

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة الطبعة الجديدة

الحمد لله وكفى، وسلام على عباده الذين اصطفى، ورضي الله عمن اتبع سبيلهم
واقطفى، وبعد:

فمن المعلوم أن أصل النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً، كانت الأفعال موافقة
أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعلٍ من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو
بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل مشروعاً لمصلحة فيه تُستجلب أو لمفسدة
تُدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قُصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة
تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فربما أدى
استجلاب المصلحة فيه إلى المفسدة، تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعاً من
إطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم مشروعية؛ ربما أدى استدفاع
المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية، وهو مجال
للمجتهد صعب المورد، إلا أنه عذب المذاق محمود الغبّ جارٍ على مقاصد الشريعة^(١).

وأصل النظر في المآل إنما هو عمل المجتهد بتطبيق القواعد الكلية والأقيسة النظرية في
مواجهة الواقع بظروفه، أو أن يعمل المكلف فيما هو بسبيله من ممارسة حقٍّ أو إباحة، على
تحقيق الموازنة بين ما يقتضيه الواقع ومقتضيات مقاصد التشريع، بحيث لا تقع المناقضة
بينهما من حيث القصد أو المآل؛ لأن التشريع الإسلامي لا يعمل في فراغ نظري أو منطقي،
وإنما التشريع للواقع بظروفه وملاساته.

وقد بلغت هذه المعايير من الدقة والضبط والوضوح، حيث عكست لنا القيمة المحورية
التي يدور عليها التشريع الإسلامي كله؛ وهي حق الفرد، وحق المجتمع، ومن هنا كان
الخلاف جذرياً بين التشريع الإسلامي وغيره من التشريعات المتطرفة من حيث البنية الذاتية

(١) «الموافقات»: (٤/١٩٤).

لكلّ تشريع، ومن حيث فكرة الحق ونوعيته ومفهومه، بل من حيث مفهوم العدل في كلّ منها. وإن هذا الكتاب قد درس مسألة هي من أهم المسائل الأصولية الفقهية؛ وهي مسألة التعسف في استعمال الحق، والفرق بينها وبين مجاوزة الحق؛ إذ هي من المسائل الدقيقة التي يعتمد المجتهد فيها على النظر في مآلات الأفعال بعد إعمال القواعد الأصولية وإيقاعها على الواقع بما يتوافق مع سماحة التشريع، موضحاً مصنفه أدلة هذه النظرية من الكتاب والسنة وفقه الصحابة والأصول التشريعية والقواعد الفقهية، مع ذكر معايير تلك النظرية ومجالاتها وبعد ذلك جزاء التعسف، ثم ألقى لمحة عن تاريخ التعسف في التشريعات الوضعية القديمة والحديثة، جارٍ في جميع الكتاب بضرب أمثلة تبيّن مسأله وتوضح غوامضه، فكان بحق من أنفع الكتب المؤلفة في هذا المجال، لاسيما وأن مؤلفه من أعيان عصره وأعلامه الأفذاذ، فهو الفقيه الأصولي البار، ومن يشكّ في ذلك فليستقرئ مصنفاته لتتضح له الحقيقة، ويعرف كيف استطاع أن يؤلف مثل هذه المصنفات.

ولأهمية هذا الكتاب وما تضمنه من فوائد فقهية وفرائد أصولية، سعت المؤسسة في إعادة طبعه، راجية إخراجها في حلة جديدة في دقة وإتقان بالإضافة إلى المظهر الحسن، وازعة في سبيل ذلك كل ما تكوّن لديها من خبرات في هذا المجال على مدى سنوات طويلة. وإتماماً لفائدة الكتاب، فقد اعتنى مكتب تحقيق التراث لدى المؤسسة بتخريج أحاديثه معتمداً في ذلك المنهج التالي:

- ١ - إذا كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما، اكتفينا بالتخريج منهما، مضافاً إليهما «مسند الإمام أحمد» [ط. الرسالة]، وإنما أضفناه لمن أراد الاستزادة والتوسع في التخريج.
- ٢ - إذا لم يكن الحديث في الصحيحين أو أحدهما، أخرجناه من السنن الأربعة مضافاً إليها «مسند الإمام أحمد» لاستيفيد حكم الحديث من الطبعة المشار إليها، فإن لم يكن الحديث في «المسند» فنستفيد حكمه من «صحيح ابن حبان» [ط. الرسالة] إن وُجد فيه.
- ٣ - فإن لم يكن الحديث موجوداً في الكتب الستة و«المسند»، قمنا بتخريجه من بقية كتب السنة.

هذا، ونسأل الله العون واليسير، والحفظ من الخطأ والزلل، وأن يجعل عملنا هذا خالصاً لوجهه الكريم، وأن ينفع به واضعه وقارئه وكل من كانت له يدٌ في إخراجهِ، والحمد لله رب العالمين.

ترجمة موجزة للمؤلف

هو الأستاذ الدكتور: محمد فتحي الدريني، فلسطيني الأصل، ساكن بدمشق. أحد أعلام علماء هذا العصر، المغمور لدى العامة، المعروف قدره لدى الخاصة، لُقّب بشاطبيّ العصر؛ لإحيائه الاجتهاد المقاصدي والتنويه بجمالية الفقه الإسلامي، ومزيبته على القانون الوضعي.

له من المؤهلات العلمية:

- ١ - دكتوراه في الفقه الإسلامي وأصوله - درجة الامتياز بمرتبة الشرف الأولى من كلية القانون والشريعة - جامعة الأزهر ١٩٦٥ .
 - ٢ - دبلوم العلوم السياسية - دارسات عليا - قسم الدكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة (سنتان دراسة عليا متخصصة) ١٩٥٤ .
 - ٣ - دبلوم في العلوم القانونية (سنتان دراسة عليا متخصصة) من معهد البحوث والدراسات القانونية التابع لجامعة الدول العربية - القاهرة ١٩٦٣ .
 - ٤ - العالمية مع إجازة في تخصص القضاء الشرعي - كلية القانون والشريعة - جامعة الأزهر (سنتان دراسة عليا متخصصة في الأحوال الشخصية) ١٩٥١ .
 - ٥ - العالمية مع الإجازة في التدريس - من كلية اللغة العربية - جامعة الأزهر (سنتان دراسة عليا متخصصة في التربية وعلم النفس) ١٩٥٢ .
 - ٦ - دبلوم في التربية وعلم النفس (سنتان دراسة عليا متخصصة) من كلية التربية - جامعة عين شمس - ١٩٥٢ القاهرة .
 - ٧ - ليسانس في الآداب (قسم اللغة العربية) - بتفوق - من كلية الآداب - جامعة القاهرة ١٩٥٠ .
 - ٨ - ليسانس في الشريعة - كلية القانون والشريعة - جامعة الأزهر ١٩٤٧ .
- وقد درّس لعقود طويلة في مصر والجزائر ودمشق لمدة طويلة، ثم آخر مستقره في الجامعة الأردنية.

من آثاره:

- ١- المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، طبع مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٨.
- ٢- أصول التشريع الإسلامي، طبع جامعة دمشق، ١٩٧٦. (مقرر على الصف الرابع من كلية الحقوق).
- ٣- أصول المعاملات في الفقه الإسلامي، طبع كلية الحقوق، جامعة الجزائر، مؤسسة الأمالي، ١٩٧٢.
- ٤- نظام الإسلام، طبع جامعة دمشق، ١٩٦٧، مؤسسة الأمالي.
- ٥- أصول الفقه الإسلامي، طبع مؤسسة الأمالي في جامعة دمشق، ١٩٧٢. (مقرر الصف الثاني من كلية الشريعة).
- ٦- أصول الفقه الإسلامي، طبع مؤسسة الأمالي، جامعة دمشق، ١٩٦٧. (مقرر الصف الثالث من كلية الشريعة).
- ٧- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، طبع جامعة دمشق، ١٩٦٧ (رسالة دكتوراه نالت درجة الامتياز بدرجة الشرف الأولى).
- ٨- بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، طبع مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٨.
- ٩- خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، طبع مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٨.
- ١٠- بحوث ودراسات في الفكر الإسلامي المعاصر، ثلاثة أجزاء، طبع دار قتيبة، بيروت، ١٩٨٨.
- ١١- نظرية التعسف في استعمال الحق، طبع مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٨.
- ١٢- الفقه المقارن مع المذاهب، طبع جامعة دمشق ١٩٨٠.
- ١٣- النظريات الفقهية العامة، طبع جامعة دمشق، ١٩٨١.
- ١٤- خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، طبع مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٨.
- ١٥- حق الابتكار في الفقه الإسلامي، طبع مؤسسة الرسالة - ١٩٧٩.

من البحوث المقارنة للمؤلف

- أُلقيت في الدراسات العليا في الجامعات العربية والمؤتمرات الدولية:
- ١ - مبادئ الحكم الإسلامي - (بحث مقارنة بالفقه الوضعي) أُلقي محاضرات في كلية الآداب - جامعة الجزائر، ١٩٧١ - ١٩٧٤، وفي قسم الدراسات العليا - قسم القانون العام - في كلية الحقوق - جامعة دمشق، ١٩٧٩ - ١٩٨٠.
 - ٢ - أثر نظرية التعسف في التقنين المدني الجزائري الجديد مقارنة بالقوانين المدنية في البلاد العربية - (بحث أُلقي محاضرات في كلية الحقوق والعلوم السياسية - قسم الدراسات العليا - في جامعة الجزائر، ١٩٨٠ و١٩٨١).
 - ٣ - بحث «الحضارة الإنسانية في الإسلام» مقدم إلى المؤتمر الإسلامي المنعقد في الخرطوم - ١٩٦٨ - طبع جامعة أم درمان الإسلامية - بمناسبة مرور أربعة عشر قرناً على نزول القرآن الكريم.
 - ٤ - مقومات الحضارة الإسلامية - (بحوث أُلقيت محاضرات في كلية الآداب) جامعة الجزائر، ١٩٧١ - ١٩٧٤.
 - ٥ - التكافل الاجتماعي في الإسلام - (بحث مقدّم إلى أسبوع الفقه الإسلامي المنعقد في القاهرة - ١٩٦٧ - طبع المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية بالقاهرة).
 - ٦ - نظرية العقد في الفقه الإسلامي - (بحث مقارنة) أُلقي محاضرات في الدراسات العليا في كلية العلوم الاجتماعية في جامعة أم درمان الإسلامية، في جمهورية السودان، ١٩٨٠.
 - ٧ - التشريع السياسي الإسلامي وعناصر العلاقة التي أقامها بينه وبين فطرة التكوين الإنساني - (بحث أُلقي في المؤتمر العالمي للحضارة العربية والإسلامية المنعقد في جامعة دمشق، تحت رعاية وزارة التعليم العالي، في ٢٥ نيسان (إبريل) ١٩٨١).



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة الطبعة الثانية

بحثنا في كتابنا السابق «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده»^(١)، وحددنا فيه مفهوم الحق في ذاته بوجه عام في الفقه الإسلامي، مقارنةً بمفهومه في كل من المذهب الفردي، ومذهب التضامن الاجتماعي في الفقه الوضعي، كما بينا الأصول التي ينهض عليها تقييد الحق في الفقه الإسلامي؛ إذ لا يمكن فهم التعسف في استعمال الحق فهماً متعمقاً، ولا تكييفه الشرعي دون هذه البحوث، للصلة الوثقى التي تجمع بينهما، ونبحث في هذا الكتاب نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريع الإسلامي مقارنة بما استقر منها في التشريع والفقه الوضعيين في معظم الدول المتحضرة.

هذا، ومن المعلوم أن التشريع الوضعي وفقهه لم يعرف أصل هذه النظرية إلا في أوائل هذا القرن العشرين، وعلى نحو ضيق ومبهم^(٢).

وتفسير ذلك أن المذهب الفردي بما هو ممعن في فردية الحق إلى حد اعتبار الفرد وحقوقه هما محور القانون، لأنه سابق في وجوده على القانون، بل وعلى المجتمع والدولة، لأن كل أولئك - في منطق هذا المذهب - قد أوجده الفرد بنفسه لخدمة

(١) تولت طباعة هذا الكتاب جامعة دمشق ١٩٦٧، وقد نفذت هذه الطبعة الأولى، وتولت طبعه ثانية مؤسسة الرسالة في بيروت، لبنان.

(٢) انظر كتاب «روح الحقوق ونسبها» للفقهاء الفرنسيين المعاصرين جوسران سنة ١٩٣٦، وهو واضح القانون المدني اللبناني. «الوسيط» للدكتور السنهوري: (١/٨٤٣) راجع «المذكرة الإيضاحية»، ومجموعة الأعمال التحضيرية: (١/٣٢)، للقانون المدني المصري.

حقوقه ومصالحه، وصيانتها، ومن ثم لا يجوز للدولة أن تتدخل في حقوقه، لأنها تخرج بذلك عن حدود وظيفتها الأساسية من كونها مجرد حارسة، بقطع النظر عما يترتب على إطلاق سلطات الفرد في التصرف من أضرار تمس الغير، من الفرد والمجتمع، بحجة أنه لم يجاوز حدود حقه الموضوعية، ومن المقرر عندهم أن من استعمل حقه، فهو حرٌ وغير مسؤول، أقول بما هو ممعن في نزعته الفردية هذه إلى حدّ التطرف، لم يسعفه منطق تشريعه على استمداد أصل من هذا المذهب تنهض عليه نظرية التعسف، ليتمكن تفسيرها به.

وواقع الأمر أن نظرية التعسف تقوم أساساً على غير هذا المنطق، يرشدك إلى هذا مفهومها ومعاييرها، وما تنهض به من دور وقائي وعلاجي، سواء في تحديد سلطات الحق الفردي بوجه خاص، وتوجيه ممارستها على نحو يفضي بالحق إلى تحقيق غايته التي شُرع أصلاً من أجلها، في ضوء ما يتعاور هذا الاستعمال من بواعث أو ظروف مؤثرة في نتائج استعماله، أم في إقامة التوازن بين المصالح الفردية المشروعة في أصلها، والمتعارضة فيما بينها، وإقامة التوازن أيضاً - بل من باب أولى - بين المصلحة الفردية، والمصلحة العامة، بقطع النظر عن البواعث النفسية، على نحو يربط الحكم بالمصلحة الراجحة، جرياً على ما يقتضيه ضابط المشروعات في التشريع، تفادياً لسوء نتائج الاستعمال للحقوق، أو التطبيق للقواعد الكلية والأحكام، وهي ما يطلق عليها الإمام الشاطبي معنى التعسف من حيث المآل^(١).

هذا، ومن المعلوم أن التوفيق بين المصلحة الفردية، والمصلحة العامة، تفترض أساساً اعتراف التشريع بوجود هاتين المصلحتين الجوهريتين، وهو ما لا يقره المذهب الفردي الذي حملته التطرف في نزعته الفردية المتطرفة إلى الاعتراف بالحق الفردي وحده، وعلى وجه مطلق.

ومن هنا، كان هذا أول فيصل جوهري للتمييز بين التشريع الوضعي الفردي، والتشريع الإسلامي.

(١) «الموافقات»: (١٩٤/٤) وما يليها، أما سوء النتائج المترتبة على الإمعان في الجري على مقتضى القواعد - بقطع النظر عن الظروف الملازمة - فقد أسسنا «التعسف في الاجتهاد الفروعى».

فالخلاف جذري - كما ترى - لاتصاله بمفهوم الحق الذي هو أساس التشريع، ومن ثمَّ بمفهوم العدل في كلِّ منهما على ما سيأتي بيانه.

وعلى هذا النحو في تصور فكرة الحق في المذهب الفردي، يبدو واضحاً أن الأخذ بنظرية التعسف فيه - مفهوماً وحكماً - يعود على أصله بالنقض.

إذ كيف يمكن أن يتم اتساق أحكام هذه النظرية ومقتضى منطق ذلك المذهب المتطرف، وهي ما جاءت أساساً إلا لتدرأ مظاهر هذا التطرف، بل تمنع التسبب فيه، وذلك بما تظطلع به - في دوريتها الوقائي والعلاجي - من تحديد سلطات الحق الفردي، وتقييدها، أو توجيه استعماله على نحو يفضي به إلى الغاية، أو المصلحة الاجتماعية أو الاقتصادية التي شرع من أجلها، وبإقامة التوازن بين المصالح المشروعة في أصلها، والمتعارضة فيما بينها، في ظل ما يتعاورها من ظروف، لتدرأ كل أسباب التطرف، قصداً أو مآلاً، بمنع التسبب في ذلك قبل الوقوع، وقطع استمراره وإزالة آثاره بعد الوقوع؟

لا يتصور ذلك، للتضاد.

أضف إلى ذلك أن إقامة التوازن بين المصالح المتضاربة - أيّاً كان نوعها، والتي هي مظهر من مظاهر العدل، أو ذرء التعسف تعكس لنا القيمة المحورية التي يدور عليها التشريع الإسلامي كله، كما يمكن أن يُستخلص - على ضوءها - عناصر مفهوم الحق الفردي بوجه خاص، من كونه ذا عنصرين: فردي واجتماعي معاً، لا فردياً مطلقاً.

هذا والقيمة المحورية التي تعتبر مدار التشريع كله - كما ذكرنا - تحدد البنية الذاتية لهذا التشريع الذي انبثقت منه هذه النظرية على نحو تلقائي وطبيعي، أو قل: إن ثمة تلازماً منطقياً بين طبيعة هذا التشريع الخالد، وأصله الكلي، ومقتضى أحكام معايير هذه النظرية، ومن هنا أمكنك تفسير ارتباط وجودها بوجوده، فيما تمدنا به هذه النظرية من معايير وحلول، من حيث إنها تدرأ مظاهر التعسف مادياً، بل تحوّل ابتداءً دون التسبب فيه، بقطع النظر عن مشروعية أصل هذا التسبب.

فبالخلاف - كما ترى - جذري من حيث مفهوم الحق، وبنية التشريع، وفكرة العدل، في كل من التشريعين وفقهيهما كما أسلفنا.

وما يقال في المذهب الفردي، هو بعينه منطبق تماماً على المذاهب المتطرفة نحو اليسار، كمذهب التضامن الاجتماعي، لعللة التطرف هذه.

وبيان ذلك أن نظرية التعسف تفقد دورها في إقامة التوازن بين المصالح المتضاربة، أو التوفيق بينها وبين المصلحة الفردية والعامة، إذ لا يتصور وجود مثل هذا التعارض في هذا المذهب؛ لعدم اعترافها بالحق الفردي أصلاً، وبالتالي لا تتصور الموازنة، لأنها تعتمد أساساً وجود متعارضين، وهو لا يعترف إلا بمصلحة المجتمع وحدها.

ومن هنا بات من غير الممكن استخلاص أصل من أي تشريع يتَّسم بنزعة متطرفة نحو اليمين أو اليسار، يصلح لأن يفسر لنا قيام هذه النظرية على أساسه، فكرة، ومعايير ومؤيدات.

غير أن هذه التشريعات - فيما يبدو - قد أخذت سبيل التعديل المُقَّحَم تحت ضغط الظروف، والإحساس بمقتضيات العدالة.

وإنما وصفتُ التعديل بأنه مُقَّحَم، لأنه يتعذر تفسيره على مقتضى أصول منطق هذه التشريعات كما بينا.

❖ استواء نظرية التعسف في استعمال الحق على أصولها في التشريع الإسلامي منذ القدم

استوت هذه النظرية على أصولها في التشريع الإسلامي منذ القدم، وفي فقهه أيضاً - تفسيراً وتطبيقاً - في شتى مذاهبه الجماعية^(١) والفردية^(٢) على السواء، فتمت بذلك معاييرها، ومؤيداتها، تأصيلاً وتفريعاً وضبطاً، نظراً وعملاً.

(١) من مثل المذاهب الجماعية المعروفة؛ كالمالكي، والحنبلي، وسميت جماعية لكثرة اتباعها.

(٢) وهي المذاهب التي اندثرت بوفاة أصحابها، ولم يبق منها إلا ما نراه مبثوثاً من آرائهم واجتهاداتهم في كتب المذاهب الأخرى في مناسبات شتى، كمذهب الإمام الليث بن سعد في مصر، ومذهب الإمام الأوزاعي في الشام، ومذهب ابن أبي ليلى والثوري في العراق، وغيرهم.

ذلك لأن أصول هذه النظرية ومعاييرها، إذا كانت قد استنبطت من النصوص التشريعية - كتاباً وسنة - في موضوعات شتى، فقد استخلصت كذلك - باعتبارها مفاهيم كلية - من جزئيات تطبيقية في الواقع العملي، من فقه الصحابة واجتهادات الأئمة من بعدهم عبر العصور، إذ من البدهي أن «الجزئي يتضمّن مفهوم كليّه كَمَلاً»^(١).

وقد بلغت هذه المعايير من الدقة والضبط والوضوح، بحيث عكست لنا القيمة المحورية التي يدور عليها التشريع الإسلامي كله، وهي: حق الفرد، وحق المجتمع^(٢)، مما استلزم بالتالي تحديد طبيعة الحق الفردي، ومفهومه بوجه خاص، وأنه ذو عنصرين: فردي واجتماعي في آن معاً^(٣)، ومن هنا كان الخلاف جذرياً - كما

(١) لتوضيح ذلك نضرب مثلاً اللفظ العام، فإنه كلي بالنسبة لما يندرج تحت مفهومه من أفراد، لكن كل فرد منها يتضمّن مفهوم العام كَمَلاً.

فالمؤمنون مثلاً لفظ عام وضع وضعاً واحداً، للدلالة على استغراق جميع أفرادهم الذين ينطبق عليهم معناه دفعة واحدة، ودون حصر، بمعنى أن مفهوم هذا العام - وهو الإيمان - متمثل بصورة كاملة في كل فرد من أفرادهم. فالعام كلي، وكل فرد من أفرادهم جزئي.

وعلى العكس من ذلك لفظ «العشرة» مثلاً، فهو موضوع لمتعدد محصور معلوم أوله ومنتهاه، فلا يتمثل مفهوم العشرة في كل فرد من أفرادها كَمَلاً، كالواحد والاثنين والثلاثة والأربعة، لذا كان كل منها بالنسبة للعشرة جزءاً لا جزئياً. راجع بحث العام في مؤلفنا: «أصول التشريع الإسلامي»، و«مناهج الاجتهاد بالرأي» ص ٤٨٣ وما يليها، طبع جامعة دمشق سنة ١٩٧٧.

(٢) وهذا ما أطلق عليه الأصوليون «حق العبد»، أي حق الإنسان الفرد، و«حق الله» ويعنون بذلك حق المجتمع، فهم ذلك من تعليلهم لنسبة هذا الحق إلى الله تعالى، مع أنه سبحانه غني عن الحقوق، لعظيم خطر هذا الحق وشمول نفعه، ولا يقصد بحق المجتمع إلا هذا. راجع أمهات كتب الأصول في موضوع «الحكم» و«المحكوم فيه».

(٣) ولهذا نرى الإمام الشاطبي يشير إلى ذلك بقوله: «وفي العادات - الحقوق والتصرفات والإباحات - حق الله، كسباً وانتفاعاً، من قبل أن حق الغير محافظ عليه شرعاً، ولا خيرة فيه للعبد». «الموافقات»: (٢/٣٢٨ و٣٤٨).

ومعنى هذا أن كل ما مُنِح الإنسان من حق أو حرية عامة - وهو المقصود بقوله: «العادات» تمييزاً لها عن العبادات - ليس ذلك حقاً خالصاً له حتى يتصرف فيه بإطلاق، بل يجب أن يلاحظ حق الغير أثناء =

ذكرنا - بين التشريع الإسلامي وغيره من التشريعات المتطرفة يميناً أو يساراً من حيث البنية الذاتية لكل تشريع، أو القيمة المحورية التي تدور عليها أحكامه، ومن حيث فكرة الحق ونوعيته ومفهومه، بل ومن حيث مفهوم العدل في كل منها.

وبيان ذلك أن القيمة المحورية التي تنبثق عنها الحقوق جميعاً، باعتبارها مدار التشريع كله، إذا كانت تحدد لنا البنية الذاتية لهذا التشريع الإلهي الخالد، فإنك لن تجد بينها وبين جزئيات الحقوق المتفرعة عنها تخالفاً أو تناقضاً، إذ لا يتصور تناقض بين جزئي وكلي، وهذا مصداق قوله تعالى: ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا﴾ [النساء: ٨٢].

وهذا الأساس العام الذي قام عليه بنیان التشريع الإسلامي، وفسره الفقه والاجتهاد، هو فيصل التمييز^(١) بينه وبين غيره من التشريعات في العالم من حولنا. هذا، وقد مَلَكَ التشريع الإسلامي القدرة العجيبة على إمداد الحياة الإنسانية - مهما تطورت بها الظروف والحضارات - بالحلول والأحكام لكل ما يطرأ من وقائع، وذلك بما يؤصل من أصول تشريعية عامة منصوصة وأصول معنوية عامة أيضاً^(٢)، ثابتة باستقراء جزئيات كثيرة استقراءً يفيد القطع واليقين في التعبير عن إرادة الشارع الحقيقية.

= ممارسته لحقوقه كسباً وانتفاعاً، لرعايته وعدم إلغاء مصلحته، وحق الغير هذا أعم من أن يكون حقوق الأفراد الآخرين، أو حق المجتمع.

هذا، ومراعاة حق الغير من النظام الشرعي العام، لا بخيرة فيه للعبد، فهو يقيد الحق الفردي حتى يكون استعماله على نحو لا يضر بهذا الغير فرداً كان أم مجتمعاً.

(١) راجع بحثاً مستفيضاً في النظام الشرعي العام في مؤلف «المناهج الأصولية» ص ١٩٣.

(٢) قرر الأصوليون أن الأصل اللفظي العام كأصل المعنوي العام الثابت بالاستقراء، فكلاهما سواء من حيث قوة الاحتجاج به، وصحة بناء الحكم عليه. «أصول التشريع الإسلامي» للمؤلف ص ٢١ وما يليها طبع جامعة دمشق ١٩٧٧، و«المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي» للمؤلف ص ١٩٢. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

من القواعد الأصولية المقررة أن لا مجال للاجتهاد في النص القطعي المفسر، لأن القطع ينافي الاحتمال، وحيث لا احتمال فلا اجتهاد، لأن النص الصريح القاطع يعبر عن إرادة المشرع الحقيقية، وحينئذ يغدو الاجتهاد بالرأي، والإتيان باحتمال آخر، خروجاً على النص نفسه لا تفسيراً له، وتغييراً لإرادة الشارع لا تبييناً لها، لأنها واضحة بينة في ذاتها.

هذه الأصول بنوعيتها - اللفظي العام، والمعنوي العام^(١) - يمثل بعضها مناهج أصولية، وخططاً تشريعية، لدرء مظاهر التعسف - قصداً أو مآلاً - إن في الاستنباط الفروعى، أو التطبيق للقواعد الكلية في مواجهة الواقع بظروفه وملاساته.

وهذا ضرب من الاجتهاد يستوي في موضعه ما كان قد ورد فيه نص أو دليل خاص، وما لم يكن قد ورد فيه نص^(٢) على نحو يسدّد حُطى هذا الاجتهاد في معالجة الواقع المعيش تسديداً ينأى به عن سوء النتائج، أو الإفضاء إلى المآلات المتعسفة سواء في الاستنباط النظري أو التطبيق العملي على الوقائع المتجددة، نتيجة للغلو في تطبيق القواعد والأقيسة العامة النظرية، أو التطبيق الآلي على الجزئيات، دون تبصر أو تقدير لما يحتفُّ بتلك الوقائع من ظروف وملاسات، مما يكون لذلك كله من أثر في نتيجة التطبيق.

= غير أن الأصوليين - مع ذلك - يرون أنه عند تطبيق الأصل على ما يندرج تحته من وقائع - قد تحتف به ظروف مؤثرة في تشكيل علة الحكم، بحيث يفضي تطبيقه على جزئية من جزئياته - في ظل تلك الظروف - إلى نتائج ضربية، لا تنسجم مع الأصل العام الذي قام عليه التشريع كله، ولذا يرجح المجتهد إما استثناء الواقعة من عموم الزمن، فيوقف تطبيق الحكم فترة يتحدد مداها بزوال الظرف المؤثر، وإما باستثناء الجزئية من عموم أصلها، ليطبق عليها أصلاً آخر هو أجدر بتحقيق المصلحة والعدل، وأقوى في درء سوء النتائج، وهو مظهر من مظاهر درء التعسف من حيث المآل. على أن الأصوليين قد نصوا على أن إشار تطبيق أصل هو في نظرهم أقوى وأرجح من الأصل الأول، لا يعتبر إهداراً للأصل المرجوح أو نسخاً له.

فإذا ترك دليل مرجوح لدليل راجح لم يصح إطلاق القول ببطلان هذا الدليل المرجوح، كما يقول الإمام الشاطبي «الموافقات»: (٣/٣٠٥). راجع في الاستثناء من القواعد والأصول المستنبطة «رسالة الإمام الشافعي» ص ٥٤٩، «فتاوى ابن نيمية»: (٣/٣٧٨)، «رسالة تعليل الأحكام» للشيخ مصطفى شلبي ص ٣٣٨.

(١) «أصول التشريع الإسلامي» للمؤلف ص ١٤ وما يليها.

(٢) انظر بحثاً مستفيضاً في الاجتهاد بالرأي، وصلته بمفهوم العدل في التشريع الإسلامي. المرجع السابق ص ٣٣ وما يليها.

على أنه ينبغي أن يلاحظ أن التعسف في القصد إنما يبدو في الباعث غير المشروع الذي يحمل المكلف على التذرع بفعل ناشئ عن حق أو إباحة، هو ظاهر الجواز، لتحقيق غرض غير مباشر، يهدم واجباً، أو يحل حراماً. وهذا هو التحيل على مقاصد الشريعة.

أما التعسف من حيث المآل، فينظر فيه إلى النتيجة المادية الواقعية للتصرف أو التطبيق في حد ذاتها، لتناقضها وأصول التشريع، ولا ينظر إلى القصد ولو كان حسناً.

ومعلوم أن النظر في مآل التطبيق أصل معتبر ومقصود شرعاً - كما يقول الإمام الشاطبي^(١) - لمسأسه بأصل العدل والمصلحة المعتبرة في التشريع^(٢)، بل هما أساس التشريع كله.

وتوضيح ذلك أن الظروف - ولا سيما الاستثنائية منها - ذات مدخل في تشكيل علة الحكم، بما يترك تغييرها أو تباينها من أثر في مآل تطبيقه، وهذا أمر لا مرية فيه؛ إذ كيف يتأتى أن تجسد غاية الحكم التي شرع من أجلها ابتداءً في المآل، أو الثمرة الواقعية التي أفضى إليها تطبيق الحكم في ظل تلك الظروف المتغيرة انتهاءً، مادة ومعنى؟

إن وحدة غاية الحكم ومآل تطبيقه، أو تجسد الغاية أو المصلحة المرسومة في النتيجة الواقعية أثراً للتطبيق، إذا تمت، فإن ضمان ذلك يغدو رهناً بتمائل الظروف. أو بعبارة أخرى: إن وحدة مآل التطبيق تفترض التشابه في الظروف المؤثرة؛ إذ من غير المعقول ولا الوقوع أن تتحد نتائج الحلول مع اختلاف الظروف أو تباينها. وإذا كان من المفروض أن تكون نتائج التطبيق، أو مآل ممارسة الحقوق

(١) يقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد: «أصل النظر في مآلات الأفعال، معتبر مقصود شرعاً». «الموافقات»: (١٩٤/٤) وما يليها.

(٢) المرجع السابق.

هذا، وقد بحث أصل النظر في المآلات التي تتنافى ومقاصد التشريع، من حيث كونها تبطل مناسبة العلة لما بني عليها من حكم، سائر الأصوليين، وذلك تحت عنوان آخر: «هل تنخرم مناسبة الوصف بمفسدة تلزم، مساوية أو راجحة؟».

فالإجماع منعقد على أن الحكم عند لزوم هذه المفاصد الراجحة لا يشرع. «مسلم الثبوت»: (٢/٢٦٤). وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي ما نصه: «ولا مصلحة تتوقع مطلقاً مع إمكان وقوع مفسدة توازيها، أو تزيد». «الموافقات»: (٣/٢٥٧).

وهذا ضرب من الاجتهاد في درء مظاهر التعسف المتمثل في النتائج الواقعية، بناء على خطة تشريعية ترجع إلى أصل سدّ الذرائع.

هذا وقد فرغ الإمام الشاطبي عن هذا الأصل مبدأ الاستحسان، ومبدأ سدّ الذرائع، ومبدأ مراعاة الخلاف. (١٩٤/٤) وما يليها، المرجع السابق.

والإباحات، تجسيدا لما رسم لها شرعاً من غايات، باعتبار أن تلك الغايات مقاصد أو مصالح قد قصد الشارع أن تُحَقَّقَ عن طريق تشريعها، لتصبح أوضاعاً قائمة أو ماثلة في المجتمع، بما هي أصول العدل، وموجهاته، فإن صلة ما يفضي إليه التطبيق من مآل بالعدل ذاته، تبدو واضحة جلية، ومن هنا كان أصل النظر في المآل - كما يقول الإمام الشاطبي - معتبراً مقصوداً شرعاً^(١)، حتى يتفادى التسبب في المآل الممنوع، لأنه مظهر من مظاهر التعسف، أو مناقضة مقصد الشارع في المصلحة والعدل - على حد تعبير الإمام الشاطبي - ولو كان التسبب في أصل تشريعه مشروعاً.

وأصل النظر في المآل، إنما يعني أن يعمل الاجتهاد - وهو بسبيل تطبيق القواعد الكلية والأقيسة النظرية - في مواجهة الواقع بظروفه، أو أن يعمل المكلف - فيما هو بسبيله من ممارسة حق أو إباحة - على تحقيق المواءمة بين ما يقتضيه الواقع ومقتضيات مقاصد التشريع، بحيث لا تقع المناقضة بينهما من حيث القصد أو المآل كما بينا.

ذلك لأن التشريع الإسلامي - بل كل تشريع - لا يعمل في فراغ نظري أو منطقي بحت، وإنما التشريع للواقع بظروفه وملاساته.

وينهض بهذه المواءمة في التشريع الاجتهادي الفروعى الخَطُّ التشريعية العامة التي أشرنا إليها، ليجابه هذه الظروف بالحلول الملائمة التي تحقق مصالح الناس، ولا تتجافى ومقتضيات العدل في آن معاً، أو قَلْ: تَحَوُّلٌ دون اعتساف جادة المصلحة والعدل.

هذا شيء.

وشيء آخر، هو أن الأصل العام المتفق عليه من قبل المحققين من الأصوليين، أن الأحكام - أصولاً عامة وفروعاً - معللة بمصالح العباد، نفيًا للتحكم^(٢) والعبث، ونفسيراً لمعقولية التشريع، وتكويناً لقناعة المكلف.

(١) «الموافقات»: (١٩٤/٤) وما بعدها، و«المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي» للمؤلف ص. ١٥٧. [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

(٢) «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٣/١)، مقدمة الشيخ دراز.

وعلى هذا، فكل حكم في المعاملات قد شرع لغاية أو مصلحة مرسومة له شرعاً هي أساس تشريعه.

ويتفرع عن هذا أنه لا يجوز أن يُبْتَرَّ الحكم عن غايته، أو يجرد عن المصلحة التي شرع من أجلها، أو أن يتخذ وسيلة إلى تحقيق غرض آخر ينافي غرض الشارع فيما رسم له من غاية ومصلحة، ذلك لأن الحكم وحكمة تشريعه في التشريع الإسلامي مقترنان، فكلاهما من وضع الشارع الحكيم كما يقرر ذلك الإمام الشاطبي في عبارة واضحة صريحة، لا لبس فيها ولا إبهام: «إِنْ كَوَّنَ الْمَصْلِحَةَ مَصْلِحَةً تُقْصَدُ بِالْحُكْمِ، وَالْمُفْسَدَةَ كَذَلِكَ، مِمَّا يَخْتَصُّ بِالشَّارِعِ، لَا سِجَالٍ لِلْعَقْلِ فِيهِ، بِنَاءً عَلَى قَاعِدَةِ نَفِي التَّحْسِينِ وَالتَّقْيِيحِ»^(١)، فإذا كان الشارع قد شرع الحكم لمصلحة، فهو الواضع لها مصلحة، وإلا فكان يمكن عقلاً ألا تكون كذلك»^(٢).

ولو جاز تجريد الحكم عما وضع له من مصلحة، لكان الحكم غاية في ذاته، والفرض غير ذلك، لأن الحكم مُعَيَّنًا بالمصلحة، وهو مجرد وسيلة إليها، فكان اعتباره غاية في ذاته على خلاف وضع المشروعات، فضلاً عن أنه يناقض الفضية المجمع عليها من اعتبار المصالح في الأحكام كأصل عام في التشريع الإسلامي كله، والجزئي لا يناقض كلياً كما نوهنا.

فالأحكام - كما يقول الإمام الشاطبي - لم تشرع لأنفسها^(٣)، بل شرعت لمعانٍ أُخْرٍ، هي المصالح ويقصد بالمعاني علة الأحكام التي هي مظان المصالح.

(١) إن كون التشريع الإسلامي مبنياً على مصالح العباد أمرٌ مجمع عليه، غير أن المعتزلة يجعلون العقل هو الحاكم بالحسن والقبح اللذين يترتب عليهما الثواب والعقاب في الآخرة، والشرع جاء مقررًا لذلك، وهو ما ينفيه جمهور الأصوليين، لأن الشرع هو الحاكم، إذ لا حكم إلا لله، وقضايا الشرع لا تتنافى وقضايا العقول المستقيم منطقتها.

(٢) «الموافقات»: (٢/٣١٥). هذا ويؤكد الإمام عز الدين بن عبد السلام هذا الأصل أيضاً بقوله: «أما مصالح الدارين وأسبابها ومفاسدها، فلا تعرف إلا بالشرع». «قواعد الأحكام»: (١/٨).

(٣) «الموافقات»: (٢/٣٨٥ - ٣٨٧).

وينتج عن هذا أيضاً أن هذه المصلحة التي وضعها الشارع غاية للحكم^(١)، إنما قصد الشارع تحقيقها عملاً عن طريق الامتثال والتنفيذ، فإذا قصد المكلف تحقيق غرض آخر، أو لزم عن تحصيل المصلحة المشروعة نتائج ضَرَرِيَّة، فقد وقعت المناقضة، ومناقضة قصد الشارع باطلة، فما يؤدي إليها من العمل والتصرف باطل بالبداهة^(٢) كما أسلفنا.

ومقتضى هذا أن تفسير النص، أو تطبيق حكمه، أو استعمال ما ينشأ عنه من حق يجب أن يكون في ضوء حكمة تشريعه، وإلا كان التعسف والمناقضة لقصد الشارع. هذا، ويصف الإمام الشاطبي المصلحة - وهي غاية الحكم التي شرع من أجلها، أو الثمرة المرجوة من تطبيقه - بأنها تعبدية لا لينفي صفة المعقولة عنها، بل ليؤكد أنها من وضع الشارع الحكيم أيضاً.

فنتج عن ذلك بالضرورة أن الحكم والمصلحة التي شرع من أجلها مقترنان، وكلاهما شرع وقانون، لأنهما كليهما من وضع الشارع الحكيم كما رأيت. ومقتضى هذا أيضاً أنه لا يجوز أن يخالف الحكم عن حكمة تشريعه، تفسيراً وتطبيقاً، لأن الحكم وسيلة غايتها المصلحة المرسومة له شرعاً، ولا عبرة بالوسائل إذا لم تتحقق مقاصدها.

بل تغدو هذه المصلحة المشروعة غير مشروع تحقيقها إذا لزم عنها مفسدٌ مساوية لها، أو راجحة عليها تغمرها، نتيجة لظرف من الظروف، أو أثراً لباعث غير مشروع. وهذا ما أكده الإمام الشاطبي - فيما أسلفنا - إذ يقول: «ولا مصلحة تُتَوَقَّع مطلقاً مع إمكان وقوع مفسدة توازيها، أو تزيد عنها»^(٣).

(١) إثباتاً لمعقولة الشريعة، وتكويناً لفنائة المكلف، حتى ينطلق المكلف في امتثاله لأحكام الله تعالى، وتنفيذه لها عن معقولة وقناعة، أي عن إرادة حرة، ولكنها موجهة بالتشريع.

(٢) «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٣٢٨/٢).

(٣) «الموافقات»: (٢٥٧/٣)، «مسلم الثبوت» لمحب بن عبد الشكور وشرحه: (٢٦٤/٢).

وهذا في الواقع يرجع إلى قواعد التنسيق التي تعتبر من موجّهات العدل في الاجتهاد التشريعي من أن درء المفسد مقدم على جلب المصالح في حالة كون المفسد مساوية أو راجحة.

فإذا لزم عن تحصيل مصلحة الحكم أو الحق ضرراً أشد، أو مفسدةً تربو على تلك المصلحة في ظرف من الظروف، فلا يجوز تطبيق الحكم^(١)، ولا ممارسة الحق. أو بعبارة أخرى: يمنع التسبب في ذلك؛ إذ الضرر الراجح لا يشرع بوجه من الوجوه، كل ذلك للحيلولة دون الاعتساف الذي يعني مناقضة إرادة المشرع الحقيقية، والمناقضة هي علة البطلان أو المنع^(٢).

هذا، والمناقضة إما أن تكون بين قصد الشارع من تشريع الحكم، وبين قصد المكلف في التنفيذ والتطبيق، وهي علة بطلان تصرفه، منعاً لتسببه في هذه المناقضة^(٣).

(١) وتؤكد مرة أخرى أن إيقاف العمل بالحكم فترة معينة حتى يزول الظرف المؤثر في ذلك المآل، ليس نسخاً للحكم، ولا إبطالاً للدليل، إذ لا يملك أحد سلطة النسخ بعد الله ورسوله، بل يعود تطبيق الحكم إذا زال المؤثر في المآل الممنوع كما أسلفنا.

(٢) «الموافقات»: (٢/٣٨٥).

(٣) يقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد: «قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع»: (٢/٢٨٣).

هذا، وقصد الشارع في الحكم الجزئي قد يكون مصلحة يدل عليها النص الجلي لغة، كما في دلالة النص من مثل قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لِمَا آتَى﴾ [الإسراء: ٢٣]، وقد تكون المصلحة متوصفاً عليها، كقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ﴾ [البقرة: ١٧٩].

فالعلة المتبادرة في الآية الأولى هي الأذى في أقل مراتبه، فيكون التسبب فيما هو أشد محرماً من باب أولى، وهذا معنى مفهوم لا يفتر إلى أكثر من الوسائط اللغوية.

أما في الآية الأخرى، فالعلة أو حكمة التشريع في القصاص هي حياة الناس التي تصان عن طريق حكم الإعدام على القاتل عمداً عدواناً الذي من شأنه الردع والزجر.

ومن مثل ذلك أيضاً قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحِكْمَةٍ عَنْ رَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] فالعلة في جِلِّ انتفاع كل من المتعاقدين بمال الآخر هو التراضي، وهي علة منصوطة صريحة - كما ترى - وهي شرع وقانون.

على أن الغاية النوعية التي حددها الشارع لكل عقد سمي في التشريع الإسلامي شرع وقانون أيضاً، فلا يجوز اتخاذ العقد وسيلة ظاهرية لبقضها، أو تحقيق مصلحة أخرى هي مفسدة في ذاتها، وتربو على الأولى، وهذا يكون نتيجة باعث غير مشروع غالباً.

هذا، وثمة أحكام لا يمكن استخلاص عللها لتعرف المصالح التي بنيت عليها إلا عن طريق الاجتهاد بالرأي بمسالك معروفة في علم الأصول.

راجع الفلسفة الأصولية التي تنهض عليها «دلالة النص» في «أصول التشريع الإسلامي» للمؤلف ص ٣٥١، طبع جامعة دمشق سنة ١٩٧٧.

وإما أن تكون المناقضة بين مآل التصرف، أو النتيجة الواقعية له من حيث ذاتها - ولو كان القصد حسناً - وبين الأصل العام الذي قام عليه التشريع كله؛ إذ لا تتصور المناقضة بين جزئي وكلي في تشريع الإسلام كما قدمنا.

ومن هنا وجدت قاعدتنا الاستثناء: الاستحسان وسد الذرائع إبان تطبيق القواعد العامة على الواقع المعيش، وهما من الأصول المعنوية العامة المستخلصة من نصوص جزئية شتى، قد ثبت أن المشرع لاحظهما في التشريع، وهذا هو الاستقراء الذي يفيد القطع واليقين.

ولذا اتفق المحققون من الأصوليين على أصلهما^(١)، وإن كان الخلاف في مدى تطبيقهما، نتيجة لاختلافهم في أمر آخر هو تحقيق المناط^(٢).

وهذا يشير إلى منشأ نظرية التعسف في التشريع الاجتهادي الفروعى الواقعي، درءاً لسوء النتائج المادية في الواقع الاجتماعي إبان التطبيق من حيث ذاتها، بقطع النظر عن البواعث النفسية، حتى إذا كانت البواعث النفسية فاسدة، كان الحكم أو الجزاء أشد.

وبيان ذلك أنه إذا عجزت القاعدة النظرية العامة عن تحقيق العدل والمصلحة إبان تطبيقها على بعض جزئياتها لظروف ملاسبة، بحيث أضحي تطبيق حكمها^(٣) يفضي إلى

(١) لا عبرة لمن لم يحتج بهما، لأنهما خطتان تشريعيتان تؤكدان أصل المصلحة والعدل، كما أنهما توثقان الأصل العام الذي قام عليه التشريع كله، ومن هنا كان قول النافين خلافاً لا اختلافاً يعتد به.

(٢) «الموافقات» للإمام الشاطبي: (٣/ ٢١٠)، وراجع «المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي» للمؤلف ص ١٥٧ و ١٩٢ [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

(٣) ونعني بالقاعدة العامة ما هو أعم من القضية الكلية التي ينطبق حكمها على ما يندرج تحتها من جزئيات، أو الحكم الجزئي الذي يتسم بالتجريد والعموم، فمن الأول: قاعدة «نفي الغرر» وتحريمه في المعاملات، فاستثنى اليسير، ومن الثاني: «التزوج بالكتابات الأجنبية» فإنه حكم جزئي يتسم بالعموم من حيث الأشخاص والأزمان، فيمكن إيقاف تطبيقه في ظروف استثنائية - كظروف الحرب مثلاً - لمصلحة راجحة، أو دفعاً لضرر عام، استثناء من عموم الأزمان، على النحو الذي ألفينا في اجتهاد عمر بن الخطاب، درءاً للنتائج الضرورية المتعسفة التي لم يقصدها الشارع قطعاً. «أصول التشريع» للمؤلف ص ٣٣ وما يليها.

النقيض من مقصودها، أو الغرض المرجو من أصل تشريعها، أو إلى نتائج ضرورية راجحة، تُستثنى تلك الجزئية ليطبق عليها أصل آخر هو أجدر بتحقيق العدل والمصلحة؛ إذ «لا ضرر ولا ضرار»^(١).

وهذا الأصل العام الذي أرساه الرسول ﷺ وتشهد له في التشريع كليات وجزئيات، هو شامل بعمومه لنفي التشريع الاجتهادي الفروعى الضرري، كما يشمل نفي الضرر الراجح الناتج عن سوء التطبيق الآلي غير المستبصر، فضلاً عن شموله تحريم الضرر الراجح إيقاعاً أو وقوعاً؛ نتيجة لممارسة حق أو إباحة من قِبَل المكلف. وقد ذكرنا آنفاً أن الاجتهاد في التطبيق لا يقل خطراً أو أهمية عن الاجتهاد في الاستنباط.

فالأصل العام أن الضرر الراجح ممنوع في الإسلام أياً كان منشؤه، إذا كان بغير وجه مشروع ينهض به دليل خاص، ولأنه يتنافى وضابط المشروعات من إناطة الحكم سلباً أو إيجاباً بالمصلحة الراجحة.

وقد أشار الإمام ابن رشد في كتابه «بداية المجتهد» إلى هذا الملحظ في قاعدة الاستحسان إذ يقول فيه: «إنه - الاستحسان - التفتت إلى المصلحة والعدل»^(٢)، والاستحسان: هو الاستثناء من القواعد العامة والأقيسة. ولا ريب أن المصلحة والعدل هما قوام التشريع كله.

كما أشار إلى هذا الملحظ أيضاً الإمام مالك في قوله: «الاستحسان تسعة أعشار العلم»^(٣).

وأما مبدأ سد الذرائع فهو خطة تشريعية - وليس مصدراً مستقلاً للتشريع - تسد خطى المجتهد بالرأي، أو تعصمه من الاعتساف في الفهم والتطبيق على الوقائع الجزئية المتجددة، إذ ينزل بالقواعد المنطقية النظرية، والأحكام الجزئية النظرية

(١) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن.

(٢) «بداية المجتهد»: (١٤٩/٢). (٣) «الاعتصام» للشاطبي: (١٣٨/٢).

المجردة، من أفقها المنطقي المجرد، إلى الواقع المائل بظروفه الملازمة، فيعمل على المواءمة بين مقتضيات القاعدة النظرية المجردة، والواقع المعيش كما ذكرنا. أو بعبارة أخرى: يلتزم مقتضيات المصلحة والعدل، إبان الاجتهاد، ولا سيما في التطبيق العملي، ليكون اجتهاده في ضوءهما، درءاً لمظاهر التعسف من حيث المأل.

وهذا ما أشار إليه بعض العلماء المُحدّثين بقوله: إن مبدأ سد الذرائع يوثق الأصل العام الذي قام عليه التشريع الإسلامي كله^(١).

وهذا ضرب من النظر في المآلات بلا ريب.

إذن، طبيعة التشريع الإسلامي نفسه، وبنيته الذاتية من حيث أصله العام، ومن حيث مفهوم الحق فيه، ومن حيث الأصول العامة اللفظية والمعنوية التي تمثل الخطط التشريعية في الاجتهاد، هي منشأ نظرية التعسف.

وإذا كان درء التعسف^(٢) يتخذ في كثير من الأحوال مظهر المواءمة بين مقتضى القاعدة النظرية العامة، وبين مقتضيات ظروف التطبيق، فإنّ هذا التشريع قد ملك - بفضل ذلك - مرونة عجيبة في إمداد الحياة بحكم الدين، مهما اختلفت الظروف وتغايرت الحضارات، أو تبدلت بالناس الحياة، وذلك سرّ خلوده.

على أن التطبيق السليم الذي ينأى بنتائجه عن التعسف، قد يفتقر إلى الخبرة العلمية أو الفنية المتخصصة، وحينئذ يجب الاستعانة بها كلما اقتضت الحاجة ذلك، لأنها أضحت من مقومات العدل والمصلحة المعتبرة شرعاً.

وهذا مظهر من مظاهر الصلة الوثقى بين التشريع الإسلامي والتقدم العلمي والحضاري، ولأن «ما لا يتم الواجب إلا به وكان مقدوراً للمكلف، فهو واجب».

وأيضاً مما يشير إلى منشأ نظرية التعسف هو أن أحكام التشريع إذا كانت

(١) كتاب «مالك» للشيخ أبي زهرة ص ٤١٩ وما يليها.

(٢) انظر حالات درء التعسف عند تعارض المصالح الفردية فيما بينها، وتعارضها والمصالح العامة، «الموافقات»: (٣٤٨/٢)، ودقق النظر في قواعد الترجيح بين المصالح.

رحمة^(١)، وخيراً للعباد^(٢)، وعدلاً^(٣)، فإن المصلحة التي وضعها الله تعالى غاية لكل حكم من هذه الأحكام - بل ما شرعه إلا وسيلة لتحقيقها - هي رحمة وعدل وخير من باب أولى؛ لسبب بسيط هو أن المقاصد والغايات أولى بالاعتبار من الوسائل بالبداهة.

وقد أكد الإمام الشاطبي ضرورة أن يكون الفعل أو التصرف مطابقاً لقصد المشرع ظاهراً وباطناً، أو مادة وروحاً ومقصداً، وحينئذ يكتسب الفعل صفة المشروعية، وإذا خالف الظاهر الباطن - المصلحة - فالفعل يغدو غير مشروع، إذ يقول في جلاء ووضوح:

«ولما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد، كانت الأعمال معتبرة بذلك؛ لأن مقصود الشارع فيها كما تبين، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية، فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقاً، والمصلحة مخالفة، فالفعل غير صحيح، وغير مشروع؛ لأن الأعمال الشرعية غير مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخرى هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل في ذلك على غير هذا الوضع، فليس على وضع المشروعات»^(٤).

(١) ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ [الأنبياء: ١٠٧].

(٢) ﴿فَأَسْبِقُوا أَلْحَزْبَ﴾ [البقرة: ١٤٨] والمبادرة إلى الخيرات إنما تكون بالمبادرة إلى أسبابها، وهي العمل بالأحكام الشرعية، فعبر بالمسبب عن السبب.

(٣) ﴿وَمَا رُبُّكَ يَظْلَمُ لِّلْعَبِيدِ﴾ [فصلت: ٤٦]، ﴿وَمَا اللَّهُ يُرِيدُ ظُلْمًا لِّلْعِبَادِ﴾ [غافر: ٣١]، ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾ [الحديد: ٢٥]، ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ [النحل: ٩٠]، ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [المتع: ٧٨].

ويقول تعالى أيضاً: ﴿وَمَا خَلَقْنَا السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا لِعَيْبٍ ۗ مَا خَلَقْنَاهُمَا إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ [الدخان: ٣٨ - ٣٩].

فإذا انتفى عن التشريع صفة التحكم، والظلم والقهر، والضرر، والحرج، والعبث، فلم يبق إلا الرحمة، والعدل، والمصلحة، والحكمة، والخير، وليس وراء ذلك شيء يُبتغى.

(٤) «الموافقات»: (٢/ ٣٨٥ - ٣٨٧). ويقصد بالباطن روح النص وحكمة تشريع حكمه واقعاً. ومن هنا، كان للباعث أثر في صحة التصرف وبطلانه، حسبما يكون مشروعاً أو غير مشروع، وهذا يقضي على قصد التحايل على قواعد التشريع.

وهذا بين لا يفتقر إلى إيضاح.

❖ مفهوم العدل في الإسلام ليس فكرة فلسفية خيالية مجردة خارجة عن أحكام التشريع ومقاصده

إذا ثبت هذا - وهو ثابت كما رأيت - فإن مفهوم العدل في الإسلام ليس فكرة فلسفية خيالية مجردة خارجة عن أحكام التشريع ومقاصده، تستوحى منها الأحكام للوقائع الجزئية المتجددة حين يعوز النص على النحو الذي ألفينا في التشريع الوضعي^(١)، بل مفهوم العدل في التشريع الإسلامي يتمثل في المصلحة فردية كانت أم عامة^(٢)، لأنها المقصد الذي توخاه الشارع من تشريعه للحكم الشرعي، والشارع لا يضع ولا يتوخى ما كان جوراً أو ضرراً أو مفسدة.

وبذلك يبدو جلياً أن العدل في الإسلام معنى مندمج في تشريعه حكماً ومقصداً.

وهذا ملحوظ قوي يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار، إن في الاستنباط أو التطبيق على السواء، وهو عين ما فهمه علماء الأصول منذ القدم، فالإمام العز بن عبد السلام يلتفت إلى ذلك إذ يقول: «ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح، ودرء المفاسد، حصل له من مجموع ذلك اعتقاداً أو عرفاناً بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن في ذلك نص، ولا إجماع، ولا قياس خاص، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك»^(٣).

(١) إذ يحيل المجتهد على فكرة القانون الطبيعي إذا لم يجد نصاً في الواقعة المعروضة. راجع المادة الأولى من القانون المدني السوري.

(٢) والمصلحة العامة - لشمول نفعها وعظيم خطرها - تمثل العدل في أقوى صورته في التشريع الإسلامي؛ ولذا كان من قواعد التنسيق بين المصلحة الخاصة والعامة عند التعارض المستحکم أن المصلحة العامة مقدمة، وأن تقديم الخاصة على العامة ظلم فادح لا يجوز المصير إليه بحال، بل هو أشد صور التعسف ظهوراً كما في الاحتكار مثلاً، لرجحان الضرر والمفسدة. «الموافقات»: (٢٥٧/٣) وما يليها.

(٣) «قواعد الأحكام»: (١٦٥/٢).

ونفس الشرع يوجب ذلك لأنه العدل بعينه، فالمصلحة المعتبرة إذن هي مبنى العدل في الحكم، ولو لم يرد نص، ولا انعقد إجماع، ولا أمكن إجراء قياس خاص في المسألة المعروضة.

ويقول ابن القيم مؤكداً هذا المعنى: «فحيثما وجدت المصلحة، فثَمَّ شرع الله ودينه».

ولا جرم أن شرع الله ودينه هو العدل بعينه، أو بعبارة أخرى: إن المصلحة المعتبرة شرعاً إذا تحققت في أية واقعة، فهناك شرع الله ودينه، أي تحقيق العدل الإلهي.

وقد أشرنا آنفاً إلى أن الإمام ابن رشد يفسر مبدأ الاستحسان - وهو أنجع خطة تشريعية لدرء التعسف في الاجتهاد، وللحيلولة دون الإفضاء إلى سوء النتائج - بأنه التفات إلى المصلحة والعدل^(١) كما ذكرنا.

وإذا لاحظنا أن من سند الاستحسان ودليله هو المصلحة، أدركنا في يسر أن المصلحة هي أساس العدل، وأن العدل هو المسوّغ للاستثناء^(٢)، أو هو موجبُهُ.

وعلى هذا فمفهوم العدل في الإسلام - فضلاً عن مثاليته - هو واقعي وعملي بحيث يوثق صلة الحياة الإنسانية بالإسلام تشريعاً على أفضل ما يكون للناس من مصلحة، وأقوم ما يشدون من عدل.

هذا وتبدو عبقرية التشريع الإسلامي في هذا التوفيق بين المثالية والواقعية توفيقاً مُحْكَمًا، فلا هو ينحو إلى مثالية تحلق في آفاق من التفلسف المحض، أو تهوّم في سُبحات من التأمل المجرد البعيد عن الواقع، بحيث يجعله مستعصياً على الفهم والتطبيق، ولا هو يُخلدُ إلى الواقع على علّاته، لا لشيء، إلا لكونه ممكناً، بل نراه -

(١) «قواعد الأحكام»: (١٦٥/٢).

(٢) «بداية المجتهد»: (١٥٤/٢). راجع في كل ذلك كتابنا «أصول التشريع الإسلامي» و«مناهج الاجتهاد بالرأي» ص ٥٩ وما يليها، طبع جامعة دمشق، سنة ١٩٧٧، راجع كتابنا «المناهج الأصولية»: ص ٣٠ و ١٥٧ و ١٩٢ وما يليها، [ط. الرسالة ٢٠٠٨].

كما رأيت - يوائم بين ما يقتضيه هذا الواقع المعيش، وبين ما ينشد الإسلام من مثالية في المصلحة والعدل، فيرتقي بالواقع ارتقاءً ممكنًا يقربه إلى المثالية زلفى^(١).

وعلى هذا، كان مآل التطبيق ذا مساس بأصل العدل في التشريع، فالأفعال محكومة بنتائجها، سلباً وإيجاباً، وهذا ما أشار إليه الإمام الشاطبي في أجلى عبارة: «النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً، سواء أكانت الأفعال موافقة لمشروعة أم مخالفة غير مشروعة»^(٢).

كل ذلك تجنباً للمآل الممنوع.

وإنما تبدو صلة المآل بأصل العدل في أقوى صورها فيما إذا كان المآل ضرراً راجحاً، أو حرجاً بالغاً غير معتاد، سواء أكان ناشئاً عن ممارسة حق أم إباحة، أم كان نتيجة لازمة^(٣) تلقائية، لاجتهاد تشريعي فروع في وقائع معروضة.

ذلك لأن الشارع الحكيم لا يقصد إلى مثل هذا قطعاً^(٤)، لسبب بسيط هو كونه منافياً للأصل العام الذي قام عليه تشريعه كله، من جلب المصالح، ودرء المفاصد^(٥). وهذه المنافاة هي الاعتساف بعينه.

❖ معايير نظرية التعسف شاملة للحقوق والحريات

العصمة والحرية والمالكية

ويترتب على هذا أن معايير نظرية التعسف - كما رأيت - لا تقتصر على الحقوق والإباحات، أو ما يطلق عليه «الحريات العامة» كما هو الشأن في بعض القوانين الوضعية، ترسم دستوراً لممارستها، بل يتسع مجالها، ليشمل - إلى ذلك - الخطط

(١) «أصول التشريع الإسلامي» للمؤلف ص ٣٦ و ٤٨ و ٥٠ و ٦٠.

(٢) «الموافقات»: (٤/١٩٤)، وما يليها.

(٣) «راجع مسلم الثبوت» لمحج الدين بن عبد الشكور مع شرحه: (٢/٢٦٤).

حيث يبحث هذه القضية تحت عنوان: «هل تنخرم مناسبة الوصف بمفسدة تلزم، مساوية أو راجحة؟».

(٤) «أصول التشريع الإسلامي» و«مناهج الاجتهاد بالرأي» للمؤلف ص ٢٩٣.

(٥) راجع بحثاً مستفيضاً في الاجتهاد بالرأي وصلته بمفهوم العدل «أصول التشريع الإسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي» للمؤلف ص ٣٣ وما يليها. طبع جامعة دمشق ١٩٧٧.

التشريعية في الاستنباط والتطبيق^(١) على السواء، يلتزم بها المجتهد، ليدراً ما عسى أن يسفر عنه اجتهاده من نتائج^(٢) لا تتفق والأصل العام الذي قام عليه التشريع كله، من اعتبار المصالح في الأحكام، وإناطة الأحكام بالمصلحة الراجعة.

وجملة النتائج التي يمكن استخلاصها بناء على ما تقدم:

أولاً: لا يجوز استعمال الحق بمعناه الشامل للإباحة في غير ما شرع له من غاية أو مصلحة مرسومة شرعاً، لأنه يناقض أصل العدل في التشريع على ما بيّننا.

ثانياً: وجوب إقامة التوازن بين المصالح الفردية المتضاربة، ولو كانت في الأصل مشروعة، وناشئة عن حق، وترجيح ما هو أكثر نفعاً، لأنه أولى بالرعاية، انسجاماً مع الأصل العام في التشريع من أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، أي في حالة ما إذا كانت المفاسد اللازمة مساوية أو راجحة^(٣).

ثالثاً: وجوب تقديم المصلحة العامة حالة تعارضها والمصلحة الفردية، واستحالة التوفيق^(٤) من باب أولى.

(١) ذهب بعض القوانين الوضعية، وبعض فقهاءنا إلى جعل مجال تطبيق نظرية التعسف مقصوراً على الحقوق بالمعنى الخاص، فلا يشمل الحريات العامة، ولا نرى مسوغاً لهذه التفرقة، لأنه إذا كان أصل النظرية قائماً على أساس معالجة الواقع في ضوء مفهوم العدل، فإن العدل لا يتجزأ. «أصول القانون» للدكتور حسن كيرة ص ١٠٩٥، «الوسيط» للدكتور السنهوري ج ١، «النظرية العامة للحق» للدكتور إسماعيل غانم ص ١٦٦.

(٢) والواقع أنه في حال ما إذا لزم مفسد راجحة على تحصيل المصلحة المقصودة، قد تعارض مآلان: المآل الأصلي للفعل، ومآل المفسدة الراجعة اللازمة، فيمنع الفعل نظراً لهذا اللازم الممنوع، لأن الإذن بالفعل حينئذ لا يتفق وضابط المشروعات، إذ المعهود في الشرع أن يناط الحكم سلباً وإيجاباً وبالراجع، أو بعبارة أخرى: تعارضت مصلحة الأصل مع مفسدة المآل الممنوع. راجع «الموافقات»: (٣٤٨/٢) وما يليها.

(٣) راجع الحالات التي تتضارب فيها المصالح الفردية في كتاب «الموافقات» للإمام الشاطبي، بدءاً من قوله: «جانب المصلحة أو دارئ المفسدة...»، وكيف ينسق بينها على نحو يتفق ومقتضى العدل تنسيقاً ينم عن سعة أفق، ودقة فهم لأسرار الشريعة ومقاصدها. «الموافقات»: (٣٤٨/٧) وما يليها.

(٤) والمصلحة العامة تمثل العدل في أقوى مظاهره، لسبب بسيط، هو أن إهدارها ضرر كبير، بل يرجح =

هذا، وإنما وجب المصير إلى التوفيق أولاً، لأنَّ كُلاً من المصلحتين معتبر مقصود شرعاً، ولا يجوز هُذْر إحدى المصلحتين على حساب الأخرى دون مسوغ، لأن اعتبار كل منهما على حدة - كما أسلفنا - وعلى قدم المساواة عدلٌ.

حتى إذا استحال التوفيق، وجب إناطة الحكم بالمصلحة الراجحة، وهي هنا المصلحة العامة بالبداهة، جرياً على مقتضى ضابط المشروعات، مع التعويض العادل للمصلحة الفردية المهذرة درءاً للتعسف ما أمكن.

هذا، والمصلحة العامة تمثل العدل في أقوى مظاهره، وإلا لما وجب تقديمها بالإجماع، لاتفاق الأصوليين والفقهاء على أن التشريع الإسلامي قائم أساساً على نوعين من الحقوق:

الأول: حق العبد: حق الإنسان الفرد.

الثاني: حق الله: حق المجتمع^(١).

وهذان النوعان من الحق، هما وسيلتا هاتين المصلحتين الجوهرتين: الفردية والعامة.

وتأسيساً على هذا، فإن مركز الإنسان الفرد ملحوظ في هذا التشريع، من حيث العصمة^(٢) والحرية والمالكية، وذلك صدى لاعتبار شخصيته الإنسانية الكاملة.

غير أنه ينبغي أن يُلاحظ أن اعتبار المصلحتين معاً واجب وعدل، ما دام لا يقع تعارض بينهما، وإلا فإنه إذا استحکم هذا التعارض، وجب اعتبار المصلحة الفردية

= على كل مصلحة فردية بما لا يقاس، فكانت الحيلولة دون إيقاع هذا الضرر العام من صميم العدل في الإسلام، وهو ما يقتضيه العقل والدين.

(١) راجع أمهات كتب الأصول في بحث الحكم.

(٢) المقصود بالعصمة، عصمة نفسه، وماله، وعرضه.

وبالحرية: الحريات العامة، من حرية التملك، وحرية الرأي، وحرية المسكن وحرية التنقل. وغيرها. وأما المالكية: فهي صفة كونه أهلاً لأن يكون مالكاً، وأن تحترم ملكيته إذا كانت بطريق مشروعة، وهذه الأصول الثلاثة، تعتبر من النظام الشرعي العام. «أصول التشريع الإسلامي» للمؤلف ص ٢٨٠ وما يليها.

في إطار المصلحة العامة دائماً، حتى أضحي من المقررات الشرعية المعتمدة أن الضرر الخاص يُتحمّل في سبيل دفع ضرر عام^(١)، وأن المصلحة العامة مقدمة^(٢) كما أسلفنا.

رابعاً: أنّ الحكم الشرعي - وهو منشأ الحق - معلل بالمصلحة التي وضعها الشارع غاية لتشريعته.

وعلى هذا فالحكم الشرعي غائي يستهدف تشريعه غرضاً مرسوماً، فلا يجوز تجريده منه، أو اعتسافه في العمل والتطبيق، حتى لا تكون المناقضة بين قصد الشارع وقصد المكلف، والمناقضة هي عين التعسف، والتعسف هو علة بطلان التصرف، ولو كان في الأصل مشروعاً.

هذا، وتحقيق المصلحة التي وضعها الشارع تمثل العدل مجسداً كما أسلفنا. خامساً: إذا أفضى تطبيق الحكم - في ظرف من الظروف - إلى مفسدة تربو على ما وضع له من مصلحة، منع التسبب في ذلك، ولو كان القصد حسناً، ذرءاً للتعسف، لأن العبرة بالمآلات.

وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي: «إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبب، قصّد ذلك المتسبب أو لا؛ لأنه لما جعل مُسبباً عنه في مجاري العادات^(٣)، عدّ كأنه فاعل له مباشرة»^(٤).

ومن هنا كانت إقامة التوازن بين المصالح الفردية المتضاربة، والتوفيق بينها، وترجيح ما هو أكثر نفعاً، أو أدفع ضرراً، من أصول العدل وموجّهاته، لأنه ثبت بالاستقراء أن هذا هو ضابط المشروعات.

(١) المجلة / مادة / ٢٦.

(٢) «الموافقات»: (٤/ ٢٠٠) وما يليها.

(٣) المعيار موضوعي - كما ترى - لا شخصي، أي في نظر الشخص العادي، لا المتسبب خاصة.

(٤) «الموافقات»: (٣/ ١٤٩)، و«أصول التشريع الإسلامي» و«مناهج الاجتهاد بالرأي» للمؤلف ص ٢٠.

سادساً: وتأسيساً على اعتراف التشريع الإسلامي بحق الفرد وحق المجتمع على سواء، واعتبارهما كليهما القيمة المحورية للتشريع الإسلامي، بل قوام النظام الشرعي العام^(١) فيه، وما يلزم عن ذلك من إقراره لغايتيهما، بل قوام المصلحة الفردية، والمصلحة العامة كمصلحة جوهرية مستقلة عن المصالح الفردية، وما لزم عن ذلك أيضاً من وجوب اعتبار المصلحة الفردية في إطار المصلحة العامة، دفعاً للتناقض، وتحقيقاً لجهة التعاون، تميّز هذا التشريع بينيته الذاتية عن سائر التشريعات الوضعية التي تتسم بالتطرف نحو اليمين أو اليسار في أصل تشريعها، وإن أخذت في الآونة الأخيرة تكفكف من غلواء هذا التطرف، نتيجة لمواجهتها للواقع، وإحساسها بمقتضيات العدالة^(٢) على نحو يقربها - إلى حد ما وعلى تفاوت - من أصل النظر في التشريع الإسلامي، من حيث أساس فكرة الحق فيه، فثبت بما لا يدع مجالاً للشك أن هذا التشريع الإلهي لم يكن وليد التطور، ولا صدى للإرادة الإنسانية المتغيرة بما يعصف بها من نوازع وأهواء ﴿وَلَوْ أَتَبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ﴾ [المؤمنون: ٧١].

لذا كانت نظرية التعسف عريقة في التشريع الإسلامي، وجدت مذ كان، لاتصالها بأصل فكرة الحق والمصلحة والعدل فيه كما رأيت.

ومن ثمّ كانت منبسطة الظل على كافة الحقوق فيه، ومن معاييرها الخطط التشريعية التي يلتزمها المجتهد إبان مواجهة الواقع بقواعد التشريع النظرية، بما ترسم

(١) «أصول التشريع الإسلامي»، و«مناهج الاجتهاد بالرأي» للمؤلف ص ٢٥٦، و«المناهج الأصولية» للمؤلف ص ١٩٠.

(٢) أشرنا آنفاً إلى أن الفقه الإسلامي قد استنبط قواعد التنسيق بين المصالح المتضاربة - درءاً للتعسف وتجنباً للإخلال بمقتضى البنية الذاتية للتشريع الإسلامي التي تمثل النظام العام فيه - من مثل: «الضرر الخاص يتحمل في سبيل دفع ضرر عام». مادة ٢٦ / المجلة. ومن مثل: «الضرر الأشد يزال بالأخف» مادة ٢٧ / المجلة. ومن مثل: «يختار أهون الشرين» مادة ٢٩ / المجلة. ومن مثل: «درء المفاسد مقدم على جلب المصالح». أي إذا كانت المفاسد مساوية أو راجحة. «الأشياء والنظائر» للسيوطي ص ٧٩.

من دستور يعصم من التنكب والاعتساف، في حين لم يعرف هذه النظرية الفقه والتشريع الوضعيان؛ إذ لم تسعف الفلسفة التي يقوم عليها أصل الحق فيهما على نشوء هذه النظرية، لسبب بسيط، هو هذا التطرف الذي مني به اليسار أو اليمين المتطرفين، من حيث إن أحدهما أنكر حق الفرد ومركزه في التشريع، وتجاهل الآخر حق المجتمع، وأطلق للفرد الحقوق^(١).

والتطرف تعسف في ذاته أيًا كان موقعه.

فإذا كان التعسف هو أساس تلك التشريعات، فكيف يتصور وجود نظرية تدرؤه؟ لا يتصور ذلك، لأنه يعود على أساس تلك التشريعات بالنقض.

وهكذا يبدو لك في جلاء أن عبقرية التشريع الإسلامي آية من آيات سماوية هذا الكتاب العزيز المعجز، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿سَأْرِبُهُمْ ءَايَاتِنَا فِي الْآفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَبَيِّنَ لَهُم أَنَّهُ الْحَقُّ﴾ [فصلت: ٥٣].

وختاماً، فإن مما تجدر الإشارة إليه في هذه المقدمة للطبعة الثالثة أن هذا الكتاب - بما هو ثمرة لجهد علمي - استغرق ست سنوات تقريباً من التفرغ، إذ كان أطروحة الدكتوراه التي نالت درجة الامتياز بمرتبة الشرف.

وقد تولت طباعته - الطبعة الأولى - جامعة دمشق على نفقتها الخاصة، ومن ثم لم تتح له فرصة التوزيع، بل بقي الانتفاع به مقصوراً على المحيط الجامعي، إذ قررت منه موضوعات في كليتي الحقوق والشريعة من الجامعة المذكورة، كما تقررت موضوعاته في جزأيه، منهجاً لدراسة الفقه المقارن في الدراسات العليا، قسم الدكتوراه، في كلية الحقوق، جامعة الجزائر، طوال ثلاث سنوات تقريباً، بدءاً من سنة ١٩٧١ - ١٩٧٤، إبان فترة إعارتي أستاذاً للتدريس فيها.

(١) أما التشريع الإسلامي، فلا يتجاهل أيًا من مكونات الواقع، لأنه يرى أن الاعتراف بالحقين معاً وبمصلحتيهما عدل.

ومن هنا كان الخلاف جذرياً، لأنه يتعلق بمفهوم الحق وبمفهوم العدل، بل وبينية التشريع كله، أو بالقيمة المحورية التي تدور عليها أحكامه، أصولاً وفروعاً على ما أسلفنا.

ونحن اليوم نعيد طبعه بعون الله تعالى - بعد نفاذ طبعته الأولى والثانية منذ سنوات - بناء على إلحاح أهل العلم وطلابه، ليصبح في متناول مراكز العلم في العالمين: العربي والإسلامي، والمتخصصين في الدراسات التشريعية الإسلامية بوجه خاص، والمتقنين والمخلصين لشرع الله، المؤمنين بسماوية رسالته، والمنصفين من الباحثين حيثما كانوا.

وأسأل الله تعالى لنفسي ما يسأل كل مؤمن صادق صابر أن يجعل هذا الجهد خالصاً مخلصاً لوجهه الكريم؛ لإعلاء كلمته، وخدمة شريعته. والله ولي التوفيق.

٢٧ جمادى الأولى سنة ١٤١٨هـ

الموافق ٢٩ أيلول ١٩٩٧م

المؤلف

الأستاذ الدكتور فتحي الدريني