

الحاصل من تلك الأدلة فقها ثم نظروا في تفاصيل

The conclusion of that evidence was jurisprudence and then looked at the details
Maria¹

Abstract.

The two grand theories of judging – legal realism and legal formalism - have their differences set around the importance of legal rules. For formalists, judging is a rule bound activity. In its more extreme versions, a judge is seen as an operator of a giant syllogism machine. Legal realists, in contrast, argue that legal rules, at least formal legal rules, do not determine outcomes of cases. Legal realism has been misunderstood almost everywhere outside its birthplace – the United States. Continental legal theory, for one, views legal realism as practical, down-to-earth, hard-nosed school of thought which is opposed to the more “scientific” theories.

Keywords: misunderstood, grand theories, formalism, judging

هي المسائل التي يندرج تحتها أحكام فقهية فإذا نظرت مثلا إلى قولنا: " الأمور بمقاصدها" فرق بينه وبين قولك " الأمر للوجوب" الأمور بمقاصدها يندرج تحتها أنواع من المسائل الفقهية، فمن أخرج مالا وأعطاه رجلا، إن أعطاه إياه بنية الزكاة أجزاءه عنه، وإن أعطاه بنية الهبة لم يكن للزكاة، وإن كان قضاء دين لم يكن للزكاة ولم يكن هبة.

أما قواعد الأصول: فيندرج تحتها الأدلة مثل ما نقول: "الأمر للوجوب" فهل نستفيد من قولنا الأمر للوجوب حكما فقهيا عمليا؟، لا نستفيد من هذا حكما فقهيا عمليا إلا بواسطة دليل خاص، أما قولنا " الأمور بمقاصدها"، أو "اليقين لا يزول بالشك"، فهذا نستفيد منه أحكاما فقهية، فمن صلى ثم لما فرغ شك في صلاته فصلاته صحيحة، ومن توضأ ثم بعد ذلك شك هل انتقض وضوؤه أم لم ينتقض؟ نقول: وضوؤه صحيح.

قال العلامة التفتازاني: أن أصول الفقه لقب للعلم المخصوص لا حاجة إلى إضافة العلم إليه إلا أن يقصد زيادة بيان وتوضيح..... ومن إطلاق التوصل إلى الفقه إذ في البعيد يتوصل إلى الوساطة ومنها إلى الفقه فيخرج العلم بقواعد العربية والكلام لأنها من مبادئ أصول الفقه والتوصل بهما إلى الفقه ليس بقريب إذ يتوصل بقواعد العربية إلى معرفة كيفية دلالة الألفاظ على مدلولاتها الوضعية وبواسطة ذلك يقتدر على استنباط الأحكام من الكتاب والسنة..... فسمي العلم بها.

الحاصل من تلك الأدلة فقها ثم نظروا في تفاصيل تلك الأدلة والأحكام وعمومها فوجدوا الأدلة راجعة إلى الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس.

¹University of the Punjab

والأحكام راجعة إلى الوجوب والندب والحرمة والكراهة والإباحة. وتأملوا في كيفية الاستدلال بتلك الأدلة على تلك الأحكام إجمالاً من غير نظر إلى تفاصيلهما إلا على طريق المثال فحصل لهم قضايا كلية متعلقة بكيفية الاستدلال بتلك الأدلة على تلك الأحكام إجمالاً وبيان طرقه وشرائطه ليتوصل بكل من تلك القضايا إلى استنباط كثير من تلك الأحكام الجزئية عن أدلتها التفصيلية فضبطوها ودونوها وأضافوا إليها من اللواحق والمتممات وبيان الاختلافات ما يليق بها، وسموا العلم بها أصول الفقه فصارت عبارة عن العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى الفقه. (1)

القطعيات ثلاثة أقسام كلامية، وأصولية، وفقهية:

أما الكلامية: فنعني بها العقليات المحضة والحق فيها واحد ومن أخطأ الحق فيها فهو آثم ويدخل فيه حدوث العالم وإثبات المحدث وصفاته الواجبة والجائزة والمستحيلة وبعثة الرسل وتصديقهم بالمعجزات وجواز الرؤية وخلق الأعمال وإرادة الكائنات وجميع ما الكلام فيه مع المعتزلة والخوارج والروافض والمبتدعة وحد المسائل الكلامية المحضة ما يصح للنظر في حقيقته بنظر العقل قبل ورود الشرع فهذه المسائل الحق فيها واحد ومن أخطأه فهو آثم فإن أخطأ فيما يرجع إلى الإيمان بالله ورسوله فهو كافر وإن أخطأ فيما لا يمنعه من معرفة الله عز وجل ومعرفة رسوله كما في مسألة الرؤية وخلق الأعمال وإرادة الكائنات وأمثالها فهو آثم من حيث عدل عن الحق وضل ومخطيء من حيث أخطأ الحق المتيقن ومبتدع من حيق قال قولاً مخالفاً للمشهورين السلف ولا يلزم الكفر.

وأما الأصولية: فنعني بها كون الإجماع حجة وكون القياس حجة وكون خبر الواحد حجة ومن جملته خلاف من جوز خلاف الإجماع المنيرم قبل انقضاء العصر وخلاف الإجماع الحاصل عن اجتهاد ومنع المصير إلى أحد قولي الصحابة والتابعين عند اتفاق الأمة بعدهم على القول الآخر ومن جملته اعتقاد كون المصيب واحداً في الظنيات فإن هذه مسائل أدلتها قطعية والمخالف فيها آثم مخطيء وقد نبهنا على القطعيات والظنيات في أدرج الكلام في جملة الأصول. (2)

وأما القسم الثالث: قد مر تفصيله في السابق.

1- عبيد الله بن مسعود/الفتازاني، سعد الدين مسعود، "شرح التلويح على التوضيح لمن التنقيح في أصول الفقه" 1/30.

2- الغزالي، محمد بن محمد أبو حامد، "المستصفى في علم الأصول" (121/2) تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي، الناشر دار الكتب العلمية، طبع في 1413هـ، بيروت، لبنان.

نسبت بين الأصل والقاعدة:

الأصل لغة: أسفل الشيء. يقال: قعد في أصل الجبل وأصل الحائط، وقلع أصل الشجر. ثم كثر حتى قيل: أصل كل شيء، ما يستند وجود ذلك الشيء إليه".⁽³⁾

وقال الرازي: الأصل فهو المحتاج إليه. في تعريف "أصول الفقه".⁽⁴⁾

القاعدة التي بين أيدينا تتكون من ثلاثة مفردات أساسية.

حرم، الأخذ، الإعطاء. فلننظر في معنى كل لفظة حسبما هو كائن في لغة العرب وفي لسان حملة الشرع: **أ-حرم**: قال ابن فارس رحمه الله: (الحاء والراء والميم أصل واحد، وهو المنع والتشديد. فالحرام: ضدُّ الحلال.

قال الله تعالى: (وحرام على قرية أهلكتها) {الأنبياء: 95} ⁽⁵⁾

حرم: الحرم بالكسر، والحرام نقيض الحلال وجمعه حُرْمٌ، وقد حرم عليه الشيء، حرما وحراما وحرم الشيء، بالضم، حرمة وحرمه الله عليه وحرمت الصلاة على المرأة حرما وحرّما. الحرم، المنع، والحرمة الحرمان، والحرمان نقيض الإعطاء والرزق. يقال: محروم ومرزوق.⁽⁶⁾

الحرمة: بالضم وسكون الراء في الشرع هو الحكم يطلب ترك الفعل، ينتهض فعله سببا للعقاب، ويسمى بالتحريم أيضا، وذلك الفعل يسمى حراما ومحظورا. قالوا: الحرمة والتحريم متحدان ذاتا ومختلفان اعتبارا.⁽⁷⁾

ب-أخذ: الهمزة والحاء والذال أصل صحيح فروعه متقاربة المعنى، ترجع إلى التناول⁽⁸⁾ وحياسة الشيء.⁽⁹⁾

قال الزمخشري، رحمه الله: (ما أنت إلا أخاذ نباذ: لمن يأخذ الشيء حريصا عليه ثم ينبذه)⁽¹⁰⁾. ولا فرق من

جهة المعنى بين أخذ وتأخذ، قال الزبيدي، رحمه الله: "وَمَعْنَى الْأَخْذِ وَالتَّخْذِ وَاحِدٌ وَهُوَ حَوُزُ الشَّيْءِ وَتَحْصِيلُهُ"⁽¹¹⁾.

الأخذ بفتح الأول وسكون الحاء المعجمة هو السرقة.⁽¹²⁾

³ - محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، الملقب بمرتضى، الزبيدي، "تاج العروس من جواهر القاموس" 447/27، دار الهداية.

⁴ - فخر الدين الرازي، "المحصل في أصول الفقه" طبع في مؤسسة الرسالة.

⁵ - أحمد بن فارس، "مقاييس اللغة" مادة «حرم».

⁶ - العلامة ابن منظور، "لسان العرب": ١٢٤/١٢.

⁷ - كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: ٦٦٠/١.

⁸ - أحمد بن فارس، "مقاييس اللغة" مادة «أخذ».

⁹ - محمد بن محمد الحسيني الزبيدي، "تاج العروس من جواهر القاموس" مادة «أخذ».

¹⁰ - محمود الزمخشري، "أساس البلاغة" مادة «أخذ».

¹¹ - محمد بن محمد الحسيني الزبيدي، "تاج العروس من جواهر القاموس" آخر كلامه على مادة «أخذ».

¹² - كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: ١٢١/١.

ت-الإعطاء: الإعطاء اسم لما يُعطى ، وهي الأعطية،⁽¹³⁾ يقال: (فلان) طویل لا تعطوه الأيدي⁽¹⁴⁾ أي لا تتناوله. وهو مشتق من العَطُو على مذهب الخليل بن أحمد، رحمه الله.⁽¹⁵⁾

العطاء: بالفتح وتخفيف الطاء يقارب الرزق إلا أن الفقهاء فرقوا بينهما. فقيل: الرزق ما يخرج من بيت المال للجندي مثلاً كل شهر، والعطاء ما يخرج له في كل سنة مرة أو مرتين. وعن الحلواني: العطاء ما يخرج كل سنة أو شهر والرزق يوماً بيوم.⁽¹⁶⁾

وفي شرح القدوري: العطاء ما يفرض للمقاتلين والرزق ما يجعل للفقراء المسلمين إذ لم يكونوا مقاتلة، كذا في المغرب.⁽¹⁷⁾

2.1.1.1.1 معنى القاعدة: (ما حرم أخذه حرم إعطاؤه إلا في مسائل) اصطلاحاً:

يعني أن إعطاء الحرام وأخذه سواء في الحرمة كما أن المكروه أخذه وإعطاؤه مكروه فالرشوة مثلاً كما حرم أخذها حرم إعطاؤها من الراشي حتى لو دفع الوصي في دعوة القاصر رشوة للحاكم من مال القاصر يضمن وكذلك أخذ الدجال الذي يفتح البخت والأشخاص المشعوذين دراهم من الناس ممنوع وحرام كما أن إعطاء الناس لهم ممنوع وحرام أيضاً، وكذا النائحة أخذها وإعطاؤها الأجرة حرام وممنوع.⁽¹⁸⁾

كل ما كان محرماً في الشرع أخذه، من أصناف الممنوعات والمحظورات: فحرام إعطاؤه لأي أحد كان على أي وجه كان. لأجل ما تقرر من أنه تعالى لا يقبل إلا طيباً ولا يأمر إلا بطيب، وكل ما نهي عنه، على سبيل الجزم، فهو قبيح.⁽¹⁹⁾

كما أن إعطاء المحرم الغير عند ذنب يكون من قبيل الدعوة إلى المحرم أو الإعانة والتشجيع عليه فيكون المعطي شريك الفاعل ومن المقرر شرعاً أنه كما لا يجوز فعل الحرام لا يجوز الإعانة والتشجيع عليه لقوله تعالى: {وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان}.⁽²⁰⁾

13 - أحمد بن فارس، "مقاييس اللغة" مادة «عطو».

14 - محمود الزمخشري، "أساس البلاغة" مادة «عطو».

15 - أحمد بن فارس، "مقاييس اللغة" مادة «عطو».

16 - أعلى تمانوي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: 1/1186-1187.

17 - نجم الدين أبو الرجاء مختار بن محمود بن محمد الزاهري القزويني، "سلسلة فهارس الكتابات الخطبة النادرة، 2/193 (طبعة الأزهر، 1945م).

18 - علي حيدر، "درر الحكام شرح مجلة الأحكام".

19 - للاستزادة في معنى الحسن والقبيح، أنظر: «البحر المحيط» 1/135 مسألة تعريف الحسن والقبيح.

20 - مصطفى الزرقا، «شرح القواعد الفقهية» القاعدة: 33.

عند العلامة المناوي في كتابه، "التيسير بشرح الجامع الصغير" عند كلامه على حديث ابن مسعود رضي الله عنه: «لعن الله آكل الربا وموكله وكتابه وشاهداه إذا علموا بذلك»⁽²¹⁾ فقال: "وفيه أن ما حرم أخذه حرم إعطاؤه وقد عدّها الفقهاء من القواعد وفرّعوا عليها كثيرا من الأحكام."⁽²²⁾

2.1.1.1.2 من أمثلة هذه القاعدة ومسائلها:

لأنه كما لا يجوز فعل الحرام لا يجوز الدعوة إليه والتشجيع والإعانة عليه لقوله تعالى: {وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان} ودل عليه الحديث الوارد في الخمر (لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخمر عشرة: عاصرها، ومعتصرها، وشاربها، وحاملها، والمحمولة إليه، وساقها، وبائعها، وآكل ثمنها، والمشتري لها، والمشتريات له) فاللعن دليل التحريم والآية والحديث دالان على أن ما حرم أخذه حرم إعطاؤه.⁽²³⁾

وفيها تنبيه:

كالربا، ومهر البغي، وحلوان الكاهن، والرشوة، وأجرة النائحة والزامر، إلا في مسائل الرشوة لخوف على ماله أو نفسه أو ليسوي أمره عند سلطان أو أمير إلا للقاضي، فإنه يحرم الأخذ والإعطاء، كما بيناه في شرح الكنز من القضاء وفك الأسير. وإعطاء شيء لمن يخاف هجوه. ولو خاف الوصي أن يستولي غاصب على المال فله أداء شيء ليخلصه كما في الخلاصة.

وهل يحل دفع الصدقة لمن سأل ومعه قوت يومه؟ تردد الأكمل في شرح المشارق فيه، فمقتضى أصل القاعدة الحرمة إلا أن يقال: إن الصدقة هنا هبة كالتصدق على الغني.

تنبيه: ويقرب من هذا قاعدة: ما حرم فعله حرم طلبه إلا في مسألتين:

الأولى: ادعى دعوى صادقة فأنكر الغريم فله تحليفه. : فنعني بها كون الإجماع حجة وكون القياس حجة وكون خبر الواحد حجة ومن جملته خلاف من جوز خلاف الإجماع المنبرم قبل انقضاء العصر وخلاف الإجماع الحاصل عن اجتهاد ومنع المصير إلى أحد قولي الصحابة والتابعين عند اتفاق الأمة بعدهم على القول الآخر ومن جملته اعتقاد كون المصيب.

²¹ - مسند أحمد: حديث رقم: 3881.

²² - عبد الرؤوف المناوي: التيسير بشرح الجامع الصغير 18/1.

²³ - حواله حديث؟؟؟.

أما تعريف الخادمي: تندرج تحتها من الحكم الكلي كالأمر للوجوب يندرج تحته قضية الصلاة واجبة والزكاة واجبة مثلاً، ويندرج تحتها جزئيات صلاة زيد واجبة وزكاة زيد واجبة مثلاً. قيل: هذا عند غير الفقهاء. وأما عندهم فحكم أكثرى ينطبق على أكثر جزئياته، لكن المختار كون القواعد أعم من أن يكون كلية أو أكثرية.

وأما تعريف ابن السبكي: فعبر بكلمة (أمر) وفي هذه الكلمة تعميم، بينما تفيد القاعدة حكماً شرعياً، فلو كان التعبير بكلمة (حكم) أو (قضية) لكان أظهر، لوجود الحكم وهو مهم لبيان حقيقة القاعدة.

وأما تعريف الحموي: فذكر أن القاعدة حكم أكثرى، ثم قال: ينطبق على أكثر جزئياته فلو قال: ينطبق على جميع جزئياته لكان موافقاً للواقع، أو لو عبر بأنه حكم كلي لناسب التعبير بأنه منطبق على أكثر جزئياته.

وفي الحقيقة: أن الاعتبار في كليتها هو شمولها لأحكام كثيرة، لا لأفراد كثيرين، وإلا لزم من هذا أن تكون كثير من الفروع الفقهية قواعد.

وبعد النظر في التعريفات السابقة وغيرها:

مع كلام أهل العلم فيها، ظهر، والله تعالى أعلم، تعريف القاعدة الفقهية بأنها: قضية فقهية كلية، جزئياتها قضايا فقهية لا من باب، حيث سلم من المآخذ التي ذكرت في التعريفات السابقة، مع اختصار ألفاظه، بالإضافة إلى تصديره التعريف بلفظ قضية وهو أشمل معنى من الحكم، وأظهر من الأمر، إذ القضية تكون اسماً للحكم والمحكوم عليه، والمحكوم فيه، كما أن لفظ القضية تطلق على القاعدة، و(فقهية) لأن الكلام على قواعد الفقه لإخراج ما سواها من قواعد العلوم الأخرى، والمقصود بالفقه هو الأحكام العملية كما اصطلاح على قصره على ذلك، و(جزئياتها قضايا فقهية) لأن هذه حقيقة القاعدة إذ ما لا فروع لها ليست بقاعدة ولو كانت قضية كلية، وكل فرع من فروعها هو قضية. و(لا من باب) إخراج للضابط الفقهي حيث تختص فروعها بباب معين.

الفرق بين القاعدة الفقهية والأصول الفقهية:

أحكام الشرع مدارها على أصليين: قواعد الأصول، وقواعد الفقه

أما قواعد الأصول: هي المسائل التي تحتها أنواع من الأدلة الفقهية، وهذه عبارات يختلف فيها ويختلف في بيانها، وهي وإن كانت واضحة لكن يختلف في الفرق بينها وبين القواعد الفقهية، وكثير منهم لم يفرق بينها بفرق واضح، لكن هي من جهة التطبيق تختلف.

فالقواعد الأصولية: هي التي يندرج تحتها أنواع من الأدلة، مثل قولنا "الأمر للوجوب" النهي للتحريم، المبيِّن مقدم على الجمل، الخاص يقضي على العام، النص مقدم على الظاهر، الظاهر مقدم على المؤول، وما أشبه ذلك من

القواعد الأصول التي هي أنواع من الأدلة يحكم بها، فيقال هذا للوجوب، هذا للتحريم، هذا خاص، هذا عام، وما أشبه ذلك.