جامعة القاهرة
كلية الحقوق

سبب الإلتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

رسالة مقدمة لكلية الحقوق بجامعة القاهرة
للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق (في الشريعة الإسلامية)

مقدمة من

جمال الدين محمد محمود

وكيل أول نيابة النقض الجنائي

لجنة الحكم على الرسالة

الاستاذ الدكتور محمد سلام مدكور : رئيس قسم الشريعة الإسلامية بجامعة القاهرة [والمشرف على الرسالة]

الاستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوي : رئيس قسم القانون المدني بجامعة القاهرة

الاستاذ الدكتور محمد زكريا البرديسي : رئيس قسم الشريعة الإسلامية بجامعة عين شمس

دار الأدب العربي للطباعة
لصاحبها : محمد عبد الرازق
١٩ كنيسة الأرمن ش الجيش
تليفون : ٩٣٤٠٩٨

إهـــداء

إلى الذين يعملون من أجل الفقه الإسلامى لأنهم يؤمنون بالإسلام ويتّبعون شريعته . . .

وإلى الذين أخلصوا للعلم — فى دراستهم له — فأدركوا قيمته

وإلى الذين لم يعرفوه بعد — حق المعرفة .

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم — والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين أدّى الأمانة وبلّغ الرسالة وحمل الشريعة — وبعد :

فقد اتجهت بعد دراستى للشريعة الإسلامية إلى اختيار موضوع للبحث فيها يكون فى دراسته إيضاح لنظرية عامة فى ذلك الفقه ويكون فى المقارنة بينه وبين القانون الوضعى ما يبرز الصياغة الفريدة للفقه الإسلامى . فاخترت للدراسة موضوع سبب الالتزام . وهو من مباحث الالتزام الهامة فى القانون المدنى كما يشغل سبب الالتزام عند دراسة العقد مكاناً هاماً فى كتب الفقه الوضعى وقد كان موضوع سبب الالتزام مثاراً للجدل فى الفقه المصرى والقضاء قديماً — وعند وضع القانون المدنى المصرى أراد واضعوا مشروع القانون أن يحسموا الأمر فى موضوع سبب الالتزام — وكشفوا فى الأعمال التحضيرية للقانون عن اعتناقهم مذهباً معيناً فى السبب — غير أن نصوص القانون المدنى فى السبب — لا تطاوعهم فيما ذهبوا إليه .

وإذا كان الفقه الإسلامى فى جملته فقهاً عملياً يهتم فى المقام الأول بوضع الحلول للمسائل وببحث الفروع قبل أن يعرض للقواعد والنظريات العامة بذاتها — فإن ذلك ليس مرجعه غياب القواعد والنظريات التى تجمع الفروع وتوجه الحلول وإنما يرجع ذلك إلى طريقة تدوين الفقه الإسلامى ونقله إلينا — وليس عسيراً على من يتتبع الحلول أن يخرج منها بالنظرية العامة ، أو على الأقل بالنظرة الشاملة التى يحيط بها هذا الفقه موضوعاً معيناً فيه ، وإن من يتتبع كتب الفقه الإسلامى فى مذاهبه المختلفة والتى تبحث العقد يتبين له أن الفقهاء قد اهتموا — فى العقود الملزمة للجانبين — بالمبادلة

أو المعاوضة — إذ ترجع أسباب فساد هذه العقود فيما لا يتصل بالرضا أو المحل — إلى الخلل فى المبادلة أو المعاوضة — كما أن الفقهاء المسلمين قد اهتموا ببحث البواعث والنيات وأثرها على العقود اللازمة — وغير اللازمة وأن كان ما يؤدى إليه العقد فى واقع الأمر — وليس نية العاقد فحسب — هو المناط فى صحة العقد أو بطلانه .

وإذا كان دور السبب فى الالتزام أو فى العقد فى القانون المدنى أنه يؤدى وظيفة فردية هى حماية العاقدين — ووظيفة إجتماعية هى حماية المجتمع من الأغراض والغايات غير المشروعة فإن المعاوضة التى يعتبرها الشارع الإسلامى — تؤدى إلى حماية العاقدين بتحقيق التكافؤ بينهما فى الحقوق والالتزامات الناشئة من العقد — كما يتطلب الشارع الإسلامى أن تكون الغاية من العقد بحيث تتفق مع مقاصد الشارع .

وقد رأيت أن أبدأ الرسالة بباب تمهيدى أعرض فيه نظرية السبب فى القانون المقارن وأختم فصوله بالحديث عن صياغة الفقه الإسلامى ومنهج البحث فيه — ثم تنقسم الرسالة بعد ذلك إلى قسمين أولهما تناولت فيه فكرة السبب وفكرة الالتزام فى الفقه الإسلامى بغية تحديدهما — ثم خصصت القسم الثانى لتطبيق ما انتهيت إليه على العقود اللازمة والعقود غير اللازمة فى الفقه الإسلامى وأنهيت الرسالة بخاتمة وجيزة قارنت فيها بين سمات نظرية السبب فى الشرائع الوضعية التى تعرضنا لها — وبين خصائص المبادلة أو المعاوضة المعتبرة شرعاً فى الفقه الإسلامى .

وإذا كان مستقراً فى فقه القانون المدنى أن سبب الالتزام هو جواب من يسأل « لم التزم المدين » فأحسب أننى وجهت النظر إلى جواب هذا السؤال

فهرس

إهـــداء ٣

المقدمة ٥ — ٧

باب تمهيـــدى

نظرية السبب فى القانون المقارن والصياغة ومنهج البحث فى الفقه الإسلامى ٨ — ١١٨

الفصل الأول

نظرية السبب فى القانون الفرنسى ٩ — ٤٨

فكرة السبب عند الرومان ١٠ - فكرة السبب فى العصر الوسيط ١٤ - الفقهاء الرومانيون ١٥ - الفقهاء الكنسيون ١٨ - نظرية السبب على يد دوماربوتييه ٢١ - النظرية التقليدية فى السبب ٢٣ - شروط السبب فى النظرية التقليدية ٢٦ - نقد النظرية التقليدية ٢٩ - وظيفة السبب والنظرية التقليدية ٣١ - القضاء الفرنسى والسبب ٣٤ - التصرف المجرد ٣٩ - النظرية الحديثة فى السبب ٤١ - ما هو الباعث ٤٣ - كيف ينضبط الباعث ٤٥ - العلم بالباعث غير المشروع ٤٦

الفصل الثـانى

نظرية السبب فى القانون المصرى ٤٩ — ٦٥

فى القانون القديم ٤٩ - السبب فى التقنين المدنى المصرى ٥٢ - القضاء والسبب ٥٧ - النظرية التقليدية والقانون المدنى المصرى ٥٩ - إثبات السبب ٦٢ - ما أدخله القانون المدنى فى نظرية السبب ٦٣

الفصل الثـالث

النظرية الإيطالية فى السبب ٦٧ — ٨٠

وظيفة العقد فى النظرية الإيطالية ٦٧ - تقدير النظرية ٧٠ - النظرية الإيطالية وفكرة السبب فى القانون السوفيتى ٧٦

الفصل الرابع

السبب فى القانون الإنجليزى ٨١ — ٩١

الاعتبار فى القانون الانجليزى ٨١ - ما هو الاعتبار ٨٢ - تطور فكرة الاعتبار ٨٣ - أنواع الاعتبار وشروطه ٨٤ - خصائص الاعتبار ٨٧ - وظيفة الاعتبار ٨٩

الفصل الخامس

الصياغة ومنهج البحث فى الفقه الإسلامى ٩٣ — ١١٨

الشريعة الإسلامية شريعة دينية ٩٣ - الأصول العامة للفقه الإسلامى ٩٦ ارتباط الفقه بقواعد العدالة ٩٨ - الصناعة الفقهية للقانون الإسلامى ٩٩ - قابلية الفقه للتطور فى الزمان والمكان ١٠٢ - النظريات العامة فى الفقه الإسلامى ١٠٤ المصطلحات الفقهية ١٠٧ - فقه المعاملات والعبادات ١٠٩ - منهج البحث عن نظرية السبب ١١٤

القسم الأول

تحديد السبب والالتزام فى الفقه الإسلامى ١١٩ — ٣٠٢

الباب الأول

السبب عند الأصوليين والفقهاء ١٢١ — ١٥١

الفصل الأول

السبب فى أصول الفقه الإسلامى ١٢٣ — ١٤٠

السبب وتعريفه وأقسامه ١٢٣ - اقتران السبب بالمسبب ١٢٧ - السبب والمكلف ١٢٨ - أنواع السبب ١٢٩ - شرعية السبب ١٣١ - بعض معانى لفظ السبب عند الفقهاء ١٣٢ - رأى ونقده ١٣٤ - الشرط والمانع ١٣٥ - السبب فى أصول الفقه والسببية فى الفقه والقانون ١٣٧ - خصائص السبب فى أصول الفقه ١٣٨

الفصل الثانى

السبب فى الفقه ـ فى الفروع ١٤١ — ١٥١

فكرة السبب فى فقه المعاملات ١٤١ ـ استنباط النظرية من الفقه الإسلامى ١٤٢ كيف يتحقق التوازن فى مضمون العقد ١٤٤ ـ صياغة النظرية ومميزاتها ١٤٨

الباب الثانى

الالتزام وسببه فى الفقه الإسلامى ١٥٣ — ٣٠٢

تقسيم ١٥٣

الفصل الأول

علاقة الالتزام فى الفقه الإسلامى ١٥٥ — ١٩٣

تنظيم المعاملات فى الشريعة الإسلامية ١٥٥ ـ نظرية الالتزام فى القانون ١٥٧ علاقة الالتزام فى الفقه الإسلامى ١٥٨ ـ الحق ١٦٢ ـ الذمة والالتزام ١٦٤ الالتزام وأطرافه ١٦٦ ـ موضـــوع الالتزام ١٦٨ ـ سلطة الدائن بالالتزام فى الشرائع القديمة ١٧٠ ـ حدود سلطة الدائن فى الفقه الإسلامى ١٧٢ ـ مدى سلطة الدائن بالالتزام ١٧٨ ـ الالتزام والمسئولية ١٨٢ ـ طبيعة الالتزام فى الفقه الإسلامى ١٨٥

الفصل الثانى

آراء الفقهاء فى سبب الالتزام فى الفقه الإسلامى ١٩٥ — ٢٣٧

لفظ السبب ومعانيه ـ تمهيد ١٩٥ ـ آراء الفقهاء المحدثين فى سبب الالتزام فى الفقه الإسلامى ١٩٩ ـ المعادلة كسبب للالتزام ٢٠٠ ـ تقدير فكرة المعادلة ٢٠٢ الباعث كسبب للالتزام فى الفقه الإسـلامى ٢٠٤ ـ السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد ٢١٢ ـ نقد الفكرة ٢١٣ ـ السبب هو المقصد الأصلى العقد ٢١٧ المقصد الأصلى فى العقد ٢٢١ ـ نقد نظرية المقصد الأصلى ٢٢٣ ـ السبب عند فقهاء الشريعة المحدثين ٢٣٠ ـ السبب هو المصدر المنشىء ٢٣٤ ـ السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد ٢٣٥

الفصل الثالث

السبب فى العقود ٢٣٩ — ٣٠٢

اختلاف السبب فى العقد اللازم وغير اللازم ٢٣٩ - تعريف العقد قانونا ٢٤٠ - تعريف العقد شرعا ٢٤١ - المعاوضة ومعناها فى العقود اللازمة ٢٤٥ - المعاوضة والمبادلة فى الفقه الإسلامى ٢٤٩ - اللزوم فى العقد وأثره ٢٦٢ - الغبن والمعاوضة الشرعية ٢٦٧ - شروط المعاوضة المعتبرة شرعا ٢٧١ - أولا - التوازن فى مقتضيات العقد ٢٧١ - ثانيـــا - شرعية الغاية من العقد ٢٧٤ - الجعلية وأهدافها ٢٧٤ - إرادة الشارع وقصد العاقد ٢٧٦ - ماهو قصد العاقد وما هو الباعث ٢٧٨ - حكم النية والقصد فى الشريعة الإسلامية ٢٨١ - نية العاقد والغاية من التصرف ٢٨٤ - مبدأ سد الذرائع وأثره ٢٨٥ - الأصل فى اعتبار الذرائع ٢٨٧ - شرعية الغاية من المعاوضة عند الفقهاء ٢٨٩ - البواعث فى المذهب الحنفى ٢٩٠ - رأى الشافعية ٢٩٣ - رأى المالكية ٢٩٥ - الحنابلة والمقاصد فى العقود ٢٩٧ - الظاهرية والقصود ٣٠٠ - مقارنة بين المذاهب ٣٠١

القسم الثانى

تطبيق السبب على العقود ٣٠٣ — ٥١٢

الباب الأول

تطبيق السبب فى العقود اللازمة

تمهيد وتقسيم ٣٠٥

الفصل الأول

اختلال المعاوضة بسبب طبيعة العقد ٣٠٧ — ٣٦٩

أولا - اختلال المعاوضة بسبب الربا ٣٠٧ - تعريف الربا لغة وشرعا ٣٠٨ حكمة تحريم الربا ٣٠٩ - الرد على مناصرى الربا ٣١١ - أنواع الربا شرعا ٣١٣ ربا النسيئة ٣١٤ - القرض وربا النسيئة ٣١٧ - القرض فى القانون ٣١٨ - ربا الفضل ٣١٩ - حكمة التحريم فى ربا الفضل ٣٢١ - علة التحريم عند الفقهاء ٣٢٢ -

صياغة الذهب وأثرها ٣٢٥ - استثناء من ربا الفضل ٣٢٥ - حكم الربا وأساسه ٣٢٧ - مسألتان تتعلقان بالربا ٣٢٨ - الربا تطبيق للمعاوضة المعتبرة شرعا ٣٣٠ - ثانيا - اختلال المعاوضة بسبب الغرر ٣٣٢ - الغرر ومعناه ٣٣٢ - النهى عن الغرر ٣٣٥ - أنواع الغرر ٣٣٧ - بيع المعدوم ٣٣٨ - الترخص فى بيع المعدوم وأساسه ٣٤٠ - بيع الثمار قبل بدو صلاحها ٣٤٣ - بيع الإنسان ماليس عنده ٣٤٧ - العلة فى النهى ٣٤٩ - مقارنة ٣٥٠ - المزارعة والغرر ٣٥١ - المزارعة فى القانون ٣٥١ - المقامرة والرهان والغرر ٣٥٨ - القانون المدنى والغرر ٣٦٠ - عقد التأمين والغرر ٣٦٢ - أنواع التأمين على الحياة ٣٦٣ - حكم عقد التأمين فى الفقه الإسلامى ٣٦٤

الفصل الثانى

اختلال المعاوضة بسبب الشرط ٣٧١ — ٤٠٥

دور الارادة الإنسانية فى العقد فى الفقه الإسلامى والقانون ٣٧١ - أصل الخلاف فى دور الارادة ٣٧٤ - القاعدة فى القانون ومداها - ماهو الشرط المقترن بالعقد ٣٧٧ - الشروط العقدية فى المذهب الحنفى ٣٧٨ - رأى المالكية ٣٨٤ رأى الشافعية ٣٨٨ - قاعدة الشروط عند الحنابلة ٣٩٠ - الظاهرية والشروط ٣٩١ مقارنة وتعليل ٣٩٨ - مبدأ وحدة الصفقة وصلته بالمعاوضة ٤٠٠ - الشرط فى القانون ٤٠٤

الفصل الثالث

اختلال المعاوضة بسبب ظروف العقد ٤٠٧ — ٤٢٦

المعاوضة وظروف العقد ٤٠٧ - النصوص ٤٠٨ - تلقى الركبان ٤٠٩ - بيع الحاضر للبادى ٤١٠ - بيع النجش ٤١١ - الاحتكار ٤١٢ - آراء الفقهاء فى الاحتكار ٤١٣ - حكم الاحتكار ٤١٧ - الاحتكار واختلال المعاوضة ٤١٧ - بيع المضطر وشراؤه ٤١٨ - حكم البيوع السابقة ٤٢٠ - أساس الخلاف فى حكم البيوع السابقة ٤٢٢ - النهى عن العقد لعلة غير اختلال المعاوضة ٤٢٤

الفصل الرابع

اختلال المعاوضة بعد انعقاد العقد ٤٢٧ — ٤٥٢

وجوب بقاء المعاوضة بعد انعقاد العقد ٤٢٧ - كيف تتخلف المعاوضة بعد انعقاد العقد ٤٢٨ - أولا - تخلف المعاوضة بهلاك أحد العوضين ٤٢٩ - حكم الهلاك فى القانون ٤٢٩ - أنواع الهلاك ٤٣١ - استحالة الالتزام وحكمه فى الفقه الإسلامى ٤٣٢ - ثانيا - تخلف المعاوضة عند عدم التنفيذ ٤٣٧ - الفسخ فى القانون وأنواعه ٤٣٧ - شروط الفسخ فى القانون ٤٣٨ - الفسخ فى الفقه الإسلامى ٤٣٩ مصطلح الفقهاء فى الفسخ ٤٤٠ - ماهو الفسخ فى الفقه الإسلامى وأسبابه ٤٤٢ - أساس تحمل التبعة فى القانون ٤٤٧ - أساس تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى ٤٤٩ حق الفسخ وأساسه فى القانون ٤٥٠ - الفسخ وأساسه فى الفقه الإسلامى ٤٥١

الباب الثانى

تطبيق السبب على العقود غير اللازمة ٤٥٣ — ٤٩٧

تمهيد ٤٥٣

الفصل الأول

عقود التبرع ٤٥٥ — ٤٧٧

أولا - الهبة ٤٥٦ - انعقادها ٤٥٦ - الرجوع فيها ٤٥٦ - السبب فى الهبة ٤٥٨ - ثانيا - الوصية ٤٦٤ - انعقادها ٤٦٤ - الغاية من الوصية ٤٦٥ - ثالثا - القرض ٤٧٠ - انعقاده ٤٧٠ - الغاية من القرض ٤٧١ - رابعا - العارية ٤٧٥ - انعقادها ٤٧٥ - السبب فى عقود التبرع ٤٧٧

الفصل الثانى

عقود الاستيثاق ٤٨١ — ٥١٥

الغرض منها ٤٨١ - أولا - الرهن ٤٨٢ - انعقاد الرهن ٤٨٢ - الغاية من الرهن ٤٨٤ - ثانيا - الكفالة ٤٨٧ - انعقادها ٤٨٧ - الغاية من الكفالة ٤٨٩ - مقارنة ٤٩٢ - غاية العقد وغاية العاقد ٤٩٥

خاتمـــة ٤٩٨

أساس المقارنة ٤٩٩ - هل يمكن فصل السبب عن الارادة ٥٠٠ - فى النظرية الايطالية ٥٠٢ - فى القانون الانجليزى ٥٠٢ - وحدة السبب أم ازدواجه ٥٠٣ - ما هو الوضع إذاً فى الفقه الإسلامى ٥٠٥ - هل المعاوضة المعتبرة شرعا تقابل الاعتبار ٥٠٨ - شرعية السبب فى الفقه الإسلامى ٥٠٩ - الجزاء على اختلال السبب ٥١٢

بيـــان المراجع

أولا — باللغة العربية

ثانياً — باللغة الأجنبية