

تبنى استخدام وجهة نظر محايدة ولغة وصفية عند الإشارة إلى جوانب النظم القانونية

Adopts the use of neutral point of view and descriptive language when referring to aspects of legal systems

Waleed¹

Abstract

In this discussion note, I argue that we need to distinguish carefully between descriptive categories, that is, categories of particular languages, and comparative concepts, which are used for crosslinguistic comparison and are specifically created by typologists for the purposes of comparison. Descriptive formal categories cannot be equated across languages because the criteria for category assignment are different from language to language.

Keywords: Descriptive, categories, topologists.

الفقه ، أو النظرية القانونية ، هي الدراسة النظرية للقانون. يسعى علماء الفقه إلى شرح طبيعة القانون في أكثر صوره عمومية وتقديم فهم أعمق للتفكير القانوني والأنظمة القانونية والمؤسسات القانونية ودور القانون في المجتمع ، وقد بدأ الفقه الحديث في القرن الثامن عشر وركز على المبادئ الأولى للقانون الطبيعي والقانون المدني وقانون الأمم. يمكن تقسيم الفقه العام إلى فئات حسب نوع السؤال الذي يسعى العلماء للإجابة عليه ومن خلال نظريات الفقه أو المذاهب في كيفية الإجابة على هذه الأسئلة على أفضل وجه. تتناول فلسفة القانون المعاصرة ، التي تتعامل مع الفقه العام ، المشكلات الداخلية في القانون والأنظمة القانونية ومشكلات القانون كمؤسسة اجتماعية تتعلق بالسياق السياسي والاجتماعي الأوسع الذي يوجد فيه. الفقه العام. القانون الطبيعي القديم هو فكرة وجود حدود موضوعية عقلانية لسلطة الحكام التشريعيين. يمكن الوصول إلى أسس القانون من خلال العقل ، ومن قوانين الطبيعة هذه تكتسب القوانين البشرية أي قوة لديها. يرفض الفقه التحليلي (الفقه التوضيحي) اندماج القانون الطبيعي لما هو القانون وما يجب أن يكون.

University of Okara¹

وهي تتبنى استخدام وجهة نظر محايدة ولغة وصفية عند الإشارة إلى جوانب النظم القانونية. وهو يشمل نظريات الفقه مثل "الوضعية القانونية" ، التي ترى أنه لا توجد علاقة ضرورية بين القانون والأخلاق وأن قوة القانون تنبع من الحقائق الاجتماعية الأساسية ؛ و "الواقعية القانونية" ، التي تجادل بأن ممارسة القانون في العالم الحقيقي تحدد ماهية القانون ، وللقانون القوة التي يفعلها بسبب ما يفعله المشرعون والمحامون والقضاة به. يهتم الفقه المعياري بالنظريات "التقييمية" للقانون. إنه يتعامل مع ماهية هدف أو غرض القانون ، أو ما هي النظريات الأخلاقية أو السياسية التي توفر أساساً للقانون. فهو لا يعالج فقط السؤال "ما هو القانون؟" ، ولكنه يحاول أيضاً تحديد الوظيفة المناسبة للقانون ، أو أنواع الأفعال التي يجب أن تخضع لعقوبات قانونية ، وأنواع العقوبة التي ينبغي السماح بها.

إن علم القواعد الفقهية علم جليل قدره عظيم شأنه عميم نفعه عال شرفه وفخره اكتحلت بإتمده عيون الأعلام وتزينت بجلته أعطاف ذوي الأفهام، واستبصرت بنوره أنظار أولي النهي والأحلام، إذ هو قاعدة الأحكام، والفاصل بين الحلال والحرام وبه تتحقق مصالح الأنام وتحكم المسائل غاية الأحكام.

بجانب التدوين والتفريع نهج الفقهاء مناهج مختلفة وأساليب متنوعة في إبراز الفقه الإسلامي، وأوجدوا فنونا لم تكن معهودة من قبل ولا مأثورة من الأقدمين، وتلك الفنون الجديدة ساعدت على نمو الفقه بشكل واسع وسريع. وتلك الجهود الهائلة التي بذلت في خدمة الفقه على تطور التاريخ تمثلها كتب أصول الفقه ومصادر الفقه التي تصدي فيها الأصوليون والفقهاء لبيان الأصول وذكر الفروع على أنماط مختلفة.

كانت القواعد الفقهية في المذهب الحنفي قد نمت مع الأيام حسب الترتيب الزمني.

أولاً: بأبي طاهر الدباس هو من أقران أبي الحسن الكرخي (سنة 340 هـ)، نقل عنه السيوطي في أول الأشباه والنظائر أنه رد جميع مذهب أبي حنيفة إلى سبع عشرة (17) قاعدة جمع فيها مذهب أبي حنيفة كله.

ثانياً: ثم أبو الحسن الكرخي سنة 340 هـ جمع 37 قاعدة. شرحها نجم الدين أبو حفص عمر النسفي سنة 537.

ثالثاً: ثم أبو زيد الدبوسي سنة 430 هـ في كتابه (تأسيس النظر) 86 قاعدة ثمانية أقسام:

رابعاً: زين العابدين إبراهيم بن نجيم سنة 970 هـ في كتابه الفريد (الأشباه والنظائر) جمع فيه

٢٥ قاعدة.

خامساً: أبو سعيد الخادمي (1176 - 1113 هـ / 1701 - 1763 م) هو فقيه أصولي، من

علماء الحنفية وكتابه (مجامع الحقائق) جمع فيه 154 قاعدة.

سادساً: مجلة الأحكام للجنة من علماء الدولة العثمانية سنة ١٢٩٢ هـ أما القواعد التي اتخذتها

المجلة بلغ عددها تسع وتسعين قاعدة (99) (40 أساسية + 59 فرعية).

سابعاً: محمود حمزة أفندي (سنة النشر: ١٢٩٨ هـ) (الفرائد البهية في القواعد والفوائد

الفقهية).⁽¹⁾

قال الدكتور مصطفى الزحيلي: بدأ التشريع الإسلامي في العهد النبوي، ومع نزول القرآن الكريم،

وبيانه في السنة النبوية، لمعرفة أحكام الشرع في جميع شؤون الحياة.

ثم بدأت الحركة الفقهية بالظهور بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم، وقام الصحابة والتابعون،

ومن بعدهم الأئمة والمجتهدون والعلماء والفقهاء باستنباط الأحكام الفقهية من المصادر الشرعية.

وشمروا عن سواعدهم لاستخراج حكم المسائل والقضايا من الكتاب الكريم، والسنة الشريفة،

والاجتهاد بواسطة بقية المصادر، لاعتقادهم أن لكل قضية أو أمر من أمور الدنيا حكماً لله تعالى، وأنهم

المكلفون ببيان هذه الأحكام، ومسؤولون أمام الله تعالى عن ذلك.⁽²⁾

فإذا حدث أمر، أو طرأت حادثة، أو أثيرت قضية، أو وقع نزاع، أو استجد بحث، رجع الناس

والحكام إلى العلماء والفقهاء والمجتهدين لمعرفة حكم الله تعالى في ذلك، وأحسن العلماء بواجبهم نحو

¹ - عبد الله عزام، "القواعد الفقهية" ص 3

² - الزحيلي، محمد مصطفى، "القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة" (1/ 19)، دار الفكر - دمشق، (1427 هـ)

هذه الأمانة والمسؤولية الملقاة على عاتقهم، فنظروا في كتاب الله، فإن وجدوا فيه نصاً صريحاً بينوه للناس، وإن لم يجدوا رجعوا إلى السنة دراسة وبحثاً وسؤالاً، فإن وجدوا فيها ضالتهم المنشودة أعلنوها ووقفوا عندها، وإن لم يجدوا نصاً في كتاب ولا سنة شرعوا في الاجتهاد وبذل الجهد والنظر في الكتاب والسنة وما يتضمنان من قواعد مجملة، ومبادئ عامة، وأحكام أصيلة.

ومن إحالة صريحة أو ضمنية إلى المصادر الشرعية الأخرى، ويعملون عقولهم في فهم النصوص وتفسيرها، وتحقيق مقاصد الشريعة، وأهدافها العامة، ليصلوا من وراء ذلك إلى استنباط الأحكام الفقهية وبيان الحلال والحرام، ومعرفة حكم الله تعالى.

وتكوّن من عملهم مجموعة ضخمة من الأحكام الشرعية والفروع الفقهية، وقاموا بواجبهم أحسن قيام في مساهرة التطور، ومواكبة الفتوح، ورسم المنهج الإلهي في حياة الفرد والمجتمع والدولة، لتبقى مستظلة بالأحكام الشرعية في كل صغيرة أو كبيرة.

ويظهر من ذلك أن الفقه الإسلامي بدأ من الفروع والجزئيات، واستمر على هذا المنوال طوال القرن الهجري الأول، وظهر خلال القرن الثاني عوامل جديدة، وطرق مختلفة، وتطورات ملموسة، منها ظهور الفقه الافتراضي الذي اتجه إلى مسابقة الزمن، واستباق الحوادث، وافتراض القضايا، وما يستجد من المسائل، لبيان أحكامها الشرعية، كما ظهر أئمة المذاهب الذين دونوا أحكامهم، وتميزت. وتحددت قواعدهم وأصولهم في الاستنباط والاجتهاد، واستقل كل مذهب بمنهج معين في بيان الأحكام، معتمدين على القواعد والأصول التي يسيرون عليها. (3)

يظهر بعد البحث والاستقراء أن القواعد الفقهية مرت في تطورها في ثلاثة أطوار أو مراحل:

الطور الأول: طور النشوء والتكوين.

الطور الثاني: طور النمو والتدوين.

الطور الثالث: طور الرسوخ والتنسيق:

³ - المصدر السابق.

2.1.1. الطور الأول:

هو عصر الرسالة أو عصر التشريع الذي كانت فيه البذرة الأولى للقواعد الفقهية. فإن النبي صلى الله عليه وسلم الذي أنطقه الله بجوامع الكلم، كانت أحاديثه الشريفة في كثير من الأحكام بمثابة القواعد العامة التي تنطوي تحتها فروع فقهية كثيرة. وهي بجانب كونها مصدرا خصبا للتشريع واستنباط الأحكام تمثل القواعد الكلية الفقهية، وأصدق شاهد وأدل دليل على ذلك أن بعض الأحاديث مثل قوله صلى الله عليه وسلم: " الخراج بالضمان" (4) «عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال العجماء جرحها جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس» (5) «لا ضرر ولا ضرا» «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» (6) وما سواها من جوامع الكلم، أضحت عند الفقهاء قواعد ثابتة مستقلة، وجرت مجرى القواعد الفقهية.

وإذا تتبعنا مصادر السنة المطهرة وجدتها حافلة بمثل هذه الجوامع. وهي لا تخلو عن كونها قواعد فقهية ذات أهمية وشأن في الفقه الإسلامي. (7)

تم غرس الحبوب الأولى للقواعد الفقهية في زمن الرسالة على لسان أفصح العرب، الذي أوتي جوامع الكلم، فقد جرت كلماته وأحاديثه مجرى القواعد الكلية العامة الفقهية مثل قوله صلى الله عليه وسلم: «الخراج بالضمان». (8)

وقوله: صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار». (9)

ومثل قوله صلى الله عليه وسلم: ما أسكر كثيره فقليله حرام. (10)

4- أخرجه أبوداود، السنن، البيوع، باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا: 3044، والترمذي، السنن، البيوع، باب ما جاء فيمن يشترى

العبد ويستعمله ثم يجد به عيبا: 1207، والنسائي، السنن المجتبى، البيوع، باب الخراج بالضمان: 4414.

5- أخرجه البخاري في صحيحه، (21/ 224) باب الْمَعْدِنُ جُبَارٌ وَالْبُئْرُ جُبَارٌ.

6- السيوطي، "الأشباه والنظائر" (ص: 10).

7- علي أحمد الندوي، "القواعد الفقهية" المستخلصة من التحرير للندوي ص 91-92، دار القلم، دمشق.

8- أخرجه أبوداود، السنن، البيوع، باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا: 3044، والترمذي، السنن، البيوع، باب ما جاء فيمن يشترى

العبد ويستعمله ثم يجد به عيبا: 1207، والنسائي، السنن المجتبى، البيوع، باب الخراج بالضمان: 4414.

9- سيأتي له تخریج مفصل في تفصيل القاعدة: "لا ضرر ولا ضرار"

10- أخرجه الترمذي، السنن، الأشربة، باب ما جاء ما أسكر كثيره فقليله حرام: 1788.

حكى القاضي أبو سعيد الهروي: أن بعض أئمة الحنفية بمرارة بلغه أن الإمام أبا طاهر الدباس. إمام الحنفية بما وراء النهر، رد جميع مذهب أبي حنيفة إلى سبع عشرة قاعدة، فسافر إليه. وكان أبو طاهر، ضريرا وكان يكر كل ليلة تلك القواعد بمسجده بعد أن يخرج الناس منه فالتف الهروي بحصير، وخرج الناس، وأغلق أبو طاهر المسجد وسرد من تلك القواعد سبعا، فحصلت للهروي سلعة فأحس به أبو طاهر فضربه وأخرجه من المسجد، ثم لم يكرها فيه بعد ذلك، فرجع الهروي إلى أصحابه، وتلا عليهم تلك السبع. (11)

قال القاضي أبو سعيد: فلما بلغ القاضي حسين ذلك رد جميع مذهب الشافعي إلى أربع قواعد:

2.1.2. الطور الثاني:

هو طور النمو والتدوين: وأما بداية القواعد الفقهية باعتبارها فناً مستقلاً، فقد تأخرت عن العصور المبكرة إلى عصر الفقهاء في إبان القرن الرابع الهجري، وما بعده من القرون. لما برزت ظاهرة التقليد في القرن الرابع الهجري، وازمحل الاجتهاد وتقاشرت المهتم في ذلك العصر مع وجود الثروة الفقهية العظيمة الوافية التي نشأت من تدوين الفقه مع ذكر أدلته وخلاف المذاهب وترجيح الراجح منها. ولما صار مذهب كل إمام علما مخصوصا عند أهل مذهبه، ولم يكن لهم سبيل إلى الاجتهاد والقياس، فاحتاجوا إلى تنظيم المسائل في الإلحاق، وتفريقها عند الاشتباه بعد الاستناد إلى الأصول المقررة من مذاهب إمامهم. (12)

وعن طريق هذا التخريج للمسائل على أصول المجتهدين نما الفقه واتسع نطاقه، وتمت مسائله، وبدأ الفقهاء يضعون أساليب جديدة للفقه، فهذه الأساليب يذكرونها مرة بعنوان القواعد والضوابط، وتارة بعنوان الفروق، وتارة أخرى بعنوان الألغاز والمطارحات، ومعرفة الأفراد، والحيل وغيرها من الفنون الآخرين في الفقه، وتوسعوا في بيان بعضها، منها الفروق والقواعد والضوابط.

11 - عنایت الله عصمت الله، الدكتور، "القواعد الفقهية": (ص: 11)

12 - ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد بن محمد، أبو زيد، ولي الدين الحضرمي الإشبيلي، "مقدمة ابن خلدون" ص 258/1، دار إحياء التراث

العربي، بيروت.

وأما الفروق فقد وجدوا أن من المسائل الفقهية ما يتشابه في الظاهر مما قد يظن أن له فرقا يجعل واحداً، ولكنه في الحقيقة مختلف، وبين المسألة والأخرى المشابهة لها فرقا يجعل لكل مسألة حكماً خاصاً بها، فألفوا ((الفروق)).

وأما القواعد والضوابط فحينما كثرت الفروع والفتاوى بكثرة الوقائع والنوازل توسعوا في وضعها على هدي من سلفهم تدور في أبواب مختلفة من الفقه تضبط كثرة الفروع، وتجمعها في قالب متسق، لصيانتها من الضياع والتشتت كما فعل العلامة أبو الحسن الكرخي في رسالته، وأبو زيد الدبوسي في تأسيس النظر تحت عنوان الأصول، غير أنها إذا كانت في موضوعات مختلفة سميها قواعد؛ وإذا كانت في موضوع واحد سميها ضوابط، حسب ما استقر عليه الاصطلاح في القرون التالية.

ومما يشهد له التاريخ ويظهر ذلك بالتتابع والنظر، أن فقهاء المذهب الحنفي كانوا أسبق من غيرهم في هذا المضمار، ولعل ذلك للتوسع عندهم في الفروع، وأخذ ولعل أقدم خبر يروي في جمع القواعد الفقهية في الفقه الحنفي مصوغة بصيغها الفقهية المأثورة، ما رواه الإمام العلائي الشافعي (761 هـ)، والعلامة السيوطي (911 هـ) وابن نجيم (970 هـ)، في كتبهم في القواعد: أن الإمام أبا طاهر الدبّاس من فقهاء القرن الرابع الهجري قد جمع أهم قواعد مذهب الإمام أبي حنيفة في سبع عشرة قاعدة كلية، وكان أبو طاهر رحمه الله ضريباً يكرر كل ليلة تلك القواعد بمسجده بعد انصراف الناس، وذكروا أن أبا سعد الهروي الشافعي قد رحل إلى أبي طاهر، ونقل عنه بعض هذه القواعد، ومن جملتها القواعد الأساسية المشهورة وهي:

- الأمور بمقاصدها.
- اليقين لا يزول بالشك.
- المشقة تجلب التيسير.
- الضرر يزال.
- العادة محكمة.

وإنه ليس من الميسور تحديد القواعد التي جمعها الإمام أبو طاهر، أو الوقوف عليها ما عدا هذه القواعد المشهورة الأساسية، إلا أنه يمكن أن الإمام الكرخي (340 هـ) الذي هو من أقران الإمام

الدباس اقتبس منه بعض تلك القواعد، وضمَّها إلى رسالته المشهورة التي تحتوي على تسع وثلاثين قاعدة، ولعلها أو نواة للتأليف في هذا الفن. (13)

2.1.3. الطور الثالث:

وقد علمنا فيما مضى بعد التقصي والاستقراء أن القواعد الفقهية دارت في أول نشأتها على أسنة المتقدمين من كبار التابعين وأئمة الاجتهاد، ثم تناقلها تلاميذهم، والفقهاء الذين تبعوهم، وهم يعملون الفكر فيها وينقحونها، ويزيدون فيها، وينقصون منها، إلى أن جرى تدوينها واتضحت معالمها. لكن القواعد على الرغم من تلك الجهود المتتابة الكثيرة ظلت متفرقة ومبددة في مدونات مختلفة، وتضمنت تلك المدونات بعض الفنون الفقهية الأخرى مثل الفروق والألغاز، وأحيانا تطرقت إلى بيان القواعد الأصولية، فلم يستقر أمرها تمام الاستقرار إلى أن وضعت مجلة الأحكام العدلية على أيدي لجنة من فحول الفقهاء في عهد السلطان الغازي عبد العزيز خان العثماني في أواخر القرن الثالث عشر الهجري ليعمل بها في المحاكم التي أنشئت في ذلك العهد.

ومن بعض المدونات التي سجلت فيها تلك القواعد مثل الأشباه والنظائر لابن نجيم، ومجامع الحقائق للخادمي، ولا بد من الاعتراف بأن الواضعين للمجلة أحسنوا في انتقائها واختيارها، ثم في تنسيقها تنسيقاً قانونياً رائعاً في أوجز العبارات، حتى اشتهر ذكر القواعد وشاع أمرها عن طريق المجلة، وارتفعت مكانتها حيث شرحت مع شروح المجلة المشهورة، وأصبح لها صدق في كافة المجالات الفقهية والقانونية. (14)

¹³ - الدكتور محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، "الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية" (ص: 61) بيروت، لبنان، 1416هـ.

¹⁴ - علي أحمد الندوي، "القواعد الفقهية" المستخلصة من التحرير للندوي ص91-92.