التعريف بأصول الفقه

عرف علماء الأصول (أصول الفقه) على انه العلم بالقواعد الممهدة لاستنباط الإحكام الشرعية الفرعية .

هذا التعريف منتقد لأسباب عدة .

والتعريف الصحيح والتي تدور كل التعريفات حول مضمونه هو (القواعد العامة التي يتوصل بها إلى استنباط الإحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية)

ولا بد من تحليل التعريف وذلك بتجزئته . مع ملاحظة ذكر التعريف اللغوي والاصطلاحي لأية لفظة.

دلالات النصوص وطرق استنباط الاحكام

النصوص الشرعية والقانونية من حيث سريانها على المسائل وتناولها للاحكام لها ثلاث اقسام :-

- من حيث وضعها (للاحكام) تتميز اما بالعمومية او الخاصة او المشتركة .
- من حيث الاستعمال يمكن ان توصف بالحقيقة او المجاز .
- من تناولها للاحكام فتكون اما منطوقة او مفهومة .
- من الوضوح والخفاء فتكون اما قطعية او ظنية او غامضة .

الفرق بين معنى الجنس والنوع والصنف والمشخص :-

ينبغي التمييز بين المفردتين او الشيئين من حيث الماهية وبين صفات .

- الجنس هو ما يندرج تحته امور مختلفة من حيث الماهية والصفات ، فاذا كان كل من الشيئين مختلفين من حيث الماهية والصفات فهذا جنس ،مثل ذلك الانسان من جنس الكائنات الحية .

- النوع هو ما يندرج تحته امور مختلفة من حيث الماهية ومتفقة من حيث الصفات . واذا كان الشيئين متفقين من حيث الماهية ومختلفين من حيث الصفات فهذا نوع ، مثال ذلك الانسان من بني نوعه .
- الصنف هو ما يندرج تحته امور متفقة من الماهية والصفات . واذا كانا الشيئين متفقين من حيث الماهية والصفات فهذا صنف ،ومثال ذلك ارز العنبر .
- المشخص قائم بذاته .

الخاص

يعرف الخاص على انه اللفظ الذي وضع الى معنى واحد معلوم على الانفراد. وهو اما يكون واحد بالشخص او واحد بالصنف او واحد بالنوع او واحد بالجنس .

١. واحد بالشخص مثل : اسماء الاعلام او اسماء الاشارة .

٢. واحد بالصنف مثل : جميع أصناف المحصولات الزراعية .

٣. واحد النوع مثل : الوصية بالأغنام دون بقية الحيوانات الأخرى من الأبقار وغيرها .

٤. واحد بالجنس مثل : العقار يعد جنسا لكل ما يندرج تحت معنى العقار من الأرض و المنشآت والأشجار قبل القلع .

حكم الخاص

تكون دلالة اللفظ الخاص على معناه او حكمه قطعية فلا يحتاج في استنباط الحكم الى تفسير اجتهادي .

ولعل المراد بالنص في القاعدة العامة (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص) هو النص الخاص الذي يحتوي على حكم واحد فقط لا غير . اما النص العام فيجوز فيه الاجتهاد لمعرفة تخصيصه . وكذلك النص المشترك يجوز فيه الاجتهاد لغرض بيان الحكم المقصود من بين المعاني التي وضع اللفظ لها بالاشتراك .

انواع الخاص

- الامر
- والنهي
- والمطلق والمقيد

الأمر

- عرف الأمر بتعريفات من قبل علماء الاصول وكلها تدور حول مضمون واحد هو:-
- (طلب اداء من فعل او امتناع ، على وجه الحتم والالزام ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك).
- ويشترط في الامر ان يكون موجه من الاعلى مرتبة الى الادنى مرتبة ، والا لم يعد امر. أي ان يكون فيه استعلاء .

حقيقة الامر

- **المعنى الحقيقي للأمر هو الوجوب** .
- لكن توجد صيغ للأمر ولكنها ليست امراً وانما تدل على معاني اخرى .
- ودلالة الأمر على معناه تكون قطعية لكونه نوع من انواع الخاص .

صيغ الامر

١. صيغة الامر المعروفة (افعل) في علمي الصرف والنحو مثل (اوفوا) في قوله تعالى ((يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود)).
٢. صيغة الفعل المضارع المصدر ب(لام الأمر) مثل (لينفق) في قوله تعالى ((لينفق ذو سعة من سعته)).
٣. الجملة الخبرية المستعملة لمعنى الجملة الطلبية مثل (يُرضِعنَ) في قوله تعالى ((والوالدات يُرضِعنَ اولادهن حولين كاملين)).
٤. تعابير اخرى مثل ((كُتِب)) و((فُرِض)).

كيفية التعرف على الامر في النصوص القانونية

تعرف الاوامر في القانون بالجزاء المترتب على مخالفتها من :-

١. بطلان التصرف .

٢. التعويض .

٣. العقوبة .

مقتضى الامر

- هل ان الامر يجب ان يكون تنفيذه على الفور ام فيه التراخي والتاجيل .وهل ان اداءه يكون لمرة واحدة في العمر ام للتكرار ؟

الجواب :- كل ما تم عرضه اعلاه يؤخذ من ادلة خارجة عن صيغة الامر أي ادلة منفصلة عن دليل الامر .

ويوجد تفصيل في الكتاب (ضرورة المراجعة).

حكم الامر الوارد بعد الحظر

- السؤال الذي يطرح هنا هو ما حكم الامر الذي يرد بعد حظر و كان الشيء محظور سابقا ثم اتى بعد ذلك امر بالقيام به .فما هو حكم الامر هل هو واجب ام مستحب ام مباح ؟
- الاصل ان امر الشارع المقدس (الله سبحانه وتعالى) غير مسبوق بالحظر ، لكن قد يرد امر مسبوق بحظر استثناءً .
- اختلف الفقهاء حول مدلول الامر الوارد بعد الحظر .

١. راي يذهب الى ان حكمه الاباحة .

٢. راي يذهب الى ان حكمه الوجوب .

٣. راي يذهب الى ان حكمه يكون الحكم السابق الذي كان قبل الحظر .

٤. رائينا ان نفرق بين حظر لم يسبق بالامر (اصلي) ...وبين حظر طارئ مسبوق بالامر

- في حالة الحظر الاصلي يكون حكم الامر الاباحة
- في حالة الحظر لطارئ يكون حكم الامر هو الحكم الذي كان عليه قبل الظرف الطارئ . أي بزوال الظرف الطارئ يرجع الامر الى ما كان عليه .

النهي

يعرف النهي في اللغة على انه (المنع ، ومن هنا جاءت تسمية العق بالنهى لانه ينهى صاحبه عما يخالف الصواب) .

وفي الاصطلاح :-

يعرف النهي بعدة تعريفات من قبل علماء الاصول لكن جميع هذه التعريفات تدور حول مضمون واحد هو:- (طلب الكف عن الفعل على وجه الحتم والالزام ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك)

والمعنى الحقيقي للنهي هو الحرمة . أي الشيء المنهي عنه محرم اتيانه او القيام به .

صيغ النهي

١) الفعل المضارع المصدر ب(لا) الناهية ، مثل (ولا تقربوا الزنى .....)

٢) مشتقات لفظة (التحريم) مثل (حرمت عليكم امهاتكم ....)

٣) مشتقات مادة (النهي) مثل (وينهى عن الفحشاء والمنكر)

٤) نفي الحل مثل (ولا يحل لكم ان تاخذوا مما آتيتموهن ..)

٥) اقتران الفعل بالوعيد بالعقاب مثل (فويل * للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون ...

٦) الاستفهام الانكاري مثل (أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين)

وتعرف النواهي في القانون من خلال اقتران الفعل بالجزاء مثل :-

- بطلان التصرف المنهي عنه .

- التعويض .
- العقوبة المقررة بموجب القانون العقابي

مقتضى النهي

النهي بخلاف الامر يجب ان يكون :-

- على الفور أي على الانسان ان يكف عن الفعل المنهي عنه فورا وبدون تراخي .
- وعلى التكرار والاستمرار مدى الحياة لما فيه من مضرة ومفسدة يجب التجنب عنها .

تأثير النهي على التصرف المنهي عنه

ان التصرف المنهي عنه قبيح :-

- لذاته
- لوصف لازم
- لوصف غير لازم

الجرائم

اذا كان الفعل المنهي عنه يوصف على انه جريمة فأن تاثير النهي عليها كلآتي :-

١. تعد الجريمة سببا لاستحقاق الفاعل المباشر وغير المباشر على العقوبات .
٢. لا يترتب على الافعال التي تعد من الجرائم أي اثر شرعي او قانوني اذ لايصبح السارق مالكا شرعيا للمال المسروق.

العبادات

لا يمكن تصور ان يتوجه النهي الى ذات العبادة لانها حسنة لذاتها ولكن يمكن ان يتوجه الى وصف لازم او غير لازم للعبادة .(**الوصف الازم أي التصرف الذي يرتبط بالتصرف ولا ينفصل عنه أي لا ينفك عنه وعكسه تماما الوصف غير الازم).**

تكون العبادة باطلة عير صحيحة اذا توجه النهي لوصف لازم لها مثل (صيام يوم العيد وفاءا للنذر).

تكون العبادة صحيحة اذا توجه النهي لوصف غير لازم للعبادة مثل الصلاة بماء مغصوب (مع الخلاف عند الجمهور).

يذهب الظاهرية والحنابلة الى عدم صحة العبادة للنهي عنها.

المعاملات المالية

١. يكون التصرف باطلا اذا كان النهي قد توجه الى ذات التصرف او عنصر من عناصره .

٢. يكون التصرف باطلا اذا كان النهي قد توجه الى الى وصف لازم للتصرف المنهي عنه فيكون التصرف باطلا ايضا .(**الوصف الازم أي التصرف الذي يرتبط بالتصرف ولا ينفصل عنه أي لا ينفك عنه).**

٣. اما اذا توجه النهي لوصف غير لازم للتصرف ، اختلف الفقهاء في ذلك :-

الجمهور يذهب الى ان التصرف صحيح والفاعل آثم امام الله عز وجل .

اما الظاهرية والزيدية فيذهبون الى بطلان التصرف مطلقا .

المعاملات غير المالية الزواج

اذا توجه النهي لذات عقد الزواج فيكون العقد باطلا كزواج المحرمات .

اما اذا توجه النهي لوصف لازم للعقد فيجعل منه فاسداً عند الحنفية وتترتب عليه بعض الاثار منها شرعية نسب الجنين ووجوب المهر للمرأة ووجوب العدة على المرأة وثبوت المصاهرة بالدخول وسقوط عقوبة الزنا مثال ذلك (زواج الشغار).

اما اذا توجه النهي الى وصف غير لازم لعقد الزواج .فعقد الزواج صحيح عند الجمهور وفاعله آثم عند الله عز وجل ، اما عند الظاهرية فالزواج باطل .

العام

- في اللغة يُعرف :- الشامل ،ويقال المطرُ شامل أي عام .

- في الاصطلاح يُعرف :- لفظ موضوع لمعنى واحد بحيث يشمل جميع ما يندرج تحته من الافراد دفعةً واحدةً ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك.
- التعريف الاصلح هو :- ما يستغرق الصالح له دفعة واحدة لغةً او عرفاً او عقلاً .

المعايير المعتمدة في تقسيمات صيغ العموم

- من حيث مصدر الدلالة .
- من حيث الهيئة والتركيب .
- من حيث الاستعمال .
- من حيث الظرفية والحال .
- من ذاتية الصيغ التي تدل على العموم .

صيغ العموم

اولا :- من حيث مصدر الدلالة على العموم :-

١. العموم اللغوي (يوضع من قبل اهل اللغة) مثل ((كل --جميع –معشر- الرجال –النساء – المجرمون)).
٢. العموم العرفي (يوضع من قبل اهل العرف) مثل ((أكل).
٣. العموم العقلي (دوران الحكم مع علته وجودا وعدما) مثل كلمة (أُف)).

ثانيا :- من حيث الهيئة والتركيب :-

١. العام بصيغته ومعناه :- جمع مذكر سالم وجمع المؤنث السالم .....الخ .
٢. العام بمعناه دون صيغته :- كل عبارة تفيد العموم ما عدا صيغ الجمع مثل (ما – أي – من)

ثالثا :- من حيث الاستعمال :-

١. قسم يستعمل لذي العقول (الانسان) :- مثل (من) كما في قوله تعالى ((من عمل صالحا فلنفسه)).

٢. قسم يستعمل لغي ذوي العقول (للجمادات والكائنات الحية غير الانسان):- مثل (ما) كما في قوله تعالى ((هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا)).والمادة (١١٧٥٠) من القانون المدني.

٣. قسم يستعمل لذوي العقول ولغير ذوي العقول :- مثل (أي) كما في المادة القانونية (١١٣٧٨) من قانون العقوبات .

رابعا :- من حيث الظرفية والحال :-

نستعمل معها الادوات الظرفية التي تستعمل للزمان وللمكان والاحوال مثل(متى- اين- كيف).

خامسا :- من حيث ذاتية وعرضية الصيغ :-

١. الصيغ التي تدل على العموم لذاتها وامثالها (اسماء الشرط –الاسماء الموصولة – الاسماء المؤكدة) .

٢. يكون في صفحة جديدة :-

الصيغ التي تدل على العموم لغيرها :-

يعني الصيغ التي تفيد العموم بواسطة ما ينظم اليها من :- (أل التعريف –الاضافة الى المعرفة – الوقوع في حيز النفي او النهي او الشرط او وصف عام)).

A. الجمع المحلى ب(ال) الاستغراق/ مثل [البحيرات والانهر والمجاورين] المادة ١١١٥ من القانون المدني .

B. الجمع المضاف الى المعرفة / [اموال الغائب] المادة ٩٧ /من قانون رعاية القاصرين .

C. الصفة المعرفة ب(ال) الاستغراق /مثل [السارق – السارقة – الزانية – الزاني] في القران الكريم .

D. المفرد المضاف الى المعرفة / مثل [نفقة الزوجة] المادة ١/٢٤ من قانون الاحوال الشخصية .

E. اللفظ النكرة اذا وقع في حيز او مجال احدى الحالات الاتية :-

اذا وقع في حيز :-

- ❖ النفي / مثل (لا ضرر ولا ضرار).
- ❖ النهي / مثل (لا يسخر قومٌ من قومٍ.....).
- ❖ الشرط / مثل (....ان جاءكم فاسقٌ بنبأٍ فتبينوا ان .....).
- ❖ وصف عام / مثل (قول معروف ومغفرة خير من صدقة يسبقها اذى)
- ❖ سياق الاستفهام الانكاري /مثل (هل تعلم له سميا).

قد يكون النص خاص في صياغته وعباراته ،لكنه يدل على العموم في حكمه .مثل ذلك عندما خاطب الله عز وجل النبي الاكرم (صل الله عليه وآله) { يا ايها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن } من صيغة الآية وعباراتها تدل ظاهرا على انها خاصة بالرسول (ص) لكن الحكم المراد منها عام يشمل جميع المسلمين .

التخصيص

كل التعريفات للتخصيص من قبل علماء الاصول تدور حول محور واحد هو **((قصر العام على بعض افراده بإخراج بعض مما يتناوله بدليل متصل بالنص او مستقل عنه)).**

وهذا التعريف يقتصر على جانب واحد من معنى التخصيص .

لذا التعريف المختار للتخصيص هو(بيان عدم شمولية حكم النص العام لبعض افراده بدليل متصل او منفصل) .

مثال ذلك :- قال تعالى (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون .....).

كلمة الرجال من صيغ العموم أي تدل على العموم الا ان هذا العموم غير مراد من قبل الشارع المقدس لذا خصصه بالحديث النبوي الشريف (لا يرث القاتل) أي ان الوراث اذا قتل المورث هنالك حكم خاص به هو حرمانه من الميراث

عناصر التخصيص

ان التخصيص يتطلب توافر عدة عناصر هي :-

١) وجود نص عام يدل ظاهرا على شمول جميع ما يندرج تحته من الافراد.

٢) ان يكون الحكم العام قابلا للتخصيص ببعض افراده.

٣) ان يكون الدليل المخصص معترف فيه في ميزان الشرع .

٤) ان يكون العموم غير مراد في الاصل .

٥) ان يكون المخصص صادرا من جهة عامة او مصدر عام.

٦) ان يتعلق التخصيص بالحكم .

٧) وجود تعارض ظاهري بين النص العام والنص (الدليل)الخاص .

أقسام الأدلة المخصصة

الدليل المخصص اما :-

ان يكون جزءا من النص الذي وردت فيه صيغة العموم .

او ان يكون مستقلا عن النص الذي وردت فيه صيغة العموم .

يسمى في الحالة الاولى (دليل مخصص متصل)

ويسمى في الحالة الثانية (دليل مخصص منفصل).

الأدلة المخصصة المتصلة

اهم الادلة المخصصة المتصلة المعروفة في اصول الفقه هي :-

١. الاستثناء

٢. الشرط

٣. الصفة

٤. الغاية

٥. بدل البعض من الكل .

الاستثناء

تعريفه

* عند الرجوع الى الاستثناء في قواعد علم النحو نجد ان الاستثناء يقسم الى قسمين :- الاستثناء المتصل والاستثناء المنقطع .
* الاستثناء المتصل هو الذي يكون المستثنى من جنس المستثنى منه .
* الاستثناء المنقطع هو الذي يكون المستثنى ليس من جنس المستثنى منه .

والذي يهمنا في موضوعنا هو الاستثناء المتصل .

ييكون الاستثناء من ثلاثة اركان وحسب المثال الاتي :-

المستثنى من ------- اداة ((الا)) الاستثناء ----------المستثنى

(لا يجوز توجيه اي سؤال الى الشاهد [الا] باذن القاضي او المحقق)

شروط التخصيص بالاستثناء

١) ان لا يكون الاستثناء من المستثنى المنقطع .

٢) ان يكون المستثنى متصلا بالمستثنى منه .

٣) ان يكون كل من المستثنى والمستثنى منه صادرين من جهة واحدة .

٤) ان لا يكون الاستثناء مستغرقا للمستثنى منه .

مثال ذلك :-

قوله تعالى ((والعصر * ان الانسان لفي خسر * **الا** الذين امنوا وعملوا الصالحات وتواصوا بالحق وتواصوا بالصبر)).

حكم الاستثناء الوارد بعد جمل متعددة

* مثال ذلك ((**والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبل لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون * الا الذين تابوا من بعد ذلك .....))**

اختلف الفقهاء حول رجوع الاستثناء على جميع الجمل التي تلي اداة الاستثناء :-

١. قال الجمهور من الاصوليين برجوع الاستثناء على جميع الجمل التي تاتي بعد اداة الاستثناء .

٢. قال البعض (الحنفية) برجوع الاستثناء على الجملة الاخيرة فقط .

٣. اتفق الجمهور على عدم رجوع الاستثناء على جملة (الثمانين جلدة) فقط والسبب لانها حق مشترك بين الله عز وجل والحق العبد ، فلا تسقط بالتوبة .

تخصيص النصوص القانونية العامة

١. هل يمكن ان يخصص القانون العام بقانون اخر صادر من جهة الاصدار ؟
٢. هل يمكن ان يخصص القانون العام بنص قانون دولة اخرى؟
٣. هل يمكن ان يخصص القانون العام من قبل القضاء ؟
٤. هل يمكن ان يخصص القانون العام بالقرارات الاضافية الصادرة من السلطة المخولة بموجب الدستور غير السلطة التشريعية ؟
٥. هل يمكن ان يخصص القانون العام بالتعليمات الوزارية ؟
٦. هل يمكن ان يخصص القانون العام بمقترحات مجلس شورى الدولة ؟
٧. هل يمكن ان يخصص القانون العام من قبل القاضي وفقا لاتفاق الطرفين او العرف او العدالة ؟

الاجابة

١. يجوز ان يخصص القانون بقانون اخر او بنص قانوني موجود في قانون اخر .
٢. لا يجوز تخصيص القانون بقانون دولة اخرى ، لكن للقاضي ان يسترشد به في النظر بالنزاع امامه.
٣. يجوز تحصيص القانون بالقرارات الاضافية الصادرة من السلطة التنفيذية والتي تكون لها قوة التشريع لما خوله لها الدستور .

٤. ويجوز تخصيص القانون بالتعليمات الوزارية وبمقترحات مجلس الدولة .
٥. ويجوز تخصيص القانون ايضا من قبل القاضي في حالات تحقيق العدالة وبمقتضى اتفاق الطرفين والعرف لكن بشرط ان لا يكون النص العام من النصوص الامرة.

ملاحظة :- الامثلة في الكتاب مطلوبة وضرورية في الصفحة ٣٦٦-٣٦٧.

المشترك

يعرف المشترك على انه(ما وضع لاكثر من معنى باوضاع متعددة او لقدر مشترك فيه بوضع واحد).

هذا يدل على ان للمشترك نوعان :-

١. المشترك اللفظي

٢. المشترك المعنوي

المشترك اللفظي

يعرف على انه {{ما اتحد لفظه وتعدد وضعه ومعناه }}.

مثل لفظة العين ....كلمة واحدة ولها عدة معاني ، من معانيها :- العين الباصرة ،،، العين الجارية .....عين الشمس .....عيم الذهب .....الجاسوس .....الخ .

اين يحصل الاشتراك

يحص الاشتراك في :-

١. الاسماء :- مثل ((قرء)).

٢. الافعال :- مثل ((عسعس)).

٣. الحروف :- مثل ((حروف المعاني «ل» و «على»؟

معاني حرف الجر {{ل}}

الظرفية .(ونضع الموازين القسط ليوم القيامة)

للصيرورة والعاقبة والمآل : (فالتقطه ال فرعون ليكون لهم عدوا وحزنا))

التعليل : (وانزلنا اليك الذكر لتبين لهم ما نزل اليهم)

الاختيار والصلاحية ☹ للمحكمة ان تاذن للصغير المميز .....)

الملكية : (اذا كان للوديع دين عللى صاحب الوديعة .....)

السببية : (لا يلزم ناقص الاهلية اذا ابطل لنقص اهليته...ز٩

معاني حرف الجر { على }

الالزام والايجاب /((ولله على الناس حج البيت .....))

التعليل /(ولتكبوا الله على ما هداكم .....)

الظرفية /(ودخل المدينة على حين غفلة من اهلها ...)

المقابل والبدل /((وتجوز شركة الاعمال على ان يكون المكان من بعض ...)

الشرطية /(بعتك داري هذه بكذا على ان تسلمني الثمن نقدا ...)

المضرة /((لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت))

المشترك المعنوي

تعريفه

لفظ وضع بوضع واحد لغة او شرعا او قانونا ،،لمعنى مشترك بين عدة انواع او اصناف او افراد.

مثال ذلك :- لفظ (الجريمة) وضع من حيث الشرع والقانون لمعنى (فعل محظور معاقب عليه) . وهذا المعنى مشترك بين جميع انواع الجرائم .

تأثير المشترك المعنوي في غموض النصوص

له تاثير كبير في غموض النصوص وبالتالي يؤدي الى الاختلاف في تفسير النص القانوني والشرعي .

مثال ذلك :- لفظ (القاتل) مشترك معنوي بين جميع انواع القتل (العمد –الخطأ – اداء لواجب – دفاع عن النفس) .مما ادى الى اختلاف الفقهاء في تحديد معنى القتل المانع من الميراث في الحديث النبوي الشريف (لا يرث القاتل) .

موقف القانون من القتل المانع من الميراث

لم يتطرق المشرع العراقي لتحديد القتل المانع من الميراث . وعمل على احالة القاضي في هذا الموضوع الى الفقه الاسلامي استنادا الى المادة (٩٠) من قانون الاحوال الشخصية .

وهذا يؤدي الى غموض النص و بالتالي تؤدي الى ارباك القاضي وتعارض الاحكام القضائية .

هذا يدفعنا الى حث المشرع الى تفادي هذا النقص التشريعي وتحديد الصنف المانع من الميراث وايضا الوصية في المادة (٢/٦٨) من قانون الاحوال الشخصية .