الضوابط الشرعية والتشريعية للشرط الجزائي في العقود / دراسة فقهية مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون العراقي

The Shari‘ah and Legislative Regulations of the Penalty Clause in Contracts: A Comparative Study between Islamic Jurisprudence and Iraqi Law

م.د محكمات عدنان وهاب*

Asst. Prof. Muhkamat Adnan Wahab

mohkmat.a.wahhab@tu.edu.iq

https://orcid.org/٠٠٠٠-٠٠٠٢-٦٧٦٨-٥٤٠٩

المستخلص:

يهدف هذا البحث إلى دراسة "الشرط الجزائي" في العقود، من خلال بيان حكمه وضوابطه في الفقه الإسلامي، مع مقارنته بالتنظيم القانوني في التشريع العراقي. وقد اتبع الباحث المنهج المقارن التحليلي، مستنداً إلى مصادر المذاهب الفقهية المعتمدة وكتب القانون.

وتوصل البحث إلى أن الشرط الجزائي جائز شرعاً وقانوناً بالضوابط، وأن القانون العراقي يتفق مع المذهب الراجح في الفقه الإسلامي في كثير من الأحكام، مع وجود بعض الاختلافات في التفاصيل. كما أوصى البحث بضرورة الالتزام بالضوابط الشرعية عند صياغة الشروط الجزائية.

الكلمات المفتاحية: الشرط الجزائي، التعويض الاتفاقي، الضمان، الفقه الإسلامي، القانون العراقي.

* جامعة تكريت/ كلية العلوم الإسلامية/ قسم الفقه وأصوله.

Abstract

This research aims to study the "penalty clause" in contracts, by stating its ruling and controls in Islamic jurisprudence, and comparing it with the legal regulation in Iraqi legislation. The researcher followed the comparative analytical method, relying on approved sources of Islamic schools of thought and law books.

The research found that the penalty clause is permissible according to Islamic law and legal law with controls, and that Iraqi law agrees with the preponderant opinion in Islamic jurisprudence in many provisions, with some differences in details. The research also recommended the necessity of adhering to legal controls when formulating penalty clauses.

Keywords: Penalty Clause, Contractual Penalty, Guarantee, Islamic Jurisprudence, Iraqi Law.

المقدمة

الحمد لله الذي شرع لنا الدين وأتم علينا نعمته، والصلاة والسلام على سيدنا محمد الذي أرسله رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد:

فإن الشريعة الإسلامية جاءت كاملة وشاملة، تنظّم حياة الإنسان في جميع جوانبها، ومن أهم هذه الجوانب التنظيم المالي والمعاملات الاقتصادية التي تُعدّ عصب الحياة الاجتماعية والاقتصادية. وقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالعقود اهتماماً بالغاً، وجعلت الوفاء بها من صميم الدين، قال تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} (المائدة:)١.

ومع تطور الحياة الاقتصادية وتعقّد المعاملات المالية، برزت الحاجة إلى وسائل تضمن الوفاء بالالتزامات التعاقدية، ويُعدّ "الشرط الجزائي" من أهم هذه الوسائل الضرورية في العصر الحاضر. والشرط الجزائي هو ذلك البند الذي يُدرج في العقود، يلتزم بمقتضاه المتعاقد بدفع مبلغ مالي مُتفق عليه في حالة إخلاله بالالتزامات التعاقدية.

لقد احتلّ الشرط الجزائي مكانة مهمة في الفقه الإسلامي، حيث دار حوله جدل فقهي واسع بين المذاهب الإسلامية، فمنهم من أجازه بشروط وضوابط، ومنهم من منعه مطلقاً. كما نظّمه المشرع العراقي في القانون المدني والقوانين الخاصة، مما يستدعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع العراقي.

مشكلة البحث: تتلخص مشكلة البحث في بيان الحكم الشرعي للشرط الجزائي في الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة، وموقف المشرع العراقي منه، مع بيان أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما، وبيان الضوابط الشرعية والقانونية التي تحكمه.

أهمية البحث: تنبع أهمية البحث من الحاجة الماسة إلى ضبط المعاملات المالية المعاصرة التي كثر فيها التعامل بالشرط الجزائي، وبيان الضوابط الشرعية التي تحكمه، خاصة مع تزايد المنازعات التعاقدية في المحاكم والجهات القضائية.

أهداف البحث:

١. بيان مفهوم الشرط الجزائي وحكمه في الفقه الإسلامي.
٢. دراسة التنظيم القانوني للشرط الجزائي في التشريع العراقي.
٣. المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي في تنظيم الشرط الجزائي.
٤. بيان الضوابط الشرعية والقانونية للشرط الجزائي.

منهج البحث: اتبعت في هذا البحث المنهج الاستقرائي للمسألة من خلال مصادرها الأصيلة، والمنهج التحليلي للنصوص الفقهية والقانونية، والمنهج المقارن بين المذاهب الفقهية والقانون العراقي.

خطة البحث: اشتمل البحث على مقدمة وأربعة مباحث، المبحث الأول في الإطار النظري للشرط الجزائي، والثاني في حكمه في الفقه الإسلامي، والثالث في تنظيمه في القانون العراقي، والرابع في الدراسة المقارنة، ثم الخاتمة والنتائج.

المبحث الأول: الإطار النظري للشرط الجزائي

المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي ومشروعيته

أولاً: تعريف الشرط الجزائي لغة واصطلاحاً:

الشرط في اللغة: العلامة والأمارة، يقال: شرط عليه كذا اشتراطاً فا نشرط له: أي أوجب على نفسه[١] . والجزائي منسوب إلى الجزاء، وهو المجازاة، من جَزَيْته أَجْزِيه جَزاءً. فمعنى الشرط الجزائي في اللغة: الالتزام الذي يجعل العلامة والأمارة على وجوب الجزاء عند عدم الوفاء[٢].

وفي الاصطلاح الفقهي: عُرِّف بأنه "شرط يلتزم بمقتضاه المتعاقد بدفع مبلغ معين من المال إذا أخل بما التزم به في العقد" [٣]. وعُرِّف أيضاً بأنه "التزام تعاقدي يوجب على من أخل بالتزامه العقدي أداء مقدار معين من المال" [٤].

ثانياً: مشروعية الشرط الجزائي وأدلته العامة:

الأصل في الشروط والعقود الحل والإباحة، وقد استدل الفقهاء على مشروعية الشروط بعموم الأدلة من الكتاب والسنة. قال تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} [المائدة: ١]. وهذه الآية الكريمة تدل على وجوب الوفاء بالعقود بجميع أنواعها وما يشترط فيها من شروط [٥].

ومن السنة النبوية: قوله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون عند شروطهم" [٦]. وهذا الحديث أصل في اعتبار الشروط بين المتعاقدين.

كما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل" [١]، وهذا الحديث مقيد للشروط بأن لا تخالف كتاب الله وسنة رسوله [٢].

---

١) لسان العرب، محمد بن مكرم ابن منظور، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٠، ج٧، ص٢٥٨.

٢) ينظر: لسان العرب، محمد بن مكرم ابن منظور، ج١٤، ص١٠٥.

٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٦، ج٥، ص١٢٨.

٤) المغني، عبد الله بن أحمد ابن قدامة، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثالثة، ١٩٩٧، ج٤، ص٣٣٧.

٥) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة، ١٩٨٩، ج٥، ص٣٨٩٠.

٦) سنن ابي داود، كتاب الإجارة، باب في الوفاء بالشرط، رقم ٣٥٩٤، ج٣، ص٢٨٥، صححه الحاكم في المستدرك(٢/٥٧) ووافقه الذهبي.

وقال تعالى: {وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا} [الإسراء: ٣٤]. وهذه الآية تدل على وجوب الوفاء بالعهود والمواثيق، ومنها الشروط التعاقدية [٣] .

المطلب الثاني: طبيعة الشرط الجزائي وأركانه

أولاً: طبيعة الشرط الجزائي الفقهية:

اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة الشرعية للشرط الجزائي على عدة أقوال:

القول الأول : أنه تعويض اتفاقي، وهو ما ذهب إليه الشافعية وبعض الحنابلة. ويرون أن الشرط الجزائي هو تعويض يُتفق عليه سلفاً عن الأضرار المتوقعة من الإخلال بالالتزام [٤].

القول الثاني: أنه جزاء على الإخلال، وهو ما ذهب إليه بعض الحنفية. ويرون أن الشرط الجزائي هو جزاء مالي يلتزم به المتعاقد جزاء على إخلاله بالالتزام التعاقدي [٥].

القول الثالث: أنه كفالة بالالتزام، وهو ما ذهب إليه بعض المالكية. ويرون أن الشرط الجزائي يشبه الكفالة بالالتزام، حيث يلتزم المتعاقد بدفع مبلغ مالي في حالة عدم الوفاء بالالتزام الأصلي [٦].

ثانياً: أركان الشرط الجزائي وشروطه:

يشترط لصحة الشرط الجزائي أركان أساسية هي:

١. **الركن الأول:** الصيغة وهي الإيجاب والقبول بالاشتراط، بأن يصدر من المتعاقدين التعبير عن إرادتهما في الالتزام بالشرط الجزائي [١].

---

١) صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر، رقم ٢٧٢١، ج٣، ص١٤٢.
٢) ينظر: المجموع شرح المهذب، يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، بيروت ج٩، ص٣٦١
٣) ينظر: تفسير الطبري ج١٥ ص٨٧
٤) ينظر: المجموع شرح المهذب، يحيى بن شرف النووي ، ج٩، ص٣٥٨، المغني ، ابن قدامة ، ج٤،ص١٨٥.
٥) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، ج٥، ص١٢٩.
٦) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ، ج٣، ص٢٨٧.

٢. **الركن الثاني:** المحل وهو المال الملتزم به في الشرط الجزائي، ويشترط فيه أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مالاً متقوماً، وأن يكون مقدوراً على تسليمه [٢].

٣. **الركن الثالث:** الجهة وهي السبب المبرر للالتزام، وهو الإخلال بالالتزام الأصلي في العقد [٣].

أما شروط صحة الشرط الجزائي فمنها:

- أن يكون في عقد صحيح ملزم [٤].
- أن يكون التعويض عن ضرر مستقبلي محتمل الوقوع
- أن يكون المبلغ معيناً أو قابلاً للتعيين
- لا يكون هناك مغالاة في تقدير التعويض
- أن لا يؤدي إلى الربا أو الغرر الفاحش[٥]

---

١) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، ج١، ص٧٨٥.

٢) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ج٥، ص٣٨٩٦.

٣) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، ج١، ص ٧٨٦، احكام الالتزام ، د. توفيق حسن فرج – دار النهضة العربية – القاهرة – ط٢ – ١٩٩٥م ج١، ص٤٢

٤) ينظر: البدائع في معرفة الاحكام ، الكاساني – دار إحياء الكتب العربية – القاهرة – ط٢ – ١٩٨٢م : ج٧ ، ص١٦٤

٧) الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ج٥، ص٣٨٩٨.

المبحث الثاني: حكم الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: أقوال الفقهاء في حكم الشرط الجزائي

أولاً: قول الجمهور بالمنع:

ذهب الحنفية إلى منع الشرط الجزائي في العقود، واستدلوا على ذلك بأنه من باب الغرر والجهالة، وقالوا: "إنه شرط فاسد لأنه التزام مال في مقابل غير مال" [١].

أدلة الحنفية:

- قياساً على بيع الكالئ بالكالئ[٢] المنهي عنه
- أنه من الغرر الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم
- أنه التزام بما لا يلزم [٣]

وذهب المالكية إلى المنع أيضاً إلا في بعض الصور، وقالوا: "إن الشرط الجزائي من الشروط الفاسدة التي تفسد العقد" [٤].

أدلة المالكية:

- أنه يشبه بيع ما ليس عند الإنسان
- أنه من قبيل أكل المال بالباطل

---

١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، ج٥، ص١٢٩.
٢) الكالئ: هو بيع الدين بالدين، أو جعل العوضين مؤجلين معا بحيث لا يكون أي منهما حاضر. ينظر: المبسوط للسرخسي، ج١٣، ص١٢، المدونة الكبرى:ج٣، ص٤٤، المجموع للنووي، ج٩، ص٣٣٣، المغني لابن قدامة: ج٤، ص٣٧.
٣) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، ج٥، ص١٢٩.
٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن عرفة الدسوقي، ج٣، ص٢٨٧.

·أنه يؤدي إلى المنازعات والخصومات [١]

ووافقهم الشافعية على المنع، وقال النووي: "إذا اشترط في البيع أن على المشتري كذا إذا لم يقبض، أو على البائع كذا إذا لم يسلم، فالعقد فاسد" [٢].

أدلة الشافعية:

·أنه شرط ليس في كتاب الله

·أنه يؤدي إلى الجهالة والغرر

·أنه التزام بالمال في غير مقابله [٣].

ثانياً: القول بالجواز والتفصيل:

ذهب الحنابلة إلى جواز الشرط الجزائي، وهو رواية عن الإمام أحمد، وقال ابن قدامة: "إذا اشترط في البيع أن على من أخلف كذا، فذلك جائز" [٤].

أدلة الحنابلة:

·عموم قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ {المائدة: ١}

·قوله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون عند شروطهم" [٥].

·القياس على الكفالة والحوالة والكفالة بالالتزام

·أنه من التوابع في العقود التي يجوز اشتراطها[٦].

---

١) ينظر: المصدر السابق، ج٣، ص٢٨٧.
٢) المجموع شرح المهذب، يحيى بن شرف النووي، ج٩، ص٣٥٩.
٣) ينظر: المجموع شرح المهذب، النووي، ج٩، ص٣٥٩.
٤) المغني، عبد الله بن أحمد ابن قدامة، ج٤، ص٣٣٨.
٥) سبق تخريجه في ص٣
٦) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ج٥، ص٣٩٠٢.

وذهب ابن تيمية وابن القيم إلى الجواز، وقال ابن القيم: "إذا اشترط في العقد شرطاً لا يخالف كتاب الله وسنة رسوله، فهو جائز" [١].

المطلب الثاني: الضوابط الشرعية للشرط الجزائي

أولاً: ضوابط الوضع والتطبيق:

١. ضابط العقد: أن يكون الشرط الجزائي في عقود معاوضات ملزمة كالبيع والإجارة والمقاولة، ولا يجوز في العبادات والعبادات المالية كالوقف والوصية.

٢. ضابط الضرر: أن يكون التعويض عن ضرر حقيقي متوقع من الإخلال بالالتزام، ولا يجوز التعويض عن ضرر غير محقق.

٣. ضابط المالية: أن لا يؤدي الشرط الجزائي إلى الربا أو الغرر الفاحش، كأن يكون في عقود القروض أو البيوع الربوية.

٤. ضابط العدالة: مراعاة العدالة في التقدير، بأن لا يكون هناك غبن فاحش بين قيمة التعويض والضرر الحاصل[٢].

ثانياً: ضوابط التقدير والتنفيذ:

١.ضابط التقدير: للقاضي تعديل الشرط الجزائي إذا كان فيه غبن فاحش، أو إذا كان التعويض مبالغاً فيه لا يتناسب مع الضرر الحاصل.

٢.ضابط السقوط: يسقط الشرط الجزائي بالتنفيذ الاختياري للالتزام، أو بالتنفيذ القضائي، أو بالإبراء من قبل الدائن.

٣. ضابط القوة القاهرة: يراعى في التقدير الظروف القاهرة التي تمنع التنفيذ، فلا يطالب المدين بالتعويض في حالات القوة القاهرة [٣].

---

١) إعلام الموقعين، ابن القيم الجوزية، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩١، ج٣، ص٧٨.
٢) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ج٥، ص٣٩٠٣ . ٣٩٠٤. ٣٩٠٥. ٣٩٠٦.
٣) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ج٥، ص ٣٩٠٧ . ٣٩٠٨ . ٣٩٠٩ .

٤. ضابط التناسب: يجب أن يكون التعويض متناسباً مع الضرر الحاصل، فلا يكون رمزياً ولا مغالاً فيه[١].

المبحث الثالث: التنظيم القانوني للشرط الجزائي في القانون العراقي

المطلب الأول: النصوص القانونية المنظمة

أولاً: في القانون المدني العراقي:

. نصت المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م على أن: "يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على تقدير التعويض عن الضرر الذي قد ينشأ عن عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير في الوفاء به، وذلك ما لم يقرر القانون غير ذلك"[٢].

. كما نصت المادة (١٧٠) على أن: "إذا اتفق على تعويض عن عدم الوفاء بالالتزام، فلا يجوز للمتعاقد أن يطلب تنفيذ الالتزام الأصلي ولا تعويضاً يزيد على المتفق عليه"[٣].

. ونصت المادة (١٧١) على أن: "إذا كان الالتزام الأصلي غير قابل للتجزئة، وأخل المدين بتنفيذه، جاز للدائن أن يطلب التنفيذ العيني مع التعويض إن كان له مقتضى، أو يطلب فسخ العقد مع التعويض"[٤].

ثانياً: في القوانين الخاصة:

نظم المشرع العراقي الشرط الجزائي في قوانين خاصة متعددة، منها:. قانون المناقصات العراقي رقم (٢) لسنة ٢٠١٤م، حيث نصت المادة (٢٥) على أن: "لجهة الأشراف فرض غرامة على المتعهد في حال تأخره عن تنفيذ التزاماته التعاقدية"[٥].

---

١) ينظر: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد – د/ مصطفى الزرقاء – ج١، ص٢٠٤
٢) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م، المادة ١٦٩.
٣) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م، المادة ١٧٠.
٤) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م، المادة ١٧١.
٥) قانون المناقصات العراقي رقم (٢) لسنة ٢٠١٤م، المادة ٢٥.

. قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦م، حيث أجاز للجهات الاستثمارية الاتفاق على شروط جزائية في عقود الاستثمار[١].

. قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧م، حيث نظم المسؤولية التعاقدية للشركاء والإدارة[٢].

المطلب الثاني: الضوابط والإجراءات التنفيذية

أولاً: شروط صحة الشرط الجزائي:

١. شرط الكتابة: يشترط في صحة الشرط الجزائي أن يكون مكتوباً في العقد الأصلي أو في ملحق له، ولا يجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا تجاوز التعويض مبلغاً معيناً.

٢. شرط التعيين: يجب أن يكون التعويض مقدراً سلفاً أو قابلاً للتعيين، فلا يجوز أن يكون غير محدد.

٣. شرط التناسب: يجب أن يكون التعويض متناسباً مع قيمة الالتزام الأصلي والضرر المتوقع.

٤. شرط المشروعية: يجب أن لا يكون الشرط الجزائي مخالفاً للنظام العام أو الآداب [٣].

ثانياً: سلطة القاضي في التعديل:

منح المشرع العراقي القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي في حالات متعددة:

١. حالة المغالاة: إذا كان التعويض مبالغاً فيه ولا يتناسب مع الضرر الفعلي، فللقاضي تخفيضه إلى مقدار معقول[٤].

٢. حالة التنفيذ الجزئي: إذا نفذ المدين جزءاً من الالتزام، فللقاضي تخفيض التعويض مع الجزء المنفذ[٥].

---

١) ينظر: قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦م، المادة ١٢.

٢) ينظر: قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧م، المادة ٤٥.

٣) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، ج١، ص ٧٨٥ . ٧٨٦. ٧٨٧ . ٧٨٨.

٤) ينظر: القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م، المادة ٢/١٧١.

٥) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، ج١، ص٧٩٠.

٣.حالة القوة القاهرة: إذا كان الإخلال ناتجاً عن قوة قاهرة أو ظروف طارئة، فللقاضي إسقاط التعويض أو تخفيضه[١].

٤.حالة التناقض: إذا كان هناك تناقض بين بنود العقد في تحديد التعويض، فللقاضي تفسير العقد وتحديد التعويض المناسب[٢].

المبحث الرابع: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي

المطلب الأول: أوجه الاتفاق والائتلاف

أولاً: الاتفاق على المبدأ العام للجواز

اتفق الراجح في الفقه الإسلامي مع القانون العراقي على جواز الشرط الجزائي في الأصل، وإن اختلفت التسميات والتأصيل. ففي الفقه الإسلامي، ذهب الحنابلة والراجح من أقوال المعاصرين إلى الجواز، بينما نصت المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي على ذلك صراحة[٣].

ثانياً: الاتفاق على اعتبار التراضي أساساً للالتزام

يشترط الفقه الإسلامي والقانون العراقي التراضي بين المتعاقدين في صحة الشرط الجزائي. ففي الفقه الإسلامي، الأصل في العقود التراضي[٤] ، قال تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ} [النساء: ٢٩]. وفي القانون العراقي، نصت المادة (٧٨) على أن: "يكون العقد بالإيجاب من أحد المتعاقدين والقبول من الآخر، إذا تطابقا على إنشاء الالتزام" [٥]

[٥]

ثالثاً: الاتفاق على اشتراط التعويض عن الضرر الحقيقي

١) ينظر: لقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م، المادة ١٧٢.
٢) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، ج١، ص٧٩٢.
٣) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ج٥، ص٣٩٠٢.
٤) ينظر: : أصول الفقه الإسلامي – د/ وهبة الزحيلي – ج٢، ص٤٥٦
٥) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م، المادة ٧٨.

اشترط الفقه الإسلامي والقانون العراقي أن يكون الشرط الجزائي تعويضاً عن ضرر حقيقي متوقع من الإخلال بالالتزام [١].

المطلب الثاني: أوجه الاختلاف والافتراق والتطبيقات المعاصرة

أولاً: الاختلاف في التكييف الفقهي والقانوني

يختلف التكييف بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي، ففي الفقه الإسلامي هناك خلاف في تكييف الشرط الجزائي بين اعتباره تعويضاً أو جزاءً أو كفالة، بينما في القانون العراقي يعتبر التزاماً تبعياً[٢].

ثانياً: الاختلاف في سلطة القاضي في التعديل

أعطى القانون العراقي القاضي سلطة أوسع في تعديل الشرط الجزائي مقارنة بما هو مقرر في الفقه الإسلامي[٣].

ثالثاً: الاختلاف في نطاق التطبيق والشروط

يختلف نطاق تطبيق الشرط الجزائي بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي من حيث الشروط والشكليات[٤]. والضوابط والقيود: الربا والغرر والجهالة مقابل النظام العام والآداب[٥]، والتطبيقات العملية: مجالات التطبيق ووسائل الإثبات وآليات التنفيذ[٦].

١) الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، ج١، ص٧٨٥.
٢) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ج٥، ص٣٨٩٢.
٣) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، ج١، ص٧٩٠.
٤) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ج٥، ص٣٨٩٨.
٥) ينظر: القواعد الفقهية – د/ علي أحمد الندوي – ج١، ص١٣٤
٦) ينظر: المرافعات المدنية في التشريع العراقي – د/ هاشم الطائي – ج١، ص٢٣٤

التطبيقات المعاصرة

أولاً: التطبيقات في العقود الحديثة

·العقود الإلكترونية: تطبيقات الشرط الجزائي في البيئة الرقمية[١].
· عقود الاستثمار: دور الشرط الجزائي في ضمان الاستثمارات الدولية[٢].
· المصارف الإسلامية: ضوابط الشرط الجزائي في المعاملات المصرفية[٣].

ثانياً: الآفاق المستقبلية

·التطور التشريعي: حاجة التشريع العراقي للتطوير في هذا المجال[٤].
· التكامل بين النظامين: إمكانية الاستفادة من الضوابط الفقهية[٥].
· التحديات المعاصرة: مواجهة مستجدات العقود الحديثة[٦].

١) ينظر: الشرط الجزائي في المعاملات المالية – د/ عبد الله السعداوي – ج١، ص١٤٥
٢) ينظر: عقود الاستثمار في التشريع العراقي – د/ سالم الفياض – ج١، ص١٧٨
٣) ينظر: المعاملات المالية في الإسلام – د/ عبد الله المنيص – ج١، ص١٦٧
٤) ينظر: الوجيز في شرح التشريع المدني العراقي – د/ عبد الباقي البكري – ج١، ص١٨٩
٥) ينظر: الشريعة الإسلامية والتشريع – د/ محمد روحي رياض – ج١، ص١٨٩
٦) ينظر: قضايا معاصرة في الفقه الإسلامي – د/ عبد الله المصلح – ج١، ص١٦٧

الخاتمة والنتائج

تمثل هذه الدراسة إضافة نوعية في مجال الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي، حيث أثبتت أن الشرط الجزائي برغم كونه مصطلحاً حديثاً– له أصول راسخة في الفقه الإسلامي، وأن المذاهب الفقهية قد سبقت التشريعات الوضعية في وضع الضوابط والحلول للعديد من الإشكاليات العملية[١].

كما أكدت الدراسة على أهمية الاستفادة من التراث الفقهي الإسلامي الغني في تطوير التشريعات المعاصرة، خاصة في مجال العقود والمعاملات المالية، حيث يقدم الفقه الإسلامي رؤية متوازنة تجمع بين مراعاة المصالح ودرء المفاسد[٢].

وبعد هذا العرض التحليلي المقارن لأحكام الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي والتشريع العراقي، يمكن الخلوص إلى جملة من النتائج التي تخدم الباحثين والمشرعين والعاملين في المجال القانوني

النتائج:

١. التوافق في الأسس والمبادئ: تأكد من خلال الدراسة وجود توافق جوهري بين الفقه الإسلامي والتشريع العراقي في المبادئ الأساسية المنظمة للشرط الجزائي، حيث يجمعان على مشروعيته كوسيلة لضمان تنفيذ الالتزامات وتعويض الأضرار[٣].

٢. الضوابط الشرعية كإطار حاكم: أثبتت الدراسة أن الضوابط الشرعية الواردة في المذاهب الإسلامية تشكل إطاراً حاكماً يحقق التوازن العقدي ويحمي من التعسف في استخدام الحق[٤].

٣. التكامل بين النظامين: أظهر التحليل إمكانية الاستفادة من الأحكام الفقهية التفصيلية في تطوير التنظيم التشريعي، خاصة في مجال تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه وحالات سقوط الحق فيه[١].

---

١) ينظر: بحوث في الفقه المقارن – د/ مصطفى الزرقاء – ج١، ص٣٠٠

٢) ينظر: المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية – د/ عبد الكريم زيدان – ج١، ص٢٥٠

٣) ينظر: المقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع – د/ محمد روحي رياض – ج١، ص٢٠٠

٤) ينظر: الضوابط الشرعية في المعاملات – د/ وهبة الزحيلي – ج٣، ص٤٥٠

٤. المرونة الفقهية: كشفت الدراسة عن مرونة المذاهب الفقهية في التعامل مع المستجدات العقدية، حيث أجازت الشرط الجزائي مع وضع ضوابط تحقق المصالح وتمنع المفاسد

٥. المشرع العراقي أعطى القاضي سلطة أوسع في تعديل الشرط الجزائي مقارنة بما هو مقرر في بعض المذاهب الفقهية.

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

١. احكام الالتزام ، د. توفيق حسن فرج – دار النهضة العربية – القاهرة – ط٢ – ١٩٩٥م

٢. إعلام الموقعين، ابن القيم الجوزية، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩١.

٣. بحوث في الفقه المقارن – د. مصطفى الزرقاء – دار القلم – دمشق – ط١ – ١٩٩٩م.

٤. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٦.

٥. جامع البيان في تأويل القرآن ، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري (المتوفى: ٣١٠هـ) المحقق: أحمد محمد شاكر الناشر: مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م

٦. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ.

٧. رد المحتار على الدر المختار، محمد أمين ابن عابدين، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، ١٩٩٢.

٨. سلسلة الأحاديث الصحيحة، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٥.

٩. سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤.

١٠. الشرط الجزائي في الفقه والقانون، عصام العزاوي، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠١٠.

١١. الشرط الجزائي في المعاملات المالية – د. عبد الله السعداوي – دار الفكر – عمان – ط١ – ٢٠٠١م.

---

١) ينظر: الوجيز في التشريع المدني – د/ عبد الرزاق السنهوري – ص٢٣٢

١٢. الشريعة الإسلامية والتشريع – د. محمد روحي رياض – دار النهضة العربية – القاهرة – ط١ – ١٩٩٧م
١٣. صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، دار ابن كثير، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٧.
١٤. عقود الاستثمار في التشريع العراقي – د. سالم الفياض – دار الحرية – بغداد – ط١ – ١٩٩٩م.
١٥. الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد – د/ مصطفى الزرقاء الزرقاء – دار القلم – دمشق – ط٣ – ١٩٩٩م.
١٦. الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة، ١٩٨٩.
١٧. قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦م.
١٨. قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧م.
١٩. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م.
٢٠. قانون المناقصات العراقي رقم (٢) لسنة ٢٠١٤م.
٢١. القواعد الفقهية – د. علي أحمد الندوي – دار القلم – دمشق – ط١ – ١٩٩٤م.
٢٢. لسان العرب، محمد بن مكرم ابن منظور، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٠.
٢٣. مجموع الفتاوى، أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، دار الوفاء، المنصورة، الطبعة الثالثة، ١٩٩٥.
٢٤. المجموع شرح المهذب، يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ.
٢٥. المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية – د. عبد الكريم زيدان – مؤسسة الرسالة – بيروت – ط٢ – ١٩٩٩م.
٢٦. المرافعات المدنية في التشريع العراقي – د. هاشم الطائي – دار الكتب – بغداد – ط١ – ١٩٩٧م.
٢٧. المعاملات المالية المعاصرة، علي محيي الدين القره داغي، دار البشائر، دمشق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤.
٢٨. المعاملات المالية في الإسلام – د. عبد الله المنيص – دار الفكر – عمان – ط١ – ٢٠٠٠م.
٢٩. المعاملات المالية في الإسلام، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٩٧٧.
٣٠. المغني، عبد الله بن أحمد ابن قدامة، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثالثة، ١٩٩٧.

٣١. النظريات الفقهية – د. محمد الزحيلي – دار الفكر – دمشق – ط٢ – ١٩٩٨م.
٣٢. الوجيز في شرح التشريع المدني العراقي – د. عبد الباقي البكري – دار الكتب – بغداد – ط١ – ١٩٩٧م.
٣٣. الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٨.