**وزارة التعليم العالي والبحث العلمي**
**جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة-**
**كلية الشريعة والاقتصاد**
**بالتعاون مع:**
**مخبر الدراسات الشرعية**
**وفرقة بحث مناهج الفقهاء في التأليف قديما وحديثا**
**تنظم: ملتقى وطني بعنوان:**
**التنظير الفقهي ودوره في التّجديد في الفقه الإسلامي**
**بين الواقع والآفاق**
**يوم: 24أفريل 2024**

# مداخلة موسومة ب: النظرية الفقهية والنظرية القانونية – العلاقة والخصوصية–.

## أ.د وسيلة شريبط
## أستاذ التعليم العالي
## جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية.

**الملخص:**
من خلال بيان العلاقة بين النظرية الفقهية والنظرية القانونية يمكن إبراز الخصوصية للنظريات الفقهية تحديدا من حيث:
– إن أصول القواعد القانونية مستمدة من العقل البشري بشكل غالب، بينما الأحكام التشريعية بقواعدها ونظرياتها مستوحاة من مصادر محددة خاصة القرآن والسنة النبوية.

- إن النظريات القانونية يراعى في تطبيقها التخصيص الزماني والظرفي، أما النظريات الفقهية والقواعد الشرعية فسمتها الغالبة السعة والاستمرار، فهي تتسع لكل زمان ومكان، كما أنها مرنة وشاملة لكل جزئيات الحياة المختلفة.

- النظريات والأحكام الشرعية تكون على سبيل الإلزام لأن اتباعها عبادة لها عقاب وثواب دنيوي وأخروي، بينما النظريات القانونية بأحكامها تكون ملزمة كذلك ولكن في جانب الجزاء المادي فقط.

# Summary:

By explaining the relationship between jurisprudential theory and legal theory, the specificity of jurisprudential theories can be highlighted specifically in terms of:

The origins of legal rules are mostly derived from the human mind, while legislative rulings, with their rules and theories, are inspired by specific sources, especially the Qur'an and the Sunnah of the Prophet.

- Legal theories take into account temporal and circumstantial specification in their application. As for jurisprudential theories and legal rules, their predominant characteristic is breadth and continuity. They accommodate every time and place, and they are flexible and comprehensive of all the different details of life.

- Legal theories and rulings are binding because following them is an act of worship that has punishment and reward on earth and in the hereafter, while legal theories and their rulings are also binding, but only in terms of material punishment.

**مقدمة:**

إن الحاجة ملحة نحو استكمال الجانب التنظيري للدراسات الفقهية، مادامت تصبو لخدمة المشروع الحضاري للأمة الإسلامية، ومرورا ببناء الفقه الإسلامي وفق تطورات العصر الحديث ومنتجاته، فهو ذو استمداد جزئي أو كلي من أحكام التشريع الإسلامي، وبالتالي نشره على أوسع نطاق ليصل إلى الفئات المستهدفة منه، خاصة فئة المتعلمين والباحثين في مختلف التخصصات، ولما لا صنّاع التشريعات المختلفة لكل مناحي الحياة ودقائقها.

إذن تعد النظريات الفقهية وفق معنى من معانيها 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، وهي على هذا أمر مستحدث استخلصه العلماء المعاصرون الذين جمعوا بين الدراسة المقارنة لكل من الفقه الإسلامي والقانون، حيث نجد أن من قاموا بتدريس موضوعات الشريعة في كليات القانون تأثروا بذلك، فألفوا ما سمي بالمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ذلك أنه مثلا لا توجد في الفقه الإسلامي نظرية عامة للعقد، بل هو يستعرض العقود المسماة عقدا عقدا، ومنه تم استخلاص النظرية العامة للعقد من خلال تتبع الأحكام المختلفة لهذه العقود، والوقوف على الأحكام المشتركة على الكثرة الغالبة فيها.

لهذا فإن السبب وراء انتشار النظريات الفقهية في الوقت الحاضر أساسا هو:

- أسباب علمية تعليمية لتيسير دراسة الأحكام الشرعية.
- من أجل تقديم الشريعة كمنظومة متكاملة مترابطة الأجزاء، مقدمات تتبعها نتائج، وفق مقاصد واضحة، مبنية على قاعدة صلبة ومتينة.
- سبب اجتهادي قضائي لسد الفراغات التشريعية بما يناسب من القواعد والنظريات المؤصلة من الفروع والمقاصد.

هذا وإذا كانت النظريات القانونية تستند إلى تحليل فكرة القاعدة القانونية، التي هي الوحدة التي تبين العلاقات القانونية المختلفة بحدود داعمة وفاصلة لها، تماما كالعلاقة بين الفرد والمجتمع، وبالتالي فالقاعدة القانونية تمثل الفرد بالنسبة للقانون الذي بدوره يمثل المجتمع، فهما يتكاملان من حيث الصيغة والمضمون.

إن الكلام السابق لا يقودنا إلى التقليل من شأن النظريات القانونية والنظام الذي يحكمها، إذ إن كثيرا من المواضيع القانونية مستوحاة في شكلها ومضمونها من أصول التشريع الإسلامي ومصادره، وبالمقابل فحركة تقنين الفقه الإسلامي استوحت شكلها من القانون الوضعي، كمجلة الأحكام العدلية، ومرشد الحيران... حيث أتاحت على الدارسين الرجوع إلى مضامينها بكل يسر ووضوح، وهذا ما ينطبق تماما على النظريات الفقهية.

إن الإشكالية التي يمكن إثارتها في إطار العلاقة بين النظرية الفقهية والقانونية هي: **فيما تكمن خصوصية النظرية الفقهية بالمقارنة مع النظرية القانونية، وثمرة ذلك ؟**

كما أن المنهج المتناسب مع موضوع البحث الموسوم ب: النظرية الفقهية والنظرية القانونية – العلاقة والخصوصية– لا شك أنه المنهج الوصفي الذي أوضح مدلول كل من النظرية الفقهية والنظرية القانونية، والمنهج المقارن بين النظريتين خاصة من حيث بيان أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما، لنخلص إلى ما يضفي الخصوصية في هذا المجال للنظرية الفقهية.

ولمحاولة الإجابة عن مضمون الإشكالية المثارة يمكن عرض الخطة الآتية:

**أولا: مفهوم كل من النظرية الفقهية والنظرية القانونية.**

**ثانيا: حدود العلاقة بين النظرية الفقهية والنظرية القانونية.**

**ثالثا: خصوصية النظرية الفقهية –نظرية الذمة بين الشريعة والقانون –.**

**أولا: مفهوم كل من النظرية الفقهية والنظرية القانونية.**

للوصول والوقوف على معاني المصطلحات العلمية، كمصطلح النظرية ابتداء لابد من تعريفها لغة ثم اصطلاحا حتى نقف على معنى النظرية كمركب وصفي للفقهية والقانونية.

- **النظرية لغة:**

للوصول الى إدراك معنى النظرية نقف أولا على التعريف اللغوي لها على النحو الآتي:

النظرية لغة مشتقة من النظر، وهو لغة تأمل الشيء بالعين، فنظر أفكار بحثه أي تناولها بإمعان مقارنا ومتأملا ليضعها في شكل نظرية[1]، وتنظير الأفكار يعني التأمل فيها مليا بوضعها نظرية لقضية في مجال علمي ما.

وعموما فالنظرية مشتقة من النظر الذي يحمل المعاني الآتية [2]:

- تقليب البصيرة لإدراك الشيء ورؤيته .
- تأمل الشيء بالعين والمعاينة .
- المعرفة الحاصلة بعد الفحص.

والمعنى الأخير هو المعنى القريب للمفهوم الاصطلاحي الآتي:

---

[1]- الفيروز أبادي، القاموس المحيط، بيروت، دار الفكر، ج2، ص144-145.

[2]- جبرا جهامي، موسوعة مصطلحات الفلسفة عند العرب، ط1، لبنان، مكتبة لبنان، 1998، ص 904.

- **النظرية اصطلاحا:**

نظرا لأن المفهوم متداول عند أهل الشريعة والقانون ما يستدعي منا الوقوف على حقيقته أي ما حقيقة كل من النظرية الفقهية والنظرية القانونية؟[1]

– **تعريف النظرية الفقهية:** استخلص العلماء المعاصرون معاني النظرية الفقهية حينما جمعوا بين دراسة الفقه والقانون نتيجة احتكاكهم بكليات الحقوق وقيامهم بالموازنة بين الفقه والقانون فأبرزوا المباحث الفقهية على النمط الجديد، وفي ذلك يقول السنهوري: إن الفقه الاسلامي في مراجعه القديمة لا توجد فيه نظرية عامة للعقد بل هو يستعرض العقود المسماة عقدا عقدا، وعلى الباحث أن يستخلص النظرية العامة للعقد بين الأحكام المختلفة لهذه العقود المسماة، فيقف على الأحكام المشتركة التي تسري على الكثرة الغالبة من هذه العقود[2].

لقد تعددت تعريفات النظرية الفقهية من ذلك:

– هي بناء هيكلي علمي لموضوع خاص من موضوعات الفقه له بداية ونهاية وأركان وشروط وأحكام كنظرية العقد ونظرية الإثبات ونظرية الملكية[3].

–هي موضوعات فقهية أو موضوع يشمل مسائل فقهية أو قضايا فقهية حقيقتها أركان وشروط وأحكام تقوم بين كل منها صلة فقهية، تجمعها على وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعا، وذلك كنظرية الملكية، ونظرية العقد[4].

– مجموعة الأراء التي تفسر بها بعض الوقائع[5].

---

[1]– الفرق بين النظرية الفقهية والقاعدة الفقهية: من الموازنة والتأمل تظهر لنا الفروق الآتية:

– القاعدة الفقهية تتضمن حكما فقهيا في ذاتها إذ تنتقل إلى الفروع المندرجة تحتها كقاعدة اليقين لا يزول بالشك فهي تشمل كل مسألة اجتمع فيها يقين وشك، بخلاف النظرية الفقهية فهي لا تتضمن حكما فقهيا في ذاتها كنظرية الملك.

– النظريات أوسع نطاقا من القواعد، بل يمكن أن تندرج القواعد تحت النظريات وتخدمها كأن تكون ضوابط فقهية مثل العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني .

– القاعدة الفقهية قد تكون أعم من النظرية لأن القاعدة لا تتقيد بموضوع ولا باب معين، بينما النظرية قد يكون موضوعها واحد كالعقد مثلا فلا علاقة لها بما سواه.

– النظريات تتضمن المقومات الأساسية من أكان وشروط وضوابط مما لا تتضمنه كثير من القواعد.

– النظرية الفقهية تصاغ على شكل بحث أو كتاب مطول بينما القاعدة فتصاغ في عبارة موجزة دقيقة.

[2]– عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دار الفكر، دون طبعة، دون تاريخ، الجزء السادس، ص 19-20.

[3]– أحمد الحصري، القواعد الكلية للفقه الاسلامي، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، دون طبعة، 1993،ص22 .

[4]– علي جمعة محمد، المدخل، القاهرة، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، دون طبعة، 1996،ص145 .

[5]– يعقوب البا حسين القواعد الفقهية، الرياض، مكتبة الرشد، 1418هـ.

– قضية تثبت ببرهان وهي عند الفلاسفة تركيب عقلي مؤلف من عدة تصورات متسقة ، تهدف إلى ربط النتائج بالمبادئ[1].

أما النظرية الفقهية باعتبارها مركبا وصفيا فهي : دراسة لمسألة فقهية ولم شتاتها وجزئياتها المتناثرة في أبواب الفقه المختلفة، حتى تصبح بناء له وحدة موضوعية ذو حقيقة متكاملة معا بين أركان وشروط وأحكام وأقسام ومصادر وجود.

كما تعرف أيضا : النظرية هي المفهوم العام أو التصور المجرد التي تألف نظاما قانونيا تندرج تحته القواعد والضوابط و الفروع المتعلقة بهذا النظام كنظرية الملكية ونظرية المسؤولية ونظرية التعسف في استعمال الحق ، وما إلى ذلك من نظريات يضمها البناء الفقهي .

ولعل التعريف المختار هو: النظرية الفقهية هي 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 .

**– تعريف النظرية القانونية:**

تعني النظرية القانونية عند القانونيين: نشاط فقهي أساسي بهدف الإسهام في الإعداد العلمي للقانون بإبراز المسائل التي تسوس التطبيق، والطبيعة القانونية للحقوق والمؤسسات والتفسير العقلي لقواعد القانون[2].

كما نشير إلى أن أكثر شرّاح القانون يستعملون مصطلح النظرية في المفاهيم الكبرى فيقولون: النظرية العامة للالتزامات و يدرسون مسائل الحق الشخصي والحق العيني والعقد والضمان والوفاء والتقادم... ، ثم إذا أراد أحدهم دراسة مفاهيم فرعية أكثر عمقا اختار كذلك تسمية نظرية كنظرية الأهلية ، نظرية الغلط، نظرية البطلان...

وهناك من يدرس أحد المواضيع السالفة بالتعمق نفسه دون استعمال مصطلح النظرية، فتكون الدراسة معنونة مثلا: الأهلية وعوارضها أو النيابة في التصرفات القانونية أو التعبير عن الإرادة... وأكثر الذين يستعملون مصطلح نظرية إنما يقصدون وضع منهج لدراستهم يشتمل على تقسيمات هذه الدراسة.

---

[1]– جميل صليبا، المعجم الفلسفي بالألفاظ العربية والفرنسية والإنكليزية واللاتينية، لبنان، دار الكتاب اللبناني، ج2، ص 477-478. وانظر: عمار طالبي، اصطلاحات الفلاسفة، الجزائر، المؤسسة الوطنية، د.ت، د.ط، ص61.

[2]– سمية عالية، نظرية القانون والمعاملات الشرعية دراسة مقارنة، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1991،ص42 .

على ذلك يكون مفرد القانون عبارة عن مجموعة قواعد، ولأن القاعدة القانونية والقانون متكاملين من حيث الصيغة والمضمون فلا غنى لأحدهما عن الآخر، وعليه فالخصائص المميزة للقانون هي أنها قواعد تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمع، وهي عامة ومجردة وطابعها الالزام[1].

- **تطور مفهوم النظريات الفقهية:**

مر تطور مفهوم النظريات الفقهية بمرحلتين هما:

1- بداية انتقل تدوين النظريات الفقهية من الوسط القانوني إلى الوسط الفقهي، تظهر هذه المرحلة من خلال أخذ الفقهاء بترتيب الفقه الاسلامي، والتأليف فيه على غرار النظريات القانونية، أين ظهرت البحوث الفقهية التي حاولت عرض الفقه الاسلامي بأسلوب حديث وموضوعي، ما استدعى في طيات ذلك الموازنة بين الفقه والقوانين الوضعية،كما تظهر هذه المرحلة من خلال من كتب في النظريات الفقهية، إذ لم يظهر القصد الأساس منها كما يعني التأثر بالمفهوم القانوني، حيث لم يجد المراد من النظرية الفقهية مفهوما وأبعادا، إضافة الى أن أكثر النظريات التي ركز عليها الفقهاء هي في أصلها نظريات قانونية كنظرية العقد، نظرية الملكية، نظرية الحق[2].

2-ذيوع المصطلح واشتهاره واعتماده منهجا في الكتابات الفقهية، اكتسب مصطلح النظريات الفقهيه أبعادا جديدة، حيث تخلص شيئا فشيئا من هيمنة المفهوم القانوني أين حررت النظريات الفقهية في عامة موضوعات الفقه، وتطور المصطلح بما يتوافق وخصوصية الفقه الاسلامي، إضافة إلى ما تم تصنيفه سابقا، فقد استمر التأليف والبحث والدراسة في المجال البحثي والأكاديمي، والذي أثمر العديد من الدراسات المتخصصة في مواضيع عامة وتفصيلية، وما زالت الحركة البحثية تسعى إلى رسم حدود النظريات الفقهية، ورسم الحدود والمعالم بغية الوصول بها الى الشكل الأمثل والأفضل.

---

[1]- عبد المنعم البدراوي مبادئ القانون دون طبعة، مكتبة سيد عبد الله وهبة، 1970،ص 9 .- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1979، ص 10.

[2]- كنظرية التعسف في استعمال الحق، لفتحي الدريني، عام 1913.

**ثانيا: حدود العلاقة بين النظرية الفقهية والنظرية القانونية.**

هذا وذكر الزرقا في مؤلفه الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد أن كل فرع فقهي مبثوث في كتب الفقه إلا وله ارتباط بهذه النظريات، بحيث أن هذه القواعد ليست في حقيقتها ضوابط لتلك النظريات أو القواعد الكلية، وعليه فالنظرية أشمل موضوعا ومحتوى، فكل ما يتعلق بالأعيان والمنافع مثلا يخضع لنظرية الملكية، وكل ما كان فيه التزام عقدي ينتظم داخل نظرية العقد، وهكذا على اعتبار أن النظرية الفقهية تتناول موضوعا معينا من موضوعات الفقه بحيث تجمع كل جوانبه ثم تصيغه بشكل سهل من خلال الرجوع الى الأحكام الخاصة بالموضوع المطلوب. [1]

على أن كثيرا من النظم القانونية استمدت نظرياتها من الفقه الاسلامي، حيث يدرك كل مطلع على أن فقه الغرب من أحدث نظرياته نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة، ونظريه تحمل التبعة، ومسؤولية عديم التمييز، ولكل نظرية من هذه النظريات الأربع أساس في الشريعة الاسلامية لا يحتاج إلا إلى الصياغة والبناء[2].

كما أن لكل فرع من فروع القانون بشقيه العام والخاص تطبيق واضح ومجال واسع في الفقه الاسلامي مثال ذلك: فيما يخص القانون المدني الذي تضمن مسمى قسم المعاملات كما أن

---

[1]- الزرقاء مصطفى أحمد، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد المدخل الفقهي العام، الطبعة السابعة، 1967- 1968،الجزء الأول، ص 235.

[2]- جمال الدين عطيه، التنظير الفقهي، الطبعة الأولى، 1987، ص10.

هذا القانون ينظم العلاقات الأسرية وهو ما يسمى بقانون الأحوال الشخصية، وقد تناولها الفقهاء في مجال الزواج والطلاق، إلا أن الخصوصية تظهر في مسائل عدة لعل أهمها:

– في غالب الأحوال يكون العقل البشري دوره البارز في إنشاء القاعدة القانونية، وبيان أصول القواعد، فهذا داعي للتغير بحسب الظروف فالعقل على إطلاقه لا يحقق العدالة والمثالية المطلوبتين في القانون ذاته، فالعقول تتفاوت من حيث الادراك وتختلف مقاييس الخير والشر في نظرها، ولا تستطيع التنبؤ بما سيكون عليه المستقبل والأحداث التي ستقع، وهي ليست معصومة من الاندفاع نحو النزوات، لهذا كانت القوانين عامة قاصرة عن تحقيق العدالة والمصلحة، وعلى النقيض تماما من ذلك فالأحكام الشرعية بقواعدها ونظرياتها مستوحاة من مصادر محددة.

– إن النظريات والقواعد القانونية يراعى في تطبيقها زمان خاص، وظروف معينة بينما في الشريعة الإسلامية فتتسم بالسعة والنطاق الواسع في التطبيق، فهي لكل زمان ومكان وأحكامها مرنة وشاملة لكل مناحي الحياة.

ويمكننا إبراز أوجه الشبه بين النظرية الفقهية والنظرية القانونية من حيث تقاسمهما تسمية واحدة، تخضع لصياغة متشابهة قوامها أركان وشروط، كما أن المنهج يكاد يتطابق بناء وترتيبا، ولا شك في اختصاصهما بكل ما يتعلق بحقوق الناس العامة وكذا الخاصة.

لكن أوجه الاختلاف بين النظرية الفقهية والنظرية القانونية عديدة، ومتنوعة تظهر في الإشارات المستخلصة من الذي ذكرناه سابقا وهي:

**الاختلاف من حيث الموضوع:** فموضوع النظرية الفقهية فقهي، أما موضوع النظرية القانونية فقانوني.

**الاختلاف من حيث الواضع:** النظرية الفقهية واضعوها هم الفقهاء الشرعيون، بينما النظرية القانونية فعلماء القانون.

**الاختلاف من حيث النشأة:** النظرية الفقهية قوية لأنها نتاج تطور الفقه الإسلامي على مر العصور، والنظرية القانونية ضعيفة لأنها نتيجة لتطور القانون نفسه المبني على العقل البشري.

**الاختلاف من حيث الاستمداد:** النظرية الفقهية مستمدة من الأحكام والأدلة الشرعية المتفق عليها أو المختلف فيها، والنظرية القانونية مستمدة من اجتهادات بشرية صرفة.

**الاختلاف من حيث المرجع:** تستند النظرية الفقهية على المرجعية العقدية والوحي الإلهي، وتقوم النظرية القانونية على المرجعية الوضعية والعرفية.

**الاختلاف من حيث مظان الاشتقاق:** ترجع النظرية الفقهية إلى النصوص الشرعية، ترجع النظرية القانونية إلى القواعد القانونية.

**الاختلاف من حيث الاستقلالية:** النظرية الفقهية نظام عام مستقل يقوم على التحليل والاستنتاج والمقارنة، والنظرية القانونية جزء من نظام يتكامل مع غيره.

**الاختلاف من حيث النطاق:** النظرية الفقهية عامة لجميع البشر، النظرية القانونية خاصة بفئة أو بمجتمع معين.

**ثالثا: خصوصية النظرية الفقهية –نظرية الذمة بين الشريعة والقانون –**

إن الذمة بإطلاقها في الفقه الإسلامي هي وصف شرعي اعتباري تشمل الحقوق المالية وغير المالية، فهي إذن عبارة عن وعاء اعتباري تستقر فيه الحقوق والالتزامات جميعها سواء أكانت مالية أم غير مالية، وهي في الفقه الوضعي مجموع ما للشخص وما عليه بين حقوق والتزامات مالية.

إذن يختلف مفهوم الذمة في الفقهين إذ تطلق الذمة ويراد بها مشتملاتها من حقوق مالية وغير مالية سواء أكانت حقوقا لله تعالى أم حقوقا للعباد، أم حقوقا مشتركة، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى أن الذمة هي النفس الإنسانية ذاتها، بمعنى جعل النفس محلا لحقوق والتزامات الإنسان اعتبارا شرعيا تترتب عنه آثار شرعية، والحقيقة أن نفس الإنسان محل لعهودها، وأن الذمة هي العهد نفسه، لهذا ذهب أغلب الفقهاء إلى نقل تعلق الحقوق والالتزامات من نفس الإنسان إلى محل يفترض وجوده في الإنسان، فقالوا أن الذمة وصف شرعي يقدر وجوده في الانسان يجعله أهلا للوجوب له وعليه[1].

[1]– انظر: محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس شرح القاموس، بيروت، دار صادر، ج8، ص301.– الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق: عبد الرحيم محمود، بيروت، دار المعرفة، ص144.– الرازي، مختار الصحاح، ضبط وتعليق وتخريج: مصطفى ديب البغا، عين مليلة، الجزائر،دار الهدى، ط4، 1990، ص150.

ولفظ الذمة الذي هو في اللغة العهد والأمان ورد في كثير من المباحث الفقهية، وعلى ذلك تحدد معناها الاصطلاحي انطلاقا من معناها اللغوي، إذ خلق الله تعالى الإنسان وكرمه بالعقل وبالذمة حتى صار أهلا لوجوب الحقوق له وعليه، وخص الإنسان بالذمة وجعله بها موضع التكليف، وهي على هذا ليست العقل بل هذا الأخير معتبر فيها وسائر القوى الإنسانية، عليه فالعقل فهم الخطاب أما الوجوب فإنما ينبني على الوصف المسمى الذمة أي هو بمنزلة السبب لكون الإنسان أهلا للوجوب له وعليه، أما العقل فهو بمنزلة الشرط[1].

تعني الذمة المالية عند فقهاء القانون ما للشخص من حقوق مالية وما عليه من التزامات مالية منظورا إليها كمجموع، وبالتالي تخرج منها كل من الحقوق والدعاوى التي ليست لها قيمة مالية- حقوق الإنسان، الحريات العامة، حقوق الشخصية...- لكن الاعتداء على هذه الأخيرة قد يولد حقا ماليا فيدخل بذلك القيمة المعوض عنها في نطاق الذمة المالية.

ولا تعني الذمة المالية ملكية الحقوق المالية في وقت معين، بل تشمل ما قد يملكه الشخص في المستقبل أيضا، كما يدخل في نطاق الذمة المالية جميع الحقوق التي تقع على الأشياء غير المادية أي الملكية الأدبية والفنية والصناعية والتجارية، ولكنها تدخل بجانبها المالي فقط كحقوق المؤلف المالية.

كما يسمى الجانب الإيجابي من الذمة المالية بالأصول، والجانب السلبي منها بالخصوم، وإذا غلب الجانب الأول على الجانب الثاني تكون الذمة المالية موسرة، والعكس تكون معسرة.

**علاقة الدين بالعين في نطاق الذمة[2]:**

إن نطاق الذمة في الفقه الوضعي يقتصر على الحقوق المالية وحدها سواء أكانت شخصية أم عينية، وفي علاقة الدائن بالمدين فإن الحق الشخصي دون الحق العيني هو الذي يتعلق بذمة المدين، أما الحق العيني فيتعلق بالعين ذاتها، وفي الفقه الإسلامي فإن وعاء الذمة يشمل الجانب

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج1، ص20

[2]- عنون به عبد الرزاق السنهوري حين تحدث عن نظرية الذمة في الفقه الإسلامي، حيث أشار إلى أن فقهاء المسلمين يميزون بين الدين والعين على أساس الذمة، مصادر الحق، المرجع السابق، ج1، ص20.- بينما لم يفرق بينهما وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج4، ص52.

المالي وغير المالي، حيث برز التمييز بين العين والدين على أساس التعلق بالذمة أو عدم التعلق بها، فالدين هو مال حكمي ثابت في الذمة بأي سبب من أسباب الثبوت: بيع، قرض، هبة، وصية...فالدين مال موصوف غير مشخص، فلا يكون محله إلا مبلغا أو جملة من الأشياء المثلية، لهذا اقتضى تدخل المدين أو وساطته، إذ لا يمكن أداؤه إلا بتعيينه، مما يتطلب من الدائن أن يقوم بمطالبة المدين، منه فالدين في الفقه الإسلامي يقوم على عنصرين هما: أصل الدين الذي هو مال حكمي لا وجود له في الواقع، والمطالبة به هي المظهر الخارجي للدين.

أما العين فتشتمل على الحق العيني الذي ينصب على عين بذاتها وهذا محل اتفاق بين الشريعة والقانون، والخلاف بينهما واقع على الالتزام بالعين فهو في القانون حق شخصي ثابت في الذمة، بينما في الفقه الإسلامي فهو يقع على عين بذاتها، فهل يعني هذا أن الالتزام بالعين لا يثبت في الذمة في الفقه الإسلامي؟ علما أن العين لا تتطلب عنصر المطالبة بل يكون الحق متعلقا بعين معينة بالذات فلا يحتاج إذن لوساطة المدين في الوفاء.

إن إجابة السؤال تقتضي التفرقة بين حالتين:

– بالنظر إلى المدين نفسه: هنا ذمة المدين شاملة لجميع ما له وما عليه، فذمته مشغولة به حتى يقوم بأدائه.

– بالنظر إلى علاقة الدائن بالمدين: هنا يظهر التمييز بين العين والدين، حيث يصير الالتزام بعين بالذات وبالتالي لا ينصب على مجموع العناصر الإيجابية لذمة المدين المالية.

وبهذا لا نستطيع القول أن الالتزام بالعين هو دين لأن الدين يتعلق بذمة المدين وحدها دون تعلقه بمال معين، ومنه فالالتزام بالعين هو ذات العين لأنه اقترب من الحق العيني وابتعد عن الدين، وعند استحالة تنفيذ الالتزام بالعين يتحول حق الدائن إلى مبلغ من النقود، أي يصبح دينا ويصير هنا التنفيذ للالتزام بالدين لا للالتزام بالعين.

**محل الدين بعد وفاة المدين:** إن محل الدين قبل وفاة المدين هو ذمة المدين، أما محله بعد وفاته فقد اختلف الفقهاء في ذلك، فذهب المالكية إلى زوال ذمة المدين لأنها صفة ملازمة للإنسان

الحي، وعليه تزول الذمة بالوفاة وتصبح التركة محلا للديون، فإذا لم يترك المتوفى مالا يسقط الدين لانعدام محله.

ويقول بعض الحنابلة[1] أن محل الدين بعد وفاة المدين هو ذمة الوارث ولكن في حدود ما انتقل إليه من حقوق وأموال مورثه، فإذا لم يترك المتوفى شيئا فالدين يسقط لانعدام محله، وذهب الحنفية إلى أن الذمة تخرب وتضعف بموت المدين إلا إذا ترك تركة أو كفيلا بالدين فلا تتحقق المطالبة إلا بوجود مطالب( وجود الدين يستلزم وجود مدين) مما يستلزم وجود الدين وجود الذمة، فالدين يسقط بموت المدين لتلاشي ذمته إلا إذا ترك تركة أو كفيلا، بينما ذهب الشافعية وبعض الحنابلة إلى بقاء الذمة بعد الموت إذ ذمة المتوفى هي محل الدين ولا تبرأ إلا بأدائه عنه لحديث النبي —صلى الله عليه وسلم– ( نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه).

الفرق بين الذمة في الفقه الإسلامي والذمة المالية في الفقه الغربي[2]:

– الذمة في الفقه الإسلامي أوسع نطاقا وشمولا إذ تشمل الجانبين المالي وغير المالي، بينما في القانون فهي مقيدة بوصف المالية فقط.

– بقاء الذمة بعد الموت حتى إيفاء الديون وتصفية الشركة على الرأي الراجح.

– تتميز الذمة في الفقه الاسلامي عنها في القانون الوضعي، كونها تبدأ بالشخص ثم تنتهي إلى المال، أما في القانون فالعكس تبدأ بالمال وتنتهي إلى الشخص.

– الفقه الإسلامي ينظر الى الذمة كشخصية قانونية لا كمجموع من المال كما تذهب إلى ذلك النظرية الشخصية.

---

[1]– ابن رجب، القواعد، بيروت، دار المعرفة، ص 88.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج1، ص23–24..– وانظر: مصطفى الزرقا، نظرية الالتزام العامة، ص 211– 213.

**الخاتمة:**

نخلص الى أن النظرية عبارة عن مجموعة من القواعد التشريعية التي تنظم حياة الأفراد وسلوكياتهم بشكل عام ومجرد، وفي الغالب تكون هذه الأحكام متضمنة في ثنايا الكتب الفقهية أين تجمع وترتب بشكل منتظم، وهي ملزمة لاقترانها بجزاء ديني ودنيوي، إن التنظير الفقهي له أهمية منها:

- إعطاء نسق نظري ومواقف ومرتكزات وإطار عام للتحرك في المجال الذي تتطرق إليه ضمن الضوابط والمقاييس العامة للشريعة.
- التسهيل على الباحثين في الدراسات الشرعية وكذا القضاة الذين لم يتكونوا التكوين الفقهي وهذا بالرجوع إلى النظريات.
- جمع شتات وجزئيات ومفردات المسائل الفقهية ليسهل مراجعتها.
- إثبات وتأكيد حيوية الفقه الإسلامي وفاعليته مواكبة لتطور المسيرة العلمية.
- مقارنة ما توصل إليه الفقه الإسلامي مع الفقه الوضعي فيما يتعلق بنظرية الذمة التي تشمل الجانب المالي وغير المالي، واقتصارها على الجانب المالي في القانون.
- علاقة الذمة بأحكام الميراث والتمييز بينها وبين أهلية الوجوب، ودقة التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي.

**قائمة المصادر والمراجع:**

أحمد الحصري، القواعد الكلية للفقه الإسلامي، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، دون طبعة، 1993.

توفيق حسن فرج المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة، الثقافة الجامعية،1979،

جبرا جهامي، موسوعة مصطلحات الفلسفة عند العرب، ط1، لبنان، مكتبة لبنان، 1998.

جمال الدين عطيه التنظير الفقهي، الطبعة الأولى، 1987.

جميل صليبا، المعجم الفلسفي بالألفاظ العربية والفرنسية والإنكليزية واللاتينية، لبنان، دار الكتاب اللبناني، ج2.

الرازي، مختار الصحاح، ضبط وتعليق وتخريج: مصطفى ديب البغا، عين مليلة، الجزائر،دار الهدى، ط4، 1990.

ابن رجب، القواعد، بيروت، دار المعرفة.

الزرقاء مصطفى احمد الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد المدخل الفقهي العام طبع السابعة، 67 19- 1968،الجزء الاول.

الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق: عبد الرحيم محمود، بيروت، دار المعرفة،

سمية عالية، نظرية القانون والمعاملات الشرعية دراسة مقارنة، بيروت، المؤسسه الجامعيه للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعه الاولى 1991.

عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ادار الفكر، دون طبعة، دون تاريخ الجزء السادس.
عبد المنعم البدراوي مبادئ القانون دون طبعه مكتبه مكتبه سيد عبد الله وهبه 1970
علي جمعة محمد، المدخل، القاهرة، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، دون طبعة 1996.
عمار طالبي، اصطلاحات الفلاسفة، الجزائر، المؤسسة الوطنية، د.ت، د.ط.
الفيروز أبادي، القاموس المحيط، بيروت، دار الفكر، ج2.
محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس شرح القاموس، بيروت، دار صادر، ج8.
يعقوب البا حسين، القواعد الفقهية، الرياض، مكتبة الرشد، 1418هـ.