مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: مراعاة فقه الواقع في التكييف الفقهي والقانوني دراسة مقارنة في ضوء الفقه الاسلامي والقانون الوضعي
اسم الكاتب: أ.د. عدنان ابراهيم عبد الجميلي، أ.د. محمود إبراهيم عبد الرزاق الهيتي
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/859
تاريخ الاسترداد: 2026/11/01 13:42 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

مراعاة فقه الواقع في التكييف الفقهي والقانوني

دراسة مقارنة في ضوء الفقه الاسلامي والقانون الوضعي

Taking into account the jurisprudence of reality in the jurisprudential and legal conditioning

A comparative study in the light of Islamic jurisprudence and positive law

أ.د . عدنان ابراهيم عبد الجميلي

أ.د . محمود إبراهيم عبد الرزاق الهيتي

جامعة الأنبار/ كلية القانون والعلوم السياسية

Prof.Dr. Adnan Ibrahim Abdul-Jumaili

Prof.Dr. Mahmoud Ibrahim Abdel Razzaq Al-Hiti

University of Anbar/ College of Law and Political Science

adnan.aljumaili@gmail.com

mahmoud.ibraheem@uoanbar.edu.iq

المستخلص

إن الواقع بما يفرزه من وقائع وتصرفات وإشكالات ومستجدات هو المحرك الرئيسي لكل ما يصدر من تشريعات ، فالأحكام الشرعية والنصوص القانونية إنما تصدر لمعالجة أمور تحدث في الواقع ، وكان نزول الوحي يواكب حياة المجتمع بالأحكام المدلول عليها في كلا مصدريه القرآن والسنة لوضع الحلول والمعالجات المناسبة . فلا بد للفقيه والمجتهد والقاضي أن يكونوا على معرفة واطلاع تام بالواقع ، ليتصدوا لمعالجة واقعة معينة وينبغي أن يكون ملمّاً بدقائقها وتفاصيلها ، لتطبيق النص المناسب لها لتكييف الواقعة ثم إعطاؤها الحكم الشرعي (أو القانوني).

وهذا البحث محاولة لوضع ضوابط معينة تعين القاضي أو المجتهد على فهم الواقع أولا ثم تكييف الواقعة ثانيا ، لتكون المعالجة الفقهية والقانونية لها صحيحة بحسب غالب ظنهما ، ويقتصر هذا البحث على معرفة فقه الواقع أولا ، ثم التكييف للنوازل والوقائع ثانيا ، لإمكان إصدار الحكم أو ابداء الرأي والفتوى ، وهي مرحلة تنزيل النص على تلك الوقائع بغية أن يكون ذلك الحكم بحسب غالب ظن المجتهد صحيحا ودقيقا ، ولذا سيتناول البحث : ماهية فقه الواقع وتأصيله الشرعي والقانوني وفيه ثلاثة مطالب ، وأهم مستلزمات تنزيل النص على الواقعة وأهميتها وفيه ثلاثة مطالب. ثم : دور القاضي في تكييف الوقائع والتصرفات مع مراعاة القواعد الشرعية والقانونية ، متوخين في ذلك أن يتحري القاضي والفقيه الصواب في تنزيل النص على الواقع عسى أن نكون قد وفقنا لذلك فما علينا إلا بذل غاية الجهد ومن الله تعالى العون التوفيق والسداد .

الكلمات المفتاحية :فقه الواقع ،التكييف القانوني، الفقه الاسلامي ،القانون الوضعي

Abstract

Reality, with its facts, actions, dilemmas and developments, is the main driver of all legislation issued, for the legal rulings and legal texts are issued to deal with matters that happen in reality, and the revelation of revelation coincided with the life of society with the provisions indicated in both sources of the Qur'an and the Sunnah to develop appropriate solutions and treatments. The jurist, the mujtahid, and the judge must be fully aware of the reality, in order to deal with a specific incident, and he should be aware of its subtleties and details, to apply the appropriate text to it to adapt the incident and then give it the Sharia (or legal) ruling. This research is an attempt to set specific controls that help the judge or the mujtahid to understand the reality first, then adapt the incident secondly, so that the jurisprudential and legal treatment of it is correct according to what they most think, and this research is limited to knowing the jurisprudence of reality first, then adapting to the calamities and facts secondly, in order to make the judgment or express an opinion And the fatwa, which is the stage of downloading the text on these facts, in order for that ruling to be correct and accurate according to most of the mujtahid's belief. Therefore, the research will deal with: the nature of the jurisprudence of reality and its legal and

legal foundation and it has three demands, and the most important requirements for downloading the text on the incident, its importance, and it has three demands. Then: the role of the judge in adapting the facts and actions, taking into account the legal and legal rules, with the intention that the judge and the jurist should investigate the right thing in relegating the text to the reality, hoping that we have succeeded for that

Key words: Jurisprudence of reality, legal adaptation, Islamic jurisprudence, positive law

بسم الله الرحمن الرحيم

إن الواقع بما يفرزه من وقائع وتصرفات وإشكالات ومستجدات هو المحرك الرئيسي لكل ما يصدر من تشريعات ، فالأحكام الشرعية و كذا النصوص القانونية إنما تصدر لمعالجة أمور تحدث في الواقع ، وكان نزول الوحي يواكب حياة المجتمع بالأحكام المدلول عليها في كلا مصدريه القرآن والسنة لوضع الحلول والمعالجات المناسبة .

لذا كان لا بد للفقهاء والمجتهدين والقضاة أن يكونوا على معرفة واطلاع تام بالواقع ، ولا يعني هذا بالضرورة أن يكون الفقيه ملمّاً بمشاكل عصره والعلوم المتعددة الموجودة في زمانه فذلك ضربٌ من الخيال ، لكنه عندما يتصدى لمعالجة واقعة معينة ينبغي أن يكون ملمّاً بدقائقها وتفاصيلها ، لينتقل إلى المرحلة الثانية وهي تطبيق النص المناسب لها لتكييف الواقعة ثم إعطاؤها الحكم الشرعي (أو القانوني) .

وهذا البحث محاولة لوضع ضوابط معينة تعين القاضي أو المجتهد على فهم الواقع أولا ثم تكييف الواقعة ثانيا ، لتكون المعالجة الفقهية والقانونية لها صحيحة بحسب

غالب ظنهما ، على أن يكون من يتعامل مع تلك النصوص يمتلك المؤهلات اللازمة للتفسير والاستنباط وإعطاء الرأي أو إصدار الحكم ، بحيث تتوافر فيه أهم شروط الاجتهاد والترجيح والتي سنشير إلى بعضها بحسب حاجة البحث لها ، وكذلك يمتلك مؤهلات الفصل في المنازعات ، ويقتصر هذا البحث على معرفة فقه الواقع أولا ، ثم التكييف للنوازل والوقائع ثانيا ، لتكون المرحلة الثالثة هي إصدار الحكم أو ابداء الرأي والفتوى ، وهي مرحلة تنزيل النص على تلك الوقائع بغية أن يكون ذلك الحكم بحسب غالب ظن المجتهد صحيحا ودقيقا ، ولذا ينقسم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث وخاتمة : المبحث الأول : ماهية فقه الواقع وتأصيله الشرعي والقانوني وفيه ثلاثة مطالب ، المبحث الثاني : أهم مستلزمات تنزيل النص على الواقعة وأهميتها وفيه ثلاثة مطالب. المبحث الثالث : دور القاضي في تكييف الوقائع والتصرفات مع مراعاة القواعد الشرعية والقانونية ، وفيه مطالب أيضاً . ثم ختمنا البحث بأهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال الخوض في أهم مرتكزاته متوخين في ذلك أن يتحري القاضي والفقيه الصواب في تنزيل النص على الواقع عسى أن نكون قد وفقنا لذلك فما علينا إلا بذل غاية الجهد ومن الله تعالى العون التوفيق والسداد .

I.المبحث الأول

ماهية فقه الواقع وتأصيله الشرعي والقانوني

اذا كان الحكم على الشيء فرعا عن تصوره فيتطلب منا معرفة فقه الواقع التعرف على المفردات التي تؤدي الى فهمه وتصوره وتأصيله الشرعي والقانوني وهذا ما سيتضمنه هذا المبحث في هذه المطالب .

I.أ.المطلب الأول

ماهية فقه الواقع

أولا : الفقه لغةً :

الفقه لغة : هو العلم بالشيء والفهم له ، وغلب على علم الدين لسيادته وشرفه وفضله على سائر أنواع العلم كما غلب النجم على الثريا، والفِقه بالكسر العلم بالشيء والفهم له والفطنة ، والحاصل أن الفقه لغةً هو الفهم(١) ، يقول الله تعالى : ((قَالُواْ يَا شُعَيْبُ مَا نَفْقَهُ كَثِيراً مِّمَّا تَقُولُ)) [هود:٩١] ويقول سبحانه : ((فَمَا لِهَـؤُلاء الْقَوْمِ لاَ يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثاً)) [النساء:٧٨] .

ثانياً : الفقه اصطلاحاً :

أما الفقه في اصطلاح الفقهاء فهو : العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية فالعلم : هو الإدراك الجازم للحكم عن طريق العلم أما يقينا أو بغالب الظن لأن جميع الأحكام الشرعية لا تثبت إلا بالأدلة النقلية والعقلية ، والنقلية منها ما هو قطعي ومنها ما هو ظني ، وكما أن الأحكام الشرعية تثبت بالأدلة القطعية فكذلك تثبت بالأدلة الظنية سواءٌ كانت نصا فيه دلالاتٌ متعددة أم دليلا من الأدلة الاجتهادية الكاشفة عن الحكم ، أو عن طريق إحدى طرق استنباط الأحكام التي يُكيّف من خلالها المجتهد الواقعة محاولة لإيجاد حكم معين لها ، فالأحكام الفقهية الثابتة بالأدلة الظنية يلزم العمل بها كالأحكام الثابتة بالأدلة القطعية فإن الله تعالى تَعَبَّدَنا بالأحكام

(١) محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل ابن منظور (ت،٧١١هـ) لسان العرب ، مادة (فقه) ، المجلد السابع، ط٣ (بيروت : دار صادر ، ١٤١٤هـ)،ص١٤٥.

العملية بغالب الظن المستند إلى الأدلة الشرعية الاجتهادية وفق الاستنباط الصحيح[٢] .أما المراد بالأحكام الشرعية : فهي خطاب الله تعالى المتعلق بتصرفات المكلفين على وجه الاقتضاء وهو الطلب أو التخيير أي (الإباحة) ، أو الوضع من حيث ربط الأحكام بمسبباتها وبنائها على شروطها وانتفاء موانعها لتتضح لنا الصفة الشرعية لذلك الحكم إما أن يكون (واجبا ، أو مندوبا ، أو مباحا ، أو مكروها ، أو حراما) ، وليتبين لنا مدى مشروعية العقد من كونه (صحيحاً ، أو باطلاً ، أو فاسداً)[٣] ولذا حينما تُطلَق الأحكام الشرعية فالمراد بها الأحكام المستنبطة من مصادرها نصيةً كانت أم اجتهادية ، لأن المجتهد لا يبني الحكم على مطلق العقل والهوى ، وإنما على الاجتهاد المنضبط بالأصول وقواعد الاستنباط التي تدلّه على الحكم الشرعي الصحيح وفق النظر السليم في الدليل المعتمَد في الاستنباط .

ومن المعلوم أن الأحكام الشرعية باب واسع ، وما الفقه الإسلامي إلا باب من تلك الأبواب التي تناولتها النصوص الشرعية ، وإن المعني بالأحكام هنا الأحكام الشرعية العملية وعلى وجه التحديد في هذا البحث الوقائع المتجددة المتطورة التي تحتاج إلى بيان حكم لها وفق المنظور الشرعي سواءٌ كان في باب العبادات ، أو المعاملات المالية أو الأحوال الشخصية أو القضاء أو الأحكام الدستورية أو الدولية وغيرها من مستجدات الواقع الذي يعيشه الواقع المعاصر[٤] .

ثم لا بد أن تكون هذه الأحكام الشرعية مستوحاة من مصادرها ومستنبَطة من أصولها ومظانها ، ولذا فإن علمنا بالأحكام الشرعية المعلومة من الدين بالضرورة لا تسمى علما مكتسبا وكذا ما ثبت عن النبي (صلى الله عليه وسلم)بغير اجتهاد ، بل من

---

(٢) د. وهبة الزحيلي ، أصول الفقه الاسلامي، المجلد الاول ، ط٢١ (بيروت :دار الفكر ،١٤٣٦هـ٢٠١٥م)،ص٢٩ ، أ.د.قحطان الدوري ، مناهج الفقهاء ،ط١،(لبنان: كتاب-ناشرون ،٢٠١١) ص ١٢ .

(٣) د. وهبة الزحيلي ، مصدر سبق ذكره،ص٣٢ .

(٤) د. وهبة الزحيلي ، أصول الفقه الاسلامي ،المجلد الاول،ص٣١ ،.د. قحطان الدوري ، مناهج الفقهاء ص ١٣ .

الوحي لأنها غير مكتسبة ، فالمراد بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة استنباطا واجتهادا لا نصاً[٥] .

أما المقصود بالأدلة التفصيلية : فهي الأدلة التي تثبت أحكاما جزئية يدل كل واحد منها على حكم جزئي خاص بها ، فالنص الخاص يتعلق به حكم المسألة الجزئية ليستنبط منه حكم خاص[٦] والله أعلم .

ثالثا : الواقع لغةً واصطلاحاً :

١ ـ الواقع لغة :

(الواو والقاف والعين) : أصل واحد يرجع إلى فروعه ، ويدل على سقوط شيءٍ يقال : وقع الشيء وقوعاً فهذا واقعٌ ، والواقع ما ينزل بالقوم ، قال تعالى : ((وَلَمَّا وَقَعَ عَلَيْهِمُ الرِّجْزُ)) [الأعراف:١٣٤] أي أصابهم ونزل بهم ، والواقعة : النازلة من صروف الدهر ، ومنه التوقيع وهو رمي شي قريب منك كأنك تريد أن توقعه على شيء ، أو بمعنى تنزيل شيء على آخر[٧] .

٢ ـ الواقع اصطلاحاً :

أما الواقع في الاصطلاح فهو من المصطلحات التي استعملت في هذا المضمار حديثاً ، وإذا عدنا إلى كتب الفقهاء والأصوليين نجد أنهم يستعيضون عنه بمصطلح (الحال) أو (الظرف) ، كقول الشاطبي (رحمه الله) (والمصالح والمفاسد إذا كانت راجعة إلى خطاب الشارع ، وقد علمنا من خطابه أنه يتوجه بحسب الأحوال والأشخاص

(٥) د. وهبة الزحيلي ، المصدر نفسه،ص٣٢ ، د. قحطان الدوري ، المصدر نفسه، ص ١٣ .
(٦) د. وهبة الزحيلي ،المصدر نفسه،ص٣٢ ، د. قحطان الدوري ، المصدر نفسه، ص ١٣ .
(٧) جمال الدين ابن منظور ، لسان العرب ٤٠٧/٣ مادة (وقع) .

والأوقات)[٨] ، فالأحوال هنا المراد بها الواقع ، وقد فسر ابن القيم (رحمه الله) مصطلح الواقع بأنه أحوال الناس فيقول : (فها هنا نوعان من الفقه لا بد للحاكم منهما : فقه في أحكام الحوادث الكلية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس ، ثم يطبق أحدهما على الآخر، فالمجتهد والقاضي يتوصل بمعرفة الواقع والفقه إلى بيان حكم الله تعالى)[٩] هذا ويحتاج فقه الواقع إلى مؤهلات وضوابط لا بد من الوقوف عليها ولعل أهمها إخلاص النية لله سبحانه وتعالى ، وأن القصد معرفة الحقيقة وإعطاء كل ذي حق حقه .

I.ب.المطلب الثاني

مفهوم (فقه الواقع) بوصفه مركباً إضافياً

بعد بيان معنى (الفقه) بمعناه اللغوي الاصطلاحي و (الواقع) كذلك نقف على مفهوم (فقه الواقع) بوصفه مصطلحا فقهيا ، فإنه وإن لم يتناوله الفقهاء المتقدمون من حيث اللفظ إلا أنهم تطرقوا له من حيث المعنى والمضمون ، ومن خلال النظر في نصوصهم إضافة إلى ما تقدم من معنى الفقه والواقع نحاول أن نقف على تعريف لـ(فقه الواقع) من خلال النظر الى الجوانب المتعددة :

الجانب الاول : تقدم أن الفقه هو : العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من الأدلة التفصيلية : فإن هذا التعريف أن يرشد القاضي أو المجتهد الى النص الشرعي أو القانوني ودلالتِهما ليشمل فهمه للنص الظروف والأحوال التي نزل النص بسببها وبيان حكمه في وقته وسبب نزوله ، ليتمكن المجتهد من تنزيله على الواقعة مع

(٨) إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت، ٧٩٠هـ) الموافقات ، تحقيق، مشهور بن حسن آل سلمان ، ط١، المجلد الثاني (دون مكان نشر: دار ابن عفان ، (١٤١٧هـ-١٩٩٧م) ص٦٦.
(٩) محمد بن أبي بكر شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت،٧٥١هـ) ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، تحقيق ، د. محمد جميل غازي (القاهرة: مطبعة المدني، دون سنة نشر)، ص ٧ .

مراعاة الثابت والمتغير من الأحكام ، لأن فقه النص وواقعه يميز لنا بين الوصف المعتبر في الحكم والوصف غير المعتبر ، وهذا هو أساس إعماله أو إهماله .

وعليه فلا بد من بيان الوصف الشرعي والقانوني لكل نص وردت بسببه نازلة مع توضيح الوصف المؤثر في الحكم وعلة تشريعه ، ولا شك : أن تنقيح المناط له تأثير كبير في فهم الواقعة وبناء الحكم على استبعاد الأوصاف غير المؤثرة في الحكم وتحديد الوصف المؤثر فيه ، وهنا يبرز دور القاضي أو المجتهد من خلال إعمال أدوات الاجتهاد في كيفية تنزيل النص على الواقع المبني على الوصف المؤثر الذي له اعتبار شرعي[١٠] .

والجانب الثاني : لمعرفة (فقه الواقع) هو البحث في الواقع الذي يراد تطبيق ذلك النص فيه ـ سواءٌ كان النص شرعياً أم قانونياً ـ فإن الوقائع المعاصرة المتجددة فيها من الظروف والملابسات التي لا بد للقاضي والمجتهد أن يحيطا علما بكافة جوانبها المتعلقة بها وهو ما أشار إليه ابن القيم (رحمه الله) بقوله : (وفقهٌ في الواقع وأحوال الناس)[١١] فالمجتهد هو الذي يتوصل بمعرفة الحكم الشرعي ومعرفة الواقع إلى بيان حكم الله تعالى في الواقعة[١٢]، وقد أشار إلى هذا المعنى الإمام الشاطبي (رحمه الله) فأرشد المجتهد إلى مراعاة كلا الجانبين في تنزيل النصوص على الوقائع ، وعلق ذلك بمناط الحكم لإمكان تطبيق الأحكام الثابتة بالأدلة الشرعية ـ القرآن الكريم

(١٠) حسن بن محمد بن محمود العطار (ت،١٢٥٠هـ) ، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع المجلد الثاني،(دون مكان نشر: دار الكتب العلمية ،بدون تاريخ) ص٢٩٣، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله (ابن القيم الجوزية) ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد ،المجلد الاول ، (بيروت: دار الجيل ، (١٩٧٣م) ص٨٧.

(١١) ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ،ص ٧ .

(١٢) ابن القيم الجوزية ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ،مصدر سبق ذكره،ص٨٧ ، عبد الفتاح الدخميسي ، فقه الواقع دراسة اصولية ، (القاهرة:مؤسسة قرطبة ،١٩٩٨م) ص ٦٦ .

والسنة النبوية - وبقية الأدلة التبعية ليصل المجتهد والقاضي من خلال علة الحكم ومناطه إلى إمكان تنزيل النص على تلك الواقعة[١٣] .

وقد عُرّف فقه الواقع بأنه : (العلم بالأحكام الشرعية العملية وتطبيقها بأدلتها على الوقائع والنوازل واعتباره لمآلات أفعال المكلفين)[١٤] والمراد هنا بيان الحكم الشرعي للواقعة أو النازلة معتمدا على الدليل الذي يمكن استنباط الحكم منه مع مراعاة المآلات والغايات التي يحققها تطبيق هذا النص على تلك الواقعة ، والموازنة بين سبب ورود النص ووقت نزوله وكيفية تطبيق ذلك النص على الواقعة المعاصرة ، وكيف يمكن من خلال ذلك إعمال كلا الفقهين : فقه واقع النص وفقه تطبيقه على الواقعة مع مراعاة الغايات والمآلات التي يمكن أن يحققها ذلك التطبيق .

وعرفه آخرون بأنه : (الإحاطة بفقه النصوص تنزيلا وورودا وصفة واستخراجا للعلل المؤثرة والمقاصد التي جاء النص لتحقيقها)[١٥]، فإن إمكانية تطبيق الحكم الشرعي أو القانوني على الواقع المعاصر مع إدراك النظر الاجتهادي في كيفية التطبيق العملي في الواقع يتناول الجانبين المطلوب مراعاتهما في هذا المفهوم وهو : فقه إدراك النص من جانب ومراعاة التطبيق الواقعي من جانب آخر .

ومن هنا نعلم : أن إدراك القاضي أو المجتهد لأحوال النازلة وظروفها وملابساتها ذو أهمية بالغة وذلك لإمكان تطبيق حكم النص الشرعي - أو القانوني - مع تحقيق هدف الشارع و مقصوده والحكمة من تشريعه ، والنظر إلى مالات التطبيق والغاية المرجوة منه ، وهذا هو الفهم الدقيق لمعنى (فقه الواقع وتطبيقه على الوقائع المعاصرة) والله أعلم .

---

(١٣) الشاطبي (ت، ٧٩٠هـ) الموافقات ،المجلد الثالث،ص٧١.
(١٤) عبد الفتاح الدخميسي ، مصدر سبق ذكره، ص ٦٦ .
(١٥) ماهر حسين حصوة ، فقه الواقع واثره في الاجتهاد ، ط١(بيروت لبنان: مكتب التوزيع ،١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م)، ص ١٩ .

I.ج.المطلب الثالث

التأصيل الشرعي والاجتهادي لتنزيل النصوص الشرعية على الوقائع

إن النصين الوحيين نزلا على النبي (صلى الله عليه وسلم)في غضون بضع وعشرين سنة وكان النبي (صلى الله عليه وسلم)يواكب نزول التشريع بما يقتضيه عصره ومصره زماناً ومكاناً وعادةً وظرفاً ، مراعياً في تنزيل النص على الوقائع الظرفَ الزماني والمكاني ، بل وربما حتى الظرف الشخصي لحال السائل مع مراعاة البواعث على التشريع العام والخاص ، ومما لا شك فيه أن أدلة الأحكام

يقتضي إعمالها على أحد وجهين[١٦] :

الأول : العمل بالدليل الأصلي النصي من غير وجود عارض يمنع العمل به مجرداً عن التوابع والإضافات .

الثاني : العمل بالدليل الاستثنائي في تنزيل النص على الواقعة المستجدة مع النظر إلى التوابع والإضافات المؤثرة في الحكم .

وقد جاء المنهج الشرعي على مختلف مصادره يوضح لنا كيفية تنزيل النصوص على الوقائع سواءٌ كانت نصا او اجتهادا ويتضح هذا المنهج من خلال ما يأتي :

أولا ـ من القرآن الكريم : إن من يتدبر في القرآن الكريم يجده مليئاً بمراعاة الظروف في تنزيل الأحكام على الوقائع ، وهذا باب واسع الميدان في القرآن الكريم ، وحتى لا نتوسع في هذا الباب نذكر مثالا واحد على ذلك كمثال تطبيقي لفقه الواقع الذي راعاه القران الكريم وهو قوله تعالى ((خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ)) [الأعراف:١٩٩] ونحوها من الآيات الآمرة بمراعاة بالعرف والذي أصبح قاعدة

(١٦) الشاطبي ، مصدر سبق ذكره ،ص ٧١ .

واسعة لمواكبة الوقائع المعاصرة في تنزيل الأحكام ، ومن تلك الوقائع التي اختلفت باختلاف الزمان والمكان والحال : مهر المثل وكذلك المسمى وأجرة الرضاع والنفقة الواجبة وطريقة صد المرأة عن النشوز ، وكذلك تطور عقود الصيرفة المعاصرة وعقود البناء والانشاء وغيرها من الاحكام الفقهية التي لا يمكن أن نبين حكمها الا من خلال اعمال النصوص بمقاصدها ومعانيها مع مراعاة العرف المتكرر الذي يحكم كل زمان ومكان وحال ، ولذا يقول ابن القيم (رحمه الله) : (الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها اذا بطلت كالنقود في المعاملات - مثلاً- فمهما تجدد في العرف اعتبره ومهما سقط فأَسقطْه ، ولا تجمد على السطور في الكتب طول عمرك بل اذا جاءك رجل من غير أهل اقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك واسأله عن عرف بلده وأجرِه عليه وأفته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك فهذا هو الحق الواضح ، والجمود على المقولات ابداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين)[١٧] .

ثانيا : أما السنة النبوية فهي حافلة في هذا المجال ومن الامثلة على ذلك ما يأتي :

١ ـ نهى النبي (صلى الله عليه وسلم)الصحابة (صلى الله عليه وسلم)عن ادخار لحوم الأضاحي أول سنتين من هجرته الشريفة ، وذلك لعلةٍ اقتضاها الزمان والمكان ، حيث كان أهل المدينة في حاجة وفاقة شديدتين ، ولكثرة الوفود التي تفد على النبي (صلى الله عليه وسلم)، فلما زالت هذه العلة تغيّر فقه الواقع لذلك الحكم فأباح لهم النبي (صلى الله عليه وسلم)أن يأكلوا ويدخروا جزءاً من لحوم الأضاحي فقال لهم النبي (صلى الله عليه وسلم): «كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْ لُحُومِ الأَضَاحِيِّ فَوْقَ ثَلاَثٍ لِيَتَّسِعَ ذُو الطَّوْلِ عَلَى مَنْ لاَ طَوْلَ لَهُ، فَكُلُوا مَا بَدَا لَكُمْ، وَأَطْعِمُوا

(١٧) أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت،٦٨٤هـ) ، الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق ، المجلد الاول،(بدون مكان نشر: عالم الكتب ، بدون تاريخ)ص١٧٦.

وَادَّخِرُوا»[١٨] مراعياً بذلك التغير الزماني لتغير الحكم الشرعي بناء على تغير الحال فيه[١٩] .

٢ ـ ومن ذلك أيضا : أن النبي (صلى الله عليه وسلم)نهى الناس عن زيارة القبور في مكة أول ظهور الإسلام وتوجيه الناس إلى توحيد الله تعالى والإخلاص في عبوديته ، ومضى الأمر على ذلك سنوات طوال حتى هاجر النبي (صلى الله عليه وسلم)وتيقن عليه الصلاة والسلام من إيمان أصحابه (صلى الله عليه وسلم)وعدم تعلقهم إلا بخالقهم، سن لأمته زيارة القبور مع مراعاة الضابط الشرعي فقال رَسُولُ اللَّهِ (صلى الله عليه وسلم): «نَهَيْتُكُمْ عَنْ زِيَارَةِ الْقُبُورِ فَزُورُوهَا»[٢٠] ولا شك أنه (صلى الله عليه وسلم)نظر إلى الجانب الزماني مع مراعاة البيئة التي شُرّع فيها الحكمان المختلفان مراعاة للأثر المعتبر في تنزيل النص على الوقائع المختلفة[٢١] .

٣ ـ ومما يدل على مراعاة الشارع الحكيم في بيان الأحكام الشرعية حال المستفتي وهيئته ومدى قدرته واستطاعته على تطبيق النص أو عدم ذلك : أَنَّ النَّبِيَّ (صلى الله عليه وسلم)رَخَّصَ فِي الْقُبْلَةِ لِلشَّيْخِ وَهُوَ صَائِمٌ ، وَنَهَى عَنْهَا الشَّابَّ وَقَالَ :«الشَّيْخُ

(١٨) محمد بن عيسى بن سَوْرة أبو عيسى الترمذي، (ت،٢٧٩هـ) ، سنن الترمذي ، تحقيق وتعليق ، أحمد محمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف ،المجلد الثاني، ط٢(مصر :شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م)، ص١٤٦ برقم (١٥١٠) بَابُ مَا جَاءَ فِي الرُّخْصَةِ فِي أَكْلِهَا بَعْدَ ثَلَاثٍ .

(١٩) أبو محمد موفق الدين ابن قدامة المقدسي (ت،٦٢٠هـ) تحقيق، د.عبد الله بن عبد المحسن التركي، و د.عبد الفتاح محمد الحلو ط،المجلد الحادي عشر، ط٣(الرياض –السعودية:عالم الكتب، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م)،ص ١١٠ ، الموسوعة الفقهية الكويتية المجلد الثاني (الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية (١٤٠٤- ١٤٢٧ هـ) ص٣٥٠-٣٥٢ .

(٢٠) أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري ، الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم ، المجلد الثاني (بيروت: دار الجيل + دار الأفاق الجديدة -)ص٦٥ برقم (٢٣٠٥) باب اسْتِئْذَانِ النَّبِيِّ –صلى الله عليه وسلم- رَبَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فِي زِيَارَةِ قَبْرِ أُمِّهِ

(٢١) ابن قدامة ، المغني ،المجلد الثاني ص ٥٦٥- ٥٧٠ ، الموسوعة الفقهية الكويتية المجلد الرابع والعشرين،ص٨٨.

يَمْلِكُ إِرْبَهُ، وَالشَّابُّ يُفْسِدُ صَوْمَهُ»[٢٢]، وما ذلك إلا مراعاة لحال لسائل في تنزيل النص وفق حاجة السائل وظرفه المحيط به[٢٣] .

٤ ـ وقد راعى النبي (صلى الله عليه وسلم)في قواعد أحكام الشرع الحنيف طبائع الناس وعادتهم وتقاليدهم ، فأذن في اللهو المباح في الأعراس والأعياد ونحوها من أفراح الناس فقال : «يَا عَائِشَةُ مَا كَانَ مَعَكُمْ لَهْوٌ فَإِنَّ الأَنْصَارَ يُعْجِبُهُمُ اللَّهْوُ»[٢٤] عندما علم أن الأنصار يحبون الغناء في أفراحهم[٢٥] ، وصحح النبي (صلى الله عليه وسلم)لأبي بكر رضي الله عنهفهمه وأباح للنساء اللهو المباح موضحا العلة في ذلك بقوله (صلى الله عليه وسلم): «العبوا يا بني أرفدة تعلم اليهود والنصارى أن في ديننا فسحة قالت عائشة فلم أحفظ من قولهم غير هذه الكلمة أبو القاسم طيب أبو القاسم طيب»[٢٦] .

ثالثا : مراعاة تنزيل النص على الواقع في فقه الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين (صلى الله عليه وسلم):

ولأن أكثر النصوص محاطة بظروفها في تنزيلها على الواقع مع مراعاة الأحوال والظواهر المقتضية لتشريعها فإن مجتهدي الصحابة والتابعين (صلى الله عليه وسلم)لم يغفلوا هذا الجانب المهم في تنزيل النص التشريعي على الواقع التطبيقي ،

(٢٢) أحمد بن الحسين أبو بكر البيهقي (ت،٤٥٨هـ) ، السنن الكبرى ، تحقيق، محمد عبد القادر عطا ، المجلد الرابع، ط٣(بيروت : دار الكتب العلمية ، (١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م) ص٢٣٢ برقم (٨٣٤٠) باب كَرَاهِيَةِ الْقُبْلَةِ لِمَنْ حَرَّكَتِ الْقُبْلَةُ شَهْوَتَهُ

(٢٣) شمس الدين، الخطيب الشربيني (ت،٩٧٧هـ) ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، المجلد الاول ،ط١(بدون مكان نشر: دار الكتب العلمية ، (١٤١٥هـ- ١٩٩٤م) ص٤٣١ .

(٢٤) محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله (ت،٢٥٦هـ) ، صحيح البخاري ، المجلد السابع، ط١(القاهرة: دار الشعب ، (١٤٠٧هـ-١٩٨٧م) ص ٢٨ برقم (٥١٦٢) باب النسوة اللاتي يهدين المرأة إلى زوجها .

(٢٥) ابن قدامة ، المغني المجلد التاسع،ص١٧٥ ، الموسوعة الفقهية الكويتية المجلد الثالث ص٩٣-٩٤ .

(٢٦) أحمد بن حنبل أبو عبدالله الشيباني ، مسند الإمام أحمد بن حنبل ،المجلد السادس (القاهرة: مؤسسة قرطبة ،بدون سنة نشر) ص١١٦ برقم (٢٤٨٩٩) و قال الشيخ شعيب الأرنؤوط، حديث قوي وهذا سند حسن ، عبدالله بن الزبير أبو بكر الحميدي ، مسند الحميدي، المجلد الاول (بيروت ،القاهرة: دار الكتب العلمية ، مكتبة المتنبي - بيروت ، القاهرة تحقيق، حبيب الرحمن الأعظمي ص١٢٣ برقم (٢٥٤) .

وذلك إعمالا لحكم النص مع علته وجودا وعدما ، ولا شك أن أول من عمل بهذه القاعدة الإجتهادية المهمة : الحكم يدور مع علته وجودا وعدماً[٢٧] هم أصحاب النبي (صلى الله عليه وسلم)مقتفين بذلك هديه (صلى الله عليه وسلم)ومراعاة للواقع الذي يمكن تطبيق النص فيه، ونتناول هنا بعض الأمثلة توضيحا لذلك :

١ ـ أصر سيدنا أبو بكر الصديق رضي الله عنهعلى قتال مانعي الزكاة بعد وفاة النبي (صلى الله عليه وسلم)مع أنهم كانوا يقولون (لا إله إلا الله) ولما راجعه الصحابة في ذلك قال : « وَاللَّهِ لأُقَاتِلَنَّ مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الصَّلاَةِ وَالزَّكَاةِ فَإِنَّ الزَّكَاةَ حَقُّ الْمَالِ ، وَاللَّهِ لَوْ مَنَعُونِي عَنَاقًا كَانُوا يُؤَدُّونَهَا إِلَى رَسُولِ اللهِ (صلى الله عليه وسلم)لَقَاتَلْتُهُمْ عَلَى مَنْعِهَا»[٢٨]، وما كان إصراره على ذلك في تلك المرحلة إلا لما تمر به الأمة في ذلك العصر من مصير إما بقاء أمر هذا الدين أو تهديد واضح لتقويض أركان الدولة ، مراعيا بذلك الظرف الزماني والمكاني في تنزيل النص على الواقع الذي يعيشه عصره رضي الله عنهوعنهم أجمعين[٢٩].

٢ ـ ولو نظرنا إلى (فقه الواقع) في زمن سيدنا عمر رضي الله عنه في تنزيل النصوص على واقعها لعلمنا يقينا دقة الصحابة (صلى الله عليه وسلم)في مراعاة فقه الواقع في تنزيل النصوص الشرعية على الوقائع ، فنجد سيدنا عمررضي الله عنه- مثلا ـ يوسع النص في قوله تعالى : ((وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ [المائدة:٤٥])) ليوقع القصاص على المباشر والمتسبب على حد سواء[٣٠] ، فعَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيِّبِ رضي الله عنه: «أَنَّ عُمرَ بْنَ الْخَطَّابِ رضي الله عنهقَتَلَ نَفَرًا

(٢٧) .د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ،المجلد الاول، ط١١(بغداد :شركة الخنساء ، ١٤٢٢هـ٢٠٠٢م) ص١١٩-١٢٠ .
(٢٨) البخاري، ، صحيح البخاري ١٣١/٢ برقم (١٤٠٠) باب وُجُوبِ الزَّكَاةِ .
(٢٩) ابن قدامة المغني لابن قدامة المجلد الثاني، ص ٥٧٢ ، الموسوعة الفقهية الكويتية المجلد ٢٣،ص٢٢٧-٢٢٨ .
(٣٠) ابن قدامة ، المغني المجلد السابع، ص ٦٧١،٦٧٢ ، الموسوعة الفقهية الكويتية المجلد الخامس عشر،ص٢٨٢ .

خَمْسَةً أَوْ سَبْعَةً بِرَجُلٍ وَاحِدٍ قَتَلُوهُ قَتْلَ غِيلَةٍ وَقَالَ رضي الله عنه: «لَوْ تَمَالأَ عَلَيْهِ أَهْلُ صَنْعَاءَ لَقَتَلْتُهُمْ جَمِيعًا»[٣١] وذلك حفاظاً على أرواح الابرياء من المسلمين وحقنا لدمائهم حتى لا تُراق بغير حق فقضى بقتل الجماعة بالواحد في عصره بإجماع فقهاء الصحابة (رضي الله عنهم)[٣٢] .

وهو رضي الله عنه نفسه يضيّق العمل بنص آخر من كتاب الله تعالى لما اقتضى الحال الزماني والمكاني تضييق ذلك النص، فأوقف سيدنا عمر رضي الله عنه العمل بالنص القاضي بقطع السارق في قوله تعالى ((وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللّهِ وَاللّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ))[المائدة : ٣٨] لمّا أصاب الناس مجاعة مُهلكة في ظرف قاهر من الجوع والسِنة الذي مسهم عام المجاعة التي قَالَ فيها سيدنا عُمَرُ : «لَا يُقْطَعُ فِي عِذْقٍ وَلَا عَامِ السَّنَةِ»[٣٣] وَعَامُ سَنَةٍ عَامُ الْمَجَاعَةِ[٣٤] ، فإنه جعل من المجاعة العامة قرينة على الاضطرار ، والاضطرار شبهة في السرقة تمنع الحد عن السارق بل تبيح له السرقة في حدود الضرورة والضرورة تقدر بقدرها[٣٥] ، وما ذلك إلا ضرب من كيفية تعامل المجتهد الذي ينظر إلى النص

(٣١) الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس (ت،٢٠٤هـ) ، مسند الإمام الشافعي ، رتبه ، سنجر بن عبد الله الجاولي، أبو سعيد، علم الدين (ت،٧٤٥هـ) حقق نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه، ماهر ياسين فحل ، المجلد الثاني، ط١ (الكويت: شركة غراس ، (١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م)ص٢٩٢ برقم (١٦١١) باب قتل الجماعة بالواحد ، أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي (ت،٥١٦هـ) ، شرح السنة ، تحقيق، شعيب الأرنؤوط ومحمد زهير الشاويش،المجلد العاشر ،ط٢(دمشق ،بيروت: المكتب الإسلامي(١٤٠٣هـ-١٩٨٣م) ص١٨٢ برقم (٢٥٣٥) باب قتل الجماعة بالواحد .

(٣٢) د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ،المجلد الاول، ص٦٩و٩٩ .

(٣٣) أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (ت،٢١١هـ) ، المصنف ، تحقيق، حبيب الرحمن الأعظمي،المجلد العاشر ،ط٢(الهند: المجلس العلمي (١٤٠٣هـ)ص٢٤٢ برقم (١٨٩٩٠) باب القطع في السنة .

(٣٤) أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت،٨٥٢هـ) ، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير،المجلد الرابع، ط١(بدون مكان نشر : دار الكتب العلمية ، (١٤١٩هـ. ١٩٨٩م) ص١٩٥ .

(٣٥) محمد بن أبي بكر شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت،٧٥١هـ) علام الموقعين عن رب العالمين ، تحقيق، محمد عبد السلام إبراهيم المجلد الثالث،ط١،(بيروت : دار الكتب العلمية، (١٤١١هـ-١٩٩١م) ص٣٣ ، الموسوعة الفقهية الكويتية المجلد السادس والعشرين،ص٢٠٥ ، د. وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ ، الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ المجلد السابع ، ط٢١(دمشق: دار الفكر ، بدون سنة نشر) ص.٥٣٣٩ .

نظرة المجتهد الحاذق في كيفية إعمال النص مع مراعاة الظرف الزماني والمكاني في تطبيقه على الواقع .

٣ ـ ومن يستقرئ فقه الأئمة المجتهدين كأبي حنيفة ومالك والشافعي وأحمد وجعفر الصادق (رحمهم الله) وغيرهم يجد أنهم بنوا فقههم على قواعد فقه الصحابة(صلى الله عليه وسلم)الكرام من مراعاة كيفية تطبيق النص في فقه الواقع ، ويظهر ذلك جلياً ـ على سبيل التمثيل ـ في فقه الشافعي القديم في العراق وأنه عندما انتقل إلى مصر غيَّر كل ما كتبه في العراق لتبرز لنا ثروة فقهية هائلة لو عملنا بها لوجدناها مادة خصبة لمعالجة كل مستجد في واقعنا المعاصر مع مراعاة القواعد والضوابط للاستنباط والاجتهاد الدقيق[٣٦] .

ومن خلال تلك التطبيقات المتقدمة نلاحظ : أن تشريع الأحكام الشرعية الاجتهادية مبنية على عللها وجودا وعدما، وكما أن الميسور لا يسقط بالمعسور فلا بد من أن يدرك المجتهد والقاضي : أن المعسور لا يُلحق بالمعسور وهو ما دل عليه قوله تعالى : ((لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا)) [البقرة:٢٨٦] وكذلك ينبغي أن تكون الأحكام القانونية .

لندرك : أن النصوص الشرعية إنما جاءت لتحقيق المقاصد المتوخاة من تشريعها ، وهذا يتضح جلياً للعيان لكل من فهم روح النصوص ومعانيها ولم يجمد عند حروفها ومبانيها ، فإذا استخدم المجتهد أو القاضي الأسلوب الأمثل للتعامل مع روح النصوص فإنه بلا شك سيستطيع مواكبة مستجدات عصره مع النصوص التي يمكن

(٣٦) د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد المجلد الاول،ص٩٣ .

إعمالها بما تحقق للمجتمع من المصالح والمقاصد فيطابق بين الواقع وبين الحكم الشرعي فيعطي للواقع حكمه الشرعي الصحيح غير المناقض للواقع[٣٧] .

II.المبحث الثاني

أهم مستلزمات تنزيل النص على الواقعة وأهميتها

لإمكان تنزيل النص على الواقعة لا بد من أدوات منها معرفة أهم ضوابط الاجتهاد وتفاصيل المسألة محل الاجتهاد ، والاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص في مختلف المجالات ، ومدى أهمية حاجة المجتهد والناس لفقه الواقع ، وهذا ما ستتضمنه مطالب هذا المبحث .

II.أ.المطلب الأول

بعض ضوابط أهلية الاجتهاد والمعرفة بتفاصيل (المسألة محل الاجتهاد)

إذا كان الحكم على الشيء فرعا عن تصوره ، فإن تصور الشيء بصورة دقيقة أمر مطلوب ، ليكون الحكم الذي ينبني عليه دقيقا ومناسبا ، وهذا التصور كما يحتاج إلى ملكة وموهبة وعقلية إجتهادية لدى مفسر النص ، فهي تتطلب بالإضافة إلى ذلك بذل الجهد وإعمال الفكر ودقة نظر، ولذا قالوا في تعريف الاجتهاد أنه : (استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجه يحس في النفس العجز عن المزيد منه)[٣٨] .

(٣٧) ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين المجلد الاول،ص٨٧ .
(٣٨) أبو الحسن علي بن أبي علي الآمدي (المتوفى، ٦٣١هـ) ، الإحكام في أصول الأحكام ، تحقيق، عبد الرزاق عفيفي ، المجلد الثاني (بيروت –دمشق –لبنان :المكتب الإسلامي، بدون سمة نشر) ص٣٠٩ .

وإذا كان الإجتهاد هو الملكة الراسخة للقاضي والمجتهد التي يمكنه من خلالها استنباط الأحكام الشرعية والقانونية فلا بد من معرفة أهم أدوات الاجتهاد والتي من أهمها شروط المجتهد ومنها ما يأتي[٣٩] :

١ ـ المعرفة التامة بالقرآن الكريم والسنة النبوية وعلومهما .

٢ ـ الإحاطة التامة بعلم أصول الفقه ومدارك الأحكام وقواعدها الأصولية ، وأن يكون ملما بأهم الأدلة النصية والاجتهادية مع مراعاة مراتب الاستدلال بها ، وكذلك الاطلاع الواسع بالأحكام المجمع عليها والمختلف فيها بين الفقهاء ، يقول الامام الشاطبي (رحمه الله) : (وإنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين : أحدهما : فهم مقاصد الشريعة على كمالها ، والثاني : التمكن من الاستنباط بناءً على فهمه فيها)[٤٠] .

٣ ـ طلب المهم من اللسان العربي والتي تُعدُّ الآلة الرئيسية لفهم العلوم .

٤ ـ أن يكون ذا اطلاع واسع بعلم المقاصد وأنواعها والصلة بين أنواعها ومراعاة ترتيب الأحكام عليها ، فإنها محور تشريع الأحكام ومدارها وتُعدُّ من أهم السبل والغايات في هذا الباب ، ولذا وصف ابن الجوزي (رحمه الله) الفقيه (هو من نظر

(٣٩) شروط الاجتهاد في ، أبو العباس شهاب الدين القرافي (ت،٦٨٤هـ) ، شرح تنقيح الفصول، تحقيق، طه عبد الرؤوف سعد، ط١ (بدون مكان نشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة ، (١٣٩٣هـ١٩٧٣م)ص ١١٧و٤٢٩و٤٣٧ ، أبو عبد الله بدر الدين الزركشي (ت،٧٩٤هـ) البحر المحيط في أصول الفقه،المجلد الرابع ،ط١(بدون مكان نشر: دار الكتبي (١٤١٤هـ١٩٩٤م) ص٤٩٠، أبو محمد موفق الدين بن قدامة المقدسي (ت، ٦٢٠هـ) روضة الناظر وجنة المناظر ،المجلد الثاني ،ط٢(بدون مكان نشر: مؤسسة الريّان، (١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م) ص٣٣٤-٣٣٦، .د. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الاسلامي المجلد الاول،ص٣٣٣-٣٣٦، د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ،المجلد الثاني،ص٤٧٣، د. عزيز جواد هادي ، دروس في المدخل لدراسة القانون ،(بدون مكان نشر: مكتبة نور العين، (٢٠٠٩) ص ٦٢ ، د. رميس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائي (الاسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٩٧) ص ٢٣٨ .

(٤٠) الشاطبي ، الموافقات المجلد الرابع،ص ١٠٥-١٠٦ .

في الأسباب والنتائج وتأمل المقاصد)[٤١] ، وهناك شروط أخرى ذكرها العلماء آثرنا الاقتصار على أهمها خشية الإطالة .

يقول ابن القيم (رحمه الله) : (ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى بالحق إلا بنوعين من الفهم : أحدهما : فهم الواقع والفقه فيه ، واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والإمارات والعلامات ، حتى يحيط بها علماً ، والنوع الثاني : فهم الواجب في الواقع وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله (صلى الله عليه وسلم)في هذا الواقع ، ثم يطبق أحدهما على الآخر ، فالعالم من يتوصل بمعرفة الواقع والتفقه فيه إلى معرفة حكم الله ورسوله (□))[٤٢] .

وقول ابن القيم (رحمه الله) هذا ما يوجه إليه استاذنا القاضي ضياء شيت خطاب (رحمه الله) القضاة اليوم أن يسيروا على خطاه حيث يقول : (والمنطق القضائي يتصل بالوقائع وبالقانون ، لأن القاضي يباشر مهمتين : الأولى : تتعلق بإثبات وقائع الدعوى وفقاً لقانون الإثبات ، والمهمة الثانية : تتعلق بتحديد النص القانوني الواجب التطبيق ، بعد تكييفه لتلك الوقائع وتفسيره للنص القانوني ، ثم تطبيقه على وقائع الدعوى ومن المعلوم إن كل دعوى تتكون من عنصرين : الأول : هو عنصر وقائع الدعوى أو ما يسمى بـ(الواقعة) ، والعنصر الثاني : (النص التشريعي أو القانوني)[٤٣] ، فالمجتهد والمفتي والقاضي كلهم أمام وقائع تحتاج إلى فهم ودراية مع معرفة كيفية الاستنباط ، وذلك باستخدام أدواته ومراعاة ضوابطه ، ثم تكييف تلك الواقعة ، لتنزيل حكم النص الشرعي أو القانوني عليها ، ولا شك أن القناعة لدى

(٤١) جمال الدين أبو الفرج بن الجوزي (م٥٩٧هـ) ، تلبيس إبليس،ط١(بيروت لبنان: دار الفكر ،١٤٢١هـ/٢٠٠١ م) ص ٢٢ .
(٤٢) ابن القيم الجوزية ، إعلام الموقعين عن رب العالمين المجلد الاول،ص٨٦ .
(٤٣) القاضي ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، (بغداد: دار البحوث والدراسات العربية ، ١٩٨٤م) ص ٤٥ .

هؤلاء تحتاج إلى أدلة إثبات فعليهم أن يستعينوا بكل الوسائل اللازمة لإثبات الواقعة وملابساتها قبل تنزيل حكم النص عليها .

II.ب.المطلب الثاني

الاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص

لا يمكن لأي مجتهد أو فقيه أو قاضي مهما أوتي من الذكاء والفطنة والإحاطة بمشاكل عصره ومستجداته أن يستغني عن الرأي والمشورة من أهل الاختصاص ، فالإحاطة بكل العلوم وكل الاختصاصات أصبحت أمرا مستحيلا ولا يمكن الإحاطة به من شخص واحد وهو من أهم سمات عصرنا المتطور فلكل مهنة أهلها ولكل علم أهله ، ونحن مأمورون شرعا بسؤال أهل الاختصاص لقوله تعالى : ((فَاسْأَلُواْ أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ)) [النحل:٤٣] لا سيما وقد تشعبت العلوم في عصرنا وتعقدت ودقت في مختلف مجالات الطب والاقتصاد ووسائل ارتكاب الجرائم ، وأساليب التزوير والتزييف وغير ذلك، يقول الإمام مالك (رحمه الله) : (ورأيت أهل زماننا هذا يشتهون الكلام فيه والفتيا ولو وقفوا على ما يصيرون إليه غدا لقللوا من هذا، وأن عمر بن الخطاب وعليا وعامة خيار الصحابة (صلى الله عليه وسلم)كانت ترد عليهم المسائل وهم خير القرن الذي بعث فيهم النبي (صلى الله عليه وسلم)كانوا يجمعون أصحاب النبي (صلى الله عليه وسلم)ويسألون ثم حينئذ يفتون فيها)[٤٤] ، ويقول المام الشوكاني (رحمه الله : (والمعتبر في فنون العلم قول أهل ذلك الفن العارفين به دون ما عداهم .. ومن عدا ذلك فهم في حكم العوام)[٤٥] ولذا على المجتهد والمفتي والقاضي أن يستشيروا أهل الخبرة والاختصاص في كل قضية وحسب نوع هذه القضية وموضوعها ، فإن كانت المسألة المطروحة مصرفية

(٤٤) الشاطبي ، الموافقات ،المجلد الرابع،ص٢١١ .
(٤٥) محمد بن علي الشوكاني (ت، ١٢٥٠هـ) ، إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول ، تحقيق، الشيخ أحمد عزو عناية ،المجلد الاول، ط١ (بدون مكان نشر: دار الكتاب العربي (١٤١٩هـ-١٩٩٩م) ص٢٣٣ .

استشار الخبراء في الإدارة والاقتصاد وعمل المصارف ، وإن كانت طبية استشار أهل الطب وهكذا ، فالفقيه كالطبيب لا يكون دواؤه نافعا إلا إذا شخص المرض تشخيصا دقيقا واستخدم كل الوسائل لتحديد نوع المرض ومكانه في الجسم ، وكذلك الفقيه يجب عليه قبل الاقدام على التكييف الفقهي أن يفهم موضوع الواقعة المعروضة فهما دقيقا ، يمكن معه إصدار الحكم الشرعي بثقة كاملة ، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره ـ كما قلنا ـ ولتحقيق ذلك لا بد من القيام ببعض الأمور منها[٤٦] :

١ـ جمع المعلومات المتعلقة بموضوع الواقعة المعروضة ونشأتها وأقسامها والظروف التي أحاطت بها وأسباب ظهورها .

٢ـ استشارة أهل الاختصاص والخبرة في مجال الواقعة الحاصلة .

٣ـ تحليل الواقعة إلى عناصرها الأساسية إن كانت مفردة وتفكيكها إن كانت مركبة ، للحكم على كل عنصر على حدة ثم الحكم عليها مجتمعة .

٤ـ معرفة قصد أطراف الواقعة المعروضة ، أي الباعث والنية وهو أمر مهم جدا من أجل دقة التكييف لأنه يلقي بضلاله على تحديد الحكم .

يقول ابن القيم : (وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها : أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات ، وكما هي معتبرة في التقربات والعبادات فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما، وصحيحا أو فاسدا وطاعة أو معصية ، كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة أو صحيحة أو فاسدة)[٤٧] .

(٤٦) د . سلمان العودة ، ضوابط للدراسات الفقهية، ص ٩٢ .
(٤٧) ابن القيم الجوزية ، إعلام الموقعين عن رب العالمين المجلد الرابع، ص٩٦ .

٥ ـ معرفة المعنى أو الغرض من الواقعة المعروضة ، لأن إلحاق الواقعة بواقعة شبيهة يتطلب التطابق في المعنى والغرض والقصد من الواقعة المعروضة ، فإذا لم يتحقق ذلك التطابق امتنع حينئذ الإلحاق، واعتبرت الواقعة الجديدة مستجدة مستحدثة تطبق عليها القواعد العامة والأصول الكلية في الشريعة الإسلامية .

II.ج.المطلب الثالث

أهمية فقه الواقع

للأهمية البالغة لفقه الواقع فلا بد للمجتهد أو القاضي أن يحدد الأهداف المتوخاة من فقه الواقع ، سواء كان في إطار التفسير النصي أو الاجتهادي أو في الإطار المقاصدي أو حتى على الجانب الشخصي ويمكننا أن نقف على أهمية فقه الواقع من خلال ما يأتي :

١ ـ الفهم الصحيح لواقع نزول النص التشريعي ، لما له من أهمية في معرفة واقع تطبيق النص ، فإن أكثر النصوص لا يُفهم مقصودها إلا بمعرفة أسباب ورودها سواء كان في القرآن الكريم أو السنة النبوية أو حتى أقضية الخلفاء الراشدين (صلى الله عليه وسلم)- كما تقدم في الأمثلة السابقة - ، فلا شك أن الظروف التي كانت ينزل فيها كل نص تعتبر بمثابة القرائن والأمارات التي تعين المجتهد أو القاضي على فهم ذلك النص المراد تطبيقه على الواقع، فأغلب النصوص التي وردت النصوص بسببها يدرك المجتهد من خلالها معالجة فقه الواقع للوقائع التي يراد تنزيل ذلك النص عليها ، ليكون الفقيه قريبا من مقاصد النصوص وأحكامها فإن الفهم الصحيح

لنصوص القرآن والسنة يستلزم فهم الواقع الذي هو محل النص في ضوء الإمكانية المتوفرة لدى القاضي والمجتهد[٤٨] .

٢ - ومن أهداف فقه الواقع لتغير الوقائع : العمل بالنصوص الثابتة والقواعد الشرعية العامة مع مراعاة مقاصد التشريع الإسلامي لتكون أساسا له في تنزيل النص على الواقع ، وذلك عن طريق الاعتماد على المصادر الإجتهادية المعتبرة في استنباط الأحكام الشرعية على اختلاف أنواعها وقواعدها .

٣ - إن أهم ما يجسده لنا فقه الواقع : معرفة كيفية التكييف الفقهي للواقعة وكيفية إنزال النص على هذه الواقعة .

٤ – معرفة كيفية درء التعارض بين النصوص ورفع التناقض بين الأحكام التشريعية ، فإن

إعمال النصوص في غير واقعها بعيدا عن مقاصدها لا بد وأن يدعو صاحبها إلى التعصب المقيت والتطرف المذموم الذي نهت عنه سماحة شريعتنا الغراء ، وإن الفهم الصحيح لتنزيل النصوص على الوقائع يرفع ذلك التعارض ليعطي إدراكا تاما وسليما للوقائع التي جاءت تلك النصوص لمعالجتها[٤٩] .

٥ - إن فقه الواقع ومعالجة المسائل المعاصرة بعقلية واقعية وفقهية تواكب الواقع تعطي إمكانية عالية وانضباطا بعيد المدى في التعامل مع النصوص التشريعية بفقه مقاصدي منضبط ، والعمل بالكليات والمبادئ العامة التي دلت عليها نصوص القرآن والسنة والقواعد الشرعية العامة ، ليؤكد ذلك كله صلاحية العمل بالشريعة في كل

(٤٨) .د.وهبة الزحيلي ، مصدر سبق ذكره،ص٤٤٥، د.عبد المجيد النجار ، في فقه التدين فهما وتنزيلاو ص ٩٨، نور الدين الخادمي ، الاجتهاد المقاصدي حجيته ضوابطه مجالاته ، المجلد الاول (قطر : وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية (١٩٩٨م) ص١٨ .

(٤٩) د. زيد مصطفى ، النسخ في القرآن الكريم ، تعليق وعناية د. محمد يسري ابراهيم المجلد الثاني ،ص٥٠٧ .

زمان ومكان، والموازنة بين النصوص الثابتة وأحكامها والأدلة الاجتهادية وضوابطها ، وكذا بين التأصيل النصي والواقع العملي عملا بالقاعد الشرعية التي تقول : لا يُنكر تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان والحال[٥٠] .

III.المبحث الثالث

دور القاضي في تكييف الوقائع والتصرفات مع مراعاة القواعد الشرعية والقانونية

للقاضي دور مهم في تكييف الواقعة فقها وقانونا عند مراعاة القواعد الشرعية والقانونية ضمن مراحله المتعددة لضمان تنزيل النص على الواقعة وفق الضوابط وهذا ما سيتضمنه هذا المبحث في مطالبه المتعددة .

III.أ.المطلب الأول

التكييف الفقهي لغة واصطلاحاً

أولا : التكييف لغة :

أصله مأخوذ من (كَوَفَ) يقال : كَوَفَ الشيءَ : نحّاه وجمعه ويقال : تركهم في كَوَفان : أي في أمر مستدير فيه عناد ومشقة ، وتَكَوَّف القومُ : أي استداروا ، ومنه : الـ(كيف) وهو في الأصل يدل على القطع فيقال : كَيَّف الأديمَ ـ وهو الجلد المدبوغ ـ أي جعله أجزاءً بعد قطعه ، ومنه (التَكييف) : تقول كيفته تكييفا أي : قطعته ونحيته

(٥٠) ماهر حسين حصوة ، فقه الواقع واثره في الاجتهاد ص ٣٩ .

وجمعته مع الإدارة فيه ، وتطلق الـ(كيفية) على الشيء وصفته ، والإنسان قد يجعل للشيء كيفية معينة تختلف عما كانت عليه لا سيما اذا كان قابلا للتكييف[٥١] .

ثانيا : التكييف الفقهي اطلاحاً :

من خلال استقراء كتب الفقهاء القدامى لم يجد الباحثون فيها ـ مصطلح (التكييف الفقهي) ولم يُعهد عنهم استعماله من حيث اللفظ وإن كانوا قد استعملوه من حيث المعنى بمسميات مختلفة منها : (تنقيح المناط ، والتخريج الفقهي على أصول الإمام ، والأشباه والنظائر ، والاسقاط ، و الاجتهاد التنزيلي ، وحقيقة الشيء وماهيته) وغيرها من المصطلحات التي وردت في مؤلفاتهم (رحمهم الله) .

والتكييف الفقهي من أهم أُسسه معرفة قواعد الاجتهاد والاستنباط وضوابطها لأن مقاصد الأحكام ومآلاتها الواقعية المعتبرة تُرشد الفقيه والقاضي إلى فهم النصوص وتفسيرها وتحرره من التقيد بظواهر النصوص والجمود عند حرفيتها ، وتجنبه المنزلقات السطحية وتقلباتها المتعارضة في إصدار الأحكام في الأشباه والنظائر ، بل يُعدُّها العلماء الهادي والمرشد لهم في تنزيل النصوص على وقائعها المتجددة وتكييف الأحكام مع مراعاة مالاتها ومقاصدها .

وإن معرفة مقصد الشارع في تعليل الأحكام من أهم ثمرات معرفة مقصده في البيان ، لأن الغرض من التعليل إلحاق الحكم بنظيره وأشباهه ، وذلك عن طريق إدراك

(٥١) أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري (ت،٣٩٣هـ) ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، تحقيق، أحمد عبد الغفور عطار، المجلد الرابع ،ط٤(بيروت : دار العلم للملايين (١٤٠٧هـ-١٩٨٧م) ص١٤٢٤ مادة (كَوَفَ) ، جمال الدين ابن منظور ، لسان العرب ٣٢٢/٣ مادة (كَوَفَ) ، محمّد بن محمّد الزَّبيدي (ت،١٢٠٥هـ) تحقيق، مجموعة من المحققين ، دار الهداية المجلد الرابع والعشرين ص٣٤٦ مادة (تكاف) .

أوجه التشابه والاختلاف مع مراعاة البعد المقاصدي الذي ينبني عليه ذلك التكييف لتلك الواقعة[٥٢] .

ولا شك أن مدارك المجتهدين والفقهاء والقضاة تختلف في فهم فقه النص المحتمِل للتأويل من جهات تتعلق بالمبنى والمعنى معاً ، وذلك من حيث مدلولات الألفاظ واختلاف حقائقها اللغوية والشرعية والعرفية والقانونية ، والمسألة الفرعية التي ينبغي بناؤها على أصلها التأصيلي الصحيح تحتاج إلى أصل تُردُّ إليه تلك المسألة ، وعند هذا ظهر ما يسمى بـ(بيان أثر الاختلاف في تكييف الأحكام الفقهية من أصولها ومظانها العلمية وفق ضوابط استنباط الأحكام الشرعية)[٥٣] ، وتوكل مهمة هذا التكييف إلى المجتهد الذي تتوفر فيه أهم شروط الاجتهاد المعتبرة ، لغرض الوقوف على الحكم الشرعي الاجتهادي الذي يوافق الواقعة المستجدة[٥٤] .

وعملية الإسقاط الاجتهادي تشبه تماماً الاجتهاد التنزيلي في مباحث أصول الفقه مع التنويه إلى أن المعاني في المسائل الاجتهادية ظاهرة والمقاصد غير خفية والأشباه والنظائر غالباً متوفرة والجهود قائمة وهذا النوع من العلم يجري في الأحكام غير القطعية ولا راجعة إلى أصل قطعي بل إلى الادلة الظنية[٥٥] .

---

(٥٢) د. أحمد الرسيوني ، "المنحى المقاصدي في فقه ابن رشد ، " بحث منشور في مجلة دعاة الحق صادرة عن وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية ، المملكة المغربية ص ٩ .

(٥٣) بكر بن عبد الله أبو زيد (ت،١٤٢٩هـ) ، المدخل المفصل لمذهب احمد بن حنبل ، المجلد الاول ،ط١(بدون مكان نشر :دار العاصمة ، (١٤١٧هـ) ص٩٦ .

(٥٤) د.محمد بن عثمان شبير ، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية ، (دمشق : دار القلم، (٢٠٠٤م) ص ٣٠ .

(٥٥) مشهور بن حسن بن محمود آل سلمان ، العراق في أحاديث وآثار الفتن ، المجلد الثاني ،ط١ (الامارات-دبي: مكتبة الفرقان، (١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م) ص٧١٧ .

وعليه فالتكيف الفقهي هو : تحرير المسألة وبيان انتمائها إلى أصل معتبر لأن التكييف الفقهي لأي مسألة تنبني عليه معرفة شرعية تلك المسألة[٥٦] .

وبمعنى أشمل هو : الاستعانة بقواعد الاستنباط في إدراج الحوادث التي يسبق ظهورها في زمن التشريع وليس لها نظائر ذات أحكام مباشرة وصريحة في مظانها ليمكن إدراجها تحت تلك الصور الكلية ليثبت لها حكم ما لمثيلاتها[٥٧] .

ويمكن أن نعرّف التكييف الفقهي بأنه : تحديد حقيقة الواقعة المستجدة لإلحاقها بأصل فقهي وصفه الفقه الإسلامي بصفة شرعية بقصد إعطاء هذه الصفة الشرعية للواقعة المستجدة عند تحقق المجانسة والمشابهة بين الأصل والواقعة المستجدة في الحقيقة ، وأما التكييف القانوني : فهو تحديد طبيعة قضية تحتاج إلى توصيف قانوني وبيان حقيقتها لإعطائها حكم قضية منصوص عليها ، بعد أن يمر بمراحل .

III.ب.المطلب الثاني

مراحل التكييف الفقهي والقانوني ودور القاضي في هذا التكييف

إن مصطلح التكييف من المصطلحات القانونية التي تداولته الأبحاث القانونية الغربية ، وتقدم أن علماء الشريعة الإسلامية بدأوا يستعملونه في أبحاثهم المقارَنة بين الفقه الإسلامي والقانون في العقود الأربعة الأخيرة من القرن العشرين ، وإن كان له تأصيل شرعي وأشباه ونظائر عندهم ، وكان من أسباب ذلك التقاء هؤلاء الأساتذة الفضلاء بعلماء القانون الوضعي في كليات الحقوق وفي المؤتمرات والندوات العلمية وهكذا التقى التكييف الفقهي مع التكييف القانوني في الهدف والغاية منه ، فكلاهما

(٥٦) محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنيبي ، معجم لغة الفقهاء ،ط٢(بدون مكان نشر: دار النفائس، (١٤٠٨هـ-١٩٨٨م) ص ١٤٣حرف التاء.

(٥٧) د. محمد بولوز ، كتاب "بداية المجتهد وكفاية المقتصد" لابن رشد ودوره في تربية ملكة الاجتهاد ،(أطروحة دكتوراة في الدراسات الإسلامية ، جامعة محمد بن عبد الله - فاس - السنة الجامعية ٢٠٠٦ – ٢٠٠٧) ص ٨٥٤ .

يهدفان إلى إعطاء حكم قضية منصوص عليها لقضية معروضة تحتاج إلى توصيف فقهي أو قانوني ، وهذا التكييف يمر بمراحل :

III.ب .١ .الفرع الأول

مراحل التكييف الفقهي والقانوني

١ـ تحديد طبيعة القضية المعروضة وحقيقتها ، وذلك ببيان عناصرها وأجزائها وآثارها المترتبة عليها وقصد أطراف القضية في تنفيذها .

٢ـ البحث عن الأصل الذي يمكن أن تُلحق به القضية المعروضة والتأكد من مجانستها في العناصر السابقة .

٣ـ ردّ القضية المعروضة إلى الأصل الفقهي أو القانوني وذلك لإعطائها حكم الأصل الذي رتبه العلماء ، أو حكم النص الذي أورده المشرع في القانون ، ولا شك أن الخطأ في عملية التكييف سيؤدي إلى الخطأ في ترتيب الحكم المناسب للحالة المعروضة .

وعليه : فإن تتبع الطرق السليمة للتكييف الفقهي والقانوني بما في ذلك علم مقاصد الأحكام وتطبيق روح النصوص وغيرها هي التي تعين المجتهدين والحكام والقضاة على حسن تطبيق النص وسلامته من المعارضة مع الواقع ، وذلك من خلال اعتماد الأولويات من جلب المصالح ودرء المفاسد والتوازن المطلوب في إصدار الأحكام على تلك الوقائع ، كما وتُعينهم على معرفة الثوابت والكليات لبيان ثباتها والتمييز بينها وبين الوسائل والمتغيرات لإيضاح مرونتها ، فالتكييف الفقهي والقانوني يعتمد على توخي المقاصد من التشريع وذلك لاختيار أنسب الوسائل لتحقيق تلك المقاصد

المشروعة والاستدلال بها على إصدار الحكم بناء على ذلك التكييف لأي واقعة مستجدة[٥٨] .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن التكييف الفقهي يستند إلى نصوص الشريعة الإسلامية واجتهادات

الفقهاء المعتبرة وقواعد الاستنباط والاجتهاد الفقهي ، أما التكييف القانوني فيستند إلى النصوص والقواعد القانونية المدونة في التشريعات النافذة[٥٩] .

III.ب.٢ .الفرع الثاني

دور المجتهد والقاضي في تكييف الوقائع

يكمن دور القاضي في تكييف وقائع الدعوى في توصيفها بالوصف الذي نص عليه القانون ، فالقاضي يتوخى معاني القانون في حال فهم الواقع في الدعوى وبالتالي يردُّ هذا الواقع إلى حكم القانون ، ليعطي الوصف القانوني للتصرفات والوقائع القانونية ، والقاضي إذ يقوم بالتكييف القانوني فإنه يمارس عملية قانونية اجتهادية دون أن يتقيد بالوصف الذي يطلق المدعي لدعواه ، لأن المدعي غالبا يكيف دعواه بما يتفق مع مصلحته ، والمدعى عليه سينازع في هذا التكييف ويحاول إقناع المحكمة بتكييف آخر يتفق مع رؤيته ومصلحته هو الآخر ، وتبقى المسؤولية القانونية ملقاةً على عاتق القاضي بالتوصل إلى التكييف الدقيق للمسألة تمهيداً لتطبيق القانون المناسب عليها ، ومن ثم إصدار القرار القضائي الصحيح والعادل .

كما ألزمت المادة الثانية من القانون العراقي القاضي لتحقيق ذلك ضمن إطار سلطته التقديرية بتحري الوقائع لاستكمال قناعته وقد طبقت محكمة التمييز الاتحادية

(٥٨) د. محمد بولوز ، كتاب "بداية المجتهد وكفاية المقتصد" لابن رشد ودوره في تربية ملكة الاجتهاد ص ٨٥٤ .
(٥٩) أ.د. محمد عثمان شبير ، ص٢٤-٢٥ .

العراقية هذه القاعدة في الأخذ بالمبدأ الواسع في توجيه الدعوى ومنح القاضي السلطة التقديرية الواسعة في هذا الإطار فجاء في إحدى قراراتها ما نصه : (إن تكييف واقعة الدعوى مسألة قانونية لا يتقيد فيها القاضي في تكييف المدعي لدعواه ولا ما يرتبه هذا التكييف من آثار قانونية لأن المدعي قد يخطأ بتكييف دعواه عن جهل أو يتعمد تكييف دعواه تكييفاً خاطئاً للوصول إلى غرض يريده فعلى القاضي أن يصل إلى حقيقة دعوى المدعي فإذا وصل إليها كيّفها التكييف القانوني الصحيح ثم أصدر حكمه في الدعوى على مقتضى هذا التكييف)[٦٠] .

وكان قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد الصادر عام (١٩٧٥) أكثر صراحةً في إشارته إلى مسؤولية القاضي عن تكييف الواقعة ؛ إذ تنص المادة (١٢) منه على أن (للقاضي تكييف الوقائع المتنازع عليها التكييف القانوني السليم دون الاعتداد بتكييف الخصوم)[٦١] .

[٦٠] قرار الهيئة الموسعة لمحكمة التمييز المرقم ٢٢١ هيئة موسعة أولى ١٩٨١ في ٢٥/٧/ ١٩٨١ نقلاً عن الأستاذ ضياء شيت خطاب ، سلطة القاضي في تكييف وقائع الدعوى المدنية ، مجلة القضاء ، نقابة المحاميين العراقيين ، الأعداد ١و٢و٣و٤ لسنة ١٩٨٢ ، ص ١٥ ، ينظر حسين رجب محمد خلف ،" السلطة التقديرية للقاضي في قانون المرافعات وقانون الإثبات ،" بحث منشور في مجلة التقني المجلد السادس والعشرون العدد السادس لسنة (٢٠١٣) : ص ٩٠

(61)Jacques normand le et litige these doctor en droit faculte de droit et des sciences economiques de lille 1956 p 9 ets .

III.ج.المطلب الثالث

دور القاضي في تكييف الوقائع والتصرفات مع مراعاة بعض القواعد الفقهية والأصولية

III.ج.١ .الفرع الأول

قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني وأثرها في التكييف الفقهي وتنزيل النص على الواقع

إن هذه القاعدة من القواعد الفقهية الكلية التي اتفق عليها جمهور أهل العلم وقد اعتمدتها مجلة الاحكام العدلية كما في المادة (٣) منها[٦٢] ، وأن لفظ (العقود) الوارد في هذه القاعدة لا يعني أن اعتبار المقاصد والمعاني قاصر عليها بل وردت هذه اللفظة جرياً على الغالب ، يقول الإمام أبو الحسن الكرخي (رحمه الله) : (الأصل أنه يعتبر في الدعاوى مقصود الخصمين في المنازعة دون الظاهر)[٦٣] ، ولذا فالمراد بالمقاصد والمعاني : ما يشمل المقاصد التي تعينها القرائن اللفظية التي توجد في العقد فتكسبه حكم عقد آخر وكذلك المقاصد العرفية المرادة للناس في اصطلاح تخاطبهم ، فهذه المقاصد هي المعتبرة في تكييف العقود ولذلك قد تنعقد عقود معينة بألفاظ غير الألفاظ الموضوعة لها شرعاً وعرفاً ؛ كانعقاد الكفالة بلفظ الحوالة وانعقاد الحوالة بلفظ الكفالة ونحو ذلك، وقد خرج الفقهاء كثيرا من التطبيقات الفقهية لتطبيق هذه القاعدة منها ما يأتي :

(٦٢) مجلة الأحكام العدلية ، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية ، تحقيق، نجيب هواويني ، (كرخانه ارام باغ كراتشي:مطبعة نور محمد،بدون سنة نشر) المادة(٣) ص ١٦ .

(٦٣) أبو الحسن علي بن محمد فخر الإسلام البزدوي (ت،٤٨٢هـ) ، أصول البزدوي - كنز الوصول الى معرفة الأصول ، (كراتشي :مطبعة جاويد بريس – بدون سنة نشر) ص ٣٦٧ .

١ ـ الكفالة هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة : فإذا اشتُرط فيها براءة المدين عن المطالبة فهي حوالة وحينئذ يُشترط فيها ما يشترط في الحوالة ، ولا يطالب الدائنُ المدينَ الأصلي بدَينه وتقتصر المطالبة على الكفيل فقط ، ولا يرجع إلى المكفول عنه إلا في حالة هلاك المال عند الكفيل بأن يجحد الكفالة مع عجز الدائن عن إثباتها أو يموت الكفيل مفلساً[٦٤] .

٢ ـ والحوالة هي نقل الدَّين من ذمة المُحيل إلى ذمة المُحال عليه ، فإذا اشتُرط فيها عدم براءة المُحيل عن المطالبة فتعتبر كفالة فيُشترط فيها شروط الكفالة ، ويطالِب المَحالُ كلاً من المحيل والمحال عليه[٦٥] .

٣ ـ يقول الكاساني (رحمه الله) في ماهية الإقالة : (فقد اختلف أصحابنا في ماهيتها ، قال ابو حنيفة (رحمه الله) : الإقالة فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق ثالث "غير العاقدين" سواءٌ كان قبل القبض أو بعده، وقال ابو يوسف (رحمه الله) : أنها بيع جديد في حق العاقدين وغيرهما إلا أن يمكن أن تجعل بيعاً فتجعل فسخاً، وقال محمد (رحمه الله) : أنها فسخ إلا أن يمكن أن تجعل فسخاً فتجعل بيعاً للضرورة ، وقال زفر (رحمه الله) : أنها فسخ في حق الناس كافة)[٦٦] .

٤ ـ والهبة ـ مثلاً ـ إذا اشتُرط تعويضُ الواهب صحّتْ كهبة ابتداءً لكنها تُعامل معاملة (عقد البيع) انتهاءً ، فبالنظر لكونها هبة يشترط لصحتها ما يشترط في الهبة فلا تصح في الصغير ولو كان العوض كبيراً، وكذا لا تصح من وليه ولو بعوض ما ويجب

(٦٤) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت،٤٨٣هـ) ، المبسوط ، المجلد العشرون (بيروت : دار المعرفة ، (١٤١٤هـ-١٩٩٣م) ص٢١١

(٦٥) ينظر ، عثمان بن علي فخر الدين الزيلعي (ت،٧٤٣هـ) ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، المطبعة الكبرى الأميرية/بولاق /القاهرة ، ط ١ (١٣١٣هـ) ١٥٣/٤، ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عابدين (ت،١٢٥٢هـ) ، رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر/بيروت ، ط ٢ (١٩٩٢م) ٣٥١/٥ ، مجلة الأحكام العدلية م (٦٩٤) ، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا (ت،١٣٥٧هـ) ، شرح القواعد الفقهية ، صححه وعلق عليه، مصطفى أحمد الزرقا ، دار القلم-دمشق/سوريا ، ط ٢ (١٩٨٩م) ص ٦١ .

(٦٦) ينظر ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني (ت،٥٨٧هـ) ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية ، ط ٢ (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م) ٣٠٦/٥ .

فيها التقابض في العوضين ، ولا تصح في مشاع يحتمل القسمة ولا فيما هو متصل بغيره اتصال الأجزاء أو مشغول بغيره[٦٧] ، كما لو وهب الزرع دون الأرض أو الأرض دون الزرع أو الثمر دون الشجر أو الشجر دون الثمر لأن ذلك في حكم المشاع إلى غير ذلك من شروط الهبة ، وبالنظر لكونها بيعاً لا يصح الرجوع فيها ويجري فيها الرد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة ، أما اشتراط كون العوض معلوماً ففيه خلاف ، والراجح اشتراط كونه معلوماً[٦٨] .

٥ ـ والتفصيل المتقدم فيما إذا قال الواهب : وهبتك بشرط أن تعوضني بكذا ، أما لو قال : وهبتك بكذا دراهم مثلاً كانت بيعاً (ابتداءً وانتهاءً)[٦٩] ، وكما تكون هبة العين بشرط العوض بيعاً على النحو الذي تم تفصيله تكون هبة المنفعة بشرط العوض إجارةً[٧٠] .

والحاصل : إن قاعدة المقاصد والمعاني مع ما أوردنا من تطبيقات فقهية تدفع المجتهد والقاضي أن يبحثا عن النية المشتركة للمتعاقدين وأن لا يقفا عند ظاهر الألفاظ والنصوص ، فإذا أعطى المتعاقدان العقد وصفاً معينا بعبارات وألفاظ واضحة فإن القاضي غير ملزم بالتقيد بهذا الوصف ، وينبني على ذلك : أن الهبة

---

(٦٧) الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٣٢/٦ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (ت،٦٨١هـ) ، شرح فتح القدير ،المجلد التاسع(بيروت: دار الفكر/بدون سنة نشر) ص٤٨و٤٠٧، فخر الدين الزيلعي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق المجلد الخامس،ص٩٣ .

(٦٨) فخر الدين الزيلعي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق المجلد الخامس،ص٩٣و١٠٢ ، ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار المجلد الخامس،ص٧٠٦ ، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ص ٦١ .

(٦٩) زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم (ت،٩٧٠هـ) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ،المجلد السابع ،ط٢(بدون مكان نشر: دار الكتاب الإسلامي ، بدون تاريخ)ص٢٩٥ ، ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار المجلد الخامس٧٠٦ .

(٧٠) شمس الأئمة السرخسي ، المبسوط المجلد الثاني عشر، ص١٧٠ ، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ص ٦١ .

بشرط العوض تعتبر بيعاً ، وأن الحوالة بشرط عدم براءة ذمة الأصل تعتبر كفالة ، وأن الوكالة المضافة إلى ما بعد الموت تعتبر إيصاءً[٧١] وهكذا .

III.د.المطلب الرابع

تنزيل حكم النص على الواقعة

بعد التثبت من الواقعة أو التصرف والنظر في تفاصيلها ، واستشارة أهل الخبرة والاختصاص في مضامينها ومن ثَمَّ تكييفها التكييف الفقهي أو القانوني المناسب ، ينتقل الفقيه أو القاضي إلى المرحلة الأخيرة من مرحلة عمله الفكري الاجتهادي في تنزيل حكم النص على القضية المعروضة ، وهذا التنزيل قد يكون (فتوى) فيما هو مجال الفقيه ، وقد يكون (حكماً قضائياً) فيما هو في مجال القضاء .

ومن خلال ما تقدم في المباحث المتقدمة في مطالبها كافة يتبين لنا أن تطبيق النص يحتاج إلى فقيه في تفسير النصوص ومعرفة باللغة العربية ودراسة أسباب النزول الواجبة ومناسباتها ، وقد تقدم نطاق هذا البحث .

وإضافة الى كل ما تقدم ففي مرحلة إصدار الحكم أو إبداء الرأي الاجتهادي لا بد من إيراد

بعض القواعد والضوابط التي ينبغي أن يراعيها الفقيه أو القاضي كي لا يزل ولا يشط في حكمه ، وكي لا يفتي الفقيه بخلاف القواعد والضوابط أو يقرر القاضي بما ينافي الأصول والمعاني، ولكي تنتهي طريقة الاجتهاد إلى نهاية صحيحة موفقة ، فمن أهم هذه القواعد ما يأتي:

(٧١) الدكتور حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ،(بغداد: المكتبة القانونية (٢٠١٢م)، ص ١٧٦ .

١ ـ قدسية النصوص وعلوها على الوقائع : فينبغي على الفقيه والقاضي ألا يتعسف في تفسير ألفاظ النصوص أو يلوي أعناق النصوص في بيانه ليوافق رأيه واجتهاده ، وألا يكون همه تبرير الواقع في دنيا الناس باسم المرونة والتطور وإعطاء هذا الواقع سنداً شرعياً لسوء التأويل ، فشريعة الله ما جاءت لتَخضع لواقع الحياة بل ليخضع بها واقع الحياة إلى قوانين شريعة الله تعالى فالشريعة هي الميزان وهي الحكم العدل فلا يجوز أن نجعلها هي الموزونة وهي المحكومة[٧٢] .

ويمكن أن يقال مثل ذلك في إطار احترام النصوص القانونية لا لقدسيتها الدينية ولكنَّ فتح المجال للتوسع في تفسيرها تفسيراً يبعد عن مقصد المشرع وهدفه ، وهو أمرٌ من الخطورة بمكان فيجعل النصوص مجرد ألفاظ مدونة في التشريعات ليس لها أيّ قيمة واقعية ، ويكون كلّ قاضٍ هو البديل عن المشرّع طالما أنه يفسر نصوص التشريع وفق رأيه واجتهاده .

٢ ـ درء المفاسد مقدم على جلب المصالح : وهذا ضابط من ضوابط السياسة الشرعية وأصل من أصول الاجتهاد والتفسير ، فإذا كانت شرائع السماء وقوانين الأرض إنما تهدف لتحقيق مصالح الفرد والجماعات من جلب المنافع لهم وتحقيقها ودفع المضار عنهم وتقليلها فإن لهذه المصالح ضوابط وقواعد كثيرة لأجل التأكد من وجودها والعمل بها أو من أجلها ، فإذا اجتمعت مصالح ومفاسد في جهة واحدة فلا شك أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح .

٣ ـ مراعاة التيسير ورفع الحرج : وقد قعّد فقهاء المسلمين هذه القاعدة مصداقاً لقوله تعالى ((يُرِيدُ اللّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ)) [البقرة: ١٨٥] وقوله تعالى : ((هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)) [الحج:٧٨] والأحاديث كثيرة عن

(٧٢) د. يوسف القرضاوي ، شريعة الاسلام صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان ،ط٥(القاهرة: مكتبة وهبة (١٩٩٧م)، ص ١٢٥ .

رسول الله (صلى الله عليه وسلم)في باب رفع الحرج عن الناس وفتح باب التيسير عليهم منها : قول النبي (صلى الله عليه وسلم)«فَإِنَّمَا بُعِثْتُمْ مُيَسِّرِينَ وَلَمْ تُبْعَثُوا مُعَسِّرِينَ»[٧٣]، وعَنْ أَنَسٍ رضي الله عنهعَنِ النَّبِيِّ (صلى الله عليه وسلم)أنه قَالَ : «يَسِّرُوا وَلاَ تُعَسِّرُوا وَبَشِّرُوا وَلاَ تُنَفِّرُوا»[٧٤] ، وعَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ : «مَا خُيِّرَ النَّبِيُّ (صلى الله عليه وسلم)بَيْنَ أَمْرَيْنِ إِلاَّ اخْتَارَ أَيْسَرَهُمَا مَا لَمْ يَأْثَمْ فَإِذَا كَانَ الإِثْمُ كَانَ أَبْعَدَهُمَا مِنْهُ»[٧٥] وقد استنبط الفقهاء والأصوليون من هذه النصوص وغيرها قواعد فقهية كلية منها : المشقة تجلب التيسير[٧٦]، و: الأمر إذا ضاق اتسع[٧٧] ، على أن يكون هذا التخفيف والتيسير في إطار التأويل الصحيح للنصوص ، وفي ضوء مقاصد الشريعة الاسلامية أو (التشريع) .

وفي هذا الإطار - أيضاً - وضع فقهاء القانون قواعد منها قولهم (الشك يفسر لصالح المتهم في المسائل العقابية)[٧٨] ، و (الشك يُفسر لصالح المدين في القضايا المدنية)[٧٩] ، ولا خلاف بأن المقصود بالشك هنا هو ذلك الذي يكتنف الوقائع والملابسات ، أما النصوص فلا ينبغي أن يكون فيها تفسيرها أو تأويلها أدنى شك ولا سيما الواضحة الدلالة منها .

(٧٣) صحيح البخاري المجلدالاول ،ص٦٥برقم (٢٢٠) باب صب الماء على البول في المسجد .
(٧٤) صحيح البخاري المجلد الاول،ص٢٧ برقم (٦٩) باب ما كان النبي (صلى الله عليه وسلم) يتخولهم بالموعظة والعلم كي لا ينفروا .
(٧٥) صحيح البخاري المجلد الثامن ،ص١٩٨ برقم (٦٧٨٦) باب إقامة الحدود .
(٧٦) تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت،٧٧١هـ) ، الاشباه والنظائر ،المجلد الاول ،ط١(بدون مكان نشر: دار الكتب العلمية ، (١٤١١هـ- ١٩٩١م) ص٤٩ (القاعدة الثالثة) ، أبو عبد الله بدر الدين بن بهادر الزركشي (ت،٧٩٤هـ) ، المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية ،المجلد الثالث، ط ٢ (١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م) ص١٦٩ .
(٧٧) تاج الدين السبكي ، الاشباه والنظائر ٤٩/١ ، بدر الدين الزركشي ، المنثور في القواعد الفقهية المجلد الاول ،ص١٢٠ .
(٧٨) ابراهيم بن محمد السليمان ،" مبدأ تفسير الشك الصالح المتهم ،" (رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية،بدون سنة نشر)، ص٣١-٣٢ .
(٧٩) المادة (١٦٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٩ .

٤ ـ مراعاة تغير الظروف والأحوال : ولعل هذا يصدق على نصوص الشريعة الإسلامية ، واجتهادات المذاهب الفقهية ، فالقاعدة الفقهية تقضي بأنه (لا يُنكر تغير الأحكام بتغير الأزمان)[٨٠] ، كما ينطبق هذا الكلام على التشريعات القانونية القديمة التي مضى على تشريعها زمن طويل ، فربما أصبح الواقع شيئاً آخر غير الواقع الذي كان سائداً وقت تشريع تلك القوانين ، والعرف : هو ما اعتاده جمهور الناس وألفوه من قولٍ أو فعل تكرر مرةً بعد مرة حتى تمكن أثره من اكتساب صفة الاستقرار في النفوس وتقبلته العقول السليمة ويراعى في التصرفات العملية ، ولذا فان الأعراف والعادات الصحيحة التي لا تخالف النصوص القطعية ولا النظام والآداب العامة يجب على القاضي والمجتهد مراعاتها في تنزيل النصوص على وقائعها، ولذا يقول النبي (صلى الله عليه وسلم): «مَا رَآهُ الْمُؤْمِنُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ»[٨١]، واستنبط الفقهاء من ذلك قاعدة : العادة محكمة[٨٢] ، و : المعروف عرفا كالمشروط شرطا شرطاً[٨٣] .

(٨٠) الشيخ الدكتور محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو ، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ، ط٤(بيروت –لبنان : مؤسسة الرسالة ،(١٤١٦هـ-١٩٩٦م) ،ص٣١٠ القاعدة (الحادية عشرة) .

(٨١) مالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي ، موطأ الإمام مالك ،المجلد الاول، ط١(دمشق: دار القلم ، (١٤١٣هـ-١٩٩١م) تحقيق، د. تقي الدين الندوي أستاذ الحديث الشريف بجامعة الإمارات العربية المتحدة ص٩١ برقم (٢٤١) باب ، قيام شهر رمضان وما فيه من الفضل ، أحمد بن حنبل أبو عبدالله الشيباني ، مسند الإمام أحمد بن حنبل ٨٤/٦ برقم (٣٦٠٠) مسند الصحابي الجليل عبد الله بن مسعود (رضي الله عنه)

(٨٢) الشيخ الدكتور محمد صدقي آل بورنو ، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ص ٣٣٨ .

(٨٣) أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ص ٢٣٧ ، الشيخ الدكتور محمد صدقي آل بورنو ، مصدر سبق ذكره، ص ٣٤٥.

الخاتمة

بعد أن منَّ الله تعالى علينا بإتمام صفحات هذا البحث في مسألة فقه الواقع نقف على أهم المفاصل التي توصلنا إليها في خلاصة نوجز فيها أهم ما ينبغي لنا ذكره :

١ ـ من خلال دراسة فقه الواقع يدرك القاضي أو المجتهد ما يحيط بالواقعة بكافة ظروفها وملابساتها ، والغاية من ذلك تطبيق الحكم الشرعي والقانوني مع مراعاة الهدف من تشريع النص ومآلات تطبيقه على الواقعة المعاصرة وفق الضوابط والقواعد الفقهية والأصولية المعتبرة .

٢ ـ لم تغفل مصادرُ التشريع الإسلامي الأصلية والتبعية والنصية والاجتهادية مراعاةَ تطبيق النص وتنزيلها على الواقع ولا سيما بعد عصر صدر الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين ـ مع غياب الوحي ـ فإنهم نظروا إلى النصوص بمقاصدها ومعانيها وأهدافها ومراميها ، ويتضح ذلك جلياً من التطبيقات التي تُبين مدى مراعاة فقه النبي (صلى الله عليه وسلم)وكبار فقهاء الصحابة والتابعين (صلى الله عليه وسلم)لمعاني النصوص وتطبيقها على الواقع .

٣ ـ لا شك أن من يدخل هذا الباب من الأحكام وإصدار الأحكام الشرعية والقانونية في فقه الواقع أن تكون له معرفة تامة بتفاصيل أهم مستلزمات تنزيل النص على الواقعة في الوقت المعاصر، ومنها شروط المجتهد وأهلية الاجتهاد والمعرفة التامة بتفاصيل المسألة (محل الاجتهاد)، وكذلك الاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص وضوابط ذلك كله .

٤ ـ إن لفقه الواقع أهميةً بالغةً يمكن من خلالها الإدراك التام لواقع نزول النص التشريعي وأهدافه السامية ، مع مراعاة مقاصد التشريع الإسلامي وجعلها أساساً في تنزيل النص على الوقائع المعاصرة والتكييف الفقهي لتلك الوقائع ، وكذلك درء

التعارض بين النصوص وعدم التناقض بين الأحكام ، فإن فقه الواقع يعالج المسائل المعاصرة بعقلية اجتهادية فقهية بإمكانية عالية من الانضباط في كيفية التوصيف الفقهي والقانوني في إصدار الحكم الدقيق لتلك الوقائع المتجددة .

٥ ـ التكييف الفقهي او القانوني هو : تحديد حقيقة الواقعة المستجدة لإلحاقها بأصل فقهي ليمكن وصفه بصفة شرعية أو قانونية لإعطاء تلك الصفة الشرعية للواقعة المتجددة عند تحقق المجانسة والمشابهة بين الأصل والواقعة المستجدة في حقيقة الواقع .

٦ ـ لا بد لهذا التكييف الفقهي والقانوني للوقائع المعاصرة من توصيف للمراحل التي يمر بها لإمكان بيان الحكم الشرعي والقانوني للواقعة بصورة دقيقة لها بعيداً عن الزلل والشطط واتباع الهوى في التوصيف ، كما أن للقاضي والمجتهد دوراً كبيراً في تكييف الواقعة بوصفها عملية اجتهادية لا بد له من إلمامه بتلك الواقعة من كافة جوانبها المحيطة بها .

٧ ـ تعتمد كثير من التطبيقات الفقهية والقانونية للوقائع المتجددة على قاعدة فقهية عريضة

اعتمدها جمهور الفقهاء وعملوا بموجبها في جميع أبواب الفقه الاسلامي وهي : (أن العبرة في العقود المقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني) وقد أوردنا بعض التطبيقات الفقهية التي عالج الفقهاء فيها أكثر الوقائع المعاصرة لهم بناءً على هذه القاعدة بياناً لشمولية الأحكام الشرعية وعموميتها وتبعتها في ذلك الأحكام القانونية .

٨ ـ ولكي تظهر طريقة الاجتهاد بصورة صحيحة وموفقة بعيدة عن الزلل والشطط فإن اعطاء الرأي الاجتهادي لا بد له من قواعد وضوابط ينبغي أن يراعيها الفقيه أو القاضي ومن أهم هذه القواعد :

أ ـ قدسية النصوص وعلوها على الوقائع .

ب ـ درء المقاصد مقدم على جلب المصالح .

ج ـ مراعاة التيسير ورفع الحرج .

د ـ لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان .

هـ ـ مراعاة الأعراف والعادات .

وأخيراً نسأل الله تعالى أن يتقبل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم وأن يكون حيز النفع والقبول .. أنه ولي ذلك والقادر عليه ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

قائمة المصادر والمراجع

اولاً: الكتب العلمية

١- إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بـ(الشاطبي) (ت:٧٩٠هـ) الموافقات . تحقيق . مشهور بن حسن آل سلمان .ط١.بدون مكان نشر: دار ابن عفان .١٤١٧هـ-١٩٩٧م .

٢- أبو بكر أحمد بن الحسين أبو بكر البيهقي (ت:٤٥٨هـ) . السنن الكبرى . تحقيق . محمد عبد القادر عطا. ط٣.بيروت: دار الكتب العلمية . ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م .

٣- أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (ت:٢١١هـ) . المصنف . تحقيق. حبيب الرحمن الأعظمي .ط٢. الهند : المجلس العلمي. (١٤٠٣هـ) .

٤- أبو الحسن علي بن أبي علي الآمدي (ت: ٦٣١هـ) . الإحكام في أصول الأحكام . تحقيق. عبد الرزاق عفيفي . بيروت/دمشق- لبنان : المكتب الإسلامي.

٥- أبو الحسن علي بن محمد فخر الإسلام البزدوي (ت:٤٨٢هـ) . أصول البزدوي - كنز الوصول الى معرفة الأصول . كراتشي: مطبعة جاويد بريس .

٦- أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري . الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم . بيروت : دار الجيل بيروت + دار الأفاق الجديدة .

٧- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت: ٦٨٤هـ) . شرح تنقيح الفصول . تحقيق. طه عبد الرؤوف سعد.ط١. شركة الطباعة الفنية المتحدة (١٣٩٣هـ ١٩٧٣م) .

٨- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت:٦٨٤هـ) . الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق . عالم الكتب . بدون طبعة وبدون تاريخ .

٩- أبو عبد الله بدر الدين بن بهادر الزركشي (ت:٧٩٤هـ) البحر المحيط في أصول الفقه .ط١. دار الكتبي (١٤١٤هـ ١٩٩٤م) .

١٠- أبو عبد الله بدر الدين بن بهادر الزركشي (ت:٧٩٤هـ) . المنثور في القواعد الفقهية.ط٢ . وزارة الأوقاف الكويتية . (١٤٠٥هـ-١٩٨٥م) .

١١- أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت:٨٥٢هـ) . التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير .ط١. دار الكتب العلمية . (١٤١٩هـ -١٩٨٩م) .

١٢- أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي (ت:٥١٦هـ) . شرح السنة . تحقيق. شعيب الأرنؤوط ومحمد زهير الشاويش . ط ٢. دمشق، بيروت : المكتب الإسلامي(١٤٠٣هـ-١٩٨٣م) .

١٣- أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي (ت:٢٥٥هـ) . سنن الدارمي . ط ١ بيروت: دار الكتاب العربي (١٤٠٧هـ) .

١٤- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي. (ت:٦٢٠هـ) روضة الناظر وجنة المناظر .ط٢. مؤسسة الريّان .(١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م) .

١٥- أبو محمد موفق الدين ابن قدامة المقدسي (ت:٦٢٠هـ) . المغني . تحقيق. د.عبد الله بن عبد المحسن التركي. و د.عبد الفتاح محمد الحلو ط.ط٣ .الرياض السعودية: عالم الكتب. (١٤١٧هـ-١٩٩٧م) .

١٦- أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري (ت:٣٩٣هـ) . الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية . تحقيق. أحمد عبد الغفور عطار.ط٣.بيروت: دار العلم للملايين. (١٤٠٧هـ-١٩٨٧م) .

١٧- أحمد بن حنبل أبو عبدالله الشيباني . مسند الإمام أحمد بن حنبل . القاهرة: مؤسسة قرطبة.

١٨- أحمد بن محمد الزرقا (ت:١٣٥٧هـ) . شرح القواعد الفقهية . صححه وعلق عليه. مصطفى أحمد الزرقا .ط٢.دمشق سوريا : دار القلم. (١٤٠٩هـ-١٩٨٩م) .

١٩- أحمد الرسيوني . المنحى المقاصدي في فقه ابن رشد . بحث منشور في مجلة دعاة الحق صادرة عن وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية . المملكة المغربية .

٢٠- بكر بن عبد الله أبو زيد (ت:١٤٢٩هـ) . المدخل المفصل لمذهب احمد بن حنبل .ط١ . دار العاصمة . (١٤١٧هـ) .

٢١- تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت:٧٧١هـ) . الاشباه والنظائر .ط١. دار الكتب العلمية .(١٤١١هـ- ١٩٩١م) .

٢٢- جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن الجوزي (م:٥٩٧هـ) . تلبيس إبليس.ط١.بيروت لبنان: دار الفكر . (١٤٢١هـ/٢٠٠١ م) .

٢٣- حسن بن محمد بن محمود العطار (ت:١٢٥٠هـ) . حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع . دار الكتب العلمية . وبدون تاريخ .

٢٤- حسن علي الذنون . النظرية العامة للالتزامات .بغداد: المكتبة القانونية. (٢٠١٢م)

٢٥- حسين رجب محمد خلف . السلطة التقديرية للقاضي في قانون المرافعات وقانون الإثبات . بحث منشور في مجلة التقني المجلد السادس والعشرون العدد السادس لسنة ٢٠١٣ .

٢٦- نور الدين بن مختار الخادمي . الاجتهاد المقاصدي حجيته ضوابطه مجالاته . قطر : وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية (١٩٩٨م) .

٢٧- عبد الفتاح الدخميسي . فقه الواقع دراسة اصولية .القاهرة: مؤسسة قرطبة . (١٩٩٨م) .

٢٨- زيد مصطفى . النسخ في القرآن الكريم . تعليق وعناية د. محمد يسري ابراهيم .

٢٩- زين الدين بن إبراهيم بن محمد. المعروف بابن نجيم (ت:٩٧٠هـ) . البحر الرائق شرح كنز الدقائق .ط٢. دار الكتاب الإسلامي . بدون تاريخ .

٣٠- الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس (ت:٢٠٤هـ) . مسند الإمام الشافعي . رتبه. سنجر بن عبد الله الجاولي. أبو سعيد. علم الدين (ت:٧٤٥هـ) حقق نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه. ماهر ياسين فحل.ط١ .الكويت: شركة غراس .(١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م) .

٣١- شمس الدين. الخطيب الشربيني (ت:٩٧٧هـ) . مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج.ط١. دار الكتب العلمية .(١٤١٥هـ- ١٩٩٤م) .

٣٢- ضياء شيت خطاب . فن القضاء . بغداد: دار البحوث والدراسات العربية .(١٩٨٤م) .

٣٣- عبدالله بن الزبير أبو بكر الحميدي . مسند الحميدي.بيروت –القاهرة: دار الكتب العلمية ، مكتبة المتنبي . تحقيق. حبيب الرحمن الأعظمي .

٣٤- عبد المجيد النجار . فقه التدين فهما وتنزيلا . قطر: وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية .(١٩٨٩م-)

٣٥- عثمان بن علي فخر الدين الزيلعي (ت:٧٤٣هـ) . تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق .ط١.بولاق القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية .(١٣١٣هـ) .

٣٦- عزيز جواد هادي . دروس في المدخل لدراسة القانون . مكتبة نور العين (٢٠٠٩) . د. رميس بهنام . النظرية العامة للقانون الجنائي .الاسكندرية: منشأة المعارف.(١٩٩٧) .

٣٧- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني (ت:٥٨٧هـ) . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع .ط٢. دار الكتب العلمية .(١٤٠٦هـ-١٩٨٦م) .

٣٨- قحطان الدوري . مناهج الفقهاء .ط١.لبنان كتاب – ناشرون .(٢٠١١) .

٣٩- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (ت:٦٨١هـ) . شرح فتح القدير .بيروت: دار الفكر.

٤٠- مالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي . موطأ الإمام مالك .ط١.دمشق : دار القلم (١٤١٣هـ-١٩٩١م) تحقيق. د. تقي الدين الندوي أستاذ الحديث الشريف بجامعة الإمارات العربية المتحدة .

٤١- ماهر حسين حصوة . فقه الواقع واثره في الاجتهاد . ط١. بيروت – لبنان: مكتب التوزيع (١٣٤٠هـ- ٢٠٠٩م)

٤٢- محمد بن أبي بكر شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت:٧٥١هـ) . أعلام الموقعين عن رب العالمين ، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم ، دار الكتب العلمية/ بيروت ، ط ١ (١٤١١هـ-١٩٩١م) .

٤٣- محمد بن أبي بكر شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت:٧٥١هـ) . الطرق الحكمية في السياسة الشرعية . تحقيق . د. محمد جميل غازي القاهرة: مطبعة المدني.

٤٤- محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله (ابن القيم الجوزية) . إعلام الموقعين عن رب العالمين . تحقيق. طه عبد الرءوف سعد. بيروت: دار الجيل . (١٩٧٣م) .

٤٥- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت:٤٨٣هـ) . المبسوط .بيروت: دار المعرفة . بدون طبعة (١٤١٤هـ-١٩٩٣م) .

٤٦- محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو . الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية . ط٤.بيروت – لبنان :مؤسسة الرسالة .(١٤١٦هـ-١٩٩٦م) .

٤٧- محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري. أبو عبد الله (ت:٢٥٦هـ) . صحيح البخاري ط١.القاهرة: دار الشعب .(١٤٠٧هـ-١٩٨٧م) .

٤٨- محمد أمين بن عمر بن عابدين الدمشقي (ت:١٢٥٢هـ) . رد المحتار على الدر المختار ط٢.بيروت: دار الفكر .(١٤١٢هـ- ١٩٩٢م) .

٤٩- محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنيبي . معجم لغة الفقهاء . دار النفائس . ط ٢ (١٤٠٨هـ -١٩٨٨م) .

٥٠- محمد بن عثمان شبير . التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية .دمشق: دار القلم. (٢٠٠٤م) .

٥١- محمد بن علي الشوكاني (ت: ١٢٥٠هـ) : إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول . تحقيق. الشيخ أحمد عزو عناية .ط١. دار الكتاب العربي (١٤١٩هـ-١٩٩٩م)

٥٢- محمد بن عيسى بن سَوْرة أبو عيسى الترمذي. (ت:٢٧٩هـ) : سنن الترمذي. تحقيق وتعليق . أحمد محمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف. ط٢.مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي .(١٣٩٥هـ-١٩٧٥م) .

٥٣- محمّد بن محمّد الزَّبيدي (ت:١٢٠٥هـ) تاج العروس. تحقيق. مجموعة من المحققين. دار الهداية .

٥٤- محمد بن مكرم بن على. أبو الفضل ابن منظور (ت:٧١١هـ) لسان العرب .ط٣.بيروت: دار صادر . (١٤١٤هـ) .

٥٥- مجلة الأحكام العدلية . لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية . تحقيق. نجيب هواويني . كارخانه /آرام باغ-كراتشي: مطبعة نور محمد.

٥٦- مشهور بن حسن بن محمود آل سلمان . العراق في أحاديث وآثار الفتن .ط١.الامارات –دبي: مكتبة الفرقان.(١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م) .

٥٧- مصطفى إبراهيم الزلمي . أصول الفقه في نسيجه الجديد.ط١١. .بغداد: شركة الخنساء .(١٤٢٢هـ٢٠٠٢م) .

٥٨- الموسوعة الفقهية الكويتية ..الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية (١٤٠٤- ١٤٢٧هـ) .

٥٩- وهبة الزحيلي . أصول الفقه الاسلامي.ط٢١. بيروت :دار الفكر. (١٤٣٦هـ٢٠١٥م)

٦٠- وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ . الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ.ط٢١. دمشق: دار الفكر.

٦١- يوسف القرضاوي . شريعة الاسلام صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان .ط٥.القاهرة: مكتبة وهبة .(١٩٩٧م) .

ثانيا: المجلات العلمية

١. "سلطة القاضي في تكييف وقائع الدعوى المدنية" . مجلة القضاء . نقابة المحاميين العراقيين . الأعداد ١و٢و٣و٤ لسنة ١٩٨٢ .

ثالثاً:الرسائل والاطاريح

١- ابراهيم بن محمد السليمان ." مبدأ تفسير الشك الصالح المتهم ." رسالة ماجستير. جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية.

٢- محمد بن بولوز . كتاب "بداية المجتهد وكفاية المقتصد" لابن رشد ودوره في تربية ملكة الاجتهاد . أطروحة دكتوراة في الدراسات الإسلامية . جامعة محمد بن عبد الله ، شعبة الدراسات الإسلامية كلية الآداب والعلوم الإنسانية - وحدة القرآن والحديث وعلومها - فاس - السنة الجامعية ٢٠٠٦ـ ٢٠٠٧ .

رابعاً:القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٩ .