إعداد

أ.د. محمد جبر الألفي

التنظير الفقهي

شبكة الألوكة
www.alukah.net

www.alukah.net
شبكة الألوكة

التنظير الفقهي

إعداد

أ. د. محمد جبر الألفي

المعهد العالي للقضاء

الرياض

١٤٣٧ – ٢٠١٥م

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

الحمد لله رب العالمين، وبه نستعين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد، وعلى آله وأصحابه ومن اهتدى بهداهم إلى يوم الدين.

أما بعد:

فقد كثر الحديث – في الآونة الأخيرة – عن التنظير الفقهي، واختلف الباحثون في المقصود منه، ومشروعيته، وكيفية إجرائه، ومدى الفائدة التي يقدمها التنظير الفقهي في المجال البحثي والتطبيق العملي.

وفي بعض الجامعات الإسلامية والعربية تقرر تدريس «النظريات الفقهية»، وتخصيص أولى وحدات المقرر لإلقاء الضوء على ثلاثة عناصر:

١- معنى النظرية في المجال العلمي والمجال الفقهي.

٢- تطور فكرة التنظير الفقهي وتطبيقاتها.

٣- التفرقة بين التنظير الفقهي وبين التقعيد الفقهي.

وعلى هدي هذه العناصر أقدم هذا البحث، راجياً أن ينفع الله به، وأن يجعله في ميزان حسناتي، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

www.alukah.net
شبكة الألوكة

أولاً- معنى النظرية في المجال العلمي والمجال الفقهي

١- كلمة «نظرية» ترجمة عربية للكلمة الإنجليزية «**Theory**» والفرنسية «**Theorie**» واشتقاقهما من الكلمة اللاتينية «**Theoreme**»، ولهذه الكلمة عدة معان تختلف باختلاف الموضوعات التي تتناولها، فهي عند الفلاسفة «تركيب عقلي مؤلف من تصورات متسقة، تهدف إلى ربط النتائج بالمبادئ»(١)، وعند المشتغلين بالعلوم البحتة «القانون العلمي العام الذي هو نتيجة مباشرة للفروض العلمية»(٢)؛ وعند القانونيين «نشاط فقهي أساسي، هدفه الإسهام في الإعداد العلمي للقانون بإبراز المسائل التي تسود مادة ما، والفئات التي تنتظمها، والمبادئ التي تسوس التطبيق، والطبيعة القانونية للحقوق والمؤسسات، والتفسير العقلي لقواعد القانون»(٣).

٢- وقد نبهت المعاجم العربية المعاصرة إلى أن لفظ النظرية من المولَّد، وأن معناه «قضية تثبت بالبرهان»(٤)، أو أنه «جملة من التصورات المؤلفة تأليفاً عقلياً تهدف إلى ربط النتائج بالمقدمات»(٥).

ولهذا لا يكون من المفيد أو الملائم أن نبحث عن أصل الكلمة أو جذورها في المعاجم القديمة، ولا أن نحلل صياغتها كمصدر صناعي من الفعل الثلاثي «نظر»، لنصل بذلك إلى معنى عربي لكلمة «نظرية» كما أوردته كتب الفلسفة والمنطق؛ ذلك أن كثيراً من الفقهاء المعاصرين قد استعملوا مصطلح «النظرية» محاكاة لما سار عليه رجال القانون، وتقريباً لأحكام الفقه الكلية من النظريات القانونية التي درجت عليها الدراسة في كليات الحقوق، فحاولوا صياغة تعريف لها يضبط حدودها ومضمونها، فجاءت هذه المعاملات أقرب إلى التعريف بالرسم أو الشرح.

---

(١) المعجم الفلسفي بالألفاظ العربية والفرنسية والإنكليزية واللاتينية، دار الكتاب اللبناني – بيروت: ٤٧٧/٢.

(٢) أبو العلا عفيفي، المنطق التوجيهي، القاهرة: ١٩٣٨، ص١٤٨.

(٣) جيراركورنو، معجم المصطلحات القانونية: ١٧٢٧/٢.

(٤) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، القاهرة: ١٩٦١ (نظر).

(٥) يعقوب الباحسين، القواعد الفقهية، مكتبة الرشد – الرياض: ١٤١٨هـ، ص ١٤٥ وما أشار إليه من مصادر.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

٣- 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»[(١)].

٤- أما أساتذة الفقه المعاصرون فقد صاغوا لمصطلح «النظرية» تعريفات متعددة – لا تخلو من النقد – نورد أهمها في هذه العجالة:

أ- تعريف الشيخ مصطفى أحمد الزرقا [(٢)]: «نريد بالنظريات الفقهية الأساسية تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حدة نظاماً حقوقياً موضوعياً منبثاً في الفقه الإسلامي كانبثاث أقسام الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني وتحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل

(١) عبدالحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، باعتناء: محمد الألفي، مطبوعات جامعة الكويت – كلية الحقوق: ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م، المجلد الأول، ص١٥، والمراجع التي أوردها فيها.

(٢) المدخل الفقهي العام، دار القلم – دمشق: ١٤١٨هـ، جـ١ ص٢٣٥.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

بموضوعه في شعب الأحكام، وذلك كفكرة الملكية وأسبابها، وفكرة العقد وقواعده ونتائجه، وفكرة الأهلية وأنواعها ومراحلها وعوارضها، وفكرة النيابة وأقسامها، وفكرة البطلان والفساد والتوقف، 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 صرح الفقه بكامله» .

ب- تعريف الدكتور فتحي الدريني[١]: «مفهوم كلي قوامه أركان وشرائط وأحكام عامة تتصل بموضوع معين، بحيث يتكون من كل أولئك نظام تشريعي ملزم، يشمل بأحكامه كل ما يتحقق فيه مناط موضوعه».

ج- تعريف الشيخ أحمد فهمي أبو سنة[٢]: «القاعدة الكبرى التي موضوعها كلي تحته موضوعات متشابهة في الأركان والشروط والأحكام العامة، وإن كان لكل موضوع أركان وشروط وأحكام خاصة به» .

د- تعريف الدكتور وهبة الزحيلي[٣]: «النظرية معناها: المفهوم العام الذي يؤلف نظاماً حقوقياً موضوعياً تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة، كنظرية الحق، ونظرية الملكية».

هـ- تعريف الدكتور جمال الدين عطية[٤]: «يمكن تعريف النظرية الفقهية بأنها: التصور المجرد الجامع للقواعد العامة الضابطة للأحكام الفرعية الجزئية».

و- تعريف الدكتور عبدالوهاب أبو سليمان[٥]: النظرية الفقهية تعني «ضم موضوعات ومسائل فقهية خاضعة لأركان وشروط وأسباب متماثلة، تصلها ببعضها البعض علاقة فقهية قانونية تكوّن منها

(١) النظريات الفقهية، مطبوعات جامعة دمشق: ١٤١٠هـ، ص١٤٠.

(٢) النظريات العامة للمعاملات المالية، دار التأليف – القاهرة: ١٣٨٧هـ، ص٤٤.

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر – دمشق: ١٩٨٤م، جـ٤ ص٧.

(٤) التنظير الفقهي، الطبعة الأولى – الدوحة: ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م، ص٩.

(٥) النظريات والقواعد الفقهية، بحث منشور في مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، العدد الثاني، جمادى الآخرة: ١٣٩٨هـ، ص٥٢.

www.alukah.net
شبكة الألوكة

وحدة موضوعية في دراسة مستقلة».

ز- تعريف معجم لغة الفقهاء[١]: النظرية الفقهية «مجموعة من القواعد والضوابط الفقهية المتجانسة والتي تؤلف بينها بناء متكاملاً يحكم الفروع الفقهية المنتمية إليها والمنتشرة في العديد من الأبواب الفقهية».

ح- تعريف الدكتور محمد أحمد سراج[٢]: تعني النظرية «المفهوم العام أو التصور المجرد (التي) يؤلف نظاماً قانونياً تندرج تحته القواعد والضوابط والفروع المتعلقة بهذا النظام، كنظرية الملكية ونظرية الحق ونظرية الذمة ونظرية المسؤولية ونظرية التعسف في استعمال الحق، وما إلى ذلك من نظريات يضمها البناء الفقهي».

ط-تعريف الدكتور آدم بن نوح القضاة[٣]: «يمكنني أن أعرف النظرية الفقهية بأنها: نظام جامع للأحكام الشرعية العملية المجردة المتعلقة بمبدأ تشريعي واحد، تستمد من قواعد الفقه وفروعه، وترتب ترتيباً منهجياً يظهر العلاقة بين مكوناتها، والصلة التي بينها وبين ما استمدت منه».

٥- بعد استعرض هذه التعاريف وتحليلها والجمع بينها، يبدو واضحاً أن واضعيها لا يريدون تقديم تعريف تتوافر فيه خصائص التعريف العلمي بالحدّ المؤلف من الجنس القريب والفصل، أو بالرسم المؤلف من الجنس القريب والخاصة الملازمة، وإنما يهدفون إلى بيان خصائص النظرية الفقهية وإيضاح صورتها، وكأنهم يضعون ضوابط علمية لمن يروم بحث موضوع فقهي في إطار نظرية فقهية.

٦- ومن هذا المنطلق يمكن أن نقدم تعريفاً تحليلياً يبين خصائص ومقومات النظرية الفقهية على النحو التالي:

---

(١) وضعه: محمد رواس قلعة جي، وحامد صادق قنيبي، وقطب مصطفى سانو، دار النفائس – بيروت: ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م، ص٤٥٣.

(٢) نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية – الاسكندرية: ١٩٩٨، ص٧.

(٣) مدخل إلى دراسة النظريات الفقهية، بحث مقبول للنشر في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، عمان – الأردن: ١٤٣٣/١١/١هـ، ص١٠.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

النظرية الفقهية: دراسة شاملة في إطار كلي لموضوع فقهي معين، تتسم بالتجريد والعموم، قوامها أركان وشرائط وأحكام جزئية، مستمدة من قواعد الفقه وفروعه ومقاصده المبثوثة في كتب المذاهب، تجمعها وحدة موضوعية متجانسة.

٧- شرح التعريف:

أ- دراسة شاملة في إطار كلي: وذلك تجنباً للمصطلحات التي أثارت العديد من التساؤلات، من مثل الدساتير والقضايا والتصور والمفهوم والقواعد والأنظمة .. وغير ذلك؛ فالنظرية الفقهية نوع من التأليف المتكامل الذي يحيط بموضوع الدراسة من جميع أقطاره، ولا يتعرض – بالاستطراد – لما هو خارج عن هذا الموضوع.

ب- لموضوع فقهي معين: ينبغي أن ينحصر محل النظرية في موضوع محدد تناولته المدونات الفقهية صراحة أو ضمناً، أو عرضت له بإشارة عابرة، أو كان من الممكن التوصل إليه بأدوات الاجتهاد الفقهي، من نحو الاستنباط والتخريج والقياس.

ج- تتسم بالتجريد والعموم: فلا تتعلق بشخص معين بذاته أو بحالة معينة بذاتها، وإنما يكون تناولها للأشخاص بحسب صفاتهم، وللوقائع بحسب وجودها. وكون النظرية عامة ومجردة يجعلها قابلة لتطبيقات غير متناهية، وأقرب إلى تحقيق العدل والمساواة.

د- قوامها أركان وشرائط وأحكام جزئية: حيث تبدأ دراسة موضوع النظرية بتحديد ماهيته، وتقرير مشروعيته، وبيان ثمرته، ثم يتطرق البحث إلى استعراض أركانه وشروطه، واستقراء القواعد والضوابط والمقاصد والأحكام الفرعية التي تحكمه، وصولاً إلى نتيجة البحث وما خلص إليه.

هـ- مستمدة من قواعد الفقه وفروعه ومقاصده المبثوثة في مدونات الفقه: ولا يقوم بإتقان ذلك إلا عالم آتاه الله فقه النفس، فأحاط بمظان تواجد الأحكام – في مواضعها وفي غير مواضعها –، وسبر أغوار اللسان العربي ودلالات الألفاظ، وتكونت لديه ملكة تهديه إلى حِكَم التشريع وعلل الأحكام

www.alukah.net
شبكة الألوكة

ومقاصد التكليف واختلاف الفقهاء.

و- تجمعها وحدة موضوعية متجانسة: فالنظرية الفقهية تجريد لموضوع فقهي محـــدد متكامـــل العناصر، يشمل بأحكامه كل ما يتحقق فيه مناط موضوعه، ويؤلف بينها في بناء مترابط منسجم يحقق العلاقة الوثيقة بين مكوناته المترامية الأطراف.

www.alukah.net
شبكة الألوكة

ثانياً- تطور فكرة التنظير الفقهي

١- «من الشائع القول بأن الشريعة الإسلامية لا تحوي نظريات عامة، وإنما هي مجموعة من الأحكام الفرعية في مختلف المجالات»[١].

وهذا الشائع من القول صحيح في الجملة، يرجع إلى طبيعة الفقه الإسلامي ومصادره التي تستمد منها أحكامه؛ فمن المعلوم أن أساس الفقه الإسلامي وحي من الله تعالى، وأن أحكامه تمثل خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين، وهذا الوحي قد تضمنته آيات القرآن الكريم وأحاديث النبي ﷺ، ولم ينقض عصر التشريع إلا بعد اكتمال الأحكام الفقهية الرئيسة، فكل فقيه أو مجتهد مقيد بنصوص الأحكام الواردة في الكتاب والسنة، وإذا لم يجد حكماً مباشراً فيهما فهو ملتزم في اجتهاده باستلهام ما ورد فيهما من أصول وقواعد ومبادئ ومقاصد.

٢- كانت آيات التشريع تنزل على رسول الله ﷺ - في الغالب – تبياناً لحوادث تقع في المجتمع، عرفت بأسباب النزول، وأحياناً كانت تنزل جواباً عن سؤال يطرحه بعض المسلمين، وقليلاً ما كانت الآيات تنزل مقررة لأحكام مبتدأة بدون حادث أو سؤال[٢].

وكذلك السنة: فكان رسول الله ﷺ يبين الأحكام التي جاء بها القرآن الكريم – بالقول وبالفعل – شارحاً لها، مبيناً لمجملها، مقيداً لمطلقها، مأوِّلاً لمشكلها، وقد يأتي بحكم لم ينص عليه في القرآن إلا أنه يستلهمه من روح التشريع وتأييد الوحي له.

وبما أن الفقه الإسلامي عبارة عن العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، وأن هذه الأحكام منها ما يتعلق بالعبادات، ومنها ما يتعلق بفقه الأسرة، ومنها ما ينظم المعاملات، ومنها ما

---

(١) التنظير الفقهي، مرجع سابق، ص٩. ومثل ذلك في مصادر الحق للسنهوري، القاهرة: ١٩٦٧ جـ١ ص٤٠. وفي النظرية العامة للموجبات والعقود لصبحي محمصاني، دار العلم للملايين – بيروت: ١٩٧٢، ص٥.

(٢) تاريخ التشريع الإسلامي، محمد الخضري، المكتبة التجارية الكبرى – مصر: ١٣٨٧هـ-١٩٦٧، ص١٢.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

يرتبط بالعقوبات، فمن المنطقي أن ينهج أصحاب المدونات هذا النهج اتباعاً لمنهج القرآن والسنة وما نصبه الشارع من الأدلة لاستنباط الأحكام.

٣- ولا يعني ذلك أن فقهاءنا غفلوا عن المعاني الكلية التي تنطوي عليها «النظريات» وما تقدمه من فوائد للمشتغلين في المجال الفقهي؛ فقد أقاموا في البلاد التي فتحها المسلمون وساد فيها تطبيق القوانين الوضعية، كقانون حمورابي في الشرق والقانون الروماني في الغرب، ولا ريب في أنهم اطلعوا على هذه الحضارات وأنظمة القضاء فيها، وخاصة ما حظيت به مدونة «جوستنيان»[(١)]، التي ذاعت شهرتها في القرن السادس الميلادي، ولكنهم لم يتأثروا بشيء من لك كما تأثر نظراؤهم الفلاسفة بما نقل إلى العربية من فلسفة اليونان ومنطق أرسطو [(٢)]؛ لأنهم كانوا يستحضرون دائماً قول رب العزة: ﴿ وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ ٱلْكِتَٰبِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ ۖ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ۖ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ عَمَّا جَآءَكَ مِنَ ٱلْحَقِّ ۚ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ۚ وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَٰحِدَةً وَلَٰكِن لِّيَبْلُوَكُمْ فِى مَآ ءَاتَىٰكُمْ ۖ فَٱسْتَبِقُوا۟ ٱلْخَيْرَٰتِ ۚ إِلَى ٱللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ ﴿٤٨﴾ وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ وَٱحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَنۢ بَعْضِ مَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ إِلَيْكَ ۖ فَإِن تَوَلَّوْا۟ فَٱعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُصِيبَهُم بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ ۗ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ ٱلنَّاسِ لَفَٰسِقُونَ ﴿٤٩﴾ أَفَحُكْمَ ٱلْجَٰهِلِيَّةِ يَبْغُونَ ۚ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ ٱللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴿٥٠﴾ ﴾[(٣)].

٤- ومع ذلك: فقد وجدنا دراسات شاملة في إطار كلي لموضوع فقهي محدد، قام بها فقهاء متميزون من مختلف المذاهب، تحمل مضمون «النظرية» بدون اسمها، من ذلك على سبيل المثال لا الحصر:

(١) ترجمها إلى العربية: عبدالعزيز فهمي، دار الكاتب المصري – القاهرة: ١٩٤٦.

(٢) للمزيد من الإيضاح: أصالة الفقه الإسلامي، عصمت عبدالمجيد بكر، دار الكتب العلمية – بيروت: ٢٠١٠.

(٣) سورة المائدة: ٤٨-٥٠.

www.alukah.net
شبكة الألوكة

أ- في المذهب الحنفي:

١- كتاب الخراج، للقاضي أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم (ت ١٨٢هـ)[١]. وهو رسالة في الفقه المالي للدولة الإسلامية.

٢- السير الكبير – والسير الصغير – لمحمد بن الحسن الشيباني (ت ١٨٩هـ)[٢]. والكتاب رسالة جامعة في أحكام الحرب والسلام، قام بشرح السير الكبير شمس الأئمة السرخسي (ت ٤٩٠هـ) وترجم إلى اللغة الفرنسية.

٣- جامع أحكام الصغار، لمحمد بن محمود الأسروشني، جمع الأحكام المتعلقة بمن لم يبلغوا الحلم[٣].

٤- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، لعلاء الدين الطرابلسي (ت ٨٤٤هـ)[٤]. ويمكن اعتباره أصلاً في المرافعات الشرعية.

٥- مجمع الضمانات [٥]، لأبي محمد بن غانم البغدادي، من علماء القرن الحادي عشر، والكتاب رسالة جامعة في أحكام ضمان العقد وضمان اليد وضمان الإتلاف.

ب- في المذهب المالكي:

١- النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام، لعلي بن عبدالله المتيطي (ت ٥٧٠هـ)[٦]. وهو كتاب عظيم كبير مشهور في الوثائق، يعرف باسم «المتيطية»، وله تكملة أسماها «سجلات العقود

---

(١) المطبعة السلفية – القاهرة: ١٣٩٦هـ.

(٢) طبع كتاب شرح السير الكبير للسرخسي في دار الكتب العلمية بتحقيق: محمد الشافعي: ١٤١٧هـ.

(٣) طبع بتحقيق: عبدالحميد المبيزلي، مطبعة المعارف – بغداد: ١٩٨٣م.

(٤) مطبعة مصطفى البابي الحلبي – القاهرة: ١٣٩٣هـ.

(٥) المطبعة الخيرية – مصر: ١٣٠٨هـ.

(٦) توجد نسخ مخطوطة من الكتابين في خزانة القرويين بالمغرب.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

والأحكام».

٢- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، لأحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٨٤هـ)[١]. وهو رسالة مفيدة تتعلق بالمرافعات الشرعية.

٣- معين الحكام على القضايا والأحكام، لإبراهيم بن حسن بن عبدالرفيع (ت ٧٣٤هـ)[٢] قاضي القضاة بتونس – نحا فيه إلى اختصار المتيطية لتعم فائدته.

٤- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لإبراهيم بن علي ابن فرحون (ت ٧٩٩هـ)[٣]. جمع ما تفرق من مسائل الدعوى بتقسيم بديع، وعبارات دقيقة، وتحقيق لمحامل الألفاظ.

٥- تحرير الكلام في مسائل الالتزام، لمحمد الرعيني، الشهير بالحطاب (ت ٩٥٤هـ)[٤]. جمع فيه مسائل الالتزام، وضبط أقسامه، وبين مشكله، وحرر أحكامه بما لم يسبق إليه [٥].

ج- في المذهب الشافعي:

١- الأحكام السلطانية والولايات الدينية، لعلي بن محمد بن حبيب الماوردي (ت ٤٥٠هـ)[٦]. جمع فيه الأنظمة الدستورية والإدارية وما يتعلق بهما من الأحكام الشرعية.

٢- الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات، لإبراهيم بن عبدالله المعروف بابن أبي الدم (ت ٦٤٢هـ)[٧]. وهو دراسة شاملة للإجراءات الشرعية ونظرية الدعوى.

---

(١) نشر بتحقيق: عبدالفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية: ١٣٨٧هـ.

(٢) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، لمحمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي، طبعة ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م: ٢/٢٣٩.

(٣) طبعته دار الكتب العلمية – بيروت: ١٤١٦هـ بتحقيق: جمال مرعشي.

(٤) طبعته دار الغرب الإسلامي – بيروت: ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م بتحقيق: عبدالسلام محمد الشريف.

(٥) نيل الابتهاج بتطريز الديباج، بابا التنبكتي، دار الكتب العلمية – بيروت.

(٦) طبعته مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – القاهرة: ١٣٨٠هـ-١٩٦٠.

(٧) حققه: محمد الزحيلي بعنوان «أدب القضاء»: ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

٣- جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، لمحمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي (ت ٨١٣هـ)[١]. وهو كتاب جامع في تحرير الوثائق الرسمية والعرفية، والفحص عن أحوال الشهود ونحوهم.

٤- إعلام الساجد بأحكام المساجد، لمحمد بن عبدالله الزركشي[٢]. جمع فيه الأحكام المتعلقة بالمساجد من حيث التعريف، والأفضلية، والبناء عليها، والسكن فيها، وعمارتها، والوصية والوقف لها، وغير ذلك مما جعل الكتاب عمدة في بابه ومرجعاً لطلابه.

٥- صلة الناسك في صفة المناسك، لأبي عمرو عثمان المعروف بابن الصلاح (ت ٦٤٢هـ)[٣]. جرد فيه أحكام الحج والعمرة والزيارة، بأسلوب رشيق رصين، وتحرير جامع دقيق.

د- في المذهب الحنبلي:

١- الأحكام السلطانية، للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء (ت ٤٥٨هـ)[٤]. جمع فيه الأنظمة الدستورية والإدارية.

٢- أحكام النساء، لأبي الفرج عبدالرحمن بن أبي الحسن الشهير بابن الجوزي (ت ٥٩٧هـ)[٥]. جمع فيه كل ما يتعلق بأحكام المرأة.

٣- أحكام أهل الذمة، لأبي عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية

---

(١) نشر محققاً في سنة ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م.

(٢) نشرته وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف في دولة الإمارات العربية المتحدة، بتحقيق: أبو الوفا مصطفى المراغي سنة ١٣٩٧هـ.

(٣) نشره معهد خادم الحرمين الشريفين لأبحاث الحج بجامعة أم القرى، مكة المكرمة: ١٤٢٢هـ بتحقيق: محمد بن عبدالكريم بن عبيد.

(٤) صححه وعلق عليه: محمد حامد الفقي، ونشرته مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – القاهرة: ١٣٥٦هـ-١٩٣٨.

(٥) طبعته المكتبة العصرية – بيروت: ١٤٢٦هـ.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

(ت ٧٥١هـ)[١]. جرد فيه الأحكام المتعلقة بغير المسلمين المقيمين في دار الإسلام، وبين ما لهم وما عليهم.

٤- الاستخراج لأحكام الخراج، لأبي الفرج عبدالرحمن بن رجب (ت ٧٩٥هـ)[٢]. وضع فيه النظرية الحنبلية لمالية الدولة.

٥- بغية الناسك في أحكام المناسك، لمحمد بن أحمد بن علي البهوتي، الشهير بالخلوتي (ت ١٠٨٨هـ)[٣]. جمع فيه أحكام الحج والعمرة بطريقة ميسرة وأسلوب رشيق.

* * *

٥- هذه الدراسات – وغيرها كثير – تعتبر باكورة ما يطلق عليه «النظريات الفقهية»، وتدل على أن مضمون النظريات الفقهية كان قائماً في أذهان علمائنا السابقين، وكانوا يستحضرونه كلما دعت الحاجة إليه، غاية الأمر أنهم كانوا يتقيدون في دراستهم بالمذهب الذي ينتمون إليه، إلا نادراً، كما في كتاب «الأموال» لأبي عبيد القاسم بن سلام (ت ٢٢٤هـ)[٤]. وظل هذا النشاط قائماً حتى وقت متأخر إلى جانب الإفتاء والقضاء، واختصار الكتب في المتون، وجمع القواعد والضوابط، وغير ذلك من صنوف التأليف، حتى وجدنا مؤلفات مستقلة في مواضيع محددة لجلال الدين السيوطي (ت ٩١١هـ)، ولابن عابدين (ت١٢٥٢هـ) ولغيرهما من الفقهاء.

٦- **خلاصة القول في تطور التنظير الفقهي**: أن الفقهاء من مختلف المذاهب كانت لديهم فكرة النظرية ومضمونها، فكانوا يجردون موضوعاً فقهياً محدداً ويتناولونه بالدراسة الشاملة كلما دعت الحاجة إلى ذلك، إلى أن التقى الفكر الشرقي والفكر الغربي في العصر الحديث وأنشئت في البلاد الإسلامية

(١) نشرته دار الكتب العلمية بتحقيق: طه عبدالرءوف سعد: ١٤١٥هـ.

(٢) نشرته دار الكتب العلمية: ١٤٠٥هـ.

(٣) تحقيق: عبدالله بن محمد الطريقي: ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.

(٤) طبع الكتاب في دار الفكر بالقاهرة بتحقيق محمد خليل هراس: ١٤٠١هـ.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

كليات ومدارس الحقوق التي قامت الدراسة فيها على مناهج القانون الوضعي واعتماد النظريات القانونية أسلوباً للتدريس والبحث العلمي؛ فكان من الملائم أن يقدم أساتذة الشريعة في كليات الحقوق صياغة نظريات فقهية في مقررات المدخل والملكية والعقد، وفي الدراسات العليا نظريات في الجريمة والحق والدَّين والذمة والشورى والضمان والعقوبة .. وغيرها، إلى جانب النظريات المتعددة في أصول الفقه، وكلها مستمدة من الفقه الإسلامي في مختلف مذاهبه، مرتبة بطريقة علمية موضوعية.

٧- جاءت هذه الطريقة الحديثة في التأليف ملبية لحاجات البحث العلمي ومتطلبات الفكر القانوني الذي يهفو إلى تطبيق الشريعة الإسلامية في المجال القانوني والقضائي، فانبرى عدد من الباحثين الشرعيين والقانونيين لإعداد رسائلهم الأكاديمية في مصر وفي فرنسا باختيار الموضوعات التي كان رجال القانون في الغرب يباهون ويفخرون بابتكارهم لها وسبقهم للحضارات الأخرى عندما تناولوها بالبحث والتأصيل والتنظير، وجاءت هذه الرسائل لتبين لرجال القانون – في الشرق وفي الغرب – أن ابتكارهم وسبقهم الذي يدّعون يعتبر من أوليات البحث الفقهي الذي استوعبه علماؤنا منذ قرون.

٨- ظهر هذا جلياً في النظريات الفقهية التي أعدت باللغة الفرنسية، مثل: التعسف في استعمال الحق لمحمود فتحي، والخلافة لعبدالرزاق السنهوري، والملكية العقارية لمأمون الكزبري، والمسؤولية الجزائية لأنور إبراهيم، وأحكام التعاقد على ملك الغير لدكتور زاده، ودور السبب في إنشاء العقد لجاك الحكيم، والتراضي وعيوب الرضاء لحسين الرفاعي، ونقل الملكية في الفقه الإسلامي لمحمد حميد الله، ونحو نظرية عامة للإثبات في الفقه الإسلامي لمارنور.

٩- كما ظهر في النظريات الفقهية التي قدمت كرسائل باللغة العربية، مثل: النظرية العامة للالتزام لشفيق شحاته، ونظرية تحمل التبعة في الفقه لمحمد زكي عبدالبر، ونظرية العقد الموقوف لعبدالرازق حسن فرج، والتعبير عن الإرادة لمحمد وحيد سوار، ونظرية الظروف الطارئة لعبدالسلام الترمانيني، ونظرية المسؤولية الجنائية لأحمد فتحي بهنسي، ونظرية الدعوى لمحمد نعيم ياسين، والملكية في الشريعة الإسلامية لعبدالسلام العبادي، ووسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية لمحمد الزحيلي، ونظرية الحكم

www.alukah.net
شبكة الألوكة

القضائي لعبدالناصر أبو البصل.

١٠- كان من نتائج هذا الكم من الدراسات في الفقه الإسلامي أن تلقى الأزهر دعوة للمشاركة في مؤتمر القانون المقارن (لاهاي ١٩٣٨)، فأرسل مندوبين عنه من كبار العلماء لعرض موضوعين: أحدهما عن المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية للشيخ محمود شلتوت، والآخر عن علاقة القانون الروماني بالشريعة الإسلامية للدكتور محمد يوسف موسى، وفي ختام المؤتمر صدر قرار تاريخي بالنسبة إلى رجال التشريع الأوروبي جاء فيه[١]:

أ- اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع العام.

ب- وأنها شريعة حية قابلة للتطور.

ج- وأنها شرع قائم بذاته.

١١- وفي قرار آخر لمؤتمر المحامين الدولي (لاهاي ١٩٤٨) جاء ما ترجمته: نظراً لما في التشريع الإسلامي من مرونة، وما له من شأن هام، يجب على جمعية المحامين الدولية أن تتبنى الدراسة المقارنة لهذا التشريع وتشجع عليها[٢].

واستمر الأمر على ذلك حتى تم تخصيص أسبوع الفقه الإسلامي، الذي انعقد بمدينة باريس سنة ١٩٥١، وصدرت عنه قرارات مماثلة. ونورد فيما يلي بعض شهادات المنصفين من كبار رجال القانون في الغرب:

أ- سانتيلانا (الإيطالي): في الفقه الإسلامي ما يكفي المسلمين في تشريعاتهم، إن لم نقل إن فيه ما يكفي الإنسانية كلها.

ب- سبرل (عميد كلية الحقوق بفيينا – النمسا): إن البشرية لتفخر بانتساب رجل كمحمد

(١) تاريخ التشريع الإسلامي، السايس والسبكي والبربري، تحقيق: علاء الدين زعتري، دار العصماء – دمشق.

(٢) المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم – دمشق: ١٤١٨هـ-١٩٩٨م، جـ١ ص٣٠٨ مع حاشية رقم ١.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

إليها، فإنه على أميته استطاع قبل بضعة عشر قرناً أن يأتي بتشريع سنكون أسعد ما نكون لو وصلنا إلى قمته بعد ألفي سنة.

تنبيه: ﴿ وَمَا يَنطِقُ عَنِ ٱلْهَوَىٰٓ ۝٣ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْىٌ يُوحَىٰ ۝٤ عَلَّمَهُۥ شَدِيدُ ٱلْقُوَىٰ ﴾ (١).

ج- جوزيف كوهلر (الألماني): كان الألمان يتيهون عجباً لابتكارهم تشريع نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني لسنة ١٧٨٧. أما وقد ظهر أن رجال الفقه الإسلامي قد تكلموا في ذلك طويلاً منذ القرن الثامن الميلادي، فإنه يجدر بالألمان أن يتركوا مجد الكلام في هذه النظرية والعمل بها لمن عرفوها قبل أن يعرفها الألمان بعشرة قرون.

د- لامبير (الفرنسي): المؤلفات في الشريعة الإسلامية كثر لا يفنى ومعين لا ينضب، والشريعة الإسلامية في العصور الوسطى أمدت المدنية المسيحية الحاضرة بقسط وافر من الأصول العامة. وأشار «لامبير» في المؤتمر الدولي للقانون المقارن (لاهاي ١٩٣٢م) إلى التقدير الكبير للشريعة الإسلامية الذي بدأ يسود بين فقهاء أوروبا وأمريكا في العصر الحاضر.

هـ- هوكنج (الأستاذ بجامعة هارفارد): أشعر بأني على حق عندما أقرر أن في الشريعة الإسلامية كل المبادئ اللازمة للنهضة.

وقد ورد مثل ذلك عن العميد الأمريكي ويجمور، والأستاذ الإيطالي دلفيشيو، والدكتور أنريكو انساباتو الإسباني .. وغيرهم كثير.

١٢- لا نريد بإثبات هذه الشهادات أن نقنع أنفسنا بما تتميز به الشريعة الإسلامية من ثبات وخلود وصلاحية لقيادة البشرية جمعاء، فكل مسلم يوقن عين اليقين أن الشريعة الإسلامية صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، امتثالاً وتصديقاً لقول رب العزة: ﴿ إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ

(١) سورة النجم: ٣-٥.

www.alukah.net
شبكة الألوكة

بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ ﴾[١]، وقوله سبحانه: ﴿ ثُمَّ جَعَلْنَٰكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ ٱلْأَمْرِ فَٱتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَ ٱلَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴾[٢].

وإنما نرمي بإيراد هذه الشهادات إلى ثلاثة أمور:

الأمر الأول– إبراز حقيقة غفل عنها بعض رجال القانون من المسلمين وغيرهم – أو تغافلوا عنها – وهي أن الفقه الإسلامي، منذ نشأنه حتى اليوم، قد انفرد بخصائص تميزه عن ضروب الفكر القانوني في مختلف مدارسه ومناهجه، فأساسه وحي من الله تعالى، وتوجيهه إلى البشرية جمعاء، وجزاؤه دنيوي وأخروي معاً، فهو بذلك نسيج وحده، فاكتفى الفقهاء والقضاة والمفتون به، ولم يجدوا في صدورهم حاجة يلتمسون حكمها في الشرائع الأخرى، وبذلك ثبتت له صفات الأصالة والاستقلال والشمول. ومن هذا يظهر جهل بعض المستشرقين الذين زعموا أن القانون الروماني هو واحد من مصادر الفقه الإسلامي من غير أن يقدموا دليلاً أو بيّنة على مدعاهم، وأجهل منهم وأشد تعصباً وحقداً لدرجة تدعو إلى السخرية والاستخفاف ذلك المسمى (آموس = AMOS) الذي كتب ما ترجمته «الشرع المحمدي ليس إلا القانون الروماني للامبراطورية الشرقية معدلاً وفق الأحوال السياسية في الممتلكات العربية»[٣]، وهذا الرأي قد نبذه المنصفون من الباحثين في الغرب واعتبروه مجرداً من الدليل العلمي الذي يتطلبه البحث التاريخي في هذا الموضوع الخطير.

الأمر الثاني– يراد من هذا البحث توجيه أنظار الباحثين في المجال القانوني إلى أن الفقه الإسلامي يتضمن عناصر وقواعد ومبادئ ذات قيمة حقوقية راقية، لو اكتشفتها أيدي الباحثين لوجدت فيها كنوزاً تغنيها عن البحث المتواصل عن موضوعات لبحوثهم ودراساتهم ورسائلهم الأكاديمية، إبرازاً لنظريات الفقه الإسلامي في مختلف مجالات المعرفة، ومسايرة للتطور الذي وصلت إليه النظريات القانونية

(١) سورة النساء: ١٠٥.

(٢) سورة الجاثية: ١٨.

(٣) فلسفة التشريع في الإسلام، صبحي محمصاني، بيروت: ١٩٤٦، ص٣٢٣.

www.alukah.net
شبكة الألوكة

في الفكر الغربي الحديث.

والأمر الثالث– نداء موجه إلى السلطات التشريعية في البلاد الإسلامية: لقد آن الأوان لتحرير تشريعاتنا من ربقة التقليد، والعودة إلى الفقه الذي حكم البلاد الإسلامية قروناً عديدة، ولبى حاجات الشعوب التي كانت خاضعة للحضارة الفارسية في الشرق، وتلك التي عاشت في ظل القانون الروماني، وظل مطبقاً في الأندلس عدة قرون، واستفادت منه التشريعات الأوروبية.

فلنكثف الدراسات في كل مجالات الفقه الإسلامي، ولنشجع الباحثين في أحكامه وقواعده ومبادئه ونظرياته مع الإفادة مما وصل إليه الفكر القانوني المعاصر، حتى يكون الفقه الإسلامي هو المصدر الرسمي الأول لتشريعات الدول الإسلامية، اهتداء بقول الإمام المجتهد أبي عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ): «إن الله أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به السماوات والأرض، فإذا ظهرت أمارات الحق وقامت أدلته بأي طريق كان، فذلك من شرع الله ودينه ورضاه وأمره»[(١)].

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين، مراجعة وتقديم: طه عبدالرءوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة: سنة ١٣٨٨هـ–١٩٦٨م، ٣/٥٤٣.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

ثالثاً- الفرق بين التنظير الفقهي وبين التقعيد الفقهي

١- أوردنا – فيما سبق – أن كثيراً من الفقهاء المعاصرين قد استعملوا مصطلح «النظرية الفقهية» محاكاة لما سار عليه رجال القانون، ولهذا يحسن أن نبدأ بالتفرقة بين النظرية القانونية وبين القاعدة القانونية وبين المبدأ أو الضابط القانوني.

٢- فأما النظرية القانونية فتعرف بأنها «نشاط فقهي أساسي، هدفه الإسهام في الإعداد العلمي للقانون بإبراز المسائل التي تسود مادة ما، والفئات التي تنتظمها، والمبادئ التي تسوس التطبيق، والطبيعة القانونية للحقوق والمؤسسات، والتفسير العقلي لقواعد القانون»[(١)]، فأهم الخصائص التي تميز النظرية القانونية أنها نشاط علمي يقوم به فقهاء القانون، هدفه تقديم مادة علمية للسلطة التشريعية للاستهداء بها عند صياغة القوانين.

٣ –وأما القاعدة القانونية فإنها «الوحدة الأولية التي يتكون منها النظام القانوني، وتتصف بكونها مجردة وعامة، تهدف إلى تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع، ويلتزم بها الكافة عن طريق توقيع جزاء على من يخالفها»[(٢)]. ويقابلها في الشريعة الإسلامية «الحكم الشرعي» في شقه الدنيوي؛ لأن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين، هما: الفرض، والحكم، وهذا ما سوغ لبعض الشراح أن يعرف القاعدة القانونية بأنها «التعبير عن الإرادة بأنه إذا حدثت واقعة اجتماعية معينة وجب أن يترتب عليها أثر اجتماعي معين»[(٣)].

٤- والذي يقابل القاعدة الفقهية (أو الضابط) هو ما يطلق عليه «**ADAGE**» أي: مثل، أو حكمة، أو مبدأ.

وذلك مثل قولهم:

---

(١) معجم المصطلحات القانونية، جيراركورنو: ١٧٢٧/٢.

(٢) المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق، إبراهيم أبو الليل ومحمد الألفي، مطبوعات جامعة الكويت: ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، ص١١. المدخل لدراسة العلوم القانونية، عبدالحي حجازي، مطبوعات جامعة الكويت: ١٩٧٢، ص٨٩.

(٣) العلم القانوني البحت، روجوان، باريس ١٩٢٣: ١٠٢/١ (بالفرنسية).

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

- لا دعوى حيث لا مصلحة.
- الولد للفراش.
- يقوم الثمن مقام الشيء.
- الثمار لواضع اليد حسن النية.
- السكوت دليل الرضاء.
- من تزوج امرأة التزم بديونها.
- تصرفات الوكيل ملزمة للموكل.
- لا يلزم أحد باتهام نفسه.
- البينة على من ادعى.
- الشك يفسر لصالح المتهم.

وهذه الضوابط أو المبادئ تقررت منذ وقت طويل في القانون نتيجة الفلسفة اليونانية والقانون الروماني والممارسات القضائية على مر الزمان، ولها قيود مبسوطة في مؤلفات فلسفة القانون.

٥- سبق أن عرفنا النظرية الفقهية بأنها: دراسة شاملة في إطار كلي لموضوع فقهي معين، تتسم بالتجريد والعموم، قوامها أركان وشرائط وأحكام جزئية، مستمدة من قواعد الفقه وفروعه ومقاصده المبثوثة في كتب المذاهب، تجمعها وحدة موضوعية متجانسة.

أما القاعدة الفقهية فأقرب تعريف لها هو أنها: «قضية فقهية كلية، جزئياتها قضايا فقهية كلية»[1].

ويتضح لأول وهلة أن الفرق بين النظرية الفقهية والقاعدة الفقهية فرق جوهري يكمن في طبيعة كل منهما.

(١) القواعد الفقهية، يعقوب الباحسين، مرجع سابق، ص٥٤.

www.alukah.net
شبكة الألوكة

أ- فالنظرية الفقهية دراسة شاملة، بينما القاعدة الفقهية قضية كلية، أو حكم كلي، أو أصل كلي.

ب- والنظرية الفقهية تتناول بالدراسة موضوعاً محدداً، بينما تتناول القاعدة الفقهية الأصلية جميع مسائل الفقه، وبعض القواعد الفقهية الكلية لا تخص باباً من أبواب الفقه، بل تتناول أحكاماً مشتركة في عدة أبواب، والبعض منها يقتصر على قسم فقهي، كالعبادات أو الجنايات أو المناكحات، وكثير منها يختص بباب من أبواب الفقه، كباب الضمان أو باب الربا أو باب المضاربة.

ج- تتضمن القاعدة الفقهية حكماً فقهياً في ذاتها، لأنها نتيجة لجمع الفروع المتشابهة، وهذا الحكم ينتقل إلى الفروع التي تندرج تحتها، بخلاف النظرية الفقهية فإنها لا تتضمن – في ذاتها – حكماً فقهياً[١].

د- تتناول بعض النظريات الفقهية دراسة موضوعات لم تتعرض لها المدونات الفقهية مباشرة، وإنما يمكن استنباط أحكامها من فروع متناثرة أو مقاصد واضحة أو أحاديث مشتهرة، كنظرية تحمل التبعة، ونظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية الظروف الطارئة، وربح ما لم يضمن. وهذا بخلاف القواعد الفقهية فإنها تستفاد من جملة نصوص الشرع عن طريق الاستقراء والتتبع، أو تعلم من الدين بالضرورة[٢]، «فهي تمتاز بمزيد الإيجاز في صياغتها على عموم معناها وسعة استيعابه للفروع الجزئية، فتصاغ القاعدة بكلمتين أو بضع كلمات محكمة من ألفاظ العموم»[٣].

٦- بعد بيان الفروق بين النظرية الفقهية والقاعدة الفقهية يتضح أن التنظير الفقهي عبارة عن نشاط علمي يتضمن «ضم موضوعات ومسائل فقهية خاضعة لأركان وشروط وأسباب متماثلة تصلها ببعضها البعض علاقة فقهية قانونية تكون منها وحدة موضوعية في دراسة مستقلة»[٤].

---

(١) النظريات العامة للمعاملات المالية، أحمد فهمي أبو سنة، مرجع سابق، ص٤٥. نظرية التقعيد الفقهي، محمد الروكي، دار الصفاء بالجزائر، ودار ابن حزم ببيروت: ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، ص٥٣.

(٢) التقعيد الفقهي، مرجع سابق، ص٥٥.

(٣) المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، مرجع سابق: ٩٤٧/٢.

(٤) النظريات والقواعد الفقهية، عبد الوهاب أبو سليمان، مرجع سابق، ص٥٢.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

وأن التقعيد الفقهي «هو عمل علمي فقهي ينتهي بالفقيه إلى صياغة الفقه قواعد وكليات تضبط فروعه وجزئياته، فالقاعدة هي حكم كلي، والتقعيد هو إيجادها واستنباطها من مصادرها»[١].

(١) التقعيد الفقهي، مرجع سابق، ص٣٥.

www.alukah.net
شبكة الألوكة

المراجع

١- الاتجاهات التشريعية في قوانين البلاد العربية، شفيق شحاته، القاهرة: ١٩٦٠م.

٢- الأحكام السلطانية، أبو يعلى الفراء، تحقيق: حامد الفقي، القاهرة: ١٣٥٧هـ.

٣- الأحكام السلطانية، الماوردي، مطبعة البابي الحلبي – مصر: ١٣٨٠هـ-١٩٦٠م.

٤- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: عبدالفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية: ١٣٧٨هـ.

٥- الإسلام وتقنين الأحكام، عبدالرحمن عبدالعزيز القاسم، الطبعة الثانية: ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م.

٦- أصالة الفقه الإسلامي، عصمت عبدالمجيد بكر، دار الكتب العلمية – بيروت: ٢٠١٤م.

٧- إعلام الساجد بأحكام المساجد، محمد بن عبدالله الزركشي، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف – دولة الإمارات العربية المتحدة، تحقيق: أبو الوفا المراغي: ١٣٩٧هـ.

٨- إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، مراجعة وتقديم: طه عبدالرءوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة: ١٤٨٨هـ-١٩٦٨.

٩- تاريخ التشريع الإسلامي، السايس والسبكي والبربري، تحقيق: علاء الدين زعتري، دار العصماء – دمشق.

١٠- تاريخ التشريع الإسلامي، محمد الخضري، المكتبة التجارية الكبرى – مصر: ١٣٨٧هـ-١٩٦٧م.

١١- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ابن فرحون، دار الكتب العلمية – بيروت: ١٤١٦هـ، بتحقيق: جمال مرعشي.

١٢- تحفة المودود بأحكام المولود، ابن قيم الجوزية، تحقيق: بشير محمد عيون، مكتبة المؤيد –

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

الطائف: ١٤١٢هـ-١٩٩١م.

١٣- التنظير الفقهي، جمال الدين عطية، الدوحة: ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.

١٤- جامع أحكام الصغار، محمد بن محمود الأسروشني، تحقيق: عبدالحميد البيزلي، مطبعة المعارف - بغداد: ١٩٨٣م.

١٥- روضة القضاة وطريق النجاة، السمناني، تحقيق: صلاح الناهي، مؤسسة الرسالة - بيروت: ١٤٠٤هـ.

١٦- شرح السير الكبير، السرخسي، تحقيق: محمد الشافعي، دار الكتب العلمية - بيروت: ١٤١٧هـ.

١٧- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن قيم الجوزية، مطبعة المدني - مصر: ١٣٨١هـ-١٩٦١م.

١٨- العلم القانوني البحت، روجوان، باريس: ١٩٢٣ (بالفرنسية).

١٩- الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، دار الفكر - دمشق: ١٩٨٤م.

٢٠- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي، ط: ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م.

٢١- فلسفة التشريع في الإسلام، صبحي محمصاني، بيروت: ١٩٤٦م.

٢٢- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، عز الدين بن عبدالسلام، القاهرة: ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م.

٢٣- القواعد الفقهية، يعقوب الباحسين، مكتبة الرشد - الرياض: ١٤١٨هـ.

٢٤- كتاب الخراج، أبو يوسف يعقوب، المطبعة السلفية - القاهرة: ١٣٩٦هـ.

٢٥- مجمع الضمانات، محمد بن غانم البغدادي، المطبعة الخيرية - مصر: ١٣٠٨هـ.

٢٦- مجموع رسائل ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي - بيروت، طبعة مصورة عن طبعة

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

بولاق.

٢٧- المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم – دمشق: ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.

٢٨- مدخل إلى دراسة النظريات الفقهية، آدم بن نوح القضاة، بحث مقبول للنشر في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية – عمان: ١/١١/١٤٣٣هـ.

٢٩- المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق، إبراهيم أبو الليل ومحمد الألفي، مطبوعات جامعة الكويت: ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.

٣٠- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، عبدالرزاق السنهوري، القاهرة: ١٩٦٧م.

٣١- المعجم الفلسفي، دار الكتاب اللبناني – بيروت.

٣٢- معجم المصطلحات القانونية، جيرار كورنو.

٣٣- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية – القاهرة: ١٩٦١م.

٣٤- معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعة جي وحامد صادق قنيبي وقطب مصطفى سانو، دار النفائس – بيروت: ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.

٣٥- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، علاء الدين الطرابلسي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي – القاهرة: ١٣٩٣هـ.

٣٦- المنطق التوجيهي، أبو العلا عفيفي، القاهرة: ١٩٣٨م.

٣٧- النظريات العامة للمعاملات المالية، أحمد فهمي أبو سنة، دار التأليف – القاهرة: ١٣٨٧هـ.

٣٨- النظريات الفقهية، فتحي الدريني، دمشق: ١٤١٠هـ.

٣٩- النظريات والقواعد الفقهية، عبدالوهاب أبو سليمان، بحث منشور في مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، العدد الثاني: ١٣٩٨هـ.

٤٠- نظرية التقعيد الفقهي، محمد الروكي، دار الصفاء بالجزائر ودار ابن حزم – بيروت:

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

٤١- النظرية العامة في القانون، دابان، بروكسل: ١٩٤٤ (بالفرنسية).

٤٢- النظرية العامة للالتزام، عبدالحي حجازي، الكويت: ١٩٨٢م

٤٣- النظرية العامة للموجبات والعقود، صبحي محمصاني، دار العلم للملايين – بيروت: ١٩٧٢م.

٤٤- نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق، محمد أحمد سراج، دار المطبوعات الجامعية – الاسكندرية: ١٩٩٨م.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

فهرس الموضوعات

تقديم ٢

أولاً- معنى النظرية في المجال العلمي والمجال الفقهي..... ٣

ثانياً- تطور فكرة التنظير الفقهي..... ٩

ثالثاً- الفرق بين التنظير الفقهي وبين التقعيد الفقهي ٢٠

المراجع ٢٤

فهرس الموضوعات..... ٢٨

هذا الكتاب منشور في