

## أصول الفقه

### التعريف بأصول الفقه:-

يعرف علم اصول الفقه بانه عبارة عن (قانون الاجتهاد وقواعد الاستنباط التي يستعين بها المجتهد (او القاضي) على استخراج الاحكام الشرعية العملية من ادلتها التفصيلية (الجزئية)).

فكلمة اصول هي جمع ل(اصل) وتعني لغةً مايرتكز عليه الشئ ويبنى عليه غيره سواء اكان البناء ماديا كبناء السقف على الجدارة ام معنويا كبناء الحكم على دليله.

اما اصطلاحا فهي تعني الدليل او القاعدة .

اما كلمة الفقه فانها تعني لغةً فهم غرض المتكلم من كلامه، او الفهم المطلق. اما اصطلاحا فتعني الاحكام الشرعية العملية المستنبطة من ادلتها التفصيلية(الجزئية).

ويستخلص من قانون الاجتهاد وقواعد الاستنباط قاعدة مفادها ان كل (امر) يكون للوجوب مالم تقم قرينه على خلافه. وان كل (نهى) يكون للتحريم مالم تقم قرينه على خلافه.

وتعني الاحكام الشرعية العملية بانها الاحكام التي تنظم اعمال وتصرفات الانسان وهي صافتها التكليفية من وجوب وندب وحرمة وكراهة واباحه، وصفاتها الوضعية من السببية والشرطية والمانعية والصحة والبطلان والفساد.

اما الادلة الجزئية، فنعني بالدليل الجزئي (التفصيلي) انه الذي يدل على حكم خاص لواقعة معينة او تصرف معين كقوله تعالى (ولاتقتلوا النفس التي حرم الله الابالحق). فانه دليل جزئي معين من القران الكريم يستنبط منه المجتهد (او القاضي) حكم واقعة القتل بغير حق وهو التحريم. وكقوله تعالى (ياايها الذين امنوا اوفوا بالعقود).

فانه دليل جزئي معين من القران الكريم يستنبط منه القاضي حكم الوفاء بالالتزامات المترتبة على العقد الصحيح وهو الوجوب.

### اهمية علم اصول الفقه بالنسبة للفقه الاسلامي:-

تتمثل اهمية علم اصول الفقه بالنسبة للفقه الاسلامي بما يلي:-

١- من بلغ مرتبة الاجتهاد وتوافرت له اسبابه يستعين بقواعد اصول الفقه وقوانينه في استنباط الاحكام الشرعية العملية للقضايا والمسائل التي تعني ببيان احكامها.

٢- من بلغ مرتبة اهل الترجيح يستعين بقواعد اصول الفقه في ترجيح راي فقيه على راي فقيه اخر للاخذ بما هو افقه.

٣- من يتصدى لدراسة المقارنة بين المذاهب الاسلامية يتمكن عن طريق قواعد اصول الفقه من معرفة كيفية استنباط الاحكام الشرعية من قبل الفقهاء والقواعد التي كانوا يستعينون بها في اجتهاداتهم، ومساعدة ذلك على

تحديد اوجه الوفاق والخلاف في المسائل المعنيه بالمقارنة ثم ترجيح ما هو اقوى دليلا واقرب تحقيقا للمصالح التي قصد الشارع تحقيقها.

٤- تفتح ذهنية الملم بقواعد اصول الفقه انفتاحا يؤهله لاجراء المقارنات والموازنات بين اراء فقهاء المسلمين من جهة، واراء فقهاء القانون من جهة اخرى للوصول الى ما هو اكثر ملائمة للاخذ به في التشريعات الوضعية اذا لم يتعارض مع القواعد الشرعية الثابتة في الشريعة الاسلامية.

٥- علم اصول الفقه يبحث عن ادلة الفقه والمصادر التي تستقى منها احكامه ومراتب هذه المصادر والادلة في الاستدلال والقوه والحجيه واوجه دلالاتها على الاحكام وطرق استنباط هذه الاحكام من ادلتها وكيفية تقديم دليل اخر عند التعارض.

## اهمية اصول الفقه بالنسبة للقانون:-

وتتمثل اهمية دراسة علم اصول الفقه بالنسبة للقانون بما ياتي:-

١- ان النصوص القانونية كالنصوص الشرعية منها نصوص عامة

واخرى نصوص خاصة ، ومنها مطلقة واخرى مقيدة،ومنها غامضة

واخرى واضحة ،فالنص العام يخص بالخاص عند

التعارض،والنص المطلق يقيد بالنص المقيد عند التضارب ،والنص

الغامض يزال غموضه بالنص الواضح اذا كان تشريعهما يرمي الى

تحقيق غايه واحدة،وكل ذلك لا يتم الا بالاستعانة بقواعد اصول الفقه.

٢- النصوص القانونية قد تتعارض فيما بينها ورفع التعارض من قبل

القاضي او شراح القانون يحتاج الى اتباع نهج اصول الفقه الذي

يقضي بانه يجب اللجوء اولاً الى الجمع بين النصين ان امكن لان

اعمال النصين اولى من اهمال احدهما. وان لم يكن ذلك ممكنا فيجب

التفتيش عن المرجحات لتقديم الراجح على المرجوح في العمل. وان لم

يمكن ذلك بان كان النصان متساويين في القوه الالزامية ولم يكن هناك

مرجح لاحدهما فيجب البحث عن تاريخ تشريعهما لتحديد المتاخر

واعتباره ناسخا للاول وملغيا له.

٣- عند اعداد مشروع لقانون ما، فانه يجب ان تتميز صياغته بالدقة

الفنية،بعيدة عن الحشو والتعقيد،وكل ذلك يتطلب ان

يكون اعضاء لجنة اعداد مشروع القانون ملمين بقواعد اصول الفقه.

٤- من الصعب على شراح القانون الوصول الى عمق النصوص للحصول

على قصد المشرع لبيان هذا القصد وايصاله الى ذهنية الطالب

القانوني او تقديم تسهيلات ايضاحية للقضاء بصدد تطبيق القانون،مالم

يكن هؤلاء الشراح مسلحين بسلاح قواعد اصول الفقه.

٥- ان معرفة طبيعة عناصر التصرفات القانونية وتمييزها من

احكامها،وتحديد مايعتبر ركنا شرطا من تلك العناصر للوقوف

6- على الاثار التي تترتب على تحقق هذا العنصر وتخلف ذلك العنصر، له اهمية كبيره بالنسبة للقاضي ولكل باحث قانوني، وكل ذلك لا يمكن استيعابه الا عن طريق قواعد اصول الفقه.

### أدلة الأحكام الشرعية (مصادر التشريع):-

يقصد بادلة الاحكام الشرعية المصادر التي تستقى منها الاحكام الشرعية، وتنقسم هذه المصادر الى اصليه وتبعيه. وتنقسم المصادر الاصلية الى الكتاب والسنة النبوية الشريفة، اما المصادر التبعية فانها تنقسم الى مصادر تبعية وعقلية ونقلية وهذه تنقسم بدورها الى مصادر تبعية نقلية متفق عليها وهي الاجماع والعرف. ومصادر تبعية نقلية مختلف فيها وهي قول الصحابي وشرع من قبلنا. واما المصادر التبعية العقلية فهي تشمل القياس والمصلحة والاستصحاب والاستحسان وسد الذرائع.

### اولا:- المصادر الأصلية :-

وهي تشمل الكتاب والسنة.

#### 1- الكتاب:-

يقصد بالكتاب هنا هو كتاب الله عزوجل الذي انزله على نبيه محمد (صلى الله عليه واله وسلم) الفاظا ومعاني واسلوبا، واعتبره قرانا دون ان يكون للنبي (ص) دخل في انتقاء الفاظه او صياغته. فليس منه ما انزله الله تعالى على نبيه من الاحكام وادائها باسلوبه الخاص كما ليس منه ما ثبت من الحديث القدسي وهو ما اثر نزوله على النبي (ص) ولم يثبت نظمه من قبله في سلك القران، وكذلك ما نزل من الكتب السماوية على الانبياء السابقين، كالتوراة والانجيل والزابور لعدم اعتبارها قرانا.



وتفسير القرآن وترجمته ليسا من القرآن في شئ فلا تجري عليهما  
احكام القرآن الخاصة. وثبوت الحجية للتفسير اذا كان صادر عن النبي  
(ص) او اهل بيته (عليهم السلام) فانما هو لاعتبار كون التفسير هنا  
يعد من السنة لامن الكتاب. وهذه الامور موضع اتفاق المسلمين على  
اختلاف مذاهبهم.

وعلى هذا فالقران الكريم هو خصوص ما بين الدفتين دون ان يزداد فيه  
حرف او ينقص . ولقد احصيت آياته فبلغت (سنة الاف وثلاثمائة  
واثنين واربعين ايه منها خمسمائة ايه فقط تتعلق بالاحكام). وقد  
انتظمت هذه الايات في سور بلغ مجموعها مائة واربعة عشرة سورة  
اولها الحمد واخرها (الناس).

واخرما انزل من آياته قوله تعالى ((اليوم اكملت لكم دينكم واتممت  
عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام ديناً)) وقد نزلت هذه الايه في اليوم  
الثامن عشر من شهر ذي الحجة في غدير خم عند عودته (صلى الله  
عليه واله وسلم) من حجة الوداع وبعد ان اعلن الولاية للامام علي بن  
ابي طالب عليه السلام ، كما ورد ذلك في كثير من الروايات  
المأثورة لدى الطرفين.

اما في ما يتعلق بحجية القران الكريم كدليل من ادلة الاحكام الشرعية  
فان هذا الامر لاختلاف فيه بين المسلمين، وهو موقوف على تمام  
مقدمتين :-

اولهما:- ثبوت تواتره الموجب للقطع بصدوره، وهذا ما لا يشك فيه مسلم  
امتحن الله قلبه للايمان.

ثانيهما:- ثبوت نسبه لله عزوجل وعقيدة المسلمين قائمة على ذلك.

٢ - السنة :-

السنة لغة تعني الطريق والسيرة وسنة النبي (ص) هي طريقته التي  
كان يمضي عليها. اما اصطلاحا فهي تعني عند الامامية قول المعصوم  
وفعله وتقريره فتشمل طريقة الائمة الاثني عشر والصديقة  
الطاهرة (عليهم السلام) قولاً وفعلاً وتقريراً لانهم حجج الله



سبحانه وتعالى على الخلق.

اما عند الجمهور (ماعدا الشافعي) فهي تشمل اقوال الصحابة وفعالهم لانها حاكية عن اقوال وافعال النبي (ص). يتضح من التعريف اعلاه ان السنة تنقسم الى ثلاثة اقسام:-

١- السنة القولية :- وهي اقوال المعصومين (عليهم السلام) سواء وردت بصيغة قاعدة كلية كما في قول النبي (ص) (لا ضرر ولا ضرار في الاسلام) ام احكام جزئية كما في الحديث النبوي الشريف (الماء الذي تسخنه الشمس ، لا تتوضؤوا به فانه يورث البرص)

٢- السنة الفعلية:- وهي افعال المعصوم (عليه السلام) وتصرفاته في الوقائع والاحداث، زمن ذلك ان النبي (ص) شرح المقصود من الصلاة في قوله تعالى ((وأقيموا الصلاة)) بالعمل ، حيث انه قام وادى الصلاة بكاملها ثم خاطب الناس قائلاً (صلوا كما رايتموني اصلي).

٣- السنة التقريرية: وهي نوعان تقريرية سكوتية ، وتقريرية قولية.

والمراد بالسكوتية :- ان يفعل الغير فعلا او يقول قولاً في محضر المعصوم او غيابه ثم يحكى اليه (اي المعصوم عليه السلام) ويسكت عنه، وهنا سكوت المعصوم يكشف عن جواز ما فعله ذلك الغير، اذ لو كان ذلك غير جائز لظاهر المعصوم عدم رضاه عنه ونهى عن فعله لانه مسؤول عن حفظ الشريعة من الخطأ والتحريف، كما انه مأمور بإرشاد الناس الى مصالحهم الدينية والدنيوية .

اما التقريرية القولية:- فهي تعني ان يفعل الغير فعلا في محضر النبي (ص) او الامام المعصوم او يخبره احد عن

ذلك الفعل فيقره النبي (ص) بقول يفيد التأييد والقبول كان يقول  
مثلا (بارك الله فيك) او يدعو له أو يشجعه على ذلك.

### حجية السنة :-

تعد السنة النبوية حجة شرعية يجب العمل بها وهذا من الضروريات المسلمة  
عند المسلمين ولولاها لاندرست معالم الدين ولتعطل العمل بالقران الكريم  
وتعذر معرفة الاحكام الشرعية لان القران الكريم لم يذكر تفاصيل الاحكام  
ولعلنا لم نجد فيه حكما في العبادات والمعاملات والاحكام قد استكمل جميع  
خصوصياته وقيوده واحكامه وشروطه، وانما اوكل بيان التفاصيل الى السنة  
الشريفة فمثلا قوله تعالى ((واقموا الصلاة واتوا الزكاة)) فهذه الاية الكريمة  
تعرضت لاهم العبادات وهي الصلاة والزكاة وهي دلت على وجوبهما ولكن  
فيما يتعلق بالتفاصيل من بيان شروطهما وقيودهما واوراقتهما وكيفية فعلهما،  
فان الاية المباركة ساكتة عنها، لذا كان لا بد من الرجوع الى السنة لاختذ هذه  
التفاصيل، وهذا ما يقضي به العقل السليم، والا لحكمتنا على المشرع الحكيم  
بمخالفته لموازن الحكمة لانه كلف العباد بما يجهلون ولذلك فان النبي (ص)  
علم الناس كيفية الصلاة وقال (صلوا كما رايتموني اصلي) وكذلك فعل في  
الزكاة حيث انه (صلى الله عليه واله وسلم) عين الانصبه واخرج الحصص  
وبين موارد انفاقها....

ومن هنا نستطيع القول ان السنة المباركة تشرح مضامين القران  
الكريم، وغالبا ما يتم ذلك عبر ثلاثة طرق وهي التخصيص والتقييد والتفسير.

#### ١- تخصيص السنة لعموم القران:-

فقد يرد دليل عام في القران الكريم يظهر منه شمول حكمه لجميع افراده  
الا ان السنة تدخل عليه وتستثني منه بعض الافراد، وهذا ما يعبر عنه  
بالتخصيص. كما في قوله تعالى ((يا ايها الذين امنوا اجتنبوا كثيرا من  
الظن ان بعض الظن اثم ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضا ايحب احدكم  
ان ياكل لحم اخيه ميتا فكرهتموه)). فان هذه الاية المباركة عامة في  
دلالاتها حيث انها دلت على حرمة الغيبة على جميع الناس ولكن السنة

النبوية الشريفه استثنت منها ثلاثة اصناف واخرجتهم عن عموم الحرمة،  
وهذا الاستثناء ورد في الحديث النبوي الشريف (لا غيبة لثلاثة سلطان جائر  
وفاسق معلى وصاحب بدعه).

## ٢- تقييد السنة لاطلاق القران:-

فقد يرد دليل مطلق في القران الكريم يستظهر منه الحكم في جميع حالاته ثم  
تدخل عليه السنة المباركة فتقيده في حالات دون اخرى وهذا مايعبر عنه  
بالتقييد.

ففي الصلاه قال تعالى (واقيموا الصلاة ) وهذه الاية مطلقة تدل على  
وجوب اقامة الصلاه باي حال من جهة ملابس المصلي . الا انه ماروي  
عن الامام الصادق (عليه السلام) عن ابائه (عليهم السلام) في وصية النبي  
(ص) لعلي امير المؤمنين (عليه السلام) مقيد لاقامة الصلاه في بعض  
الحالات اذ قال (ص) (ياعلي لاتصلي في جلد مالايشرب لبنه ولايؤكل  
لحمه) فنستنتج من الجمع بين الاية والرواية عدم جواز الصلاه في الثوب  
المصنوع من جلد حيوان لا يؤكل لحمه ولا يشرب لبنه.

## ٣- شرح السنة لأجمال القران:-

فقد يرد دليل مجمل في القران الكريم يظهر منه اصل الحكم واما تفاصيله  
او كيفية امثاله فلا يتضمنه وهنا تاتي السنة المباركة وتشرح هذا  
المضمون المجمل وتوضح المراد منه فمثلا في الصلاه قال تعالى (واقيموا  
الصلاة ) وهذه الاية مجملة من حيث الدلالة لانها دلت على اصل وجوب  
الصلاه ولم تدل على كيفية اداء الصلاه ولا على اجزائها وشرائطها  
واوقاتها واعدادها وسائر احكامها الا ان النبي (ص) صلى امام الناس  
واتى بكل مايجب فعله في الصلاه وقال (صلوا كما رايتموني اصلي) فكان  
فعله شارحا لمعنى الصلاه وهذا مايعبر عنه بالدليل المفسر او المبين.

## أدلة حجية السنة :-

ان القول بان السنة تخصص وتقيّد وتفسر القران الكريم مستندا الى حجية السنة في نفسها، بحيث تصلح ان تكافئ حجية القران وتتصرف فيه، ولولا حجيتها لما أمكن القول بكل ذلك وقد استدلت الأصوليون بأدلة كثيرة على حجية السنة إلا إننا نكتفي هنا بدليلين فقط.

### الدليل الاول :- القران الكريم:-

فقد اثبت القران الكريم حجية السنة الشريفة من خلال آيات عديده منها قوله تعالى (وما ينطق عن الهوى ان هو الا وحي يوحى). والآية المباركة صريحة في الدلالة على ان كل ما يتلفظ به النبي (ص) من قول فهو وحي فتثبت حجية قوله (ص) استنادا الى حجية الوحي نفسه، ومن الواضح ان الآية وان ساوت بين منطق النبي وبين الوحي بحسب ظاهرها الا ان العقل يحكم بان المقصود ليس هو المنطق اللفظي، بل كل تصرفات النبي (ص) وافعاله قولا كانت او فعلا او تقريرا، وذلك لان من كان قوله وحيا كان فعله كذلك، لوجوب مطابقة عمل النبي (ص) لقوله، فتثبت حجية فعله كما تثبت حجيه تقريره ايضا لان التقرير من فعله. ومنها قوله تعالى (وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا) فقد دلت على انه كل ما امر به النبي (ص) وجاء به فهو صحيح وهو من الله سبحانه وتعالى ولذلك امرنا بطاعته والاختذ به فيدل ايضا على ان النبي (ص) معصوم وكل ما جاء به من قول او فعل او تقرير فيكون حجة وفي هذا يقول الباري عزوجل (ومن يطع الرسول فقد اطاع الله).

### الدليل الثاني:- العقل:-

ويمكن ان نستدل به من جهة التناقض فالعقل يحكم بان قول النبي وفعله وتقريره لا بد وان يكون حجة والا للزم التناقض. فلو افترض مفترض ان سنة النبي ليست بحجة ويمكن الاستغناء عنها لامكن ان نسال لماذا ليس بحجه؟ والجواب عن ذلك يدور بين احتمالات



الاول:- ان يقال بان النبي (ص) لا يبلغ عن الله سبحانه وتعالى ولا يعبر عن تشريعاته لانه لا يعرفها والعياذ بالله، وهذا باطل بالضرورة والاجماع ، والقران الكريم يشهد ببطلانه بقوله تعالى (وما ينطق عن الهوى ان هو الا وحي يوحى).

الثاني:- ان يقال بعدم الحاجة الى سنة النبي(ص) لان ما في القران من احكام وتشريعات كافٍ في النهوض بكل جوانب الحياه الدينية والدنيوية وهذا باطل، لما عرفنا من ان القران حوى اصل التشريع لاتفاصيله، وهو ساكت عن كثير من التشريعات التي يحتاج اليها البشر مثل احكام الاموات واحكام الصلاة والزكاة والصيام والاقواف واحكام الدولة ونظام الحكم والاسرة والمجتمع وغيرها من شؤون هامة تتوقف عليها حياة الناس

ثالثا:- ان يقال بان البشر بعقولهم الناقصة قادرين على استنباط كلام الله سبحانه وتعالى من دون حاجة الى النبي(ص) وهو باطل، لان فاقد الشئ لا يعطيه فلم يبق الا الاحتمال الرابع وهو الرجوع الى السنة المعصومه والاخذ منها وهذا يستدعي حجيتها.



## ثانياً :- المصادر التبعية :-

وهي تنقسم الى مصادر تبعية نقلية وعقلية، وتنقسم المصادر التبعية النقلية الى مصادر متفق عليها وهي الاجماع والعرف واخرى مختلف فيها وهي قول الصحابي وشرع من قبلنا.

### ١- المصادر التبعية النقلية المتفق عليها:-

#### أ- الاجماع:-

يعرف الاجماع لغةً بالاتفاق اما اصطلاحاً فقد وضع له الفقهاء اكثر من تعريف منها، انه اجماع الصحابة (وهذا مذهب اليه الحنابلة). ومنها انه اجماع اهل المدينة دون غيرهم مهما تطور الزمان (وهذا مذهب اليه المالكية).

اما الاجماع عند الامامية فهو يعني اتفاق المجتهدين من الامامية في كل العصور على حكم شرعي بشرط ان يكشف عن قول المعصوم (عليه السلام). فلا يختص الاجماع عند الامامية بعصر الصحابة، ولا باجماع فقهاء العصر الواحد، كما لاحجية لمجرد الاجماع عندهم مالم يكن كاشفا عن قول المعصوم (عليه السلام) ويمكن للفقهاء ان يعرف هذا الاجماع بطريقتين:-

الاول:- التحصيل:- وذلك بان يتتبع المجتهد اقوال الفقهاء في كل العصور فيجد اتفاقهم على الحكم كاتفاقهم على اشتراط طهارة المولد في القاضي والفقهاء، فاذا فحص اقوال الفقهاء ولم يجد فيهم مخالفا يتوصل من ذلك الى قيام الاجماع على المسألة ويسمى هذا بالاجماع المحصل لان المجتهد استقرأ الاقوال وحصل على الاتفاق على الحكم.

الثاني:- النقل:- ويتحقق بنقل الاجماع من قبل فقيه سابق الى الفقيه اللاحق كما اذا حصل المجتهد السابق بنفسه ثم نقله الى المجتهدين اللاحقين، فهذا الاجماع بالنسبة الى من حصله يكون محصلاً، ولكن بالنسبة الى المنقول اليه يكون منقولاً ولذا يسمى بالاجماع المنقول.

ب-العرف :-

يقصد بالعرف (ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول او فعل او ترك) ويسمى بالعادة ايضا. هذا ويقسم العرف تقسيمات متعددة اهمها:-

أ- يقسم الى عام وخاص :-

١-العرف العام:- هو الذي يشترك فيه غالبية الناس على اختلاف في ازمانهم وبيئاتهم وثقافتهم ومستوياتهم. وينتظم في هذا القسم كثير من الظواهر الاجتماعية العامة وغيرها امثال رجوع الجاهل الى العالم، وعدم نقض اليقين بالشك وغيرها.

٢-العرف الخاص:- وهو الذي يصدر عن فئة من الناس تجمعهم وحدة من زمان معين، او مكان معين او مهنة خاصة كالاعراف التي تسود في بلد او قطر معين، او تسود بين ارباب مهنة خاصة او علم او فن وهكذا.

ب-يقسم العرف كذلك الى عملي وقولي:-

١-العرف العملي:- وهو الذي يصدر عن الناس في قسم من اعمالهم الخاصة، كشيوع بيوع المعاطاة في بعض البلدان.

٢-العرف القولي:- وهو الذي يعطي الالفاظ عندهم معاني خاصة تختلف عن مداليلها اللغوية وعن مداليلها عند الاخرين من اهل الاعراف كاطلاق العراقيين لفظ الولد على خصوص الذكر بينما يطلق في اللغة على الاعم من الذكر والانثى.

ج-يقسم العرف ايضا الى صحيح وفساد.

١-العرف الصحيح:- وهو ما تعارفه الناس وليست فيه مخالفه لنص ولا تفويت مصلحة ولا جلب مفسده، كتعارفهم اطلاق لفظ على معنى عرفي له غير معناه اللغوي، وتعارفهم تقديم بعض المهر وتاجيل بعضه، وتعارفهم ان ما يقدمه الخاطب الى خطيبته من ثياب وغيرها يعتبر هديه وليس من المهر.

٢- العرف الفاسد:- وهو الذي يتعارف بين قسم من الناس وفيه مخالفة  
للمشروع كتعارفهم بعض العقود الربوية، او لعب الشطرنج او ارتياد  
الملاهي وشرب المسكرات وغيرها.

### شروط العمل بالعرف:-

يشترط للحكم بمقتضى العرف ان تتوافر فيه الشروط التالية:-

١- ان يكون صحيحاً اي لا يخالف دليلاً من الادلة الشرعية ولاقاعدة من  
قواعدها الاساسية فلا يجوز للمجتهد ولا للمشرع ولا للقاضي ولا  
للمفتي بناء الاحكام على العرف الفاسد لان المبني على الفاسد فاسد.

٢- ان يكون العرف مطرداً، فان كان مضطرباً بان يطبق في بعض الحالات  
ويترك في حالات اخرى لا يصلح ان يكون مصدراً للحكم والمراد  
بالاطراد التكرار والتلاحق.

٣- ان يكون سابقاً وجوده على الواقعة التي يطبق فيها ويبنى عليه حكمها  
لانه كالقاعدة القانونية ليس له الاثر الرجعي فيجب ان يكون حدوثه  
سابقاً على وقت التصرف (او الواقعة) ثم يستمر الى زمانه فيقارنه سواء  
اكان التصرف قولاً ام فعلاً، فاذا كان طارئاً على التصرف او حادثاً بعده  
او كان سابقاً على التصرف وتغير قبله فلا يعمل به.

٤- ان يكون عاماً في الاحكام العامة. والعرف المعتبر لبناء الاحكام  
الشرعية هو العرف العام لان العرف الخاص لا يفيد الحكم  
العام. والخاص يبني عليه الحكم الخاص باهله كالألفاظ المتعارفة في  
المعاملات في بلد دون اخر فتجري في كل بلده على عادة اهلها.

٥- ان لا يتفق طرفا العلاقه على العمل، بخلاف مقتضى العرف والا فيقدم  
العمل بالاتفاق على العمل بالعرف. فاذا اتفق الزوجان في العراق على  
ان يكون كل المهر مقدماً فليس للزوج بعد ذلك ان يطلب من القاضي  
الحكم بتأجيل بعضه بناءً على العرف السائد. وكذلك اذا اتفقا على ان  
يكون كل المهر مؤجلاً فليس للزوجة الامتناع عن الانتقال الى بيت  
الزوجية بحجة انها لم تستلم مهرها المقدم.

## المصادر التبعية النقلية المختلف فيها:-

### أ-قول الصحابي:-

يقصد بالصحابي عند الجمهور بانه كل من لقي النبي (ص) وامن به ولازمه فترة زمنية بحيث يطلق عليه عرفا اسم الصحاب ومات على الاسلام.

هذا وقد اختلف علماء المسلمين في حجية قول الصحابي الى عدة اراء وهي:-

١- انه حجه مطلقا ويقدم على القياس عند التعارض وهذا ماذهب اليه البعض من الجمهور.

٢- انه ليس بحجة مطلقا لانهم رغم منزلتهم العلمية ومقامهم الرفيع الا انهم

لم يكونوا معصومين ولايوجد نص ثابت على وجوب اتباعهم. وقول او

(مذهب) الصحابي ليس في الواقع سوى اجتهاد فلا يعد في عداد

المصادر (الادلة) الشرعية وشانهم شان غيرهم من المجتهدين وهذا

ماذهب اليه الامامية.

٣- انه حجة ان خالف القياس والا فلا يعد حجه. لان الظاهر في مثل هذه

الحاله ان يكون ذلك من سماع الرسول (ص) فهو من قبيل السنه حيث

لايوجد له سوى السماع او الكذب، والكذب عنهم منتفي بل ان مخالفته

للقياس تحمل غالبا على انها كانت لنص اطلع عليه، اما اذا لم يخالف

القياس فامكن ان يكون عن اجتهاد ويحتمل الخطا والصواب كاجتهاد

غير الصحابي وهذا ماذهب اليه الشافعية.

٤- انه حجه على غير الصحابي.

ب-شرع من قبلنا:-

ويقصد به خصوص الشرائع التي انزلها الله سبحانه وتعالى على انبيائه وثبت  
شمولها في وقتها لجميع البشر كاليهوديه والمسيحية وقد اختلف الفقهاء في  
حجيه شرع من قبلنا الى عده اراء منها:-

الراي الاول:- ويذهب الى ان ما شرع من قبلنا هو شرع لنا مطلقا الا ما ثبت  
نسخه في شريعتنا منها.

الراي الثاني:- انها ليست بشرع لنا مطلقا وان النسخ مسلط عليها جمله  
وتفصيلا. حيث ان شرع كل نبي سابق ينسخ بشرع من ياتي بعده مالم يقيم دليل  
على بقاءه.

الراي الثالث:- ان ماورد في القران الكريم والسنة النبوية الشريفه ونقله الينا  
اهل الكتاب او رواه المسلمون من الكتب المقدسة السابقة من شرع من قبلنا  
شرع لنا وملتزم في العمل بمقتضاه مالم يثبت نسخه باعتباره جزءاً من  
شريعتنا الاسلاميه لا لاعتباره من الشرائع السابقة.

الراي الرابع:- ان ما اقره القران والسنة من شرع من قبلنا يكون شرعا لنا  
ونلتزم بالعمل به باعتباره جزءا من شريعتنا اما ما نقله اهل الكتاب الينا او  
رواه المسلمون من الكتب السابقة فلايعدت به لثبوت تحريف الكتب السابقة  
واحتمال كون المنقول من جمله ما حرفوه.

المصادر التبعية العقلية:-

أ-الدليل العقلي:- يقصد بالعقل لغةً الحبس والمنع لانه يحبس صاحبه عن نميم  
القول والفعل. والعاقل هو الذي يحبس نفسه ويردها عن هواها.

اما اصطلاحا فيقصد به كل حكم عقلي يتوصل به الى الحكم الشرعي.  
وينقسم العقل الى قسمين هما العقل النظري والعقل العملي وهذا التقسيم ليس  
للعقل وانما للمعقول أي مايتعقله الانسان وينقسم الى :-

١-ماينبغي ان يعلم به والمراد هنا الامور التي يدركها العقل ويعرفها  
بالفكر والنظر وتبعا لها يسمى العقل بالعقل النظري كالعلوم الرياضية  
والهندسيه والاعتقادات مثل الاعتقاد بوجود الخالق تبارك وتعالى



وصفاته وافعاله والاعتقاد بعصمة الانبياء (عليهم السلام) وحقائق  
الاحكام الشرعية، وكثير من العلوم البشريه تستند الى هذا النحو من  
العقل.

٢- ما ينبغي ان يعمل به وهي الامور التي يحكم العقل بلزوم ان يفعلها  
الانسان كالعدل او لزوم تركها كالظلم وذلك بسبب ادراك العقل حسن  
الاول وقبح الثاني ويسمى هذا النحو من الادراك بالعقل العملي لان  
المدرك يتعلق بالعمل.

اما فيما يتعلق بحجية العقل فان النزاع الواقع بين الاصوليين ينحصر في  
العقل العملي، لانه هو الذي يرتبط بافعال الانسان. وقد اختلفوا فيه على  
قولين:- قول للاشاعرة وهو ينكر ان يكون العقل بمفرده قادرا على ادراك  
حسن الافعال وقبحها من دون استعانه بحكم الشرع. ولهذا فهم قالوا ان  
الحسن والقبح شرعيان لان كل ما حسنه الشرع ومدح فاعله فهو حسن وكل  
ما قبحه الشرع وذم فاعله فهو قبيح واما العقل فلا شان له بذلك ابدا

وعلى هذا الاساس يكون خلف الوعد وتعذيب المؤمن العادل واطهار الكرامه  
على ايدي اهل الضلالة محاسن اذا فعلها الشرع وان حكم العقل بقبحها وان  
اثابة الكافر الظالم وخذلان الانبياء محاسن اذا فعلها الشرع وان نهى عنها  
العقل.

اما القول الثاني فيرى بان الحسن والقبح عقليان لان العقل قادر على ادراك  
حسن الاشياء وقبحها وهذا الحكم ثابت عند العقلاء بغض النظر عن حكم  
الشرع وهو من الاحكام التي يتفق عليها جميع عقلاء العالم حتى عند من  
لادين لهم ولاشريع. وهذا القول للمعتزله والامامية. وعليه فان حكم الشرع  
ينبغي ان يتطابق مع العقل في هذه الموارد ولايختلف لان الشرع خلق العقل  
واعطاه موازينه فلا يعقل ان يخالفه والا كان متناقضا وعليه فكل ما يحكم العقل  
بحسنه يحكم الشرع بحسنه ووجوبه ايضا. وما حكم العقل بقبحه حكم الشرع  
بقبحه وحرمته. وهذا التطابق بين حكم العقل وحكم الشرع مختص بالعقل  
العملي في موارد الحسن والقبح العقليين وعليه فاذا حكم العقل العملي بحسن  
شئ تبعه حكم الشرع ايضا وقال بوجوبه وبعكسه في القبح.





ب-القياس:- يعرف القياس لغةً بالتقدير. اما اصطلاحاً فيعرف بأنه إثبات حكم الأصل في الفرع لاشتراكهما في علة الحكم ويظهر هذا التعريف بأنه يقوم على ثلاث أمور وهي:-

اولاً:- وجود موضوع له حكم معلوم بسبب وجود النص عليه مثل الخمر ويمسى بالاصل،

ثانياً:- وجود موضوع مجهول الحكم مثل ماء الشعير ويسمى بالفرع

ثالثاً:- تصور وجود علة مشتركة بينهما. اليها يرجع الحكم في الاصل

كالتخمير ثم الاستخلاص مثلاً فان الخمر يستخلص من التمر بعد تخميره

وماء الشعير يستخلص من الشعير بعد تخميره ايضاً. فيكون التخمير ثم

الاستخلاص سبباً للحكم في الاصل، فيلاحظ وجوده في الفرع فيعطى له حكم الاصل.

لقد اختلف الفقهاء في حجية القياس إلى عدة آراء أهمها رأيان هما:-

الاول:- للجمهور حيث اتفقت كلمتهم على إن القياس أصل من أصول التشريع

ومصدر لاستنباط الأحكام الشرعية في الموارد التي لم يروا فيها نص من

الشارع وهو حجة شرعا وعقلا،

الثاني:- هو للأمامية ويذهب إلى إن العمل بالقياس ربما يحكم العقل بإمكان

جعله حجة إلا إن الشريعة منعت منه ونهت من العمل به وهذا من

ضروريات مذهب الامامية.

ج-الاستحسان:-

لغةً يعني عد الشيء حسناً. وعرفه الاصوليون بأنه (دليل ينقدح في نفس

المجتهد لايقدر على التعبير عنه ولذلك يستحسن ان يفتي على وفقه). ومثال

ذلك اطلاق قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما) وهذا يفيد وجوب

قطع اليد بسبب السرقة في اي زمان ومكان وقعت، ولكن نقل عن الخليفة

الثاني انه استحسن عدم قطع يد السارق اذا كان جائعاً فعدل عن مقتضى دليل

الاية بحسب رايه واستحسانه. ويعد الاستحسان حجة ومصدر من مصادر

التشريع عند المالكية والحنفية والحنابلة ولايعد حجة عند الشافعية والامامية.





د-الاستصحاب:- الاستصحاب لغةً يعني المصاحبة. اما اصطلاحاً فيعرف بانه (استدامة حكم سابق في زمان لاحق على اساس عدم ثبوت مزيله)، ويعرف ايضا بانه (ابقاء الحكم الشرعي او الموضوع الذي له حكم شرعي على حالته التي كان عليها عند الشك بارتفاعه) يتضح من ذلك ان الاستصحاب يقوم على ثلاثة اركان وهي:-

١-وجود علم سابق بالشئ او بحالته كالعلم السابق بوجود الماء او طهارته.

٢-ان يلحق العلم السابق شك بزوال ذلك الشئ او حالته.

٣-ان يكون المعلوم السابق هو نفسه المشكوك اللاحق عرفاً.

فاذا تحققت هذه الارقان صح التمسك بالاستصحاب، فنحكم على السائل الذي

علمنا بانه كان ماء بالامس مثلاً وشككنا في زواله او زوال طهارته بانه باقى

على حالته السابقة ولا نرفع اليد عن هذا الاستصحاب الا اذا حصل عندنا علم

بالزوال. ويقابل الاستصحاب قاعدة اليقين، وهي ان يسري الشك الى اليقين

ويزيله، كما اذا كنا نعلم بالامس بان السائل الموجود خمر واليوم سرى الشك

اليه بحيث نشك بان هذا السائل كان بالامس خمرأً. فانه لا يصح بان نحكم عليه

بابقاء ما كان لأنه ليس من الاستصحاب في شئ لان قاعدة اليقين تقدم على

الشك بالحدوث بينما الاستصحاب يقوم على الشك بالبقاء.

هذا وقد اتفق المسلمون (عدا الحنفية) على حجية الاستصحاب شرعاً، الا انهم

اختلفوا في حدود حجيته الى اقوال اهمها قولان هما:-

الاول:- انه حجه مطلقاً.

الثاني:- فرق بين الشك في وجود المانع من بقاءه فيجري فيه الاستصحاب

، اما الشك في وجود المقتضي للبقاء فلا يجري فيه الاستصحاب، ومثال ذلك

ان الشك في بقاء طهارة الماء يجري فيه الاستصحاب، اما الشك في وجود

المقتضي للبقاء فمثاله ان طلوع الفجر والنهار منقضي وزائل ولا يبقى مدة

طويله. وعليه فاذا كان الانسان عالماً بوجود النهار وبعد اثني عشر ساعه شك

في بقاءه لا يمكن استصحاب بقاء النهار وذلك لانتفاء موضوعه.





هـ- المصالح المرسلّة:- تعد المصالح المرسله من قواعد الاستنباط عند الحنابلة  
والمالكية والحنفية والزيدية. فالحنفية جعلوها من القياس. اما الحنابلة والمالكية  
فجعلوها اصلا تشريعيًا مستقلا.

وتعرف المصلحة لغةً بأنها الخير. وتطلق على كل ما فيه منفعه او دفع ضرر،  
اما اصطلاحا فهي تعني كل منفعه داخله في مقاصد الشارع دون ان يكون لها  
شاهد بالاعتبار او الالغاء.

وعلى هذا فالمصالح المرسله تقوم على ثلاثة اركان وهي:-

١- وجود المصلحة في الحكم

٢- لم يرد نص خاص من الشرع يفيد باعتبارها.

٣- عدم ورود نص خاص من الشرع يمنع منها.

هذا وقد اختلفت اراء الفقهاء في حجية المصالح المرسله فبعضهم انكرها  
واعتبرها من الاصول الموهومة، وابطل الافتاء على طبقها. وهذا راي  
الشافعية والحنفية وغيرهم. وبعضهم اعتبرها من الادلة الشرعية وارجعها الى  
حكم العقل وبنى عليها الاحكام الفقهية ومنهم المالكية واصحابهم.

ومن الواضح انه لا يوجد دليل من الكتاب او السنه يدل على اعتبار المصالح  
المرسله دليلا من الادلة الشرعية. الا ان القائلين بها استدلوا لها بدليلين هما  
دليل العقل ودليل الصحابة.

و-سد الذرائع:- الذريعة لغةً تعني الوسيله ويراد بها السبب الذي يتوصل  
به الى الشئ.

اما اصطلاحا فهي تعني اعطاء الوسيله حكم غايتها، فالوسائل التي تكون  
غاياتها مشروعه تاخذ حكم غاياتها فتكون مفتوحة امام الناس اي جائزة،  
والوسائل التي تؤدي الى غايات فاسدة تكون ممنوعه وحكمها عدم الجواز. ان  
الاختلاف في اعتبار سد الذرائع وعدمه راجع الى العلم والظن بالمفسده وعليه  
فان الذرائع وغاياتها تقسم الى اربعة اقسام وهي:-

١- ان تكون كل من الغايه والذريعة مشروعه ولانزاع في صحة ذلك





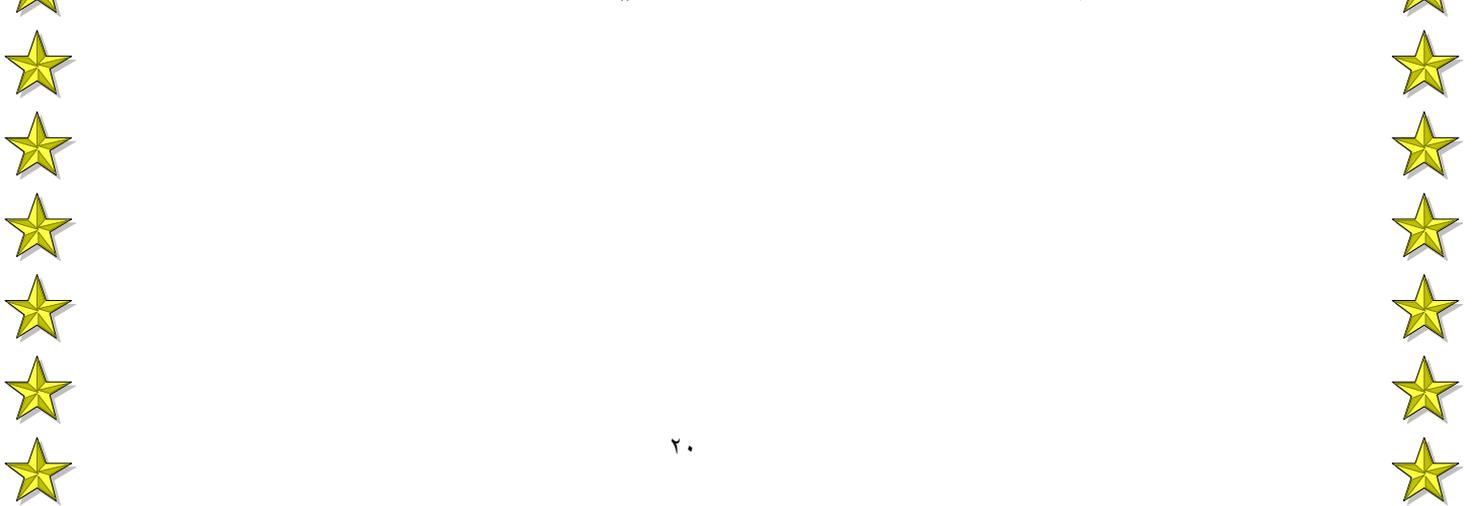
ومثال ذلك تطوير المناهج التعليمية ورفع المستوى العلمي. فكل وسيله مشروعته تؤدي الى هدف مشروع فهي جائزة ومفتوحة لتحقيق المنفعة العامة.

٢- ان تكون كل من الغايه والذريعة غير مشروعته، ولانزاع في وجوب سدها لانه يؤدي الى منع وقوع الحرام مثل منع صناعة المشروبات الروحية.

٣- ان تكون الغايه مشروعته والذريعة غير مشروعته، وهذه تدخل في تزامم المصلحة والمفسدة، ويأخذ بالأرجح منهما، فمثلا الكذب قبيح في نفسه لغلبة مفسدته وربما يصير مباحا او حسنا اذا كان يمنع من وقوع فتنه كبيره ونلاحظ ان الحكم في هذا القسم يرجع الى معادلة المصلحة والمفسدة فاذا غلبت المصلحة يفتح باب الذريعة واذا غلبت المفسدة يسد بابها.

٤- ان تكون الغايه غير مشروعته والذريعة مشروعته كما لو وهب مالا الى امرائه من اجل بناء علاقه غير شرعية معها وهذا ماوقع فيه الخلاف فبعضهم لاحظ غلبه جانب المصلحة فقال بفتحه، وبعضهم لاحظ جانب المفسدة فقال بغلقه، وعليه فالبحت في سد الذرائع لايقع في الاقسام الثلاث الاولى وانما يقع في القسم الرابع لان حصول المفسدة مظنون لامعلوم.

ومن هنا نستطيع القول بان سد الذرائع لا يصلح ان يكون دليلا مستقلا على الاحكام. فهو ليس بحجه للادلة التي نهت عن العمل بالظن.



## الأحكام الشرعية العملية ..

يعرف الحكم الشرعي العملي بأنه ((مدلول خطاب الله تعالى المتعلق بتصرفات الأنسان والوقائع على وجه الاقتضاء أو التخيير أو الوضع))

### تحليل التعريف..

الخطاب :. وهو المخاطب به من النصوص الشرعية الإلهية الموجهة إلى الأسرة البشرية فيما يتعلق بتنظيم حياتهم الدنيوية والآخرية ، كما في قوله تعالى (وأقيموا الصلاة وأتوا الزكاة ) . وقوله ((كلوا من طيبات ما رزقناكم )) والحكم هنا هو مدلول هذه الآيات وليس نفسها.

المتعلق :. المنظم والمبين لأحكام التصرفات من حيث المشروعية وعدمها ومن حيث الصحة والبطالان والفساد ودور الوقائع في السببية والشرطية والمانعية.

التصرفات :. التصرف هو كل ما يصدر عن الإنسان من قول او فعل بإرادة حرة مدركة ، بحيث يرتب عليه الشرع الاثر سواء اكان مشروعاً ام لا ، قولياً ام فعلياً ، فالقولي المشروع كالعقود ، وغير المشروع كالقذف والسب والغيبة والنميمة . والفعلي المشروع كإنقاذ الغريق ، وغير المشروع كالقتل دون وجه حق.

يتضح من التعرف أعلاه أن التصرف الشرعي او القانوني يتوقف على توفر خمسة عناصر وهي :.



١. ان يصدر العمل عن الإنسان فكلما يصدر من غيره كالحيوان والطبيعة يكون واقعه.

٢. ان يصدر بإرادة فكل ما يصدر عن عديم التمييز كالصبي غير المميز والمجنون ومن في حكمهما فهو واقعه.

٣. ان يصدر بإرادة حره فكل ما يصدر عن المكره والمضطر يكون واقعه

٤. ان يصدر بإرادة حره مدركه فكل ما يصدر عن النائم والساهي والخاطئ والغافل والسكران فاقد التمييز وغير ذلك يكون واقعه .

٥. ان يرتب عليه الشرع او القانون اثرا ،فالأقوال والأعمال الاعتيادية لا تسمى تصرفاً شرعياً او قانونياً.

الوقائع:.. الواقعه تعني كل ما يحدث رغم إرادة الإنسان سواء كانت من نتائج فعل الإنسان كحوادث السيارات او بقوه قاهره كتحطم طائرة في الجو ، او قد تحدث بإرادة الإنسان ولكن لم تكن مما يرتب عليه الشرع او القانون اثراً كالأكل والمشى والنوم وغير ذلك وسواء كانت ماديه كإتلاف المجنون لمال الغير ،ام معنويه كالجنون والقراية والعقل.

الاقتضاء:.. هو طلب الفعل على وجه الحتم والإلزام او على وجه الأولوية والأفضلية وطلب الترك على وجه الحتم والالزام او على وجه الأولوية والأفضلية.

التخيير:.. ترك الحرية للإنسان في فعل الشيء او تركه.  
الوضع:.. هو جعل الشيء سبباً او شرطاً او ما نعاؤ عده صحيحاً او باطلاً او فاسداً.



أقسام الحكم الشرعي:.

ينقسم الحكم الشرعي إلى قسمين هما تكليفي ووصفي.

الحكم الشرعي التكليفي:.

وهو مدلول خطاب الله تعالى المتعلق بتصرفات المكلفين على وجه الاقتضاء او التخيير.

المكلف: هو الإنسان الذي تتوافر فيه الشروط الخمسة (البلوغ، العقل، العلم بما يكلف به، القدرة على ما يكلف به، الاختيار).

وإذا تخلف احد هذه الشروط لا يتوجه اليه التكليف لقوله تعالى (( لا يكلف الله نفساً الا وسعها))

الحكم الشرعي الوضعي:.

وهو مدلول خطاب الله تعالى المتعلق بتصرفات الإنسان او الوقائع على وجه الوضع، اي جعلها سبباً او شرطاً له ما نعاً منه او عد التصرف صحيحاً او باطلاً او فاسداً.

أنواع الحكم الشرعي التكليفي:-

للحكم الشرعي التكليفي خمسة انواع، اربعة انواع منها مندرجة تحت تعبير (الاقتضاء) وهي الايجاب والندب والتحريم والاستكراه، وخامسها مندرجة تحت تعبير (التخيير) وهي الاباحة وكما يأتي :-

**النوع الاول :- الايجاب:-**

وهو اقتضاء(طلب) الفعل على وجهه الحتم والالزام والذي هو صفة الشارع، اما الاثر المترتب عليه وهو الوجوب (الحكم التكليفي) فهو صفة الفعل المطلوب، ويكون المطلوب واجبا، فالواجب هو ما طلب على وجه الحتم والالزام، بحيث يستحق فاعله التقدير في الدنيا والثواب في الآخرة ويستحق تاركه اللوم والعقاب وتركه يعد جريمة سلبية لان ركنه المادي فعل سلبي وهو الامتناع عن اداء الواجب. وعليه يتضح الفرق بين كل من الايجاب والوجوب والواجب، فالاول حكم اصولي وصفة الشارع، والثاني حكم فقهي وصفة تصرف الانسان المكلف،

والثالث الفعل المطلوب وهو صفة الانسان المكلف.

**أقسام الواجب:-**

ينقسم الواجب الى اقسام مختلفة لاعتبارات متعددة وهي :-

**اولا:-** باعتبار المقدار المطلوب الى واجب محدد وواجب غير محدد. فالواجب

المحدد هو الذي حدد مقداره كالزكاة، والخمس فان نسبتها في كل مال تجب

فيه مقدره بمقدار معين، ويقابل الواجب الشرعي المحدد الواجب القانوني

المحدد كالضرائب واجور الماء والكهرباء وغيرها، اما الواجب غير المحدد

فهو الذي لم يحدد مقداره كالانفاق في سبيل الله والتبرعات التي على المتمكن

ان يدفعها للمكوب في الظروف الطارئة كالفيضانات والزلازل والحروب

وغيرها. وتظهر فائدة هذا التقسيم بماياتي:-

١- ان الواجب المحدد يجب دينا في الذمة وتصح المطالبة به من غير

توقف على حكم قضائي او اتفاق رضائي، بخلاف الواجب غير المحدد

فانه لا يتعلق بذمة الانسان دينا وبالتالي لا يطالب به الا بعد قضاء او

اتفاق.

٢- لا تبرأ ذمة المكلف المدين بالواجب المحدد ما لم يؤديه على الوجه

المطلوب وبالقدر المحدد، بخلاف الواجب غير المحدد فان امر اداءه

وتحديد مقداره متروك لسعة ومقدره ارادة الشخص المكلف.

**ثانيا:-** باعتبار محل الاداء ينقسم الواجب الى معين ومخير.

١- الواجب المعين:- هو ما طلب بعينه ولا يجوز العدول الى البديل بارادة

المدين كالصلاه والصيام والمال المسروق والمغصوب والمعار

والمستاجر والوديعة والمبيع.

٢- الواجب المخير:- وهو ما طلب لا بعينه وانما ضمن امور معينه يكون

محل الاداء واحدا غير معين من بين اثنين او ثلاثة من الامور المعينه

المحددة كاحد خصال كفارة اليمين ، فالقران الكريم حدد كفارة اليمين

بواحد من واجبات (اطعام عشرة مساكين) او كسوتهم او تحرير رقبة

فان لم يستطع ان يؤدي واحدا منها فعليه ان يصوم ثلاثة ايام.

هذا وتبدو اهمية هذا التقسيم في ان المدين في الواجب المعين لا تبرأ  
ذمته الا بادائه بعينه مالم يكن هناك نص او اتفاق على خلاف  
ذلك، بخلاف الواجب المخير فان المكلف تبرأ ذمته باداء واحد من  
الامور التي خير فيها ثم من ثبت له التخيير في حقين فان اختار احدهما  
سقط الاخر، وان اسقط احدهما ثبت الاخر اضافة الى ذلك فالتخيير انما  
يكون بين المتجانسين في الحكم.

ثالثاً:- باعتبار المطالب بادائه عيني وكفائي.

١- الواجب العيني:- هو التصرف المطلوب من شخص المكلف ذاته  
كالصلاه والصيام في الشريعة الاسلامية ويقابله الواجب العيني  
القانوني كالخدمة العسكرية الالزامية.

٢- الواجب الكفائي:- هو ما طلب حصوله وادائه من مجموع المكلفين لا  
على سبيل التعيين بحيث اذا قام بادائه بعضهم بقدر الكفاية يسقط  
للتكليف عن الكل وارتفع الاثم عن الجميع، واذا لم يقم به احد او قام  
به البعض ولكن لم يكن القيام بقدر الكفاية وسد الحاجه اثم الجميع  
وتعرض الكل للمسؤولية كتعليم وتعلم المهن والحرف التي يحتاج  
اليها المجتمع وكالجهد والدفاع في حالة العدوان وكالامر بالمعروف  
والنهي عن المنكر وغير ذلك مما يحتاج اليه المجتمع في كل زمان  
ومكان. وقد يتحول الواجب الكفائي الى واجب عيني كما اذا لم يوجد  
في البلد الا طبيب واحد ولا يوجد في المدينة والمنطقة من تتوافر فيه  
شروط القضاء الا شخص واحد وكاداء الشهادة ممن لا يوجد غيره  
 وغير ذلك. وتبدو اهمية هذا التقسيم في ان الواجب العيني لا يقبل  
النيابة الا في حالات نص عليها الشارع، بخلاف الواجب الكفائي فلا  
يطلب من شخص معين او اشخاص معينين وبعبارة اخرى في  
الواجب العيني شخص المكلف ماخوذ بنظر الاعتبار اما في الواجب  
الكفائي فلا ينظر الى الشخص وانما الى العمل فالمهم فيه هو اداء  
العمل ايأ كان المؤدي.

رابعاً:- باعتبار وقت الاداء مطلق ومقيد.

١- الواجب المطلق:- هو الذي لم يعين له وقت محدد لأدائه مثل كفارة

اليمين والوفاء بالنذر واداء دين مؤجل الى اجل غير مسمى.

٢- الواجب المؤقت:- هو ماطلب فعله في وقت محدد له كاقامة الصلاة

الواجبة واداء الصوم الفرض (صوم رمضان) فالقيام بهذا الواجب في

وقته اداء وبعده قضاء وتكراره في نفس الوقت اعادة، ويقابله الواجب

المؤقت القانوني كعمل الموظف والعامل في الساعات المحدده لعمله

وكحضور الطلبة في اوقات المحاضرات.

وتبدو اهمية هذا التقسيم في ان الواجب المؤقت يجب ادائه في الوقت

المحدد له، فادائه خارج هذا الوقت بدون عذر مشروع يرتب عليه الاثم

والمسؤولية الدينية والدينية. بخلاف الواجب المطلق فانه يكفي ادائه في

اي وقت خلال فترة العمر، لكن من الافضل الاسراع في ادائه وافراغ الذمة

من المسؤولية القائمة.

### النوع الثاني :- الاستحباب :-

وقد استعمله علماء الاصول صفة للشارع وصفه لتصرفات الانسان اي

بنفس الطريقة، بخلاف النوع الاول الذي كان الايجاب فيه صفة للشارع

والوجوب صفة للتصرف ويمكن التفريق باللفظ بان يقال :- طلب الفعل

على وجه الاولوية (استحباب) وصفه الشارع واثره (الندب) وهو صفة

التصرفات. والمراد بالاستحباب الذي هو صفة الشارع طلب الفعل على

وجه الاولوية والافضلية بحيث يثاب فاعله ولايعاقب تاركه كزيارة

المرضى، وسنن الصلاة والصيام وغير ذلك.

### النوع الثالث :- التحريم:-

وهو طلب الشارع الكف عن الفعل على وجه الحتم والالزام، والاثر المترتب على التحريم الحرمة فالاول صفة الشارع وشرعه وحكم اصولي، والثاني صفة تصرف الانسان غير المشروع وحكم فقهي.

والفعل المطلوب هو الامتناع والكف عن المنهي عنه على وجه الحتم والالزام ويسمى محرما وحراما ويستحق فاعله الذم والعقاب وتاركه يستحق التقدير والثواب وفعله يشكل جريمة ايجابية لان ركنها المادي يتم بفعل ايجابي كالزنا المحرم بقوله تعالى ((ولاتقبوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا)).

### وينقسم المحرم الى نوعين محرم لذاته ومحرم لغيره:-

أ- المحرم لذاته:- هو ما قصد الشارع تحريمه ذاتياً، لما فيه من القبح الذاتي والمضرة والمفسده لذاته، فانه اذا كان عقدا يقع باطلا كبيع الميتة وتزوج المحرمات من النساء، واذا كان تصرفا فعليا ضاراً يقع جريمة كالسرقة والزنا وخيانة الامانه والتجسس، وغير ذلك من الافعال الاخرى القبيحة لذاتها.

ب- المحرم لغيره:- وهو ما كان مشروعاً لذاته ولكن اصبح قبيحاً ومضراً لغيره كالخطبه على خطبه الغير، والبيع على بيع الغير وغير ذلك. فكل من الخطبه والبيع عمل مباح لذاته لكنه يصبح محرماً اذا كان مؤدياً الى الحاق الضرر بالغير.

### النوع الرابع:- الاستكراه:-

وهي طلب الشارع الكف عن الفعل طلباً غير جازم وهي بهذا المعنى صفة الشارع والاثر المترتب عليه هو الكراهة التي هي صفة التصرف، والفعل المطلوب تركه طلباً غير جازم يسمى مكروهاً وهو ما يمدح تاركه ولا يعاقب فاعله، وامثلة المكروه كثيره منها، تساؤل الانسان عما لا يعنيه، كما قال تعالى (ياايها الذين امنوا لاتسالوا عن اشياء ان تبد لكم تسؤكم) .

وكقوله تعالى (ياايها الذين امنوا لاتدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا).

### النوع الخامس:- الاستباحة:-

وهي طلب الشارع ممارسة العمل او الامتناع عنه على وجه التخيير وهي التسوية بين فعل الشئ وتركه،وتخيير الانسان بينهما دون لوم او مدح او ثواب او عقاب. واطافة الى انه الاصل في الاشياء الاباحة فقد يفهم الحكم من تصريح الشارع بالحل كما في قوله تعالى (اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين اتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم).  
وقد يؤخذ من النص على نفي الاثم او الجناح او الحرج على من يفعل الفعل كما في قوله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه).  
وقوله تعالى (ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج).

## الحكم الشرعي الوضعي:-

وهو مدلول خطاب الله تعالى المتعلق بتصرفات الإنسان أو بالوقائع الشرعية على وجه الوضع اي جعل شيء سبباً لشيء اخر أو شرطاً له أو مانعاً منه.

وعليه يكون الحكم الشرعي الوضعي على ثلاثة أنواع وهي:- السبب والشرط والمانع

(( السبب )) يعرف السبب لغةً بأنه ما يمكن التوصل به إلى مقصود ومنه سمي الطريق سبباً

٢- عقود لاتقبل التعليق على الشرط الجعلي:- وهي عقود المعاوضات كالبيع والإجارة والعقود غير المالية كالزواج ،ويستثنى من ذلك إذا اقترن بها ما يبرر فسخها كالعيب وخيار الشرط وخيار الرؤية وغير ذلك .

٣- عقود تقبل التعليق على الشرط الجعلي الملائم:-كعقد الكفالة بأن يقول الكفيل للدائن (إذا لم ينفذ المدين التزامه فأنا كفيل بتنفيذه ) ، وكالحوالة كأن يقول (المحيل للمحال له(إذا قبل فلان فقد أحلتك عليه ) .

ثانياً:- الشرط من حيث التكميل ،إما مكمل للسبب أو مكمل للمسبب (الحكم )

١- الشرط المكمل للسبب:- وهو أن يتوقف ترتب الآثار على السبب على توفر شرط مكمل له ،كشرط القدرة على تسليم المبيع فان ترتب

بعض الآثار الأصلية كانتقال ملكية المبيع الى المشتري يتوقف على أن يكون البائع قادراً فعلاً على تسليم المبيع في حينه ،وكشرط العمد للقتل الذي هو سبب القصاص لأنه إن لم يكن عمداً كالقتل الخطأ أو كان عمداً ولكن كان بحق كما في حالة الدفاع الشرعي .

١- الشرط المكمل للمسبب (الحكم) : حيث أنه أحياناً لا يكفي السبب وحده لترتب المسبب (الحكم)

عليه بل يحتاج الى شرط يضاف الى المسبب حتى يتحقق ، مثل ذلك كل من الزواج والقرابة سبب الميراث ولكن يشترط في هذا الميراث أن يكون بعد وفاة المورث مع بقاء حياة الوارث فالميراث يترتب على القرابة بشرط وفاة المورث وحياة الوارث بعده.

الشرط والركن : الشرط والركن عنصران في تصرفات الإنسان الإرادية في العبادات والمعاملات والزواج أي تصرف آخر يصدر عن الإنسان بقصد إحداث أثر يعتد به الشرع أو القانون .وبناءً على ذلك يتفان في إن صحة التصرفات تتوقف عليهما غير إنهما يختلفان عند جمهور الفقهاء في إن الركن عنصر من التصرف الذي يتوقف عليه وجزء من حقيقته وما هيته كالإيجاب والقبول في صيغ العقود ،بخلاف الشرط فانه عنصر يتوقف عليه الوجود الشرعي (أو لقانوني) للتصرف لكنه خارج عن حقيقته وما هيته ،كأهلية الأداء الكاملة شرط لصحة تبرعاته ، وحضور الشاهدين في عقد الزواج شرط لصحته ، ووفاة المورث وحياة الوارث وصلة القرابة أو الزوجية بينهما شرط للميراث ولم يفرق بينهما بعض الفقهاء على أساس أن المراد بكل منهما ما يتوقف عليه الشيء سواء أكان جزءاً منه أم لا .

### السبب والعلله:

اختلفت آراء الصوليين في الصله بين السبب والعله إلى ما يأتي:.

السبب والعله مترادفان ،فكل منهما إماره - دليل ظني - أو علامه على وجود الحكم . فالسفر سبب وعله لإباحة الإفطار ، ودلوك الشمس سبب وعله لوجوب الصلاة ، والعقد سبب وعله لكسب الملكيه .  
١- العله قسيم السبب ،فالحكم الوضعي أربعة أقسام وفقاً لهذا الرأي ،السبب والعله والشرط والمانع.

٣. العلة أخص مطلقاً والسبب أعم مطلقاً، فكل علة سبب وليس كل سبب علة، لأن الإنسان إذا أدرك الصلة والعلاقة بين السبب ومسببه كالقتل للقصاص والسرقه لقطع اليد والإتلاف للتعويض فإنه علة كما أنه سبب . وإن لم يدرك عقل الإنسان الحكمة والصله بينه وبين مسببه فهو سبب فقط وليس عله، كدلوك الشمس جعله الشارع سبباً لوجوب صلاة الظهر والعقل هنا قاصر عن إدراك الصله بينهما وكذلك دخول شهر رمضان بالنسبة لوجوب الصيام .

الرأي الراجح ، هو أن العله تختلف في حقيقتها وجوهرها عن السبب ، لأن العله في روح الشريعة الإسلامية هي الغاية لتطبيق الحكم الشرعي والحكمه المتوخاة من تشريعه ، وهذه الغاية (الغرض) عبارة عن نتيجة تطبيق أحكام الله تعالى كما هو المطلوب وهذه النتيجة هي جلب المنافع للناس ودرء المفسد عنهم ، فسبب وجوب القصاص هو القتل العمد العدوان وعلته هي المحافظة على أرواح وسلامة الأبرياء ، وسبب وجوب الجلد هو الزنا وعلته هي المحافظة على الأعراض والأنساب ، وسبب وجوب قطع اليد هو السرقه وعلته هي المحافظة على أموال الناس وهكذا.

### ((المانع))

يعرف المانع لغةً بأنه العائق وما يكفك عن الشيء. أما اصطلاحاً فإنه يعني وصف إرادي أو لا إرادي إذا اجتمع مع سبب الحكم أبطل مفعوله وجعله سبباً صورياً أو منع ترتب الحكم على سببه رغم بقائه سبباً حقيقياً.

٤.

### أنواع المانع :-

ينقسم المانع باعتبارات متعددة إلى أنواع متعددة ومنها :-

أولاً :- المانع من حيث متعلقة ينقسم إلى مانع السبب ومانع الحكم.

١. مانع الحكم :- فقد يتحقق السبب الشرعي وتتوافر شروطه ولكن لا يترتب عليه الحكم لوجود مانع بناءً على قاعدة (إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم

المانع) أي بمعنى إذا تعارض في شيء أمران أحدهما يقتضي اعتباره وترتب الأثر (الحكم) عليه والثاني يقتضي عدم ذلك، يرجح المانع وتوقف العمل بالمقتضي (السبب)، ووجه تقديم المانع أنه يتضمن حكمه ولو لم يقدم على السبب لفاتت الحكمة. ومن تطبيقات ذلك أنه لو باع ناقص الأهلية ماله بدون إذن وليه يكون العقد موقوفاً على إجازة الولي رغم إن بيعه مع كونه مالكاً للمبيع يقتضي نفاذ العقد، ولكن لكونه ناقص الأهلية فهذا يعد مانعاً من ترتب الحكم في البيع وذلك لحكمه وهي حماية مصلحته، لذا يقدم المانع على المقتضي

٢. مانع السبب: وهو الذي يكون مبطلاً لأصل حقيقة السبب، بحيث يجعله سبباً صورياً، فلا يبقى له تأثير فعلي حتى يترتب عليه الحكم، ومثل ذلك الدين بالنسبة إلى وجوب الزكاة في مال المدين، فسبب وجوب الزكاة هو ملك النصاب، وحكمة جعل هذا السبب موجباً لوجوب الزكاة هو التكافل الاقتصادي والتضامن بين الغني والفقير، ولكن إذا أصبح هذا الشخص مديناً بما يعادل ملك النصاب أو أكثر من ذلك يعتبر وجود النصاب صورياً فتسقط عنه مسؤولية الزكاة.

ثانياً: المانع من حيث كونه عذراً، إما مسقط للمسؤولية أو مخفف لها:

١. المانع المسقط للمسؤولية الجنائية: وهذا المانع يقوم على تخلف ركيزة من الركائز التي تقوم عليها المسؤولية الجنائية وهي:

أ. كون الفعل جريمة حين الارتكاب: أما إذا كان الفعل مباحاً لفاعله حين عمله لسبب من أسباب الإباحة كالدفاع الشرعي فإن الإباحة تتعارض مع المسؤولية الجنائية.

٤١

ب. ومن الجدير بالذكر إن كل سبب من أسباب الإباحة يعتبر مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية دون العكس أي ليس كل مانع من المسؤولية سبباً للإباحة لأن الفعل قد لا يفقد صفته الجرمية رغم عدم مساءلة فاعله، كالجرائم التي يرتكبها عديم التمييز لجنون أو صغر أو ما في حكمهما.

ت. التمييز: فكل وصف يعدم الإنسان تمييزه يكون مانعاً مسقطاً للمسؤولية الجنائية، كالجنون والصغر - إذا كان الصغير دون سن التمييز - وما في حكمهما من النوم والعتة. فالمجنون إذا ارتكب جريمة حال جنونه أو ارتكبها حال الإفاقة أو لأهلية ثم جن جنوناً مطبقاً متصلاً بالموت لا يسأل جنائياً ولكن يسأل مدنياً عن التعويض لأن التعويض مبني على أساس قيام الضرر سواء وجد الخطأ أم لم يوجد .

ث. وكذلك الصبي غير المميز والنائم الذي وقع على إنسان من مرتفع فقتله، والمعته عتهاً يكون في حكم المجنون .

ج. الاختيار: فالإكراه في حالة غياب الاختيار من موانع المسؤولية الجنائية عند بعض الفقهاء إذا كان معدماً للرضا والاختيار، فانما يسأل المكره (بكسر الراء) لأن المكره إكراها ملجئاً بمثابة آلة التنفيذ بيد المكره .

وكذلك تعتبر حالة الضرورة مانعاً، وهي عبارة عن مجموعة من الظروف الخارجية تهدد الإنسان يخطر، لذا لا يسأل جنائياً من ارتكب جريمة الجأته إليها ضرورة وقاية لنفسه وغيره أو وقاية لعرض وماله أو غيره من خطر جسيماً ومحقق لميت سبب هو فيه عمداً ولم يكن فيقدرته منعه بوسيله أخرى كالإجهاض لإنقاذ حياة الأم.

د. القصد الجنائي: فالخطأ في حالة غياب القصد الجنائي يكون مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية إذا لم يكن خطأ جسيماً، ولكنه يسأل مدنياً فتجب عليه الدية.

هـ. العلم بتحريم الفعل: وعليه فان الجهل بتحريم الفعل يعد مانعاً من المسؤولية الجنائية فاذا لم يكن الفاعل عالماً حين ارتكاب الفعل بأنه محرم لا يجوز فعله أو أنه واجب لا يجوز تركه، ولم يكن باستطاعته أن يعلم ذلك فإنه

لا يسأل جنائياً لأن جهل المكلف بالحكم عذر مانع مسقط للمسؤولية خلافاً للقانون ، لسببين:-

احدهما :- أنه تكلف بما لا يطاق (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها).

ثانيهما:- أن الشريعة الإسلامية أول شريعة أتت بمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة الابنص) كما في قوله تعالى (وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولاً يتلوا عليهم آياتنا).

١. المانع المخفف:- إن العذر قد لا يصل الى درجة أن يكون مانعاً مسقطاً للمسؤولية لأن مرتكب العمل الجرمي يتصف بحال وسطية بين عديم الأهلية ، وبين كامل الأهلية ، فهو ليس مثل عديم الأهلية حتى يسقط عنه التكليف ، وليس متمتعاً بالأهلية الكاملة حتى يسأل مساءلة جنائية كاملة فهذه الحالة الوسطية تعتبر مخففة للعقوبة . والمانع المخفف له تطبيقات كثيرة في القانون الجنائي. ومن اهم تطبيقات موانع المسؤولية الكاملة هي الأهلية الناقصة حيث أنه في أكثر بلاد العالم يوجد قانون خاص بالأحداث ومحكمة مختصة تسمى محكمة الأحداث .

أما اصطلاحاً فقد عرفه الأصوليون بأنه ((وصف ظاهر منضبط (لا يختلف باختلاف الأشخاص والزمان والمكان) يرتب عليه الشارع حكماً يتحقق بتحقيقه وينتفي بانتفائه))

أنواع السبب:-

ينقسم السبب بمفهومه العام إلى عدة أنواع باعتبارات متعددة ومنها :-

أولاً ب باعتبار طبيعته :- ينقسم السبب إلى سبب منشئ ، وسبب قصدي (غرض مباشر) وسبب دافع (باعث دافع).

١- السبب المنشئ:- وهو السبب المولد للحقوق والالتزامات والذي يطلق عليه القانونيون بالمصدر سواء كان من تصرفات الإنسان الإرادية أو اللارادية أم كان وقائع شرعية . ومحل بحث هذا النوع من السبب في أصول الفقه هو باب خطاب الوضع .

٢. السبب القصدي :- (ب) الغرض المباشر أو المقصود)

وهو الذي يرمى اليه المتعاقد من وراء التزامه ، ففي عقد البيع السبب القسدي  
لالتزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه للمشتري هو الحصول على الثمن ،  
وكذلك السبب القسدي لالتزام المشتري بدفع الثمن هو الحصول على التزام

٢٩

البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه اليه .ومحل بحث هذا النوع من السبب في  
اصول الفقه هو باب المعاوضات المالية.

٣. السبب الدافع (او الباعث الدافع) إلى التعاقد أو إلى التصرف الانفرادي  
(الإرادة المنفردة):- وهو الغرض البعيد - أو الغرض غير المباشر وهو يتميز  
من النوع الثاني (السبب القسدي) بأنه نفساني وشخصي وخارج عن العقد  
يختلف باختلاف الأشخاص فالباعث الدافع في بيع سيارة قد يكون عند شخص  
شراء سيارة جديدة وعند شخص اخر الزواج وعند ثالث بناء بيت وهكذا .  
ومحل بحث هذا النوع من السبب في أصول الفقه هو باب سد الذرائع .

ثانياً:- من حيث دور إرادة الإنسان في السبب ،ينقسم السبب إلى إراديو لا  
إرادي .

١. السبب الإرادي:- وهو الذي يكون من مقدور الإنسان ويكون خاضعاً  
لإرادته ان شاء فعله وان شاء تركه .فهو عبارة عن تصرفاته القولية (العقد،  
الإرادة المنفردة) ،والفعلية (سواء كانت مشروعاً أو غير مشروعاً) .فالعقود  
والتصرفات القولية الانفرادية وجميع أعماله المشروعة التي قصد بها إحداث  
اثر يعتد به الشرع ،وجميع أعماله غير المشروعة كالإتلاف والجرائم  
كافة كلها أسباب إرادية ،فالعقود والتصرفات الانفرادية أسباب  
لانتقال وكسب الأموال ،وإتلاف المال سبباً للتعويض وارتكاب الجرائم أسباب  
للعقوبات .

٢. السبب اللاإرادي- (أو الواقعة الشرعية أو القانونية):-

وهو الذي لا يخضع لإرادة الإنسان لأنه ليس من مقدورها أو كان من مقدوره ولكن لم يصدر عنه بإرادته، ففي كلتا الحالتين لا دخل لإرادة الإنسان في تكوينه وحدوثه . وهو ينشئ ويرتب الآثار رغم أرائته وبهذا يختلف الحكم الوضعي عن الحكم التكليفي، لان الأخير لا يكون إلا في الأسباب الإرادية

٣٠

الصادرة من المكلف (البالغ، العاقل، العالم بما كلف به، والقادر على ما كلف به، المختار).

ومن الأسباب الإرادية (الوقائع) حوادث الاصطدامات بين وسائل النقل المختلفة، فهي أسباب تترتب عليها الالتزامات فهي قد تلزم الشركات والأفراد أو الدول بدفع التعويض للمتضرر نفسياً وجسدياً ومادياً بسبب حدوث هذه الوقائع. ويعتبر من الأسباب الإرادية كل فعل يصدر عن الإنسان عديم التمييز كالمجنون والصبي غير المميز. فهذا الفعل سبب للالتزام المدني بدفع التعويض لمن لحقه الضرر، ولو لم يكن سبباً للالتزام الجنائي، وأساس المسؤولية المدنية في الشرع الإسلامي هو الضرر سواء وجد الخطأ أم لم يوجد.

وكذلك من الأسباب الإرادية الأسباب الوقتية والزمنية بالنسبة للالتزامات الإنسان تجاه ربه، فدخل وقت الصلاة سبب لوجوبها، والعلم بهلال شهر رمضان سبب لوجوب صيامه .

وأهمية هذا التقسيم تكون في ان السبب الجنائي الموجب للعقوبة إرادي دائماً، بخلاف السبب المدني الموجب للتعويض فانه يكون إرادياً ولا إرادياً .

ثالثاً:- باعتبار الحكم التكليفي ينقسم السبب إلى سبب مشروع وغير مشروع:-

١. السبب المشروع :- ويكون من الحكم الشرعي الوضعي من حيث انه سبب ،ومن الحكم الشرعي التكليفي من حيث انه مشروع اذا كان من تصرفات الإنسان الإرادية ، كالعقود والصيد والاستيلاء على الأشياء المباحة وهي

أسباب لكسب الملكية، وكالزواج سبب لحل تمنع كل من الزوجين بالأخر،  
وسبب لثبوت النسب وغير ذلك.

٣١

٢. السبب غير المشروع:- وهو ايضاً يجمع فيه الحكم الوضعي والتكليفي  
،كالقتل سبباً للقصاص ،فهو حكم تكليفي من حيث انه حرام وحكم وضعي من  
حيث انه سبب لوجوب العقوبة ،وكالسرقه سبب للعقوبة والإتلاف سبب  
للتعويض ومحرم من الناحية التكليفية.

رابعاً :- باعتبار تأثيره أما سبب منشيء أو سبب مسقط أو منشيء ومسقط :-

١- السبب المنشيء :- هو الذي ينشيء حقاً جديداً أو التزاماً جديداً ،كالعقود فهي

أسباب منشئه لكسب الملكية ،والزواج سبب منشيء لحل التمتع والنسب والنفقة.

٢- السبب المسقط:- كالتنازل عن حق المنفعة وحق القصاص.

٣- السبب المنشيء والمسقط:- وهو السبب الذي يسقط حاله شرعية أو قانونية

قائمه ،كالطلاق فهو سبب مسقط لحالة الزوجية القائمة حيث انه يسقط الحقوق

والالتزامات الزوجية ومنشيء لحق الزوجة في نفقة العدة وفي استلامها لمهره

المؤجل حيث يسقط التأجيل.

خامساً:- السبب باعتبار وقت ترتب الحكم عليه ثلاثة أقسام :-

١. قسم يقترن به الحكم ، كما اذا كان السبب فعلاً - تصرفاً فعلياً - كترتب حو

الملكية والحيازة الشرعية على استيلاء المال المباح كالصيد والاحتطاب وإحياء

الموات.

٢. قسم يتقدم الحكم على سببه افتراضاً ، فالمبيع اذا كان مالاً قيمياً فتلف بقوه

قاهره قبل قبض المشتري له يفسخ البيع تلقائياً لاستحالة تنفيذه ،فالتلف سبب

الانفساخ لكن يتعدر اقتراانه به او وقوعه بعده لان الانفساخ عباره عن رجوع  
العاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد أي رجوع ملك كل إلى صاحبه كما كان قبل  
العقد ولا يتصور ذلك بعد تلف المبيع لأنه خرج عن أن يكون مملوكاً فيتعين  
رجوعه إلى ملك البائع قبل تلفه وكذلك القتل خطأ سبب لوجوب الديه لكنها تتقدم  
عليه لتكون موروثه عن المقتول ،وتقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه وكل ذلك لا  
يكون إلا بعد تملك المقتول لها قبل وفاته .

٣٢

٣. قسم مختلف فيه ،كما في حالة كون السبب تصرفاً قولياً ،فاذا كان تصرفاً  
انفرادياً (اراده منفرده)كإبراء المدين ورجعة المطلقة ،فالأصح ان الحكم (براءه  
الذمة والزوجية)يقترن باخر حرف من التصرف القولي (أبرأتك ،راجعتك)أما  
اذا كان التصرف القولي عقداً فالأصح اقتراانه باخر حرف للقبول اذا كان العقد  
نافذاً، واذا كان موقوفاً يتأخر الحكم إلى إجازة العقد ممن له حق الإجازة ،لكن  
يعتبر بالأثر الرجعي (من تاريخ إنشاء العقد)هذا وإذا كان ترتب الحكم مشروطاً  
بوقت او شرط فالحكم لا يترتب إلا بعد تحققه ،فالقراية سبب الميراث بشرط  
وفاة المورث وحياة الوارث بعده ،والوصية سبب الملكية بشرط وفاة الموصي  
وحياة الموصي له بعده ،والطلاق الرجعي سبب انقطاع العلاقة الزوجية بشرط  
انتهاء العده .

السبب المباشر والسبب غير المباشر:من القواعد العامة : (اذا اجتمع المباشر  
والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر)غير ان هذه القاعدة غير صحيحة  
والصواب هو (يضاف الحكم إلى المتغلب منهما واذا تساوياً تضامنا في  
المسؤولية).وعلى هذا فمن حفر بئراً في مكان غير مسموح به فألقى فيه  
شخص مال غيره ،فالضمان يكون على الملقى لأنه المتغلب دون الحافر لكن  
الحافر يعاقب بعقوبة تعزيرييه .واذا لم يمكن التنفيذ إلا بتعاون المسبب والمباشر  
معاً تقع المسؤولية على كليهما بالسوية جنائية كانت ام مدنيه ،كمن مسك شخصاً  
فقتله اخر ،فالقصاص عليهما معاً.الخطأ والتسبب:-.

القاعدة في الفقه الإسلامي أن المباشر ضامن لكل ما يتلفه سواء توافر الخطأ أم لم يتوافر ، فالمجنون والصبي غير المميز والناسي والمخطئ والنائم وأمثالهم مسؤولون مدنياً عن أفعالهم لئال غير ، وهذا ما اخذ به المشرع العراقي بالمسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي تقوم على العناصر الثلاثة الأتية:- (العمل غير المشروع + الضرر + العلاقة السببية بينهما) ، أما في القانون فأنها تقوم على (الخطأ + الضرر + علاقة السببية بينهما) وهذا بخلاف المتسبب ففي ضمانه ومسؤوليته لا يوجد خلاف بين الفقه الإسلامي والقانون ،

٣٣

فلا تقوم المسؤولية إلا بعد توافر العناصر الثلاثة. (الخطأ والضرر والعلاقة السببية) فمن ربط دابته وقطعت الحبل فدخلت مزرعة فأتلفتها لا يكون ما لكها صنماناً اذا لم يكن مقصراً في الربط.

الخطأ في القانون:- هو إخلال بواجب قانوني مع ادراك المخل إياه .فهو يتكون من عنصرين ، موضوعي وهو الأخلال بواجب قانوني. وشخصي وهو التمييز أو الإدراك.

والواجبات التي يعد الإخلال بها خطأ في الجرائم تحدد بالنصوص القانونية بناءً على قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص). وفي المسائل المدنية تحدد بنصوص قانونية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة أو بالقواعد العامة ، وبناءً على ذلك يكون الخطأ الجنائي الذي تقوم عليه المسؤولية الجنائية هو مخالفة واجب قانوني تكلفته قوانين العقوبات بنص خاص ، والخطأ المدني الذي تبنى عليه المسؤولية المدنية هو إخلال بأي واجب قانوني ولو لم تتكفله قوانين العقوبات.

وبناء على ذلك يكون الخطأ الجنائي اخص مطلقاً من المدني ، فكلما تحقق يتحقق المدني دون العكس ، لكن من حيث الانتقاء يكون الأمر بالعكس فكلما انتفى الخطأ المدني ينتفي الخطأ الجنائي دون العكس.

## ((الشرط))

ال شرط لغةً يعني العلامة ، كما في قول تعالى ((فهل ينظرون الى الساعة أن تأتيهم بغتةً فقد جاء أشراطها)) أي علاماتها.

وفي الاصطلاح الشرعي - أو القانوني - فهو يعني ما يتوقف عليه الشيء وجوداً أو صفةً دون أن يكون جزءاً من حقيقته بحيث يلزم من عدمه العدم

٣٤

ولا يلزم من وجوده الوجود - كحضور الشاهدين في عقد الزواج فلا يلزم من الحضور إكمال الزواج لكن يلزم من عدمه عدم صحته عند الجمهور -

أما عند الشيعة فهو ليس شرطاً.

أنواع الشرط: ينقسم الشرط باعتبارات مختلفة إلى أنواع متعددة أهمها:.

أولاً: من حيث مصدره شرعي أو عقلي أو عادي أو قانوني أو جعلي:.

١- الشرط الشرعي: وهو وصف ظاهر منضبط جعل الشارع وجوده ضرورياً لانعقاد التصرف

أولصحته أو لنفاذه أو لزومه .

أ- في العبارات ،النيه شرط لا انعقادها ،والوضوء شرط لصحة الصلاة .

ب - في المعاملات المالية ،التميز شرط لا انعقادها ، والقدرة على تسليم محل العقد شرط لصحته

والأهلية الكاملة شرط لصحة التبرعات ، والولاية على التصرف أو على محله شرط لنفاذه ، وخلو التصرف مما يبرر فسخه شرط لزومه.

ح - في عقد الزواج ،فهم كل من المتعاقدين وموافقة الإيجاب للقبول شرط لانعقاده ، وحضور الشاهدين شرط لصحته (عند الجمهور)، والولاية على

إنشائه شرط لنفاذه (عند الحنفية).

٢- الشرط العقلي.. وهو الذي يتوقف عليه وجود الشيء بمقتضى العقل كالحياة للعلم ، فالعقل يقضى

بأن الكائنات غير الحيه لا علم لها لأن الحياة من شروطه . وكالماء والهواء فانهما من شروط الحياة واستمراريتها عقلاً.

٣- الشرط العادي.. وهو الذي يتوقف عليه وجود الشيء عادةً ، كنصب السلم لصعود السطح.

٣٥

٤- الشرط القانوني.. وهو الذي يكون مصدره القانون ، ومن الشروط القانونية شروط التعيين في

وظائف الدولة ، وشروط القبول في الكليات ، وشروط القبول في المعهد القضائي ، وهكذا.

٥- الشرط الجعلي (أو اللغوي) : وهو الشرط الذي يكون مصدره إرادة المتعاقدين وعبارته عن جملة شرطيه مصدره بأداة من أدوات الشرط مثل (إن ، إذا) وهو لا يتعلق إلا بالمستقبل . أما الماضي فلا دخل له فيها.

وبموجبه يتحدد آثار العقد كالبيع بشرط تسليم الثمن قبل تسليم المبيع أو بشرط تقسيط الثمن أو بشرط

أن تكون نفقات الشحن أو النقل على أحد الطرفين الذي يحدد في العقد.

والشرط الجعلي (أو اللغوي) يعتبر بمثابة السبب لأنه يلزم من وجوده وجود المشروط ، ومن عدمه عدم وهذا هو شأن السبب وطبيعته بخلاف الشرط غير الجعلي حيث لا يلزم من وجوده وجود المشروط.

الفرق بين تعليق العقد على الشرط الجعلي وبين اقترانه به..

أ- الشرط المعلق عليه العقد.. وهو الشرط الذي يتوقف عليه مصير أصل العقد ذاته بقاءً وانقضاءً،

كالعقد المعلق على شرط فاسخ أو شرط واقف.

١- العقد المعلق على شرط فاسخ :. وهذا العقد يكون منعقد ونافذ ينشئ آثاره كاملة منذ انعقاده ،ولكنه غير لازم (معرض للفسخ) فاذا فسخ زالت آثاره بالأثر الرجعي مالم يدل هناك على خلاف ذلك ،كمن وهب داره لأرملة أخيه المتوفى على أن لا تتزوج وتبقى متفرغه لشؤون أولاد أخيه وتربيتهم ،فاذا تزوجت تنفسخ الهبة تلقائياً ولكن ليس بالأثر الرجعي لأن طبيعة العقد لا تقبل ذلك.

٣٦

وعليه فان الشرط الفاسخ هو الذي يتوقف عليه زوال العقد ،فالمعلق على شرط فأسخ ينتقل الى الخلف سواء أكان عاماً أم خاصاً ، مع الاحتفاظ بصفة عدم اللزوم ،وإذا لم يتحقق الشرط استمر العقد والتصرف والالتزام .

٢- الشرط الواقف :. وهو الذي يتوقف عليه نفاذ العقد (تترتب الآثار عليه) فهو أما أن يتحقق أو لا يتحقق ،فاذا تحقق يعتبر العقد نافذاً من تاريخ إنشائه لا من وقت تحقق الشرط، عملاً بفكرة الأثر الرجعي ،وإذا تخلف مات العقد الموقوف بدون أن يترك أثر .كمن وهب سيارته على أن يتم نقله الى بلد آخر ، فاذا نقل فالعقد يتحول من كونه موقوفاً الى عقد بسيط تترتب عليه آثاره منذ وقت إنشائه ،وإذا لم يتم نقله يعتبر كأنه لم يكن أصلاً .

ب - الشرط المقترن بالعقد :. وهو الذي لا يؤثر على أصل العقد بقاءً وزوالاً ولا على آثاره الأصلية

وإنما يؤثر على الآثار الفرعية ، كالشرط الجزائي وهو اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ أو التأخير فيه.

الآثار الأصلية والآثار الفرعية :. ميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين حكم العقد وحقوق العقد.

أ- حكم العقد: عبارة عن أثاره الأصلية التي تترتب عليه فور انعقاده نافذاً وهي انتقال ملكية كل في المبيع الى المشتري وينتقل الحق الشخصي في الثمن الى البائع بمقتضى الشرع سواء أراد المتعاقدان ذلك أم لا . وعليه ليس للمتعاقدين هنا سلطة تقييد وتحديد هذه الأثار الأصلية بالشروط الجعيلة إلا إن العقود العينية كاطبه والقرض تنشئ الالتزام ولكن لا تنقل الملكية إلا بعد التسليم ، وهذا ما جاء في المادة (٦٠٣) من القانون المدني العراقي (لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض).

٣٧

ب - حقوق العقد: عبارة عن أثاره الفرعية التي تتعلق بالالتزامات المترتبة على العقد وكيفية وفاء كل من المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، فهذه الحقوق (الآثار الفرعية ) تقبل التحديد والتقييد بالشروط الجعيلة ، كتحديد الطرف المسؤول عن نفقات الشحن أو النقل للمبيع مثلاً من البائع أو المشتري بالشروط الجعيلة في العقد . وكمثل كيفية دفع الثمن نقداً أو مؤجلاً ، جملة أو تقسيطاً . وكذلك تحديد وقت التسليم والتسلم للمبيع قبل دفع الثمن أو بعده ومكان التسليم ، وغير ذلك مما يتعلق بتنفيذ التزامات العقد . فكل ذلك يكون قابلاً لأن يحدد ويقيد بالشروط الجعيلة المقترن بالعقد . والآثار الذي يترتب على تخلف هذا الشرط هو حق التعويض لمن تم الشرط لمصلحته إذا كان هناك ضرر .

العقود التي تقبل التعليق على الشرط: ليس كل عقد يكون قابلاً لتعليقه على الشرط الجعيل ، بل تنقسم العقود هنالي ثلاثة أقسام .:

١- عقود تقبل التعليق على أي شرط جعيل .: وهي العقود غير اللازمة والتي لا يترتب عليها ضرر أحد المتعاقدين إذا علقت على أمر مستقبل ، ومن هذا النوع من العقود الوكالة والإعارة والوصية وعقد الرهن بالنسبة للمرتهن ، وعقد المضاربة .

ثالثاً: ينقسم المانع من حيث مداه الى مانع ابتداءً واستمراراً ومانع ابتداءً فقط، ومانع استمراراً فقط.

١. المانع ابتداءً (إنشاءً) واستمراراً: كمحرمات الزوج تحريماً مؤبداً فهي موانع صحة الزوج ابتداءً و استمراراً. فعلى سبيل المثال، يعد الرضاع مانعاً من إنشاء الزوج واستمراره. فإذا كان بين ذكر وأنثى أخوه في الرضاعة يكون الزواج بينهما باطلاً.

٤٣

٢. المانع ابتداءً لا استمراراً: فقد يكون المانع مؤثراً في الإبتداء يمنع صحة التصرف، ولكن إذا

تم التصرف ثم حصل المانع فانه لا يؤثر عليه وبالتالي لا يبطله على أساس قاعدة (البقاء أسهل من الإبتداء) ومن تطبيقات ذلك مثلاً فان المصاهرة التي تثبت من الزنا مانعه من إنشاء الزواج ولكن إذا حدثت أثناء الزواج لا تبطله عند الجعفرية، ولكن تبطله عند الحنفية.

وكذلك حالة الإحرام في الحج مانع من إنشاء الزواج في حالة إحرام الزوجين أو الزوج أو الولي عند الجمهور، ولكن بعد إنشاء الزواج إذا لبس الزوجان أو أحدهما الإحرام فلا يبطل زواجهما لانه مانع ابتداءً وليس مانع لإستمراره.

٣. المانع إستمراراً لا ابتداءً: كالطلاق مانع من إستمرار الزوجية، ولكن ليس مانعاً من إنشائها باستئناف الحياة الزوجية بعد الطلاق بعقد جديد، إذا لم يكن الطلاق لمره الثالثة.

رابعاً: باعتبار تأثيره على صفة العقد ينقسم المانع إلى:

١. المانع من الانعقاد: كالوقف فانه مانع من بيع الأموال الموقوفة إلا في حالة الضرورة، لأن رقبة المال الموقوف ترجع ملكيتها إلى الله سبحانه وتعالى فالموقوف عليه لا يملك إلا المنفعة فهي ملكية ناقصة.

١. المانع من الصحة.. كالربا حيث نعتبر الزيادة (القائدة) مانعه من صحة العقد ، فينقذ البيع الربوي أو القرض الربوي فاسداً عند الحنفية ، ويجب هنا إما فسخ العقد أو إزالة سبب الفساد ، فإذا أزيل سبب الفساد يتحول العقد إلى صحيح دون حاجة إلى إنشائه مره أخرى وبهذا يختلف العقد الفاسد عن العقد الباطل ، فإنه لا يتحول إلى صحيح بإزالة سبب البطلان بل بد من إنشائه مره أخرى .

٤٤

٣. المانع من النفاذ.. كتعلق حق الغير بمحل العقد ، كما في عقد الفضولي ، فإنه موقوف على إجازة المالك ، وكالوصية بأكثر من ثلث التركة ، فإنها موقوفة في الزيادة على إجازة الورثة بعد الوفاة . وتبرعات المريض مرض الموت بأكثر من ثلث التركة فإنها كالوصية يتوقف الزيادة على إجازة الورثة . وكنقص الأهلية فإنه مانع من صحة تبرعات ناقص الأهلية ومانع من نفاذ عقود المعاوضات التي يبرمها بدون إذن الولي فإنها تتوقف في نفاذها على إجازة الولي .

٤. المانع من لزوم العقد.. كعيب من عيوب الإرادة كالإكراه ، والغلط و التغرير مع الغبن الفاحش والاستغلال ، فإن هذه العيوب مانعة من لزوم التصرف في الفقه الإسلامية ، ويتفق معه الفقه الغزي حيث يعتبره قابلاً للأبطال ، وهو مصطلح يرادف عدم اللزوم ، ولم يأخذ به المشرع العراقي فعيوب الإرادة عنده من موانع نفاذ العقد .

خامساً: المانع من حيث المحل الذي يقول به ينقسم إلى:

١. المانع القائم بفاعل الفعل.. كالجنون والعتة والصغر والجهل والنوم والإغماء ، ونحو ذلك مما يعدم الإدراك والوعي فإنه مانع من مساءلة من يقوم به إذا ارتكب جريمة حين قيام المانع ، فلا يسأل جنائياً لعدم توافر الإدراك ، وبالتالي تخلف الركن المعنوي للجريمة لكنه مسؤول مدنياً عن تعويض الضرر .

٢. المانع القائم بالفعل المحذور المعاقب عليه شرعاً أو قانوناً :. ككون الفعل استعمالاً لحق الدفاع الشرعي أو لحق مقرر شرعاً كتأديب الولد والعملية الجراحية والألعاب الرياضية ، وكوقوع الفعل أداءً للواجب أو تنفيذاً لقصاص ، وغير ذلك من موانع المسؤولية الجنائية العائدة الى ذات الفعل .
٣. المانع الراجع إلى وسائل الإثبات :. كتراجع الشاهد عن شهادته في جرائم الحدود ، وكالتقادم المسقط.
٤. المانع العائد إلى صاحب الحق (محل الاعتداء) :. أما بولاية خاصة كتنازل الورثة (أو ولي الدم) عن القصاص ، أو بولاية عامة كإعفاء رئيس الدولة الجاني من عقوبة جريمة تعزيزه رعاية للمصلحة العامة .
- ٤٥

- سادساً: من حيث الثبات: ينقسم إلى:.
١. موانع ثابتة كمحرمات الزواج تحريماً مؤبداً.
٢. وموانع غير ثابتة كمحرمات الزواج تحريماً مؤقتاً.
- الفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي :. هناك فروقاً جوهرية بين الحكمين تتمثل بما يأتي :.
١. الحكم التكليفي يتعلق فقط بأفعال البالغين العاقلين ، بخلاف الحكم الوضعي فإنه من قبيل ربط السبب بمسببه أو الشرط بمشروطة أو المانع بممنوعة ، فلا يشترط فيه البلوغ والعقل بدليل وجوب التعويض في مال القاصر إذا أتلّف مال الغير .
٢. الحكم التكليفي يكون دائماً في تصرفات الإنسان ، بخلاف الحكم الوضعي فإنه كما يكون في التصرفات كالقتل سبب للعقوبة ومانع من الميراث ، فإنه كذلك يكون في الوقائع الشرعية الخارجة عن تصرفات الإنسان كالقرابة حيث جعلت سبباً للميراث ولوجوب النفقة ، والصغر والجنون جعلاً من موانع صحة التصرفات وهذه وقائع لا دخل لإرادة الإنسان في تكوينها.
٣. في الحكم التكليفي يشترط علم المكلف بما يكلف به ، بخلاف الحكم الوضعي ، فالقاصر يلزم في ماله تعويض إتلافه ، ويجب الزكاة في نصابه رغم عدم علمه بذلك لعدم إدراكه .

٤. في الحكم التكليفي يشترط القدرة على الحكم المكلف به ، بخلاف الحكم  
الوضعي فلا يشترط أن يكون من مقدور الإنسان . هذا ويرى البعض بأنه  
(يستثنى من عدم اشتراط العلم والقدرة الأسباب التي توجب العقوبات - أي  
الأسباب الإجرامية - والأسباب التي تنقل الأملاك كالعقود والتصرفات  
الانفرادية - الإرادة المنفردة - فيشترط في هذين النوعين ( العلم والقدرة ) .

وإن اشتراط هذين الشرطين استثناء يرجع إلى سببين .:

الأول: . كون هذه الأسباب من الأحكام التكليفية ، كما إنها من الأحكام  
الوضعية .

٤٦

الثاني: . أن العلم والقدرة من شروط تأثير هذه الأسباب لا لأجل تكوينها  
واعتبارها من الأحكام الوضعية ، وتخلفهما يعتبر من موانع هذه الأسباب .  
٥. خطاب التكليف إنشاء لأنه طلب وأمر بالفعل أو الترك ، أما خطاب الوضع  
فانه خبر أي أن الشارع قد أخبرنا بوجود أحكام عند وجود أمور معينة  
وانتفاء هذه الأحكام عند انتفاء تلك الأمور ، كانه قال مثلاً (إذا وجد النصاب  
الذي هو سبب وجوب الزكاة والحوال الذي هو شرطة فاعلموا أنني قد أو جبت  
عليكم أداء الزكاة ، وإذا وجد الدين (المانع) أو أنتفى السبب أو الشرط فاعلموا  
أنها غير واجبة عليكم) هذا ورغم الفروق الجوهرية المذكورة في الحكمين  
التكليفي والوضعي فانهما كثيراً ما يجتمعان في بعض تصرفات الإنسان  
، كالبيع فانه من حيث كونه مباحاً أو مندوباً أو واجباً أو مكروهاً أو محرماً  
حسب ظروفه حكم تكليفي ومن حيث أنه سبب الملكية فهو حكم وضعي .  
والأتلاف من حيث أنه عمل غير مشروع حكم تكليفي ومن حيث أنه سبب  
التعويض فهو حكم وضعي . وقد يتحقق الحكم الوضعي بدون الحكم التكليفي  
وذلك في المجالات غير الخاضعة لسلطة الإنسان ، كالقراية سبب للميراث  
ولوجوب النفقة ، كالبلوغ والعقل فهما شرطان لصحة تصرفات الإنسان  
، وكالجنون فانه مانع من المسؤولية الجنائية ، فهذه الأمور من الأحكام

الوضعية فقط . فلا يتحقق فيها الحكم التكليفي لأن من شروط أن يكون المكلف به من مقدور الإنسان وقد يتحقق خطاب التكليف بدون خطاب الوضع كأداء الواجبات واجتتاب المحرمات .

### ((دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام))

النصوص الشرعية - أو القانونية - من حيث سريانها على المسائل وتناولها للأحكام تنقسم إلى ما يأتي: .

١. من حيث وضعها للمعاني (أو الأحكام) تتميز إما بالعمومية أو والخصوصية أو الاشتراك ، ومن حيث الاستعمال فيما وضعت له توصف بالحقيقة أو المجاز .

٤٨

٢. ومن حيث تناولها للأحكام يكون تناولها إما منطوقاً أو مفهوماً .

٣. ومن حيث الجلاء والخفاء تكون الدلالة على الأحكام إما قطعية أو ظنية أو غامضة .

### النصوص باعتبار المعاني وضعاً واستعمالاً: .

إذا وضع اللفظ لمعنى واحد على سبيل الانفراد بحيث إذا أطلق شمل أفراده على سبيل التناوب يسمى خاصاً - وإذا كان الشمول على سبيل الاستغراق دفعة واحدة يسمى عاماً ، وبناءً على ذلك يمكن اعتبار كل من الخاص والعام خاصاً إذا وضع لمعنى واحد ، ومشاركاً معنوياً لما يندرج تحت هذا المعنى من الأفراد والآحاد - ولا يوجد هناك تعارض بين كون الشيء الواحد خاصاً باعتبار لفظه ، ومشاركاً باعتبار معناه ، فالخصوص يكون من صفات اللفظ والعموم يكون من صفات المعنى .

أما إذا وضع اللفظ لمعنى واحد على سبيل الاشتراك بين جميع أفراده يسمى عاماً ، وإن وضع لأكثر من معنى واحد يسمى مشتركاً لفظياً لأنه مشترك بين جميع معانيه دون أية خصوصية لواحد منها . وإن استعمل اللفظ فيما وضع له

فيسمى حقيقة، إن أستعمل في غيره لعلاقه بينهما مع قرينه مانعه من إرادة الموضوع له فيسمى مجازاً.

### ((الخاص))

يعرف الخاص بأنه اللفظ الموضوع لمعنى واحد معلوم على الانفراد أو لعدد محصور . وهو إما واحد بالشخص أو واحد بالصنف أو واحد بالنوع أو واحد بالجنس.

١. الواحد بالشخص: وهو اللفظ الموضوع لمعنى مشخص ولا يشمل غيره، كما في أسماء الأعلام وأسماء الإشارة - فلو قال الولي لرجل (زوجتك ابنتي فاطمة)، يكون عقد الزواج منصباً على فاطمة المخصصة بالاسم دون سائر بناته. ولو قال (بعتك هذه السيارة) مشيراً إليها أمام المشتري -

٤٩

ينعقد العقد عليها، ولا يجوز تسليم سيارة أخرى بدلاً عنها إلا باتفاق الطرفين لأنها خصت بالإشارة.

٢. الواحد بالصنف: لو قال شخص لآخر (بعتك طناً من الأرز العنبر)، فيكون محل العقد هنا مخصصاً بصنف معين من الأرز، فلا يجوز تسليم صنف آخر بدلاً عنه إلا باتفاق الطرفين. وإذا هلك قبل القبض يجب مثله من نفس الصنف - وكذلك الحكم لو خصص العاقد في العقد صنفاً معيناً من الحنطة أو التمر أو غيرهما من أصناف المحصولات الزراعية.

٣. الواحد بالنوع: فلو قال الموصى (أو صيت لفلان بأغنامي أو أبقاري)، فيكون ما يملكه حين وفاته من الأغنام أو الأبقار للموصى له إن لم تزد قيمتها عن ثلث التركة، وتكون الزيادة موقوفه على إجازة الورثة ولا يجوز لمن ينفذ وصيته بعد الوفاة أن يسلم إلى الموصى له غير الغنم مثلاً، لأن الموصى خصص الموصى به وحدده بالنوع.

٤. الواحد بالجنس: وهو يعني جنس جميع الأنواع المندرجة تحته، كالعقار والمنقول. وفي ضوء التشريع العراقي فإن كل تصرف ينصب على العقار

بإستثناء الوصية يكون باطلاً ما لم يسجل في دائره التسجيل العقاري ،لفظ عقار جنس خاص وضع لكل ما لا يمكن نقله كالأرض والأشجار قبل قلعها ،فاذا باع شخص عقاراً (داراً أو بستاناً) ثم حصل الخلاف فيما يدخل في البيع ،وما لا يدخل ،فعلي القاضي هنا الرجوع الى المعنى القانوني للفظ العقار .فان لم يوجد يعمل بالمعنى العرفي في بلده .

حكم الخاص :اللفظ الخاص من حيث أنه موضوع لمعنى مخصوص تكون دلالته عليه قطعية فلا يحتاج في استنباط الحكم منه الى التفسير الاجتهادي ،لأن هذا التفسير عادةً يكون لنص يحتمل أكثر من معنى واحد .وإن المراد بالنص في القاعدة العامة (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص) هو النص الخاص ،أما النص العام أو المشترك فيجوز فيه الاجتهاد ،فالعام يجتهد فيه لمعرفة تخصيصه ،

٥٠

والمشترك أيضاً محل الاجتهاد لتحديد المعنى المقصود من بين المعاني التي وضع لها اللفظ بالاشتراك .ومن الأمثلة الشرعية للخاص في القرآن الكريم (مائة جلده) في قوله تعالى ((الزانية والزاني فاجلدوا كل واحدٍ منهما مائة جلده)) . فلا يجوز للقاضي هنا تبديل أو تعديل هذه العقوبة لأنها مدلول عليها بتعبير خاص يدل عليها ولأنه قطعيه .ومن الجدير بالذكر هنا أن قطعية دلالة الخاص على الحكم (أو المعنى) إنما هي باعتبار وضعه له وضعاً خاصاً .أما باعتبار استعماله فإنه قد يجوز أن يستعمل مجازاً في معنى آخر لوجود علاقة بين المعنيين مع قرينه مانعه من إرادة الموضوع له .وعلى سبيل المثال لفظ (ابن) خاص في لغة العرب للولد الذكر الصلبي ،ولكن يجوز استعماله للحفيد مجازاً عند وجود قرينه ،كما إذا أوصى شخص ببعض من أمواله لأبناء شخص آخر لم يكن له أبناء ولكن له أحفاد ،فالوصية تنصرف هنا إلى الإحفاد لان القاعدة العامة تقضي ((إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز)) وهذا مالا يتعارض مع قطعية دلالة الخاص باعتبار وضعه .

أنواع الخاص: للخاص من حيث صيغته وتعابيرته بالإرادة الظاهرة في النصوص وفي العقود وغيرها أنواع كثيرة أهمها: الأمر والنهي والمطلق والمقيد، لأن الحكم المخصوص إما أن يكون مدلولاً علياً بصيغة الأمر أو النهي أو بصيغة مطلقة أو مقيدة.

أولاً: الأمر: يعرف الأمر بأنه (طلب أداء من فعل، أو امتناع على وجه الحتم والإلزام مالم يقد دليل على خلاف ذلك) - كقوله تعالى ((وأقيموا الصلاة وأتوا الزكاة)) - وقوله ((فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور)). وعلى هذا الأساس يكون الحكم المدلول عليه لأمر الشارع أو المشرع - هو الإيجاب وأثره الوجوب والأداء المطلوب به هو الواجب، مالم تقم قرينه على خلاف ذلك. لأن الأمر نوع من أنواع الخاص ودلالة الخاص على المعنى الموضوع له قطعية،

٥١

ولكن قد يستعمل الأمر لمعانٍ آخر عند وجود القرائن. وقد ورد الأمر في القرآن الكريم لغير الوجوب من معاون أخرى كثيرة ومن هذه المعاني الندب كما في قوله تعالى ((فكاتبواهم إن علمتم فيهم خيراً)) والإباحة كما في قوله تعالى ((وإذا حللتم فاصطادوا)). والإكرام كما في قوله تعالى ((أدخلوا الجنة بما كنتم تعلمون))

