تأثير الْفِقْهِ الإِسْلاَمِي في إثراءِ القانونِ المدني العراقي

"دراسة مقارنة"

أ.م.د. أحمد حميد سعيد أ.م.د. بشير سلطان شهاب

جامعة الموصل / كلية التربية الأساسية / قسم التربية الاسلامية

(قدم للنشر في ٢٠١٩/٩/٢٤ ، قبل للنشر في ٢٠١٩/١٠/١٤)

ملخص البحث:

يهدف البحث الى بيان تأثير الفقه الإسلامي في اثراء القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١م) والمعمول به حالياً في العراق ، والذي إنبثق عن هذه الشريعة السمحة لذا أولى رجال القانون والقضاة الاهتمام به ، فجاء جامعاً بين قواعد نُقلت عن الفقه الإسلامي ، ونظريات فقهية اعتمدها القانون المدني العراقي في نصوصه.

Abstract:

The purpose of the research is to explain the effect of Islamic jurisprudence on the enrichment of the Iraqi Civil Code no 40 of 1951 which is currently in force in Iraq. This Law was derived from this noble law . Therfore the first jurists and judges focused on it.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

المقدمة

الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي شَرَعَ لَنَا مِنَ الدِّينِ مَا تَسْتَقِيمُ عَلَيْهِ حَيَاتُنَا، وَنَشْهَدُ أَنْ لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللَّهُ وَحْدَهُ لاَ شَرِيكَ لَهُ الْحَكِيمُ الْعَلِيمُ بِمَصَالِحِ عِبَادِهِ، وَنَشْهَدُ أَنَّ سَيِّدَنَا مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ الَّذِي خَتَمَ اللَّهُ بِهِ الرِّسَالاَتِ، وَأَتَمَّ بِهِ النِّعْمَةَ، وَأَكْمَلَ بِهِ الدِّينَ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ وَمَنْ تَبِعَهُمْ بِإِحْسَانٍ إِلَى يَوْمِ الدِّينِ.

و بَعْدُ: فَإِنَّ لِكُلِّ أُمةٍ عريقةٍ قانون يحكمُ تصرّفاتِ أبنائها ، وينظمُ عِلاقَاتِها بالأُمم الأُخرى ، والأُمةُ الإسلامية من هذه الأُمم التي امتازت بنظامٍ فقهيٍّ شاملٍ متطورٍ استمدت منه القوانين المدنية نصوصها، ومنها القانون المدني العراقي ، واستوعبت كُل ما تتطلبه حياةُ المسلمين العامة والخاصة، وإن هذا النظام الفقهي الرائع كفيل بتحقيقِ العدالة ، وتوفيرِ أسباب الأمن والطمأنينة والسعادة للناسِ جميعاً ، سواء أكانَ ذلكَ في معاملاتها المدنية أوغيرها ؛ لأنه مبنيّ على قاعدةِ المساواة في الحقوقِ والواجبات ، ولأن أحكامهُ مؤسسة على الاعتدال من غيرِ إفراطٍ ولاتفريط ؛ بل إنه يمتازُ عن سائرِ النظمِ بتوفيقه بين المصالح الدينية والدنيوية .

و لّما كانَ العراق مهدُ الفقه الإسلامي وموئل تراثِهِ الخالد الذّي انبثق عن هذه الشريعة السمحة لذا فقد التزمَ رجالُ القانون فيه الأخذ بهذا الفقه كلما وسعهم ذلك ، فجاء القانون المدني العراقي جامعاً بين قواعد نقلت عن الفقه الإسلامي، ونظرياتٍ فقهيةٍ متعددةٍ ، فتأثيرُ الفقه الإسلامي في القانون المدني العراقي واضح جداً، حيثُ قُننت هذه القواعد والنظريات الفقهية متمثلةً بمجلة الأحكام العدلية باهتمام من قِبل الدولة العثمانية إذ تخيّرت فيها أحكام المعاملات المالية في الفقه الحنفي ، فبلغت موادها القانونية (١٨٦١) مادة ، وهي أولُ تدوينٍ للفقه الإسلامي في المجال المدني في إطارِ بنودٍ قانونية إذ استقى منها القانون المدني العراقي عند تشريعه أغلب نصوصهِ منها ، حيثُ حملِ السنهوري – رحمه الله– مُهمة وضع القانون المدني العراقي ، فكانَ هدفه منه هو قانون مدني إسلامي المرجعية والنظريات ، لا يأخذ من القوانين الغربية إلاّ من الصياغة فقط ، لذلكَ يُعملُ به اليوم في سوحِ المحاكمِ المدنية العراقية ، وهدفه المرجو منه هو تحقيقُ العدالة بين الناس.، فتأثيرُ الفقه الإسلامي مثلاً في القانون المدني العراقي المعمولُ به اليوم في القضاء بلغَ نسبة ٩٠% ، وهذا دليل على النهضة التشريعية الحديثة وإسقائها من الفقه الإسلامي

و لقد أُتبعَ في هذه الدراسة المنهج العلمي المقارن في جانبيه الشرعي والقانوني **و أما هيكلية البحث فكانت :**

المقدمة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحثُ الأول: مفهوم الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: تأثير الفقه الإسلامي في إثراء القانون المدني العراقي.

المبحث الثالث: تأثير الفقه الإسلامي في إثراء القضاء والقانون المدني العراقي في ضوء النظريات وآراء الإمام زفر (رحمه الله) .

المبحث الأول: مفهوم الفقه الإسلامي .

المطلب الأول: المدلول اللغوي والاصطلاحي للفقه .

الفِقْهُ في الاستعمالِ اللغوي:" الْعِلْمُ بِالشَّيْءِ والفهمُ لَهُ، وغلبَ عَلَى عِلْمِ الدّينِ لسِيادَتِه وَشَرَفِهِ وفَضْلِه عَلَى سَائِرِ أَنواعِ الْعِلْمِ " [١] ، ومنه قوله تعالى: ﴿فَهُمْ لَا يَفْقَهُونَ﴾[٢] ، ولمّا كانَ الفقه الإسلامي يتعلقُ بأعمالِ الناسِ في عباداتهم ومعاملاتهم ، وأحكام الأُسرِ والجنايات ، لذا فقد عرّفهُ علماءُ الشريعة اصطلاحاً: "بأنه العلمُ بالأحكامِ الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية التي هي القرآن والسنة النبوية الصحيحة الخاصة بتلكَ الأحكام "[٣] .

المطلب الثاني: نشائه ومبادئه ومصادره وميزاته.

أولاً: نشأته: إنَّ من ينعم النظر في أي نظامٍ في الوجودِ يتضحُ له أنه لم يتكوّن دُفعةً واحدةً على شكلٍ متكاملٍ، بل لابدَّ له من أن يمرَ بمراحلٍ حتى يبلغَ غايته من النضجِ والكمال ، وكذلكَ الشأن بالنسبةِ للفقه الإسلامي ، فإنه لم ينشأ متكاملاً جملةً واحدةً ، بل تدرجَ شيئاً فشيئاً حتى بلغَ ماقُدرَ له من الشمولِ والأزدهار [٤] . ففي عصرِ النبوة الذّي يعتبرُ أهم العصور الفقهية على الإطلاق ؛ لأن التشريع الآلهي تم في هذا العصر، وهو أساسُ الفقه في جميعِ أدواره وعصوره. فقد كان الرسول(ﷺ) إلى جانبِ مهمتهُ في تبليغِ دعوة ربه يوضحُ ما جاء مبهماً في كتابِ الله ، ويفصلُ ماجاءَ مجملاً ، ويخصصُ العام ، ويُقيدُ المطلق ، ويوضحُ المُشكل ، ويُعلّمُ الناسَ أُمورَ دينهم ، ويفتيهم فيما يحدثُ لهم من مُشكلاتٍ ، ويحسمُ ماينجم بينهم من خلافاتٍ ، ويقضي بينهم في الخصومات ، فكان (ﷺ) مصدراً لكلِ السلطات التشريعية والقضائية والتنفيذية ، إذ كان (ﷺ) هو الذي يُشرّع الأحكام التي تنظم شؤون الفرد والجماعة في جميعِ نواحي الحياة [٥] . ومن هنا نشأ الفقه حيثُ شرّعَ الرسول(ﷺ) أنواع العبادات ، ووضع المبادئ الحكيمة في الأخلاق ، كما نظم الزواج ومايتعلقُ به ، ووضعَ نظام المواريث على أُسسٍ عادلة ، وبيّنَ أحكامَ المعاملات من بيعٍ وربا ورهن وشركة ومضاربة وإجارة وسلم وغيرِ ذلكَ من ضروبِ المعاملات التي يتطلبها عصره ، وتقتضيها حاجات الأُمة حينذاك ، وكذلكَ نظم الحدود وبيّنَ العقوبات ، وبذلكَ كوّنَ نظاماً فقهياً يُعتبرُ الأساسُ للحياةِ الفقهية في جميعِ عصورها قبل أن يلتحق بالرفيق الأعلى [٦] .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً: مبادئه: وأما المبادئ والغايات التي تسعى أحكام الفقه الإسلامي إلى تحقيقها التشريع الإسلامي عموماً من تنظيم للحياة الخاصة والعامة وإقامتها على نمطٍ يرضي الله ورسوله، ويهيئ للناسِ سبل استقرارهم، والعدل بينهم [٧] .

ثالثاً : مصادره :وهي التي صرّحت بها الشريعة الإسلامية ، أو دلت عليها أو أومأت إليها ، من المرونة والسعة بحيث تمدنا بجميعِ الأحكام اللازمة لمواجهة مقتضيات الحياة المتجددة ، وبهذا يكونُ الفقه حياً نامياً متحركاً ، وان كانت أُصوله وقواعده ومبادئه ثابتة لاتتغير ولاتتبدل [٨] . إن الحياة الفقهية في عصر النبوة تعتبرُ الأساس القوي لما بعده من عصور ، حيثُ كُمِلَ فيه الدين بإتمامِ نزولِ القرآن ، وبما اشتملَ عليه من القرآن والسنة من الأُمور العقائدية والمبادئ الفقهية والأحكام الكلية القابلة للتوسع في التطبيق ، والأُصول الشرعية التي استنبطها منهما الفقهاء ، كالإجماع والقياس... بشرطِ استنادها إلى دلالات من الكتاب والسنة وعدم معارضتها لهدفٍ من أهداف التشريع التي هي عدم الحرج ورفع المشقة ، ورعاية مصالح الناس ، وتحقيق العدل الشامل [٩] .

رابعاً: ميزاته: إن من أهم ما امتازَ به الفقه مرونته وقابليته للبقاء بسببِ وفائه بحاجات الناس ومصالحهم المشروعة . وهذه الخصيصة ، دليل على صلاحية الشريعة للعمومِ والبقاء؛ لأن الفقه ليس إلا وجهاً من وجوه الفهم والتفسير والبيان لنصوصِ الشريعة وأحكامها ، وتطبيقاً لمبادئها وقواعدها على جزيئات الوقائع والاحداث حسب الأزمنة والأمكنة ومصالح الناس . ومن ميزات الفقه أيضاً : شموله للتصرفات الفردية ، والعلاقات الجماعية والدولية ، فهو نظام عام وشامل لكلِ مطالب الحياة ، [١٠] . هذا ومن أشهر تقسيمات الأحكام الفقهية واشملها هي العبادات والمعاملات وأحكام الأُسرة والعقوبات . وعليه سوف نقتصرُ على عرضٍ موجزٍ للمعاملاتِ كونها تتعلق بصلبِ البحث.

فالمعاملاتُ: وهي التي تحققُ للمجتمعِ الإسلامي ألوان السعادة ، وتقيمُ بينَ أبنائه مبادئ العدالة والإنصاف ؛ لأن الشارع الحكيم لم يبح من التصرفات إلا ما يحققُ السعادة للبشر ويكفل لهم الحياة الإنسانية الرشيدة " وأحكام هذا القسم في الواقع جاءت في القرآن والسنة مجملة حتى يكونَ لأُولي الأمر الحق في الاستنباط والتصرف لوضعِ الأحكام بحسب ما يتفق مع مصالحِ الناس " [١١] ، ويسايرُ أعرافهم ، كالبيعِ والإجارة والمزارعة والشركة والحوالة والكفالة والشفعة والرهن ؛ لأن الغاية من تشريعِ المعاملات في الإسلام هي تنظيم العلاقات الإنسانية بين الناس على وجهٍ يحققُ مصالحهم ، ويسبغُ عليهم الأمن والسلام [١٢] .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث : مراحله:

سبق وأن تحدثنا عن عصر النبوة والذي يُعدُّ من أهم العصورِ الفقهية ؛ لأن التشريع الإلهي تم في هذا العصر . ولونظرنا إلى عصر الفقه وهو عهدِ الخلفاءِ الرشدين (١١- ٤٠هـ) إذ بدأ الفقه فيه بالنمو والاتساع ؛ وذلكَ لأن الفقهاء بعد وفاة رسول الله (ﷺ) واجهوا وقائع وأحداث لم تكن في عهدِ النبوة ، فكان لابدّ من معرفةِ حكم الله فيها ، فكانَ دورهم معرفةُ أحكام المسائل والوقائعِ الجديدة ، والإجتهاد في ضوءِ قواعد الشريعة ومبادئها العامة ، ومعرفتهم بمقاصدها [١٣] ، ثم جاء بعده عصر التابعين إذ بدأ من نهاية عصر الخلفاء سنة (٤١هـ) إلى أوائل القرن الثاني للهجرة. ففي هذا العصر سارَ الفقه على نهج الصحابة ؛ لأن التابعين تلقوا الفقه عنهم ، وساروا على مناهجهم في استنباط الأحكام [١٤] . وأما المرحلةُ الرابعة من الفقه فقد مرت بعصر الفقه الذهبي ، أو عصر ازدهار الفقه ، حيثُ بدأت من أوائل القرن الثاني الهجري إلى منتصف القرن الرابع ، فقد نما الفقه نمواً عظيماً وازدهر ازدهاراً عجيباً ، ونضج نضوجاً كاملاً ، وآتى ثماراً طيبة ، وبلغَ ذروته في الدقة ، وقمته في الاتساع ، وأصبحَ له مناهج واضحة وطرائق مرسومة محددة [١٥] ، بل وزودَ الدولة الإسلامية بالأحكام القانونية لتنظيم مختلف امورها وشؤنها قرون عديدة فسعد الناسُ بتلكَ الأحكام . وفي هذا العصر أيضاً ظهرَ نوابغ الفقهاء، فالمجتهدون العظام ظهروا وأسسوا مذاهبهم الفقهية التي لايزالُ أكثرها قائماً حتى الآن، وكذا دُوّنَ الفقه في هذا العصر وضبطت قواعده وجمعت أشتاته وأُلفت الكتب في مسائلهِ، وصارَ بناؤهُ شامخاً متميزاً عن غيره قائماً بنفسهِ، وكما دُوّنَ الفقه دُوّنت السُنة أيضاً [١٦] ، ثُمّ تلاهُ عصر ركود التطور الفقهي : والذي بدأ من نهاية عصر الفقه الذهبي إلى سقوط بغداد سنة(٦٥٦هـ) ، فلما بدأ الضعف يتغلغل في جسم الدولة العباسية منذُ عهد المعتصم ، وما تلاهُ من عهود بسبب الفتن المتعاقبة والثورات المتتالية التي حدثت في أجواء الخلافة العباسية في هذا العصر ممّا أدى إلى تقطيعِ أوصالها وتقسيمها إلى دويلات متنافرة يناهضُ بعضها بعضاً [١٧] . وممّا لاشكَ فيه أن الحياة السياسية المضطربة في هذا العصر كان لها أثرها الكبير في تأخر الحياة الفقهية ، حيثُ انعدمت الحرية في التشريع وشرعت الحركة العلمية بالتأخيرلما أصابها من فتور وانحلال ، وماتت روح الاجتهاد الحر في عقولِ الفقهاء ، بل قد جنح الفقهاء إلى التقليد ، وكانَ جُلَّ همهم تلقي كتب إمامٍ معين ، ودراسة أقواله والوقوف على طريقتهِ التي استنبط بواسطتها الأحكام أو القيام بتأليف كتاب في أحكام إمامه . فالفقيه في هذا العصر لايستجيز لنفسه أن يقولَ رأياً يخالفُ رأي إمامه [١٨] .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الرابع : مظاهر من التطور الفقهي في العصر الحديث.

بعد تلك الفترة المظلمة التي ركد فيها نمو الفقه الإسلامي ، ووقفت افهام الفقهاء على تقليدِ من سبقهم من المجتهدين كابن حزم والغزالي وابن تيمية وابن القيم وغيرهم ممّن ملكوا أدوات الاجتهاد ، ووهبوا القابلية على ذلك ، شرعت الحياة الفقهية في البلاد العربية والإسلامية تتغير بعد منتصف القرن التاسع عشر – أي من سقوط بغداد الى وقتنا الحاضر – تبعا لتغير أحوال الناس ، وتشعب شؤونهم ، وقد حددت لهم أمور وحوادث لم تكن موجودة في حياة آبائهم وأجدادهم من قبل ، فكان لزاما على فقهائهم وعلمائهم أن يعملوا عقولهم في بيان رأي الشرع في هذه الأمور والحوادث [١٩] .

كما ظهرت في هذا العصر حركة التقنين حيث ضل الفقه غير مقنن طيلة العصور الماضية وحتى أواخر القرن الماضي ، فكان الحكام والقضاة يرجعون إلى كتب الفقه المختلفة لمعرفة الاحكام الفقهية الواجب تطبيقها على ما يعرض عليهم من منازعاتٍ ، فالدولة آنذاك وإن شجعت مذهباً معيناً أو التزمت به وجعلته هو المذهب المتبوع في محاكمها ، كما فعلت الدولة العثمانية بالنسبة للمذهب الحنفي [٢٠] . وفي أواخر القرن الثالث عشر الهجري تنبهت الدولة العثمانية بتأثير بعض العلماء إلى القيام بعملٍ جليلٍ إقتضته المصلحة وضرورات الحياة الجديدة ، ورأت الحاجة ماسة إلى تقنين المعاملات ، فكان صوغ أحكام المعاملات المدنية على نمط القوانين الوضعية مستمدة من الشريعة الإسلامية على مذهب الحنفية ، تكون قابلة للتطبيق في محاكمها ، بعيداً عن الارتباك والاختلال الناشئين عن الأقوال المختلفة في كتب فقه الحنفية [٢١] .

وكان ذلك بعد توقف حرب القرم الأولى بين المسلمين العثمانيين والروس والتي أدت إلى بقاء جالية إسلامية ضخمة تحت سلطة الروس فطلبت السلطنة العثمانية من الكنيسة الأرثوذكسية في موسكو تقنيناً واضحاً لكيفية معاملة الرعايا المسلمين مما دفع الروس للرد بالمثل [٢٢] . فأُلفت لجنة من نخبة المشاهير من كبار الفقهاء المبرزين في الفقه في ذلك العصر [٢٣] ، برئاسة (احمد جودة باشا) العالم الكبير والمؤرخ الشهير ووزير العدل وقتذاك لتخيّر أحكام المعاملات من الفقه الحنفي . وبدأت اللجنة عملها سنة (١٢٨٥هـ –١٨٦٩م) وانتهت من وضع أحكام المعاملات سنة (١٢٩٣هـ – ١٨٧٦م) [٢٤] . وقد بذلت جهودا جبارة في هذا العمل لصياغة القانون الفقهي المدني الجديد ، وقد تخيّرت الراجح من آراء المذهب الحنفي ، كما أخذت بعض الأقوال المرجوحة في المذهب لموافقتها للعصر ولسهولتها وتيسيرها على الناس [٢٥] . ثم وضعت تلك اللجنة الأحكام التي إختارتها على شكل مواد قانونية بلغت (١٨٥١) مادة حيث عُرفت هذه المجموعة من المواد باسم (

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة الأحكام العدلية) وهي أول تدوين للفقة الإسلامي في المجال المدني في اطار بنود قانونية، على مذهب الحنفية [٢٦] . والتي هي فقه المعاملات المالية (القانون المدني الجديد) للدولة العثمانية والبلدان التابعة لها آنذاك العراق وسوريا ، والأردن ولبنان [٢٧] . هذا وتُعدُّ المجلة مظهراً من مظاهر التطور الفقهي في ذلك العصر وثمرةُ جهودٍ مخلصةٍ بذلها العلماء في صياغة الفقه الإسلامي بقواعدٍ قانونية سهلة الفهم والتطبيق على الحوادثِ [٢٨] . هذا ومن الأسباب الموجبة لتدوين المجلة ما جاء في تقرير اللجنة الذي رفعته إلى الصدر الأعظم (علي باشا) في محرم سنة (١٢٨٦هـ – ١٨٦٩ م) ما نصه : " أنّ علم الفقه بحر لا ساحل له ، واستنباط درر المسائل اللازمة فيه لحل المشكلات يتوقف على مهارة علميةٍ ، وملكة كلية ، وعلى الخصوص مذهب الحنفية ؛ لأنه قام فيه مجتهدون كثيرون متفاوتون في الطبقة ، ووقع فيه إختلافاتٍ كثيرة " [٢٩] ومع ذلك فلم يحصل فيه تنقيحٌ كما حصل في فقه الشافعية ، بل لم تزل مسائله أشتاتاً متشعبة ، فتتميز القول الصحيح من بين تلك المسائل والاقوال المختلفة ، وتطبيق الحوادث عليها عسرٌ جدا ، وعدا ذلك فإنه بتبدل الأعصار تتبدل المسائل التي يلزم بناؤها على العرف والعادة [٣٠] . ولهذا كان هدف اللجنة كما جاء في تقريرها أيضا : " تأليف كتاب في المعاملات الفقهية " يكون مضبوطاً سهل المأخذ عاري عن الاختلافات ، حاوياً للأقوال المختارة ، سهل المطابقة على كل أحد [٣١] . فكانت المجلة مؤلفة من مقدمةٍ وستة عشر كتاباً . أما المقدمة فقد حوت مقالتين في (١٠٠) مادة ، أما المقالة الأولى وتؤلف المادة الأُولى في المجلة فِي تَعْرِيفِ عِلْمِ الْفِقْهِ وَتَقْسِيمِهِ ، وَالْمَقَالَةُ الثَّانِيَةُ وتؤلف المواد الباقية فِي بَيَانِ الْقَوَاعِدِ الْكُلِّيَّةِ الْفِقْهِيَّةِ البالغة (٩٩) مَادَّةً .أما الكتب التي تتألف منها المجلة فهي:" كتاب البيوع ، وكتاب الإجارات ، وكتاب الكفالة ، والحوالة ، والرهن ، والأمانات ، والهبة ، والغصب، والإتلاف ، والحجر، والإكراه، والشفعة ، والتركات، والحوالة ، والصلح، والإبراء ، والإقرار، والدعاوى والبينات ، والتحليف ، والقضاء ، وتؤلفُ (١٧٥١)مادة قانونية" [٣٢] . وقد صدر أمر الدولة العثمانية للعملِ بهذا القانون (المجلة) في (٢٦شعبان) سنة (١٢٩٣م) وطبق في تركيا والبلاد التابعة لها العراق وسوريا والأُردن وفلسطين عدا مصر لاستقلالها عن الدولة العثمانية قبل سنة (١٢٩١هـ – ١٨٧٤م) وظلت (المجلة) مطبقة في العراق إلى أن شُرّعَ القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١م) [٣٣] . وعلى أية حالٍ فإن صدور المجلة في ذلك الوقت تعتبرُ نقطة تحولٍ مهمة في تاريخِ تدوين الفقه الإسلامي ، وخطوة متقدمة في التقنين والتشريع الذّي سدت فيه فراغاً كبيراً في عالم القضاء والمعاملات الشرعية ، بما يسرته لهم من

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قواعد قانونية قابلة للتطبيق بلا حدود ولا عناء ولا اختلاف ، بعد أن كانَ القاضي يتيهُ في المسائلِ المبعثرة في كتبِ الفقه العديدة ، حيثُ تتضاربُ فيها الآراء والأقوال في الموضوعِ الواحد ، فكانت المجلة سلمُ النجاة من ذلكَ [٣٤] .

المبحث الثاني : تأثير الفقه الإسلامي في إثراء القانون المدني العراقي .

المطلب الأول: التأثير من حيثُ الجانب الموضوعي (التاريخي) .

بعدَ الحرب العالمية الأُولى خضعت البلاد العربية ومعظم البلاد العربية للإستعمار الغربي فانحسرَ العملُ بالمجلة التي كانَ العملُ بها سائداً أيام الدولة العثمانية وانقسمت البلادُ العربية من حيثُ التقنين إلى قسمين : الأول: بلادُ التقنين المدني الحديث :وهي البلاد الذي اخذت بنظام التقنين الغربي ولاسيما التقنين الفرنسي كمصر وسوريا ولبنان وتونس ومراكش.

الثاني: بلادُ المجلة: العراق وشرق الأُردن وفلسطين، وقد بقي العمل بالمجلة في العراق فترة من الزمن [٣٥] ، ثُم شعر رجالُ الفقه والقانون في عراقنا بضرورةِ تعديلِ المجلة وبقية القوانين تعديلاً شاملاً كاملاً [٣٦]، فقد جاء في تقريرِ اللجنة المالية لمجلس النواب العراقي عن ميزانيته عام(١٩٣٥م) :" أنه لا مناصَ من تسرع الحكومة في سن القوانين الجديدة التي تحِلُّ محلَ القوانين العتيقة منها على ضوءِ المبادئ الحديثة التي أوجدها التطور الاجتماعي وقضت بها ضرورات الحياة في هذا العصر ، فالعراقُ في أشد الحاجة إلى تقنين مدني شامل جامع يلِمُّ شملَ ما انتشر من هذه الأحكام المدنية المتفرقة ، ويجاري تطور العصر الحاضر ، ونهضة العراق الحديثة" [٣٧] . هذا ولأجلِ التوضيح أكثر في بيانِ تأثيرِ الفقه الإسلامي في إثراء القانون المدني العراقي ، لأبدّ لنا من بيان مصادره لتكتمل الصورةُ أمامنا بعدّهِ قانوناً للمعاملات المدنية والمالية ، ولنرى هذا التأثير الواضح

المطلب الثاني: مصادر القانون المدني العراقي.

ابتداءً يُمكنُ القولُ بأنه كان في العراق قبل عام (١٩٥١م) تشريع خاص ينظمُ المعاملات المدنية المالية ، ونعني به – المجلة – أي التشريع المدني العام للدولة العثمانية ، وقد سبق الحديثُ عنها ، وبعدها شُرّعَ القانون المدني العراقي عام (١٩٥١م) ، وأصبحت أحكامه سارية المفعول عام (١٩٥٣م) وأن المجلة المستمدة أحكامها من الفقه ، ولاسيما الحنفي ، إنتقلَ قسم كبير من أحكامها إلى التشريع المدني الجديد (القانون المدني العراقي) [٣٨] . وبتعبيرٍ أكثرُ دقةً فإن القانون المدني العراقي استمدَ مصادرهُ من منابعَ مختلفةٍ ، وهي: أن أغلبها من المجلة ، ثُمّ القوانين المدنية العراقية الأُخرى التي كانت موجودة من قبل حيثُ كانت أحكامها

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقواعدها مشتتة ومتناثرة في مصادر متفرقة ، وكذلك من القانون المدني المصري الجديد [٣٩] فالمجلة تُعتبرُ من أهمِ مصادرهِ ، فهي التي استقى منها إحكامه ونصوصه ، وهي العمود الفقري له ، حيثُ كانت المحاكم الشرعية والنظامية (الحقوقية) تطبق أحكامها في المنازعات التي تحدثُ بين الناس ، وتفصلُ فيها بحسبِ تلكَ الأحكام الفقهية ، حيث تضمُ الأحكام الفقهية الكلية ، والعقود العينية [٤٠] ، كعقد البيع والإيجار ، والرهن ، والشركة ، وقواعد الملكية ، والحقوق العينية الأصلية المتفرعة عنها ، كحقوق الإرتفاق [٤١] ، وأن الكثرة الغالبة من نصوصها تتعلقُ بالعقودِ العينية [٤٢] . وكذا نظرية بطلان العقد ، وأحكام الغصب والإتلاف ، ونظرية التعسف في استعمال الحق ، ونظرية الظروف الطارئة ، وحوالة الدين ، والدين المشترك حلها أحكام وقواعد ، ترجع أصولها إلى الفقه الإسلامي [٤٣] . وأما المصدر الآخر الذي استقى منه القانون المدني العراقي أحكامه وقواعده فهو القانون المدني المصري [٤٤] ، وهذا القانون بدوره استقى مضمونه من منافع ثلاثة : " القانون المدني المصري السابق ، (المتكون من التقنين المدني الوطني الصادر سنة (١٨٨٣م) ، والتقنينات المدنية الخمسة الأُخرى الصادرة في السنة نفسها ، ووضعت باللغة الفرنسية ، ثم إلى العربية ، والتي أساسها التقنين المدني الفرنسي ، والتقنين المدني الإيطالي القديم ، وطبق أحكامها القضاء المختلط ، والأهلي في مصر" [٤٥] .

ولونظرنا للقانون المدني العراقي في المادة الأُولى منه جاء فيها :" تسري النصوص التشريعية على جميعِ المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها ، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العُرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوصِ هذا القانون دون تقييدٍ بمذهبٍ معين ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ العدالة . ومّما يلاحظ على هذا القانون أن مصادرهُ أربعة بحسبِ تسلسلها : التشريع ، والعرف ، ومبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون تقييد بمذهب معين فإذا لم يوجد نص فبمقتضى مبادئ العدالة" [٤٦] . يقول د. مصطفى الزامي – رحمه الله– ولكن مّما يلاحظ على هذا القانون مايلي:"

١. فضل العمل بالعرف على العمل بالشريعة الإسلامية .

٢. قيّدَ مبادئ الشريعة الإسلامية بالملائمة ، علماً بأنه لايوجد في هذه الشريعة مبادئ غير ملائمة ، فكان المفروض ان تذكر الفقه الإسلامي بدلاً من الشريعة الإسلامية .

٣. تعبير (في لفظها أو فحواها) الوارد في النص غير دقيق ، فالصوابُ :(بمنطوقها أو مفهومها) ؛ لأن الأول يعطي الصلاحية للقاضي أن يستقي الأحكام من النصوص عن قناتين فقط ، وهما

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنطوق الصريح ، والمفهوم الموافق ، في حين أن الثاني يعطي الصلاحية عن ست قنواتٍ ، وهي :" المنطوق الصريح ، ودلالة الإشارة ، ودلالة الاقتضاء ، ودلالة الإيماء ، والمفهوم الموافق ، والمفهوم المخالف" [٤٧] . ويقولُ الزلمي أيضاً:"قرأتُ رسالةً لدى استاذنا الفاضل ضياء شيت خطاب –رحمه الله– بخط المرحوم السنهوري * الذي ساهم في إعداد مشروع القانون المدني العراقي النافذ ، وهو يُعاتبُ من معه في لجنة الإعداد على تقديمهم العرف على الشريعة الإسلامية" [٤٨] . وعلى ضوءِ ما تقدّم بيانه لمصادر القانون المدني حسبَ نصه ، نعطي عرضاً موجزاً لمصادره التي طبقها القضاء العراقي ، لتكتمل الصورة أمامنا وكما يلي:

١. **التَّشْرِيعُ** : التَّشْرِيعُ فيُطلقُ في العمومِ ويُرادُ به ما سُنَّ من الأحكام ، وشُرّعَ من القوانين والأنظمة والتعليمات ، فيقالُ :" التشريع الروماني ، والتشريع السومري ، والتشريع الفرنسي ،....وغيرِ ذلكَ " [٤٩] . وتفيدُ كلمةُ التَّشْرِيعُ معنيين : أولهما قيامُ سلطةٍ عامة مختصة في الدولة بوضعِ القواعد القانونية في صورةٍ مكتوبة وإعطائها قوة الإلزام ، والتشريعُ بهذا المعنى هو ما يُعدُّ مصدراً للقانون ، وثانيهما : النص الذي يصدر عن هذه السلطة العامة في الدولة والمتضمنة قاعدة قانونية أو أكثر صيغت في النص صياغة فنية مكتوبة [٥٠] . والذي يعنينا في موضوعنا التشريع المستمد أحكامه من الفقه الإسلامي ، والتشريع الوضعي المستمد أحكامه من التشريع الديني ، وعليه فإن النصوص التشريعية بحسب نص المادة الأُولى من القانون المدني العراقي هي مصدر أساسي ، وهي الوسيلة الجاهزة المدروسة بيد القضاء لحكمِ الوقائع ، والقاضي هو الوسيط الذي لا بدَّ منه في القضايا المتنازع عليها . فالنصوص التشريعية هي المواد القانونية المنصوص عليها في القانون المدني وغيره من القوانين النافذة [٥١] . وخلاصة القول :نقول أن النصوص التشريعية هي من المصادر الرسمية للقانون المدني العراقي ، وهي ملزمة التطبيق من قبل القاضي وفقاً للترتيب الذي ذُكر في نص المادة الأُولى إذ إعتمدت على التشريع الديني وذلك من خلالِ الرجوع الفقه الإسلامي باعتباره من مصادر التشريع وهذا ما إشارة إليه الفقرة الثانية من المادة الأُولى وقد سبق ذكرها .

٢. **العُرف**: هو ما استقرت النفوسُ عليه بشهادةِ العقولِ وتلقته الطباعُ بالقبولِ [٥٢] ، وهو بمعنى العادة – أي ما إعتاده الناسُ وجروا عليه في أُمورهم وعادوا إليه مرّةً بعد أُخرى فهو أصل فقهي تبنى عليه الأحكام ويؤثر في بقائها وتطبيقها[٥٣] ، ويأتي بمعنى آخر:" مجموعة القواعد التي درجَ الناسُ على إتباعها في معاملاتهم " [٥٤] فهو مصدر من مصادر التشريع الإسلامي [٥٥] ، وقد ثبتت

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أحكامه في صلبِ القانون المدني ، وعُدَّ مصدراً رسمياً ثانياً احتياطياً في القانون يقومُ القاضي باستنباط الحكم منه عند غياب النص ، فهو يسدُ نقائص التشريع ويكمّلُ أحكامه [٥٦] ، ولهذا نجدُ المُشرّع العراقي قد إهتم به مُقتفياً بذلكَ الفقه الإسلامي ، واعتبره مصدراً بعد النصوص التشريعية رسمياً ثانياً وملزماً من مصادر القانون المدني العراقي حسب نص الفقرة الثانية من المادة الأُولى آنفة الذكر ، ولأهميته في المعاملات والحياة اليومية [٥٧] ، فقد ظل هذا المصدر من المصادر التشريعية الحيّة ، واعتبارِ الشريعة الإسلامية له دليل على خصوبة الفقه الإسلامي ، فهو جدير بالقدرة على الاستجابة لمطالبِ الحياة ، ومسايرة النهوض والتقدم وتطور الفقه الإسلامي [٥٨]

٣. **الفقه الإسلامي :** لمّا كانَ العراقُ مهدُ الفقه الإسلامي وموئلُ تراثِهِ الخالد الذّي انبثق عن هذه الشريعة السمحة التزمَ رجال القانون في الأخذِ بهذا الفقه كلما وسعهم ذلكَ ، ولهذا جاءَ القانون المدني العراقي جامعاً بين قواعد ونظريات نقلت عن الفقه الإسلامي ، وبهذا يكونُ القانون المدني أكثرَ صلة بالفقه الإسلامي من قوانين باقي الدول العربية ، وهذا ما اشارَ إليه الدكتور حسن علي الذنون – رحمه الله– حيثُ قال:" ومهما يكن من أمرٍ فإن صلة التقنين المدني العراقي بالفقه الإسلامي أقوى من صلة القوانين المدنية المصرية والسورية واللبنانية به ، فأثرُ الفقه الإسلامي في القانون المدني العراقي واضح جداً في كثيرٍ من الكتب القانونية [٥٩] ، إذ نرى أن معظم مواد القانون المدني العراقي مقتبسة من فقه الشريعة الغراء [٦٠] ، يقول د. الزلمي:" فإن نسبةً كبيرة من القوانين المدنية في العالم لاتتعارض مع الشريعة الإسلامية سواء كانت متأثرة بها أو لا ،ومنها القانون المدني العراقي ، وفي حالة التأثير بها تكون نسبة التوافق أكثر كما هو في قوانين الدول العربية والإسلامية ؛ لأنها منذُ فجر الإسلام كانت خاضعة لهذه الشريعة في جميعِ علاقاتها ، لكن بعد احتلالها من الدول الإستعمارية حلت محل الشريعة الإسلامية قوانين حديثة وهي متأثرة بتشريعات تلك الدول الإستعمارية ، وبعد تحريرها أخذت تتجه نحو استرداد مجدها الأول وتقترب من الشريعة الأسلامية التي كانت تحكم هذه الأُمة في أوجِ عظمتها حيثُ كانت شعوب تلك الدول يحكمها قانون الغاب ، غير أن النهضة التشريعية الحديثة نجدها متفاوتة في القوانين المدنية الحديثة ، فمنها متأثرة بالشريعة الإسلامية ١٠٠% كالقانون المدني اليمني والقانون المدني الأُردني الحاليين ، ومنها متأثرة ٩٠% كالقانون المدني العراقي الحالي والذي نحو بصدد الحديث عنه في هذه الدراسة [٦١] . ومن هذا العرض يتبين لنا مدى تأثير الفقه بالقانون المدني العراقي . ولو نظرنا إلى نص الفقرة الثانية من المادة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأُولى آنفة الذكر من القانون المدني لرأينا أن الفقه الإسلامي المصدر الثالث للقانون ، وأن الفقه استمد أحكامه وقواعده من الشريعة [٦٢] ، فالفقه أتى بعد النصوص التشريعية والعرف ، وأنه يسبق مبادئ العدالة ، وهذا مايزيدُ من الأهمية الحيوية للتشريع الإسلامي (الفقه) ، ولونظرنا إلى تطبيقات القضاء الإسلامي ، ومنه القضاء المدني العراقي ، فكل من الفقيه والقاضي كما قال السنهوري :" أصبح الآن مطالباً أن يستكملَ أحكام القانون المدني ، فيما لم يرد فيه نص ولم يقطع به عُرف ، وبالرّجوعِ إلى أحكامِ الفقه الإسلامي يجدُ ضالتهُ ، ويجبُ عليه أن يرجعَ إلى هذه الأحكام قبلَ أن يرجعَ إلى مبادئ القانون وقواعد العدالة ، بل أن احكامَ الشريعة الإسلامية هي أدقُ تحديداً ، وأكثرُ انضباطاً من مبادئ القانون وقواعد العدالة" [٦٣] . إنَّ المُشرّع العراقي عند تقنينهِ قواعد القانون المدني العراقي قد تأثرَ بـ (الفقه الإسلامي) تأثيراً كبيراً من خلالِ إقرارهِ العديد من أحكام المجلة ، أو تمسكه بالكثير من قواعد الفقه الإسلامي ، ممّا رآهُ صالحاً وحريصاً منه على الاهتمام بالتراث الفقهي ، ومن قبيلِ ذلكَ نظرية بطلان العقد وتوقفه ، وأحكام الإتلاف والغصب وعيوبِ الرضا ، وحوالة الدين ، ورهن الحيازة ، وحق التصرف ، والدّين المُشترك [٦٤] ، وأحكام عقد البيع والتعويض عن الضرر ، وأحكام الشُّفْعَةُ ، وأحكام الوكالة ونظرية التعسف في إستعمالِ الحق ، وفسخ العقد للعذر الطارئ – أي مايُسمى بنظرية الظروف الطارئة – وغيرها من الأحكام والقواعد التي تناولها فقهاءُ الفقه الإسلامي في كُتبهم وبشكلٍ مفصل ، والتي تأثيراها في نصوص القانون المدني واضحاً . وهكذا نرى أن الفقه الإسلامي التقى بالتشريع المدني العراقي وأثرهُ في نطاقِ الأحوال العينية ، أو المعاملات المدنية التقاءً حسناً وفعّالاً أعطى ثِمارهُ اليانعة . وقد علّقَ د. صلاح الدين الناهي –رحمه الله– عن هذه العلاقة الصحيحة الإيجابية بقوله :" إن صلة التشريع الوضعي بالعراق بفقه الشريعة الإسلامية صلة مُزدوجة ، إذ ان الفقه الإسلامي يُعدُّ من جهةٍ مصدراً تاريخياً لكثيرٍ من قواعد القانون المدني العراقي ونظمهِ ، كنظامِ الحجر على المدين المُفلس ، والأهلية وصيغة العقد والتعسف في استعمال الحق والدين المشترك ، ويُعدُّ من جهةٍ أُخرى مصدراً رسمياً للقانون المدني العراقي ، لما جاء في المادة الأُولى منه والتي عددت مصادر القاعدة القانونية فنصت على أنه عندَ شغور النص التشريعي في لفظهِ وفحواه ، وشغور العرف تحكم المحكمة بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوصِ هذا القانون دون التقيد بمذهبٍ معين " [٦٥] . ولذا فقد كانَ المُشرّع العراقي موفقاً في هذا النص فلم يقيد المحكمة بمذهب فقهي معيّن ، بل فتحَ البابَ على مصراعيهِ –كما يُقال – في

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

استخراج الحل المناسب حينَ تشغر سائر المصادر من هذا التراث الفقهي الإسلامي الخالد، دونَ التقيد بمذهبٍ معين ، وكُلُّ ذلكَ مع مراعاة أقرب أقوال الفقه الإسلامي وروحه العامة إلى نصوصِ القانون .فالقاضي عند رجوعه إلى مبادئ الشريعة عليه أن يأخذ الأكثر ملائمة لنصوصِ التقنين المدني ، فلا يجوز أن يأخذ بمبدأ شرعي يتعارض مع المبادئ العامة للتقنين [٦٦] ، ولذا نرى بأن المرحوم منير القاضي قد أطلق تسمية " ملتقى البحرين" في شرحه الموجز للقانون المدني العراقي ؛ لأنه مجمع يلتقي عند الفقه الشرقي (الفقه الإسلامي) ، والفقه الغربي ، فيقول : بذلكَ التقى الفقه الإسلامي بالتشريع المدني الوضعي في المعاملات المدنية التقاءً إيجابياً حسناً فعّالاً ، كأحكام عقد البيع وتعويض الضرر [٦٧] هذا بالإضافةِ إلى مسائل أُخرى سبق ذكرها . ويُعلّق الناهي مرّةً أُخرى بالقول:" فإن قانوننا المدني الحديث الذّي نحنُ بصددِ شرحهِ هو إنتاج هذين الفقهين العظيمين والبحرين الزاخرين ، ألفَ بينهما ، فقامَ ذلكَ دليلاً على تأثير الفقه الإسلامي وأصالته " [٦٨] . أما القواعد الفقهية الكلية كما يُسميها علماءُ الفقه والأُصول فإن المجلة قد جمعتها في موادها وهي من كُتب الفقه الإسلامي كالأشباه والنظائر لابن نجيم (ت: ٩٧٠هـ)، والأشباه والنظائر للسيوطي(ت: ٩١١هـ) ، وكتب فقهية أُخرى وقننتها في (٩٩) قاعدة ، وأعدتها قواعد للمعاملات المالية ، وكذلكَ قواعد للتقاضي وطرق الإثبات ، وهذه القواعد دخلت في صلبِ القانون المدني العراقي عندَ تشريعه عام (١٩٥١م) ، وطبقتها المحاكم العراقية في أقضيتها المتنوعة ، ومازال لها دور كبير إلى يومنا هذا في إثراء القضاء المدني العراقي [٦٩] . وعليه ومّما سبقَ ذِكره فإن القواعد الفقهية التي احتوتها المجلة استنارَ بها القضاء الإسلامي ؛ لأنه قد نهلَ من مناهل الشريعة والفقه الإسلامي ، واستنارَ بها القضاء المدني العراقي في تطبيقهِ وتفسيرهِ لأحكام النصوص على الوقائع والأحداث [٧٠] . وعليه نقولُ أن صلة القانون المدني العراقي بالفقه الإسلامي خاصةً والشريعة عموماً كانت ولازالت قائمة ووثيقة ، وذلكَ عن طريقِ المجلة العثمانية التي قننت فيها الدولة العثمانية فقه المذهب الحنفي ، وأن تأثير الفقه الإسلامي بالقانون المدني واضح بإعتبارِ الفقه الإسلامي مصدراً رسمياً من مصادره حسب أحكام الفقرة الثانية من المادة الأُولى منه. وأن قِسماً كبيراً من نصوصِ الفقه الإسلامي المتعلقة بالمعاملاتِ المالية أدرجها القانون المدني العراقي في نصوصه كالبيع والمقايضة والإجارة والوكالة والكفالة وعقد الصلح والرهن والوديعة (م/ ٩٥٠) من القانون المدني ، و(م/ ٧٦٢) من المجلة ، فعلى سبيل المثال فقد عرّفت المجلة البيع في(م/١٠٥) :" الْبَيْعُ: مُبَادَلَةُ مَالٍ بِمَالٍ وَيَكُونُ مُنْعَقِدًا وَغَيْرَ مُنْعَقِدٍ. فيلاحظ أن هذا

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التعريف مقتبس من الفقه الحنفي [٧١] . كما أن بعض الأحكام الأُخرى المتعلقة بعقدِ الإجارة المنصوص عليها في (مرشد الحيران والمجلة) مأخوذة من الفقه الإسلامي أيضاً وقد نقلت إلى القانون العراقي . فقد تكلمت (م/ ٥٧٧) في مرشد الحيران ، تحتَ عنوان (كتاب الإجارة على المنافع والأعيان) وهذه مأخوذة من كتب فقهاء الأحناف (الفتاوى الهندية ، وتنقيح الحامدية ، ورد المختار) [٧٢] ، كما نصت على أحكام عقد الإيجار مجلة الأحكام العدلية (م/ ٤٠٤- ٦١١)، وهذه كما قلنا انتقلت إلى القانون المدني العراقي عند تشريعه [٧٣] .

قواعد العدالة : إن قواعد العدالة : تعني مجموعة من القواعد التي تصدر عن مُثل عليا هدفها الخير للإنسان والمجتمع ، وتحقق الشعور بالإنصاف ، وهي تعبير عن مبدأ الحياة الاجتماعية وهو المساواة[٧٤] ، وهذه القواعد يستنبطها الفقيه والقاضي بأساليب الاستنباط المعترف بها مُراعياً في إستنباطها وتطبيقها على القضية المعروضة أمامه ، وعليه الالتزام بالحياد في الحكم سواء من الناحية الموضوعية أو الشخصية [٧٥] .و العدل هو روح وجوهر الشريعة الإسلامية التي قامت على مبادئ العدل والمساواة ، ولها مقاصد سامية وغايات إنسانية تهدفُ إلى إعطاءِ كُلَّ ذي حقٍ حقهُ ، ولها مقاصد مشروعة في جلب المصالح ودرء المفاسد [٧٦] ، والقانون يحققُ العدالة بينَ الناس ، فهو جزء لايتجزأُ من الحضارة الإنسانية [٧٧] ، فإذا جرّدَ من العدالة أضحى لافائدةَ منه [٧٨] . وغني عن البيان فإن على القاضي مراعاة نص الفقرة الثانية من المادة الأُولى من القانون المدني العراقي ، ومراعاة مبادئ العدالة في حُكمهِ ، ويجبُ عليه أن يُفسر نصوص القانون تفسيراً عادلاً يتجانسُ مع أحكام الشريعة والفقه الإسلامي [٧٩] ، وان يُراعي الحكمة في التطبيق ، لأن القضاء وجدَ لإقامة العدل بينَ الناس: قَالَ تَعَالَى:﴿ إِنَّ اللهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَنِ ﴾ [٨٠] ، وهذا لايتحقق إلا بالرجوعِ إلى فقه الشريعة الإسلامية .

المبحث الثالث: تأثير الفقه الإسلامي في إثراء القضاء والقانون المدني العراقي في ضوء النظريات الفقهية وآراء الأمام زفر **.

ولبيانِ ذلكَ نبين في المطالب الآتية أهم النظريات ، وبعضاً من آراء زفر التي أثرى بها القضاء والقانون المدني العراقي وهي:

المطلب الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق:

وهذه النظرية من النظريات المعروفة في الفقه الإسلامي ، حيثُ أقرتها الشريعة بوصفها نظرية عامّة ، وصاغها الفقه الإسلامي صياغةَ تضارع رائعة [٨١] ، فالفقه الإسلامي حدد النظرية وأخذَ بها منذُ أمدٍ بعيد ، لأن روحَ الدين الإسلامي السامية والمتشعبة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بالمثل العليا والتي تأمر بالرفق والعدالة وبالإحسان تنهى عن التعسف ، وإلحاق الضرر بالآخرين ، فهي ذاتُ عمقٍ ودقة ولها قواعد راسخة ومستقرة في أحكامِ الفقه الإسلامي ، ولذلكَ حرص القانون المدني على الأخذِ بها وتطبيقها مستفيداً من تلكَ القواعد والضوابط الفقهية الإسلامية ، حتى باتَ النص التشريعي لها متوافقاً كلياً مع تلكَ القواعد والضوابط المستقرة والموجودة في ثنايا ووضوح الفقه الإسلامي [٨٢] . هذا وقد ورد النهي عن التعسف صراحةً في القرآن الكريم في مواضعَ عدة ،ومن ذلكَ ماورد بالنسبة لحق الإيصاء وتقييده [٨٣] ، قال تعالى﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصى بِهَآ اَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللهِ وَاللهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ ﴾ [٨٤] . ومن أساس هذه النظرية أيضاً حديثُ رسولِ الله (ﷺ): « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» [٨٥] والذي أصبحَ من القواعد الأساسية في الفقه الإسلامي [٨٦] . فإن الفقه الإسلامي قد أخذ بهذه النظرية كما اسلفنا تطبيقاً لحديث رسول الله الذي سبق ذكره ، وإعمالاً للقاعدتين الشرعيتين : " دَرْءُ الْمَفَاسِدِ أَوْلَى مِنْ جَلْبِ الْمَصَالِحِ " [٨٧] و" الضَّرَرُالْأَشَدُّ يُزَالُ بِالْأَخَفِّ " [٨٨] ، ونظرية التعسف في استعمال الحق تكلم عنها فقهاء الاحناف خاصة في مجال حق الملكية قال الزيلعي مانصه :" لِلْإِنْسَانِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ مَا شَاءَ مِنْ التَّصَرُّفَاتِ مَا لَمْ يَضُرَّ بِغَيْرِهِ ضَرَرًا ظَاهِرًا "[٨٩] ؛ وقال السرخسي :" وَلِلْإِنْسَانِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مِلْكِ نَفْسِهِ بِمَا يَبْدُو لَهُ . . لِأَنَّ الْمَالِكُ حُرٌّ يَتَصَرَّفُ فِي خَالِصِ مِلْكِهِ " [٩٠] ، ولكن الفقه الإسلامي متطور حسب الزمان والمكان ، ومن ثم فمن جاء بعد ذلك من فقهاء الأحناف يذهبون في باب الاستحسان لا القياس ، إلى الحد في حرية المالك لايضر بما يصنع في ملك جاره ضررا بيناً غير متعارف احتماله [٩١] . يقول السنهوري ** عن الفقه الإسلامي : " إن الثروة الفقهية التي لانكادُ نجدُ لها مثيلاً في الفقه الغربي وهي التي جعلت واضعي التشريع المدني الجديد [٩٢] يستفيدون منها أجل فائدة في تشريع التزامات الجوار ، ونظرية التعسف في استعمال الحق وهذا دليل واقعي على حيوية الفقه الإسلامي وقوته وقابليته للتطور ليناسب الأزمنة والأمكنة المختلفة . وغني عن البيان أن ما انتهى إليه الفقه الإسلامي في موضوع التعسف في استعمال الحق والتزامات الجوار وقد انتقل إلى التشريعات المدنية في البلاد العربية والاسلامية، وقد تبين ذلك في مرشد الحيران والمجلة ، وصار قانوناً رسمياً أخذت به المحاكم المدنية العراقية [٩٣] ، فالمجلة قد أخذت بهذه النظرية وطبقتها كالتزامات الجوار مكتفيةً بالمبادىء التي سارَ عليها الفقهاء المسلمين في هذا الباب خاصةً الفقه الحنفي الذّي اعتمدته ، وبما تأمرُ به الشريعة في العدل والإنصاف ومنع الضرر والإحسان للجار ، فإن

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المجلة قد أدرجت نصوص كثيرة تتعلقُ بهذه النظرية [٩٤] ، ومن ذلكَ (م/١٩) من المجلة (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ) ، و (م/٢٠) من المجلة أيضاً (دَرْءُ الْمَفَاسِدِ أَوْلَى مِنْ جَلْبِ الْمَنَافِعِ) [٩٥]، ثمّ عالجَ القانون المدني العراقي هذه النظرية وأثرها في المادتين (٦و٧) ، فقد نصت (م/٦) القاعدة العامة في استعمال الحقوق وعدم ضمان ماينشأ عن ذلكَ من ضرر إذا كانَ استعمال الحق جائزاً بالقول (الجواز الشرعي ينافي الضمان ، فمن استعمل حقه استعمالاً لم يضمن ماينشأ عن ذلكَ من الضرر) [٩٦] . نخلصُ ممّا تقدّم : بأن مبدأ التعسف في استعمال الحق هو مبدأ سبقت إليه الشريعة القوانين الوضعية في إقراره وتوسعت في تطبيقهِ ، وصاغه الفقه الإسلامي صياغةً شرعية متكاملة [٩٧] ، [٩٨] .

المطلب الثاني: نظرية الظروف الطارئة:

تقومُ هذه النظرية على فكرة إسعافِ المتعاقدِ المتضرر الذّي إختلّ توازن عقده إقتصادياً ممّا قد يجرّه إلى الهلاك ، فهي إذن تهدفُ إلى تحقيق العدالة في العقودِ ورفع الغبن منها ، فالأساسُ الذّي قامت عليه هو العدالة [٩٩] ، والفقه الإسلامي عرف نظرية الظروف الطارئة وإن لم يُسم باسمها ومن ذلك ماوردَ عند فقهاء الحنفية قال السرخسي: " تَفَسَّخَ الْإِجَارَةَ بِالْأَعْذَارِ الطَّارِئَةِ لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إلَى الْفَسْخِ عِنْدَ الْعُذْرِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَزِمَ الْعَقْدُ عِنْدَ تَحَقُّقِ الْعُذْرِ؛ لَلَزِمَ صَاحِبَ الْعُذْرِ ضَرَرٌ لَمْ يَلْتَزِمْهُ بِالْعَقْدِ" [١٠٠] ، والعذرُ: مَا يكون عارضا يَتَضَرَّر بِهِ الْعَاقِد مَعَ بَقَاء العقد وَلَا يَنْدَفع بِدُونِ الْفَسْخ [١٠١] ، قال ابن عابدين:"كُلُّ عُذْرٍ لَا يُمْكِنُ مَعَهُ اسْتِيفَاءُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ إلَّا بِضَرَرٍ يَلْحَقُهُ فِي نَفْسِهِ أَوْ مَالِهِ يَثْبُتُ لَهُ حَقُّ الْفَسْخِ" [١٠٢] ، ومن ذلكَ أيضاً الجوائح [١٠٣] في بيعِ الثمار على الأشجار ، فإنقاص الثمن بالجوائحِ في بيعِ الثمارِ ونحوها من الحوادث الطارئة عند فقهاء الإسلام ، ومثل كساد الأوراق النقدية أو انقطاعها وتغير قيمتها المستوجب لبطلان البيع عند أبي حنيفة ، فإنها أمثلة حيّة لنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي ، وتطبيقاً لمبدأ العدالة ومراعاةً لما يجبُ من توافرِ التعادل والتوازن في الإلتزامات وتنفيذها [١٠٤] وقد أخذت بهذه النظرية المجلة ، وخاصةً في عقدِ الإيجار فقد جاء في (م/ ٤٤٣) من المجلة ما نصها:" لَوْ حَدَثَ عُذْرٌ مَانِعٌ لِإِجْرَاءِ مُوجَبِ الْعَقْدِ تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ ، مَثَلًا: لَوْ اسْتُؤْجِرَ طَبَّاخٌ لِلْعُرْسِ وَمَاتَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ وَكَذَلِكَ مَنْ كَانَ فِي سِنِّهِ أَلَمٌ وَقَاوَلَ الطَّبِيبَ عَلَى إخْرَاجِهِ بِخَمْسِينَ قِرْشًا ثُمَّ زَالَ الْأَلَمُ بِنَفْسِهِ تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ" [١٠٥] . هذا وقد أقرّ المُشرّع العراقي عندَ تقنينه القانون المدني العراقي هذه النظرية مُسايراً الفقه الإسلامي ، وأقر حكماً عاماً أوردهُ في الفقرة الثانية من القانون المدني (م/ ١٤٦) :" إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

على حدوثها أن تنفيذ الألتزام التعاقدي ، وان لم يصبح مستحيلاً، صارَ مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جازَ للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقض الألتزام المرهق إلى الحد المعقول إن إقتضت العدالة ذلكَ، ويقعُ باطلاً كلُ اتفاقٍ على خلافِ ذلكَ" [١٠٦] . هذا وإن المحاكم العراقية قد تسنى لها تطبيق هذه النظرية الإسلامية في تشريع القانون المدني ، أوفي ظلِ أحكامه مستمراً تطبيقاً لمبادئ العدالة ورفعِ الضررعن الناس [١٠٧] . ومن تطبيقات هذه النظرية منها الفيضانات التي حدثت سنة (١٩٥٤م) وأغرقت مساحات واسعة من الأراضي والمزارع في بغداد ، وحدثَ جرّاء هذا الفيضان إلى ارتفاع الأسعار ارتفاعاً كبيراً ، فصدرت أحكام قضائية تقضي بالتخفيف من التزامات المدين [١٠٨].

المطلب الثالث: عقد البيع :

عقدُ البيع من العقودِ الرضائية الملزمة للجانبين الناقلة للملكية، كسبب من أسباب الملك التام والتي يكونُ للشخصِ فيه حق الملك التام ، فهو حق مطلق ، فالمالكُ له حُرّية الأستعمال والإستغلال والتصرف في ملكه كما يشاءُ كحقِ الرّقبة والوصية وسكنى الدار أو الوقف أو الإجارة أو الإعارة . . . [١٠٩] ففي تشريع البيع طريق إلى تحقيق كل واحدٍ غرضه ودفع حاجته ، والإنسان مدني بالطبع ، لا يستطيع العيش بدون التعاون مع الآخرين . وقد وردَ البيعُ في القرآن والسنة منها: قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَاَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبٰوا﴾ [١١٠] ، وأما السنة فمنها قولَهُ (ﷺ) :" إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ" [١١١] ، هذاوقد أباحَ الفقهاء البيوع ؛ قَالَ الحافظ بن حجر:" وَالْحِكْمَةُ تَقْتَضِيهِ لِأَنَّ حَاجَةَ الْإِنْسَانِ تَتَعَلَّقُ بِمَا فِي يَدِ صَاحِبِهِ غَالِبًا وَصَاحِبُهُ قَدْ لَا يَبْذُلُهُ لَهُ بِغَيْرِ عِوَضٍ فَفِي تَشْرِيعِ الْبَيْعِ وَسِيلَةٌ إِلَى بُلُوغِ الْغَرَضِ وَتَحْقِيقِ كل واحدٍ غرضه ، ودفع حاجته ، لَان الانسان مدنِي بالطبع لايستطيعُ العيشَ من دونِ تعاون معَ الآخرينَ [١١٢] . قَالَ الشَّافِعِيُّ :" فَأَصْلُ الْبُيُوعِ كُلِّهَا مُبَاحٌ إذَا كَانَتْ بِرِضَا الْمُتَبَايِعَيْنِ الْجَائِزَيْ الْأَمْرِ فِيمَا تَبَايَعَا إلَّا مَا نَهَى عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْهَا وَمَا كَانَ فِي مَعْنَى مَا نَهَى عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مُحَرَّمٌ بِإِذْنِهِ دَاخِلٌ فِي الْمَعْنَى الْمَنْهِيِّ عَنْهُ، وَمَا فَارَقَ ذَلِكَ أَبَحْنَاهُ بِمَا وَصَفْنَا مِنْ إبَاحَةِ الْبَيْعِ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى [١١٣] ، أي في قوله ﴿ اِلَّآ اَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾[١١٤] ، ولونظرنا إلى أغلب قواعد وأحكام عقدِ البيع لرأينا أن المجلة قد تناولتها في موادها ونذكرُ منها على سبيلِ المثال (م/١٠٥) الْبَيْعُ: "مُبَادَلَةُ مَالٍ بِمَالٍ وَيَكُونُ مُنْعَقِدًا وَغَيْرَ مُنْعَقِدٍ" و(م/ ١٠٦) الْبَيْعُ الْمُنْعَقِدُ :"هُوَ الْبَيْعُ الَّذِي يَنْعَقِدُ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ وَيَنْقَسِمُ إلَى صَحِيحٍ ، وَفَاسِدٍ ، وَنَافِذٍ ، وَمَوْقُوفٍ"

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

[١١٥] وكلاهما قالَ بهما فقهاءُ الحنفية [١١٦] ، ولونظرنا إلى نصوص القانون المدني العراقي لرأينا أن المُشرّع العراقي قدإتبعَ نهجَ الفقه الإسلامي عند تقنينه للقانون المدني ، فإن أغلب القواعد العامة لعقدِ البيعِ مستمدة من الفقه ، وقسم منها وضعها ضمن النظرية العامة للعقد [١١٧] والمتعلقة بأركان العقد (الإيجاب والقبول والتراضي وأهلية التعاقد وعيوب الإرادة والسبب) ، وكذا تقسيم العقود إلى (عقود صحيحة وباطلة) . هذا ومن مواد القانون المدني في تعريف عقد البيع وصيغته نذكر (م/ ٥٠٦) : " البيعُ مبادلة مال بمال" [١١٨] ، وهي ذات (م/ ١٠٥) من المجلة وقد سبق ذكرها ، ومن ذلكَ أيضاً نذكرُ على سبيلِ المثال لا الحصر : بأن المُشرع العراقي قد نظمَ البيع في خمس مواد (٥٠٩- ٥١٣) إذ جاء في (م/ ٥٠٩) من القانون المدني:" يصحُ أن يكونَ البيعُ بشرطِ الخيار مدة معلومة . ولايمنع هذا الشرط من إنتقال الملكية إلى المشتري" و(م/ ٥١٣) من القانون المدني أيضاً :" في جميع حالات الخيار إذا تلف المبيعُ في يد المشتري قبل الفسخ هلكَ من ماله ولزمه الثمن المسمى" [١١٩]، وهما مقتبستان من الفقه الإسلامي حيثُ أخذت بهما المجلة ونقلهما القانون المدني عنها، قال السغدي:" خِيَار الشَّرْط لَا يجوز فَوق ثَلَاثَة ايام فِي قَول ابي حنيفَة وَالشَّافِعِيّ . . . قَالَ اذا كَانَ الشَّرْط فَوق ثَلَاثَة ايام كَانَ البيع فَاسِدا وَلَا يكون العقد عِنْده مَوْقُوفا وَقَالَ ابو حنيفَة البيع يفْسد ان لم يجز قبل مُضِيّ ثَلَاثَة ايام [١٢٠] وقال السرخسي :" وشَرْطُ الْخِيَارِ فِي البيعِ مُدَّةً مَعْلُومَةً " [١٢١] وقال السغدي:" واذا كَانَ الْخِيَار للْمُشْتَرِي فان تلف الْمَبِيع فِي يَده فَعَلَيهِ الثّمن " وجاء في المجلة :" فَإِذَا هَلَكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي بَعْدَ قَبْضِهِ يَلْزَمُهُ أَدَاءُ ثَمَنِهِ الْمُسَمَّى لِلْبَائِعِ "[١٢٢] ، وإستندَ الفقهاء في هذه المواد إلى مَا رُوِيَ أَنَّ حِبَّانَ بْنَ مُنْقِذِ بْنِ عَمْرٍو الأَنْصَارِيَّ (رضي الله عنه) كَانَ يُغْبَنُ فِي الْبِيَاعَاتِ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ (ﷺ): "إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ: لاَ خِلاَبَةَ، وَلِيَ الْخِيَارُ فِي كُلِّ سِلْعَةٍ ابْتَعْتَهَا ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ ، فَإِنْ رَضِيتَ فَأَمْسِكْ، وَإِنْ سَخِطْتَ فَارْدُدْ "[١٢٣].ومن ذلكَ أيضاً ما جاء في عن أحكام بيع المريض [١٢٤] ، [١٢٥] ؛ لأنه كثيرُ الوقوعِ في الحياة العملية ولاسيما بين الورثة .هذا وقد استقى القانون المدني العراقي أحكامه المتعلقة بمرض الموت من الشريعة الإسلامية وفق المذهبين الحنفي والحنبلي في ترتيب الأحكام عليه وعدم سريان حكم بيع المريض جاء في الفتاوى الهندية:" الْمَرِيضُ مَرَضَ الْمَوْتِ مَنْ لَا يَخْرُجُ إلَى حَوَائِجِ نَفْسِهِ وَهُوَ الْأَصَحُّ " [١٢٦] . وقال أبو حنيفة: "لا يصح بيع المريض مرض الموت لوارثه، لأنه محجور عليه في حقه، فلم يصح بيعه كالصبي" [١٢٧] .قال إبن عابدين : " الْمَرِيضُ مَرَضَ الْمَوْتِ مَنْ لَا يَخْرُجُ لِحَوَائِجِهِ خَارِجَ الْبَيْتِ، وَهُوَ الْأَصَحُّ مَنْ بِهِ بَعْضُ مَرَضٍ يَشْتَكِي مِنْهُ

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وَفِي كَثِيرٍ مِنْ الْأَوْقَاتِ يَخْرُجُ إلَى السُّوقِ وَيَقْضِي مَصَالِحَهُ لَا يَكُونُ مَرِيضًا مَرَضَ الْمَوْتِ" [١٢٨] ولونظرنا إلى المجلة إذ نصت (م/١٥٩٥)منها :" مَرَضُ الْمَوْتِ هُوَ الْمَرَضُ الَّذِي يَعْجَزُ الْمَرِيضُ فِيهِ عَنْ رُؤْيَةِ مَصَالِحِهِ الْخَارِجَةِ عَنْ دَارِهِ إنْ كَانَ مِنْ الذُّكُورِ وَيَعْجَزُ عَنْ رُؤْيَةِ الْمَصَالِحِ الدَّاخِلَةِ فِي دَارِهِ إنْ كَانَ مِنْ الْإِنَاثِ ، وَالَّذِي يَكُونُ فِيهِ خَوْفُ الْمَوْتِ فِي الْأَكْثَرِ وَيَمُوتُ ، وَهُوَ عَلَى ذَلِكَ الْحَالِ قَبْلَ مُرُورِ سَنَةٍ سَوَاءٌ كَانَ مُلَازِمًا لِلْفِرَاشِ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ ، وَإِذَا امْتَدَّ مَرَضُهُ ، وَكَانَ دَائِمًا عَلَى حَالٍ وَاحِدٍ وَمَضَى عَلَيْهِ سَنَةٌ يَكُونُ فِي حُكْمِ الصَّحِيحِ ، وَتَكُونُ تَصَرُّفَاتُهُ كَتَصَرُّفَاتِ الصَّحِيحِ مَا لَمْ يَمْتَدَّ مَرَضُهُ وَيَتَغَيَّرْ حَالُهُ أَمَّا إذَا اشْتَدَّ مَرَضُهُ ، وَتَغَيَّرَ حَالُهُ وَتُوُفِّيَ قَبْلَ مُضِيِّ سَنَةٍ فَيُعَدُّ مَرَضُهُ اعْتِبَارًا مِنْ وَقْتِ التَّغْيِيرِ إلَى الْوَفَاةِ مَرَضَ مَوْتٍ" . [١٢٩]و(م/ ٣٩٣) إذَا بَاعَ شَخْصٌ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ لِأَحَدِ وَرَثَتِهِ يُعْتَبَرُ ذَلِكَ مَوْقُوفًا عَلَى إجَازَةِ سَائِرِ الْوَرَثَةِ فَإِنْ أَجَازُوا بَعْدَ مَوْتِ الْمَرِيضِ يَنْفُذُ الْبَيْعُ وَإِنْ لَمْ يُجِيزُوا لَا يَنْفُذُ . (م/ ٣٩٥) إذَا بَاعَ شَخْصٌ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ مَالَهُ بِأَقَلَّ مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ ثُمَّ مَاتَ مَدْيُونًا وَتَرِكَتُهُ مُسْتَغْرَقَةٌ كَانَ لِأَصْحَابِ الدُّيُونِ أَنْ يُكَلِّفُوا الْمُشْتَرِيَ بِإِبْلَاغِ قِيمَةِ مَا اشْتَرَاهُ إلَى ثَمَنِ الْمِثْلِ وَإِكْمَالِهِ وَأَدَائِهِ لِلتَّرِكَةِ فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فَسَخُوا الْبَيْعَ [١٣٠] . وفي ضوءِ ماتقدّم فإننا نرى أن الفقه الإسلامي قد أثر في القانون المدني ودليلُ ذلكَ فقد نصت الفقرة الأُولى من (م/ ١١٠٩) من القانون المدني على:"كلُ تصرفٍ ناقلٍ للملكية يصدرُ من شخصٍ في مرضِ الموت ، مقصود به التبرع أو المحاباة ، يعتبرُ كله أو بقدرِ مافيه من محاباة تصرفاً مضافاً إلى مابعدَ الموت " [١٣١] . وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى له" وهي التي تناولها الفقهاء في كتبهم وبشكل مفصل.

المطلب الرابع : تأثيرُ الفقه الحنفي (بعض آراء الإمام زفر) في مواد القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١م) .

ولبيانِ ذلكَ كانَ لزاماً علينا أن نوضحَ تأثيرِ الفقه الحنفي المتمثل بذكر آراء الأمام زفر في موادٍ من القانون المدني العراقي لكونها أكثر القوانين العربية إعتماداً على الفقه وأوسعها أخذاً في كثيرٍ من أحكامه وفحوى ذلك يتمثل في:

١. **عقد المكره:** الْإِكْرَاهُ: "اسْمٌ لِفِعْلٍ يَفْعَلُهُ الْمَرْءُ بِغَيْرِهِ، فَيَنْتَفِي بالفعل رِضَاهُ، أَوْ يَفْسُدُ بِهِ اخْتِيَارُهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ تَنْعَدِمَ بِهِ الْأَهْلِيَّةُ فِي حَقِّ الْمُكْرَهِ أَوْ يَسْقُطُ عَنْهُ الْخِطَابُ" [١٣٢] ، والأصلُ الذي إستندَ إليه فقهاء الأحناف في بيانِ حكمِ الإكراه ماوردَ من آيات من الكتاب والسنة منها قوله تعالى: ﴿ لَآ إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَد تَّبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ ﴾[١٣٣] وقولُه (ﷺ) :«إِنَّ اللَّهَ قَدْ تَجَاوَزَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ، وَالنِّسْيَانَ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ»[١٣٤] . هذا وقد

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قسّمَ فقهاء الأحناف الإكراه إلى نوعين : الملجيء وغير الملجيء وكلا النوعين لايزيلان الأهلية ، فالأكراه الملجيء : هو الذي يكون بالتهديد لإتلافِ النفس أو عضو أو بضربٍ مبرحٍ ونحوه أو بالتَّخْوِيفِ بِإِتْلَافِ النَّفْسِ، أَوْ الْعُضْوِ أو النَّفْسِ وَالْمَالِ، وهذا النوع من الإكراه يُعدمُ الرِّضَا وَيُفْسِدُ الِاخْتِيَارَ. وأما غير الملجيء : فهو مايكون بالتهديد بالحبس غير المديد وبضربٍ غير متلفٍ ، وبكل مايحصلُ به الألم اليسير ، فهو يزيل الرضا ، ولكنه لايزيل الاختيار ؛ لأن المكره قد ترك الخيار للمكره بين أمرين ، وإن كان كل واحدٍ منهما مُرّاً ، فكل أريد منه هو أن يفعلَ الأمر أو يُعاني ماهدده به [١٣٥] .

وقد أخذ القانون المدني بهذا التقسيم الفقهي للإكراه فنصَ في فقرته الثانية من (م/ ١١٢): " على أنه يكونُ الإكراه ملجئاً إذا كانَ تهديداً بخطرٍ جسيم محدق كاتلافِ نفسٍ أو عضو أو ضربٍ مبرح أو إيذاء شديد أو إتلاف خطير في المال . ويكونُ غير ملجيء إذا كان تهديداً بما هو دونَ ذلكَ كالحبس والضرب على حسب أحوال الناس" [١٣٦] . هذا وقد ذهبَ الإمام زفر إلى أن عقدَ المكره إذا زال الأكراه يبقى العقدُ على أصله الجواز ، فلو كانَ العقدُ الموقوف عقد بيعٍ فإنه لايملكَ المبيعَ مطلقاً ، ولو قبضه ؛ لأن العقدَ الموقوف لاقيمة له ، ولايثبت حكمه قبلَ الإجازة [١٣٧] . ويرى أبو حنيفة وصاحبيه أن العقد يفسدُ بالإكراه ، ولكن الذّي يبدو لنا أن رأي زفر أدقُ تعليلاً وأكثرُ واقعيةً ، وأقوى منطقاً ؛ لأن الإكراه يجعلُ العقدَ غيرَ نافذٍ لزوالِ الرضا ، فهو كعقدِ الفضولي صحيحاً موقوفاً بالنسبةِ إلى المستكره فيتوقفُ على إجازتهِ بعدَ زوالِ الإكراه . هذا وقد رجحَ السنهوري رأي زفر حيثُ قال:" وكانَ زفر موفقاً عندما جعلَ عقد المكره موقوفاً" [١٣٨] وقالَ الزرقا مفصلاً رأي زفر في عقدِ المكره على رأي الأمام أبو حنيفة قائلاً :" إن رأي زفر أوجه من رأي الإمام وصاحبيه فيما يظهر" [١٣٩] . وتظهرُ ثمرة الخلافِ بينَ الإمام وصاحبيه ، وبينَ زفر في صورٍ منها على سبيلِ المثال : باعَ شخص لآخر عيناً معينة تحتَ تأثيرِ الإكراه وقبضها المشتري ، فإنه تكون ملكه على رأي الأمام وصاحبيه ، ولكن بقيمتها لابثمنها ، ولايمتلكها المشتري على رأي زفر ، وذلكَ لأن العقد الموقوف لايترتبُ عليه أحكام قط قبل الإجازة [١٤٠] ، وبهذا الرأي أخذ القانون المدني العراقي، إذ إعتبرَ عقد المكره موقوفاً ، وبذلك يتبينُ لنا أنه أخذ برأي زفر ولم يأخذ برأي الأمام أبي حنيفة ، الذي إعتبره فاسداً ، فقد نصت (م/ ١١٥) من القانون المدني على أنه :"من أُكره إكراهاً معتبراً بأحدِ نوعي الإكراه على إبرام عقد لاينفذ عقدهُ" [١٤١] و(م/ ١١٣) :" والإكراه المعتبرأن يكونَ المكره قادراً

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

على إيقاع تهديده . وأن يخافَ المكره وقوعَ ماصارَ تهديده به بأن يغلب على ظنه وقوع المكره به إن لم يفعل الأمر المكره عليه " [١٤٢] ، وفي هذه المادة تبين لنا أن الناس يختلفونَ نفسياً ، لذلكَ كانَ أثرُ الإكراه مبنياً على نفسيات الناس ومعنوياتهم .

٢ .**قبول شهادة فاقد البصر:** الشهادة إِخْبَارٌ صِدْقٍ عَنْ ثُبُوتِ الْحَقِّ لِلْغَيْرِ عَلَى الْغَيْرِ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ. وَقَدِ اخْتَلَفَتْ صِيَغُهَا عِنْدَ الْفُقَهَاءِ تَبَعًا لِتَضَمُّنِهَا شُرُوطًا فِي قَبُولِهَا كَلَفْظِ الشَّهَادَةِ وَمَجْلِسِ الْقَضَاءِ وَغَيْرِهِ وهي كالبيّنة تماماً فيها حفظُ حفظُ الحقوقِ والأموال من الضياع وتصونُ العقود من الجحودِ والإنكار . وهي الأخبار عن أمرٍ حضره الشهود وشاهدوه ، إما من خلال المعاينة كالأفعال نحو القتل والزنى ، أو من خلال السماع كالعقود والاقرارات ولايجوزُ للشاهدِ أن يشهدَ إلاّ بما حضرهُ وعلمه عياناً أو سماعاً [١٤٣] . والأصلُ فيها قوله تعالى ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ اَنْ تَضِلَّ اِحْدٰيهُمَا فَتُذَكِّرَ اِحْدٰيهُمَا ﴾ [١٤٤] ، وقوله (ﷺ): «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ لَيْسَ لَكَ إِلاَّ ذَلِكَ » [١٤٥] ، وقوله(ﷺ): «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي» [١٤٦] ، البيّنة هي الشهادةُ بالإجماع ؛ لأن فيها إحياء لحقوق الناس ، وصوناً لعقودهم عن الجحود ، وحفظِ أموالهم من الضياع [١٤٧] وقَالَ – ﷺ–: «أَكْرِمُوا شُهُودَكُمْ فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَسْتَخْرِجُ بِهِمُ الْحُقُوقَ» [١٤٨] . هذا وقد إختلفَ الأئمة الأحناف في قبول شهادة فاقد البصر بالتسامع فقالَ الأمام وصاحباهُ :"لاتقبل شها د تهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَيِّزُ بَيْنَ الْمَشْهُودِ لَهُ وَالْمَشْهُودِ عَلَيْهِ – أي لايستطيعُ أن يُميّزُ بينَ الأشخاص ، ولاعلى الإشارة والنسبة لتفريق الغائب دونَ الحاضر، وأن أهلية الشهادة شرط وقت القضاء [١٤٩]وَقَالَ زُفَرُ: "تُقْبَلُ شَهَادَتهُ فِيمَا يُجْرَى فِيهِ التَّسَامُعُ لِأَنَّهُ يُسْمَعُ كَالبَصِيرِ" [١٥٠] ، لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَقْتَضِي ذَلِكَ دَفْعًا لِلْمَشَقَّةِ وَرَفْعًا لِلْحَرَجِ وَالضِّيقِ وَحِفْظًا لِلْحُقُوقِ مِنْ أَنْ تُهْدَرَ وتَضِيعُ ، لِذَلِكَ كَانَ الْعَمَلُ بِقَبُولِ شَهَادَةِ الْأَعْمَى هُوَ الْمُفْتَى بِهِ فِي الْمَذْهَبِ الحَنَفي [١٥١] . وبرأي زفر في قبول شهادةِ الأعمى أخذَ القانون المدني العراقي فقد نصت (م/ ٤٩٥) على أنه :" يجوزُ قبول شهادة الأخرس والأعمى" [١٥٢] .

٣ . **تحديد مُدة الخُصومة في طلب الشُفعة:** صورة ذلك: تَمْلِيكُ الْبُقْعَةِ أو الْعَقَارِ جَبْرًا عَلَى الْمُشْتَرِي بِمَا قَامَ عَلَيْهِ بِمِثْلِهِ ذَا كَانَ مِثْلِيًّا، وَإِلاَّ فَبِقِيمَتِهِ أي بالثمنِ الذّي يباعُ به العِقارُ رضِى به المُتبايعان أو سخِطا ، وبهذا المعنى تكونُ الشفعةُ على خِلافِ القياس فجوزها أئمة الأحناف إستحساناً [١٥٣]وهي ثابتة بالنَصّ وَهُوَ قَوْلُهُ – عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ –: «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ الدَّارِ»[١٥٤] ، هذا وقد اختلف أئمة فقهاء في تحديدِ مُدةِ الخُصومة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في طلب الشُفعة ، فذهبَ أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنه إذا أتى الشَّفِيعُ إِذَا أَتَى بِطَلَبَيْنِ صَحِيحَيْنِ اسْتَقَرَّ الْحَقُّ عَلَى وَجْهٍ لَا يَبْطُلُ بِتَأْخِيرِ الْمُطَالَبَةِ بِالْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ أَبَدًا حَتَّى يُسْقِطَهَا بِلِسَانِهِ، وذهبَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ: إلى أنه إذا تركها شَهْرًا بَعْدَ الإشهاد وَلَمْ يَطْلُبْ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ ، وعللا رأيهما بالقول: أَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ ثَبَتَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْ الشَّفِيعِ، وَلَا يَجُوزُ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنْ الْإِنْسَانِ عَلَى وَجْهٍ يَتَضَمَّنُ الْإِضْرَارَ بِغَيْرِهِ، وَفِي إبْقَاءِ هَذَا الْحَقِّ " أي حق الشفعة" بَعْدَ تَأْخِيرِ الْخُصُومَةِ أَبَدًا إضْرَارٌ بِالْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْنِي وَلَا يَغْرِسُ خَوْفًا مِنْ النَّقْضِ وَالْقَلْعِ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ فَلَا بُدَّ مِنْ التَّقْدِيرِ بِزَمَانٍ لِئَلَّا يَتَضَرَّرَ بِهِ، فَقَدَّرْنَا بِالشَّهْرِ؛ لِأَنَّهُ أَدْنَى الْآجَالِ، فَإِذَا مَضَى شَهْرٌ وَلَمْ يَطْلُبْ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ فَقَدْ فَرَّطَ فِي الطَّلَبِ فَتَبْطُلُ شُفْعَتُهُ [١٥٥] . ولكن الذّي يبدو لنا أن الراجحُ هو مذهبُ الأمام زفر ومحمّد ؛ لأن سكوتُ الشفيعُ عن طلبه للشفعة مع عدمِ تقديمه العذر فإنه يدلُ على سقوطها وبطلانها ، وقد قدرت المدة الزمنية شهراً إنصافاً للطرفين وعدلاً بينهما ؛ لأن المدة إذا كانت أكثر من ذلك ولم يسقطُ الطلب بتأخيرِ الخصومة فيه يكونُ في ذلكَ إجحافاً بحق المُشتري وتحقيق الضرر بماله حيثُ أنه لايمكنُ من التصرفِ في المُشتري من جميعِ الأوجه لعدمِ تمكينه من البناءِ والغرسِ وما شابههما ممّا يَستلزمُ بقاؤهُ طوال المُدة لذا فالأخذُ برأي محمد وزفر فيه من الرفقِ بالمشتري، ودفع الضرر عنه ، والشفعةُ ماشُرّعت إلاّ لدفعِ الضرر عن الشفيع [١٥٦] هذا وقد أخذَ المُشرّع العراقي بقولهما لما فيه من الدقة والوجاهة فقد نصت (م/ ١١٣٩) من القانون المدني العراقي بذلك :" أ. يجبُ على الشفيع أن يرفعَ دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثونَ يوماً من تاريخِ رغبته ، وإلاّ سقطَ حقه بذلك ب. وتعتبرُ دعوى الشفعة من الدعاوى المُستعجلة " [١٥٧] .

٤ .وجوبِ أخذِ الأذن عندَ قبضِ الهبة: الْهِبَةُ: "هِيَ تَمْلِيكُ الْعَيْنِ بِطَرِيقِ التَّبَرُّعِ بِلاَ عِوَضٍ" [١٥٨]﴿ يَهَبُ لِمَنْ يَشَآءُ اِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَآءُ الذُّكُورَ ﴾ [١٥٩] ، وهي مندوبة لقولِ رسولِ الله (ﷺ):" «تَهَادَوْا تَحَابُّوا» " [١٦٠] ، وأن قبولها سنة فإن الرسول(ﷺ) قَبِل الهدية العبد قَالَ: أَهْدَتْ بَرِيرَةُ إِلَى النَّبِيِّ (ﷺ) لَحْمًا تُصُدِّقَ بِهِ عَلَيْهَا، فَقَالَ: «هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ» [١٦١] . هذا وقد إختلفَ الأئمة الأحناف في الأذن بقبضِ الهبة في المجلس فقال أبو حنيفة وصاحباه :" إِنْ قَبْضَهَا الْمَوْهُوبُ لَهُ فِي الْمَجْلِسِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الواهب جَازَ ذلكَ إِسْتِحْسَانًا قَا لَ زُفَرَ لايَجُوزُ لِأَنَّ الْقَبْضَ عِنْدَهُ رُكْنٌ فِي الهِبةِ كالْقَبُولِ فيها فلا يَجُوزُ من غيرِ إِذْنِ الْوَاهِبِ كَالْقَبُولِ فِي بَابِ الْبَيْعِ" [١٦٢] . من هذا يتضحُ لنا أنَ الهبة لاتتمُ إلا بالقبضِ ، وأن الأذن في قبضها واجب بحيثُ لاتجوزُ الهبةُ من دونه

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عند زفر ، وبهذا أخذَ المُشرّعُ العراقي فقد نصت (م/ ٦٠٣) من القانون المدني:" لاتتمُ الهبة في النقول إلا بالقبضِ . ويلزم في القبض إذن الواهب صراحةً أو دلالةً" [١٦٣] ، فهذه المادة تقضي بأنَ الهِبةَ لاتتُمُ إلا بالقبضِ ، ويُشترطُ بالإضافةِ إلى ذلكَ القبض إذن الواهب صراحةً أودلالةً وهذا ماذهبَ إليه زفر فإذا لم يأذن الواهب للموهوبِ له في القبض فلا يجوزُ للأخيرِ أخذُ الشيء الموهوب [١٦٤] .

٥ . تلف العين الموهوبة: إذا تلفت العين الموهوبة هل يرجعُ الموهوبُ له الواهبِ بشيء منه أم لا؟ لقد إختلف فقهاء الأحناف في الرّجوعِ على الواهبِ فيما إذا تلفت العين الموهوبة واستحقهَا مُستحِق وضَمِنَ المَوهُوبُ لَهُ فقالَ الأمامُ وصاحبيه "لم يرجع على الْوَاهِب بِشَيْء [١٦٥]وقال زُفَرُ:" فإنه يَرجِعُ على الواهبِ بالقدرِ الذّي يضَمنُ فيه الواهب الأستِحقاقَ ؛ لأنهُ عَقْد بَيْعٍ وَجَوَازه جَوَاز بَيْعٍ ابْتِدَاء وَانْتِهَاء وفيهِ معنى التملّك " [١٦٦] . هذا وقد أخذ المُشرّع العراقي برأي الأمام زفر فقد نصت (م/ ٦١٥) على مايلي :" إذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحقٍ وضمنَ المُستحق الموهوب له ، فلايرجعُ هذا على الواهب بما ضمن ، إلا بالقدرِ الذّي يضمنُ به الواهبُ الأستحقاق " [١٦٧] .

٦ .إعسار المُحيلُ في الحوالةِ المُقيدة : الْحَوَالَةُ:" نَقْلُ الدَّيْنِ وَتَحْوِيلُهُ مِنْ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ إلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ الدَّيْنِ " [١٦٨]وَهُوَ عَقْدٌ مَشْرُوعٌ، قَالَ – ﷺ–: «مَنْ أُحِيلَ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ» [١٦٩] أَمَرَ (ﷺ) بِاتِّبَاعِهِ، وَلَوْلَا الْجَوَازُ لَمَا أَمَرَ بِهِ [١٧٠] ، ولكن لو أصابَ المُحيلُ إعسار أو توفى قبلَ أداءِ المُحالُ عليهِ الدّين فهل على الغرماءِ أن يُشاركوا المُحالُ عليه؟ لقد إختلفَ أئمةُ الأحناف في مسألة موت المُحيل معسراً قبلَ أدائه الدين للمحالُ عليه ، وكانَ على المُحيلِ ديون سوى دين المُحال ، وليسَ لهُ سوى هذا الدّين قال الكاساني:" أَنَّهُ إذَا مَاتَ الْمُحِيلُ فِي الْحَوَالَةِ الْمُقَيَّدَةِ، قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ الدَّيْنَ إلَى الْمُحَالِ، وَعَلَى الْمُحِيلِ دُيُونٌ سِوَى دَيْنِ الْمُحَالِ، وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ سِوَى هَذَا الدَّيْنِ؛ لَا يَكُونُ الْمُحَالُ أَحَقَّ بِهِ مِنْ بَيْنِ سَائِرِ الْغُرَمَاءِ وهو قول الأمام وصاحباه" [١٧١]وقال زفر : أن المالَ جميعهُ يكونُ للمحتالُ خاصةً وليسَ لغيرِه من الغرماءُ أن يُشاركوهُ فيه وَهُوَ الْقِيَاسُ؛ لِأَنَّ دَيْنَ غُرَمَاءِ الْمُحِيلِ تَعَلَّقَ بِمَالِ الْمُحِيلِ وَهُوَ صَارَ أَجْنَبِيًّا مِنْ هَذَا الْمَالِ وَلِهَذَا لَا يَكُونُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ فِي حَالِ حَيَاتِهِ فَكَذَا بَعْدَ وَفَاتِهِ؛ وَلِأَنَّ الْمُحَالَ كَانَ أَسْبَقَ تَعَلُّقًا بِهَذَا الْمَالِ لِتَعَلُّقِهِ فِي صِحَّتِهِ وَحَقُّ الْغُرَمَاءِ لَمْ يَتَعَلَّقْ فِي صِحَّتِهِ فَيُقَدَّمُ الْمُحَالُ عَلَى غَيْرِهِ كَالْمُرْتَهِنِ [١٧٢] . هذا وقد أخذ القانون المدني العراقي برأي زفر بعدم مشاركة الغرماءِ للمحالِ له فقد نصت الفقرة الثانية من (م/٣٦١) ونصها:" ولو أعسر المحيل قبل أداء المحيل عليه فليس لسائر الغرماء أن يشاركوا المحال له " [١٧٣] ، [١٧٤] .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٧.التفاضل في الربح :في الشركة هل يجوز التفاضل في الربح إذا كان المال مساوياً؟. إن الشركة هي نوعان : الأول شركة في الملك المشترك بين عدة أشخاص ويكون نشؤها عن سبب اخذ طبيعي كالميراث ، وهي لا تعتبرُ من العقود ، بل هي من قبيل الملك الشائع . والثانية شركة العقد وهي تعاقد شخصان أو أكثر على الإستثمار في المال والعمل والاشتراك فيما بينهم بنتائجه من الربح والخسارة [١٧٥] . وَهِيَ مَشْرُوعَةٌ لقوله (ﷺ):" يَقُولُ اللَّهُ: " أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، فَإِذَا خَانَ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا " [١٧٦] وقد بُعِثَ النبي(ﷺ) وَالنَّاسُ يَتَعَامَلُونَ بِهَا فلم يُنكِرُ عَلَيْهِم ولايزَلُ النَّاسُ يَتَعَامَلُونَ بِهَا مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إِلَى يَوْمِنَا هَذَا مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ مُنْكِرٍ فكَانَ هذا إجمَاعاً على جوازها [١٧٧] هذا وقد إختلفَ أئمةُ الأحناف في تفاضل الربح إذا كان ما يدفعه الشريكان متساوياً ، إذ ذهب الأمام وصاحباه إلى أنه :" يصحُ ان يتساوى الشريكان في المال ويتفاضلا في ربحهما" [١٧٨] وذهبَ زُفَرُ إلى أنه :" لايجوز لأن التَّفَاضُلِ فيه يؤدي إلى الربحِ مَا لَمْ يَضْمَنْ فإن المالَ إذا كانَ نصفين ، والربحُ أثلاثاً فإن صاحبُ الزيادة يستحِقها دون ضمانٍ إذ الضمانُ بقدرِ رأسِ المال" [١٧٩] . يتضحُ لنا من هذا أنه يجبُ أن يكونَ توزيعُ الربحِ على الشركاء بنسبةِ رأسِ المال كل منهماعندَ زفر ؛ لأن الزيادة التي يأخذها أحدهما تكون دون ضمان ، لأن الضمان فإنه يُقدّرُ بقدرِ رأسِ المال، وكذا الحال فيما لوتفاوتا في رأسِ المال ، فكانَ لأحدهما ألف وللآخر ألفان وإشترطا أن يكونَ الربحُ بينهما نصفين فإن ذلك يجوزُ عند الأمام وصاحبيه ، ولايجوزُ عندَ زفر؛ لأن الربح يجبُ أن يوزع على مقدار رؤوس أموالهما . وبعبارةٍ أُخرى إنَّ التَّسَاوِيَ فِي الرِّبْحِ مَعَ التَّفَاضُلِ فِي رَأْسِ الْمَالِ لَا يَجُوزُ عندَ زُفَرُ [١٨٠] . وخلاصة القول إلى أن أشتراط التفاضل في الربحِ مع التساوي في رأسِ المال أو التساوي في الربحِ مع حصول الأختلافِ في رأس المال فإنه لايجوزُ عند زفر ؛ لأن أمر الرّبح يجبُ أن يوزعَ بلا تفاضلٍ ، وإنما يوزعُ بنسبة ما يضمنه كل واحدٍ من المال اشتروه نسيئة ، وبهذا يسقطُ كل الاتفاق على الربحِ والخسارة بين الشركاء وقد اخذ القانون المدني برأي الامام زفر إذ نصت (م/١٥٩) بفقرتيهاعلى أنه :

أ. يوزع الرّبحُ والخسارة بين الشركاء بنسبةِ ماضمنه كُلُّ واحدٍ من المالِ الذّي إشتروه نسيئة. **ب.** لايعتبرُ الإتفاقُ بينَ التفاوت في الربحِ والخسارة بينَ الشركاء خلافاً لنسبة ضمان الشركاء للمال. [١٨١]

٨.عقد المضاربة المُقيدة : الْمُضَارَبَةُ: "عَقْدُ شَرِكَةٍ فِي الرِّبْحِ بِمَالٍ مِنْ جَانِبٍ، وَعَمَلٍ مِنْ جَانِبٍ " [١٨٢]،فالمضاربةُ هي نوع من أنواعِ شركة العقد يتفقُ فيها على أن يكونَ رأسُ المال من جانب ، والعمل

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

على إستثماره من الجانب الآخر ، والربحُ بعدَ ذلكِ مشترك بينهما . قَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ ﴾ [١٨٣] ، وَسُمِّيَ هَذَا النَّوْعُ مِنَ التَّصَرُّفِ مُضَارَبَةً ؛ لِأَنَّ فَائِدَتَهُ وَهُوَ الرِّبْحُ لَا تَحْصُلُ غَالِبًا إِلَّا بِالضَّرْبِ فِي الْأَرْضِ، [١٨٤] فصاحِبُ رَبِّ الْمَالِ يُسمّى رَبُّ الْمَالِ والعَامِلُ فيهِ مُضَارِبَ . وَهُوَ عَقْدٌ مَشْرُوعٌ بِالْآيَةِ السَابقة وَبِالسُّنَّةِ، وَهُوَ مَا رُوِيَ «أَنَّ الْعَبَّاسَ (ﷺ)كَانَ يَدْفَعُ مَالَهُ مُضَارَبَةً، وَيَشْتَرِطُ عَلَى مُضَارِبِهِ أَنْ لَا يَسْلُكَ بِهِ بَحْرًا وَأَنْ لَا يَنْزِلَ وَادِيًا وَلَا يَشْتَرِيَ بِهِ ذَاتَ كَبِدٍ رَطْبَةٍ [١٨٥] ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ ضَمِنَ، فَبَلَغَ ذَلِكَ رَسُولَ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – فَاسْتَحْسَنَهُ وَأَجَازَهُ» [١٨٦]، وبُعِثَ – عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ – وَالنَّاسُ يَتَعَامَلُونَهُ فَأَقَرَّهُمْ عَلَيْهِ [١٨٧] ، وَعَلَيْهِ الْإِجْمَاعُ، وَلِأَنَّ لِلنَّاسِ حَاجَةً إِلَى ذَلِكَ . . . فَسَتِ الْحَاجَةُ إِلَى شَرْعِيَّتِهِ تَحْصِيلًا لِمَصْلَحَتِهَا [١٨٨] . وقد إختلفَ أئمةُ الأحناف فيما وَلَوْ قَالَ ربُّ المالِ للمُضارب: بِعْ بِنَسِيئَةٍ، وَلَا تَبِعْ بِالنَّقْدِ أو على العكسِ من ذلكَ حيثُ لو باعَ بالنقدِ أو بالنسيئةِ لايكونُ ذلكَ مُخالفاً معَ صريحِ النهي إذا كانَ السعرُ بالنقدِ أو النسيئةِ لايتفاوتُ ، وهذا جائز عند الأمام وصاحبيه ؛ لأنه مخالفة بالخيرِ [١٨٩] ، وعندَ زفر لايجوزُ ؛ لأنه لم يلتزم الشرط الذّي أمرهُ به ربُّ المالِ ، وكذا الشأن فيما وكل رجلاً بأن يبيع عبده بألف درهم، فباعه بألفين جاز ذلكَ عند أبو حنيفة وصاحبيه ؛ لأنه مخالفة بالخيرِ أيضاً ، وعندَ الأمام زفر لايجوزُ لمجرّدِ مخالفة ربِ المال [١٩٠] ، ولايخفى ما في قولي الطرفين من دقةٍ ووجاهة إلا أن قول الأمام زفر فيما يبدو لنا هو الرّاجح إذ لأبدَّ للمُضاربِ من رعايةِ أوامر صاحب المال ، لذلكَ نجدُ أن (م/ ٦٦٦) من القانون المدني العراقي مطابقة لرأي الأمام زفر ونصها :" في المُضاربة المُقيدة يلتزمُ المُضاربُ برعايةِ الشروطِ التي أذنَ بها ربُّ المال ، فإن خالفها كانَ عاصياً وضمنَ مال المُضاربة إن تلفَ وعادَ إليه وحدهُ الرّبحُ والخسارة ووجبَ التعويض" [١٩١] .

٩ .المضاربة المُطلقة : إذا دَفَعَ الْمَالَ إِلَى غَيْرِهِ مُضَارَبَةً وَلَمْ يَأْذَنْ رَبُّ الْمَالِ فَهَلْ يَضْمَنُ بِالدَّفْعِ ؟ لقد اختلف أئمة فقهاء الأحناف في ضَمانِ المُضارب إذا دَفعَ المالُ إلى غيرهِ مُضَارَبَةً بدونِ إذنٍ من رَبُّ الْمَالِ. قَالَ أبو حَنِيفَةَ فِيمَا رَوَاهُ عن الْحَسَنِ: "لَمْ يَضْمَنْ بِالدَّفْعِ وَلَا يَتَصَرَّفُ الْمُضَارِبُ الثَّانِي حَتَّى يَرْبَحَ، فَإِذَا رَبِحَ ضَمِنَ الْأَوَّلُ لِرَبِّ الْمَالِ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إذَا عَمِلَ بِهِ ضَمِنَ رَبِحَ أَوْ لَمْ يَرْبَحْ، وَقَالَ زُفَرُ: يَضْمَنُ بِالدَّفْعِ عَمِلَ أَوْ لَمْ يَعْمَلْ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ ؛لِأَنَّ الْمَمْلُوكَ لَهُ الدَّفْعُ عَلَى وَجْهِ الْإِيدَاعِ، وَهَذَا الدَّفْعُ عَلَى وَجْهِ الْمُضَارَبَةِ " [١٩٢] . وقال الكاساني:" قال زُفَرَ أَنَّ رَبَّ الْمَالِ إذَا لَمْ يَقُلْ لِلْمُضَارِبِ: اعْمَلْ بِرَأْيِكَ لَمْ يَمْلِكْ دَفْعَ الْمَالِ مُضَارَبَةً إلَى غَيْرِهِ، فَإِذَا دَفَعَ صَارَ بِالدَّفْعِ مُخَالِفًا، فَصَارَ ضَامِنًا كَالْمُودَعِ إذَا

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أُودِعَ" [١٩٣]، والراجح مما سبق ذكرهُ فيما يبدو لنا هو قولُ الأمام زفر؛ لأن المُضاربَ لم يُطلقْ لهُ المُضاربة بقولهِ إعمل فيهِ برأيكَ . وقد جاءت (م/ ١٩٥) من القانون المدني إذ مطابقة لرأي زفر معَ تعديلٍ بسيط إقتضته الضرورة والعادة – بأن قُيدَ ذلكَ بمقتضى العُرف أو تفويضٍ من ربِ المال ونصُ المادة هو :" في المضاربة المطلقة لايجوزُ للمُضاربِ خلطُ مالِ المُضاربِ بمالهِ ، ولا إعطاؤهُ مضاربة إلا إذا جرى العُرفُ بذلكَ أو إلا إذا فوضت إليه أُمورُ المضاربة" [١٩٤]

١٠.البيعُ بشرطِ من كُلِّ عيبٍ : لقد إختلفَ أصحابُ أبي حنيفةَ فيمن باعَ عبداً أو شيئاً ما بشرطِ البراءة من كُلِ عيبٍ مطلقاً ، فهل يجوزُ ردهُ بالعيوب الحادثة بعد العقد ؟ قَالَ أبو يُوسُفَ: ليسَ لهُ أن يقومَ بردهِ سواء حصلَ العيب أو العيوب بعد العقد أو كانت موجودةً قبلهُ . وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَدْخُلُ فِيهِ الْحَادِثُ، وَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ [١٩٥] .هذا وقد بيّن الفقيهان زفر ومحمد وجهة نظرهما :" أَنَّ الْإِبْرَاءَ عَنْ الْعَيْبِ يَقْتَضِي، وُجُودَ الْعَيْبِ؛ لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ عَنْ الْمَعْدُومِ لَا يُتَصَوَّرُ، وَالْحَادِثُ لَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا عِنْدَ الْبَيْعِ، فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْإِبْرَاءِ، فَلَوْ دَخَلَ إنَّمَا يَدْخُلُ بِالْإِضَافَةِ إلَى حَالَةِ الْحُدُوثِ، وَالْإِبْرَاءُ لَا يَحْتَمِلُ الْإِضَافَةَ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى التَّمْلِيكِ حَتَّى يَرْتَدَّ بِالرَّدِّ، وَلِهَذَا لَمْ يَدْخُلْ الْحَادِثُ عِنْدَ الْإِضَافَةِ إلَيْهِ نَصًّا، فَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ أَوْلَى" [١٩٦]

أما بيانُ وجهة نظر الفقيه أَبِي يُوسُفَ:" أَنَّ لَفْظَ الْإِبْرَاءِ يَتَنَاوَلُ الْحَادِثَ نَصًّا، وَدَلَالَةً . أَمَّا النَّصُّ، فَإِنَّهُ عَمَّ الْبَرَاءَةَ عَنْ الْعُيُوبِ كُلِّهَا أَوْ خَصَّهَا بِجِنْسٍ مِنْ الْعُيُوبِ عَلَى الْإِطْلَاقِ نَصًّا، فَتَخْصِيصُهُ أَوْ تَقْيِيدُهُ بِالْمَوْجُودِ عِنْدَ الْعَقْدِ لَا يَجُوزُ إلَّا بِدَلِيلٍ . وَأَمَّاالدَّلَالَةُ، فَهِيَ أَنَّ غَرَضَ الْبَائِعِ مِنْ هَذَا الشَّرْطِ هُوَ انْسِدَادُ طَرِيقِ الرَّدِّ، وَلَا يَنْسَدُّ إلَّا بِدُخُولِ الْحَادِثِ، فَكَانَ دَاخِلًا فِيهِ دَلَالَةً" [١٩٧] . يتضحُ مما تقدّم ذكرهُ أن رأي زفرومحمد هو الراجحُ ؛ وذلكَ لأن البراءة تناولت العيب الثابت لا العيب المجهول ، فعدم دخول العيب الحادث في البراءة أولى . حيثُ ذهبَ القانون المدني العراقي إلى صحةِ البيعِ من كُلِّ عيبٍ ، وفيه صورتان :" أولاهما أن تشملَ البراءة كل عيب في المبيعِ ، وفي هذه الحالة يصحُ الشرطُ ، وإن لم تُسمى العيوب ، ويكونُ البائعُ بريئاً من العيوبِ الموجودة في المبيعِ وقتَ إبرام العقد ، ومن العيوب الحادثة أيضاً بعده قبل القبض . وثانيهما : أن تقتصر البراءة على العيوب الموجودة في المبيعِ ، وفي هذه الحالة يبرأُ البائعُ من العيوبِ الموجودة في المبيع وقتَ العقد ، ولكنه لا يبرأ من ضمانِ العيوب الحادثة بعدهُ إلى حينَ تسليمِ المبيع" [١٩٨] ، وهذا مانصت عليه الفقرة الثانية من (م/٥٦٧) على أنه :" إذا اشترط البائعُ براءته من كلِ عيب ، أومن كل عيب موجود بالمبيعِ ، صحَ البيعُ والشرط وإن لم يُسمِ العيوب . ولكن في الحالة الأُولى يبرأ البائع من العيب

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الموجود وقتَ العقد ، ومن العيب الحادث بعدهُ قبلَ القبض . وفي الحالةِ الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث" [١٩٩] ، والحقيقةُ التي نراها ممّا سبق أنَّ المُشرّع العراقي في هذه الحالة لم يتجاوزَ أو يتعدَّ حدودَ فقه الحنفية ، ففي ذاتِ الصورة الأُولى نراهُ أخذ برأي الأمام أبي يوسف في صحةِ البراءةِ من العيب ، وفي صورته الثانية : إذ أخذ برأي الأمامين الجليلين زفر ومحمد فلا يبرأ من العيب الحادث مطلقاً .

١١.في الذي يباعُ صفقةً واحدة أيردُ بالعيبِ أم لا؟ : من المعلوم يقيناً أن غالبيةِ فقهاء المُسلمين ذهبوا إلى أن العيبَ الذّي يوجبُ رد المبيع هو ما يوجبُ نقصان الثمن فيسببُ ذلكَ ضرراً للمشتري . فالشريعةُ الإسلامية تنهى عن إلحاقِ الضرر بالناس يَقُولُ رَسُولَ اللَّهِ (ﷺ): «الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ، وَلَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ بَيْعًا فِيهِ عَيْبٌ إِلَّا بَيَّنَهُ لَهُ» [٢٠٠] ، وبهذا يكونُ للمشتري خيار الرد إن كانَ المبيعُ فيه عيب إستناداً إلى القاعدة الشرعية:" « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»[٢٠١] ، فإذا كانَ المبيعُ شيئان أو أكثر ، ورأى المشتري في بعضها عيباً بعد القبض ، كمن إشترى ثوبين صفقةً واحدة ووجد في أحدهما عيباً فليسَ له أن يرجعهما إلا عند التراضي ، وله أن يرجعَ الثوب المعيب خاصة بحصته من الثمن عند الأمام وصاحبيه ،وَعِنْدَ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ بَلْ يَرُدُّهُمَا أَوْ يُمْسِكُهُمَا . وَجْهُ قَوْلِهِمَا بِأَنَّ فِي التَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا فِي الرَّدِّ إضْرَارًا بِالْبَائِعِ لِما جَرت عليهِ عَادَةِ التُّجَّارِ من ضَمَّ الرَّدِيءِ إلَى الْجَيِّدِ فِي الْبَيْعِ لأجلِ الرواج بِوَاسِطَةِ الْجَيِّدِ، [٢٠٢] ، وقَالَ الزيلعي:" فَإِنَّهُ إذَا اشْتَرَى ثَوْبَيْنِ بِثَمَنٍ وَاحِدٍ فَوَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا بَعْدَ الْقَبْضِ لَهُ أَنْ يَرُدَّ الْمَعِيبَ وَحْدَهُ؛ لِأَنَّ خِيَارَ الْعَيْبِ لَا يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفْقَةِ بَلْ تَتِمُّ الصَّفْقَةُ بِالْقَبْضِ" [٢٠٣] . والذي يبدو لنا أن رأي زفر بالردِ أو الأمساكِ هو قول منطقي يتناسبُ مع روح العدالة وجوهرها ، وأنه قد بنى على ما إعتاده التُّجَّارِ من ضَمَّ الرَّدِيءِ إلَى الْجَيِّدِ في البيع ، لأجلِ الرّواج . هذا وقد وافق القانون المدني العراقي رأي الأمام زفر إذ نصت (م/ ٥٦١) على أنه :" مابيع صفقة واحدة إذا ظهر بعضه معيباً فإذا لم يكن في تفريقه ضرر ، كانَ للمُشتري أن يرد المعيب مع مطالبة البائع . أما إذا كانَ في تفريقه ضرر رد الجميع أو قبلَ الجميع بكلِ الثمن " [٢٠٤] ، لأن المبيع يضرّهُ التبعيض والتجزئة فالمشتري مُخير بينَ رد المبيع كُلهُ ، وبينَ الإبقاءِ عليه وعلى الصفقة ، وعليه دفع جميع الثمن المُسمى ، ومعنى هذا أنه ليسَ لهُ أن يرد المعيب وحدهُ خشية الإضرار بالبائع [٢٠٥] .

١٢. عقد الإجارة : الْإِجَارَةُ :"عَقْدٌ عَلَى الْمَنَافِعِ بِعِوَضٍ" [٢٠٦] ، وعرّفها السرخسي بقوله:" فَإِنَّهَا عَقْدُ تَمْلِيكِ الْمَنْفَعَةِ بِعِوَضٍ معلومٍ عَلَى سَبِيلِ التَّرَاضِي" [٢٠٧] ومن الأدلة على جوازها قوله تعالى:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

﴿لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سُخْرِيًّا وَرَحْمَتُ رَبِّكَ خَيْرٌ مِمَّا يَجْمَعُونَ﴾ أي العمل بالأجر وكذلك [٢٠٨] ، وقوله (ﷺ) : "مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا، فَلْيُسَمِّ لَهُ أُجْرَتَهُ" [٢٠٩] ، وقد شُرّعت الإجارةُ على خِلافِ القياسِ ؛ إذ الأصلُ في شريعتنا الإسلامية هو عدمُ صحةِ بيعِ المعدوم ، والمنافعُ معدومة قبلَ وجودها ، لأنها عرض إلا أن الفقهاءُ أجازوها لحاجةِ الناسِ إليها [٢١٠] ، كما أنهُ بُعِثَ (ﷺ) وَالنَّاسُ يَتَعَامَلُونَ بِهَا فَأَقَرَّهُمْ عَلَى ذَلِكَ وَعَلَيْهِ الْإِجْمَاعُ على ذلك سائرُ الأئمة [٢١١] . هذا وقد إختلفَ أئمةُ الأحناف فِمَن اسْتَأْجَرَرَجُلاً لِيَحْمِلَ لَهُ طَعَامًا إِلَى مَكَانٍ مَعلومٍ فَيَدْفَعَهُ إِلَى شخصٍ فَوَجَدَ الشخصَ قَدْ مَاتَ فَرَجَعَ بِالطَّعَامِ إِلَى الَّذِي اسْتَأْجَرَهُ . فعندَ الأمام وصاحبيهِ لا أُجرةَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ نَقَضَ تَسْلِيمَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ بِالرَّدِّ فَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَفْعَلْ فَلَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ، وَقَالَ زُفَرُ – رَحِمَهُ اللَّهُ – لَهُ الْأَجْرُ؛ بِمُقَابَلَةِ حَمْلِ الطَّعَامِ إِلَى الْمَكَانِ الْمَعْلُومِ ، وَقَدْ وَفَّى بِالْمَشْرُوطِ فَاسْتَحَقَّ الْأُجْرَةَ عَلَيْهِ، ثُمَّ هُوَ بِرَدِّهِ جَانٍ فَلَا يَسْقُطُ حَقُّهُ بِهِ فِي الْأَجْرِ [٢١٢] . وعليه مما سبقّ ذكرهُ يبدو لنا أن الراجح هو قولُ الأمام زفر ؛ لأنهُ قد قامَ بالعملِ المُتفقِ عليهِ كما ينبغي من جهتهِ ، فلا معنى لعدمِ إستحقاقهِ الْأَجْرَةَ ، وقد جاءت (م/ ٩١٤) من القانون المدني العراقي موافقةً لرأي زفر إذ نصت على مايلي:"يستحقُ العامِلُ الأُجرةَ ، إذا كانَ حاضراً ومُستعداً للعملِ في الوقتِ المُعيّن " [٢١٣] . ومّما سبقَ ذكرهُ من المسائلِ السابقةِ هكذا نرى تلاقي القانون المدني العراقي في بعض موادهِ معَ آراء الأمام زفر ليكونَ ذلكَ دليلاً واضحاً على تأثيرِ الفقه الإسلامي ومكانتهُ في القانون ، فالفقه لما فيه من قابلية للتطورِ والنمو، ولما فيه من مبادئ الشرع حيثُ كَوّنَ حجرَ الزاوية للقانون المدني العراقي ، وهذا بدورهِ لهُ الأثرفي بناءِ الوحدة العربية الشاملة التي نسعى إليها خدمةً لديننا الحنيف ، فالهدفُ الذّي نرمي إليه هو بيان تطوير الفقه وفقاً لأصولِ صناعتهِ حتى يشتقُ منه قانوناً مدنياً حديثاً يصلحُ للعصرِ الذّي نعيشُ فيهِ ... وهذا ما وجدناه من تأثيرٍ للفقه في القانون ، وبذلكَ تتمكنُ من الحاقِ بركبِ الحياةِ المتطورة ذات الحوادث المتجددة ؛ لأنَ ركبَ الحياة لايعرفُ الرّكود ولا الجحود ، وبذلكَ يكونُ الفقيه قد قامَ بواجبهِ تُجاه دينهِ وبلادهِ والحمدُ لله ربّ العالمين وصلى الله على مُحمّدٍ وعلى آله وصحبهِ أجمعين..

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الخاتمة:

إنّ قيمَةَ كلّ عملٍ في قِطافِه، وميزةُ كلّ بحثٍ في نتائجِه. وبعد هذهِ الرحلَة في بيان تأثيرِ الفقه في القانون ، نقفُ؛ لنجدُ أنفسنا أنّنا قد توصّلنا إلى النتائجِ الآتية:

١ .إن الفقه الإسلامي إمتازَ بنظامٍ شاملٍ و متطورٍاستمد منه القانون المدني العراقي نصوصه ، واستوعبَ كل ما تتطلبه الحياة العامة والخاصة للناسِ ، وأن هذا النظام الفقهي الرائع كفيل بتحقيق العدالة ، وتوفير أسباب السعادة للناسِ جميعاً بسببِ مرونته وقابليته للبقاء وفائه بحاجات الناس ومصالحهم المشروعة . وهذه الخصيصة ، دليل على صلاحية الشريعة للعمومِ والبقاء .

٢ .إن ظهورَحركة التقنين في أواخر القرن الثالث عشر من قِبل الدولةِ العثمانية بتأثيرِ بعضِ علماءِ ذلكَ الزمان ، وصوغُها أحكام المعاملات المدنية على شكلِ موادٍ قانونية بلغت (١٨٥١) مادة حيثُ تخيرت الراجح فيها من آراء المذهب الحنفي ، إذ كانَ لها أثرها بكونها أولُ تدوين للفقه الإسلامي في المجال المدني (القانون المدني الجديد) حيثُ سدت فراغاً كبيراً في عالمِ القضاء والمعاملات بما يسرتهُ لهم من قواعد قانونية قابلة للتطبيق بلا عناءٍ وإختلاف.

٣ . عند تشريع القانون المدني العراقي عام(١٩٥١م) إستمد مصادره من منابعَ مختلفة ، أغلبها كانَ من مجلة الأحكام العدلية – المجلة– تُعتبرُ من أهمِ مصادرهِ التي استقى منها أحكامهُ ونصوصه ،فهي العمود الفقري له . حيثُ كانت المحاكم الحقوقية تطبقُ أحكامها في المنازعات التي تحدثُ بين الناس وتفصلُ فيها بحسبِ تلكَ الأحكام الفقهية .

ثبت الهوامش:

(١) . محمد بن مكرم بن على، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الإفريقى (ت: ٧١١هـ): لسان العرب ، (ط٣)، نشر: دار صادر (بيروت : ١٤١٤ هـ) فصل الفاء : ٥٢٢/١٣

(٢) . سورة التوبة : من الآية (٨٧) .

(٣) . سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، نجم الدين (ت: ٧١٦هـ) : شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي (ط١)، نشر: مؤسسة الرسالة(بيروت: ١٤٠٧ هـ –١٩٨٧ م): ١٣٣/١.د. مصطفى إبراهيم الزلمي: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية في نمط جديد، (ط١)، نشر: إحسان للنشر والتوزيع (أربيل : ١٤٣٥هـ– ٢٠١٤م) ص: ٧٥.

(٤) . د. عبد الستار حامد الدباغ : الفقه الإسلامي وتطوره منذ نشأته حتي عصرنا الحاضر، دراسات عربية وإسلامية نشر: اللجنة الوطنية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

للإحتفال بمطلع القرن الخامس عشر ، العدد الأول ، السنة الأولى (بغداد: ١٤٠١هـ- ١٩٨٢م) ،ص: ١٣٢ .

(٥) ينظر: د. عبدالكريم زيدان : الدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ،(د.ط)، نشر: دار عمر بن الخطاب (الإسكندرية: ١٩٨٢م)،ص:١٠٨. و الدباغ : الفقه الإسلامي وتطوره منذ نشأته حتي عصرنا الحاضر ، ص:١٣٢.

(٦) . ينظر: د. عبد المنعم أحمد النمر: علم الفقه ، (ط ١)، نشر: وزارة الأوقاف والشؤون الدينية – سلسلة إحياء التراث الإسلامي ، مطبعة الخلود(بغداد:١٩٩٠م) ،ص:١٧-١٨.

(٧) . د. محيي هلال السرحان : القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة ،(د.ط) ، نشر: مطبعة أركان (بغداد: ١٩٨٧م) ص: ٢٤. وينظر: د. مصطفى إبراهيم الزلمي : فلسفة الشريعة ، (ط١) ، نشر: احسان للنشر (أربيل :١٤٣٥هـ – ٢٠١٤م) ، ص: ٣٤

(٨) . زيدان : الدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، ص: ٦٧.

(٩) . الدباغ : الفقه الإسلامي وتطوره منذ نشأته حتي عصرنا الحاضر،ص: ١٣٣.

(١٠) . الدباغ : الفقه الإسلامي وتطوره منذ نشأته حتي عصرنا الحاضر،ص: ١٣٤.

(١١) . محمد سلام مدكور : المدخل للفقه الإسلامي ، (ط٣) ، نشر: دار النهضة العربية (مصر: ١٣٨٦هـ – ١٩٩٦م) ص: ٥٠.

(١٢) . ينظر :عبد الرحمن عبدالله الصراف :الفقه والقضاء الإسلامي – دراسة تاريخية قانونية مقارنة (ط١) ، نشر: دار ومكتب الكون (الموصل: ١٤٣٠هـ – ٢٠٠٩م) ص: ٦٢. الدباغ: الفقه الإسلامي وتطوره منذ نشأته حتي عصرنا الحاضر،ص: ١٣٥.

(١٣) . محمد بك الخضري : تاريخ التشريع الإسلامي ، (د.ط)، نشر: دار الفاهرة (القاهرة: ١٩٧٠م) ص: ٦ وينظر: زيدان: الدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص: ١١٨

(١٤) . زيدان: الدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص: ١٣٢.

(١٥) . د. مصطفى إبراهيم الزلمي :المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية في نمط جديد، (ط١)، نشر: احسان للنشر والتوزيع (أربيل: ١٤٣٥هـ-٢٠١٤م)، ص: ٧٧. الزلمي : أسباب أختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية،ص: ٣٥.

(١٦) . زيدان: الدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص:١٤١ . وينظر: مدكور : المدخل للفقه الإسلامي، ص: ٢١.

(١٧) . ينظر: الزلمي : أسباب اختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية ، ص: ٣٥- ٣٦. الدباغ : الفقه الإسلامي وتطوره منذ نشأته حتي عصرنا الحاضر،ص:١٥٦.

(١٨) . زيدان: الدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص:١٤٦ . الدباغ : الفقه الإسلامي وتطوره منذ نشأته حتي عصرنا الحاضر،ص:١٥٦- ١٥٧.

(١٩) . زيدان : الدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص:١٥٢.

(٢٠) . زيدان : الدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص:١٥٢. وينظر: الدباغ : الفقه الإسلامي وتطوره منذ نشأته حتي عصرنا الحاضر،ص:١٥٦-١٥٧.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(٢١) . زيدان : الدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص:١٥٢. وينظر: الدباغ : الفقه الإسلامي وتطوره منذ نشأته حتي عصرنا الحاضر،ص:١٦٠ . الصراف : الفقه والقضاء الإسلامي ، ص: ٧٣.

(٢٢) . لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية: مجلة الأحكام الأحكام العدلية، ، تحقيق: نجيب هواويني، (د.ط) نشر: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي، ص: ١

(٢٣) ينظر: د. صبحي محمصاني : الأوضاع التشريعية في البلاد العربية ،(ط٢)، نشر: دار العلم للملايين (بيروت: ١٩٦٢م) ، ص: ١٧٠– ١٧٢

(٢٤) . الدباغ : الفقه الإسلامي وتطوره منذ نشأته حتي عصرنا الحاضر،ص:١٦٠.

(٢٥) . زيدان: الدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص:١٥٢.

(٢٦) .: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية : مجلة الأحكام العدلية ص:١.

(٢٧) . ساجر ناصر حمد الجبوري: التشريع الإسلامي والغزو القانوني للبلاد الإسلامية ، (ط١) ، نشر: دار الكتب العلمية (بيروت : ٢٠٠٥م)، ص: ١٨٦.

(٢٨) الدباغ : الفقه الإسلامي وتطوره منذ نشأته حتي عصرنا الحاضر،ص:١٦٠..

(٢٩) . عمر عبدالله : أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، (ط٢)، نشر: دار المعارف (القاهرة: ١٩٥٨م)، ص: ١٣. د. احمد حميد سعيد النعيمي : الفقه المقارن في قوانين الأحوال الشخصية ،(ط١)، نشر: دار نون للطباعة والنشر(الموصل: ١٩١٦م)ص: ٣٥.

(٣٠) . لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية: مجلة الأحكام العدلية، ص: ٩.

(٣١) . ينظر: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية:مجلة الأحكام العدلية، ص:١٦.

(٣٢) لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية:مجلة الأحكام العدلية، ص:١٥– ١٦. الجبوري: التشريع الإسلامي والغزو القانوني للبلاد الإسلامية ، ص: ١٨٥. الصراف : الفقه والقضاء الإسلامي ، ص:١٤٦– ١٤٧– ١٤٨.

(٣٣) . زيدان: الدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص:١٥٢–١٥٣.

(٣٤) . محمصاني: الأوضاع التشريعية في البلاد العربية ، ص: ١٩٨– ١٩٩. ومن ذلك أن المنافع لاتُعدُّ أموالاً في الفقه الحنفي فإن الغاصب لا يضمن المغصوب كما جاء في(الْمَادَّةُ ٥٩٦) :" لَوْ اسْتَعْمَلَ أَحَدٌ مَالًا بِدُونِ إِذْنِ صَاحِبِهِ فَهُوَ مِنْ قَبِيلِ الْغَصْبِ لَا يَلْزَمُهُ أَدَاءُ مَنَافِعِهِ ...." مجلة الأحكام العدلية، ص:١١١. وقد عدلت بالمادة (٦٤) من قانون أُصول المحاكمات الحقوقية العثماني المعدلة بقانون (٢٨) نيسان سنة (١٩١٤م)

(٣٥) . لّما كانَ العراق جزءاً من الدولة العثمانية في ذلك الوقت طُبقت علية أحكام المجلة ، حتى إذا حدثت الحرب العالمية الأُولى ودخل جنود الاحتلال البريطاني بغداد سنة (١٣٣٦هـ –١٩١٧م) وضعت سلطات الاحتلال البريطاني بعض التشريعلت التي كرّست وجوده وثبّت سيطرته ، منها مايتصل بالعقوبات والإدارة والأحوال الشخصية وقضايا التجارة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وغير ذلك مع الإستمرارِ بالعمل بأحكامِ المجلة . ولّما جاءَ العهد الملكي لم يتغير الأمر كثيراً ، وظلَ الأمر على ذلكَ الحال حتى شُرّع القانون المدن العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١م) الذّي اعتمد على أحكام التشريع الإسلامي كثيراً ، وعلى المجلة بوجهٍ خاص ، مع تخير بعض الأحكام من مختلف المذاهب الفقهية دون التقيد بمذهبٍ معين، وجعلت أحكام التشريع الإسلامي مصدراً مستمراً للقانون المذكور. السرحان: التشريع الإسلامي، ص: ١٠٧ – ١٠٨.

(٣٦) الدباغ : الفقه الإسلامي وتطوره منذ نشأته حتي عصرنا الحاضر،ص:١٦٢.

(٣٧) . د. حسن علي الذنون : محاضرات في القانون المدني العراقي ، نشر: معهد الدراسات العربية العالمية (مصر: ١٩٥٦م)ص: ٣.

(٣٨) . الصراف :الفقه والقضاء الإسلامي ، ص: ١٨١.

(٣٩) . د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ، (د.ط)، نشر: دار القاهرة (القاهرة: ١٩٥١م) ، من الإفتتاحية ، ص:٩

(٤٠) . حيثُ سماها القانون المدني العراقي ب (العقود المسماة) .

(٤١) . أي حق المرور والمجرى والشرب والمسيل . . . . ينظر: شاكر ناصر حيدر : الوسيط في الحقوق العينية ، (د.ط) ، نشر: (بغداد: ١٩٥٩م) ، ص: ٣٩١– ٣٩٣.

(٤٢) . الصراف: الفقه والقضاء الإسلامي ، ص: ١٨٣.

(٤٣) . منير القاضي: ملتقى البحرين (شرح القانون المدني العراقي) ، نشر(بغداد : ١٩٥٤م) ، ص: ٥.

(٤٤) .ونشير هنا بأن القانون المدني المصري شرح بتاريخ ١٦ يوليو سنة ١٩٤٨م ، وأصبح نافذ المفعول في ١٥ أكتوبر سنة١٩٤٩م ،والمكون من (١١٤٩) مادة ، وبذلكَ فقد أُلغى القانون المدني المصري القديم الذي إعتمد على القانون الفرنسي القديم – تقنين نابليون – الصادر سنة ١٨٠٤م ، والتقنينات المختلطة الصادرة سنة ١٨٧٣م ، والتقنين المدني الوطني والأهلي في ٢٨ أكتوبر (تشرين الأول) سنة ١٨٨٣م . وهذه التقنينات وضعت باللغة الفرنسية وترجمت للعربية . ينظر: السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني العراقي ، (د.ط) ، القاهرة (١٩٥١م) : ١/٢–٥

(٤٥) . السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني : ١/ ٣–٥.

(٤٦) . علي محمد إبراهيم الكرباسي : موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني)، (د.ط)، نشر : مطبعة دار الحكمة (بغداد : ١٩٩١م) ، ص:١٦.القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١م) ، طبع وإشراف : كامل السامرائي (بغداد: ١٩٦٣م) ص:٦

(٤٧) . د. مصطفى إبراهيم الزلمي: مجموعة الأبحاث العلمية (الشرعية والقانونية) ، (ط١)، سلسلة الأبحاث (الأول) ، نشر: منظمة الثقافة القانونية (أربيل : ٢٠١٠م) ، ص: ٩٨.

* . السنهوري : هو عبد الرزاق أحمد السنهوري من أسرة مصرية ولد سنة (١٨٩٥ م) بالإسكندرية ، أشهر اعلام الفقه والقانون ، حصل على شهادة الثانوية عام (١٩١٣م) والتحق بمدرسة الحقوق في القاهرة وكان ترتيبه الثاني على طلاب القطر المصري ، نال درجة الليسانس في الحقوق عام (١٩١٧م) من مدرسة الحقوق الخديوية (باللغة الإنكليزية) ، عين

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بعد حصوله على شهادة الليسانس بالحقوق في النيابة العامة بمدينة المنصورة ، ترقى سنة (١٩٢٠م) إلى منصب وكيل النائب العام ثم انتقل إلى التدريس في مدرسة القضاء الشرعي ، سافر إلى فرنسا لاكمال دراسة القانون في فرنسا ، وهناك تبلورت عنده الفكرة الإسلامية ، وبدأ يتخذ الموقف النقدي عن الحضارة الغربية ، عين بعد عودته من فرنسا وحصوله على شهادة الدكتوراه في القانون أستاذا للقانون المدني لكلية الحقوق جامعة القاهرة ، سافر العراق سنة (١٩٣٥م) بدعوة من الحكومة العراقية ، فانشأ كلية الحقوق في بغداد ، وأصدر مجلة القضاء ، ووضع مشروع القانون العراقي للدولة العراقية ، أسهم في وضع عدد من المالفاة القانونية لطلاب العراق ، ثم بعد ذلك اكمل مشروعه للقانون المدني العراقي (١٩٥١ م) رقم (٤٠) لذات السنة وطبق عام (١٩٥٣) . عدد من القضاة : الموسوعة الحرة ، (د . ط) ، نشر : مطبعة الزهراء (الموصل : ١٩٩٠ م) ص : ١٧ .

(٤٨) . الزلمي : مجموعة الأبحاث العلمية (الشرعية والقانونية) ، ص: ٩٩ .

(٤٩) . ينظر: د . محيي هلال السرحان: التشريع الإسلامي تاريخه وتطوره في العراق حتى الوقت الحاضر، ص: ٧

(٥٠) . الصراف : الفقه والقضاء ، ص: ١٩٢ .

(٥١) . ضياء شيت خطاب : مصادر القانون المدني العراقي ، مجلة القضاء العراقية ، نشر : نقابة المحامين ، (بغداد: ١٩٥٦م): ٢/ ١٨٤ .

(٥٢) . علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (ت: ٨١٦هـ) : التعريفات ، (ط١) ،تحقيق: جماعة من العلماء نشر: دار الكتب العلمية (بيروت : ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م) ، ص: ١٤٩ . على جمعة محمد عبد الوهاب: المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية ، (ط٢)، نشر: دار السلام (القاهرة : ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م)، ص: ٧٠

(٥٣) . ينظر: أحمد بن محمود بن عبد الوهاب الشنقيطي: الوصف المناسب لشرع الحكم ، (ط١) ، نشر: عمادة البحث العلمي، بالجامعة الإسلامية، (المدينة المنورة : ١٤١٥هـ) ، ص: ٣٢٧ .

(٥٤) . منير القاضي : ملتقى البحرين ، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي ، (ط١)، نشر : دار بغداد (بغداد : ١٩٥١م) ، ص: ١٠

(٥٥) . بدران أبو العينين بدران : أصول الفقه الإسلامي ، (د .ط) ، نشر دار الإسكندرية (الإسكندرية : ١٩٧٢م) ، ص: ٢٢٤ .

(٥٦) . عبد الباقي البكري : المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية ، (د .ط)، نشر: مطبعة النجف (النجف : ١٩

(٥٧) . الصراف : الفقه والقضاء ، ص: ١٩٩ .

(٥٨) بدران: أصول الفقه الإسلامي، ص: ٣٣١ .

(٥٩) .ومنها كتاب العقود المسماة (شرح القانون المدني) : د . حسن علي الذنون ، نشر : شركة الرابطة (بغداد : ١٩٤٥م) .

(٦٠) . ينظر: الذنون : محاضرات في القانون المدني العراقي ، ص: ٣ .

(٦١) . الزلمي : مجموعة الأبحاث العلمية (الشرعية والقانونية) ، ص: ٩٦-٩٧

(٦٢) . ينظر: د . حسن علي الذنون : المبسوط في المسؤولية التقصيرية – الضرر- (د .ط)، نشر: (بغداد: ١٩٩٢م) ، ص: ١٤٨ .

(٦٣) . السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ، المقدمة ، ١/ ٧ .

(٦٤) .البكري: المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية ، ص: ٤٥٤ .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(٦٥) . صلاح الدين الناهي: نصوص قانونية وشرعية ،(ط٢)، نشر: المكتبة القانونية (بغداد: ١٩٧٦م) ، ص: ١٤-١٥.

(٦٦) . ينظر: البكري: المدخل لدراسة القانون والشريعة ، ص: ٤٥٧.

(٦٧) . منير القاضي: ملتقى البحرين (الشرح الموجز للقانون المدني العراقي) ، (د.ط)، نشر(بغداد: ١٩٥١م) ، ص: ٤.

(٦٨) . الناهي: نصوص قانونية وشرعية ، ص: ٤ .

(٦٩) . الصرّاف : الفقه والقضاء.

(٧٠) . وغني عن البيان فإن القانون المدني العراقي قد نقل بعض هذه القواعد عن المجلة فقد تضمن الفصل الأول من الباب التمهيدي منه مجموعة كثيرة من هذه القواعد (م/ ٢-٨) ونقل مواد كلية أُخرى في موضعٍ آخر منه في الفصل المتعلق بالعمل غير المشروع (م/ ٢١٢- ٢١٣- ٢١٥- ٢١٦- ٢٢١) والقواعد الكلية الموجودة في القانون المدني العراقي كثيرة نذكرُ منها على سبيل المثال ونبيّن تأصيلها الفقهي (م/ ٨١ من القانون المدني العراقي) :" لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان يعتبرُ قولاً" موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني) ، ص: ٣٦. وهي ذاتها في المجلة (م/ ٦٧) ونصها :" لَا يُنْسَبُ إِلَى سَاكِتٍ قَوْلٌ لَكِنَّ السُّكُوتَ فِي مَعْرِضِ الْحَاجَةِ بَيَانٌ." مجلة الأحكام العدلية ،ص:٢٤. وأن هذه القاعدة أصلها للإمام الشافعي ، وقد نقلها عن السيوطي في الأشباه والنظائر في الفروع ينظر فروع القاعدة واستثناءاتها في: الأشباه والنظائر: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (ت: ٩١١هـ) ، (ط١)، نشر: دار الكتب العلمية(بيروت: ١٤١١هـ - ١٩٩٠م)، ص: ١٢٤ ونقلتها المجلة ، ثم نقلها القانون المدني عن المجلة في (م/ ٨١) والتي سبق ذكرها. الناهي : نصوص قانونية وشرعية ، ص: ٢٢٩. السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ٦٥١/٢

(٧١) . محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: ٤٨٣هـ) : المبسوط ،(د.ط)، نشر: دار المعرفة (بيروت : ١٤١٤هـ-١٩٩٣م)، ٢٣/١٣. علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، (ت: ٥٨٧هـ): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ط٢)، نشر: دار الكتب العلمية (بيروت : ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م) ،٢٩٩/٥. مجلة الأحكام العدلية ، ص:٢٩. وينظر: السنهوري : وثيقتان في لائحة البيوع ، مجلة القضاء ، نقابة المحامين ، بغداد : العددان الثالث والرابع (١٩٦٣م) ص: ٢٨٨.

(٧٢) . ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار : ٦/ ٣ . محمد قدري باشا : مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق (مصر: ١٣٠٨هـ - ١٩٩١م) ، ص: ١٥٦.

(٧٣) . ينظر: المواد (٧٢٢- ٧٢٣) ومابعدها من القانون . الكرباسي: موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني) ، ص: ١٥٤

(٧٤) . ينظر: البكري: المدخل لدراسة القانون والشريعة ، ص: ٤٥٧.

(٧٥) . ينظر: الناهي : نصوص قانونية وشرعية ، ص: ٥٠

(٧٦) . إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت: ٧٩٠هـ) : الموافقات في أصول الفقه ،(د.ط)، نشر: (القاهرة: ١٣٤١هـ): ٢٠٧/٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(٧٧) . ينظر: ضياء شيت خطاب : فن القضاء ، (د.ط)، نشر: دار بغداد (بغداد: ١٩٨٤م) ، ص: ٢٧ .

(٧٨) . ينظر: البكري: المدخل لدراسة القانون والشريعة ، ص: ٤٩٤ .

(٧٩) . خطاب : فن القضاء ، ص: ٢٧ .

(٨٠) . من سورة النحل ، الآية : ٩٠ .

** . هو زفر بن الهذيل بن قيس ، أبو الهذيل العنبري من بني تميم ، ولد سنة (١١٠هـ) ، من كبار أصحاب أبي حنيفة وأفقههم وأحسنهم بالقياس ، ولي قضاء البصرة ، من أكبر تلاميذة أبي حنيفة ، جمع بين العلم والعبادة والعمل ، إجتمع عليه أهل العلم وجعلوا يناظرونه في الفقه يوما بعد يوم ، فكان قد راى منهم قبولا واستحسانا لما يجيئ به . خلّف أبا حنيفة في حلقته بعد وفاته كان من أصحاب الشرف والحسب في عصره درس الحديثة واتقنه ، فقيها حافظا ثقتا في الحديث ، غلب عليه الراي . قال ابن معين: ثقة مأمون ، وقال ابن حبان : كان فقيها ورعا حافظا قليل الخطأ . توفي في الكوفة سنة (١٥٨هـ وهو ابن ٤٨ سنة) . ينظر : يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت : ٤٦٣هـ) : الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة مالك والشافعي وأبي حنيفة ، (د . ط) ، نشر : دار الكتب العلمية (بيروت : د . ت) ، ص : ١٧٣ – ١٧٤ . إبراهيم بن علي الشيرازي (ت: ٤٧٦هـ) : طبقات الفقهاء ، تحقيق احسان عباس ، تهذيب محمد بن مكرم بن منظور (ت : ٧١١ هـ) ، (ط ١) ، نشر : دار الرائد العربي (بيروت : ١٩٧٠ م) : ١/ ١٣٥ . شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (ت : ٧٤٨ هـ) : سير أعلام النبلاء ، (د . ط) ، نشر : دار الحديث (القاهرة : ١٤٢٧ هـ – ٢٠٠٦ م) : ٧/ ١٤٤ – ١٤٥ . عبد القادر بن محمد بن نصر القرشي : (ت : ٧٧٥ هـ) : الجواهر المضية في طبقات الحنفية ، (د . ط) ، نشر : مير محمد كتب خانه (كراتشي : د . ت) : ١/ ٢٤٣ .

(٨١) . ينظر: الصراف : الفقه والقضاء ، ص: ٢١٤ .

(٨٢) . الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون : إسماعيل العمري ، (ط١)، نشر: مطبعة الزهراء الحديثة (الموصل: ١٤٠٥هـ – ١٩٨٤م) ، ص: ١٢٥ .

(٨٣) . الحكيم : الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الألتزام : ١/ ٤٤٨ .

(٨٤) . سورة النساء ، الآية ١٢ .

(٨٥) . سنن ابن ماجه : أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت : ٢٧٣هـ) ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ، (د.ط)، نشر: دار إحياء الكتب العربية (مصر: د.ت)، بَابُ مَنْ بَنَى فِي حَقِّهِ مَا يَضُرُّ بِجَارِهِ ، ر. ح (٢٣٤٠) : ٢/٧٤٨ .

(٨٦) . العاني : الفقه الإسلامي ، ص: ٤٤ .

(٨٧) . عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (ت: ٩١١هـ) : الأشباه والنظائر، (ط١)، نشر: دار الكتب العلمية (بيروت:١٤١١هـ – ١٩٩٠م)، ص: ٧٨ .

(٨٨) . زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت: ٩٧٠هـ) : اَلْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ، (ط١) ، نشر: دار الكتب العلمية،(بيروت : ١٤١٩ هـ – ١٩٩٩ م)، ص: ٧٥ .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(٩٩) . عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (ت: ٧٤٣ هـ) : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، (ط١)، نشر: المطبعة الكبرى الأميرية (القاهرة : ١٣١٣ هـ): ٤/ ١٩٦ .

(١٠٠) . السرخسي : المبسوط : ٢١/١٥ .

(١٠١) . محمد يوسف موسى : الأموال العامة ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ، مدخل لدراسة الفقه وفلسفته ، دراسة مقارنة ، (د.ط) ، نشر: دار القاهرة (القاهرة : ١٩٥٢م) ، ص: ١٨٣ .

(١٠٢) . السنهوري: الوسيط ، ٤٥/١ .

(١٠٣) . الصراف: الفقه والقضاء ، ص: ٢١٧ .

(١٠٤) . الصراف: الفقه والقضاء ، ص: ٢١٨ .

(١٠٥) . مجلة الأحكام العدلية ، ص: ١٨–٢١ .

(١٠٦) . موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني) ، ص: ١٧ . الحكيم : الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الألتزام : ١/ ٤٤٦ .

(١٠٧) . ينظر: البكري: المدخل لدراسة القانون والشريعة ، ص: ٧٩٥ .

(١٠٨) . ومن التطبيقات القضائية لذلك : ففي عهد المجلة أصدرت محكمة الصلح القرار المرقم (٧٦٦) في (١٨) كانون سنة (١٩١٩م) جاء فيه :" أدعى المالك بأن جارته شرعت بتعمير غرفة بحيث أن نوافذها كانت ملاصقة لنوافذ داره ومتقدمة عليها ، وأحدثت مرحاضاً بجوار سرداب داره ، وطلبَ منع الضرر ملكه ، وقد تبيّنَ من الكشف الذي أُجرى من قبل لجنة المحكمة بأن المدعي صادق في دعواه ، فقررت المحكمة منع المدعى عليها من أن تقوم بالبناء على هذه الصورة . ومن تطبيقات القضاء العراقي للمادة (١٠٥١) من القانون المدني العراقي ونصها :" لايجوزُ للمالك أن يتصرّفَ في ملكه تصرّفاً مضراً بالجار ضرراً فاحشاً " موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني) ، ص: ٢٣٨ . والتي أُوجبت الضمان على من حقق الضرر لغيره كما ورد في قضيةٍ أصدرتها محكمة بداءة الموصل بتاريخ ٢١/ ١/ ١٩٦٣م حكماً خلاصته :" . . . إدعى المدعي بأن أضراراً حاصلة في سطحِ داره جرّاء تنور أنشأهُ المدعى عليه على جدار دارهِ ، وبعدَ الكشف والمعاينة تبين صحة دعوى المدعي ، فقررت المحكمة إلزام المدعى عليه برفعِ التنور من محله وإبعادهُ عن جدارِ دار المدعي مع تحميل المدعى عليه المصاريف والأُجور وصدر القرار وفق (م/ ١٠٥١) من القانون المدني العراقي " ينظر: سجلات محكمة بداءة الموصل ، سجل الإعلانات لسنة (١٩٦٣م)

(١٠٩) . د . وهبة الزحيلي : نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي ، (ط٤)، نشر: دار الفكر المعاصر (بيروت : ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م) ، ص: ٢٩٧– ٢٩٨ .

(١١٠) . الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : ١٩٧/٤ .

(١١١) . محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (ت: نحو ٥٤٠هـ): تحفة الفقهاء ، (ط٢) ، نشر: دار الكتب العلمية، (بيروت : ١٤١٤ هـ – ١٩٩٤ م) : ٣٦٠/٢ .

(١١٢) . ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار : ٦/ ٨١ .

(١١٣) . الْجَائِحَةُ: مِنَ الْجَوْحِ، وَهُوَ الْهَلاَكُ ، وَاصْطِلاَحًا: هِيَ الآْفَةُ الَّتِي تُصِيبُ الثَّمَرَ أَوِ النَّبَاتَ، وَلاَ دَخْلَ لآِدَمِيٍّ فِيهَا . أوهي: مَا أَتْلَفَ مِنْ مَعْجُوزٍ عَنْ دَفْعِهِ عَادَةً قَدْرًا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ نَبَاتٍ بَعْدَ بَيْعِهِ. كَأَنْ يَهْلَكَ الثَّمَرُ

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بِسَبَبِ بَرْدٍ أَوْ ثَلْجٍ أَوْ غُبَارٍ أَوْ رِيحٍ حَارٍّ أَوْ جَرَادٍ أَوْ فِئْرَانٍ أَوْ نَارٍ أَوْ عَطَشٍ. وَيَذْكُرُ الْفُقَهَاءُ أَيضاً أَنَّ الْجَائِحَةَ . الرازي : مختار الصحاح ، ص: ٦٣. محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور (ت: ٣٧٠هـ): الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي ، تحقيق: : مسعد عبد الحميد السعدني ، (د.ط)، نشر: دار الطلائع (مصر: د.ت)، ص: ١٣٦. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت : ٦٢٠هـ): المغني ، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو (ط ٣) ، نشر: عالم الكتب، (الرياض : ١٤١٧هـ – ١٩٩٧م) ،٦/ ١٧٩ .

(١٠٤) . الزحيلي : نظرية الضرورة ، ص: ٣٠٩.

(١٠٥) . مجلة الأحكام العدلية ، ص: ٨٥.

(١٠٦) . موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني) ، ص:٥٠

(١٠٧) . عبد الحكيم الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، (د.ط) ، نشر دار بغداد (بغداد : ١٩٦٤م) ، ص: ٣٤٥ الصراف: الفقه والقضاء ، ص: ٢٣٦.

(١٠٨) . عبد الحكيم الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ص: ٣٤٥.

(١٠٩) . ينظر: محمد كامل موسى : العقود المسماة ، (د.ط)، نشر: (القاهرة: ١٩٥٣م) ، ص: ١٥. موسى: الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ، ص: ١٦٧.

(١١٠) . سورة البقرة : الآية ، ٢٧٥.

(١١١) . البيهقي : السنن الكبرى ، رقم الحديث (١١٠٧٥) ، ٦ / ٢٩ . أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، ابن ماجه ، (ت : ٢٧٣ه) تحقيق محمد فؤاد ، نشر: دار أحياء الكتب العربية (مصر : د . ت) ، باب : بيع الخيار ، رقم الحديث (٢١٨٥) ، ٢ / ٧٣٧ . محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن معبد التميمي ، أبو حاتم الدارمي (ت : ٣٥٤ه) الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان ، تحقيق : شعيب الارناؤوط ، ترتيب : الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي (ت : ٧٣٩ه) ط١ ، نشر : مؤسسة الرسالة ، (بيروت : ١٤٠٨ه – ١٩٨٨م) باب : ذكر العلة التي من أجلها زجر عن هذا البيع رقم الحديث (٤٩٦٧) ، ١١/ ٣٤١ .

(١١٢) . أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي(ت: ٨٥٢هـ،): فتح الباري شرح صحيح البخاري ،(د.ط) ،نشر: دار المعرفة (بيروت:١٣٧٩هـ) ، ٢٨٧/٤ . مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية : موسوعة فتاوى المعاملات المالية ، (ط١)، نشر:دار السلام (مصر: ١٤٣٠ –٢٠٠٩م)، ١٧/١.

(١١٣) . محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المكي الشافعي (ت: ٢٠٤هـ) : الأم ، (د.ط) ، نشر: دار المعرفة (بيروت : ١٤١٠هـ–١٩٩٠م) ، ٣/٣.

(١١٤) . سورة النساء : الآية ٢٩

(١١٥) . مجلة الأحكام العدلية ، ص: ٢٩– ٣٠.

(١١٦) . عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي (ت: ١٠٧٨هـ): مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، (د.ط) ،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

نشر: دار إحياء التراث العربي(بيروت: د.ت) ،٣/٢. ملا خسرو : درر الحكام شرح غرر الأحكام ،١٩٩/٢.

(١١٧) . ينظر: السنهوري : الوسيط ، ٤/ ٤٠

(١١٨) . الكرباسي :موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني) ، ص:١١٩.

(١١٩) . الكرباسي: موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني) ، ص:١١٩– ١٢٠

(١٢٠) . علي بن الحسين بن محمد السُّغْدي، الحنفي (ت: ٤٦١هـ): النتف في الفتاوى، تحقيق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي (ط٢) ، نشر: دار الفرقان ،(عمان : ١٤٠٤ – ١٩٨٤م) ، ص:٤٤٦.

(١٢١) . السرخسي: المبسوط ،١٧/١٣.

(١٢٢) . السغدي: النتف في الفتاوى ، ص: ٤٤٧. مجلة الأحكام العدلية ، ص: ٦٢.

(١٢٣) . ابن ماجة : سنن ابن ماجه ، بَابُ الْحَجْرِ عَلَى مَنْ يُفْسِدُ مَالَهُ ، رقم الحديث (٢٣٥٤)، ٧٨٨/٢. البيهقي : السنن الكبرى، بَابُ الدَّلِيلِ عَلَى أَنْ لَا يَجُوزَ شَرْطُ الْخِيَارِ فِي الْبَيْعِ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، رقم الحديث (١٠٤٥٩)، ٤٤٩/٥. بن حجر: فتح الباري شرح صحيح البخاري ، بَابُ مَا يُكْرَهُ مِنَ الْخِدَاعِ فِي الْبَيْعِ ، رقم الحديث (٢١١٧)، ٣٣٧/٤.

(١٢٤) . المريضمرض الموت هو: المرض الذي يعجز الرجل عن القيام بمصالحه خارج بيته، ويعجز المرأة عن القيام بمصالحها داخل بيتها. ويغلب فيه الهلاك. ويتصل به الموت. وأن من كان صحيحا ولكن وجد في حال يغلب هلاكه فيه، ثم مات حكمه وهو في حالته الخطرة حكم المريض مرض الموت.

(١٢٥) . بَيْعُ الْمَرِيضِ مَرَضَ الْمَوْتِ عَيْنًا مِنْ أَعْيَانِ مَالِهِ لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ، مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَازَةِ بَاقِي الْوَرَثَةِ وَلَوْ كَانَ بِمِثْلِ الْقِيمَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :٥/ ١٣. الموسوعة الفقهية الكويتية :٢٣٩/٩.

(١٢٦) . لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي : : الفتاوى الهندية ،(ط٢) ، نشر: دار الفكر(بيروت :١٣١٠هـ) ،٤/ ١٧٦.

(١٢٧) . ينظر: السرخسي: المبسوط ، ١٤/ ١٥٠.

(١٢٨) . ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار: ٥/ ٦١٠.

(١٢٩) . مجلة الأحكام العدلية ، ص: ٣١٤.

(١٣٠) . مجلة الأحكام العدلية ، ص:٨٦.

(١٣١) . موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني) ، ص:٢٥٢.

(١٣٢) . السرخسي : المبسوط :٣٨/٢٤. علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (ت: ٥٩٣هـ) : الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف ، (د.ط)، نشر: دار احياء التراث العربي (بيروت : د.ت) : ٢٧٢/٣.

(١٣٣) . سورة البقرة : من الآية ،(٢٥٦)

(١٣٤) . ابن ماجة : سنن إبن ماجه ، بَابُ طَلَاقِ الْمُكْرَهِ وَالنَّاسِي رقم الحديث(٢٠٤٣) :٦٥٩/١. وقال الحاكم في المستدرك هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ، وَلَمْ يُخَرِّجَاهُ . . الحاكم : المستدرك على الصحيحين : ٢١٦/٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(١٣٥) . ينظر: الزيلعي : تبيين الحقائق شرح كنز ،١٨١/٥. ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ،٧٩/٨. ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار: ١٢٩/٦.

(١٣٦) . الكرباسي: موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني) ، ص:٤٢.

(١٣٧) . الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : ١٨٧/٧– ١٨٨ . محمد يوسف موسى : الفقه الإسلامي ، ص: ٣٩٨– ٤٠١.

(١٣٨) . السنهوري : مصادر الحق : ٤/ ٢٦٥.

(١٣٩) . الزرقا : المدخل الفقهي العام : ١/ ٣٦٤.

(١٤٠) . ينظر: الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : ١٨٧/٧– ١٨٨. حسن علي الذنون : النظرية العامة للإلتزام ، (د.ط) ، نشر: مطبعة المعارف (بغداد: ١٣٦٨هـ – ١٩٤٩م) ، ص: ٩٤.

(١٤١) . موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني) ، ص:٤٢. الذنون : النظرية العامة للإلتزام ،ص: ٩٤.

(١٤٢) . موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني) ، ص:٤٢.

(١٤٣) . الزيلعي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٤/ ٢٠٦.د. أحمد حميد سعيد النعيمي : أحكام الشهادة في الفقه والقانون ، (ط١) ، نشر : دار المعتز (عمان : ٢٠١٦م – ١٤٣٧هـ) ، ص:٣٠.

(١٤٤) . سورة البقرة ، الآية : ٢٨٢

(١٤٥) . النيسابوري : المسند الصحيح المختصر، بَابُ وَعِيدِ مَنِ اقْتَطَعَ حَقَّ مُسْلِمٍ بِيَمِينٍ فَاجِرَةٍ بِالنَّارِ، رقم الحديث (١٣٨): ١/ ١٢٣. الشيباني : مسند أحمد بن حنبل ، ٤/ ٣١٧.

(١٤٦) . الترمذي : الجكامع الكبير، بَابُ مَا جَاءَ فِي أَنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ،رقم الحديث (١٢)، ١٨/٣.

(١٤٧) . ابن مودود : الاختيار لتعليل المختار ، ٢/ ١٣٩.

(١٤٨) . محمد بن سلامة بن جعفر بن علي (ت: ٤٥٤هـ): مسند الشهاب ، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، (ط٢) ، نشر: مؤسسة الرسالة (بيروت : ١٤٠٧١ – ١٩٨٦م) باب: أَكْرِمُوا الشُّهُودَ ، رقم الحديث(٧٣٢) ،١/ ٤٢٦.

(١٤٩) . السُّغْدي : النتف في الفتاوى : ٢/ ٧٩٧. الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،٣/ ٢٣٤ابن نجيم : البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٣/ ٩٦.

(١٥٠) . بن مودود : الاختيار لتعليل المختار :١٤٦/٢.شيخ زاده،: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: ٢/ ١٩٥.

(١٥١) . ينظر: الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : ٦/ ٢٦٦.

(١٥٢) . موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني) ، ص:١٠٠.

(١٥٣) . ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار: ٢١٦/٦. بن مودود : الاختيار لتعليل المختار:٤٢/٢.

(١٥٤) .إسناده حسن ، النسائي : السنن الكبرى، كتاب الشروط، رقم الحديث (١١٧١٧) :٣٦٥/١٠. الطحاوي: شرح معاني الآثار ، باب الشفعة بالجوار ، رقم الحديث(٥٩٩٧) : ١٩٦:٧. الطبراني : المعجم الكبير ، رقم الحديث(٦٨٠٣): ٧/ ١٩٥.

(١٥٥) . الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :٥/ ١٩.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(١٥٦) . ينظر: د. محمد يوسف موسى : الفقه ا لإسلامي مدخل لدراسة المعاملات فيه ، (ط٣) ، نشر (القاهرة: ١٩٥٨م) ، ص: ٣١٠.

(١٥٧) . الكرباسي: موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني) ، ص:٢٦٠

(١٥٨) . الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٦/ ١٢٧. الزيلعي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٥/ ٩١.

(١٥٩) . سورة الشورى ، الآية : ٤٩

(١٦٠) . قال العراقي : أخرجه الْبُخَارِيّ فِي كتاب الْأَدَب الْمُفْرد، وَالْبَيْهَقِيّ من حَدِيث أبي هُرَيْرَة بِسَنَد جيد . زين الدين عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن بن أبي بكر بن إبراهيم العراقي (ت: ٨٠٦هـ): المغني عن حمل الأسفار في الأسفار، في تخريج ما في الإحياء من الأخبار، (ط١) ، نشر: دار ابن حزم، (بيروت : ١٤٢٦ هـ – ٢٠٠٥ م) ، ص: ٤٧٨. محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، (ت: ٢٥٦هـ): الأدب المفرد بالتعليقات ،تحقيق: سمير بن أمين الزهيري ،(ط١) ، نشر: مكتبة المعارف (الرياض: ١٤١٩ هـ – ١٩٩٨ م) ، باب قبول الهدية ، رقم الحديث : ٥٩٤، ص: ٣٠٦. البيهقي : السنن الكبرى ، باب التَّحْرِيضِ عَلَى الْهِبَةِ وَالْهَدِيَّةِ صِلَةً بَيْنَ النَّاسِ، رقم الحديث (١٢٢٩٧) : ٦/ ١٦٩.

(١٦١) . النيسابوري : المسند الصحيح المختصر ، بَابُ إِبَاحَةِ الْهَدِيَّةِ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَلِبَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي الْمُطَّلِبِ، وَإِنْ كَانَ الْمُهْدِي مَلَكَهَا بِطَرِيقِ الصَّدَقَةِ، رقم الحديث(١٠٧٤) :٢/٧٥٥.

(١٦٢) . الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع:٦/١٢٤.

(١٦٣) . الكرباسي: موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني) ، ص:١٤١.

(١٦٤) . ينظر: د. عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، (ط٣) ، نشر: شركة الطبع والنشر الأهلية (بغداد: ١٣٨٩هـ) : ٣٥٩/١.

(١٦٥) . محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين ا البابرتي (ت: ٧٨٦هـ) : العناية شرح الهداية ،(د.ط)، نشر:دار الفكر(بيروت: د.ت): ٤٨/٩. عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الحنفي (ت: ١٢٩٨هـ) : اللباب في شرح الكتاب ، حققه، وفصله، وضبطه، وعلق حواشيه: محمد محيي الدين عبد الحميد ، (د.ط) ، نشر : المكتبة العلمية (بيروت: د.ت) :١٧٧/٢.

(١٦٦) . الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :١٣٢/٦.

(١٦٧) . الكرباسي: موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني) ، ص:١٤٣.

(١٦٨) . بن مودود : الاختيار لتعليل المختار: ٣/٣.

(١٦٩) . سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (ت: ٣٦٠هـ): المعجم الأوسط ، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد و عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني(د.ط) ، نشر: دار الحرمين (القاهرة : د.ت) ،باب : مَنِ اسْمُهُ: مُعَاذٌ ، رقم الحديث (٨٥٨٢) : ٢٦٢/٨. الزيلعي : نصب الراية لأحاديث الهداية ،كتاب الحوالة : ٥٩/٤.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(١٧٠) . بن مودود : الاختيار لتعليل المختار: ٣/٣. داماد أفندي : مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر :١٤٦/٢.

(١٧١) . الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : ١٧/٦.

(١٧٢) . البابرتي : العناية شرح الهداية: ٧/ ٢٤٩. وينظر: الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : ٣٠/٧.

(١٧٣) . الكرباسي : موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني) ص : ٩٨ .

(١٧٤) . وقد أخذ القانون المدني العراقي حكمه هذا من كتاب مرشد الحيران فقد قضت هذه الفقرة بأنه إذا أعسر المحيل قبل أداء الدين فليس لسائر الغرماء أن يشاركوا المحال له ؛ وذلك لأنه بمجرد إنعقال الحوالة يملك المحال له الدين أو العين التي تقيدة بها الحوالة والتي كانت للمحيل في ذمة المحال عليه ، أو عنده أن يزاحم له دائنو المحيل فيما ملكه قبل إفلاس مدينهم . ينظر : عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، (ط . ٢) ، نشر : دار بغداد (بغداد : د. ت) : ٣١٦/٢ . وينظر : د. حسن علي الذنون : أحكام الالتزام ، (د. ت) ، نشر : دار بغداد (بغداد : ١٩٥٤) ، ص : ٢٢٣ .

(١٧٥) . ينظر : مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام ، (ط . ٧) ، نشر : جامعة دمشق (دمشق : ١٣٨١ هـ) ، ص : ٥٥٩ .

(١٧٦) . قال الحاكم: وَهَذَا حَدِيثٌ صَحِيحُ الْإِسْنَادِ وَلَمْ يُخَرِّجَاهُ " النيسابوري : المستدرك على الصحيحين ، باب: وَأَمَّا حَدِيثُ مَعْمَرِ بْنِ رَاشِدٍ ،رقم الحديث(٢٣٢٢) :٦٠/٢ وقال الزيلعي:" قَالَ ابْنُ الْقَطَّانِ فِي "كِتَابِهِ": وَهُوَ حَدِيثٌ إنَّمَا يَرْوِيهِ أَبُو حَيَّانَ التَّيْمِيُّ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَأَبُو حَيَّانَ هُوَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدِ بْنِ حَيَّانَ، أَحَدُ الثِّقَاتِ: الزيلعي : نصب الراية : ٤٧٤/٣ .

(١٧٧) . البابرتي : العناية شرح الهداية : ١٥٢/٦.

(١٧٨) . السرخسي : المبسوط : ١١/ ١٥٧.

(١٧٩) . ينظر: المبسوط : ١١/ ١٥٧. الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : ٧٧/٦.

(١٨٠) . المبسوط : ١١/ ١٥٧.

(١٨١) . الكرباسي: موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني) ، ص:٥٢.

(١٨٢) . السرخسي : المبسوط : ٢٥/٢٢. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار: ٦٤٥/٥. الزيلعي : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٧٠/٥.

(١٨٣) . سورة النساء ، الآية : (١٠١)

(١٨٤) . بن مودود : الاختيار لتعليل المختار :١٩/٣.

(١٨٥) . قوله : ذاتُ كبدٍ رطبة ، أي المرادُ به المواشي .

(١٨٦) . أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ) : المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية ، تحقيق: (١٧) رسالة علمية قدمت لجامعة الإمام محمد بن سعود ، تنسيق: د. سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشثري (ط١) ، نشر: دار العاصمة، دار الغيث (السعودية: ١٤١٩هـ) ، بَابُ الْقِرَاضِ ، رقم الحديث(١٤٥٩):٣٩١/٧. البيهقي : السنن الكبرى، كِتَابُ الْقِرَاضِ ، بَابُ الْمُضَارِبِ يُخَالِفُ بِمَا فِيهِ زِيَادَةً لِصَاحِبِهِ، وَمَنْ تَجِرَ فِي مَالِ غَيْرِهِ

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بِغَيْرِ أَمْرِهِ رقم الحديث(١١٦١١) :١٨٤/٦. وَقَالَ البيهقي في سننه : "تفرد بِهِ أَبُو الْجَارُود زِيَاد بن الْمُنْذر، وَهُوَ كُوفِي ضَعِيف، كذبه يَحْيَى بن معِين " ١٨٤/٦. وقال الطبراني:" لَا يُرْوَى هَذَا الْحَدِيثُ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ إِلَّا بِهَذَا الْإِسْنَادِ. تَفَرَّدَ بِهِ: مُحَمَّدُ بْنُ عُقْبَةَ " الطبراني : المعجم الأوسط ، مَنِ اسْمُهُ أَحْمَدُ ، رقم الحديث(٧٦٠) :٢٣١/١. وقال الدارقطني:" أبو الجارود ضعيف" الدار قطني : سنن الدارقطني: كتاب البيوع ، رقم الحديث (٢٩٠):٧٨/٣.وقال الزيلعي:" وَفِيهِ أَبُو الْجَارُودِ الْأَعْمَى، وَهُوَ مَتْرُوكٌ كَذَّابٌ." الهيثمي : مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ،(بَابُ الْمُضَارَبَةِ وَشُرُوطِهَا)، رقم الحديث (٦٨١١) :٤/ ١٦١..

(١٨٧) . بن مودود : الاختيار لتعليل المختار : ١٩/٣.

(١٨٨) . بن مودود : الاختيار لتعليل المختار :١٩/٣. الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :٧٩/٦.

(١٨٩) . ينظر: محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الحنفى بدر الدين العينى (ت: ٨٥٥هـ) : البناية شرح الهداية ،(ط١) ، نشر: دار الكتب العلمية (بيروت: ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م): ٥٦/١٠. الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :١٠٠/٦.

(١٩٠) . ينظر: برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري (ت: ٦١٦هـ) : المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه ،(ط١) ، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي ، نشر: عبد الكريم سامي الجندي ، نشر: دار الكتب العلمية(بيروت : ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م): ٣/ ١٩٠.

(١٩١) . الكرباسي: موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني) ، ص: ١٣١.

(١٩٢) . البابرتي: العناية شرح الهداية :٤٦١/٨. الزَّبِيدِيّ : الجوهرة النيرة :٢٩٤/١.

(١٩٣) . الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :٩٦/٦.

(١٩٤) . الكرباسي: موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني) ، ص:١٥٢.

(١٩٥) . الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :٢٧٧/٥. وينظر: السرخسي : المبسوط: ٨٤/١٢.

(١٩٦) . الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :٢٧٧/٥.

(١٩٧) . الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :٢٧٧/٥.

(١٩٨) . د. حسن علي الذنون : شرح قانون المدني العراقي ، نشر: مطبعة الرابطة (بغداد: ١٩٥٤م) ، ص: ٢٥٣- ٢٥٤.

(١٩٩) . الكرباسي: موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني) ، ص: ١٣٢.

(٢٠٠) . ابن ماجة: سنن إبن ماجه ، بَابُ مَنْ بَاعَ عَيْبًا فَلْيُبَيِّنْهُ رقم الحديث (٢٢٤٦) :٧٥٥/٢. قَالَ الْحَاكِم: هَذَا حَدِيث صَحِيح عَلَى شَرط الشَّيْخَيْنِ وَلَمْ يُخَرِّجَاهُ. الحاكم : المستدرك على الصحيحين ، باب وَأَمَّا حَدِيثُ حَبِيبِ بْنِ أَبِي ثَابِتٍ ، رقم الحديث(٢١٥٢) :١٠/٢.

(٢٠١) ، أصل هذه القاعدة حديث للرسول (ﷺ) وهو حديث حسن رواه إبن ماجه والدارقطني . ابن ماجة : سنن إبن ماجه ، بَابُ مَنْ بَنَى فِي حَقِّهِ مَا يَضُرُّ بِجَارِهِ رقم الحديث(٢٣٤٠) :٧٨٤/٢.ا لدارقطني : سنن

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدارقطني ، باب في المرأة تقتل إذا ارتدت ، رقم الحديث(٨٣) : ٤/ ٢٢٧. فإن هذا الحديث على قصره يدخل في كثير من الأحكام الشرعية ، ويبيّن السياج المحكم الذي بنته الشريعة لضمان مصالح الناس ، في العاجل والآجل .

(٢٠٢) . ينظر: الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع:٥/٢٨٨. شيخي زاده: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر :٢/٥٠.

(٢٠٣) . الزيلعي : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق :٤/٢٩.

(٢٠٤) . الكرباسي: موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني) ، ص: ١٣١.

(٢٠٥) . الذنون : شرح قانون المدني العراقي (عقد البيع) ، ص: ٢٤٣.

(٢٠٦) . الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : ٤/ ١٧٤. الزيلعي : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : ٥/ ١٠٥.

(٢٠٧) . السرخسي: المبسوط : ٤/١٧٤.

(٢٠٨) . سورة الزخرف: من الآية ٣٢ .

(٢٠٩) . قال بن حجر العسقلاني : " أَخْرَجَ هذا الحديث إِسْحَاقُ فِي مُسْنَدِهِ عَنْ عَبْدِ الرَّزَّاقِ وَهُوَ عِنْدَ أَحْمَدَ وَأَبِي دَاوُد فِي الْمَرَاسِيلِ مِنْ وَجْهٍ آخَرَ وَهُوَ عِنْدَ النَّسَائِيّ فِي الْمُزَارَعَةِ غَيْرُ مَرْفُوعٍ" . أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ) : التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير،(ط١) ، نشر: دار الكتب العلمية ، (بيروت: ١٤١٩هـ – ١٩٨٩م) : ٣/١٤٥. عبد الرزاق بن همام بن نافع الصنعاني (ت: ٢١١هـ) : المصنف ، تحقيق: : حبيب الرحمن الأعظمي، (ط٢)، نشر: المجلس العلمي (الهند:١٤٠٣هـ) ، بَابٌ: الرَّجُلُ يَقُولُ: بِعْ هَذَا بِكَذَا، فَمَا زَادَ فَلَكَ، وَكَيْفَ إِنْ بَاعَهُ بِدَيْنٍ؟ رقم الحديث(١٥٠٢٤) :٨/٢٣٥. جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (ت: ٧٦٢هـ) : نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي ،تحقيق: محمد عوامة ، (ط١)، نشر: : مؤسسة الريان (بيروت : ١٤١٨هـ –١٩٩٧م): ٤/١٣١.

(٢١٠) . ينظر: الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :٤/ ١٧٤. بن مودود : الاختيار لتعليل المختار:٢/٥٠ . البابرتي: العناية شرح الهداية :٩/٥٩.

(٢١١) . بن مودود : الاختيار لتعليل المختار:٢/٥١. شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت: ٩٧٧هـ): : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ،(ط١)، نشر: دار الكتب العلمية (بيروت: ١٤١٥هـ – ١٩٩٤م) ، ٣/٤٣٩. محمد بن عبد الله الخرشي المالكي (ت: ١١٠١هـ) : شرح مختصر خليل للخرشي ، (د.ط)، نشر: دار الفكر(بيروت: د.ت) :٧/٢ . منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى (ت: ١٠٥١هـ) : دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات ، (ط١)، نشر: عالم الكتب (بيروت: ١٤١٤هـ – ١٩٩٣م) :٢/٢٤٠. محمد بن صالح بن محمد العثيمين (ت: ١٤٢١هـ) : الشرح الممتع على زاد المستقنع ،(ط١) ، نشر : دار ابن الجوزي (السعودية: ١٤٢٢ – ١٤٢٨ هـ) : ١٠/٥.

(٢١٢) . السرخسي : المبسوط :٣٠/٢٠٢. الزيلعي : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ :٥/١١٢.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(٢١٣) . الكرباسي: موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني) ، ص: ٢٠١.

ثبت المصادر والمراجع

١. ابن منظور، محمد بن مكرم بن على، جمال الدين الأنصاري (ت: ٧١١هـ): لسان العرب ، (ط٣)، نشر: دار صادر (بيروت : ١٤١٤ هـ) .

٢ . الصرصري ، سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي نجم الدين (ت: ٧١٦هـ) : شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي (ط١)، نشر: مؤسسة الرسالة(بيروت: ١٤٠٧ هـ -١٩٨٧ م) .

٣. الزلمي، مصطفى إبراهيم : المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية في نمط جديد، (ط١)، نشر: إحسان للنشر والتوزيع (أربيل : ١٤٣٥هـ- ٢٠١٤م) .

٤ . الدباغ، عبد الستار حامد : الفقه الإسلامي وتطوره منذ نشأته حتي عصرنا الحاضر، دراسات عربية وإسلامية نشر: اللجنة الوطنية للإحتفال بمطلع القرن الخامس عشر ، العدد الأول ، السنة الأولى (بغداد: ١٤٠١هـ- ١٩٨٢م) .

٥. زيدان، عبدالكريم: الدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ،(د.ط)، نشر: دار عمر بن الخطاب (الإسكندرية: ١٩٨٢م) .

٦ . النمر، عبد المنعم أحمد: علم الفقه ، (ط ١)، نشر: وزارة الأوقاف والشؤون الدينية – سلسلة إحياء التراث الإسلامي ، مطبعة الخلود(بغداد: ١٩٩٠م) .

٧ . السرحان، محيي هلال : القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة ،(د.ط) ، نشر: مطبعة أركان (بغداد: ١٩٨٧م) .

٨. الزلمي، مصطفى إبراهيم : فلسفة الشريعة ، (ط١) ، نشر: احسان للنشر (أربيل :١٤٣٥هـ – ٢٠١٤م) .

٩. مذكور، محمد سلام : المدخل للفقه الإسلامي ، (ط٣) ، نشر: دار النهضة العربية (مصر: ١٣٨٦هـ – ١٩٩٦م) .

١٠. الصراف ،عبد الرحمن عبدالله :الفقه والقضاء الإسلامي – دراسة تاريخية قانونية مقارنة (ط١) ، نشر: دار ومكتب الكون (الموصل: ١٤٣٠هـ – ٢٠٠٩م) .

١١ . الخضري ، محمد بك: تاريخ التشريع الإسلامي ، (د.ط)، نشر: دار القاهرة (القاهرة: ١٩٧٠م) .

١٢. الزلمي، مصطفى إبراهيم :المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية في نمط جديد، (ط١)، نشر: احسان للنشر والتوزيع (أربيل: ١٤٣٥هـ- ٢٠١٤م) .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

١٣. . لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية: مجلة الأحكام العدلية، ، تحقيق: نجيب هواويني، (د.ط) نشر: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي.

١٤. محمصاني، صبحي : الأوضاع التشريعية في البلاد العربية ،(ط٢)، نشر: دار العلم للملايين (بيروت: ١٩٦٢م) .

١٥ . الجبوري، ساجر ناصر حمد: التشريع الإسلامي والغزو القانوني للبلاد الإسلامية ، (ط١) ، نشر: دار الكتب العلمية (بيروت : ٢٠٠٥م) .

١٦. عبدالله ، عمر : أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، (ط٢)، نشر: دار المعارف (القاهرة: ١٩٥٨م) .

١٧. النعيمي، احمد حميد سعيد: الفقه المقارن في قوانين الأحوال الشخصية ،(ط١)، نشر: دار نون للطباعة والنشر(الموصل: ١٩١٦م) .

١٨ . الذنون، حسن علي: محاضرات في القانون المدني العراقي ، نشر: معهد الدراسات العربية العالمية (مصر: ١٩٥٦م) .

١٩ . السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني ، (د.ط)، نشر: دار القاهرة (القاهرة: ١٩٥١م) .

٢٠. حيدر، شاكر ناصر : الوسيط في الحقوق العينية ، (د.ط) ، نشر: (بغداد: ١٩٥٩م) .

٢١ . القاضي، منير : ملتقى البحرين (شرح القانون المدني العراقي) ، نشر(بغداد : ١٩٥٤م) .

٢٢. السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني العراقي ، (د.ط) ، القاهرة (١٩٥١م) .

٢٣ . الكرباسي، علي محمد إبراهيم : موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني)، (د.ط)، نشر : مطبعة دار الحكمة (بغداد : ١٩٩١م) .

٢٤. السامرائي، كامل : القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١م) ، (بغداد: ١٩٦٣م) .

٢٥. الزلمي، مصطفى إبراهيم: مجموعة الأبحاث العلمية (الشرعية والقانونية) ، (ط١)، سلسلة الأبحاث (الأول) ، نشر: منظمة الثقافة القانونية (أربيل : ٢٠١٠م) .

٢٦ . خطاب، . ضياء شيت: مصادر القانون المدني العراقي ، مجلة القضاء العراقية ، نشر : نقابة المحامين ، (بغداد: ١٩٥٦م) .

٢٧ . الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف (ت: ٨١٦هـ) : التعريفات ، (ط١) ،تحقيق: جماعة من العلماء نشر: دار الكتب العلمية (بيروت : ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م) .

٢٨. عبد الوهاب، على جمعة محمد: المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية ، (ط٢)، نشر: دار السلام (القاهرة : ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م) .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٢٩. الشنقيطي،أحمد بن محمود بن عبد الوهاب: الوصف المناسب لشرع الحكم ، (ط١) ، نشر: عمادة البحث العلمي، بالجامعة الإسلامية، (المدينة المنورة : ١٤١٥هـ) .

٣٠. القاضي، منير : ملتقى البحرين ، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي ، (ط١)، نشر : دار بغداد (بغداد : ١٩٥١م) .

٣١ . بدران، بدران أبو العينين : أصول الفقه الإسلامي ، (د.ط) ، نشر دار الإسكندرية (الإسكندرية : ١٩٧٢م) .

٣٢ . البكري ،عبد الباقي : المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية ، (د.ط)، نشر: مطبعة النجف (النجف : ١٩٨٥م) .

٣٤ . الذنون، حسن علي: العقود المسماة (شرح القانون المدني) ، نشر : شركة الرابطة (بغداد : ١٩٤٥م) .

٣٥ . الذنون، حسن علي ا: المبسوط في المسؤولية التقصيرية – الضرر– (د.ط)، نشر: (بغداد: ١٩٩٢م) .

٣٦ . الناهي، صلاح الدين: نصوص قانونية وشرعية ،(ط٢)، نشر: المكتبة القانونية (بغداد: ١٩٧٦م) .

٣٧. القاضي، منير: ملتقى البحرين (الشرح الموجز للقانون المدني العراقي) ، (د.ط)، نشر(بغداد: ١٩٥١م) .

٣٨ . السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين (ت: ٩١١هـ) : الأشباه والنظائر: ، (ط١)، نشر: دار الكتب العلمية(بيروت: ١٤١١هـ – ١٩٩٠م

٣٩ . السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت: ٤٨٣هـ) : المبسوط ،(د.ط)، نشر: دار المعرفة (بيروت : ١٤١٤هـ–١٩٩٣م) .

٤٠ . الكاساني ،علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد ، (ت: ٥٨٧هـ): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ط٢)، نشر: دار الكتب العلمية (بيروت : ١٤٠٦هـ – ١٩٨٦م) .

٤١ .السنهوري : وثيقتان في لائحة البيوع ، مجلة القضاء ، نقابة المحامين ، بغداد : العددان الثالث والرابع (١٩٦٣م) .

٤٢.باشا ، محمد قدري: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق (مصر: ١٣٠٨هـ – ١٩٩١م) .

٤٣ . الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي (ت: ٧٩٠هـ) : الموافقات في أصول الفقه ،(د.ط)، نشر: (القاهرة: ١٣٤١هـ) .

٤٤ . خطاب، ضياء شيت : فن القضاء ، (د.ط)، نشر: دار بغداد (بغداد: ١٩٨٤م) .

٤٥. القرطبي، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم (ت : ٤٦٣هـ) : الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة مالك والشافعي وأبي حنيفة ، (د. ط) ، نشر : دار الكتب العلمية (بيروت : د. ت)

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٤٦. الشيرازي، إبراهيم بن علي الشيرازي (ت: ٤٧٦هـ) : طبقات الفقهاء ، تحقيق احسان عباس ، تهذيب محمد بن مكرم بن منظور (ت : ٧١١ هـ) ، (ط ١) ، نشر : دار الرائد العربي (بيروت : ١٩٧٠ م)

٤٧. الذهبي، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز (ت : ٧٤٨ هـ) : سير أعلام النبلاء ، (د. ط) ، نشر : دار الحديث (القاهرة : ١٤٢٧ هـ – ٢٠٠٦ م)

٤٨. القرشي، عبد القادر بن محمد بن نصر: (ت : ٧٧٥ هـ) : الجواهر المضية في طبقات الحنفية ، (د. ط) ، نشر : مير محمد كتب خانه (كراتشي : د. ت) . .

٤٩. العمري ، إسماعيل :الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون ، (ط١)، نشر: مطبعة الزهراء الحديثة (الموصل: ١٤٠٥هـ – ١٩٨٤م) .

٥٠ . القزويني، محمد بن يزيد(ت : ٢٧٣هـ): سنن ابن ماجه ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ، (د.ط)، نشر: دار إحياء الكتب العربية (مصر: د.ت) .

٥١ . السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين ا (ت: ٩١١هـ) : الأشباه والنظائر، (ط١)، نشر: دار الكتب العلمية (بيروت:١٤١١هـ – ١٩٩٠م) .

٥٢ . إبن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت: ٩٧٠هـ) : الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ، (ط١) ، نشر: دار الكتب العلمية،(بيروت : ١٤١٩ هـ – ١٩٩٩ م) .

٥٣ . الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين (ت: ٧٤٣ هـ) : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، (ط١)، نشر: المطبعة الكبرى الأميرية (القاهرة : ١٣١٣ هـ) .

٥٤. موسى، محمد يوسف: الأموال العامة ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ، مدخل لدراسة الفقه وفلسفته ، دراسة مقارنة ، (د.ط) ، نشر: دار القاهرة (القاهرة : ١٩٥٢م) .

٥٥. قضاة ، عدد من القضاة : الموسوعة الحرة ، (د. ط) ، نشر : مطبعة الزهراء (الموصل : ١٩٩٠ م) .

٥٦ . الكرباسي،علي محمد إبراهيم: موسوعة التشريعات العقارية (القانون المدني) .

٥٧ . الزحيلي، وهبة: نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي ، (ط٤)، نشر: دار الفكر المعاصر (بيروت : ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م) .

٥٨. السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين (ت: نحو ٥٤٠هـ): تحفة الفقهاء ، (ط٢) ، نشر: دار الكتب العلمية، (بيروت : ١٤١٤ هـ – ١٩٩٤ م) .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٥٩ .غ الأزهري، محمد بن أحمد بن االهروي، (ت: ٣٧٠هـ): الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي ، تحقيق: : مسعد عبد الحميد السعدني ، (د.ط)، نشر: دار الطلائع (مصر: د.ت).

٦٠ . إبن قدامة، محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ، المقدسي (ت : ٦٢٠هـ): المغني ، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو (ط ٣) ، نشر: عالم الكتب، (الرياض : ١٤١٧هـ – ١٩٩٧م) .

٦١ . الحكيم، عبد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، (د.ط) ، نشر دار بغداد (بغداد : ١٩٦٤م) .

٦٢ . موسى، محمد كامل : العقود المسماة ، (د.ط)، نشر: (القاهرة: ١٩٥٣م) .

٦٣ . القزويني، محمد بن يزيد ، سنن ابن ماجه ، (ت : ٢٧٣ه) تحقيق محمد فؤاد ، نشر: دار أحياء الكتب العربية (مصر : د . ت)

٦٤ . الدارمي، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن معبد التميمي ، (ت : ٣٥٤هـ) :الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان ، تحقيق : شعيب الارناؤوط ، ترتيب : الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي (ت : ٧٣٩هـ) ط١ ، نشر : مؤسسة الرسالة ، (بيروت : ١٤٠٨ه – ١٩٨٨م) .

٦٥ . إبن حجر، أحمد بن علي العسقلاني الشافعي(ت: ٨٥٢هـ،): فتح الباري شرح صحيح البخاري ،(د.ط) ،نشر: دار المعرفة (بيروت:١٣٧٩هـ) ، ٢٨٧/٤ .

٦٦ . مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية : موسوعة فتاوى المعاملات المالية ، (ط١)، نشر:دار السلام (مصر: ١٤٣٠ –٢٠٠٩م) .

٦٧ . الشافعي، محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المكي (ت: ٢٠٤هـ) : الأم ، (د.ط) ، نشر: دار المعرفة (بيروت : ١٤١٠هـ–١٩٩٠م) .

٦٨ . شيخ زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان (ت: ١٠٧٨هـ): مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، (د.ط) ، نشر: دار إحياء التراث العربي(بيروت: د.ت) .

٦٩ . السُّغْدي، علي بن الحسين بن محمد الحنفي (ت: ٤٦١هـ): النتف في الفتاوى، تحقيق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي (ط٢) ، نشر: دار الفرقان ،(عمان : ١٤٠٤ – ١٩٨٤م) .

٧٠ .البلخي، لجنة علماء برئاسة نظام الدين : الفتاوى الهندية ،(ط٢) ، نشر: دار الفكر(بيروت :١٣١٠هـ) .

٧١ . المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل برهان الدين (ت: ٥٩٣هـ) : الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف ، (د.ط)، نشر: دار احياء التراث العربي (بيروت : د.ت) .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

٧٢. الذنون، حسن علي: النظرية العامة للإلتزام ، (د.ط) ، نشر: مطبعة المعارف (بغداد: ١٣٦٨هـ – ١٩٤٩م) .

٧٤. النعيمي، أحمد حميد سعيد : أحكام الشهادة في الفقه والقانون ، (ط١) ، نشر : دار المعتز (عمان : ٢٠١٦م – ١٤٣٧هـ) .

٧٥. إبن حكمون، محمد بن سلامة بن جعفر بن علي القضاعي، (ت: ٤٥٤هـ): مسند الشهاب ، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، (ط٢) ، نشر: مؤسسة الرسالة (بيروت : ١٤٠٧ – ١٩٨٦م) .

٧٦. موسى، محمد يوسف : الفقه الإسلامي مدخل لدراسة المعاملات فيه ، (ط٣) ، نشر (القاهرة: ١٩٥٨م) .

٧٧. العراقي ،زين الدين عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن بن أبي بكر بن إبراهيم (ت: ٨٠٦هـ): المغني عن حمل الأسفار في الأسفار، في تخريج ما في الإحياء من الأخبار، (ط١) ، نشر: دار ابن حزم، (بيروت : ١٤٢٦ هـ – ٢٠٠٥ م)

٧٨. البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ، (ت: ٢٥٦هـ): الأدب المفرد بالتعليقات ،تحقيق: سمير بن أمين الزهيري ،(ط١) ، نشر: مكتبة المعارف (الرياض: ١٤١٩ هـ – ١٩٩٨ م) .

٧٩. الحكيم، عبد المجيد : الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، (ط٣) ، نشر: شركة الطبع والنشر الأهلية (بغداد: ١٣٨٩هـ) .

٨٠ . البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين ابن الشيخ شمس الدين بن الشيخ جمال الدين (ت: ٧٨٦هـ) : العناية شرح الهداية ،(د.ط)، نشر:دار الفكر(بيروت: د.ت) . ٨١ . الغنيمي، عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الدمشقي الحنفي (ت: ١٢٩٨هـ) : اللباب في شرح الكتاب ، حققه، وفصله، وضبطه، وعلق حواشيه: محمد محيي الدين عبد الحميد ، (د.ط) ، نشر : المكتبة العلمية (بيروت: د.ت) .

٨٢ .الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، (ت: ٣٦٠هـ): المعجم الأوسط ، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد و عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني(د.ط) ، نشر: دار الحرمين (القاهرة : د.ت) .

٨٣ . الحكيم، عبد المجيد: الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، (ط . ٢) ، نشر : دار بغداد (بغداد : د . ت) .

٨٤. الذنون، حسن علي : أحكام الالتزام ، (د. ت) ، نشر : دار بغداد (بغداد : ١٩٥٤)

٨٥. الزرقا، مصطفى: المدخل الفقهي العام ، (ط . ٧) ، نشر : جامعة دمشق (دمشق : ١٣٨١ هـ) .

٨٦ .إبن حجر، أحمد بن علي بن محمد بن أحمد العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ) : المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية ، تحقيق: (١٧) رسالة علمية قدمت لجامعة الإمام محمد بن سعود ،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تنسيق: د. سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشثري (ط١) ، نشر: دار العاصمة، دار الغيث (السعودية: ١٤١٩هـ)

٨٧. العيني، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الحنفى بدر الدين (ت: ٨٥٥هـ) : البناية شرح الهداية ،(ط١) ، نشر: دار الكتب العلمية (بيروت: ١٤٢٠ هـ – ٢٠٠٠ م) .

٨٨ . بن مَازَةَ ، برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر البخاري (ت: ٦١٦هـ) : المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه ،(ط١) ، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي ، نشر: عبد الكريم سامي الجندي ، نشر: دار الكتب العلمية(بيروت : ١٤٢٤ هـ – ٢٠٠٤ م) .

٨٩ . الذنون، حسن علي: شرح قانون المدني العراقي ، نشر: مطبعة الرابطة (بغداد: ١٩٥٤م) .

٩٠. إبن حجر ، أحمد بن علي بن محمد بن أحمد العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ) : التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير،(ط١) ، نشر: دار الكتب العلمية ، (بيروت: ١٤١٩هـ – ١٩٨٩م) .

٩٢. الصنعاني، عبد الرزاق بن همام بن نافع ا (ت: ٢١١هـ) : المصنف ، تحقيق: : حبيب الرحمن الأعظمي، (ط٢)، نشر: المجلس العلمي (الهند:١٤٠٣هـ) .

٩٣ . الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد (ت: ٧٦٢هـ) : نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي ،تحقيق: محمد عوامة ، (ط١)، نشر: : مؤسسة الريان (بيروت : ١٤١٨هـ –١٩٩٧م) .

٩٤. الشربيني ،شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب ا الشافعي (ت: ٩٧٧هـ): : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ،(ط١)، نشر: دار الكتب العلمية (بيروت: ١٤١٥هـ – ١٩٩٤م)

٩٥ . الخرشي، محمد بن عبد الله المالكي (ت: ١١٠١هـ) : شرح مختصر خليل للخرشي ، (د.ط)، نشر: دار الفكر(بيروت: د.ت)

٩٦. البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس ،(ت: ١٠٥١هـ) : دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات ، (ط١)، نشر: عالم الكتب (بيروت: ١٤١٤هـ – ١٩٩٣م)

٩٧. إبن العثيمين، محمد بن صالح بن محمد (ت: ١٤٢١هـ) : الشرح الممتع على زاد المستقنع ،(ط١) ، نشر : دار ابن الجوزي (السعودية: ١٤٢٢ – ١٤٢٨ هـ) .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

Copyright of College of Basic Education Researches Journal is the property of Republic of Iraq Ministry of Higher Education & Scientific Research (MOHESR) and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.

www.manaraa.com