



T01-00357

مكتبة البركت

النظرية العامة للفتوح

في
الفقه الإسلامي والقانون المدني

دراسة مقارنة

رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول

مقدمة من

حسن علي الزنون



الاستاذ عبد الوهاب خلاف - رئيساً
الاستاذ الدكتور وديع فرج - عضواً
الاستاذ الدكتور حشمت أبو ستيت - عضواً

لجنة الحكم

الحمد لله

١٩٤٦ م - ١٣٦٤ هـ

٥٠١
ص ١٥١

مطبعة نهضة مصر

٦٦ شارع الجيزة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

مر على البلاد العربية والإسلامية حين من الدهر ران عليها فيه سبات فكري عميق تعددت مظاهره وتشعبت أطرافه . وكادت هذه البلاد خلال هذه الفترة المظلمة تفقد مقوماتها ومشخصاتها فاتسعت فرجة الخلف بينها وبين تليدها اتساعاً بعيداً شارف على قطع ما بينها وبين هذا التراث التليد الطريف من نسب ووشيجة .

ثم نشبت الحرب العالمية الأولى وابعقتها تطورات فكرية بعيدة المدى عمت بقاع العالم قاطبة وكان من نتائجها أن استردت بعض هذه البلاد استقلالها واستعادت كيانها وعملت جاهدة على بعث الحركة العقلية بين أبنائها فانتعش فيهم الوعي القومي والعقلي وعملوا على انتشال أنفسهم من تلك الهاوية السحيقة التي انحدروا إليها مرغمين .

وقد كان من مظاهر هذا الوعي العقلي أن استردت الدراسات الإسلامية مكانتها المفقودة ولكن هذه الدراسات لم تزد في أوائل هذا القرن على استيعاب مؤلفات الفقهاء الأقدمين ومدارسها بل والتقييد بآراء السلف ومذاهبهم الفقهية المختلفة .

ثم خطت هذه الدراسات في سبيل التقدم خطوة أخرى فأخذ الفقهاء المحدثون في بعث التراث الفقهي الإسلامي بعثاً جديداً أعانهم عليه عاملان أحدهما خارجي وثنانيهما داخلي .

أما العامل الداخلي فهو أن الفقهاء أدركوا أن في التقييد بمذهب إسلامي معين وعدم مجاوزته إلى ما سواه ضيقاً في التفكير فد يودى بعض الأحيان إلى حرج شديد ومضار لا يمكن تلافيها .

فهرس عام

الصفحة	
٣ - ٦	مقدمة
٧ - ٢١	نبذة تاريخية : -
٧ - ١٢	أولاً : نظرية الفسخ في القانون الروماني
١٢ - ١٣	ثانياً : في القانون الكنسي
١٣ - ١٦	ثالثاً : في القانون الفرنسي القديم
١٦ - ١٩	رابعاً : في القانون الفرنسي الحديث
١٩ - ٢١	خامساً : في بعض التشريعات الحديثة

الباب الأول

ماهية الفسخ ومقوماته

الفصل الأول

ماهية الفسخ - أساسه ونطاقه

٢٢ - ٤٢	المبحث الأول - تعريف الفسخ وماهيته
٢٣ - ٢٦	أولاً : في الفقه المدني الوضعي
٢٦ - ٣٣	ثانياً : في الفقه الإسلامي
٣٣ - ٤٢	ثالثاً : مقارنة الفسخ ببعض النظم القانونية
٤٢ - ٦٤	المبحث الثاني - نطاق الفسخ
٤٢ - ٥٥	أولاً : في الفقه المدني الوضعي
٥٥ - ٦٤	ثانياً : في الفقه الإسلامي
٦٤ - ٧٤	المبحث الثالث - الأساس القانوني للفسخ
٦٤ - ٧١	أولاً : في الفقه المدني الوضعي :

نظرية حرية التعاقد وسلطان الإرادة نظرية العدالة ، نظرية الشرط
الفاسخ الضمني ، النظرية التقليدية للسبب ، النظرية الحديثة له .

ثانياً : في الفقه الإسلامى : —
 نظرية الشروط ، نظرية العدالة ، نظرية السبب (المقصود من العقود
 نظرية اتصال الرضا بالمحل) .

الفصل الثانى

أسباب الفسخ

كلمة عامة وتقسيم ٧٥ — ٧٦

المبحث الأول — استحالة التنفيذ ٧٦ — ٩٤

المطلب الأول — القوة القاهرة :

أولاً : فى القانون المدنى الوضعى ٧٦ — ٨٤

القوة القاهرة الكاملة وآثارها ٧٧ — ٨٢

القوة القاهرة الجزئية وآثارها ٨٢ — ٨٤

ثانياً : فى الفقه الإسلامى ٨٤ — ٩١

حديث الجوائح واختلاف الفقهاء فى فهمه

ومدى تطبيقه ، القوة القاهرة الجزئية وآثارها

المطلب الثانى — استحالة التنفيذ المقترنة بخطأ ٩١ — ٩٤

أولاً : فى القانون المدنى الوضعى

ثانياً : فى الفقه الإسلامى

المبحث الثانى — الامتناع عن التنفيذ ٩٤ — ١١٢

أولاً : فى القانون المدنى الوضعى ٩٤ — ٩٦

مذهب من لا يجيز الفسخ ونقده ٩٦ — ٩٧

الفسخ الجزئى بين منكره ومؤيده ١٠٠ — ١٠٢

ثانياً : فى الفقه الإسلامى — القاعدة العامة

حديث التحالف ١٠٢

أثر المنازعة الحاصلة قبل التسليم الخ ١٠٥ — ١١٢

١١٢	المبحث الثالث — الأعذار في العقود المستمرة
١١٤ — ١١٢	التكييف القانوني لهذه العقود
١١٦ — ١١٥	نتائج هذا التكييف
١٢١ — ١١٦	النطاق الفنى لنظرية الأعذار
١٢٥ — ١٢٢	رأينا فى النظرية
١٢٦	المبحث الرابع — الخيارات — فى الفقه الإسلامى —
١٧٦ — ١٢٧	<u>المطلب الأول</u> — ماهية الخيارات وضوابطها
	<u>المطلب الثانى</u> — الخيارات الاتفاقية
	أولا : خيار الشرط ، تعريفه ، أساسه ،
	نطاقه ، مدته ، آثاره ، أسباب
١٣٩ — ١٣٠	سقوطه ، رأينا الخاص فيه
	ثانيا : خيار التعيين : تعريفه ، آثاره على
١٤٥ — ١٤٢	التزامات الطرفين ، انقضاؤه
	<u>المطلب الثالث</u> — الخيارات الشرعية
	أولا : خيار المجلس — اختلاف الفقهاء
	فى الأخذ به ودليل كل منهم ، آثاره
١٥٠ — ١٤٦	على التزامات الطرفين ، رأينا
	ثانيا : خيار الرؤية ، ماهيته اختلاف الفقهاء
١٥٦ — ١٥٠	فى الأخذ به ، نطاقه ، آثاره ، انقضاؤه
	ثالثا : خيار العيب ، معنى العيب ، ومعياره
١٦٣ — ١٥٦	وشروطه ، آثار الخيار وانقضاؤه
١٦٧ — ١٦٣	رابعا : خيار الغبن والتغريب ، ماهيته وآثاره

المطلب الرابع - التكيف القانوني للخيارات

١٦٨ - ١٦٧	أولا : خيار الشرط
١٧٠ - ١٦٨	ثانيا : خيار التعيين
١٧٠	ثالثا : خيار الوصف
١٧٠	رابعا : خيار المجلس
١٧٤ - ١٧٠	خامسا : خيار الرؤية
١٧٤	سادسا : خيار العيب
١٧٦ - ١٧٥	سابعا : خيار الغبن والتغريب

المبحث الخامس - حالات خاصة للفسخ في القانون المصري

١٨٠ - ١٧٧	أولا : نقص المبيع
١٨٢ - ١٨٠	ثانيا : إجارة الأراضى الزراعية

الفصل الثالث

أنواع الفسخ

٢٠٤ - ١٨٣	المبحث الأول - الفسخ الاتفاقى
-----------	-------------------------------

المطلب الأول - الفسخ الناشئ عن اتفاق صريح فى العقد

١٩٤ - ١٨٤	أولا : فى الفقه المدنى الوضعى
-----------	-------------------------------

صور هذا الاتفاق وأثر كل منها على

التزامات الطرفين

١٩٨ - ١٩٤	ثانيا - فى الفقه الإسلامى
-----------	---------------------------

نظرية اقتران الشروط بالعقود . رأينا

٢٠٤ - ١٩٨	<u>المطلب الثانى - الإقالة</u>
-----------	--------------------------------

١٩٩ - ١٩٨	أولا : فى الفقه المدنى الوضعى
-----------	-------------------------------

- ثانياً : في الفقه الإسلامي
 عرض آراء الفقهاء ومناقشتها
 ١٩٩ - ٢٠٤
- المبحث الثاني — الفسخ القضائي
 ٢٠٤ - ٢٤١
- المطلب الأول — أساسه ونطاقه
 ٢٠٥ - ٢٢٤
- المطلب الثاني — مدى حق الخيار
 ٢٢٥ - ٢٢٦
- المطلب الثالث — طبيعة الفسخ القضائي
 ٢٢٦ - ٢٢٩
- المطلب الرابع — المهلة القضائية (نظرة الميسرة)
 ٢٢٩ - ٢٤١
- المبحث الثالث — الانفساخ (الفسخ بقوة القانون)
 ٢٤١ - ٢٥٦
- موقف الفقه والقضاء
 ٢٤١ - ٢٤٦
- الفسخ القضائي والانفساخ في الفقه
 الإسلامي وفيصل التفرقة بينهما
 ٢٤٦ - ٢٥٦

الباب الثاني

أنظمة الفسخ

الفصل الرابع

آثار الفسخ

- كلمة عامة وتقسيم
 ٢٥٧ - ٢٥٨
- المبحث الأول — آثار الفسخ بالنسبة للطرفين
 ٢٥٨ - ٢٨٢
- المطلب الأول — آثاره بالنسبة للمدين
 في الفقه المدني الموضوعي :
- (١) الالتزام بالرد
 ٢٥٨ - ٢٦٢
- (٢) الالتزام بالتعويض
 ٢٦٢ - ٢٦٩

المطلب الثاني : آثاره بالنسبة للدائن ٢٦٩ — ٢٧٢

رد ما استلمه ، حكم العربون ،
والمصاريف ، ومصاريف الرد

آثار الفسخ بالنسبة للطرفين في الفقه الإسلامي ٢٧٢ — ٢٨٢

المبحث الثاني — آثار الفسخ بالنسبة للغير ٢٨٢ — ٣١٩

المطلب الأول — آثاره بالنسبة للغير الذين تعاملوا

مع المدين ٢٨٣ — ٣٠٨

(١) على أعمال الإدارة

(٢) على أعمال التصرفات

(٣) استثناءات تخفف من حدة القواعد السالفة

المطلب الثاني : آثاره بالنسبة لمن تعاملوا مع الدائن ٣٠٨ — ٣١٩

رد هذه الآثار إلى قاعدين :

(١) قاعدة من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض

(٢) قاعدة الأثر الرجعي للفسخ

آثار الفسخ بالنسبة للطرفين في الفقه الإسلامي

المبحث الثالث — عدم تأثر الرهون التأمينية بالفسخ استثناء

من القواعد السالفة ٣١٩ — ٣٣١

المطلب الأول — عدم تأثر الرهون التأمينية الخ ٣١٩ — ٣٢١

المطلب الثاني — الفسخ لعدم التنفيذ وأثره على الرهون ٣٢١ — ٣٣٦

المطلب الثالث — الفسخ لاستحالة التنفيذ وأثره الخ ٣٢٦ — ٣٢٩

المبحث الرابع — تسجيل دعوى الفسخ ٣٣١ — ٣٤٤

المبحث الخامس — فكرة الأثر الرجعي ٣٤٤ — ٣٦٥

المطلب الأول — تطورها وأساسها القانوني ٣٤٥ — ٣٥٦

المطلب الثاني - نتائجها القانونية ٣٥٦ - ٣٦٥

موقف الفقه الإسلامي من الأثر الرجعي

الفصل الخامس

دعوى الفسخ وانقضائه

المبحث الأول - دعوى الفسخ ٣٦٦ - ٣٩١

المطلب الأول - ماهيتها وتكييفها القانوني ٣٦٦ - ٣٧٥

المطلب الثاني - تحديد المدعى بالفسخ ٣٧٥ - ٣٨٧

المطلب الثالث - تحديد المدعى عليه بالفسخ ٣٨٧ - ٣٩١

المبحث الثاني - انقضاء حق الفسخ ٣٩١ - ٤١٢

المطلب الأول - الطرق العامة لانقضائه ٣٩٢ - ٤٠١

(١) تجديد الالتزام

(٢) التنازل

(٣) مضي المدة

المطلب الثاني - طرق خاصة لانقضاء ٤٠١ - ٤١٢

(١) سقوطه تطبيقاً لقاعدة من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض

(٢) سقوطه بسبب نقص المبيع أو زيادته

(٣) سقوطه في بيع الوفاء

(٤) أثر الإفلاس على حق الفسخ

خاتمة - مقارنات ومقابلات عامة ٤١٢ - ٤١٨

بيان بالمراجع ٤١٩

فهرس الخطأ والصواب

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٨	١٦	مدنية	مدينه
٩	١٠	المشتر	المشترى
١٠	١٥	صادر	صادراً
١٢	١٤	من خصمه	من إكراه خصمه
١٣	٢٣	الجديد	القديم
١٤	٦	تؤيد السابق	تؤيد القضاء السابق
١٦	١٦	عنه	عند
٢٨	٥	آثار الشيئية	آثار النزعة الشيئية
٢٩	٨	والتزام	والتزم
٢٩	١٩	يترتب	يرتب
٣٧	٦	مقارنة النظام	مقارنة بين هذا النظام
٤٠	١٨	المشروع	المشرع
٤٢	٢٠	سعادة	مسماة
٤٥	١٧	أمواو	أموال
٣٨٧	١٠	الثانى	الثالث

وقد سقطت من الصفحة ٣ عند آخر السطر ١٩ العبارة الآتية :
 « أما العامل الخارجى فهو هذا الأسلوب العلمى الحديث الذى عم
 الدراسات جميعاً » .

وهناك بضعة أخطاء طفيفة لا تخفى على القارىء .