

تعارض النصوص وتزاحمها وآلية معالجتها دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

م.د. أحمد حسن حطاب
كلية التربية/ جامعة الكوفة

ahmedh.almutairi@uokufa.edu.iq

أ.د. جواد أحمد البهادلي
كلية القانون - جامعة الكوفة

jawada.albahadli@uokufa.edu.iq

المفصّل:

ينطلق هذا البحث من تساؤل رئيسي حول مدى التوافق والاختلاف بين منهجي الفقهاء والقانونيين في فهم النص الشرعي والقانوني ومعالجته، وما إذا كانا ينطلقان من ذات الأسس المنهجية ويركز على حقيقة اعتماد الفقهاء على أصول الفقه ومقاصد الشريعة عند قراءة أي نص، مما يؤثر تساؤلات حول درجة اعتماد دارسي القانون على هذه الأسس الفقهية في تفسير النصوص القانونية، وأسباب عودتهم إليها إن وجدت ويهدف البحث إلى الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال الجمع بين التنظير الأصولي والتطبيق القانوني، ساعياً لتحديد نقاط الالتقاء والحاجة المشتركة بين المشرع الدستوري والقانوني والقاضي والمحامي والفقهاء وينظم البحث في تمهيد يتناول توظيف أصول الفقه في الدرس القانوني، يليه ثلاثة مباحث رئيسة تناقش مفهومي النص والتعارض، ومرجحات التعارض وآليات الترجيح عند كل من الفقهاء والقانونيين، ثم تقدم نماذج تطبيقية عملية، ويختم البحث باستخلاص النتائج التي تم التوصل إليها.

الكلمات المفتاحية: أصول الفقه؛ تعارض النصوص؛ الترجيح؛ القانون المدني؛ الفقه الإسلامي؛ الجمع العرفي؛ مرجحات الحديث؛ النظرية العامة للقانون؛ الاجتهاد القضائي.

Conflict and Competition of Legal Texts and the Mechanism for Addressing Them: A Comparative Study between Islamic Jurisprudence and Positive Law

Prof. Dr. Jawad Ahmed Al-Bahadli
College of Law - University of Kufa

Lecturer Dr. Ahmed Hassan Hattab
College of Education - University of Kufa

Abstract:

This research stems from a primary inquiry regarding the extent of convergence and divergence between the methodologies of Islamic jurists and legal scholars in understanding and handling both religious (Sharia) and legal texts, and whether they originate from the same foundational principles. It focuses on the established fact that jurists rely on the fundamentals of Islamic jurisprudence (Usul al-Fiqh) and the objectives of Sharia (Maqasid) when interpreting any text. This raises questions about the degree to which legal scholars depend on these jurisprudential foundations when interpreting legal texts, and the reasons for their recourse to them, if it exists. The research aims to answer these questions by integrating the theoretical framework of Usul al-Fiqh with practical legal application. It seeks to identify points of intersection and common needs among constitutional and legal legislators, judges, lawyers, and jurists. The study is organized into an introduction that addresses the utilization of Usul al-Fiqh in legal studies, followed by three main sections. These sections discuss the concepts of text and conflict, the

DOI: <https://doi.org/10.36317/kja/2026/v1.i67.23338>

Kufa Journal of Arts by University of Kufa is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.
مجلة آداب الكوفة - جامعة الكوفة مرخصة بموجب ترخيص المشاع الإبداعي 4.0 الدولي.



criteria for resolving conflicts (Tarjeeh) and the mechanisms of preference used by both jurists and legal scholars, and finally, present practical applied models. The research concludes by summarizing the key findings reached .

Keywords: Uṣūl al-fiqh; Conflict of evidences (Ta'āruḍ); Tarjīh (Preponderance); Islamic jurisprudence; Civil code; Comparative law; Sanhuri; Legal interpretation; Customary reconciliation (Jam'); Ijtihād.

المقدمة

الحمد لله الذي فتح لنا من أبواب العلم بربوبيته، وصلى الله على خاتم الأنبياء ومبلىغ رسالة السماء، منقذ البشرية، النبي العربي الأمي محمد المصطفى، وآله خير الورى الطيبين الطاهرين. وبعد...

أولاً: موضوع البحث: يعتبر موضوع دراستنا من الدراسات المقارنة التي تصب باتجاه فقه الشريعة والقانون، والذي يساعد على استفادة دارسو القانون منه لما له من صلة وثيقة بكثير من الفروع القانونية سواء أكانت في القانون العام أم القانون الخاص والذي يعد موضوع التعارض من أبرزها.

ثانياً: إشكالية البحث: ينطلق البحث من تساؤل من مدى توافق فقهاء الشريعة والقانونيين واختلافهم في فهم النص ومعالجته؟ هل انطلاقهما يكون من المنهج نفسه أو من غير ذلك؟ وغيرها من التساؤلات التي سيسفر عنها البحث في صفحاته القادمة. منطلقاً من حقيقة لا مناص عنها، هي أن الفقهاء عندما ينظرون لأي نص مهما كان يربطونه بأصول الفقه ومقاصد النص الشرعية. وهذه الحقيقة تفصح عن تساؤلات جديدة ألا وهي: هل ينطلق دارسو القانون ومفسروه في تفسيرهم للنص من أساس فقهي وشرعي بشكل كامل، أو بشكل جزئي أو يستغنون عنه؟ وإن رجع القانونيون إلى الفقه الإسلامي فما الوجه والسر في هذه العودة؟ ولماذا لا نرجع إلى أصول قانونية إن كانت موجودة، وإن لم تكن موجودة لماذا لا نؤسس لها ونستغني عن أصول الفقه الإسلامي؟

ثالثاً: أهمية البحث: نظراً لأهمية هذه التساؤلات ودقتها، وعدم طرح الإجابة عنها بشكل مستقل؛ بالرغم من وجودها بين ثنايا المؤلفات هنا وهناك. وتحقيقاً لإيجاد رد مناسب يتلقفه الباحثون، جاء هذا البحث جواباً موجزاً لهذه التساؤلات، جامعاً بين تنظير الفقه الأصولي، والتطبيق القانوني؛ لإيجاد نقاط الالتقاء ومواطن الحاجة التي يبتغيها شارح النص القانوني، المشرع القانوني والدستوري، والمحامي، والقاضي، والفقهاء.

رابعاً: هيكلية البحث: ارتسم البحث واتسق بعد المقدمة على وفق الخطة الآتية: جاء التمهيد موسوماً ب: توظيف أصول الفقه في الدرس القانوني، يبين فيه الباحثان كيف يُفيد القانون من مظاهر وأساليب وكذلك المرونة في الدرس الفقهي وأصوله. ثم جاء المبحث الأول معنوناً ب: قراءة في مفهومي النص والتعارض، عرّف فيه البحث المعنى العام والخاص لهذين المصطلحين وما يتعلق بهما من مفاهيم ومصطلحات أخر.

أما المبحث الثاني فجاء بعنوان: مرجحات باب التعارض عند الفقهاء والقانونيين وقد قسمه الباحثان على مطالب عدة مفصلاً عن المرجحات في النصوص المتعارضة، وآليات الترجيح عند الفقهاء والقانونيين. والمبحث الثالث: جاء عنوانه بـ: نماذج تطبيقية، قُسم على مطلبين، عُنون المطلب الأول بـ: تطبيقات في مفهومي تقديم الأهم على المهم، مواطن الجمع العرفي. أما المطلب الثاني فكان بعنوان: فروض التعارض عند القانونيين وأسلوب الفقه والقضاء في حلها. ثم ختم البحث بخاتمة بيّن فيها أهم ما توصل إليه البحث من نتائج، ومذليلاً بقائمة المصادر والمراجع التي اعتمدها الباحثان في البحث. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

التمهيد: توظيف أصول الفقه في الدرس القانوني

ارتأى الباحثان قبل بيان المفاهيم الواردة في العنوان، التي لها صلة وثيقة في حل مشكلات البحث، أن نبدأ ببيان العلاقة بين الفقه والقانون، أو بالأحرى كيف أفاد أصحاب القانون من أصول الفقه، والدرس الفقهي في درسه القانوني. وعليه سيسفر التمهيد عن فروع مختلفة توضح تلك الإفادة، يسبقها تعريفاً موجزاً عن معنى أصول الفقه حتى تكون الصورة واضحة أمام المتلقي، وعليه جاء التمهيد على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم أصول الفقه:

تتفق معاجم اللغة على أن الأصل: أسفل الشيء (الفيروز أبادي، د.ت، ج ٣/ص ٣٢٨) ولعل ما ذكره بعضهم من أن معنى الأصل لغة: ما يبني عليه غيره أو ما يرتكز عليه الشيء وبينى (الحكيم، ١٩٦٣م، ٣٩) يرجع إلى ما نقلناه عن بعض كتب اللغة. والأصل في عرف العلماء ولاسيما الأصوليين منهم والفقهاء يستعمل في عدة معان، منها: أ. الراجح: كقولهم: (الأصل في الكلام الحقيقة). ب. ما يتفرع عليه غيره: كقولهم: حكم الخمر أصل لحكم النبيذ. ج. الدليل: كقولهم: الأصل في المسألة هو الإجماع. د. القاعدة: كقوله: (بني الإسلام على خمسة أصول). هـ. ما يُثبت وظيفة عملية عند الجهل بالحكم: كالبراءة والاستصحاب (الاسنوي، د.ت، ٣٩ص) ولدى التأمل في هذه المعاني التي يراها بعض الباحثين متعددة أو مغايرة للمعنى اللغوي، نراها بأجمعها مصاديق لمفهوم واحد، وهو ما انتزعه البعض من المعنى اللغوي، وهو: (ما يبني عليه غيره ويرتكز). ولعلّ أيسر تعريفاته – إن لم نقل أسداً اصطلاحاً – كمجموع مركب هو: (القواعد التي يبني عليها استنباط الأحكام الفقهية) (البهادلي، ٢٠١٢م، ص ٢٢) فالقواعد: مجموعة قضايا عامة تندرج تحت كل واحدة منها جزئيات عديدة.

الفرع الثاني: أساليب تعزيز الدراسات الفقهية في الدرس القانوني المقارن:

لأجل تعميق مفاهيم الطالب في القانون المقارن، لابد من دراسة الفقه الإسلامي وأصوله دراسة كافية؛ لتسفر هذه الدراسة عن تخريج متخصص قادر على الرجوع إلى المؤلفات الفقهية والأصولية، قدر تعلق الأمر بدراسته القانونية، فضلاً عن تأكيد العناية بأصول الفقه الإسلامي؛ لأنه علم أصولي ثابت، لا تكاد الدراسات المعاصرة تضيف إليه شيئاً جديداً مبتكراً (البري، ١٣٩٨هـ، ١٣ص) وعليه ينبغي أن نعتني بالآتي:

- ١- توظيف بعض المباحث الأصولية في الحقل القانوني من خلال البحث في دلالات النصوص القانونية، كاعتبار النص عاماً أو خاصاً، مطلقاً أو مقيداً، مجملاً أو مبيناً، منطوقاً ومفهوماً.
- ٢- دراسة مدى إمكانية استعمال القياس في تفسير النصوص القانونية من خلال البحث عن نية التشريع المفترضة أو المحتملة.

الفرع الثالث: توظيف علم أصول الفقه في الدراسات القانونية:

قبل الخوض بالتطبيقات نفق على معطيات تصويرية لا غنى عن إدراكها مبدئياً وكالاتي:

١. النصوص القانونية فيها العام والمطلق والغامض... وغيرها، وهذا التعدد موجود في النصوص الشرعية كذلك. ومعلوم أنّ طرق معالجة أمثال ذلك أو كيفية التعامل معه، لا يتم إلا بالاستعانة بقواعد أصول الفقه.
 ٢. النصوص قد تتعارض، ورفع التعارض من قبل القاضي أو شارح القانون يحتاج إلى إتباع المنهج الأصولي من الجمع بين النصين؛ إذ إعمالهما خير من إهمال أحدهما، ومع عدم القدرة على ذلك فإعمال قواعد الترجيح، ونحو ذلك، من القواعد المبينة في مبحث الترجيح والتعادل بكتب أصول الفقه.
 ٣. لما كانت دلالات النصوص على الأحكام مختلفة، صريحة وضمنية، والحكم المأخوذ من النصوص قد يكون منطوقاً أو مفهوماً، والمنطوق تارة يكون صريحاً ومرة يكون غير صريح، والمفهوم مرة موافق للنصوص الأخرى، ومرة يكون مخالفاً له. وليس لغير الأصولي المعرفة والدراية الكافية بالإلمام بمثل هذه الشقوق وغيرها؛ ولذا: فإعداد أي مشروع لقانون ما، لابد أن يكون لواعيه إماماً بهذا العلم؛ خروجاً عن التعقيد، ووضوحاً بالنص بدلالة معتبرة تحتم على القاضي الحكم بغير ما ينطبق عليه الحكم الآخر، بتغيير القيد أو الشرط المعتبر فيه.
 ٤. معرفة طبيعة التصرفات القانونية وتميزها من أحكامها، وتحديد ما يعتبر ركناً، وما هو شرط فيها، تحتم على كل باحث قانوني التعرف فيها على مطالب أصول الفقه.
 ٥. يصعب على مفسري وشرّاح القانون الوصول إلى عمق النصوص؛ لبيان قصد المشرع وإيصاله لذهنية الطالب أو القضاء ما لم يكن مسلحاً بقواعد الأصول.
- وكنموذج تطبيقي- للتمثيل لا الحصر- على ما تقدم؛ من اعتبار النص الخاص يقيد النص العام نقول: (مما هو معلوم أن القانون المدني هو أساس القانون الخاص، ويتعين بالتالي تطبيق أحكامه

على كل علاقات القانون الخاص، وهذا فيما إذا لم يوجد نص آخر في قوانين أخرى يحكم العلاقة).

ولا يخفى أن القانون المدني الجزائري مثلاً استمد غالب أحكامه من القانون المدني المصري (القانون المدني الجزائري، ١٩٤٨م، رقم ١٣١م) - إن لم نقل إنه نسخة حرفية عنه. وهذا الأخير اقتبس أحكامه من القانون الفرنسي، وليس هذا فحسب؛ بل لوحظ أن بعض أحكامه جاءت متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية. ومع ذلك فيبقى قانوناً وضعياً؛ لأن الأساس الفلسفي والمبدأ الفكري الذي يقوم عليه هذا القانون وغيره من القوانين، ليس هو الأساس والمبدأ ذاته الذي يقوم عليه التشريع الإسلامي. وهذا التلاقح بين الأحكام يؤدي إلى إيجابيات أو سلبيات وسنلاحظ ذلك لاحقاً. فقد نتج عن تقنين أحكام الأسرة في قانون الأسرة تعارض في المنظومات القانونية، منظومة مستمدة من الشريعة الإسلامية، أو تحيل إليها فيما لا نص فيه، طبقاً (للمادة ٢٢٢ من قانون الأسرة الجزائري)، وأحكام أخرى وضعية تتعارض مع الأحكام الشرعية، أو لا تتلاءم مع السياسة الشرعية. وقد طرح ذلك للنقاش، ولإزالة، من ضمن المنظومة القانونية الجزائرية. ولنضرب لذلك مثالين على النحو الآتي:

المثال الأول: حين تطرق قانون الأسرة للأحكام المقررة على تصرفات ناقص الأهلية، فقد وصف بعض العقود التي يبرمها وهي الدائرة بين النفع والضرر كالبيع، والإيجار... بأنها عقود موقوفة، تماشياً مع ما قرره الفقه الإسلامي، في حين يعتبر القانون المدني تلك العقود بأنها قابلة للإبطال، أو كما يسميها القانونيون بالبطلان النسبي. وشتان بين المصطلحين معنى وأثراً.

فالمصطلح الأول: كما قرره السهوري هو وقاية للتصرفات.

والمصطلح الثاني: هو علاج لها، والوقاية أفضل من العلاج.

فهل يعد القانون المدني عاماً، وقانون الأسرة خاصاً، والخاص يقيد العام، أو يعد ذلك صورة من صور الإلغاء الضمني، على اعتبار الثاني قد صدر عقب الأول فيلغيه جزئياً، أو أن انسجام المنظومة المتعلقة بالمعاملات المالية يقتضي العمل بأحكام القانون المدني؟ تساؤلات بحاجة لجواب فاعل وواقع نتعامل على أساسه.

المثال الثاني: في ضمن المسألة نفسها ما أورده (المادة ٤٢ من قانون الأوقاف الجزائري رقم ٩١/١٠ الصادر بتاريخ ٢٧/٤/١٩٩١م المعدل والمتمم)، حين إيرادها لصيغ استثمار وتنمية الأوقاف، قال: (توَجَر الأُملاك الوُقُوفية وفقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول والشريعة الإسلامية). والقارئ للنص يلحظ أن هناك إحالتان لا إحالة واحدة.

الإحالة الأولى: كانت على أحكام الإيجار في القانون المدني، والقانون التجاري، وأيضاً قانون التوجيه العقاري؛ على اعتبار أن العقد يتعلق بمعاملة مدنية أو إيجار تجاري، أو أن محل المعاملة هو ملك عقاري.

وإحالة الثانية: كانت على أحكام الشريعة الإسلامية، على اعتبار الطابع الخاص للملك الوقفي، وأنه مستمد من أحكام الشريعة الغراء.

فهل تطبيق النصوص القانونية والتنظيمية السارية بهدف الحفاظ على انسجام المنظومة القانونية حتى لو، تعارضت مع المقاصد الشرعية للأوقاف، أو تطبق أحكام الشريعة الإسلامية محافظة على خصوصية تقنين الأوقاف؟

هذه مسألة من عديد المسائل التي تقتضي منا ترسيخ بعض الاصطلاحات الأصولية لدى الباحث القانوني، أو حتى المشتغلين بالقضاء؛ بهدف تحقيق أهداف القانون، وانسجام المنظومة القانونية ككل.

ويمكن أن يتجسد تطبيق علم أصول الفقه فيما يتعلق بطرق تفسير القانون؛ إذ ليست كل القواعد القانونية واضحة المعنى غير مشوبة بعيب يعلها، فقد تكون غير واضحة المفهوم، أو شابها عيب من العيوب، وقد يطرح التشريع مشاكل بالنسبة للقاضي لم تكن في حساب واضعه؛ لذلك كانت القاعدة القانونية بحاجة إلى تفسير.

ويُقصد بطرق التفسير الوسائل التي يستعملها المفسر قاضياً أو فقيهاً؛ لتحديد معنى القاعدة القانونية، وقد يجد المفسر نفسه أمام نص واضح سليم، وقد يكون أمام نص غامض، وفي أحيان أخر قد لا يوجد نص في المسألة أصلاً.

الفرع الرابع: مظاهر المرونة في الفقه الإسلامي والافادة منه في إثراء البحث القانوني: إن تطور المجتمع وحرركته الدائبة يترتب عليها تجدد الحاجات، وظهور مسائل لم تكن معروفة من قبل، وليس لها عند القدماء من الفقهاء حكماً؛ لتناهي النصوص وعدم تناهي الحاجات والحوادث.

وإذا تعين على الباحث في مبادئ الشريعة الإسلامية عند مقارنتها ببعض المسائل القانونية، فإنه سيلقى في ذلك مشقة شديدة. إلا إن تلك المشقة تخففها مظاهر المرونة التي تتسم بها الشريعة الإسلامية، التي تعد من أهم سماتها.

إذ تتسم مرونة الشريعة في قابليتها على استيعاب الجزئيات بعد العلم بأن فيها أحكاماً ثانوية، ووظائف عملية، ورخص، ومواطن أخر، التي تكون قادرة على احتواء جميع المفردات الصغرى، وضمها إلى الكبرى المناسبة لها. كلٌّ بطرفه ومدخلاته وما تقتضيه صفته حينها. وهذه المرونة في الفقه الإسلامي يمكن الافادة منه في إثراء البحث القانوني وتفسيره.

المبحث الأول

مفهومي النص والتعارض في الفقه والقانون

سيتم في هذا المبحث بيان مفهومي النص والتعارض؛ لصلتهما الوثيقة في الإفصاح عن مآرب البحث وما يريد أن يصل إليه من نتائج.

المطلب الأول

قراءة في مفهوم النص

أولاً: المفهوم العام للنص:

تتعدد تعريفات النص وتختلف تبعاً لتعدد الاتجاهات اللغوية التي يتبناها أصحاب هذه التعريفات، ونذكر بعضها، والتي تتجه إلى أنه:

- ١- وحدة مترابطة تركيبياً متماسكة دلاليًا، ذات وظيفة اتصالية محددة، ووحدة ذات بنية معقدة (بحيري، ٢٠٠٤م، ص ١٠٠)
- ٢- (سلسلة من الجمل، كل منها يفيد السامع مع فائدة يحسن السكوت عليها، وهو مجرد حاصل للجمل أو لنماذج الجمل الداخلة في تشكيله) (مصلوخ، ١٩٨٩م، ٤٠٦ص-٤٠٧)
- ٣- (أية قطعة ذات دلالة وذات وظيفية، ومن ثم فهي قطعة مثمرة من الكلام) (البحيري، ٢٠٠٤م، ص ٩٥)
- ٤- (القول المكثفي بذاته، والمكتمل في دلالته) (فضل، ١٩٩٢م، ص ٢٣٢)
- ٥- (تتابع مترابط من الجمل. أو هو: تتابع متماسك من علامات لغوية، أو مركبات من علامات لغوية لا تدخل تحت أية وحدة لغوية أخرى أشمل) (بحيري، ٢٠٠٤م، ص ١٠١)
- ٦- (عبارات محددة بألفاظها يراد بها معنى من المعاني، وهو عبارات مكتوبة أو مروية تثبت برسمها ويتناقلها الناس بحرفها، وإن المتلقي لها يستخلص منها دلالات فكرية حول معنى من المعاني ويرتب عليها النتائج، بمعنى أنها تشكل صيغة من العبارات المحددة بكلمات وألفاظ تفيد معاني وتنتقل إلى الناس بالقراءة أو بالسماع، وهم يتعاملون معها ويتفاعلون معها) (البشري، ٢٠٠٧م، ص ٣-١)
- ٧- مجموعة منظمة من القضايا أو المركبات العضوية، تترايط بعضها مع بعض، على أساس محوري موضوعي أو جملة أسس، من خلال علاقات منطقية دلالية (بحيري، ٢٠٠٤م، ١٠١)
- ٨- تتابع محدود من علامات لغوية، متماسكة في ذاتها، وتشير بوصفها كلاً إلى وظيفة تواصلية مدركة (برينكر، ٢٠٠٥م، ٢٧ص)

ثانياً: المفهوم الخاص للنص:

مثلما يكون للنص مفهوم عام وإن تعددت آراء الباحثين فيه، فهناك مفهوم خاص له أيضاً، ويكون على نوعين، هما:

أ- النص الفقهي: ويراد منه الآيات القرآنية والأحاديث الشريفة.

ب- النص الأصولي: ويراد به القطع ومنه ما اشتهر من قاعدة لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص.

ولا يخفى أن دلالة النصوص على الأحكام منها قطعية كقوله تعالى: (الرَّانِيَةُ وَالرَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْسَ لَهُ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ) (سورة النور: آية ٢) ومنها ظنية كقوله تعالى: (وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ) (سورة البقرة: آية ٢٢٨) ومما هو معلوم أن الاجتهاد ظني، والنص قطعي؛ وحينئذ لا يجوز الاجتهاد للوصول إلى قضية ما مادام هناك نص قطعي الدلالة (البهادلبي، ٢٠١٢م، ٢٤٨).

المطلب الثاني

مفهوم التعارض

الفرع الأول: معنى التعارض في اللغة والاصطلاح

التعارض - لغة - يستعمل في التمانع، بأن يمنع أحد المتعارضين صاحبه. وبهذا المعنى قيل: المعارض من الإبل: العلوq التي ترام بأنفها وتمنع درّه. والمعارضة بأن يكون عرض فعل كعرض فعل آخر (الفيروز أبادي، د.ت، ج ٢/ص ٣٦٦) ومما تقدم من معنى التعارض يستفاد أن كلاً من المتعارضين يمنع الآخر، وهذا المعنى لا يتحقق بإعراض أحدهما عن الآخر ومجانبته له وعدوله عنه، كما أفاده الشيخ المظفر، لا سيما أنه فسر التعارض بالتكاذب (المظفر، د.ت، ج ٤/ص ٢١٠)، والتكاذب أقرب إلى التمانع، ولا يقرب من العدول والمجانبة.

وبناءً على أن التعارض لغة التمانع، فليس للأصوليين في استعمالهم له مصطلح خاص بهم، سوى أنهم خصوه ببعض مصاديقه، وهذا ما يظهر من تعريفاتهم له.

- ١- عرفه صاحب الكفاية بـ: (تنافي الدليلين أو الأدلة بحسب الدلالة ومقام الإثبات على وجه التناقض أو التضاد حقيقة أو عرضاً) (الخراساني، نسخة حجرية)
- ٢- عرفه غيره من الأصوليين بـ: (التمانع بين الأدلة الشرعية مطلقاً، بحيث يقتضي أحدهما عدم ما يقتضيه الآخر) (الحاج، ١٣١٦هـ، ج ٣/٢٧٦)

ومن أجل تحديد مصداق التعارض عند الأصوليين في ضوء هذين التعريفين، علينا ذكر الشروط التي يجب توفرها في التعارض اللغوي؛ ليكون تعارضاً أصولياً.

الفرع الثاني: شروط التعارض (أنظر: البهادلبي: مختصر المفتاح، ص ٤٠١):

١. أن يكون المتعارضان دليلين شرعيين تثبت بالدليل القاطع حجيت كل منهما لو لم يعارضه الدليل الآخر؛ إذ لو كان أحدهما لم تثبت حجيت لا يعارض ما تثبت حجيت، وكذا لو كانا معاً لم تثبت حجيتهما؛ لأن التعارض هو التمانع بين الأدلة أو تنافيها.
٢. أن يكون التنافي بين الدليلين بوصفهما دليلين، أي باعتبار ما يدلان عليه من حكم، كأن يدل أحدهما على الوجوب والآخر على التحريم، فأصل التنافي بين المدلولين، ويوصف الدليلان

بالتنافي لما بين مدلوليهما من تنافٍ؛ ولذا أوضح صاحب الكفاية قوله في التعريف: (تنافي الدليلين) بقوله: (بحسب الدلالة... على وجه التناقض أو التضاد).
والتنافي بين الدليلين قد يكون حقيقياً، كالتنافي بين الوجوب والتحريم؛ إذ يستحيل التكليف بالإلزام بالفعل وتركه في آن واحد. وقد يكون تنافي الدليلين عَرَضياً، كالتنافي بين الدليل الموجب للصلاة الرباعية في السفر تماماً، والدليل الموجب لها قصرأ.
ولتنوع التنافي بين الدليلين جاء في التعريف قوله: (على وجه التناقض أو التضاد حقيقة أو عَرَضاً).

وكذا لا فرق بين أن يكون التنافي بين المتعارضين حاصلأ بمدلولهما المطابقي كالأمثلة السابقة، أو بمدلولهما التضمني أو الاتزامي، مثلأ يحصل من تنافٍ بين العام والخاص، فإنَّه تنافٍ تضمُّني، وما يحصل في منافاة المفاهيم المستفادة من الدلالة الاتزامية مع المداليل المطابقيَّة، أو التضمنية.

ويشير إلى هذا التعميم من التعريفين، إطلاع التنافي في التعريف الأول، وتصريح التعريف الثاني بالإطلاع.

٣. ألا يكون أحد الدليلين قطعياً دون الآخر؛ لأنَّ القطع بأحد الدليلين ينفي حجية الدليل الآخر. ويمكن الاستغناء عن هذا الشرط بالشرط الأول؛ لأنَّ ما يخالف القطع ليس دليلاً وليس حجة. كما يمكن الاستغناء أيضاً به عن اشتراط عدم اعتبار الظن الفعلي في حجية أحد الدليلين؛ لأنَّ الظن الفعلي بحجية أحدهما يُلغي ما يقابله من دليتيَّة محتمل الحجية.

٤. أن يكون التنافي بين الدليلين من جهة التشريع، بحيث لا يمكن أن يصدرأ معاً منَّ المشرع، فلو كان التنافي بين الدليلين من جهة الامتثال مع إمكان صدوره من جهة المشرع فلا تعارض.

مثال التنافي من جهة الشارع: ما إذا أوجب فعلاً وحرَّمه في آن واحد بحق مكلف واحد.
ومثال التنافي من جهة الامتثال: التكليف بالصلاة وبنقأذ المال من التلف، فلا تنافي في أصل تشريع هذين التكليفين، إلا أنَّه قد يتفق تعرض المال المحترم للحريق في وقت صلاة تُضيق وقتها، بحيث لو صلَّى احترق المال، ولو أنقذ المال فانتت الصلاة. فمثل هذا التنافي نشأ من تأخير أداء الصلاة حتى تضيق وقتها، أو من حصول الكسوف وقت الحريق اتفاقاً، أو من تعرض مسلمين متساويين في الأهمية إلى الهلاك بحيث لو انشغل المكلف بنقأذ أحدهما لهلك الآخر، وهكذا مهما تعددت مناشئ التنافي، فإن أصل التشريع بهذه التكاليف - لولا هذا الاقتران الاتفاقي - لا محذور فيه ولا تنافي.

ويُسمَّى هذا النوع من التنافي بـ (التزاحم)، باعتبار أنَّ كلا من التكليفين يتطلَّب من المكلف ما لو فعله لا يمكنه أن يفعل المطلوب الآخر.

ومع تحقق التزاحم يقَدِّم الأهم على المهم بالاتفاق، مثل تقديم امتثال الأمر بنقأذ مؤمن من الغرق على امتثال الأمر بالصلاة، وبخاصة مع سعة وقتها.

٥. ألا يكون أحد الدليلين بياناً للآخر في نظر أهل العرف، فإنَّ كثيراً من الأدلة التي أدخلها بعض الأصوليين في باب التعارض - لما بينها في النظرة الأولى من تعارض - هي أدلة غير

متعارضة في النظر العرفي بعد التأمل؛ لعدم التناقض أو التضاد أو التكاذب بينها، لا حقيقة ولا عَرَضاً، وقد نصَّ التعريف الأول على هذا الشرط بعبارة: (على وجه التناقض والتضاد حقيقة أو عَرَضاً). والدليل المبيّن لا يناقض ولا يصاد الدليل المبيّن (أنظر: المصدر نفسه).

والأدلة التي يتعامل معها العرف معاملة بيان بعضها للبعض الآخر على أنواع: منها:

أ- العام والخاص، فالخاص بيان للمراد الجدي من العام، وهو بعض أفراد العام.
ب- المطلق والمقيد، فالمقيد بيان لما قصد من المطلق. وأنه المقيد بما يُضيق شيعه (الخراساني، نسخة حجرية)

ج- الحاكم والمحكوم، وهو ما يكون أحد الدليلين متصرفاً في موضوع الآخر توسعة أو تضييقاً، مثل أدلة الشك في عدد ركعات الصلاة الرباعية الموجب - في بعض صوره - البناء على الأكثر والإتيان بصلاة الاحتياط.

د- ورود أحد الدليلين رافعاً لموضوع الآخر تعديداً. مثل أدلة الأصول العقلية: كالبراءة التي موضوعها عدم البيان، الذي يترتب عليه قبح العقاب، وكالاحتياط الذي يكون موضوعه عدم المؤمّن من العقاب، وكالتخيير الذي يكون موضوعه الحيرة عند الدوران بين المحذورين (انظر: الانصاري، دبت، ص ٤٤١).

هـ- الأدلة المتكفلة لبيان أحكام الموضوعات بعناوينها الأولية، مع الأدلة المتكفلة لبيان أحكام الموضوعات بعناوينها الثانوية، كالأدلة النافية للعسر والهرج والضرر والإكراه، المنافية بدءاً لدلالة الأحكام بالعناوين الأولية في مصاديقها المستلزمة للعسر والهرج والضرر، أو ما يحصل معها إكراه. غير أن العرف لا يرى تناقضاً بين هذه الأدلة، ويعتبر أدلة الأحكام الثانوية مخصّصة لأدلة الأحكام الأولية (الخراساني، نسخة حجرية).

و- ومنها: الناسخ والمنسوخ، فإنهما وإن كانا متنافيين بدءاً، إلا أنّ الناسخ يكشف عن أنّ مراد المشرّع من أوّل الأمر هو تحديد وقت المنسوخ بالوقت الذي بينه الناسخ، إلا أنّ المشرّع أخفى هذا البيان لمصلحة اقتضت تأخيره إلى حين ورود الناسخ.

وهكذا الحال في كل ما كان أحد الدليلين قرينة على التصرف في الآخر، كما في الظاهر مع النص أو الأظهر، وهذا الجمع هو الذي يسمّيه بعض الأصوليين بـ: (الجمع المقبول)، ويسمّيه بعض آخر بـ: (الجمع الدالّتي). وهو في واقع الأمر ليس جمعاً بين متعارضين، كما أوضحنا ذلك بالأمثلة لصور الشرط الخامس.

ويقابل الجمع العرفي هذا، ما يسمّى بـ: (الجمع التبرّعي)، وهو (ما يرجع إلى التأويل الكيفي الذي لا يساعد عليه عرف أهل المحاورة، ولا شاهد عليه من دليل ثابت) (المظفر، دبت، ج ٤/ص ٢٢٧).

ومن كل ما تقدم يظهر أن قاعدة (الجمع بين الدليلين مهما أمكن أولى من الطرح)، لا علاقة لها بالمتعارضين؛ وذلك لأنّ الجمع إن كان عرفياً دلالتياً مقبولاً فلا تعارض، وإن كان الجمع تبرّعيّاً فهو خالٍ من الدليل على أولويته في صور التعارض جميعها. وهذا ممّا لا خلاف فيه، معتدّاً به

بين الأصوليين (الغزالي، ١٩٧٣م، ج٢/ص٣٩٤)، وإنما الخلاف يقع في خصوص بعض المرجّحات.

الفرع الثالث: الفرق بين التعارض والتزاحم ونطاقه عند الفقهاء والقانونيين:
سنتحدث هنا عن التزاحم لعلاقته ببحث التعارض واستكمالاً للفكرة وكالاتي

١- مفهوم التزاحم:

يجد المتتبع لمصادر متون اللغة أن لفظ التزاحم ليس جذراً لغوياً؛ بل هو اشتقاق من مادة (زحم) على وزن (تفاعل)، وهو وزن مأخوذ فيه معنى تشارك طرفين في المادة اللغوية. (محي الدين، ١٤٢٣هـ ج٢/ص٥٤٧).

والدلالة على المشاركة واضحة في المعنى الاصطلاحي أيضاً.
ونجمل القول هنا في التعريفات الاصطلاحية؛ إذ لم تختلف الصياغة في مؤدياتها - وإن اختلفت في مفردات ألفاظها-، ومن تلكم الصياغات:

أ - (تنافي الحكمين في مرحلة الامتثال الناشئ من عجز المكلف) (البهادلي: فلسفة التشريع، ٣٦٨).

ب - (التنافي بين الحكمين بسبب عدم قدرة المكلف على الجمع بينهما في عالم الامتثال) (المصدر نفسه).

ومفاد هذين التعريفين: إنّ حقيقة التزاحم هو تنازع بين تكليفين شرعيين إلزاميين كواجبين، أو واجب ومحرم على الزمان، أو المكان، أو الاستطاعة، بشكل لا يسع المكلف تنفيذهما معاً في ذلك المقطع الزمني، أو المكاني، أو بما يملك من قدرة، فلا بد له من تنفيذ أحدهما وترك الآخر.

وأما ما لا إلزام فيه كالندب، والكراهة، والإباحة، فلا يُزاحم ما فيه إلزام؛ لإمكان مخالفة ما لا إلزام فيه، وامتثال ما فيه الإلزام.

٢- أنواع التزاحم:

ينقسم التزاحم بسبب منشئه على أنواع متعددة (الكعبي، ٢٠١٣م)، هي: (التزاحم الحفظي، التزاحم الملاكي، التزاحم الامتثالي)، وسنعمد إلى بيان هذه الأنواع بشكل مختصر غير مخل، على النحو الآتي:

أ- التزاحم الحفظي: هو (التزاحم في مقام الحفظ التشريعي من قبل المولى عند الاشتباه واختلاط موارد أغراضه الإلزامية والترخيصية أو الوجوبية والتحريرية) (الهاشمي، ١٩٩٧م، ج٤/ص٢٠٣).

ب- التزاحم الامتثالي: هو (التنافي بين الحكمين بسبب عدم قدرة المكلف على الجمع بينهما في عالم الامتثال. (المصدر نفسه).

ج- التزاحم الملاكي: هو (أن يقع تنافٍ بين مقتضيات الأحكام وملاكاتهما في مقام التأثير؛ وذلك في الموارد التي لا يمكن فيها فعلية الحكمين معاً... كموارد اجتماع الأمر والنهي بناء على الامتناع) (الشاهرودي، د.ت، ج٦/٢ ص) وبما أن الاشتباه في أغراض المشرع الناشئ من فقدان

الأدلة غير متصور في القانون الوضعي، فلن نتعرض للتزاحم الحفظي، وسنقصر الكلام على التزاحم الامتثالي والملاكي، فنعرضهما في عنوان واحد؛ لعدم الفرق من حيث التنظير الأصولي في حدود منظور البحث.

٣- الفرق بين التعارض والتزاحم:

ذكر بعض الأصوليين جملة من الفروق بينهما - وإن كانا يشتركان في عدم إمكان اجتماع الحكيم في التحقق في موردهما - نستعرضهما إجمالاً، على النحو الآتي:

١ - إنَّ مورد التصادم والتنافي في مورد التعارض هو مقام الجعل والتشريع؛ فجعل الوجوب ينافي جعل الإباحة مثلاً في حد نفسه، بخلاف التزاحم، فإن التصادم، والتنافي فيه، يكون في مقام الفعلية والامتثال، مع عدم التكاذب في مقام التشريع.

٢ - إنَّ الحاكم بالترجيح، أو التخيير في باب التزاحم هو العقل؛ لكون التزاحم في مقام الامتثال. أما التعارض فيكون من جهة التعبد الشرعي.

٣ - إنَّ مرجحات باب التعارض ترجع إما إلى السند، كالأوثقية، وإما إلى الدلالة، ككونه أظهر. وللکلام تفصيل طويل يمكن الرجوع في لكتب الأصول أو من بحث ذلك

المبحث الثاني

مرجحات باب التعارض

للتعارض مرجحات متعددة ومختلفة وبينها ترتيب خاص حسب موطنه ولذلك سيتم عرضها وفقاً لما سيأتي في مطالب موزعة على فروع.

المطلب الأول: قراءة في مفهوم الترجيح

الفرع الأول: تعريف الترجيح:

يعد الترجيح الخطوة الأولى التي يسعى الفقيه لها بمرجحات منصوصه. وقد عرّف بأنه:

١- (تقديم أحد المتعارضين، لمزيةً مُعتبرة تجعل العمل به أولى من الآخر) (الأسنوي، دت، ج٣/ص١٥٦).

٢- (تقديم إحدى الإماراتين على الأخرى في العمل، لمزيةً لها عليها بوجه من الوجوه) (الانصاري، دت، ص٤٤١)

الفرع الثاني: موطن الترجيح:

إن الحديث عن الترجيح يكون في المواطن الآتية:

أولاً. ما يقع فيه الترجيح: طبقاً لما عرفناه عن التعارض وشروطه، ولما عرفناه عن الترجيح من تعريفه أن الترجيح لا يجري إلا على الدليلين المتعارضين. وإنما يتحقق التعارض في دلالة الأدلة الشرعية، لا في الأدلة بدواتها.

وبعبارة مغايرة: إنما يتحقق التعارض إذا كدّبت كلُّ من الحجّتين دلالة الحجّة الأخرى، بحيث لا يمكن الجمع بينهما جمعاً عرفياً بحال من الأحوال.

أما الخاص والمقيد، حيث يردان لبيان المراد من العام والمطلق، أو الناسخ حيث يرد لبيان انتهاء وقت العمل بالمنسوخ، أو الدليل القطعي الذي يلغي حجية معارضة الظني، ففي جميع هذه الأمور وأمثالها، لا تعارض في مصطلح الأصوليين.

ثانياً. حكم الترجيح:

ويكون في الأمور الآتية:

١. وجوب الترجيح بالمزية: المشهور بين الأصوليين، بل أدعي إجماعهم على وجوب ترجيح أحد المتعارضين على الآخر بالمزية المرجحة إن وجدت، ومن ثم وجوب العمل بالراجح وطرح المرجوح.

قال الشيخ الأنصاري وهو يتحدث عن الترجيح في أربع مقامات: ((الأول: في وجوب ترجيح أحد الخبرين بالمزية الداخلية أو الخارجية الموجودة فيه...، فالمشهور فيه وجوب الترجيح...، ويدل على المشهور - مضافاً إلى الإجماع المحقق، والسيرة القطعية المحكية عن الخلف والسلف، وتواتر الأخبار بذلك - أنه حكم المتعارضين من الأدلة، على ما عرفت، بعد عدم جواز طرحها معاً)) (الانصاري، د.ت، ص ٤٤١)

أما الأمدي فذهب إلى ((إنّ العمل بالدليل الراجح واجب، فيدل عليه ما نُقل وغلّم عن إجماع الصحابة والسلف - في الوقائع المختلفة - على وجوب تقديم الراجح من الظنّين)) (الحاج، ١٣١٦هـ، ج ٣/ص ١٣).

بينما نجد صاحب كفاية الأصول بعد استدلاله على لزوم الاقتصار على الراجح من المتعارضين يقول: ((بل ربما ادعى الإجماع أيضاً على حجّية خصوص الراجح)) (الخرساني، د.ت، ج ٢/ص ٣٨٩)

واستدلوا على الترجيح بالمزية، مضافاً إلى السيرة القطعية والشهرة والإجماع، بأدلة أخرى، نذكر منها:

أ. إن الدليلين المتعارضين يتصف كل منهما بالحجية، إذ لا تعارض بين الحجّة والملاحة، ولهذا لا يجوز طرحهما معاً، وحينئذ إن كانت حجيتهما معتبرة على نحو الموضوعية والسببية، اخترنا الأخذ بأحدهما، وإن كانت حجيتهما معتبرة على نحو الطريقية فهي تقتضي التوقف، ومرجع التوقف إلى التخيير أيضاً (الانصاري، د.ت، ص ٤٣٩ و ٤٤٠)، والأخذ بالدليل الراجح إن دل الدليل على الأخذ به تعين، وإلا فهو أحد طرفي التخيير، فهو إذن مقطوع الحجية، أما المرجوح فهو محتمل الحجية؛ لا ابتداء حجّيته على عدم تعيين معارضة والتخيير بينهما. وحيث دار الأمر بين الأخذ بمقطوع الحجية والأخذ بمحتملها، تعين الأخذ بالأول دون الثاني؛ بل الأصل عدم حجّية ما لم يقطع بحجّيته (الخرساني، د.ت، ج ٢/ص ٣٨٩).

ب. الأخبار المروية عن المعصومين، وهي على وفق استقراء الشيخ الأنصاري (١٤) حديثاً، ذكرها في رسائله، ووصف دلالتها على الترجيح بالمزية بأنها متواترة (الانصاري، د.ت، ص ٤٤١-٤٤٧).

وقال صاحب الكفاية وهو يستعرض أدلة القول بالترجيح: "واستدل عليه بوجوه أخر أحسنها الأخبار" (الخرساني، دت، ج ٢/ص ٣٨٩).
٢- عدم جواز الترجيح بالمزية: ويقابل القول بالترجيح بالمزية قول آخر، هو عدم الترجيح بها، وجريان حكم التعادل بين المتعارضين. يُحكى هذا القول عن جماعة، منهم الباقلاني والجبايئان (الانصاري، دت، ص ٤٤١-٤٤٧).
والذي يترتب على القول بالتعادل تخيير المجتهد في العمل بأحد المتعارضين، كما هو المشهور، أو تساقط المتعارضين والرجوع إلى البراءة الأصلية، كما يرى بعضهم.
قال صاحب المعالم: (تعادل الأمارتين أي الدليلين الظنيين عند المجتهد يقتضي تخييره في العمل بأحدهما، ولا نعرف في ذلك من الأصحاب مخالفاً، وعليه أكثر أهل الخلاف. ومنهم من حكم بتساقطهما والرجوع إلى البراءة الأصلية) (الحسن بن الشهيد الثاني، دت، ص ٢٤٢-٢٤٣) إلا إن هذا التعادل الذي يقتضي التخيير أو التساقط، عند من تحدث عنهم صاحب المعالم - إنما يحصل مع اليأس من الترجيح بكل وجه، لا ما يدعيه منكرو الترجيح. ولكن حكم التعادل، سواء أكان ابتداءً أم بعد اليأس من الترجيح، فهو التخيير على رأي، أو التساقط على رأي آخر، وإن اختلف منشأ المصير إلى التعادل.

الفرع الثالث: مزايا الترجيح ومثبتاتها وتقسيماتها:

المزايا التي ذكرها الأصوليون لترجيح أحد المتعارضين على الآخر كثيرة، وقد صنّفها بعضهم إلى صنفين: منصوصة وغير منصوصة.
والغرض من هذا التصنيف هو بيان أن أدلة الترجيح هل هي خاصة بالمرجحات المنصوصة - كما ذهب إليه الشيخ النائيني -، أو إنها تشمل الصنفين معاً، - كما هو رأي الشيخ الأنصاري -، ووفقاً لما هو المشهور، وعليه جمهور الأصوليين.؟ (خلاف، ١٩٧٢م، ص ٤٤٨).
وصنّفها بعضهم تصنيفاً آخر، وهو تقسيمها إلى مرجحات داخلية ومرجحات خارجية. وفسّر الداخلية بالمزية التي تنتوّم بما هي فيه ولا تستقل بنفسها، مثل صفات الراوي. وفسّر الخارجية بالمزية المستقلة بنفسها، ولو لم يكن هناك خبر، كالشهرة (الحسن بن الشهيد الثاني، د. ت، ص ٢٤٣-٢٤٦). ثم قسم الخارجية إلى معتبرة كالأصل والكتاب، وغير معتبرة كالشهرة ونحوها.
وقسم الخارجية أيضاً - من جهة أخرى إلى المزيّة المؤثرة في أقربية أحد المتعارضين من الواقع، كالكتاب والأصل؛ بناءً على إفادته الظن. والمزية غير المؤثرة في أقربية أحدهما من الواقع، مثل كون الحرمة أولى بالأخذ من الوجوب.
أما الداخلية فقسمها على ثلاثة أقسام:
القسم الأول: ما يكون المرجح به أقرب إلى الصدور وأبعد عن الكذب، سواء أكانت هذه الأقربية ناشئة من قوة سند الخبر كصفات الراوي، أم من متن الخبر كأصحية الرواية. ويصطلح على هذا القسم بـ: (المرجح الصدوري).

القسم الثاني: كون أحد الخبرين موافقاً لقضاة الجور مع احتمال صدوره لأجل التيقية، والخبر الآخر مخالفاً لهم. فيكون رجحان الثاني راجعاً إلى وجه الصدور؛ ولذا يصطلح على هذا النمط من المرجّحات بـ: (المرجح الجهتي).

القسم الثالث: فهو أن يكون مضمون أحد الخبرين أقرب إلى الواقع من مضمون الخبر الآخر؛ مثل أن يُنقل

أحدهما باللفظ والآخر بالمعنى؛ إذ يحتمل في الثاني الاشتباه في التعبير، فيكون المنقول باللفظ أقرب إلى الصحة من المنقول بالمعنى. ويصطلح على هذا القسم بـ: (المرجح المضموني). وكما اختلف الأصوليون في مسألة الترجيح بالمزية مطلقاً أو بخصوص المنصوصة منها، فقد اختلفوا أيضاً في مسألة التفاضل في المزايا المعتبرة عندما يكون أحد المتعارضين مشتملاً على بعض المزايا والآخر مشتملاً على بعض آخر منها.

المطلب الثاني

أنواع الترجيح

للترجيح أنواع مختلفة بعضها يرجع للسند وبعضها للمتن ولكل منها مرجحاتها المرتبطة بها. وهي كذلك أصناف يشتمل بعضها على مصاديق عديدة من المرجّحات، وتكون على النحو الآتي:

الفرع الأول: الترجيح بسند الرواية:

وهو يشتمل على عدة مرجّحات:

أ. كثرة رواة أحد المتعارضين دون الآخر. بحيث يحصل من كثرتهم اشتهاً الرواية بينهم. فمع اشتهاً أحد المتعارضين يرجح على فاقده الشهرة. وقد اتفق محققو الأصوليين على الترجيح بهذه الشهرة. كما في مرفوعة زرارة (البحراني، ١٣٧٧هـ، ج ١/ص ٩٩) وبمضمونها مقبولة ابن حنظلة المروية في الكتب المعتمدة، والتي رواها صفوان بن يحيى وهو من أصحاب الإجماع.

ب. رجحان صفات رواة أحد المتعارضين على صفات رواة الآخر. وقد عمّم بعضهم الترجيح بصفات الرواة؛ ليشمل كل وصف يغلب معه ظن الصدق: "كالثقة والفطنة والورع والعلم والضبط"؛ بل رجح بعضهم بالضابط والأضبط والعالم والأعلم (الحسن بن الشهيد الثاني، دبت، ص ٢٤٣).

وناقش بعضهم بالترجيح بالأعلم والأفقه، وخصّ الترجيح بهما بالقضاء والفتيا (الغزالي، ١٩٧٣م، ج ٢/ص ٣٩٢).

والذي يبدو إن الترجيح بصفات الرواة في الجملة ممّا اتفقت عليه كلمات الأصوليين، وينحصر خلافهم في بعض المصاديق، كالأعلمية. (الكبيسي، ١٩٧٥م، ص ٣٥١)

أما الأخبار الواردة في الترجيح فهي:

١. مقبولة ابن حنظلة، إذ جاء فيها: إنّ أبا عبد الله عليه السلام قال: (الحكم ما حكم به أعدلهما وأفقههما وصدقهما في الحديث وأورعهما، ولا يُلتفت إلى ما يحكم به الآخر) (العالمي، ١٣٩١هـ، ج٣/ص٥)
 ٢. رواية موسى بن أكيل عن أبي عبد الله عليه السلام إنه قال: (ينظر إلى أعدلهما وأفقههما في دين الله فيمضي حكمه) (العالمي، ١٣٩١هـ، ج١٨/ص٨٨)
 ٣. مرفوعة زرارة، وفيها بعد افتراض تساوي الخبرين في الشهرة، إنّ أبا جعفر عليه السلام قال: (خذ بما يقول أعدلهما عندك وأوثقهما في نفسك) (المجلسي، دت، ج٢/ص٢٤٥)
 ٤. علو الإسناد في أحد المتعارضين وكثرة وسائط الآخر. والمقصود بعلو الإسناد قلة الوسائط أنظر: (البهادلي: مصدر سابق، ٤١٧).
- وعلّل الترجيح بعلو الإسناد بأنّ عالي الإسناد يقلّ فيه احتمال الغلط وغيره من وجوه الخلل في الخبر الكثير الوسائط.

الفرع الثاني: الترجيح بالأحدث صدوراً:

- أما الترجيح بالأحدث أخباراً، فنسذكر منها الآتي:
- عن أبي عبد الله عليه السلام قال لبعض أصحابه: (أرأيتك لو حدثتكَ بحديث العام، ثم جئنتني من قابل، فحدثتكَ بخلافه، بأيهما تأخذ؟ قال: كنت آخذ بالأخير، فقال لي: رحمك الله) (العالمي، ١٣٩١هـ، ج١٨/ص٧٧).
- ولم يتعرّض أكثر العلماء للترجيح بالأحدثية، ومن تعرّض منهم لذكرها في مبحث التعارض نفى الترجيح بها وذلك بسبب:
- ١- إمّا لسقوط بعض أخبارها والضعف الشديد في البعض الآخر كما يرى بعضهم.
 - ٢- أو لأنها بنفسها لا تفيد ترجيحاً ما لم نستفد من ورود الأحدث من المتعارضين بيانه للحكم الواقعي - كما يراه بعضهم الآخر (المظفر، دت، ج٤/ص٢٤٨).

الفرع الثالث: الترجيح بموافقة الكتاب:

- ويقصد بهذا القول موافقة دلالة أحد المتعارضين لدلالة بعض آيات القرآن الكريم من دون الآخر. وميزة الترجيح بموافقة الكتاب منصوصة، وقد روى لنا فيها صاحب الوسائل (١٧) حديثاً (العالمي، ١٣٩١هـ، ج١/ص١٠٠-٤٨، ج١٨/ص٧-٨٩). ومن الأخبار التي أشار إليها واستشهد بما فيها - صاحب الكفاية - على نفي حجية الخبر المخالف للكتاب. عن أبي عبد الله عليه السلام قال:
- ١- (ما لم يوافق من الحديث القرآن فهو زخرف)
 - ٢- عنه أيضاً: (كل حديث لا يوافق كتاب الله فهو زخرف) (الكليني، ١٣٨٠هـ، ج١/ص٦٩).

الفرع الرابع: الترجيح بالنظر إلى متن الرواية:

ذكروا للترجيح باعتبار لفظ المتعارضين ودلالاتهما عدّة جهات، سأذكر منها:

أولاً. ترجيح الفصيح على الركيك

ثانياً. ترجيح الأقوى والأظهر دلالة على ما هو دونه في القوة والظهور (الحسن بن الشهيد الثاني، دت، ص ٢٤٤-٢٤٥)

ثالثاً. ترجيح ما كانت دلالاته حقيقة على ذي الدلالة المجازية غير الغالبة

رابعاً. ترجيح ما لا يحتاج في دلالاته إلى إضمار أو أيّ خارج؛ على ما يحتاج في دلالاته إلى توسط أمر خارج عن ألفاظ النص

خامساً. ترجيح ما دل على النهي، على ما دل على الأمر؛ لما في مفاد النهي من دفع المفسدة

المقدم في مقام التعارض على جلب المصلحة، - كما يقول العقلاء (الكبيسي، ١٩٧٥م، ص ٣٥٢)

سادساً. ترجيح ما يوافق الاحتياط على ما يخالفه، كترجيح ما يدل على التحريم، على ما يدل

على الكراهية أو الإباحة، وكترجيح ما يدل على الوجوب على ما يدل على الندب أو الإباحة؛ لما

في الأخذ بما فيه الإلزام من الموافقة القطعية دون العكس (الأمدي، ١٩٦٨م، ج٤/ص ٣٥١)

سابعاً. ترجيح ما يفيد سقوط الحد على ما يفيد لزومه، وما يفيد تخفيف الحكم على ما يفيد تغليظه؛

لما في مفيد سقوط الحد وتخفيف الحكم من اليسر (الكبيسي، ١٩٧٥م، ص ٣٥٣)

الفرع الخامس: الترجيح بالمزايا الخارجية:

وهو أيضاً يتحقق بعدة وجوه من خارج متن الرواية، ومن هذه الوجوه:

أولاً. ترجيح ما يعضده دليل آخر على ما لا يؤيده الدليل.

ثانياً. ترجيح ما عمل به أكثر السلف على ما لم يعمل به الأكثر؛ لأنّ الكثرة إمارة الرجحان،

والعمل بالراجح واجب، كما يقول المحقق الحلي

ثالثاً. مخالفة أحد المتعارضين للأصل وموافقة الآخر له، فيرجح المخالف - على رأي العلامة

وأكثر أهل السنة؛ - لأنّ المخالف أفاد حكماً لا يعلم إلاّ منه، والموافق (المقرّر) حكمه معلوم

بالأصل.

وذهب الشيخ الطوسي وبعض أهل الجمهور إلى العكس؛ لأنّ حمل الحديث على ما لا يُستفاد إلاّ

من الشرع أولى من حمله على ما يستقل العقل بمعرفته

رابعاً. من المرجحات الخارجية الخاصة بالأخبار المتعارضة المروية عن الأئمة المعصومين

من أهل البيت عليهم السلام؛ الترجيح بمخالفة مخالفهم، فيرجح ما يخالف مخالفهم على ما

يوافقهم.

والمهم في مبحث المرجحات أن نعرف أن للأصوليين الذين يأخذون بالترجيح أربعة آراء:

الرأي الأوّل: الاقتصار على المرجحات المنصوصة، وهو المعروف عن الاخباريين، - وفقاً

لطريقتهم في التقيد بنصوص المعصومين عليهم السلام. ووافقهم على هذا الرأي بعض

الأصوليين، مثل الشيخ الكليني، وصاحب الكفاية (الحسن بن الشهيد الثاني، دت، ص ٢٤٢-٢٤٨)

الرأي الثاني: التفصيل بين صفات الراوي فيرجح بها، دون غيرها من المرجحات وإن كانت منصوصة (الخرساني، دت، ج ٢/ص ٣٨٩).

الرأي الثالث: وجوب التعدي إلى ما يوجب الأقربية إلى الواقع، وهو المشهور بين المتأخرين وبخاصة محققهم؛ بل نسبه الشيخ الأنصاري إلى جمهور المجتهدين، ونقل ادعاء الإجماع عليه (الانصاري، دت، ص ٢٤٩-٢٥٠).

الرأي الرابع: الاعتبار في الترجيح بكل مزية وإن لم تعد الأقربية إلى الواقع أو إلى الصدور، كتقديم ما يُسقط الحد على ما يوجبه، وتقديم ما يتضمن الحظر على ما يتضمن الإباحة، ومال إليه أكثر أهل الجمهور من الأصوليين (الكبيسي، ١٩٧٥م، ص ٣٥٠-٣٥٣)

المبحث الثالث

نماذج تطبيقية

يجد البحث من الضروري التطرق لنماذج تطبيقية تعطي بعداً للقارئ حول أهمية الموضوع، وسنكتفي بما سنذكره ضمن المطالبين القادمين، وجعلنا لكل مطلب فروعاً حسب مقتضيات البحث ووفق الآتي.

المطلب الأول

تطبيقات في مفهومي (تقديم الأهم على المهم، مواطن الجمع العرفي)

الفرع الأول: نماذج عن التعارض في النص وترجيح تقديم الأهم:

سيسفر هذا الفرع عن كيفية معالجة النصوص التي تتعارض فيما بينها-أي بين الأحكام القانونية وكذلك بين الأحكام الشرعية- عن طريق اختيار آلية ترجيح (تقديم الأهم)، كما موضح في النماذج الآتية:

أولاً- المقاطعة السياسية: المصلحة القائمة في المقاطعة السياسية لدولة تسيء إلى الدولة الإسلامية وتتاجر ضدها بالحملات الدعائية، غير أنّ هذه المقاطعة يترتب عليها مضار عسكرية، كإلغاء عقود بيع الأسلحة لصالح الدولة الإسلامية؛ فحينئذ يتم حساب المصلحة والمفسدة، ويكون درء المفسدة أولى من جلب المنفعة، وهكذا.

ومردها إلى أنّ الشارع المقدس يدرك بعلمه، وعدله وحكمته، أنّ العلاقة بين الحكم والمكلف ومتعلق الحكم تعرض لها الطوارئ، والحوادث، والمستجدات، وفي ضوء تلك الطوارئ تتغير المصالح، مما يقتضي تغيير حكم المكلف في ظل المستجدات والتي يصطلح عليها بأصول الفقه بالحكم الثانوي.

ثانياً- مسألة التشريح: فبعد أن ثبتت حرمة التشريح بدليل أنّ حرمة المسلم ميتاً كحرمته وهو حي، كما وردت بذلك روايات عدة (العالمي، ١٣٩١هـ، ج ٢٩)، فقد يقال بجواز التشريح لطلاب كلية الطب بملاك الأهم والمهم. ((وعليه فيمكن القول بجواز التشريح في هذا الزمان لمتعلمي الطب؛ لأن التشريح مما يتوقف عليه تعلم الطب الموجب لحفظ حياة المسلمين وإنجائهم من

الأمراض، ولا ريب في أن هذا غرض مطلوب للشارع، ومصالحته أقوى من مفسدة التشريح؛ لأن به يحفظ أحياء من المسلمين وينجي كثيراً منهم من الأمراض، وعليه فيجوز التشريح لتعلم (الطب) (الروحاني، دت، ص ١١٦).
وبالتأمل الدقيق في هذه الموارد وغيرها نخلص إلى إن التغيير إنما يرجع إلى تغيير في المحكوم عليه وليس في الحكم مباشرة؛ فالمكلف المضطر حاله يختلف عن غير المضطر، وهكذا في باقي المتغيرات المختلفة. وعليه نلحظ كيف وظف القانون معالجة النصوص في ضوء الترخيص الموجود في الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: نماذج عن التعارض في النص وترجيح مواطن الجمع العرفي:

هذا المحور سيفصح عن كيفية معالجة النصوص التي تتعارض فيما بينها- أي بين الأحكام القانونية وكذلك الأحكام الشرعية- عن طريق اختيار آلية ترجيح (مواطن الجمع العرفي)، كما موضح في النماذج التي سترد في الصفحات القادمة. وقبل أن نورد ما سنبين ما هي مواطن الجمع العرفي، وهي:

- ١- العام والخاص، فالخاص بيان للمراد الجدي من العام، وهو بعض أفراد العام.
- ٢- المطلق والمقيد، فالمقيد بيان لما قصد من المطلق. وأنه المقيد بما يُضيق شيعه (الخرساني، دت، ج ٢/ص ٣٨١).
- ٣- الحاكم والمحكوم، وهو ما يكون أحد الدليلين متصرفاً في موضوع الآخر توسعة أو تضييقاً، مثل أدلة الشك في عدد ركعات الصلاة الرباعية الموجب - في بعض صوره - البناء على الأكثر والإتيان بصلاة الاحتياط.
- ٤- ورود أحد الدليلين رافعاً لموضوع الآخر تعدياً. مثل أدلة الأصول العقلية: كالبراءة التي موضوعها عدم البيان، الذي يترتب عليه قبح العقاب، وكالاحتياط الذي يكون موضوعه عدم المؤمن من العقاب، وكالتخيير الذي يكون موضوعه الحيرة عند الدوران بين المحذوران (المظفر، دت، ج ٤/ص ٢١٩).
- ٥- الأدلة المتكفلة لبيان أحكام الموضوعات بعناوينها الأولية، مع الأدلة المتكفلة لبيان أحكام الموضوعات بعناوينها الثانوية، كالأدلة النافية للعسر والهرج والضرر والإكراه، المنافية بدءاً لدلالة الأحكام بالعناوين الأولية في مصاديقها المستلزمة للعسر والهرج والضرر، أو ما يحصل معها إكراه.
- غير أن العرف لا يرى تناقضاً بين هذه الأدلة، ويعتبر أدلة الأحكام الثانوية مخصصة لأدلة الأحكام الأولية.
- ٦- الناسخ والمنسوخ، فإنهما وإن كانا متنافيين بدءاً، إلا أن الناسخ يكشف عن أن مراد المشرع من أول الأمر هو تحديد وقت المنسوخ بالوقت الذي بينه الناسخ، إلا إن المشرع أخفى هذا البيان لمصلحة اقتضت تأخيرها إلى حين ورود الناسخ.

وهكذا الحال في كل ما كان أحد الداليلين قرينة على التصرف في الآخر، كما في الظاهر مع النص أو الأظهر، وهذا الجمع هو الذي يسميه بعض الأصوليين بـ: (الجمع المقبول)، ويسميه بعض آخر بـ: (الجمع الدالتي). وهو في واقع الأمر ليس جمعاً بين متعارضين. ويقابل الجمع العرفي هذا، ما يسمّى بـ: (الجمع التبرّعي)، وهو: (ما يرجع إلى التأويل الكيفي الذي لا يساعد عليه عرف أهل المحاورّة، ولا شاهد عليه من دليل ثابت). ومن كل ما تقدم يظهر أن قاعدة (الجمع بين الداليلين مهما أمكن أولى من الطرح)، لا علاقة لها بالمتعارضين؛ وذلك لأنّ الجمع إن كان عرفياً دلالتياً مقبولاً فلا تعارض، وإن كان الجمع تبرّعياً فهو خالٍ من الدليل على أولويته في جميع صور التعارض. وهذا ممّا لا خلاف فيه - معتدّاً به - بين الأصوليين. وإنما الخلاف في خصوص بعض المرّجات. وسنبين بعض النماذج التطبيقية عن مواطن الجمع العرفي عند الفقهاء والقانونيين، على النحو الآتي:

١- الاختلاف في عدّة الحمل المتوفى عنها زوجها، هل هو وضع الحمل كما عليه الجمهور، أو أن تمام العدة هو أبعد الأجلين كما عليه الامامية وسحنون من المالكية (القرطبي، ١٩٨٨م، ج٣/ص١٧٤) ومن وافقهما؛ الناشئ من الآيتين بقوله تعالى: (وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ) (سورة البقرة: آية ٢٣٤). وقوله تعالى: (وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ) (سورة الطلاق: آية ٤). إذن النص الأول: خاص بالوفاة، عام من حيث الحمل والحائل. والنص الثاني: خاص بالحامل، عام للمطلقة والمتوفى عنها زوجها. وقد أخذ برأي الجمع بين المفادين المشرع العراقي في المادة ٣/٤٨ من قانون الأحوال الشخصية.

٢- ترجيح أحد النصين لمرجح تنطبق عليه الموازين الأصولية. أحكاماً بين المادة: ٩٣١ من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه: (يصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل به، وتعميمها بتعميمه؛ فمن وكل غيره توكيلاً مطلقاً مفوضاً بكل حق له وبالخصومة في كل حق له، صحت الوكالة ولو لم يعين المخاصم به والمخاصم)، والمادة ٢/٣٤ من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م التي تنص على أنه: (الطلاق بانه رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو الزوجة إن وكلت به أو فوضت أو من القاضي). وبين المادة ٢/٩٣٠ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م التي تنص على أنه: (يشترط أن يكون الوكيل عاقلاً مميزاً ولا يشترط أن يكون بالغاً فيصح أن يكون الصبي المميز وكياً، وإن لم يكن مأدوناً). والمادة ١٩٦ من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١م التي تنص على أنه: (يشترط أن يكون الموكل والوكيل كاملَي الأهلية). فنص القانون المدني لم يشترط البلوغ في التوكيل بينما اشترطه في قانون التسجيل العقاري (البهادلي، ٢٠٢٢م، ص٣٤٠).

المطلب الثاني

فروض التعارض عند القانونيين وأسلوب الفقه والقضاء في حلها

الفرع الأول: فروض التعارض:

لا يخرج التعارض عن أحد الفروض الآتية:

الفرض الأول: أن يقع التعارض بين نصوص تشريعية متفاوتة الدرجة، وهنا يغلب التشريع الأعلى على الأدنى، إعمالاً لقاعدة تدرج التشريعات.

الفرض الثاني: أن يقع التعارض بين نصوص تشريعية متحدة الدرجة ومتفاوتة التاريخ، وهنا يغلب التشريع اللاحق على التشريع السابق، إعمالاً لقاعدة اللاحق ينسخ السابق.

الفرض الثالث: أن يقع التعارض بين نصوص تشريعية متحدة الدرجة والتاريخ، وهنا يأخذ بالمعنى المستقى من دلالة العبارة، ويغلب على المعنى المستقى من دلالة الإشارة.

الفرض الرابع: التعارض بين نصوص تشريعية متحدة الدرجة والتاريخ وقوة الاستدلال، ويتحقق ذلك إذا ضم النصوص المتعارضة تشريع واحد، وكانت النصوص قد صدرت في الوقت نفسه في تشريعيين مختلفين، وفي هذا الفرض النادر إذا أستحال التوفيق بينها تهاترت النصوص، وامتنع تطبيقها جميعاً (الشكري، ٢٠١٥م، ص٦٤).

الفرع الثاني: أسلوب الفقه والقضاء في إنهاء التعارض:

درج الفقه والقضاء على إنهاء التعارض بين النصوص باستعمال أحد الأسلوبين (البهادلي، ٢٠٢٢م، ص٣٤١): ، على النحو الآتي:

الأسلوب الأول: استعمال النصوص المنهية للتعارض:

ينبغي ابتداء عدم الخلط بين التنازع الظاهري للنصوص، والتعدد المعنوي. ففي التنازع الظاهري للنصوص لا نكون إلا بصدد قضية واحدة يمكن أن ينطبق عليها ظاهرياً أكثر من نص، بينما في التعدد المعنوي للجرائم مثلاً نكون بصدد جريمتين ينطبق عليهما فعلياً أكثر من نص تجريمي.

ففي حالة التعدد المعنوي للجرائم تتعدد المصالح التي حدث المساس بها، بينما في حالة التعارض أو التنازع الظاهري للنصوص، فإننا نكون حيال مصلحة واحدة مُعتدى عليها.

إذن المشكلة في التنازع الظاهري هي اختيار نص واحد يكون واجب التطبيق، في حين تتمثل المشكلة في التعدد المعنوي للجرائم، في كيفية تطبيق النصوص التي تحكم الواقعة الإجرامية، وهل تتعدد العقوبة

أو يكتفى بالأشد منها (القاضي، ٢٠١٣م، ص٣٠٠). فقد يرتكب الجاني فعلاً واحداً، غير أن هذا الفعل ينطبق عليه أكثر من نص واحد، باعتبار تنوع الغرض من هذا الفعل من جانب إلى آخر، أو باعتبار اختلاف النتائج التي تترتب عليه. وهنا تتعدد الأوصاف الإجرامية للفعل الواحد بحيث يسوغ القول بأن هذا الفعل تقوم به عدة جرائم باعتبار أن كل وصف تقوم به جريمة على حدة، ينطبق عليها نص مستقل (عبد المنعم، ٢٠٠٣م، ص٨٠٦).

وحينئذ سوف يؤدي تطبيق هذه النصوص على الفعل الواحد إلى إيقاع العقوبة عن الفعل الواحد أكثر من مرة، وهذا أمر لا يجوز.

ونتيجة لهذا فقد تصدت التشريعات المقارنة لهذه الحالة التي يطلق عليها بالتعدد، أو الاجتماع المعنوي (الصوري) للجرائم (الحلي، ٢٠٠٧م، ص ٣٣٤).

وقد اتفقت هذه التشريعات على ضرورة معاقبة مرتكب الفعل الواحد المتعدد الأوصاف بالعقوبة الأشد، ومن هذه التشريعات قانون العقوبات العراقي النافذ؛ إذ نص في المادة (١٤١) منه على أنه: (إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد والحكم بالعقوبة المقرر لها. وإذا كانت العقوبة متماثلة حكم بإحداها) (قانون العقوبات المصري: المادة ٣٢/ قانون العقوبات الاردني: المادة ٥٧).

ويترتب على تبني هذا النص ثلاث نتائج:

النتيجة الأولى: يجب على قاضي الجزاء أن يحكم بالعقوبة الأشد وحدها، ولا يجوز له الأخذ بالعقوبات المتعددة التي يقررها القانون للفعل، ويترك لسلطة التنفيذ توقيع أشدها، فهذا الاختصاص حصري بالقاضي دون سلطة التنفيذ.

النتيجة الثانية: عدم جواز الحكم بالعقوبات التبعية والتكميلية التي تقرها نصوص أخرى، غير النص الذي يقضي بالعقوبة الأشد، فهذه النصوص ينبغي استبعادها بكل أحكامها.

النتيجة الثالثة: إذا صدر بشأن الفعل ذات الوصف الأشد حكم بالبراءة أو الإدانة، فإنه يحول دون تحريك الدعوى الجزائية من جديد عن الفعل ذاته، ولو كان تحت وصف آخر حتى ولو كان أشد؛ إذ إنه لا يجوز محاكمة الشخص عن الفعل ذاته مرتين. (حسني، ١٩٩٥م، ج ٢/ص ٩٠٢).

الأسلوب الثاني: إعمال قواعد المنطق القانوني لرفع التعارض:

يقدم الفقه والقضاء حلولاً ثلاثة لحل هذه المشكلة، تملئها قواعد المنطق القانوني والقضائي؛ إذ يتم على وفق إحداها فض التعارض لمصلحة أحد النصوص، وهذه القواعد هي:

أولاً: قاعدة أن النص الخاص يغلب على النص العام: تقتضي تطبيق هذه القاعدة، دراسة النصوص المتنازعة؛ لمعرفة أي النصوص هو الخاص؛ لكي يتم تطبيقه، وأيهما هو العام حتى يتم استبعاده.

ولمعرفة النص الخاص من النص العام، ينبغي الرجوع إلى النص التشريعي للواقعة، فحيث يشمل النص جميع العناصر التي يحتويها النص الآخر، ثم يضيف إليها عناصر أخرى تزيد من تحديده وصلته بالواقعة، فإن النص الأول يكون هو النص الخاص الواجب التطبيق على الواقعة، باعتباره الأكثر تعبيراً عن ذاتية الوقائع المحددة التي يشملها ذلك النص، فضلاً عن تضمنه ما يحتويه النص العام أيضاً؛ إذ النص الخاص هو العام وزيادة.

ويستوي بعد ذلك أن يكون النصين العام والخاص واردين في قانون واحد، أو يكون كل منهما في قانون، ولا يؤثر صدورهما في الوقت ذاته أو صدور أحدهما في وقت لاحق لصدور الآخر،

إذ يكفي أن يكون كل من النصين قائماً ساري المفعول، ولم يَلغ وقت النظر في تطبيقه على الواقعة (الشاوي، ١٩٨٢م، ص ٤٢).

فنص المادة: (٤٠٥) من قانون العقوبات العراقي بشأن جريمة القتل العمد، يُعدُّ نصاً عاماً بالقياس إلى النص الخاص الوارد في المادة: (٤٠٦ / ١/ج) بشأن القتل بدافع دنيء، أو مقابل أجر، أو باستعمال طرق وحشية في ارتكاب الجريمة، فإذا ارتكب الجاني جريمة قتل بدافع دنيء، أو مقابل أجر، أو قام باستعمال طرق وحشية في اقرار فعلته؛ فلا تطبق المادة (٤٠٥)؛ لأنها نص عام، وإنما تطبق المادة (٤٠٦ / ١/ج) كونها تمثل نصاً خاصاً يقدم على النص العام.

ثانياً: قاعدة النص المستوعب يطبق دون النص قصير المدى: تطبق هذه القاعدة إذا كان الفعل الواحد يستدعي تكيفين جنائيين ويوجد له نصان، أحدهما واسع يشمل دائرة واسعة من عدم المشروعية أو كثافة أعلى من الإثم الجنائي، والآخر جزئي يشمل دائرة أضيق نطاقاً من ذلك العنصر، فإن التزاحم بين النصين والتكيفين يفض لصالح الأول الذي يستغرق أو يستوعب دائرة عدم المشروعية التي يتضمنها التكيف الثاني ويزيد عليها (بلال، دت، ص ٩٣٨). وهذه القاعدة يتم إعمالها في حالة الجريمة المتدرجة: وهي التي يقتضي تنفيذها بحسب طبيعة الأمور التدرج في جسامة السلوك من جريمة أقل جسامة إلى جريمة أشد جسامة، كما لو تدرج سلوك الجاني من ضرب وجرح للمجني عليه إلى الهدف المقصود والأكثر جسامة وهو إزهاق روحه، ففي هذه الحالة فإن النص

الخاص بالقتل هو الواجب التطبيق؛ لأنه يستغرق في عناصره كل فعل الضرب والجرح، فالوفاة تستغرق الفعلين معاً، بشرط التدرج، ولا يتحقق ذلك إلا بين فعلين من نوع واحد وطبيعة واحدة، مع وحدة المصلحة أو الحق المعتمد عليه (المجالي، ٢٠٠٩م، ص ٨٤).

ونجد تطبيقاً لهذه القاعدة ((حسني، ١٩٩٥م، ج ٢/ص ٩٠٩)، إذا كان النص يستوجب تكيفاً يحتوي على قدر أكبر من عدم المشروعية أو يوسع منه مقارنة بالنص الآخر، فإن النص الذي يفترض قدراً أوسع من عدم المشروعية، يكون هو واجب الأعمال. ومن ذلك إن الجريمة تستوعب الشروع فيها.

وتطبق هذه القاعدة كذلك في حالة الجريمة المركبة وهي: التي تتكون من أكثر من عنصر كل منها بمفرده يحقق جريمة مستقلة، كالسرقة باستعمال مفاتيح مصنعة، فهي لا تقع تحت طائلة النص الخاص بعقوبة السرقة البسيطة، ولا النص الخاص بحيازة مفاتيح مصنعة، وإنما تحت طائلة النص الخاص الذي يعاقب على السرقات المقترنة بظرف استعمال المفاتيح المصنعة المشددة، والذي تكون عقوبته أشد من عقوبة كل من الجريمتين المذكورتين (الشاوي، ١٩٨٢م، ص ٤٧).

ثالثاً: قاعدة النص الأصلي يُغني عن النص الاحتياطي: قد يكون هناك نصين، أحدهما أصلياً والآخر احتياطياً، يكون واجب التطبيق إذا تخلف أحد شروط النص الأصلي، وفي هذه الحالة يجب ترجيح النص الأصلي واستبعاد ما عداه.

ومعرفة ما إذا كان النص أصلياً أو احتياطياً، يكون بالرجوع إلى صياغة النص ذاتها، إذ يقرر المشرع صراحة للنص صفته الاحتياطية، فيقرر أن النص يطبق إذا لم يقض القانون بعقاب آخر، أو أنه يطبق مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد مما يقضي به القانون (المجالي، ٢٠٠٩م، ص ٨٥).

وقد تستخلص الصفة الاحتياطية للنصوص العقابية، باستقراء موضعها في التشريع، والصلة بينها وبين النصوص المتصلة بها وفق الخطة التشريعية التي تنظمها، أو باستطلاع فلسفة التجريم والعقاب التي يتبناها المشرع (محمود، ٢٠١٠م، ص ٣٠٢). فنص الاتفاق الجنائي يُعدُّ احتياطياً لنص الجريمة التي ترتكب تنفيذاً للاتفاق، فلو اتفق عدة أشخاص على القيام بتمرد أو عصيان مسلح ضد السلطة العامة، قامت جريمة الاتفاق الجنائي، فإذا قام هؤلاء بتنفيذ ما اتفقوا عليه، تحققت جريمة التمرد، وفي هذه الحالة لا يعاقب هؤلاء عن جريمة الاتفاق الجنائي، اكتفاءً بالمعاقبة عن جريمة التمرد.

وكذلك الحال بالنسبة للنص الخاص بإخفاء الأشياء المسروقة، يُعدُّ نصاً احتياطياً بالنسبة للنص الخاص بجريمة السرقة (حسني، ١٩٩٥م، ج ٢/ص ٩١١). والنص الذي يعاقب على الاستيلاء على أموال الدولة بغير نية التملك، يُعدُّ نصاً احتياطياً بالنسبة للنص الذي يتطلب العقاب على هذا الفعل بنية التملك. وسنأخذ أمثلة عن ذلك على النحو الآتي:

أولاً: التخصيص المنفصل (البهادلي، ٢٠٢٤م، ١٧٤) ما يُسمى أيضاً بـ: المخصّص المستقل. ويمكن تعريفه بـ: (ما يدلُّ على المعنى الخاص دون افتقار إلى ذكر العام معه). أو بـ: (ما لا يكون جزء من الكلام المشتمل على العام) (عبد الرحمن، ١٩٨٧م، ص ٢١٣). وهو على أنواع أيضاً:

النوع الأول: النص بالنص:

١- تخصيص الكتاب بالكتاب: كقوله تعالى: (وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ) (سورة البقرة: آية ٢٢٨)؛ فإنه عام يشمل كل مطلقة بالحكم عليها بوجوب الاعتداد بثلاثة قروء. غير إن هذا العموم خصص بقوله تعالى: (وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ) (سورة الطلاق: آية ٤)؛ فأخرج هذا النص الحوامل من المطلقات، وحكم عليهن بأن عدتهن إلى وضع الحمل وليست ثلاثة قروء.

وكذلك خصص هذا العام بما دلَّ من القرآن المجيد على إخراج المطلقات غير المدخول بهن من عموم المطلقات، وهو قوله تعالى: (إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا) (سورة الأحزاب: الآية ٤٩).

٢- تخصيص الكتاب بالسنة قطعية الصدور: كتخصيص آيات المواريث (سورة النساء/ الأيتان ١٢، ١١) بما روي عن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه قال: (لا ميراث لقاتل) (العالمي، ١٣٩١هـ، ج ١٧/٣٨٨).

٣- تخصيص السنة الشريفة بالسنة: ما ورد عن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه قال: (زَكُوا أموالكم تقبل صلاتكم) (الكليني، ١٣٨٠هـ، ج ١/ص ١٣٩). الدال على وجوب الزكاة في الأموال بعمامة، إلا أنه مخصّص بما ورد عنه ع أنه عفي عما سوى تسعة أصناف من الأموال (الطوسي، ١٩٥٩م، ج ١/ص ٣٤٩).

٤- أما تخصيص الكتاب بالسنة المروية بخبر الواحد: ففيه الخلاف:
أ- قد جوزه بعضهم مطلقاً.

ب- منعه آخرون مطلقاً.

ج- فصل بعضهم بين العام المخصص بغير خبر الواحد - من كتاب أو سنة متواترة -، فيجوز تخصيصه بخبر الواحد، والعام غير المخصص بالدليل القطعي الصدور، فلا يجوز تخصيصه بالخبر الظني الصدور (الحسن بن الشهيد الثاني، دبت، ص ١٤٧).
مثاله:

أولاً: قوله تعالى: (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا) (سورة المائدة: الآية ٣٨)؛ الدال على وجوب قطع يد كل سارق وسارقة. إلا أن أخبار الأحاد دلت على إخراج بعض السارق من هذا الحكم العام الشامل للجميع، مثل ما دلّ منها على استثناء من سرق أقل من ربع دينار أو قيمته، واستثناء الطرار، والضيف، ومن سرق من غير حرز، وغيرهم (السعدي، ١٩٨٧م، ج ١/ص ٤٧).

ثانياً: القانون الدولي العام: هي قاعدة نسبية أثر المعاهدات: بمعنى أن المعاهدة لا تلزم سوى أطرافها من الدول ولا يتعدى الإلزام غير الأطراف، وهي هنا تمثل دلالة الخاص. ويمثل طرف العام في محل الفرض هو: المعاهدات العامة التي تنظم أوضاعاً دولية دائمة ومثالها: -اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢م.

ب- اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩م.

فهذه المعاهدات تلزم جميع الدول من كانت طرفاً فيها ومن لم تكن طرفاً.

ثالثاً: قانون العقوبات العراقي:

أ- ما ورد في قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م من تخصيص عموم المادة: (٢١/أ) التي تنص على أن:

(الجريمة السياسية هي الجريمة التي ترتكب بباعث سياسي أو تقع على الحقوق السياسية العامة أو الفردية، وفيما عدا ذلك تعتبر الجريمة عادية).

وقد خصص من هذا العموم بجملة موصولة بالعام في المادة المذكورة سابقاً ذاتها بقولها: (ومع ذلك لا تعتبر الجرائم التالية سياسية ولو كانت قد ارتكبت بباعث سياسي: الجرائم التي ترتكب بباعث أناني دنيء، الجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي، جرائم القتل العمد والشروع فيها، جريمة الاعتداء على حياة رئيس الدولة، الجرائم الإرهابية، الجرائم المخلة بالشرف كالسرقة والاختلاس والتزوير وخيانة الأمانة والاحتتيال والرشوة وهتك العرض). (قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م / المادة ٢١).

ب-تخصيص عموم المادة: (٦) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م التي تنص على أن: (تسري أحكام هذا القانون على جميع الجرائم التي ترتكب في العراق) ب المادة: ١١: (لا يسري هذا القانون على الجرائم التي تقع في العراق من الأشخاص المتمتعين بحصانة مقررّة بمقتضى الاتفاقيات الدولية أو القانون الدولي أو القانون الداخلي).

النوع الثاني: العقل:

قال بعض الأصوليين: لا يجوز التخصيص بالدليل العقلي، وعند معارضته لأحد العموميات يتوقف حتى يرد دليل سمعي يخصص به العام ويرتفع التعارض. وحجتهم: إنَّ الدليل العقلي سابق، والتخصيص إنما يكون بالدليل المقارن أو المتأخر؛ ولأنَّ الدليل العقلي ليس من باب الكلام حتى يجعل المراد من العام الخاص (الأمدي، ١٩٦٨م، ج٢/ص٤٥٩) والذي عليه أكثر الأصوليين جواز تخصيص العام بالدليل العقلي. ويمكن التمثيل لتخصيص العام بالدليل العقلي، بإخراج الأضداد الخاصة للواجب من عموم أصالة الإباحة وأصالة الحلية، فكل شيء لك مباح أو حلال عام، ولكنه مخصص بما دلَّ الدليل على تحريمه. ومما دلَّ الدليل على تحريمه هو الضد الخاص للواجب المضيّق. والدليل على التحريم هو الملازمة العقلية بين وجوب الشيء في وقت محدّد وتحريم أضداده، فوجوب الصوم والصلاة يستلزم تحريم الأفعال المنافية لهما، فتحريم أي ضدّ لهما يخصص دلالة عموم الإباحة والحلية، ويمنع من شموله لهذه الأضداد.

النوع الثالث: المخصّص الحسي:

ويقصد بالمخصّص الحسي: ما هو معلوم بحاسة البصر أو الذوق أو بغيرهما من الحواس، حيث يكون دالاً على خروج بعض أفراد العام عن أن يشملها الحكم على الجميع. ومثلاً له بقوله تعالى: (وَأُوتِيَتْ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ) (سورة النمل: آية ٢٣)، ف (كل شيء عام)، ومعلوم بالحسّ إنَّ بعض ما كان في يد سليمان - مثلاً - لم يكن في يد بلقيس (الغزالي، ١٩٧٣م، ج٢/ص٩٩).

النوع الرابع: الدليل العرفي:

العرف على نوعين: عرف قولي وعلمي.

١ - العرف القولي: هو أن يكون قول ما، قد تعارف صنف من الناس على فهم معنى منه بحيث يُفهم منه معنى معين من غير قرينة، فيكون اللفظ فيه حقيقة عرفية خاصة مغايرة لمعناه اللغوي. مثل كلمة (الدابة) التي تعارف كثير من الناس على إطلاقها على بعض الحيوانات، ومعناها اللغوي كل ما دبَّ على الأرض. ومثلاً ما تعارف بعض الناس على تسمية الذكور من الأولاد وأولاداً دون الإناث، وهو شامل للصنفين معاً لغة.

٢ - العرف العملي: وهو ما جرت عليه السيرة العملية بحيث تسببت في انصراف اللفظ إليه وإن كان بحسب أصله موضوعاً لمعنى مختلف عما عليه السيرة، مثل ما جرت السيرة على البيع المعطاتي في الأزمنة المتأخرة، وقد كان معناه الشائع هو البيع العقدي. وقد اتفق الأصوليون على تخصيص العام بالعرف القولي إذا كان عرفاً عاماً موجوداً وقت ورود النص (خلاف، ١٩٧٢م، ص ٣٥٢).

فقوله تعالى: (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا) (سورة البقرة: الآية ٢٧٥) - بناء على أن المفرد المعروف يفيد العموم، وإنَّ أَل فِيهِمَا لِلإِسْتِغْرَاقِ وَلَيْسَ لِلْعَهْدِ - يَخْصُصُ بِمَا كَانَ مُنْصَرَفاً إِلَى الْأَذْهَانِ مِنْ مَعْنَى الْبَيْعِ وَمَعْنَى الرِّبَا، وَلَا يَشْمَلُ كُلَّ بَيْعٍ وَكُلَّ رِبَا فِي اللُّغَةِ. أما العرف العملي ففي تخصيص العام به خلاف بين الأصوليين (الشاطبي، د.ت، ج ١٥١/٣). والراجح هو: إنَّ العرف العملي إن كان سيرة متشعبة متصلة بزمن المعصوم ولم يرد نهي عنها، فهي إجماع سكوتي وسنة تقريرية، ومن هنا نستكشف حجية هكذا عرف، وبعد فرض حجّيته يُعامل معاملة الأدلة التي تُخصّص العام. أما إذا لم نحرز من العرف العملي هذا الشرط - إقرار المعصوم عليه السلام لها، فلا يجوز التخصيص به.

النوع الخامس: الإجماع:

كما يُخصّص العام بالخبر، يُخصّص بما هو بقوته في الحجية، كالإجماع، ومثّلوا له بإجماع الأمة على إنَّ جلد العبد الزاني خمسون جلدة، المخصّص لآية الزنا في إيجاب مئة جلدة لعموم الزناة.

النوع السادس: التخصيص بالمفهوم:

الأصوليون متفقون على جواز تخصيص العام بمفهوم الموافقة. ففي آية القصاص ورد قوله تعالى: (وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُم الظَّالِمُونَ) (سورة المائدة: الآية ٤٥). وهو عام يشمل كل معتد على آخر، فيجوز للمعتدى عليه أن يقتص منه. غير أن قوله تعالى: (فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا) (سورة الاسراء: الآية ٢٣)؛ يدلّ النص بمفهوم الأولوية على تحريم ضرب الوالدين وإيذائهما مطلقاً. وهذا المفهوم يخصّص آية القصاص بغير الوالدين.

أما مفهوم المخالفة فأكثر الأصوليين قالوا بجواز التخصيص به، نظراً إلى كونه دليلاً شرعياً عارض دليلاً شرعياً مثله، وفي العمل بهما جمع بين الدليلين. إلا إنَّ من منع من التخصيص به استند إلى إنَّ سرّ التخصيص هو: إنَّ الخاص أقوى دلالة من العام فيما دلّ عليه العام والخاص من الأفراد، ومع تعارضهما تُقدّم دلالة الخاص، والمفهوم المخالف لا يكون أقوى من منطوق العام فلا يخصّصه. (البهادلي: مختصر المفتاح/١٢٧).

والراجح: هو جواز التخصيص بعد اعتبار مفهوم المخالفة حجة شرعية.

النوع السابع: تخصيص العام بسبب صدوره:

السؤال: هل العبارة بعموم اللفظ أو بخصوص السبب؟ وبعبارة أخرى: هل إن خصوصية المورد تخصص الوارد إذا لم توجد في الكلام قرينة على التخصيص مثل قرينة آية التصديق بالخاتم؟ المشهور: إن خصوص السبب، أو قل خصوصية المورد، لا تخصص الوارد؛ لأن أكثر العموميات الواردة في الكتاب والسنة لها أسباب خاصة، كآيات وأخبار اللعان والظهار وغيرهما من العموميات التي وردت لأسباب خاصة. والأسباب الخاصة إنما هي دواع لصدور الحكم العام، ولا ينحصر الحكم العام بها؛ بل يسري الحكم على كل من اشترك في هذه الدواعي وفي صفات من تسبب في الصدور (الطباطبائي، ١٩٧٤م، ج ١٦/ص ٣٦).

النوع الثامن: التخصيص بالمصلحة العامة:

(لا ضمان على مؤتمن) (الريشهري، دت، ج ٤/ص ٣٤٩٠) وفي عبارة (لا ضمان على صانع ولا على أجبر) (البهقي، دت، ج ٦/ص ١٢٢) ونظائر هذه الصيغة؛ يشمل الأجير المشترك كالخياط والنجار وغيرهما. مع ذلك خصص بضمانهم رعاية لمصلحة أصحاب المواد، نظير قوله عليه السلام: (لا يصلح الناس إلا أن يضمنا) (العالمي، ١٣٩١هـ، ج ١٣/ص ٢٧٣).

النوع التاسع: التخصيص بالوصف:

أ- (إذا امتنع عن تنفيذ الحكم أو المحرر التنفيذي المتضمن تسليم شيء معين ليس بحكم الدين ولم يكن ذلك الشيء ظاهراً للعيان وعجز عن تقديم أدلة مقنعة عن تلفه أو ضياعه، جاز التحري عنه بقرار من المنفذ العدل، وحبس المدين وفق أحكام هذا القانون) (قانون التنفيذ العراقي رقم ١٩٨٢/٤٥م، المادة ٤٩).

ب- (وحيث أنها تمتنع عن مطاوعته بموجب قرار المطاوعة؛ لذا طلب دعوتها للمرافعة والحكم (بقطع النفقة وتحميلها الرسوم والمصاريف) (قرار محكمة التميز العراقية رقم ٢٠٢٢/٨٥٠١م).

ج- (وإكمالها لتحقيقاتها وبخصوص (الأقراص المبرزة) من قبل وكيل المدعي) (قرار محكمة البداية في النجف رقم ٦٦١/ب/٢٠٢٢م بتاريخ ١/٤/٢٠٢٣م).

ثانياً: المطلق والمقيد (البهادلي، ٢٠٢٤م، ١٩٣) نماذج تطبيقية من النصوص القانونية:

المحور الأول: النصوص التي ورد فيها اللفظ مطلقاً: ما ورد في المادة: (٤٠٥) من قانون العقوبات العراقي:

(من قتل نفساً عمداً يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت).

فلفظ: (نفس) ورد شائعاً خالياً من أي قيد يحد من شيعه، فيستوي في ذلك أن تكون النفس المقتولة عراقية أو غير عراقية، ذكراً أو أنثى، صغيراً أو بالغاً أو شيخاً كبيراً. وحكم المطلق

مستقى من القاعدة الفقهية والقانونية التي تقضي بأن: (المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقد دليل التقييد نصاً أو دلالة) (مجلة الاحكام العدلية: المادة ٦٤).

فالمطلق يجري على إطلاقه، ولا يجوز تقييده بأي قيد، إلا إذا قام الدليل على التقييد، وتكون دلالاته على معناه قطعية، ويثبت الحكم لمطلوه؛ لأنه من أقسام الخاص، وهذا هو حكم الخاص (حسني، ٢٠٠٧م، ص ١٥٥).

المحور الثاني: النصوص التي ورد فيها اللفظ مقيداً:

١- قانون العقوبات المصري: ما ورد في المادة: (٢٣٠): (كل من قتل نفساً عمداً...). فقتل النفس مقيد بكونه عمداً.

٢- قانون العقوبات اللبناني: ما ورد في المادة: (٥٤٧): (من قتل إنساناً قصداً...). التقييد هنا بالقصد.

٣- قرار محكمة تحقيق عماس: (تم فرد أوراق تحقيقية) (مكتب التحقيق القضائي عماس، رقم القرار ١٢٦/١٢٦٠م بتاريخ ١٢/٦/٢٠٢٢م). فهنا قيدت الأوراق بكونها تحقيقية.

ثالثاً: النصوص التي ورد فيها تقييد المطلق:

١- قانون العقوبات العراقي: (الشروع هو البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية، أو جنحة؛ إذا أوقف، أو خاب أثره؛ لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها) (قانون العقوبات العراقي المعدل رقم ١١١/١٩٦٩م، المادة ٣٠).

هنا قيد النص المتقدم الفعل المحقق للشروع بأن يكون بقصد ارتكاب جناية أو جنحة. (قانون العقوبات اللبناني: المادة ٢٠٠).

٢- القانون المدني العراقي: (لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو) (القانون المدني العراقي رقم ٤٠/١٩٥١م: المادة ١٤٩). فعدم الجواز مقيد بحالة ما بعد التسجيل. وأما قبله فإنه يكون جائزاً.

٣- قانون الجنسية العراقي: (أولاً: للوزير أن يقبل تجنس غير العراقي عند توافر الشروط. ثانياً: لا يجوز منح الجنسية العراقية للفلسطينيين ضماناً لحق عودتهم إلى وطنهم. ثالثاً: لا تمنح الجنسية العراقية لأغراض سياسة التوطين السكاني المخل بالتركيبة السكانية في العراق) (قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦/٢٠٠٦م: المادة ٦).

فالوزير أعطي صلاحية مطلقة في الفقرة أولاً ولكن تم تقييدها في ثانياً وثالثاً.

٤- القانون الدولي العام: ومثال المطلق: جواز إبداء التحفظ من الدول عند التوقيع على المعاهدة أو الانضمام إليه. والمقيد: هو عدم جواز إبداء التحفظ على المعاهدة المنشئة للمنظمة الدولية. والسبب؛ لأن السماح بالتحفظ معناه عدم تساوي الدول في الالتزامات المترتبة عليها بموجب المعاهدة المنشئة.

الخاتمة

أولاً: نتائج البحث:

تبيين من خلال الكتابة في موضوع الدراسة النتائج الآتية:

١- أهمية موضوع الدراسة، وهو أثر علم أصول الفقه في سن الأنظمة؛ بل في الدرس القانوني عموماً منهجاً وبحثاً، وصياغتها، وتفسير نصوصها، وهي مراحل ثلاث لا بد منها في كل نظام.

٢- من خلال تتبع مظان الدرس الأصولي تنكشف حاجة الجهات المخولة باقتراح مشاريع الأنظمة في بلادنا؛ بل وأي بلد لا يجانب الحق العلمي إلى هذا المعين الصافي، وهو أحكام الشريعة الإسلامية؛ لكونها تابعة للمصالح والمفاسد، مع كون يبايعها نقيّة صافية.

ومن أهم علوم الشريعة التي يحتاجها من يقوم باقتراح أي مشروع من مشاريع القوانين، أو تشريعها وصياغتها، باعتباره يمارس شكلاً من صور السياسة الشرعية هو علم أصول الفقه، وقد مرت عليه العصور فأثمر نظريات وأبحاث ازدادت عمقاً وتنقيحاً ونتجت عن ذلك من القواعد التي أرسدت دعائم التفكير، وضبطت مناهجه، وأعانت على دقة الاستنباط والفهم؛ مما انعكس إيجاباً على البحث القانوني فأثراه.

٤- تبيين لنا بما لا غبار عليه أثر علم أصول الفقه في الموازنة بين نصوص القوانين سواء أكانت في القانون العام أو القانون الخاص في حالة نشوء ما يعرف بالتعارض بين هذه النصوص -نقطة ارتكاز البحث-، وطرق دفع هذا التعارض، وإزالة الإشكال الحاصل بسبب ذلك سواء أن ذلك في التعارض البدوي أو المستقر؛ بل وتمييزهم بحد فاصل دفعاً لدخول الأعيار أمثال التزاحم لتقاربهما. ونسجل بذلك للأصوليين قصب السبق في هذا الباب بما دونوه في كتبهم وأبحاثهم وتقاريرات العلماء في مبحث التعارض والترجيح من معالجات مستقاة من النصوص الروائية ونحو ذلك بطرق شتى قاموا على برمجتها وتصنيفها بما يخدم المسيرة العلمية بمنهجية رتيبة بالرغم من اختلاف المدارس الفكرية، ومنها موارد الجمع العرفي، أو الترجيح بطرقه التي لا تحصى، وقد أفاض الأصوليون في الحديث عن هذا الموضوع؛ بل ألفت فيه مؤلفات مستقلة لأهميته.

- 1- Data Availability Statement: (The manuscript includes all the data used in the study.)**
- 2- Conflict of Interest Statement: (The authors confirm that there are no conflicts of interest that could affect the content of this research.)**
- 3- Funding Statement: This research was fully funded by the authors without any financial support from other entities.**

ثانياً: المصادر والمراجع

خير ما نبدأ به القرآن الكريم

سنعتمد ترتيب المصادر وفقاً لحروف الهجاء وكالاتي:

١. أبو إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز آبادي الشيرازي، (د.ت) القاموس المحيط، تحقيق: د. محمد حسن هينو: التبصرة، دار الفكر، دمشق.
٢. أبو إسحاق الشاطبي الشافعي (د.ت)، الموافقات في أصول الشريعة، طبع المكتبة التجارية، القاهرة.
٣. أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي(١٩٥٩م) تهذيب الأحكام، مطبعة النعمان، ط٢، النجف الأشرف.
٤. أبو حامد الغزالي: المستصفى(١٩٧٣م)، مطبعة مصطفى محمد، ط١، القاهرة.
٥. أحمد البهادلي: مفتاح الوصول إلى علم الأصول(٢٠٠٢م)، ط١، دار المؤرخ العربي، بيروت.
٦. أحمد عوض بلال (د.ت)، مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، بدون ذكر للمطبعة ومكان.
٧. البيهقي: السنن الكبرى: نسخة المعجم الفقهي الثاني.
٨. جعفر الفضلي ود. منذر عبد الحسين الفضل(١٩٨٧م)، المدخل للعلوم القانونية، ط١، طبع على نفقة جامعة الموصل، العراق.
٩. جمال الدين الأسنوي (د.ت)، نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول، مطبعة التوفيق، مصر.
١٠. جمال الدين الشيخ حسن بن زين الدين (الشهيد الثاني) (د.ت)، معالم الدين وملاد المجتهدين، المكتبة الإسلامية، طهران، طبع حجر.
١١. جواد أحمد البهادلي: الثابت والمتغير في الشريعة الإسلامية(٢٠٠٩م)، ط١، مجمع أهل البيت عليهم السلام، النجف الأشرف.
١٢. جواد أحمد البهادلي(٢٠٢٢م)، المبسط في أصول الفقه المقارن، ط١، دار الأبرار، النجف الأشرف.
١٣. جواد أحمد البهادلي(٢٠١٢م)، مختصر المفتاح في أصول الفقه المقارن، ط١، مجمع أهل البيت عليهم السلام، النجف الأشرف.
١٤. جواد أحمد البهادلي(٢٠١٧م)، مدخل القانوني لدراسة الشريعة الإسلامية: ط١، مجمع أهل البيت عليهم السلام، النجف الأشرف.
١٥. جواد البهادلي (٢٠٢٤م)، المنقّى من أصول الفقه المقارن وتطبيقاتها في القانون العام والخاص والقرارات القضائية، ط١، مجمع ناشران العالمي، دار قاصدك، إيران.
١٦. الحر العاملي(١٣٩١هـ)، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، بيروت، ط٤.
١٧. حمد عبيد الكبيسي(١٩٧٥م) أصول الأحكام / ط١، بغداد، ١٩٧٥م.

١٨. زكريا البري (١٣٩٨هـ)، الدراسات الإسلامية أهدافها، خططها، مناهجها، أساليب تطويرها في الفقه الإسلامي وأصوله: بحث مقدم لندوة الدراسات الإسلامية ضمن سلسلة ندوات اتحاد الجامعات العربية
١٩. سامي عبد الكريم محمود (٢٠١٠م)، الجزاء الجنائي، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
٢٠. سعد جاسم الكعبي (٢٠١٣م)، أصول كتابة الدستور وتفسيره: رسالة ماجستير، كلية الفقه.
٢١. سعيد حسن بحيري (٢٠٠٤م)، علم لغة النص: المفاهيم والاتجاهات: مؤسسة المختار: القاهرة: مصر.
٢٢. سعيد مصلوخ (١٩٨٩م)، العربية من نحو الجملة إلى نحو النص: دراسة منشورة ضمن دراسات مهداة إلى الأستاذ عبد السلام محمد هارون في ذكراه الثانية: جامعة الكويت: كلية الآداب: الكتاب التذكري.
٢٣. سليمان عبد المنعم (٢٠٠٣م)، النظرية العامة لقانون العقوبات، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
٢٤. عادل يوسف الشكري (٢٠١٥م)، فن صياغة النص العقابي: أطروحة دكتوراة: جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بيروت + ط٢، المركز الأكاديمي للنشر والتوزيع.
٢٥. عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري (١٣٢٤هـ)، فواتح الرحموت في شرح مسلم الثبوت، المطبعة الأميرية، القاهرة..
٢٦. عبد الملك السعدي (١٩٨٧م)، المتن لعلاء الدين السمرقندي: ميزان الأصول، ط١، ١٩٨٧م.
٢٧. عبد الوهاب خلاف (١٩٨٧م)، علم أصول الفقه: ط١٠.
٢٨. عبد الوهاب خلاف (د.ت)، مصادر التشريع الإسلامي، مطابع دار الكتاب العربي، مصر.
٢٩. علي بن أحمد المحلى الشافعي (١٣٩٧هـ)، شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع، طبع القاهرة..
٣٠. علي بن محمد الأمدي (سيف الدين) (١٩٨٢م)، الإحكام في أصول الأحكام / مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة.
٣١. فاضل عبد الواحد عبد الرحمن (١٩٨٧م)، الأنموذج في أصول الفقه / مطبعة جامعة بغداد..
٣٢. قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠م.
٣٣. قانون الجنسية العراقي رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦م.
٣٤. قانون العقوبات العراقي المعدل رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م.
٣٥. قانون العقوبات اللبناني الصادر بالأمر الاشتراعي رقم (٣٤٠) في ١٩٤٣ / ٣ / ١ النافذ والمعدل.
٣٦. قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠م المعدل.

٣٧. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م.
٣٨. قرار محكمة البداية في النجف / رقم القرار ٦٦١/ب/٢٠٢٢م بتاريخ ٤ / ١ / ٢٠٢٣م.
٣٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية: رقم ٨٥٠١ / ٢٠٢٢م.
٤٠. قرار مكتب التحقيق القضائي في غماس. رقم القرار ١٢٦ / إحالة / ٢٠٢٠م بتاريخ ١٢ / ٦ / ٢٠٢٢م.
٤١. كلاوس برينكر (٢٠٠٥م)، التحليل اللغوي للنص: مدخل إلى المفاهيم الأساسية والمناهج: ط١: ترجمة الدكتور سعيد حسن بحيري: مؤسسة المختار: القاهرة: مصر.
٤٢. محمد باقر المجلسي (د.ت)، بحار الأنوار / نسخة المعجم الفقهي الثاني.
٤٣. محمد بن محمد بن أمير الحاج (١٣١٦هـ)، التقرير والتحبير، المطبعة الأميرية، مصر.
٤٤. محمد بن يعقوب الكليني (١٣٨٠هـ)، الكافي، المطبعة الحيدرية، طهران.
٤٥. محمد تقي الحكيم (١٩٦٣م)، الأصول العامة للفقهاء المقارن / دار الأندلس، بيروت، ط١.
٤٦. محمد حسين الطباطبائي (١٩٧٤م)، الميزان في تفسير القرآن، ط٣، بيروت.
٤٧. محمد رضا المظفر (د.ت)، أصول الفقه / ط١، النجف الأشرف.
٤٨. محمد صادق الروحاني (د.ت)، المسائل المستحدثة: نسخة المعجم الفقهي الثاني.
٤٩. محمد علي السالم عياد الحلبي (٢٠٠٧م)، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
٥٠. محمد كاظم الخراساني (د.ت)، كفاية الأصول: نسخة حجرية + نسخة المعجم الفقهي الثاني.
٥١. محمد محمد مصباح القاضي (١٩٨٧م)، الحماية الجنائية للعقود المدنية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
٥٢. محمد محمد مصباح القاضي (٢٠١٣م)، النظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
٥٣. محمد محي الدين (١٣٢٣هـ)، تكملة في تصريف الأفعال على شرح بن عقيل: المطبعة العصرية: ١٤٢٣هـ.
٥٤. محمود الشاهرودي (د.ت)، دراسات في علم الأصول: نسخة المعجم الفقهي الثاني.
٥٥. محمود الهاشمي (١٩٩٧م)، بحوث في علم الأصول / تقريراً لأبحاث السيد محمد باقر الصدر، ط٢، إيران.
٥٦. محمود نجيب حسني (٢٠٠٧م)، الفقه الجنائي الإسلامي، الجريمة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
٥٧. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م.
٥٨. مرتضى الأنصاري (د.ت)، فرائد الأصول/ الرسائل: طبعة حجرية.

تعارض النصوص وتزاحمها وآلية معالجتها (٤٣)

٥٩. نظام توفيق المجالي (٢٠٠٩م)، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، الإصدار الثاني، عمان، الأردن.
٦٠. يوسف آل عصفور البجراني (١٣٧٧هـ)، الحدائق الناضرة، دار الكتب الإسلامية، النجف الأشرف.

