جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

دروس عن بعد

اجتهاد الفقه الإسلامي في مادة الأحوال الشخصية

تخصص: قانون الأسرة

إعداد الدكتور عشير جيلالي

أستاذ محاضر قسم (أ)

السنة الجامعية 2023/2022

مقدمة

لقد عبّر علم أصول الفقه عن أهمّ المشاغل التشريعية التي واجهت الحضارة الإسلاميّة في صيرورتها التاريخية وتطورها الحضاري، ومن هذه المشاغل التي استأثرت بعناية علماء الأصول والفقه « تناهي النص الشرعي دون تناهي وقائع البشر».

ولحلّ هذا الإشكال التشريعي دعا علماء أصول الفقه إلى استثمار الخطاب الشرعي عن طريق الاجتهاد ، وذلك بإرجاع الوقائع والنوازل غير المنصوص عليها وإلحاقها بأصولها، عن طريق العلل القياسية، والكلّيات المصلحية، والمقاصدية...

ولهذا جاء الدين الإسلامي ليدعو إلى الاجتهاد والتجديد المحكم، ونبذ الجمود والتقليد المفرط، ويؤمن بمواكبة التطوّر ات الحاصلة في حياة الناس ومواصلة التقدّم. والشريعة الإسلامية في أدلتها وأحكامها لا تضيق بالجديد، ولا تعجز عن إيجاد حلّ للمشاكل الطارئة والنزاعات الواقعة أو المتوقعة.

ومن هذا المنطلق، فإن الاجتهاد ضرورة تشريعية ملحة تقتضيه المستجدّات، وتوجّهه كثرة الحوادث والنوازل. وهذا ما يجعل الخطاب الشرعي مستمراً باستمرار الحياة البشرية... والاجتهاد في حركية الشريعة الإسلامية لمختلف الميادين يتأسّس على مجموعة من الضوابط والشروط، كلها مؤصلة في كتب علم أصول الفقه ، ومن ذلك أن لكل حادثة حكماً شرعياً مستمداً من الدليل، سواءٌ أكان هذا الدليل مصرَّحاً به في الكتاب والسنّة أم مستنبطاً من النصّ، مثل: القياس، والاستصلاح، والمقاصد ... وهذا ما نعنيه بعملية الاجتهاد الفقهي، ومن ثم نقول بأن الاجتهاد هو السبيل للنهوض بالفقه الإسلامي المعاصر ، وإعادة بعثه من جديد، وذلك بتقديم الحلول للوقائع المستحدثة، بما يتّفق مع روح الشريعة الإسلامية وأصولها ومقاصدها في التشريع.

الفصل الأول: دراسة في المصطلحات والمفاهيم للاجتهاد الفقهي

يعتبر الاجتهاد من خصائص هذه الشريعة الإسلامية، التي من مواصفتها الاستمرار مع حياة البشر. فالإسلام يدعو إلى الاجتهاد والتجديد، ومواكبة التطوّر والتقدّم، ولا يعجز عن إيجاد حلٍّ للمشاكل الطارئة.

فالاجتهاد يتقيَّد ببذل الفقيه قصارى طاقته الفكريّة في دراسة النص الشرعي ، بحثاً عن الحكم الذي يحمله النص الشرعي ، من أجل تنزيل هذا الحكم على تصرفات الناس، وكذا على الواقع الذي يعيش فيه هؤلاء الناس.

فالاجتهاد في التطبيق لا يقلّ أهمية عن الاجتهاد في فهم النص الشرعي ، لأن نتائج التطبيق منوطة بتحقيق مقاصد الشريعة. فلا فقه للنصّ بلا فقه لمحلّ النصّ. ومحل النصّ هو الواقع بأبعاده المختلفة ومكوّناته المتعدّدة.

المبحث الأول: مفاهيم عامة حول الاجتهاد

من أبرز خصائص الشريعة الإسلامية أنها شريعة تجمع بين الثبات والمرونة، ويتجلى الثبات في أصولها وكلياتها وقطعياتها، وتتجلى المرونة في فروعها وجزئياتها وظنياتها، فالثبات يمنعها من الميوعة والذوبان في غيرها من الشرائع، والمرونة تجعلها تستجيب لكل مستجدات العصر، أي بمقدورها الاستجابة لكلّ جديد، والتفاعل مع كل حديث، ومنه نقول بأنها قد استطاعت أن تستجيب لمشاكل الماضي، وهي الآن قادرة على الاستجابة لحاجيات الحاضر. وهذا بفضل الاجتهاد، الذي هو رمز خلودها وبقاء أحكامها، واستمرار تشريعاتها باستمرار الحياة البشرية.

فالاجتهاد من ألزم الأمور التي تحتاجها الأمة الإسلامية في العصر الراهن، والذي يجعله بهذه الصفة هو المستجدّات التي يفرزها الواقع المعاش في شتى مجالات الحياة البشرية، والتي تتطلب أحكاما شرعية مناسبة لكل واقعة.

ومن الطبيعي أن يختلف المجتهدون في تلقّيهم لدلالة النصّ، وتنزيلها على الوقائع الجديدة. واختلافهم هذا يرجع إلى عدّة أسباب، أبرزها: اختلاف فهومهم لكلام الله وسنّة نبيّه

صلى الله عليه وسلم ، وكذا قدراتهم في الاستنباط والاستدلال، واختلاف أحوالهم وأزمانهم وأمكنتهم وثقافتهم وأفكارهم. وممّا قرّره علماء أصول الفقه في هذا الباب: أنّه لا إنكار في مسائل الاجتهاد.

ومما يلزم المجتهد اليوم هو معرفة علوم عصره، إنْ تيسَّر له ذلك؛ فإن تعذّرت هذه المعرفة وجب عليه استشارة أهل الاختصاص ، لأن هذه الاستشارة من شأنها أن تعينه على معرفة الحكم الشرعي للنوازل الطارئة.

المطلب الأول: تعريف الاجتهاد لغةً واصطلاحاً

الاجتهاد في اللغة هو استفراغ الوسع في تحصيل الشيء. وأخذ النفس ببذل الطاقة، وتحمل المشقة، كإتعاب الفكر في إحكام الرأي. فهو عبارة عن بذل المجهود واستفراغ الوسع في تحقيق أمر من الأمور، ولا يستعمل إلا فيما فيه كلفة ومشقة.

وفي اصطلاح الأصوليين، تعددت عباراتهم في تعريف الاجتهاد تبعا للمدرسة التي ينتمي إليها صاحب التعريف:

عرّفه الآمدي واللكنوي وغيرهما بقولهم: « هو استفراغ الوسع في طلب الظن بشي من الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد فيه».

كما عرفه أبو حامد الغزالي والخضري وغيرهما بقولهم: « هو بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بأحكام الشريعة».

وعلى العموم، لم تخلو هذه التعاريف من الانتقادات، إما من جهة كونها غير جامعة لجميع أفراد المعرَّف، وإما من جهة كونها غير مانعة من دخول بعض أفراد غير المعرَّف فيه.

وقد استقر عند المحققين أن تعريف الإمام البيضاوي هو الأنسب، حيث قال: « هو استفراغ الجهد في درك الأحكام الشرعية » والاستفراغ معناه بذل الوسع والطاقة، ودرك الأحكام أعم من أن يكون على سبيل القطع أو الظن.

والخلاصة، أن الاجتهاد هو بذل المجهود في ما يقصده المجتهد ويتحرّاه، إلاّ أنّه اختصّ في العرف بأحكام الحوادث التي ليس لله تعالى عليها دليلٌ قائم، يوصل إلى العلم المطلوب بها.

والمقتضى التشريعي في ضرورة الاجتهاد هو تناهي النصوص الشرعية، دون تناهي وقائع البشر. فالأصول الشرعية معدودةٌ، والحوادث ممدودة، وهذا ما يلزم منه المصير إلى الاجتهاد.

ومن أبرز الأدلة الشرعية التي استعان بها علماء أصول الفقه لحلّ الإشكال التشريعي الذي تطرحه قضية تناهي النصوص الشرعية، دون تناهي وقائع البشر، دليل القياس:« فالضرورة داعيةٌ إلى وجوب القياس، لأن النصوص متناهية، والحوادث غير متناهية. ولا بدّ أن يكون لله تعالى في كلّ حادثة حكمٌ ، إما بتحريم، أو تحليل... ألا ترى أنّا إذا تركنا القياس لتعطّلت أحكام الحوادث، فصح قولنا: إن الضرورة داعيةٌ إلى استعمال القياس.

المطلب الثاني: تعريف الفقه لغة واصطلاحا

لغة: يراد بالفقه الفهم والفطنة والعلم بالشيء.

اصطلاحا: كان يراد بكلمة الفقه في صدر الإسلام العلم بأحكام الدين، وكانت مرادفة لكلمة « الشريعة » أيضا، ونجد في القرآن الكريم ما يؤيد ذلك، مثل قوله تعالى: «...فلولا نفر من كل فرقة طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون ».

لما تميزت العلوم أصبح الفقه يطلق على نوع من الأحكام هي: الأحكام الشرعية العملية.

وينقسم الفقه إلى قسمين:

الأول: العبادات، كالصلاة والصيام... الخ، وغرضها التقرب إلى الله سبحانه و تعالى وتقوية الرباط به.

الثاني: المعاملات (العادات) والمراد بها تنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم وفي جميع شؤونهم، وتشمل كل العلاقات التي ينظمها القانونان: العام والخاص بالاصطلاح المعاصر.

ولذلك جاء تعريف الإمام الشافعي لأنه الأشهر والأضبط عند علماء الأصول وهو: « **العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية**»

المبحث الثاني: مشروعية الاجتهاد وحكمه

سبق وأن أكدنا أن الاجتهاد ضرورة حياتية لاستمرار حياة الناس المتجدّدة، واعتقادهم الجازم بالإسلام كدين شامل وفاعليّته، فالاجتهاد يعتبر من أهمّ الآليات التي تجسّد أهم خاصية للشريعة الإسلامية وهي مرونتها في تفاعلها مع الواقع، وفي استجابتها للحاجيات الجديدة والوقائع المتجدّدة.

ومن جهة أخرى، فإن المجتهد في عصرنا هذا بحاجّة ماسة إلى الاستعانة والاستشارة بأهل الاختصاص في التخصصات الأخرى كالطب والاقتصاد والقانون وعلم الاجتماع والنفس وغيرها ، وهو ما جرى به العمل عند متقدِّمي الفقهاء وأهل الاجتهاد، فقد كانوا يستفسرون عن حقائق الأشياء التي لها صلةٌ وقرابة بالنازلة التي هي موضوع الاجتهاد.

وهذه المعرفة ضرورية ، حتى عبّر عن هذا الإمام الشاطبي عندما قال: «فلا بدّ أن يكون المجتهد عارفاً ومجتهداً من تلك الجهة التي ينظر فيها ، ليتنزّل الحكم الشرعي على وفق ذلك المقتضى».

المطلب الأول: مشروعية الاجتهاد

الاجتهاد مشروع بلا ريب في الإسلام، دل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب فقوله تعالى:﴿ ولو ردوه إلى الرسول وإلى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم﴾ وقال تعالى في وصف المؤمنين:﴿ وأمرهم شورى بينهم﴾ والشورى تعني البحث عن الصواب فيما يعرض من أمور وفق أدلة الشرع، منصوصة أو غير منصوصة، وهذا لا يكون إلا من خلال الاجتهاد من أهل الرأي على اختلاف تخصصاتهم وتنوع خبراتهم.

وأما السنة، فمنها قوله صلى الله عليه وسلم:« إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران، وإذا حكم فلجتهد ثم أخطأ فله أجر».

وتقريره صلى الله عليه وسلم لعمرو بن العاص لما صلى في إحدى السرايا بأصحابه وكان جنبا ولم يغتسل، بل تيمم، وكانت الليلة شديدة البرودة، فقال النبي صلى الله عليه وسلم، ردا على شكوى من كان معه: تذكرت قوله تعالى:﴿ ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما ﴾ فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقرره على ذلك.

ومن ذلك نداؤه بعد منصرفه من غزوة الأحزاب: لا يصلين أحد العصر إلا في بني قريظة فاجتهد قوم فصلوها في الطريق خوف فوت الوقت عملا بمقصود النص، وقال آخرون: لا نصلي إلا حيث أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وإن فات الوقت. وبلغ النبي صلى الله عليه وسلم فما عنف أحد من الفريقين.

ومن ذلك تقريره لمعاذ على اجتهاده حينما بعثه إلى اليمن، وقال له: بم تقضي؟ قال: بكتاب الله. قال: فإن لم تجد؟ قال: بسنة رسول الله قال: فإن لم تجد؟ قال: اجتهد رأيي و لا آلو (أي لا أقصر) فقال:« الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضى الله ورسوله».

وهو حديث تلقاه فقهاء الأمة بالقبول وقواه ابن عبد البر وابن تيمية وابن القيم والذهبي وابن كثير وغيرهم، وقال الشوكاني: هو حديث حسن له طرق يرتقي بمجموعها إلى القبول.

وأما الإجماع، فقد أجمعت الأمة بكل مذاهبها على مشروعية الاجتهاد، وممارسته بالفعل، وكان من ثمراته هذه الثروة الفقهية العريضة.

والعقل كذلك يوجب الاجتهاد، لأن معظم أدلة الأحكام الشرعية العملية ظنية قابلة لأكثر من فهم، فلابد من الاجتهاد لتعيين الرأي الراجح أو الأرجح. وكذلك مالا نص فيه لابد من الاجتهاد لبيان الحكم الشرعي فيه، بوجه من وجوه الاستدلال، إذ الشريعة حاكمة على جميع أفعال العباد، وذلك لا يكون إلا بطريق الاجتهاد.

المطلب الثاني: حكم الاجتهاد

وإذا كان الاجتهاد مشروعا، ولاشك، فما حكمه شرعا؟ ونعني بحكمه هنا الوصف الذي يعطيه له الشرع من الأحكام، أهو فرض أو واجب أو مندوب..الخ؟

والذي يتضح من تعريف الاجتهاد وهو بذل الوسع في استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية أن تحصيله واجب بالنسبة للأمة، وهو من فروض الكفايات التي يترتب على وجودها قيام مصالحها العامة، وعلى عدمها اضطراب أمورها، واختلال أمر دينها ودنياها.

وإذا كان إتقان علم الطب والحساب وغيرهما من علوم الدنيا فرض كفاية على المجتمع المسلم كما قرر الغزالي والشاطبي وغيرهما. بل إذا كانت الصناعات والحرف المختلفة مثل النجارة والحدادة الخياطة والبناء وغيرها من فروض الكفايات فكيف لا يكون الاجتهاد في الشرع، واستنباط الأحكام من أدلته فرضا على الأمة؟

وإذا كان الاجتهاد فرض كفاية على الأمة، فمعنى هذا أنه يجب أن يكون لديها عدد كاف من الفقهاء المتمكنين من الاجتهاد، يدلونها على حكم الشريعة في الملمات ويفتونها على علم في النوازل، فإن وجد هذا العدد الكافي سقط الإثم والحرج عن الأمة. ودل ذلك على سلامة الأمة من الخلل في هذا الجانب، وإن لم يوجد ذلك أثمت الأمة عامة، وأولو الأمر (الحكام في البلاد) فيها خاصة، لأن من مسئوليتهم أن يعملوا على سد الثغرات، وتهيئة من يقوم بفروض الكفايات.

وهذا حكم الاجتهاد باعتباره صفة وقدرة وملكة، ولكن ما حكم الاجتهاد باعتباره ممارسة وفعلا، أعني إذا وجد المجتهد ووجدت الواقعة التي تتطلب بيان حكمها في الشرع، إفتاء أو قضاء؟

وهنا يقسم بعض الأصوليين الاجتهاد في حق العلماء إلى ثلاثة أضرب: فرض عين وفرض كفاية وندب.

فالأول: وهو فرض عين على حالين:

1. اجتهاد في حق نفسه عند نزول الحادثة (أي يفرض عليه أن يجتهد لنفسه فيما يتعلق بعبادته ومعاملاته وزواجه وطلاقه ونحوها).
2. اجتهاد فيما يتعين عليه الحكم فيه (بأن لم يكن في البلد أحد غيره يطمأن إلى فقه ودينه، فيجب عليه الاجتهاد حينئذ) فإن ضاق فرض الحادثة كان على الفور، وإلا كان من على التراخي.

والثاني: وهو فرض الكفاية على الحالين:

1. إذا نزلت بالمستفتي حادثة، فاستفتى أحد العلماء، توجه الفرض على جميعهم، وأخصهم بمعرفتها من خص بالسؤال عنها، فإن أجاب هو أو غيره سقط الفرض، وإلا أثموا جميعا.
2. أن يتردد الحكم بين قاضيين مشتركين في النظر فيكون فرض الاجتهاد مشتركا بينهما فأيهما تفرد بالحكم فيه سقط فرضه عنها.

والثالث: ندب على الحالين:

1. فيما يجتهد فيه العالم من غير النوازل يسبق إلى معرفة حكمه قبل نزوله.
2. أن يستفتيه قبل نزولها.

وزاد بعضهم أن الاجتهاد يكون حراما أيضا، وذلك إذا كان في مقابلة دليل قاطع، لأنه اجتهاد في غير محله، ومثل ذلك اجتهاد من ليس أهلا للاجتهاد وهو اجتهاد الرؤوس الجهال الذين ذكرهم الحديث بأنهم يفتون بغير علم فيضلون ويضلون.

الفصل الثاني: شروط الاجتهاد في الفقه الإسلامي ومراتب المجتهدين

المجتهد: (هو الفقيه الذي يستفرغ وسعه لتحصيل حكم شرعي)، ولابد أن يكون له ملكة يقتدر بها على استخراج الأحكام الشرعية من مآخذها، وعلى هذا فإن من له دراية بالأحكام الشرعية، من غير أن يكون له قدرة على استنباطها من الأدلة، لا يسمى مجتهدًا . وللمجتهد في الإسلام منزلة رفيعة، فهو قائم مقام النبي صلى الله عليه و سلم بوصفه وارثًا لعلم النبوة، ومبلغًا إياه إلى الناس، وبوصفه معلمًا ومرشدا للأمة، فقد جاء في الحديث قول الرسول صلى الله عليه و سلم: (إن العلماء ورثة الأنبياء، وإن الأنبياء لم يورّثوا دينارًا ولا درهمًا، وإنما ورّثوا العلم). ومنصب الاجتهاد من أسمى المناصب الدينية والدنيوية، لأن صاحبه يتكلم مبينًا حكم الله سبحانه وتعالى، ولقد كان الصحابة والتابعون يفهمون نصوص الشرع، ويدركون مقاصده بحكم سليقتهم العربية، وتتلمذهم على مصدر الشـــرع وهو النبـــــي صلى الله عليه وسلم، فلم يكونوا بحاجة إلى قواعد تضبط لهم فهم النصوص واستنباط الأحكام، ولكن بعد أن طرأ على الناس ما أفسد سليقتهم العربية، وبَعُد الناس عن إدراك مقاصد الشرع، كان لابد من وضع ضوابط للاستنباط، وشروط للاجتهاد، وذلك تنظيمًا للاجتهاد، ومنعًا لمن يحاول أن يندس بين المجتهدين ممن ليس أهلاً للاجتهاد، فيتقوّل على الله بغير علم، ويفتي في دين الله بما ليس فيه.

المبحث الأول: شروط الاجتهاد

وقد شدد بعض العلماء في شروط الاجتهاد وخفَّف آخرون، ورأى جماعة منهم الاعتدال، ومع ذلك فإن جميع ما ذكروه من شروط مرده إجمالاً إلى معرفة مصادر الشريعة ومقاصدها، وفهم أساليب اللغة العربية، وأن يكون المجتهد على درجة من الصلاح، تجعله يتحرى في اجتهاده، ويحرص على مطابقة شرع الله وتقديمه على هواه، ومن هنا فقد ذكر

العلماء شروطًا لقبول الاجتهاد، وشروطًا لصحة الاجتهاد، وانفرد بعض العلماء بذكر شروط لم يذكرها غيرهم.

المطلب الأول: شروط قبول الاجتهاد

تتمثل في ثلاثة شروط يجب توفرها في من يتصدى للاجتهاد، وبدونها لا يقبل اجتهاده، وإن كان قادرًا على الفهم والاستنباط، وهذه الشروط الثلاثة هي: الإسلام، والتكليف، والعدالة، ونتناولها بالشرح على النحو الآتي:

الفرع الأول: الإسلام

يشترط في المجتهد أن يكون مسلمًا، لأن الاجتهاد عبادة، والإسلام شرط لصحة العبادة، وهو أيضًا شرط قبول فتوى المرء واجتهاده، وليس شرطًا في قدرة المرء على الاجتهاد، فقد يستطيع المرء أن يجتهد ويستنبط الأحكام وهو كافر، ولكن لا عبرة باجتهاده، يقول الآمدي: «الشرط الأول: أن يعلم وجود الرب، وما يجب له من صفات، ويستحقه من الكمالات، وأنه واجب الوجود لذاته، حي عالم قادر مريد متكلم، حتى يتصور منه التكليف، وأن يكون مصدقًا بالرسول عليه الصلاة والسلام، وما جاء به من الشرع المنقول».

الفرع الثاني: التكليف

يشترط في المجتهد أن يكون بالغًا عاقلاً، حتى يتمكن من فهم النصوص والاستنباط منها، وإدراك مقاصد التشريع على الوجه الصحيح، ولا يتم ذلك لمجنون، ولا لمن ليس ببالغ، لعدم اكتمال ملكاته العقلية التي يتم بها الإدراك والتمييز، ولذلك لا يتجه إليه التكليف، ولا يعتبر قوله، ولأن النضج العقلي أساس للاجتهاد، وغير المكلف غير مؤهل للنظر والاستنباط.

الفرع الثالث: العدالة

العدالة شرط لقبول فتوى المجتهد والعمل بقوله، فلا تقبل فتوى الفاسق، ولا يعمل بقوله. والعدالة: (هي ملكة في النفس، تحمل صاحبها على اجتناب الكبائر، وترك الإصرار على الصغائر، والبعد عما فيه خرم للمروءة)، وهي شروط لقبول الاجتهاد، فمن كان عدلاً

اطمأن القلب إلى تحريه، واستفراغه الوسع في طلب الدليل واستنباطه، وحرصه على مرضاة الله، ومن ليس عدلاً وإن استطاع الاستنباط فلا يقبل اجتهاده، لأنه لا يطمئن إليه في ذلك.

المطلب الثاني: شروط صحة الاجتهاد (الشروط التأهيلية المكتسبة)

تتمثل في أن يتوفر في المرء مجموعة من العوامل، تكوِّن الملكة الفقهية والفهم السليم لدى صاحبها، وتجعله قادرًا على الاستنباط بطرقه الصحيحة، وسنتكلم عن كل شرط من هذه الشروط، شارحين لها على النحو الآتي:

الفرع الأول: معرفة الكتاب الكريم

القرآن الكريم أصل الشريعة، فيشترط في المجتهد أن يكون عارفًا بكتاب الله، وذلك بأن يكون له من العلم باللغة ما يعرف به معاني الآيات، وفهم مفرداتها ومركباتها وخواصها، فيستطيع بذلك أن يتدبر القرآن ويستنبط منه.. وأن يكون أيضًا عارفًا بالعلل والمعاني المؤثرة في الأحكام، وأوجه دلالة اللفظ على المعنى، من عبارة وإشارة، ودلالة واقتضاء، ومعرفة أقسام اللفظ من عام وخاص، ومطلق ومقيد، ومشترك ومجمل، ومفسر ومحكم ونحوها. وأن يكون عارفًا بأسباب النزول، والناسخ والمنسوخ من الآيات، من حيث مواقعها لا أن يجمعها ويحفظها فقد جمعت وحددت، وكذلك لا يشترط في المجتهد أن يكون حافظًا للقرآن الكريم، بل يكفي أن يكون عارفًا بآيات الأحكام من حيث دلالتها ومواقعها، حتى يرجع إليها في وقت الحاجة، ومع ذلك يجدر بالمجتهد أن يكون على اطلاع عام على معاني القرآن كله، حتى يستقيم فهمه وأخذه للأحكام من القرآن.

وقد ذكر الغزالي هنا تخفيفين:

أحدهما: أنه لا يشترط معرفة جميع الكتاب، بل ما يتعلق بالأحكام منه، قال: وهو مقدار خمسمائة آية.

ووافق الغزالي على هذا التقدير القاضي ابن العربي والرازي وابن قدامة والقرافي وغيرهم.

واعتُرِض على الغزالي ومن وافقه هنا من عدة أوجه:

أولا: أن آيات الأحكام أكثر من ذلك، فقد نقل عن الإمام عبد الله بن المبارك تقديرها بتسعمائة آية، وقيل أكثر من ذلك.

وعلق الشوكاني على تقدير الغزالي بقوله:« ودعوى الانحصار في هذا المقدار إنما هي باعتبار الظاهر، للقطع بأن في الكتاب العزيز من الآيات التي تستخرج منها الأحكام الشرعية أضعاف أضعاف ذلك بل من له فهم صحيح، وتقدير كامل يستخرج الأحكام من الآيات الواردة لمجرد القصص والأمثال».

قيل: ولعلهم قصدوا بذلك الآيات الدالة على الأحكام دلالة أولية بالذات لا بطريق التضمن والالتزام.

وقد حكى الماوردي عن بعض أهل العلم:« أن اقتصار المقتصرين على العدد المذكور إنما هو لأنهم رأوا مقاتل بن سليمان أفرد آيات الأحكام في تصنيف وجعلها خمسمائة آية».

ثانيا: ما ذكره الإمام شهاب الدين القرافي من أن استنباط الأحكام إذا حقق لا تكاد تعرى عنه آية.

فإن القصص أبعد شيء عن ذلك، والمقصود منها الاتعاظ... وكل آية وقع فيها ذكر عذاب أو ذم على فعل كان ذلك دليل تحريم ذلك الفعل، وكل ما تضمن مدحا أو ثوابا على فعل، فذلك دليل طلب ذلك الفعل وجوبا أو ندبا.

وقال نجم الدين الطوفي الحنبلي:« قَلّ أن يوجد في القرآن آية لا يستنبط منها شيء من الأحكام».

ثالثا: ما قاله العلامة الحنفي ابن أمير الحاج:« إن تمييز آيات الأحكام من غيرها متوقف على معرفة الجميع بالضرورة».

فهناك كثير من الموضوعات تثار في جوانب شتى من الحياة، يستدل على جوازها أو منعها من القرآن الكريم.

ومنذ سنوات حينما ثار الجدل بين بعض العلماء حول صعود الإنسان إلى القمر كان منهم من يمنع ذلك مستندا في زعمه إلى الآيات التي تشير إلى حفظ السماء في قوله تعالى:﴿وزينا السماء الدنيا بمصابيح وحفظا﴾.

وكان آخرون يستدلون على إمكان ذلك وجوازه شرعا بمثل قوله تعالى:﴿ يا معشر الجن والإنس إن استطعتم أن تنفذوا من أقطار السموات والأرض فانفذوا لا تنفذون إلا بسلطان﴾ قالوا: والسلطان هنا هو سلطان العلم!

والذين توسعوا في التفسير العلمي للقرآن، ومحاولة استخراج القوانين والحقائق العلمية من بين آياته، كانوا يستدلون بمثل قوله تعالى:﴿ ما فرطنا في الكتاب من شيء ﴾.

والإمام الغزالي حاول أن يستدل على شرعية تعلم المنطق وصحته بآيات استنبطها من القرآن العزيز.

وهذه الآيات قد لا يسلم لمن استدلوا بها على الجواز أو المنع، ولكن المجتهد عليه أن يحيط بها،ويكون له في فهمها رأي مستقل، موافق أو مخالف.

ومثل ذلك ما ثار من نحو نصف قرن حول ترجمة القرآن الكريم إلى اللغات الأخرى وما استشهد به المؤيدون والمعارضون من آيات تشهد لهم، وتسندهم في دعواهم، وجلها أو كلها من القرآن المكي، وهي بمعزل عن آيات الأحكام المعهودة.

والواقع يفرض أن يكون للمجتهد اطلاع عام على معاني القرآن كله هذا مع توجيه عناية خاصة إلى الآيات التي لها صلة وثيقة بالأحكام. وهذه يلحظها المجتهد وإن كانت بين ثنايا القصص والمواعظ، ولهذا رأيناهم ذكروا في آيات الأحكام ما يؤخذ من قصة الخضر مع موسى عليه السلام، مثل جواز ارتكابه أخف الضررين تفاديا لأشدهما، ومنه خرق السفينة حتى يجدها الملك الظالم معيبة فلا يأخذها غصبا. وما ذكره في قصة يوسف من الجعالة والكفالة، قوله تعالى:﴿... ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾.

ومشروعية بعض صور الحيلة لتحقيق أغراض مشروعة، كما صنع يوسف مع أخيه. ونحن في عصرنا نجد في قصة يوسف من الدلالة على مشروعية التخطيط الاقتصادي لمواجهة الأزمات من العمل الدائم على زيادة الإنتاج، في قوله تعالى:﴿ تزرعون سبع سنين دأبا(تقليل وتنظيم الادخار) فما حصدتم فذروه في سنبله﴾ والإشراف عليه ﴿ يأكلن ما قدمتم لهن(الاستهلاك) إلا قليلا مما تأكلون﴾ وهكذا. ومثل ذلك ما نجده في قصة ذي القرنين.

والتخفيف الثاني: الذي ذكره الغزالي هنا أنه لا يشترط فيما يطلب معرفته من الآيات حفظها عن ظهر قلب، بل يكفي أن يكون عالما بمواضعها بحيث يطلب فيها الآية المحتاج إليها في وقت الحاجة.

ولا ريب أن حفظ القرآن الكريم عن ظهر قلب أولى، ويجعل صاحبه أقدر على استحضار الآيات المطلوبة في موضوعه بدون معاناة تذكر، ولكن قد وجدت اليوم فهارس تعين غير الحافظ على استحضار ما يريد في موضوعه بسهولة، وتوجد بعض هذه المؤلفات مثل: (المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم)، والفهارس الموضوعة للقرآن مثل كتاب (تفصيل آيات القرآن الكريم).

وتجدر الإشارة هنا إلى أن معرفة القرآن الكريم كشرط للاجتهاد يتوجب معرفة متعلقاته، وهي المباحث الرئيسية لفهم القرآن الكريم:

أولا: معرفة أسباب النزول

ومما يدخل في العلم بالقرآن الكريم: العلم بأسباب نزوله، فإن العلم بها يلقي ضوءا على المقصود بالنص القرآني، وإن كان الراجح عند الأصوليين أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

يقول الإمام الشاطبي في موافقاته:« معرفة أسباب التنزيل لازمة لمن أراد علم القرآن، والدليل على ذلك أمران:

أحدهما: أن علم المعاني والبيان الذي يعرف به إعجاز نظم القرآن، فضلا عن معرفة مقاصد كلام العرب، إنما مداره على معرفة مقتضيات الأحوال: حال الخطاب من جهة نفس الخطاب، أو المخاطَب أو المخاطِب، أو الجميع، إذ الكلام الواحد يختلف فهمه بحسب حالين، وبحسب مخاطبين، وبحسب غير ذلك، كالاستفهام، لفظه واحد، ويدخله معان أخر من تقرير وتوبيخ وغير ذلك، وكالأمر يدخله معنى الإباحة والتهديد والتعجيز وأشباهها، ولا يدل على معناها المراد إلا الأمور الخارجة، وعمدتها مقتضيات الأحوال: وليس كل حال ينقل ولا كل قرينة تقترن بنفس الكلام المنقول، وإذا فات نقل بعض القرائن الدالة فات فهم الكلام جملة، أو فهم شيء منه، ومعرفة الأسباب رافعة كل مشكل في هذا النمط، فهي من المهمات في فهم الكتاب، ومعنى معرفة السبب هو معرفة مقتضى الحال، وينشأ عن هذا الوجه.

الوجه الثاني: وهو أن الجهل بأسباب التنزيل موقع في الشبه والإشكالات ومورد للنصوص الظاهرة مورد الإجمال حتى يقع الاختلاف، وذلك مظنة وقوع النزاع.

ويوضح هذا المعنى ما روى أبو عبيدة عن إبراهيم التيمي، قال:« خلا عمر ذات يوم، فجعل يُحدّث نفسه: كيف تختلف هذه الأمة ونبيها واحد وقبلتها واحدة فقال ابن عباس: يا

أمير المؤمنين، إنا أنزل علينا القرآن فقرأناه، وعلمنا فيم نزل وإنه سيكون بعدنا أقوام يقرءون القرآن ولا يدرون فيم نزل، فيكون لهم فيه رأي فإذا كان لهم فيه رأي اختلفوا، فإذا اختلفوا اقتتلوا، قال: فزجره عمر وانتهره، فانصرف ابن عباس، ونظر عمر فيما قال، فعرفه، فأرسل إليه، فقال أعد علي ما قلت، فأعاده عليه، فعرف عمر قوله وأعجبه».

قال الشاطبي: ما قاله صحيح في الاعتبار، ويتبين بما هو أقرب. فقد روى ابن وهب عن بكير: أنه سأل نافعا:« كيف كان رأي ابن عمر في الحرورية؟ قال: يراهم شرار خلق الله، إنهم انطلقوا إلى آيات أنزلت في الكفار فجعلوها على المؤمنين».

فهذا معنى الرأي الذي نبّه ابن عباس رضي الله عنهما عليه وهو الناشئ عن الجهل بالمعنى الذي نزل فيه القرآن.

وروى أن مروان أرسل بوابه إلى ابن عباس، وقال قل له: لئن كان كل امرئ فرح بما أوتي وأحب أن يحمد بما لم يفعل معذبا، لنُعذَّبَن أجمعون، فقال ابن عباس: مالكم ولهذه الآية؟ إنما دعا النبي صلى الله عليه وسلم يهود فسألهم عن شيء فكتموه إياه وأخبروه بغيره، فأروه أن قد استحمدوا إليه بما أخبروه عنه فيما سألهم، وفرحوا بما أوتوا من كتمانهم، ثم قرأ:﴿ وإذ أخذ الله ميثاق الذين أوتوا الكتاب.....ويحبون أن يحمدوا بما لم يفعلوا﴾ فهذا السبب بيّن أن المقصود من الآية غير ما ظهر لمروان.

وقد عنى المفسرون بأسباب النزول ودونوها في كتبهم، كما أفردها بعضهم بكتب خاصة مثل كتاب الواحدي، وكتاب (لباب النقول بأسباب النزول للسيوطي).

ولكن مما ينبغي التنبيه عليه هنا: أن كثيرا من أسباب النزول لم تثبت صحتها وجملة الصحيح منها قليل جدا.

ثانيا: معرفة الناسخ والمنسوخ

ومما عنى به الأصوليون في معرفة القرآن: العلم بالناسخ والمنسوخ منه، حتى عدّه بعضهم شرطا مستقلا، وإنما شددوا في ذلك حتى لا يستدل بآية على حكم، وهي في الواقع منسوخة غير معمول بها.

وقد نبّه العلماء هنا على بعض الحقائق الهامة، وهي:

1. أن بعض المؤلفين أكثروا من القول بالنسخ في القرآن، حتى قال من قال منهم أن آية السيف نسخت أكثر من مائة آية في القرآن، ويقابل هؤلاء من أنكر النسخ بالكلية في

القرآن مثل أبي مسلم الأصفهاني الذي يحكي قوله الفخر الرازي في تفسيره، ويظهر منه في بعض الأحيان الميل إليه.

وبين هؤلاء وهؤلاء من توسّط في الأمر، مثل السيوطي الذي أوصل الآيات المسنوخة إلى عشرين، والمتأمل فيها يجد أكثرها لا نسخ فيه. ولهذا أوصلها الإمام الدهلوي إلى خمس آيات فقط. ونحا الشيخ الخضري في كتابه (تاريخ التشريع) هذا النحو.

2. أن النسخ في لغة السلف أعم من النسخ في اصطلاح المتأخرين، كما نبّه على ذلك كثير من المحققين مثل ابن القيم والشاطبي وغيرهما.

فقد ذكر الشاطبي في(الموافقات): أن الذي يظهر من كلام المتقدمين أن النسخ عندهم في الإطلاق أعم منه في كلام الأصوليين: فقد يطلقون على تقييد المطلق نسخا، وعلى تخصيص العموم بدليل متصل أو منفصل نسخا، وعلى بيان المبهم والمجمل نسخا، كما يطلقون على رفع الحكم الشرعي بدليل شرعي متأخر نسخا لأن جميع ذلك مشترك في معنى واحد، وهو أن النسخ في الاصطلاح المتأخر اقتضى أن الأمر المتقدم غير مراد في التكليف، وإنما المراد ما جئ به آخرا، فالأول غير معمول به، والثاني هو المعمول به.

وهذا المعنى جاز في تقييد المطلق، فإن المطلق متروك الظاهر مع مقيده، لا إعمال له في إطلاقه، بل المعمل هو المقيد، فكأن المطلق لم يفد مع مقيده شيئا، فصار مثل الناسخ والمنسوخ، وكذلك العام مع الخاص، إذ كان ظاهر العام يقتضي شمول الحكم لجميع ما يتناوله اللفظ، فلما جاء الخاص أخرج حكم ظاهر العام عن الاعتبار، فأشبه الناسخ والمنسوخ، إلا أن اللفظ العام لم يهمل مدلوله جملة، وإنما أهمل منه ما دل عليه الخاص، وبقي السائر على الحكم الأول، والمبين مع المبهم كالمقيد مع المطلق، فلما كان ذلك استسهل إطلاق لفظ النسخ في جملة هذه المعاني، لرجوعها إلى شيء واحد.

ولابد من أمثلة تبين المراد: فقد روى عن ابن عباس أنه قال في قوله تعالى:﴿ من كان يريد العاجلة عجلنا له فيها ما نشاء لمن نريد﴾ إنه ناسخ لقوله تعالى:﴿ من كان يريد حرث الآخرة نزد له في حرثه ومن كان يريد حرث الدنيا نؤته منها﴾ وعلى هذا التحقيق تقييد لمطلق إذ كان قوله: نؤته منها مطلقا ومعناه مقيد بالمشيئة، وهو قوله في الأخرى لمن نريد وإلا فهو إخبار، والأخبار لا يدخلها النسخ.

وقال في قوله تعالى:﴿ لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها أنه منسوخ بقوله:﴿ ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتا غير مسكونة﴾ وليس من الناسخ والمنسوخ في شيء، غير أن قوله:﴿ ليس عليكم جناح﴾ يثبت أن البيوت في الآية الأخرى إنما يراد بها المسكونة.

الفرع الثاني: معرفة السنة النبوية

السنة هي المصدر الثاني للشريعة، وهي الشارحة للقرآن، وقد تؤسس لأحكام جديدة، فيجب على المجتهد أن يعرف السنة على النحو الذي بيناه في معرفة القرآن، ولا يلزمه حفظ جميع الأحاديث، وإنما يكفيه أن يعرف أحاديث الأحكام بحيث يكون قادرًا على الرجوع إليها عند الاستنباط وقد اختلف العلماء في المقدار الذي يكفي المجتهد معرفته من السنة، (فنقل عن ابن العربي أنها ثلاثة آلاف، ونقل عن أحمد أنه قال: الأصول التي يدور عليها العلم عن النبي صلى الله عليه و سلم، ينبغي أن تكون ألفًا ومائتين. وروى ابن القيم أن أصول الأحاديث التي تدور عليها الأحكام خمسمائة، مفصلة في نحو أربعة آلاف حديث). وقال الشوكاني معلقًا على هذا: «والحق الذي لا شك فيه ولا شبهة، أن المجتهد لابد أن يكون عالمًا بما اشتملت عليه المسانيد والمستخرجات، والكتب التي التزم مصنفوها الصحة... وأن يكون له تمييز بين الصحيح منها والحسن والضعيف، ولو بالبحث في كتب الجرح والتعديل، وكتب العلل، ومجاميع السنة التي صنفها أهل الفن كالأمهات الستة، وما يلحق بها».

وبهذا فإنه يجب على المجتهد أن يكون واسع الاطلاع على السنة كلها، وأن يوجه مزيد اهتمام إلى أحاديث الأحكام، فقد توجد أحاديث بعيدة عن مجال الأحكام في الظاهر، ولكن الفقيه يستنبط منها من الأحكام ما قد يفوت غيره.

ويلزم المجتهد أن يكون على علم بمصطلح الحديث ورجاله، ولا يجب أن يكون في درجة أهل الفن فن الحديث أنفسهم وإنما يكفيه أن يعتمد على ما انتهى إليه أهل هذا الفن.

وتجدر الإشارة إلى أن البحث عن الأحاديث، والكشف عن درجتها في الصحة والضعف.. قد أصبح في زماننا أيسر بكثير من ذي قبل، وذلك لتوفر المعاجم والفهارس التي تدل على مواطن الأحاديث في كتبها الأصلية وأمهاتها المعتمدة، بحيث يستطيع الباحث أن يصل من خلال المعجم أو الفهرس إلى موضع الحديث في الكتب التي أوردته، والتي حكمت عليه وبينت درجته، وأيضًا يستطيع من خلالها أن يعرف معظم الأحاديث المتعلقة بموضوع

ما أو مسألة ما، بل وتكثر سهولة الوصول إلى الأحاديث والتعامل معها، إذا ما تم استعمال جهاز الحاسوب الآلي في تخزينها وبرمجتها.

والعلم بالسنة يعني فيما يعني عدة أمور:

أولا: علم دراية الحديث

وقد جعله الإمام أبو حامد الغزالي شرطا مستقلا، وحقه أن يكون داخلا في شرط معرفة السنة.

والمراد بذلك كما قال الغزالي:« معرفة الرواية، وتمييز الصحيح منها عن الفاسد والمقبول عن المردود، فإن ما لا ينقله العدل عن العدل فلا حجة فيه، والتخفيف فيه: أن كل حديث يفتى به مما قبِلَته الأمة، فلا حاجة به إلى النظر في إسناده، وإن خالفه بعض العلماء، فينبغي أن يعرف رواته وعدالتهم، فإن كانوا مشهورين عنده، كما يرويه الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر مثلا، اعتمد عليه. فهؤلاء قد تواتر عند الناس عدالتهم وأحوالهم، والعدالة إنما تعرف بالخبرة والمشاهدة، أو بتواتر الخبر فما نزل عنه فهو تقليد، وذلك بأن يقلد البخاري ومسلما في أخبار الصحيحين، وإنهما ما رووها إلا عمن عرفوا عدالته، فهذا مجرد تقليد، وإنما يزول التقليد بأن يعرف أحوال الرواة بتسامع أحوالهم وسيرهم، ثم ينظر في سيرهم أنها تقتضي العدالة أم لا، وذلك طويل، وهو في زماننا مع كثرة الوسائط عسير. والتخفيف فيه: أن يكتفي بتعديل الإمام العدل بعد أن عرفنا أن مذهبه في التعديل مذهب صحيح فإن المذاهب مختلفة فيما يعدل به ويجرح، فإن من مات قبلنا بزمان امتنعت الخبرة والمشاهدة في حقه، ولو شرط أن تتواتر سيرته فذلك لا يصادف إلا في الأئمة المشهورين، فيقلد في معرفة سيرته عدلا فيما يخبر، فيقلد في تعديله، بعد أن عرفنا صحة مذهبه في التعديل، فإن جوزنا للمفتي الاعتماد على الكتب الصحيحة التي ارتضى الأئمة رواتها قصر الطريق على المفتي، وإلا طال الأمر، وعسر الخطب في هذا الزمان، مع كثرة الوسائط، ولا يزال الأمر يزداد شدة بتعاقب الأعصار».

ثانيا: معرفة الناسخ والمنسوخ من الحديث

حتى لا يحكم بحديث قد ثبت نسخه وبطل العمل به، كالأحاديث التي رويت في جواز: نكاح المتعة، فقد ثبت نسخُها بأحاديث أخرى.

قال الغزالي:« والتخفيف في ذلك، أن يعلم أن ذلك الحديث ليس من جملة المنسوخ» وقد ألفت كتب في ذلك، ما بين متوسع في النسخ، ومضيق فيه، ومتوسط فيه، ومن أشهرها كتاب الحازمي (الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الآثار).

وكما أن كثيرا مما قيل بنسخه في القرآن ليس بمنسوخ حقيقة، كذلك ما قيل بنسخه في السنة ليس بمنسوخ من ذلك ما ذكروه في حديث سلمة بن الأكوع في الصحيح وهو حديث: « كنت نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحي، فكلوا وأطعموا وادخروا» فقد قيل: إن النهي عن الادخار نسخ وبطل حكمه بقوله في الحديث « وادخروا» وقيل: إنه ليس من باب النسخ، بل من باب نفي الحكم لانتفاء علته، وقد جاء في بعض روايات الحديث بيان علة النهي بقوله: « إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت » يعني الجماعة التي وفدت على المدينة من خارجها في عيد الأضحى. لهذا أنكر الإمام القرطبي في التفسير أن يكون ذلك من باب النسخ، قائلا: « بل هو حكم ارتفع لارتفاع علته، لا لأنه منسوخ، وفرق بين رفع الحكم بالنسخ، ورفعه لارتفاع علته، فالمرفوع بالنسخ لا يحكم به أبدا، والمرفوع بارتفاع علته يعود بعود العلة... الخ».

ثالثا: معرفة أسباب ورود الحديث

وإذا كانت معرفة أسباب نزول القرآن لازمة لمن يريد فهم القرآن، فإن معرفة أسباب ورود الحديث ألزم لمن يريد فهم السنة، لأن القرآن بطبيعته عام لكل الأحوال والأمكنة والأزمنة، أما السنة فكثيرا ما تأتي لعلاج قضايا خاصة وأوضاع معينة، يتغير الحكم بتغيرها، مثال ذلك حديث جابر عن الشيخين (البخاري ومسلم): « سموا باسمي، ولا تكنوا بكنيتي» فظاهره النهي عن تكنية أحد ب(أبي القاسم) في كل مكان وزمان. ولكن روى البخاري عن أنس قال:« كان النبي صلى الله عليه وسلم في السوق، فقال رجل: يا أبا القاسم فالتفت النبي صلى الله عليه وسلم،فقال: إنما دعوت هذا، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: سموا باسمي ولا تَكنُوا بكُنيَتي».

فهذا الحديث يدل على أن النهي مقصور على زمنه صلى الله عليه وسلم وحتى لا يحدث التباس عند الدعاء ونحوه، ولهذا تكنى كثير من العلماء والصلحاء ب(أبى القاسم) طول العصور الإسلامية، ولم يجدوا في ذلك حرجا ولم ينكر عليهم أحد.

وإنما يعرف ذلك بالرجوع إلى مصادر الحديث الأصلية فإن المختصرات كثيرا ما تذكر الحديث مبتورا عن سببه وملابسة وروده.

وقد حاول بعض المتأخرين جمع هذا النوع في مؤلف خاص كما في كتاب (البيان والتعريف في أسباب ورود الحديث الشريف) لإبراهيم بن محمد كمال الدين الشهير بابن حمزة الحسيني وقد طبع في جزأين، ولكنه لا يغني عن مراجعة المصادر الأصلية.

الفرع الثالث: معرفة اللغة العربية

المصدران الأصليان للشريعة الإسلامية هما الكتاب والسنة، شاء الله أن يكونا باللغة العربية، لذلك يشترط لفهمهما واستنباط الأحكام منهما فهم قواعد اللغة العربية، وكيفية دلالات الألفاظ على المعاني، وحكم خواص اللفظ من عموم وخصوص، وحقيقة ومجاز وإطلاق، فمن لم يعرف أساليب الخطاب العربي لا يتمكن من استنباط الأحكام من كلام الله ورسوله صلى الله عليه وسلم، ولا يشترط في المجتهد أن يكون إمامًا في اللغة، كسيبويه أو المبرِّد وغيرهما، وإنما يكفيه معرفة القدر الذي يفهم به خطاب العرب وعاداتهم في الاستعمال، إلى حد يميز به بين صريح الكلام وظاهره، ومجمله ومفسره، ومترادفه ومتباينه، بحيث يمكنه عند ذلك تفسير ما ورد في الكتاب والسنة من الغريب ونحوه.. ولا يشترط أن يكون حافظًا عن ظهر قلب، بل المعتبر أن يكون متمكنًا من استخراجها من مؤلفات الأئمة المشتغلين بذلك، وقد قربوها أحسن تقريب، وهذبوها أبلغ تهذيب، ورتبوها على حروف المعجم ترتيبًا لا يصعب الكشف عنه، ولا يبعد الاطلاع عليه.

لابد للمجتهد إذن من معرفة معاني المفردات ودلالاتها، حتى يكون استنباط الحكم منها صحيحا وكثيرا ما يؤدي الاختلاف في تفسير معاني الكلمات سببا في اختلاف الفقهاء في الأحكام المأخوذة منها.

فقوله تعالى:﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ تقتضي من المجتهد أن يبذل جهده لتحديد معنى(القرء) في الآية، أهو الحيض أم الطهر؟.

والنصوص التي وردت في الرضاعة والإرضاع في القرآن مثل قوله تعالى:﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾ وكذلك ما ورد من ذلك في الحديث:« يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» وقوله صلى الله عليه وسلم: «إنما الرضاعة من

المجاعة»الخ، لا يعرف الحكم المستنبط منها إلا بتحديد معنى الرضاعة والرضاع والإرضاع أهو مجرد وصول اللبن إلى الجوف، ولو عن طريق الوجور في الحلق أو السقوط في الأنف، أم هو امتصاص اللبن من الثدي بطريق الفم والالتقام؟

ولابد للمجتهد من معرفة دلالات الجمل، ما كان منها على سبيل الحقيقة وما كان على سبيل المجاز أو الكناية، ودلالات التقديم والتأخير والحذف والحصر، وغيرها مما يشمله علم المعاني والبيان.

الفرع الرابع: معرفة أصول الفقه

أصول الفقه هو عماد الاجتهاد وأساسه الذي تقوم عليه أركان بنائه، فإن دليل الحكم يدل عليه بواسطة معينة، ككونه أمرًا أو نهيًا، عامًّا أو خاصًّا، ونحوها من قواعد دلالات الألفاظ، ولابد عند الاستنباط من معرفة تلك الكيفيات وحكم كل منها، ولا يعرف ذلك إلا في أصول الفقه. يقول الرازي مبيناً أهمية علم الأصول:« إن أهم العلوم للمجتهد علم أصول الفقه»، فعلى طالب الاجتهاد أن يعرف أصول الفقه، بفهم قواعده العامة وأدلته الإجمالية، وكيفية الاستفادة من هذه الأدلة، وحال المستفيد منها ليزن نفسه بهذه المقاييس، فيقدم على الاجتهاد إذا أحس في نفسه تحقق هذه الشروط، ويحجم إذا اختل شرط، محاولاً الوصول إلى صفات المجتهدين.

كما أنه بالأصول يعرف مباحث السنة، من حيث المقبول منها والمردود على وجه الإجمال ويعرف الإجماع من حيث ضوابطه وشروطه وحجيته، وكذلك يعرف القياس صحيحه وفاسده، ومسالك العلة وقوادحها. ويعرف أيضًا الاستحسان والاستصحاب والمصالح المرسلة، وغيرها من الأدلة التي اختلف فيها العلماء، ويبحث وجهات النظر فيها، ليصل بذلك إلى حكم خاص به.

الفرع الخامس: معرفة مقاصد الشريعة

(مقاصد الشريعة) من المباحث الأصولية المهمة التي يجب على المجتهد أن يعرفها جملة وتفصيلاً، ليلتزم في اجتهاده بالأهداف العامة التي قصد التشريع حمايتها، والتي تدور حول حفظ مصالح الناس، المتمثلة في الحفاظ على الدين والنفس والعقل والنسب والمال، ومراعاة مصالح العباد، إذ أن فهم النصوص وتطبيقها على الوقائع، متوقف على معرفة

مقاصد الشريعة، فمثلاً قد تحتمل دلالة اللفظ على معناه أكثر من وجـــــه، ولا سبيل إلى ترجيح واحد منها إلا بملاحظة قصد الشارع، وقد تتعارض الأدلة الفرعية مع بعضها، فيأخذ بما هو الأوفق مع قصد الشارع.. وقد تحدث وقائع جديدة لا يعرف حكمها بالنصوص الموجودة في الشرع، فيلجأ إلى الاستحســـان أو المصلحـــــــة المرسلة أو العُرف ونحوهـــــا، بالاهتداء بالمقاصـــد العامـــة للشريعة.

يقول الشاطبي:« الأول فهم مقاصد الشريعة، وأنها مبنية على اعتبار المصالح، وأن المصالح إنما اعتبرت من حيث وضعها الشارع كذلك، لا من حيث إدراك المكلف، إذ أن المصالح تختلف عند ذلك بالنسب والإضافات، فلا ينظر إلى المصالح باعتبارها شهوات أو رغبات للمكلف، بل ينظر فيها إلى الأمر في ذاته، من حيث كونه نافعًا أو ضارًّا » ثم قال:« إذا بلغ الإنسان مبلغًا فَهِم فيه عن الشارع قصده في كل مسألة من مسائل الشريعة، وفي كل باب من أبوابها، فقد حصل له وصف هو السبب في تنزله منزلة الخليفة للنبي صلى الله عليه و سلم، في التعليم والفُتيا والحكم بما أراه الله».

الفرع السادس: معرفة مواقع الإجماع

يجب على المجتهد العلم التام بمواقع الإجماع، حتى لا يجتهد أو يفتي بخلاف ما وقع عليه الإجماع، ولا يستلزم هذا حفظ جميع المسائل التي وقع فيها الإجماع، وإنمـــــا يكفي أن يعلـــــم أن فتـــــواه لا تخـــــالف حكمًا مجمعًا عليه.

ويجب على المجتهد أيضًا أن يعرف القواعد الكلية للفقه الإسلامي، ليكتسب بذلك ملكة يفهم بها مقصود الشارع.

وعلى هذا، لا تحتاج المسائل الجديدة التي هي من مستحدثات عصرنا، مثل (نقل الدم) أو(زرع الأعضاء) المنقولة من الحي إلى الحي، أو من جثة ميت، ووصية بعض الناس بالانتفاع بجزء من بدنه، أو بجثته كلها لخدمة الغير أو الإنعاش الطبي المكثف لمريض فقد وعيه وإحساسه العصبي، أو ما يسمونه(شتل الجنين) أو(الرحم الظئر) أو (بنوك الأجنة المجمدة) أو (التحكم في جنس الجنين) أو استخدام الأشعة أو الذرة في السلم أو الحرب، ونحو ذلك مما لم يعرفه الأولون، ولم يخطر ببالهم، لا تحتاج هذه القضايا إلى البحث عن معرفة رأي أهل الإجماع فيها، إذ ليس لهم فيها رأي.

والمهم هنا أن يثبت الإجماع بيقين لا شك فيه، فإذا استيقن المجتهد الإجماع في مسألة، فليوفر على نفسه عناء الاجتهاد، فقد فرغت منها الأمة التي أبى الله أن يجمعها على ضلالة.

وهذه المواضع الإجماعية في فقهها هي التي تجسم الوحدة الفكرية والسلوكية للأمة وتحفظها من عوامل التشتت والتمزق.

ومثل ذلك اجتهاد بعض الباحثين المعاصرين في إباحة زواج المسلمة بالكتابي قياسا على زواج المسلم بالكتابية.

وهو اجتهاد مرفوض كذلك، لإجماع المسلمين في كل العصور ومن جميع المذاهب على تحريمه، واستقرار عمل الأمة عليه طوال قرون، بالإضافة إلى عموم قوله تعالى في سورة الممتحنة فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن.

المطلب الثالث: شروط الاجتهاد المختلف فيها (المؤهلات التكميلية للمجتهد)

ذكر بعض الأصوليين شروطًا أخرى للاجتهاد، غير تلك الشروط التي ذكرها معظم الأصوليين، ومن هذه الشروط الآتي:

الفرع الأول: العلم بأصول الدين

اشترطه بعض الأصوليين ولم يشترطه آخرون، ويبدو أن الذين اشترطوه يقصدون به العلم بالضروريات، كالعلم بوجود الرب سبحانه وصفاته وما يستحقه، والتصديق بالرسل وما جاءوا به، وهذا أمر لابد من معرفته، والذين لم يشترطوه ربما أرادوا به ما يدخل في علم الكلام، إذ لا علاقة له بالاجتهاد، ولكن البارع فيه يكون أقوى على الاجتهاد، لأن العلوم يقوي بعضها بعضًا.

الفرع الثاني: العلم بالفروع الفقهية

ذكر بعض الأصوليين شرط العلم بالفروع الفقهية، ولم يذكره آخرون، وبالتأمل في هذا الشرط، نجد أن الفروع الفقهية هي ثمرة الاجتهاد، فلا داعي للعلم والإحاطة بها، إلا أن تكون معرفتها من باب الممارسة على الاجتهاد، حتى تحصل بذلك دربة عليه، من خلال فهم اختلافات الفقهاء في المسائل، ودليل كل طرف فيما ذهب إليه ومناقشته للطرف الآخر، فلا

شك أن هذا الأمر ينفع طالب الاجتهاد كثيـــــــــــرًا.. ومـــــــن هنـــــــا فالذي ذهب إلى اشتراطـــــــــه نظـــــر إلى فائدتـــــه، والذي لم يشترطه نظر إلى أن الفروع الفقهيـــــــة هي ثمـــــــرة الاجتهـــــاد فلا داعي لهـــــا، قـــــــال الشافعـــــي رحمـــــه الله: (ولا يكون لأحـــــــد أن يقيس حتى يكـــــون عالمًا بما مضى قبل من السنن، وأقاويل السلف، وإجماع الناس واختلافهم).

الفرع الثالث: العلم بالدليل العقلي

شرطه جماعـــــــة منهـــــم الغـــــزالي والرازي، ولم يشترطه آخرون، لأن الاجتهاد إنما يدور على الأدلة الشرعية لا على الأدلة العقلية.

والمراد بالدليل العقلي: عند من اشترطه هو مستند النفي الأصلي للأحكام، فإن العقل قد دل على نفي الحرج في الأقوال والأفعال، وعلى نفي الأحكام عنها في صور لا نهاية لها. أما ما سنته الأدلة السمعية من الكتاب والسنة فالمستثناة محصورة، وإن كانت كثيرة فينبغي أن يرجع في كل واقعة إلى النفي الأصلي والبراءة الأصلية، ويعلم أن ذلك لا يغير إلا بنص أو قياس.

الفرع الرابع: معرفة أحوال عصره

لابد للمجتهد من فهم أحوال عصره وظروف مجتمعه الذي يعيش فيه، ليتمكن بذلك من تكييف الوقائع التي يجتهد في استنباط أحكام لها، ويأتي حكمه عليها سليمًا، وفهمه لها صحيحًا، فالمجتهد كالمفتي لابد له من معرفة واقعة الاستفتاء، ودراسة الظروف الاجتماعية المحيطة بها، والعوامل المؤثرة في الواقعة، وبذلك تكون فتواه معالجة للواقع القائم (فمعرفة الناس أصل يحتاج إليه المجتهد، وإلا أفسد أكثر مما أصلح، فعليه أن يكون عالمًا بالأمر والنهي، وطبائع الناس وعوائدهم، وأعرافهم، والمتغيرات الطارئة في حياتهم، فالفتوى قد تتغير بتغير الزمان والمكان والعوائد والأحوال.

الفرع الخامس: معرفة مبادئ العلوم الإنسانية المعاصرة

ويقصد بها تلك المعارف التي تعنى بالبحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، من مختلف الجوانب النفسية والتربوية والسياسية والاقتصادية والتاريخية والقانونية...إلخ، بحيث يستطيع من خلالها تقديم تفسير مقبول ومعقول لسائر الظواهر المؤثرة في توجيهات الإنسان وتطلعاته ورغباته ومشاكله، وكل ذلك ليكون الاجتهاد صحيحا واقعا في محلّه.

المبحث الثاني: مراتب المجتهدين في الفقه الإسلامي

نتعرض لهذا العنصر لما له صلة بفكرة الاجتهاد، حيث ظهرت نداءات بضرورة غلق باب الاجتهاد في العصر الحالي نظرا لتعذر وجود من تتوافر فيه الشروط المذكورة آنفا، وهذا الكلام قد يكون صحيحا إذا لم نفهم أن للاجتهاد مراتب مختلفة، ولذلك يقول الإمام السيوطي:« لهج كثير من الناس اليوم بأن المجتهد المطلق فُقِد من قديم، وأنه لم يوجد من دهر إلا المجتهد المقيد، وهذا غلط منهم، ما وقفوا على كلام العلماء، ولا عرفوا الفرق بين المجتهد المستقل، ولا بين المجتهد المقيد والمجتهد المنتسب، وبين كل ما ذكر فرق».

فيفهم من كلامه وكلام غيره كابن الصلاح والنووي أن مراتب المجتهدين في جملتها خمسة، إما مستقل أو غير مستقل، وغير المستقل على أربعة مراتب، نجملها كالتالي:

المطلب الأول: المجتهد المستقل المطلق

وهو الذي توفرت فيه الشروط السابقة، وكان له قواعد لنفسه، وأصول خاصة يعتمد عليها، ويبني عليها أحكام الفقه، ويمارسها في الاجتهاد، وكان اجتهاده في عامة أبواب الفقه، ويبذل جهده في معرفة النوازل والوقائع وما يُسأل عنه، وهذا هو المجتهد المطلق المستقل.

وهذا الصنف لم يعد متوفرًا، ويمتنع على الإنسان أن تتوفر فيه هذه الصفات، وخاصة مع اتساع العصر، وتنوع العلوم، وكثرة الوقائع والنوازل، والاعتماد على التخصص العام، والتخصص الفرعي الدقيق في مختلف العلوم وفي شؤون الحياة.

ومن أمثلة المجتهد المطلق فقهاء الصحابة والتابعين والأئمة الذين جاؤوا بعدهم واشتهروا بالاجتهاد المطلق كالإمام زيد، ومحمد الباقر، وأبي حنيفة، وجعفر الصادق، ومالك بن أنس، والشافعي، وأحمد، والأوزاعي، والليث بن سعد، والثوري، وابن جرير الطبري، وأبي ثور، وابن المنذر، وغيرهم كثير.

المطلب الثاني: المجتهد المطلق غير المستقل

وهو الذي توفرت فيه شروط الاجتهاد كالصنف السابق، لكن لم يضع لنفسه قواعد ينفرد بها، بل التزم طريقة إمام من أئمة المذاهب في الاجتهاد، فهو مجتهد مطلق منتسب، فهو لم يقلد إمامه في الحكم والدليل، لكن سلك طريقته في الاجتهاد والفتوى، ودعا إلى مذهبه، وقرأ كثيرًا منه على أهله، فوجده صوابًا، وأولى من غيره، وذلك مثل أبي يوسف ومحمد وزفر من الحنفية، وابن القاسم وأشهب وأصبغ من المالكية، والبويطي والزعفراني والمزني من الشافعية، وأصحاب أحمد كالخلال وغيرهم.

ويرى الشيخان محمد أبو زهرة وعبد الوهاب خلاف رحمهما الله أن مثل أبي يوسف ومحمد وزفر من أصحاب أبي حنيفة لا ينزلون عن رتبة الاجتهاد المطلق المستقل، ومنزلتهم من أبي حنيفة مثل منزلة أبي حنيفة من شيخه إبراهيم النخعي، ومنزلة الشافعي من مالك، وأحمد من الشافعي.

المطلب الثالث: المجتهد المقيد

ويسمى: المجتهد في المذهب، أو مجتهد التخريج ، لأنه مقيد في مذهب إمام معين، وعاملٌ على تقرير أصوله بالدليل، ولا يتعدى أصوله وقواعده، ويتقنها مع فقهها وأدلة مسائلها، وفي ذات الوقت فإنه يعرف القياس، ويقدر على التخريج والاستنباط على أصول إمامه، ويلحق الفروع بالأصول والقواعد التي لإمامه، كالحسن بن زياد الكرخي والطحاوي من الحنفية، والأبهري وابن أبي زيد من المالكية، وأبي إسحاق الشيرازي وأبي إسحاق المروزي من الشافعية، وغيرهم.

ويقوم مجتهد التخريج بنشاط في أقوال إمامه، فإذا أفتى الإمام في مسألتين متشابهتين بحكمين مختلفين في وقتين، نقل حكم كل منهما إلى الأخرى، وصار في كل مسألة قولان بالاجتهاد والتخريج، ما لم يفرق الإمام بينهما، أو يقرب الزمن.

المطلب الرابع: مجتهد الترجيح

وهو فقيه النفس، الحافظ لمذهب إمامه، العارف بأدلته، القائم بتقريرها، ثم يصور ويحرّر للمسائل الجديدة، ويمهد لها ويقررها، ويزيف ما يخالفها، ويرجح بين أقوال الإمام، ووجوه الأصحاب، ولم يبلغ رتبة المجتهد في المذهب، أو مجتهد التخريج؛ لاقتصاره على حفظ المذهب، وعدم الارتياض في الاستنباط، وعدم ممارسته، ولم يتبحر في أصول الفقه ونحوه، ولكن لا يخلو علمه عن معرفة أطرافه، مثل القدوري والمرغيناني صاحب "الهداية" من الحنفية، والقاضي عبد الوهاب والشيخ خليل من المالكية، وأبي الطيب الطبري وأبي حامد الإسفراييني والرافعي والنووي من الشافعية، والقاضي أبي يعلى وابن قدامة وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة، وغيرهم كثير في كل مذهب، ممن لم يخل منهم عصر.

المطلب الخامس: مجتهد الفتيا

وهو الفقيه الذي يقوم بحفظ المذهب ونقله وفهمه، ويعتمد عليه في نقل المذهب والفتوى به فيما يحكيه من كتب المذهب، ومنصوصات الإمام، وتفريعات الأصحاب المجتهدين في مذهبه وتخريجاتهم، فإن لم يجد حكمًا منقولًا في مذهبه، أعطى ما في معناه مما يدركه بأدنى فكر وتأمل، وأنه لا فارق بين الأمرين، وهذا النوع أكثر من أن يحصى في كل مذهب، وفي كل عصر ممن يتصدر للفتوى والتعليم، وهم المسمَّون اليوم بالعلماء والفقهاء والمختصين بالشريعة، وهم القائمون على الاجتهاد الجزئي، وبيان أحكام النوازل والمستجدات، ويتولون الإفتاء وبيان الأحكام للناس.

الفصل الثالث: مجال الاجتهاد الفقهي ومناهجه في الفقه الإسلامي والقضاء

تعتبر عملية الاجتهاد الفقهي من أصعب المهام التي تناط بمن توافرت فيهم شروط الاجتهاد، لما فيها من التوقيع عن رب العالمين في استنباط الأحكام الشرعية من مختلف الأدلة النقلية والعقلية، وتزداد العملية صعوبة وأهمية عندما ندرك أننا أمام مجالين لا ثالث لهما للعملية الاجتهادية، الأولى يضيق فيها الاجتهاد بشكل يكاد يكون منعدما إلا فيما تعلق بالوسائل، أما الثانية فيظهر فيها الاجتهاد بشكل كبير في دائرة النصوص الظنية (المتغيرة) ويزداد اتساعا عند انعدام النصوص في الواقعة.

هذا من جهة نظر الفقه الإسلامي، أما من جهة الاجتهاد القضائي فالأمر سواء، ولا اختلاف بينهما إلا من حيث المصادر التي يعتمد عليها كلا المجتهدَين. لهذا، فإن البحث عن موضوع نطاق العملية الاجتهادية يشكل الحلقة الأساسية لضبط الاجتهاد السليم.

المبحث الأول: النطاق العام للعملية الاجتهادية

إن طبيعة النصوص الواردة هو الذي يحدد مدى سماحها بالاجتهاد من عدمه ضمن ما يسمى بالثابت الذي لا ينبغي الخروج عنه من قطعيات، والمتغير الذي يعتبر نطاقا رحبا للعملية الاجتهادية.

المطلب الأول: مفهوم المجتهد فيه وحكمته

يتحدد النطاق العام للاجتهاد الفقهي من خلال معرفة المجتهد فيه، وبيان الحكمة من وجوده.

الفرع الأول: تعريف المجتهد فيه

عرّفه الإمام الزركشي بأنه:« كل حكم شرعي عملي أو علمي يقصد به العلم ليس فيه دليل قطعي» والمراد بها ما يلي:

العمل: ما هو كسب للمكلف إقداما وإحجاما.

العلمي: ما تضمنه علم الأصول من المظنونات التي يستند إليها،« وخرج بما ليس فيه دليل قاطع احترازا عما وجد فيه ذلك من الأحكام، فإذا ظفر المجتهد بالدليل حرم عليه الرجوع إلى الظن»، ومثاله المجاز، والنص الذي يحتمل التأويل...إلخ.

الفرع الثاني: حكمة المجتهد فيه شرعا

مما يعرف بين جمهور المسلمين هو أن الله تعالى لم يترك الناس سدى، وأنه تعالى له حكم في كل ما يحدث للمسلمين من الوقائع، غير أنه تعالى لحكمة لم ينص على كل أحكامه بل نص على أحكام بعض الوقائع بنصوص في القرآن أو على لسان رسول الله صلى الله

عليه وسلم، والواقعة التي دل على حكمها نص قطعي في اللفظ والدلالة فمثلها لا يكون للعقل اجتهاد فيها. أما الواقعة التي دل على حكمها نص ظني الدلالة، بمعنى أن النص يحتمل الدلالة على حكمها أو أكثر، فللعقل فيها مجال لأن يدرك منه أي حكمة. أم الواقعة التي ما دل على حكمها نص أصلا واتفاق المجتهدون على حكم فيها في عصر من العصور لا مجال فيها للاجتهاد لأن فيها إجماع، أم تلك الواقعة التي ما دل على حكمها نص ولا انعقد على حكمها إجماع فهي مجال للاجتهاد بالرأي.

المطلب الثاني: نطاق المجتهد فيه وحدوده ضمن الفقه الإسلامي

لا شك أن للعقل عملا في استنباط الأحكام النقلية (أي المنقولة إلينا بالوحي) من كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وقد تعددت ميادين الاجتهاد بالعقل في فهم النصوص الشرعية واستنباط الأحكام الشرعية منها، وقد حددها الإمام محمد أبو زهرة بثلاثة أمور:

- التعرف على معاني النصوص من ألفاظها واستخراج الأحكام منها، لأنه ليس كل مسلم قادرا على استخراج الأحكام من النصوص، فإن لذلك قواعد ثابتة يدركها الأولون بالفطرة، ويدركها غيرهم بالاكتساب، فيستخرج الضابط الذي يصح أن يطبق بمقتضاه الحكم في كل موضع يشبهه.
- ثم يقوم المجتهد موظفا فكره في العمل والتعرف على مرامي ومقاصد النصوص التشريعية في جملتها، ومعرفة الحكمة التي جاء بها الحكم في كل نص شرعي.
- الاستنباط مما وراء النصوص فيما لم يوجد فيه نص، لأن الحوادث غير متناهية والنصوص متناهية، فكان لابد من استخراج ما لا نص فيه في ضوء ما ورد النص فيه.

المطلب الثالث: نطاق ما يجتهد فيه القاضي وحدوده في التشريع الوضعي

النصوص القانونية لا يكون لها مفعول من الناحية العملية إلا من خلال تفسيرها، ولهذا فكثيرا ما نجد الأحكام التي يأتي بها النص القانوني غير قاطع في الدلالة على الحكم، ولهذا يعمل القاضي على الاجتهاد في تفسيره والاستدلال عليه بين المعاني التي يحتملها دون

الخروج عليها، فإذا كان المشرع قد حدد الإطار العام لمسألة ما غير أنه لم يكن يتصور عند إصداره للقانون النزاعات والمشاكل التي تثور عند تطبيق القانون، وهو ما يجعل الاجتهاد القضائي يبحث عن الحل المناسب.

فإذا كانت النصوص القانونية من حيث الصياغة تتسم بالوضوح في العبارة والفكرة لا تثير إشكالا، إذ يسهل تطبيقها على الوقائع، غير أن هناك نصوصا غامضة أو مبهمة وهي لا تساعد على التعامل بها، ففي هذه الحال يتعين على القاضي الاجتهاد ليتوصل إلى التطبيق السليم والأنجع للنص القانوني على واقع الدعوى.

وينحصر الاجتهاد القضائي عموما في ثلاث حالات:

أولها: اجتهاد في دائرة النص الظني لترجيح بعض مفاهيمه دون الخروج عن دائرة مفاد النص.

ثانيها: اجتهاد للتوصل إلى الحكم الصحيح بتطبيق القواعد الكلية فيما يمكن أخذه من القواعد الكلية إذا لم يكن فيه نص خاص أو أظهره اجتهاد سابق ولا يمكن أخذه بطريق القياس.

ثالثها: اجتهاد بالبحث على الوسائل التي وضعها المشرع للدلالة على حكمه، وهذا يكون بالنسبة لما لم يرد فيه نص، ولا يؤخذ من القاعد الكلية، ولم يصدر بشأنه اجتهاد سابق.

المبحث الثاني: مجال الاجتهاد في الفقه الإسلامي مقارنا مع الوضعي

إذا كان الاجتهاد جائز ومشروع كونه ضرورة، بالرغم من اختلاف مكانته التشريعية في نظام التشريع الإسلامي الذي تعتبر فيه مكانة ومجال الاجتهاد رحبا، إلا أنه يبقى محكوما بطبيعة النصوص التي تسمح به وفي حالات وصور محددة، حتى بالنسبة للمنظومة الوعية المختلفة بين من يضيق من مجال الاجتهاد ويجعله استثناء، وتلك التي تعطيه مكانة وحيزا واسعا في نظامها التشريعي والقضائي يصل فيه القاضي حد الاجتهاد الإنشائي للمبادئ والقواعد القانونية.

المطلب الأول: مجال الاجتهاد في الفقه الإسلامي

الاجتهاد المعتبر شرعا هو المقيد بكونه واقع في مجاله المسموح به لا غير، فالنصوص الآمرة والناهية لا مجال للاجتهاد فيها لأنها ثوابت، لاسيما في العقائد والعبادات في أصولها وكيفياتها، أما في فروعها وجزئياتها وتطبيقاتها المعتمدة فقها ففيها مجال للاجتهاد.

الفرع الأول: ما لا يجوز فيه الاجتهاد في الفقه الإسلامي

لقد اتفق علماء أصول الفقه على عدم جواز الاجتهاد فيما فيه نص قاطع، وهو المراد بقولهم (لا اجتهاد مع النص) وهي كما يلي:

أولا: أصول العقيدة: كالإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر ونحو ذلك من أمور العقيدة الثابتة بنصوص قطعية الثبوت والدلالة.

ثانيا: المعلوم من الدين بالضرورة : كوجوب الصلاة والزكاة والصوم والحج ونحوها، فهذه ثابتة بالأدلة قطعية الثبوت والدلالة أيضا.

ثالثا: المقدَّرات الشرعية : التي نص الشارع علة تحديدها كالحدود الشرعية والكفارات ومقادير الزكاة وأنصباء الورثة ونحو ذلك من المقدرات الشرعية التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان ولا مجال للاجتهاد فيها.

وهذا النوع من الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة يختص بأمرين هما:

- أن من أنكر أو جحد من المسلمين حكما من هذه الأحكام تسري عليه أحكام الم رتد عن دين الإسلام.
- أن هذا النوع لا مجال في للاجتهاد لمعلومية أحكامه.

رابعا: أحكام شرعية مجمع عليها : فلا مجال للاجتهاد في الأحكام الشرعية المجتمع عليها واختص بالعلم بها الخاصة دون العامة، ومن أمثلتها استحقاق بنت الابن السدس مع البنت، فلا يجوز لمجتهد أن يأتي بما يعدّ خرقا للإجماع فيها. إلا أن العلماء لم يتفقوا على تكفير المنكِر لحكم من هذا النوع.

الفرع الثاني: ما يجوز فيه الاجتهاد في الفقه الإسلامي

ينصب الاجتهاد على الأحكام ظنية الدلالة من خلال الكشف على المراد منها، سواء بالتعرف على قوة دلالة اللفظ على المعنى، أو بترجيح دلالة على أخرى، والفقهاء يختلفون في هذه الأمور، وإن كانوا يتفقون على الموازين العامة والقواعد الضابطة لدلالات الألفاظ وترجيح بعضها على بعض.

أولا: طبيعة الاجتهاد بالرأي فيما يجوز فيه الاجتهاد

وتتحدد طبيعة الاجتهاد بالرأي بما يلي:

1. من خلال نصوص يمثل كل منها إرادة المشرع وغرضه منه، كما تمثل بمجموعها روح التشريع العامة ومقاصده الأساسية.
2. ملكة مقتدرة ومتخصصة تبذل أقصى وسعها في تفهم النص معنى وروحا، واستثمار طاقاته في الدلالة على معانيه وأحكامه، وتحديد مراد الشارع وغرضه من كل منها.
3. دراسة للوقائع المتجددة دراسة علمية، للتعرف على عناصرها الكوينية وخصائصها، وما يحتف بها من ظروف وملابسات.
4. تطبيق الأحكام على الوقائع التي تقتضيها على نحو يحقق المصلحة المقصودة شرعا، من حيث المآل (أي ما تؤوول إليه مستقبلا) لأن المصلحة هي مقصد الشرع، وهي التي تجسد معنى العدل الإلهي.

ثانيا: الاجتهاد بالرأي فيما لا نص فيه

ويكون بأحد الأمرين، أولهما القياس، وثانيهما الاستدلال، ويسمى هذا النوع عند البعض بـــ «**منطقة الفراغ التشريعي**» أو «**منطقة العفو**» وهي تلك المنطقة التي تركتها النصوص الشرعية – قصدا– لاجتهاد أولى الأمر والرأي وأهل الحل العقد في الأمة بما يحقق المصلحة العامة ويرعى المقاصد الشرعية وتحري العدل والعمل بمقتضاه.

ويكون الاجتهاد بالرأي على النحو الآتي:

أولهما: الاجتهاد بالقياس: على ما ه منصوص عليه إن وجدت العلة الجامعة بينهما، فالمرجع في الاهتداء إلى الحكم هو الأمارات وطرق الاستنباط، وهذا يختلف باختلاف عقول المجتهدين وما يحيط بهم من ملابسات وأحوال. وليس أدل على هذا من أن القياس هو أول طرق هذا الاستنباط الذي أساسه تعليل حكم النص، ومدار تعليله هو إدراك المصلحة التي شرع الحكم لأجلها والوصف الذي بني عليه باعتباره منطقة هذه المصلحة، وتقدير ذلك مما تتفاوت فيه فهوم المجتهدين.

ثانيهما: الاجتهاد بالاستدلال للحكم : ويكون بأحد الأدلة الاجتهادية المقررة عند أئمة الاجتهاد، كالاستحسان الاستصحاب والمصلحة المرسلة وسد الذرائع والعرف وشرع من قبلنا...إلخ.

ثالثا: الاجتهاد في فهم النص عند وجوده

ويتجلى في ثلاثة أمور:

1. في ثبوت النص إن كان ظني الثبوت: فيبحث المجتهد في سند الحديث وطريق الوصول إليه ودرجته من حيث العدالة والصدق والضبط والثقة، وهو ما اختلف فيه المجتهدون في كثير من الأحكام العملية.
2. في دلالة النص إن كان ظني الدلالة: فيبحث المجتهد في المعنى المراد من الدليل ووجه دلالته على معناه، فقد يكون عاما وقد يكون مطلقا ويكون على صيغة الأمر أو النهي، فالمجتهد يصل باجتهاده إلى معرفة الظاهر على ظاهره أو هو مؤول، وأن العام باق على عمومه أو هو مخصص، وكذلك المطلق على إطلاقه أو هو مقيد، والأمر بالإيجاب أو لغيره، والنهي للتحريم أو لغيره، إلى غير ذلك من دلالات الألفاظ.
3. في تحقيق مناط النص: تحقيق المناط هو النظر في وجود علة الحكم المعلومة بطريق من طرقها في غير محل الحكم المنصوص عليه أو المجمع عليه، كقوله تعالى: ﴿ ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض) فدل على أن علة اجتناب النساء في المحيض هو (الأذى) وهو موجود في النفاس، فيتعدى الحكم وهو

وجوب اعتزال النساء في النفاس، وكذلك الأمر بالنسبة لقوله تعالى: ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم) فإنه يحتاج إلى تحقيق مناط الحكم فيه ليتنزل عليه إما بالنفي أو الإثبات كتحقيق صفة العدالة في الشهود.

وكذلك الأمر في الاجتهاد الاستصلاحي حين يبنى الحكم على المصلحة، مثل استقراء المجتهد للجزئيات وتصفحها ليشكل منها حكما كليا عاما (كالمحافظة على النفس) التي تضم جزئيات تقتضي مثلا: قتل الجماعة بالواحد وجواز تناول مقدار من الحرام حال الضرورة وغيرها.

المطلب الثاني: مجال الاجتهاد القضائي في القانون الوضعي

إن مجال الاجتهاد القضائي يختلف تبعا للوقائع المعروضة على القضاء فيما إذا ورد نص تشريعي أو لم يرد فيها نص تشريعي.

الفرع الأول: مجال الاجتهاد القضائي عند وجود النص القانوني

الأصل في سلطة القاضي في ظل منظمة القانون المدني ذات البعد اللاتيني تقييده بنص قانوني صريح، وعليه فقد يجتهد في حالتين أساسيتين:

أولهما: عند غموض النص أو إبهامه من جهة

ثانيهما: عند النقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل (الشغور أو الثغرة القانونية)

ومعنى الأول (غموض النص) أن النص ليس له معنى واضح محدد يحتمل أكثر من تأويل، فعلى القاضي في هذه الحالة أن يجتهد في فهم النص وتحديد معناه، وهو حين يفعل ذلك غنما يحدد الحكم الذي يتضمن النص، ولذا اختلفت الاجتهادات القضائية تبعا لاختلاف القضاة في فهم النصوص تفسيرها، وتسعى المحكمة العليا كمحكمة نقض لتوحيد هذه الاجتهادات نحو تفسير موحد في القضايا المشابهة.

أما المعنى الثاني:(نقص النص) فيقع عندما يعرض المشرع لبعض المسائل مباشرة ويتناولها بالتنظيم ويغفل في الوقت نفسه مسائل أخرى فلا يتبين أحكامها، ويحاول القاضي في هذه الحالة أن يستخلص من نصوص التشريع أو التشريعات النافذة الحلول المناسبة للمسائل التي سكت عنها المشرع مستعينا في ذلك بطرائق التفسير المتاحة له ولاسيما طرائق الاستنتاج المختلفة.

كما أن القاضي لا يقف في اجتهاده عند تفسير النصوص التشريعية محددا معانيها أو مستخلصا منها أحكاما جديدة، بل قد يتخذ من التفسير أحيانا وسيلة لتغيير معاني هذه النصوص وتعديل أحكامها.

فالقاضي حينما ينشئ حلا عادلا للنزاع، فإنه يخلق حلا فرديا والحكم الذي يصدره لا تكون له حجية إلا بالنسبة لهذا النزاع، لكن حكمه قد يسهم في إنشاء القواعد القانونية إذا أخذت محاكم أخرى بنفس الحل الذي أخذ به في الحكم الأول في المنازعات المشابهة، ففي هذه الحالة يصبح الحل المأخوذ به ليس صادرا عن حكم فردي، بل يظل صادرا عن القضاء، ويجب دائما التفرقة بين حكم القاضي وبين القضاء، فالأول يستطيع فقط خلق الحلول الخاصة، أما الثاني فهو مصدر من مصادر القاعدة القانونية.

ولهذا، فنصوص التشريع الأصلية أو المعدلة غالبا ما تمثل آخر ما توصل إليه الاجتهاد القضائي في الوقت الذي وضعت فيه، ولكن هذه النصوص تبقى ثابتة ويستمر المجتمع في تطوره فتنشأ فيه ظروف وأوضاع مادية واقتصادية واجتماعية جديدة، بل قد تتغير في المُثُل والمبادئ فتصبح النصوص التشريعية –إذا لم تعدّل– متخلفة عن مواكبة تطور المجتمع وتلبية حاجياته. ويحرص القضاة في مثل هذه الحالة على التوفيق بين نصوص التشريع الثابتة وأوضاع المجتمع المتغيرة فيتجاوز –كما ترى المدرسة التاريخية في التفسير– إرادة المشرع الذي وضع تلك النصوص ويعطي النصوص معاني جديدة تختلف عن معانيها الأصلية وأحكام مغايرة لما أراده واضعوه كي تصبح أكثر من ملائمة لأوضاع المجتمع الذي تطبق فيه.

الفرع الثاني: مجال الاجتهاد القضائي فيما ليس في نص قانوني

إذا لم يجد القاضي نصا قانونيا حول الواقعة المعروضة لديه في النزاع، فإن هناك حالتان في هذا الصدد:

أولا: اللجوء للمصادر الاحتياطية للتشريع عامة

وقد حددتها المادة 1فقرة 2 من القانون المدني، المصادر الاحتياطية:« **إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة**».

وعليه، فإذا لم يجد القاضي في المواد المدنية نصا قانونيا يقضي بموجبه كان لابد له من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، وذلك بالرجوع إلى مصادر القانون الرسمية الأخرى، وأهم هذه المصادر في التشريع الجزائري: مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف. ومن المصادر الرسمية التي أحال عليها القانون الطبيعي وقواعد العدالة. وهذه القواعد ليست مدونة في مرجع معين، فإذا احتاج القاضي الرجوع إليها كان عليه تحديد ما يراه موافقا منها، لذا فإن إحالة القاضي على هذه المبادئ والقواعد إنما يقصد منها: إلزام القاضي أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء وإنكار العدالة (المادة 136 من قانون العقوبات الجزائري).

ثانيا: اللجوء إلى الأحكام التفصيلية للشريعة الإسلامية في قضاء شؤون الأسرة خاصة

لقد جاء قانون الأسرة الجزائري بمنهج خاص يتبعه قاضي شؤون ا أسرة في حال لم يجد نصا صريحا في قانون الأسرة للمسائل المتنازع حولها، حيث نصت المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:« **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**».

وبناء على ذكرته هذه المادة، فإن خصوص قانون الأسرة يقيد العموم الوارد في القانون المدني، وتعتبر الأحكام التفصيلية من المذاهب الفقهية الإسلامية المختلفة مصدرا أصليا بالنسبة لقاضي شؤون الأسرة، بحيث ينقل منها ما يترجح لديه ويحقق مقاصد الشرع والعدالة.

المبحث الثالث: منهج الاجتهاد في الفقه الإسلامي والقضاء

لقد أحالت المصادر التشريعية على الطريق الذي يسلكه المجتهد للوصول إلى ضالته والحلول الممكنة للمسائل التي يجتهد لحلها، وهذا يستند أساسا إلى القوة التشريعية وحجية كل مصدر من مصادر التشريع الإسلامي أو الوضعي، وهو ما يحتم على المجتهد في الفقه أو القضاء أن يراعي في مهجه ترتيب المصادر التشريعية التي يلجأ إليها أولا بأول حسب منزلتها في التشريع. ففي التشريع الإسلامي هناك مصادر متفق حولها وأخرى مختلف في حجيتها بين الفقهاء المسلمين، وعلى هذا الأساس اتفقوا حول المصادر الأصلية، واختلفت مناهجهم في ترجيح مصدر تبعي عن آخر. أما في التشريع الوضعي فقد اختلفت المناهج حسب اختلاف المصادر التشريعية بين المنظومات التشريعية المدونة، وتلك التي تجعل من الاجتهاد القضائي مصدرا أصليا لها، وفي كل الأحوال القاضي يقوم بعمليات ذهنية معقدة للوصول إلى الحلول المناسبة للقضية المعروضة لديه.

المطلب الأول: منهج الاجتهاد لدى الفقهاء المسلمين

لقد اعترفت الشريعة الإسلامية أصالة بالاجتهاد للفقيه والقاضي في استنباط الأحكام من النصوص، بل جعلته واجبا حينما يتحتم ذلك عليهما. ومن ثمّ ظهر فيها علم لا مثيل لدقته في الشرائع الأخرى وهو علم أصول الفقه، حيث يعنى قبل كل شيء آخر بمد القاضي بالوسائل الفنية الكفيلة بتيسير عمله في هذا الصدد، أو بعبارة أخرى بطرق التفكير التي أرشد إليها الشرع.

فإذا وقعت حادثة وأراد المسلم معرفة الحكم الشرعي في المسألة أن ينظر العالم المجتهد المتمكن من البحث والنظر أولا في النصوص الشرعية من كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، سواء في دلالة النص أو ظواهر النصوص بمنطوقها ومفهومها مقدما القرآن عن السنة ثم ينظر في إجماع العلماء ثم في القياس، ويلاحظ القواعد الكلية أولا ويقدمها على الجزئيات، ثم يأخذ بالمصادر الاجتهادية الأخرى، كالاستحسان والاستصلاح (المصالح المرسلة) والعرف وسد الذرائع وعمل أهل المدينة ومذهب الصحابي والاستصحاب، وشرع من قبلنا...إلخ.

المطلب الثاني: منهج الاجتهاد القضائي في التشريع الوضعي

يعنى بالمنهج القانوني: « مجموعة الوسائل التي يتوصل بها القاضي إلى الإجابة الصحيحة للمشكلة المطروحة عليه والمعروضة أمامه».

ويطلق منهج الاجتهاد في محاكم القضاء اليوم على المسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم، سواء منها ما يتعلق بتطبيق منصوص القانون، أو باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النص بالاستناد إلى المصادر الاحتياطية. ومجاله ضعيف في بلادنا التي لها قوانين مدونة، ويكثر الاعتماد عليه في الدول التي ليس لها قانون مدون جامع مثل انجلترا، حيث العرف العام، فيتقيد القاضي فقط باجتهاد المحاكم العليا.

ولما كانت أحكام القضاء ملزمة للمتخاصمين، فإنه يتوجب على القاضي إطلاعهم عليها، ويتعين الاجتهاد عليه في الحالين، سواء حال التكييف القانوني للنصوص على الوقائع، أو حال استنباط الحكم الواجب تطبيقه بطريق اجتهاد الرأي حال عدم وجود النص القانوني أو غموضه، أو أنه يحكم فيها بما يشابه من الأحكام القضائية السابقة معملا في ذلا القياس. ويطرأ ذلك خصوصا بالنسبة للقضايا المستجدة في القضاء أو الفقه.

ولا شك أن القاضي حينما يقوم بتطبيق القانون وإنزاله على الوقائع المطروحة عليه، فهو يقوم بتطبيق عملية التكييف القانوني، وهذه العملية هي عبارة عن: « مجموع العمليات الذهنية التي يقوم بها القاضي بقصد مقارنة الوقائع المعروضة عليه بقاعدة قانونية يراها صالحة من وجهة نظره لحسم النزاع».

وعليه، فالمنهجية التي يسلكها القاضي في إطار الاجتهاد القضائي يضع من خلالها تصورا وإدراكا للوقائع لكي يبحث عن معطيات القضية المعروضة لديه وما تثيره من مسلمات وبديهيات، ومدى ارتباطها بالنتائج، ويقوم بتكييف مبدئي للنزاع مع التحقق من عدم مناقضته لحكم سابق في قضية مشابهة، ليصل أخيرا إلى مرحلة بناء حكمه بعد تكوين اقتناع القاضي الشخصي بكل معطيات القضية من وقائع وقانون، بحيث يضع حكه حدا للنزاع، ويكون عنوانا للحقيقة بما يتضمنه من تحديد للعدالة والقانون.

فإن كان الأصل –في ظل المنظومة المدونة للقانون المدني– أن العمل الذي يقوم به القاضي في مجال تطبيق القانون ليس عملا منشئا، فهو لا ينشئ قاعدة قانونية بقدر ما يبحث عن حل للنزاع القانوني من خلال قاعدة قانونية تصلح للتطبيق.

غير أ فقهاء نظام القانوني المدني بدأوا يسلّمون بأن فروضا معينة قد تتطلب من القضاء اجتهاد الرأي، وأظهر بعضهم اهتماما كبيرا بضرورة تيسير عملية البحث التي يقوم بها القاضي في هذا الصدد، وأهم من أسهم في ذلك الفقيه الفرنسي **فرونسوا جيني F.Géney** في كتابه (طريقة تفسير ومصادر القانون الوضعي الخاص)، حيث أفادنا من خلاله بالمنهج والطريقة التي يسلكها القاضي في البحث عن قاعدة جديدة، كونها تشبه الطريقة التي اتبعها المشرع في تشريعه، فيما عدا الفارق الهام الذي ينبع من أن المشرع يصدر قواعد عامة ومجردة، في حين أن القاضي يرتبط تفكيره بخصائص النزاع القائم أمامه، غير أنه ينبغي عليه أن يجعل حكمه خاضعا للاعتبارات والأهداف نفسها التي يخضع لها المشرع إذا تعرض لمثل هذا الموقف، وأن يعزل القاضي نفسه عن أي تأثير شخصي ويراعي فقط اعتبارات علمية وموضوعية. ونلاحظ بأن هذا المنهج مقارب لمنهج تخريج الفروع على الأصول في المذاهب الفقه الإسلامي.

أما في إنجلترا وأمريكا، واعترافا منهم بقصور **قواعد القانون العام commen low**، ومحاولة منهم لإكمال هذا النقص وتيسير الحلول لمن لا تسعفهم قواعد القانون العام، بدأ يتطور نظام موازي له يسمى بنظام **الإنصاف أو نظام العدالة Equity** ، والذي يركن أساسا إلى **قواعد العدالة**. فقد حاول الفقهاء وضع الضوابط التي تحكم قيام القاضي بالدور الإنشائي، كتلك التي يتطلب من القاضي أن يستوحي مبادئ خالصة من الشوائب الشخصية، وأن يجعل تقديره مرتبطا بالتقاليد المستقرة، خاضعا لمنطق القياس، منسجما وفق نظام موحد، معترفا بالضرورة الأولية للنظام في الحياة الاجتماعية، حيث يستند القاضي إلى ما تمليه اعتبارات الفهم الصحيح للأمور، ما يراه أكثر حقا وعدلا.

ويكمن اختصاصات القاضي ضمن نظام الإنصاف والعدالة على إقرار حقوق لم تكن معروفة للقانون العام، كما تعداه إلى سد النقص في أحكام نظام القانون العام من عدة جوانب

كانت الحاجة فيها ماسة بارتقاء المجتمع، مثل إقرارها بالتدخل لإنصاف المظلوم قبل وقوع الضرر الفعلي بأمر مانع لذلك، وإلزام المدعى عليه بتنفيذ التزاماته تجاه المدعي بدلا عن تلقي التعويض فقط، كما هو الحال في القانون العام، ويقوم نظام محاكم الإنصاف كذلك بإقرار الحق في المنازعات المتعددة الأطراف كالشركات والإفلاس أو عقود الضمانة لجميع المتقاضين في الدعوى نفسها، بخلاف نظام القانون العام الذي لا يجيز التداعي إلا بين خصمين اثنين فقط في كل دعوى.