www.daralthaqafa.com

فلسفة الاجتهاد في الفقه الإسلامي

بالمقارنة مع فلسفة القانون في القانون الوضعي

الأستاذ الدكتور
أحمد عبد الكريم أبو شنب
عميد كلية الحقوق - جامعة الإسراء - سابقاً
عميد كلية القانون - جامعة عمّان العربية - سابقاً

دار الثقافة للنشر والتوزيع
عمّان - الأردن

www.daralthaqafa.com

فلسفة الاجتهاد في الفقه الإسلامي

بالمقارنة مع فلسفة القانون في القانون الوضعي

www.daralthaqafa.com

260, 421

رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية: (2025/7/3557)

المؤلف: أحمد عبد الكريم أبو شنب

الكتاب: فلسفة الاجتهاد في الفقه الإسلامي بالمقارنة مع فلسفة القانون في القانون الوضعي

الواصفات: الاجتهاد - الأدلة العقلية - مصادر التشريع - الفقه الإسلامي
القواعد القانونية - القانون المقارن

لا يعبر هذا المصنف عن رأي دائرة المكتبة الوطنية أو أي جهة حكومية أو الناشر

ISBN: 978-9923-15-347-5

الطبعة الأولى 2026م - 1447هـ

جميع الحقوق محفوظة All rights reserved Copyright ©

رتبت كافة التشريعات مسؤولية جزائية على انتهاك حقوق المؤلف وحقوق الناشر وحقوق الملكية الفكرية سواء كان هذا الانتهاك بالاستنساخ أو التصوير أو التخزين أو الترجمة أو التسجيل الصوتي أو المرئي أو تحويل المصنف (الكتاب) إلى صيغة إلكترونية و/أو بأية طريقة أخرى دون الموافقة الخطية للمؤلف والناشر مالكي حقوق الملكية، وتعتبر جميع الأفعال المذكورة أعلاه من الجرائم، وتصل عقوبتها إلى الحبس، ولم تقف التشريعات عند ذلك، بل يترتب على هذه الجرائم مسؤولية مدنية، تتمثل بمطالبة المعتدي بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي.

وعليه نهيب بالجميع الالتزام واحترام قانون حق المؤلف وحقوق الملكية الفكرية تجنباً للمساءلة القانونية وتحت طائلة المسؤولية الجزائية والمدنية والإدارية

الناشر:

دار الثقافة للنشر والتوزيع

أسسها خالد محمود جابر حيف عام 1984 عمان - الأردن
Est. Khaled M. Jaber Haif 1984 Amman - Jordan

عمان - شارع الملكة رانيا العبدالله (شارع الجامعة الأردنية) - مقابل بوابة العلوم للجامعة الأردنية
مجمع محمد عربيات التجاري - رقم 261 - الطابق الأول - هاتف: 5341929 6 (962+) - موبايل: 9992616 79 (962+)

Dar Al-Thaqafa For Publishing & Distributing
Website: www.daralthaqafa.com e-mail: info@daralthaqafa.com

الثقافة للتصميم والإخراج

www.daralthaqafa.com

فلسفة الاجتهاد في الفقه الإسلامي

بالمقارنة مع فلسفة القانون في القانون الوضعي

الأستاذ الدكتور
أحمد عبد الكريم أبو شنب
عميد كلية الحقوق - جامعة الإسراء - سابقاً
عميد كلية القانون - جامعة عمّان العربية - سابقاً

دار الثقافة
للنشر والتوزيع
1447هـ-2026 م

www.daralthaqafa.com

الفهرس

المقدمة..... 15

الفصل التمهيدي: فلسفة التشريع بين الشرع والوضع..... 21
المبحث الأول: موضوعات علم أصول الفقه الإسلامي..... 22
الفرع الأول: الأدلة الشرعية..... 22
المطلب الأول: الأدلة النصية..... 22
المطلب الثاني: الأدلة العقلية..... 23
المطلب الثالث: الأحكام العامة..... 24
الفرع الثاني: شروط الاجتهاد..... 25
الفرع الثالث: مقاصد التشريع العامة..... 25
المبحث الثاني: موضوعات فلسفة القانون الوضعي..... 28
الفرع الأول: أصل القانون..... 28
المطلب الأول: الفلسفة الموضوعية..... 28
المطلب الثاني: الفلسفة الوضعية..... 34
المطلب الثالث: الفلسفة العلمية أو الوسطية..... 35
الفرع الثاني: الرسالة التي يضطلع به القانون..... 37
الفرع الثالث: مناهج الفكر القانوني..... 39
المبحث الثالث: موقع فلسفة التشريع الإسلامي في الفلسفات القانونية..... 41
الفرع الأول: مدى اقتراب فلسفة التشريع الإسلامي من الفلسفة الموضوعية..... 41
المطلب الأول: بين فلسفة التشريع الإسلامي وبين نظرية القانون الطبيعي..... 41
المطلب الثاني: بين فلسفة التشريع الإسلامي وبين الفلسفات الاجتماعية..... 43
المطلب الثالث: بين فلسفة التشريع الإسلامي وبين الفلسفة النفعية..... 49
الفرع الثاني: مدى اقتراب فلسفة التشريع الإسلامي من الفلسفة الوضعية..... 50
الفرع الثالث: مدى اقتراب فلسفة التشريع الإسلامي من الفلسفة العلمية..... 52

الباب الأول

الفلسفة العامة للاجتهاد بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الفصل الأول: مفهوم العقل وانعكاساته على فلسفة الاجتهاد في الفقه الإسلامي..... 60
المبحث الأول: تطور المدلول اللغوي لمفهوم العقل..... 61

www.daralthaqafa.com

الفرع الأول: الأصل في مفهوم العقل في اللغة 61
المطلب الأول: تعريف العقل بالإمساك والاستمساك والمنع والدية..... 61
المطلب الثاني: تعريف العقل بأنه القوة العاقلة وبأنه ضد الحمق..... 62
الفرع الثاني: تطور مفهوم العقل إلى التمييز بين الخير والشر..... 63
المطلب الأول: تعريف العقل بأنه القوة الغريزية المميزة بين الخير والشر 63
المطلب الثاني: تعريف العقل بأنه القوة التي تدفع إلى الخير وتمنع عن الشر ... 64
الفرع الثالث: تطور مفهوم العقل بحيث يمثل المعرفة 66
المطلب الأول: تعريف العقل بأنه القوة المتهيئة لقبول العلم 66
المطلب الثاني: تطور مفهوم العقل ليرادف معنى العلم نفسه..... 67
المبحث الثاني: مفهوم العقل وانعكاسه على طبيعة الاجتهاد في القرآن الكريم..... 69
الفرع الأول: مفهوم العقل في القرآن الكريم..... 69
المطلب الأول: التمييز بين الخير والشر..... 70
المطلب الثاني: العلم والفهم والمعرفة..... 74
الفرع الثاني: انعكاس مفهوم العقل في القرآن الكريم على فلسفة الاجتهاد في الفقه الإسلامي..... 79
المبحث الثالث: مفهوم العقل في السنة النبوية وانعكاسه على فلسفة الاجتهاد..... 84
الفرع الأول: مفهوم العقل في السنّة النبوية..... 84
المطلب الأول: مناقشة للأحاديث التي ورد فيها العقل بصيغة المصدر..... 84
المطلب الثاني: مفهوم العقل في السنّة النبوية بوجه عام..... 89
الفرع الثاني: انعكاس مفهوم العقل في السنة النبوية على فلسفة الاجتهاد 90
الفصل الثاني: نظرية الاجتهاد في الفقه الإسلامي 94
المبحث الأول: طبيعة الاجتهاد في الفقه الإسلامي..... 95
الفرع الأول: مفهوم الاجتهاد في الفقه الإسلامي 95
المطلب الأول: مفهوم الدليل العقلي لدى طائفة السنّة 95
المطلب الثاني: مفهوم الاجتهاد لدى المعتزلة والشيعة الأصولية 97
المطلب الثالث: مفهوم الاجتهاد لدى الطائفة الصوفية..... 97
الفرع الثاني: مجال الاجتهاد 100
المطلب الأول: النصوص الظنية..... 100
المطلب الثاني: حالة عدم وجود النص..... 102
المطلب الثالث: اقتصار الاجتهاد على المعاملات من بين الأحكام العملية..... 103
الفرع الثالث: أسباب الاختلاف في الأحكام الاجتهادية..... 103
المطلب الأول: اختلافات القراءات..... 103

www.daralthaqafa.com

المطلب الثاني: الاشتراك في اللفظ 104
المطلب الثالث: عدم الاطلاع على الحديث أو الشك فيه 104
المطلب الرابع: النسخ 105
المطلب الخامس: الاختلاف في قواعد التفسير 105
المطلب السادس: الاختلاف في المناهج العقلية (الأدلة غير النصية) 106
المطلب السابع: تعارض الأدلة 107
المبحث الثاني: حجية الاجتهاد 108
الفرع الأول: أدلة القائلين بشرعية الاجتهاد (أي بالدليل العقلي) 108
المطلب الأول: الأدلة من الكتاب على حجية الاجتهاد (الدليل العقلي) 108
المطلب الثاني: الأدلة من السنّة على حجية الاجتهاد وبالنتيجة على حجية الدليل العقلي 110
المطلب الثالث: الأدلة من العقل ذاته على حجية الاجتهاد 111
الفرع الثاني: أدلة النافين لحجية الاجتهاد 112
المطلب الأول: أدلتهم من الكتاب 112
المطلب الثاني: أدلتهم من الآثار على عدم حجية الاجتهاد وصولاً إلى نفي حجية الدليل العقلي 112
المطلب الثالث: أدلتهم من العقل نفسه 113
الفرع الثالث: مناقشة لأدلة الفريقين 113
المطلب الأول: مناقشة لأدلة الفريقين من الكتاب 113
المطلب الثاني: مناقشة لأدلة الفريقين من السنّة والآثار 115
المطلب الثالث: مناقشة لأدلة الفريقين من العقل 116
الفرع الرابع: مناقشة لحجية دليل القلب 117
المبحث الثالث: شروط الاجتهاد ومراتبه 120
الفرع الأول: شروط الاجتهاد 121
المطلب الأول: الشروط الأساسية 121
المطلب الثاني: الشروط المهنية 125
الفرع الثاني: مراتب الاجتهاد 131
المطلب الأول: الاجتهاد المطلق 131
المطلب الثاني: الاجتهاد المقيد 132
المبحث الرابع: أحكام الاجتهاد 134
الفرع الأول: حكم الاجتهاد من حيث وصف الشارع له 134
المطلب الأول: الوجوب 134

www.daralthaqafa.com

المطلب الثاني: الندب 136
المطلب الثالث: الحرمة 136
المطلب الرابع: حكم خلو عصر من المجتهدين 136
الفرع الثاني: حكم الاجتهاد من حيث أثره الثابت به 138
المطلب الأول: مذهب المخطئة 138
المطلب الثاني: مذهب المصوّبة 139
المطلب الثالث: مناقشة لأدلة الفريقين 140
الفرع الثالث: حكم التقليد 144
المطلب الأول: حكم التقليد بوجه عام 144
المطلب الثاني: حكم إغلاق باب الاجتهاد 147
الفصل الثالث: طبيعة العلاقة بين العقل والشرع في المذاهب الإسلامية 149
المبحث الأول: نظرية التقبيح والتحسين العقليين 150
الفرع الأول: الأسس العامة لفلسفة المعتزلة 150
الفرع الثاني: مضمون نظرية التقبيح والتحسين العقليين 152
المطلب الأول: مبدأ ذاتية الحسن والقبح 152
المطلب الثاني: مبدأ حاكمية العقل بالحسن والقبح 160
المطلب الثالث: مبدأ الملازمة بين حكم العقل وحكم الشرع 170
الفرع الثالث: الآثار العملية لنظرية التقبيح والتحسين العقليين 175
المطلب الأول: اعتبار الفعل هو المصدر المادي للحكم 175
المطلب الثاني: عقلانية التشريع الإسلامي 178
الفرع الرابع: مقارنة عامة بين فكر العدلية في التقبيح والتحسين وبين فكر مدرسة القانون الطبيعي 182
المطلب الأول: نقاط الالتقاء بين النظريتين 182
المطلب الثاني: نقاط الاختلاف بين النظريتين 188
المبحث الثاني: نظرية التقبيح والتحسين الشرعيين 191
الفرع الأول: الأسس العامة لفلسفة الأشاعرة 191
الفرع الثاني: مضمون نظرية التقبيح والتحسين الشرعيين 193
المطلب الأول: مبدأ شرعية الحسن والقبح 193
المطلب الثاني: مبدأ حاكمية الشرع 195
المطلب الثالث: مبدأ نفي الملازمة بين حكم العقل وحكم الشرع 198
الفرع الثالث: الآثار العملية لنظرية التقبيح والتحسين الشرعيين 198
المطلب الأول: النص هو مصدر الحكم 198
المطلب الثاني: عدم اعتبار التشريع الإسلامي تشريعاً عقلانياً بالضرورة 200

www.daralthaqafa.com

الفرع الرابع: مقارنة عامة بين فلسفة الأشاعرة في التقبيح والتحسين الشرعيين وبين نظرية أوستن الشكلية 201
المطلب الأول: نقاط الالتقاء 202
المطلب الثاني: نقاط الخلاف 203
المبحث الثالث: مناقشة عامة لنظريتي المعتزلة والأشاعرة في التقبيح والتحسين 205
الفرع الأول: مناقشة لأدلة القائلين بنظرية التقبيح والتحسين العقليين 205
المطلب الأول: أدلتهم من الكتاب الكريم 205
المطلب الثاني: أدلتهم من السنّة النبوية والأخبار 206
المطلب الثالث: أدلتهم من العقل 208
الفرع الثاني: مناقشة لأدلة القائلين بنظرية التقبيح والتحسين الشرعيين 209
المطلب الأول: أدلتهم من المنقول 210
المطلب الثاني: الأدلة من المعقول 211
الفرع الثالث: مناقشة عامة للنظريتين والتقريب بينهما 213
خلاصة الباب الأول 219

الباب الثاني

فلسفة الاجتهاد في دائرة النص

الفصل الأول: طبيعة التشريع النصي 226
المبحث الأول: الأساس الإيماني للتشريع النصي الإسلامي 227
الفرع الأول: مضمون الأساس الإيماني للتشريع النصي الإسلامي 227
المطلب الأول: التسليم بالعقيدة الإسلامية 228
المطلب الثاني: حاكمية التشريع الإسلامي 233
الفرع الثاني: انعكاس الأساس الإيماني للتشريع الإسلامي على مظاهر الحياة القانونية الإسلامية 238
المطلب الأول: انعكاس الأساس الإيماني على الإنسان في النظام الإسلامي 239
المطلب الثاني: تأثير الأساس الإيماني على العلاقة بين الأخلاق والتشريع في النظام الإسلامي 248
المطلب الثالث: تأثير الأساس الإيماني للتشريع الإسلامي على خصائص القاعدة الشرعية 255
المبحث الثاني: تكوين القاعدة الشرعية النصية 262
الفرع الأول: العنصر الشكلي 262

www.daralthaqafa.com

المطلب الأول: مناقشة النظريات الشكلية الفقهية 262
المطلب الثاني: مضمون العنصر الشكلي..... 266
الفرع الثاني: العنصر العقلي..... 274
المطلب الأول: نظرية الحق في فلسفة القانون الوضعي 275
المطلب الثاني: نظرية الحق في الفكر الشرعي الإسلامي..... 278
الفرع الثالث: عنصر المصلحة..... 290
المطلب الأول: النظريات الإسلامية في المصلحة..... 290
المطلب الثاني: مضمون عنصر المصلحة..... 294
الفصل الثاني: التفسير والتطبيق..... 314
المبحث الأول: خطوات حل النزاع..... 315
الفرع الأول: التثبت من وجود القاعدة القانونية..... 315
المطلب الأول: الرقابة على القاعدة القانونية من الناحية الشكلية 315
المطلب الثاني: الرقابة الموضوعية على القاعدة القانونية..... 316
الفرع الثاني: تفسير النص..... 318
المطلب الأول: ماهية التفسير 318
المطلب الثاني: أسباب التفسير..... 322
المطلب الثالث: أنواع التفسير 332
الفرع الثالث: تطبيق القاعدة القانونية على الواقعة محل النزاع 337
المبحث الثاني: المذاهب التفسيرية بين الشرع والقانون..... 340
الفرع الأول: مدرسة التزام النص (مدرسة الشرح على المتون في القانون الوضعي ومدرسة الحديث في الفقه الإسلامي) 340
المطلب الأول: الأسس التفسيرية التي تقوم عليها النظريتان الإسلامية والوضعية في التزام النصوص 341
المطلب الثاني: تقدير مدرسة التزام النص..... 351
الفرع الثاني: المذهب الاجتماعي في التفسير..... 353
الفرع الثالث: نظرية البحث العلمي الحر في التفسير..... 360
الفرع الرابع: المبادئ الإسلامية في التفسير..... 363
الفصل الثالث: القواعد التفسيرية..... 370
المبحث الأول: قواعد فهم النصوص في حالة وضوحها وإبهامها ودلالتها على الأحكام 372
الفرع الأول: قواعد فهم النص في حالة وضوحه وإبهامه 372
المطلب الأول: قواعد فهم النص في حالة وضوحه..... 372
المطلب الثاني: قواعد تفسير النصوص في حالة إبهامها 378
المطلب الثالث: التأويل..... 386

www.daralthaqafa.com

الفرع الثاني: طرق دلالة الألفاظ على الأحكام 392
المطلب الأول: منهج الحنفية في طرق الدلالات 392
المطلب الثاني: منهج الشافعية والجمهور في طرق الدلالات 400
المبحث الثاني: قواعد التفسير في حالات شمول الألفاظ في دلالتها على الأحكام وعدم شمولها 413
الفرع الأول: قواعد التفسير في حالة العموم 413
المطلب الأول: ماهية العام وصيغه 413
المطلب الثاني: أنواع العام 415
المطلب الثالث: دلالة العام 415
المطلب الرابع: تخصيص العام 419
المطلب الخامس: بين قواعد تفسير العام في الفقه الإسلامي وبين قواعد التفسير الواسع في القانون الوضعي 422
الفرع الثاني: قواعد التفسير في حالة الخصوص 423
المطلب الأول: المطلق والمقيد 423
المطلب الثاني: الأمر والنهي 428
المطلب الثالث: بين قواعد تفسير الخاص في الفقه الإسلامي وقواعد التفسير الضيق في القانون الوضعي 435
المبحث الثالث: الأحكام المتعلقة بالنصوص غير اللفظية في السنة 437
الفرع الأول: الأحكام المتعلقة بالسنة الفعلية 437
المطلب الأول: المعرف لبيان الفعل 437
المطلب الثاني: دلالة السنة الفعلية 438
المطلب الثالث: البيان بالترك 439
الفرع الثاني: الأحكام المتعلقة بالسنّة التقريرية 440
خلاصة الباب الثاني 443

الباب الثالث

فلسفة الاجتهاد في غير دائرة النص

الفصل الأول: طبيعة التشريع غير النصي 448
المبحث الأول: ضرورة الاجتهاد غير النصي 449
الفرع الأول: نظرية كمال التشريع 450
الفرع الثاني: نظرية إنكار كمال التشريع الوضعي 453

www.daralthaqafa.com

المطلب الأول: مضمون النظرية..... 453
المطلب الثاني: وسائل سد النقص في التشريعات الوضعية..... 455
الفرع الثالث: نظرية تكافل التشريع الإسلامي..... 460
المطلب الأول: مضمون النظرية..... 460
المطلب الثاني: وسائل تحقيق وتكامل التشريع الإسلامي..... 463
المبحث الثاني: الأساس الإيماني والأخلاقي للقاعدة الشرعية غير النصية..... 472
المبحث الثالث: تكوين القاعدة الشرعية غير النصية..... 474
الفرع الأول: العنصر الشكلي..... 474
الفرع الثاني: جوهر القاعدة الشرعية غير النصية..... 482
الفصل الثاني: مناهج الدليل العقلي المتفق عليها..... 498
المبحث الأول: الإجماع..... 499
الفرع الأول: أركان الإجماع..... 499
المطلب الأول: صدوره من مجتهدي الأمة الإسلامية..... 499
المطلب الثاني: حصول الاتفاق بين المجتهدين بعد وفاته عليه الصلاة والسلام 502
المطلب الثالث: حصول الإجماع في عصر من العصور..... 506
المطلب الرابع: وقوع الإجماع على حكم شرعي اجتهادي..... 507
الفرع الثاني: أحكام الإجماع..... 508
المطلب الأول: حجية الإجماع..... 508
المطلب الثاني: دلالة الإجماع..... 512
المطلب الثالث: وقوع الإجماع..... 512
المطلب الرابع: نسخ الإجماع..... 515
الفرع الثالث: مستند الإجماع ومرتبته بين الأدلة..... 517
المطلب الأول: مستند الإجماع..... 517
المطلب الثاني: مرتبة الإجماع بين الأدلة..... 519
الفرع الرابع: طبعة الإجماع ووجوب استناده إلى روح الشرع..... 521
المبحث الثاني: القياس..... 526
الفرع الأول: أركان القياس..... 526
المطلب الأول: تعريف العلة..... 527
المطلب الثاني: شروط العلة..... 532
المطلب الثالث: مسالك العلّة..... 535
الفرع الثاني: حجية القياس..... 539
المطلب الأول: مناقشة لأدلة نفاة القياس..... 539
المطلب الثاني: أدلة الجمهور القائلين بالقياس..... 541

www.daralthaqafa.com

الفرع الثالث: مرتبة القياس وإعماله 545
المطلب الأول: مرتبة القياس 545
المطلب الثاني: إعمال القياس 547
الفرع الرابع: طبيعة القياس وأهميته 555
المبحث الثالث: السياسة الشرعية (تشريع أولي الأمر) 558
الفرع الأول: المقصود بأولي الأمر 558
الفرع الثاني: أحكام تشريع أولي الأمر 567
المطلب الأول: حجية تشريع أولي الأمر 567
المطلب الثاني: نظرية المشروعية الإدارية الإسلامية 569
الفصل الثالث: مناهج الدليل العقلي غير المتفق عليها 584
المبحث الأول: الاستحسان 585
الفرع الأول: مضمون نظرية الاستحسان 585
المطلب الأول: طبيعة الاستحسان 585
المطلب الثاني: مظهرا الاستحسان 591
الفرع الثاني: حجة الاستحسان 596
المطلب الأول: أدلة المنكرين للاستحسان 596
المطلب الثاني: أدلة القائلين بحجيته 597
الفرع الثالث: تمييز الاستحسان ومرتبته 598
المطلب الأول: تميّز الاستحسان واستقلاله 598
المطلب الثاني: مرتبة الاستحسان 601
المبحث الثاني: العرف 602
الفرع الأول: أنواع العرف وشروطه 602
المطلب الأول: أنواع العرف 604
المطلب الثاني: شروط العرف 605
الفرع الثاني: حجية العرف 611
المطلب الأول: حجية العرف في التشريع الإسلامي 612
المطلب الثاني: أساس القوة الملزمة للعرف في الأنظمة الوضعية 615
الفرع الثالث: حدود إعمال العرف 616
المطلب الأول: حدود إعمال العرف في التشريع الإسلامي 616
المطلب الثاني: مدى إعمال العرف في نطاق القوانين الوضعية 619
المبحث الثالث: المصالح المرسلة أو الاستصلاح 622
الفرع الأول: مضمون نظرية المصالح المرسلة (الاستصلاح) 622

www.daralthaqafa.com

المطلب الأول: تعريف المصالح المرسلة 622
المطلب الثاني: أقسام المصالح..... 625
المطلب الثالث: شروط المصالح المرسلة..... 632
المطلب الرابع: قواعد تطبيقية على الاستدلال بالمصالح المرسلة 635
الفرع الثاني: حجية المصالح المرسلة..... 641
المطلب الأول: أدلة المنكرين لحجية المصالح المرسلة..... 641
المطلب الثاني: أدلة القائلين بحجية المصالح المرسلة 643
الفرع الثالث: حدود إعمال المصالح المرسلة 644
المبحث الرابع: الاستصحاب 647
الفرع الأول: مضمون نظرية الاستصحاب..... 647
المطلب الأول: تعريف الاستصحاب وأركانه 647
المطلب الثاني: مظاهر الاستصحاب..... 650
الفرع الثاني: حجية الاستصحاب..... 654
المطلب الأول: مذاهب العلماء في حجية الاستصحاب..... 654
المطلب الثاني: نتائج تطبيقية للخلاف حول الاستصحاب 658
الفرع الثالث: طبيعة الاستصحاب وأهميته 660
خلاصة الباب الثالث..... 664

الخاتمة..... 667
المراجع 673

www.daralthaqafa.com

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ومن اتبعه بإحسان إلى يوم الدين.

يعتبر التشريع الإسلامي من التشريعات العالمية الأساسية المعترف بها دولياً، وكيف لا يكون كذلك وهو قد حكم جزءاً كبيراً من العالم لقرون عديدة، فوق أنه ما يزال حتى أيامنا هذه مصدراً مادياً لبعض فروع القانون في العديد من الدول العربية والإسلامية، ومصدراً رسمياً للتشريع ـ بصرف النظر عن مرتبته ـ في العديد من دساتير هذه الدول، هذا بالإضافة إلى تأثيره البالغ على الفكر القانوني العالمي ككل وإثرائه له عبر تاريخه الطويل، لذلك كانت قيمة البحث في هذا التشريع غير مقتصرة على الناحية التاريخية بل تتعداها إلى الزاوية العملية أيضاً. لكننا اليوم في العالم الإسلامي حيث نستورد كل شيء من المجتمعات الغربية بدءاً من حبة القمح وانتهاءً بالقاعدة القانونية، فإن بعض المخدوعين ينظر إلى هذا التشريع الإسلامي على أنه دلالة تأخر وتخلف ونكوص إلى الوراء، مطلقين أحكامهم المسبقة هذه دون روية ولا تمحيص، ذلك أنهم سمعوا في الغرب من يردد هذه المقولة فانطلقوا خلفهم يرددون ما يرددون، دون أن يفطنوا إلى عملية الاستلاب التشريعي التي يمارسها الغرب علينا والتي من شأنها تكريس تبعيتنا له في مجال التشريع وغيره، منعاً لنا من تكوين شخصيتنا القانونية المستقلة التي هي دلالة أكيدة على استقلالنا وتحررنا من كل لون من ألوان الاستعمار، ولربما تكون الحجة الأولى التي يطلقها الغرب، هي كيف يتأتى لنا أن نطبق تشريعاً تنزل في الماضي السحيق على مجتمع بدوي متخلف، ونحن اليوم نعيش في عصر التكنولوجيا المتقدمة والمذاهب السياسية والقانونية الراقية، متناسين أن هذا التشريع نفسه قد حمله الآباء والأجداد ـ الفاتحون معهم إلى البلاد المفتوحة التي كانت تشكل أكثر من نصف العالم القديم، حيث تشابكت العلاقات وتعقدت وحيث كان على هذا التشريع أن يواجه مجتمعات متباينة وعادات متنوعة، زخرت بها الدولة الإسلامية، فما ونى هذا التشريع ولا قصر عن تقديم الحلول القانونية الرفيعة لكل ما استجد من حاجات وما برز من علاقات، وفي إطار هذا التشريع نمت الحضارة الإسلامية العظيمة وازدهرت، وتسارع نمو المجتمع الإسلامي آنذاك سياسياً واقتصادياً واجتماعياً وعلمياً، فكان هذا التشريع مصدر تنشيط لكل ذلك بما حواه من عناصر إيجابية خلاقة لا مصدر إعاقة وإحباط، ذلك أن التشريع الإسلامي وإن اشتمل على الكتاب والسنّة حيث النصوص ثابتة غير قابلة للنسخ والتعديل، إلا أن معظم هذه النصوص هي نصوص عامة ظنية الدلالة ومن

www.daralthaqafa.com

نوع القواعد العامة والمبادئ الكلية مما يتيح للعقل مجالاً واسعاً للعمل في إطار التشريع عن طريق الاجتهاد حتى في إطار النص، فإن لم يكن هناك نص في مسألة مستجدة، فإن الشرع الحنيف يمدّ الفقيه المجتهد بمجموعة من الأمارات والدلالات والمناهج العقلية تعينه على تلمس الحل التشريعي المناسب بما يتلاءم وروح الشرع وبما لا يعيق تطور المجتمع الإنساني نفسه، هذا بالإضافة إلى أن أحكام التشريع المنصوص عليها هي أحكام عقلانية وتنطوي أيضاً على الحفاظ على مصالح الأفراد والمجتمع المتمثلة في جلب المنافع ودفع المضار، بحيث لو أن هذه الأحكام عرضت على العقول السليمة لتلقتها بالقبول والتسليم، فهي كما يقول ابن القيم: «عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها» ويكفي للتدليل على ذلك أن يقول الشارع الحكيم في ختام تشريعه ﴿وَتَمَّتْ كَلِمَتُ رَبِّكَ صِدْقًا وَعَدْلًا﴾ [الأنعام: 115]، دلالة على أن جماع هذا التشريع هو العدل الذي أمر به الرب ونزلت به الرسل واتفقت حوله العقول والقوانين المتجرّدة من الزيغ والهوى.

كما أن القول بعدم ملاءمة الشرع الحنيف لأحوال عصرنا وحاجاته فيه إغفال وتجاهل. بل وتنكر لعلمائنا الأوائل الذين انبثقت قرائحهم عن نظريات قانونية إسلامية تضاهي وتتفوق على أرقى النظريات القانونية المعروفة في الحضارة الغربية، ويكفي للتدليل على ذلك الاستشهاد بنظرية المعتزلة في التقبيح والتحسين العقليين التي تتفوق على نظرية القانون الطبيعي في الفكر القانوني الغربي أم في نظرية الأشاعرة في التقبيح والتحسين الشرعيين والتي هي أرقى من النظرية الشكلية في إطار القانون الوضعي، وفي كل ذلك دلالة على عظم التفكير القانوني الإسلامي يوم كان التشريع الإسلامي مطبقاً واقعاً وعملاً في ماضي هذه الأمة، بل إن القول بعدم صلاحية التشريع الإسلامي في عصرنا يعني عدم معرفتنا بهذا التشريع وجهلنا له، لأنه لو تعمقنا فيه لانكشف لنا أن هذا التشريع يحمل بذور نموه وتطوره وصلاحيته عبر الزمان والمكان عن طريق الثقة بالعقل الإنساني المتربي على تعاليمه، وذلك بأنه نصب الأمارات والدلالات والمناهج لهذا العقل بما يضمن تقديم الحل القانوني لأي مسألة مستجدة وبما يحقق التوازن بين حق الشرع في أن يصان ويحفظ وبين حق المجتمع في أن ينمو ويتطور، وهكذا فإن الهدف من هذه الدراسة هو لبيان فلسفة الاجتهاد في الفقه الإسلامي من خلال دراسة وتحليل تلك الأمارات والدلالات والمناهج العقلية وصولاً إلى تحقيق غرضنا في بيان مدى دور العقل ونطاق سلطانه في إطار التشريع الإسلامي، دونما إغفال لإجراء الدراسات المقارنة الضرورية في هذا المجال مع النظريات القانونية الوضعية السائدة في التفكير القانوني الغربي.

وبناءً عليه فإن العقل هو دليل معترف به في الفقه الإسلامي لكنه ليس دليلاً منفلتاً متجرداً من ضوابط الفطرة والطبيعة الإنسانية كما هو الأمر في المجتمعات الغربية ـ بل هو في الفقه الإسلامي دليل منضبط محكوم بتلك المبادئ الكلية والقواعد العامة التي نصبها

www.daralthaqafa.com

الله سبحانه في كتابه وسنّة رسوله، وهكذا فالعقل الذي يحق له الاجتهاد في الفقه الإسلامي هو العقل المتربى على شريعة الله المجرد من الهوى والزيع والضلالة.

والسؤال بعد ذلك هو، لماذا الاجتهاد مع أن أحكام الله سبحانه وتعالى موجودة في الكتاب والسنّة[1]، ونحن نقول جواباً على ذلك: نحن نؤمن يقيناً أن الله سبحانه وتعالى يعلم ما كان وما هو كائن وما يكون إلى يوم القيامة، وأن الله سبحانه وتعالى بعلمه وقدرته قادر على أن ينزل شريعة شاملة تضع حلاً دقيقاً لكل مسألة من مسائل الحياة البشرية عبر الزمان والمكان سواء أكانت حادثة عند تنزل التشريع أو بعده، ولكن ذلك نتيجته ستكون الحجر على العقل البشري وتجميده وتعطيله في حين أن مشيئة الله سبحانه وتعالى اقتضت تحرير العقل البشري وإعطاءه مساحة واسعة للتفكير والتأمل والاستنباط، ولذا فقد جاءت الشريعة الإسلامية كتاباً وسنّة، وهي تتضمن خارطة اجتهادية للفقيه المجتهد إذا اتبعها واهتدى بهديها، فإنه سيجد الحل الشرعي للمسألة التي يعالجها، فإن اختلفت العقول في ذلك فالسلطة المؤمنة الحاكمة هي التي ترجح حلاً على آخر.

وتبياناً لذلك فإننا إذا ما نظرنا نظرة سريعة إلى تاريخ الفقه الإسلامي وكيفية تطبيقه، في الدولة الإسلامية فإننا نجد أن الدولة الإسلامية في كل مراحلها وتنوعها قد اعتمدت على الفقه الإسلامي في قوانينها وتشريعاتها، فكان هناك الفقهاء والذين هم غالباً مستقلون وكانت هناك مؤسسة القضاء، وكانت الدولة الإسلامية غالباً تحترم مبدأ استقلال القضاء، لكن المشكلة بدأت عندما تعددت المذاهب الفقهية وبالتالي اختلفت الآراء الفقهية في الكثير من المسائل المنصوصة وغير المنصوصة، مما أدى طبقاً لذلك إلى اختلاف أحكام المحاكم في المسألة الواحدة، وهذه مسألة خطيرة لأنها قد تؤدي إلى عدم الثقة بأحكام القضاء من قبل عامة الشعب.

لقد انتبه الخليفة هارون الرشيد إلى هذه المسألة فاستحدث بناءً على ذلك منصب قاضي القضاة وذلك لأجل توحيد أحكام المحاكم وكان أبو يوسف تلميذ أبي حنيفة هو أول من تقلّد هذا المنصب، ومن ذلك التاريخ أصبح المذهب الحنفي هو المذهب الملزم للقضاة في الدولة العباسية أي أصبح بالمفهوم المعاصر هو القانون الواجب التطبيق.

غير أنه مع تفكك الدولة الإسلامية لاحقاً، فقد تعددت المذاهب الملزمة للقضاة بتعدد الدول الإسلامية وميول شعوبها وحكامها، وبناءً عليه كان المذهب المالكي هو القانون المطبق في الدولة الأندلسية وفي دول المغرب العربي، والمذهب الشافعي هو القانون المطبق في الدولة الأيوبية، والمذهب الاثني عشري، هو المذهب المطبق في الدول الإسلامية الشيعية، وأما في الدولة العثمانية التركية، فإنها في معظم عهدها جعلت القانون المطبق فيها هو المذهب الحنفي، غير أنها فيما بعد خرجت على هذا المنهج واقتبست

(1) يستند من ينكر دليل العقل إلى قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ تِبْيَٰنًا لِّكُلِّ شَىْءٍ﴾ [النحل:89].

www.daralthaqafa.com

جميع قوانينها من القوانين الأوروبية، (وذلك باستثناء القانون المدني ممثلاً بمجلة الأحكام العدلية والأحوال الشخصية واللذين بقيا مستندين إلى المذهب الحنفي)، وبذلك فقد سنّت تلك الدولة سنّة سيئة في الإسلام، وقد اتبعت معظم الدول العربية والإسلامية المعاصرة تلك السنّة السيئة التي سنّتها الدولة العثمانية[1].

وهكذا فإننا نجد أن النظام القانوني الإسلامي إن صح التعبير ـ يقسم إلى ثلاثة أقسام:

أولها: الشريعة الثابتة المتمثلة بالكتاب والسنة، وهذه ثابتة ولا يجري عليها أي تعديل أو تحوير أو إلغاء.

وثانيها: هو الفقه الإسلامي والمتمثل باجتهادات الفقهاء سواء في إطار النص أو فيما لا نص فيه، وهذا الفقه هو ثمرة تطبيق النصوص الشرعية والقواعد الكلية الثابتة على الواقع الاجتماعي، وبما أن هذا الواقع متغير، فإن هذا الفقه يكون متغيراً كقاعدة عامة، (وذلك باستثناء بعض الأحكام الجزئية، وذلك كقواعد الميراث)، وهكذا فقد وضع الفقهاء القاعدة الشهيرة والتي هي (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان).

أما **ثالثها:** فهو القانون الإسلامي، وذلك أنه وطبقاً لتنوع وتغيّر البيئات الاجتماعية عبر الزمان والمكان وتبعاً لتنوع أفهام الفقهاء المجتهدين والاختلاف في المناهج الاجتهادية التي يستندون إليها بين مذهب وآخر، فقد اختلفت الاجتهادات الفقهية في المسألة الواحدة، فكان لا بد من فقه ملزم لتوحيد الأحكام القضائية، وهكذا فقد نشأ في التاريخ الإسلامي ما يمكن تسميته بالاصطلاح المعاصر بالقانون الملزم للقضاء، والمتمثل بالمذهب الفقهي الذي تتبناه هذه الدولة الإسلامية أو تلك، كما أشرنا إليه آنفاً.

وبناءً على كل ذلك فإنه في الدولة الإسلامية الحديثة التي تتبنى الشريعة الإسلامية وما ينبثق عنها من فقه، وحيث إنه قد استقر مبدأ فصل السلطات في النظام الدستوري المعاصر، فإن من واجب السلطة التشريعية في الدولة الإسلامية وهي تسن القوانين، أن تختار من الفقه الإسلامي القديم والمعاصر، ما تراه أكثر ملاءمة لظروف المجتمع في هذا العصر، وما تختاره يكون هو القانون الإسلامي لتلك الدولة، وذلك برأينا دون التقيد بمذهب معين، وذلك لأن الفقه الإسلامي جميعه هو فقه إسلامي خالص، انبثق عن عقول كبيرة، متربية على شريعة الله، وذلك بصرف النظر عن المذهب الفقهي الذي تنتمي إليه تلك العقول.

(1) انظر على سبيل المثال: قانون الجزاء العثماني لسنة 1858م، ونظام أصول محاكمات التجارة لعام 1850م، وقانون التجارة البحرية لعام 1863م، وقانون أصول المحاكمات الجزائية لعام 1879م، والقانون السياسي العثماني (الدستور) عام 1876م، وغيرها من القوانين العثمانية المنقولة من القوانين الغربية، والتي تمثل خروجاً صارخاً على حاكمية الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي المنبثق عنها.

www.daralthaqafa.com

وأخيراً وتأسيساً على كل ما سبق، وحيث إن الاجتهاد الإسلامي يعمل في دائرة النص متمثلاً بتلك القواعد التفسيرية الراقية التي اهتدى إليها المجتهدون، ويعمل أيضاً في غير دائرة النص مستنداً إلى تلك المناهج العقلية التي استنبطوها مستندين في ذلك إلى الأمارات والدلالات التي نصبها المشرع الحكم رب العالمين في كتابه وسنّة رسوله كمنارات للعقل المجتهد يهتدي بها في اجتهاده، والتي اتفق جمهور الفقهاء على بعضها بينما اختلفوا على بعضها الآخر، أما التي اتفقوا عليها فهي، تنحصر في الإجماع والقياس وتشريع أولي الأمر وأما التي اختلفوا بشأنها فيمكن حصرها في الاستحسان والعُرف والمصالح المرسلة والاستصحاب، ثم إنه لا بد من التأكيد على أنه لا يمكن فصل الاجتهاد في غير دائرة النص عن الاجتهاد في دائرة النص، بل هما وحدة واحدة، تجمعهما فلسفة اجتهادية واحدة.

وبناءً على ذلك فإن دراستنا هذه تقسم إلى الفلسفة العامة للاجتهاد في الفقه الإسلامي، ثم فلسفة الاجتهاد في دائرة النص، وأخيراً فلسفة الاجتهاد فيما لا نص فيه، وكل ذلك إنما يكون بالمقارنة الضرورية مع فلسفة القانون في القانون الوضعي.