٧٥
٧٢٠٧٦
١٢/١
٣٩/٢
٥٢٧
قاعة الرسائل

جامعة القاهرة
كلية الحقوق

٢٥٤١
٤٧٨

نظرية العقد الموقوف

في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

رسالة مقدمة من

عبد الرازق حسن فرج

للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق

(الشريعة الإسلامية)

لجنة الحكم :

الاستاذ الدكتور محمد سلام مدكور رئيساً
الاستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوي } عضوين
الاستاذ الدكتور محمد زكريا البرديسي }

١٣٨٨ — ١٩٦٨

٨٥٢١
٤٠٢

بسم الله الرحمن الرحيم

« وما أوتيتم من العلم إلا قليلا »

« قرآن كريم »

وقال العماد الأصفهانى فى مقدمة معجم الأدباء « إنى رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً فى يومه إلا قال فى غده : لو غير هذا لكان أحسن ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر » .

مُقَدِّمَة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين . وبعد :

فإن الشريعة الإسلامية قد اشتملت على أحكام كثيرة تكفل للناس ما فيه سعادتهم وما فيه مصلحتهم والرحمة والعدل بهم .

فقد عرفت هذه الشريعة مبدأ الرضائية وفطنت إليه وأحكمت تطبيقه على ما عرض فى عصور فقهائها الأولين من قضايا لقرون خلت .

وقد حرمت أكل المسلم لمال أخيه بغير رضاه ، ولا شك أن من أكل مال مسلم بغير طيبة من نفسه فإنه يعتبر آكلا للمال بالباطل ، وقد صرح الرسول عليه السلام بهذا فى عدة أحاديث منها : « إنما أموالكم ودماؤكم عليكم حرام »[1] . كما راعت مصالح الناس الضرورية والحاجية وحثت على التعاون وعلى مساعدة الغير فى شئونهم دفعاً للضرر وجلباً للمصلحة .

ومن أبرز مظاهر هذا التعاون أن أباحت[2] الشريعة الغراء على ماهو معروف فى أغلب المذاهب الفقهية فكرة التصرف الموقوف على الإجازة فأباحت لمن يتصرف عن غيره دون ولاية ولا وكالة كالفضولى ومن فى حكمه التصرف عن الغير ، واعتبرت التصرف منعقداً صحيحاً لصدوره من أهله مضافاً إلى محله موقوفاً على إجازة من يملك الإجازة شرعاً من مالك أو ولى

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى ج ٥ ص ٢٦٨ .

(٢) جاء فى كتاب الإباحة عند الأصوليين للاستاذ محمد سلام مدكور الطبعة الثانية ١٣٨٥ هـ / ١٩٦٥ م ص ٣٢ : « الإباحة عند الأصوليين هى التخيير بين فعل الشىء وتركه ويعرفون المباح بأنه هو الأمر الذى خير الشارع بين فعله وتركه » .

وفى ص ٤٥ « الإباحة عند الفقهاء ضد الحظر فهى بمعنى يقابل التحريم » .

فهرس

صفحة

مقدمة : ٣
خطة البحث ٥

الباب التمهيدى

حقيقة العقد

تمهيد فى فكرة العقد قبل الإسلام وأنواع العقود التى كانت موجودة فى الجاهلية ٧

الفصل الأول

التعريف بالعقد

المبحث الأول : التعريف بالعقد فى الشريعة ١٠
المبحث الثانى : التعريف بالعقد فى فقه القانون المدنى ١٥

الفصل الثانى

تقسيم العقد من حيث الصحة والبطلان

المبحث الأول فى المذهب الحنفى ١٨
المطلب الأول : فى العقد الصحيح ١٨
الفرع الأول : النافذ اللازم ٢٠
الفرع الثانى : النافذ غير اللازم ٢٢
الفرع الثالث : الموقوف ٢٣
المطلب الثانى : العقد غير الصحيح ٢٥

صفحة

الفرع الأول : البطلان ٢٥
الفرع الثانى : الفساد ٢٦
المبحث الثانى : أقسام العقد عند الجمهور ٢٨
مرجع الخلاف بين الحنفية والجمهور ٣٠
الرأى الذى نرجحه ٣٢
المبحث الثالث : تقسيم العقد فى القانون المدنى ٣٣
خلاصة الباب التمهيدى ٣٥

القسم الأول

فى حقيقة العقد الموقوف ومحله وحكمه

الباب الأول

حقيقة العقد الموقوف وما يقابله فى القانون

الفصل الأول

التعريف بالعقد الموقوف وطبيعته وما يقابلهما فى القانون

المبحث الأول : التعريف بالعقد الموقوف وما يقابله فى القانون... ... . ٣٩
المطلب الأول : التعريف بالعقد الموقوف فى الشريعة : ٣٩
التعريفات التى وردت فى كتب الفقه القديمة — مناقشتها .
التعريفات التى وردت فى كتب الفقه الحديث ومناقشتها
المطلب الثانى : التعريف بما يقابل فكرة العقد الموقوف فى القانون : ٤٤
العقد القابل للابطال والعقد غير السارى أو غير النافذ
المبحث الثانى : طبيعة العقد الموقوف فى الشريعة وما يقابله فى القانون . . .
المطلب الأول : طبيعة العقد الموقوف فى الشريعة ٤٦
المطلب الثانى : طبيعة العقد القابل للابطال والعقد غير السارى فى
القانون ٤٨

صفحة

الفصل الثانى

مكانة العقد الموقوف بين العقود الأخرى وما يقابله فى القانون

المبحث الأول : مكانة العقد الموقوف بين العقود الصحيحة وغير الصحيحة ومايقابله فى القانون ٥٠

المطلب الأول : مكانه العقد الموقوف بين العقود الصحيحة وغير الصحيحة فى الشريعة ٥٠

المطلب الثانى : مكانة العقد القابل للابطال والعقد غير السارى بين العقود الصحيحة وغير الصحيحة فى القانون ٦٩

المبحث الثانى : مكانة العقد الموقوف بين العقود المنجزة والمضافة والمعلقة ومايقابله فى القانون ٧١

المطلب الأول : مكانة العقد الموقوف بين العقود المنجزة والمضافة والمعلقة فى الشريعة ٧١

المطلب الثانى : ما يقابل فكرة العقد المعلق والمضاف فى القانون ٧٨

الشرط الواقف ٧٨

الأجل الواقف ٨١

الفصل الثالث

حالات العقد الموقوف وما يقابل ذلك فى القانون

الفصل الأول

حالات العقد الموقوف فى الشريعة وما يقابلها فى القانون

المبحث الأول : حالات العقد الموقوف فى الشريعة ٨٣

المطلب الأول : الحالات التى تعتبر من قبيل العقد الفاسد ٨٧

المطلب الثانى : الحالات التى تعتبر من قبيل العقد غير اللازم ٨٨

صفحة

الفرع الأول : العقد المشروط فيه خيار المجلس ٩١
الفرع الثانى : العقد المشروط فيه الخيار مدة تزيد على ثلاثة أيام ٩٢
المطلب الثالث : حالات العقد الموقوف النفاذ ٩٤
المبحث الثانى : ما يقابل حالات العقد الموقوف فى فقه القانون ٩٧

الفصل الرابع

فى شروط النفاذ والتوقف والحكمة من الوقف

المبحث الأول : فى شروط النفاذ ١٠٢
المبحث الثانى : الشروط اللازمة لتوقف التصرف ١٠٤
المبحث الثالث : الحكمة من الوقف فى الشريعة والحكمة من قابلية العقد
للابطال فى القانون ١٠٧

الباب الثانى

محل العقد الموقوف وما يقابله فى القانون

تمهيد ١١١

الفصل الأول

محل العقد الموقوف من المعارضات

المبحث الأول : بيع ملك الغير ١١٤
المطلب الأول : بيع ملك الغير فى الشريعة ١١٤
معنى الفضولى فى الشريعة ١١٦
معنى الفضالة فى القانون ١١٧
- حكم بيع ملك الغير فى الشريعة ١١٩
المطلب الثانى : بيع ملك الغير فى القانون ١٢٢
المبحث الثانى : شراء الفضولى فى الشريعة وما يقابله فى القانون ١٣٢

صفحة

المبحث الثالث : إجارة ملك الغير ١٤٣
المطلب الأول : إجارة ملك الغير فى الشريعة ١٤٣
المطلب الثانى : إجارة ملك الغير فى القانون ١٤٩

الفصل الثانى

محل العقد الموقوف من التبرعات

المبحث الأول : هبة ملك الغير ١٥٢
المطلب الأول : هبة ملك الغير فى الشريعة ١٥٢
المطلب الثانى : هبة ملك الغير فى القانون ١٥٨
المبحث الثانى : وقف ملك الغير ١٦٠
المبحث الثالث : الوصية بمال الغير ١٦٥

الفصل الثالث

محل العقد الموقوف من العقود الأخرى

الزواج الموقوف ١٦٨
زواج الفضولى ١٧٠

الباب الثالث

حكم العقد الموقوف وما يقابله فى القانون

تمهيد : ١٧٦

الفصل الأول

حكم العقد الموقوف قبل الإجازة وما يطرأ عليه وما يقابل ذلك فى القانون

المبحث الأول : حكم العقد الموقوف قبل الإجازة وما يقابله فى القانون ١٧٧
المطلب الأول : حكم العقد الموقوف قبل الإجازة فى الشريعة ١٧٧

صفحة

المطلب الثانى : حكم العقد القابل للإبطال والعقد غير السارى قبل
الإجازة فى القانون ١٧٩
المبحث الثانى : ما يطرأ على العقد الموقوف قبل الإجازة ١٨٠
المطلب الأول : قابلية العقد الموقوف للفسخ قبل الإجازة وما يقابله
فى القانون ١٨٠
الفرع الأول : العقد الموقوف قابل للفسخ قبل الإجازة
فى الشريعة ١٨٠
الفرع الثانى: فسخ العقد القابل للإبطال قبل الإجازة فى القانون ١٨٢
المطلب الثانى : هلاك المحل أو الثمن قبل الإجازة فى الشريعة ومايقابله
فى القانون ١٨٤
الفرع الأول : هلاك المحل أو الثمن قبل الإجازة فى الشريعة ١٨٤
الفرع الثانى : هلاك محل العقد القابل للابطال فى القانون ١٨٧
المطلب الثالث : طروء الملك البات على الملك الموقوف فى الشريعة
وما يقابله فى القانون ١٨٩
الفرع الأول : طروء الملك البات على الملك الموقوف فى الشريعة ١٨٩
الفرع الثانى : مايقابل فكره طروء الملك البات على الملك
الموقوف فى القانون ١٩١
المطلب الرابع : موت المجيز قبل الإجازة ١٩٢
الفرع الأول: موت المجيز قبل الإجازة فى الشريعة ١٩٢
الفرع الثانى: موت المجيز قبل الإجازة فى القانون ١٩٧

الفصل الثانى

حكم العقد الموقوف بعد الإجازة وما يقابله فى القانون

تمهيد ٢٠١
المبحث الأول : حقيقة الإجازة ٢٠٢
المطلب الأول : التعريف بالإجازة وصيغتها ٢٠٢

صفحة

الفرع الأول : التعريف بالإجازة ٢٠٢
التعريف بالإجازة فى الشريعة ٢٠٢
التعريف بالإجازة فى القانون ٢٠٣
الفرع الثانى : صيغة الإجازة ٢٠٥
صيغة الإجازة فى الشريعة ٢٠٥
صيغة الإجازة فى القانون ٢١٢
المطلب الثانى : من له حق الإجازة ومحلها ومدتها ٢١٣
الفرع الأول : المجيز ٢١٣
المجيز فى الشريعة ٢١٣
المجيز فى القانون ٢١٥
الفرع الثانى : محل الإجازة ٢١٧
محل الإجازة فى الشريعة ٢١٨
محل الإجازة فى القانون ٢١٨
الفرع الثالث : المدة المقررة للإجازة ٢١٨
المدة المقررة للاجازة فى الشريعة ٢١٨
المدة المقررة للاجازة فى القانون ٢١٩
المدة المقررة للاجازة فى القانون المدنى العراقى ٢٢١
المطلب الثالث : شروط صحة الإجازة ٢٢٣
الفرع الأول : شروط صحة الإجازة فى الشريعة ٢٢٣
الفرع الثانى شروط صحة الإجازة فى القانون ٢٢٨
المطلب الرابع : حكم الإجازة ٢٣٠
الفرع الأول : حكم الإجازة فى الشريعة ٢٣٠
التصرفات التى يقتصر حكمها على وقت صدور الإجازة ٢٣١
التصرفات التى يثبت حكمها مستنداً إلى وقت صدورها ٢٣٢
الفرع الثانى : حكم الإجازة فى القانون ٢٣٤
المبحث الثانى : رفض الإجازة ٢٣٧

صفحة

المطلب الأول : رفض الإجازة فى الشريعة ٢٣٧
الفرع الأول : رد التصرف الموقوف ٢٣٧
الفرع الثانى : بطلان التصرف الموقوف ٢٤٢
المطلب الثانى : رفض الإجازة فى القانون ٢٤٣
المبحث الثالث : العقد إذا كان فى شق منه نافذاً وفى شق آخر موقوفا فى الشريعة
وما يقابله فى القانون ٢٤٥
خاتمة القسم الأول ٢٤٨

القسم الثانى

بعض التطبيقات على نظرية العقد الموقوف

الباب الأول

التصرف عن الغير دون ولاية

تمهيد ٢٥١
معنى الولاية والوكالة والرسالة فى الشريعة ٢٥٢

الفصل الأول

مخالفة الوكيل حدود الوكالة

المبحث الأول : مخالفة الوكيل حدود الوكالة فى الشريعة ٢٥٦
المطلب الأول : مخالفة الوكيل بالشراء ٢٥٦
المطلب الثانى : مخالفة الوكيل بالبيع ٢٦٥
المبحث الثانى : مخالفة الوكيل حدود الوكالة فى القانون ٢٧٥

الفصل الثانى

مدى ولاية المرتد فى التصرف

صفحة

حكم تصرفات المرتد أثناء ردته ٢٧٩

الباب الثانى

ناقص الأهلية ومعيب الإرادة

الفصل الأول

ناقص الأهلية

تمهيد ٢٨٧
المبحث الأول : تصرف الصبى المميز ٢٨٨
المطلب الأول : تصرف الصبى المميز فى الشريعة ٢٨٨
المطلب الثانى : تصرف الصبى المميز فى القانون ٢٩٨
المبحث الثانى : السفيه وذو الغفلة ٣٠١
المطلب الأول : تصرف السفيه وذى الغفلة فى الشريعة ٣٠١
الفرع الأول : تصرف السفيه فى الشريعة ٣٠١
الفرع الثانى : تصرف ذى الغفلة فى الشريعة ٣٠٩
المطلب الثانى : تصرف السفيه وذى الغفلة فى القانون ٣١١

الفصل الثانى

تصرف معيب الإرادة ٣١٥

تمهيد ٣١٥
المبحث الأول : تصرف المكره بالبيع ٣١٦
المطلب الأول : تصرف المكره بالبيع فى الشريعة ٣١٦
المطلب الثانى : تصرف المكره بالبيع فى القانون ٣٢٥
المبحث الثانى : عيوب الإرادة الأخرى غير الإكراه ٣٢٧
المطلب الأول : عيوب الإرادة الأخرى غير الإكراه فى الشريعة ٣٢٧
المطلب الثانى : عيوب الإرادة الأخرى غير الإكراه فى القانون ٣٢٩

صفحة

الباب الثالث

التصرف فيما تعلق به حق الغير

تمهيد ٣٣٣

الفصل الأول

تصرف الموصى لوارث أو لغير وارث ٣٣٤

المبحث الأول : تصرف الموصى لوارث أو لغير وارث فى الشريعة ٣٣٤
المطلب الأول : الوصية للوارث ٣٣٤
المطلب الثانى : الوصية للأجنبى ٣٤١
المبحث الثانى : تصرف الموصى لوارث أو لغير وارث فى القانون المدنى ٣٤٤

الفصل الثانى

تصرف المدين المحجور عليه الضار بمصلحة الغرماء ٣٤٦
المبحث الأول : تصرف المدين المحجور عليه فى الشريعة ٣٤٦
المبحث الثانى : تصرف المدين الضار بمصلحة الدائنين فى القانون المدنى... ... ... ٣٥٣

الفصل الثالث

بيع المرهون والمستأجر

المبحث الأول : بيع المرهون ٣٥٩
المطلب الأول : بيع المرهون فى الشريعة ٣٥٩
المطلب الثانى : بيع المرهون فى القانون ٣٦٦
المبحث الثانى بيع المستأجر ٣٦٨
المطلب الأول : بيع المستأجر فى الشريعة ٣٦٨
المطلب الثانى : بيع المستأجر فى القانون ٣٧٢

صفحة

الفصل الرابع

التصرف فى الحصة الشائعة بالبيع

المبحث الأول : التصرف فى الحصة الشائعة بالبيع فى الشريعة ٣٧٦
المبحث الثانى : التصرف فى الحصة الشائعة بالبيع فى القانون ٣٨٢
الخاتمة ٣٩٥
المراجع ٤٠٣
ملحق بتراجم الأعلام ٤٢١
فهرست ٤٣٣

تصويب الخطأ

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٢	٤ هـ	للحكم	للحكم
٢٨	١٠ هـ	ومباحث الحكم عند الأصوليين	وانظر له أيضاً مباحث الحكم عند الاصوليين
٤٠	٧	الملطب	المطلب
٦٣	١ هـ	موقوف	الموقوف
٦٥	٩	القياس على بيع الغدر	القياس على بيع الغرر
٧٦	٦	بالإجارة	بالإجازة
٨٦	٧ هـ	إنه	أنه
٩٢	١٢	بالانفاق	بالاتفاق
١١٣	٣ هـ	برىء والغاصب	برىء الغاصب
١١٩	٢ هـ	فى الفقرة السابقة	فى الهامش السابق
١٢١	٥ هـ	المنصف	المصنف
١٤٥	١٣ هـ	ص ١٣١٠	ص ٣١٠
١٤٥	٧	أجاز	أجار
١٤٧	١٥	إما	أما
١٤٧	١٥	وإما	وأما
١٤٨	٣ هـ	الإصافة	الإضافة
١٤٩	٩	جائراً	جائزاً
١٥٤	١	بأنه	بأنها
١٧٢	٩	الصورة	الصور
١٩٧	١	يعم على كل متوفى	يعم كل متوفى
١٩٩	٢	ومن م فإن	ومن ثم فإن
٢٠٨	٦	السكوت لا يعتبر	الاصل أن السكوت لا يعتبر
٢١٨	١٠	الوهب	الواهب
٢٢٥	١	أو وهب	وهب
٤٢	١	فهل	فهى
٢٤٢	١٩	فبهم	فهم
٢٤٥	١٥	انتفض	انتقض
٢٥٨	١٥	عقد	عقده
٢٦٥	٨	قاله به الجمهور	قال به الجمهور
٢٧٠	٥	وجنح	جنح
٢٨٠	١٤	مع العبد	من العبد
٢٨٠	٧ هـ	والمحتار	رد المحتار
٢٩٩	٥	مى لا تتمحض	هى التى لا تتمحض
٣١٦	٤ هـ	فالفتح جائز	فالفتح فيه جائز
٣٩١	٩	ولايكون الحق	ولايكون له الحق
٤٢١	١٦ هـ	مؤلفاته الآتية	فى مؤلفاته الآتية
٤٢٤	٨	أوله	وله
٤٢٤	١٣	ومن كتب	ومن كتبه
٤٣١	٢٠	سنه ٥٧ هـ	سنة ٧ هـ