المحاضرة الأولى : مفهوم النظرية الفقهية و القانونية

 **أصلها اللغوي :** هي مصدر صناعي من كلمة النظر و تجمع على النظريات ،و النظر هو تأمل الشيء و معاينته ، ثم يستعار و يتسع فيه ، فيقال : نظرت إلى الشيء أنظر إليه إذا عاينته[[1]](#footnote-1)(1)، وبهذا المعنى استقر مفهوم لفظ النظرية عند علماء الشريعة و تأتي بالتركيب ، فيقولون القوة النظرية و هي القوة التي تدرك الكليات و غايتها معرفة الحقائق كما هي عليه ، و يعبر عنها كذلك بالقوة العقلية و بالقوة العالمة[[2]](#footnote-2)(2)، و الأحكام الشرعية النظرية ما يكون المقصود منها النظر ، و يقابلها العملية التي يكون المقصود منها العمل[[3]](#footnote-3)(3) .

 **المعنى الاصطلاحي** : في حقيقة الأمر أن هذا الاصطلاح هو اصطلاح علمي شاع في الأوساط العلمية للتعبير عن قانون العلوم و تفسير حقائقها ، وعادة ما تعرف بالمعنى الفلسفي المنطقي ، فيقولون أن النظرية قضية تثبت بالبرهان ، أو هي تركيب عقلي مؤلف من عدة تصورات متسقة تهدف إلى ربط النتائج [[4]](#footnote-4)(4).

 و هو المعنى الذي عبر عليها علماء الشريعة عند تقسيمهم للقوة التي تتعلق بالإنسان عن طريق الاكتساب ، فقالوا أنها : قوة يتم بها إدراك الأمور الكلية و المعاني المجردة تقابلها العملية ، و سموها بالقوة النظرية[[5]](#footnote-5)(5).

 فالنظرية بهذه المعاني المتقدمة تعتمد على الفرضيات العلمية في توضيح الأشياء و الظواهر التي لها نسق تتشابه فيه في معظمها ، تربط قوانينها بعضها البعض لتصل إلى مبدأ يستنبط به أحكام و قواعد.

 **المفهوم الفقهي** : عرفها كثير من الفقهاء المعاصرين بتعريفات تنبني على خصائص عامة من ذلك :

- تعريف مصطفى الزرقا : نريد من النظريات الفقهية الأساسية تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى، التي يؤلف كلٌّ منها على حِدَة نظامًا حقوقيًّا موضوعيًّا منبثًّا في الفقه الإسلامي، كانبثاثِ الجملة العصبيَّة في نواحي الجسم الإنساني، وتَحكُّم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شُعَبِ الأحكام، وذلك كفكرة الملكيَّة وأسبابِها، وفكرة العقد وقواعده ونتائجه، وفكرة الأهلِيَّة وأنواعها، ومراحلها وعوارضها، وفكرة النِّيابة وأقْسامها، وفكرة البُطلان والفساد والتوقُّف، وفكرة التعليق والتقييد والإضافة في التصرف القولي، وفكرة الضمان وأسبابه وأنواعه، وفكرة العرف وسلطانه على تحديد الالتزامات، إلى غير ذلك من النظريات الكبرى، التي يقوم على أساسها صرحُ الفقه بكامله، ويصادف أثر سلطانها في حلول جميع المسائل و الحوادث الفقهية[[6]](#footnote-6)(1) .

- و عرفها وهبة الزحيلي بأنها: "المفهوم العام الذي يؤلف نظامًا حقوقيًّا موضوعيا تنطوي تحته جزئيات موزعة على أبواب الفقه المختلفة[[7]](#footnote-7)(2).

- و عرفها محمد فوزي فيض الله : مفهوم حقوقي عام يؤلف نظاما موضوعيا تندرج تحته جزئيات في فروع القانون المختلفة [[8]](#footnote-8)(3).

- و عرفها أحمد فهمي أبو سنة : القاعدة الكبرى التي موضوعها كلي تحته موضوعات متشابهة في الأركان و الشروط و الأحكام العامة ، و إن كان لكل موضوع أركان و شروط و أحكام خاصة به[[9]](#footnote-9)(1).

- و في تعريف معجم لغة الفقهاء : مجموعة من القواعد و الضوابط الفقهية المتجانسة و التي تؤلف بينها بناء متكاملا يحكم الفروع الفقهية المنتمية إليها و المنتشرة في عديد من الأبواب الفقهية[[10]](#footnote-10)(4) .

**إشكالات مصطلح النظرية الفقهية** : لم يعرف الفقهاء الأولون مصطلح النظرية بالشكل الفني الموجود عند علماء العصر الحديث ، و قد تدافعت الآراء في اعتبارها من جانب الفقه الإسلامي في عصرنا اليوم وانطلقت من موقعين ، موقع الريب و الشك و موقع التسليم ، إلا أن الإشكال في ذلك قائم على أمرين:

 إحداهما : أن هذا المصطلح مبني على ما أراد صانعوه ، و هم أهل القانون الوضعي .

 الثاني : من حيث دلالة المفهوم العام لها على حقيقة الموضوع ، فهل تدل النظرية على حقيقة الموضوع الفقهي[[11]](#footnote-11)(1) .

 و في الجملة فإن فقهاء العصر اليوم انقسموا إلى فرقين :

- فريق يراها وليدة الفكر الإنساني ،و الأحكام الشرعية كثير منها منصوص عليه ، فكان نظرة الفقهاء في وضع المصطلح أدق عندما سموها أحكاما ، فعقدوا لكل مجموعة متجانسة منها بابا ، ثم إن الفقهاء نظروا إلى المعاني الثابتة و الراسخة التي يعتمد في ثابتها و رسوخها في بناء الأصول و القواعد. و هذه النظرة تبنى على النسبة بمعنى : إذا نظرنا إلى الفقه الإسلامي باعتباره أحكاما شرعية ، فهذا الوضع يقتضي الثبات و الوضوح ، فإذا نظرنا إلى عمل الفقيه نفسه ، فإن الفقه لا يكون إلا بعد النظر والاجتهاد[[12]](#footnote-12)(2) .

- فريق آخر يرى أن الضرورة العصرية تقتضيها باعتبار أن هذا الاصطلاح يحاكم معناه إلى مراد واضعيه، ففيه من الاجتهاد الذي يعطي للفقه حيوية في البحث و التأمل و التأصيل العلمي ، و كونها فن مستورد لا يضر مع من يرى أنه قد تكون موافقه للصياغة الفنية للفقه الإسلامي المتمثلة في القواعد الفقهية ، فكثرت التواليف بهذا المصطلح الوافد مثل : الملكية و نظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة ، ونظرية الحق للشيخ محمد سلام مدكور ، و النظريات الفقهية للشيخ الدريني .

 **نشأة النظرية** : اعتنى الفقهاء والأصوليون بالنظائر و المسائل المتشابهة ، و اعتنوا بترتيبها و جمعها على شكل مصنفات جامعة لأبواب الفقه من خلال عملية التقعيد و التأصيل والتخريج و التفريع ، لكن صياغتها بصياغة النظرية و بالشكل المعروف حاليا غير موجود ، و إنما وجد في العهد المتأخر الذي شاع فيه التدوين القانوني ، يقول الدكتور وهبة الزحيلي : " و من المعروف أن فقهاءنا لم يقروا أحكام المسائل الفقهية على أساس النظريات العامة و بيان المسائل المتفرعة عنها على وفق المنهاج القانوني الحديث ، وإنما كانوا يتتبعون 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 "[[13]](#footnote-13)(1).

 و بعد الاحتكاك بين العالم الإسلامي و العالم الغربي من خلال الاستعمار أو فرض الهيمنة و من خلال القضاء على المحاكم الشرعية التي أقيمت على الفقه الإسلامي و هيمنة القانون الوضعي على حياة المسلمين ، صار الوضع حرجا للبناء الفقهي و صياغته كنظام يدان به المكلفون ، خاصة الدارسين في كليات الحقوق و القانون لموضوعات الشريعة الإسلامية والتي ولدت الحاجة إلى هذه الصياغة فكانت هناك بوادر الصياغة الجديدة في باب البيوع و قضايا الأموال و العقود[[14]](#footnote-14)(2) .

 ثم شاع أمر النظرية في مدونات المعاصرين حتى أصبح مقتضى التأليف على هذه الصياغة الجديدة شديدا ، فكثر التأليف في ذلك مثل : نظرية المصلحة لحسين حامد و نظرية التقريب و التغليب للريسوني ، ونظرية التقعيد الأصولي لأيمن البدارين .

**تصورات عامة للنظرية :** يمكن أن نجد تصورا عاما لها من خلال ثلاث زوايا :

- من جهة مقابلتها بالفقه الإسلامي : فإنها مستحدث قانوني و مصطلح وافد ، و أنها قائمة على أساس الدراسة الموضوعية لا الحكمية ، و أن طبيعة النظرية الفقهية أنها دراسة استقرائية يغلب فيها الترتيب و الربط و الاستنتاج و يقل فيها الاستنباط .

- الثانية : الملاحظ أن أكثر شراح القانون لا يستعملون مصطلح النظرية إلا في المفاهيم الكبرى مثل النظرية العامة للالتزام يبحثون فيها على الحق و أقسامه و عن العقد و الضمان و التقادم .. و يمكن أن يتعمق الباحث في جزئية من جزئيات هذه النظرية فيقدمها كنظرية ، مثل نظرية الحق أو نظرية العقد ، ويمكن أن يتعمق الباحث في هذه الجزئيات و لا يسميها بالنظرية كأن يقول : الأهلية و عوارضها ، وسنرى ذلك في الكلام عن النظرية القانونية .

- الثالثة : و منهم من يتناولها من خلال منهج مسطر و مقسم إلى أركان و شروط و بيان بعض الأحكام ، فلا يلتفت إلى المعنى و إنما يكتفي بهذه التقسيمات و هو الغالب في الدراسات القانونية وحتى الشرعية .

**الفرق بين القاعدة و النظرية الفقهية** :

 عند المقارَنة بين النظريات الفقهية في صيغتها المعاصرة ، نجد أقربَها شبهًا هو علم القواعد الفقهية، فهذا العلم يتضمَّن صياغةً مُختَصرة كلية شاملة لعدد مِن مسائل الفقه تنتظمها في سِلك واحدٍ؛ مما حدا بالبعض إلى اعتبار النظرية الفقهية مُرادِفة للقاعدة الفقهيَّة، أو صيغة عصرية مُطوَّرة لها كقاعدة: (الضررُ يُزال)، مع بعض التَّعْديلات تتحول إلى نظريةٍ عامَّة متكامِلة في الضرر، ومِن هؤلاء الشيخ محمد أبو زهرة، فقد اعتبر النظرية مُرادفة للقاعدة[[15]](#footnote-15)(1).

بينما رأى البعضُ أنَّ النظرية تختلف عن القاعدة، وفرق بينهما من عدة زوايا :

1- أنَّ النظرية الفقهية أكثر شمولية من القاعدة، وأوسَع نطاقًا منها، حتى إنَّ القاعدة تنزل إلى مراتب الضابط الفقهي بجانب النظرية.

2- أنَّ القاعدة الفقهية تتضمن حكمًا فقهيًّا في ذاتها ينتقل بعد ذلك إلى الفروع التي تندرج تحتها وتدخل في نطاقها، بخلاف النظرية، فهي مفهوم عام، لا تَتَضَمَّن حُكمًا.

3- أنَّ النظرية تشتمل على أركان وشروط، بخلاف القاعدة، فلا تشتمل على ذلك؛ "فنظرية العقد مثلاً تتناول التعريف بالعقد، وبيان الفرق بينه وبين التصرُّف والإلزام، والكلام عنْ تكوين العقد ببيان أركانه، وشروط انعقاده، وصيغته، واقتران الصيغة بالشروط، وأثر ذلك في العقد، كما تتناول الكلامَ عن محل العقد، وعن أهليَّة العاقدين، وعوارضها، وعن ولايته الأصلية والنيابية، وعن حكم العقد، وأحكام العقود، وعنْ عيوب العقد، وعن الخيارات وأثرها في العقود[[16]](#footnote-16)(2).

كذلك نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، تتألَّف مِن عِدة عناصِر:

 حقيقة الإثبات، والشهادة، وشروط الشهادة، والرجوع عن الشهادة، ومسؤولية الشاهد، والإقرار، والقرائن، والخبرة، ومعلومات القاضي، والكتابة، واليمين، والقسامة، واللعان.

 "فهذا مثالٌ للمنهج الجديد الذي يسلُكُه المؤلِّفون في النظريَّات العامَّة في تكوينها؛ إذ كل موضوع عنصرٌ مِن عناصر هذه النظريَّة، وتندرج تحته فصول، والرابط بينها علاقةٌ فقهيَّة خاصَّة"[[17]](#footnote-17)(3).

**2/ النظرية القانونية :**

 عرفت النظرية بحسب هذه النظرة بأنها : نشاط فقهية أساسي هدفه الإسهام في الإعداد العلمي للقانون بإبراز المسائل التي تسود مادة ما و الفئات التي تنتظمها و المبادئ التي تسوس التطبيق و الطبيعة القانونية للحقوق و المؤسسات و التفسير العقلي لقواعد القانون [[18]](#footnote-18)(1).

 وجدير بالذكر أن أكثر شراح القانون – من العرب وغيرهم – لا يستعملون مصطلح «النظرية» إلا في المفاهيم الكبرى، وفيما عدا ذلك يطلقون تسمية المفاهيم المندرجة تحتها، كل بما عرف به، فيقولون «النظرية العامة للالتزامات»، ثم يبحثون مسائل الحق الشخصي والحق العيني والعقد والضمان والوفاء والتقادم .. وغير ذلك. فإذا أراد بعض الباحثين تجريد واحد من هذه المفاهيم الفرعية ودراستها دراسة متعمقة، اختار لها تسمية «النظرية» ويكون عنوان دراسته: نظرية الأهلية، أو نظرية الغلط، أو نظرية البطلان، أو نظرية الظروف الطارئة، أو نظرية التعسف في استعمال الحق .. وبعض الباحثين يدرس الموضوع نفسه بالتعمق ذاته من غير استعمال مصطلح «النظرية»، فيكون عنوان دراسته: الأهلية وعوارضها، أو النيابة في التصرفات القانونية، أو التعبير عن الإرادة، أو مبدأ الرضا في العقود، أو الغلط، أو التعسف في استعمال الحق.

 وأكثر الذين يستعملون مصطلح النظرية لا يلتفتون إلى بيان معناها أو ما يقصدون بها، وإنما يضعون منهجاً لدراستهم يشتمل على تقسيمات هذه الدراسة. وأقل القليل منهم هو الذي يصوغ تعريفاً – لا يخلو من النقد – كما جاء في كتاب «النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي – دراسة مقارنة»: «لذلك يجوز أن نعرف نظرية الالتزام بأنها: مجموع الوسائل القانونية الفنية التي يتسنى بها للأفراد أن يكتسبوا حقوقاً مالية بعضهم تجاه بعض»[[19]](#footnote-19)(1).

**الخصائص العامة للنظرية :**

و الملاحظ من خلال ما تقدم من تعريفات للنظرية الفقهية أنها تشترك في الخصائص التالية :

- أنها وصف شامل مستوفي لجميع أحكامها مبني على الاستقراء ، حتى يعطي لمفهومها رؤية شاملة وليست جزئية.

- أنها وصف منتظم يقوم على دقة الترتيب .

- وصف مجرد بعيدا عن الواقع التطبيقي .

و على هذه التصورات تنوع تعريف مصطلح النظرية بحسب ما يقابلها من الموضوعات و التي تختلف بحسب طبيعة الدراسة إن كانت قانونية أو شرعية ، إلا أنه لابد من التنبيه إلى أن وظيفة النظرية ليس هو تأسيس جديد و إنما هو عمل استكشافي يقوم في الغالب على الجمع و التفصيل و التقسيم على أساس منهجي .

و لذلك فإن النظرية الفقهية بهذه التصورات تقوم على البحث في تعريف الموضوع و البحث الشامل من جهة بيان أركانه و شروطه و قواعده و آثاره ، و هذا ينطبق على كل النظريات الأخرى .

**المنطلقات المنهجية لقيام النظرية الفقهية** : تقوم النظرية الفقهية - على وجه خاص تفرق به عن النظرية القانونية - على منطلقات تحدد في حد ذاتها المرجعية العامة التي هي أساس كل عمل يقوم على التنظير والتقعيد و التأصيل متمثلة في :

- أن يكون للتنظير فائدة علمية تتحقق به صلاحية المفهوم التشريعي لبناء نظرية عامة ، و هذا يحتم لقيامها وجود نظاما تشريعيا يبين الارتباط الفقهي بين مجموعة الأحكام الفقهية بمعنى : وجود تشابه بين الأركان و الشروط و الأحكام العامة ، فالنظرية ليست مجرد جمع مسائل متفرعة أو تتبع جزئيات فقهية خاصة ترتبط بينها ارتباطا صوريا كالتشابه في المحل أو الزمان أو المكان أو صفة المكلف ، زيادة على ذلك أن تكون المجموعة الفقهية موزعة على أبواب الفقه المختلفة .

- أن تنطلق النظرية الفقهية من قوة تأصيلها المبني على قيامها على الشرعية مثبتا وجودها الحقيقي ، ومستمدا قيامها من القواعد و الفروع و الاستقراء و علم الخلاف الفقهي .

- أن تنطلق صياغتها و ترتيبها منطلق التجريد ، باعتبار لزومه للعموم و الاطراد ، و يقصد بالترتيب البناء الخاص للنظرية كالتعريف و التأصيل و بيان الأركان و الشروط و الأحكام[[20]](#footnote-20)(1) .

1. (1) – معجم مقاييس اللغة ، بن زكريا الرازي ، تح : عبد السلام محمد هارون ، دار الفكر : 1979 ، 5/444 . [↑](#footnote-ref-1)
2. (2) – ينظر : التوقيف في مهمات التعاريف ، زين الدين محمد الحدادي ، عالم الكتب القاهرة ، ط1 : 1990 ،/276 ، الكليات ، الكفوي ، تح : عدنان درويش ، محمد المصري ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، /719 ، إضاح المحصول ، المازري ، تح " عمار طالبي ، دار الغرب الإسلامي ، ط1 ، /262 . [↑](#footnote-ref-2)
3. (3) – التعريفات الفقهية ، البركتي ، دار الكتب العلمية ، ط1 : 2003 ، /19 . [↑](#footnote-ref-3)
4. (4) – ينظر : المعجم الفلسفي ، جميل صليبا ، دار الكتاب اللبناني بيروت لبنان : 1982 ، 2/477 ، المعجم الوسيط ، إبراهيم مصطفى ، أحمد الزيات ، حامد عبد القادر ، محمد النجار ، دار الدعوة ،2/201 . [↑](#footnote-ref-4)
5. (5) – فقه المآلات ، عمر الجميلي ، درا النفائس : 2019 ، /9 . [↑](#footnote-ref-5)
6. (1) – المدخل الفقهي العام ، دار القلم بيروت ، ط1 : 1998 ، 1/947 . [↑](#footnote-ref-6)
7. (2) – الفقه الإسلامي و أدلته ، دار الفكر دمشق ، ط12 ، 4/2837 . [↑](#footnote-ref-7)
8. (3) – نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام ، مكتبة التراث الإسلامي ، الكويت ، ط1 ،/43 . [↑](#footnote-ref-8)
9. (1) – النظريات العامة للمعاملات المالية ( دار التأليف ، القاهرة : 1687 هـ ) /44 . [↑](#footnote-ref-9)
10. (4) – محمد رواس قلعة جي ، حامد صادق قنيبي ، قطب مصطفى سانو ( درا النفائس ، بيروت : 1996 ) /453. [↑](#footnote-ref-10)
11. (1) – الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ، محمد صدقي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت لبنان : 1416 /92 . [↑](#footnote-ref-11)
12. (2) – تاريخ الفقه الإسلامي ، سليمان الأشقر ، مكتبة الفلاح الكويت ، ط1 : 1982 ، /208 . [↑](#footnote-ref-12)
13. (1) – الفقه الإسلامي و أدلته ، مرجع سابق ، 4/2837 . [↑](#footnote-ref-13)
14. (2) – القواعد الفقهية ، الباحسين ، مكتبة الرشد الرياض ، ط1 : 1998 ،/147 . [↑](#footnote-ref-14)
15. (1) – أصول الفقه ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، /7-8. [↑](#footnote-ref-15)
16. (2) – القواعد الفقهية الباحسين /148-149 . [↑](#footnote-ref-16)
17. (3) –القواعد الفقهية بين الأصالة و التوجيه ، محمد بكر إسماعيل ، دار المنار ، /11 . [↑](#footnote-ref-17)
18. (1) – معجم المصطلحات القانونية ، جيزر كورنو ، ترجمة منصور القاضي ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع ، بيروت ، ط1 : 1998 ، 2/1727 . [↑](#footnote-ref-18)
19. (1) – عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للإلتزام وفقا للقانون الكوتي – دراسة مقارنة – مطبوعات جامعة الكويت : 1982 ، م1/15 . [↑](#footnote-ref-19)
20. (1) – ينظر : مدخل إلى دراسة النظريات الفقهية ، د. آدم نوح على معابدة القضاة ، مجلة المنارة للبحوث و الدراسات ، م11 ، العدد 01 ، بتاريخ : 17 سبتمبر 2012 ،/390 . [↑](#footnote-ref-20)