**المحاضرة الثالثة : أهمية النظريات الفقهية و مناهج الدراسة المقارنة بينها و بين النظريات القانونية**

**أهمية النظريات الفقهية**

 إن الكتابة في النظريات الفقهية أو ما يسمى بالتنظير الفقهي، له أهميته، و التي تبرز في النقاط التالية :
- إعطاء نسق نظري و مواقف و مرتكزات و إطار عام للتحرك في المجال الذي تتطرق له ضمن الخطوط و الضوابط و المقاييس العامة للشريعة الإسلامية.

- التسهيل على الباحثين في الدراسات الشرعية و القضاة الذين لم يتكونوا تكوينا فقهيا بالرجوع إلى النظريات ، يقول د.عطية : " إن البحث عن النظريات الفقهية ليس من السهولة بالصورة التي نبحث بها عن الأحكام الفرعية للمسائل الفقهية ، فكتب الفقه زاخرة بأحكام الفروع ، و قلما جد فيها بحوثا عن نظريات فقهية ، إذ إن النظريات متناثرة بين العديد من المصنفات ، و هي بحاجة إلى اكتشاف و تجميع و ترتيب[[1]](#footnote-1)(1).

- جمع شتات و جزئيات و مفردات المسائل الفقهية بحيث يسهل على الدارس مراجعتها ، إذ إن هذه الجزئيات متناثرة في مصادر الفقه الإسلامي و مدوناته الكبرى، مما جعل الوقوف عليها و الرجوع إليها أمرا صعبا يحتاج الكثير من الوقت و الجهد.

- إثبات و تأكيد حيوية و فاعلية الفقه الإسلامي ، و إثبات إمكانية العطاء الفقهي لمواكبة تطور المسيرة العلمي ، و تعزيز الثقة في الفقه الإسلامي في دفع الهجمات الجائرة و الكاذبة مما يروج من طرف المستشرقين حول التشريع الإسلامي

 .
- مقارنة ما توصل إليه الفقه الإسلامي مع فقه القوانين الوضعية في البلاد العربية و الإسلامية ، و بيان مكانة الفقه و التشريع الإسلامي و أثره في التقنين الوضعي في مجالات المعاملات المالية و الأحوال الشخصية و غيرها[[2]](#footnote-2)(2).

- التنبيه عن أسرار الشريعة و الحكم التي راعتها والمصالح و المقاصد الشرعية ، مما يكسب الباحث معرفة بقواعد الشريعة العامة .

- التعريف بالفرق بين المسائل ، فإن عددا من كتاب القانون بأتي بمسائل متشابهة في الصورة فيعطيها حكما واحد ، بينما نجد في الشريعة قد فرقت بينهما بناء على أسباب تقتضي التفريق بين هذه المسائل.

- الكشف عن طرائق الدراسات الفقهية التي اعتمدها الفقهاء .

- تكوين الملكة الفقهية القادرة على استنباط و استخراج الأحكام من أدلتها و التدريب على التفريع الفقهي [[3]](#footnote-3)(1).

**أنواع النظريات الفقهية**

**1- النظرية العامة**

 هي التي تتناول موضوعا فقهيا منتشرا في أبواب مختلفة من أبواب الفقه أو حتى أصوله، كنظرية الحق ، فهي مبثوثة في باب الحكم الشرعي أحد أبواب علم أصول الفقه ، و نجدها مبثوثة في باب العبادات و المعاملات و باب الجنايات و أحكام الأسرة و حتى في الأحكام الدولية ، و كذلك نظرية العقد و نظرية الملكية .
**2- النظرية الخاصة**

 يقول الدكتور يعقوب الباحسين عن النظريات الفقهية : " ...و منها ما هي ذات نطاق ضيق ، و تتناول موضوعا خاصا من موضوعات الفقه ، تبحثه ، كما بحثته كتب الفقه ، و لكن بترتيب و تنظيم آخر، كنظرية الضمان و نظرية الغصب و نظرية القسامة و غير ذلك و هي في مثل هذا النطاق لا تختلف عن بحثها في كتب الفقه الإسلامي ، إلا بإطلاق اسم نظرية عليها ، و إلا بترتيب و تنظيم المعلومات الفقهية ، فهي تمثل طائفة من الأحكام الفقهية المنظمة لهذه المعاملات أو الأحكام "[[4]](#footnote-4)(1).
نستخلص أن النظريات الخاصة هي النظريات التي تتناول في موضوعها نطاق أضيق من النظرية العامة ، و قد تكون مندرجة تحتها ، كنظرية التعسف في استعمال الحق ، فإنها مندرجة تحت نظرية الحق ، ونظرية الظروف الطارئة –في العقد- و نظرية البطلان مندرجة تحت نظرية العقد .

 ولذلك قد تتناول النظرية دراسة جزئية من الجزئيات كدراسة أركان العقد دراسة نظرية شاملة أو دراسة آثار العقد ، و كلما كانت النظرية أضيق كانت التفصيلات أكثر و النتائج أدق و أحكم[[5]](#footnote-5)(2) .

 **أركان النظريات الفقهية** : إن المعاصرين الذين تكلموا في النظريات الفقهية وضعوها على أركان و جزئيات هي :

- ذكر عنوان النظرية والغالب في هذه العناوين أنها مأخوذة من الدراسات الحقوقية على الشاكلة القانونية و الفصول التي يسير عليها كتاب هذه الأنظمة ، و هناك من كتب النظريات على الأبواب الفقهية أو بناء على القواعد الفقهية ، لكن الغالب في عناوين هذه النظرية أنها عناوين على شاكلة النظريات القانونية .

- تعريف النظرية في اللغة و في الإصطلاح مع ذكر الفرق بينهما و بيان أوجه الاتصال بين التعريف اللغويو الاصطلاحي ، ثم يذكر على ضوئها الخصائص التي تتعلق بعنوان النظرية .

- بيان الأركان الخاصة لتلك النظرية فمثلا كنظرية الإلتزام ، يذكر من أركانها الملتزم و اللمتزم له و نوع الإلتزام و آثار ذلك الإلتزام ، مما يدخل في ماهية هذه النظرية .

- ذكر الشروط التي تتعلق بجزئيات النظرية .

- تقسيمات النظرية و ذكر الأنواع التي تندرج تحتها ، مع بيان حكم كل نوع منها ، و هذه التقسيمان مبنية على اعتبارات معينة .

- ذكر ما يتعلق بكل قسم من الأحكام العامة .

- ذكر آثار النظرية من جهة تعلقها بتصرفات المكلفين ، فمثلا نظرية الحق لها آثار من حيث وجوب أداء الحقوق و من وجوب المحافظة عليها و من كيفية توثيق تلك الحقوق و بيان آثار عدم أدام تلك الحقوق .

- دراسة مقارنة بين الدراسات التي يسير عليها فقهاء الشريعة و بين الدراسات القانونية ، تكون من جهة الترتيب أو من جهة التقسيم أو من جهة الأحكام ، و ذلك على طريقتين ، طريق مباشر و ذلك عند المقارنة في كل جزئية بين الدراسة الفقهية و بين الدراسة القانونية ، أو بطريق غير مباشر و لها عدة صور بحسب طرح الموضوع ، فهناك من يؤخر الدراسة المقارنة إلى آخر النظرية و منهم من يفصل بين الدراسة الشرعية و الدراسة القانونية من جهة استقلالهما .

**المناهج المتبعة في التأليف في النظريات الفقهية[[6]](#footnote-6)(1) :**

 زيادة على ما تقرر سابقا و تأسيسا للمنهج فإن الكتاب الذين كتبوا في النظريات الفقهية ساروا على ثلاثة طرق :

1- محاولة إدخال النظرة الفقهية في الكتابات القانونية ، و قد كان لها من الأثر ما يجعل الدراسة وفق هذا المنهج تغيب فيها بعض الخصائص ، تفصيلها كالتالي :

- أن هذا المنهج يركز على الدراسات القانونية ، ثم تأتي الكتابات الفقهية من خلال النظر القانوني و هذا فيع تغييب لرؤية الشرع و سيطرة الجانب القانوني .

- الاعتماد على الآراء الفقهية المتناسبة بين النظرة القانونية بعيدا عن التأصيل الشرعي المبني على النظر في كل جزئيات الموضوع .

2- الاعتماد على الكتابات الفقهية المجردة ، و ذلك وفق صياغة النظريات الفقهية بعيدا عن الدراسة القانونية ، وهذه الطريقة لا تحقق أهداف المقارنة و إنما هي تشخيص فقط .

3- الاعتماد على النظر و التقويم للدراسات القانونية و إعطاء تصور كامل للنظرة الفقهية عن كل ما يتعلق بهذه النظريات .

**الصعوبات التي تواجه الباحث في مجال الدراسات المقارنة بين الشريعة و القانون** : تتعلق هذه الصعوبات أساسا على مستوى المنهج الذي سيتبعه الباحث في بحثه باعتبار أن سيؤسس موقفا ، و قد أشار أ.د مراد كاملي إلى بعضها من جهات منها[[7]](#footnote-7)(1) :

- **من جهة طبيعة المادة المقارنة** : و ذلك من خلال رؤيتين :

الأولى : هل المقارنة تتعلق بالفقه أم الشريعة ، بخلاف القانون فإن هذا الإشكال غير مطروح على اعتبار أن مادة القانون معتبرة وقت إنجاز البحث ، فإذا اعتبرنا أن الشريعة هي الأحكام المقررة بمقتضى النصوص الشرعية فإنه لا تصح المقارنة بين سماوي معصوم بين وضعي قاصر ، فالمقارنة لا تزيد عن بيان أوجه الاختلاف و الاتفاق ، ثم إن الباحث بهذه الرؤية لا بجد بدا للانتصار للشريعة ، لأن رؤيته اقتصرت على النص الشرعي عند المقارنة .

الثانية : في حالة إذا اعتبرنا الشريعة بمعناها الشامل الذي يصدق على الاجتهاد الفقهي ، فإن هذا الأخير يحمل ملازمات بينه و بين الشريعة ، لأن الاجتهاد الفقهي مرنبط بالنص الشرعي فهو تابع لا يمكن أن يستقل بمعناه عن متبوعه و أصله ، ثم إن الاجتهاد الفقهي جار فيه الخلاف ، فهل يمكن أن تتحقق المقارنة بينه بين النص القانوني الذي هو وحدة واحدة ؟

- **من جهة قدم الفقه الإسلامي و تغييبه عن الواقع الحالي** ، فهل يمكن مقارنة فقه عالج مشاكل الأمس ثم تغييب شريعته حتى عن القضاء مع قانون يصاغ كل فترة و يعدل بحسب الواقع ؟

- **صعوبة تحديد المصطلحات ، و صعوبة مقابلة المقاصد و المعاني عند المقارنة** .

و لابد التنبيه إلى أن هذه الصعوبات ذات طبيعة منهجية تتعلق بالمقارنة ذاتها تجدها في كل المقارنات بين الأنظمة و التشريعات ، فالقصد من بيانها ليس إلغاء المقارنة أساسا ، و إنما هي معالم ينظر إليها الباحث ليحدد منطلقاته و منهج دراسته .

**معايير الدراسات المقارنة بين الشريعة و القانون** : و هي معايير عامة قدمها أ.د مراد كاملي تمثل توجيهات لتحسين الدراسات المقارنة و هي[[8]](#footnote-8)(1) :

- التحقق أولا من إمكانية المقارنة ، فلا يمكن مقارنة أحكام التبني بين الشريعة و القانون الفرنسي ، لأن التبني محرم أصلا في الشريعة .

- التحقق من جدوى المقارنة ، بمعنى أن تكون لها فائدة نظرية و عملية .

- التزام الحياد و الموضوعية في النقد و التقييم و الحكم ...

- التزام مقارنة متوازنة من حيث التقسيم و من حيث الكم ، بأن تكون الأبواب و الفصول و المباحث و المطالب مقسمة بشكل متوازن .

1. (1) – نحو تفعيل مقاصد الشريعة للفكر الإسلامي ، جمال الدين عطية ، المعهد العالي للفكر الإسلامي ، دار الفكر دمشق سورية ، ط1 : 2001 ، /205-206 . [↑](#footnote-ref-1)
2. (2) – ينظر : مدخل إلى دراسة النظريات الفقهية ، د. آدم نوح علي معايدة القاضي ، مجلة المنارة للبحوث و الدراسات ، م11 ، العدد : 01 ، /385 ، بتاريخ : 17 سبتمبر 2012 م . [↑](#footnote-ref-2)
3. (1) – و ينظر في ذلك : د. قبلي بن هنى ، التعريف بالنظريات الفقهية و أهمية دراستها ، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية ، م1 ، العدد 1 ، ديسمبر 2015 ، جامعة الأغواط ، /49 . [↑](#footnote-ref-3)
4. (1) – القواعد الفقهية ، الباحسين /150-151 . [↑](#footnote-ref-4)
5. (2) - محمد ياسين القرالة ، القواعد الفقهية و تطبيقاتها القانونية ، الأكادميون للنشر و التوزيع /16-17 . [↑](#footnote-ref-5)
6. (1) –ينظر : النظريات الفقهية ، د. سعد بن ناصر الشثري ، دار كنوز إشبيليا ، الرياض ، ط1 : 2016 ، /45 . [↑](#footnote-ref-6)
7. (1) – الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي في مؤسسات التعليم العالي ، أ.د.مراد كاملي ، مجلة أبحاث قانونية و سياسية ، العدد الرابع ، نوفمبر 2017 / 13 . [↑](#footnote-ref-7)
8. (1) – المرجع السابق /22 . [↑](#footnote-ref-8)