التنظير في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي بين التاثير و التاثر دراسة (فقهية- أصولية - قانونية) تطبيقية في كتب الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري

دكتور/ باسل محمود عبد الله الحافي
أستاذ مشارك في قسم الشريعة والدراسات الإسلامية
كلية الآداب- جامعة الملك فيصل

الملخص :

يتناول هذا البحث علاقة الفقه الإسلامي و أصوله بالقانون الوضعي في مجال التنظير الفقهي، أو النظريات الفقهية، من حيث التأثير و التأثر المتبادل بينهما، حيث أبين من خلال البحث أن هناك علاقةُ تأثيرٍ و تأثّرٍ متبادلٍ بينهما، لكن تأثير الفقه الإسلامي على القانون الوضعي أكثر و أشد من تأثير القانون على الفقه الإسلامي حيث أخذ القانون بعض النظريات بكمالها من الفقه الإسلامي و أصولهِ، كنظرية الأهلية، بينما انحصر تأثير القانون الوضعي في الفقه الإسلامي في الترتيب المنطقي الدراسي للنظريات الفقهية لا أكثر، فمشايخ الإسلام المعاصرون رتبوا النظريات الفقهية بما يشابه النظريات القانونية بعد دراستهم لها على الرغم من أن شروط تلك النظريات و أركانها و أحكامها موجودة مبثوثة في كتب الفقه الإسلامي و كتب أصول الفقه، و هذا يدل على تفوق الفقه الإسلامي على القانون الوضعي في مجال التنظير الفقهي أو النظريات الفقهية.

Endoscopy or (Theories of Jurisprudence) Between Islamic jurisprudence and law Between impact and vulnerability Juristic, fundamentalist and legal study

And applied in the books of Professor Dr. Abdul Razzaq al-Sanhuri

Abstract:

This research includes the relationship between Islamic jurisprudence and its origins and positive law In the field of philosophical theorization or doctrinal theories, In terms of impact and mutual influence between them. I will show through the research that there is a relationship of influence and mutual influence between them But the impact of Islamic jurisprudence on the law more and more severe than the impact of the law on Islamic jurisprudence. The law has taken some theories in its entirety from Islamic jurisprudence and its origins as the theory of eligibility While the impact of the law in the Islamic jurisprudence confined to the logical arrangement of doctrinal doctrines no more Modern scholars of Islam have arranged jurisprudential theories similar to legal theories after studying them Although the conditions of these theories and their elements and provisions are found in the books of Islamic jurisprudence and books of the fundamentals of jurisprudence. And this indicates the superiority of Islamic jurisprudence on the positive law in the field of jurisprudential theory or doctrinal theories.

المبحث التمهيدي :

أولاً : مقدمة : بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، و أفضل الصلاة وأتم التسليم على نبينا محمد و على آله و أصحابه أجمعين أما بعد : فهذا بحث أكتبه في التنظير الفقهي مبيناً فيه علاقة التأثير و التأثر المتبادل بين الفقه الإسلامي و أصوله من جهة و القانون الوضعي من جهة أخرى وقد اخترت أن تكون الدراسة التطبيقية القانونية في كتب شيخ القانونيين الأستاذ الدكتور عبد الرزاق بن أحمد السنهوري، مع المقارنة بكتب الفقه الإسلامي و كتب أصول الفقه و كتب النظريات الفقهية و غيرها راجياً من الله تعالى التوفيق و التيسير.

ثانياً : أهمية البحث :

تنبع أهمية البحث من كونه بحثاً مقارناً بين الفقه الإسلامي و أصوله و القانون الوضعي لدحض دعوى القائلين بتأثر الفقه الإسلامي بالقانون الوضعي بل يبرز أصالة الفقه الإسلامي و تميزه على القوانين الوضعية.

ثالثاً : الدراسات السابقة :

لم أر فيما اطلعت عليه بحثاً يقارن بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي في مجال النظريات الفقهية و يبين مدى التأثير و التأثر المتبادل بينهما مع إجراء دراسة تطبيقية مستمدة من كتب الشريعة و كتب القانون.

رابعاً : مخطط البحث :

المبحث التمهيدي:

المبحث الأول : مفهوم النظرية في القانون، و إطلاقاتها

المبحث الثاني: التأثير و التأثر بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي في التنظير أو النظريات الفقهية.

المبحث الثالث : دراسة نظرية العقد و الالتزامات العقدية في مؤلفات الدكتور عبد الرزاق السنهوري.

المبحث الرابع نظرية الأهلية.

المبحث الخامس : دراسة نظرية الفساد و البطلان عند الدكتور عبد الرزاق السنهوري.

المبحث السادس : دراسة الظروف الطارئة، و القوة القاهرة عند الدكتور عبد الرزاق السنهوري.

الخاتمة : و تتضمن النتائج و المقترحات و التوصيات.

خامساً : التعريف بالنظريات الفقهية و نشأتها :

= تعريفها كمركب إضافي : هذا المركب مكون من كلمتين (النظريات – الفقهية)

١ – تعريف النظريات :

أ – النظريات لغة : جمع نظرية، و النظرية مصدر صناعي مشتق من النظر.

-و النظر يطلق على أمرين :

الأول : نظر الأشياء المادية المحسوسة، و هو نظر العين أي : حِسُّها، أي تأمل الأشياء بالعين [١]، و إدراكها بها.

الثاني النظر المتعلق بالأمور المعنوية، و المقصود به : نظر القلب، أو العقل، وقد عرّفه العلامة الكفوي بأنّه : ترتيب أمورٍ معلومةٍ على وجهٍ يؤدي إلى استعلام ما ليس بمعلوم.

و بيّنَ أنَّ العلمَ الحاصل بعد النظر و الاجتهاد واجب، أي : لازمٌ حصوله عقيب النظر، و هو ما رجحه الإمامان : الغزالي، و الرازي ، و عزاه الإمام البيضاوي لجمهور العلماء. [٢]

-و النظرية في عرف الاستعمال اللغوي المعاصر تطلق على معانٍ منها :

١ – مجموعة الأفكار، و الآراء المعروضة المتعلّقة بموضوعٍ معينٍ، فيقال مثلاً : نظرية سياسية.

٢ – مجموعة قوانين، و مقترحات يرتبط بعضها ببعض، و تخضع لاختبارات معيّنة تؤدي إلى استنباط حقيقة علمية معيّنة، يقال مثلاً : نظرية الذرة.

٣ – قضية تثبت بحجة و دليل، أو يُطلب إثباتها بالبرهان، يقال: (نظرية رياضية).

٤ – البحث في المشكلة القائمة على العلاقة بين الشخص و الموضوع، أو بين العرف و المعروف، فيقال : (نظرية المعرفة). [٣]

---

[١] لسان العرب لابن منظور مادة (نظر)، ١٤/ ٢١٠، طبعة المكتبة التوفيقية – القاهرة، معجم الصحاح، للجوهري، ص ١٠٥٠، طبعة دار المعرفة

[٢] طوالع الأنوار للقاضي البيضاوي مع شرحه المسمى نشر الطوالع للإمام أبي بكر المرعشلي، الشهير بساجقلي زاده، ص ٨١، تحقيق محمد يوسف إدريس، دار النور المبين للدراسات و النشر – عمان – الأردن، ط (١)/ ١٤٣٤ – ٢٠١٢ م/وقد ذكر محقق الكتاب أن الإمام الرازي ذكر هذه المسألة و أقوال العلماء فيها في كتابه المطالب العالية، ويُنظر شرح المقاصد، للإمام مسعود بن عمر الشهير بسعد الدين التفتازاني، ١/ ٢٣٦ – ٢٣٧، ٢٣٩، تحقيق الدكتور عبد الرحمن عميرة، المكتبة الأزهرية للتراث – القاهرة، ط/ ١٤٣٤ هـ – ٢٠١٣ م/. الكليات للكفوي، ص ٧٦٢، طبعة مؤسسة الرسالة بيروت

[٣] المنجد في اللغة العربية المعاصرة، لأنطون نعمة و آخرون، ص١٤٢٣، طبعة دار المشرق – بيروت، ط(٢)/١٩٩٦م/.

٢ – تعريف الفقهية، نسبة للفقه : و هو : العلم بالأحكام الفقهية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية. [١]

= تعريف النظريات الفقهية اصطلاحاً :

- عرف أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي – رحمه الله – النظريات الفقهية بأنّها : (مفهومٌ عام يؤلف نظاماً حقوقياً موضوعياً تنضوي تحته جزئيات موزّعة في أبواب الفقه). [٢]

- و يمكن تعريف النظريات الفقهية بأنّها : (موضوعات فقهية، تشتمل على مسائل أو قضايا [٣] فقهية حقيقته : أركان و شروط، و أحكام، تقوم بين كلٍّ منها صلةٌ فقهية، تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعاً، كنظرية العقد، ونظرية الملكية.... [٤]

- و قد بيّن الشيخ مصطفى الزرقاء – رحمه الله – المراد بالنظرية الفقهية فقال : (نريد من النظريات الفقهية الأساسية : تلك الدساتير، و المفاهيم الكبرى التي يؤلف كلٌّ منها على حده نظاماً حقوقياً موضوعياً منبثاً من الفقه الإسلامي كانبثاث أقسام الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني، و تحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شعبِ الأحكام، و ذلك كفكرة الملكية وأسبابها، و فكرة العقد وقواعده و نتائجه، و فكرة الأهلية و أنواعها... إلى غير ذلك من النظريات الكبرى التي يقوم على أساسها صرحُ الفقهِ بكاملهِ، و يصادف الإنسانُ سلطانها في حلول جميع المسائل و الحوادث الفقهية). [٥]

إذاً فالنظريات الفقهية هي : مبادئ فقهيةٌ عامّةٌ و دساتير [٦] و قضايا كلية تنضوي تحتها مسائل فقهية كثيرة متنوعة تبسط النظرية سلطانها عليها، و توجهها، و تعطي حلولاً للمشكلات التي قد تنشأ عنها أثناء التطبيق. والله تعالى أعلم.

---

[١] جمع الجوامع، للإمام التاج السبكي، مع شرحهِ المسمى تشنيف المسامع، للإمام محمد بن بهادر الزركشي، ١/ ٩١، طبعة مؤسسة قرطبة – القاهرة، ط (٢)

[٢] الفقه الإسلامي و أدلته، ٩/ ١٧، طبعة دار الفكر – دمشق، ط (٣١)/ ١٤٣٠ هـ – ٢٠٠٩ م/.

[٣] القضية قولٌ يصح أن يُقال إنه صادق أو كاذب، يُنظر : التعريفات، للجرجاني، ص ٢٥٧، طبعة دار النفائس – بيروت، و ليس هذا المعنى مراداً في العريف، بل المراد بالقضايا : المسائل و نحوها.

[٤] القواعد الفقهية، د. علي أحمد الندوي، ص ٥٤، طبعة دار القلم – بيروت – ط (٢)/ ١٤١٢ ه – ١٩٩١ م/.

[٥] المدخل الفقهي العام، للشيخ مصطفى الزرقاء، ١/ ٣٢٩، طبعة دار القلم – دمشق – ط (١)/ ١٤١٨ هـ – ١٩٩٨ م/.

[٦] الدساتير : جمع دستور، و هو : مصطلح قانوني يعني : المبادئ العامة التي يتبنّاها المجتمع، و تعبّر عن فلسفتهِ، و تنبع منها قوانينه.

المبحث الأول : مفهوم النظريات الفقهية في القانون و إطلاقاتها :

ظهرت النظريات الفقهية عند فقهاء القانون الوضعي كنظرية العقد، و نظرية الالتزام في القانون المدني، و نظرية الظروف الطارئة..... إلخ

و هذا أمر يتضح لمن يقرأ في كتب القانون ككتاب : نظرية العقد، أو كتاب الوسيط في شرح القانون المدني المصري، و كلاهما للأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري.

أولاً : مفهوم النظريات القانونية :

للنظرية القانونية عدة إطلاقات عند فقهاء القانون منها :

١ – الرأي، و وجهة النظر القانونية :

و هذا يظهر من كلام الدكتور عبد الرزاق السنهوري في كتابهِ (نظرية العقد) [١] عندما تكلّم عن التعاقد بالمراسلة و ذكر أنه لا يوجد اتفاق بين فقهاء القانون على هذا الأمر ثم ذكر آراء الفقهاء في هذه المسألة، و سمّى ذلك نظرية (نظرية إعلان القبول، ونظرية تصدير القبول) . [٢]

٢ – المواد القانونية التي تنظّم أمراً معيناً :

وهذا ما بيّنه الدكتور السنهوري في كتابهِ نظرية العقد أيضاً، و في الوسيط في شرح القانون المدني :

فقد بيّن في كتابهِ نظرية العقد[٣] أن القانون الفرنسي خلط بين نظرية العقد و نظرية الالتزام على الرغم من أنَّ العقد هو أهم مصادر الالتزام، بينما تجنّب القانون المدني المصري هذا الخلط فأفردَ باباً لنظرية الالتزام، و باباً لنظرية العقد.

و بين أيضاً في كتاب الوسيط [٤] أن التقنين القديم لم يُفرد باباً لنظرية البطلان كما هو الشأن في القانون الفرنسي، أما التقنين الجديد فقد عني بإفراد باب لنظرية البطلان احتوى على النصوص الرئيسة التي ترسم القواعد العامة في بطلان العقد كما هو الحال في المواد (١٣٨ – ١٤٤) من مواد القانون المدني. [٥]

---

[١] نظرية العقد، أ. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ١/ ٢٩٣، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت/ ١٩٩٨/ .

[٢] فقه النظرية و النظرية الفقهية ، أ. د عبد الله بن محمد بن حسن السعيدي، ص ٢١ – ٢٢، كرسي الأمير سلطان للدراسات الإسلامية المعاصرة/ ١٤٣٥ هـ/.

[٣] نظرية العقد ١/ ١١.

[٤] الوسيط في شرح القانون المدني، ١/ ٥٣٢ – ٥٣٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية، ط (١)/ ٢٠١١ م/..

[٥] فقه النظرية، للدكتور السعيدي، ص ٢٥.

٣ – الصياغة الفقهية القانونية من قِبلِ شُرّاح القانون و فقهائهِ، و هذا ما بينه الدكتور السنهوري أيضاً عندما تكلّم عن النيابة، و بيّن أنَّ القانون الفرنسي و كذلك القانون المصري ليس فيهما نصوص عن النظرية العامة للنيابة على خلاف القانون الألماني، و القانون السويسري إذ توجد فيهما نصوص عن النظرية العامة للنيابة، ثم قال : فنحن نحذو حذو هذه القوانين، ثم تحدّث عن شروط النيابة، و تحققها، و حكمها [١] و صاغ نظرية النيابة صياغةً تضمّنت بيان أقسامها، و شروط تحققها، و حكمها، و لعلّه قصد من هذه الصياغة الاستدراك على القانون المصري لمِا وقع فيه من نقص[٢] في هذه المسألة أو هذه النظرية.

المبحث الثاني : التأثير و التأثر بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي في باب النظريات الفقهية (أو التنظير الفقهي) :

الحقيقة أنه وجدت في الزمن المعاصر اتهامات متبادلة بين المستشرقين من جهة و علماء الشريعة الإسلامية من جهةٍ أخرى في مسالة التأثير و التأثر بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، و لعل ذلك تجسد بعد أن أقدم حاكم مصر الخديوي إسماعيل [٣] على ترجمة القانون الفرنسي إلى اللغة العربية، ثم قام بتطبيقهِ بدلاً عن الشريعة الإسلامية و ألزم الناس بها في القضاء، و من مصر انتقل تطبيق القانون الوضعي إلى الدول العربية الأخرى كالشام و العراق.

فبعض المستشرقين ادعى أن الشريعة الإسلامية تأثرت بالقانون الروماني القديم الذي كان متمثلاً بمجموعة من الدراسات أو المجموعات القانونية أشهرها دراسة أو

---

[١] نظرية العقد للسنهوري، ١/ ٢٠٧.

[٢] فقه النظرية، للدكتور السعيدي، ص ٢٦.

[٣] هو إسماعيل بن إبراهيم بن محمد باشا، خامس حكام مصر من أسرة محمد علي باشا (والي العثمانيين على مصر) ولد الخديوي إسماعيل سنة ١٢٤٥ هـ، و توفي سنة ١٣١٢ هـ، عزله السلطان العثماني عن الحكم سنة ١٨٧٩ هـ تحت ضغط من بريطانيا و فرنسا فبقي يتردد بين أوربا و تركيا حتى توفي في الأستانة، ثم نُقل جثمانه إلى القاهرة، و هو الذي أمر رفاعة الطهطاوي بترجمة القانون الفرنسي إلى اللغة العربية. الأعلام للزركلي، ١/ ٣٠٨، دار العلم للملايين – بيروت – ط (١٥)/ ٢٠٠٢ م/. و موقع (wkipedia.org).

مجموعة جوستنيان [١] و تعد هذه المجموعة من أهم المصادر التي استمد القانون الفرنسي نصوصه منها حيث تبنّت مجموعة نابليون كتابات شراح القانون الروماني القديم إلى أن صدر القانون عام (١٨٠٤ م) و عن هذا القانون نقلت التقنينات الأوربية، و التقنينات التي صدرت في البلاد العربية في نهاية القرن التاسع عشر ميلادي. [٢]

و عليه فقط أطلق بعض المستشرقين من أمثال جولدتسيهر [٣]، و شيلدون آموس (أو عاموس) [٤]القولَ بأنَّ الشريعة الإسلامية مأخوذة من القانون الروماني القديم، حتى قال آموس : (إنَّ الشرع المحمدي ليس إلاَّ القانون الروماني للإمبراطورية الشرقية معدلاً وفق الأحوال السياسية في المملكات العربية)

وقال أيضاً : (القانون المحمدي ليس سوى قانون جوستنيان في لباس عربي) [٥]

ولعل من المبررات النفسية اعتقادهم أن الشرائع الدينية يمكن أن تكون وضعية – أي : من وضع البشر – كما هو شأن الديانة النصرانية التي عملت فيها أيدي التزوير والتبديل، و معلوم أن هذا الاعتقاد باطل بالنسبة للشريعة الإسلامية لأنَّ مصدرها رباني

---

[١] هي موسوعة في القانون المدني تم جمعها في عهد الإمبراطور الروماني جوستنيان لتمييزها عن القانون الكنسي، وقد تم بعث القانون الروماني القديم ممثلاً بمجموعة أو دراسة جوستنيان في أوربا الغربية في القرن الثاني عشر الميلادي. ينظر (www.arab-ency.com) و (www.startimes.com) .

[٢] تنظر المواقع السابقة و (www.adelamer.com) نقلاً عن كتاب تاريخ القانون في مصر، للدكتور صدقي أبو طالب، ١/ ٤١، ط (٣)/ ١٤٢٣ هـ – ٢٠٠٢ م/. و ينظر تاريخ القانون، للدكتور عباس العبودي، ص ١٧٥ ، دار الثقافة – عمّان – الأردن – ط (٥)/ ١٤٣٦ هـ – ٢٠١٥ م/.

[٣] هو مستشرق مجري يهودي ولد سنة (١٨٥٠ م) و توفي سنة (١٩٢١ م) عُيّن أستاذاً في جامعة بودابست، ثم أرسلته الحكومة المجرية في بعثة خارجية ليدرس علوم الشرق فأقام في القاهرة و حضر بعض دروس الأزهر و سافر إلى سوريا و فلسطين، تتميز كتاباته بالعمق و الخطورة على الإسلام، ينظر موسوعة المستشرقين، د. عبد الرحمن بدوي، ص ١٩٧، طبعة دار العلم للملايين، بيروت – ط (٣)/ ١٩٩٣ م/.

[٤] مستشرق إنجليزي ولد عام (١٨٧٢ م) و توفي سنة (١٩٤٠ م) درس في جامعة كامبرج ثم تم تعيينه في رئاسة قسم الفقه في كلين لندن، ثم ترك العمل و سافر و استقر به المقام في القاهرة، و هو الذي أعاد تنظيم القضاء المصري و قد عُيّن في محكمة الاستئناف، و كان مستشاراً قانونياً للحكومة المصرية، ينظر موقع (Wikipedia.org).

[٥] المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، د. عبد الكريم زيدان، ص ٧١، طبعة مؤسسة الرسالة ناشرون – بيروت، ط(١)/ ١٤٣٤ هـ – ٢٠١٣ م/. نقلاً عن الكتاب الشريعة الإسلامية و القانون الروماني، للدكتور صدقي أبو طالب ص ٦، و كتاب فلسفة التشريع في الإسلام، د. صبحي محمصاني، ص ١٨٨، و ينظر أيضاً تاريخ التشريع و الفقه الإسلامي، د. أحمد العليان، ص ٢٥ – ٢٦، دار إشبيليا – الرياض، ط (١)/ ١٤٢٢ هـ – ٢٠٠١ م/.

كما هو معلوم، لكن لعل من المبررات المنطقية التي دفعت هؤلاء المستشرقين – علاوة على العداء السافر للإسلام – هو وجود تشابه بين الشريعة الإسلامية و القانون مع كون القانون الروماني القديم أسبق في وجوده من الفقه الإسلامي، فقد تم تقنينه بأصوله في القرن الميلادي السادس للميلاد (٥٢٨ – ٥٣٣ م) [١] و لم يتم بعثه وإحياؤه إلا في القرن الثاني عشر ميلادي حيث استفاد الفرنسيون منه في وضع قانونهم في القرن التاسع عشر ميلادي.[٢]

و الحقيقة أن هذه الدعوى و مبرراتها باطلة من وجهين :

الوجه الأول : أنه لم يثبت تاريخياً أن القانون الروماني قد تُرجم إلى اللغة العربية، أما الكتاب السوري الروماني الذي قيل أن الفقه الإسلامي قد تأثر به إنما تّرجم إلى السريانية في أواخر القرن الثامن، أي : بعد تدوين الفقه و اكتمال بنائهِ، و لم يثبت أن القانون المذكور تُرجم إلى اللغة العربية مطلقاً، و لم يكن العرب على علمٍ باللغة السريانية، ثم إنه لم يكن شاملاً للقواعد القانونية التي اشتمل عليها القانون الروماني، وإنما كان شاملاً لقواعد جرى العرف على استعمالها في الشام [٣] زمن الرومان.

وعلى كل حال فمن الأمور التي تجدر الإشارة إليها انه بعد ظهور القول بتأثر الشريعة بالقانون الروماني ظهرت أقوال و أراء من بعض المستشرقين و القانونيين المعاصرين تنفي تأثر الفقه الإسلامي بالقانون الروماني ومن أمثلة هؤلاء المستشرقين المستشرق الإيطالي نالليو[٤]، و الأستاذ فيتزجيرالد، وحمل لواء هذا الرأي جماعة من أعلام

---

[١] تاريخ التشريع، د. أحمد العليان، ص ٢٦.

[٢] بدأ ظهور الإسلام في القرن السابع الميلادي حيث ولد النبي ﷺ عام (٥٧٠) م و أوحي إليه بعد أربعين عام يعني عام (٦١٠) م و تأخر تدوين الفقه إلى بداءة القرن الثامن الميلادي.

[٣] تاريخ التشريع و الفقه الإسلامي، د. أحمد عليان، ص ٢٧.

[٤] مستشرق إيطالي ولد عام (١٨٧٢) م درس كتب الجغرافيا و خصوصاً جغرافيا آسيا و إفريقيا و تعلم اللغة العربية، اللغة السريانية، درس في مجال تخصصه في جامعة تورينو، ثم منح منحة دراسية للقاهرة عام ١٨٩٣ م، و بعد احتلال إيطاليا لليبيا أُسند له كرسي الأدب و اللغة العربية الذي أنشيء في جامعة روما عام ١٩١٥، ينظر موسوعة المستشرقين، ص ٥٨٣.

القانون في مصر مثل الأستاذ علي البدوي، و الدكتور عبد الرزاق السنهوري [1]، والدكتور شفيق شحاتة ، و الدكتور محمد يوسف موسى. [2]

الوجه الثاني : أن من الأحكام المقررة في الشريعة الإسلامية وجوب مخالفة أهل الكتاب ، و كراهية تقليدهم و اتباعهم أو التشبه بهم، [3]فمن المعلوم أن النبي ﷺ لما قدم المدينة وجد اليهود يصومون عاشوراء (العاشر من محرم) فسألهم ما هذا ؟ فقالوا هذا يوم صالح، هذا يوم نجى الله فيه بني إسرائيل من عدوهم، فصامه موسى، فقال النبي ﷺ : (فأنا أحق بموسى منكم فصامه و أمر بصيامه). متفق عليه. [4]

و في رواية أن بعض الصحابة قالوا يا رسول الله إنّه يوم تعظّمه اليهود، فقال : (فإذا كان العام المقبل إن شاء الله صمنا اليوم التاسع)، قال : فلم يأت العام المقبل حتى توفي رسول الله ﷺ. [5]

وروى الإمام أحمد في المسند من حديث عبد الله بن عباس _ رضي الله عنه – قال : قال رسول الله ﷺ : (صوموا يوم عاشوراء، و خالفوا اليهود، صوموا قبله يوماً أو بعده يوماً). [6]

وروى البيهقي في شعب الإيمان عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال : (صوموا التاسع و العاشر، خالفوا اليهود). [7]

---

[1] الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، ولد سنة ١٨٩٥م و توفي سنة ١٩٧١ م، و هو علمٌ من أعلام القانون في مصر بل في الوطن العربي حاصل على درجة الدكتوراه في العلوم القانونية، و درجة الدكتوراه في العلوم السياسية ودبلوم معهد القانون الدولي في باريس له مصنفات منها نظرية العقد، و الوسيط في شرح القانون المدني، و مصادر الحق في الفقه الإسلامي، تولى منصب وزير المعارف في مصر. ينظر موقع (ar.wikipedia.org).

[2] المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، د. عبد الكريم زيدان، ص ٧١.

[3] هذا إذا كان التشبه في الأمور الاعتيادية، أما إذا كان التقليد في الشعائر الدينية فهو محرم أشد التحريم و قد يودي إلى الردة و الكفر كما ذكر الفقهاء في باب الردة.

[4] أخرجه البخاري في كتاب الصيام، باب صيام يوم عاشوراء، رقم (٢٠٠٤)، ٣/ ٤٤، تحقيق محمد زهير الناصر، طبعة دار طوق النجاة، ط (١)/ ١٤٢٢ هـ/.، و أخرجه مسلم، كتاب الصيام، باب صوم عاشوراء، رقم (١١٣٠)، ٢/ ٧٩٥، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة دار التراث العربي – بيروت _ بلا تاريخ و رقم.

[5] أخرجه مسلم، كتاب الصيام، باب أي يوم يصام في عاشوراء، رقم (١١٣٤)، ٢/ ٧٩٧.

[6] مسند الإمام أحمد، رقم (٢١٥٤)، ١/ ٢٢١، طبعة بيت الأفكار – الأردن – السعودية – ط (٤)/ ٢٠١٠ م/.، قال الشيخ شعيب الأرناؤوط إنه ضعيف الإسناد، و صححه ابن خزيمة.

[7] شعب الإيمان للبيهقي، ٣/ ٣٦٤، طبعة دار الكتب العلمية – بيروت، تحقيق محمد السعيد بسيوني زغلول، ط ١٠)/ ١٤١٠ هـ/.

وقد علل النووي – رحمه الله – هم النبي ﷺ بصيام اليوم التاسع فقال : (و لعل السبب في صوم التاسع مع العاشر أن لا يتشبه باليهود في إفراد العاشر). [1]

وقال الحافظ ابن حجر العسقلاني، في فتح الباري [2] : (ثمَّ ما صحَ من صوم التاسع يحتمل معناه أن لا يقتصر عليه بل يضيفه إلى اليوم العاشر إما احتياطاً له، و إما مخالفة لليهود و النصارى و هو الأرجح..... و هذا كان آخر الأمر، و قد كان يحب موافقة أهل الكتاب فلما فتحت مكة و اشتهر أمر الإسلام أحب مخالفة أهل الكتاب).

فإذا علم حكم كراهية موافقه أهل الكتاب و التشبه بهم فكيف يمكن أن يتصور أن يأخذ فقهاء الإسلام فقههم من القانون الروماني و يتركوا مصادر التشريع و أصول الاجتهاد، إن هذا من الأمور التي يستحيل تصوّرها.

ويدعي بعض علماء الإسلام المعاصرين أن القانون الأوربي، أو القانون الفرنسي قد تأثر بالفقه الإسلامي، و خصوصاً الفقه المالكي ، وبيان ذلك أن الخديوي إسماعيل بعد أن ألغى تطبيق مجلة الأحكام العدلية و استبدلها بالقانون الفرنسي شعر بضغوط واعتراضات من بعض المشايخ و بعض الناس فأراد أن يتخلص منها فأمر أحد علماء المالكية بدراسة هذا القانون و إجراء مقارنة بينه و بين فروع الفقه المالكي و هو الشيخ هو مخلوف بن محمد البدوي الميناوي (قاضي المُنيا) [3] فقام الشيخ – رحمه الله – بالمهمة الموكلة إليه على أكمل وجه حيث قارن بين القانون و الفقه المالكي في مجال القانون المدني و قانون الأحوال الشخصية [4] و ركز على أوجه التشابه و الاتفاق بين الفقه و القانون و ألف كتاباً سمّاه (المقارنات التشريعية) قدمه للخديوي إسماعيل أثبت فيه وجود تشابه كبير بين القانون و الفقه المالكي، و اعتبر أن وجود هذا التشابه مع تقدم وجود الفقه المالكي على القانون الفرنسي دليلاً على تأثر القانون بالفقه حتى صار

---

[1] شرح النووي على صحيح مسلم، ص ٨٥٤، طبعة دار ابن حزم – بيروت – ط (١)/ ١٤٢٣ هـ – ٢٠٠٢ م/.

[2] فتح الباري، كتاب الصوم، باب صوم يوم عاشوراء، رقم (٢٠٠٧)، ١/ ١١١٠، طبعة بيت الأفكار – الأردن – السعودية ط/ ٢٠٠٦ م/.

[3] مقدمة كتاب المقارنات التشريعية، للشيخ مخلوف الميناوي، ١/ ٩ – ١٠، تحقيق أ. د. محمد سراج، و أ. د. علي جمعة محمد، دار السلام، القاهرة، ط (٣) ١٤٣١ هـ – ٢٠١٠ م/. و الشيخ مخلوف هو قاضي المنيا، شيخ أزهري مالكي المذهب عاش بين عامي (١٢٣٥ هـ – ١٢٩٥ هـ)، ينظر مقدمة كتاب المقارنات التشريعية ص ٩، الأعلام، للزركلي، ٧/ ١٩٤.

[4] و هي تسمية قانونية معاصرة لفقه الأسرة.

الشيخ يردد عبارة : (هذه بضاعتنا رُدّت إلينا)، و هذا من الأدلة الدامغة التي تدل على تأثر القانون الفرنسي بالفقه المالكي.

هذا ما يتعلّق بقضية دعوى التأثر أو التأثير بين الشريعة و القانون، لكن ماذا عن التنظير الفقهي أو النظريات الفقهية ؟

للإجابة أذكر بعض أقوال مشايخ هذا العصر :

- يقول أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي – رحمه الله – : (و من المعروف أنَّ فقهاءنا لم يقرروا أحكام المسائل الفقهية على أساس النظريات العامة و بيان المسائل المتفرّعة عنها، على وفق المنهاج القانوني الحديث، و إنّما كانوا يتّبعون أحكام المسائل و الجزئيات و الفروع، مع ملاحظة ما تقتضيه النظرية أو المبدأ العام الذي يهيمن على تلك الفروع، و لكن بملاحظة أحكام الفروع يمكن إدراك النظرية و أصولها) .
- و يرى بعض الباحثين أن ظهور التأليف في النظريات الفقهية عند بعض المعاصرين من فقهاء الإسلام سببه التأثر بالفقه القانوني. [1]
- و قسم الدكتور هيثم الرومي النظريات الفقهية إلى قسمين :

١ – القسم الأول : نظريات ذات منشأ قانوني، كنظرية العقد، و نظرية التعسف في استعمال الحق، و نظرية الشخصية الاعتبارية، و نظرية الظروف الطارئة.

٢ – القسم الثاني : نظريات ذات منشأ فقهي تناولت موضوعات معهودة في الفقه الإسلامي كنظرية الضمان، و نظرية الربا، و نظرية الولاية، و نظرية الغرر. [2]

و فيما ذكره بعض المشايخ من تأثر فقهاء الشريعة في التنظير الفقهي بالقانون الوضعي نظر، و التأثر في رأيي ينحصر في أمرين :

---

[1] فقه النظرية و النظرية الفقهية، أ. د عبد الله محمد السعيدي، ص ١٩ – ٢٠.

[2] الصياغة الفقهية في العصر الحديث، د. هيثم فهد الرومي، ص ٦٠٥ – ٦٠٧، دار التدمرية – الرياض – ط (٢)/ ٢٤٣٥ هـ ٢٠١٤ م/. و قد نقل قوله في القسم الأول من كتاب النظرية العامة للموجبات و العقود للدكتور صبحي محمصاني.

الأول : التأثر في التأليف في النظريات الفقهية فلم يعرف في مصنفات المتقدمين من الفقهاء ما يسمى بالنظريات الفقهية، و إنما ظهر ذلك في مصنفات المعاصرين تأثراً بالقانون أو الدراسات القانونية.

الثاني : تأثر بعض الفقهاء المعاصرين في تصنيفهم لبعض النظريات الفقهية بالقانون، و التأثر إنما هو تأثر ظاهري، من حيث الترتيب الدراسي للنظرية وشروطها و أركانها....، أما أحكام النظرية و شروطها و أركانها و فروعها فهي أحكامٌ فقهيةٌ شرعيةٌ أصيلة منثورة في كتب الفقه الإسلامي و إنما تمت صياغتها على هيئة النظريات القانونية فقط.

- و يضاف لذلك أن بعض النظريات الفقهية أثرت في القانون الوضعي المعاصر، بل إن فقهاء القانون المعاصر قد أخذوا بعض النظريات من الفقه الإسلامي وأصوله كما هي، وهذا ما سوف أثبته – بمشيئة الله تعالى – في المباحث الآتية:

المبحث الرابع : دراسة نظرية العقد و الالتزامات العقدية في مؤلفات الدكتور عبد الرزاق السنهوري :

في الحقيقة أن الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري قد بحث نظرية العقد بحثاً موسعاً، و ألّفَ فيها كتاباً مستقلاً يقع في مجلدين من الحجم المتوسط ذكر فيهما كل ما يتعلّق بالعقد و الالتزامات العقدية ابتداءً بتعريف الالتزام و مصادره، ثم تعريف العقد، وسلطان الإرادة التعاقدية في إنشاء العقود التي تترتب عليها التزامات، ثم تكلّم عن أنواع العقود، ثم عن أركان العقد، و تكلم عن عنصر الرضا و الإرادة التعاقدية و تعدد الإرادة و الإرادة المنفردة، ثم تكلم عن النيابة في التعاقد، و الوعد بالعقد، وصيغة العقد (الإيجاب و القبول)، و التعاقد بالمراسلة، و الأهلية و عوارضها، عيول الرضا، و بطلان العقد و فسخه، و آثار العقد..... إلخ. [1]

كما تكلّم الدكتور السنهوري في كتابهِ الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد [2]عن مصادر الالتزام في المجلدين الأول و الثاني حيث تكلم عن العقد في الباب[3] الأول و ما بعده و ما يتبع ذلك من تعريفات العقد و أركانه و شروطه... في

[1] نظرية العقد، للدكتور عبد الرزاق السنهوري، طبعة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – ط/ ١٩٩٨ م/.

[2] و هو كتاب كبير يقع في أربعة عشر مجلداً ضخماً.

[3] و هو يقع في مجلدين بعنوان مصادر الالتزام

نظرية متكاملة، مع إضافة مباحث أخرى في أثناء البحث كنظرية الحوادث الطارئة، و المسؤولية التقصيرية و غيرها، [1] كما أفرد مجلدات أخر للكلام عن بعض العقود المسماة كعقد البيع، و عقد الهبة، و عقود الشركات، و التأمين و غيرها.

كما تكلم الدكتور السنهوري بطريقة موسعة عن نظرية العقد (التقسيمات، والتعريفات، و الشروط و الأركان و الآثار) في كتاب مصادر الحق في الفقه الإسلامي [2] مع المقارنة اليسيرة بالفقه أو القانون المدني الغربي، فهو يقول مثلاً : (أركان العقد في الفقه الغربي هي : التراضي، و المحل، و السبب) ثم يذكر بعد ذلك نظرية البطلان، و يقول : (فسنعرض كل هذا في الفقه الإسلامي) ثم يستفيض في عرض آراء الفقهاء و آرائهم على اختلاف مذاهبهم السنّية و غير السنّية، [3] مع العزو بذكرِ الكتاب الذي ينقل منه مع ذكر رقم الجزء و الصحيفة.

ثم جاء فقهاء الشريعة المعاصرون فألفوا كتاباً في نظرية العقد مستفيدين فقط من الترتيب المنطقي الدراسي لنظرية العقد في القانون فقط مع الاعتماد الكامل على ما ذكره فقهاء الإسلام على اختلاف مذاهبهم من أحكام شرعية أفردوها بالبحث في أبواب المعاملات المالية ابتداءً بعقد البيع و ما بعده، فالتأثر كان محصورا في اعتماد الأسلوب القانوني في صياغة هذه النظرية، بينما كانت المادة العلمية التي تشكل جوهر هذه النظرية و حقيقتها مأخوذة بالكامل من كتب الفقه الإسلامي، مع بعض المقارنات مع القانون الوضعي، و هذا يظهر بوضوح من قراءة الكتب التي ألفها أولئك الفقهاء في نظرية العقد و تصفحها ، و تجدر الإشارة هنا إلى بعض الكتب التي ألفت في الكلام عن نظرية العقد و منها :

١ – كتاب الأموال و نظرية العقد في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد يوسف موسى. [4]

٢ – كتاب الملكية و نظرية العقد، للشيخ محمد أبو زهرة. [5]

---

[1] الوسيط في شرح القانون المدني، ١/ ١٤٩ و ما بعدها.

[2] ينظر مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت/ ١٩٩٨ م/.

[3] مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ١/ ٨٣ و ما بعدها.

[4] و هو مطبوع في دار الفكر العربي – القاهرة.

[5] أيضاً هو مطبوع في دار الفكر العربي – القاهرة.

٣ – كتاب نظرية العقد و الخيارات في الفقه الإسلامي، للدكتور عبد العزيز الخياط. [١]

٤ – كتاب نظرية العقد و تطبيقاتها المعاصرة، تأليف كاتب هذا البحث بالاشتراك مع الأخ العزيز الأستاذ الدكتور صالح العلي. [٢]

يضاف إلى ذلك ما كتبه العلامة الشيخ مصطفى الزرقاء – رحمه الله – عن نظرية العقد في كتابهِ المدخل الفقهي العام. [٣]، كذا ما كتبه أستاذنا، الأستاذ الدكتور فتحي الدُّريني – رحمه الله – في كتابهِ النظريات الفقهية. [٤]، و كذلك ما كتبه الدكتور عبد الكريم زيدان – رحمه الله – في كتابهِ المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية. [٥]

المبحث الخامس : نظرية الأهلية :

تعد نظرية الأهلية من النظريات الأصولية التي عُني علماء الحنفية بالتصنيف فيها كتبهم الأصولية (في باب المحكوم عليه : و هو المكلف)، و تطبيقات هذه النظرية يذكرها الفقهاء المعاصرون في نظرية العقد عند الكلام عن أهلية التعاقد، و هي في الحقيقة تعد التطبيق الفقهي لأهلية الأداء التي يذكرها علماء أصول الفقه في كتبهم.

و على الرغم من أن الإمام الكمال بن الهمام الحنفي [٦] ادعى في كتابهِ التحرير في أصول الفقه أنَّ الحنفية انفردوا بالكلام عن الأهلية فقال : (و هذا فصلٌ اختصَّ

---

[١] و هو مطبوع في المعهد العربي للدراسات المالية و المصرفية، نشر مجموعة دلة البركة.

[٢] و هو مطبوع في دار اليمامة – دمشق – بيروت/ ١٤٢٨هـ – ٢٠٠٨ م/.

[٣] المدخل الفقهي العام، ١/ ٣٧٩ و ما بعدها، طبعة دار القلم.

[٤] النظريات الفقهية، للدكتور الدريني، ص ٢٧٠ و ما بعدها. و هذا الكتاب من منشورات كلية الشريعة – جامعة دمشق ينظر طبعة العام الدراسي/ ١٤٣١ هـ – ٢٠١٠/.

[٥] طبعة مؤسسة الرسالة ناشرون، ط (١) / ١٤٣٤ هـ – ٢٠١٣ م/. ينظر ص ٢٧٠ و ما بعدها.

[٦] هو الإمام محمد بن عبد الواحد السكندري السيواسي الحنفي، المشهور باسم الكمال بن الهمام، من كبار فقهاء الحنفية في عصرهِ، بلغ رتبة الاجتهاد في المذهب، كان فقيهاً أصولياً محدّثاً مفسراً حافظاً نحوياً، كلامياً منطقياً جدلياً، له مؤلفات نافعة منها : فتح القدير شرح الهداية، و التحرير في أصول الفقه، توفي سنة ٨٦١ هـ، ينظر الفوائد البهية في تراجم الحنفية، للعلامة أبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي، ص ١٨٠، طبعة مطبعة السعادة – مصر، ط (١)/ ١٣٢٤ هـ/، الفتح المبين في طبقات الأصوليين، للشيخ عبد الله المراغي، ٣/ ٣٦، طبعة المكتبة الأزهرية للتراث – القاهرة/ ١٤٣٧ هـ – ٢٠١٦ م/.

الحنفية بعقدهِ في الأهلية و هي ضربان.....) [1] فإني قد أثبتُ في مقدمة كتابي فقه الطفولة [2] أن بقية المذاهب الإسلامية قد تكلمت في بعض الجوانب المتعلقة بنظرية الأهلية، و إن كان الفضل يرجع للحنفية في الكلام عن الأهلية و صياغتها في نظرية أصولية متكاملة حيث قسموا الأهلية إلى قسمين :

١ – أهلية الوجوب

٢ – أهلية الأداء

و قسموا كل قسم إلى نوعين (ناقص و كامل) فصار التقسيم رباعياً :

١ – أهلية الوجوب الناقصة

٢ – أهلية الوجوب الكاملة

٣ – أهلية الأداء الناقصة

٤ – أهلية الأداء الكاملة.

و عرّفوا أهلية الوجوب بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه.[3]، و أهلية الوجوب الناقصة تُثبِتُ للجنينِ في بطن أمِّهِ بعض الحقوق، كالإرث والوصية و النسب فقط، و لا يثبت عليه أي التزامات أو واجبات. [4]

أما أهلية الوجوب الكاملة فهي صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق له أو عليه.

و هي تثبت للإنسان بمجرد انفصالهِ حيّاً عن أمّهِ، فيثبت له كل الحقوق، و عليه كل الواجبات عدا الواجبات التي يعجز عن أدائها كالعبادات و العقوبات، و الأجزية

---

[1] التحرير في أصول الفقه (الجامع بين اصطلاح الحنفية و الشافعية)، للكمال بن الهمام، ص ١٩٩، تحقيق محمد عبد الخالق، دار الكتب العلمية بيروت – ط (١)/ ٢٠١٥ م/.

[2] فقه الطفولة، ص ٢٣، ٢٧ – ٣١، طبعة دار النوادر – دمشق – ط (١)/ ١٤٢٩ هـ – ٢٠٠٨ م/. (رسالة ماجستير).

[3] كشف الأسرار شرح المنار، للإمام النسفي، ٢/ ٤٥٩، طبعة دار الكتب العلمية – بيروت ط (١)/ ١٤٠٦ هـ – ١٩٨٦ م/.، التلويح على التوضيح، للعلامة السعد التفتازاني، ٢/ ٧٢٦، طبعة مطبعة صنايع العثمانية/ ١٣١٠ هـ/.

[4] كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، للإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري الحنفي، ٤/ ٢٤٠، دار الكتاب الإسلامي – القاهرة – بلا تاريخ و رقم، أصول السرخسي، للإمام محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، ٢/ ٣٣٣، تحقيق أبو الوفا الأفغاني، دار المعرفة – بيروت – بلا تاريخ و رقم، التلويح على التوضيح، للتفتازاني، ٢/ ٧٣٠.

كالقصاص، و الحرمان من الميراث. و يبقى ما يمكن لغيرهِ أن يؤديهِ عنه كالعشر وخراج أرضهِ، والأعواض و النفقات. [١]

و قد تكلّم الشافعية و الحنابلة عن مصطلح أهلية ثبوت الأحكام في الذمة، و ذكروا في معناها ما يقابل أهلية الوجوب عند الحنفية. [٢]

و ذكر المالكية تعريفاً للذمة يماثل في معناه أهلية الوجوب الناقصة عند الحنفية فقد عرّفوه بأنه : (قبولُ [٣] الإنسان شرعاً للزوم الحقوق دون التزامها). [٤]

٢ – أما أهلية الأداء : فقد عرّفها علماء الأصول من الحنفية بأنها : (صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجهٍ يُعتدُّ بهِ شرعاً). [٥]

و أهلية الأداء نوعان :

الأول : أهلية الأداء الناقصة : و هي تثبت عند فقد إحدى القدرتين : (القدرة على فهم الخطاب الشرعي، أو القدرة على العمل بمقتضى الخطاب الشرعي)، و بناءً عليه يثبت هذا النوع من أنواع الأهلية للصبي العاقل المميز، و للبالغ المعتوه.

الثاني : أهلية الأداء الكاملة : و هي صلاحية البالغ العاقل لصدور التصرفات منه على وجهٍ يُعتدُّ به شرعاً مع المؤاخذة إن قصّرَ في أداء التصرّفات الواجبة عليه التي كُلّفَ بها بمقتضى خطاب الشارع عز و جل. [٦]

---

[١] كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، ٤/ ٢٤٠ – ٢٤١، التلويح على التوضيح، ٢/ ٧٣٠، مرآة الأصول، لملا خسرو، ص ٣٢٢، مطبعة الحاج محرم أفندي البوسنوي،/ ١٢٩٦ هـ/. بلا رقم، إفاضة الأنوار على أصول المنار، للعلامة علاء الدين علي الحصكفي،، ط (١)/ ١٤١٣ هـ – ١٩٩٢/، فقه الطفولة، ص٢٢.

[٢] المستصفى للإمام الغزالي، ١/ ٨٤، طبعة دار الفكر – بلا تاريخ و رقم (و بهامشه فواتح الرحموت)، روضة الناظر، للإمام ابن قدامة المقدسي، ص ٤٩، دار الكتاب العربي – بيروت – ط (٣)/ ١٤٠٧ هـ – ١٩٨٧ م/.

[٣] القبول ترتب الغرض المطلوب من الشيء عليه، ينظر التوقيف على مهمات التعاريف للحافظ محمد عبد الرؤوف المناوي، ص ٥٧٢، تحقيق د. فايز الداية، و د. محمد رضوان الداية، دار الفكر – بيروت – دمشق – ط (١)/ ١٤١٠ هـ – ١٩٩٠ م/. و سبب هذا القبول هو القرة على فهم الخطاب و هي تحصل بالتمييز. كما قال المالكية، ينظر كتابنا نظرية العقد ص ١٤٢، نقلاً عن الفروق للإمام القرافي ٣/ ٢٣٢ – طبعة دار المعرفة – بيروت.

[٤] إدرار الشروق على أنواء الفروق (على هامش الفروق للقرافي)، الفرق (١٨٣)، ٣/ ٢٣، مع تهذيب الفروق للعلامة علي بن الشيخ حسن (على هامش الفروق)، ٣/ ٢٣٧، تحقيق د. محمد رواس قلعه جي، دار المعرفة بيروت بلا تاريخ و رقم.

[٥] التلويح على التوضيح، ٢/ ٧٣٢.

[٦] أصول السرخسي، ٢/ ٣٤٠، التلويح، ٢/ ٧٣٢.

و قد ذكر بعض المالكية تعريفاً آخر للذمة يشابه في معناه تعريف أهلية الأداء عند الحنفية فقالوا في تعريف الذمة : (العبارة الكاشفة عن الذمة أنها معنى شرعي مقدّر في المكلّف قابل للالتزام و اللزوم سببه البلوغ و الرشد و عدم الحجر). [1]

كما ذكر بعض الشافعية تعريفاً لمصطلح (أهلية التصرّف) يشابه تعريف أهلية الأداء الكاملة عند الحنفية، فقالوا في تعريفها : (قَبولٌ يُقدّرهُ صاحب الشرع في المحلّ، وسببه التكليف و الرشد). [2]

و قد مرَّ معنا أن القبول هو : ترتب الغرض المطلوب من الشيء عليه. و المحل هو محل الحكم أي : مكان حصولهِ.

وبناءً على ثبوت أهلية الأداء الناقصة للصبي المميز و من في حكمهِ فقد قسم الحنفية تصرفاتهِ إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول تصرفات نافعة به نفعاً محضاً خالصاً (و يقصدون بالنفع النفع الدنيوي)، فهي تصرفات يحصل له منها نفعٌ مادي دون مقابل أو عِوض دنيوي، كقبول الهبة والهدية، و قبول الوقف، و قبول الصدقة إن كان فقيراً، و قبض ذلك كلّهِ، فهذه تصح منه دون إذنِ وليّهِ. [3]و به قال المالكية، [4]، و هو قولٌ عند الحنابلة – و خصوصاً إذا كان ولي الصبي غير موجود –

والمعتمد عندهم أنَّ التصرّف يقع صحيحاً لكنه موقوف على إجازة الولي. [5]

القسم الثاني : التصرّفات الضارة به ضرراً محضاً أي تلحق به ضرراً خالصاً في الدنيا دون أي نفعٍ دنيوي، كأن يخرج شيء عن ملكه دون أي نفع دنيوي،، مثل التبرع أو الهبة من ماله، و كذا التصدق من ماله، و الإقراض من ماله، و كذلك طلاق

---

[1] الفروق للإمام القرافي، ٣/ ٢٣٠ – ٢٣٥.

[2] الأشباه و النظائر للإمام التاج السبكي، ١/ ٣٦٤، تحقيق الشيخ عادل عبد الموجود، و الشيخ علي محمد عوض، دار الكتب العلمية – بيروت – ط (١)/ ١٤١١ هـ – ١٩٩١ م/.

[3] كشف الأسرار على أصول البزدوي، ٤/ ٢٤، بدائع الصنائع، للإمام الكاساني (علاء الدين بن أبي بكر بن مسعود)، ٧/ ١٧١، طبعة دار الكتب العلمية – بيروت – بلا تاريخ و رقم.

[4] مواهب الجليل، للإمام أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن، المعروف بالحطّاب، ٦/ ٢٥، دار الفكر، بيروت، ط (٢)/ ١٣٩٨ هـ – ١٩٧٨ م/.

[5] المغني للإمام ابن قدامة المقدسي، ٦/ ٢٥٧ – ٢٥٨، مع الشرح الكبير بنفس الموقع.

زوجتهِ.... و نحو ذلك، فهذه التصرّفات لا تصح من الصبي و لو أذن له وليه، بل لا يجوز لوليّهِ أن يأذن له بذلك.

القسم الثالث : التصرّفات المترددة بين النفع و الضرر، أي : التي تحتمل الربح والخسارة، كالبيع، و الإجارة، و السَّلَم و نحوها من عقود المعاوضات المالية، فهذه التصرفات تصح من الصبي المميز لكنها تقع موقوفةً على إذن أو إجازة وليّهِ، فإن أجازها الولي نفذت، و إن لم يجزها بطلت، و سبب انعقادها وجود أهلية أداء للصبي المميز، و سبب عدم نفاذها كون أهلية الأداء ناقصة عنده. [1]

و بعد هذا العرض الموجز لنظرية الأهلية أقول : ذكر أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي – رحمه الله – أن القوانين المدنية الغربية قد تأثّرت بأحكام الفقه الإسلامي، فأحكام الأهلية المذكورة في القانون المدني [2] في المواد (٤٦، ٥٠، ١٠٩، ١٢٩) مستمدّة من الفقه الإسلامي، و نقل ذلك عن الدكتور عبد الرزاق السنهوري في كتابهِ نظرية العقد.[3]

وأقول ما هو أعظم من ذلك فقد ذكر الدكتور السنهوري – رحمه الله – في كتابهِ الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد أنَّ القانون المدني المصري القديم اقتصر في أحكام الأهلية على الإحالة إلى قانون الأحوال الشخصية في المواد : (١٢٩ – ١٣٠، ١٨٩ – ١٩٠)، و أما التقنين الجديد فقد عرض لأحكام الأهلية بشيءٍ من التفصيل فاشتركت نصوصه مع نصوص قانون الولاية على المال و هو شطر من قانون الأحوال الشخصية الذي يطبّق على المصريين (مسلمين و غير مسلمين)، أما الأجانب فتطبّق في حقّهم قوانين الجنسيات التي ينتمون إليها ، [4]

و هذا يعني أن القانون المدني المصري القديم و كذا أصله القانون الفرنسي كانا خاليين تماماً من أحكام الأهلية أو نظرية الأهلية، لذلك أحال المُشرّع القانوني المصري، إلى قانون الأحوال الشخصية (المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية،أو

---

[1] كشف الأسرار على أصول البزدوي، بدائع الصنائع، ٧/ ١٧١، الفقه الإسلامي و أدلته، أ. د. وهبة الزحيلي، ٤/ ١١٥ ن وينظر كتابنا نظرية العقد، ص ١٤٤ – ١٤٥.

[2] يقصد القانون المدني السوري.

[3] الفقه الإسلامي و أدلته، ٤/ ٢٩٦، و ينظر نظرية العقد للسنهوري، ١/ ٣٢٢ و ما بعدها.

[4] الوسيط في شرح القانون المدني، ١/ ٢٨٢ – ٢٨٣.

المستمد من الفقه الإسلامي و خصوصاً المذهب الحنفي) و كذلك فعل المشرع السوري في القانون المدني.

ثم شرع الدكتور السنهوري في تفصيل أحكام الأهلية معتمداً نفس التفصيل المعتمد في الفقه الحنفي و أصولهِ و خصوصاً ما يتعلّق بتصرفات الصبي المميز و أقسامها. [1]

كما تبنى الدكتور السنهوري نفس التفصيل المذكور في الفقه الحنفي في نظرية الأهلية في كتابهِ نظرية العقد مشيراً إلى المواد (١٢٩/ ١٨٩ و ١٣٠/ ١٩٠) من القانون المدني التي تتحدث عن الأهلية المطلقة و الأهلية المقيدة. [2]

وهذا يدل دلالة واضحة أن نظرية العقد التي اعتمدها القانون المدني المصري و كذا السوري أُخذتْ كما هي من الفقه الحنفي و أصولهِ.

المبحث السادس : نظرية الفساد و البطلان عند الدكتور السنهوري :

ملخص النظرية : إنَّ من الأمور المقررة في نظرية العقد أن العقد الشرعي إذا استكمل شروط صحتهِ و انعقادهِ، و خلى من الشروط المفسدة أو المبطلة له، وقع صحيحاً واجبَ التنفيذ ما لم يكن فيه خيار يسلبه اللزوم.

و معنى ذلك أن الشارع الحكيم جعلَ العقودَ أسباباً تترتب عليها آثارها الشرعية إذا استجمعت شروطها المقررة شرعاً، فالشارع هو الذي منحها قوةَ إنتاج آثارها بعد اتخاذ العاقدين السبب و هو إبرام التصرّف أو العقد على الوجه المشروع، إذاً فآثار العقد المتمثّلة بالالتزامات العقدية (و هي الأثر النوعي أو الحكم الأصلي للعقد الذي أراده الشارع من تشريع هذا العقد كانتقال الملكية في عقد البيع، و حل الاستمتاع في عقد الزواج، و الاستيثاق في عقدي الرهن و الضمان...) هي من الأمور التي رتبها الشارع على العقد إذا أبرمه المتعاقدان و وقع منهما صحيحا بحسب المعايير و الشروط الشرعية.

و بناءً عليه فإن الصحة هي حكم شرعي يستتبع انعقاد العقد الذي استكمل شرائط انعقادهِ و صحتهِ. [3]

---

[1] الوسيط، ١/ ٢٨٣ – ٢٩٤.

[2] نظرية العقد، للسنهوري، ١/ ٣١٣، ٣١٤ و ما بعدها.

[3] النظريات الفقهية، أ. د. فتحي الدّريني، ص ٣٧٦ – ٣٧٧، ٣٧٩.

و هذا يرجّح اعتبار الصحة من الأحكام الوضعية [1]، لا من الأحكام التكليفية [2]فمن المعلوم أنَّ علماء أصول الفقه اختلفوا في الصحة و البطلان و الفساد هل هي من الأحكام الوضعية، أم التكليفية على ثلاثة أقوال :

القول الأول : قول جمهور الأصوليين [3]: أنها من الأحكام الوضعية، و هو القول الراجح [4].

القول الثاني : أنها من الأحكام التكليفية، لأن معنى الصحة إباحة الانتفاع، و معنى الفساد أو البطلان حرمة الانتفاع و هما من الأحكام التكليفية، و هذا القول لبعض الأصوليين. [5]

القول الثالث : أنها أحكام عقلية لا شرعية، و هو قول جماعة من الأصوليين. [6]

و الجدير بالذكر أن علماء أصولِ الفقه المعاصرين عندما ذكروا الخلاف اقتصروا على القول الأول و الثاني و ذكروا أن الأصوليين اختلفوا على قولين، و الحقيقة أن العلماء اختلفوا في هذه المسألة على ثلاثة أقوال كما بيّنت – و الله أعلم –.

---

[1] الحكم الوضعي : هو ما يقتضي جعل شيءٍ سبباً لشيء أو شرطاً أو مانعاً أو جعله رخصة أو عزيمةً، أو وصفه بالصحة أو الفساد أو البطلان... الوجيز في أصول الفقه أ. د. وهبة الزحيلي، ص ١٢٢، دار الفكر المعاصر بيروت – دمشق – إعادة الطبعة الأولى/ ١٤١٩ هـ – ١٩٩٩ م/.

[2] الحكم التكليفي : عند الأصوليين خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلّفين اقتضاءً أو تخييراً. (و هو عند الفقهاء ما يقتضي طلب الفعل أو طلب الكف، أو التخيير بين الفعل و الترك كالواجب و المندوب...). الوجيز في أصول الفقه، أ. د. وهبة الزحيلي، ص ١١٩، ١٢١

[3] و هو قول الإمام الغزالي، و الآمدي، و الإسنوي، و الشاطبي، و ابن السبكي، و الزركشي، و ابن النجار الحنبلي، و عزاه ابن النجار لأكثر الحنابلة، شرح الكوكب المنير لابن النجار، ١/ ٤٦٤، تحقيق د. محمد الزحيلي، و د. نزيه حمّاد، مكتبة العبيكان – الرياض – ط (٢)/ ١٤٣٠ هـ – ٢٠٠٩ م/.، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، أ. د. عبد الكريم النملة، ١/ ٤٠٦. مكتبة الرشد ناشرون – الرياض، ط (٧)/ ١٤٣٤ هـ – ٢٠١٣ م/.

[4] الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان، ص ٦٦، مؤسسة الرسالة – بيروت – ط (١٥)/ ١٤٢٧ هـ – ٢٠٠٦ م/.

[5] المرجع الأخير، ١/ ٤٠٧.

[6] هذا قول العلامة ابن الحاجب، و البيضاوي، شرح الكوكب المنير، لابن النجار الحنبلي، ١/ ٤٦٤، مرصاد الأفهام إلى مبادئ الأحكام، للإمام القاضي عبد الله بن عمر البيضاوي، ١/ ٤٧٦، دار الضياء – الكويت – ط (١)/ ١٤٣٦ هـ – ٢٠١٥ م/.، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، للإمام التاج السبكي، ١/ ٢٨١، دار الكتب العلمية – بيروت – ط (١)/ ١٤٣٠ هـ – ٢٠٠٩ م/. و رجح السبكي أنه حكم شرعي لا عقلي.

فإذا ترجح أن حكم الصحة و البطلان و الفساد من الأحكام الوضعية التي رتبها الشارع على أسبابها و هي العقود التي يبرمها المتعاقدون، فقد جعل الشارع هذه العقود أسباباً لحصول الالتزامات العقدية و هذا يكسبها قوة الإلزام ؛ بمعنى أن العقد إذا انعقد صحيحاً ترتبت عليه آثاره الشرعية و وجب على المتعاقدين تنفيذه، و لا يجوز لأحد العاقدين فسخه، كما لا يجوز للعاقدين رفعه أو فسخه و إنهائه إلاَّ عن طريق الإقالة. [1]
و الله تعالى يقول ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴿١﴾ ﴾ المائدة: ١ و هو أمر من الشارع بالوفاء بالعقود، و الأمر يقتضي الوجوب، و العقود لفظ عام يشمل جميع أنواع العقود و العهود على ما رجحه إمام المفسرين، الإمام الطبري، و صححه القاضي ابن العربي فقال : (و هذا الذي قاله الطبري صحيح). [2]
و هذا المعنى الذي تم تقريره في حكم الشريعة الإسلامية قرره الدكتور عبد الرزاق السنهوري – رحمه الله – تحت عنوان : (المطلب الثاني : إلزام المتعاقدين بتنفيذ ما اشتمل عليه العقد) ثم ذكر أن القاعدة العامة و الاستثناء منها في الفقه الإسلامي كما في الفقه الغربي هي : (أن العقد شريعة المتعاقدين، فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه نطاقه دون تعديل). [3]
أقول : نسبة قاعدة : (العقد شريعة المتعاقدين) للفقه الإسلامي فيه نظر، بل هذه القاعدة غير صحيحة شرعاً حتى عند الذين يطلقون العنان للإرادة التعاقدي للمتعاقدين لاشتراط ما يشاءان من الشروط التي لا تخالف نصاً أو أصلاً شرعياً و هم السادة الحنابلة [4]، لأننا لوقلنا بصحة هذه القاعدة شرعاً على إطلاقها للزم عن ذلك أن

---

[1] الفقه الإسلامي و أدلته، أ. د. وهبة الزحيلي، ٤/ ٥٠٢، طبعة دار الفكر – دمشق – ط (٣١)/ ١٤٣٠ هـ – ٢٠٠٩ م/. و الإقالة هي اتفاق المتعاقدين على رفع العقد الازم و إنهائه، و هي تجري في جميع العقود اللازمة ما عدا الزواج، و الجمهور على أن الإقالة فسخ للعقد السابق، و ذهب أبو يوسف من الحنفية، و المالكية و الظاهرية إلى أنها بيع أو عقد جديد. ينظر الفقه الإسلامي و أدلته، ٤/ ٥٠٢، ٥٠٤.

[2] أحكام القرآن، للقاضي الإمام، أبي بكر محمد بن عبد الله، المعروف بابن العربي، المالكي، ٢/ ٤، تحقيق عبد الرحمن المهدي، دار الكتاب العربي – بيروت، ط (١)/ ١٤٢٥ هـ – ٢٠٠٤ م/.

[3] مصادر الحق، أ. د. عبد الرزاق السنهوري، ٦/ ٥٠.

[4] المغني مع الشرح الكبير ٤/ ٢٨٥ ٢٨٦، الإقناع لطالب الانتفاع، للإمام موسى بن الحجاوي، ٢/ ١٨٩ – ١٩٤، تحقيق د. عبد الله التركي، دار هجر – القاهرة، ط (١)/ ١٤١٨ هـ – ١٩٩٧ م/ ، الملكية و نظرية العقد، للشيخ محمد أبو زهره ٢٤٠ – ٢٤١ ، نظرية العقد، د باسل الحافي، د صالح العلي، ص ٤٧، ٥٥.

المتعاقدين إذا اتفقا على خلاف ما شرعه الله – تعالى – أو اشترطا في العقد شرطاً يخالف شرع الله فيجب تنفيذ الشرط أو تنفيذ العقد مع هذا الشرط، لأن العقد شريعة المتعاقدين، و هذا لا يقول به عاقل فضلاً على أن يقول به فقيه . و قد بيّنتُ سابقاً أن الذي يرتب على العقد آثاره و التزاماته هو الشارع، و أن المتعاقدين مجرد سبب لذلك، و ليس من المعقول أن يرتب الشارع على العقد آثاره و هو يخالف أحكامه، و لم يأذن الشارع للمتعاقدين عند التعاقد أن يخالفا الأحكام الشرعية أو يتفقا على ما يخالف أحكام شرع الله، لذلك فالأصح أن يقال : (العقد شريعة الله تعالى) لأن الباري عز وجل هو الذي شرع هذا العقد و وضع له شروطاً، و رتب عليه آثاره، و لا يخل بهذا المعنى أن الله أعطى المتعاقدين حقاً بأن يشترطا بعض الشروط التي قد تعدل بعض الالتزامات العقدية، و هو ما يسمى بالشروط الجعلية، تمييزاً لها عن الشروط الشرعية لأن صحة الشروط الجعلية مقيد بأن لا تخالف أصلا أو دليلاً شرعياً، و أن لا تمسَّ بمقتضى العقد، أو الحكم النوعي الذي شرع العقد لأجل تحقيقه.

بعد أن تقرر هذا المعنى أقول : إنَّ نظرية الفساد و البطلان هي نظرية أصولية فقهية تميّز بها السادة الحنفية حيث ميزوا بين مصطلحي الفساد و البطلان، خلافاً لجمهور الفقهاء الذين لم يميّزوا بين الفساد و البطلان إلاَّ في حالات استثنائية [1] لا يتسع المقام لذكرها.

فإذا كان نهي الشارع يمسُّ وصفاً من أوصاف العقد دون أصلهِ – أي : دون أركانهِ و شروط انعقادهِ – كان العقد فاسداً عند الحنفية، أما إذا كان الخلل أو النهي الشرعي يمسُّ ركناً من أركان العقد أو شرطاً من شروط انعقادهِ – أي : يمسُّ أصل العقد – كان العقد باطلاً.

[1] التلويح على التوضيح، ٢/ ٦٥٠ – ٦٥١، الأشباه و النظائر لابن نجيم الحنفي، ص ٤٠٠ – ٤٠١، تحقيق مطيع الحافظ، دار الفكر – دمشق/ ١٤٠٣ هـ – ١٩٨٣ م/. فتح القدير للكمال بن الهمام، ٦/ ٤٠١ ٤٠٢، دار الفكر – بيروت – ط (٢)/ ١٣٩٧ هـ – ١٩٧٧ م/، المدخل الفقهي العام، للشيخ مصطفى الزرقاء، ٢/ ٦٧٤، دار الفكر – بيروت و مطبعة طربين – دمشق/ ١٣٧٨ هـ – ١٩٩٤ م/، النظريات الفقهية، أ. د. محمد الزحيلي، ص ٩٥ – ٩٨، دار القلم – دمشق – الدار الشامية – بيروت، ط (٢)/ ١٤١٤ هـ – ١٩٩٣ م/، الفقه الإسلامي و أدلته، ٤/ ٢٣٥، و ينظر كتابنا نظرية العقد، ص ٢٩٨.

لذلك عرّف الحنفية العقد الفاسد : ما كان مشروعاً بأصلهِ دون وصفهِ. [١]

و يقصدون بوصف العقد شروط صحتهِ، لذلك عرّف صاحب البدائع البيع الفاسد بقولهِ : (كلُّ بيع فاته شرطٌ من شروط الصحة). [٢]

و مثال العقد الفاسد عند الحنفية بيع الخمر أو الخنزير، فالبيع فاسد لوجود مبادلة مالٍ بمال، و سبب الفساد أن محل العقد ليس مالاً متقوماً شرعاً أي : غير معترف بماليتهِ شرعاً. [٣]

أما العقد الباطل عند الحنفية فهو ما كان النهي فيه منصب على أصل العقد – أي : أركان العقد و شروط انعقادهِ، و مثال ما كان الخلل واقعاً على أصله: بيع الميتة، والدم. [٤]

و العقد الباطل هو عقد ولد ميتاً فليس له أي أثر، بينما العقد الفاسد يمكن أن تترتب عليه بعض الأحكام أو الآثار عند تنفيذه في بعض الحالات، كما يمكن تصحيحه إذا كان سبب الفساد ضعيفاً، و لم يدخل في صلب العقد، و تمت إزالة سبب الفساد في مجلس العقد . [٥] و لا يتسع المقام لتفصيل هذا المعنى هنا.

أما نظرية الفساد و البطلان في كتب القانون فقد تكلّم الدكتور السنهوري عن نظرية الفساد و البطلان عند الحنفية و فصّل الكلام عنها في كتابهِ مصادر الحق، [٦].

و تكلم الدكتور السنهوري عن مفهوم البطلان قانوناً في كتابيه : نظرية العقد، والوسيط في شرح القانون المدني، فذكر أن القانون الروماني لم يكن يعرف إلاَّ نوعاً واحداً للبطلان، و هو البطلان المطلق، ثم بدأ يظهر التمييز بين نوعين من أنواع

---

[١] التلويح على التوضيح، ٢/ ٦٥٠، اللباب في شرح الكتاب، للشيخ عبد الغني الغنيمي الحنفي، ١/ ٢٥٠، تحقيق محمد أمين النوادي، دار إحياء التراث العربي – بيروت/ ١٤٠٥ هـ – ١٩٨٥ م/.

[٢] بدائع الصنائع، للإمام الكاساني، ٥/ ٢٩٩، طبعة دار الكتب العلمية. التلويح على التوضيح، ٢/ ٦٥٠، اللباب في شرح الكتاب، للشيخ عبد الغني الغنيمي الحنفي، ١/ ٢٥٠، تحقيق محمد أمين النوادي، دار إحياء التراث العربي – بيروت/ ١٤٠٥ هـ – ١٩٨٥ م/. للإمام الكاساني ، ٥/ ٢٩٩ ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

[٣] العناية على الهداية، للبابرتي (على هامش فتح القدير)، ٦/ ٤٠٢، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للإمام ابن نجيم، ٦/ ٧٤ – ٧٥ – دار المعرفة – بيروت – ط (٣)/ ١٤١٣ هـ – ١٩٩٣ م/.

[٤] فتح القدير مع العناية، ٦/ ٤٠١ – ٤٠٢، التلويح، ٢/ ٦٥٠ – ٦٥١.

[٥] و مثاله أن يكون سبب الفساد شرطاً فاسداً فيتنازل عنه صاحبه في مجلس العقد، ينظر كتابنا، نظرية العقد، ص ٣١٤ – ٣١٥.

[٦] مصادر الحق، ٤/ ١٤٦ و ما بعدها.

البطلان هما : البطلان المطلق، و البطلان النسبي، حيث ظهر التمييز بينهما في القانون الفرنسي القديم، ثم انتقل إلى قانون نابليون (القانون الفرنسي الجديد)، ومنه انتقل إلى القانون المصري دون تحري الدّقة في التمييز بين النوعين. [1]

ثم ظهرت النظرية التقليدية في القانون التي اعتمدت التقسيم الثلاثي للبطلان و هي :

١ – الانعدام.

٢ – البطلان المطلق.

٣ – البطلان النسبي.

١– فالعقد المنعدم [2] هو العقد الذي نقص فيه ركنٌ من أركان تكوينهِ (الرِّضا، أو المحل، أو السبب)، و كذا التسليم في العقود العينية. [3]

٢– أما البطلان المطلق : هو أن توجد أركان العقد كلها لكن يختل ركن منها بأن لم يستوف الشروط اللازمة له، و مثاله أن يكون محلُّ العقد مجهولاً غير معيّن، أو يكون سبب العقد غير مشروع (أي : مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة) ففي هذه الحالة يقع العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

٣– أما البطلان النسبي : فيكون إذا استوفى العقد أركانه، و استوفى شروط تلك الأركان، لكن الرضا بالعقد كان غير صحيح كأن صدر من ناقص الأهلية، أو شابه عيبٌ من العيوب الثلاثة (الغلط أو التدليس أو الإكراه). [4]

يظهر من خلال ما عُرض من نظرية الفساد و البطلان أنَّ القانون لم يميّز بين العقد الباطل و العقد الفاسد كما فعل السادة الحنفية، و يظهر بالمقارنة أنَّ العقد المنعدم في القانون يمكن أن يقابل العقد الباطل عند الحنفية مع خلاف يسير في ماهية الأسباب التي تؤدي إلى البطلان، و الباطل بنوعيه في القانون يشابه

---

[1] نظرية العقد، للسنهوري، ٢/ ٦٠٢ – ٦٠٣ البطلان المطلق (المادة ٩٥/ ١٤٩) من القانون المصري، و المادة (١٦٠١) من القانون الفرنسي، و البطلان النسبي (المادة ١٣١/ ٢٩١) من القانون المصري، و المادة (١٥٩٩) من القانون الفرنسي.

[2] الوسيط في شرح القانون المدني، للسنهوري، ١/ ٥٣٤، نظرية العقد للسنهوري، ٢/ ٦٠٤.

[3] العقود العينية في الفقه الإسلامي هي العقود التي يشترط القبض للزومها عند الجمهور، أو تمامها عند المالكية، و هي : الهبة، و الإعارة، و القرض، و الرهن، و الإيداع، كما أن هناك عقد يشترط التقابض لصحتهِ و هو : بيع الأموال الربوية بجنسها أو بغير جنسها مع اتحاد العلة، ينظر كتابنا نظرية العقد، ص ٣٨ – ٣٩.

[4] الوسيط في شرح القانون المدني ١/ ٥٣٥، نظرية العقد للسنهوري، ٢/ ٦٠٤.

الفاسد عند الحنفية، و بالتالي هذا يظهر تميّز نظرية الفساد و البطلان شرعاً وعدم تأثرها بالقانون، كما أن القانون لم يتأثر في هذه النظرية بالفقه الإسلامي، فلا يوجد تأثير أو تأثر بين الجانبين.

المبحث السابع : دراسة نظرية الظروف الطارئة، و القوة القاهرة عند الدكتور عبد الرزاق السنهوري :

صورة النظرية :

إذا تعاقد شخصان على عقد و كان هذا العقد من العقود التي توفرت فيه ثلاثة شروط على النحو الآتي :

١ – أن يكون عقداً مُرجأ التنفيذ (أي عقد مستمر، أو فوري لكنه مؤجل التنفيذ) كعقد العمل، و المقاولة، و الإجارة، و توريد السِّلَع.

٢ – أن لا يكون عقداً احتمالياً بطبيعته أو بالاتفاق، و معنى الاحتمالي أن لا يُعرف

عند إبرامه مقدار الغرم بالنسبة للغنم بمعنى أن لا يكون من عقود الغرر كعقد التأمين [١]

٣ – أن يحدث حادث مفاجئ لا يمكن توقعه عند العقد، و لا يمكن دفعه أو تجنبه، و ليس من فعل أحد المتعاقدين، و يأثّرُ هذا الحادث على العقد بحيث يصيرُ تنفيذ الالتزامات العقدية الناشئة عنه مرهقة للمدين بحيث تهدده بخسارة

[١] معنى كون عقد التأمين من عقود الغرر أنه لا يوجد توازن بين ما يدفع و ما يؤخذ مع جهالة العوض الثاني أي ما يؤخذ من شركة التامين ، ففي التأمين على المركبات مثلاً يدفع المؤمن مبلغاً معلوماً في السنة لكن لا يُعلم ما يأخذ مقابل ذلك فقد يدفع لسنوات عديدة و لا يحصل له حادث فلا يأخذ شيء مقابل ما يدفع، و قد يؤمن على المركبة و يدفع القسط السنوي للتأمين فيحصل له حادث بعد مرور (٢٤) ساعة على إبرام عقد التأمين فيأخذ تعويضاً من شركة التأمين يساوي أضعاف ما دفع، لذلك يجد الباحث أن الغالبية العظمى من علماء هذا العصر و مشايخه أفتت بتحريم هذا النوع من التامين التجاري و أشباهه، و بذلك أفتت كثير من الجان العلمية كلجنة الفتوى في الأزهر عام ١٩٦٨ م، وهيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في عام ١٣٩٧ هـ و لم يفت بجوازه إلا القلة النادرة من المشايخ كالشيخ مصطفى الزرقاء و الشيخ علي الخفيف إذا خلا من الربا، تنظر أسباب تحريم التأمين التجاري في كتاب المعاملات المالية المعاصرة لأستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي – رحمه الله – ص ٢٦٧ – ٢٦٨، دار الفكر دمشق – بيروت – ط (٦)/ ١٤٢٩ – ٢٠٠٨ م/، تنظر أقوال العلماء و الهيئات العلمية في التأمين التجاري في كتاب التامين التكافلي الإسلامي أ. د. علي القره داغي، ١/ ١٤٦ – ١٦١، دار البشائر الإسلامية، بيروت – ط (٢)/ ١٤٣٢ هـ – ٢٠١١ م/.

فادحة، ولا يشترط أن يصبح تنفيذ العقد مستحيلاً [1] (يسمى هذا الحادث عند الفقهاء المعاصرين الظرف الطارئ، و يسمى في القانون : الحادث الفُجائي أو الحادث الطارئ، أو القوة القاهرة) و قد اختلفت معايير القانونيين في التفريق بين الحادث الفجائي أو الطارئ و بين القوة القاهرة فذكر الدكتور السنهوري – رحمه الله – في التفريق بينهما أنه إذا صار تنفيذ العقد صعباً و ليس مستحيلا فالتسمية القانونية هي : الحادث الفجائي أو الطارئ، و إذا صار تنفيذ العقد مستحيلاً يسمى القوة القاهرة [2]، و من فقهاء القانون من فرق بينهما فاعتبر القوة القاهرة حادثاً خارجياً عن الشيء الذي تتحقق به المسؤولية ؛كعاصفة أو زلزال، و الحادث الفجائي حادث داخلي ينجم عن الشيء ذاتهِ كانفجار آلة أو انكسار عجلة [3]. و بهذا يظهر بحسب التفريق الأول في القانون أن المصطلح المشابه لمصطلح (الظروف الطارئة)عند علماء الشريعة هو (الحوادث المفاجئة، أو الحوادث الطارئة) عند علماء القانون.

- فإذا حصل ظرف طارئ، أو حادث فجائي طارئ جعل تنفيذ العقد أمراً صعباً عسيراً على المدين فهل يبيح ذلك القول بجواز المساس بالقوة الملزمة للعقد بتعديل الالتزام العقدي لإعادة التوازن للبدلين في العقد بتحميل عبء الخسارة لطرفي العقد بدلاً من أن يحملها طرف واحد هو المدين بسبب ظرفٍ طارئ لا يد له فيه تحقيقاً لمعنى العدالة. [4]
- الجواب : اتفق المعاصرون من علماء الشريعة مع فقهاء القانون الوضعي على اعتبار الظروف الطارئة، أو الحوادث المفاجئة الطارئة – التي تجعل تنفيذ العقد صعباً عسيراً بالشروط المذكورة سابقاً – سبباً يبيح القول بتعديل الالتزامات العقدية بتوزيع عبء الخسارة على العاقدين، كما يحدث مثلاً في عقود المقاولات

---

[1] نظرية الضرورة الشرعية، أ. د. وهبة الزحيلي، ص ٣١٨ – ٣١٩، مؤسسة الرسالة – بيروت –ط (٤)/١٤٠٥ هـ – ١٩٨٥ م/، النظريات الفقهية، د. الدريني، ص ١٤٩ – ١٥٠، الوسيط في شرح القانون المدني، ١/ ٧٠٤، ٩٩٤، نظرية العقد، د. باسل الحافي ، و د. صالح العلي، ص ١١٤.

[2]، الوسيط في شرح القانون المدني، ١/ ٧٠٥، ٩٩٤.

[3] الوسيط في شرح القانون المدني، ١/ ٩٩٥.

[4] نظرية الضرورة الشرعية، أ. د وهبة الزحيلي، ص ٣١٨ – ٣١٩، النظريات الفقهية، أ. د. فتحي الدريني، ص ١٤٩ – ١٥٠، الوسيط في شرح القانون المدني، ١/ ٧٠٤، ٩٩٤، و ينظر كتابنا نظرية العقد، ص ١١٤.

طويلة الأجل عندما يطرأ تضخم مالي جامح بسبب الكوارث الطبيعية أو الحروب و الثورات و نحوها، فيؤدي ذلك إلى انخفاض القوة الشرائية للعملة انخفاضاً كبيراً جداً يلزم عنه ارتفاعاً كبيراً جداً (فاحشاً) لأسعار مواد البناء، فإننا لو ألزمنا المقاول – (و هو المدين في هذا العقد) – بتنفيذ العقد في هذه الحالة لَلَحِقَ به خسائر فادحة لا يمكنه تحملها تنذر بإفلاسه، ففي هذه الحالة يتم تعديل الالتزام العقدي بحيث تتحمل الجهة التي أعطته هذا المشروع جزءاً من الخسارة، و ذلك برفع مقدار الأجرة التي تعطيها له بمقدارٍ يمكنه من تنفيذ المشروع دون أن تلحق به خسارة مع تحقيق شيء من الربح و لو كان يسيراً. [1]

- و قد أعطى القانون القاضي سلطة تعديل الالتزامات العقدية في هذه الحالة لإعادة التوازن للعقد تحقيقاً لمبدأ العدالة، حيث نصت المادة/ ١٤٧/ من القانون المدني المصري الجديد على أن حصول (حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي و إن لم يكن مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، و يقع باطلاً اتفاق على خلاف ذلك). و قد ذكر الدكتور عبد الرزاق السنهوري أنَّ هذا النص مستحدث و لم يكن له نظير في التقنين القديم. [2] أي : لم يكن هذا النص في القانون المصري القديم و إنما هو نصٌّ مستحثٌ في القانون المصري الجديد و يقابله المادة (١٤٨/ ٢) في القانون المدني السوري بشكلٍ مطابق كما قال الدكتور السنهوري. [3].
- و ذكر الدكتور السنهوري أنَّ القانون الفرنسي لا يقرّ نظرية الظروف الطارئة لا فقهاً و لا قضاءً، و تبعه في ذلك القانون المصري القديم – كما تبيّن قبل قليل – بينما انبرى لتأييدها فقهاء المسلمين على أسس مختلفة.
- و ازدهرت هذه النظرية في القانون الدولي العام حيث اعتُبرت شرطاً ضمنياً مفروضاً في المعاهدات الدولية فهي تنقضي بتغيّر الظروف، ثم بدأت هذه

[1] المراجع السابقة بتصرف يسير.

[2] الوسيط في شرح القانون المدني، المدني، ١/ ٧٠٤.

[3] الوسيط في شرح القانون المدني، للسنهوري، ١/ ٧٠٥ (حاشية)

النظرية تظهر في القانون البولوني، ثم القانون الإيطالي الجديد، ثم في التقنين المصري الجديد، ثم في التقنين السوري، ثم في التقنين العراقي في المادة (١٤٦/ ٢)، ثم في التقنين الليبي في المادة (١٤٧/ ٢). [١].

- و بهذا يظهر – كما يشير إليه كلام الدكتور السنهوري – أن فقهاء الإسلام أسبق في تقرير نظرية الظروف الطارئة من القانون الفرنسي الذي لم يقرّ بالنظرية أصلاً. و لا يُعرف على وجه الدقة أيهما أسبق في تقرير هذه النظرية فقهاء الشريعة أم القانون المصري الجديد و كذا القانون الدولي، و القانون البولوني، والقانون الإيطالي الجديد..... إلخ و المفهوم من مقدمة كتاب الوسيط في القانون المدني المصري أن تعديل القانون المصري بدأ في عام ١٩٣٦ م [٢]، و لا ندري على وجه الدقة متى تم إضافة نظرية الظروف الطارئة للقانون المصري الجديد، و كذا متى تم ظهور هذه النظرية في القانون الدولي، و بعض القوانين الأوربية، ثم العربية، و هذا يشكك في دقة الدعوى التي نقلها الدكتور هيثم الرومي عن الدكتور صبحي محمصاني في اعتبار نظرية الظروف الطارئة من النظريات ذات المنشأ القانوني. [٣] و لو فرضنا جدلاً صحة هذه الدعوى و أن هذه النظرية ذات منشأ قانوني، و أن فقهاء المسلمين المعاصرين قد تأثروا بالقانون عند صياغتهم لهذه النظرية فإننا نقول بأن التأثر لا يعدو أن يكون تأثراً ظاهرياً محصوراً بالصياغة الظاهرية و الترتيب المنطقي الدراسي لهذه النظرية القانونية، مع اختلاف نظرية الظروف الطارئة في الفقه عن النظرية القانونية في جوهرها، للاختلاف بين النظريتين في الأصول التشريعية و إن كان بينهما اتفاق في الثمرة و النتيجة و المآل الذي يسمح بتعديل الالتزامات التعاقدية بسبب تلك الظروف الطارئة، و قد ذكر بعض فقهاء الإسلام المعاصرين [٤]أصولاً شرعية لهذه النظرية، مثل مسألة وضع الجوائح، و بعض القواعد الفقهية، و بعض الفتاوى الفقهية و هذه أصول لا علاقة للقانون بها لا من قريب و لا من بعيد

[١] مصادر الحق، للدكتور السنهوري، ٦/ ٢١ – ٢٤.

[٢] الوسيط في شرح القانون المدني، ١/ ٧.

[٣] الصياغة الفقهية، د ز هيثم فهد الرومي، ص ٦٠٥ – ٦٠٦.

[٤] النظريات الفقهية، د. الدريني، ص ١٦٨ – ١٦٩.

حتى يقال أن هذه النظريات ذات منشأ قانوني بحت و أن فقهاء الإسلام تأثروا بالقانون عندما وضعوا هذه النظرية وهذه الأصول هي :

- مسألة وضع الحوائج، و الأصل الشرعي في هذه المسألة الفقهية :
- ١ – الحديث الذي رواه البيهقي بسنده عن جابر بن عبد الله – رضي الله عنه – أن النبي ﷺ (أمر بوضع الجوائح). [١]

٢ – الحديث الذي رواه مسلم أن النبي ﷺ قال : (إذا بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحلّ لك أن تأخذ مال أخيك بغير حقّ). [٢]

و المقصود بالجوائح كلّ آفةٍ لا صُنعَ للآدمي بها تصيب الثمر فتتلفه كالرّيح، والحرّ، و البرد، و العطش، و السيل، و الجراد، و الحريق، و نحو ذلك. [٣]

و عليه : ذهب المالكية إلى أنَّ البائع يضمن الجائحة من مالهِ فتُحطّ عن مشتري الثمر، [٤] و وافهم الحنابلة فيما إذا تلف الثمر بالجائحة قبل أن يتمكّن المشتري من قطافه و أخذهِ، فإن تلف بعد التمكن كان الضمان عليه لا على البائع يعني لا تُحطّ الجائحة عندئذٍ [٥] و قريبٌ من ذلك مذهب الشافعية [٦]إذا تلف الثمر قبل

---

[١] السنن الكبرى للبيهقي/ كتاب البيوع، باب ما جاء في وضع الجوائح { رقم/ ١٠٧٨٦/، ٨/ ١٧٤، طبعة دار الفكر – بيروت، بلا تاريخ و رقم، ورواه النسائي في المجتبى، كتاب البيوع، باب وضع الجوائح، ٧/ ٢٦٥، طبعة دار الفكر – بيروت – ط (١) صورة عن طبعة / ١٣٤٨ هـ – ١٩٣٠ م/.

[٢] صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، رقم/ ١٥٥٤/، ٣/ ١١٩٠، طبعة دار إحياء التراث العربي – بيروت – ط (١) صورة عن طبعة/ ١٣٧٥ هـ – ١٩٥٥/، و أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب وضع الجوائح،، رقم/ ٣٤٧٠/، ٢/ ٢٩٨، تحقيق كمال يوسف الحوت، طبعة دار الجنان و مؤسسة الكتب الثقافية – بيروت – ط (١)/ ١٤٠٩ هـ – ١٩٨٨ م/.

[٣] الذخيرة، للإمام أحمد بن إدريس القرافي، ٥/ ٢١٢، تحقيق د. محمد حجي، و أ. محمد بو خبزة، و أ. سعيد أعراب، دار الغرب – بيروت، ط (١)/ ١٩٩٤ م/، مغني المحتاج للخطيب الشربيني، ٢/ ٩٢، طبعة دار الفكر – بيروت – بلا تاريخ و رقم، الشرح الكبير على هامش المغني، لابن قدامة، ٤/ ٥٧، طبعة دار الكتب العلمية – بيروت – بلا تاريخ و رقم.

[٤] الذخيرة للقرافي، ٥/ ٢١٢ – ٢١٥.

[٥] الشرح الكبير لابن قدامة (على هامش المغني)، ٤/ ٢٥١، الإقناع، للإمام الحجاوي، ٢/ ٢٧٥، إعلام الموقعين، للعلامة ابن القيم، ٢/ ٣٣٧ ٣٣٨، تحقيق محي الدين عبد الحميد، دار الفكر – بيروت – ط (١)/ ١٣٤٧ هـ – ١٩٥٥ م/.

[٦] روضة الطالبين، للإمام النووي، ٣/ ٥٦٤، المكتب الإسلامي – بيروت، ط (٣)/ ١٤١٢ هـ – ١٩٩١ م/.

التخلية، أما إذا تلف بعد التخلية فلا توضع الجائحة، و يجب الضمان عندئذٍ على المشتري. [1]

- و من أسس هذه النظرية بعض القواعد الفقهية : كقاعدة (الضرر يُزال)، وقاعدة (درء المفاسد أولى من جلب المصالح)، و قاعدة (الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف). [2]
- و من أسسها أيضاً بعض الفتاوى كالفتوى الشهيرة للعلامة ابن عابدين [3] – رحمه الله – وهي فتوى الصلح على الأوسط التي ذكرها في مجموعة رسائله ؛ في رسالة تنبيه الرقود على مسائل النقود. [4] و قد عدت هذه الفتوى من الأُصول التي بنيت عليها هذه النظرية [5]، و لا مجال لعرض هذه النظرية في هذا المقام لكنها تعد أصلاً عملياً لنظرية الظروف الطارئة، و معلوم أن العلامة خاتمة المحققين في مذهب الحنفية، محمد أمين ابن عابدين عاش ما بين عامي/ ١١٨٩ هـ – ١٢٥٢ هـ/ [6]. و هذا كان قبل تعديل القانون المدني المصري الجديد و هو يشير إلى الأسبقية التاريخية لظهور تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، قبل ظهورها في القانون الوضعي المعاصرة. – والله تعالى –.

---

[1] التخلية بين المبيع و المشتري تكون بإزالة كل العوائق التي تحول بينه و بين القبض و الإذن له بالقبض، و التخلية تعدُّ قبضاً عند الحنفية و الشافعية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ١١/ ٥٧ – وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية – الكويت – ط (١)/ ١٤٣٣ هـ – ٢٠١٢ م/.، و عليه يصبح قول الشافعية ككقول الحنابلة.

[2] ينظر كيفية الاستدلال بهذه النظرية في كتاب النظريات الفقهية لأستاذنا الدكتور فتحي الدريني، ص ١٦٥ – ١٦٦.

[3] هو العلامة، الإمام، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، بن عابدين، الدمشقي، الحنفي، خاتمة المحققين في المذهب، فقيه أصولي، ولد في دمشق سنة ١١٩٨ هـ و توفي فيها سنة ١٢٥٢ هـ، من تصانيفه رد المحتار على الدر المختار على تنوير الأبصار، و الرسائل المشهورة، و العقود الدرية، و نسمات الأسحار شرح المنار، في الأصول، و غيرها، ينظر : هدية العارفين، لكمال باشا في ذيل كشف الظنون، ٦/ ٣٦٧، معجم المؤلفين، لرضا كحالة، ٩/ ٧٧، الأعلام، للزركلي، ٦/ ٤٢.

[4] مجموع رسائل ابن عابدين، رسالة تنبيه الرقود على أحكام النقود، ٢/ ١٠٧ – ١٠٨، المكتبة الأزهرية للتراث، والجزيرة للنشر و التوزيع – القاهرة – ط (١) بلا تاريخ و رقم.

[5] و قد ذكر ذلك الأستاذان الجليلان الدكتور فتحي الدريني في كتابه النظريات الفقهية، ص ١٤٦ – ١٤٩، ١٥٠، والشيخ مصطفى الزرقاء في بحث له بعنوان (انخفاض قيمة العملة و أثره على الديون السابقة) المنشور في مجلة الاقتصاد الإسلامي – بنك دبي الإسلامي، ذو الحجة/ ١٤٢٦ هـ/. و ينظر كتابنا نظرية العقد، ص ١١٧.

[6] يُنظر : الأعلام، للزركلي، ٦/ ٤٢.

الخاتمة و تشمل النتائج و التوصيات :

في ختام هذا البحث المختصر أقول إن ما كتبته في هذا الموضوع جهد المقل فإن أصبت فهو من توفيق الله و أحمده على ذلك، و أخطأتُ في بعض الأمور فمن نفسي و من الشيطان و أستغفر الله على ذلك.

نتائج البحث :

توصلت من خلال هذا البحث للنتائج الآتية :

١ – بطلان الدعوى القائلة بأن الفقه الإسلامي قد تأثر بالقانون الروماني القديم.

٢ – ظهور أدلة و قرائن تشير إلى تأثر القانون الفرنسي بالفقه المالكي.

٣ – تأثر القانون الوضعي المعاصرة بالفقه الإسلامي في نظرية الأهلية حيث أخذها التقنين المصري و كذا السوري بكاملها من الفقه الإسلامي.

٤ – عدم وجود تأثير أو تأثر بين الفقه الإسلامي و القانون في نظرية الفساد و البطلان، مع وجود شيء من التشابه بين النظرية الفقهية و النظرية القانونية في هذا الشأن.

٥ – عدم دقة المقولة القائلة بأن نظرية الظروف الطارئة ذات منشأ قانوني، بل الدلائل و الأصول الشرعية لهذه النظرية تدل على أنها ذات منشأ فقهي محض، و ربما تأثر القانون بالفقه الإسلامي في التنظير لهذه النظرية و ليس العكس.

التوصيات :

لقد أجريت هذه المقارنة البسيطة على بعض النظريات الفقهية بما يتسع له المقام، و توصلت إلى النتائج التي ذكرتها قبل قليل، و لذلك فإني أوصي الباحثين بـ :

١ – عمل دراسات بحثية مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون أعم و أشمل و أوسع في جميع النظريات الفقهية.

٢ – عقد الندوات و المؤتمرات التي تُعنى بالمقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي عموماً، و في مجال التنظير أو النظريات الفقهية خصوصاً.

و آخر دعوانا : أن الحمد لله رب العالمين

ثبت المصادر و المراجع:

١ – أحكام القرآن، للقاضي الإمام، أبي بكر محمد بن عبد الله، المعروف بابن العربي، المالكي، تحقيق عبد الرحمن المهدي، دار الكتاب العربي – بيروت، ط (١)/ ١٤٢٥ هـ – ٢٠٠٤ م/.

٢ – إدرار الشروق على أنواء الفروق (على هامش الفروق للقرافي)، مع تهذيب الفروق للعلامة علي بن الشيخ حسن (على هامش الفروق)، ٣/ ٢٣٧، تحقيق د. محمد رواس قلعه جي، دار المعرفة بيروت بلا تاريخ و رقم.

٤ – الأشباه و النظائر للإمام التاج السبكي ، تحقيق الشيخ عادل عبد الموجود، و الشيخ علي محمد عوض، دار الكتب العلمية – بيروت – ط (١)/ ١٤١١ هـ – ١٩٩١ م/.

٥ – أصول السرخسي، للإمام محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، تحقيق أبو الوفا الأفغاني، دار المعرفة – بيروت – بلا تاريخ و رقم.

٦– الأعلام لخير الدين الزركلي ، دار العلم للملايين – بيروت – ط (١٥)/ ٢٠٠٢ م/.

٧ – إعلام الموقعين، للعلامة ابن القيم، تحقيق محي الدين عبد الحميد، دار الفكر – بيروت – ط (١)/ ١٣٤٧ هـ – ١٩٥٥ م/.

٨ – إفاضة الأنوار على أصول المنار، للعلامة علاء الدين علي الحصكفي،، ط (١)/ ١٤١٣ هـ – ١٩٩٢/.

٩ – الإقناع لطالب الانتفاع، للإمام موسى بن الحجاوي ، تحقيق د. عبد الله التركي، دار هجر – القاهرة، ط (١)/ ١٤١٨ هـ – ١٩٩٧ م/ .

١٠ – البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للإمام ابن نجيم، دار المعرفة – بيروت – ط (٣)/ ١٤١٣ هـ – ١٩٩٣ م/.

١١ –، بدائع الصنائع، للإمام الكاساني (علاء الدين بن أبي بكر بن مسعود) ، طبعة دار الكتب العلمية – بيروت – بلا تاريخ و رقم.

١٢ – تاريخ التشريع و الفقه الإسلامي، د. أحمد العليان، دار إشبيليا – الرياض، ط (١)/ ١٤٢٢ هـ – ٢٠٠١ م/.

١٣ – تاريخ القانون، للدكتور عباس العبودي ، دار الثقافة – عمّان – الأردن – ط (٥)/ ١٤٣٦ هـ – ٢٠١٥ م/.

١٤ – التامين التكافلي الإسلامي أ. د. علي القره داغي، دار البشائر الإسلامية، بيروت – ط (٢)/ ١٤٣٢ هـ – ٢٠١١ م/.

١٣ – التحرير في أصول الفقه (الجامع بين اصطلاح الحنفية و الشافعية)، للكمال بن الهمام، تحقيق محمد عبد الخالق، دار الكتب العلمية بيروت – ط (١)/ ٢٠١٥ م/.

١٤ – التعريفات،للإمام علي بن محمد الشريف الجرجاني،تحقيق د. محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار النفائس – بيروت – ط (٢)/ ١٤٢٨ هـ – ٢٠٠٧/.
١٥ – التلويح على التوضيح، للعلامة السعد التفتازاني ، طبعة مطبعة صنايع العثمانية/ ١٣١٠ هـ/.
١٦ – تنبيه الرقود على أحكام النقود، رسالة للعلامة خاتمة المحققين محمد أمين بن عابدين الحنفي (ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين) ، المكتبة الأزهرية للتراث، و الجزيرة للنشر و التوزيع – القاهرة – ط (١) بلا تاريخ و رقم.
١٧ – التوقيف على مهمات التعاريف للحافظ محمد عبد الرؤوف المناوي ، تحقيق د. فايز الداية، و د. محمد رضوان الداية، دار الفكر – بيروت – دمشق – ط (١)/ ١٤١٠ هـ – ١٩٩٠ م/.
١٨ – جمع الجوامع، للإمام التاج السبكي، مع شرحهِ المسمى تشنيف المسامع، للإمام محمد بن بهادر الزركشي ، تحقيق د. عبد الله ربيع، و د. سيد عبد العزيز، طبعة مؤسسة قرطبة – القاهرة، ط (٢)/ ٢٠٠٦ م/.
١٩ – الذخيرة، للإمام أحمد بن إدريس القرافي ، تحقيق د. محمد حجي، و أ. محمد بو خبزة، و أ. سعيد أعراب، دار الغرب – بيروت، ط (١)/ ١٩٩٤ م/.
٢٠ – رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، للإمام التاج السبكي ، دار الكتب العلمية – بيروت – ط (١)/ ١٤٣٠ هـ – ٢٠٠٩ م/.
٢١ – روضة الطالبين، للإمام النووي ، المكتب الإسلامي – بيروت، ط (٣)/١٤١٢ هـ–١٩٩١ م/
٢٢ – روضة الناظر، للإمام ابن قدامة المقدسي ، دار الكتاب العربي – بيروت – ط (٣)/ ١٤٠٧ هـ – ١٩٨٧ م/.
٢٣ – سنن أبي داود السجستاني، تحقيق كمال يوسف الحوت، طبعة دار الجنان و مؤسسة الكتب الثقافية – بيروت – ط (١)/ ١٤٠٩ هـ – ١٩٨٨ م/.
٢٤ – سنن النسائي الصغرى (المجتبى)، طبعة دار الفكر – بيروت – ط ((١) صورة عن طبعة / ١٣٤٨ هـ – ١٩٣٠ م/.
٢٥ – السنن الكبرى، للإمام ابي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، طبعة دار الفكر – بيروت، بلا تاريخ و رقم.
٢٦ – شرح الكوكب المنير، للإمام محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي الحنبلي المعروف بابن النجار الحنبلي ، ١/ ٤٦٤، تحقيق د. محمد الزحيلي، و د. نزيه حمّاد، مكتبة العبيكان – الرياض – ط (٢)/ ١٤٣٠ هـ – ٢٠٠٩ م/.
٢٧ – شرح النووي على صحيح مسلم،، طبعة دار ابن حزم – بيروت – ط (١)/ ١٤٢٣ هـ – ٢٠٠٢ م/.

٢٨ – شعب الإيمان للبيهقي،، طبعة دار الكتب العلمية – بيروت، تحقيق محمد السعيد بسيوني زغلول، ط (١)/ ١٤١٠ هـ/.

٢٩ – صحيح البخاري للإمام محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي ، تحقيق محمد زهير الناصر، طبعة دار طوق النجاة، ط (١)/ ١٤٢٢ هـ/.

٣٠ – صحيح مسلم، للإمام مسلم بن الحجاج القشيري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة دار التراث العربي – بيروت _ بلا تاريخ و رقم.، نسخة ثانية : طبعة دار إحياء التراث العربي – بيروت – ط (١) صورة عن طبعة/ ١٣٧٥ هـ – ١٩٥٥/

٣١ – الصياغة الفقهية في العصر الحديث، د. هيثم فهد الرومي،، دار التدمرية – الرياض – ط (٢)/ ٢٤٣٥ هـ ٢٠١٤ م/.

٣٢ – فتح الباري شرح صحيح البخاري، للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، طبعة بيت الأفكار – الأردن – السعودية ط/ ٢٠٠٦ م/.

٣٣ – الفتح المبين في طبقات الأصوليين، للشيخ عبد الله المراغي،، طبعة المكتبة الأزهرية للتراث – القاهرة/ ١٤٣٧ هـ – ٢٠١٦ م/.

٣٤ – الفقه الإسلامي و أدلته، أ. د. وهبة مصطفى الزحيلي ، طبعة دار الفكر – دمشق، ط (٣١)/ ١٤٣٠ هـ – ٢٠٠٩ م/.

٣٥ – فقه الطفولة، د. باسل محمود الحافي ، طبعة دار النوادر – دمشق – ط (١)/ ١٤٢٩ هـ – ٢٠٠٨ م/. (رسالة ماجستير).

٣٦ – فقه النظرية و النظرية الفقهية ، أ. د عبد الله بن محمد بن حسن السعيدي ، كرسي الأمير سلطان للدراسات الإسلامية المعاصرة/ ١٤٣٥ هـ/.

٣٧ – الفوائد البهية في تراجم الحنفية، للعلامة أبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي، طبعة مطبعة السعادة – مصر، ط (١)/ ١٣٢٤ هـ/.

٣٨ – القواعد الفقهية، د. علي أحمد الندوي، طبعة دار القلم – بيروت – ط (٢)/ ١٤١٢ ه – ١٩٩١ م/.

٣٩ – كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، للإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري الحنفي، دار الكتاب الإسلامي – القاهرة – بلا تاريخ و رقم.

٤٠ – كشف الأسرار شرح المنار، للإمام أبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي ، طبعة دار الكتب العلمية – بيروت ط (١)/ ١٤٠٦ هـ – ١٩٨٦ م/.

٤١ – الكليات للعلامة أبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي الحنفي ، تحقيق، د. عدنان درويش، محمد المصري، طبعة مؤسسة الرسالة دمشق – بيروت، ط ٢)/ ١٤٣٢ هـ –٢٠١١ م/.

٤٢ – كشف الظنون عن أسامي الكتب و الفنون، للعلامة مصطفى بن عبد الله القسطنطيني الرومي، الحنفي، الشهير بالملا كاتب الجلبي، و المعروف بحاجي خليفة، و معه إيضاح المكنون (في الذيل على كشف الظنون) للعلامة إسماعيل باشا، و هدية العارفين في أسماء المؤلفين، لإسماعيل باشا، طبعة دار الفكر – بيروت –/ ١٤٠٢ هـ – ١٩٨٢ م/.

٤٣ – اللباب في شرح الكتاب، للشيخ عبد الغني الغنيمي الحنفي ، تحقيق محمد أمين النوادي، دار إحياء التراث العربي – بيروت/ ١٤٠٥ هـ – ١٩٨٥ م/.

٤٤ – لسان العرب للإمام محمد بن مكرم بن علي، ابن منظور الإفريقي، تحقيق، ياسر أبو شادي، مجدي فتحي السيد، طبعة المكتبة التوفيقية – القاهرة، بلا تاريخ و رقم.

٤٥ – المدخل الفقهي العام، للشيخ مصطفى الزرقاء ، طبعة دار القلم – دمشق – ط (١)/ ١٤١٨ هـ – ١٩٩٨ م/.

٤٦ – المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، د. عبد الكريم زيدان، طبعة مؤسسة الرسالة ناشرون – بيروت، ط (١)/ ١٤٣٤ هـ – ٢٠١٣ م/.

٤٧ – مرآة الأصول، لمنلا خسرو،، مطبعة الحاج محرم أفندي البوسنوي،/ ١٢٩٦ هـ/. بلا رقم.

٤٨ – مرصاد الأفهام إلى مبادئ الأحكام، للإمام القاضي عبد الله بن عمر البيضاوي،، دار الضياء – الكويت – ط (١)/ ١٤٣٦ هـ – ٢٠١٥ م/.

٤٩ – المستصفى للإمام حجة الإسلام محمد بن محمد الغزالي، طبعة دار الفكر – بيروت – بلا تاريخ و رقم (و بهامشه فواتح الرحموت.).

٥٠ – مسند الإمام أحمد ، طبعة بيت الأفكار – الأردن – السعودية – ط (٤)/ ٢٠١٠ م/.

٥١ – مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت/ ١٩٩٨ م/.

٥٢ – المعاملات المالية المعاصرة لأستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي – رحمه الله –، دار الفكر دمشق – بيروت – ط (٦)/ ١٤٢٩ – ٢٠٠٨ م/

٥٣ – معجم الصحاح، للإمام إسماعيل بن حماد الجوهري، اعتنى به خليل مأمون شيحا، طبعة دار المعرفة – بيروت – ط (١)/ ١٤٢٦ ه – ٢٠٠٥ م/.

٥٤ – معجم المؤلفين، لرضا كحالة، دار إحياء التراث العربي – بيروت – بلا تاريخ و رقم.

٥٥ – المغني مع الشرح الكبير، للإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، طبعة دار الكتب العلمية – بيروت – بلا تاريخ و رقم.

٥٦ – مغني المحتاج للخطيب الشربيني ، طبعة دار الفكر – بيروت – بلا تاريخ و رقم.

٥٦ – المقارنات التشريعية، للشيخ مخلوف الميناوي، تحقيق أ. د. محمد سراج، و أ. د. علي جمعة محمد، دار السلام، القاهرة، ط (٣) ١٤٣١ هـ – ٢٠١٠ م/.

٥٧ – المهذب في علم أصول الفقه المقارن، أ. د. عبد الكريم النملة، مكتبة الرشد ناشرون – الرياض، ط (٧)/ ١٤٣٤ هـ – ٢٠١٣ م/.

٥٨ – مواهب الجليل، للإمام أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن، المعروف بالحطّاب، دار الفكر، بيروت، ط (٢)/ ١٣٩٨ هـ – ١٩٧٨ م/.

٥٩ – الموسوعة الفقهية الكويتية – وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية – الكويت – ط (١)/ ١٤٣٣ هـ – ٢٠١٢ م/.

٦٠ – موسوعة المستشرقين، د. عبد الرحمن بدوي، طبعة دار العلم للملايين، بيروت – ط (٣)/ ١٩٩٣ م/.

٦١ – نظرية الضرورة الشرعية، أ. د. وهبة الزحيلي، ، مؤسسة الرسالة – بيروت – ط (٤)/ ١٤٠٥ هـ/.

٦٢ – نظرية العقد، أ. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت/ /١٩٩٨

٦٣ – نظرية العقد و تطبيقاتها المعاصرة، د. باسل الحافي، و د صالح العلي، دار اليمامة – دمشق – بيروت ط (١) / ١٤٢٨هـ – ٢٠٠٨ م/.

٦٤ – النظريات الفقهية، أ. د. فتحي الدريني، من منشورات كلية الشريعة – جامعة دمشق، طبعة العام الدراسي/ ١٤٣١ هـ – ٢٠١٠/.

٦٥ – النظريات الفقهية، أ. د. محمد الزحيلي، دار القلم – دمشق – الدار الشامية – بيروت، ط(٢)/ ١٤١٤ هـ – ١٩٩٣ م/.

٦٦ – الوجيز في أصول الفقه أ. د. وهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر بيروت – دمشق – إعادة الطبعة الأولى/ ١٤١٩ هـ – ١٩٩٩ م/.

٦٧ – الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة – بيروت – ط (١٥)/ ١٤٢٧ هـ – ٢٠٠٦ م/.

٦٨ – الوسيط في شرح القانون المدني ، منشورات الحلبي الحقوقية، ط (١)/ ٢٠١١ م/.