قاعة الرسائل

جامعة فؤاد الأول — كلية الحقوق

نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي

الجزء الأول

في الفقه الحنفي

وبه فهرست تاريخي للمراجع

قاعة الرسائل

٥١٨ ح ٥٤ م

٥١٤

٥١٠ حاسب

«إنا لا نشتغل بالنظر في الجزئيات، لكونها لا تتناهى وأحوالها لا تثبت، وليس علمنا بها من حيث هي جزئية تفيدنا كمالا حكمياً أو تبلغنا غاية حكمية — بل الذي يهمنا هو النظر في الكليات»

ابن سينا

تأليف

محمد زكي عبد البر

رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون

مقدمة للمناقشة العلنية

لجنة الحكم:

حضرة الأستاذ الشيخ علي الخفيف — رئيساً

حضرة الأستاذ الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت — عضواً

حضرة الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة — عضواً

مطبعة الفجالة الجديدة بالقاهرة

١٣٦٩ هـ — ١٩٥٠ م

قاعة الرسائل

الإهداء

إلى والدىّ العزيزين : أمى رحمها الله ، وأبى حفظه الله .

* * *

إلى فقيه النفس ، المحب للفقه الإسلامى ، الناشر إيمانه به فى تلاميذه وفى الآفاق ، الساعى جهده - باخلاص - فى سبيل بعثه . . من غمرنى - من أجل الفقه الإسلامى - بعطفه الغزير وتشجيعه وتوجيهه : أستاذى العظيم حضرة صاحب المعالى الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى باشا .

* * *

إلى أستاذى الدكتور شفيق شحاته إقراراً بفضله ، مع عظيم تقديرى وشكرى .

تصدير

موضوع هذا البحث « نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى . الجزء الأول : فى الفقه الحنفى » . ولهذا الموضوع خطره فى فقه القانون المدنى ، فهو فوق أهميته العملية ، موضوع متشعب لأنه نقطة تلتقى عندها مسائل كثيرة منها : تقسيم العقود إلى عقود ملزمة للجانبين و عقود ملزمة لجانب واحد ، وتقسيمها إلى عقود مستمرة وعقود فورية ، و إلى عقود ترد على الملك وأخرى ترد على المنفعة ، ومنها تحديد الالتزامات الناشئة عن العقد ، وتمييز المتقابل منها من غير المتقابل ، ومنها الوفاء بالالتزام ، وما يقوم مقام الوفاء ، ومنها القوة القاهرة وأثرها فى سقوط الالتزام ، ومنها نظرية الفسخ ، ونظرية السبب أو غيرها من نظريات تقوم مقامها ، ومنها مبدأ سلطان الإرادة . فبحث هذا الموضوع يقتضى الإحاطة بكل هذه المسائل . فإذا عرفنا تشعب كل مسألة من هذه المسائل وكثرة الخلافات فيها ، وكثرة ما كتب وألف فى كل منها ، أدركنا أهمية هذا الموضوع ، ومايصادفه الباحث فيه من صعاب .

و إذا كان الأمر فى القانون كذلك فهو فى الشريعة أشد وعورة لما يلقاه الباحث ، فوق ما تقدم ، من صعوبات مردها الأول عدم صياغة أحكامها صياغة فنية كتلك التى نجدها فى القانون والتى نحاولها فى هذا الكتاب ، إذ هى عبارة عن حلول لمسائل كثيرة معقدة ، ومن هذه الحلول تستنبط القاعدة العامة . واستنباط القاعدة العامة أمر من الصعوبة بمكان لكثرة المسائل وتعقدها . وقد يختلف الحل فيها ، لا لاختلاف الحكم ، ولكن لاختلاف التقدير ؛ وقد يخفى هذا فيضطرب الحكم فى ذهن الباحث ، فلا بد له ليتفادى ذلك من كثير من البحث والاستقصاء . هذا إلى تعدد الروايات واختلافها ، وعدم مراعاة المؤلفين

أحياناً ذكرها جميعاً أو نسبتها إلى صاحبها مما يجعل الباحث فى حيرة . يضاف إلى ذلك أن كثيراً من عبارات الفقهاء غير محددة المعانى ، فيمكن حملها على أكثر من معنى ؛ وأن الحكم قديرد بغير تعليل ، أو بغير تعليل قريب .

أما الصعوبة الثانية ، وهى تتصل بالأولى ، فهى حال مؤلفات الفقه الإسلامى . فما زالت هذه المؤلفات ، على ضخامتها وكثرتها، فى حاجة إلى فهارس تهدى الباحث إلى موضع مسألته ولا يخامره شك فى أنها لم تبحث فى مواضع أخرى ، حتى لا يضطر ، إذا كان مدققاً ، إلى قراءة المؤلف كله ، وقد يتكون من عدة مجلدات ، بحثاً وراء مسألته . هذا فوق أن ما طبع منها قليل ، وأن الكثرة منها لم تطبع بعد . وما طبع لم يحظ بالعناية الواجبة فى التحقيق وفى الطبع . يضاف إلى ذلك تشتت المؤلفات ، مطبوعها ومخطوطها ، فى المكتبات العامة المختلفة وصعوبة الحصول على المطبوع منها ، وصعوبة المكث فى المكتبات للاطلاع على المخطوطات لظروف الباحث ولظروف المكتبات نفسها .

ولهذا السبب وذاك قل عدد الباحثين فى الفقه الإسلامى وضؤل إنتاجهم ، فواجب على الدولة تذليل هذه الصعاب كى يقبل الباحثون على الفقه الإسلامى ، وكى يزداد إنتاجهم فيزدادوا إقبالا عليه ، وتفيد الدولة بذلك الفائدة المرجوة(*) .

(*) كان ، ومازال ، تذليل كتب الفقة الإسلامى موضوع اهتمامنا وتفكيرنا منذ بدأنا البحث فى الفقه الإسلامى . ونحن نرى لذلك :

(ا) وجوب البحث والتنقيب فى أنحاء البلاد الإسلامية والشرقية وغيرها على آثار الفقهاء المسلمين الأقدمين ، فهناك مؤلفات ثمينة لم يصل إلينا للآن إلا اسمها وبعض محتوياتها فى مواضع متفرقة من كتب مختلفة ، وقد يؤدى البحث عنها إلى العثور عليها .

(ب) وجوب طبع المخطوطات الموجودة الآن والتى يعثر عليها ، بعد تحقيقها بالحالة التى ألفت عليها ، مع العناية بالطبع : فإن ذلك أثره فى إقبال الباحث على قراءتها . =

الفهرست

تصدير ص١ ـ ٧

المقدمة

(ا) المقصود بمسألة تحمل التبعة :

١ — كلمة عامة (ص٨ـ١٠) ٢ — عناصر المسألة (ص١٠) ٣ — العنصر الأول (ص١٠ـ١١) ٤ — العنصر الثاني (ص١١ـ١٦) ٥ — العنصر الثالث (ص١٦ـ٢٠)
٦ — العنصر الرابع (ص٢٠) ٧ — مدار البحث فى المسألة (ص٢٠)

(ب) التكييف القانونى لمسألة تحمل التبعة :

٨ — فى القانون الفرنسى خلاف : (ص٢٠ ـ ٢١) ٩ — الرأى الغالب (ص٢١ـ٢٢)
١٠ — الرأى الآخر (ص٢٣ ـ ٢٧). ١١ — فى القانون المصرى القديم : النصوص (ص٢٧ـ٢٨) ١٢ — رأى بعض الفقهاء (ص٢٨ـ٢٩) ١٣ — رأى فريق ثان (ص٢٩ـ٣٠) ١٤ — رأى فريق ثالث (ص٣٠ـ٣١) ١٥ — رأينا : تلخيص ماتقدم (ص٣٢) ١٦ — نقد رأى الفريق الثالث (ص ٣٢ـ٣٥) ١٧ — نقد رأى الفريق الأول ، وترجيح رأى الفريق الثانى (ص٣٥ ـ ٣٩) ١٨ — القانون المدنى الجديد (ص٣٩)

(حـ) الأساس القانونى لمسألة تحمل التبعة :

١٩ — فى القانون الفرنسى نظريتان : (ص٤٠) ٢٠ — نظرية الشرط الفاسخ الضمنى (ص٤٠ ـ ٤١) ٢١ — نظرية السبب (ص٤٢ ـ ٤٧) ٢٢ — فى القانون المصرى : (ص٤٧ـ٤٩) ٢٣ — رأينا : (ص٤٩ـ٥٠) ٢٤ — نقد نظرية الشرط الفاسخ الضمنى (ص٥٠ـ٥٢) ٢٥ — نقد نظرية السبب (ص٥٢ـ٥٧)
٢٦ — طبيعة العقد الملزم للجانبين (ص٥٧ـ٦١) ٢٧ — حماية الآداب والنظام العام فى حاجة إلى نص خاص (ص٦١ـ٦٢).

(د) الحل الصحيح لمسألة تحمل التبعة ، ومدى أخذ القوانين به :

٢٨ — الحل الصحيح (ص ٦٣) ٢٩ — فى القانون الرومانى (ص٦٣ ـ ٦٦)
٣٠ — فى القانون الفرنسى (ص٦٦ـ٦٧) ٣١ — فى القانون الألمانى (ص٦٧ ـ ٦٩) ٣٢ — فى القانون المصرى (ص٦٩) ٣٣ — تتغير الأحكام فى حالتين (ص٦٩)

الجزء الأول

نظرية تحمل التبعة فى الفقه الحنفى

٣٤ — تقسيم البحث (ص٧٢) ٣٥ — بيان بعض الاصطلاحات (ص٧٢)

الباب الأول : فى العقود التى تقع على الملكية

الفرع الأول : فى البيع

٣٦ — حكم البيع والالتزامات التى تترتب عليه (ص٧٥ـ٧٦).

الفصل الأول : التزام البائع بالتسليم (القبض)

٣٧ — التسليم وطبيعته القانونية (ص ٧٦ـ٨١) ٣٨ — يشترط فيه التمكين من البائع ، والتمكن من المشترى (ص٨١) ٣٩ — (ا) تمكين البائع المشترى من القبض (ص٨١ـ٨٤) ٤٠ — (ب) التمكن من المشترى (ص٨٤ـ٨٨) ٤١ — أمثلة (ص٨٨ـ٨٩) ٤٢ — تسليم غير المفرز (ص٨٩ـ٩٢) ٤٣ — التسليم الفعلى (ص٩٢)

الفصل الثانى : من الذى يتحمل تبعة الهلاك

(ا) الهلاك الكلى : ٤٤ — من الذى يتحمل تبعته (ص٩٣ـ٩٩) (ب) الهلاك الجزئى : ٤٥ — حكمه (ص٩٩ـ١٠٢) (ج) هلاك النماء : ٤٦ ـ حكمه (ص١٠٢ـ١٠٣).

الفرع الثانى : فى المقايضة .

٤٧ — تبعة الهلاك فيها (ص١٠٣ ـ ١٠٤)

الباب الثانى : فى العقود الواردة على المنفعة أو العمل

فى الاجارة

٤٨ — نوعا الإجارة (ص١٠٥)

الفرع الأول : فى إجارة الأشياء

الفصل الأول : الالتزامات المتقابلة

(١) التزامات المؤجر : ٤٨ مكرر ـ التزام المؤجر بالتمكين (١٠٦) ويتفرع عليه : ١ ـ الالتزام بالتسليم (ص١٠٦ـ١١٠) ٢ ـ الالتزام بإعداد العين للانتفاع (ص١١٠) ولكنه لا يلتزم بصيانة العين المستأجرة (١١٠ـ١١٢) ٤٩ — الالتزامات قائمة طول مدة الإجارة (ص١١٢ـ١١٣)

(ب) التزام المستأجر: ٥٠ — التزام المستأجر بدفع الأجرة (ص١١٣ـ١١٤)

الفصل الثانى : من الذى يتحمل تبعة الهلاك

(ا) الهلاك الكلى : ٥١ — تبعته . (ص ١١٥ — ١٢٢) (ب) الهلاك الجزئى : ٥٢ — تبعته (ص١٢٢ ـ ١٢٤) (ج) الاستحالة الوقتية : ٥٣ — تبعتها (ص ١٢٤ ـ ١٢٦)

الفرع الثانى : فى إجارة الأشخاص

٥٤ — نوعا الأجير (ص١٢٦)

الفصل الأول : الأجير الخاص

٥٥ — الالتزامات المتقابلة (ص١٢٧ـ١٢٨) ٥٦ — تبعة استحالة الوفاء (ص١٢٨)

٥٧ — الأجير الخاص وإجارة الأشياء (ص١٢٨ ـ ١٢٩)

الفصل الثانى : الأجير المشترك

٥٨ — تعريفه وقسماه (ص ١٢٩) (ا) من ليس لعمله أثر فى العين :

٥٩ — الالتزامات المتقابلة (ص١٣٠) ٦٠ — تبعة الاستحالة (ص١٣٠ ـ ١٣٢)

(ب) من لعمله أثر فى العين : ٦١ — حالتاه (ص ١٣٢) — ٦٢ فى الحالة الأولى : الالتزامات المتقابلة (ص١٣٣) ٦٣ — تبعة الاستحالة (ص١٣٤ـ١٣٥) ٦٤ — فى الحالة الثانية : الالتزامات المتقابلة (ص١٣٥ـ١٣٧) ٦٥ — تبعة الاستحالة (ص١٣٧ـ١٣٩)

٦٦ — رأى آخر فى بعض ما تقدم (ص١٣٩ـ١٤٠) ٦٧ — الخلاصة (ص١٤٠)

الباب الثالث : فى الشركة

٦٨ — لا يترتب عليها نشوء شخص معنوى (ص١٤١) ٦٩ — الالتزامات المتقابلة (ص١٤٢) ٧٠ — تبعة الاستحالة (ص١٤٢ـ١٤٣)

الباب الرابع : النظرية العامة

الفصل الأول : الحكم العام

(ا) فى حالة الاستحالة الكلية : ٧١ — حكمها (ص١٤٤ـ١٤٥) (ب) فى حالة الاستحالة الجزئية : ٧٢ — حكمها (ص١٤٥ـ١٤٦) (ج) فى حالة الاستحالة الوقتية: ٧٣ — حكمها (ص١٤٦ـ١٤٧) (د) النتيجة : ٧٤ — فحواها (ص١٤٧)

الفصل الثانى : الأساس الفقهى للحكم العام والنتائج التى تترتب عليه

٧٥ — طبيعة العقد (ص١٤٨ ـ ١٥١) ٧٦ — انفساخ العقد (ص ١٥١)

٧٧ — الانفساخ غير الفسخ (ص١٥١ ـ ١٥٢) ٧٨ — الانفساخ والفسخ غير البطلان والفساد (ص١٥٢) ٧٩ — الانفساخ والفسخ أثرهما رجعى (ص١٥٣ـ١٥٦)
٨٠ — الاتفاق على الضد (ص١٥٦ ـ ١٥٨)

الفصل الثالث ـ تكييف المسألة

٨١ — تكييفها (ص١٥٩)

الفصل الرابع ـ تقدير

٨٢ — مزايا النظرية (ص١٦٠ـ١٦١) ٨٣ — عظمة الفقه الإسلامى وأصالته (ص١٦١)

ملحق

ملاحظات على المؤلفات الحديثة والتقنينات

(ا) المؤلفات الحديثة

(١) كتاب المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية : تأليف المرحوم أحمد أبو الفتح (ص ١٦٢ — ١٦٣) (٢) النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية : تأليف الدكتور شفيق شحاته (ص١٦٣ — ١٦٤) (٣) النظرية العامة للفسخ فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى : تأليف الدكتور حسن على الذنون (ص ١٦٤) (٤) النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية : تأليف الدكتور صبحى المحمصانى (ص١٦٤ — ١٦٧)

(ب) التقنينات

(١) المجلة (ص١٦٨ـ١٦٩) (٢) مرشد الحيران (ص ١٦٩ـ١٧٠) (٣) مشروع القانون العراقى (ص١٧٠ـ١٧٢) (٤) فى القانون المصرى القديم (ص١٧٢ـ١٧٩) (٥) فى القانون الجديد : النصوص العامة (ص١٧٩ـ١٨٠) — النصوص الخاصة (ص١٨٠ـ١٨٢) ـ مصدرها (ص١٨٢) ـ المادة ١٥٩ (ص١٨٢ـ١٨٤) ـ المادة ٤٣٧ (ص١٨٤ـ١٨٦) ـ حرص المشرع وهو يقتبس من الشريعة الإسلامية (ص١٨٦ـ١٨٨) ـ ملاحظاتنا (ص١٨٨ـ١٩٠) ـ فى « المشروع المقترح لكتاب العقد المستمد من الشريعة الإسلامية » (ص ١٩٠ ـ ص١٩٤)

تقنين من وضعنا

(ص ١٩٥)

بيان الرموز (ص ١٩٦)

أهم المراجع

أولا ــ الشريعة الإسلامية :

(ا) المصادر : (١) الفقه الحنفى (ص ١٩٧ — ٢١٦) (٢) الفقه المالكى (ص ٢١٦ — ٢١٧) (٣) الفقه الشافعى (ص ٢١٧ — ٢١٨) (٤) الفقه الحنبلى (ص ٢١٩) (٥) فقه أهل الظاهر (ص ٢١٩) (٦) فقه الشيعة : ا — الإمامية ب — الزيدية (ص٢٢٠) (٧) فقه الخوارج (ص ٢٢٠) (٨) المذاهب المقارنة (ص ٢٢٠ — ٢٢١) ــ الطبقات والفهارس (ص ٢٢١) .

(ب) التقنينات والمؤلفات الحديثة : (١) التقنينات وشروحها (ص ٢٢٢) .
(٢) المؤلفات والدراسات الخاصة (ص٢٢٣ — ٢٢٤)

ثانياً ــ القانون المقارن :

(ا) القانون الرومانى : (١) كتب عامة (ص ٢٢٤ — ٢٢٥) (٢) دراسات خاصة (ص ٢٢٥ ــ ٢٢٦)

(ب) القانون الفرنسى : (١) كتب عامة (ص٢٢٦ — ٢٢٧) (٢) دراسات خاصة (ص٢٢٧ — ٢٢٩) (٣) المجلات ومجموعات الأحكام (ص٢٢٩) .

(حـ) القانون المصرى : (٢٢٩ــ٢٣٢) ــ المجلات ومجموعات الأحكام (ص٢٣١ــ٢٣٢) .

(د) قوانين غربية أخرى (ص٢٣٢) .

كلية الحقوق
جامعة القاهرة
510/1/1

٨١/ ١١٢٤