T01-00006

٧٩
٧٠١٩٠
قاعة الشريعة الإسلامية
قاعة الرسائل

جامعة القاهرة
كلية دار العلوم
قسم الشريعة الإسلامية

الغلط الفاحش في المذاهب الثمانية

في الفقه الإسلامي

أحكامها . وآثارها . ومجالاتها في العقود

رسالة دكتوراه

٤١٧
ص ع

إعداد

عبد الهادي السيد محسن الحكيم

٦٨/١

إشراف

فضيلة الأستاذ الشيخ علي الخفيف

١٣٩٧ هـ

١٩٧٧ م

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه محمد
وآله الطاهرين وأصحابه الأخيار المنتجبين
والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين .

قاعة الشريعة الإسلامية

- أ -

اعتماد لجنة المتحنين

محتويات الرسالة

	الصفحة
بين يدى الرسالة	ل
المدخل	١ ـ ٤٨
البحث الأول : حقيقة انشاء العقود وأدواته	٢
الفرع الأول : حقيقة الانشاء	٢
رأى ومناقشة	٣
الفرع الثانى : أدوات الانشاء وتشخيص الأصل منها	٥
١ ـ اللفظ ، وهل هو أصل فى انشاء العقود ؟	٥
الرأى المختار	٨
٢ ـ الكتابة	١٠
شروط الكتابة	١١
الكتابة للحاضر وآراء الفقهاء فيها	١١
الرأى المختار	١٢
٣ ـ الرسالة الشفهية	١٣
الرأى المختار	١٤
٤ ـ الاشارة	١٤
الرأى المختار	١٧
اشارة معتقل اللسان	١٧
الرأى المختار	١٩
اشارة الأخرس الكاتب	١٩
الرأى المختار	٢١
٥ ـ الفعل	٢٢
المعاطاة	٢٥
٦ ـ النية والكلام النفسى	٢٥
الرأى المختار	٢٧

الصفحة

٧ ـ السكوت ٢٨
الرأى المختار ٢٩
البحث الثانى : حقيقة المعاطاة ٣١
الفرع الأول : حقيقة المعاطاة فى اللغة والقرآن والسنة والفقه ٣١
المعاطاة فى اللغة ٣١
المعاطاة فى القرآن ٣١
المعاطاة فى السنة ٣٢
المعاطاة فى الفقه ٣٣
اعتبار الاعطاء من الجانبين ٣٣
كفاية الاعطاء من أحد الجانبين ٣٥
أدلة اعتبار الاعطاء من الطرفين ومناقشتها ٣٧
الرأى المختار ٣٩
تجرد المعاطاة عن اللفظ وعدمه ٤٠
القول بأن المعاطاة فعل من الجانبين ٤٠
القول بكفاية الفعل من أحد الجانبين ٤٢
القول بشمول المعاطاة لما كان بغير الصيغة الخاصة ٤٤
الرأى المختار ٤٥
الفرع الثانى : اعتبار المعاطاة عقدا مستقلا وعدمه ٤٧
الرأى المختار ٤٧

الباب الأول

أحكام المعاطاة وآثارها

الفصل الأول : أحكام المعاطاة ٥٠ ـ ٩٠
البحث الأول : حكم المعاطاة من حيث الحل والحظر ٥١
دليل الحظر ٥٢

	الصفحة
مناقشة ورأى	٥٢
البحث الثانى : حكم المعاطاة من حيث الصحة والبطلان وشروط الصحة .	٥٤
الفرع الأول : حكم المعاطاة من حيث الصحة والبطلان	٥٤
القول بالصحة	٥٥
القول بالبطلان	٦١
أدلة الصحة ومناقشتها	٦٤
أدلة البطلان ومناقشتها	٦٧
الرأى المختار	٧٠
الفرع الثانى : شروط صحة المعاطاة	٧٢
اعتبار كل الشروط المعتبرة فى العقود	٧٢
اعتبار بعض الشروط	٧٤
دليل الرأى الأول ومناقشته	٧٨
أدلة الرأى الثانى ومناقشتها	٧٩
الرأى المختار	٨٢
البحث الثالث : حكم المعاطاة من حيث الجواز واللزوم	٨٣
الفرع الأول : فى جواز المعاطاة	٨٣
القائلون بالجواز	٨٣
أسباب لزوم المعاطاة الجائزة	٨٥
أدلة الجواز ومناقشتها	٨٦
الفرع الثانى : فى لزوم المعاطاة	٨٩
القائلون باللزوم	٨٩
أدلة اللزوم ومناقشتها	٩١
الرأى المختار	٩٥

الصفحة

الفصل الثانى : آثار المعاطاة من حيث الاباحة والملكية ٩٦ ـ ١١٨
الفرع الأول : افادة المعاطاة الاباحة ٩٧
لزوم الاباحة ٩٧
جواز الاباحة ٩٨
اباحة جميع التصرفات ٩٩
اباحة بعض التصرفات ٩٩
أسباب لزوم الاباحة الجائزة ١٠٠
أدلة الاباحة ومناقشتها ١٠٤
الفرع الثانى : افادة المعاطاة الملكية ١٠٦
القائلون بالملكيه ١٠٦
أدلة الملكية ومناقشتها ١٠٨
الرأى المختار وأدلته ١١٣
الفرع الثالث : الثمرات المترتبة على الاباحة والملكية ١١٦

الباب الثانى

مجالات المعاطاة فى العقود

تمهيد : ١٢٠ ـ ١٢٣
معنى العقد لغة واصطلاحا ١٢٠
تقسيم العقود الى معاوضة وتبرع ١٢٢
الفصل الأول : عقود المعاوضة ١٢٤ ـ ١٩٨
البحث الأول : البيع ١٢٥
معنى البيع لغة واصطلاحا ١٢٥
الاقوال فى انعقاد البيع بالمعاطاة ١٢٦
أدلة انعقاده مطلقا بالمعاطاة ومناقشتها ١٣٠
أدلة عدم انعقاده مطلقا بالمعاطاة ومناقشتها ١٣٢

	الصفحة
دليل التفصيل بين الحقير والنفيس ومناقشته	١٣٧
الرأى المختار	١٣٨
البحث الثانى : الاجارة	١٤٠
معنى الاجارة لغة واصطلاحا	١٤٠
الاقوال فى انعقاد الاجارة بالمعاطاة	١٤٠
أدلة انعقادها مطلقا بالمعاطاة	١٤٧
أدلة عدم انعقادها مطلقا بالمعاطاة ومناقشتها	١٤٧
أدلة التفصيل بين بعض الموارد ومناقشتها	١٤٨
الرأى المختار	١٥٠
البحث الثالث : المضاربة	١٥١
معنى المضاربة لغة واصطلاحا	١٥١
الاقوال فى انعقاد المضاربة بالمعاطاة	١٥١
أدلة انعقادها بالمعاطاة	١٥٥
أدلة عدم انعقادها بالمعاطاة ومناقشتها	١٥٦
الرأى المختار	١٥٧
البحث الرابع : المساقاة	١٥٨
معنى المساقاة لغة واصطلاحا	١٥٨
الأقوال فى انعقادها بالمعاطاة	١٥٩
أدلة انعقادها بالمعاطاة ومناقشتها	١٦٣
أدلة عدم انعقادها بالمعاطاة ومناقشتها	١٦٤
الرأى المختار	١٦٥
البحث الخامس : المزارعة	١٦٧
معنى المزارعة لغة واصطلاحا	١٦٧
الاقوال فى انعقادها بالمعاطاة	١٦٨

الصفحة

أدلة انعقادها بالمعاطاة ومناقشتها	١٧٢
أدلة عدم انعقادها بالمعاطاة ومناقشتها	١٧٢
الرأى المختار	١٧٤
البحث السادس : الصلح	١٧٥
معنى الصلح لغة واصطلاحا	١٧٦
الاقوال فى انعقاده بالمعاطاة	١٧٦
رأى ومناقشة	١٧٨
البحث السابع : الجعالة	١٨٠
معنى الجعالة لغة واصطلاحا	١٨١
الاقوال فى انعقادها بالمعاطاة	١٨١
رأى ومناقشة	١٨٤
البحث الثامن : الشفعة	١٨٥
معنى الشفعة لغة واصطلاحا	١٨٥
الاقوال فى انعقادها بالمعاطاة	١٨٦
أدلة انعقادها بالمعاطاة ومناقشتها	١٨٩
دليل عدم انعقادها بالمعاطاة ومناقشته	١٩٠
الرأى المختار	١٩٠
البحث التاسع : الخلع	١٩١
معنى الخلع لغة واصطلاحا	١٩١
الاقوال فى انعقاده بالمعاطاة	١٩٢
أدلة انعقاده بالمعاطاة ومناقشتها	١٩٥
أدلة عدم انعقاده بالمعاطاة ومناقشتها	١٩٧
الرأى المختار	١٩٨

الصفحة

الفصل الثانى : عقود التبرع	١٩٩ ـ ٢٢٢
البحث الأول : العارية	٢٠٠
معنى العارية لغة واصطلاحا	٢٠٠
الاقوال فى انعقادها بالمعاطاة	٢٠١
أدلة انعقادها بالمعاطاة ومناقشتها	٢٠٦
أدلة عدم انعقادها بالمعاطاة ومناقشتها	٢٠٧
الرأى المختار	٢٠٧
البحث الثانى : الوديعة	٢٠٩
معنى الوديعة لغة واصطلاحا	٢٠٩
الاقوال فى انعقادها بالمعاطاة	٢١٠
أدلة انعقادها بالمعاطاة ومناقشتها	٢١٥
دليل عدم انعقادها بالمعاطاة ومناقشته	٢١٥
الرأى المختار	٢١٦
البحث الثالث : الرهن	٢١٧
معنى الرهن لغة واصطلاحا	٢١٧
الاقوال فى انعقاد الرهن بالمعاطاة	٢١٨
أدلة انعقاده بالمعاطاة	٢٢٤
أدلة عدم انعقاده بالمعاطاة ومناقشتها	٢٢٥
الرأى المختار	٢٢٦
البحث الرابع : الوكالة	٢٢٧
معنى الوكالة لغة واصطلاحا	٢٢٧
الاقوال فى انعقادها بالمعاطاة	٢٢٨
أدلة انعقادها بالمعاطاة ومناقشتها	٢٣٣

	الصفحة
دليل عدم انعقادها بالمعاطاة ومناقشته	٢٣٣
الرأى المختار	٢٣٤
البحث الخامس : القرض	٢٣٥
معنى القرض لغة واصطلاحا	٢٣٦
الاقوال فى انعقاده بالمعاطاة	٢٣٦
دليل انعقاده بالمعاطـــاة	٢٤١
أدلة عدم انعقاده بالمعاطاة ومناقشتها	٢٤١
الرأى المختار	٢٤٣
البحث السادس : الهبـــة	٢٤٤
معنى الهبة لغة واصطلاحـا	٢٤٤
اقسام الهبـــة	٢٤٥
القسم الأول : الهبة بغير عوض	٢٤٦
الفرع الأول : الهبة بالمعنى الخاص	٢٤٦
الاقوال فى انعقادها بالمعاطاة	٢٤٦
أدلة انعقادها بالمعاطاة	٢٥١
أدلة عدم انعقادها بالمعاطاة ومناقشتها	٢٥٢
الرأى المختار	٢٥٣
الفرع الثانى : الهديـــة	٢٥٤
الاقوال فى انعقادها بالمعاطاة	٢٥٤
رأى ومناقشـــة	٢٥٧
الفرع الثالث : الصدقـــة	٢٥٩
الاقوال فى انعقادها بالمعاطاة	٢٥٩
رأى ومناقشـــة	٢٦٢
القسم الثانى : الهبة بعوض	٢٦٤
تكييف الهبـــة بعـــوض	٢٦٤

الصفحة

القول بأنها بيع أو كالبيع	٢٦٤
القول بأنها هبة محضة	٢٦٦
القول بأنها هبة ابتداء وبيع انتهاء	٢٦٦
أدلة الأقوال	٢٦٧
رأى ومناقشة	٢٦٧
البحث السابع : الوصية	٢٦٩
معنى الوصية لغة واصطلاحا	٢٧٠
الاقوال فى انعقادها بالمعاطاة	٢٧٠
دليل انعقادها بالمعاطاة	٢٧٤
أدلة عدم انعقادها بالمعاطاة ومناقشتها	٢٧٥
الرأى المختار	٢٧٦
البحث الثامن : الشركة	٢٧٧
معنى الشركة لغة واصطلاحا	٢٧٧
الاقوال فى انعقادها بالمعاطاة	٢٧٨
أدلة انعقادها بالمعاطاة	٢٨٣
أدلة عدم انعقادها بالمعاطاة ومناقشتها	٢٨٣
الرأى المختار	٢٨٤
البحث التاسع : الوقف	٢٨٦
معنى الوقف لغة واصطلاحا	٢٨٦
الاقوال فى انعقاده بالمعاطاة	٢٨٦
أدلة انعقاده بالمعاطاة	٢٩١
أدلة عدم انعقاده بالمعاطاة ومناقشتها	٢٩٢
الرأى المختار	٢٩٣

الصفحة

البحث العاشر : العمرى والرقبى	٢٩٤
معنى العمرى والرقبى لغة واصطلاحا	٢٩٤
الاقوال فى انعقاد العمرى والرقبى بالمعاطاة	٢٩٥
رأى ومناقشة	٢٩٨
البحث الحادى عشر : الاقالة	٣٠٠
معنى الاقالة لغة واصطلاحا	٣٠١
الاقوال فى انعقادها بالمعاطاة	٣٠١
أدلة انعقادها بالمعاطاة	٣٠٥
أدلة عدم انعقادها بالمعاطاة ومناقشتها	٣٠٦
الرأى المختار	٣٠٧
البحث الثانى عشر : الضمان والكفالة	٣٠٨
معنى الضمان والكفالة لغة واصطلاحا	٣٠٩
الاقوال فى انعقادهما بالمعاطاة	٣١١
رأى ومناقشة	٣١٥
البحث الثالث عشر : الحوالة	٣١٧
معنى الحوالة لغة واصطلاحا	٣١٧
الاقوال فى انعقادها بالمعاطاة	٣١٨
رأى ومناقشة	٣٢٢
خاتمة الرسالة	٣٢٣
مصادر الرسالة	٣٢٧
ملخص الرسالة	٣٥٤

بين يدى الرسالة

١ـ أهمية الموضوع :

ان الشريعة الاسلامية تنطوى على ثروة تشريعية هائلة من الأحكام والمبادىء تفوق فى سعتها وعمقها أحدث المبادىء القانونية عند أعرق الأمم فى المدنية والحضارة . وقد أكد هذه الحقيقة المؤتمر الدولى للقانون المقارن المنعقد بـ (لاهاى) سنة ١٩٣٧م ، وقرر جعلها مصدرا من مصادر القانون المقارن (١) .

ومن بين تلكم العناصر والمبادىء التى احتواها الفقه الاسلامى مسألة (تكوين العقود بالمعاطاة) . فقد أخذت هذه المسألة اهتمام العلماء المسلمين ـ وبخاصة فقهاء الامامية ـ بحثا وتمحيصا بجميع فروضها وأقسامها ، وكانت مثارا للمناقشة ، والأخذ والرد بينهم .

ولعل مما يعطى بحث موضوع (المعاطاة) أهمية خاصة هو ما نراه من شيوعها فى العصر الحاضر وما قبله من العصور حتى شمل التعامل بها كثيرا من نواحى الحياة ، من بيع ، واجارة ، وهبة ، وعارية ، ووديعة ، وغيرها مما يتعاطون به ، الأمر الذى دعا بعض الفقهاء ممن يقول بعدم انعقاد العقود بها الى الافتاء بلزوم تقليد القائل بالجواز ، خروجا عن الاثم ، ودفعا للحرج الذى يلاقيه المنشىء للعقد بالصيغة اللفظية (٢) .

ومع كل هذه الأهمية التى تمتاز بها المعاطاة فى واقعنا المعاصر نلاحظ أن القوانين المدنية لم تولها العناية اللازمة من البحث . فالقانون المصرى والسورى ـ مثلا ـ لم ينصا عليها صراحة ، وانما أوردا نصا عاما

---

(١) انظر : السنهورى / الفقه الاسلامى ومشروع القانون المدنى الموحد : ١٤ .

(٢) انظر : حاشية الشروانى والعبادى على التحفة : ٤/٢١٧ .

تنطوى تحته المعاطاة (١) . بينما نص عليها القانون العراقى ، واعتبرها وسيلة من وسائل التعبير عن الارادة (٢) ، الا أنه لم يتعرض لتفريعاتها ومجالاتها .

وقد كان هذا من بين الأسباب التى دفعتنى لاختيار موضوع المعاطاة كرسالة للدكتوراه أتقدم بها الى قسم الشريعة بكلية دار العلوم ، ولعلى أكون قد أسهمت بمجهودى المتواضع فى ابراز ما يحتويه التشريع الاسلامى من نظريات لا تقل فى الرقى ، والشمول ، وفى مسايرة التطور عن أخطر النظريات التى نتلقاها اليوم عن الفقه الغربى .

٢ـ خطة البحث :

لقد اعتمدت المقارنة بين آراء فقهاء المذاهب الثمانية ـ كما يشير اليه عنوان الرسالة ـ أساسا ومنهجا فى البحث . وهذه المذاهب هى : المذهب الامامى ، والحنفى ، والشافعى ، والمالكى ، والزيدى ، والحنبلى ، والاباضى ، والظاهرى . وأشرت أحيانا الى ما اختارته مجلة الأحكام العدلية من آراء الفقهاء ، وما تبناه القانون المدنى المصرى والعراقى من آراء فى حدود ما ورد فيها من نصوص ترتبط بالمباحث التى تناولتها فى هذا الموضوع .

وكانت الخطة التى اتبعتها فى أغلب ما تعرضت له من بحوث هى : أن أعرض أولا أقوال الفقهاء فيها ، ثم أورد أدلتهم وما قد يرد عليها من مؤاخذات ، لأخلص فى النهاية الى الرأى المختار .

---

(١) انظر : د . السنهورى / الوسيط : ١/١٨٧ ، والزرقا / محاضرات فى القانون المدنى السورى : ٤٤ ـ ٤٥ .

(٢) انظر : السامرائى / القانون المدنى العراقى : ٢٦ .