جامعة القاهرة
كلية الحقوق

نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي

مقارنة

بالتشريع الوضعي

(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع المصري)

بحث مقدم من

هاشم عبد المقصود سعد

للحصول على درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي

(دراسة مقارنة)

٢١٩٣

وقد شكلت لجنة الحكم على الرسالة من :-

الأستاذ الدكتور /	عبد الودود يحيى - المشرف على الرسالة -	رئيسًا
الأستاذ الدكتور /	عبد الناصر توفيق العطار	عضوًا
الأستاذ الدكتور /	يوسف قاسم	عضوًا
الأستاذ الدكتور /	أنور طلبة - المشرف على الرسالة -	عضوًا

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

" بسم الله الرحمن الرحيم "

" مقـــدمـــــة "

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيد الأنبياء والمرسلين ، وحجة العالمين في أمور الدنيا والدين ، إلى يوم الدين .

أما بعـــــد ..

فإن أجل شيء في الحياة الكفاح فيها ، وأشرف الكفاح ما كان مجاله نوافع العلم ، ومناقب الشرع حيث تسمو فيه الرفعة وتتسامى عما في سواه من مجالات الحياة ، ولم لا ؟! وهو الحفاظ على تركة الأنبياء ، وبه ترتفع أعلام الحضارة والكرامة والرخـــاء .

ولما كانت التعاقدات والاشتراطات من أهم موضوعات الحياة ، وأكثرها شيوعا ووقوعا ، وتمضي بها عجلات التطور سريعا ، فإنه تبرز في هذا المجال أهميـــــة الحديث عن حرية الإرادة ، وضرورة وضع إطار عام لها ، خاصة وأن شقة الخـــلاف الفقهي فيها جد متسعة ، لاسيما في الفقه الإسلامي ، ولهذا فقد آثرت أن تكـــون نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريعات المصرية هـــي موضوع رسالتي لنيل درجة الدكتوراه ، وهي نظرية أحببتها حبا واستحسنتها موضوعا ، فاجتبيتها رسالة ، ثم عايشتها بحثا ، وقدحت فيها فكرا ، ذلك لأنني وجدت في موضوعها مثالا ، أستليح من خلاله إشباع رغبة ملحة في قلبي ، ودافع قوي فـــي كياني ، وهو إبراز التشريعة الإسلاميـة من طبيعة خاصة ، تأصلت في نفسي منـــذ أن كان وعيي ، وكانت عقيدتي ، وكانت دراستي ، أود تإبرازها في هـــذه الفترة التي كثر فيها تردد الدولة إقداما وإحجاما عن تطبيقها .

ولما كانت التشريعات الغربيـة قد سادت المناطق العربية والإسلامية منذ فترة زمنية ، واعتقد من اعتقد في تقدمها ، وحاول بعض الباحثين في الشريعة الإسلامية لي عنقها ، لتطويعها للمبادئ والنظريات الوضعية ، التي اعتقد رجحان كفتهـــا

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

على غيرها من المبادئ والنظريات الوضعية الأخرى ، ظنا منه أنه بهذا العمل يضع هذه الشريعة في إطار تطوري ، وأن هذا الإلحاق يسمها بالتقدمية ، رغم أنها قد حملت معها منذ مولدها ، وحتى يرث الله الأرض ومن عليها كل عوامل التقدم والتطور والرخاء ، وأنها الشريعة العصماء الإلهية المصدر ، السامية القدر والمكانة ، العامة التي جعلها الله ليس للإنس خاصة ، بل للإنس والجن عامة[1] ، عدلا وهداية ورحمة ، وأن عمله هذا يمضي دون اقتباس من نورها ، أو ارتشاف من رحيق عظمتها ؛ لاختلافها البين عن غيرها ، لأنه سرعان ما يثبت خطأ تلك المبادئ أو النظريات ، التي ربط بها الشريعة الغراء .

انطلاقا من هذا الاعتبار الراسخ ، واليقين الثابت ، عزمت على أن أظهر بصدق الدليل ، وأمانة البرهان ، ما لهذا التشريع الإلهي الأعظم من طبيعة خاصة ، فيما جمع فأوعى ، وفيما أبدى فأبدع ، وفيما يبدي فيقنع ، فتشريع من ليس كمثله شيء ، لا يدانيه تشريع من مثله شيء[2] .

ولقد اتجهت في معالجة موضوع رسالتي هذه منهجا مقارنا ، تخيرت فيه القانون المدني المصري - بصفة خاصة - وغيره من التشريعات المصرية إذا لزم الأمر - بصفة عامة - للمقارنة بالشريعة الإسلامية ، والفقه الإسلامي ، دون التقيد بمذهب فقهي معين ؛ وذلك حتى تبدو صورة المقارنة في شمولها ، أكثر جلاء لحقائق الأمور حسب مقتضياتها وظروفها . في إطار نوعت فيه بين المصادر المرجعية ، وركزت فيه على القديم منها ، دون إهمال حديثها ، حتى يمكن الإلمام بالنصوص والآراء في الجزئيات التي تكون محلا للمعالجة ؛ لأتخذ لنفسي في الآراء رأيا ، مرجئا الحديث عن النتائج ، لحين الانتهاء من جزئيات كل موضوع من الموضوعات الواردة بشأنه ، حتى تتضح أمامي كل جوانب الفكرة ، ومناحي النظرة . ثم كان بعد ذلك مراجعة ما سبق بالرسالة نقله ؛ للتأكد من سلامة الأخذ ، وأمانة النقل ، مبتغيا من وراء ذلك أهدافا أهمها :

---

(١) وفي هذا الشأن نزلت السورة رقم ٧٢ من القرآن الكريم ، وهي سورة الجن ، كما نزل منه آيات أخرى .

(٢) يقول المولى سبحانه وتعالى عن ذاته العلية في الآية رقم ١١ من سورة =

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أولا : صياغة نظرية علمية لحرية العقود والشروط ، في ضوء مفاهيم محـــدودة ، وتحقيق وتأصيل هذه الحرية في الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامـــي من حيث المبدأ والأصول والاستثناءات الواردة عليها والقيود التي تحد منهـا واستعراض مواقف المذاهب الفقهية المتباينة ، ومقارنة كل ذلك بالتشريعات المصرية والآراء القانونيـــة المقابلة .

ثانيا : تحقيق الطبيعة الخاصة التي تفردت بها الشريعة الإسلامية علـــى التشريعات الوضعيـــة .

ثالثا : أن تكون هذه الدراسة بالنسبة لي بداية جادة ، لتحقيق تلك الطبيعـة في غير مجال هذه الرسالة ، إحقاقا للحـق .

ولقد كان منهاج دراستي لموضوع رسالتي هو أن أقسمه إلى خمسة أبواب هي :

الباب الأول " التمهيد " : في تحديد مفهوم الحرية . وتحديد مفهومـــي العقد والشرط في الفقه الإسلامي والقانون المصري .

الباب الثانـــي : حرية التعاقد والاشتراط : مبدأ وأصولا والاستثناءات الواردة عليها ، والقيود التي تحد منها في الشريعة الإسلامية والتشريعات المصريـــة .

= الشورى : " ليس كمثله شـيء وهو السميع البـصير " .

وفي هذا المعنى ينفي الأستاذ / عبد القادر عوده ، وجود وجه شبه بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، وذلك في كتابه " التشريع الجنائـــي الإسلامي ، مقارنا بالقانون الوضعي " جـ ١ (القسم العام) ص ١٣ ، طـ ٢ المدنـي (المؤسسة السعودية بمصـر) سنة ١٣٧٩ هـ / سنة ١٩٥٩ م حيث جـــاء :

" ووجه الخطأ في هذا القياس ، أنهم سووا بين القوانين الوضعيـــة التي وضعها البشـــر ، وبين الشريعة الإسلامية ، التي تكفل بوضعها خالق البشر ، فهم حين يقيســون ، إنما يقيسون الأرض بالسماء ، والناس برب الناس ، فكيـف يستوي في عقل عاقل ، أن يقيس نفسه بربـه ، وأرضـــه بسمائـه ؟.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الباب الثالث : الإرادة .. وحرية التعاقد والاشتراط فى الشريعة الإسلامية والتشريع المصرى .

الباب الرابع : مدى حرية الارادة فى تعليق العقد على الشرط ، وقران الشرط به ، وإضافة العقد إلى مايستقبل من الزمان .

الباب الخامس : الخيارات أهم مظاهر حرية التعاقد والاشتراط فى الفقه الإسلامى ، وموقف التشريع المصرى منها .

* * *

بقى بعد هذا أن أتوجه بالشكر الكثير ، والعرفان والتقدير إلى أساتذتى الأجلاء الذين أشرفوا على هذه الرسالة ، لما أسدوه لى فى هذا المجال من فضائل ، هى على درجة من القيمة ، يعجز أن يعبر عنها لسان ، أو أن يسطرها بنان ، لأنها بالعلم قد سمت وتسامت على ماسواها .

هاشم عبد المقصود سعد

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit