

مقدمة الطبعة الثالثة

١- نشأة علم أصول الفقه وتدوينه .

أ - أصول التشريع الإسلامي في عهد النبوة مرجعها الوحي الإلهي ، كتاباً وسُنَّة .

لا يرتاب أحدٌ في أن الاجتهاد بالرأي لا ضرورة له ، ولا وزن ، مع وجود الوحي الإلهي ، من الكتاب العزيز ، والسُنَّة المطهرة ، فسلطة التشريع لله وحده .

وأيضاً ، الاجتهاد بالرأي يحتمل الخطأ ، والوحي الإلهي ، قوامه العصمة ، والحق ، والعدل ، ومصلحة البشر .

والى ذلك الإشارة بقوله - ﷺ - : « تَرَكْتُ فِيكُمْ أَمْرَيْنِ ، لَنْ تَضِلُّوا مَا تَمَسَّكْتُمْ بِهِمَا أَبَدًا : كِتَابَ اللَّهِ ، وَسُنَّةَ رَسُولِهِ » فكانا المصدرين الأساسيين للتشريع^(١) ، بما أشتملا عليه من أصول الدين ، وقواعد التشريع ، وبيانه التفسيري والتفصيلي ، بل وتضطلع السُنَّة بتأسيس أحكام مبتدأة^(٢) ، لم ترد في القرآن الكريم بذواتها ، ولكنها لا تخرج فيما ترمي إليه من مصالح وأغراض ، عن مقاصد التشريع العامة .

الاجتهاد بالرأي في عصر النبوة واقع ، ولكنه لم يكن مصدراً مستقلاً للتشريع .

إن وحدة مصدر التشريع الإسلامي ، زمن النبوة ، وانحصاره فيما كان يمدّه الوحي من حكم ، كتاباً وسُنَّة ، لم يمنع وقوع الاجتهاد بالرأي فيما لم ينزل فيه وحي ، نزولاً على مقتضيات الضرورة .

(١) حجة الله البالغة - ج١ - ص ٢٩٦ وما يليها - للدهلوي .

- إعلام الموقعين - ج١ ص ١٧٦ وما يليها - لابن قيم الجوزية .

- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي - ج٢ - ص ٤ - للحجوي .

- تاريخ الفقه الإسلامي - ص ١٤ - للشيخ السائس .

- تاريخ التشريع الإسلامي - ص ٨ - وما يليها - للشيخ محمد الخضري .

(٢) الموافقات - ج٤ - ص ١٢ وما يليها - للإمام الشاطبي .

فالرسول - ﷺ - كان يجتهد فعلاً^(١)، كما أذن لأصحابه بالاجتهاد، وارتضاه لهم، بل وحملهم عليه، وتلك حقيقة تاريخية ثابتة لا يستطيع أحد فيها جدلاً؛ ولكن الذي يعيننا هو دفع توهم اعتبار الاجتهاد بالرأي مصدراً مستقلاً، رغم وقوعه وتكرره، بل كان أمراً عارضاً مؤقتاً فيما لم ينزل فيه وحي، وخاضعاً للتصويب والتخطئة من قِبَل الوحي الإلهي مباشرة؛ إن كان صادراً من النبي - ﷺ - أو يؤول إلى «السُّنة» إن كان صادراً من مجتهد الصَّحابة، بمعنى أنه إذا أقرهم الرسول عليه، كان سُنَّةً تقريرية^(٢)، أو إرادة ضمنية للمشرع.

الاجتهاد بالرأي مصدر ثالث مستقل للتشريع الإسلامي بعد عهد الرسالة.

انقطع الوحي بعد أن لحق الرسول - ﷺ - بالرفيق الأعلى، ولم يترك للصَّحابة - رضوان الله عليهم - فقهاً مدوناً، فلم يكن بُدُّ من أن يتجرد أعلام الصَّحابة والتابعين ومن بعدهم للاجتهاد بالرأي فيما لا نص فيه، من الوقائع المتجددة التي ازدادت باتساع حركة الفتح، وبمواجهة بيئات جديدة ذات حضارات عريقة لا عهد لهم بمثلها في جزيرتهم، وبحكم توليهم رئاسة الدولة العليا، وتدبير شؤون الحكم، داخلاً وخارجاً، وتوليهم أيضاً لمنصب القضاء، والإفتاء، والتعليم، ونشر الرسالة، فأخذوا أنفُسَهُم بالبحث والاستدلال والنظر في نصوص القرآن الكريم إن وجدوا الحكم مفصلاً، وإلا رجعوا إلى السُّنة، ثم إلى الاجتهاد بالرأي^(٣).

على أن الاجتهاد بالرأي كان يتخذ في عصر الصَّحابة - رضوان الله عليهم - مجالين :

- ١- مجال النص تفهماً وتطبيقاً.
 - ٢- وفيما لم يرد فيه نص من الوقائع المستجدة.
- هذا، وقد سلك مجتهدو الصَّحابة سبيل الاجتهاد بالرأي بجميع وجوهه، من القياس، والاستحسان، والمصلحة المرسلة، وسد الذرائع، من كل ما عرف فيما بعد خطأً تشريعية

(١) إعلام الموقعين - ج١ - ص ٦٨ - لابن القيم.

(٢) المراجع السابقة - تاريخ التشريع الإسلامي ص ٧٨ وما يليها - للشيخ الخصري بنوع تصرف.

(٣) إعلام الموقعين - ج١ - ص ٧٠ - ١٠١ - لابن قيم الجوزية.

- الفكر السامي - ج٢ - ص ١٥ - للحجوي.

- الأموال لأبي عبيد - ص ٢٦٢ - الخراج - ص ١٧٨ - لأبي يوسف.

- حجة الله البالغة - ج١ - ص ٢٩٦ - للدهلوي.

للاجتهاد محددة المفاهيم والشروط .

وبدهي ، أنه حيث يكون الاجتهاد، تكون أصول الفقه، إذ لا اجتهاد بلا قواعد، سواء إبان تطبيق النص في مواجهة الواقع، أو استنباط الحكم فيما لا نص فيه .

أصول الفقه كانت تجري في نفوس الصحابة سليقة .

وإذا كانت أصول الفقه قواعد مشتقة من اللغة العربية وأسارها في البيان، ومن مقاصد التشريع على ما سيأتي، فإن الصحابة قد أوتوا كل ذلك سليقة تجري في نفوسهم، وملكة فطرية أصيلة راسخة تقدرهم على تفهم معاني نصوص القرآن والسنة، وتمكنهم من الإدراك الشامل لمقاصدها، في دقة ويسر، وقد ساعدتهم على ذلك أيضاً معاصرتهم للوحي، ووقوفهم على أسباب النزول، وموارد السنة، وأسرار التشريع، بحكم صحبتهم للنبي - ﷺ - (١) .

فعلم أصول الفقه وجد منذ وجد الاجتهاد، وبدء استنباط الفقه، وإن تأخر تدوينه .

تدوين علم أصول الفقه :

من الخطأ الاعتقاد بأن الإمام الشافعي هو مؤسس علم الأصول، ومبتكر قواعده، لأنها كانت - كما قدمنا - مبثوثة في فقه الصحابة، والأئمة قبله، يقوم عليها ما يدلي به كل منهم من الحجج والأدلة، لتأييد وجهة نظره في فهمه للنص، أو تطبيقه أو استنباطه للحكم الاجتهادي، أو في معرض بيانه لوجه استدلاله بالدليل، أو الرد على مخالفيه ونقدهم .

غير أن فضل الإمام الشافعي، إنما كان في جمع شتات هذا العلم، وتحقيق قواعده، وتحريير مسائله، وإثبات حجيتها، وبيان مراتبها، في كتابه «الرسالة» (٢) مما كان له أثر في تمهيد السبيل للخالفين من بعده، لموالاته البحث توسعاً، وتفصيلاً، وإضافة .

(١) راجع في اجتهادات الصحابة - المنتقى على الموطأ - ج٦ - ص٤٥ - التوضيح مع التلويح - ج١ - ص - صدر الشريعة .

راجع «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده» ص٣٨٩ - وما يليها، للمؤلف، وهو الرسالة التي نالت درجة الدكتوراه بمرتبة الشرف الأولى .

- إعلام الموقعين - ج١ - ص٧٠ - لابن قيم الجوزية وما يليها .

(٢) لعلة أقدم مؤلف وصلنا في علم الأصول، يمتاز بالدقة العلمية في تحرير المسائل، وتحقيق القواعد، وقوة العارضة، وبلاغة الأسلوب . وقد وضعه مُقَدِّمَةُ لكتابه «الأم»، ولم نعر على كتاب أقدم من رسالة ■

التعريف بأصول التشريع الإسلامي : نقصد بأصول التشريع ، أصول الفقه^(١) .

وعلم أصول الفقه^(٢) هو : « العلم بالأدلة الإجمالية ، والقواعد التي يتوصل بها المجتهد

الإمام الشافعي في علم الأصول ، على الرغم من أن بعضاً من الباحثين القدامى ، قد ذكر أن أول من جمع علم الأصول هو الإمام أبو حنيفة في كتاب يسمى «كتاب الرأي» كما يقال إن أبا يوسف ، ومحمد بن الحسن الشيباني . قد ألفا في هذا العلم ، وإن الإمام مالك قد ذكر بعض تلك القواعد في كتابه الموطأ ؛ لأن شيئاً من ذلك لم يصلنا .

- مقدمة أصول السرخسي .

(١) التشريع الإسلامي هو - في الواقع - النصوص المقدسة كتاباً وسنة . وأما الفقه فهو التفهم العميق لهذه النصوص ، واستثمار طاقاتها في الدلالة على كافة معانيها وأحكامها العامة والجزئية ، والإدراك الشامل لما تستهدفه من مقاصد وغايات ، بناءً على أصول ومناهج وخطط استدلالية يصوغها الأصولي ليلتزمها الفقيه المجتهد في اجتهاده وبحثه التشريعي الفروع العملي ، كما سيأتي بيانه .
هذا ، وقد كان الفقه - في الصدر الأول - يطلق على أحكام الدين كله ، عقائد ، وعبادات ، ووجدانيات وأخلاقاً ، ومعاملات .

وذلك قبل أن تتمايز العلوم ، حتى إذا وجدت ظاهرة الاختصاص والتمايز فيما بعد ، أصبح «الفقه» اصطلاحاً علمياً يطلق على الأحكام الشرعية العملية (الفرعية) المتعلقة بالعبادات ، والمعاملات خاصة ، دون العقائد (علم التوحيد) والوجدانيات (التصوف) .

(٢) جرى الأصوليون على تعريف هذين الجزأين ، باعتبارهما مُركباً إضافياً فضلاً عن تعريفهما من حيث كونهما لقباً أو علماً على هذا العلم .
فأصول جمع أصل ، والأصل لغة ، ما يُبْتَنَى عليه غيره ، أعم من أن يكون الابتناء حسياً ، أو عقلياً ، أو عرفياً . فالحسني كابتناء السقف على الجدران ، والعقلي ، كابتناء الحكم على دليله ، والعرفي كابتناء المجاز على الحقيقة : إذ الحقيقة أصل للمجاز عرفاً لا وضعاً .

أما في اصطلاح الأصوليين ، فلفظ الأصل مشترك بين عدة معانٍ كلها اصطلاحية نوردها فيما يلي :

١- الدليل الإجمالي أو الكلّي الذي يشمل مصادر التشريع ، وقواعد الاستدلال ، ومناهج الاجتهاد

من مثل : القرآن ، والسنة ، والإجماع ، والقياس .

٢- ويطلق أيضاً على القاعدة العامة المستمرة المطردة ، كقولهم : الأصل أن بيع المعدم باطل .

٣- الأمر «المستصحب» أي الأمر الثابت في الماضي ، يحكم عليه في الحاضر ، كما كان ، حتى

يحدث المغيّر كقولهم : «الأصل براءة الذمة» و«الأصل بقاء ما كان على ما كان» و«الأصل في الأشياء

الإباحة» .

إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية (الفرعية) من الأدلة التفصيلية، أو من مبادئ التشريع، ومقاصده العامة»^(١).

تحليل التعريف:

الأدلة الإجمالية هي مصادر التشريع، كالقرآن الكريم، والسنة المطهرة، والإجماع، والقياس، والعرف، وقواعد الاستدلال الصحيح كالمصلحة المرسلة، وغيرها.

هذا، ومصادر التشريع نوعان:

١- نقلي (نصوص).

٤- «الراجع» كقولهم: «الأصل في الكلام الحقيقة» بمعنى أن اللفظ إذا دار بين الحقيقة والمجاز فإنه يُحمل على الحقيقة، إذ هو الراجع حتى تقوم القرينة الدالة على أن المراد به المجاز، كاستحالة إرادة المعنى الأصلي أو تعدُّده.

٥- «المقيس عليه» كقولهم في قياس النبيذ على الخمر: الخمر أصل والنبيذ فرع، فيأخذ حكمها من التحريم والعقوبة؛ لاشتراكهما في علة الإسكار.
- المرجع السابق.

هذا، والأصل بمعنى المستصحب، والراجع، والمقيس عليه، اصطلاح تعارف عليه الفقهاء أيضاً، كما تعارفوا على أن الأصل يطلق على الدليل التفصيلي الخاص بمسألة معينة، كقولهم: الأصل في وجوب الصلاة، قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾.

(١) يقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد: «الأدلة الشرعية ضربان: أحدهما: ما يرجع إلى النقل المحض. الثاني: ما يرجع إلى الرأي المحض. وهذه القسمة هي بالنسبة إلى أصول الأدلة، وإلا فكل واحد من الضربين مفتقر إلى الآخر، لأن الاستدلال بالمنقولات (النصوص) لا بد فيه من النظر (الرأي)، كما أن الرأي لا يعتبر شرعاً إلا إذا استند إلى النقل.

- الموافقات - ج٣ - ص ٤١. للشاطبي.

هذا، وقد أشار الإمام العز بن عبد السلام في كتابه قواعد الأحكام، إلى أن قضايا الشرع لا تتنافى وقضايا العقل - بقوله: «ومن أراد أن يعرف المتناسبات، والمصالح والمفاسد، فليعرض ذلك على عقله بتقدير أن الشرع لم يرد به، ثم يبنى عليه الأحكام، فلا يكاد حكم منها يخرج عن ذلك إلا ما تعبد الله به عباده، ولم يقفهم على مصلحته ومفسدته» وهذا فيما أرى قريب من مذهب المعتزلة.

وما تعبدنا الله به هو العبادات والمقدّرات مما لا يدرك العقل العلة الجزئية في كل حكم منها، وليس كذلك أحكام المعاملات، لأنها معقولة المعنى، مبنية على علل بوسع العقل إدراكها، وهي مظان المصالح.

٢- عقلي - للرأي مدخل في تكوينه وتقديره، أو بعبارة أخرى مصادر التشريع: وحي و رأي .

فكل من هذه الأدلة إجمالي أو كلي، لا يختص بمسألة معينة، بل يستمد منه، أو على مقتضاه، أحكام فرعية لمسائل ووقائع متجددة، وتصرفات لا تحصى كثيرة.

ومثال ذلك أن يقال: وجوب الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بالنسبة لعاقديه، ثابت بالقرآن الكريم، هكذا على وجه الإجمال، دون تعيين النص الخاص بهذه المسألة بعينها. أو أن يقال: إن تحريم الاحتكار مثلاً، ثابت بالسنة لا بالكتاب، دون ذكر الدليل التفصيلي أو الجزئي الخاص بهذه المسألة، حتى إذا استدل المجتهد أو الفقيه بالنص المتعلق بوجوب الوفاء بالعقد على التعيين، من مثل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ أو أتى بالدليل الخاص بتحريم الاحتكار المستمد من السنة، وهو قوله - ﷺ -: « لا يَحْتَكِرُ إِلَّا خَاطِئٌ »^(١) فقد أتى بالدليل التفصيلي الذي بُني عليه حكم كل منهما على وجه الخصوص.

وبذلك اتضح الفرق بين الدليل الإجمالي والدليل التفصيلي^(٢).

أما القواعد^(٣) الكلية الواردة في التعريف، فهي ما تنطوي عليه تلك الأدلة الإجمالية، إذ لكل دليل إجمالي أنواع، على ما سيأتي بيانه.

أنواع الأدلة الإجمالية:

الكتاب والسنة مثلاً، دليلان إجماليان، يشتمل كل منهما على أوامر ونواه، وعلى اللفظ: العام، والخاص، والمشترك، والمطلق، والمقيّد، والواضح، وغير الواضح.

فالأصولي، يبحث فيما تفيده صيغة الأمر المطلق^(٤)، وصيغة النهي المطلق، وما

(١) الخاطي، هو العاصي - وهو خلاف المخطيء - ولا شك أن العصيان لا يكون إلا في اجترار أمر محرم؛ لأنه يستلزم العقاب، ولا عقاب على مباح - نيل الأوطار - ج ٥ - ص ٢٢ - للشوكاني.

(٢) الدليل التفصيلي بإيجاز هو ما يرد في كل مسألة معينة من دليل خاص بها بعينها.

(٣) القاعدة هي قضية كلية يتعرّف منها أحكام الجزئيات التي تندرج تحت موضوعها.

راجع بحث القواعد الكلية التي تستنبط منها المصالح المرعية في الأحكام الشرعية - حجة الله البالغة -

ج ١ - ص ٢٤ - للدهلوي.

(٤) غير المقيّد بقريئة تصرفه عن معناه الأصلي.

يفيده اللفظ العام، واللفظ الخاص، والمشارك، كما يبين مراتب الوضوح^(١)، ومراتب الخفاء، حتى إذا أفضى به البحث والاستقراء إلى أن «الأمر المطلق» مثلاً يفيد الوجوب والإلزام، وأن النهي المطلق يفيد التحريم والمنع الحتمي، وضع قاعدة عامة لكل منهما، ليلتزمها الفقيه المجتهد في تفسيره لكل أمر، ولكل نهي، إذ يندرج في مضمون هذه القاعدة أو تلك جميع الأوامر والنواهي في القرآن والسنة، بل وفي كل نص كتب بالعربية.

وما يقال في الأوامر والنواهي، ينطبق على العام والخاص، والمشارك، وغيرها من المباحث اللفظية المشتركة بين الكتاب والسنة، يصوغ القواعد الأصولية التفسيرية التي يتقيد بها الفقيه المجتهد في اجتهاده التشريعي الفروعي، فيطبقها على النصوص والأدلة التفصيلية؛ لاستنباط الأحكام الفرعية لكل مسألة بخصوصها، وهذه القواعد أنواع للدليل الإجمالي: الكتاب والسنة، كما ذكرنا.

وهي قواعد أصولية لغوية لتفسير نصوص القانون كذلك.

هذا، والإجماع^(٢) مصدر تشريعي، أو دليل إجمالي نوعه:

١- الإجماع القولي الصريح.

٢- الإجماع السكوتي^(٣).

والقياس أنواعه: ١- منصوص العلة. ٢- مستنبط العلة، ٣- القياس الخفي،

(١) فيما يتعلق باللفظ الواضح، يبين الأصولي مناط قوة الوضوح، ومراتب تلك القوة، ليحدد مجال الاجتهاد بالرأي، ولا سيما التأويل، كما يحدد ما لا مجال فيه للرأي والاجتهاد وهو ما نسميه بالمفسر والمحكم، ومنهما يتكوّن النظام الشرعي العام، هذا شيء.

وشيء آخر، أن مراتب الوضوح في الألفاظ ذات أثر في الترجيح عند التعارض الظاهري، إذ يقدم ما هو أقوى وضوحاً على ما هو دون ذلك، كما سيأتي تفصيله - راجع ص ٦٩ وما يليها.

أما الألفاظ الخفية فيحدد الأصولي مناشيء الخفاء ومراتبه وقواعد إزالته.

(٢) الإسنوي بتعليق الشيخ بخيت - ج ٢ - ص ٨٥٢ - ص ٩٠٩ - التوضيح - ج ٢ - ص ٤١ صدر الشريعة.

(٣) الإجماع الصريح هو: اتفاق المجتهدين من أمة محمد - ﷺ - في عصر من العصور، بعد وفاة النبي، على حكم شرعي لمسألة معينة، وأن يعلنوا جميعاً رأيهم قولاً أو كتابةً. أما الإجماع السكوتي: فهو أن يعلن بعض المجتهدين رأيهم قولاً أو كتابةً، ويسكت الباقون بعد علمهم برأي الأولين، دون إبداء اعتراض، وبعد مضي فترة كافية عرفاً للبحث والتأمل، فيفسر سكوتهم أنه موافقة على رأي الأولين، ورضاهم عنه، وبذلك يتحقق الاتفاق من الكل، وهو جوهر معنى الإجماع - المرجع السابق.

٤- القياس الجلي .

وكذلك المصلحة - وهي من قواعد الاستدلال - نوعان :

١- منها ما يشهد لها نص خاص بها بالحجية والاعتبار .

٢- ومنها ما يشهد لها أصل كلي عام، وهكذا .

المبادئ التشريعية الأصولية نوعان :

١- تشريعية نصية: بمعنى أنها ثابتة بالنصوص من القرآن والسنة .

٢- أصول تشريعية معنوية عامة مستنبطة بالاجتهاد الأصولي عن طريق استقراء معان،

وأدلة جزئية كثيرة، يتضمن كل منها معنى الأصل العام الذي يندرج فيه .

والأصل المعنوي العام، كالأصل اللفظي العام، كلاهما حجة في صحة الاستدلال

به، وبناء الحكم عليه .

١- مثال الأول: قوله ﷺ: « لا ضَرَر ولا ضِرَار » .

فهذا نص تشريعي من السنة يقرر قاعدة كلية أو مبدأ عاماً، مضمونه نفي الضرر، أو

عدم مشروعيته، وقوعاً وإيقاعاً، بإطلاق، وأياً كان منشؤه، سواء أكان منشؤه التشريع

الاجتهادي الفروع، أو التصرف الإرادي خارج حدود الحق، أو داخل حدوده

الموضوعية، بأن كان تعسفاً في استعماله أدى إلى الإضرار بالغير من الفرد أو المجتمع^(١)

ضرراً راجحاً .

وهذا المبدأ الأصولي العام، تضافرت على تأصيله أيضاً في الشريعة جزئيات وكليات .

على أن هذا المبدأ العام، يرد قيده على استعمال الحقوق جميعاً، كسباً وانتفاعاً؛ إذ

يُلقي واجباً عاماً على الكافة، قوامه ما استخلصه الإمام الشاطبي صاغه في قاعدة عامة

بقوله :

«حق الغير محافظ عليه شرعاً»^(٢) وأنه من حقوق الله تعالى، أي من نظامه الشرعي

العام^(٣) .

(٣) المرجع السابق ص ٣٣ .

(٢) نيل الأوطار - ج ٥ - ص ٢٦١ - للشوكاني - الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده - ص ٣٤٣ - للمؤلف .

(٣) الموافقات - ج ٢ - ص ٣٢٢ - للإمام الشاطبي - راجع ص ٢٩٩ .

وبذلك ينهض الدليل البين على أن التشريع الإسلامي والمذهب الفردي على طرفي نقيض، فالنزعة

فتلخص أن التشريع الاجتهادي الفروعى الضرورى من حيث مآل تطبيقه، غير مشروع فى الإسلام قطعاً، وكذلك التصرف الإرادى الضرورى، ولو كان - فى الأصل - ناشئاً عن حق، أو إباحة وحرية عامة؛ لأن حق الغير - من الفرد أو المجتمع - محافظ عليه شرعاً، وهو مبدأ عام قطعى حاكم على التشريع كله، كما قدمنا.

٢- قاعدة الضرورة: يقوم عليها استثناء مواقع الضرورة من قواعد الشرع وعموماته^(١)، وقد أصلها نص تشريعى .

وكذلك الحاجة البالغة مبلغ الضرورة، أو القرية منها أثراً. وقد أرسى هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ، إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾^(٢)، فالاضطرار سبب الاستثناء ودليله .

وهذا أصل كلنى نصى، أو مبدأ عام يوجه المجتهد بالرأى، إلى تفريع أحكام الوقائع المستجدة على أساسه، استثناءً من القواعد النظرية، بمقتضى حالة الضرورة أو الحاجة القرية منها أثراً.

وبمقتضى هذا المبدأ العام، يتمكن الباحث أو المجتهد بالرأى من الموازنة بين مقتضى القواعد النظرية، والواقع المعيش من حياة الناس فى مختلف عصورهم وبيئاتهم وظروفهم، بالاستناد إلى أصل شرعى آخر هو أقوى فى رعايته لمصالح الناس فى ظرف معين .

٣- مبدأ نفي الحرج والمشقة البالغة غير المعتادة، سواء فى العبادات أم المعاملات^(٣) .

■ الجماعية فى الأول واضحة .

(١) الأشباه والنظائر - ص ٨٣ - للسيوطى .

(٢) المناهج الأصولية فى الاجتهاد بالرأى - ص ٦١٩ - وما يليها - للمؤلف .

(٣) ومن هنا شرعت الرخصة فى التشريع الإسلامى، فأجيز الإفطار فى رمضان للمريض والمسافر، والتيمم بدل الوضوء بالماء عند فقدانه، أو العجز عن استعماله، وهكذا، أما فى المعاملات فقد أجاز الغرر اليسير، وعقد الاستصناع، وعقد السلم، ترخيصاً واستثناءً من قاعدة عدم جواز بيع المعدوم، رافعاً للحرج عن الناس فى وسائل كسبهم ما دام لا يترتب على ذلك غرر أو ربا، أو منازعات .

القوانين الفقهية - ص ٢٥٦ - ابن جزيء - راجع هامش ص ٣٧٧ .

وهو أصل عام أيضاً أرساه قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾^(٢).

كما يشهد لهذا المبدأ جزئيات في التشريع لا تُحصى .
مثال ذلك: نفي الغرر جملةً من العقود، قاعدة عامة تحقق مصلحةً مكتملةً^(٣) لأصل البيع والإجارة وسائر العقود التبادلية، والجري على مقتضى هذه القاعدة العامة، لأن وجوب نفي أصل الغرر - كثيراً كان أم قليلاً - في العقود، قد يؤدي إلى سدّ باب التعامل والمعاوضة، مما يترتب عليه إيقاع الناس في مشقة بالغة غير معتادة فيما هم بسبيله من ممارسة أسباب معاشهم، فيستثنى من ذلك، الغرر^(٤) اليسير، فيغتفر، عملاً بمقتضى مبدأ رفع الحرج.

ومن هنا قرر الأصوليون قاعدةً أصوليةً في الاجتهاد التشريعي الفروعى مؤداها: «أن المصلحة المكتملة إذا عادت على الأصل بالنقص لا تعتبر».

وهذه القاعدة معنى عام ثابت بالاستقراء .

ومن ثم، فلا يجوز الجري على مقتضى القواعد النظرية إبان مواجهة الواقع بملايساته، والغلو في تطبيقها، على نحو يفضي إلى مآل ضرري يتنافى والمصلحة والعدل، أو يؤدي إلى نقض أصل كلي آخر هو أولى بالاعتبار في مثل هذه الحال .

ومن هنا أصل الإمام الشاطبي أصلاً معنوياً آخر، هو «المآل» حيث يقول: «النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً، سواء أكانت الأفعال موافقة - مشروعة - أو مخالفة - غير مشروعة - على ما سيأتي بيانه في المعنى العام، من حيث وجوب الالتزام بمقتضاه كاللفظ العام .

وهذا أبين دليل على واقعية التشريع الإسلامي، فضلاً عن مثاليته، إذ يحاول التوفيق - في التطبيق والعمل - بين مقتضى القاعدة النظرية المجردة، وواقع حياة الناس، على نحو

(١) سورة الحج آية ٧٨ .

(٢) سورة البقرة آية ١٨٥ - الأشباه والنظائر - ص ٧٦ للسيوطي .

(٣) مراتب المقاصد التشريعية العامة ثلاث تفتاوت فيما بينها من حيث قوتها الذاتية، فأقواها أثراً، الضرورية، ثم الحاجة، ثم التحسينية .

راجع في بيان هذه المقاصد - ص ٥٢٩ من هذا الكتاب .

(٤) الغرر هو الذي لا يُدرى حصوله أم لا .

لا يخل بمقاصد التشريع ومبادئه الأساسية، والمصلحة العامة.

هذا، ومبدأ شخصية العقوبة الثابت بقوله تعالى: ﴿أَلَا تَرَوْا وَزْرًا وَزَّرَ أُخْرَى﴾.
ومبدأ الجزاء على قدر الجُهد الذاتي الثابت بقوله تعالى: ﴿وَلِكُلِّ دَرَجَاتٍ مِمَّا عَمِلُوا﴾
وقوله سبحانه: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾
ومبدأ الرضائية في العقود الثابت بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾.

ومبدأ إعطاء كل ذي حق حقه، وما له، وما هو خاصٌ به. الثابت بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾، وقوله سبحانه: ﴿وَلَا تَبْخُسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ﴾^(١)، وقوله - ﷺ -: «المسلم على المسلم حرام، دمه، وماله، وعرضه».
وغير ذلك كثير مما يعتبر أصولاً يلتزمها الباحث المجتهد الفقيه ويتقيد بها في عملية الاستنباط والتفسير؛ لأنها من موجّهات العدل ومبانيه^(٢) في التشريع الإسلامي.

٢- المعنى العام^(٣) (كاللفظ العام).

على أن «المعنى العام» الذي استخلصه الأصولي من مواقع المعاني الجزئية، وفروع التشريع، يعتبر أصلاً من أصول الفقه أيضاً، من حيث وجوب الاحتجاج به، والتزامه في الاجتهاد التشريعي، وبناء الأحكام عليه، إذا أعوز النص، والتزامه أيضاً في حالة تطبيق النصوص الجزئية، وما ينجم عن ذلك التطبيق من نتائج واقعية في ظرف معين، ولو لم يعبر المشرع عنه بلفظ عام.
مثال ذلك قاعدة: «أن الفعل الجائز المشروع في الأصل، يمنع إذا كان ذريعة إلى مفسدة راجحة» في ظرف من الظروف.

(١) راجع القواعد التشريعية مقوماً من مقومات النظام الشرعي العام - ص ٢٦٩ وما بعدها.
ومن هنا لا مجال لمعالجة مشكلة «فائض القيمة» المعروفة في الاقتصاد.
(٢) راجع بحث ذلك مفصلاً في النظام الشرعي العام - ص ٢٦٩ - وما يليها.
(٣) يقول بعض الكتاب المحدثين في هذا الصدد: «الأصل الكلي يمثل نصوصاً شتى تضافرت في إنتاجه» - كتاب ابن حنبل - ص ٢١٥ - للشيخ محمد أبي زهرة.
ودلالة المعنى الحرفي للنص على ما يستلزمه من معنى عقلي أو منطقي، حجة أيضاً؛ لأن اللفظ الدال على الملزوم دال على لازمه.

أو بعبارة أخرى: «إن الفعل المشروع يصبح غير مشروع إذا أفضى إلى مآل ممنوع» في التطبيق والعمل.

إذ العبرة بالمآل والنتيجة الواقعية التي يجب أن يُكَيَّف الفعل على ضوءها بالمشروعية أو عدم المشروعية، بقطع النظر عن أصل حكمه، كما بينا.

هذه القاعدة أصل معنوي عام من أصول التشريع، لأن المشرع نفسه قد لاحظها واعتبره في أحكام فروع كثيرة، فيكون الاستدلال بهذا الأصل - في الواقع - استدلالاً بتلك الجزئيات التي تضافرت على تأصيل هذا المعنى العام؛ إذ كل جزئية تتضمن ذلك المعنى العام كاملاً، كما أسلفنا.

وعلى هذا، فالأفعال والتصرفات، وتطبيق الأحكام الفرعية على الوقائع في ظروفها ظروفه الملازمة.

٢- ومن ذلك مبدأ تقديم المصلحة العامة على الخاصة.

وقد استخلص هذا المبدأ العام الذي يعتبر من أصل المبادئ العامة في التشريع الإسلامي، وموجهات العدل فيه، من نصوص جزئية، يتضمن كل منها هذا المعنى كاملاً.

ومن هنا صاغ الأصوليون والفقهاء القاعدة العامة المحكمة: «الضرر الخاص يتحمل في سبيل دفع ضرر عام»^(١).

وهذه القاعدة خطة تشريعية^(٢)؛ في التنسيق بين المصالح المتضاربة، ولا سيما إبان التطبيق ومواجهة الواقع.

وقولنا في التعريف يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية (الفرعية) من الأدلة التفصيلية، يقتضينا بيان الفرق بين مهمة الأصولي ومهمة الفقيه المجتهد.

الفرق بين مهمة الأصولي، ومهمة المجتهد الفقيه أو تحديد موضوع ومجال بحث كل منهما.

(١) مجلة الأحكام العدلية - مادة/ ٢٦ - ومادة/ ٢٧.

والتعبير بالدفع يشير إلى ما لهذه القاعدة أو الخطة التشريعية من دور وقائي يوجب الحيولة دون وقوع الضرر العام إذا كان متوقفاً، ولم تُعبَّر بالرفع الذي يشير إلى الدور العلاجي بعد الوقوع.

(٢) يقول الإمام ابن قيم الجوزية في هذا المعنى: «إن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما، فهذا هو الفقه، والقياس، والمصلحة، وإن أباه من أباه» - الطرق الحكمية - ص ٣١٠.

الأصولي مجال بحثه الكليات وتأسيس قواعد الاجتهاد وقوانينه .
يبحث في الأدلة الإجمالية - مصادر التشريع - لا من حيث ذاتها أو مفاهيمها تصوراً ،
بل من حيث إقامة الأدلة على حجيتها، واعتبارها طرماً أقرها الشارع لاستنباط الأحكام منها ،
الملازمة ، محكمة بنتائجها ، سلباً أو إيجاباً ، بقطع النظر عن حكمها الأصلي ، سواء قصد
المتصرف تلك النتائج أم لم يقصدها ، بل ولو كان قصده حسناً ، إذ العبرة بالنتيجة الواقعية
في المجتمع .

وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي : «إيقاع السبب ، بمنزلة إيقاع المسبب ، قصد
ذلك المتسبب ، أو لا ، لأنه لما جعل مُسبباً عنه في مجاري العادات ، عُذُّ كأنه فاعل له
مباشرة» وهذا بين .

ومن هنا كان الاجتهاد في التطبيق لا يقل خطراً عن الاجتهاد النظري في الاستنباط^(١) ،
وهذا الأصل هو ما يسمى في اصطلاح الأصوليين : «سد الذرائع» .

وبهذا يتبين لنا ، أن مبدأ «سد الذرائع» أصل معنوي عام قطعي يقيني تضافت نصوص
جزئية كثيرة على تأصيله ، وهو خطة تشريعية ، أو قاعدة استدلالية مُحَكَّمة ، وليس مصدراً
تشريعياً^(٢) ؛ بل هو قاعدة للاستدلال بالنصوص في ضوء المصالح ولا سيما عند التطبيق في
أو إثباتها بها ، كما يبحث في شروط هذا الاستنباط ، ويبين مراتب تلك المصادر من حيث
قوة الحجية .

(١) من تطبيقات هذا الأصل في الاجتهاد بالرأي في تطبيق النص ، اجتهاد عمر في إيقاف حكم التزوج
بالكتائب الأجنبية إبان فتح فارس ، بالنظر لما أشار إليه من إفضائه إلى ضرر عام ، في ذلك الطرف
العسكري والسياسي للدولة الناشئة . وسيأتي تفصيل ذلك .

على أن اجتهاد عمر بالرأي لم يكن فيما لا نص فيه فحسب ، بل كان فيما فيه نص ، تفهماً وتطبيقاً
وفي هذا المعنى يقول الشيخ عبدالعزيز المراغي : «ولست ترى جانباً من جوانب الحياة الاجتماعية لم
يجتهد فيه عمر ، حتى فيما نص عليه» مجلة الأزهر - المجلد الثامن عشر - ذو القعدة ص ١٣٦٦هـ .

(٢) يقول الإمام الشاطبي ، في هذا الصدد : «إن سدَّ الذرائع أصل شرعي قطعي متفق عليه في الجملة
(بوجه عام) وإن اختلف العلماء في تفاصيله ، وقد عمل به السلف بناءً على ما تكرر من التواتر المعنوي
في نوازل متعددة دلت على عمومات معنوية ، وإن كانت النوازل خاصةً ، ولكنها كثيرة» .

ويوضح الإمام الأكبر الشيخ محمد الخضر حسين شيخ الجامع الأزهر سابقاً هذا الكلام بتعليق موجز

هذا، ويبحث أيضاً في أنواع هذه الأدلة، فيحرر قواعد الاجتهاد التشريعي في تفسير النص أو تأويله، ويؤصل الأصول المعنوية، باعتبارها مباني العدل وموجهاته، ومعايير لموضوعية الحق.

أو بعبارة أخرى، يرسم مناهج الاجتهاد، وخطط التشريع، ويؤصل القواعد، ويرسي قوانين الاستدلال العلمي الصحيح.

أما الفقيه أو الباحث المجتهد، فيتحدد مجال بحثه في الجزئيات والمسائل والفروع، يبحث لكل فعل أو تصرف معين، عن الدليل الخاص به في مصادر التشريع المعتمدة، نصاً أو دلالة ومعقولاً، ليستنبط منه حكمه المتعلق بذلك الفعل أو التصرف بالذات، ويستتبع في اجتهاده التشريعي هذا، المناهج والخطط التشريعية التي رسمها له الأصولي، كما يلتزم في التطبيق القواعد الكلية التي أصلها له، لا يحيد عنها، ليأمن الوقوع في الزلل والخطأ، وليكون بحثه منهجياً علمياً موضوعياً محرراً، مسدد الخطى، غير متأثر بالغرص والهوى.

فالمجتهد الباحث، بعد عثوره على الدليل المتعلق بالمسألة المعروضة، يزنه بالمعايير التي صاغها الأصولي، ليتبين مدى حججته، فإن كان نصاً استثمر كافة طرق دلالاته على معانيه، تلك الطرق التي قررها له الأصولي، ويطلق عليها الأصوليون «الدلالات».

وعلى ضوء من المصلحة التي يستهدفها تشريع النص، يُحدّد مجال تطبيقه، وهذا يقتضيه أن يعلل النص بمسالك معروفة في علم الأصول، وإذا تعارض هذا النص مع نص آخر يتناولان المسألة ذاتها، بحكمين متخالفين، وجب عليه «التأويل» ليرفع هذا التعارض الظاهري، ويوفق بينهما، ملتزماً شروط التأويل التي وضعها له الأصولي، أو يرجح أقوى الدليلين وأجدرهما بالعمل والتقديم على ضوء ما بيّن له الأصولي من مراتب الأدلة، وتفاوتها أو تدرجها من حيث قوة الحجية.

هذا، والأحكام الشرعية العملية المستنبطة اجتهاداً من أدلتها التفصيلية هي «الفقه» الذي يُغطي جميع وجوه النشاط الإنساني والدولي، دينياً واقتصادياً واجتماعياً وسياسياً، وعسكرياً، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشافعي: «فليس تنزل بأحد من دين الله نازلة، إلا وفي كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها»^(١).

فتحكم العلاقة بين العبد وربّه (عبادات) والعلاقات بين الفرد والفرد (معاملات) وعلاقة

(١) الرسالة - ص ٣٦.

الفرد بأسرته (أحوال شخصية) والفرد بالدولة (دستورياً وجنائياً وإدارياً) وعلاقات الدولة بغيرها من الدول في السلم والحرب (دولياً).

ويقصد بالحكم، إثبات أمر لأمر، أو نفيه عنه، كقولنا: «الوفاء بالتزامات العقد واجب، والربا غير مشروع».

أما كون هذه الأحكام شرعية - كما ورد في التعريف.. فلأنها منسوبة إلى الشرع، ومستمدة من مصادره^(١).

وأما كونها عملية^(٢)، فلأنها تتعلق بأفعال الملكفين، وتصرفاتهم، ووجوه نشاطهم وسعيهم، وما يتخذونه من نظم وإجراءات وتدابير حاكمين ومحكومين.

ويشمل الفقه من أعمال القلوب: النية والباعث، لما لهما من الأثر في الحكم على التصرف صحة وبطلاناً، أو حراماً أو حلالاً.

هذا، والحكم الشرعي^(٣) يقرر فرضاً، أو واجباً عاماً على الكافة، أو خاصاً، أو ينشئ حقاً، أو يفرض نظاماً، أو يحدد سلوكاً، أو يحرم أفعالاً، أو ينظم علاقات.

غير أنه من الثابت، أن ليس كل ما ينزل بالآمة من وقائع، وما يلزم بها من أحداث، أو ينشأ بين أفرادها من علاقات، وما يمارسونه من وجوه النشاط، قد ورد في التشريع الإسلامي دليل تفصيلي خاص به، إذ ليست جميع الأدلة فيه تفصيلية، ولا يمكن أن تكون كذلك؛

لأن الوقائع لا تنتهي، ونصوص التشريع، كليها وجزئها محدود، وإن كانت مفاهيمها، وما بنيت عليه من اعتبارات وعلل ومقاصد هي من البسطة بحيث لا يمكن تحديد مداها.

(١) وبذلك تخرج الأحكام العقلية، كالحساب، والجبر، والهندسة، وما إليها - وتخرج الأحكام الحسية، والتجريبية كأحكام الفيزياء، والكيمياء، والطب وما إليها.

(٢) وبهذا القيد تخرج الأحكام الاعتقادية، لأنها موضوع علم التوحيد والفلسفة الإسلامية، كما يخرج الوجدانيات (التصوف).

(٣) ومضمونه يتفق ومضمون القاعدة القانونية إلى حد كبير.

هذا، والأحكام الشرعية - في الواقع - أوصاف وكيفيات أسبغها الشارع على أفعال المكلفين وتصرفاتهم، من كونها مفروضة أو واجبة، أو مباحة، أو محرمة، أو مكروهة، أو مندوباً إليها.

ومن هنا كان لا بد من الاستدلال بمعقول تلك النصوص، والاستناد إلى مبادئها العامة، وأصولها المعنوية، ومقاصدها في التشريع، ولا سيما ما يسمى قاعدة: «المصلحة المرسله».

والمصلحة المرسله، قاعدة الاجتهاد التشريعي فيما لا نص فيه. والمصلحة المرسله هي التي لم يرد نص معين خاص بها، يشهد لها بالاعتبار أو الالغاء، وهذا معنى إرسالها أو إطلاقها عن النصوص.

غير أنه لا بد أنه يشهد لها بالاعتبار أصل كلي، لفظي أو معنوي، وإلا كانت غريبة عن التشريع؛ كما سيأتي بيانه.

فيلجأ المجتهد إلى هذا الأصل الكلي ليستنبط على أساسه حكماً جزئياً خاصاً بالمسألة المعروضة التي لم يرد بها نص، والذي من شأنه أن يحقق تنفيذ المصلحة المتوخاة من تشريعه، بحيث تتفق هذه المصلحة ومقاصد التشريع العامة.

فأنت ترى أن المجتهد لا يعتمد في اجتهاده التشريعي في مثل هذه الحال، على دليل تفصيلي؛ لأن المفروض أنه منتفٍ، بل على «أصل عام» وهذا ما دعانا إلى إضافة قيد في التعريف السابق؛ ليصبح جامعاً شاملاً، فقلنا: «أو من مقاصد التشريع، ومبادئه العامة»^(١).

أصول الفقه بعضها قطعي، وبعضها ظني:

جمهور الأصوليين على أن أصول الفقه الإسلامي، ليست كلها قطعية، بل بعضها ظني حسب نوعية الدليل الذي نهض بها.

فاللفظ العام مثلاً قد وقع الخلاف في نوعية دلالة على جميع أفرادها، هل هي قطعية أو ظنية؟ وكذلك قاعدة دلالة النص على مفهومه المخالف أو المعاكس، وقاعدة الإجماع السكوتي، وغيرها، وللمجتهد أن يختار من القواعد الظنية ما يشاء، إذ الظن الراجح كافٍ في وجوب العمل في باب المعاملات أصولاً وفروعاً، كما قدمنا^(٢).

(١) أغلب الظن أن التعريف التقليدي المأثور لعلم أصول الفقه صيغ على ضوء من مذهب الإمام الشافعي الذي حدد «نظرية التشريع» بالكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس الأصولي الخاص، لا قياس القواعد، أو القياس العام الذي عرفه أتباعه من الأصوليين فيما بعد، ثم أسندوه إليه.

(٢) هذا، وذهب الإمام الشاطبي إلى أن أصول الفقه في الدين قطعية، وهو ما لا يمكن التسليم به، إذ الخلاف جارٍ في الأصول كما هو جارٍ في الفروع، والقطع أو الظن، منوط بنوعية الدليل الذي يشته. ■

وعلى هذا، فالمقصود بالعلم في التعريف «مطلق الإدراك» الشامل لليقيني والظني .
والخلاصة: أن أصول الفقه هي مصادره وقواعده التي ينهض عليها منهج البحث
العلمي في الاجتهاد التشريعي الذي يلتزمه المجتهد في بحثه واستنباطه للأحكام الشرعية
العملية من نصوص التشريع، وأدلته الخاصة والعامة، اللفظية والمعنوية المتعلقة بأفعال
الملكفين - حاكمين ومحكومين - ووجوه نشاطهم في شتى نواحي الحياة، وقد بلغ من الدقة
والإحكام بحيث لا تجد له نظيراً عند أية أمة أخرى، حتى يومنا هذا.

«الموافقات - ج ١ - ص ٢٩ وما بعدها.