جامعة القاهرة
كلية الحقوق

الاشتراط لمصلحة الغير
في الفقه الإسلامي والقانون المقارن

رسالة دكتوراه مقدمة من

عباس حسني
المستشار بإدارة قضايا الحكومة

لجنة الحكم مكونة من :

الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور (المشرف) رئيساً
الأستاذ الدكتور عبد الودود يحيى عضواً
الأستاذ الشيخ محمد أنيس عبادة عضواً

اعـــوذ بالله من الشيطان الرجيم

بسم الله الرحمن الرحـيم

قال الله تعالـــــى :

(واذا جاءهم امر من الامن او الخوف اذاعوا به ولو ردوه الى الرسول والى أولى الامر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم ولولا فضل الله عليكم ورحمتـه لاتبعتم الشيطان الا قليـــــلا) " صدق الله العظيم "

سورة النســـاء ٨٣

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمـــــــة

الحمد لله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه ، الحمد لله الذي علم الانسان مالم يعلم وارسل محمدا صلى الله عليه وسلم مبشرا ونذيرا ومعلما للعالمين .

الحمد لله الذي فاض بين العلماء والحكماء في الفهم والصلاح قال تعالى :

" وداود وسليمان اذ يحكمان في الحرث اذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين ـ ففهمناها سليمان وكلا آتينا حكما وعلما ... " (١) . وقال تعالى : " افرأيت من اتخذ الهه هواه واضله الله على علم ... " (٢) فالحمد لله الذي لم يقصر حسن الفهم على السلف دون الخلف وان كان هذا لا ينقص من قدر السلف شيئا والحمد لله الذي لم يقبل العلم بدون عمل واخلاص والحمد لله الذي جعل شريعته علما عظيما ميسرا لمن جاءه من بابه الصحيح قال تعالى " ولقد يسرنا القرآن للذكر فهل من مدكـــــر " (٣)

والحمد لله الذي جعل الحق كله في هذه الشريعة . قال تعالى " فماذا بعد الحق الا الضلال " (٤) وقال صلى الله عليه وسلم " ومن ابتغى الهدى في غيره (أي القرآن) أضله الله " (٥) فلله الحمد اولا وآخـرا . والصلاة والسلام على محمد النبي الامي عدد ما أحاط به علم الله وخط به قلمه واحصاه كتابه فقد بلغ ـ صلى الله عليه وسلم ـ الرسالة كاملة ولم يترك منها شيئا كبيرا أو صغيرا الا بلغه مؤتمرا بقوله تعالى : " يا أيها الرسول بلغ ما أنزل اليك من ربك وان لم تفعل فما بلغت رسالته " (٦)

وبقوله تعالى : " كما انزلنا على المقتسمين ـ الذين جعلوا القرآن عضين " (٧)

وبقوله تعالى : " افتؤمنون ببعض الكتاب وتكفرون ببعض فما جزاء من يفعل ذلك منكم الا خزي في الحياة الدنيا ويوم القيامة يردون الى اشد العذاب " (٨)

فعلم من هذه الايات الكريمات وغيرها ان هذه الرسالة لا تصلح الا كاملة دون ان ينقص منها حرف واحد وانه اذا قصر في تبليغ حرف منها فكأنه لم يبلغها وان من قسم القرآن فأخذ بعضه وترك بعضه فان له خزي الدنيا وعذاب الآخـــــرة .

ومن رجع الى تاريخ المسلمين في الماضي القريب أو البعيد وجده خير شاهد على هذا . ولذلك فانه صلى الله عليه وسلم امضى عمره في تبليغ الرسالة كاملة فاستحق بذلك المقام المحمود يوم الفزع الاكبـــر عليه وعلى آله وصحبه ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين افضل الصلاة والتسليم .

---

(١) الانبياء ٧٨ ، ٧٩ (٢) الجاثية ٢٣

(٣) القمر ١٧ ، ٢٢ ، ٣٢ ، ٤٠ والتكرار يفيد تأكيد التيسير .

(٤) يونس ٣٢

(٥) رواه الترمذي : انظر التاج الجامع للشيخ منصور علي ناصف جـ ٤ ص ٧

(٦) المائدة ٦٧

(٧) الحجر ٩٠ ، ٩١

(٨) البقـــــرة ٨٥

أما بعد فان ما نزل على محمد صلى الله عليه وسلم لهو امر عظيم وشائل لا يعرف مداه الا الذى انزله سبحانه وتعالى ذو الجلال والاكرام . فهذا القرآن العظيم لا يشبع منه العلماء ولا يخلق على كثرة الرد ولا تنقضى عجائبه ، وهذه السنة المطهرة لا تزال العلوم النافعة والكنوز الرائعة تستخرج منها حتى يوم الدين ولله الامر من قبل ومن بعد .

ومن البين ان التشريع الاسلامى جاء عاما للبشرية فى كل زمان ومكان ولذا فان النصوص فى غالبيتها مجملة تقف عند القواعد العامة ولذا أيضا كان الاجتهاد مصدرا رئيسيا بعد النصوص ولا يزال الاجتهاد مصدرا للتشريع الاسلامى بعد النصوص ما بقيت الحياة .

ولقد كذب على الله ورسوله من زعم ان باب الاجتهاد فى هذه الشريعة قد قفل لان معنى هذا ان الشريعة الاسلامية التى نزلت للناس كافة يقتصر فهمها على عصر دون عصر وقوم دون قوم وشتان بين الفهم وبين الفضل والتقوى فقد يجتمعان وقد يفترقان ولا ريب ان السلف جملة افضل من الخلف جملة لان الصادق المصدوق اخبرنا بذلك فقال صلى الله عليه وسلم : " خير امتى قرنى ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم " (١)

ولكنه اخبرنا ايضا ان هذا العلم باق الى ما قبيل الساعة فقال :

" من يرد الله به خيرا يفقهه فى الدين وانما أنا قاسم والله يعطى ولن تزال هذه الامة قائمة على امر الله لا يضرهم من خالفهم حتى يأتى امر الله " (٢)

ففهم هذه الشريعة هو الخير كله والرسول صلى الله عليه وسلم يقسم بين الناس الشريعة فيبينها لهم من غير تخصيص والله سبحانه يفاضل بين الناس فى الفهم كيف شاء . فالعجز والكيس من عنده ولن تزال هذه الامة — أى اهل العلم منها — قائمون على الحق حتى يوم الدين (٣) وكيف يعقل ان يقتصر فهم هذه الشريعة على القرون الاولى فقط وهى الشريعة الوحيدة التى تميزت عن سائر الشرائع بسرمديتها حتى يوم القيامة فهى شريعة كل العصور ولله در الشوكانى اذ يقول : " ومن حصر فضل الله على بعض خلقه وقصر فهم الشريعة المطهرة على من تقدم من عصره فقد تجرأ على الله عز وجل ثم على عباده الذين تعبدهم الله بالكتاب والسنة ويالله العجب من مقالات هى جهالات وضلالات فان هذه المقالة تستلزم رفع التعبد بالكتاب والسنة وانه لم يبق الا تقليد الرجال الذين هم متعبدون بالكتاب والسنة كتعبد من جاء بعدهم على حد سواء . فان كان التعبد بالكتاب والسنة مختصا بمن تقدمنا فى العصور السابقة ولم يبق لهؤلاء الا التقليد لمن تقدمهم ولا يتمكنون من معرفة احكام الله من كتابه وسنة رسوله ، فما الدليل على هذه التفرقة الباطلة والمقالة الزائفة وهل النسخ الا هذا سبحانك هذا بهتان عظيم " (٤)

فالاجتهاد لمعرفة احكام الشريعة أمر ضرورى بالنسبة لكل عصر لان الفقه الاسلامى على ثرائه العظيم ما هو الا قطرة فى بحر بالنسبة الى العلوم والمبادئ والافكار الرفيعة النافعة التى تزخر بها

---

(١) رواه البخارى جزء ٥ ص ٢ طبعة محمد على صبيح .
(٢) رواه البخارى ومسلم وغيرهما : انظر التاج الجامع للشيخ منصور على ناصف جزء ١ ص ٥٣
(٣) نقلنا هذا التفسير عن التاج الجامع جـ١ ص ٥٣ هامش ومابعدها .
(٤) ارشاد الفحول للامام الشوكانى ص ٢٥٤

تصويب واستدراك

ص	س	خطأ	صواب	ملاحظات
١٨	٤	آخر	أخرا	
٢٢	٢١ ٢٢٥	وذلك كاشتراط سلامة العين من العيب ما دام لم تشترط البراءة من العيب ومنه أيضا خيار الرؤيه	وذلك كاشتراط خيار الرؤيه	لقد اتضح لى ان خيار العيب شرط شرعى معلق عليه انهاء المشروط لانه ليس مطلوبا من المكلف تحصيله بل يتوقف عليه أمر احتمالى هو ظهور العيب أو عدم ظهوره وهذا بعكس خيار الرؤيه لان رؤية الشئ المبيع أمر محتم اذ ان التزام المشترى بتسليم الشئ الى البائع من حقوق العقد والتسليم يفضى بطبيعته الى الرؤيه ولهذا استدركت هذا الخطأ هنا ٠
٢٣	٧	واما خيار العيب فهو من هذه الناحية يعتبر شرطا مفسرا ٠٠٠ الى مفضية الى نزاع	ومثال الشرط المقارن الشرعى المفسر لارادة المتعاقدين قول النبى صلى الله عليه وسلم "من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للذى باعها الا ان يشترط المبتاع فظاهر النخل المؤبر شرطها للذى للبائع ولكن هذا الشرط المقارن الشرعى يجوز الاتفاق على ما يخالفه	لقد حذفت خيار العيب لما تبين لى اخيرا انه شرط معلق عليه ونحن هنا فى معرض التمثيل للشرط المقارن الشرعى المفسر لارادة المتعاقدين ٠
٢٣	١٤	الخيارى ، الرؤية والعيب	لخيار الرؤية وخيار النخل المؤبر	

بيان الرموز ص = رقم الصفحة س = رقم السطر هـ = هامش ٠

ص	س	خطأ	صواب
٢٥	٤	ومثال ذلك اشتراط سلامة العين البيعة من العيب ما دام لم تشترط البراءة من العيب	ومثل ذلك اشتراط ثمرة النخل المؤبر للبائع ما لم يتفق على غير ذلك
٢٥ هـ ٢	٦ ٧ هـ	وعند ٦٤ من الرسالة	وعند ٢٢ ص ٢١ هامش ٤ ، ٥ من الرسالة
٢٥	٢٢	كتابا	كتابا
٣٠	١ هـ	صفا	صفا
٣٠	١١	حفد	فقد
٣٠	١٢ هـ	لاالاكونيا	لا لكونها
٣١	١٢ هـ	حفضت	خفضت
٣٢	٥ هـ	مالله	ماله
٣٣	٩	الحنابا	الحنابلة
٣٥	١٤	مقصود	متصود
٣٦	٥	وكذا	وهكذا
٣٦	١٦	ها	هنا
٣٦	٢١	ها	هنا
٣٦	٨ هـ	الحكيمتين	الحكيمين
٣٧	١	متعرض	سنتعرض
٣٨	٦	الحاضر اقتضى	الحاضر فقد اقتضى
٣٩	٩	اللاتينيج	اللاتينيه
٤٠	١ هـ	بلابنول	بلانيول
٤١	٨	بعد ذلك بعد ذلك	الثانية ملغاه
٤٢	٢١	واجوباز	واجاز
٤٥	١٦	والمشروط	والشروط
٤٦	١٦	لحيان	لحيان
٤٦	٢٣ هـ	ولولا هذين الكتابين	ولولا هذان الكتابان
٤٧	١٧	فحد	فحمد
٤٨	٩	بالوفاء	الوفاء
٤٨	١ هـ	النحل ١	النحل / ٩١
٥٠	١ هـ	ابن ليلي	ابن ابي ليلى
٥٣	١٥	جابر	جابرا
٥٣	٢١	أم	أن
٥٤	٥ هـ	من	مع
٥٤	٥ هـ	للتنوي	للنووي
٥٥	١	يصح	يصح
٥٥	٥	والعقد يبطل به أيضا إذا وقع الشرط في صلب العقد	كما ان العقد يبطل بالشرط اذا وقع في صلبه

ص	س	خطأ	صواب
٥٥	٧	يقصد	يقصد
٥٥	١٩	التكليك	التمليك
٥٥	هـ	مسالم للنووى	مسلم للنووى
٥٧	١٤	واشتراطى	واشترطى
٥٧	هـ	ور	نه
٥٧	٦هـ	باعتقها	باعتاقها
٥٧	١٣هـ	فى غاية فى القوة	فى غاية القوه
٥٨	٩	يكون والا	يكون الا
٥٩	١	النظر اليهم	النظر اليهن
٦١	١٣	هو اعتاده	هو ما اعتاده
٦١	٤هـ	سند	مسند
٦٣	١٨	يترك به القياس	يترك القياس
٦٧	١٣	خمرا	خمر
٦٨	٢٠	اللى	الى
٦٩	١٤ و ١٥	لتعارض هذه الاحاديث جميعها	لتعارض هذه الاحاديث جميعها الاحاديث الظاهرى ويرى اصحاب مالك ان مذهبهم قد وفق بين هذه الاحاديث جميعها
٧١	١١	للمتعاقدا	للمتعاقده
٧١	١٥	فيوفقون	فيوفقون
٧١	٢٧	والشروط	والشروط فحسب وانما يرجع ايضا الى تخفيفهم فى الشروط اللازم توافرها فى محل العقد فى انعقاده وفى الربا
٧٥	٣	غير الصحيحة	غير صحيحه
٧٨	٣	به الارحام	به والارحام
٧٨	٩	عمر	عمرو
٧٨	١٣	عقبه ابن عامر	عقبم بن عامر
٨٠	١٦	سليمان ابن بلال	سليمان بن بلال
٨١	٢٣	مستمسكون	مستمسكين
٨٢	٤	الا تكون	الا ان تكون
٨٢	٢	لعدم العقوبه	لعدم تحريم العقوبه
٨٢	١٧	كجتابر	جابر
٨٢	٢١	عقدا	عقد
٨٦	١٥	ولو	هذا ولو
٨٩	٨ و ٩	بلد ليوفيه بلك	بلده ليوفيه فى بلده
٩١	٨	اجازواه	اجازوه
٩١	٩	على ابن ابى ظالب	على بن ابى طالب
٩٦	٨	الشراط	اشتراط
٩٩	٧	وكان	صح وكان
٩٩	١٨	شرائها	شراءها
٩٩	٢١	قد قدم	قد
١٠٣	٦	شروطا	شروط
١٠٨	١٧	الملزم لطرفى واحد وهو المتعهد	الملزم لطرفين وهما المتعهدان
١١٠	٧	لتلتزم	لتلزم
١١٠	٣هـ	احداهما	احدهما
١١٥	١٥	كان من	كان ناس من
١١٥	١٦	فداتهم	فداءهم
١١٦	١	لان هذا العقد فى	لاغيه للتكرار

ص	س	خطأ	صواب
١١٧	٩	وبين المسلمون	وبين المسلمين
١١٨	٩	ما عشت فاعتقتنى واشترطت على	ماعشت فقلت وان لم تشترطى على مافارقت رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعشت فاعتقتنى واشترطت على
١١٨	١٠	ماعاش	لاغير
١٢٠	٤	مع استثناء خدمه	مع استثناء خدمة العبد من هذا الاسقاط لمصلحة الغير ٠
١٢١	١ هـ	المشدى	الشدى
١٢٦	٦	يتصوروا	يتصور
١٢٦	٨	كانوا	كان
١٢٧	٧	ولاتبت	ورتبت
١٣٩	١٤	" المدين " لان	" المدين " ان كان معسرا لان
١٣٩	١٧	والآخرة	والآخرة اذا كان معسرا
١٤٠	٢،٣	الفرض) لابد ان ياتم	الفرض) اما ان يتم
١٤٠	٤	واذا	واما اذا
١٤١	٢٥	ضمان ضمان	ضمان لا يعتبر
١٤٥	٢٢	يعتبر	
١٤٦	٧ هـ	وبين المسلمين	فى
١٤٨	٥	ماعشت فقلت وان	واتجوا
١٥٠	٥	لم تشترطى على مافارقت رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعشت فاعتقتنى واشترطت على	كالاحناف
١٥٠	٩	لاغيه	معسرا
١٥٠	١١	مع استثناء خدمة العبد من هذا الاسقاط لمصلحة الغير ٠	صريحا
١٥٠	٣ هـ	الشدى	
١٥٤	١١	يتصور	له
١٥٦	٢	كان	ضمنيا بعكس الحال فى القانون الذى استلزم الاشتراط
		ورتبت	
		" المدين " ان كان معسرا لان	
		والآخرة اذا كان معسرا	
		الفرض) اما ان يتم	
		واما اذا	
		ضمان لا يعتبر	

ص	س	خطأ	صواب
١١٧	٩	وبين المسلمون	وفى
١١٨	٩	ما عشت فاعتقتنى واشترطت على	وإحتجوا كالاحناف واما المقيده فهى التى يكون فيها المحال/مدينا للمحيل
١١٨	١٠	ماعاش	معسر
١٢٠	٤	مع استثناء خدمه	صريحا ولكن المادة ٢/٩٠ مدنى اجازت بصفة عامة ان يكون التعبير عن الارادة ضمنيا
١٢١	١ هـ	المشدى	١٥٤ مدنى ولكن قد يرد على هذا بأن المادة ٢/٩٠ مدنى نصت على انه يجوز ان يكون التعبير عن الارادة ضمنيا وهذا صحيح ولكن القانون لم ولن يعرف العقد بالارادة المنفردة
١٢٦	٦	يتصوروا	
١٢٦	٨	كانوا	
١٢٧	٧	ولاتبت	
١٣٩	١٤	" المدين " لان	
١٣٩	١٧	والآخرة	
١٤٠	٢،٣	الفرض) لابد ان ياتم	
١٤٠	٤	واذا	
١٤١	٢٥	ضمان ضمان	له حقه ضمنيا فحوالة الدين
١٤٥	٢٢	يعتبر	
١٤٦	٧ هـ	وبين المسلمين	
١٤٨	٥	ماعشت فقلت وان	
١٥٠	٥	لم تشترطى على مافارقت رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعشت فاعتقتنى واشترطت على	
١٥٠	٩	لاغيه	
١٥٠	١١	مع استثناء خدمة العبد من هذا الاسقاط لمصلحة الغير ٠	
١٥٠	٣ هـ	الشدى	
١٥٤	١١	يتصور	
١٥٦	٢	كان	
		ورتبت	
		" المدين " ان كان معسرا لان	
		والآخرة اذا كان معسرا	
		الفرض) اما ان يتم	
		واما اذا	
		ضمان لا يعتبر	