جامعة القاهرة
كلية الحقوق
قسم الشريعة الإسلامية

مشروعية محل الالتزام فى الفقة الإسلامى

دراسة مقارنة بالقانون الوضعى

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق

إعداد الباحث
فوزى محمد محمود أبو طالب

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة :

الأستاذ الدكتور/ يوسف محمود قاسم
أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق
جامعة القاهرة- ووكيل الكلية الأسبق
مشرفاً ورئيساً

الأستاذ الدكتور/ نزيه محمد المهدي
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق
جامعة القاهرة- ووكيل الكلية الأسبق
عضواً

الأستاذ الدكتور/ الشحات إبراهيم منصور
أستاذ الشريعة الإسلامية
وعميد كلية الحقوق- جامعة بنها
عضواً

١٤٣٣هـ / ٢٠١٢م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما﴾

سورة النساء-
الآية ٢٩

إهـــداء

إلى روح أبي وأمي رحمهما الله، علهما يرضيان عن هذا العمل.

إلى زوجتي وأولادي الذين تحملوا معي مشقة وعناء السهر، فقد كانوا دائماً عوناً في إنجاز هذا البحث، وملازمين لي في كل ما كنت أسطره.

شكر وتقدير خاص

قال تعالى ﴿لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِن كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ﴾(سورة إبراهيم من الآية ٧)

ومن باب " وإنما يعرف الفضل لأهل الفضل ذووه "

أرى من واجبي أن أتقدم بالشكر الجزيل وعظيم التقدير الخاص إلى كل من:

الأستاذ الدكتور/ يوسف قاسم أستاذ الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق جامعة القاهرة لما بذله من جهد ومنحني من وقت في متابعة ومراجعة هذا العمل، ولما أبداه من ملحوظات موضوعية وتوجيهات علمية وخلقية سديدة، أسهمت في إثراء هذا البحث وتنقيته وإخراجه بهذه الصورة، فقد كان حقاً مرشداً وناصحاً أميناً في كل ما خطه الباحث من سطور هذه الدراسة، ولا عجب فهو غزير العلم خبير بمبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء وملماً بالقانون المدني الوضعي المصري وكثير من البلاد العربية والأجنبية، وإذا كنت أعد ما قام به تفضلاً منه، فإن ظني به أن يجعله حقاً لكل باحث في الفقه الإسلامي فجزاه الله خير الجزاء.

كما أتوجه بالشكر إلى **الأستاذ الدكتور/ نزيه محمد المهدي** أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق- جامعة القاهرة، لما أبداه من موافقة على مناقشة هذه الرسالة، وما بذله من جهد وعناء في قراءتها، لتصويب ما فيها من هنات قانونية.

كما أتوجه بالشكر إلى **الأستاذ الدكتور/ الشحات محمد منصور** أستاذ الشريعة الإسلامية وعميد كلية الحقوق- جامعة بنها، لما أبداه من موافقة على مناقشة هذه الرسالة، وما بذله من جهد وعناء في قراءتها، لتصويب ما فيها من هنات شرعية.

والله أسأل أن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه، وأن ينفع به كل من يطلع عليه ويفاد منه، وأن يكون ما بذلته من جهد لائقاً بالهدف الذي قصدت إليه، وهو خدمة الشريعة الإسلامية وإظهار مكانتها بين الشرائع. هذا وإن كنت قد أصبت فهذا بفضل الله وتوفيقه، وما كان من خطأ أو سهو فمني ومن الشيطان، وحسبي أنني اجتهدت، والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل.

شكر وتقدير

قال ﷺ (من لم يشكر الناس لم يشكر الله)

يسرني أن أتوجه بخالص الشكر والتقدير لكل من

الأستاذ الدكتور/ سيد أبو الجود، والدكتور/ محمد إبراهيم أبو خليل، والدكتور/ وائل سلطان، والأستاذ/ محمد سعد الله، لما بذلوه من جهد وقدموه من مساعدة أعانت في إنجاز هذا البحث.

جميع الإخوة العاملين بمكتبة الأزهر الشريف ومكتبة الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع ومكتبة كلية الحقوق بجامعة القاهرة لما قدموه للباحث من لإرشاد وخدمات أثناء البحث والإطلاع كان لها الأثر البالغ في سرعة إنجاز هذه الدراسة.

فجزى الله الجميع خير الجزاء وجعل ذلك في ميزان حسناتهم إنه سميع قريب مجيب الدعاء.

مُقَدِّمَة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام علي أشرف الخلق والمرسلين سيدنا محمد الذي بلغ الرسالة وأدى الأمانة وعلى آله وصحبه ومن اتبع هديه وسنته أجمعين وبعد!

فقد أنعم الله- سبحانه وتعالى- علينا بنعمة الإسلام، وجعلنا خير أمة أخرجت للناس تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر، قال تعالى ﴿كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ﴾[1].

أمة بعث على رأسها رسول كريم وصفه الله بما لم يصف به غيره من الرسل، إذ قال جل شأنه ﴿وَإِنَّكَ لَعَلَى خُلُقٍ عَظِيمٍ﴾[2].

فقد أرشدنا صلوات الله عليه إلى أهمية التمسك بالأخلاق الكريمة في تقويم سلوك الفرد والمجتمع والأمة بقوله ﷺ (إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق)[3].

فكانت مهمته الأولى تقويم الخُلُق، بعد إرساء العقيدة، وبذلك يصير الفرد عجينة لينة صالحة لتقبل الأحكام العملية والإلتزام بها، فهو القائل (الحلال بين والحرام بين، وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع فى الحرام، كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه)[4].

---

(1) سورة آل عمران من الآية رقم ١١٠

(2) سورة القلم الآية رقم ٤

(3) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن الشافعي- موطأ مالك وشرحه تنوير الحوالك- الطبعة الأخيرة- ١٣٧٠هـ ١٩٥١م- مطبعة مصطفى البابي الحلبي- ج٢ - ص ٢١١

(4) البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل- متن البخاري بحاشية السندي- دار المعرفة- بيروت- ج ١- باب فضل من استبرا لدينه- ص ١٩

فهرس المحتويات

الموضـــــوع	رقم الصفحة
المقدمة	أ – ط
الباب الأول: الإطار العام لمشروعية محل الالتزام **تمهيد**	١
الفصل الأول: المعرفة الذاتية لمشروعية محل الالتزام	٢
المبحث الأول: مفهوم المشروعية	٤
المطلب الأول: مفهوم المشروعية في الفقه الإسلامي	٥
المطلب الثاني : خصائص المشروعية الإسلامية	١٥
المطلب الثالث : مفهوم الشرعية في الفقه الإسلامي	٢١
المطلب الرابع : اختلاف المشروعية عن الشرعية	٢٣
المبحث الثاني: مفهوم الالتزام	٢٥
المطلب الأول : مفهوم الالتزام	٢٦
المطلب الثاني: تعريف الالتزام شرعاً	٣٧
المطلب الثالث: الدراسات المقارنة والبحث في الفقه الإسلامي	٤٠
المطلب الرابع: طبيعة الالتزام في الفقه الإسلامي	٤٤
المبحث الثالث : الأسس التى تقوم عليها مشروعية محل الالتزام	٤٦
المطلب الأول: أسس مشروعية محل الالتزام في الفقه الإسلامي	٤٧
المطلب الثاني : أسس مشروعية المحل في القانون	٥٢
المطلب الثالث: المقارنة بين أسس المشروعية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	٥٤
الفصل الثاني : مصادر مشروعية محل الالتزام في الفقه الإسلامي	٥٩

المبحث الأول : مصادر المشروعية في الفقه الإسلامي المتفق عليها	٦١
المطلب الأول : القرآن الكريم	٦٢
المطلب الثاني : السنة النبوية	٦٩
المطلب الثالث: الإجماع	٧٣
المطلب الرابع: القياس	٧٧
المبحث الثاني : مصادر المشروعية في الفقه الإسلامي	٨٢
المطلب الأول : الاستحسان	٨٣
المطلب الثاني : المصالح المرسلة	٨٦
المطلب الثالث : العـــرف	٩٣
المطلب الرابع : شرع من قبلنا	١٠٠
المطلب الخامس: سد الذرائع	١٠٤
المطلب السادس: قول الصحابي	١٠٧
المطلب السابع : الاستصحاب	١١٢
الفصل الثالث: مصادر مشروعية محل الالتزام في القانون	١١٥
المبحث الأول : العقد	١٢٠
المطلب الأول : التعريف بالعقد	١٢٤
المطلب الثاني: أركان العقد	١٢٩
المبحث الثاني : الإرادة المنفردة	١٥١
المطلب الأول : الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي	١٥٢
المطلب الثاني: الإرادة المنفردة في القانون الوضعي	١٥٦
المبحث الثالث : العمل غير المشروع	١٦١
المطلب الأول : العمل غير المشروع في الفقه الإسلامي	١٦٢

المطلب الثاني: العمل غير المشروع في القانون الوضعي	١٧١
الفرع الأول : المسئولية عن الأفعال الشخصية	١٧٢
الفرع الثاني : المسئولية عن فعل الغير	١٧٥
الفرع الثالث : المسئولية الناشئة عن الأشياء	١٨١
المبحث الرابع : الإثراء بلا سبب	١٨٥
المطلب الأول : دفع غير المستحق	١٨٦
المطلب الثاني : الإثراء بلا سبب	١٩١
المطلب الثالث: الفضالة	١٩٦
المبحث الخامس : القانون	٢٠٤
الفصل الرابع : مشروعية دستور ما بعد ٢٥ يناير وفـــق صحيفة المدينة	٢٠٧
الباب الثاني: الجانب الشكلي من مشروعية محل الالتزام	٢٤٧
تمهيد	٢٤٩
الفصل الأول : تحديد ماهية المحل في الفقه الإسلامي والقانون	٢٥٠
المبحث الأول : ماهية المحل في الفقه الإسلامي والقانون	٢٥١
المبحث الثاني : أنواع المحل في الفقه الإسلامي والقانون	٢٥٦
الفصل الثاني: وجود المحل في الفقه الإسلامي والقانون	٢٦١
المبحث الأول : وجود المحل في الفقه الإسلامي	٢٦٣
المطلب الأول: وجود المحل وقت التعاقد حقيقة	٢٦٤
المطلب الثاني: وجود أصل المحل وقت التعاقد ثم يتكامل بعده	٢٧١
المطلب الثالث: المحل عير موجود وقت التعاقد ومحقق الوجود مستقبلاً	٢٧٦

الفرع الأول: بيع السلم	٢٧٨
الفرع الثاني: بيع الاستصناع	٢٨٢
الفرع الثالث: عقد الإجارة	٢٨٥
المطلب الرابع: المحل غير موجود وقت التعاقد وغير محقق الوجود مستقبلاً	٢٩٣
الفرع الأول : ماهية الغرر	٢٩٤
الفرع الثاني: النصوص الواردة في الشريعة	٢٩٧
الفرع الثالث: بيوع الغرر في الشريعة والقانون	٣٠٠
المبحث الثاني : وجود المحل في القانون الوضعي	٣١٠
المطلب الأول : وجود المحل حالاً أو مستقبلاً	٣١١
المطلب الثاني : التعامل في التركة المستقبلة	٣١٦
الفصل الثالث: القدرة على تسليم المحل في الفقه الإسلامي والقانون	٣٢٣
المبحث الأول : القدرة على تسليم المحل في الفقه الإسلامي	٣٢٥
المبحث الثاني : القدرة على تسليم المحل في القانون الوضعي (شرط إمكان محل الالتزام)	٣٢٩
المبحث الثالث: الموازنة بينهما	٣٣٨
المبحث الرابع : بعض صور البيوع المتعلقة بالقدرة على التسليم	٣٤٠
المطلب الأول : بيع السمك في الماء والطير في الهواء	٣٤١
المطلب الثاني : بيع المضامين والملاقيح	٣٤٥
المطلب الثالث : بيع الآبق	٣٤٧

المطلب الرابع : بيع المغصوب	٣٥٠
الفصل الرابع: تعيين المحل وأثره على مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون	٣٥٣
المبحث الأول : تعيين المحل وأثره على مشروعيته في الفقه الإسلامي	٣٥٥
المبحث الثاني : تعيين المحل وأثره على مشروعيته في القانون	٣٦٧
المبحث الثالث : الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون في تعين المجل	٣٧٩
المبحث الرابع : تطبيقات على تعيين المحل والأثر على مشروعيته	٣٨١
المطلب الأول: بيع العين الغائبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	٣٨٢
المطلب الثاني: بيع المجهول في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	٣٩١
الفرع الأول : الجهل بذات المحل	٣٩١
الفرع الثاني : الجهل بجنس المحل	٣٩٧
الفرع الثالث : الجهل بنوع المحل	٣٩٨
الفرع الرابع : الجهل بصفة المحل	٤٠١
الفرع الخامس : الجهل بمقدار المحل	٤٠٧
الفرع السادس : الجهل بأجل المحل	٤١١
الباب الثالث: الجانب الموضوعي في مشروعية محل الالتزام (أن يكون المحل صالحاً للتعامل فيه)	٤١٧
تمهيـــــد	٤١٩
الفصل الأول: صلاحية المحل فيما يتعلق بالمطعومات والمشروبات	٤٢١
المبحث الأول: الضرورة وشروطها	٤٢٣

المبحث الثاني: عدم مشروعية الخمر وما في حكمها	٤٣٧
المطلب الأول : الخمر في الكتب الدينية وحكمة تحريمها	٤٣٨
المطلب الثاني: صور الاضطرار إلى استعمال الخمر	٤٥٠
المطلب الثالث: المخدرات والدخان وأحكامهما الشرعية	٤٦١
الفرع الأول : المخدرات	٤٦١
الفرع الثاني : الدخان	٤٧٦
المبحث الثالث : عدم مشروعية الميتة وما في حكمها	٤٨٥
المبحث الرابع : عدم مشروعية الدم ولحم الخنزير	٤٩٧
الفصل الثاني: صلاحية المحل للتعامل فيما يتعلق بتكوين الإنسان وعقيدته وتسييسه	٥٠٩
المبحث الأول : مشروعية المحل فيما يتعلق بأعضاء الإنسان من حيث جواز النقل وعدمه	٥١٢
المطلب الأول: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من نقل وزراعة الأعضاء بين الأحياء وبين الأموات والأحياء	٥١٧
المطلب الثاني: موقف شراح القانون والقضاء من نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء وبين الأموات والأحياء	٥٢٩
المبحث الثاني : مشروعية المحل فيما يتعلق بالمال السياسي	٥٤٠
المطلب الأول: الرشوة الانتخابية (نموذجاً للحرمة)	٥٤٤
المطلب الثاني: المؤلفة قلوبهم (نموذجاً للحل)	٥٦٣
المبحث الثالث : مشروعية المحل فيما يتعلق بالتأمين	٥٧٦

الفصل الثالث : صلاحية المحل للتعامل فيما يتعلق بالدائرة الاقتصادية	٦٢١
المبحث الأول : قابلية المال للتعامل وعدم قابليته لذلك	٦٢٤
المطلب الأول: عدم مشروعية التعامل في الإنسان	٦٢٥
الفرع الأول: عدم مشروعية التعامل في الإنسان في الفقه الإسلامي بعد تحريم الرق	٦٢٥
الفرع الثانى: عدم مشروعية التعامل فى الانسان فى الفقه القانونى	٦٢٩
المطلب الثاني: عدم مشروعية التعامل في الملك العام	٦٣١
الفرع الأول: عدم مشروعية التعامل في الملك العام في الفقه الإسلامي	٦٣١
الفرع الثاني: عدم مشروعية التعامل في الملك العام في القانون	٦٣٣
المطلب الثالث: عدم مشروعية التعامل في الأموال غير المتقومة	٦٣٦
الفرع الأول: عدم مشروعية التعامل في الأموال غير المتقومة في الفقه الإسلامي	٦٣٦
الفرع الثانى: عدم مشروعية التعامل في الأموال غير المتقومة في القانون	٦٤٠
المطلب الرابع: عدم مشروعية التعامل لمخالفة النظام العام والآداب	٦٤٥
الفرع الأول: عدم مشروعية المحل للتعامل فيه لمخالفته النظام العام والآداب في الفقه الإسلامي	٦٤٥
الفرع الثاني: عدم مشروعية المحل للتعامل فيه لمخالفته النظام العام والآداب في القانون	٦٤٨
المطلب الخامس: عدم مشروعية التعامل لوجود نص في القانون	٦٥٣

المبحث الثاني: اتساع دائرة الثمرة الاقتصادية والسياسية في الفقه الإسلامي عنها في القانون الوضعي	٦٥٦
الخاتمة	٦٨٣
قائمة المصادر والمراجع	٦٩٩
فهرس المحتويات	٧٣٩