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

السنة الجامعية 2024/2023

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.