشرط الجزائي :

عن أداء حقوق العباد يجب أن تكون في مواعيدها المحددة دون تأخير أو مماطلة وبالتالي تظهر أهمية الوفاء بالالتزامات في مواعيدها المحددة في الوقت المعاصر .

وأنه لما كان القانون قد أجاز كما بينا آنفا تضمين العقود شرطاً جزائياً يضمن الوفاء بالالتزامات الواردة بالعقد ، ويعد في نفس الوقت تعويضاً اتفاقياً عن الإخلال بالالتزام أو التأخير فيه .

ولعل بحث هذا الموضوع من المفهوم الشرعي للشرط الجزائي يتطلب منا بدارة أن نسلط الضوء على الشرط كأصل عام في الفقه الاسلامي ثم نتوجه بالنظر إلى موقف الشريعة الاسلامية من الأصل في الشرط وتقسيماته .

---

[225] . طارق محمد مطلق ابو ليلى، ***التعويض الاتفاقي في القانون المدني دراسة مقارنة*** ، رسالة ماجستير ، مقدمة لجامعة النجاح الوطنية – فلسطين ، سنة ، ص66 .

[226] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص 866 .

أولاً : تعريف الشرط وأنواعه في الفقه الإسلامي

سبق وإن عرفنا الشرط في الفصل الأول من هذا البحث ولكن لابأس من التطرق إليه هنا كمدخل في هذا الفصل بأكثر تفصلاً لحاجتنا الماسة إليه .

- **الشرط لغة** : الشرط اسم يتكون من ثلاثة حروف أصلية هي الشين ، والراء والطاء ، وهي تدل على علم وعلامة ، وما قارب ذلك من علم [227] .

وذلك المعنى العام : يشمل العلامة ، سواء كانت لازمة للحقوق أم غير لازمة ومن الشروط التي بمعنى العلامة ،الشروط للصكوك ، لأنها تكون علامة لازمة لحقوق ومنها حرف الشرط عند أهل اللغة ، فإن جوابها علامة لازمة لفعلها [228] .

وفرق بعض العلماء بين الشرط محرك الراء وساكنها بقوله " الشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ، ونحوه ، كالشريطة جمع شروط ، وبالتحريك العلامة ، وجمعه أشراط[229]

وجاء في مغنى المحتاج : " والشروط : جمع شرط بسكون الراء ، وهذا هو المشهور في اللغة ، وإذا قال الإمام الشافعي الشرط بسكون الراء إلزام الشيء ، والتزامه لا العلامة وإن عبر بها بعضهم ، فإنها هي معنى الشرط بالفتح [230] .

والشرط له عدة معان في اللغة ، وما يهمنا في دراستنا هو الشرط بمعنى إلزام الشيء والتزامه ، ويقال شرط بكسر الراء وضمها إذا شرط على صاحبه أمر ، ويقال شارطه إذا

---

[227] . ابن فراس ، ***معجم مقاييس اللغة*** ، دار الكتب الوطنية ، ج3 ، سنة 1369 م ، ص 260 .

[228] . حسني محمد جاد الرب ، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام ، دار الفكر الجامعي – الاسكندرية مصر ، سنة 2013 ، ص12 .

[229] . القيروزي ابادي ، ***القاموس المحيط*** ، دار الجيل للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 1995، ص559.

[230] . الشربيني ، ***معنى المحتاج*** ، دار الفكر ببيروت ، ج1 ، سنة 1978 م ، ص184 .

شرط كل منهما على صاحبه أمر ، والمثال الشرط املك عليك أم لك ، ومعناه أن الشرط يملك الإنسان كان له أو عليه أي يوضح ويقر الحق ، ويبعد عنه الإبهام [231] .

- **تعريف الشرط عند الاصوليين :**

يطلق الشرط في اصطلاح الاصوليين على الوصف [232] ، الظاهر المنضبط الذي يتوقف عليه وجود الشيء من غير إفضاء عليه ، ومعنى توقف وجود الحكم على شرطه : أن الحكم لا يتحقق وجوده الشرعي بحيث تترتب عليه أثاره الشرعية ، إلا إذا وجد شرطه ، أو مشروطه فمثلاً وجود الصلاة الصحيحة المجزية على وجود شروطها الشرعية كطهارة البدن والثوب وستر العورة واستقبال القبلة [233] .

وإذا ما تطرقنا إلى تعريف الشرط عند الفقهاء فنجد أنه قد أتخذ معنيان هما :[234]

1- الأمر الزائد عن ماهية الشيء وحقيقته الشرعية ، الذي يتوقف وجود الشيء على وجوده ويعدم لعدمه ، وذلك كالزوجية بالنسبة لطلاق فإنها زائدة عن حقيقة الطلاق فهو رفع عقد الزواج وإنهاء أثاره وأحكامه بلفظ مخصوص ولكن يتوقف على وجودها الطلاق شرعاً كما يلزم من عدمها عدم الطلاق فإذا لم توجد الزوجية ، لم يوجد الطلاق .

2- وهو محل دراستنا ، التزام المتصرف في تصرفه بأمر من الأمور زائد على أصل التصرف سواء أكان هذا الالتزام الزائد من مقتضى التصرف أم لم يكن فيه من

---

[231] . عبد المحسن سعد الرويشد ، ***الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي*** ، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق جامعة القاهرة ، سنة 1983 ،ص8 .

[232] . الوصف أمر عارض يضاف إلى الالتزام بعد أن يستوفى اركانه .

[233] . الصفتي ، ***الحاشية السنية على الجوهرة الزكية*** ، ط الحلبي ، سنة 1984 ، ص88 .الي 92.

[234] . هشام ابراهيم توفيق ، ***الشرط الجزائي بين الفقه والقانون*** ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، طبعة 2011 ، ص 34.

مقتضاه ، وسواء أكانت فيه منفعة ، للملتزم له أو لغيره أم لم يكن فيه منفعة لأحد ، وسواء ثبت باللفظ أم لا .

ثانياً : تقسيمات الشرط في الفقه الاسلامي :

ذهب الفقهاء في تقسيم الشرط إلى اتجاهات عديدة ، تمثلت في عدة تقسيمات للشرط فمن ناحية النظر إلى الحكم قسموه إلى شرط تكليفي وشرط وضعي ، ومن ناحية ارتباطه بالسبب والمسبب قسموه إلى شرط للسبب وشرط للمسبب ، ومن ناحية مصدره قسموه إلى شرط شرعي وشرط جعلي .

وعلى ذلك سوف نوضح ما سلف من تقسيمات على النحو التالي بيانه :

أنواع الشروط :

- **الشرط التكليفي والشرط الوضعي :**

1. **الشرط التكليفي :**

هو شرط إما أن يكون مأمور به ، ولا مناص منه ، وذلك كاشتراط الطهارة للصلاة ، أو منهيا عنه كإنقاص النصاب قبل تمام الحلول ، فانه شرط لإسقاط الزكاة وهذا النوع من الشروط قد قصده الشارع فعلاً أو تركا ، وله في حقيقة الأمر اعتباران الاعتبار الأول كونه شرطاً فهو حكم وضعي ، والاعتبار الثاني من ناحية نهي فعله أو تركه فهو تكليفي [235].

[235] هشام ابراهيم توفيق ، ***الشرط الجزائي بين الفقه والقانون*** ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، طبعة 2011 ، ص 36 .

2. **الشرط الجعلي :**

وهو شرط غير مطلوب الفعل أو الترك وينظر إليه من ناحية شرطية فقط ، فيلزم من عدم العدم ، ولا يلزم من وجوده شيء وذلك كحولان ، الحول في الزكا والحرز في السرقة لقطع اليد ، والإحصان في الزنا للرجل ، فكلها شروط وضعية لا تكليف فيها وليس للشارع عز وجل قصد في تحصيله من حيث هو شرط ولا قصد له في عدم تحصيله[236] .

- **شرط السبب وشرط المسبب :**

1- شرط السبب

وهو الذي يكمل السبب ويجعل أثره مترتبا عليه ككون القتل عمدا عدوانا بالنسبة للقتل الموجب للقصاص ، فالقتل سبب لإيجاب القصاص ، ولكن شرط سببته أن يكون عمدا عدوانا ، وكالشهادة بالنسبة لعقد الزواج فإن عقد الزواج سبب لما ترتب عليه من الآثار ولكن بشرط وجود الشاهدين مثلاً .

2- **شرط المسبب :**

وهو يكمل المسبب مثل الموت للمورث موتا حقيقيا أو حكميا أو حياة الوارث وقت وفاة المورث فهما شرطان للإرث الذي سببه القرابة أو الزوجية أو الولاء .

- **الشرط الشرعي والشرط الجعلي :**

1- **الشرط الشرعي :**

وهو الذي يكون اشتراطه بحكم الشارع ، كالشروط التي اشترطها الشارع في العبادات ، والمعاملات ، وإقامة الحدود وغيرها ، ويعبر عنها في جانب العقود (بشروط

---

[236] عبد المحسن سعد الرويشد ، **الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي** ، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق جامعة القاهرة ، سنة 1983 ، ص14.

العقد) وقد ذكر لها الفقهاء في هذا الجانب انواعاً عدة [237]، ليست كلها موضع اتفاق بينهم ولأن هذا القسم ليس مدار البحث فسأكتفي بتعددها مع ضرب الامثلة وهي ما يلي :

- **شروط الانعقاد** (كالعقل) في المتعاقدين ، فلا ينعقد عقد المجنون ، والصبي الذي لا يعقل ، والمغمي عليه ، بل يقع باطلاً باتفاق العلماء [238].
- **شروط النفاذ** : كإذن الولي لنفاذ بيع الصبي المميز [239] .
- **شروط الصحة** : كالقدرة على تسليم المبيع [240].
- **شروط اللزوم** : كعدم الخيار للزوم البيع [241].

2- **الشرط الجعلي** :

وهو ما يشترطه المتعاقدون بعضهم مع بعض في جميع العقود الشرعية وما يشترط في التصرفات التي يتم الالتزام فيها من جانب واحد كالطلاق ، والوقف ، والهبة والوصية والجعالة ، وهو ما كان مصدر اشتراطه إرادة المكلف ورغبته فيجعل بعض عقوده ، أو التزاماته معلقة عليه ، أو مقيدة به بحيث إذا لم يتحقق ذلك الأمر لا تتحقق تلك العقود والالتزامات [242] .

---

[237] محمد بن سعد اليمني ، ***الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة*** ، رسالة دكتوراه ، جامعة الملك سعود السعودية ، سنة 1425- 1426 هـ ، ص 56 .

[238] . ابن نجيم ، ***البحر الرائق*** ، دار المعرفة بيروت – لبنان ،ط2 ، ج 5، ص228 .

[239] . ابن عابدين ، ***حاشية ابن المحتار على الدر المختار لتنوير الابصار*** ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ج 5، ص 110 .

[240] . الدريد ، ***بلغة السالك لأقرب المسالك*** ، دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان ،ط1، ج 3، سنة 1415 هـ ، ص 9-14 .

[241] . ابن قدامة ، ***المغني على مختصر الخرقي*** ، هجر للطباعة والنشر – القاهرة – مصر ، ط2 ، ج6، سنة 1412 هـ ، ص 30 .

[242] محمد بن سعد اليمني ، ***الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة*** ، رسالة دكتوراه ، جامعة الملك سعود السعودية ، سنة 1425- 1426 هـ / ص 57 .

- **تقسيمات الشرط من حيث الحكم :**

ينقسم الشرط من حيث الحكم إلى نوعين : شروط صحيحة وشروط فاسدة .

1- الشروط الصحيحة :

هناك اتفاق من الفقهاء على صحة اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت صدوره كما اتفقوا على صحة اشتراط ما يقتضيه العقد ، كاشتراط البائع على المشتري تسليم الثمن قبل تسليم المبيع ، كما اتفقوا على صحة اشتراط ما ورد في الشرع دليل بجواز اشتراطه ، كاشتراط الخيار واشتراط خيار الرؤية [243] .

وزاد فقهاء الحنفية (الشرط الذي يلائم العقد) وهو الذي لا يقتضيه العقد ولكنه يؤكد موجبه ويقرره ،(كاشتراط البائع على المشتري أن يعطيه بالثمن رهناً معلوماً أو كفيلاً معيناً وقبل الكفيل ، فالرهن والكفيل لم يجبا بنفس العقد ، ولكن فيهما توثيق لما وجب بالعقد وهو الثمن فكانا ملائمين وجازا) [244] .

وأضاف الحنفية أيضاً (الشرط الذي جري به العرف) وهو كل شرط تعامل به الناس واعتادوه ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين وإن كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا ورد به نص فهو شرط صحيح يلزم الوفاء به ومثاله : كأن يشتري نعلاً على أن يحذوه البائع ، أو ثوباً به خرق على أن يجعل عليه الرقعة ، وكشراء الجلد على أن يجعله حذاء [245] .

---

[243] . هشام ابراهيم توفيق ، ***الشرط الجزائي بين الفقه والقانون*** ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، طبعة 2011 ، ص 39 .

[244] . الكساني ، ***بدائع الصنائع*** ، دار الكتب العلمية ، بيروت- لبنان ط2 ، ج5 ، سنة 1406 هـ ،ص171-172.

[245] . للسرخسي ، ***المبسوط*** ، دار الكتب العمية ، بيروت – لبنان ، ط1 ،ج13، 1414هـ ، ص14 .

ودليل جواز هذا النوع من الاستحسان [246] ، بالعرف إذا الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي وإلا فالقياس عدم جوازه ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، وكل شرط يكون كذلك يفسد العقد عندهم [247] .

وزاد فقهاء الشافعية والحنابلة صحة اشتراط ما يحقق مشروعه للعاقد وليس مضره لآخر ، كاشتراط الراهن الا يأكل المرهون – حيوان مثلاً إلا كذا [248] .

وزاد الحنابلة (الشروط التي يقتضيها العقد) كاشتراط التقابض في البيع ، وحلول الثمن ، وتصرف كل واحد من المتبايعين فيما يصير إليه من ثمن ، أو مثمن ، وهذا النوع من الشروط كما سبق بيان وجوده وعدمه سواء ، لأنه بيان ، وزيادة تأكيد لما يقتضيه العقد بدون شرط [249] .

2- الشروط الفاسدة أو الباطلة :[250]

إذا ما تم إخراج محترزات قيود الشروط الصحيحة عند الفقهاء يمكن إيراد تعريف للشرط الفاسد " الشرط الذي لا يقتضيه العقد ، بل هو أمر زائد عليه ،ولا يلائمه ولا ورد به نص ، ولا جري به العرف ، ولا منفعة فيه لأحد " [251]

---

[246] . والاستحسان هو : (العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه هو أقوي)

[247] محمد بن سعد اليمني ، ***الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة*** ، رسالة دكتوراه ، جامعة الملك سعود السعودية ، سنة 1425- 1426 هـ ص 75.

[248] . الفيروز ابادي ، ***التنبيه*** ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ج1 ، سنة 1995 ، ص90 .

[249] . ابن قدامة ، ***المغني على مختصر الخرقي***، هجر للطباعة والنشر – القاهرة – مصر، ط2 ، ج 6، سنة 1414 هـ ، ص32.

[250] .المهذب ، ***الشيرازي*** ، 404/1 والتنبيه للفيروز ابادي 1 /138 ، منقول من كتاب ، هشام ابراهيم توفيق ، ***الشرط الجزائي بين الفقه والقانون*** ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، طبعة 2011 ، ص 40 .

[251] . ذهب الحنفية إلى التفرقة بين العقد الباطل والعقد الفاسد، فقالوا: الباطل: هو ما لم يشرع لا بأصله ولا بوصفه، والفاسد هو الذي شرع بأصله دون وصفه، وأما الجمهور فقالوا بترادفهما، والجميع متفقون على أن العقد الباطل لا يترتب عليه أثر شرعي من آثار العقد –كقاعدة عامة – وأن الحنفية متفقون مع الجمهور في أن العقد الفاسد بمجرده لا يترتب عليه أثر شرعي، غير أن الحنفية قالوا: إذا تم القبض في العقد الفاسد فإنه يترتب عليه بعض الآثار منها انتقال الملكية في البيع،.

وقد عرفه فقهاء الحنفية بأنه اشتراط أمر يؤدي إلى غرر غير يسير أو اشتراط أمر محظور أو اشتراط مالا يقتضينه العقد [252]

وقد عرفه فقهاء المالكية بأنه اشتراط امر محظور ، كالشروط التي تظهر غررا فاحشاً أو ربا واضحا ، أو جهالة تفضي إلى النزاع بشكل بين ، أو كان الشرط يناقض العقد مناقضة ظاهرة ، ويفرقون بين الغرر والربا والجهالة والمناقضة بين الظاهر وبين الخفي وبين الكثير والقليل فالغرر والربا والجهالة إذا كثرت ، والمناقضة لمقتضي العقد إذا اتضحت في الشرط كان الشرط والعقد باطلين ، والغرر والربا والمناقضة الوسط ، تجعل الشرط باطلا ويبقى العقد صحيحا [253].

والغرر والربا والمناقضة بقدر ضئيل غير واضح تبقي العقد والشرط صحيحين تغليبا للصالح العام في تصحيح المعاملات وعملا على استقرارها .

وعرفها فقهاء الشافعية " اشتراط ما لم يرد في الشرع " أو هو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ، وليس من مصلحته والشرط الذي يوجب الربا ، أو يورث غررا أو جهالة تفضي إلى التنازع ، أو يوجب منعا لمقتضي العقد [254] .

وفي بيان الشروط الصحيحة والفاسدة نورد ما جاء عن الفقيه الكبير ابن قدامة [255] من انه : اشتراط ما ينافي مقتضي البيع وهو على ضربين :

---

[252] . ***الموسوعة الفقهية الكويتية*** ، مطابع دار الصفوة ، ط1 ، سنة 1312 هـ 1992 ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ،الجزء السادس والعشرون ، ص13 .

[253] . ابن رشد ، ***بداية المجتهد*** ، مكتبة الخانجي ، القاهرة – مصر ، ط1 ،ج2، سنة 1415 هـ 1994 م ، ص 112.

[254] . الشربيني ، ***مغني المحتاج*** ، دار احياء التراث ، بيروت – لبنان ،ج2 ص33.

[255] . ابن قدامة ، ***المغني*** ، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، مصر ، ط2 ، ج 4، سنة 1414 هـ ، ص 3 .

- **الضرب الأول** : اشتراط ما بني على التغليب والسراية مثل أن يشترط البائع على المشتري عتق العبد فهل يصح على روايتين احداهما يصح والثانية : الشرط فاسد أشبه إذا شرط أن لا يبيعه لأنه شرط عليه إزالة ملكه عنه .
- **الضرب الثاني** : أن يشترط غير العتق مثل أن يشترط أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق ولا يطأ أو يشترط عليه أن يبيعه أو ينفقه أو متي نفق المبيع وإلا رده أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن وإن اعتقه فالولاء له ، فهذه وما اشبهها شروط فاسدة [256].

ثالثاً : الطبيعة الشرعية الشرعية للشرط الجزائي :

إن الشرط الجزائي بمفهومه المتقدم ، وبغايته التي أشرنا إليها يؤدي دوره باعتباره شرط يقتضيه العقد وكذلك يلاءم مقتضاه وأيضاً تتجلى فيه مصلحة العقد ، وعلاوة على ذلك تظهر فيه المنفعة سواء فيما يتصل بالعقد ذاته والالتزامات الواردة فيه أو بالعاقدين ذاتهما [257] .

وعلى ذلك فانه يمكن التقرير بأن الشرط الجزائي شرط مجمع عليه لان اشتراطه من مصلحة العقد ، ومؤكد لموجبة وبه منفعة .

وتأكيد لذلك يقول الشاطبي " الشروط مع مشروطتها ثلاثة أقسام أحدها أن يكون مكملا لحكمه المشروط وعاضدا لها بحيث لا يكون منافاة لها على حال كاشتراط الكف والامساك بمعروف والتسريح بإحسان في النكاح ، واشتراط الرهن والحميل والنقد

---

[256] . ابن قدامة ، ***المغني*** ، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، مصر ، ط2 ، ج 4، سنة 1414 هـ ، ص 157 .

[257] . عبد المحسن سعد الرويشد ، ***الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي*** ، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق جامعة القاهرة ، سنة 1983 ، ص 601 .

أو النسيئة في الثمن في البيع فهذا القسم لا إشكال في صحته شرعاً فانه مكمل لحكمة كل سبب يقتضيه حكماً " [258] .

1- الادلة من القرآن الكريم :

قال الله سبحانه وتعالي : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾[259] .

فإن عموم الآية يدل على وجوب الإيفاء بالشرط الجزائي.

جاء الخطاب من الله جلا وعلا بلفظ الإيمان للتكريم والتعظيم ، أي يا معشر المؤمنين أوفوا بالعقود، وهو لفظ يشمل كل عقد وعهد بين الإنسان وربه – وبين الإنسان والإنسان [260] .

ففي صلح الحديبية جاء في وثيقة : من أحب أن يدخل في عقد محمد – صلى الله عليه وسلم – وعهده دخل فيه ، ومن أحب أن يدخل في عقد قريش وعهدهم دخل فيه [261] .

قال الله سبحانه وتعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلاَ يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللّهَ رَبَّهُ وَلاَ يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئاً ﴾ [262].

اشتملت الآية على أحكام القرض الحسن بلا فائدة من وجوب الكتابة ، وحفظها بالشهادة ، حفظاً للحقوق وقطع دابر النزاع ، والذي ينص فيه عليه التعويض الاتفاقي

---

[258] . الشاطبي ، ***لموفقات*** ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، ج1 ، سنة 1425-2004 ، ص 199 .

[259] سورة المائدة الآية رقم 1.

[260] . ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، دار المطبعة الفنية ،ج2 ، سنة 1956، ص3

[261] . الساعاتي ، ***الفتح الرباني*** ، ج21 ، سنة 1377هـ ، ص103 .

[262] . سورة البقرة ، الآية 282 .

بين المتعاقدين فإنه يعمد إلى تحقيق الاغراض التي جاءت بها الآية ، لأن النص عليه يعد تحديداً لأضرار الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزام وذلك لقطع دابر النزاع حول قيمة الضرر أو المماطلة في التعويض عنه والريبة حول مقداره [263] .

وقوله سبحانه وتعالي : ﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ ﴾ [264]

والآيات سالفة البيان جاءت في صورة أمر صريح من الله سبحانه وتعالي بضرورة الوفاء بالعقود والعهود ، أي بما فيها من التزامات وكذلك ما تضمنه من شروط طالما كان التعاقد في حدوده المشروعة ، بما يستدل منه أن الوفاء بالعقد أمر واجب ، وبالتالي فإن مخالفة الامر لا تجوز شرعا ، فما دام المتعاقدان قد اتفقا على أمر ما كان عليهما الوفاء بما التزما به ، فغذا أخل أحدهما بالتزامه كان مخالفا لأمر الله سبحانه وتعالى وهذا يمثل المقاصد العامة للشريعة الاسلامية ، وهو المحافظة على اموال الناس ، والنهي عن نقض ما أبرم من عقود وعهود [265]

فإذا ما نظرنا إلى علة وجود الشرط الجزائي ، وتصميم المتعاقدين على تضمينه عقدهما سنجد انهما انما عمدا إلى ذلك تحقيقا لذات الأغراض التي تضمنتها الآيات الكريمة سالفة الذكر ، حيث شكل النص على الشرط الجزائي حث المتعاقدين على ضرورة الوفاء بالتزامه المنصوص عليه بالعقد ، تحديداً للأضرار الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزام وذلك لقطع دابر النزاع حول تقدير الضرر وتحديد قيمته أو المماطلة في التعويض عنه .

---

[263] . عبد المحسن سعد الرويشد ، ***الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي*** ، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق جامعة القاهرة ، سنة 1983 ، ص589 .

[264] .سورة النحل ، الآية 91 .

[265] . عبد المحسن سعد الرويشد ، ***الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي*** ، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق جامعة القاهرة ، سنة 1983 ، ص588 .

2- وأما عن الاحاديث الشريفة المثبتة لصحة الشرط الجزائي فهي عديدة نذكر منها الاحاديث الشريفة الاتية :

ما روي عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أنه قال :" إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج " [266].

ويستدل من هذا الحديث ضرورة استحقاق الشروط للوفاء وذلك بصفة عامة ، وأن شروط النكاح أحق بالوفاء ، وأولى وذلك لعظم قدرها ، وحرمة موضوعها ، وذلك كما في قوله عز وجل في كتابه العزيز ﴿حَافِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوُسْطَى وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ، فَإِنْ خِفْتُمْ فَرِجَالًا أَوْ رُكْبَانًا فَإِذَا أَمِنْتُمْ فَاذْكُرُوا اللَّهَ كَمَا عَلَّمَكُمْ مَا لَمْ تَكُونُوا تَعْلَمُونَ ﴾ [267]

عن ابي هريرة رضي الله تعالي عنه قال :قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حرماً أو حرم حلالاً والمسلمون على شروطهم [268].

والمستفاد من هذا الحديث التزام المسلمون بشروطهم وضرورة الوفاء بعهودهم فالالتزام بالشرط ، والوفاء بالعهد من الايمان، والخروج على ذلك خروجاً على سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

[266] . محمد ناصر الدين الألباني ، ***صحيح أبي داود*** ، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع ، الكويت ج 6، ط1 ، : الأولى ، سنة 1423 هـ - 2002 م ، ص 356 .

[267] . سورة البقرة الآية 238.

[268] . ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري ، ***خلاصة البدر المنير في تخريج كتاب الشرح الكبير*** ، مكتبة الرشد – الرياض ، ط ا1 ، سنة 1410 ، ج 2 ، ص87 .

كذلك جاء عن أبي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (مطل الغني ظلم ، وإذا اتبع احدكم على ملئ فليتبع) [269].

وعن عمرو بن الشريد عن ابن عباس – رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لي الواجد يحل عرضه وعقوبته " [270].

حذر الرسول صلى الله عليه وسلم من – عدم تنفيذ الالتزامات إذا حلت مع اليسر ، واعتبر ذلك شكلاً من أشكال الظلم الذي يجب أن ينأي كل شخص بنفسه عنه بل جعله مسوغاً للعقاب – فإذا كان الأمر كذلك فإنه مما يتفق مع روح هذين النصيين الشرعيين ويتناسب مع مرادهما القول بصحة التعويض الاتفاقي الذي يبرم عادة ليحول دون مماطلة المدين المليء حيث يقوم بغلق الباب أمام هذه المماطلة ويحفز على الوفاء بما التزمبه [271] .

جاء عن عمرو بن الرشيد عن ابن عباس عن ابيه رضي الله عنهم قال : قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم " لي واجد يحل عرضه وعقوبته " .

وهنا نفر الرسول عليه الصلاة والسلام من عدم تنفيذ الالتزامات إذا حلت مع اليسر ، واعتبر ذلك شكلاً من أشكال الظلم الذي يجب أن يناي كل شخص بنفسه عنه بل جعله مسوغاً للعقاب ، فإذا كان الأمر كذلك فإن مما يتفق مع روح هذين النصين الشرعيين ويتناسب مع مرادها القول بصحة الشرط الجزائي الذي يبرم عادة

---

[269] . مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير ، ***جامع الأصول في أحاديث الرسول*** ، مكتبة الحلواني – مطبعة الملاح – مكتبة دار البيان ، ط1 ، ج4 ، ص 454 .

[270] . أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي ، ***لجامع لأحكام القرآن*** ، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية ،الطبعة : 1423هـ/ 2003م ، ج2 ، ص360 .

[271] . عبد المحسن سعد الرويشد ، ***الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي*** ، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق جامعة القاهرة ، سنة 1983، ص 594

ليحول دون مماطلة المدين المليء حيث يقوم بقفل الباب أمام مثل هذه المماطلة ويحفز على الوفاء لما التزم به [272] .

قوله صلى الله عليه وسلم : آية المنافق ثلاث :" إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا اؤتمن خان" [273] .

ودلالات الحديث على إن عدم الوفاء بالوعد أمر خطير يقدف الإنسان في أتون النفاق ، الذي قال الله عز وجل في أصحابه ﴿ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ فِي الدَّرْكِ الْأَسْفَلِ مِنَ النَّارِ وَلَن تَجِدَ لَهُمْ نَصِيرًا﴾[274]

قال ابن القيم إذا كان من علامات النفاق إخلاف الوعد ، وليس بمشروط فكيف بالوعد المؤكد بالشرط بل ترك الوفاء بالشرط يدخل في الكذب والخلف والخيانة والغدر[275] .

ويقول الفقيه الدكتور الرويشد " بل انه مما يميز الشرط الجزائي عن الكفالة والرهن أنها وسائل تجيز لمن هو في حاجة إلى النقود أن يجدها بسهولة الاقتراض وتقدم للدائنين ضمانات ضد الإعسار الاحتمالي للمدين ، أما الشرط الجزائي فهو لا يسهل ائتمان المدين ، ولا يحفظ للدائن من إعسار هذا المدين فهو يعد وسيلة للضغط ضد إهماله وخطئه أو سوء نيته ولكن لا تكون له فاعلية إلا إذا كان المدين موسراً لآنه في ظل هذا يفضل التزامه الأصلي بدلا من الحكم عليه بدفع الشرط الجزائي[276] .

---

[272] . هشام ابراهيم توفيق ، ***الشرط الجزائي بين الفقه والقانون*** ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، طبعة 2011 ، ص 314 .

[273] . الحديث أخرجه البخاري في صحيحه ،***كتاب الايمان*** ، ط الاميرية ،ج1 ، سنة 1314 هـ ، ص 12 .

[274] . سورة النساء الآية 145 .

[275] . ابن القيم ، ***إعلام الموقعين*** ، ط الطباعة المنيرية ، ج3 ، سنة 1955 ، ص 402 .

[276] . عبد المحسن سعد الرويشد ، ***الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي*** ، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق جامعة القاهرة ، سنة 1983، ص 594 .

3- **وأما في الأثر** :

عن عبدالرحمن بن غنم قال : كنت مع عمر حيث تمس ركبتي ركبته وفجأة جاء رجل فقال : يا أمير المؤمنين تزوجت هذه ، وشرطت لها دارها ، وأنى أجمع أمرى أن أنتقل إلى أرض كذا وكذا فقال عمر : لها شرطها فقال الرجل : هلك الرجال إذاً لا تشاء امرأة أن تطلق زوجها إلا طلقت فقال عمر : المؤمنون عند شروطهم ، وفي رواية إن مقاطع الحقوق عند الشروط ، ولها ما شرطت [277] .

ووجه الدلالة أن عبارة عمر – رضى الله عنه – أوضحت بجلاء شرعية الشروط ووجوب الوفاء بها .

روي أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه – عامل الناس على أنه إذا جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر ، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا [278] .

ذكر الامام أحمد أن محمد ابن سلمة الأنصاري اشترى من نبطى حزمة حطب واشترط ذعليه حملها إلى قصر سعد [279] .

عن أيوب بن سيرين أن رجلاً باع طعاماً وقال : إن لن آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع فلم يجئ فقال شريح للمشتري : أنت أخلفت فقضى عليه [280] .

عن محمد بن سيرين أنه قال : قال رجل لكريه رحل ركابك ، فإن لم أرحل معك في يوم كذا وكذا فلك مائة درهم فلم يخرج فقال شريح للقاضي : من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه [281] .

---

[277] . اخرجه البخاري ، ***كتاب النكاح*** – باب الشروط في النكاح ، ط الاميرية ، ج7 ، سنة 1314 هـ ، ص26 .

[278] . اخرجه البخاري ، ***باب المزارعة*** ، ط الاميرية ، ج3 ، سنة 1314 هـ ، ص104 .

[279] . ابن القيم ، ***اعلام الموقعين*** ، ط الطبعة المنبرية ، ج3 ، سنة 1314 هـ ، ص 401 .

[280] . اخرجه البخاري في صحيحه لسنده ، ط الاميرية ، ***باب ما يجوز من الاشتراط ولثنيا*** ، ج3 ، سنة 1314 ، ص198 .

[281] . اخرجه البخاري في صحيحه لسنده ، ط الاميرية ، ***باب ما يجوز من الاشتراط ولثنيا*** ، ج3 ، سنة 1314 ، ص198 .

ووجه الدلالة ، حكم شريح القاضي حكماً صريحاً في هذه المسألة وهي صريحة في أنها من أنواع الشروط الجزائية فهي تدل على أنه إذا التزم أحد طرفي العقد عند التعاقد أن يدفع للطرف الآخر مقداراً معيناً من المال إن لم يقم بتنفيذ العقد وكان صادراً عن رضا واختيار فإن التزامه يكون صحيحاً ويجب العمل بمقتضاه .

وجاء في كتاب " من لا يحضره الفقيه " روى منصور بن يونس عن محمد الحلبي قال : كنت قاعداً عند قاضي وعنده أبو جعفر عليه السلام جالساً فآتاه رجلان فقال أحدهما أني تكاريت إبل هذا الرجل ليحمل لي متاعاً إلى بعض المائن فاشترطت أن يدخلني المدينة يوم كذا وكذا لأن بها سوقاً أتخوف أن يفوتني فإن احتبست عن ذلك حططت من الكراء عن كل يوم احتسبه كذا و كذا وأنه حبسني عن ذلك الوقت كذا وكذا يوماً فقال القاضي : هذا الشرط فاسد وله كراؤه – فلما قام الرجل أقبل إلى أبو جعفر عليه السلام – وقال : شرطه جائز ما لم يحط بجميع كرائه [282] .

والدلالة هنا إن الشرط الذي اشترطه صاحب المتاع على المكاري أي الناقل إنما هو تطبيق لفكرة التعويض الاتفاقي في حالة التأخير في تنفيذ الالتزام ، ومن المعلوم أن الحط من الأجرة بمثابة الدفع ، وقد حكم أبو جعفر بالجواز.

4–أما الإجماع :

أجمعت المذاهب الفقهية على صحة الشرط الذي يشكل مصلحة العقد ويؤكد موجبه ، والتعويض الاتفاقي كالكفالة والرهن والشهادة فالشروط مع مشروطاتها ثلاثة اقسام: **أحدها** : أن يكون مكملاً لحكمة المشروط وعاضداً لها بحيث لا يكون فيه

[282] . ابن بابوية القمي ، ***من لا يحضره الفقيه*** ، ط دار الأضواء ، ج3 ، سنة 1413 هـ – 1992م ، ص30 .

منافاة لها على حال كاشتراط الكفء ، والإمساك بمعروف والتسريح بإحسان في النكاح ، واشتراط الراهن والحميل والنقد أو النسيئة في الثمن في البيع فهذا القسم لا إشكال في صحته شرعا فإنه مكمل لحكمة كل سبب يقتضي حكما ، **ثانيها** : أن يكون غير ملائم لمقصود المشروط ولا مكمل لحكمته ، **ثالثها** : أن لا يظهر في الشرط منافاة لمشروطه ولا ملاءمة [283]، والتعويض الاتفاقي من مصلحة العقد لأنه حافز لمن شرط عليه أن ينجز لصاحب الشرط حقه ومساعداً له على الوفاء بشرطه فكان شبيها باشتراط الرهن والكفيل في الوفاء لصاحب الشرط بشرطه فليزم الوفاء بالتعويض الاتفاقي إذا من الشروط الصحيحة [284] .

5- أما بالعرف :

اما إذا نظرنا إلى العرف نجد أن الفقه الاسلامي يوليه اعتبار وخاصة إذا كان تعاملاً وتعارف الناس على التعامل به .

ولعل ما ذهب إليه الإحناق إنه من الشروط الاربعة الصحيحة لديهم الشرط الذي يقضي العرف به .

والعرف هنا انما المقصود به هو كل ما تعارفه الناس ويشترطونه في معاملاتهم فإن اشتراه يكون صحيحاً يتقيد العقد به ، ويصير بموجبه حكماً من احكامه ، واثراً من اثاره وهذا رأي الامام وصحابيه [285] .

---

[283] . الموفقات ، ***الشاطبي*** ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، ج1 ، سنة 1425-2004 ،ص210 .

[284] . حسني محمد جاد الرب ، ***التعويض الاتفاقي عن عدم التنفيذ*** ، دار الفكر الجامعي ، سنة 2013 ، ص 48/47 .

[285] . عبد المحسن سعد الرويشد ، ***الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي*** ، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق جامعة القاهرة ، سنة 1983 ، ص 598 .

يقول السرخسي تأكيد لذلك " وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد وفيه عرف ظاهر لذلك جائز أيضا لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجاً بيناً"[286] .

ويؤكد أيضا ما أخد به الحنفية من جواز الشرط الذي جرى به العرف ، ما جاء عن ابن عابدين حيث قال (أنهم صرحوا بفساد البيع بشرط ألا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، واستدلوا على ذلك بنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط بالقياس استثنوا من ذلك ما جرى به العرف كبيع نعل على أن يحدوها البائع قال في منع الغفار : قلت إذا لم يقصد الشرط المتعاقد عليه يلزمان يكون العرف قاضياً على الحديث ؟ قلت ليس يقاضي عليه بل على القياس لأن الحديث معلوم بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصد به وهو قطع المنازعة والعرف ينفي النزاع فكان موافقاً لمعنى الحديث ولم يبقى من الموانع إلا القياس والعرف قاضي عليه انتهي فهذا غايته ما وصل إليه فهمي في تقدر المسألة والله تعالى أعلم)[287] .

كذلك يؤكد هذا الاتجاه العلامة الشيخ مصطفى الزرقا ، فيقول " وعلى كل حال فقد كان استثناء الشرط المتعارف من المنع موسعاً من تضيق حرية الشروط في الاجتهاد الحنفي ، لأن العرف على الشروط قد عم[288] .

ومما لاشك فيه إن الشرط الجزائي كما أوضحنا سلفا يؤدي دوره في تنفيذ العقود وحفظ الحقوق والحيلولة دون التلاعب بالالتزامات وفي هذا تحقيق للصالح الخاص والصالح العام ، ومن هنا كانت حاجة المتعاقدين له ، بل والناس كافة في معاملاتهم

---

[286] . السرخسي ، ***المبسوط*** ، ط السعادة ، القاهرة – مصر ، ج13 ، ص14 .

[287] . ابن عابدين ، **حاشية ابن المحتار على الدر المختار لتنوير** الابصار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ج13 ، ص14 .

[288] . مصطفى الزرقا ، ***المدخل الفقهي العام*** ، ط الحياة ، دمشق – سوريا ، ، ج1 ، سنة 1964 ، ص 380 .

وعقودهم ، ولاشك ان الحاجة تدخل استثناء على القواعد الشرعية وتفتح الباب أمام الجواز الشرعي لها وذلك سدا لحاجة الناس ، وعلى سند من ذلك يمكن التقرير بصحة الشرط الجزائي لأن اعتماد الناس اشتراط الشرط الجزائي في عقودهم كان ابن حاجتهم الماسة إلى حفظ حقوقهم ومنع المنازعة حول ثبوتها أو المماطلة في أدائها [289] .

وفي ذلك يقول الشيخ محمد أبو زهرة " ان الصفقات التجارية قد اتسع افقها وتشعبت أنواعها ، وتنوع بحسب العرف التجاري ما يشترطه العاقدون حتى وجدت عقود لم تكن وتفنن الناس في الشروط تفننا باعد ما بين العقود وأصولها المذكورة في كتب الفقه ، ولو حكمنا ببطلان تلك العقود وفساد الشروط لصار الناس في حرج وضيق وانشلت الحركة في الأسواق و لتقطعت العلاقات التجارية بين لناس ، بل لتقطعت الأسباب فلا تنمو ثروات أحاد الناس ، ولا تنمو ثروة الجماعات [290] .

وإذا ما تطرقنا إلى إرادة الإنسان في معاملاته وعقوده ، وموقف الفقه الاسلامي منها ، نجد أنها كانت محل اعتبار وشأن من وجهة نظر الشريعة الغراء بل ولقد أولاها الإسلام بقيمة في ذاتها .

فالثابت أن من حق الارادة البشرية أن يخلي بينها وبين تدبير أمور معاشها ما دامت لم تبرم ما يضر بالفرد والمجتمع ، فالإرادة الإنسانية في الإسلام لها قيمة في ذاتها كما أسلفنا ما دام الإنسان مكلفاً [291] .

---

[289] . هشام ابراهيم توفيق ، ***الشرط الجزائي بين الفقه والقانون*** ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، طبعة 2011 ، ص318 .

[290] . محمد ابو زهرة ، ***الملكية ونظرية العقد*** ، دار الفكر العربي – القاهرة ، سنة 1977 ،ص 264 .

[291] . عبد المحسن سعد الرويشد ، ***الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي*** ، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق جامعة القاهرة ، سنة 1983 ، ص612 .

6- التكييف الفقهي أو الشرعي للشرط الجزائي :

من المعلوم أن جمهور الفقهاء على أن الأصل في الشروط هو الإباحة ، وبالتالي فكل شرط لم يخالف نصاً من كتاب الله وسنة رسوله ، أو الإجماع فهو شرط مقبول عندهم

ومن هنا فالشرط الجزائي مقبول من حيث المبدأ ، ولكن الشرط الجزائي نوعان : نوع على التأخير في العمل والتنفيذ ، ونوع آخر على الديون .

- **النوع الأول** : الشرط الجزائي المتضمن تعويضاً محدداً على التأخير في تنفيذ الأعمال ، أو عدم تنفيذه مطلقاً ، وله صور من أهمها :[292]

الشرط الجزائي المقترن بعقد المقاولة ، أو الاستصناع المتضمن دفع مبلغ محدد عن كل يوم أو شهر من التأخير عن الموعد المحدد للتنفيذ والتسليم .

الشرط الجزائي المقترن بعقد الإجارة على العمل سواء كان الأجير أجيراً خاصاً برب العمل ، أو مشتركاً ، وذلك بأن يشترط عليه مبلغاً محدداً إذا تأخر في تنفيذ العمل أو يخصم منه مبلغاً محدداً من الأجرة ، وهذا ما يطلق عليه في القانون عقود العمل .

وكذلك الحكم في الإجارة الأعيان مثل اشتراط خصم مبلغ معين إذا تأخر المؤجر في تسليم العين المؤجرة

والشرط الجزائي في هذا المجال جائز يجب الوفاء به للأدلة الكثيرة الدالة على الوفاء بالعقود والعهود والشروط ، وقد صدر بذلك قرار من مجمع الفقه الإسلامي في دورة

---

[292] . مقالة للشيخ علي محي الدين القراه داغي ، ***بعنوان غرامة التأخير ، والشرط الجزائي ، والتعويض عن الضرر*** ، الموقع الرسمي للشيخ علي محي الدين القراه داغي منشور على الانتر نت ، الأربعاء, 15 تموز 2009 .

مؤتمره السابع بجدة في 1412/11/12.7هـ الموافق 14.9 مايو 1992 حيث نص على أنه [293]: (يجوز في عقد الاستصناع أن يتضمن شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة . والله أعلم) .

- **النوع الثاني** : الشرط الجزائي على تأخير في سداد الديون ، ومن المعلوم أن معظم ذلك في المرابحات والبيع الآجل ، فما حكم الفقه الإسلامي في هذا لإجراء ؟ للإجابة عن ذلك نقول : أن المدين الذي يتأخر في السداد نوعان [294]:

– **الأول** : المدين المعسر الذي لا يقدر على الوفاء بديونه فقد اتفق الفقهاء [295] على وجوب إنظاره لقوله تعالى ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ [296]، قال القاضي ابن العربي : (إن لم يكن المديان غنياً فمطله عدل ، وينقلب الحال على الغريم فتكون مطالبته ظلماً)[297]

وقد وضع مجمع الفقه الإسلامي معياراً للإعسار حيث نص على أن ضابط الإعسار الذي يوجب الإنظار هو أن لا يكون له مال زائد عن حوائجه الأصلية يفي بدينه نقداً أو عيناً[298]

– **الثاني** : المدين الموسر المماطل ، وهذا هو الذي ينصب البحث عليه .

---

[293] . ***قرارت من مجمع الفقه الإسلامي*** ، في دورة مؤتمره السابع بجدة في 1412/11/12.7هـ الموافق 14.9 مايو 1992 .

[294] . مقالة للشيخ علي محي الدين القراه داغي ، ***بعنوان غرامة التأخير ، والشرط الجزائي ، والتعويض عن الضرر*** ، الموقع الرسمي للشيخ علي محي الدين القراه داغي منشور على الانتر نت ، الأربعاء, 15 تموز 2009 .

[295] . محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، ***المبسوط للسرخسي*** ، دار الكتب العمية ، بيروت – لبنان ، ط1 ، ج24 ، 1414هـ ، ص 164 .

[296] . سورة البقرة ، الآية 280 .

[297] . أبو بكر بن العربي المالكي ، ***عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي*** ، دار الكتب العلميةسنة: 1418 – 199 ، ط1 ، ج6، ص 47 .

[298] . **قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي** ، في دورته السابعة 12.7 ذو القعدة 1412هـ

ومن المتفق عليه بين الفقهاء ان مطل الغني ظلم وإثم وعدوان بل جعله الجمهور كبيرة من الكبائر ، وذلك لما ورد في ذلك الحديث الصحيح الذي رواه البخاري وغيره عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (مطل الغني ظلم) [299]

ولكن الذي يثور حول هذا الموضوع هو أن هل تترتب على هذا الظلم عقوبات دنيوية ؟ وما نوعية هذه العقوبات ؟ ومن الذي له الحق في فرض هذه العقوبات وتنفيذها ؟ هل الأفراد أم السلطة القضائية ؟

وقد أقر الفقهاء جواز فرض العقوبات التعزيرية من ضرب أو حبس ، أو نحو ذلك على مطل الغني بناء على الحديث السابق ، والحديث الذي رواه أحمد واصحاب السنن والحاكم وصححه وابن حبان والبيهقي بسندهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (ليُّ الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته) قال الحاكم صحيح الإسناد ووافقه الذهبي ورواه البخاري تعليقاً ، وقال الحافظ ابن حجر : إسناده حسن .[300]

وإذا كان فرض عقوبات تعزيرية على مطل الغني جائزاً ، فإن الفقهاء حصروها في أن هذه السلطة التي تستطيع فرض العقوبات التعزيرية هي السلطة القضائية ، وليست من حق الأفراد ، والشركات ، قال المناوي في شرح هذا الحديث : (يحل عرضه بأن يقول له الدائن : أنت ظالم ، أنت مماطل ونحوه مما ليس بقذف ولا فحش ، وعقوبته بأن يعزره القاضي على الأداء بنحو ضرب أو حبس حتى يؤدي) [301] .

---

[299] . محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، ***كتاب الاستقراض*** ، سنة النشر: 1414 – 1993 ، ط5 ،ج5، ص61 .

[300] . أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، ***الجامع لأحكام القرآن*** ، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية ،سنة 1423هـ/ 2003م ، ج2 ، ص 360 .

[301] . محمد عبد الرؤوف بن زين العابدين المناوي ، ***فيض القدير شرح الجامع الصغير*** ، دار المعرفة ، ج 5، ص 400

- **معني الفقهي للشرط الجزائي :**

اختلف الفقهاء في معني الشرط الجزائي إلى خمسة آراء اجملها في الآتي :

1- أنه عقوبة خاصة فيستحق بمجرد الإخلال به دون النظر إلى الضرر ، وهذا ما كان عليه الشرط الجزائي في القانون الروماني [302] .

2- أنه تعويض اتفاقي ، احتمالي جزافي عن الضرر المحتمل له بعض آثار العقوبة يستحق عند وقوع الضرر ويجوز أن يزيد التعويض عن الضرر وأن ينقص لكن في حالة الزيادة الفاحشة يحق للقاضي تعديله عند طلب المتضرر وهذا الذي عليه القانون المصري وأغلب القوانين والأنظمة العربية [303] .

3- أنه تعويض احتمالي عن الضرر المتوقع ومساو له وبه أخد القانون الاردني والإماراتي

4- أنه مجرد اتفاق على التعويض لا علاقة له بالضرر فيجوز أن يزيد وينقص ويستحق بمجرد الإخلال دون النظر للضرر وبه أخد القانون الفرنسي والقضاء اللبناني [304].

5- أنه تأمين فيستحق بمجرد الإخلال ولو انعدم الضرر والخطأ بل حتى في حالة العذر الطارئ [305]

---

[302] . محمد عبدالعزيز بن سعد اليمني ، ***الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة*** ، رسالة دكتوراه ، جامعة الملك سعود ، المملكة العربية السعودية ، سنة 1425- 2426 هـ ، ص129 .

[303] . محمد عبدالعزيز بن سعد اليمني ، ***الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة*** ، رسالة دكتوراه ، جامعة الملك سعود ، المملكة العربية السعودية ، سنة 1425- 2426 هـ ، ص129 .

[304] . محمد عبدالعزيز بن سعد اليمني ، ***الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة*** ، رسالة دكتوراه ، جامعة الملك سعود ، المملكة العربية السعودية ، سنة 1425- 2426 هـ ، ص130 .

[305] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص 860 .

ويرى الدكتور محسن الرويشد بأن الاقرب إلى العدل ، ومن ثم إلى الشرعة الإسلامية هو القول بأنه : تقدير جزافي للتعويض الذي يجب تعديله ليساوي الضرر حين وقوعه [306]

فقد ذكر الدكتور محمد عثمان شنبير بأنه عقوبة وحيث قال : الشرط الجزائي عقوبة تترتب على إخلال المدين بالالتزام ، وهي إما أن تكون مبلغاً من النقود كالتعويض الاتفاقي ، وإما غير دلك : كتعجيل اقساط الدين المؤجلة إذا تأخر المدين عنى دفع قسط منها [307].

ويرى الدكتور محمد الزحيلي بأن الشرط الجزائي : هو اتفاق المتعاقدين سلفاً على التزام معين يستحقه الدائن أو غيره على المدين ، إذا لم يقم المدين بوجباته ، أو إذا تأخر في تنفيذها ،وسمي شرطاً جزائياً لأنه يتضمن العقوبة التي يتحملها المدين عند الإخلال بالتزاماته كردع من جهة ، وتعويضاً لدائن من جهة اخرى [308].

وذكر الشيخ الصديق الضرير بعد ان دكر أوجه الشبه والاختلاف بين الشرط الجزائي والعربون بأن : ويمكن القول بأن الشرط الجزائي يشبه العربون في أن كلاً منهما شرط يوجب على من أخل بالشرط عقوبة مالية يجري تعيينها قبل حصول دلك [309]

ثم ذكر بان هذا القول إذا صح بالنسبة للعربون فإنه لا يصح بالنسبة للشرط الجزائي لأن الشرط الجزائي الذي نتحدث عنه ليس عقوبة ، وإنما هو تقدير اتفاقي للتعويض .

---

[306] . عبد المحسن الرويشد ، ***الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي*** ، مرجع سابق ، ص 79 .

[307] . محمد عثمان شبير ، ***صيانة المديونيات ومعالجتها من التعتر في الفقه الإسلامي*** ، مقالة منشورة مجلة البحوث والمؤلفات في الجامعة الأردنية ، ص 36 .

[308] . محمد الزحيلي ، **موسوعة قضايا إسلامية معاصرة** ، دار المكتبي ، ط1 1430 هـ – 2009 م ، ص 192 .

[309] . بحث الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير ، **بعنوان الشرط الجزائي** ، والمقدم الي الدورة الثانية عشر لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي ، العدد الثاني عشر ، الجزء الثاني ، سنة 1421 هـ –2000 م ، ص 56 .

ودكر الشيخ علي السالول في تعريفه للشرط الجزائي بأنه : المراد بالجزاء العقاب لا الثواب ، والشرط الجزائي يعني الجزاء المترتب على الإخلال بالشرط ،والمكافأة على الإخلال بالشرط لا تكون ثوابا [310].

ويدكر القاضي محمود شمام في حديثه عن الشرط الجزائي بأنه :والشرط الجزائي له صبغة خاصة مميزة فهو شرط تعويضي عن ضرر معنوي أو مادي كما له صبغة الجزاء[311].

وجاء في قرار مجلس هيئة كبار العلماء :أصدر مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية القرار رقم 25 بتاريخ 12/ 8 / 1394 الذي ينص على الآتي :

((إن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً فيكون العذر مسقطا يوجب حتى يزول وإذا كان الشرط الجزائي كثير عرفا بحيث يرد به التهديد المالي ويكون بعيد عن مقتضى القواعد الشرعية ، فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة وما لحق من ضرر ويرجع في تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر))

ويرى الباحث أن الشرط الجزائي فهو مزيج من التعويض والعقوبة ، فكما ان الشرط الجزائي وظيفة تعويضية فهو ايضا لا يخلو من الوظيفة العقابية التي تضمن للمدين تنفيذ

---

[310] . بحث الدكتور علي احمد السالول ، بعنوان الشرط الجزائي ، والمقدم الي الدورة الثانية عشر لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي ، العدد الثاني عشر ، الجزء الثاني ، سنة 1421 هـ - 2000 م ، ص 56 .

[311] . بحث الدكتور القاضي محمود شمام ، *بعنوان الشرط الجزائي* ، والمقدم الي الدورة الثانية عشر لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي ، العدد الثاني عشر ، الجزء الثاني ، سنة 1421 هـ -2000 م ، ص 56 .

التزامه ، والتي يستخدمها المتعاقدين اليوم لضمان تنفيذ العقود في حال تراخي المدين عن تنفيذ التزامه .

المطلب الرابع : التعويض المادي عن الضرر المعنوي وفقً لأحكام الشريعة الإسلامية

لم يكن مصطلح (مصطلح الأدبي أو المعنوي) مستعملاً لدى فقهائنا الأقدمين وإن كادوا قد تكلموا في مضمونه أثناء تناولهم للديات والاروش وأنواع الضمان ، فقد تحدث الفقهاء عن جريمة القذف وهي جريمة تمس العرض والشرف ، كما تحدثوا عن عقوبة السب والشتم مما لا يصل إلى القذف ، لكنهم لم يفردوا مسمي خاصا باسم (الضرر الأدبي أو المعنوي) .

والفقهاء المعاصرون تناولوا الضرر الأدبي أو المعنوي من حيث تأصيله وربطه بقواعد التشريع أولاً ، ثم تناولوه من حيث العقوبة عليه ، وهل تقتصر على عقوبة تعزيرية غير مالية ؟ أم أنه يمكن التعويض عما أصاب المضرور بعوض مالي ؟

ففقهاء الشريعة الاقدمون والمعاصرون وإن تحدثوا عن التعويض والعقوبة المالية إلا أنهم في الحقيقة يغلبون الجانب الأسمى وهو الكيان المحترم في الإنسان ، ويأتي الحديث عن الجانب المادي تبعاً ، ولم يدر في خلد أحد من فقهاء الشريعة المعتبرين قديما وحديثا أن العوض المالي ثمن لكرامة الإنسان وعرضه وشرفه ، فهذه لا تخضع للثمن ، وحين يقول بعضهم بفرض تعويض مالي للمضرور فهو نظر إلى عقوبة على الجاني أولاً ، وقد

يكون التغريم بالمال أوقع عليه ، وثانياً هناك أضرار لها أثر محسوس ربما تصيب المضرور فيتطلب الأمر تعويضا له عما أصابه [312] .

لقد اختلف الفقهاء في مفهوم الضرر الادبي ، فمنهم من توسع في مفهومه حتى إنه أدخل بعض الأمور المحسوسة وجعلها جزءا من الضرر الأدبي وأخرون اقتصروا على الجانب المعنوي ففسروا الضرر أثره بما يصيب ذلك الجانب وكل هذه التعريفات تدور في مجملها على أن الضرر الأدبي أو المعنوي هو (الأذى الذي يصيب الشخص في عاطفته وشعوره وشرفه ويدخل إلى قلبه الغم والحزن) ثم تنوعت عباراتهم بعد ذلك في التعريفات ما بين متوسع ومضيق ومن تلك التعريفات ما يلي [313] :

أولاً : تعريف الضرر الأدبي أو المعنوي .

الضرر الأدبي هو "الذي يصيب الإنسان في كيانه المعنوي "، وقد ينجم عن جرح يسبب الألم ويشوه الجسم ، وقد يصيب الشرف والاعتبار ، وقد يصيب الشعور والعاطفة [314]

الضرر الادبي هو " الإخلال بمصلحة أو حق غير مالي " [315] .

الضرر الأدبي " يتمثل فيما يصيب الإنسان في شرفه وعرضه من فعل أو قول يعد مهانة له كما في القدف والسب ، وفيما يصيبه من ألم في جسمه أو في عاطفته من ضرب لا يحدث فيه أثر أو من تحقير في مخاطبته أو امتهان في معاملته " [316] .

---

[312] . د محمد سنان الجلال ، ***التعويض عن الضرر الادبي أو المادي غير المباشر الناتج عن الجناية أو الشكوى الكيدية*** ، الدورة الثانية والعشرون للمجمع الفقهي الإسلامي ، المملكة العربية السعودية ، مكة المكرمة ، ص 18 .

[313] . محمد سنان الجلال ، التعويض عن الضرر الادبي أو المادي غير المباشر الناتج عن الجناية أو الشكوى الكيدية ، مرجع سابق ، ص18 .

[314] . مهند عزمي مسعود أبو مغلي ، ***التعويض عن الضرر الأدبي*** ، بحث مقدم إلى مجلة الشريعة والقانون ، جامعة الشرق الاوسط الاردن ، العدد التاسع والثلاثون ، رجب 1430 هـ يوليو 2009 م ، ص 211.

[315] . جلال علي العدوي ، ***أصول الالتزامات – مصادر الالتزام*** ، منشأة المعارف الاسكندرية ، سنة 1977 ، ص 425.

[316] . علي الخفيف ، ***الضمان في الفقه الاسلامي*** ، دار الفكر ، سنة 1971 م ، ص 44 .

الضرر الأدبي " هو الذي يصيب الجسم فيحدث فيه تشويها فيه فيتألم الشخص لذلك ، أو قد يصيب الشخص في شرفه أو في اعتباره أو في عرضه او عاطفته وبالجملة فهو عبارة عن الا لم والحزن الذي يصيب الإنسان " [317] .

أما القانونيون فقد اتفق رأيهم أن الضرر الأدبي هو" الذي يمس مصلحة للإنسان غير مالية ، وقد عرفوا الضرر الأدبي بأنه الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله"[318].

ومن خلال التعريفات السابقة ندرك أن أغلب الباحثين لا يفرقون بين الضرر الأدبي والضرر المعنوي (فيجعلونها بمدلول واحد باستثناء الشيخ علي الخفيف الذي فرق بينهما واعتبر أن الضرر الأدبي : يطلق على) ما يصيب الشخص في شرفه وعرضه وفيما يصيبه من ألم في جسمه أو في عاطفته ، من ضرر لا يحدث فيه أثر أو من تحقير وامتهان أما الضرر المعنوي عنده فهو (المتمثل في تفويت مصلحة غير مالية ملزم بها ، كما في التزام امتنع فيه الملتزم عن تنفيذ التزامه ، كالوديع يمتنع عن تسليم الوديعة إلى مالكها والمستعير يمتنع عن تسليم العارية إلى المعير والمستأجر يمتنع عن تسليم العين المستأجرة إلى مؤجرها ونحو ذلك من كل ما ليس فيه تفويت مال على صاحب العين)[319] .

ثانياُ : الضرر الأدبي والتعويض عنه لدى الفقه الإسلامي :

من المعروف أنه بالنسبة للضرر المادي والتعويض عنه فهو محل إجماع فقهاء الشريعة الإسلامية ، أما بالنسبة للضرر الأدبي فإنه مصطلح حديث في الفقه الإسلامي لذي فإن

---

[317] . وهبة الزحيلي ، ***نظرية الضمان*** ، دار الفكر المعاصر، بيروت – لبنان ، سنة 2003 . ص 53.

[318] . السنهوري ،عبدالرزاق ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام – العقد – العمل غير مشروع – الإثراء بلا سبب – القانون ، دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، ج 1 ، ص 864 .

[319] .علي الخفيف ، ***الضمان في الفقه الاسلامي*** ، دار الفكر ، سنة 1971 م، ص 44 .

التعويض عنه ليس متفقاً عليه أو مسماً به عند كل الفقهاء المعاصرين ، فذهب جماعة من المعاصرين إلى أن الفقه الاسلامي لا يعترف بذلك ، فلا تعويض فيه إلا عن الأضرار الماثلة التي يمكن تقويمها بالمال ، أما الأضرار المعنوية كجرح الشعور وثلم الشرف فلا يمكن تعويضها بالمال ولا رفعها وإزالتها به ، وذهب فريق آخر أن الفقه الإسلامي قد عرف التعويض عن الضرر المعنوي الأدبي وأقر به ، وإن لم يسميه بهذا الاسم ، ولا مانع من التعويض عن الأضرار الناتجة عنه بقدر الامكان ، وبالقياس للمضار المعنوية في التقويم على المنافع المعنوية ، ونرى هنا أقوال كل من الفريقين :

- **القول الأول :**

ذهب مجموعة من الفقهاء المعاصرين بأنه لا تجوز المطالبة بالتعويض المالي عن الضرر الأدبي ، وهؤلاء يرون أن الشريعة وضعت التعزير الزاجر لمقابلة هذا الضرر وليس التعويض المالي .

ومن الفقهاء المانعين : الشيخ علي الخفيف ، فقد ذكر الضرر الأدبي والمعنوي وفرق بينهما ثم قال (وأما النوعان الثاني والثالث فليس فيهما تعويض مالي على ما تقضي به قواعد الفقه الإسلامي)[320] وقال في موضع أخر (إن الفقه الإسلامي لا يرتب التعويض عن الضرر الأدبي)[321] كما قال (وعلى هذا لم يجب التعويض عن الضرر)[322] .

---

[320] . علي الخفيف ، ***الضمان في الفقه الاسلامي*** ، دار الفكر ، سنة 1971 م، ص 44

[321] . علي الخفيف ، ***الضمان في الفقه الاسلامي*** ، دار الفكر ، سنة 1971 م، ص 20

[322] . علي الخفيف ، ***الضمان في الفقه الاسلامي*** ، دار الفكر ، سنة 1971 م، ص 159

كما رأى المنع ايضاً الشيخ مصطفى الزرقا وقال : (وخلاصة القول أننا لا نرى مبررا استصلاحياً لمعالجة الإضرار الأدبي بالتعويض المالي مادامت الشريعة قد فتحت مجالا واسعا لقمعه بالزواجر التقديرية) [323] .

وعرض الزرقا جريمة القدف والآيات الواردة بشأنها ثم ذكر أن الضرر الأدبي بالقياس الشرعي والاجتماعي ، له اعتباره المتميز في نظر الشريعة وأنه قد يكون بحسب نوعيته أشد وأعظم في الميزان الشرعي من الأضرار المادية الكبرى ، فمرتكبه يستحق الجزاء في الدنيا و الآخرة ، لكن النصوص بمنطوقها تفيد أن موجب الضرر الأدبي هو العقوبة لا التعويض المالي [324].

ومن المانعين أيضاً الدكتور الصديق الضرير في بحثه عن الشرط الجزائي [325] .

وصدر قرار من مجمع الفقه الاسلامي بمنع التعويض عن الضرر الأدبي علي إثر بحوث قدمت عن الشرط الجزائي في المماطلة في الديون ونص قرار المجمع :

خامساً : (الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي وما لحق المضرور من خسارة حقيقية وما فاته من كسب مؤكد ، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي) [326] .

---

[323] . مصطفى أحمد الزرقا ، ***الفعل الضار والضمان فيه*** ، دار القلم للطباعة والنشر ، ط1 ، سنة 1998 ، ص 124 .

[324] . مصطفى أحمد الزرقا ، ***الفعل الضار والضمان فيه*** ، دار القلم للطباعة والنشر ، ط1 ، سنة 1998 ، 19 / 20 .

[325] . الصديق الضرير ، ***الشرط الجزائي*** ، البحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشر بالمملكة العربية السعودية – الرياض 25 جمادى الآخرة – رجب 1421 هـ ، مجلة المجمع العدد الثاني عشر الجزء الثاني ، ص63/ 64 .

[326] . ***قرار مجمع الفقه*** ، في دورته الثانية عشر المنعقدة بالرياض 25 جمادى الآخرة _ رجب 1421 هـ ، مجلة المجمع العدد الثاني عشر ، الجزء 2 صفحة 306 .

- **أدلة المانعين :**

إن التعويض المادي عن الضرر المعنوي أخذ مال لا في مقابل مال، وهذا أكل للمال بالباطل، وهو محظور لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾ وجه الاستدلال بهذه الآية أن الله تعالى جعل التجارة في المال فقط والضرر المعنوي ليس بمال وحينئذٍ لا يجوز التعويض عنه [327] .

كما استدلوا بأن العقوبات والضمانات يشترط فيها المماثلة ، ولا مماثلة بين المساس بالشرف والعرض والكرامة ، وبين التعويض بالمال ، فهما ليس من جنس واحد[328] .

استدلوا أيضاً بأن الضرر المعنوي ليس مالاً في حين أن الضمان في الفقه الإسلامي عبارة عن إحلال مال مكان مال متلف .

أن التعويض عن الضرر الأدبي ليس كافياً، ولا يؤدي إلى إزالة الضرر، وليس فيه جبرٌ للمتضرر عما أصابه فهو يجحف بالفقير ولا يردع الغني والتعويض إنما يقصد به الجبر؛ ولذا وضع له في الشريعة ما يناسبه من الحد أو التأديب ،وهو تعويض كافياً يزيل آثار الضرر عن المضرور[329] ،ويدل لذلك ما ورد في قصة العسيف فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لأقضين بينكما بكتاب الله أما الوليدة والغنم فردٌ عليك وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ... " [330] .

---

[327] . سورة النساء ، الآية 29 .

[328] . علي الخفيف ، ***الضمان في الفقه الاسلامي*** ، دار الفكر ، سنة 2000 م ، ص40 .

[329] . علي الخفيف ، ***الضمان في الفقه الاسلامي*** ، دار الفكر ، سنة 2000 م ، ص55 – 56،

[330] . رواه البخاري في صحيحه، ***كتاب الصلح***، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، رقم: 2549.

واستدلوا كذلك بأن تقدير الضرر المعنوي غير ممكن لأنه غير منضبط ، يقول الشيخ الزرقا : (إن قبول مبدأ التعويض المالي عن الأضرار الأدبية محذور واضح هو أن مقدار التعويض اعتباطي محض لا ينضبط بضابط بينما يظهر في أحكام الشريعة والحرص على التكافؤ الموضوعي بين الضرر والتعويض ، وهذا متعذر هنا ، وكثيراً ما نسمع فندهش في أخبار الدعاوى والأقضية الأجنبية أرقاماً بالملايين لقاء مزاعم أضرار أدبية فهي منتهى التفاهة) [331]

أن التعويض بالمال يقوم على الجبر بالتعويض ، وذلك بإحلال مال محل مال مفقود مكافئ أو قريب له ، و الضرر المعنوي لا يجبره التعويض المالي ولا يسده ؛ فلذلك وضعت له الشريعة ما يناسبه من الحد والتأديب و إن إعطاء المال في هذا النوع من الضرر لا يرفعه ، ولا يزيله ، فأخذ المال فيه لا يعود بالثقة التي فقدها البنك في الجرائم المعلوماتية . مثلاً . إلى ما كانت عليه من السلامة [332] .

أن المثل العليا تأبى على أن يساوم الشخص على شرفه وعرضه كما يساوم على الأموال [333].

- **القول الثاني :**

ذهب مجموعة من المعاصرين إلى جواز التعويض المادي عن الضرر الأدبي ، وهؤلاء يرون أن الضرر الادبي كالمادي في التعويض فهو ينطوي على اعتداء علي حق ويجب

---

[331] . مصطفي الزرقا ، ***الفعل الضار*** ، والضمان فيه ، دار القلم للطباعة والنشر ، ط1 ،سنة 1998 ، ص 126 .

[332] . محمد بن علي البيشي ، ***التعويض المالي عن الضرر المعنوي*** ، ملتقى أهل الحديث ، منشور علي الانترنت بتاريخ 2016 /4/9 http://www.ahlalhdeeth.com/vb/showthread.php?t=169879

[333] . علي الخفيف ، ***الضمان في الفقه الاسلامي*** ، دار الفكر ، سنة 1971 م ، ص 57/56 .

تقرير الضمان له ويجوز للمضرور أخد المال مقابل الضرر الحاصل له بسبب الجناية من مرتكبها .

وممن قال بهذا الرأي : الدكتور وهبة الزحيلي فقد ذكر أن بعض الفقهاء يرى لزوم التعويض عن الضرر الادبي ثم قال : (وهذا الرأي هو المتفق في تقديرنا مع الروح العامة للنصوص الشرعية التي تمنع الضرر بجميع أنواعه وترمم آثاره وتساير المصالح حسب كل زمان ومكان) [334] .

كما قال بهذا القول الدكتور محمد فوزري فيض الله فقد عرف الضرر المعنوي ثم قال (وتعريف الضرر الذي ذكرناه وهو إلحاق مفسدة بالآخرين يمكن أن يشمل هذه الأنواع من الأضرار بل ربما كانت هذه الأضرار أوقع وأبلغ في الضرر الأدبي من الأضرار المادية وأولى منها بالتعويض [335] .

كما قال بهذا الشيخ محمود شلتوت ، والدكتور خالد شعيب ، والدكتور محمد أحمد سراج [336] .

وقد ذكر الدكتور على القره داغي (أرى أن القول بوجوب التعويض عن الضرر المعنوي يتفق مع مبادئ الشريعة وأن تأثير الضرر المعنوي قد يكون أشد من الضرر المادي) [337].

---

[334] . د وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي ص 54.

[335] . وهبة الزحلي ، ***نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام*** ، مرجع سابق ، ص92 .

[336] . محمد سنان الجلال ، ***التعويض عن الضرر الأدبي أوالمادي غير المباشر الناتج عن الجناية أو الشكوى الكيدية*** ، بحث مقدم لمجمع الفقهي الاسلامي ، في دورته الثانية والعشرون في مكة المكرمة ، ص 35 .

[337] . علي محي الدين القره داغي ، ***موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن الضرر المعنوي*** ، الموقع الرسميللشيخ علي محي الدين ، منشور على الانترنت ، بتاريخ 8 تموز 2009 .

- **أدلة المجيزين :**

قوله عز وجل ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ ﴾[338] .

ولقوله عز وجل ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّابِرِينَ﴾[339] .

ولقوله عز وجلَ ﴿ جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ ﴾[340] .

ووجه الدلالة أن الآيات الكريمة أن الله عز وجل أوجب المماثلة في العقاب ردعا للمعتدين وجبرا لضرر المتضررين ، ولا تتحقق المماثلة في كل صور العقاب لذا تكون المماثلة فيما يمكن أن يتحقق فيه من القصاص والجروح ، أما حين تتعذر المماثلة فإن بدلها يكون الارش وحكومة العدل ، وهذا يأتي في الضرر المعنوي الذي تتعذر فيه المماثلة[341] .

فقال تعالى : ﴿ لا تُضَارَّ والِدَةٌ بِوَلَدِها وَلا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوارِثِ مِثْلُ ذلِكَ﴾ [342] يقول شيخ الإسلام ابن تيمية : (المضارة مبناها على القصد والإرادة ، أو

---

[338] . سورة البقرة ، الآية 194 .

[339] . سورة النحل ، الآية 126 .

[340] . سورة الشورى ، الآية 40 .

[341] . محمد سنان الجلال ، ***التعويض عن الضرر الأدبي أوالمادي غير المباشر الناتج عن الجناية أو الشكوى الكيدية*** ، بحث مقدم لمجمع الفقهي الاسلامي ، في دورته الثانية والعشرون في مكة المكرمة ، ص 41 .

[342] . سورة البقرة ، الآية 223 .

على فعل الضرر عليه ، فمتى قصد الإضرار ولو بالمباح ، أو فعل الإضرار من غير اشتقاق فهو مضار) [343].

ما رواه ابن عباس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا ضرر ولا ضرار" [344] وهو نص عام فقصره على الضرر المادي تخصيص بغير مخصص، ونوقش: أن محل الخلاف هو طريقة الزجر والشريعة أخذت في مبدأ الزجر بعقوبة التعزير لا بالتعويض المالي في الضرر الأدبي [345].

استدلوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم (كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه)[346]وبقوله عليه الصلاة والسلام (إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا)[347]

ووجه الدلالة هنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم ، حرم علي المسلم عرض أخيه المسلم ، والعرض هو موطن الشرف في الإنسان أو ما به قوام شرفه واعتباره مما يتعلق بكيانه الأدبي ، وقد جاء تحريم العرض في الحديث معطوفاً على أمرين لا يخالف فقيه على تقدير مبدأ التعويض فيهما إجمالا ، فدل ذلك على أن المعطوف وهو العرض له حكم ما عطف عليه في الضمان بالتعويض [348] .

---

[343]. علي محي الدين القره داغي ، ***موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن الضرر المعنوي*** ، موجود في الموقع الرسمي لفضيلة الشيخ علي محي الدين القره داغي على الانترنت ،بتاريخ 8 تموز 2009 .

[344] . رواه أحمد في المسند 55/5، رقم 2865، وحسنه ابن رجب في جامع العلوم والحكم، 210/2.

[345]. مصطفى أحمد الزرقا ، ***الفعل الضار والضمان فيه*** ، دار القلم للطباعة والنشر ، ط1 ، سنة 1998 ، 125 .

[346] . الحديث رواه مسلم وأبو داود والترمذي ، في صحيح مسلم 1986/4 ، حديث رقم 2564 وسنن أبي داود 195/5 حديث 4882 وسنن الترمذي 324/4 حديث 1927 .

[347] . متفق عليه ، صحيح البخاري 2/ 619 حديث 1652

[348] . محمد سنان الجلال ، ***التعويض عن الضرر الأدبي والمادي غير المباشر الناتج عن الجناية أو الشكوى الكيدية*** ، بحث مقدم لمجمع الفقهي الاسلامي ، في دورته الثانية والعشرون في مكة المكرمة ، ص 43.

أن الشريعة شرعت الحد لجريمة القذف وهو أدبي فلا مانع أن يعوض الأضرار الأدبية التي هي دون ذلك إزالة الضرر بقدر الإمكان [349] .

نوقش: بأن الشريعة إنما عالجت الضرر الأدبي في جريمة القذف بالحد والتأديب الزاجر وليس بالتعويض المالي، فلا يصح أن يكون أصلاً للتعويض المالي عن الأضرار الأدبية [350].

- **الترجيح** :

ويرى الباحث أن التعويض المادي عن الضرر الأدبي غير جائز وذلك الأن الشريعة الإسلامية عالجت الإضرار الأدبي بالتعزير والزجر وليس التعويض المالي ، ثم إن ثم إن الشريعة لا تعتبر شرف الإنسان وسمعته مالاً متقوماً يعوض عنه بالمال إذا اعتدى عليه وكذلك إن مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية اصدر قراراً بعد تقديم مجموعة من البحوث المتعلقة بالشرط الجزائي ومناقشتها وتفصيلهاً وتنقيبها من قبل كبار العلماء و الفقهاء بمنع التعويض المالي عن الضرر الادبي ، ثم إن التعويض عن الضرر المعنوي ليس فيه خسارة مالية وهو شيء غير محسوس ولا يمكن تقديره ولا يترك آثاره ظاهرة في الجسم فقبول مبدأ التعويض المالي عن الأضرار الأدبية له محذور واضح هو أن مقدار الضرر اعتباطي محض لا ينضبط بضابط ، بينما تحرص الشريعة علي التكافؤ الموضوعي بين الضرر والتعويض .

---

[349] . سعد آل فريان ، ***حكم التعويض عن الضرر الأدبي*** ، منشور علي الانتر نت علي موقع شبكة رسالة الاسلام ، بتاريخ 1/25/ 2008 .

[350] . مصطفى أحمد الزرقا ، ***الفعل الضار والضمان فيه*** ، دار القلم للطباعة والنشر ، ط1 ، سنة 1998 ، ص 124 .

جدول رقم (1) لبيان طبيعة الشرط الجزائي في كل من القانون المدني الليبي ، والشريعة الإسلامية ، ورأي الباحث .

من حيث	القانون الليبي	الشريعة الإسلامية	رأي الباحث
الطبيعة الشرط الجزائي	تنص المادة 226 من القانون المدني الليبي على أنه "يجوز للمتعاقدين أن يحددا قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق .	اهتم الفقهاء بالشرط الجزائي وقد ادرجوه ضمن اعمال الدورة الثانية عشر لمجمع الفقه الإسلامي أصدر مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية القرار رقم 25 بتاريخ 21 / 8 / 1394 الذي ينص على الآتي: (إن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر، يجب الأخذ به، ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعًا، فيكون العذر مسقطًا لوجوبه حتى يزول، وإذا كان الشرط الجزائي كثيرًا فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة، أو لحق من ضرر، ويرجع في تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظرة)	أن الشرط الجزائي فهو مزيج من التعويض والعقوبة ، فكما ان الشرط الجزائي وظيفة تعويضية فهو ايضا لا يخلو من الوظيفة العقابية التي تضمن للمدين تنفيذ التزامه ، والتي يستخدمها المتعاقدين اليوم لضمان تنفيذ العقود في حال تراخي المدين عن تنفيذ التزامه .

	الشرط الجزائي عبارة عن تعويض يتفق عليه الطرفان مقدماً على مقدار ما يلزم المدين بدفعه للدائن جبراً للضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ المدين التزامه ، أو تأخر في تنفيذه .	وجاء في قرار مجلس هيئة كبار العلماء :أصدر مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية القرار رقم 25 بتاريخ 12/ 8 / 1394 الذي ينص على الآتي : ((إن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً فيكون العذر مسقطا يوجب حتى يزول وإذا كان الشرط الجزائي كثير عرفا بحيث يرد به "التهديد المالي "ويكون بعيد عن مقتضى القواعد الشرعية ، فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة وما لحق من ضرر ويرجع في تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر.	أن التعويض المادي عن الضرر الأدبي غير جائز وذلك الأن الشريعة الإسلامية عالجت الإضرار الأدبي بالتعزير والزجر وليس التعويض المالي ، ثم إن ثم إن الشريعة لا تعتبر شرف الإنسان وسمعته مالاً متقوماً يعوض عنه بالمال إذا اعتدى عليه .
	فإن القانون المدني الليبي ينص في مادته (225) على أنه : يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا . فهنا القانون الليبي لا يفرق في التعويض المادي بين الضرر المادي أو الأدبي المعنوي.	صدر قرار من مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الآخرة 1421هـ . 1 رجب 1421هـ الموافق 23 – 28 أيلول (سبتمبر) 2000م، ومن القرارات ما يلي : خامسا: الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لَحِق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي.	

المصدر: إعداد الباحث .

المبحث الثاني : سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون .

الأصل أن يعتبر الشرط الجزائي متى تحققت شروط استحقاقه ملزماً للمتعاقدين والمحكمة فالقاضي ملزم بأن يحكم على المدين المخل بالتزامه بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان ، بغض النظر عن مقدار الضرر الذي أصاب الدائن ، لأن العقد شريعة المتعاقدين ، وعلى الرغم من ذلك المبدأ إلا أن معظم القوانين المنظمة للتعويض الاتفاقي خولت القاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي من حيث المبدأ .

فالشرط الجزائي تعويض قدره المتعاقدان مقدماً عن الضرر المتوقع حدوثه نتيجة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه ، ومن ثم فالأصل هو وجوب احترام ما انصرفت إليه ارادة المتعاقدين ، والحكم بالتعويض المتفق عليه ، ولكن استثناء من هذا الأصل العام منح المشرع القاضي سلطة خاصة ذات نطاق متسع يمكنه بمقتضاها مراقبة الشرط الجزائي ومدى التزام الأفراد بقواعد تقدير التعويض بلا مغالاة أو تعسف ، ومؤدى ذلك أن القاضي يستطيع تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو بالزيادة وهذه السلطة الممنوحة للقاضي لا يجوز حرمانه منها باتفاق خاص ، أي أننا بصدد قاعدة آمرة ليس للأفراد الاتفاق على ما يخالفها [351].

فقد تبين مما سبق أنه للقاضي أن يخفض في مبلغ التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ، وأما في حالة ما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي ، فلا يجوز في هذه الحالة للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة

---

[351] . نبيل ابراهيم سعد ، *الشرط الجزائي في القانون المصري والقانون الفرنسي* ، مجلة الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، اعلدد الثالث والرابع ، سنة 1990 ، ص87 .

إلا إذا اثبت أن المدين قد أرتكب غشاً ، أو خطأ جسيماً ، وهذا ما نص عليه المشرع الليبي في القانون المدني من خلال نصوص المواد 226، 227 ، 228 [352] فالتعديل الذي منحه القانون للقاضي هو أما بزيادة الشرط الجزائي أو بتخفيضه [353] .

المطلب الأول : تخفيض الشرط الجزائي :

نص المشرع الليبي صراحة في المادة 2/227 مدني علي أنه (يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا ثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه) إذ أنه وفقا لنص المادة سالفة الذكر ، فإن سلطة القاضي في التخفيض ، تظهر في حالتين **أولهما** : حالة المبالغة في تقدير التعويض **وثانيهما** : حالة تنفيذ جزء من الالتزام الأصلي ، وسيتم شرح الحالتين من خلال العرض التالي :

أولاً : المبالغة في تقدير التعويض :

نص المشرع الليبي صراحة في المادة 2/227 مدني علي أنه (يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا ثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه)

المبدأ أن الشرط الجزائي في حالة عدم التنفيذ يحتفظ بقوته الملزمة ، ولهذا لا يكفي أن يثبت المدين أن التعويض الاتفاقي يجاوز مقدار الضرر الذي لحق بالدائن ، حتى

---

[352] . أنظر نصوص المواد 226 ، 227 ، 228 من القانون المدني الليبي .

[353] . القانون المدني الفرنسي لم يكن يسمح للقاضي بتعديل الشرط الجزائي ، تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين إلى سنة 1975 حيث عدل المشرع في أحكام القانون المدني ، وسمح للقاضي بالتدخل في تعديل الشرط الجزائي ، بنفس حالات الموجودة في القانون الليبي وزاد عليها أنه بمقدور القاضي مراقبة الشرط الجزائي في حالة المبالغة .

يستطيع القاضي أن يخفض هذا التعويض ، وإلا نكون قد نزعنا كل فائدة للتعويض الاتفاقي ، فينبغي أن يمارس القاضي هذه السلطة بحذر وبطريقة استثنائية ، حالته إذا كان التعويض الثقافي مجحفا بحق المدين ، ويقع على المدين هنا عبء اثبات حيث يتعين عليه أن يثبت ان التقدير التعويض كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، فإذا ما أثبت المدين ذلك يقوم القاضي بخفض التعويض إلى الحد المعقول ، أي إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر لا إلى حد المساوة للضرر ، آخذا في الاعتبار إرادة المتعاقدين ومصالح الدائن وحسن النية وللقاضي هنا سلطة تقديرية فيما يقرره أو ينفيه من مبالغة التعويض الاتفاقي ولا رقابة عليه من محكمة النقض [354] .

والملاحظ أن هذه الصلاحية الممنوحة للقاضي بتخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه تعتبر خروجاً عن قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) ففكرة التخفيض تشكل استثناء على القاعدة ، و الاستثناء لا يتوسع فيه ولكن القاضي هو من يستخلص مدى المبالغة في تقدير التعويض ، فيستطيع الاستعانة بفكرة أهمية الدين ، والمركز المالي للمدين ، والموازنة بين قيمة الشرط وبين الضرر الذي أصاب الدائن من جراء عدم التنفيذ أو التأخر فيه ويقع عبء اثبات تقدير قيمة التعويض إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة على عاتق المدين ، فيكفي أن يثبت المدين أن في التقدير زيادة تؤدي إلى عدم التناسب بين الضرر الذي أصاب الدائن من جراء عدم التنفيذ ، أو التأخر فيه وقيمة التعويض المقدر في الشرط الجزائي ، بحيث يكون التقدير مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، يتم اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات لأنه واقعة مادة تتمثل في عدم التناسب التعويض المقدر في الشرط الجزائي مع الضرر الذي أصاب الدائن .

---

[354] . طارق محمد مطلق ابو ليلى، ***التعويض الاتفاقي في القانون المدني دراسة مقارنة*** ، رسالة ماجستير ، مقدمة لجامعة النجاح الوطنية ، سنة 2007 ، ص76 .

ويقول الدكتور عبدالرزاق السنهوري وقد بررت محكمة الاستئناف الوطنية في دوائرها المجتمعة بأن الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه ، يكون الطرفان على علم بهذه المبالغة ، بل يكونان قد قصدا إليها وجعلا الشرط الجزائي شرطاً تهديدياً لحمل المدين على عدم الإخلال بالتزامه ، ومؤدي ذلك أن الشرط الجزائي المبالغ فيه ينطوي في الواقع من الأمر على عقوبة فرضها الدائن على المدين فيكون باطلاً ويعمد القاضي عند ذلك إلى تقدير التعويض وفقاً للقواعد العامة في تقدير التعويض بواسطة القاضي ، ويمكن أن يضاف إلى هذا التبرير أن الشرط الجزائي لا يعرض إلا لتقدير التعويض المستحق ، فهو ليس سبباً في استحقاق التعويض ، بل يقتصر على مجرد تقديره مقدما وفقاً لما قام أمام الطرفين وقت لا لتفاف من اعتبارات وظروف ، فإذا اتضح بعد ذلك أن الضرر الذي وقع لم يكن بالمقدار الذي ظنه الطرفان قبل وقوعه ، وإن تقديرهما للتعويض عن هذا الضرر كان مبالغاً فيه إلى حد كبير ، فإن الأمر لا يخلو عندئذ من غلط في التقدير وقع فيه المتعاقدان أو ضغط وقع على المدين فقبل شرطاً يعلم مقدماً أنه مجحف به ، وفي الحالتين يكون الواجب تخفيض الشرط الجزائي إلى حد الذي يتناسب مع الضرر [355] .

ومن صور المبالغة ما ورد في حكم المحكمة العليا الليبية ، من أن شخصاً اشترى آلة ثقيلة بمبلغ 13000 ألف دينار من شركة ، ولم يتسلم البائعة الآلة في الميعاد فاتفق المتبايعان على أن الشركة البائعة تدفع مبلغ 100 دينار عن كل يوم تأخر في التسليم وفعلاً الشركة لم تسلم الآلة إلا بعد أكثر من ستة أشهر فيكون مجموع التعويض عن التأخر في تنفيذ الالتزام هو 180 يوم × 100 دينار أي 18000 دينار ، وقضت في

---

[355] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، 875 .

الموضوع بتسليم الآلة ودفع المبلغ فطعنت الشركة البائعة في هذا الحكم ونقضت المحكمة العليا هذا الحكم لأن الشرط الجزائي مبالغاً فيه [356] .

ويرى الباحث : أن تدخل القاضي لتعديل قيمة الشرط الجزائي في حال المبالغة فيه لا مبرر له بل إن المبالغة في رفع قيمة التعويض غالباً ما يحقق فائدة وضامن للدائن حتى إذا حاول المدين العدول أو الإخلال بالتزامه فهو يعلم مقدار التعويض الذي يجب عليه دفعه في حال اخلاله بتنفيذ التزامه وهذا ما يجبر المدين على بذل كل ما في وسعه لتنفيذ التزامه الأصلي حتى لا يطر لدفع التعويض المبالغ فيه وبالأخص إذا أجاز المشرع للمدين طلب تدخل القاضي لتعديل قيمة الشرط المبالغ فيه فسوف يعطي ذلك للمدين دافع في عدم الرغبة في تنفيذ التزامه والطلب بتخفيض قيمة التعويض .

ولفساد أخلاق الناس وذهاب القيم التي تحض على الوفاء بالعهد الذي يطلقه الإنسان على نفسه ولأن تنفيذ الالتزام في وقته المحدد ذا ضرورة كبيرة بالنسبة للمتعاقدين لذا قد يلجأ أحد المتعاقدين وقت إبرام العقود إلى المبالغة في قيمة التعويض المتفق عليه خشية عدم تنفيذ الالتزام من شخص المدين في الوقت المحدد له أو التأخر في تنفيذه ، مما يسبب ضرراً كبيراً يلحق بالدائن ، وحتى يضمن له وسيلة للضغط على المدين لتنفيذ التزامه .

[356] . محمد علي البدوي ،***النظرية العامة للالتزام*** ، احكام الالتزام ، دار الكتب الوطنية ، بنغازي ليبيا ، ج2 ، ط 1، سنة 2004 ، الهامش رقم 2 .

ثانياً : تنفيذ جزء من الالتزام :

نص المشرع الليبي صراحة في المادة 2/227 مدني علي أنه (يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا ثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه)

يوضع الشرط الجزائي عادة لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلاً فإذا كان المدين قد قام بتنفيذ جزء من التزامه ، فان القاضي يكون قد احترم إرادة المتعاقدين إذا خفض الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من التزامه ، ويعتبر الأساس هو المبلغ المقدر في الشرط الجزائي ، فينخفض هذا المبلغ إلى النسبة التي تتفق مع الجزء الباقي دون تنفيذ من الالتزام الأصلي ، ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على المدين [357] .

وقد يتفق الطرفان على استحقاق الشرط الجزائي إذا لم ينفذ المدين الالتزام الأصلي تنفيذاً سليماً ، وسواء كان ذلك بأن ينفذه أصلا أو نفذه تنفيذاً معيباً ، وفي هذه الحالة يستحق الشرط الجزائي كله إذا كان هناك عيب في التنفيذ ، نزولا على اتفاق الطرفين ولكن إذا كان هذا العيب غير جسيم بحيث يكون الشرط الجزائي ، كتعويض عنه مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، جاز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي ، إلى الحد المناسب [358]

ونفس الحكم في حالة الشرط الجزائي عن التأخير في التنفيذ ، حيث يجوز تخفيضه بنسبة ما نفذ من الالتزام في الميعاد إلى القدر الذي يتناسب مع الجزء الذي تأخر في تنفيذه ، ومؤدي ذلك أن التخفيض لا يقصد به المساواة بين المبلغ المحكوم به وبين

---

[357] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج 2 ، ص 870 / 871,

[358] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2، ص 871 .

الضرر الذي أصاب الدائن بالفعل ، بل يخفض القاضي المبلغ المقدر في الشرط الجزائي بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن ، من الجزء الذي تم تنفيذه من الالتزام أو بنسبة ما نفذ منه في الميعاد ، وذلك بالمقارنة بما كان سيحصل عليه لو نفذ الالتزام كاملاً في الميعاد [359].

وما نصت عليه المادة 2/227 من القانون المدني حيث قررت أنه للقاضي أن يعدل التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي عندما يكون التنفيذ جزئياً بناء على طلب المدين والذي يقع عليه عبء اثبات التنفيذ الجزئي ، فإذا أثبت المدين حدوث التنفيذ الجزئي ، فأن القاضي رغم ذلك ليس ملزماً بالحكم بتخفيض مقدار الشرط الجزائي المتفق عليه ، ذلك أن القانون جعل التخفيض أمر جوازي للقاضي يقدره في ضوء الظروف المحيطة وأن وجد أن ما تم تنفيذه من التزام كان تافها مثلاً ، أو لم يحصل منه الدائن على فانة تذكر ، فإنه لا يحكم بالتخفيض ذلك أن القاضي له سلطة تقديرية ليس فقط استظهار أن التنفيذ حسبما كشف عنه الواقع هو مجرد تنفيذ جزئي .

ويلاحظ أخيراً إن الاحكام المتعلقة بجواز تخفيض الشرط الجزائي سواء في حالة المبالغة لدرجة كبيرة أو حالة التنفيذ الجزئي للالتزام تعتبر من المسائل المتعلقة بالنظام العام ، بحيث يقع باطلاً كل اتفاق يخالفها حيث نصت المادة 3/227 مدني على أنه (ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين).

ولقد قررت المحكمة العليا الليبية في هذا الصدد من خلال الطعن المدني رقم 25/88 ق بقولها " حيث إن الطعن المقدم قد عاب على محكمة استئناف بنغازي أنها

---

[359] . نبيل ابراهيم سعد ، ***الشرط الجزائي في القانون المصري والقانون الفرنسي*** ، مجلة الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، العدد الثالث والرابع ، سنة 1990 ، ص 88 .

من بين أمور أخرى – قد انحرفت عن عبارة العقد الواضحة التي تقرر أنه في حالة عدم تنفيذ المرحلة الثانية من قبل الشركة المطعون ضدها ، تلتزم بدفع القيمة الباقية من المبلغ المتفق عليه بالكامل أي (9000) دينار ليبي ، دفع نصفها عند تنفيذ المرحلة الأولى من عملية نقل الأثاث من بنغازي إلى طرابلس ، إلا أن المحكمة قضت بمبلغ جزافي قدره 150 دينار ، ولم تطبق الاتفاق في العقد ، وهو شريعة المتعاقدين ، دون أن تستند إلى مسوغ قانوني يكفي لتقدير ذلك العدول ، وقد ردت المحكمة العليا بقولها (وحيث أن هذا النعي مردود ذلك وإن كان يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه في العقد ، الا ان هذا التعويض لا يكون مستحقاً اذا اثبت المدين ان التقدير كان مباغاً فيه الى درجة كبيرة ، أو ان الالتزام الاصلي قد نفد في جزء منه وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى ان الاضرار التي لحقت الطاعن الناقل هي نتيجة تأخير المطعون ضده الشركة صاحبة الاثاث – في تكليفه للطعن لتنفيذ المرحلة الثانية مدة تسعة أيام ، ورأت المحكمة تعويض الطعن عنها تعويضاً مناسباً بمبلغ 150 دينار كان البين من ذلك ان الحكم قد خفض التعويض المتفق علية بما يتناسب والضرر الذي لحق الطعن عملاً بالمادة277 من القانون المدني الليبي ، هو قضاء سليم يعتمد في تقدير التعويض على الضرر الذي لحق الطاعن فغلاً من تأخر المطعون ضده في طلب التنفيذ ، وعليه فإذا أنتهى الحكم الى تخفيض التعويض المتفق علية بالقدر المناسب والضرر الذي لحق الطاعن وقضى بالتزام المطعون ضده بهذا التعويض فإنه لا يكون قد خالف الثابت في الاوراق ، أوشابه قصوراً في الاسباب او فساداً في الاستدلال)[360] .

[360] . طعن مدني 88 / 25 جلسة 1-6-1980 ، ***مجلة المحكمة اعليا*** ، س 17 ، ع 2 ، ص95 ، نقلاً عن الكوني عبودة ، الشرط الجزائي في القانون الفرنسي والليبي ، (عرض اطروحة دكتوراه) ، مجلة القانون ، جامعة طرابلس ، سنة 2002 ، السنة الأولى ، المجلد الأول ، ص 262 .

ويرى الباحث : أن يضع المشرع الليبي معياراً يستند عليه القاضي في تخفيض قيمة الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزائي للالتزام ، وذلك لأن الفائدة التي تعود على الدائن من التنفيذ الجزئي ، قد تختلف قيمتها من تنفيذ إلى أخر فقد ينفذ المدين جزءاً كبيراً من التزامه ، لا يعود على الدائن بفائدة تذكر ، وقد ينفذ جزءاً يسيراً منه يعود على الدائن بفائدة كبيرة ، فيتعين على القاضي في مثل هذه الحالة أن يخفض مبلغ الجزاء بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن من التنفيذ الجزائي للالتزام ، وليس بنسبة الجزء الذي تم تنفيذه ، ونخلص إلى أن هذه القاعدة أكثر توافقاً مع ما يوجبه مبدأ حسن النية ، أي أنه يشترط لتعديل مقدار التعويض في الشرط الجزائي بالإضافة إلى شرط قابلية الالتزام للتنفيذ الجزئي ، أن يكون الدائن قد استفاد من ذلك التنفيذ .

وكان الاحرى بالمشرع أن ينص ايضا عند الحديث عن تخفيض قيمة الشط الجزائي " إذا قل الضرر عن قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للمدين المطالبة بأقل من هذه القيمة الا إذا اثبت أن المدين قد أرتكب غشاً أو خطأ جسيما " كما فعل في الحديث عن زيادة قيمة الشرط الجزائي ، فهنا من التناقض ان يمنع الدائن من المطالبة بأكثر من قيمة التعويض الاتفاقي الا إذا اثبت ان المدين ارتكب غشاً أو خطأ جسيما ، ولا يسمح للمدين المطالبة بخفض قيمة التعويض الاتفاقي إذا اثبت أن الدائن ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً .

المطلب الثاني : زيادة الشرط الجزائي :

نص المشرع الليبي صراحة في المادة 228 مدني علي أنه (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة الا إذا أثبت أن

المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما).فإن المشرع الليبي لم يجيز زيادة التعويض لمصلحة الدائن إذا جاوز قيمة التعويض المنصوص عليه في الشرط الجزائي الا في حالتين الأولى : ارتكاب المدين الغش الحالة الثانية ارتكاب المدين خطأ جسيم ، وهذا ما قضت به المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 48/229 ق بقولها (إن مؤدي نصي المادتين 228/226 من القانون المدني الليبي أن للدائن أن يطالب بالزام مدينه أن يدفع له فضلاً عن التعويض الاتفاقي تعويضاً آخر ، إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي متى أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً مما ينبغي معه على محكمة الموضوع إذا ما قضت فوق التعويض الاتفاقي أن تتحقق من توافر شروط استحقاقه على نحو ما سبق من بيان فإن تفعل كان قضاؤها مخطأ في تطبيق القانون قاصر البيان ، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أيد حكم محكمة أول درجة فيما قضا به ، وقضي له أيضاً بمبلغ عشرة آلاف دينار كتعويض آخر دون أن يورد في اسبابه ما يفيد أن الضرر تجاوز قيمة التعويض المتفق عليه ، أو أن المدين ارتكب غشاً أو خطأ جسيم ، فإنه أول يكون معيباً يتعين نقضه)[361] يفهم من الطعن المذكور أن حكم محكمة أول درجة قضت بزيادة قيمة التعويض في الشرط الجزائي بدون أن يتم اثبات أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً ، فحكمت بنقيضه لذللك فلمضرور لا يمكنه أن يطالب زيادة قيمة الشرط الجزائي ، إلا إذا اثبت أن المدين ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً اثناء الاتفاق على مقدار التعويض في الشرط الجزائي ، ولتوضيح شروط زيادة الشرط الجزائي ، يكون ذلك من خلال بيان ، شرط ارتكاب المدين غشاً وشروط ارتكاب المدين خطأ جسيم .

---

[361] . طعن مدني رقم 48/229 ق جلسة 5_3__2005 ، ***منشور في مجموعة أحكام المحكمة العليا القضاء المدني*** ، ج1 ، سنة 2005 ، ط1 ، 2007 ، دار الكتب الوطنية بنغازي ص 183 .

أولاً: ارتكاب المدين غش :

هذا واضح من نص المادة 228 سالفة الذكر ، والتي تبين من خلالها أن الدائن لا يستطيع أن يطالب بزيادة مقدار الشرط الجزائي إلا إذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً ، فإذا استطاع اثبات ذلك ، ففي هذه الحالة يتعين على القاضي زيادة مقدار التعويض الاتفاقي ليكون متناسباً مع الضرر ، وتبرر محكمة النقض المصرية ذلك بقولها " الغش يبطل التصرفات ، هي قاعدة قانونية سليمة ، ولو لم يجر بها نص خاص في القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توفرها في المعاقدات والتصرفات والإجراءات عموماً صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات [362] .

ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ، ويترتب على ذلك أنه يجب إعمال الشرط الجزائي كما هو ولا تجوز زيادته ، بالرغم من أن الضرر يزيد عن التعويض المقدر فيه ، إذا كان هذا الضرر مرجعه الغش أو الخطأ جسيم الصادر عن الاشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه [363] .

وهذا ما يعبر عنه القانون المدني وفقاً لنص المادة 125 بمصطلح التدليس والتي جاء فيها:

---

[362] . طارق محمد مطلق ابو ليلى، ***التعويض الاتفاقي في القانون المدني دراسة مقارنة*** ، رسالة ماجستير ، مقدمة لجامعة النجاح الوطنية ، سنة 2007 ، ص 81.

[363] . نبيل ابراهيم سعد ، ***الشرط الجزائي في القانون المصري والقانون الفرنسي*** ، مجلة الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، اعلدد الثالث والرابع ، سنة 1990 ، ص 91

1- يجوز ابطال العقد المدلس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاهما لما ابرم الطرف الثاني العقد.

2- ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا اثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة)) [364] .

ثانياً : ارتكاب المدين خطأ الجسيم :

وهذا واضح ايضاً من نص المادة 228 والتي تبين من خلالها أن الدائن لا يستطيع أن يطالب بزيادة مقدار الشرط الجزائي إلا إذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً ، ويعتبر من قبيل الخطأ الجسيم التهاون البسيط الذي تترتب عنه نتائج خطيرة مثل التدخين في الاماكن العامة التي توجد بها مواد قابلة للاشتعال مع علم الشخص بمنع التدخين في تلك الأماكن ، ولقد تبي المشرع الليبي في القانون المدني فكرة الخطأ الجسيم في المادة 220 والمادة 228 ، حيث نص في الأولى على حالة مجاوزة الضرر لقيمة التعويض المحدد في الشروط الجزائي ، حيث منع المدين ممن المطالبة بأكثر من قيمة التعويض المتفق عليه إلا إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً ، كما أشار المشرع لفكرة الخطأ الجسيم في المادة الثانية المشار اليها ، حيث أجاز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على الإخلال بالتزام تعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو خطأ الجسيم [365] .

وإذا اثبت الدائن ارتكاب المدين لخطأ جسيم في حالة ما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي ، جاز له أن يطال4بزيادة قيمة التعويض الاتفاقي

---

[364] . ***القانون المدني الليبي*** .

[365] . نقض مدني بتاريخ 1974/3/10 ، مجموعة المكتب الفني ، منقول من كتاب الدكتور مصطفى مصباح شليبك ، ***الالتزامات في التشريع الليبي*** ، مصادر الالتزام ، منشورات جامعة الزاوية ، سنة 2008 ،ص 355 .

بما يتناسب مع مقدار الضرر ، وإذا كان الخطأ يسيراً [366]، لا يفتح المجال للدائن في المطالبة بأكثر من قيمة التعويض المحددة في الشرط الجزائي، سواء كان الخطأ اليسير لا يستطيع تلافيه إلا لرجل الحريص جداً أو الرجل العادي ، فإذا تبين أن التعويض المقدر ليس مبالغاً فيه بل هو أقل من الضرر الواقع ، فإن المحكمة لا يجوز لها زيادته حتى يتساوى مع الضرر ، بل تحكم به كما هو وإلا فقد الشرط الجزائي معناه ويكون في هذه الخالة بمثابة شرط يخفف لمسؤولية المدين ، أي يجوز للقاضي أن يزيد لجعله مساوياً للضرر الواقع [367] .

وقد أشار المشرع الليبي إلى فكرة الخطأ الجسيم كشرط لمخاصمة القضاة وأعضاء النيابة في قانون المرافعات في المادة 1/720 حيث جاء فيها ((تقبل مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة في الأحوال التالية 1- إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة في عملهما غش أو تدليس أو عذر أو خطأ جسيم ....)) وقد عبرت عنه المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 40/21 ق على النص بقولها " المستفاد من نص المادة 1/720 من قانون المرافعات ، أن المقصود بالخطأ المهني الجسيم الذي تجوز معه مخاصمة القضاة هو ذلك الخطأ الذي يرتكبه القاضي نتيجة وقوعه في غلط فاحش ، ما كان ليقع فيه لو أنه أولى الواقعة المطروحة عليه قدراً من الاهتمام ، أو لإهماله في عمله إهمالاً بيناً [368]

---

[366] . الخطأ الجسيم هو الذي لا يقع من شخص متوسط الحرس والعناية ، ويطلق عليه ايضاً اسم الخطأ العادي ، وبفضل بعض الشراح أن يوصف بلفظ الخطأ المجرد من كل وصف .

[367] . مصطفى مصباح شليبك ، ***الالتزامات في التشريع الليبي*** ، مصادر الالتزام ، منشورات جامعة الزاوية ، سنة 2008 ،ص 355 .

[368] . طعن مدني رقم 40/21 ق ، بتاريخ 1995/4/17 - مجلة المحكمة العليا ، س 30 ، ع 2،ط3، ص 202 .

ويفهم مما تقدم : أنه إذا زاد الضرر عن قيمة التعويض المتفق عليه وأثبت الدائن أن المدين ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً فإنه في هذه الحالة للقاضي أن يزيد من مقدار التعويض حتى يصبح معادلاً للضرر الذي وقع ولكن إذا كان الغش أو الخطأ الجسيم لم يصدر من المدين شخصياً ، بل وقع من أحد الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه فإنه لا يجوز للقاضي زيادة التعويض حتى لو جاوز الضرر المبلغ المتفق عليه .

المطلب الثالث : تدخل القاضي لتعديل مقدار الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.

لم يتطرق الفقهاء لمدى امكانية تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي كما هو موجود في القوانين الوضعية ، ومن فعل فلم يزد عن ما ذكره فقهاء القانون كما فعل الدكتور الصديق لأمين الضرير فقد ذكر مدى إمكانية تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي في بحثه المقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشر وكان ذلك فيما لا يتجاوز صفحة واحدة وبشكل مختصر ، في حين لم يتطرق غيره من المتقدمين ببحوث لذات الدورة لمسألة تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي .

أما سلطة القاضي في تعديل العقد أو إنهائه في الشريعة الإسلامية ، فإنها رغم عدم اهتمام الفقهاء بدراستها ، وشح الدراسات المباشرة المتعلقة بها ، إلا إننا نستشف من دراستنا لأحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية وغيرها ، أن للقاضي سلطة واسعة في هذا المجال .

أولاً : سلطة القاضي في تعديل مقدار التعويض .

الأصل أن سلطة التعاقد محترمة ما دامت لا تنافي الأصول ، فإذا تعاقد اثنان على أمر ما ، فواجب كل منهما التزام موجب هذا العقد في جانبه ، والأصل في القاضي احترام إرادتهما ، وتمثل إرادتهما التي يجري حولها البحث ها هنا فيما قدراه من شرط جزائي مقابل الضرر المفترض حين يقع الأخلال بتنفيذ العقد ، فالأصل إبقاء التعويض ومقداره على ما اتفق عليه أثناء إبرام العقد ، حيث تنص القاعدة الفقهية على أنه " يلزم مراعاة الشروط قدر الإمكان " يقول الكساني " الأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن [369].

بالرجوع إلى القرار رقم : 109 (3 /12) بشأن موضوع الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي ، نجد يقرر في البند السابع منه بأنه " يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك أو كان مبالغاً فيه [370].

وورد في القرار : (25) بتاريخ (1394/8/12 هـ) الصادر عن هيئة كبار العلماء في السعودية بشأن الشرط الجزائي ما يلي : " وإذا كان الشرط الجزائي كثيرا عرفا بحيث يراد به التهديد المالي ويكون بعيدا عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو الحق من ضرر ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة [371].

---

[369] . الكساني ، ***بائع الصنائع*** ، دار الكتب العلمية – ط2 ، ج6 ، سنة 1406هـ – 1986م ، ص 98 .

[370] . ***مجلة الفقه الإسلامي*** ، الدورة الثانية عشرة ، ج 2 ، 670 .

[371] . ***قرارات الهيئة كبار العلماء*** ، السعودية ، : (25) بتاريخ (1394/8/12 هـ) .

إن تدخل القاضي الشرط الجزائي يحتمل تخفيض الشرط إذا كان مبالغاً فيه وكثير جداً ، كما يحتمل زيادته إذا كان ضئيلاً ، وبالرجوع إلى القرارين السابقين نلاحظ :

- أنهما يمنحان القاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي صراحة ، حيث ورد لفظ (مبالغا فيه ...كثيراً) ، وسلطة القاضي في تعديل قيمة الشرط الجزائي ، يجب أن تنحصر في ما إذا كان التفاوت كبير بين قيمة الضرر وقيمة التعويض المقابل والمفترض في المتعاقدين ألا ينسيا احتمال التفاوت فيما بين الضرر والتعويض إذا لا يمكن تقديره متساويا أصلا وهذا التساوي لم يطلبه أول نص فقهي أصل للشرط الجزائي ، وهو ما رواه البخاري عن شريح القاضي قال رجل لكربه : أدخل ركابك ، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا ، فلك مائة درهم ، فلم يخرج ، فقال شريح " من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه " [372]، فالقاضي شريح حكم بالشرط الجزائي دون أن يتطرق لمسألة ما إذا كان تقدير التعويض مبالغا فيه أم لا ، فالمساواة ليست لازمة ، بل الواجب ألا يكون التفاوت بين قيمة الضرر وقيمة التعويض كبيرة .

ومع ذلك فربما يصح أن يقال : إن هذا التفاوت الكبير ذاته ممكن الجواز لأجل أن شريحا لم يسأل عنه أيضا ، وفي تقديري أن شريحا يعلم أن مثل هذا المبلغ لا يتفاوت تفاوتا كبيراً مقابل الضرر الذي وقع عليه ، لأنه يعيش تلك البلد التي وقع فيها مثل ذلك الإخلال ، وهو قاض فيها مع ما يفترض بالقاضي من معرفة بواقع الناس ، فلا بد أن يكون عارفاً أن المائة درهم لا تتفاوت كثيراً مع حجم الضرر الواقع .

---

[372] . صحيح البخاري ، ***الجامع الصحيح المختصر***، دار ابن كثير ، اليمامة – بيروت ،الطبعة الثالثة ، 1407 – 1987 ، ج2 ، ص981 .

أما ما يتعلق بمسألة زيادة الشرط الجزائي ، فقرار مجمع الفقه الإسلامي فيه ما يدل على ذلك باعتبار لفظ التعديل جاء عاما ، لم يحدد حالة التخفيض أو الزيادة لذا أرى أنه يشملهما معا ، أما قرار هيئة كبار العلماء السعودية فإنه التزم الصمت بشأن الزيادة فلم يشير إليها لا صراحة ولا ضمنا .

ورأى أن القرار المشار إليه لا يمتنع الشرط الجزائي إذا كان يسير لا يتناسب مع الضرر الذي حل بالمتضرر ، والدليل على ذلك ما يلي :

- أن القرار احتكم إلى مبادئ العدل والإنصاف التي تأبى أن يلحق ضرر بأحد المتعاقدين
- أنه ترك أمر التقدير للقاضي عن طريق الاستعانة بأهل الخبرة والنظر .

وبناء على ما سبق فإن للقاضي في إطار الفقه الإسلامي سلطة واسعة في تعديل الشرط الجزائي أو إنهائه ، هذه السلطة تتسع لتشمل كل الحالات التي أخذت بها التقنينات المدنية الحديثة بشأن تعديل الشرط الجزائي ، فالقاضي يقوم بتخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه ، والزيادة فيه إذا كان يسير لا يتناسب مع حجم الضرر الحادث ، أما إذا كان الشرط قد دخل دائرة الفساد أم البطلان أو أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر من جراء عدم التنفيذ ، فإن من حق القاضي أن يقوم بإلغاء الشرط الجزائي واعتباره كأن لم يكن وإعفاء المدين منه نهائيا .

ثانياً : سلطة القاضي في منح الميسرة في الفقه الإسلامي .

يعتبر مبدأ انتظار المدين المعسر إلى أن يؤسر في الفقه الإسلامي مبدأ إنسانيا ودعامة مهمة من دعائم التشريع الإسلامي ، فهو يمثل جانب الرأفة والرحمة بالناس والتيسير عليهم ودفع الحرج عنهم .

ومصطلح " نظرة الميسرة " المتداول عند القانونيين مأخوذ من الفقه الإسلامي حيث جاءت التسمية في قولة تعالى ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ [373] ، والمقصود بالعسرة ضيق الحال من جهة المال ، أما النظرة فهي التأخير ، ومن ذلك أنظرتك الدين ، أي أخرتك ، وأما الميسرة مصدر ، بمعنى : اليسر ووفرة المال [374]

يقول الامام ابن كثير في تفسي هذه الآية " يأمر تعالى بالصبر على المعسر الذي لا يجد وفاء ، فقال : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ لا كما كان أهل الجاهلية يقول أحدهم لمدينة إذا حل عليه الدين : إما أن تقضي وإما أن تربي ،... ثم يندب إلى الوضع عنه ، ويعد على ذلك الخير والثواب الجزيل " [375]

وفي السنة النبوية نجد العديد من الأحاديث الثابتة عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) التي تحض على منح نظرة الميسرة للمدين حتى يتبين يساره منها :

- قوله (صلى الله عليه وسلم) : " من أنظر معسراً كان له بكل يوم صدقة " [376]
- وقوله : " من سره أن ينجيه الله من كرب يوم القيامة فليتنفس عن معسراً أو يضع عنه "

---

[373] . سورة البقرة الآية 280 .

[374] . القرطبي ، ***الجامع لأحكام القرآن*** ،عالم الكتب – الرياض – المملكة العربية السعودية ن سنة 1423 هـ / 2003 م ، ص 374 .

[375] . ا سماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي أبو الفداء عماد الدين ، تفسير أبن كثير ، دار طيبة ، سنة 1420 هـ – 1999 م ، ص 717 .

[376] . أبو إسحاق أحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي النيسابوري ، ***الكشف والبيان*** ، دار إحياء التراث العربي – بيروت – لبنان ، ط1 ، ج 2 ، سنة 1422 هـ – 2002 م ، ص 288 .

- وقوله (صلى الله عليه وسلم) : " من أنظر معسراً أو وضع عنه أظله الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله " [377]

وكان أبو بكر وعمر (رضي الله عنهما) يستحلفان المعسر الذي لا يعلم له مال على عدم وجود ما يقضي به دينه لا من قرض ولا من عرض ، ثم يخليانه ليسعى في الأرض طلباً للرزق ، وانتظار للميسرة

- وروي عن الإمام علي (رضي الله عنه) أنه كان يقول " إذا حبس القاضي رجلا في دين ثم تبين له إفلاسه وحاجته أخرجه حتى يستقيد مالا ، ثم يقول مالا فالقسمة بين غرمائك "
- وبالنظر في هذه الأدلة الثابتة بكتاب الله وسنة رسوله وأقوال الصحابة ، يمكن القول أن الفقه الإسلامي يتميز بخاصية التسامح في الاستيفاء والأداء ، حيث أن الأصل أن يكون استيفاء كاملاً ، لكن الشارع ندب صاحب الحق إلى عدم استيفاء حقه كله أو بعضه تسامحاً واحسانا وإيثارا ، وبخاصة إذا كان المكلف أو المدين في ضائقة ، وأن المدين المعسر يمنح نظرة الميسرة التي حبب أليها الشارع الإسلامي وحض عليها ، ويستوي أن يكون الدين ربويا أو أي دين ناشئ عن معاملات أخرى ، ولا بد أن يكون المدين معسراً أي لا مال له ، فإن كان ذا مال أجبر على الوفاء وواجب ولي الأمر حاكما كان أو قاضيا أن يرفع الظلم ويجبر المدين على الوفاء [378].

---

[377] . محي السنة ، ***معالم التنزيل*** ، دار طيبة للنشر والتوزيع ، ط4 ، ج1 ،1417 هـ - 1997 م ، ص 364 ..

[378] . وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر سورية - دمشق ، ج4 ، ص 38.

جدول رقم (2) لبيان سلطة القاضي في تعديل قيمة الشرط الجزائي في كل من القانون المدني الليبي ، والشريعة الإسلامية ، ورأي الباحث .

من حيث	القانون الليبي	الشريعة الإسلامية	رأي الباحث
سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي	نص المشرع الليبي صراحة في المادة 228مدني علي أنه (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة الا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما).	ينص القرار رقم : 109 (3 /12) بشأن موضوع الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي ، نجد يقرر في البند السابع منه بأنه " يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك أو كان مبالغاً فيه .	: أن تدخل القاضي لتعديل قيمة الشرط الجزائي في حال المبالغة فيه لا مبرر له بل إن المبالغة في رفع قيمة التعويض غالباً ما يحقق فائدة وضامن للدائن حتى إذا حاول المدين العدول أو الإخلال بالتزامه فهو يعلم مقدار التعويض الذي يجب عليه دفعه في حال اخلاله بتنفيذ التزامه. الاحرى بالمشرع أن ينص ايضا عند الحديث عن تخفيض قيمة الشط الجزائي " إذا قل الضرر عن قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للمدين المطالبة بأقل من هذه القيمة الا إذا اثبت أن المدين قد أرتكب غشاً أو خطأ جسيما " كما فعل في الحديث عن زيادة قيمة الشرط الجزائي

المصدر : إعداد الباحث .

المبحث الثالث : أثر الشرط الجزائي على المتعاقدين في القانون الليبي .

يجد الشرط الجزائي تطبيقه الواسع في الالتزامات التي تنشأ عن التصرفات القانونية في اطار العقود ، وخاصة ما كان منها على درجة من الأهمية ، فيتفق في عقد المقاولة مثلاً على أن يلتزم المقاول بدفع مبلغ معين من النقود إذا لم ينفذ التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه ، أو بدفع مبلغ معين عن كل فترة زمانية يوم أو اسبوع أو شهر ، مثلاً يتأخر فيه عن تسليم العمل ، كذلك قد يتفق في عقد الإيجار ، على مبلغ معين يدفعه المؤجر للمستأجر إذا لم يسلمه العين المؤجرة في وقت معن ، ولكن السؤال الذي يثار هنا هو هل يمكن إدراج الشرط الجزائي في كل من عقود المعاوضات، والعقود الادارية ، وعقود التبرعات، وعقود الإذعان ؟

المطلب الأول : أثر تطبيق الشرط الجزائي في القانون المدني الليبي .

ولذلك سوف يقسم هذا إلى فقرتين على التوالي ، تخصص الفقرة، الأولى : لدراسة الشرط الجزائي في عقود المعاوضات المالية ، والثانية : الشرط الجزائي في العقود الادارية والثالثة : الشرط الجزائي في عقود التبرعات ، والرابعة : الشرط الجزائي في عقود الإذعان.

أولاً: الشرط الجزائي في عقود المعاوضات المالية :

عقد المعاوضة يقصد به العقد الذي يتناول فيه الطرفان المزايا الناشئة عن التعاقد فيأخذ كل طرف مقابلاً لما يعطي ، فيجوز أن يوضع الشرط الجزائي في لحظة الاتفاق على العقد أو أن يتم إنشاء اتفاق خاص به بعد العقد ، ففي عقود المعاوضات المالية يعرف فيه كل متعاقد مقدار ما هو ملتزم به وما هو مستحق له ، بصرف النظر عن

تعادل القيمتين أو تفاوتهما ، فكل متعاقد يعلم سلفاً نطاق الالتزام الملقى على عاتق الطرف الآخر [379] .

وصور الشرط الجزائي عديدة في مجال عقود المعاوضات وأبرزها في عقود البيع بالآجل لحمل المشتري على دفع الثمن في الآجل المتفق عليه كوسيلة فنية لضمان تنفيذ هذه العقود [380]كذلك في عقود الايجار قد يتفق المؤجر والمستأجر على إدراج شرط جزائي يقضي بالزام المستأجر أن يدفع للمؤجر مبلغاً نقدياً معيناً عن كل وحدة زمنية يتأخر فيها عن إخلاء العين وفقاً للقواعد القانونية السارية ، أو يقضي بإلزام المؤجر بأن يدفع للمستأجر مبلغاً نقدياً معيناً إذا لم يسلم العين المؤجرة في الموعد المتفق عليه ، أو إذا تأخر في هذا التسليم عن مدة زمنية معينة ، وأيضا يدرج الشرط الجزائي في عقد العمل محدد المدة ، ويكون ذلك في حالة خشية الطرفين من قيام أحدهما بإنهاء عقد العمل المبرم بينهما في وقت غير مناسب ، فيشترط صاحب العمل على العامل بأن لا ينهي العقد إلا بعد انقضاء مدة معينة يتفقان عليها ، بحيث أنه إذا انهى العامل خلال المدة وقبل أن تنقضي كلية ، فإنه يلزم بدفع مبلغ جزائي لصاحب العمل فضلاً عن مصاريف ابرام عقد العمل نفسه فالشرط الجزائي في هذه الحالة يكون أداة لضمان عدم قيام العامل بإنهاء العقد خلال المدة المتفق عليها والتي يقدر صاحب العمل أنها كافية لتحقيق هدفه من إبرام العقد وتدبر أموره ، ومنها على سبيل المثال توفير عامل أخر بدلاً من العامل الأول ، فيما لو رغب هذا الأخير في انهاء العقد [381] .

---

[379] . مصطفى مصباح سليبك ، ***الالتزامات في التشريع الليبي*** ، مصادر الالتزام ، منشورات جامعة الزاوية ، سنة 2008 ، ص 43.

[380] . حسني محمد جاد الرب ، ***التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام*** ، دار الفكر الجامعي – الاسكندرية مصر ، سنة 2013 ، ص 126 .

[381] . محمد شتا أبو سعد ، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية ، ص117 .

وفي عقد النقل كثيراً ما يتضمن مستند الشحن تحديد مبلغ معين كتعويض في حالة ما إذا تخلف الشاحن عن تنفيذ الالتزام بتسليم البضائع في الزمان والمكان المتفق عليهما أو تأخر في تسليمها وفي عقد المقاولة إذا أخل المقاول بالتزامه وخالف الشرط الجزائي المتفق عليه فإن لصاحب العمل أن يطلب تطبيق أحكام الشرط الجزائي بمقدار ما تحقق من ضرر بشرط أن يسبقه بإنذار [382] .

ومن صور المبالغة ما ورد في حكم المحكمة العليا الليبية ، من أن شخصاً اشترى آلة ثقيلة بمبلغ 13000 ألف دينار من شركة ، ولم يتسلم البائعة الآلة في الميعاد فاتفق المتبايعان على أن الشركة البائعة تدفع مبلغ 100 دينار عن كل يوم تأخر في التسليم وفعلاً الشركة لم تسلم الآلة إلا بعد أكثر من ستة أشهر فيكون مجموع التعويض عن التأخر في تنفيذ الالتزام هو 180 يوم × 100 دينار أي 18000 دينار ، وقضت في الموضوع بتسليم الآلة ودفع المبلغ فطعنت الشركة البائعة في هذا الحكم ونقضت المحكمة العليا هذا الحكم لأن الشرط الجزائي مبالغاً فيه .

ثانياً : الشرط الجزائي في العقود الإدارية :

العقد الإداري ، هو عقد يبرمه شخص معنوي عام مع طرف أخر بقصد تنظيم مرفق عام أو تسييره مستخدماً في ذلك وسائل القانون العام [383] وقيل هو عقد يرتبط به شخص من أشخاص النظام العام سواء كان موظفاً مسؤولا أو مديراً عاماً ويخضع

---

[382] . حسني محمد جاد الرب ، ***التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام*** ، دار الفكر الجامعي – الاسكندرية مصر ، سنة 2013 ، ص 126 .

[383] . محمد عبدالعزيز بن سعد اليمني ، ***الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة*** ، رسالة دكتوراه ، جامعة الملك سعود ، المملكة العربية السعودية ، سنة 1425- 2426 هـ ، ص 330 .

لنظام قانوني خاص تسوده مقتضيات المرفق العام بموجب الشروط والقوانين الممنوحة لمثل هذه الحالات الارتباطية [384] .

أما القضاء الاداري الليبي فقد ساير غيره من القوانين العربية فهذه دائرة القضاء الإداري بمحكمة بنغازي تقرر بأنه "وحيث أن العقد يعتبر ادارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً عاماً و ومتصلا بمرفق عام ومتضمنا شروط غير مألوفة في القانون الخاص "[385]

كما تقضي المحكمة العليا في ليبيا على أنه " أن يكون أحد المتعاقدين فيه الحكومة أو أي شخص معنوي آخر من أشخاص القانون العام ، وأن يكون متعلقا بتسيير مرفق عام ومتضمنا شروطا غير مألوفة في القانون الخاص " [386] .

التعويض في العقود الإدارية يحمل صفة خاصة تختلف تماماً عن العقود المدنية ولذلك يطلق عليه في هذه العقود بالغرامات التأخيرية ، والغرامة التأخيرية هي بمثابة الاجراءات الجزائية التي تتخذها الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية الناشئة عن العقد وأيا كان شكل هذا الإخلال سواء أتخذ صيغة عدم التنفيذ أو تأخير في التنفيذ عن الموعد المحدد أو كان التنفيذ غير مرض لجهة الإدارة المتعاقدة [387] .

ويدرج الشرط الجزائي في العقود الإدارية ، بل تكاد لا تخلو منه هذه العقود من احتوائها على شروط جزائية ، لضمان تنفيذها في المواعيد المحددة لها ، ومن هذه العقود

---

[384] . ***المصطلحات الفقهية والقانونية لجرجس*** ، منقول من محمد عبدالعزيز بن سعد اليمني ، ***الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة*** ، رسالة دكتوراه ، جامعة الملك سعود ، المملكة العربية السعودية ، سنة 1425- 2426 هـ ، ص330 .

[385] . الحكم الصادر في الدوة رقم 17 لسنة 25 – جلسة 24 / 6 / 1974 .

[386] . ***حكم المحكمة العليا الليبية*** _ جلسة 20 / 6 / 1971 ف .

[387] . هشام ابراهيم توفيق ، ***الشرط الجزائي بين الفقه والقانون*** ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، طبعة 2011 ، ص 138 .

الإدارية التي ينتشر استخدام الشرط الجزائي فيها ، عقد الأشغال العامة ، وعقد التوريد الإداري ، وعقد القرض أيضاً ولقد بينت لائحة العقود الإدارية الليبية رقم 563 لسنة 2007 في المادة 3 منها على مجموعة من العقود ، وأصبغت عليها صيغة العقود الإدارية ، وهي عقود مقاولات الأشغال العامة ، وعقود التوريد والتركيب وعقود الصيانة والتشغيل للمشروعات والمرافق العامة ، وعقود الإدارة بمختلف أنواعها للمرافق العامة والمنشآت الصناعية ، أو السياحية وغيرها وعقود بيع الأشياء التي تقرر الاستغناء عنها وعقود استخدام المكاتب الاستشارية وعقود تنفيذ المشروعات غير الممولة من الميزانية العامة ، فعلى سبيل المثال ، الإدارة تدرج الشرط الجزائي في عقود امتياز المرافق العامة وهي عقود ادارية ، يتولى الملتزم فيها وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد التي تضبط سير المرافق العامة فضلاً عن الشروط التي تدرجها الادارة في عقد الامتياز ، فإن تضمن العقد بنداً يلزم المتعاقد مع الإدارة بمباشرة العمل بنفسه ، وعدم تحويله لشخص آخر تحت جزاء مادي وجب عليه احترامه [388] .

ويتعين التنويه في هذا الصدد إلى أن سلطة الادارة المتعاقدة في توقيع الغرامات التأخيرية على المتعاقد معها ليست مطلقة وإنما هي مقننة بضوابط قانونية يتعين عليها إلا تتعسف بها وإلا انحرفت بالسلطة ، وتتمثل هذه الضوابط عموماً في ضرورة الإعذار قبل التنفيذ ، وإضافة إنها تمارس سلطتها المتقدمة تحت رقابة القضاء الذي وان كان لا

[388] . ***لائحة العقود الادارية الليبية*** ، رقم 563 لسنة 2007 .

يستطيع في اغلب الاحيان الغاء الجزاء الا انه يملك التعويض إذا استبان له التعسف في استعمال السلطة من الادارة المتعاقدة [389] .

وعلى سبيل المثال نجد في العقد المبرم لذى الشركة العامة لنقل وتوزيع الغاز ، بشأن تنفيذ مشروع المرحلة الأولى من شبكات الضغط المتوسط للغاز الطبيعي لمدينة طرابلس حيث نصت المادة 28 منه على غرامات التأخير ألزمت فيها الطرف الثاني إذا ما تأخر عن موعد انجاز العمل المتفق على إنجازه خلال مدة معينة ، بدفع (0.1 %) عن كل يوم تأخير من قيمة الأعمال المتأخرة ، إذا كانت هذه الأعمال لا تمنع من الاستفادة من الأعمال المنجزة ، وأيضا يلتزم الطرف الثاني بدفع (0.1 %) عن كل يوم تأخر من القيمة الإجمالية للعقد ، وذلك إذا كانت هذه الأعمال المتأخرة تمنع الانتفاع بما تم إنجازه من العمل [390] .

ثالثاً : الشرط الجزائي في عقود التبرعات :

هو الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما يعطيه، ولا يعطي فيه المتعاقد الأخر مقابلا لما يأخذه. فهو عقد يتم في غياب تقابل عوضين. وعقود التبرع كثيرة. كالعارية والهبة والقرض بدون فائدة.

يمكن للموصي أو الواهب أن يقرن وصيته أو هبته بأعباء أو التزامات تثقل كاهل المستفيد من هذه التصرفات المجانية ، ولا نزاع في أن إدراج شرط جزائي بمثل هذه التصرفات يعد وسيلة فعالة لغرض احترامها وكفالة تنفيذها .

---

[389] . محمد عبدالله الحراري، ***أصول القانون الإداري الليبي*** ، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس ، ج3، سنة 2003 ، ص 233 ، .

[390] . محمد الجيلاني البدوي الأزهري ، ***قانون النشاط الاقتصادي المبادئ والقواعد العامة*** ، المركز القومي للبحوث والدراسات العامة ، ط2 ، ج1 ، سنة 1999 ، 108 -109 .

كما يستخدم الشرط الجزائي : ليضمن المتبرع عدم قيام المستفيد من تبرعه بالمنازعة في ها التبرع أمام القضاء والمطالبة بإبطاله قاصداً أي المتبرع من وزراء ذلك حماية مصلحة لمستفيد آخر من هذا التصرف يتقدم على من يثقله الشرط الجزائي .

والشرط الجزائي في هذه العقود قد يكون بحرمان الموصي له أو الموهوب له من جميع الاموال الموصي بها أو الموهوبة أو قسم منها .

رابعاً : الشرط الجزائي في عقود الاذعان :

لا يتقدم المتعاقدان على إبرام عقدهما في الغالب إلا بعد مناقشات ومفاوضات حتى يتحدد أمامهما مضمون العقد وقوامه ، ثم يتم بعد ذلك إبرام العقد بينهما ، وإذا كان ذلك هو الأمر الغالب ، فإن هناك نمطاً من العقود لا يتمتع فيها أحد المتعاقدين بحق مناقشة الشروط والبنود التي يضعها المتعاقد الاخر ، والعلة في ذلك أن هذا المتعاقد يتمتع بقدر من القوة الاقتصادية تؤهله لفرض شروطه على من يتعاقد معه ، ورفض أية مناقشة أو مفاوضة في تلك الشروط [391] .

والاختلال في القوة ، وكذلك الاختلاف في المراكز بين الطرفين أدى إلى فرض الطرف القوي شروطه على الطرف الضعيف ، وذلك تحقيقا لمصلحته وكذلك الارادة موقعة وانتاج ما يقوم باحتكار انتاجه احتكارا قانونيا أو فعليا ، وتأسيسا على ذلك اصبح دور الطرف الضعيف ينحصر في قبول العقد بكامل شروطه دون مناقشة أو مفاوضة في أي من تلك الشروط فهو من قبيل التسليم بما ورد في العقد أو رفضه برمته[392] .

---

[391] . هشام ابراهيم توفيق ، ***الشرط الجزائي بين الفقه والقانون*** ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، طبعة 2011 ، ص 127 .

[392] . راقية عبدالجبار ، ***سلطة القاضي في تعديل العقد*** ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون جامعة بغداد ، سنة 2002 ، ص 108 .

وتجدر الاشارة إلى أن القوانين المقارنة لا تتضمن تعريفا لهذه العقود ، لذلك فقد اتجه الفقه إلى اعطاء تعريفات لها ويلاحظ أن معظم التعريفات تدور حول فكرة واحدة وقوامها " أنها عقود يستقبل فيها أحد الطرفين بوضع شروط التعاقد مقدماً في صيغة مفصلة على شكل (مشروع عقد) ويضم إلى هذا المشروع كل من يريد التعامل مع الطرف الأول [393] .

وتنص المادة 100 من القانون المدني الليبي على أنه " القبول في عقود الاذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها " [394] .

لا تختلف عقود الإذعان عن العقود الأخرى إلا من حيث أنها تتضمن طرفين يتمتع احدهما دون الآخر بقدر كبير من القوة الاقتصادية ، ومن هذا المنطلق فإن هذا النوع من العقود يحتوي كسائر العقود الأخرى على تعويض اتفاقي أو شرط جزائي [395].

وتجدر الإشارة إلى أن التعويض الاتفاقي في هذه العقود يتخذ صيغة شرط جزائي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه ، ويتم النص على كل من هاتين الصيغتين لمصلحة الدائن ، ومثال الأول : ما تحدده شركات الطيران والسك الحديدية وشركات النقل من مبلغ معين تدفعه المصلحة أو الشركة المتعاقدة في حالة فقد أو ضياع أو تلف طرد التزمت بنقله ، ومثاله الثاني : نجده في المقاولات والتوريدات ، حيث يتم النص في تلك العقود على التزام المقاول أو المورد بدفع مبلغ معين من النقود عن كل فترة زمنية معينة يتأخر فيها عن اتمام التزامه [396] .

---

[393] . راقية عبدالجبار ، ***سلطة القاضي في تعديل العقد*** ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون جامعة بغداد ، سنة 2002 ، ص 109 .

[394] . القانون المدني الليبي .

[395] . مصطفى مصباح سليبك ، ***الالتزامات في التشريع الليبي*** ، مصادر الالتزام ، منشورات جامعة الزاوية ، سنة 2008 ص133

[396] . نبيل ابراهيم سعد ، ***احكام الالتزام*** ، دار احياء المعرفة الجامعية ، الاسكندرية ، ج 2 ، ص 67 .

خامساً : الشرط الجزائي في العمل غير المشروع :

نصت المادة 166 من القانون المدني على أنه "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلتزم من ارتكبه بالتعويض " ونصت المادة 167/ 1 بأنه ((يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير مشروعة متى صدرت منه وهو مميز)) فالمادة 166 المشار إليها عبرت على أن كل شخص يرتكب خطأ ويترتب عليه ضرراً للآخر يلتزم بتعويضه عن الضرر الذي ينتج عن الخطأ وعبرت المادة 1/167 مدني عن المقصود بالخطأ بأنه عمل غير مشروع عندما ذكرت بأن الشخص لا يكون مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة إذا كان غير مميز فالعمل غير المشروع يسأل عنه الشخص مسؤولية تقصيرية ، فيجب أن يصدر عنه خطأ يترتب عليه ضرر ، وأن تتحقق علاقة السببية بين الخطأ والضرر [397] .

لقد تباينت الآراء الفقهية بين من أجاز أن يطال نطاق الشرط الجزائي العمل غير المشروع ، ومن حصر إدراج الشرط الجزائي في المسؤولية التعاقدية دون التقصيرية لذلك سنوضح آراء الفقهاء بالخصوص .

– الآراء الفقهية .

الرأى السائد في فرنسا هو أن نطاق الشرط الجزائي محصور في المسؤولية التعاقدية وأن هذا الشرط لا يمكن ادراجه في المجال التقصيري لأن المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي التي ترتدي طابع النظام العام تمنع أن يكون التعويض في المسؤولية التقصيرية غير تماماً على الضرر الواقع فعلاً [398]، إلا أن بعض الفقهاء في فرنسا يعتبر أنه يمكن أن تحدد البنود الجزئية مبلغاً مقطوعاً للتعويض عن ضرر ناجم عن خطأ تقصيري ، أو

---

[397] . ***القانون لمدني الليبي*** .

[398] . محمد مرعي مصعب ، ***البند الجزائي*** ، دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، سنة 2006 ، ص86

التعويض عن ضرر مسبب عن خطأ تعاقدي على حد سواء وبالرغم من إقرار هؤلاء بأن الشرط الجزائي نادر الاستعمال في إطار المسؤولية التقصيرية ، كأن يقوم أحد الأشخاص بتحديد مدى الأضرار التقصيرية التي يمكن أن تصدر عنه بصورة اتفاقية دون أن يكون له الحق بإلغاء مسؤوليته أو إنقاصها ، ويستند الآخذون بهذا الرأى إلى فكرة التقارب الذي يجرونه بين البنود التي تحد من المسؤولية والشرط الجزائي فإنكارهم لطابع النظام العام للمادة 1382 من القانون المدني الفرنسي يحدو بهم على اعتبار أنه بالإمكان تعديل المسؤولية التقصيرية ، وحتى الغائها تعاقداً باستثناء بعض الحالات ويستخلصون من ذلك أن المسؤولية التقصيرية يمكن أيضاً أن تحدد اتفاقاً بشرط جزائي [399] ، ويرى فقهاء القانون المدني العرب منهم ، أنه قد يرد الشرط الجزائي في ميدان المسؤولية التقصيرية الناشئة عن العمل غير المشروع ، كأن يتفق صاحب مصنع مع جيرانه على مقدار التعويض عن الضرر الذي يصيبهم مستقبلاً من الدخان المتصاعد من مداخن المصنع ، أو من الضجة الناتجة عن آلاته وكذلك كأن يتفق على تعويض اتفاقي في حالة الإخلال بوعد الزواج ، إذا الإخلال بهذا الوعد يترتب عليه مسؤولية تقصيرية لا عقدية وكذلك الشرط الجزائي الذي يتفق عليه في حالة إبطال ملك الغير يعتبر تقدير التعويض عن المسؤولية عملاً غير مشروع [400] .

ويرى الباحث: أن لا شيء يمنع من إدراج الشرط الجزائي في نطاق المسؤولية التقصيرية فعندما أجاز القانون المدني من خلال نص المادة 226 [401]، للمتعاقدين

---

[399] . ويضيف هؤلاء أن استعمال البنود الجزائية للحد من المسؤولية التقصيرية مرفوض وغير ممكن في الحالات الشادة التي يكون هذا الحد محظوراً فيها ، كالخطأ المقصود أو الجسيم ، والضرر الاحق بالأشخاص .

[400] . عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص 851 .

[401] . نصت على أنه ((يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق)).

الاتفاق المسبق على تحديد مقدار التعويض قبل تحقق الضرر بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق على العقد ، فهو تكلم عن الشرط الجزائي كتعويض يحدد في حالة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه دون أن يحدد مصدر الالتزام الذي يوضع الشرط الجزائي بسببه كذلك حدد المشرع في القانون المدني مصادر الالتزامات في العقد والإرادة المنفردة ، والعمل غير المشروع ، والإثراء بلا سبب ، والقانون في نصوص متفرقة ، فمثلما تنشأ الالتزامات عن العقد تنشأ الأعمال الغير مشروعة ((المسؤولية التقصيرية)) .

وطالما أن الشرط الجزائي وجد لغرض تعويض الدائن عن الضرر الذي أصابه من جراء امتناع المدين عن تنفيذ التزامه أو التأخر فيه ، وأن المشرع لم يحصر الالتزام الوارد ذكره في نص المادة 226 بالالتزام التعاقدي حيث يمكن القول بجواز إعمال الشرط الجزائي في حالات المسؤولية التقصيرية والمتمثلة في العمل غير المشروع ، لذلك فإنه يمكن ربط نص المادة 226 مدني بنص المادة 166 [402]لوحدة العلة بينهما والغاية بينهما فإنه يفترض اعتبار نطاق الشرط الجزائي يشمل المسؤولية العقدية والتقصيرية في ذات الوقت .

المطلب الثاني: أثر تطبيق الشرط الجزائي في نطاق العقود وفق أحكام الشريعة الإسلامية

أولاً : الشرط الجزائي في عقد الاستصناع .

- **عقد الاستصناع لغة واصطلاحاً:**

[402] . مصطفى مصباح سليبك ، ***الالتزامات في التشريع الليبي*** ، مصادر الالتزام ، منشورات جامعة الزاوية ، سنة 2008 ، ص 337 .

الاستصناع لغة عائد إلى الأصل صنع ، (وهو كل عمل الشيء صنعاً ، وامرأة صناع ورجل صناع ، إذا كانا حاذقين فيما يصنعانه) [403] .

جاء في معجم مقاييس اللغة لابن فراس (والصنيعة : ما اصطنعته من خير والتصنيع : حسن السمت ، وفرس صنيع : صنعه أهله بحسن القيام عليه ، والمصانع : ما يصنع من بئر وغيرها للسقي) [404] .

وفي لسان العرب : (ويقال اصطنع فلان خاتما ، إذا سأل رجلا أن يصنع له خاتماً واصطنع الشيء ، دعا إلى صنعه) [405] .

اصطلاحاً عرف بتعريفات كثيرة منها :

عقد على عمل مخصوص في عين مخصوصة [406]، عقد وارد على العمل والعين في الذمة[407]

وبهذا يتضح أنه عقد مستقل محله العمل والعين .

وقد جاء في تصوير الاستصناع ما يلى (أما صورة الاستصناع فهي أن يقول إنسان لصانع من خفاف ، أو صفار ، أو غيرهما اعمل لي خفاً أو آنية من أديم ، أو من نحاس من عندك بثمن كذا يبين نوع ما يعمل وقدره وصفته فيقول الصانع نعم) وهذه أمثلة للاستصناع قديماً ، أما الآن فقد اتسعت دائرة الاستصناع بحيث شملت كل

---

[403] . ابن فراس ، ***مقاييس اللغة*** ، ط الحلبي ،ج 3 ، سنة 1369 هـ ، ص313 .

[404] . ابن فراس ، ***مقاييس اللغة*** ، ط الحلبي ،ج 3 ، سنة 1369 هـ ، ص313.

[405] . ابن منظور. ***لسان العرب*** ، دار صادر ،بيروت ، ج4، سنة 1956 م ، ص 2508 .

[406] . ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين على الدر المختار**، ط المطبعة الكبرى ،ج 4 ، سنة 1325 هـ ، ص212 .

[407] . ***مجلة مجمع الفقه الإسلامي*** ، العدد السابع ،ج2 ، سنة 1992 ، ص 223 .

الصناعات الخفيفة ، والثقيلة ، والمتوسطة ، والبرية كالمعدات ، والبحرية كالسفن والجوية كالطائرات بل والفضائية كالأقمار الصناعية ونحوها [408] .

أصدر مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7 إلى 12 ذو القعدة 1412 هـ ، 9 – 14 مايو 1992 م القرار رقم 7/3/67 بشأن عقد الاستصناع ، **وقد جاء فيه** [409] :

4- يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطا جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة .

عقد الاستصناع هذا يقابل عقد المقاولة في القوانين الوضعية عندما تكون المادة والعمل من المقاول ، ويطابقه تماماً على الرأي القائل إن عقد الاستصناع عقد ملزم للطرفين ، وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي .

هذا القرار يجيز اشتراط الشرط الجزائي في عقد الاستصناع ، ويلزم المتعاقدين بتنفيذ ما اتفقا عليه ، ما لم تكن هناك ظروف قاهرة تمنع تنفيذ العقد .

ويرى الباحث : أن ما ذكره الشيخ الأمين الصديق الضرير هو الصواب والذي يجب أن يؤخذ به ، وهو أن القرار لم يفرق بين ما إذا كان الشرط الجزائي على الصانع إذا اخل بالتزامه ، أو على المستصنع إذا أخل بالتزامه في دفع الثمن في موعده والواجب

---

[408] . محمد بن عبدالعزيز بن سعد اليمني ، ***الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة*** ، رسالة دكتوراه ، جامعة الملك سعود ، السعودية سنة 1426/1425 ص 319

[409] . **قرارات مجلس مجمع الفقه الإسلامي** ، المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7 إلى 12 ذو القعدة 1412 هـ ، 9 – 14 مايو 1992 م ، 7 بشأن عقد الاستصناع ،

التفرقة بينهما ، لأن الشرط الجزائي يجوز اشتراطه على المستصنع لان اشتراطه علي المستصنع إذا تأخر في الدفع ربا محرم .

والعلة في ذلك أن اشتراط الشرط الجزائي على الصانع أمر جائز شرعاً ، أما اشتراطه على المستصنع فهو غير جائز ، ويعتبر ربا ، لأنه في هذه الحالة يعتبر دين في الدمة ، وهذا القصور الدي شاب قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي أنه لم يفرق بين ما إذا كان الشرط الجزائي مشترط على الصانع ، أو المستصنع .

ويستند الباحث هنا : على ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشر: يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينا، فإن هذا من الربا الصريح .

ثانياً : الشرط الجزائي في عقد التوريد :

التوريد لغة : مصدر ورد يورد ، يقال : ورد فلان ورداً إذا حضر ، وأورده غيره واستورده أي أحضره [410] واصطلاحاً :

عقد عين موصوفة في الذمة بثمن معلوم [411]، ووصف بأنه اتفاق يتعهد فيه أحد الطرفين بأن يسلم إلى الآخر سلعاً موصوفة مؤجلة دفعة واحدة أو على دفعات مقابل ثمن معين مؤجل كله أو بعضه ، أو معجل ، أو مقسط [412] .

---

[410] . ابن منظور. ***لسان العرب*** ، دار صادر ،بيروت ، ج3، سنة 1956 م ، ص457.

[411] . ***عقد التوريد*** لعبد الوهاب ابوسليمان ، منقول من رسالة محمد بن عبدالعزيز بن سعد اليمني ، ***الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة*** ، رسالة دكتوراه ، جامعة الملك سعود ، السعودية سنة 1426/1425 ، ص 324 .

[412] . ***قرارات الدورة الثانية عشر للمجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي***، العدد الثاني عشر ، الجزء الثاني ، 1421 هـ ، 2000 م .

حكم دخول الشرط الجزائي على عقد التوريد .

- **الشرط الجزائي على المستورد :**

هو أن يشترط مورد السلعة (البائع) على المستورد (المشتري) أنه في حالة تأخره في سداد الاقساط في وقتها مثلاً من قيمة السلعة في أوقاتها المحددة فإن عليه شرطاً جزائياً قدره كذا ، فهذا من باب الشرط الجزائي في الديون فاسد لأنه صريح [413].

وهنا لا يجوز ان يشترط الشرط الجزائي على المستورد لأنه في هذه الحالة يعتبر من العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها دينا ، وهو ربا محرم .

- **الشرط الجزائي على المورد :**

كما لو اشترط المستورد على مورده البضاعة أنه في حالة تأخره في تسليم البضاعة في وقتها المحدد فإن عليه شرطاً جزائياً عن كل يوم تأخير ، فجمهور العلماء على صحته والإلزام به [414].

وقد فصل الشيخ عبدالله المطلق في حكم الشرط الجزائي في عقد التوريد فذكر أن التعويض في الشرط الجزائي إن كان أكبر من الضرر فهو فاسد ولا يعمل به ويرجع في تقديره للقضاء الشرعي لأنه تهديد مالي ، ويخالف مقتضى قاعدة : الضرر لا يزال بالضرر ، وكذا يخالف حديث (لا ضرر ولا ضرار) ، وإن كان التعويض في الشرط

---

[413] . رفيق المصري ، عقد التوريد، البيع على الصفة ، ص4 .

[414] . محمد بن عبدالعزيز بن سعد اليمني ، ***الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة*** ، رسالة دكتوراه ، جامعة الملك سعود ، السعودية سنة 1426/1425 ، ص 326 .

الجزائي أقل من الضرر المتوقع فإنه لا يبرئ المشترط عليه من باقي التعويض ، أما إن كان التعويض مساوياً للضرر فهو صحيح [415] .

ويرى الباحث : أنه يختلف الأمر عند تطبيق الشرط الجزائي في اشتراطه على المستورد أو المورد ، فجائز اشتراطه على المورد ، وربا محرم اشتراطه على المستورد ، لأنه كما سبق ذكره يعتبر الالتزام الأصلي فيه دينا .

ثالثاً : الشرط الجزائي في عقد البيع بالتقسيط :

- **التقسيط لغة** : هو التقتير ، والأقتساط : الإقتساط . وتقسطوا الشيء بينهم : اقتسموه بالسوية ،[416] وقسط الشيء تقسيطا جعله أجزاء معلومة ، وقسط الدين تقسيطاً جعله أجزاء معلومة تؤدي في أوقات معينة [417] .
- **اصطلاحاً** : هو عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين على التأبيد ، أو مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تمليكاً وتملكاً [418] ، أو هو تمليك المال بمال بإيجاب وقبول عن تراض منهما[419]

أصدر مجلس مجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 23 شعبان 1410هـ 14 – 20 آذار (مارس) 1990 م رقم 35 / 6/2 بشأن البيع بالتقسيط جاء فيه [420]:

---

[415] . ***عقد التوريد لمطلق*** ، منقول من رسال محمد بن عبدالعزيز بن سعد اليمني ، ***الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة*** ، رسالة دكتوراه ، جامعة الملك سعود ، السعودية سنة 1426/1425 ، ص 326 .

[416] . علي بن محمد بن هلي الجرجاني ، ***كتاب التعريفات*** ، دارالكتب العربية ، بيروت ، سنة 2002 ، ص 45 .

[417] . الفيروز أبادي ، ***القاموس المحيط*** ، ج3 ، ص 393 .

[418] . سعدي أبي الحبيب ، ***القاموس الفقهي*** ، دار الفكر – دمشق ، سنة 2003 ، ص 44 .

[419] . الجصاص ، ***أحكام القرآن*** ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج1 ، 568 .

[420] . ***قرار مجلس مجمع الفقهي الإسلامي*** ، المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية ، سنة 1990، بشأن البيع بالتقسيط .

3- إذا تأخر المشتري المدين في دفع الاقساط عن الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين ، بشرط سابق أو بدون شرط ، لأن ذلك ربا محرم .

4-يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ماحل من الأقساط ، ومع ذلك لا يجوز شرعاً اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء .

هذا القرار يمنع اشتراط الشرط الجزائي في حالة تأخر المدين عن الأداء سواء أكان الدين قرض أم دين بيع ، لأن هذا ربا محرم .

و كذلك أصدر مجلس مجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 23 شعبان 1410هـ 14 – 20 آذار (مارس) 1990 م رقم 35 / 6/2 بشأن البيع بالتقسيط جاء فيه في الفقرة (4)[421]:

5-يجوز شرعاً أن يشترط البائع بالآجل حلول الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين عن أداء بعضها ، مادام المدين قد رضى بهذا الشرط عند التعاقد .

وجاء ايضاً في القرار رقم 66/ 7/2 بشأن البيع بالتقسيط الصادر في دورة المؤتمر السابع بجدة من 7 – 12 ذي القعدة 1412 هـ 9-14 مايو 1992 م ما يلي الفقرة (5 – 6) :

- يجوز اتفاق المتداينين على حلول سائر الاقساط عند امتناع المدين عن الوفاء بأي قسط من الاقساط المستحقة عليه ما لم يكن معسراً .

[421] . ***قرار مجلس مجمع الفقهي الإسلامي*** ، المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية ، سنة 1990 ، بشأن البيع بالتقسيط .

- إذا اعتبر الدين حالً لموت المدين ، أو إفلاسه ، أو مماطلته ، فيجوز في جميع هذه الحالات الحط منه للتعجيل بالتراضي .

هذا المثال من أمثلة الشرط الجزائي المنصوص عليها في القانون ، فالشرط الجزائي الأصل فيه أن يكون مبلغاً من النقود ، ولكن يصح أن يكون شيئاً أو عملاً أو امتناعاً[422].

ويفهم أن العقد الواحد يجوز أن يشترط فيه الشرط الجزائي من جهة ، ولا يجوز اشتراطه من جهة أخرى ، وهذا ما يجب أن يكون في عقد الاستصناع ، وكلك التوريد .

ويرى الباحث :أنه من المتفق عليه أنه يجوز اشتراط حلول باقي الأقساط في حال امتناع المدين عن وفاة أي قسط من الأقساط المستحقة عليه مالم يكن المدين معسراً فنري أنه يجوز اشتراط على المدين غرامة في حال تأخر وماطل عن دفع ما عليه من التزام وكان المدين موسراً وقادراً عن الايفاء بالتزامه ، لأنه في حال .

ويرى الباحث ايضاً أن ما جاء في القرار قم 35 / 6/2 بشأن البيع بالتقسيط من أن :

يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ماحل من الأقساط ، ومع ذلك لا يجوز شرعاً اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء .

فإن هذا سيفتح المجال أمام المماطلين في التراخي عن تنفيذ التزامه ، وبالأخص إذا كان يعلم منذ الوهلة الأولى بأنه غير ملزم بدفع غرامة عن التأخير .

---

[422] . .عبدالرزاق السنهوري ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 ، ص855.

جدول رقم (3) لبيان أثر لشرط الجزائي في كل من القانون المدني الليبي ، والشريعة الإسلامية ، و رأي الباحث .

من حيث	القانون الليبي	الشريعة الإسلامية	رأي الباحث
أثر الشرط الجزائي	أجاز المشرع الليبي الشرط الجزائي في كل من عقود المعاوضات المالية وعقد الادعان والعمل الغير مشروع والعقود الادارية وكذلك في عقود التبرعات .	أجاز مجمع الفقه الإسلامي اشتراط الشرط الجزائي في كل من عقد الإستصناع بالنسبة للصانع ، وعقد التوريد بالنسبة للمورد ، وأجاز أن يشترط البائع بالآجل حلول الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين عن أداء بعضها أو إذا امتنع عن الوفاء باي قسط ومنعوا اشتراط الشرط الجزائي بالنسبة للمستسنع ، ومنعوا اشتراط الشرط الجزائي بالنسبة للمستورد . وعقد البيع بالتقسيط فد منعوا اشتراط الشرط الجزائي عن المدين المليء في حال تأخره عن التنفيذ	أن لا شيء يمنع من إدراج الشرط الجزائي في نطاق المسؤولية التقصيرية فعندما أجاز القانون المدني من خلال نص المادة 226 ، للمتعاقدين الاتفاق المسبق على تحديد مقدار التعويض قبل تحقق الضرر بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق على العقد ، فهو تكلم عن الشرط الجزائي كتعويض يحدد في حالة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه دون أن يحدد مصدر الالتزام الذي يوضع الشرط الجزائي بسببه . يجب أن يفرق بين ما إذا كان الشرط الجزائي على الصانع إذا اخل بالتزامه ، أو على المستصنع إذا أخل بالتزامه في دفع الثمن في موعده والواجب التفرقة بينهما ، لأن الشرط الجزائي يجوز اشتراطه على المستصنع لان اشتراطه علي المستصنع إذا تأخر في الدفع ربا محرم

المصدر : إعداد الباحث .

الفصل الخامس

الخاتمة و النتائج والتوصيات

في نهاية هذه الدراسة ، وبعد ان تعرضنا لموضوع الشرط الجزائي في القانون الليبي وفي الشريعة الاسلامية ، وذلك من خلال استعراض الشرط الجزائي في القانون الليبي من حيث مفهومه ، والنظم القانونية المشابهة له ، وسلطة القاضي في تعديله ، وأثره على المتعاقدين .

كذلك تعرضنا للشرط الجزائي من وجهة نظر الفقه الاسلامي من حيث مفهومه ومدي مشروعيته وامكاني التعويض عن الضرر الادبي المعنوي ، وكذلك سلطة القاضي في تعديله ، وأثره على المتعاقدين .

وأنه من خلال ذلك الطرح قد خلصنا إلى عدة نتائج هامة يمكن تقسيمها على حسب نتيجة كل سؤال وهي كالآتي :

1. ماهي الطبيعة القانونية والشرعية للشرط الجزائي وفق أحكام القانون المدني الليبي و أحكام الشريعة الاسلامية ؟

أولاً : الشرط الجزائي عبارة عن تقدير للتعويض بصورة اتفاقية بين طرفي العقد ، فهو مبلغ جزافي يقدر به المتعاقدان مقدماً قيمة التعويض المستحق لاحدهما ، عن الضرر الذي يلحقه نتيجة خطأ أحد الطرفين ، فهو اتفاق يتعلق بالمسؤولية التي يفترض توافر جميع عناصرها ، لأنه لا يعدوا أن يكون استبدالاً بالتقدير القضائي للتعويض تقديراً متفقاً عليه من أحد أطراف العقد .

ثانياً : الشرط الجزائي نظام عقدي ينبثق من العقد الأصلي ، أو يتحدد في اتفاق لاحق له ، فهو نظام تابع للعقد الأصيل فيقوم بقيامه ، ويزول بزواله بعكس العقد الأصيل الذي لا يزول بزوال الشرط الجزائي ، ولا يقوم بقيامه .

ثالثاً : عدم جواز أن يختار الدائن بين التعويض المقدر في الشرط الجزائي بديلاً عن التنفيذ العيني ، إلا في حالة امتناع المدين عن تنفيذ الالتزام الأصلي واصراره على عدم التنفيذ ، أو أصبح التنفيذ العيني فيه ارهاق للمدين ، أو استحال على المدين التنفيذ العيني ، أو التنفيذ في الزمن المتفق عليه .

رابعاً : يسمي الشرط الجزائي بالتعويض الاتفاقي والبد الجزائي ولا أثر لاختلاف التسمية .

خامساً : من أهم فوائد الشرط الجزائي أنه يعطي الثقة والاطمئنان للمشترط في تنفيذ العقد وعدم الإخلال به .

سادساً : الشرط الجزائي شرط تقييدي مقترن بالعقد فهو من انواع الشروط الجعلية التي يضعها الناس في عقودهم .

سابعاً : الشرط الجزائي معاملة مستحدثة لا مثيل لها في الفقه الإسلامي ، فالتعويض عن الضرر بالشرط الجزائي تعويض جديد غير معروف في الفقه الإسلامي .

ثامناً :الضرر الذي يعوض عنه هو المادي (الحسي) ، أما المعنوي والأدبي ومجرد المطل والإخلال بالعقد فلا يعوض عنها مالياً على الراجح من الآراء .

تاسعاً: الشرط الجزائي في غالب أحواله يلحق العقود المتراخية التي يحتاج تنفيذها إلى زمن ممتد ، لأن فائدته تظهر فيها .

2. ما إمكانية تدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي وفق احكام القانون المدني الليبي واحكام الشريعة الاسلامية ؟

أولاً : دور القضاء في تعديل الشرط الجزائي يقوم على التقريب بين مقدار الضرر الحاصل أثر تقصير المدين وبين التعويض ، وليس على مساواة الضرر بالتعويض .

ثانياً : إن زاد الضرر عن قيمة التعويض المتفق عليه ، وأثبت أن المدين إرتكب غشاً أو خطأ جسيم ، فإنه في هذه الحالة يجوز للقاضي أن يزيد في مقدار التعويض ، حتى يصبح معادلاً للضرر الذي وقع .

ثالثا : إذا اثبت المدين أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ، أو كان مبالغاً فيه جاز للقاضي تخفيض الجزائي .

رابعاً : يجيز الفقهاء تدخل للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك أو كان مبالغاً فيه .

خامساً : يكون الرجوع في تعديل الشرط الجزائي إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو الحق من ضرر ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة .

3. ما هو أثر الشرط الجزائي علي المتعاقدين وفق احكام القانون المدني الليبي واحكام الشريعة الاسلامية ؟

أولاً : يجوز اشتراط الشرط الجزائي الشرط الجزائي في جميع العقود ماعدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً .

ثانياً : يجد الشرط الجزائي تطبيقه الواسع في الالتزامات التي تنشأ عن التصرفات القانونية في اطار العقود ، وخاصة ما كان منها على درجة من الأهمية .

ثالثاً : يجوز اشتراط الشرط الجزائي الشرط الجزائي في جميع العقود ماعدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً ..

رابعاً : إذا تأخر المشتري المدين في دفع الاقساط عن الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين ، بشرط سابق أو بدون شرط ، لأن ذلك ربا محرم ، و يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ماحل من الأقساط ، ومع ذلك لا يجوز شرعاً اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء .

ثانياً : التوصيات : وأقسم هذه التوصيات إلى قسمين يكون الأول للمشرع المدني الليبي والثاني لطلاب العلم :

أوصي المشرع المدني الليبي :

يضع المشرع الليبي معياراً يستند عليه القاضي في تخفيض قيمة الشرط أن الجزائي في حالة التنفيذ الجزائي للالتزام ، وذلك لأن الفائدة التي تعود على الدائن من التنفيذ الجزئي قد تختلف قيمتها من تنفيذ إلى أخر فقد ينفذ المدين جزءاً كبيراً من التزامه ، لا يعود على الدائن بفائدة تذكر ، وقد ينفذ جزءاً يسيراً منه ويعود على الدائن بفائدة كبيرة

فيتعين على القاضي في مثل هذه الحالة أن يخفض مبلغ الجزاء بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن من التنفيذ الجزائي للالتزام ، وليس بنسبة الجزء الذي تم تنفيذه .

يقترح الباحث أن يعيد المشرع النظر في نص التعويض عن الضرر الأدبي ، وعلي أن يمنع التعويض المادي عن الضرر الأدبي حتى يتفق مع ما جاء في قرارات المجمع الفقه الإسلامي.

يقترح الباحث إعادة النظر في نصوص سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي لأن الأصل هو اتفاق المتعاقدين والاستثناء هو التعديل فلا يجوز التوسع في تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي .

المادة 227 / 2- من القانون المدني اللبي تنص على" أنه ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا اثبت المدين أن التقدير مباغاً فيه إلى درجة كبيرة " يقترح الباحث أن يلغي المشرع هذه الفقرة لأن تدخل القاضي لتعديل قيمة الشرط الجزائي في حال المبالغة فيه لا مبرر له بل إن المبالغة في رفع قيمة التعويض غالباً ما يحقق فائدة وضامن للدائن حتى إذا حاول المدين العدول أو الإخلال بالتزامه فهو يعلم مقدار التعويض الذي يجب عليه دفعه في حال اخلاله بتنفيذ التزامه وهذا ما يجبر المدين على بذل كل ما في وسعه لتنفيذ التزامه الأصلي حتى لا يطر لدفع التعويض المبالغ فيه وبالأخص مع سلطة تدخل القاضي لتعديل قيمة الشرط المبالغ فيه فسوف يعطي ذلك للمدين دافع في عدم الرغبة في تنفيذ التزامه والطلب بتخفيض قيمة التعويض .

يقترح الباحث على المشرع أن ينص ايضا عند الحديث عن تخفيض قيمة الشط الجزائي بنص " إذا قل الضرر عن قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للمدين المطالبة بأقل من هذه

القيمة الا إذا اثبت أن المدين قد أرتكب غشاً أو خطأ جسيما " كما فعل في الحديث عن زيادة قيمة الشرط الجزائي ، فهنا من التناقض ان يمنع الدائن من المطالبة بأكثر من قيمة التعويض الاتفاقي إلا إذا اثبت أن المدين ارتكب غشاً أو خطأ جسيما ، ولا يسمح للمدين المطالبة بخفض قيمة التعويض الاتفاقي إذا اثبت أن الدائن ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً .

يقترح الباحث ، أن يصبح هناك قانون ينظم العقود الإدارية في ليبيا وليس لائحة ، كما هو عليه في الوقت الحالي من لائحة العقود الإدارية رقم 563 لسنة 2007 ، لأن القانون يملك القوة والمصداقية ، ولا يخضع للإلغاء أو التعديل إلا من الجهات التشريعية للدولة ، بعكس اللائحة التي قد تتعرض للإلغاء أو التعديل إلا من الجهات التشريعية للدولة ، بعكس اللائحة التي تتعرض للإلغاء أو التعديل ، وفي أي لحظة

أوصي طلاب العلم بالآتي :

الاهتمام بإبراز محاسن الشريعة ، ودعوة المسلمين ، وحثهم على تحكيمها في جميع شؤونهم ، وتحديرهم من تحكيم القوانين الوضعية ، وإن سبب تأخر هذه الأمة في ابتعادها عن تطبيق شرع الله .

تطرق الباحث إلى مبدأ التعويض عن الضرر ، والتعويض المادي عن الضرر الأدبي بشكل جزئي وترك الأمر للباحثين في هذا الموضوع بشكل مفصلاً .

الاهتمام بدراسة الشرط الجزائي نظراً للقصور الذي يشوب مراجع الشرط الجزائي في القانون المدني الليبي .

المصادر والمراجع

القرآن الكريم .

أبادي الفيروز ، الشيرازي محى الدين محمد يعقوب . التنبيه ، ***الفيروز ابادي*** ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ج1 ، سنة 1995 م.

أبادي الفيروز ، الشيرازي محى الدين محمد يعقوب ، ***القاموس المحيط*** ، دار الجيل للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 1995 م .

ابن القيم ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز بن مكي زيد الدين الزُّرعي، **اعلام الموقعين** ، الطباعة المنبرية ، ج3 ، سنة 1955م.

ابن رشد ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن أحمد ، ***بداية المجتهد*** ، مكتبة الخانجي ، القاهرة – مصر ، ط1 ،ج2، سنة 1415 هـ 1994 م .

ابن عابدين ، ***حاشية ابن المحتار على الدر المختار لتنوير الابصار*** ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ج13 ، دون سنة .

ابن عابدين ، محمد بن عمر بن عبدالعزيز ، ***حاشية ابن المحتار على الدر المختار لتنوير الابصار*** ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ج 5،دون سنة.

ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي ، ***حاشية ابن عابدين على الدر المختار*** ، ط المطبعة الكبرى ،ج 4 ، سنة 1325 هـ .

ابن فارس ، أبوالحسن بن فارس بن زكريا القزويني الرازي ، ***معجم مقاييس اللغة*** ، دار الكتب الوطنية ، ج3 ، سنة 1369م .

ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله بن أحمد ، ***كتاب المغني*** ، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، مصر ، ط2 ، ج 4، سنة 1414 هـ .

ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله بن أحمد ، ***المغني على مختصر الخرقي*** ، هجر للطباعة والنشر – القاهرة – مصر، ط2 ، ج 6، سنة 1414 هـ .

. ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله بن أحمد ، ***المغني على مختصر الخرقي*** ، هجر للطباعة والنشر – القاهرة – مصر، ط2 ، ج5، سنة 1414 هـ .

ابن كثير ، أبو الفداء عماد الدين إسماعيل بن عمر بن كثير بن ضوء بن كثير بن زرع القرشي، ***تفسير القرآن العظيم*** ، دار المطبعة الفنية ،ج2 ، سنة 1956.

ابن منظور ، ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، ***لسان العرب*** ، مجلة البحوث الاسلامية ، العدد السادس والستون – الإصدار : من ربيع الأول إلى جمادى الثانية لسنة 1423هـ .

ابن منظور ، ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، ***لسان العرب*** ، دار صادر ، ج4 ، دون سنة .

ابن منظور ، ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، ***لسان العرب*** ، دار صادر مادة الشرط ، ج7 ، دون سنة .

ابن منظور ، ابي الفضل جمال الدينق محمد بن مكرم ، ***لسان العرب*** ، دار صادر ، ج14 ، دون سنة .

ابن منظور، ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، ***لسان العرب*** ، دار صادر ، بيروت ، ج3، سنة 1956 م.

ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد ، ***البحر الرائق لابن نجيم*** ، دار المعرفة بيروت – لبنان ،ط2 ، ج 5 ، دون سنة .

أبو الحسين ، احمد ابن فارس بن زكريا ، ***مقاييس اللغة*** (ت 395 هـ) مجلة البحوث الاسلامية ، العدد السادس والستون – الإصدار : من ربيع الأول إلى جمادى الثانية لسنة 1423 هـ .

أبو الحسين ، احمد ابن فارس بن زكريا ، ***مقاييس اللغة*** ، ط الحلبي ،ج 3 ، سنة 1369 هـ .

أبو العيال ، ايمن ، ***فكرة ضمان العقد في الفقه الاسلامي*** ، مجلة جامعة دمشق ، المجلد 19 ، العدد الثاني ،2003 .

أبو جعفر ، محمد بن جرير الطبري ، ***تفسير الطبري*** ، جامع البيان عن تأويل القرآن ، مؤسسة الرسالة بيروت ، الطبعة الاولي ، 1994 م ، 8 /679.

أبو ساق ،محمد المدني ، ***التعويض عن الضرر في الفقه الاسلامي*** ، دار اشبيليا ، الرياض – المملكة العربية السعودية ، ط 2 ، سنة 1428 هـ .

أبو سليمان ، عبدالوهاب ، ***عقد التوريد*** ، بحث مقدم للمجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، الدورة الثانية عشر ، 1412 هـ .

أبو عبادة ، محمد عبدالعزيز ، ***التعويض عن الضرر في الفقه الاسلامي*** ، رسالة ماجستير ، لجامعة نايف العربية للعلوم الامنية ، السعودية – الرياض ، سنة 2011.

أبو ليلي ، ***طارق محمد مطلق ، التعويض الاتفاقي في القانون المدني*** ، رسالة ماجستير ، مقدمة لجامعة النجاح الوطنية ، سنة 2007.

أبو مغلي ،مهند عزمي مسعود ، ***التعويض عن الضرر الأدبي*** ، بحث مقدم إلى مجلة الشريعة والقانون ، جامعة الشرق الاوسط الاردن ، العدد التاسع والثلاثون ، رجب 1430 هـ يوليو 2009 م .

آل فريان ،سعد ، ***حكم التعويض عن الضرر الأدبي*** ، منشور علي الانتر نت علي موقع شبكة رسالة الاسلام ، بتاريخ 2008 /1/25 .

أمين ، السيد ، ***المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الاسلامي المقارن*** دار النشر مكتبة الاسكندرية ، دون سنة نشر .

الباجي، سليمان بن خلف بن سعد ، ***المنتقي شرح الموطأ*** ، دار السعادة – القاهرة – مصر ، ط 1 ، ج 6 ، 1331 هـ .

بحث الدكتور علي احمد السالول ، ***بعنوان الشرط الجزائي*** ، والمقدم الي الدورة الثانية عشر لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي ، العدد الثاني عشر ، ج2 ، سنة 1421 هـ – 2000 م .

البخاري ، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم ، ***كتاب صحيح البخاري*** ، ط5 ،ج5، سنة 1414 – 1993م .

البدوي ، محمد علي ، ***النظرية العامة للالتزام*** ، احكام الالتزام ، دار الكتب الوطنية ، بنغازي ليبيا ، ج 2 ، ط 1، سنة 2004 .

بشناق ، احمد الجزار محمد ، ***الشرط الجزائي في الديون والبدائل الشرعية*** ، معارف مجلة علمية محكمة كلية العلوم الاجتماعية والانسانية ، السنة الثامنة ، العدد 14 ، اكتوبر 2013 .

بلحاجي ، عبدالصمد ، ***حكم الشرط الجزائي الوارد علي الاعمال وصور تطبيقاته في المصارف الاسلامية*** ، مجلة الواحات للبحوث والدراسات ، العدد 11، سنة 2011.

بن حزم ، علي بن حزم الأندلسي ناشر المذهب الظاهري ، ***المحلي ابن حزم*** ، ج8 ص 184 ، منقول من كتاب حسني جاد الرب ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية – مصر ، سنة 2013 .

البيشي، محمد بن علي ، ***التعويض المالي عن الضرر المعنوي*** ، ملتقى أهل الحديث ، منشور علي الانترنت بتاريخ 9/4/ 2016م.

http://www.ahlalhdeeth.com/vb/showthread.php?t=169879

توفيق ، هشام ابراهيم ، ***الشرط الجزائي بين الفقه الاسلامي والقانون المقارن*** المركز القومي للإصدارات القانونية ، سنة 2001 .

جاد الرب ، حسني محمد ، ***التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام*** ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية – مصر ، سنة 2013 .

جبر ، بسام سعيد جبر ، ***ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية*** ودورها في منح تراخي تنفيذ العقود ، رسالة ماجستير ، بجامعة الشرق الاوسط ، سنة 2011 .

الجرجاني ، محمد بن أحمد بن الغطريف ، ***جزء ابن الغطريف*** ، دار البشائر الإسلامية بيروت ، ط 1 ، ج 1 ، رقم الحديث ، سنة 1417 – 1997 .

الجلال ، محمد سنان ، ***التعويض المادي عن الضرر الادبي او المادي غير المباشر الناتج عن الجناية او الشكوى الكيدية*** ، للدورة الثانية للمجمع الفقهي الاسلامي ، في الدورة الثانية والعشرون المنعقدة في مكة المكرمة ، بتاريخ 2015/05/10 .

الحراري ، محمد عبدالله ، ***أصول القانون الإداري الليبي*** ، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس ، ج3، سنة 2003 .

الحكيم، عبد المجيد ،و البكري ، عبدالباقي ، البشير ، محمد طه ، ***القانون المدني واحكامه*** ، ج 2 ، دون سنة نشر .

حلس ، داوود بن درويش ، ***دليل الباحث في توضيح وتنظيم البحث العلمي في العلوم السلوكية*** ، إدارة التعليم- شقراء- منطقة الرياض التعليمية سابقاً، سنة 2006.

الخفيف ، علي ، ***الضمان في الفقه الاسلامي*** ، دار الفكر العربي القاهرة ، سنة 2000 .

الدردير ، احمد بن محمد ، ***الشراح الكبير*** ، دار احياء الكتب العربية – القاهرة ، مصر ، ج3 ، دون سنة .

الدردير ، أحمد بن أحمد بن أبي حامد العَدوي المالكي الأزهري الخَلْوَتِي ، ***بلغة السالك ألأقرب المسالك*** ، دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان ،ط1، ج 3، سنة 1415 هـ .

الدروي ، عدنان طه ، ***أحكام الالتزام والإثبات في القانون المدني الليبي*** منشورات الجامعة المفتوحة ، سنة 1995 .

الدمشقي ، إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي ، ***تفسير ابن كثير*** ، دار طيب ، ط 2 / المجلد الرابع ، سنة 1420 – 1999 .

الربيش ،عبدالعزيز بن محمد ، ***حكم بيع العربون*** ، من اصدارات وحدة البحوث الشرعية ، جامعة القصيم ، المملكة العربية السعودية ، سنة 1430 هـ .

الربيعة ، هند عبد العزيز ، ***منهج البحث الوصفي الوثائقي*** ، قسم ادارة وتخطيط تربوي ، جامعة ا الامام محمد بن سعود ،المستوي الثاني ، سنة 1443 هـ .

الرويشد ،عبد المحسن سعد ، ***الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي*** ، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي ،كلية الحقوق جامعة القاهرة ، سنة 1983.

الزحيلي ، محمد ، ***موسعة قضايا اسلامية معاصرة*** ، الشرط الجزائي في المعاملات المالية والمصرفية ، ج5 ، ط1 ، سنة 2009 .

الزحيلي ، وهبة ، ***قضايا الفقه والفكر المعاصر*** ، دار الفكر المعاصرة ، سنة 2006.

الزحيلي ، وهبة ، ***نظرية الضمان*** ، دار الفكر المعاصر، بيروت – لبنان ، سنة 2003 .

الزحيلي ، وهبة ، ***نظرية الضمان او احكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي*** ، دار الفكر – دمشق ، ط 9 ، سنة 2012 .

الزحيلي ، وهبة ، ***نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي*** ، دار الفكر ، سنة 1971 .

الزرقا ، مصطفى أحمد ، ***المدخل الفقهي العام*** ، ط الحياة ، دمشق – سوريا ، ج1 ، سنة 1964 م.

الزرقا ،مصطفى أحمد ، ***الفعل الضار والضمان فيه*** ، دار القلم للطباعة والنشر ، ط1 ، سنة 1998م .

الزرقاء ، احمد بن محمد ، ***شرح القواعد الفقهية*** ، دار القلم دمشق – سوريا ، ط 2 ، سنة 1993 .

الزرقاني ، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري ، ***شرح الزرقاني على مختصر خليل*** ، دار الفكر ، ج7، سنة 1398هـ ، 1978 م .

الساعاتي ، بو الحسن بهاء الدين علي بن محمد بن علي بن رستم ابن الساعاتي ***الفتح الرباني*** ،ج21 ، سنة 1377هـ .

السرخسي ، شمس الدين ، ***المبسوط للسرخسي*** ، دار المعرفة – بيروت ، ط1، المجلد الحادي عشر ، سنة 1409 – 1989 .

السرخسي ، محمد بن أحمد بن أبي سهل ، ***المبسوط للسرخسي*** ، دار الكتب العمية ، بيروت – لبنان ، ط1 ، ج24 ، 1414هـ .

السرخسي ، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، ***المبسوط للسرخسي***، دار الكتب العمية بيروت – لبنان ، ط1 ، ج13 ، 1414 هـ .

السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، ***المبسوط للسرخسي*** ، دار الكتب العمية ، بيروت – لبنان ، ط1 ،ج16 ، 1414هـ .

سعد ، نبيل ابراهيم ، ***الشرط الجزائي في القانون المصري والقانون الفرنسي***، مجلة الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، العدد الثالث والرابع ، سنة 1990م .

سعد ،نبيل ابراهيم ، ***أحكام الالتزام***، دار إحياء المعرفة الجامعية _ الاسكندرية ، سنة 1996 .

سعد ،نبيل ابراهيم ، و منصور ، محمد حسين ، ***احكام الالتزام*** ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية – مصر، سنة 2002 .

السلامة ، عبدالعزيز بن احمد ، ***التعويض عن الضرر المعنوي*** ، مجلة العدل العدد 48 شوال 1431 هـ .

سلطان ، انور ، ***مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني*** ، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي ، المكتب الفني ، ط2 ، سنة 1998.

السلمي ، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي ، ***الجامع الصحيح*** ، دار إحياء التراث – بيروت – لبنان ، ج3 .

السلمي ، ابي محمد عبدالعزيز بن عبدالسلام ، ***قواعد الأحكام في مصالح الانام*** مكتبة الكليات الازهرية ، مصر القاهرة ، ج 1 ، سنة 1994 .

السنهوري ، عبدالرزاق ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام _الاثبات _اثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، ج2 .دون سنة .

السنهوري ،عبدالرزاق ، ***الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*** ، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام – العقد – العمل غير مشروع – الإثراء بلا سبب – القانون ، دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، ج 1 ، دون سنة .

شاتوت ،محمود ، ***الاسلام عقيدة وشريعة*** ، دار الشروق ، ط18 ، سنة 2001 .

الشاطبي ، هو أبو اسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي ، ***الموفقات*** دار الكتب العلمية ، ط1 ، ج1 ، سنة 1425-2004 .

الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعيّ المطَّلِبِيّ القرشيّ ، ***كتاب الأم*** ، شركة الطباعة الفنية المتحدة ، ج3 ، سنة 1377هـ، 1961م .

الشربيني ، محمد بن احمد شمس الدين ، ***معنى المحتاج*** ، دار الفكر ببيروت ، ج1 ، سنة 1978 م .

الشربيني ، محمد بن أحمد شمس الدين ، ***مغني المحتاج*** ، دار احياء الترات ، بيروت – لبنان ،ج2 ، دون سنة .

شليبك، مصطفى مصباح ، ***الالتزامات في التشريع الليبي*** ، مصادر الالتزام ، منشورات جامعة الزاوية ، سنة 2008 .

شمام ، القاضي محمود ، بحث بعنوان ***الشرط الجزائي*** ، والمقدم الي الدورة الثانية عشر لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي ، العدد الثاني عشر ، ج2 ، سنة 1421 هـ - 2000 م .

صالح ، فواز ، ***التعويض عن الضرر الادبي الناجم عن جرم*** ، دراسة مقارنة ، مجلة جامعة دمشق للعوم الاقتصادية والقانونية المجلد 22 ، العدد الثاني، 2006 .

الصفتي ، يوسف بن سعيد بن اسماعيل المالكي ، ***الحاشية السنية على الجوهرة الزكية*** ، ط الحلبي ، سنة 1984 .

الصوأ ، علي محمد الحسين ، ***الشرط الجزائي في الديون*** ، دراسة فقهية مقارنة ، كلية الشريعة والدراسات الاسلامية – جامعة الشارقة ، في الفترة ما بين 7-9 من شهر ايار عام 2002 .

الضرير، الصديق لأمين ، ***الشرط الجزائي*** ، الدورة الثانية عشر ، مجمع الفقه الاسلامي ، 1420 هـ- 1999 م .

الطوفي ، سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد نجم الدين ، ***شرح مختصر الروضة*** ، مؤسسة الرسالة سنة 1407 – 1987 ج1 ،ط 2.

عباس الصراف ، ***شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي*** ، دار البحوث العلمية ، كويت ، ط1 ، سنة 1975 .

عبدالجبار ، راقية ، ***سلطة القاضي في تعديل العقد*** ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون جامعة بغداد ، سنة 2002 .

عبودة ، الكوني علي ، ***الشرط الجزائي في القانون الفرنسي والليبي*** ، مجلة القانون ، مجلة سنوية تعني بالدراسات القانونية والشرعية ، المجلد الاول ، السنة الاولي ، سنة 2002 .

العدوان، غازي فوازن ضيف الله ، ***دراسة مقارنة بين الاردن ومصر*** ، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الاوسط ، سنة 2013/2012 .

العدوي ،جلال علي ، ***أصول الالتزامات – مصادر الالتزام*** ، منشأة المعارف الاسكندرية ، سنة 1977م .

علي ، ابراهيم حسن ، ***استخدام المصادر وطرق البحث*** ، مكتبة النهضة الاسلامية – القاهرة ، ط2 ، سنة 1963 .

العواملة ، نائل ، ***اساليب البحث العلمي*** ، مكتبة احمد ياسين – عمان ، سنة 1995 .

الغطاء، عباس كاشف ، ***الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي*** ، دراسة مقارنة ، منشورة http://abbaskashifalgetaa.com/index.php/permalink/3085.html

القانون المدني الليبي .

قبها ، باسل محمد يوسف ، ***التعويض عن الضرر الادبي*** ، دراسة مقارنة ، رسالة الماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، فلسطين ، سنة 2009 .

قرار مجلس مجمع الفقهي الإسلامي ، المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية ، بشأن البيع بالتقسيط، سنة 1990،.

قرار مجمع الفقه الاسلامي ، في دورته الثانية عشر المنعقدة بالرياض مجلة المجمع العدد الثاني عشر ، الجزء 2 ، 25 جمادى الآخرة _ رجب 1421 هـ – 2000.

قرارات الدورة الثانية عشر للمجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الثاني عشر ، ج2، 1421 هـ ، 2000 م .

قرارات الهيئة كبار العلماء ، السعودية ، :(25) بتاريخ (1394/8/12 هـ) .

القراه داغي، علي محي الدين ، ***غرامة التأخير ، والشرط الجزائي ، والتعويض عن الضرر*** ، الموقع الرسمي للشيخ علي محي الدين القراه داغي منشور على الانتر نت ، الأربعاء, 15 تموز 2009 .

القراه داغي ،علي محي الدين ، ***موقف الفقه الاسلامي من التعويض عن الضرر المعنوي*** ، منشور بتاريخ 08 تموز 2009 علي شبكة الانترنت

http://www.qaradaghi.com/portal/index.php?option=com_c
.catid=57:2009-07-08-07-58-38&Itemid=13&48و on

القرطبي ، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين ، ***الجامع لأحكام القرآن*** ، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية ، ج2 ،سنة 1423هـ/ 2003م .

القشيري ، تقي الدين أبو الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع ، ***الإلمام بأحاديث الأحكام*** ، دار المعراج الدولية – دار ابن حزم – السعودية – الرياض / لبنان – بيروت ، ط 2 ، ج2 ، رقم الحديث 1056 ، سنة 1423هـ - 2002م .

القممى ، محمد بن علي بن الحسين بن موسى بن بابويه القمي ، ***من لا يحضره الفقيه*** دار الأضواء ، ج3 ، سنة 1413 هـ – 1992م .

الكساني ، أبوبكر سعود ، ***بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*** ، دار التراث العربي بيروت – لبنان ، ط1، ج 7 ، 1317 / 1997 م .

الكسائي ، أبو الحسن علي بن حمزة بن عبد الله بن بهمن بن فيروز ، ***بدائع الصنائع دار الكتب العلمية*** ، بيروت- لبنان ط2 ، ج5 ، سنة 1406 هـ ،ص171-172.

لائحة العقود الادارية الليبية ، رقم 563 لسنة 2007 .

ماء العين ، حمداتي شبيهنا ، ***الشرط الجزائي ومختلف صوره واحكامه*** ، مجلة مجمع الفقه الاسلامي ، الدورة الثانية عشر مؤتمر الفقه الاسلامي، سنة 2000 .

المالكي ، أبو بكر بن العربي ، ***عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي*** ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، ج6 سنة 1418 .

مجلة الفقه الاسلامي 12 /481 منشور علي الانترنت

http://shamela.ws/browse.php/book-8356/page-

مجلة المحكمة العليا .

مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السابع ،ج2 ، سنة 1992 .

مجلس مجمع الفقه الإسلامي ، المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبوظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة ، سنة 1995 ، بشأن بيع السلم .

مجموعة أحكام المحكمة العليا ، القضاء المدني ، دار الكتب الوطنية بنغازي ، ج 1 ، سنة 2008 .

المحصاصي ، صبحي ، ***النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية*** ، دار العم للملايين ، بيروت ، لبنان ، ط 2 ، سنة 1972 م .

محمد ، عفيفي حمودة ، ***البحث العلمي*** ، مطابع سجل العرب ، ط2، 1983م .

ابو زهرة محمد ، ***الملكية ونظرية العقد*** ، دار الفكر العربي – القاهرة ، سنة 1977 .

أبو سعد ، محمد شتا ، ***التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية*** ، دون سنة .

محي السنة ، ***معالم التنزيل*** ، دار طيبة للنشر والتوزيع ، ط4 ، ج1 ،1417 هـ - 1997 م .

مرسي، محمد كامل ، ***شرح القانون المدني*** ، الالتزامات ، الجزء الاول ، المطبعة العالمية -- مصر ، سنة 1945 .

مرقص ،سليمان ، ***العقود المسماة*** ، عقد البيع ،المجلد الاول ، ط 4 ، عالم الكتب ، القاهرة -- مصر ، سنة 1980 .

مسلم ، أبو الحسين مسلم بن الحجاج ، ***صحيح مسلم*** ، ط الحلبي ، ج1 ،سنة 1960 م .

المصري ، ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي ، ***تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج*** ، دار حراء – مكة المكرمة ، ط 1 ، ج 2 ، رقم الحديث 1289 سنة 1406 .

جرجس ، جرجس ، ***معجم المصطلحات الفقهية والقانونية*** ، الشركة العالمية للكتاب، ط 1 ، سنة 1996 .

مصعب ، محمد مرعي ، ***البند الجزائي*** ، دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، سنة 2006 .

مطلق ، عبدالله ، ***عقد التوريد*** ، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، الرياض ، السعودية ، العدد 10، 1414هـ.

المناوي ، محمد عبد الرؤوف بن زين العابدين ، ***فيض القدير شرح الجامع الصغير*** ، دار المعرفة ، ج 5، السنة .

النووي ، يحي بن شرف بن مري ، ***تحرير الفاظ التنبيه*** ، دار القلم ، دمشق ، سوريا ، ط 1 ، سنة 1408 هـ .

النيسابوري ،أبو إسحاق أحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي ، ***الكشف والبيان*** ، دار إحياء التراث العربي – بيروت – لبنان ، ط1 ، ج 2 ، سنة 1422 هـ – 2002 م .

اليمني ، محمد عبدالعزيز بن سعد ، ***الشرط الجزائي واثره في العقود المعاصرة*** ، رسالة دكتوراه ، جامعة الملك سعود ، المملكة العربية السعودية ، سنة 1425– 2426 هـ .

UNIVERSITAS ISLAM NEGERI MAULANA MALIK IBRAHIM PUSAT PERPUSTAKAAN