

**الحجّة العقلية ومجلة الالتزامات والعقود**  
**(دراسة تحليلية للعلاقة بين الأحكام القانونية)**

عبد المجيد الزّروقي، الحجّة العقلية ومجلة الالتزامات والعقود. دراسة تحليلية للعلاقة بين القواعد القانونية، مقالة منشورة في: كتاب مأوية مجلة الالتزامات والعقود، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2006  
(ص 59 – ص 133)

**المقدمة**

**I) الحجّة العقلية في صورة التنصيص على حكمين**

- (أ) الحجّة العقلية المفضية إلى سقوط الحكمين
- (ب) الحجّة العقلية المفضية إلى سقوط واحد من الحكمين

**II) الحجّة العقلية في صورة التنصيص على حكم واحد**

- (أ) الحجّة العقلية المفضية إلى القول بحكم "تكليفي"
  - (ب) الحجّة العقلية المفضية إلى القول بحكم "وضعي"
- خاتمة

## مقدمة

**1. الحجّة، في الحقل المعجمي العام، "...الذليل والبرهان. وقيل(أيضا هي) ما دفع به الخصم... (كما قيل إنّها) الوجه الذي يكون به الظفر عند الخصومة".<sup>1</sup>**

أمّا في الحقل المعجميّ الخاصّ، أي "في الاصطلاح العلمي، (فللحة) معنيان أو اصطلاحان: أ - ما عند المناطقة. ومعناها: «كلّ ما يتّالّف من قضايا تنتج مطلوباً» أي مجموع القضايا المترابطة التي يتوصّل بتاليتها وترتبطها إلى العلم المجهول سواء كان في مقام الخصومة مع أحد أم لم يكن. وقد يطلقون الحجة أيضاً على نفس الحدّ الأوسط في القياس. ب - ما عند الأصوليين، ومعناها عندهم حسب تتبع استعمالها: «كلّ شيء يثبت متعلّقه ولا يبلغ درجة القطع».<sup>2</sup>

2. ويمكن القول إنّ القاسم المشترك بين هذه التّعاريف أنّ الحجّة تنصيص (ت) يستعمل من أجل بلوغ نتيجة (ن). فـ"الاحتاج لـ(ن)" بواسطة (ت)... هو تقديم لـ(ت) على أنه ينبغي أن يؤدي... لاستنتاج (ن)<sup>3</sup>: بعبارة أخرى تمّ مرور من (ت) إلى (ن)<sup>4</sup>. وهذا المرور يعني أن "يتم وفق قواعد ومبادئ يَعُدّها

<sup>1</sup> تاج العروس (محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس، دار الهدایة، ج 5، ص 464). انظر أيضاً المعنى الأصلي (الخ) لعبارة Argument وذلك عند: François MARTINEAU, *Petit traité d'argumentation judiciaire*, Dalloz, Paris, 2004, p. 37 et s.

٢ "أي لا يكون سبباً للقطع بمتعلقه، والإلّا فمع القطع يكون القطع هو الحجّة بمعناها اللغوي. أو قل بتعيير آخر: «الحجّة كلّ شيء يكشف عن شيء آخر ويحكي عنه على وجه يكون مثبّطاً له». ومعنى بكونه مثبّطاً له: أنّ إثباته يكون بحسب الجعل من الشارع المكّف بعنوان أنه هو الواقع. وإنما يصح ذلك ويكون مثبّطاً له فيضميّة التّدليل على اعتبار ذلك الشيء الكافّ للحاجة على أنه حجّة من قبل الشارع". الشّيخ محمد رضا المظفر، أصول الفقه، منشورات مؤسسة الأعلمى للطبّيوّات، بيروت، ١٤١٠ هـ / ١٩٩٠ م، ج ٢، ص ١٢. انظر أيضاً: السيد محمد تقى الحكيم، الأصول العامة، المجمع العالمي لأهل البيت، ١٤١٨ هـ، ص ٢١ وما بعدها: «والذّي يبيّد من تتبع موارد استعمال هذه الكلمة لدى الأصوليين وغيرهم أنّ لهم فيها اصطلاحات متعدّدة تختلف باختلاف زاوية المصطلح، فاللغويون يطلقونها على كلّ ما يصحّ الاحتياج به، أفاد علماً بمدلوله أم لم يفده، شريطة أن يكون مسلماً لدى المحتاج عليه ليكون ملزمًا به. يقول الأهرمي: «الحجّة الوجه الذي يكون به الظّرف عند الخصومة»؛ ولا يتم الظّرف - بالطبع - إلا مع اعتراف الخصم والتزامه بما قامت عليه، وإنما سميت. فيما يقول الأهرمي: «حجّة لأنّها تتحجّى أي تقصد، لأنّ القصد لها وإليها». والمرء عادة لا يقصد إلى الشيء إلا إذا وجد فيه ضالتّه، والضّالّة التي يتشدّها العقلاء من وراء قصدهم إلى الحجّة الشرعية عادة هو التّناسُق المدرّية أو المنجزية، وهو من اللّوازِم العقليّة التي لا تتفاوت عن مفهوم الحجّة بحال، كما أنّ من لوازِمها صفة نسبة مدلول ما يتحجّى به إلى من يتحجّى عليه بعد فرض التّزامه به... لكن الحجّة عند علماء الميزان لا يراد بها ذلك على إطلاقه، بل يريدون منها «الوسيط الذي به يتحجّى ثبوت الأكبر للأصغر من نحو علقة وربط ثوبتي بنحو العلنية والمعلولةية أو التّلازم». وربّما أطلقت على مجموع قضايا القیاس مقدّمات ونتيجة.. أما الأصوليون فإنّ لهم اصطلاحهم الخاصّ فيها، فهم يطلقونها على خصوص «الأدلة الشرعية من الطرق والأمارات التي تقع وسطاً لإثبات متعلقاتها بحسب الجعل الشرعي، من دون أن يكون بينها وبين الم المتعلقات علقة ثبوتية بوجه من الوجه»... والظاهر أنّ منشأ إطلاق كلمة الحجّة على القیاس عند المناطقة وعلى الطرق الشرعية والأمارات عند الأصوليين هو كونهما من صغريات ما يصحّ الاحتياج به عقا، وقد يضيفها تبعاً لاحتاجتهم في الاصطلاح. فالحجّة اللغوية إذن أوسع نطاقاً منها عند المناطقة والأصوليين".

Jean-Claude ANSCOMBRE et Oswald DUCROT, L'argumentation dans la langue, Margada, 3<sup>ème</sup> éd, 1997, p. 3  
28.

<sup>4</sup> هذا المرور - وحسب PERELMAN- قد يكون دليلاً Démonstration و قد يكون حجاجاً Argumentation

" Quand il s'agit de démontrer une proposition, il suffit d'indiquer à l'aide de quels procédés elle peut être obtenue comme dernière expression d'une suite déductive dont les premiers éléments sont fournis par celui qui a construit le système axiomatique à l'intérieur duquel on effectue la démonstration. D'où viennent ces éléments, sont-ce des vérités impersonnelles, des pensées divines, des résultats d'expérience ou des postulats propres à l'auteur, voilà des questions que le logicien formaliste considère comme étrangères à sa discipline. Mais quand il s'agit d'argumenter, d'influer au moyen du discours sur l'intensité d'adhésion d'un auditoire à certaines thèses, il n'est plus possible de négliger complètement, en les considérant comme irrelevantes, les conditions psychiques et sociales à défaut desquelles l'argumentation serait sans objet ou sans effet. Car toute argumentation vise à l'adhésion des esprits et, par le fait même, suppose l'existence d'un contact intellectuel ". Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRUCHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*. La nouvelle rhétorique, éd de l'Université de Bruxelles, 1992, p. 18.

المخاطب (أو يفترض أنه يعدها) صحيحة وسليمة<sup>5</sup>. وعلى هذا فالحجّة جزء من عملية استدلال *Raisonnement*<sup>6</sup>. وفعلا ليس الاستدلال إلا توصلا إلى أمر بواسطة دليل<sup>7</sup>، أي بواسطة حجّة. 3. والاستدلال له طرق علمية<sup>8</sup>. والرئيس منها ثلات: "1- (القياس *Syllogisme*)، وهو أن يستخدم الذهن القواعد العامة المسلم بصحتها في الانتقال إلى مطلوبه. وهو العمدة في الطرق. 2- (التمثيل *Analogie*)، وهو أن ينتقل الذهن من حكم أحد الشيئين إلى الحكم على الآخر لجهة مشتركة بينهما. 3- (الاستقراء *Induction*)، وهو أن يدرس الذهن عدّة جزئيات، فيستنبط منها حكما عاماً<sup>9</sup>. والاستدلال على حكم قانوني يمكن أن يتم بواحدة من هذه الطرق<sup>10</sup>. وإن ما يعني هذا العمل الاستدلال على محتوى القانون بواسطة القياس. وإن كل قياس سواء كان حملياً أو شرطياً<sup>11</sup> -لابد أن

<sup>5</sup> "...le passage...doit se faire en vertu de règles, de principes que le destinataire tient (ou est censé tenir) pour valides". Jean-Claude ANSCOMBRE et Oswald DUCROT, préc., p. 28.

George C. CHRISTIE, L'auditoire universel dans l'argumentation juridique. Traduit de l'anglais américain et présenté par Guy HAARSCHER, Bruxelles, 2005.

6 إذا أتى بنا مات جاء سابقاً عند Chaïm PERELMAN و Lucie OLBRECHTS-TYTECA تكون ثم الاستدلال البرهاني Raisonnement démonstratif وثم الاستدلال الحجاجي Raisonnement argumentatif

انظر: Chaïm PERELMAN, Argumentation, Encyclopaedia Universalis 2004. 7 "الاستدلال في اللغة طلب التدليل، أو طلب دلالة الدليل...يقال استدل بالشئى على الشئى: اتَّخذَه دليلاً عليه؛ فلاستدلال هو التوصل إلى أمر بوساطة الدليل...وأمّا عن الماناطقة، يطلق بوجه عام على «استنتاج قضية من قضية أو عَدَّة قضايا أخرى...». يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، طرق الاستدلال ومقوماتها عند الماناطقة والأصوليين، مكتبة الرشد، الرياض، ط 2، 1422 هـ/2001 م، ص 201. انظر كذلك: مسعود بن موسى فلوسي، الجدل عند الأصوليين بين النظرية والتطبيق، مكتبة الرشد، الرياض، 1423 هـ/2003 م، ص 201 وما بعدها. انظر أيضا حول المعنى المنطقي: الشيخ محمد رضا المظفر، المنطق، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، 1414 هـ/1995 م، ص 201. وتتبّغى الإشارة إلى أننا نشهد اليوم تجدیداً لمفهوم التدليل يتمثّل في ربطه "بمفهوم الحفظ، حفظ النتيجة. إن التدليل لا يتم إيراده للانتقال منه إلى مدلوله بقدر ما يؤتى به لحفظ هذا المدلول واللود عنه في وجه من يعترض عليه...التدليلات إذن قضايا تتطلب تأسيس أو لهم ما يكون من الآراء محل نزاع، ويكون ناصبيها معرضاً نفسه لأن يُخالِف في رأيه، ومبينا بأي شئ يفضل به مخالفه في الرأي. لم يقتصر، في تجديد النظر في مفهوم التدليل، على إعادة تحديد وتجديد تعريفه، ولكن غمد أيضا إلى النظر فيه كما يستخدم فعلاً في مختلف المقامات التحليلية. - يستخدم التدليل أساساً لتقدير الأوضاع التي يتقدّمها آخرون، وكذا لتقدير الأوضاع التي يتقدّمها المدلل نفسه، فهو من هذه الجهة مقوم ذاتي. - كما يستخدم للتحسين من قدر المعرفة وتخلصها مما يشوبها من التواضع". حمو التعلوي، منطق الكلام من المنطق الجدلية الفلسفية إلى المنطق الججاجي الأصولي، دار الأمان، الرباط، 1426 هـ/2005 م، ص 463.

<sup>8</sup> أقصى هنا الطريق الشیخ محمد رضا المظفر، م س (المنطق)، ص 197 حين يقول: "جميع ما تقدم من أحكام القضايا (القضيب والعكس والتضليل) هي من نوع الاستدلال المباشر بالنسبة للقضية المحولة عن الأصل أي القضية والعكس والتضليل، لأنَّه يستدل في التضليل من صدق إحدى القضيتين على كذب الأخرى وبالعكس، ويستدل في الباقي من صدق الأصل على صدق ما حول إليه عكساً أو نقضاً، أو من كذب العكس والتضليل على كذب الأصل. وسمِّيَناه مباشرَا لأنَّ انتقال الذهن إلى المطلوب، أعني كذب القضية أو صدقها، إنما يحصل من قضية واحدة معلومة فقط، بلا توسيط".

<sup>9</sup> الشيخ محمد رضا المظفر، م س (المنطق)، ص 202. قرّب من André LALANDE, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, PUF, Paris, 1993, sous le mot : Raisonnement.

<sup>10</sup> يقول الشيخ محمد رضا المظفر، م س (أصول الفقه)، ج 1، ص 179 و 180: إن العلم بأمر - ومنها العلم بالحكم الشرعي - لا بد له من علة لاستحالة وجود الممكن بلا علة. ثم يقول إن علة العلم التصديق هي القياس والاستقراء (لا يقول به في إطار الحكم الشرعي) والتمثيل (لا يقول به في إطار الحكم الشرعي). ويختتم بالقول إن علة العلم بالحكم الشرعي تتمثل في القياس لوحده، وبالتحديد في القياس بالمعنى الذي يوجد في المنطق. وكما يلاحظ فان هذا الكلام قد جاء به صاحبه في إطار الحكم الشرعي. وإنّا قد استعملناه في إطار آخر هو الحكم القانوني (أي الحكم الذي يعُد محتوى للقوانين الوضعية بمعنى السائد اليوم للكلمة). وتبرير هذا الاستعمال أن الحكم الشرعي والحكم القانوني لا يختلفان على المستوى، الذي تتناوله قرّب مما سألت في فقرة العما، وخاصة في عدد 56، وما بعد

الستوى العربي-سوسي. رجب سعيد مسيحي بيبي المنسى وحسن سعيد وسبسي (أبو علي) (11)...القياس عبارة عن قول مؤلف من أقوال يلزم عن تسليمها لذاته قول آخر. فان كان المطلوب، أو نقشه، مذكورا فيه بالفعل سمي استثنائياً (أو شرطياً، الخ). وإذا كان غير مذكور فيه بالفعل سمي اقتراانياً (أو حملياً، الخ). عبد الأمير الأعسم، المصطلح الفلسفي عند العرب، الدار التونسية للنشر-المؤسسة الوطنية للكتاب، تونس-الجزائر، 1991، ص 370. انظر أيضاً: الغزالى، معيار العلم في المنطق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1410 هـ/1990 م، ص 111 و 112؛ الحجة هي التي يوتى بها في إثبات ما تمس الحاجة إلى إثباته من العلوم التصديقية وهي ثلاثة أقسام: قياس واستقراء وتمثيل. والقياس أربعة أنواع: حملٍ وشرطيٍ متصلٍ وشرطيٍ منفصلٍ وقياسٍ خلفٍ، ولنسمّ الجميع: أصناف الحجة. وحدّ القياس: أنه قولٌ إذا سُلمَ ما أوردَ فيه من القضايا، لزمَ لذاته قولٌ آخرٌ اضطراراً... (و) القياس الحملِي، الذي قد يسمى قياساً اقتراانياً، وقد يسمى جرمياً وهو مركبٌ من مقدمتين (نتيجه). ص 137: "الشرطي المتصل يترکب من مقدمتين إداهما مرکبة من قضيتيين قرن بهما صيغة شرطٍ. والأخرى حمليةٍ واحدة هي المذكورة في المقدمة الأولى بعينها أو نقشها ويقرن بها كلمة الاستثناء (استثناء عين المقدم أو نقش التالي). ص 142": الشرطي المنفصل..مثاله قولنا: العالم إنما قديم وإنما محدث. لكنه محدث. فهو ليس بقدم". انظر أيضاً: سمير خير الدين، القواعد المنطقية (دورس بنيانية في شرح المنطق وتطبيقاته)، معهد المعارف الحكمية، بيروت، ط1، 1426 هـ/2006 م، ص 269 وما بعدها.

André LALANDE, préc., sous le mot : syllogisme ; E. GOBLOT, Traité de logique, Lib. A. COLIN, Paris, 1918, n° 130 et s ; Antoine Arnold et Pierre Nicole, La Logique ou l'art de penser (ouvrage paru en 1662 et connu sous le nom de Logique de Port-Royal). Notes et postface de Charles Jourdain, Collection Tel, Éditions

يتكون من مقدمتين. والمقدّمان قد تكونان غير عقليتين<sup>12</sup>؛ وقد تكونان عقليتين<sup>13</sup>؛ وقد تكون الواحدة غير عقلية والأخرى عقلية.

4. والحجّة تتّلّف من تلک المقدّمان. فإذا كانت المقدّمان غير عقليتين أمكن تسمية الحجّة بالحجّة القانونيّة. وإذا كانت المقدّمان عقليتين أمكن تسمية الحجّة بالحجّة العقلية. أمّا إذا كانت المقدّمان واحدة عقلية والأخرى غير عقلية أمكن تسمية الحجّة العقلية تغليباً للجانب العقلي من جانبيها<sup>14</sup>. وإذا أريد التّدقيق قيل عن الحجّة العقلية الأولى إنّ الحكم في مقدّمتها الصّغرى هو للعقل العملي. أمّا في مقدّمتها الكبرى فالحاكم هو العقل النّظري<sup>15</sup>. والعقل النّظري هو الحكم أيضاً في المقدّمة الكبرى للحجّة العقلية الثانية. وعلى هذا هناك نوعان من الحجّ العقلية: والنّوع الثاني هو محلّ هذا العمل. بعبارة أخرى سيُبحث هنا في الحجّة العقلية التي تتكون من مقدمتين واحدة عقلية والأخرى غير عقلية.

5. والحجّة كما تقدّم تقضي إلى نتّيجة. والنتّيجة هي حكم قانوني. وينبغي التّنبيه إلى أنّ ما جاء للتو لا يعني قوله بأنّ العقل النّظري يدرك الأحكام القانونيّة. فالمحتوى القانوني ليس من "القضايا الأولى..."(وينبغي أن يضاف أنّ الحكم القانوني ليس مما تناله) المشاهدة بالبصر ونحوه من الحواس... (وليس مما تناله) التجربة والحدس... (وشأنه) في ذلك شأن سائر المجموعات التي يضعها البشر كاللغات والخطوط والرموز"<sup>16</sup>. فالحجّة العقلية إذن ليس حاصلها إدراك العقل النّظري لأحكام قانونيّة. بل

Gallimard, 1992, p167 et s. ; A. Baron, *De la rhétorique ou de la composition oratoire et littéraire*, Lib. Polytechnique d'Aug. Dec., Bruxelles, 2<sup>ème</sup> éd , 1853, p178 : «Le syllogisme est catégorique (Quiconque frappe dans le but de légitime défense est innocent ; or Milon a tué Clodius dans un but de légitime défense ; donc, Milon, meurtrier de Clodius, est innocent.), conditionnel (Si Milon a tué Clodius dans un but de légitime défense, il est innocent ; or il l'a tué... ; donc, il est innocent.), ou disjonctif(Milon a tué Clodius ou dans le but de légitime défense ou par tout autre motif: dans le premier cas il est innocent, il ne l'est pas dans le second ; or il l'a tué... ; donc...), selon que sa majeure est une proposition simple, conditionnelle ou disjonctive...On voit que les deux dernières formes (de syllogisme)peuvent se ramener toujours à la première ».

<sup>12</sup> مثل لمقدمتين غير عقليتين:

المقدّمة الصّغرى: [هذا] إنّوچا

المقدّمة الكبرى: [كل زوج] [ملزم بالإنفاق على زوجته] (=الفصل 23. ف4 والفصل 38 من مجلة الأحوال الشخصية).

<sup>13</sup> يعطي الشيخ محمد رضا المظفر (م س: أصول الفقه، ج 1، ص 180 و 181) المثل الثاني لمقدمتين عقليتين(ونك في الإطار الذي يعمل عليه هو وهو الحكم الشرعي. ولكنّا منّا من قليل أن ليس ثم اختلاف على المستوى الذي نعمل عليه بين الحكم الشرعي والحكم القانوني): حكم العقل بحسن شيء أو بقبحه/ ثم حكم العقل بأنّ كلّ ما قضى به العقل قضى به الشرع أيضاً. ملاحظة: لم نفعل هنا وفيما سبق وفيما سيأتي من حديث عن القياس والمقدمات إلا أن نقنا - نقاً يكاد أن يكون حرفيًّا - ما جاء عند الشيخ محمد رضا المظفر (م س: أصول الفقه، ج 1، ص 180).

<sup>14</sup> يقول عن هذه الحجّة العقلية إنّها غير مستقلة. والسبب أنّ العقل لم ينفرد ولم يستقل في تكوين الحجّة ومن ثمّ في الوصول إلى النتّيجة، انظر حول هذا كله: الشيخ محمد رضا المظفر، م س: أصول الفقه، ج 1، ص 180.

ملاحظة:أخذ اسم الحجّة ووصفها من فضاء أصول الفقه(طبعاً بالنسبة إلى الحجّة غير العقلية استبدلنا وصفها من الشرعية إلى القانونية). لكن ما قيل في الهاشم 10 وما سبق في بقية العمل(خاصة عدد 56 وعدد 75)في شأن الأحكام قابل لأن ينقل على مستوى آخر هو اسم الحجّة ووصفها. بعبارة أخرى ينبع أن ينظر إلى الألفاظ التي اعتمدت على أنها قابلة لأن تستبدل بغيرها إن وجدت لذلك فائدة، أي ينبع أن لافع الماشحة على مستوى الشكل لأنّه ليس هو المقصود في هذا العمل.

<sup>15</sup> « Raison... D. système de principes a priori, dont la vérité ne dépend pas de l'expérience... » « Raison pure... » et « raison pratique »... KANT entend par ces expressions : 1<sup>o</sup> la raison, telle qu'elle est définie ci-dessus au sens D, c'est-à-dire tout ce qui dans la pensée est a priori, et ne vient pas de l'expérience... Cette raison est théorique ou spéculative... lorsqu'elle concerne exclusivement la connaissance, et dans ce cas elle fonde la science ; elle est pratique ... lorsqu'elle est considérée comme contenant le principe a priori de l'action, c'est-à-dire la règle de la moralité ». André LALANDE, préc., sous le mot : raison.

ويقول أحدهم إنّ العقل النّظري محلّ الإدراك والمعارفة. أمّا العقل العملي فمحلاً الأخلاق والسلوك. ويضيف أنّ ما سبق ليس تقسيماً للعقل، بل هو تقسيم للغاية التي يهدف إليها العقل. فإذا كانت الغاية هي العلم أو المعرفة تحذّثنا عن عقل نظري. أمّا إذا كانت هي العمل تحذّثنا عن عقل عملي. انظر: الشيخ عبد الهادي الفضلي، دروس في أصول فقه الإمامية، مؤسسة أم القرى للتحقيق والنشر، ط 1، 1، ص 1420 هـ، ص 30. ونفس ما تقدّم نجده عند الشيخ محمد رضا المظفر (م س: أصول الفقه، ج 1، ص 193) حين يقول: "وليس الاختلاف بين العقليين إلا بالاختلاف بين المدرّكات، فإن كان المدرّك - بالفتح - مما ينبع أن يفعل أو لا يفعل مثل حسن العدل وقبح الظلم فيسمى إدراكه (عقلاً عملياً) وإن كان المدرّك مما ينبع أن يعلم مثل قولهم: "الكلّ أعظم من الجزء" الذي لا علاقة له بالعمل، فيسمى إدراكه (عقلاً نظرياً)".

<sup>16</sup> الشيخ محمد رضا المظفر، م س: أصول الفقه، ج 2، ص 111 و 112. وبضيف الشيخ أن "ملائكت الأحكام كنفس الأحكام لا يمكن العلم بها إلا من طريق السّماع". الشيخ محمد رضا المظفر، م س: أصول الفقه، ج 2، ص 112.

الحجّة العقلية مفادها حكم العقل النّظري بالملازمة بين حكم ثابت قانوناً أو عقلاً وبين حكم قانوني آخر<sup>17</sup>. فدور العقل النّظري منحصر في القضاء بالملازمة بين أمر أول وأمر ثان (الأمر الأول يقتضي الثاني أو هو علّة له أو فيه دلالة عليه أو هو حجّة عليه). أو إن شئت قلت إن دور ذلك العقل مقتصر على القضاء باستحالة اجتماع الأمر الأوّل مع ما هو نفي للأمر الثاني.

ومثال ذلك - لو أخذنا كل المسألة<sup>18</sup>- أن يكون هناك حكم قانوني يلزم "أ" بالإنفاق على "ب"، وحكم آخر يوجب على "أ" الإنفاق على "ج". ويتفق في الواقع أن يكون "ب" مريضاً و "ج" معافى. كما يتّفق أن يكون (أ) قادرًا على الإنفاق على (ب) وإنما على الإنفاق على (ج)<sup>19</sup>. فهنا ستنتظم: أوّلاً مقدمة صغرى غير عقلية مفادها: [إهذا] حكمان قانونيين لا يمكن لمن عنّيه أن يمثّل إيهما معاً.

وثانية مقدمة كبرى عقلية فيها الملازمة المتحدث عنها منذ قليل. ويمكن أن تصاغ هذه المقدمة على النحو التالي: [كل حكمين قانونيين لا يمكن لمن عنّيه أن يمثّل إيهما معاً] يلزمهما عقلاً حكم القانون بامتثال الأهم منهما<sup>20</sup>.

فإذا انتظمت المقدّمان انجرت عنهما نتيجة هي: [إهذا (أي: الحكم الذي يلزم بالإنفاق على "ب" + الحكم الذي يلزم بالإنفاق على "ج")] يلزمهما عقلاً حكم القانون بامتثال الأهم منهما<sup>21</sup>. بعبارة أخرى مثلّت المقدّمان الحجّة على حكم القانون بامتثال القاعدة الأهم. وهذه الحجّة العقلية (وغيرها مما يدخل تحت نفس النوع) هي التي قيل سابقاً إنّها ستمثل موضوع هذا البحث.

6. ومن يتأمّل الحجّة - من خلال المثال المقدّم للتوّ - يجد أنّ البحث فيها هو من وجه آخر بحث في العلاقة بين أحكام قانونية<sup>22</sup>. ومن يواصل التأمّل يجد تلك الحجّة مرتبطة بفرض الفصل 556 من مجلة الالتزامات والعقود. لكن الحجج العقلية التي سنعمل عليها مرتبطة أيضًا بفرض الفصل 557 وبفرض الفصل 539 من نفس المجلة. بل إنّ منها ما يخرج عن فرض هذه التصوص. وهذا نصل إلى ما عُطف على الحجّة العقلية في عنوان هذا العمل. كما نصل إلى أدلة العطف. وهذه الأدلة يُقال إنّها للعلاقة<sup>23</sup>. وعلى هذا فالعمل هنا سيكون على العلاقة بين الحجّة العقلية ومجلة الالتزامات والعقود.

<sup>17</sup> قرب من الشيخ محمد رضا المظفر، م (أصول الفقه)، ج 1، ص 180 و 181. انظر أيضًا: السيد علي الحسيني السيستاني، الرافد في علم الأصول (محاضرات السيد علي الحسيني السيستاني بقلم السيد منير السيد عدنان القطيفي)، مطبعة: مهر، ط 1، 1414 هـ، ص 42 وما بعدها.

<sup>18</sup> وذلك في الإطار الذي هو محل لعملنا وهو الحجّة العقلية غير المستقلة.

<sup>19</sup> ينبغي أن تكون أمام صورة تخرج عن فرض الفصل 53 من مجلة الأحوال الشخصية. والسبب أنّ هذا النص وبالنسبة إلى الأشخاص الذين عذّهم- قد جاء بالحل فقدم الزوجة على الأولاد والأولاد الصغار على الأصول.

<sup>20</sup> يمكن أن تصاغ المقدمة الكبرى على نحو آخر هو مثلاً: [كل حكمين قانونيين لا يمكن لمن عنّيه أن يمثّل إيهما معاً] يتمتع عقلاً أن يجتمعان مع عدم حكم من القانون بامتثال الأهم منهما].

<sup>21</sup> ملاحظة: في جوهر هذا العمل سنأتي بصياغة مختلفة.

<sup>22</sup> سند لاحقًا أنّ العلاقة تتمثّل إما في التدافع أو التنافي (ما سيسمي تعارضًا وتزاحماً)، وإنما في التلازم (انظر خاصّة عدد 66 وما بعده). كما سند لاحقًا أن الحكم القانوني هو إما ذلك الذي يتعلق بأفعال الإنسان (الذوات المعنوية تفعل بوساطة الإنسان) ويوجه سلوكه مباشرة في مختلف جوانب حياته، وإنما ذلك الذي يتعلق بأفعال الإنسان بصفة غير مباشرة (انظر خاصّة عدد 56 وعدد 75).

<sup>23</sup> انظر: عبد الفتاح عمر وسناء درويش ونائلة شعبان وسليم اللغماني، لينات في منهجية القيم بالمواضيع القانونية، كراس منهجهية مرقوم، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس (بدون تاريخ)، ص 5 و 6: حيث يفرق بين "واو" ( مقابل et في الفرنسي) العلاقة و "واو" المقارنة. فيقال إن "الواو" هي للعلاقة لو لم يكن للمعطوف والمعطوف عليه نفس الطبيعة. ويقال إنَّها المقارنة لو كان لهما نفس الطبيعة. لكن- حين ننظر إلى أنّ نتيجة المقارنة أن نقول بأنَّ المعطوف والمعطوف عليه بينهما وحدة في نقاط وبينهما اختلاف في نقاط أخرى- سنقول أليست الوحدة والاختلاف علاقات؟ ومن ثمَّ أليست هذه المواضيع "علاقة" (يمكن أن نقول بعد ذلك إنَّه وداخل مواضيع "العلاقة" ثمَّ نوع يطلب فيه البحث في علاقتين هي الوحدة والاختلاف)؟ وإنَّ ما جاء للتو ينبعي تركه إذا كان من جاؤوا بالقرفة هم بقصد اصطلاح إذ لا تنبعي المضابقة والمشابهة على مستوى الألفاظ والأسماء. على كل انظر حول المقارنة وطرحها مساتي الوحدة والاختلاف: CICERON, De L'orateur, Texte établi, traduit et annoté par François RICHARD, Garnier, Paris, p433: «...la comparaison...pose la question d'identité ou de différence entre deux objets : crainte et déférence, roi et tyran, flatteur et ami...».

7. وإنْ لهذه المجلة (ولغيرها من القوانين) علاقة بالعديد من الحجج<sup>24</sup>. وبعض هذه الحجج وثيق الارتباط بالحجّة العقلية. والمقصود هو الحجّة الانساقية والتي تفترض أنّ المشرع كائن "... عاقل... لا يمكن أن ينظم وضعية بطيقتين لا تتلاءمان مع بعضهما"<sup>25</sup>. وهذه الحجّة حاصلها الإتيان بما يزيل التعارض وعدم التلاؤم. والمقصود زيادة على ما سبق الحجّة الرّاجعة إلى الإحالة على العبث<sup>26</sup>.

8. وإنْ كتب المنهجية القانونية في الغرب تناولت بالدرس الحجّ. لكنّها لم تفرد -على حد علمنا- الحجّة العقلية ببحث مستقل يمسح جميع أو أغلب مسائلها ويجمعها في عنوان واحد. ونفس القول يصحّ في

<sup>24</sup> مثل الحجّة التي تعود إلى قياس العكس *L'argument a simili ou L'argument a contrario* / والحجّة التي تعود إلى قياس المثل *L'argument analogique* / والحجّة التي تعود إلى قياس الأولي *L'argument a fortiori* / والحجّة التي تعود إلى كمال النظام القانوني *L'argument a complétdudine ou de la complétdude du système juridique* / والحجّة التّاريخية التي تعود إلى الانساق *L'argument historique* / والحجّة النفسانية *L'argument psychologique* / والحجّة التّاريخية *coherentia* / والحجّة النفسانية *L'argument apagogique ou de réduction à l'absurde* / والحجّة التي تعود إلى روح وهدف القانون *L'argument économique* / والحجّة الاقتصادية أو قاعدة الإفادة أولى من الإعادة والتأسيس خير من التأكيد *L'argument télologique* / والحجّة "الستافية" أي التي تعود إلى الأخذ بما جاء عند "السلف" القضائي أو الفقهي *L'argument ab exemplum* / والحجّة "السلطة" التي تعود إلى اعتبار القانون منظماً وأحكاماً تمثل نظاماً يمكن تأويله اعتماداً على السياق الذي تنتهي إليه *L'argument systématique* / والحجّة التي تعود إلى طبيعة الأشياء والتي تقضي عدم تطبيق القانون إن تعارض مع تلك الطبيعة *L'argument naturaliste, ou de la nature des choses, ou L'hypothèse du législateur impuissant* / والحجّة التي تعود إلى عموم النّص *L'argument a generali sensu* / والحجّة التي تعود إلى مراجعتها. انظر هذا التعداد ومراجعة: Abdelmagid ZARROUKI, *Le raisonnement a contrario* (Étude comparée), note n°10 (à paraître).

<sup>25</sup> Chaïm PERELMAN, Logique juridique. Nouvelle rhétorique, Dalloz, Paris, 1979, n°33. انظر أيضاً: Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique(préc.), p375 : « L'hypothèse que n'importe quel acte intentionnel doit avoir une raison d'être, qu'il constitue un moyen en vue d'une certaine fin, justifiera le rejet de toute interprétation du discours qui rendrait celui-ci ridicule ou inutile. C'est la conception qui sert de fondement aux arguments *ab absurdo* et *ab unutili sensu*, utilisés dans la théorie de l'interprétation ». انظر كذلك: Benoît FRYDMAN, Le sens des lois, Bruylant(Bruxelles). L.G.D.J(Paris), 2005, p414.

فأرنا مع: André LALANDE, préc., sous le mot : absurde : « Réduction à l'absurde...raisonnement qui conduit à rejeter une assertion en faisant voir qu'elle aboutirait à une conséquence connue pour fausse, ou contraire à l'hypothèse elle-même... » ; Encyclopédie philosophique universelle. II. Les notions philosophiques : "APAGOGIQUE (raisonnement-). Le schéma général du raisonnement apagogique est le suivant : je veux démontrer la vérité (resp. fausseté) de P ; supposons que P soit faux (resp. vrai), alors cela entraîne q, qui est fausse ; donc p est vraie (resp. fausse). On a aussi donné ce nom à un raisonnement qui part d'une prémisses disjonctives, selon le schéma suivant : ou p ou q...ou z (tous les cas possibles) ; or q est fausse,..., z est fausse ; donc p est vrai. Le raisonnement par l'absurde repose sur le principe du tiers exclu».

ونجد عند أحدهم (يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، م س، ص 269 و 270) تحت عنوان الاستدلال غير المباشر ما يلي: "يراد بقياس الخلف...إثبات المطلوب ببطلان التّقييض وهو مركب من قياسين: أحدهما اقترانى من حملية وشرطية متصلة. والآخر استثنائى. ووجه إثباته المطلوب أنّ الحق لا يخرج عن الشّئ ونقيضه، فإذا بطل التّقييض تعين الأصل...ويتعبر هذا النوع من الاستدلال أكثر أنواع القياس استعمالاً من قبل الفقهاء والأصوليين. مثال ذلك استدلال من قال بأنّ الامتنال يتحقق به الإجزاء بمعنى إسقاط القضاء بقوله: لو لم يستلزم الامتنال سقوط القضاء، لم يعلم امتنال أبداً، واللازم باطل؛ فبطل ما أدى إليه، وصدق نقيضه؛ وهو أنّ الامتنال يستلزم سقوط القضاء، مع إقامة الذليل على الملازمة، وعلى بطلان اللازم. وتوضيحاً لهذا النوع من القياس نذكر وجه تركيبه من القياسين الاقترانى والاستثنائى: أ- أما الاقترانى فهو: لو لم يستلزم الامتنال سقوط القضاء لم يعلم امتنال أبداً ولو لم يعلم امتنال أبداً، لزم المحال إذن: لو لم يستلزم الامتنال سقوط القضاء لزم المحال. وهذا قياس اقترانى.

ب- وأما القياس الاستثنائى، فيكون بذكر نتيجة القياس الاقترانى السابق؛ وهي «لو لم يستلزم الامتنال سقوط القضاء، لزم المحال»، ثم استثناء نقىض التّالى؛ فيقال: والتالى (أى لزوم المحال) باطل، وإذا بطل التالى بطل ما أدى إليه، وهو المقدم؛ أي (لم يستلزم الامتنال سقوط القضاء)، فيصدق نقىضه؛ وهو استلزم الامتنال سقوط القضاء؛ لأنّهما نقىضان، والنّقىضان لا يجتمعان".

انظر استعمالاً آخر للخلف متمثلاً في إثبات أنّ الكلام المتناول ليس خيراً، ثم القول: "إذا بطل كونه إخباراً...تعين أن يكون إنشاء، إذ الإجماع منعقد على امتناع الخلو منها...إذا بطل أحدهما تعين الآخر". هذا الكلام هو للأمدي وقد وجدها عدن: خالد ميلاد، الإشاء في العربية بين التركيب والذلة. دراسة نحوية تداولية، كلية الآداب بمنوبة/المؤسسة العربية للتوزيع، تونس1421هـ/2001م، ص466. انظر مثلاً آخر عند الشيخ محمد رضا المظفر، م س(أصول الفقه)، ج 2، ص29 وما بعدها في عنوان اشتراك الأحكام بين العالم والجاهل.

حقّ جانب كبير من مؤلفات أصول الفقه أو مؤلفات المنهجية القانونية الإسلامية<sup>27</sup>. لكنّ جانباً صغيراً من هذه المؤلفات تتناول الحجّة العقلية وتناولها بتفصيل كبير<sup>28</sup>. وهذا الجانب تعلقُت النطبيقات فيه بالشرع الإسلامي. وعليه لم توجد إلى الآن كتابات تتناول الحجّة العقلية في عنوان واحد وتكون النطبيقات فيها متعلقة بالقوانين الوضعية المعاصرة<sup>29</sup>.

9. ولعلّ هذه واحدة من الثّمَرات المرجوّ تحصيلها من هذا البحث. لكن ينبعي التأكيد على فائدة أخرى. ولتبين هذه الفائدة الأخرى تتبعي العودة إلى قول سابق مفاده أنّ النتيجة المتمثلة في حكم للقانون ستحصل انطلاقاً من مقدمتين. فإذا كانت المقدمة الكبرى قانوناً للاستبطاط والاستدلال كذا أمّا مبحث منهجي<sup>30</sup>. وهنا نصل إلى الفائدة المحدث عنها منذ قليل. وحاصل هذه الفائدة أنّ العمل على الحجّة العقلية هو – وعلى غرار العمل على غيرها من الحجج – عمل على قانون استدلالي، أي هو عمل في المنهجية القانونية<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> ملاحظة أولى: انظر ترجمة "أصول الفقه" بـMéthodologie juridique musulmane في تقديم عبد المجيد التركى لكتاب: Wahhab KHALLAF, Les fondements du droit musulman(Traduit de l'arabe par DABBAK, GODIN et LABIDI MAIZA), Al Kalam, Paris, 1997, p. 6.

ملاحظة ثانية: المقصود بمؤلفات أصول الفقه المؤلفات السنّية. ففي هذه المؤلفات يتم إيراد جوانب من مادة علمنا في مبحث الألفاظ والحال أنّ هذه الجوانب عقلية لا لفظية. والمقصود أيضاً بعض مؤلفات أصول الفقه الشيعية الإثنا عشرية(انظر نقاذاً لهذه المدرسة عند: السيد حسن الموسوي، منتهي الأصول، مكتبة بصيرتي، قم، ج 2، ص 161. الشیخ الأنصاری، مطارح الأنثار، مؤسسة آل البيت، قم، ص 37) والزیدیة(محمد بن علي بن محمد الشوکانی، ارشاد الفحول، بيروت، دار الفكر، 1412هـ/1992م. مثلاً بالنسبة إلى ما يقتضيه النهي: ص 193). كما يمكن أن نزيد كتاباً إياضيّاً ذهب في نفس الاتجاه(الإمام أبو يعقوب يوسف بن إبراهيم الوارجلاني، كتاب العدل والإنصاف في أصول الفقه والاختلاف، حفظه وعلق عليه عمرو خليفة. مثلاً بالنسبة إلى مقدمة الواجب: ص 111).

<sup>28</sup> المقصود هنا جزء من كتب أصول الفقه الإشاعية عشرية.

<sup>29</sup> لكن انظر كتاب الشیخ عبد الهادی الفضلی(عبد الهادی الفضلی)، دروس في أصول فقه الإمامية، مؤسسة أم القرى للتحقيق والنشر، الطبعة الأولى، 3 رجب / 1420 هـ، ص 48 ) حين يشير إلى: أبو الفضل عزّتی، دلیل العقل في التشريع الإسلامي والتشريع الغربي، مجلة الفکر الإسلامي، العدد 9، 1416 هـ، إصدار مجمع الفكر الإسلامي رقم.

<sup>30</sup> فارن مع من يتحدث عن المسألة الأصولية، أي عن المسألة المنهجية ويقول: "إن الميزان في كون المسألة أصولية هو استبطاط الحكم الشرعي الكلّي عند انضمام نتيجتها إلى صغرياتها ومن الواضح أنّ هذه المسألة كذلك وأمّا كونها عقلية فلأنّ المباحث العقلية تنقسم إلى قسمين: الأول: ما يستتبع الحكم الشرعي منه مستقلاً بلا احتياج إلى مقدمة شرعية كباب التحسين والتبيّن العقليتين. والثاني: ما يستتبع منه الحكم الشرعي عند انضمام مقدمة شرعية إليه كمباحث المفاهيم فإنّ الحكم بالمفهوم هو العقل لكنّ استبطاط الحكم متوقف على صدور منطقه من الشارع ومسألة مقدمة الواجب من هذا القبيل فإنّ الحكم بوجوب المقدمة من باب الملازمة هو العقل لكنّ وجوب المقدمة بالفعل لا يتّبع على حكم العقل بالملازمة إلا بعد ثبوت وجوب ذي المقدمة في الخارج ". محمد حسين الثنائي، أجود التقريرات، مكتبة صطفوي، 1368 هـ - ش، ج 1، ص 212. انظر أيضاً: السيد علي الحسيني السنيستاني، م: "(ص 138) بعد تعرّفنا على موضوع علم الأصول يتبيّن لنا الميزان في أصولية المسألة والفارق الجوهرى بينها وبين غيرها، وهو عبارة عن القانون الموجّه لمرحلة الاستبطاط، وبهذا يحصل انتشارها عن المسألة اللغوية والرجالية والفقهية. امتيازها عن المسألة اللغوية: إن المسألة اللغوية محققة للموضوع والمسألة الأصولية هي القانون الاستدلالي بعد تقيّح الموضوع. وأمّا الفاصل بين البحث عن ظهور صيغة الأمر في الوجوب بحيث يُعد بحثاً أصولياً وبين البحث في ظهور لفظ الصعيد بحيث يُعد بحثاً لغوياً فهو أحد أمرين: 1 - إن البحث في صيغة الأمر وإن كان يبيّد كونه بحثاً في صغرى أصلة الظهور إلا أنّ لـ الكلام ومرجعه للبحث عن الحجّية، بمعنى أنّ أصل دلالة الصيغة على الإلزام مسلمة ولكن هل هي بدرجة الإشعار أم بدرجة تباني العلامة على الإلزام والالتزام بذلك، وهذا بحث لغوياً وقد سبق النقاش في ذلك. 2 - إنّ أخذ عنوان القانونية في تعريف المسألة الأصولية يخرج البحث عن ظهور لفظ الصعيد مما يُعد بحثاً لغوياً عن حريم علم الأصول، وذلك لأنّ مثلك (ص 139) ظهور صيغة الأمر لتكلّره في الأبواب الفقهية كان البحث عنه في كل مسألة فقهية غير منسجم مع طبيعة البحث العلمي، فالمناسب إفراد بحث عنه مستقل عن الفقه، وذلك ما تم في علم الأصول. بينما ظهور لفظ الصعيد مثلاً لكونه زاوية خاصة من باب فقهى معين فهو لا يشكّل قانوناً عاماً لعدة أبواب فقهية حتى يُعد من المسائل الأصولية... فالقاعدة الأصولية هي بنفسها القانون الوصول لنتيجة الاستبطاط بينما القاعدة اللغوية والرجالية تسامح في تحقيق موضوع هذا القانون وصغاره لأنّها هي القانون الاستدلالي. امتيازها عن المسألة الفقهية... (ص 141) ب - النوع الثاني من المسائل الفقهية ما كان متطلقاً بالبحث عن الحجّية، فيقع الالتباس بينه وبين المسألة الأصولية، كأصلّة الصحة في عمل الإنسان نفسه المعتبر عنها بقاعدة الفراغ وقاعدة التجاوز، وأصلّة الصحة في عمل الغير، وإمارية اليد على الملكة، وحجّية البيتنة في الموضوعات، فإنّ البحث في هذه القواعد يدور حول حجيّتها في مقام الاستبطاط وعدمه فتتداخل مع المسائل الأصولية. إلا أنّ الأعلام أخرجوها عن حريم علم الأصول بقيد الاستبطاط، فقالوا بأنّ القاعدة الأصولية هي ما كانت حجّة في مقام الاستبطاط، والمقصود بالاستبطاط التوضيّط الإثباتي لإثبات حكم كليّ كخبر الثقة، فإنه قاعدة تسامح في استبطاط حكم كليّ، بينما مفاد هذه القاعدة أحكام كافية، ووظيفة الفقيه تجاهها هو التطبيق على مواردها الجزئية لا استبطاط حكم كليّ منها، فلا تقع هذه (ص 142) القاعدة حجاً في طريق الاستبطاط وإنما هي حجّة في مقام التطبيق على المورد الجزئي".

<sup>31</sup> انظر حول المنهجية القانونية: Jean-Louis BERGEL, Méthodologie juridique, PUF, Paris, 2001. François GENY, Science et technique en droit privé positif, Sirey, Paris, 1927, 3<sup>ème</sup> partie, n° 185 et 186.

10. وإن العمل في هذه المنهجية - وبالتحديد في تلكم الحجج- هو عمل في الصناعة<sup>32</sup> الفقهية<sup>33</sup> أوّلا، وفي الصناعة القضائية<sup>34</sup> ثانيا، بل هو ومن زاوية ما عمل في الصناعة التشريعية<sup>35</sup>. وإن موضوع المنهجية- كما يستنتج مما جاء للتو- هو الحجة. وإن شئت قلت إنّ موضوع المنهجية القانونية هو الدلالة<sup>36</sup> الألسنية والدلالة العقلية. والدلالة الألسنية التي هي موضوع المنهجية تهم كل اللغات. وكذلك الدلالة العقلية والتي تهم بدورها كل المجتمعات<sup>37</sup>. لكن السائد أن ترد التطبيقات في كتب المنهجية القانونية متعلقة بقانون معين وضع بلغة معينة. فمثلا التطبيقات في كتب المنهجية القانونية الإسلامية (والتي يصطلاح على تسميتها بكتب أصول الفقه) همت نصوص الشرع ونصوص الشرع جاءت في لغة معينة هي العربية. والتطبيقات في كتب المنهجية القانونية الغربية تعليق بنصوص وضعية (مثلا: المجلة المدنية الفرنسية، الخ)، وهذه النصوص صيغت بلغة معينة هي الفرنسية أو الإنجليزية أو الألمانية أو غيرها.

11. وإن الفقه والقضاء- في تونس- ليعمل ما تقوله كتب المنهجية الغربية على نصوص القانون التونسي. وهذا أمر طبيعي من الزاوية العلمية لأن كتب المنهجية الغربية كتب منهجية، أي أنّ موضوعها الدلالة، والدلالة من وجه عام، أي ما ليس خاصا بقانون دون غيره ولا بلغة دون غيرها. وإنّ ليتمكن الفقه وللقضاء أن يفعل نفس الشيء مع أصول الفقه. فالحق إنّ من زاوية العلم أنّ المنهجية الغربية والمنهجية الإسلامية موضوعهما الدلالة من وجه عام. وهذه لا تختص في جانبها اللساني بلغة دون أخرى ومن ثم بقانون صيغ بلغة دون غيره الذي صيغ بلغة أخرى. ثم إن الدلالة لا تختص في جانبها العقلي بقانون مجتمع دون قانون غيره من المجتمعات. وبتعبير مختلف: يمكن للفقيه أو للقاضي الألماني، الذي يعمال على نصّ ألماني، أن يُعمل ما جاء في المنهجية الغربية وأن يستفيد أيضاً بما جاء في أصول الفقه؛ ويمكن للفقيه أو للقاضي الإسلامي، الذي يعمال على نصّ شرعي، أن يُعمل ما جاء في الأصول وأن يستفيد أيضاً بما جاء في المنهجية القانونية الغربية<sup>38</sup>؛ ويمكن للفقيه أو للقاضي التونسي، الذي يعمال على نصّ من مجلة الالتزامات والعقود مثلا، أن يُعمل وأن يستفيد بما جاء في المنهجية الإسلامية ومما جاء في المنهجية الغربية.

<sup>32</sup> "الصناعة اصطلاحا ملحة نفسانية وقدرة مكتسبة يقترب بها على استعمال أمور لغرض من الأغراض". الشيخ محمد رضا المظفر، م س: المنطق، ص308.

<sup>33</sup> انظر: . François GENY, préc., 3<sup>ème</sup> partie, n° 185 et 186

<sup>34</sup> انظر: François GENY, préc., 3<sup>ème</sup> partie, n° 185 et 186

<sup>35</sup> انظر حول الصناعة التشريعية:

Charles-Albert MORAND (Sous la direction de), Légistique formelle et matérielle, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 1999; Valérie LASSEK-KIESOW, La technique législative. Étude sur les codes civils français et allemand, Bibliothèque de droit privé, T 371, Paris, LGDJ 2002 ; Vocabulaire juridique, Publié sous la direction de Gérard CORNU, Ass. H. CAPITANT, 2<sup>ème</sup> éd, PUF, Paris, 1990, sous le mot : Législation- sens 1. Science législative; François GENY, préc., 3<sup>ème</sup> partie, n° 185 et 186.

<sup>36</sup> قبل سابقا إن الحجة تدخل في عملية الاستدلال. والاستدلال تهيئة قضايا وتاليفها لأجل غاية هي الدلالة (الشيخ محمد رضا المظفر، م س: المنطق، ص 201). و"الدلالة...كون الشئ بحالة يلزم من العلم به العلم بشئ آخر». الدلالة اللفظية: فهم اللفظ من المعنى". المعجم العربي الحديث، لاروس. "الدلالة كون الشئ بحالة يلزم من العلم به العلم بشئ آخر. ودلالة اللفظ على معناه مطابقة، وعلى جزئه تتضمن، وعلى لازمه الذي التزام. والأخيرة شاملة لدلالة الاقضاء ودلالة الإشارة ودلالة الإمام". أبو يحيى زكريا بن محمد بن زكريـا الأنـصارـي (824 هـ/929 هـ)، الحدود الأنـثـيقـةـ، تـحـقـيقـ مـازـنـ الـمـبـارـكـ، دـارـ الـفـكـرـ الـمـعاـصـرـ، بـيـرـوـتـ، طـ1ـ، 1411ـ هـ، صـ79ـ. "الدلالة هي كون الشئ بحالة يلزم من العلم به العلم بشئ آخر. والشئ الأول هو الذال والثاني هو المدلول...الدلالة اللفظية الوضعية هي كون اللفظ بحيث متى أطلق أو تُخيّل فهو منه معناه للعلم بوضعه وهي المنقسمة إلى المطابقة والتضمن والتضمن والالتزام" علي بن محمد بن علي الجرجاني(740 هـ/816 هـ)، التعريفات، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بـيـرـوـتـ، 1405ـ هـ، عـدـدـ 69ـ، صـ139ـ وـ140ـ.

<sup>37</sup> عبد الهادي الفضلي، م س، ص101.

<sup>38</sup> لأن الدلالة الألسنية عامة أعمّلت نظريات وضعت في الغرب على النص القرآني مثلا. انظر مثلا على هذا: ألفة يوسف، تعدد المعنى في القرآن، كلية الآداب- منوبة/دار سحر للنشر، تونس، ط1، 2003.

12. وإن معرفة المنهجية ثم اكتساب ملقة إعمالها ضروري لأن المنهجية مفتاح الدخول للقانون. وبدون مفتاح بطل الباب موصدا دوننا، أي نظل خارج القانون<sup>39</sup>. بعبارة أخرى تمكّن المنهجية من الحصول على الصناعة القانونية، أي تسمح باكتساب ملقة نفسانية وتفتح المجال أمام امتلاك قدرة تستعمل من أجل غاية هي استخراج معاني النصوص من النصوص واستنباط أحكام القانون من القانون. وإن من يخطئ في معاني النصوص لا يُقال إنّ عنده الصناعة القانونية. ومن يصيّب في استنباط أحكام القانون لا يُقال إنّ عنده الصناعة القانونية إلا إذا كان الصواب الذي وصل إليه نتاج معرفة بالقواعد المنهجية. وعلى هذا تمكّن المنهجية من جهاز معرفي يضمن الوصول إلى المعنى (أو المعانى) الذي يصح علمياً أن يُنسب إلى القانون. وفي أسوأ تقدير تمكّن المنهجية من جهاز يضمن اكتشاف ومن ثم إبعاد ما لا يصح علمياً أن يُنسب إلى القانون. فهي إذن وإن لم تمنع وفي كل الأحوال تحول النقاشات القانونية إلى جدل لا ينتهي لعدم إمكان تحديد الرأي الخاطئ على وجه قاطع، فهي على الأقل تحول دون أن يصبح كل موقف فقها له وجود مشروع داخل تلك النقاشات.

13. فمعرفة المنهجية ضروري<sup>40</sup> إذن (لأنه غير كاف فمع المنهجية ينبغي أن تُعرف القوانين وأن تكتسب مهارة تطبيق المنهجية على القوانين<sup>41</sup>). فإذا استحضر كون موضوع المنهجية هو الدلالة، قيل إن

<sup>39</sup> بعبارة أخرى ليست المنهجية القانونية ترقى فكريًا خاصًا بالبعض الذي يسكن في برج الأمور النظرية ويعيش بعيداً عن الحياة القانونية الفعلية. فاكتساب وصف "رجل القانون" يستدعي أولاً اكتساب وصف "رجل منهجية القانون". فإذا كنت أمم "أنصاف رجال قانون" (أو أرباع، الخ) فالسبب راجع إلى أنك أمم "أنصاف رجال منهجية". وإذا كنت أمم "أشياه رجال قانون" فالسبب راجع إلى أنك أمم "أشياه رجال منهجية" .. قارن مع عبد الهادي الفضلي، م. س، ص103: "والفقير لا يكون فيها إلا بعد تخصيصه بعلمأصول الفقه، لأنه منه الفقه والمدخل إليه". أصنف إلى ما سبق أنه وبين منهجية نسلم حل التزاعات في المجتمع إلى الحكم ونسلم من ثم المجتمع نفسه إلى عدم الاستقرار. انظر في هذا الاتجاه:

Jean-Louis BERGEL, préc., p18 et s.

<sup>40</sup> لمزيد تبيّن الطابع الضروري للمنهجية القانونية انظر السيد محمد باقر الصدر، دروس في علم الأصول، دار المنتظر، 1405 هـ، ج 1، ص 39 وما بعدها حين يقول: "ولا بد أن معلوماتكم عن علم المنطق تسمح لنا أن نستخدمكم كمثال لعلم الأصول، فإن علم المنطق - كما تعلمون - يدرس في الحقيقة عملية التفكير مهما كان مجالها وحقائقها العلمي، ويحدد النظام العام الذي يجب أن تتبعه لكي يكون التفكير سليماً، مثلًا يعلمون علم المنطق كيف يجب أن ننجز في الاستدلال بوصفه عملية تفكير لكي يكون الاستدلال صحيحًا؟ كيف نستدل على أن سقوط قان؟ وكيف نستدل على أن نار الموقف الموضوع أمامي محرق؟ وكيف نستدل على أن مجموع زوايا المثلث تساوي قائمتين؟ وكيف نستدل على أن الخط المستقيم بدون نهاية مستقيم؟ كلّ هذا يجيب عليه علم المنطق بوضع المناهج العامة للاستدلال كالقياس والاستقراء، فهو إذا علم عملية التفكير إطلاقاً . وعلم الأصول يشابه علم المنطق من هذه الناحية غير أنه يبحث عن نوع خاص من عملية التفكير أي عن عملية التفكير الفقهي في استنباط الأحكام، ويدرس العناصر المشتركة التي يجب أن تدخل فيها لكي يكون الاستنباط سليماً، فهو يعلّمنا كيف نستتبّط الحكم... وذلك بوضع المناهج العامة وتحديد العناصر المشتركة لعملية الاستنباط.

وعلى هذا الأساس يصح أن يطلق على علم الأصول اسم منطق علم الفقه لأنّه بالنسبة إليه بمثابة المنطق بالنسبة إلى الفكر البشري بصورة عامة.. ولسنا بعد ذلك بحاجة إلى التأكيد على أهمية علم الأصول وخطورة دوره في عالم الاستنباط لأنّه ما دام يقدم لعملية الاستنباط عناصرها المشتركة ويضع لها نظامها العام فهو عصب الحياة فيها، وبدون علم الأصول يواجه الشخص في الفقه ركاماً متبايناً من النصوص والأدلة دون أن يستطيع استخدامها والاستفادة منها في الاستنباط، كإنسان يواجه أدوات التجارة ويعطيه منشاراً وفاساً وما إليها من أدوات دون أن يملك أفكاراً عامة عن عملية التجارة وطريقة استخدام تلك الأدوات".

<sup>41</sup> وبفضل السيد محمد باقر الصدر (م: دروس في علم الأصول، ج 1، ص40 وما بعدها) ما جاء أعلاه تفصيلاً مفيداً. ولذلك سيؤتي مرّة أخرى بكل كلامه: "وكما أن العناصر المشتركة ضرورية لعملية الاستنباط فكذلك العناصر الخاصة التي تختلف من مسألة إلى أخرى كمفادات الآيات والروايات المتناثرة فإنّها الجزء الضروري الآخر فيها، فلا يكفي مجرد الإطلاع على العناصر المشتركة التي يمثلها علم الأصول، ومن يحاول الاستنباط على أساس الاطلاع الأصولي فحسب نظير من يملك معلومات نظرية عامة عن عملية التجارة ولا يوجد لديه فاس ولا منشار وما إليهما من أدوات التجارة، فكما يعجز هذا عن صنع سرير خشبي مثلًا كذلك يعجز الأصولي عن الاستنباط إذا لم يفحص بدقة العناصر الخاصة المتباينة من مسألة إلى أخرى. فالعناصر المشتركة والعناصر الخاصة قطبان مندجان في عملية الاستنباط ولا غنى للعملية عنّهما معاً. (الأصول والفقه يمثلان النظرية والتطبيق) ونخشى أن تكون قد أوّلتنا إليكم بتصرّف خاطئ حين أوضحتنا أن المستتبّط يدرس في علم الأصول العناصر المشتركة ويحدّدها ويتناول في بحوث علم الفقه العناصر الخاصة ليكمل بذلك عملية الاستنباط، إذ قد يتصرّف البعض أنا إذا درسنا في علم الأصول العناصر المشتركة في عملية الاستنباط وعرفنا مثلاً... حجّة الظهور وما إليها من العناصر الأصولية فلا يبقى علينا بعد ذلك أيّ جهد علمي، إذ لا تحتاج ما دمنا نملّك تلك العناصر إلا إلى مجرد استخراج الروايات والنصوص من مواضعها لكي تنسّق إلى العناصر المشتركة ويستبّط منها الحكم الشرعي، وهو عمل سهل بطبعته لا يتسلّم على جهد علمي. ولكنّ هذا التصرّف خاطئ إلى درجة كبيرة لأنّ المجتهد إذا مارس العناصر المشتركة لعملية الاستنباط وحدّدها في علم الأصول لا يكتفي بعد ذلك بتحميم جميع أعمى للعناصر الخاصة من كتب الأحاديث والروايات مثلًا بل يبقى عليه أن يمارس في علم الفقه تطبيق تلك العناصر المشتركة ونظرياتها العامة على العناصر الخاصة، والتطبيق مهمّة فريدة بطبعتها تحتاج إلى درس وتحميص، ولا يغتّي الجهد العلمي المبذول أصولياً عن بذل جهد جديد في التطبيق، فلنفرض مثلاً أنّ المجتهد آمن في علم الأصول بحجّة الظهور الشرعي فهل يكفيه أن يضع إصبعه على... (نص شرعي)؟ أو ليس المجتهد بحاجة إلى تدقّيق مدلول النص... لمعرفة نوع مدلوله في العرف العام ودراسة كل ما يرتبط بتحديد ظهوره الشرعي من قرائن وأمراء داخل إطار النص أو خارجه لكي يتمكّن بأمانة من تطبيق العنصر المشتركة القائل بحجّة الظهور الشرعي؟ وفي هذا الضوء نعرف أن البحث الفقهي عن العناصر الخاصة في عملية الاستنباط ليس مجرد عملية تجمّع، بل هو مجال التطبيق للنظريات العامة له دائمًا موهبته الخاصة ودقتها ومجرد الدقة في النظريات العامة لا

بـالإمكان تعميق مباحثها بكل علم له نفس الموضوع: كعلوم البلاغة(علم المعاني- علم البيان- علم البدع) ونقد الشعر<sup>42</sup> وعلم التفسير وعلم اللغة العام<sup>43</sup> (*Linguistique*) وعلم الدلالة (*Sémantique*) والفلسفة والمنطق العام ومنطق الأحكام وعلم الكلام وغير ذلك من العلوم القديمة أو الحديثة، الإسلامية أو الغربية<sup>44</sup>. وإذا كانت المنهجية القانونية ضرورية وهذه العلوم التي تعمقها ضرورية بالتبع<sup>45</sup>. والمنهجية كما قيل تهتم بالدلاليتين اللسانية والعقلية. ومحل هذا العمل هو الحجة العقلية، أي هو داخل في الدلالة الثانية.

**14.** دراسة الحجة العقلية- وهذا قيل- هي من وجه آخر دراسة العلاقة بين الأحكام القانونية. ثم إن تناول الحجة العقلية- وهذا قيل أيضا- سيكون بربطها بمجلة الالتزامات والعقود. وإنـهـوبـسبـبـ كـونـ العـملـ يـتعلـقـ بـنـقطـةـ غـيرـ مـعـهـودـةـ فـيـ الوـسـطـ القـانـوـنـيـ الرـاهـنـ.ـ سـيـكـنـقـىـ بـجـزـءـ مـنـ مـاـدـةـ الحـجـةـ العـقـلـيـةـ نـقـدـرـ آـنـهـ يـسـمـحـ بـالـتـعـرـفـ عـلـيـهـ وـبـتـصـيـرـهـ مـأـلـوفـةـ<sup>46</sup>.ـ ثـمـ إـنـهـ وـلـنـفـسـ السـبـبـ سـيـكـنـقـىـ بـعـمـلـ تـحـلـيـلـ؛ـ أـيـ بـعـمـلـ يـفـكـأـ الجـزـءـ الـمـخـتـارـ مـنـ الـحـجـةـ الـعـقـلـيـةـ ثـمـ يـحـاـوـلـ أـنـ يـنـظـرـ فـيـ عـلـاقـتـهـ بـمـجـلـةـ الـالـتـزـامـاتـ وـالـعـقـودـ وـبـالـتـحـدـيدـ بـنـصـوصـهـ الـمـتـعـلـقـةـ بـتـأـوـيـلـ الـقـانـونـ.

**15.** وفي هذا السياق -الذي يرد المادّة المنقاة إلى مكوناتها- يمكن القول إنّ الحجة قد يتحدد عنها في صورة تصيص القانون على حكمين(I) وقد يتحدد عنها في صورة تصيصه على حكم واحد(II):

---

يفي عن الذقة في تطبيقها، إلا ترون أنّ من يدرس بعمق النظريات العامة في الطّب يحتاج في مجال تطبيقها على حالة مرضية إلى دقة وانتباه كامل وتفكير في تطبيق تلك النظريات على المريض الذي بين يديه. (التفاعل بين الفكر الأصولي والفكر الفقهي) عرفنا أن علم الأصول يقوم بدور المنطق بالنسبة إلى علم الفقه والعلاقة بينهما علاقة النظرية والتطبيق، وهذا الترابط الوثيق بينهما يفسّر لنا التفاعل المتتبادل بين الذهنية الأصولية على صعيد النظريات من ناحية وبين الذهنية الفقهية على صعيد التطبيق من ناحية أخرى، لأنّ توسيع بحوث التطبيق يدفع بحوث النظرية خطوة إلى الأمام لأنّه يتبرأ أمامها مشاكل ويضطرّها إلى وضع النظريات العامة لحلّوها، كما أنّ دقة البحث في النظريات الأصولية تتعرّك على صعيد التطبيق إذ كلّما كانت النظريات أفرّوا ودقّة تطلب طريقة تطبيقها دقةً وعمقاً أكبر».

<sup>42</sup> قرب من: Stanley Fish, Respecter le sens commun. Rhétorique, interprétation et critique en littérature et en droit. Traduit par : Odile Nerhot, LGDJ, Paris, 1995, p35 et s.

<sup>43</sup> «واللغة التي يدرسها علم اللغة(العام) ليست الفرنسية أو الإنجليزية أو العربية، ليست لغة معينة من اللغات، إنما هي(اللغة) التي تظهر وتحتفظ في أشكال لغات كثيرة ولهجات متعددة وصور مختلفة من صور الكلام الإنساني، فمع أنّ اللغة العربية تختلف عن الإنجليزية، وهذه الأخيرة تفترق عن الفرنسية، إلا أنّ ثمة أصولاً وخصائص جوهريّة تجمع ما بين هذه اللغات، وتجمع ما بينها وما بينها وبين سائر اللغات وصور الكلام الإنساني، وهو أنّ كلاً منها نظام اجتماعي معين تتكلّمه جماعة معينة، بعد أن تتألف عن المجتمع، وتحتفظ به وظائف خاصة، ويتألّف الجيل الجديد عن الجيل السابق، وبغير هذا النظام يأطّلوا على مختلفها، وهو يحاول أن يصل إلى فهم الحقائق والخصائص التي تسلّك اللغات ذلك..الخ، وهذا الذي يدرسه علم اللغة كان يدرس ضمن الفلسفة ثم انتسب منها إلى مباحث الألفاظ في أصول الفقه، واستقلّ أخيراً عن عالم الفلسفة بما يعرف حديثاً بـ:علم اللغة العام». عبد الهادي الفضلي، م.س، ص104.

<sup>44</sup> فارن مع: عبد الهادي الفضلي، م.س، ص317 حين يتحدد عن علوم مدارتها دراسة الكلام ويقول إنّه «لم يكن يوجد في الحقيقة فاصل واضح وحدّ دقّيق يميّز النحوّي من البلاغي أو البلاغي من النحوّي أو المفسّر أو نقاد الأدب، وإنّما هو «علم العربية» يستخدمه هؤلاء في هذا المجال ويستعمله أولئك في غيره من المجالات، وربما استخدمه الشخص ذاته هنا استخداماً أو لا يجعل الدارسين يستفونه ضمن النّها، ثم استخدمه هناك انتشاره في صفوّ البلاعجين أو الأصوليين أو غيرهم، فيكون الشخص الواحد نحوّياً وبلاغياً وأصولياً ومفسّراً وناقداً للأدب». قرب كذلك من:

Mariana Tuțescu, L'argumentation. Introduction à l'étude du discours, Universitatea din Bucuresti 2003 ([http://www.unibuc.ro/eBooks/Ils/Mariana\\_Tutescu-Argumentation/1.htm](http://www.unibuc.ro/eBooks/Ils/Mariana_Tutescu-Argumentation/1.htm)), au niveau du titre: Avant-propos; Frans van EEMEREN et Rob GROOTENDORST, La nouvelle dialectique, éd. Kimé, Paris, 1996, p. 7.

<sup>45</sup> وفي الاتجاه المعاكس يمكن لهذه العلوم أن تستفيد من المنهجية القانونية. بعبارة أخرى على العامل في الحقل القانوني أن يبدأ باكتساب عناصر البحث الذي يهمه من الكتابات في المنهجية القانونية. ويكون عمله أكثر ثراء لو نظر إلى نفس المبحث وهو متداول في حقول أخرى. وبهذه الطريقة سيكون له إطلاع من زوايا متعددة على نفس المبحث. وما قيل عن العامل في الحقل القانوني ينسحب على العامل في أي حقل آخر وذلك فيما يخص المباحث التي هي من حقل عمله ومن حقول عمل أخرى.

<sup>46</sup> لن تتناول في هذا العمل مادة الإجزاء(التي وردت سابقاً عند الحديث عن قياس الخلف. ومادة الإجزاء يمكن أن تتناول في غير القانون الإسلامي: ففي جانبها المتعلق بالأمر الاضطهاري يمكن أن يُفكّر في التزام عقدي نفذ على وجه غير عيني لاستحالة التنفيذ العيني ثم يتحقق وأن يصيّر هذا التنفيذ العيني ممكناً. وعلى مستوى جانب المادّة المتعلق بالأمر الظاهري يمكن التفكير في مسألة التأويل). كما لن تتناول مادة امتتاح اجتماع الأمر والنهي إلا بصفة عرضية.

## (I) الحجّة العقلية في صورة التناقض على حكمين

هنا إما أن تقضي الحجّة إلى سقوط الحكمين(أ) وإما إلى سقوط واحد منها(ب):

### (أ) الحجّة العقلية المفضية إلى سقوط الحكمين

16. إن سقوط الحكمين يمثل الحل، وينبغي من أجل الوصول إلى تناول الحل توضيح محل الفرض. وإن هذا التوضيح يستدعي الإتيان بالتعريفات المقدمة في المنهجية الغربية والإسلامية، كما يستدعي استغلال ما جاء في منطق الأحكام:

17. وفي المنهجية الغربية يستعمل اسم *Antinomie*<sup>47</sup> كعنوان للنقطة التي نحن بصددها<sup>48</sup>. ويعرف المعنون بأنه يتمثل في "وجود عدم تلاؤم بين أحكام تهم موضوعا واحدا"<sup>49</sup>. كما يعرف بأنه "تناقض أحكام لها نفس السلطة"<sup>50</sup>. ويُضرب له المثال التالي: قاعدة قانونية توجب فعل (أ) وقاعدة تنتهي إلى نفس النظام القانوني وتمنع فعل (أ). ويدقق ما جاء للتو بقول إن: "القاعدتين المتضادتين... ينبغي أن تكونا قد صدرتا في نفس اليوم (لأن القانون اللاحق يقدم على السابق...) وفي إطار أعمال تشريعية لها نفس القوّة القانونية (الهرمية) يجعل من الأوامر، المضادة لقاعدة وضعها قانون نافذ، غير صحيحة على الأقل نظريًا). وزيادة على ما سبق ينبغي أن يهم الوجوب والمنع فعلا واحدا لشخص واحد في ظروف واحدة..."<sup>51</sup>. ويقول أحدهم إنه و"في نظام شكلي، التناقضاتُ قابلة لأن ثُرَفَ من وجه شكلي هو: إذا أثبتنا في نظام تعادل قضية... مع ما ينفيها، فالنظام غير متسق. لكن في القانون لا يكفي التناقض *Contradiction* الشكلي، أي الحرفي *Littérale* للقول بوجود تعارض *Antinomie* لأن القاضي، وبتأويله للنصوص، يمكن أن يعطي لنفس الأدلة معنى مغايرا أو مجال تطبيق بحيث يزيل التنازع بين القواعد..."<sup>52</sup>. وهذا الكلام ينبئ إلى أن الفرض الذي يُعمل على توضيحه يتعلق بالصورة التي يتعدّر فيها على القاضي أو على الفقيه إزالة التعارض.

18. وتوضيح الفرض على النحو الوارد في المنهجية الغربية نجد له مثيلا في المنهجية الإسلامية. وفعلا يُفرق هنا بين التعارض في مقام إثبات معنى الدليلين(يسمي تعارضا إثباتيا) والتعارض بعد إثبات معنى الدليلين(يسمي تعارضا ثبوتا)<sup>53</sup>. والتعارض الأول غير مستقر و"يزول بأدنى ملاحظة"<sup>54</sup>. أما

<sup>47</sup> يترجم معجم المنهل هذا الاسم بـ: التناقض وترجم الصفة أو النّعْت [Adj. *antinomique*] بـ: تناقضي وتعارضي. والتعارض هو ما سنجهه لاحقاً كاسمه لهذه النقطة وذلك في المنهجية القانونية الإسلامية(انظر عدد 41).

<sup>48</sup> انظر حول هذه النقطة: Chaïm PERELMAN (sous la dir. de), *Les antinomies en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1965 ; Chaïm PERELMAN, *Éthique et droit*, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1999, p755 ; Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, PUF. , 26<sup>ème</sup> éd., 1999, n°159, p. 308 ; Philippe MALAURIE, *Les antinomies des règles et de leurs fondements*, in : *Études offertes à Pierre CATALA. Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Éd. Litec, 2001, p25. Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*.

La nouvelle rhétorique (préc.), p554 et s.

Chaïm PERELMAN, *Éthique et droit* (préc.), p756. <sup>49</sup>

Zygmunt ZIEMBINSKI, *Les lacunes de la loi dans le système juridique polonais contemporain et les méthodes utilisées pour les combler*, in : *Les problèmes des lacunes en droit*, Études publiées par Ch. PERELMAN, Bruylant, Bruxelles, 1968, p130 ; V. dans le même ouvrage : Paul FORIERS, *Les lacunes du droit*, p10. <sup>50</sup>

Zygmunt ZIEMBINSKI, préc., p. 131. V. aussi : Philippe MALAURIE, préc., p27: « L'antinomie... apparaît lorsque sont contradictoires deux règles, de la même date, de la même nature, pourvues de la même autorité, ayant la même origine, la même compétence et le même domaine d'application, incompatibles dans une situation donnée, parce qu'elles aboutissent chacune à une solution différente, sinon contraire ». <sup>51</sup>

Chaïm PERELMAN, *Éthique et droit* (préc.), p762. <sup>52</sup>

السيد علي الحسيني السيستاني، مس، ص55 و56. <sup>53</sup>

الثاني فمستقرٌ بين الدليلين<sup>55</sup> ومستحكم فلا يزول<sup>56</sup>. وحاصل التعارض الأول أن نكون أمام الدليل 1 والدليل 2. ويبعدو الدليلان- قبل الإثبات العلمي والنهائي لمعنىهما- أنهما متنافيان. لكن بعد ثبوت معنیيهما بصفة علمية يُستخلص أنَّ الأول عام والثاني خاصٌ (فيفدِمُ الْخَاصَّ وَمِنْ ثُمَّ يَزُولُ التَّعَارُضَ)<sup>57</sup>، أو يُستخلص أنَّ الأول مطلق والثاني مقيد<sup>58</sup> (فيفدِمُ الْمُقِيدَ وَمِنْ ثُمَّ يَزُولُ التَّعَارُضَ)، أو يُستخلص أنَّ الأول ناسخ والثاني منسوخ (فيفي على النَّاسِخِ وَمِنْ ثُمَّ يَزُولُ التَّعَارُضَ)، أو يُستخلص أنَّ الأول عام من وجهه والثاني عام<sup>59</sup> لكن أحدهما أقوى ظهوراً من الآخر (فيفدِمُ الْأَقْوَى ظَهُورًا أَوَ الْأَظْهَرَ وَمِنْ ثُمَّ يَزُولُ التَّعَارُضَ)، أو يُستخلص أنَّ الأول منطوق والثاني مفهوم<sup>60</sup> (فيفدِمُ الْمَنْطُوقَ وَمِنْ ثُمَّ يَزُولُ التَّعَارُضَ)، أو يُستخلص أنَّ الأول منطوق والثاني مفهوم<sup>61</sup> (فيفدِمُ الْمَفْهُومَ وَمِنْ ثُمَّ يَزُولُ التَّعَارُضَ).

<sup>54</sup> السيد محمد تقى الحكيم، الأصول العامة، المجمع العالمي لأهل البيت، 1418 هـ، ص 352. الطباطبائى، قم، ج 2، ص 274 و 280. وفي المنهجية الغربية نجد أيضاً هذا الوصف للتعارض بكل موقعاً عند: STAMATIS, Argumenter en droit. Une théorie critique de l'argumentation juridique, éd Publisud, 1995, p253, note n° 28.

<sup>55</sup> السيد علي الحسيني السيستاني، م س، ص 56.

<sup>56</sup> السيد محمد تقى الحكيم، م س، ص 354.

<sup>57</sup> "العام هو النَّظَرُ الْمُوضَوِّعُ لِاستغراقِ وَشُمُولِ مُسَمَّياتِ لِمَعْنَى وَاحِدٍ عَلَى الْإِنْفَرَادِ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَفْرَادٍ: خَاصُّ الْعَيْنِ (فَاطِمَةُ)، وَخَاصُّ النَّوْعِ (رَجُلٌ)، وَخَاصُّ الْجِنْسِ (إِنْسَانٌ)... (وَالْأَفْلَاظُ الدَّالَّةُ عَلَى الْجَمْعِ) كُلُّ جَمِيعِ الْخَ... 2- أَسْمَاءُ الْمَوْصُولِ (مِنْ مَا-الَّذِي-الَّذِينَ-الَّخَ... 3- أَسْمَاءُ الشَّرْطِ (إِنْ مِنْ-الَّخَ... 4- أَسْمَاءُ الْاِسْتِقْهَامِ (مِنْ مَا-الَّخَ... 5- التَّكْرَةُ الْمُوْصَوَّفَةُ بِوَصْفِ عَامٍ... 6- التَّكْرَةُ فِي سِيَاقِ النَّقْيِ وَالشَّرْطِ وَالِإِثْبَاتِ... 7- الْجَمْعُ الْمُنْكَرُ... 8- الْعِرَفُ الْمُفْرَدُ (عِرَفٌ بِالْأَلْفَ وَاللَّامِ الْجَنْسِيَّةِ أَوْ مَعْرَفٌ بِالْإِضَافَةِ...) (وَالْجَمْعُ) (عِرَفٌ بِالْأَلْفَ وَاللَّامِ أَوْ مَعْرَفٌ بِالْإِضَافَةِ...) 9- غَيْرُ فِي سِيَاقِ غَيْرِ الْإِسْتِئْنَاءِ". محمد أوغانم، رسالة في الاستدلال وتمييز المدلول من الدال، مطبع الشيخ، تطوان، 2005، ص 191 وما بعدها.

وبيني بعد هذا التعريف إبراد سبب تقديم الخاص على العام: "(تعارض العام والخاص) كنهي الشارع عن بيع كل مدعوم، وترخيصه به في السلم حيث التزموا بتقييم الخاص على العام وتخصيص العام به. ولقد سبق أن قلنا إنَّ هذا النوع من التقسيم يقتضيه الجمع العرفي المقتضي للأخذ بالدلائل، أو الأظهر على الظاهر فيما إذا لم يكن نصاً فيه ليواجهه أن ظهور الخاص في مدلوله أكثر من ظهور العام في مدلول الخاص، فيكون بمنزلة القرينة على المراد منه، وهي حاكمة بلسان شرح المراد من ذييها عليه، ولكن هذا الشرح ليس مما يقتضيه لسانه لو خلي وطبعه ليتنstem في مبحث الحكومة في حدود ما شرحتها في بحوث التمهيد، وإنما اقتضته طبيعة الجمع بين الأدلة وإيضاح بعضها ببعض". السيد محمد تقى الحكيم، م س، ص 353. انتظره أيضاً في ص 82 و 83: "وسر الفرق بينهما أنَّ التقديم في التخصيص إنما كان لأجل أنَّ ظهور الخاص في مصاديقه أقوى من ظهور العام في مصاديق الخاص، أو أنَّ الخاص نصٌ فيها والعام ظاهر، والتخصيص والأظهر يقدمان على الظاهر عادة، أو أنَّ الخاص بمنزلة القرينة على المراد الجدي، والظهور لا يتجاوز الكشف عن المراد الاستعمالي للأمر، ومن عدم القرينة على تغافل المراد الاستعمالي للمراد الجدي تستفيد تطابقهما، فإذا جاءت القرينة على المغایرة لم يبق مجال للاستدلال. بما يكشف عن المراد الاستعمالي- على المراد الجدي، على اختلاف في فلسفة التقديم. ولكن ذلك لا ينافي في العاين من وجه، لأنَّ نسبة كلٍّ منها إلى موضوع الالقاء من حيث الظهور نسبة واحدة، فلا يصلح أن يكون أحدهما قرينة على التخصيص بالنسبة إلى الآخر، ومن هنا التزمنا بالتساقط في العاين من وجہ عند تعارضهما في موضوع الالقاء".

فإذا ذهنا الآن إلى مجلة الالتزامات والعقود وجدناها تقول بتقييم الخاص على العام وذلك في الفصل 563 حين نص على أنَّ: "الأحكام المقررة بالخمسة والاثنين وسبعين فصلاً متقدمة هي تصوص حوت أحكاماً عامةً (لا تناهى القواعد الخاصة المبنية بالعناوين المتعلقة بالعقود الخاصة)". وإنَّ ما سبق بهم عاماً وخاصةً جاء في زمن واحد. لكن قد يتغير العام. وهنا ينافي المنهجية الغربية. إنه يمكن تبني موقفين: إما تقديم العام واعتبار أنه نسخ ضمناً الخاص. وإما اعتبار العام لم يهم ما كان دخلاً تحت الخاص. انظر: L. SILANCE, Exemples d'antinomie et essai de classement, dans: Les antinomies en droit, préc., p. 69 et 70.

أما في المنهجية الإسلامية فيمكن-على سبيل المثال- ذكر الرَّازِي (فخر الَّذِينَ حَمَدُوا عَمَرَ بْنَ الْحَسِينِ الرَّازِيِّ، المحصور في علم أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1992م، ج 3، ص 104 وما بعدها) الذي نجد عنه هذه التفاصيل: 1. العام والخاص لا نعلم تاريخهما: قوله (الخاص يختص العَامُ التَّوْقُفُ وَالرَّجُوعُ إِلَى غَيْرِهِمَا أَوْ إِلَى مَا يَرْجُحُ أَحدهُمَا عَلَى الْآخَرِ). 2. العام والخاص نعلم تاريخهما: 1. العام مقارناتهم: الخاص يختص العام. 2. نعلم تاريخي أحدهما عن الآخر. 2.1. العام متاخر: ثلاثة أقوال (العام يبتدئ على الخاص، أي يبقى الخاص معمولاً به. وفي هذا إسقاط للخاص/التوقيف). 2.2. الخاص متاخر: الخاص نسخ وبيان للعام. انظر أيضاً: عبد الله عزيز البزرنجي، التعارض والترجح بين الأدلة الشرعية. بحث أصولي مقارن بالمذاهب الإسلامية المختلفة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1417هـ/1996م، ج 2، ص 12 وما بعدها.

<sup>58</sup> بعد الاطلاع على تعريف الخاص... (تنقل للقول إن)... له حالتين لا ثالث لها، فهو إما أن يظهر مطلقاً من غير تقييد متصل أو منفصل، وإنما أن يbedo مقيداً مستقل أو غير مستقل... (والمطلق هو النَّظَرُ الْمُوضَوِّعُ لِاستغراقِ وَشُمُولِ مُسَمَّياتِ لِمَعْنَى وَاحِدٍ عَلَى الْإِنْفَرَادِ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَفْرَادٍ: خَاصُّ الْعَيْنِ (فَاطِمَةُ)، وَخَاصُّ النَّوْعِ (رَجُلٌ)، وَخَاصُّ الْجِنْسِ (إِنْسَانٌ)... (وَالْأَفْلَاظُ الدَّالَّةُ عَلَى الْجَمْعِ) كُلُّ جَمِيعِ الْخَ... 2- أسماء الموصول (من ما-الذى-الذين-الخ... 3- أسماء الشرط (إن من-الخ... 4- أسماء الاستفهام (من ما-الخ... 5- التكراة الموصوفة بوصف عام... 6- التكراة في سياق النقي والشرط والإثبات... 7- الجمع المذكر... 8- المعروف المفرد) (معروف بالألف واللام الجنسية أو معرف بالإضافة...) (ووالجمع) (معروف بالألف واللام أو معرف بالإضافة...) 9- غير في سياق غير الاستثناء".

<sup>59</sup> "النَّظَرُ إِمَّا خَاصٌّ فِي ذَاهِنِهِ مَطْلُوكٌ زَيْدٌ وَهُوَ الرَّجُلُ إِمَّا عَامٌ مَطْلُوكًا كَمَذْكُورٍ وَالْمَعْلُومُ إِذَا يَخْرُجُ مِنْهُ مَوْجُودٌ وَلَا مَعْلُومٌ إِذَا عَامٌ بِالْإِضَافَةِ كَلْفَطٌ المؤمنين فَإِنَّهُ عَامٌ بِالْإِضَافَةِ إِلَى آحَادِ الْمُؤْمِنِينَ خَاصٌّ بِالْإِضَافَةِ إِلَى جَمِيلِهِمْ إِذَا يَتَّوَلَّهُمْ دُونَ الْمُتَشَرِّكِينَ فَكَانَهُ يَسْمَى عَامًا مِنْ حِيثِ شَمْوَلِهِ لِمَا شَمَلَهُ وَقَصْوَرَهُ عَمَّا لَمْ يَشْمَلْهُ. وَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ يُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ لِيَسْ فِي الْأَفْلَاظِ الْمُطْلَقِ لَأَنَّ النَّظَرَ الْمُطْلَقَ لَا يَنْظُرُ إِلَيْهِ الْمَعْلُومَ لَا يَتَّوَلَّ إِلَيْهِ الْمَجْهُولَ وَالْمَذْكُورَ لَا يَتَّوَلَّ إِلَيْهِ الْمَسْكُوتَ عَنْهُ الْغَزَالِيُّ، الْمُسْتَصْفَى، دَارُ الْكِتَابِ الْعَلَمِيَّ، بَيْرُوتٌ، 1413هـ، ص 224.

<sup>60</sup> المنطوق هو المعنى المقصاغ أو المنظوم، أما المفهوم فهو المعنى الذي سكت عنه الصيغة (وان كان يُفَسَّسُ منها) أو هو المعنى غير المنظوم (هناك مفهوم الموافقةArgument a fortiori وهنالك مفهوم المخالفةArgument a contrario). انظر جرداً لعدة تعريفات عند: محمد

الخ<sup>61</sup>. والنوع الثاني من التعارض يتحقق حين يثبت معنى الدليل 1 ومعنى الدليل 2 بصفة نهائية. ثم يُنظر فلا يمكن أن يُقال لا إنّا أمام عامٍ خاصٍ، ولا مطلقٍ ومقيّدٍ، ولا عامٍ من وجهٍ وعامٍ من وجهٍ مع قوّة لأحدّهما ظهوراً<sup>62</sup>، ولا إنّا أمام منطقٍ ومفهومٍ، الخ: أي حين يستقرّ التعارض بين الدليلين بحيث يكون تنافيًا بين الدالّين بالعرض وبين المدلولين بالذات<sup>63</sup>.

أوغانم، م س، ص 41 وما بعدها. واظر حول مفهوم المخالفة أو التأويل العكسي: Abdelmagid ZARROUKI, *Le raisonnement a contrario (Étude comparée)*, préc.

<sup>61</sup> السيد على الحسيني السياسي، م س، ص 56. وبضيف السيد على الحسيني السياسي(م س، ص 56). الصورة التي يستخلص فيها أنَّ الدليل الأول حاكم والثاني محكم. كما يضيف الصورة التي يستخلص فيها أنَّ الدليل الأول وارد والثاني مورود. انظر حول معنى الحكومة والورود: السيد على نقى الحيدري، أصول الاستنباط، لجنة إدارة الحوزة العلمية بقلم، 1412 هـ، ص 300 و 301. "والحكومة هو إخراج بعض أفراد العام عن الحكم أيضاً أو إدخاله فيه ولكن بتصريف في الموضوع غالباً كما لو ورد أكرم العلماء وورد المنجم ليس بعامٍ ونحو الشك في الركعات يعني على الأكثر ولا شك لكثير الشك فموضوع الأول العام وموضوع الثاني الشك وقوله المنجم ليس بعامٍ حاكم على الأول لأنَّه تصريف في موضوعه حيث اعتبر المنجم الذي هو عالم بالتجريم ليس بعامٍ وقوله لا شك لكثير الشك حاكم على الثاني لأنَّه تصريف في موضوعه حيث اعتبر شك كثير الشك الذي هو من الشاكين ليس شك. والشخص هو خروج بعض الأفراد عن موضوع العام حقيقة على نحو خروج الجاهل عن موضوع أكرم العلماء كما لو ورد الغاء حرام وورد الحداء حال لأنَّه ليس من أفراد الغباء. والورود هو خروج بعض الأفراد أيضاً عن موضوع العام أو دخوله فيه ولكن لا بالحقيقة بل بالتبذل لورود دليل يسمى بالوارد دل على خروجه أو دخوله تعبد لا حقيقة ومن هنا تبين أنَّ الفرق بين الحكومة والورود ضئيل ودقيق وذلك كثيراً ما يختلف العلماء في بعض الأدلة أنها حاكرة أو واردة وهذا اصطلاح نشأ بين المتأخررين فلو أرجعوهما إلى معنى واحد شامل لهما لكن أولى ولا مشكلة بالاصطلاح". انظر كذلك: الطاطباني، م س، ج 2، ص 280: "الرابع: الورود وهو التنافي العارض للدليلين مع كون أحد الدليلين رافعاً لموضوع الآخر ومن المعلوم أنَّ البيان اللغطي كالجعل الاعتباري لا تأثير له في مورده أصلاً لا نفواً ولا إثباتاً فلا وجه لإيكال أمره إلى نظر العرف المقصور على البيانات اللغوية الخامن: الحكومة وهو التنافي بين الدليلين مع كون أحدّهما رافعاً لموضوع الآخر بحسب الجعل والاعتبار لا بحسب المقدمة وقد عرفت أنَّ البيان اللغطي لا تأثير له في هذا القسم أيضاً". ص 274 و 275.

"والفرق بين الحكومة والورود على ما يظهر من كلامه رحمة الله هنا وفي بعض المباحث السابقة أنَّ الحكومة رفع أحد الدليلين موضوع الآخر بتعرض الحاكم لحال المحكوم لساناً وبيانه كافية موضوع المحكوم كما يظهر ذلك من كلام شيخ مشايخنا الأنصارى (قد) حيث قال والمحابط في الحكومة أنَّ يكون أحد الدليلين بمدلوله اللغطي متعرضاً لحال الدليل الآخر ورافعاً للحكم الثابت بالدليل الآخر عن بعض أفراد موضوعه فيكون مبييناً لمقدار مدلوله مسقاً لبيان حاله متقرضاً عليه انتهى. وقد صرَّح في عدة مواضع أنَّ الحاكم رافع لموضوع المحكوم حكماً بخلاف الوارد فإنه يرفعه حقيقة. ولكنَّ الحق عدم اعتبار الشرح اللغطي والتعرض اللسانى في الحكومة والورود وأنَّ الفارق هو أنَّ رفع الموضوع في أحدّهما حقيقي وفي الآخر حكمي بحسب الجعل التشريعى دون الحقيقة". انظر أيضاً: علي المشكيني، اصطلاحات الأصول ومعظم أبحاثها، دفتر نشر الهادي، قم، 1413 هـ: "الحكومة" (ص 127 و 128). الورود": (ص 285 و 286).

ويلخص السيد محمد باقر الصدر (المعالم الجديدة للأصول، الطبعة الثانية عام 1395هـ/1975م، إصدار مكتبة التجاحر لصحابها: السيد مرتضى الرضوى طهران - ناصر خسو - پاساز مجیدى الطبعة الأولى مطبعة التعمان - التجف الأشرف، ص 173 و 172) جزءٌ من التعارض الوارد أعلاه بالقول: "... قد يكون موضوع الحكم الذي يدل عليه أحد الكلامين أصيق نطاقة وأحسن دائرة من موضوع الحكم الذي يدل عليه الكلام الآخر. ومثال ذلك أن يقال في نص: "الربا بين الوالد ووالده مباح". فالحرمة التي يدل عليها النص الأول موضوعها عام، لأنَّها تمنع باطلاتها عن التعامل الربوي مع أي شخص، والإباحة في النص الثاني موضوعها خاص، لأنَّها تسمح بالربا بين الوالد ووالده خاصة، وفي هذه الحالة نقتصر النص الثاني على الأول، لأنَّه يعتبر بوصفه أحسن موضوعاً من الأول قرينة عليه، بدليل أنَّ المتكلّم لو أوصل كلامه الثاني بكلامه الأول فقال: "الربا في الشّعامل مع أي شخص حرام، ولا يأس به بين الوالد ووالده" لأبطال الخاص مفعول العام وظهوره في المعمون. وقد عرفنا أنَّ القرينة تقدم على ذي القرينة، سواء كانت متعلقة أو منفصلة. ويسمى تقديم الخاص على العام تخصيصاً للعام إذا كان عمومه ثابتاً بأداة من أدوات العموم، وتقييدها له إذا كان عمومه ثابتاً بالإطلاق وعدم ذكر القيد. ويسمى الخاص في الحالة الأولى "مختصساً" وفي الحالة الثانية "مقيداً". وعلى هذا الأساس يتبع الفقه في الاستنباط قاعدة عامة، وهي الأخذ بالخاص والمقيّد وتقديمهما على العام والمطلق. 4 - وقد يكون أحد الكلامين دالاً على ثبوت حكم موضوع، والكلام الآخر ينفي ذلك في حالة معينة ببني ذلك الموضوع. ومثاله أن يقال في نص: " يجب الحجّ على المستطيع" ويقال في نص آخر: "المدين ليس مستطيعاً ، فالنص الأول يوجب الحجّ على موضوع محدد وهو المستطيع، والنص الثاني ينفي صفة المستطيع عن المدين، فيؤخذ بالثاني ويسمى "حاكماً" ويسمى الدليل الأول "محكماً". وينبغي أن نلاحظ أنه سيتعرضنا نوع آخر من التعارض هو بين الصريح والظاهر(انظر عدد 37). كما أنه ينبغي أن يلاحظ أنه يمكن أن يرجع، فيما يخص ما جاء في المتن ومن أجل تفصيل أكبر، إلى أقسام قاعدة الجمع العرفي: تقديم النص على الظاهر / تقديم الأظهر على الظاهر / تقديم الخاص على العام / تقديم المقيد على المطلق / تقديم الحكم على دليل المحکوم / الورود / تقديم العام على المطلق/ الخ. انظر: لجنة تأليف القواعد الفقهية والأصولية التابعة لمجمع فقه آیة البت، قواعد أصول الفقه على مذهب الإمامية، مركز الطباعة والنشر لمجمع فقه آهل البت، الجمهورية الإسلامية الإيرانية، ط 1، 1423هـ/2002م، ص 448 وما بعدها. كما يمكن أن يرجع إلى باب التعارض والترجح في كتب الأصول(انظر كتاباً خاصاً بهذا الباب: عبد اللطيف عبد الله عزيز البزرنجي، التعارض والترجح بين الأدلة الشرعية. بحث أصولي مقارن بالمذاهب الإسلامية المختلفة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1417هـ/1996م).

<sup>62</sup> أي أن تكون أمام عامين من وجهٍ وليس أحدهما بأقوى من الآخر. انظر: السيد محمد تقى الحكيم، م س، ص 83: "ولكن ذلك لا يتأتى في العامين من وجهٍ، لأنَّ نسبة كلٍّ منها إلى موضع الالقاء من حيث الظهور نسبة واحدة، فلا يصلح أن يكون أحدهما قرينة على التخصيص بالتشبيه إلى الآخر، ومن هنا التزمنا بالتساقط في العامين من وجهٍ عند تعارضهما في موضع الالقاء". انظر أيضاً: الطاطباني، م س، ج 2، ص 280: "الثاني تنافي الظاهر والأظهر وهو كسابقه غير أنَّ التنافي غير مستقرٍ بحيث لو عرضنا على العرف وفق بينهما يجعل أحدهما قرينة على المراد الجدي من الآخر كما بين الظاهر والنص والظاهر والأظهر. ومنه التخصيص والتقييد".

<sup>63</sup> السيد على الحسيني السياسي، م س، ص 56. انظر الطاطباني، م س، ج 2، ص 274: "فالفارق بين نسبة التعارض وبين سائر النسب من الحكومة والورود والظاهر مع الأظهر أنَّ التنافي في التعارض تناقض مستقرٍ بحيث تبقى أبناء العرف والمحاورة متخيّرة معه بخلاف غير التعارض فإنَّ معه وعنه ما يرفع الخصومة بين الدليلين المتناقضين". ص 275: "العارض وهو التنافي الموجود بين الدليلين بحسب حكمي المدلولين بالذات مع استقرار التنافي بحيث لو عرض الدليلان على العرف لم يقدر على إزالته التنافي ورفع التخيير كما بين المتبادرين والعامين من وجهٍ".

19. ولقد تناولت مجلة الالزامات والعقود التعارض الإثباتي في بعض نصوصها (الفصل 542، الخ)<sup>64</sup>. لكنّ علمنا هنا موضوعه التعارض الثبوتي. وما ورد أعلاه من توضيح لهذا التعارض يستدعي إتمامه بما جاء في منطق الأحكام<sup>65</sup>.

20. وهنا<sup>66</sup> ينبغي أن يُبَدأ بقول لا يحتاج إثباتاً مفاده أنْ: ثمّ الفعل، وثمّ عدم الفعل، وليس ثمّ معهما شيء آخر. وعلى هذا فالإنسان- في علاقته بالفعل، أيّ فعلٍ- له خياران لا ثالث لهما: فإنّما أن يفعل وإنّما أن لا يفعل. ويُصطلح على تسمية إثبات الفعل هنا بحقّ الفعل وعدم إثبات الفعل بحقّ عدم الفعل. والحقّ هنا وكما يلاحظ ليس علاقة شخص بشخص، أي ليس حقّ دائنّية<sup>67</sup>. كما أنّ الحقّ هنا ليس علاقة شخص بشيء، أي ليس حقّاً عينياً<sup>68</sup>. بل الحقّ هنا علاقة شخص بفعل. نعم قد نتحدث في حقّ الدائنّية وفي الحق العيني عن علاقة الشخص بالفعل. لكنّ هذا الحديث هو بالعرض. أمّا هنا فالحديث عن الشخص وعن علاقة الشخص بالفعل هو حديث بالذات. وهذه العلاقة بين الشخص والفعل هي التي تردد في إطارها عبارتاً حقّ الفعل وحقّ عدم الفعل.

21. وإنّ حقّ الفعل يمكن أن يُلغى، ويُصطلح في الميدان القانوني على تسمية إلغاء حقّ الفعل بالمنع. كما أنّ حقّ عدم الفعل يمكن أن يُلغى، ويُصطلح في الميدان القانوني على تسمية إلغاء حقّ عدم الفعل بالوجوب.

وعلى هذا نحن أمام أربعة أشياء: حقّ الفعل/وحقّ عدم الفعل/والممنع/والوجوب. ومن ينظر إلى محتوى القواعد القانونية يجد أنّه يمكن أن يكون واحداً من هذه الأشياء<sup>69</sup>. 22. فإذا أخذ<sup>70</sup> الوجوب والمنع وجد أنهما لا يكونان صحيحين معاً(هناك مانعة جمع)، لكن يمكن أن يكون أحدهما صحيحاً والأخر خاطئاً، كما يمكن أن يكونا خاطئين معاً(ليس هناك مانعة خلو). ومن تكن هذه حالهما يُقال إنّهما عدم تلاؤم<sup>71</sup> *Incompatibilité*، أي إنّ بينهما عدم تلاؤم *Contraires*.

<sup>64</sup> انظر: عثمان بن فضل، تنافس قواعد القانون المدني(محاولة في منطق الأحكام)، المجلة القانونية التونسية، 1998، ص 11.

<sup>65</sup> انظر هذا التعريف لمنطق الأحكام: " La logique déontique est l'étude formelle des énoncés comportant des expressions comme « il est permis de », « il est interdit de », « il est obligatoire de », « il est facultatif de ». Moyennant des négations en nombre suffisant, ces expressions peuvent être définies à l'aide de l'une quelconque d'entre elles considérée comme fondamentale". Jacques-Paul DUBUCS, Logiques non classiques, Encyclopædia Universalis 2004.

P. BAILHACHE, Essai de logique déontique, Vrin, Paris, 1991 ; J.-L. GARDIES, Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique, L.G.D.J., Paris, 1972 ; « La Logique déontique et ses sémantiques possibles », in Logique et analyse, LXXXII-LXXXIII, pp. 185-203, 1978 ; Essai sur la logique des modalités, P.U.F., Paris, 1979 ; G. KALINOWSKI, La Logique des normes, P.U.F., 1972 ; La logique déductive. Essai de présentation aux juristes, P.U.F., Paris, 1996, p101 et s.

<sup>66</sup> إنّ ما سيرد من عدد 20 إلى عدد 25 مأخذ خاصّة من كتاب: J.-L. GARDIES, Essai sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique (préc.). لكنّ - ولأنّا استعنا بمواطن متعددة من الكتاب - اكتفينا بهذه الإحالة العامة.

<sup>67</sup> « Crédit... L'obligation (le rapport d'obligation) considérée du côté actif, par opp. à dette :droit personnel, en vertu duquel une personne nommée créancier peut exiger d'une autre nommée débiteur l'accomplissement d'une prestation(donner, faire ou ne pas faire quelque chose) ». Vocabulaire juridique, Association Henri CAPITANT.

« Réel... (droit). Droit qui porte directement sur une chose (*jus in re*) et procure à son titulaire tout ou partie de l'utilité économique de cette chose. Ex. La propriété est le droit réel le plus complet... ». Vocabulaire juridique, Association Henri CAPITANT.

<sup>69</sup> في بعض القوانين ينبغي أن يضاف للأشياء الأربع أشياء أخرى. انظر ما سيلتي بالهامش 108.  
<sup>70</sup> لقد كان يُطلق من الكلمة الموجبة ويقال إنّها ضدّ الكلمة السالبة. كما كان يقال إنّ الكلمة الموجبة مناقضة للجزئية الموجبة. أما الجزئية الموجبة والجزئية السالبة فيقال إنّهما داخلان تحت التضاد. ولقد جاء أحدهم وقال إنّ ما سبق انطلاق من الأشياء المتعارضة الوصول إلى علاقة التعارض. وقال إنّه ينبغي أن نفع العكس فنطلاق من تعريف علاقة التعارض، ثم نقول عن كلّ شيئاً(لا القضايا الواردة منذ قليل فحسب) ينطبق عليهما التعريف المذكور إنّهما متعارضان. وفي هذا المعنى يقول:

« Pour adapter cette théorie à notre propos, la première chose sera de la généraliser, nous voulons dire de détacher la structure oppositionnelle de l'usage particulier qui en a été fait pour les propositions attributives quantifiées et d'apprendre à lire le schéma abstrait sous ce qui n'est qu'une de ses réalisations concrètes. Il

وإذا أخذ حق الفعل والمنع وجد أنّهما لا يكونان صحيحين معا(هناك مانعة جمع)، ويمكن أن يكون أحدهما صحيحا والآخر خاطئا، ولا يكونان خاطئين معا(هناك مانعة خلو). ومن تكن هذه حالهما يُقال إنّهما متناقضان *Contradictoires*، أي إنّ بينهما مراواحة <sup>72</sup>. *Alternative*. وما جاء للتو نجده فيما لو كان المنظور إليه حق عدم الفعل والوجوب.

وإذا أخذ الوجوب وحق الفعل وجد أنّهما يكونان صحيحين معا(ليس هناك مانعة جمع)، ولا يكون الأول صحيحا والثاني خاطئا، ويكون الأول خاطئا والثاني صحيحا، ويكون الاثنان معا خاطئين(ليس هناك مانعة خلو). ومن تكن هذه حالهما يُقال إنّهما متداخلان <sup>73</sup> *Subalternes* <sup>74</sup>(الأول داخل في الثاني)، وفيما نحن بصدده الوجوب داخل في حق الفعل)، أي إنّ بينهما تأدبية <sup>75</sup> *Implication* (الوجوب يؤدي إلى حق الفعل).

وما جاء للتو نجده فيما لو كان المنظور إليه حق عدم الفعل والمنع.

وإذا أخذ حق الفعل وحق عدم الفعل وجد أنّهما يكونان صحيحين معا(ليس هناك مانعة جمع)، ويكون الأول صحيحا والثاني خاطئا، ويكون الثاني صحيحا والأول خاطئا، ولا يكون الاثنان معا خاطئين(هناك مانعة خلو). ومن تكن هذه حالهما يُقال إنّهما داخلان تحت التضاد <sup>76</sup> *Subcontraires* أي إنّ بينهما "وصلا بـ أو" <sup>77</sup> *Disjonction*.

faudra donc la dégager 1° de son commerce avec la quantification, 2° de son application aux seules propositions attributives homonymes, 3° de son assujettissement aux cas des propositions ...Pour généraliser ainsi la théorie des propositions opposées, il n'a pas suffit d'établir une correspondance entre les relations inter propositionnelles. Il a fallu aussi renverser l'ordre que suivait la théorie classique. Celle-ci commençait par donner des propositions opposées une définition nominale extrêmement étroite, puisqu'elle ne vaut que pour des propositions ayant même sujet et même attribut ; puis elle reconnaissait, sur le type de proposition adopté comme modèle, les diverses relations d'opposition et elle énonçait leurs lois, avec les règles d'inférence qu'elles commandent. Or les règles d'inférence auxquelles elle aboutissait ainsi reviennent à donner, des relations d'opposition, une sorte de définition par l'usage qui recouvre un champ beaucoup plus étendu que celui que délimitait la définition dont on était parti. De sorte que rien n'empêche de faire maintenant abstraction de la structure interne des propositions opposées et, une fois reconnues les règles d'inférence sur le cas peut être privilégié que déterminait la définition initiale, de procéder en sens inverse, c'est-à-dire de prendre appui sur les règles d'inférence et sur les relations fondamentales qui les commandent, pour définir par elles les diverses sortes d'opposition. **En d'autres termes, au lieu de tirer les lois de l'opposition de la définition des opposés, on définit maintenant les opposés par les lois de l'opposition : seront dites contraires, par exemple, deux propositions qui suivent la loi des contraires, c'est-à-dire qui sont incompatibles »** Robert BLANCHÉ, Structures intellectuelles. Essai sur l'organisation systématique des concepts, Lib. Philo. J. VRIN, Seconde éd, 1969, p23 et 24 et p29 et 30.

ويواصل BLANCHÉ قائلا إنّه لا بد أن يكون بين الشّيدين عناصر مشتركة ليصحّ ما ورد أعلاه:

« Certes, il conviendrait mal, pour étudier l'opposition des concepts, de considérer des oppositions totalement hétérogènes, sans aucun élément commun...Devant un groupe de concepts d'une même famille, qu'ils s'expriment par des adverbes, des adjectifs, des verbes, etc., on précisera leurs relations d'opposition en les faisant varier seuls, dans des propositions qui se comportent entre elles comme contradictoires, incompatibles, disjointes, ou dont l'une implique l'autre ». Robert BLANCHÉ, préc., p. 31.

<sup>71</sup> Robert BLANCHÉ, préc., p. 28.

<sup>72</sup> Robert BLANCHÉ, préc., p. 28.

<sup>73</sup> الشيخ محمد رضا المظفر، م س(المنطق)، ص172.

<sup>74</sup> Robert BLANCHÉ, préc., p. 28.

<sup>75</sup> Robert BLANCHÉ, préc., p. 28.

<sup>76</sup> الشيخ محمد رضا المظفر، م س(المنطق)، ص172.

<sup>77</sup> يترجم قاموس المنهل *Disjonction* بـ الفصل. ثم يقول إنّه وفي المنطق *Disjonction* : وصل قضيتين بـ أو

<sup>78</sup> Robert BLANCHÉ, préc., p. 28.

ويمكن، انطلاقاً مما جاء في المتن، القول إنّ: التناقض أو المراواحة = مانعة جمع(=لا يكونان صحيحين معا) مع مانعة خلو(=لا يكونان خاطئين معا).

التضاد أو عدم التلاؤم = مانعة جمع(=لا يكونان صحيحين معا) دون مانعة خلو(=يكونان خاطئين معا).

الداخل في التضاد = لا مانعة جمع(=يكونان صحيحين معا) ولكن مانعة خلو(=لا يكونان خاطئين معا).

الداخل أو التأدية = لا مانعة جمع(=يكونان صحيحين معا) ولا مانعة خلو(=يكونان خاطئين معا)..

23. وينبغي التوقف عند حق الفعل وحق عدم الفعل مرتاحى لقول إن حق الفعل دون حق عدم الفعل هو إيجاب للفعل.

هذا من جهة ومن جهة أخرى حق عدم الفعل دون حق الفعل هو منع للفعل.

وعلى هذا فحق الفعل ينبع أن يقترن بحق عدم الفعل لكي لا يصير وجوبا.

وعلى هذا أيضا فحق عدم الفعل ينبع أن يقترن بحق الفعل لكي لا يصير منعا.

ويخلص مما سبق أنه ينبع أن لا تكون لدينا 4 أشياء: حق الفعل/حق عدم المぬ/الوجوب، بل ينبغي أن تكون لدينا 3 أشياء: حق الفعل وحق عدم الفعل كشيء أول (حق الفعل أو حق عدم الفعل: وصل بـ "أو" = حق الفعل وحق عدم الفعل في نفس الوقت = حق ذو جانبيين)/المنع كشيء ثان/الوجوب كشيء ثالث.

24. ولقد جاء منذ قليل أن الوجوب والمنع متضادان.

فإذا أخذ حق الفعل أو حق عدم الفعل (حق الفعل وحق عدم الفعل في نفس الوقت = الحق ذو الجانبين) من جهة والوجوب من الجهة الثانية وجد أنهما لا يكونان صحيحين معا، ويمكن أن يكون أحدهما صحيحا والآخر خاطئا، ويمكن أن يكونا خاطئين معا. ومن تكن هذه حالهما يُقال إنهما متضادان كما تقدم.

وما جاء الآن نجده فيما لو كان المنظور إليه: من جهة أولى حق الفعل وحق عدم الفعل في نفس الوقت، ومن جهة ثانية المنع.

25. وبتعبير جامع فإن العلاقة بين كل شترين من هذه الأشياء الثلاثة (الحق ذو الجانبين / الوجوب / المنع) هي علاقة تضاد<sup>79</sup>: بمعنى أنه يمكن اجتماع الشترين وإن كان يمكن أن لا يوجد أحدهما ويوجد الآخر، أو أن لا يوجد كلاهما.<sup>80</sup>

<sup>79</sup> وهذا يعطي مثال التضاد الذي سيرد بعد قليل في المتن. انظر: Robert BLANCHÉ, préc., p. 35 et s. ; Jean-Louis GARDIES, préc., p. 70.

وينبغي التذكير بأن ما ورد إلى حدود عدد 25 مأخوذ بالخصوص من عند GARDIES.

<sup>80</sup> يمكن إعادة ما سبق على النحو التالي:  
إن الإنسان – في علاقته بالفعل، أي فعل – إنما أن يأتيه وإنما أن لا يأتيه. فالممكן يتكون إذن من الفعل ومن عدم الفعل.

ومن هنا القول لا يحتاج إثباتا.  
وسمى الفعل بـ (أ)، وسمى عدم الفعل بـ (ب).  
ثم إنما سمي الفعل أو (أ) بـ حق الفعل أو (أ) Droit de faire، وسمى عدم الفعل أو (ب) بـ حق عدم الفعل. Droit de ne pas faire.

فإذا استحضرنا أن: الممكן = (أ) (ب)، فهذا يعني أن:  
(أ) داخل في (أ) : [ (أ) (ب) ] ← (أ)  
(ب) داخل في (ب) : [ (أ) ] ← (ب)

انظر الرسم 2 في آخر المقال

(أ) هو نفي لل فعل، ونفي الفعل هو المنع  
(ب) هو نفي لعدم الفعل، ونفي عدم الفعل هو الوجوب Obligation

وعلمون أن هناك: حق الفعل وعدم الفعل معا  
وهذا يعني أن تقاطع (أ) و (ب) لا يساوي فراغا (أ ∩ ب ≠ Ø)، أي أن (أ) و (ب) مجموعتان لا يساوي تقاطعهما فراغا Deux ensembles sécants

فإذا جمعنا ما سبق أعطى ذلك الرسم التالي:

انظر الرسم 3 في آخر المقال

أو أعطى:

1

▲ لدينا بعد: (لا ب)  $\Leftarrow$  (أ)  
هذا يعني: إذا كان لدينا (لا ب); إذن لدينا (أ); وإن لم يكن لدينا (لا أ)  
وبالتالي: إذا كان لدينا (لا ب)، فليس لدينا (لا أ)  
إذن: (لا ب) موجود و (لا أ) غير موجود ممكناً  
أي: بالنسبة إلى (لا ب) و (لا أ)، التركيبة: Combinaison صحيح / صحيح لم تتحقق.

▲ إذا كان لدينا (لا ب); إذن ليس لدينا (ب);  
بما أن (لا أ) موجودة في (ب)، فإنه ليس لدينا (لا أ)  
إذن إذا كان لدينا (لا ب)، فليس لدينا (لا أ)  
إذن: (لا ب) موجودة و (لا أ) غير موجودة ممكناً  
أي: بالنسبة إلى (لا ب) و (لا أ)، التركيبة: صحيح / خاطئ تحقق.

▲ إذا لم يكن لدينا (لا ب) فلدينا (ب)  
إذا كان لدينا (ب)، كانت لدينا إمكانية. الإمكانية الأولى: (لا أ). الإمكانية الثانية: (أ)  $\cap$  (ب)  
إذن: إذا لم يكن لدينا (لا ب) يمكن أن يكون لدينا (أ)  $\cap$  (ب)  
إذن: (لا ب) غير موجودة و (لا أ) موجودة ممكناً  
أي بالنسبة إلى (لا ب) و (لا أ)، التركيبة: خاطئ / صحيح تتحقق.

▲ إذا لم يكن لدينا (لا ب) فلدينا (ب)  
إذا كان لدينا (ب)، كانت لدينا إمكانية. الإمكانية الأولى: (لا أ). الإمكانية الثانية: (أ)  $\cap$  (ب)  
إذن: إذا لم يكن لدينا (لا ب) يمكن أن يكون لدينا (أ)  $\cap$  (ب) ولا يمكن أن يكون لدينا (لا أ)  
إذن: (لا ب) غير موجودة و (لا أ) غير موجودة ممكناً  
أي بالنسبة إلى (لا ب) و (لا أ)، التركيبة: خاطئ / خاطئ تتحقق.

المحصلة: بالنسبة إلى (لا ب) و (لا أ):  
التركيبة: صحيح / صحيح لم تتحقق.  
التركيبة: صحيح / خاطئ تتحقق.  
التركيبة: خاطئ / صحيح تتحقق.  
التركيبة: خاطئ / خاطئ تتحقق.  
إذن:

النتيجة 1: (لا ب) و (لا أ) متضادان

2

▲ إذا كان لدينا: (أ)  $\cap$  (ب)، فلدينا (أ)، إذن ليس لدينا (لا أ)  
إذن: (أ)  $\cap$  (ب) موجود و (لا أ) غير موجود ممكناً  
أي: بالنسبة إلى (أ)  $\cap$  (ب) و (لا أ)، التركيبة: صحيح / صحيح لم تتحقق.

▲ إذا كان لدينا: (أ)  $\cap$  (ب)، فلدينا (أ)، إذن ليس لدينا (لا أ)  
إذن: (أ)  $\cap$  (ب) موجود و (لا أ) غير موجود ممكناً  
أي: بالنسبة إلى (أ)  $\cap$  (ب) و (لا أ)، التركيبة: صحيح / خاطئ تتحقق.

▲ إذا كان ليس لدينا: (أ)  $\cap$  (ب)، إذن لدينا إمكانية. الإمكانية الأولى: (لا أ). الإمكانية الثانية: (لا ب)  
إذن كان ليس لدينا: (أ)  $\cap$  (ب)، إذن لدينا (لا أ).  
إذن: (أ)  $\cap$  (ب) غير موجود و (لا أ) موجود ممكناً  
أي: بالنسبة إلى (أ)  $\cap$  (ب) و (لا أ)، التركيبة: خاطئ / صحيح تتحقق.

▲ إذا كان ليس لدينا: (أ)  $\cap$  (ب)، إذن لدينا إمكانية. الإمكانية الأولى: (لا أ). الإمكانية الثانية: (لا ب)  
إذا كان ليس لدينا: (أ)  $\cap$  (ب)، إذن لدينا (لا ب).  
إذن: (أ)  $\cap$  (ب) غير موجود و (لا أ) غير موجود ممكناً  
أي: بالنسبة إلى (أ)  $\cap$  (ب) و (لا أ)، التركيبة: خاطئ / خاطئ تتحقق.

المحصلة: بالنسبة إلى (أ)  $\cap$  (ب) و (لا أ):  
التركيبة: صحيح / صحيح لم تتحقق.  
التركيبة: صحيح / خاطئ تتحقق.  
التركيبة: خاطئ / صحيح تتحقق.  
التركيبة: خاطئ / خاطئ تتحقق.  
إذن: [ ]

النتيجة 2: [(أ)  $\cap$  (ب)] و (لا أ) متصادان

3

▲ إذا كان لدينا: (أ)  $\cap$  (ب)، فلدينا (ب)، إذن ليس لدينا (لا ب)  
إذن: (أ)  $\cap$  (ب) موجود و (لا ب) غير موجود ممكن  
أي: بالنسبة إلى (أ)  $\cap$  (ب) و (لا ب)، التركيبة: صحيح / صحيح لم تتحقق.

▲▲ إذا كان لدينا: (أ)  $\cap$  (ب)، فلدينا (ب)، إذن ليس لدينا (لا ب)  
إذن: (أ)  $\cap$  (ب) موجود و (لا ب) غير موجود ممكن  
أي: بالنسبة إلى (أ)  $\cap$  (ب) و (لا ب)، التركيبة: صحيح / خاطئ تتحقق.

▲▲▲ إذا كان ليس لدينا: (أ)  $\cap$  (ب)، إذن لدينا إمكانية الأولى: (لا أ). الإمكانية الثانية: (لا ب)  
إذا كان ليس لدينا: (أ)  $\cap$  (ب)، إذن لدينا (لا ب).  
إذن: (أ)  $\cap$  (ب) غير موجود و (لا ب) موجود ممكن  
أي: بالنسبة إلى (أ)  $\cap$  (ب) و (لا ب)، التركيبة: خاطئ / صحيح تتحقق.

▲▲▲▲ إذا كان ليس لدينا: (أ)  $\cap$  (ب)، إذن لدينا إمكانية الأولى: (لا أ). الإمكانية الثانية: (لا ب)  
إذا كان ليس لدينا: (أ)  $\cap$  (ب)، إذن لدينا (لا ب).  
إذن: (أ)  $\cap$  (ب) غير موجود و (لا ب) غير موجود ممكن  
أي: بالنسبة إلى (أ)  $\cap$  (ب) و (لا ب)، التركيبة: خاطئ / خاطئ تتحقق.

المحصلة: بالنسبة إلى (أ)  $\cap$  (ب) و (لا ب):  
التركيبة: صحيح / صحيح لم تتحقق.  
التركيبة: صحيح / خاطئ تتحقق.  
التركيبة: خاطئ / صحيح تتحقق.  
التركيبة: خاطئ / خاطئ تتحقق.  
إذن: [ ]

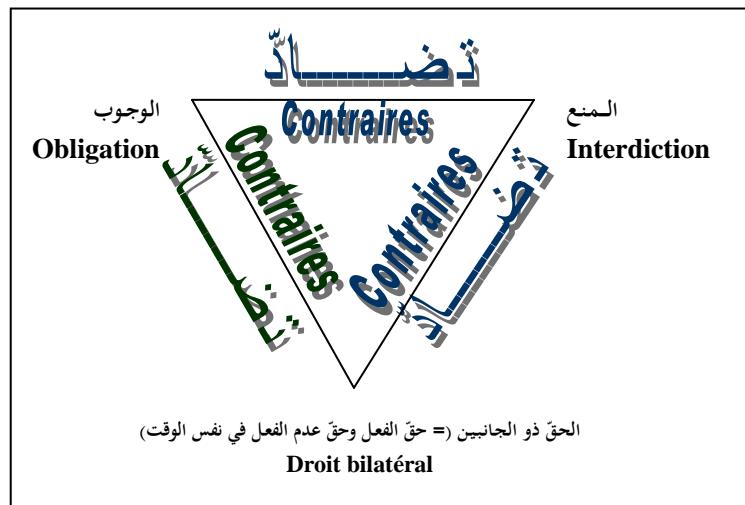
النتيجة 3: [(أ)  $\cap$  (ب)] و (لا ب) متصادان

(لا ب) و (لا أ) متصادان = الوجوب والمنع متصادان  
[(أ)  $\cap$  (ب)] و (لا أ) متصادان = حق الفعل وعدم الفعل هو ضد للمنع  
[(أ)  $\cap$  (ب)] و (لا ب) متصادان = حق الفعل وعدم الفعل هو ضد للوجوب

والمحصلة أن: هناك الفعل وعدم الفعل معاً / وهناك نفي الفعل. وإن القوانين، بوصفها منظمة للسلوك البشري، وأمام فعل ما: إما أن تقول بإنكاره وبعدم إتيانه معاً (وهذا هو حق الفعل وعدم الفعل معاً، أي هذا هو الحق ذو الجانبين في الفعل وفي عدم الفعل)، وإما أن تقول بإنكار ذلك الفعل (وهذا هو المぬ)، وإنما أن تقول بإنكار عدم إتيان ذلك الفعل (وهذا هو الوجوب) [طبعاً قد يسكت القانون عن فعل ما. فهنا وإعمالاً للأصل وبغضض النظر عن مسألة القياس - يمكن إتيان هذا الفعل وعدم إتيانه، أي لنا الحق ذو الجانبين في القيام بذلك الفعل وفي عدم القيام به، أي لا يمنع علينا القيام بذلك الفعل ولا يجب علينا هذا القيام (انظر الهمامش 87 و 88 و 108 و 110). والسبب أن الوجوب والمنع تكليف، والتكليف يحتاج قولاً (و قبل بالقياس يمكن قول ذلك قبل بالقول من زاوية أخرى) والأستحال تنفيذه. قرب مما سième بالهامش 82].

وعلى هذا هناك ثلاثة أنواع من الأحكام القانونية: النوع الأول حكم قانوني يقول (ينبغي تدقيق هذا بما ورد منذ قليل): للك حق الفعل وعدم الفعل في نفس الوقت؛ أي للك حق ذو جانبين واحد ايجابي والآخر سلبي. النوع الثاني حكم قانوني يقول لك: لا تفعل؛ أي حكم يمنعك من فعل. النوع الثالث حكم يقول لك: لا لا تفعل؛ أي يقول لك افعل (نفي النفي إثبات)؛ أي يجب عليك الفعل (قارن مع: محمد كمال شرف الدين، قانون مدنى. النظرية العامة. الأشخاص. إثبات الحقائق، المطبعة الرسمية، 2002، عدد 8).  
والعلاقة بين كل نوعين هي التضاد. أي أن الحق ذو الجانبين لا يتلاءم مع الوجوب ولا يتلاءم مع المنع. والوجوب لا يتلاءم مع المنع.

ويتغير مختلف:  
لا يجتمع الحق ذو الجانبين مع الوجوب (ثم مانعة جمع. لكن ليس ثم مانعة خلو: أي يمكن أن تخلو منها الساحة وذلك حين يحتل هذه الساحة المنع).



26. وهكذا يتوضّح التّعارض الذي نحن بصدده<sup>81</sup> فهو الذي يكون بين حكمين قانونيين: إما حكم به وجوب وحكم به منع، وإما حكم به حقّ ذو جانبيّن وحكم به وجوب، وإما حكم به حقّ ذو جانبيّن وحكم به منع. وينبغي لكي يتحقّق هذا التّعارض أن تتوافر الشروط الواردة أعلاه في إطار المنهجيّة الغربيّة وفي إطار المنهجيّة الإسلاميّة: أن ينصّب الحكمان على فعل واحد، لشخص واحد، في ظروف واحدة، وأن يصدران في يوم واحد، وأن تكون لهما نفس المرتبة في سلم ترتيب الأحكام<sup>82</sup>، الخ<sup>83</sup>.

ولا يجتمع الحقّ ذو الجانبيّن مع المنع(ثم مانعة خلو: أي يمكن أن تخلي منها الساحة وذلك حين يحتلّ هذه الساحة الوجوب).  
ولا يجتمع الوجوب مع المنع(ثم مانعة جمع. لكن ليس ثم مانعة خلو: أي يمكن أن تخلي منها الساحة وذلك حين يحتلّ هذه الساحة الحقّ ذو الجانبيّن).

(انظر الرسم الوارد في عدد 25 من المتن)

<sup>81</sup> جاء عند أحدهم أن وجود التّعارض في القوانين هو وجود استثنائي:

Luc SILANCE, Quelques exemples d'antinomies et essai de classement, dans : Les antinomies en droit (préc.), p. 63.

لكن يمكن أن يفكّر فيما جاء للتوّ وذلك بعد قراءة المقتطف التالي:

"Se référant aux antinomies du droit , Karl Engisch a soutenu qu'elles sont des «fautes» de politique législative qu'un législateur plus attentif ou prudent aurait pu éviter. La prétention semble pourtant manquer sa critique. Car, en réalité, les antinomies en droit sont pour l'essentiel autre chose que des vicissitudes causées par la négligence « du législateur ». Cette opinion ne semble pas donc devoir résister à un examen critique rigoureux. D'abord, elle est apparemment grevée d'une représentation anthropomorphique : le législateur est pensé comme une personne – à la limite un monarque ? – qui ne peut désirer deux choses contradictoires à la fois. Ainsi, échappe-t-il manifestement à cette position **le fonctionnement normatif pluridimensionnel, social et politique, du pouvoir étatique au sein de notre société, elle-même hautement compliquée et diversifiée**". Constantin M. STAMATIS, préc., p. 253.

" Les normes que le droit est amené à élaborer ne sont pas des assertions, dont on puisse dire qu'elles sont vraies ou fausses, mais des directives, des prescriptions concernant ce qu'il faut faire ou ne pas faire, ce qui est permis ou interdit, et où les définitions, les règles de compétence et de procédure sont subordonnées, en fin de compte, à ces normes juridiques. Il en résulte que les antinomies, dans la mesure où elles concernent le droit , ne consistent pas dans la constatation d'une contradiction, résultat de l'affirmation simultanée de la vérité d'une proposition et de sa négation, mais dans l'existence d'une incompatibilité entre les directives relatives à un même objet" .. Essai de synthèse, dans : Les antinomies en droit (préc.), p. 393.

ويمكن تدقيق ما سبق بالقول إن الكلام خبر ونشاء. والمخبر مثبت أو ناف لما له وجود في الكون حاصل بغير لفظ هذا المخبر. فإذا طاب克 كلامه الخارج قبل عنه أنه صدق، وإن لا فلا. أما الإنثشاء والأمر والنهي، الخ إنثشاء فهو ما افترضنا معناه بلفظه: أي أن الكلام متعلق بما ليس موجودا في الخارج إيان الكلام. لذلك لا يحتمل الإنثشاء الصدق والكذب. انظر: خالد ميلاد، م، ص 323 وما بعدها. لكن انظر في ص 377 وما بعدها مفهوما آخر للصدق والكذب عند الفارابي وفي عصرنا عند AUSTIN وبمقتضى هذا المفهوم يكون الأمر صادقا "إذا قصد به المتكلّم تكليف المخاطب بما يقدر على إيقاعه، ويكون كاذبا إذا أراد به المتكلّم تكليف المخاطب بما لا طاقة له به"(ص 377).

<sup>82</sup> قرب من الشيخ محمد رضا المظفر، م، ج 2، ص 182 وما بعدها: " لا يتحقق هذا المعنى من التّعارض إلا بشرط سبعة هي مقومات التّعارض ذكرها للتّوضّح حقيقة التّعارض وموافقه: ... أن يتنافى مدلولاهما ولو عرضا وفي بعض التّواهي ليحصل التّكاذب بينهما سواء كان

27. ويلاحظ مما جاء للتو أن طرفي التعارض قد يكونا: إما الوجوب والمنع / وإما الحق ذو الجانبين والمنع / وإما الحق ذو الجانبين والوجوب. وإن الكلام في التعارض الأول مختلف عن الكلام في التعارض الثاني والثالث. لذلك سيفرد التعارض الأول بنقطة أولى وسيجمع التعارض الثاني والثالث في نقطة ثانية:

28. فإذا بدأنا بالنقطة الأولى قلنا إن من توجهت إليه القاعدتان - أي الشخص الذي يدخل في فرض القاعدتين - أمام خيارات ثلاث: إما تطبيق القاعدتين معاً. وهذا أمر مستحيل لأننا قلنا إن القاعدتين متضادتين، والتضاد يعني امتناع اجتماع المتضادين.

وإما - وهو الخيار الثاني - الامتنال لواحدة من القاعدتين. وهذا الأمر بدوره مستحيل. وسبب الاستحالة أن إعمال قاعدة هو ترجيح لها دون مرجع. والترجح بدون مرجع تحكم<sup>84</sup>. فإذا لم يتعين واحد من الخيارين السابقين، لم يبق إلا خيار ثالث وهو أن لا يعمل بالقاعدتين. والملحوظ هنا أن مجرد وجود كل واحدة من القاعدتين يجعل العمل بالأخرى تحكماً. وعلى هذا فكل واحدة من القاعدتين تُسقط الثانية. ولذلك يتحدد عن تساقط القاعدتين<sup>85</sup>. ويقول بعضهم إننا أمام صورة فراغ تشريعي<sup>86</sup>. فإذا كان الحال كذلك انطبق ما يصطلح على تسميته بالأصل العملي<sup>87</sup>، أي انطبق فيما لو كان

التفافي في مدلولهما المطابقي أو التضمني أو الالتزامي. والجامع في ذلك أن يؤدي إلى ما لا يمكن تشرعه ويمتنع جعله في نفس الأمر ولو كان هذا الامتناع لأمر خارج عن نفس مدلولهما كما في تعارض دليل وجوب صلاة الجمعة مع دليل وجوب صلاة الظهر يوم الجمعة فإن الذليلين في نفسيهما لا تكادب بينهما إذ لا يمتنع اجتماع وجوب صلاتين في وقت واحد ولكن لما غلب من دليل خارج أنه لا يجب إلا صلاة واحدة في الوقت الواحد فالنهما يتکاذبان حينئذ بضميمة هذا الذليل الثالث الخارج عنهما. وعلى هذا يمكن تحديد الضابط للتعارض بأن يقال: الضابط في التعارض امتناع اجتماع مدلوليهما في الواقع المناسب لهما إما من ناحية توكيينه أو من ناحية شرعية. أو يقال بعبارة جامعة: الضابط في التعارض تكاذب الذليلين على وجه يمتنع اجتماع صدق أحدهما مع صدق الآخر. ومن هنا يعلم أن التعارض ليس وصفا للمدلولين كما قيل بل المدلولان يوصفان بأنهما متأففان لا يمتنعان لأن امتناع صدق الذليلين معاً وتکاذفهم إنما ينشأ من تفاف المدلولين. ولأنه هذا قال صاحب الكفاية التعارض هو تفاف الذليلين أو الأدلة بحسب الدلالة ومقام الإثبات. فحصر التعارض في مقام الإثبات ومرحلة الدلالة. 4 أن يكون كل من الذليلين واحدا لشروط الحجية يعني أن كلاً منها لو خلّي عنه نفسه ولم يحصل ما يعارضه لكن حجة يجب العمل بموجبه وإن كان أحدهما لا على التّعيبين بمجرد التعارض يسقط عن الحجية بالفعل. والسرّ في ذلك واضح فإنه لو كان أحدهما غير واحد لشرط الحجية في نفسه لا يصلح أن يكون مكتباً لما هو حجة وإن كان مكتباً له في مدلوله فلا يكون معارضًا له لما قلنا من أن التعارض وصف للذليلين بما داولان في مقام الإثبات وإذا لا إثبات فيما هو غير حجة فلا يكتب ما فيه الإثبات. إذن لا تعارض بين الحجية واللاحجية كما لا تعارض بين اللاحجتين. ومن هنا يتبين أنه لو كان هناك خبر مثلاً غير واحد لشرط الحجية و Ashton بهما واحد لها فإن الخبرين لا يدخلان في باب التعارض فلا تجري عليهم أحكامه وقواعداته وإن كان من جهة العلم يكتب أحدهما حالهما حال المتعارضين. نعم في مثل هذين الخبرين تجري قواعد العلم الإجمالي...".

قرب من الذين اشتغلوا في التعارض ما اشتغلوا بالمنطقية في القضيةين المتناقضتين: اتحاد المتعارضين في ثمانية أشياء: الموضوع والمحمول والزمان والمكان والشرط والإضافة والجزء والكل والقونة والفعل. انظرهم عند عبد الله عزيز البرنجي، م، ص 32.

<sup>84</sup> حجة الإحالة على العبث L'argument apagogique ou de réduction à l'absurde من مجلة الالتزامات والعقود وبالتحديد في عبارة: "مُراد المشرع" التي جاءت مطلقاً فتشمل أيضاً المراد المتوصّل إليه بواسطة التّح敏ين. قرب مما سيجيء في عدد 31.

<sup>85</sup> موسى التبريزى، أوثق الوسائل، مكتبة كتبى التجفى، 1369 هـ - ش، ص 599. الميرزا الأشتبانى، بحر الفوانى، مكتبة آية الله العظمى المرعشى، 1403 هـ، ج 4، ص 5. الشيخ عبد الكريم الحائرى، درر الفوانى، مطبعة مهر، قم، ج 2، ص 269. الشيخ محمد رضا المظفر، م (أصول الفقه)، ج 1، ص 283.

<sup>86</sup> Zygmunt ZIEMBINSKI, préc., p. 404. Zygmunt ZIEMBINSKI, préc., p. 131; Chaïm PERELMAN, Les antinomies en droit (préc.), p. 404. وبصف Zygmunt ZIEMBINSKI الفراغ بالمنطقى. لكن انظر في الغرب من يجمع بين القول بالسقوط والقول إنما فراغ وإن كان يقول بحل مختلف لسد الفراغ:

" Au cas où aucune des règles en conflit ne peut revendiquer de priorité face à sa rivale, on peut alors peut-être considérer que leur impact normatif se trouve mutuellement **neutralisé**. Partant, l'interprète se voit devant une **lacune** de droit, susceptible d'être comblée d'une des manières explicitées plus haut. En particulier, le juge doit rechercher si de l'ensemble des règles de l'ordre juridique touchant le cas particulier ne découle un principe général de droit, de moyenne portée, que l'on peut invoquer pour décider du cas litigieux. Enfin, dans le cas extrême où manque un autre critère pour apaiser le conflit, entre deux règles du droit positif incompatibles, c'est la plus juste qu'il faut choisir". Constantin M. STAMATIS, préc., p. 257.

<sup>87</sup> انظر هذا القول مثلاً عند: السيد علي الحسيني السيسناني، م، ص 56. والأصول العملية هي "التي يرجع إليها بعد الفحص واليأس عن الأدلة... والمهم منها البراءة والاحتياط والتخbir والاستصحاب": غلام محسن التبريزى، الأصول المهدية، طبع طوس، ص 93؛ "الأصل هو في الاصطلاح عبارة عن الحكم المجعل للشاك ليس فيه ظاهرية وجهة كشف. بيانه أن المجعل للجاهل بالواقع لو كان فيه جهة كشف بالذات وكان الجعل بتتميم كشفه وإعطاء الطريقة له فهو يسمى أماره ودليلها، ولو لم يكن

المتحدث في إطاره مجلة الالتزامات والعقود - ما هو من عائلة الفصل 559 أو 560 أو 561 أو 562؟ أي أعملت البراءة الأصلية<sup>88</sup>.

لكن ثُمَّ من يقول بحلٍ مخالفٍ مفاده أنَّ "واحداً من المتعارضين يُغلب على الآخر. فتُغمض الأعين عن قاعدة من القاعدتين فتحتفي مفهومياً وتصبح شبراً، (أي يُتصرّف) وكأنَّ القاعدة الأخرى هي الموجودة لوحدها"<sup>89</sup>. وإنَّ ما جاء للتو جاء في إطار المنهجية القانونية الغربية. أمَّا في المنهجية الإسلامية فقد أشار أحدهم إلى أنَّه قيل بهذا الحل، لكنَّه أضاف أنَّه لم يُعرف من الفقهاء من عمل به<sup>90</sup>. والراجح أنَّ السبب<sup>91</sup> من عدم العمل بهذا الحل أنَّه يفضي إلى التحكُّم. فالعقل إذن يقتضي القول بالتساقط.

29. فإذا قيل بما جاء للتو من اقتضاء وقيل إنَّ العقل هو الحاكم به أمكن الإتيان بما نعمل عليه.

وينبغي أن ينظم لهذا قياس حملٍ<sup>92</sup> فيقل:

|هذا| |حڪمان متصاداًن تصاداً ثبوتياً|

**|كل حكمين متضادين تضادا ثبوتيا | يلازمهما عقل النّاس**

فإذن [هذا] يلزمهما عقلاً التساقط .  
30. فإذا نظر إلى المقدمة الكبرى قيل إنّ الغالبية تقول بالملازمة أمّا الأقلية فلا. ولقد لوحظ سابقاً أنّ قول الأقلية ثمّ ما يمنع عقلاً من الأخذ به. ولذلك فإنّ القول بالملازمة هو قول للعقل، أي هو حجّة عقلاً. فإذا كانّ أمام حجّة للعقل فهذا يعني أنّ الملازمة هي مما تشتّرط فيه جميع المجتمعات، أي هي من متبنيات العقلاة<sup>93</sup>

31. فإذا نظر الآن إلى القوانين، قيل إنّ المشرّعين في كلّ زمان ومكان لن يخرج حالهم نظريّاً عن ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن يصرّح الواحد منهم برضائه بما تبانت عليه المجتمعات، فإن فعل يكون قد قبل  
نهاية المقال.

**الوجه الثاني:** أن لا يصرّح الواحد منهم بـإلغائه لما تبانت عليه العقلاة، فإن لم يصرّح يكون قد قبله صراحته بـإلغائه.

ذلك بل فرض المشكوك موضوعاً من الموضوعات ورتب عليه حكماً من الأحكام سمي ذلك أصلاً، فالاصل كالأمرة حكم ظاهري معمول في موضوع الجهل بالواقع وينقسم بنقسيمات: الأول: تقسيمه إلى الأصل العملي والأصل اللفظي. أما العملي: فهو الحكم الظاهري المحتاج إليه في مقام العمل من دون ارتباط له بمقام الألفاظ، فكل حكم ظاهري كان مجراه بباب الألفاظ فهو أصل لفظي، وكل حكم ظاهري كان مجراه عمل المكلف وتعيين وظيفته له بالنسبة إلى عمله فهو أصل عملي، كاصالة البراءة والاحتياط والتبشير والاستصحاب والطهارة والصحة والفساد وغيرها، فراجع عنوان محاري الأصول وعنوانين نفس تلك الأصول". على المشكني، مس، ص56.

<sup>88</sup> الحكم بسقوط المتعارضين عند العلم بمتقارن التاليلين أو عدم العلم بالتأريخ، مع عدم إمكان الجمع، والترجح. ثم بعد ذلك يكون الرجوع إلى البراءة الأصلية، ويفرض كأن التاليلين غير موجودين": عبد الله عزيز البرزنجي، م، س، ج 1، ص 167؛ " ومنهج الحنفية والحنابلة فيما إذا تعارض دليلان... النسخ إن علم المتقدم وإن فالترجح إن أمكن وإن فالاجماع بقدر الإمكان، وإن لم يمكن تساقطاً فالصيير في الحادثة إلى ما دونهما رتبة وإن فالعمل بالأصل... ومنهج المالكية والظاهريَّة... الجمع والتفريق... (ثم) الترجح وذلك إذا لم يُستطع المحتج به التوفيق بينهما... (ثم) النسخ وذلك إذا قطع بتأخير أحد التاليلين عن الآخر... (ثم) التساقط فإذا تعددت الطرق الثلاثة المقدمة ولم يجد المجتهد سبيلاً للعمل بالتأليلين أو أحدهما فإنه يترك العمل بهما معاً ويعمل بغيرها من الأدلة، وهذه الصورة فرضية لا وجود لها حقيقة": الشيخ محمود مصطفى عبود هرموش، القاعدة الكافية: إعمال الكلام أولى من إهماله وأثرها في الأصول، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1406هـ/1987م، ص 402 إلى 404.

<sup>89</sup>Philippe MALAURIE, préc., p. 27 . ويضيف أن ثم منهج التمييز *La méthode de la distinction* ثان هو منهج التمييز *La méthode de la négation*. ويبيّن أنّ هذا الحل بمنهج التمييز لا ينبع من إعطاء كل قاعدة مجال تطبيق مختلف عن الأخرى. لكنّ هذا الحل الثاني غير ممكن لأنّا حررنا فرض عملنا على نحو جعلنا بهم التعارض الثنوي.

<sup>90</sup> السيد محمد تقى الحكيم، م س، ص356. انظر أيضاً عبد اللطيف عبد الله عزيز البرزنجي، م س، ج 1، ص167 و 168.

<sup>91</sup> انظر تناولاً من زاوية أخرى لسبب عدم إمكان القول باختيار واحد من الحكمين وذلك بالهامش 113.  
<sup>92</sup> انظر حول القياس الحلمي ما ورد بعده.

<sup>93</sup> انظر الشيخ محمد رضا المظفر، م: أصول الفقه، ج 2، ص 151؛ السيد محمد باقر الصدر، م: المعالم الجديدة للأصول، ص 168 وما بعدها. انظر أيضاً: سمير خير الدين، م: ص 51 حيث يقسم العقل حسب المدركات ويدرس من بين الأقسام العقل الاجتماعي الذي يعرفه بـ "المبادئ العقلية التي تتطابق واتفاق عليها آراء الناس العقلاء جميعاً في مختلف مجتمعاتهم وشتى أزمانهم وأماكنهم". ثم يضرب مثاليين: فتح الظلم ووجوب ما لا يتم الواجب إلا به.

**الوجه الثالث:** أن يصرّح الوارد منهم بـإلغائه لما تبانت عليه المجتمعات، فإن فعل يكون قد رفض صراحة قول العقل<sup>94</sup>.

وفي الوجه الثاني يرجع سبب القول بالقبول الضمني إلى نية المشرع المتوصّل إليها بواسطة التخمين<sup>95</sup>. فالمشرع عاقد والقول بالتساقط قول للعقل.

32. فإذا أخذت الآن مجلة الالتزامات والعقود قيل إنّ فصولها المتعلقة بتأويل القانون(532 وما بعده) لم تصرّح بقبول الحجّة العقلية.

33. ثم إنّ نفس الفصول لم تصرّح برفض الحجّة العقلية.

34. وعلى هذا لم يبق إلا الوجه الثاني الوارد أعلاه.

35. وهذا الوجه يؤدي إلى القول إنه إذا اتفق وأن وجدت في القانون التونسي قاعدتان متضادتان تضاداً ثبوتيًا فحكم المجلة في هذه الصورة تساقط تلكم القاعدتين<sup>96</sup>.

36. وإن جميع ما سبق هم الضد يجب القيام بالفعل أ ضد لـ: يمنع القيام بالفعل أ). وبينجي التبيه إلى أنه لا يهم النقيض. والمقصود هنا نقىض الوجوب؛ أي النفي القبلي له(لا يجب القيام بالفعل أ). كما أنّ المقصود نقىض المنع؛ أي النفي القبلي له(لا يمنع القيام بالفعل أ)<sup>97</sup>.

و甫لا حين يُقال: القيام بالفعل أ ليس وجوبًا، فهذا يعني: إما أنه ممنوع / وإما أنّ لنا الحق في إتيانه- وفي نفس الوقت- في عدم إتيانه. فإذا كان ممنوعاً تمّضن الأمر إلى تعارض بين هذا الممنوع والواجب. وهو التضاد الذي تعرّضنا إليه بعد. أما إذا كان لنا الحق في إتيان الفعل أ وفي نفس الوقت في عدم إتيانه فعندما سيتعارض الحق ذو الجانبين مع الوجوب. وهذا أمر جديد سنتعرّض له بعد قليل.

وحين يُقال: القيام بالفعل أ ليس ممنوعاً، فهذا يعني: إما أنه واجب / وإما أنّ لنا الحق في إتيانه- وفي نفس الوقت- في عدم إتيانه. فإذا كان واجباً تمّضن المسألة إلى تعارض بين هذا الواجب والممنوع. وهنا تكون أمام التضاد الذي سبق معنا. أما إذا كان لنا الحق في إتيان الفعل أ وفي نفس الوقت في عدم إتيانه، فعندما سيتعارض الحق ذو الجانبين مع المنع. وهذا أمر ثانٌ جديد سنتعرّض له الآن.

<sup>94</sup> انظر حول الأوجه الثلاثة: عبد الهادي الفضلي، م، ص118 وما بعدها.

<sup>95</sup> انظر حول هذه النية: Jean CARBONNIER, Droit Civil. Introduction. Paris, PUF, 25<sup>ème</sup> éd, 1997, n°154.

<sup>96</sup> وهذا نصيحة أمام صورة تتطابق فيها الأصول العملية. انظر عدد 28. وبينجي هنا تقرير ما جاء في المتن حول القانون مما جاء في الفصل 531 من مجلة الالتزامات والعقود حول العقد. كما ينبغي التبيه إلى علاقة ما تم تناوله في المتن مع صورة الفصل 546 من مجلة الالتزامات والعقود. فهذا النص يقول: "إذا تعارض المانع والمقتضى قُرِئ المانع". ومن يُعد إلى الأعمال التحضيرية يجد الفصل المذكور مقتلاً عن الفصل 633 من المشروع كيما روج. كما يجد أنّ الحاشية الجانبيّة لهذا الفصل 633 تشير إلى المادة 46 من المجلة العثمانية وإلى ابن نجم(1، ص152). وحين نعود إلى هذا الفقه نجد قاعدة: "إذا اجتمع الحال والحرام غلب الحرام"(ص144 وما بعدها). ملاحظة: نجد أيضاً استثناءات القاعدة). ثم نجد بصفحة 152: "تدخل في هذه القاعدة قاعدة إذا تعارض المانع والمقتضى فإنه يُقدم المانع. فلو... جرّه جريح عدما وخطا... ومات بهما فلا قصاص... وقد رجحوا المانع على المقتضى في مسألة سُفل لرجل وغُلو لآخر فإن كلاً منها ممنوع عن التصرف في ملكه)( بما يضر بملك الآخر) لحق الآخر. فملكه مطلق له وله حق الآخر به مانع. وكذلك تصرف الزاهن والمؤجر في المرهون والعين المؤجرة مُنْعَنْ لحق المرتهن والمستأجر. وإنما قُدم الحق هنا على الملك لأنّه لا يفوت به إلا منفعة بالتأخير".

فإذا انتهي من هذا التوضيح لصورة الفصل 546 من مجلة الالتزامات والعقود، وجب الإشارة إلى العلاقة الوثيقة بين فرض هذا النص وبين ما ورد في المتن(وما سيرد في: ب على مستوى تقابل وجوب ومنع). لكن الإشارة إلى هذه العلاقة ستتناول لاحقاً(الهامش 176).

انظر حول قاعدة الفصل 546 من مجلة الالتزامات والعقود: الشيخ محمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية. الطبعة الثانية بقلم مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، 2001، ص243؛ سليم رستم باز، شرح المجلة، دار العلم للجميع، بيروت، 1998، تحت المادة 46؛ علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجليل، بيروت، 1991، ج1، تحت المادة 46.

<sup>97</sup> انظر على المشكني، م، ص159: "الضد والنقيض: قسم أهل المعمول العرضين المقسّمين إلى موضوع واحد إلى أقسام ستة: المثلين والخلافين والضدّين والمتضادين والملكة وعدمها والنقيضين. وسموا الأربعه الأخير بالمتقابلين. فالمثلان: هما العرضان من نوع واحد كالبياضين والسودين. والخلافان: هما العرضان من نوعين مع امكان الاجتماع وعدم توقف تصور أحدهما على تصور الآخر كالبيوة والبنوة في شخص خاص بالنسبة إلى شخص خاص آخر. والعدم والملكة: هما العرضان أحددهما وجودي والآخر عدمي مع كون المحل المتصف فعلاً بالعدمي من شأنه أن يتصف بالوجودي كعدم اللحمة ووجودها في من بلغ خمسين سنة مثلاً. والنقيضان أو الإيجاب والسلب: هما الوجودي والعدمي مع عدم لحظ الشائنة كوجود زيد وعدمه". وانظر النفي القبلي والبعدي عند: Robert BLANCHÉ, préc., p. 25.

37. فالأمران الجديدان إذن هما: تعارض الحقّ ذي الجانبين مع الوجوب وتعارض الحقّ ذي الجانبين مع المنع. ولقد رأينا أنّ التعارضين هما تضادّ. والمنتظر أن نصل إلى ما وصلنا إليه مع المتضادّين الآخرين: الوجوب والمنع. لكن الأمر لن يكون بالضبط كذلك:

فإذا بدأنا بالحقّ وقبلته المنع، قلنا إنّ المؤول له إمكانية لإزالة التضادّ. وفعلاً حين يعتمد الحجّة الاتساقية<sup>98</sup> سيصرف صيغة النهي عن معناها الظاهر وهو المنع<sup>99</sup> ويعطيها معنى الكراهة<sup>100</sup>(هذا بالنسبة إلى قانون نجد فيه صنف الكراهة: القانون الإسلامي<sup>101</sup>). فإذا فعل زال التضاد لأنّا صرنا داخل دائرة الحقّ ذي الجانبين<sup>102</sup>.

فإذا مررنا الآن للحقّ قبلته الوجوب، قلنا إنّ المؤول له سوها أيضاً إمكانية لإزالة التضادّ. فباعتتماد الحجّة الاتساقية يستطيع أن يصرف صيغة الأمر عن معناها الظاهر وهو الوجوب ويعطيها معنى الاستحباب<sup>103</sup>(هذا بالنسبة إلى قانون نجد فيه صنف الاستحباب: القانون الإسلامي<sup>104</sup>)، بل حتّى معنى الإباحة<sup>105</sup>(هذا يهمّ القانون التونسي مثلاً). فإذا فعل زال التضاد لأنّا صرنا داخل دائرة الحقّ ذي الجانبين<sup>106</sup>.

38. فالنهي إذن قابل لأن يعطى معنى الكراهة والأمر قابل لأن يعطى معنى الاستحباب<sup>107</sup>. وما يهمّنا أكثر أنّ الأمر قابل لأن يعطى معنى الإباحة<sup>108</sup>.

<sup>98</sup> انظر عدد 7. والحجّة الاتساقية يمكن أن نجد لها مكاناً في مجلة الالترامات والعقود وهو الفصل 532.  
<sup>99</sup> طبعاً نحن هنا أمام تعارض إثباتي. ولكن نصير أمم تعارض ثبوتي ينبغي أن تكون ثمّ حجّة على أنّ المشرع أراد من النهي المنع لا مجرد الكراهة.

<sup>100</sup> انظر: السيد أحمد الهاشمي، جواهر البلاغة في المعاني والبيان والبديع، مؤسسة المعارف، بيروت، 1990، ص 93. ينبغي أن يشار هنا إلى أنّ صيغة النهي: "لا يأب" قد اختفت هل تقيد النهي أم التدبّر. انظر: ألفة يوسف، م، ص 183.

<sup>101</sup> انظر: السيد محمد باقر الصدر(م) بن: المعلم الجديدة للأصول، ص 171 و 172) حين يقول: "فاللنص الأول دال بصرامة على... الإباحة: النص قال ما معناه يجوز إتيان الفعل أ ، والنص الثاني يشتمل على صيغة النهي (النص قال ما معناه لا يجوز إتيان الفعل أ ) ، وهي تدلّ بظهورها على الحرمة، لأنّ الحرمة هي أقرب المعانى إلى صيغة النهي وإنّ أمكن استعمالها في الكراهة مجازاً، فينشأ التعارض بين صراحة النص الأول في الإباحة وظهور النص الثاني في الحرمة، لأنّ الإباحة والحرمة لا يجتمعان. وفي هذه الحالة يجب الأخذ بالكلام الصريح القطعي، لأنّه يؤدّي إلى العلم بالحكم الشرعي، فتفسر الكلام الآخر على ضوئه وتحمل صيغة النهي فيه على الكراهة لكي ينسجم مع النص الصريح القطعي الذي على الإباحة، وعلى هذا الأساس يتّبع الفقيه في استنباطه قاعدة عامة، وهي الأخذ بدليل الإباحة والرخصة إذا عارضه دليل آخر يدلّ على الحرمة أو الوجوب بصيغة نهي أو أمر (ستنعرض بعد قليل إلى صيغة الأمر)، لأنّ الصيغة ليست صريحة ودليل الإباحة والرخصة صريح غالباً".

<sup>102</sup> هذا موقف من الكراهة يضعها داخل دائرة الحقّ ذي الجانبين. انظر موقفاً آخر بالهامش 191.

<sup>103</sup> انظر: الأمدي، الإحکام، دار الكتاب العربي، بيروت، ج 2، ص 160.

<sup>104</sup> انظر المقتطف الواردمنذ قليل للسيد محمد باقر الصدر(م) بن: المعلم الجديدة، ص 172) وذلك على مستوى صيغة الأمر.

<sup>105</sup> بالنسبة إلى كون الإباحة معنى من معاني الأمر انظر: خالد ميلاد، م، ص 336. ألفة يوسف، م، ص 179 وما بعدها. ردة الله بن ردة بن ضيف الله الطاحي، دلالة السياق، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1424هـ، ص 157. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دمشق/دار الفكر، بيروت/دار الفكر المعاصر، ط 3، 2004م، ج 1، ص 220. عبد الله بن عبد الله بن يوسف الجوني، الورقات، تحقيق محمد العبد، ص 15؛ p298.

<sup>106</sup> بالنسبة إلى الاستحباب هذا موقف يضعه داخل دائرة الحقّ ذي الجانبين. انظر موقفاً آخر بالهامش 191.

<sup>107</sup> يقول السيد علي الحسيني السيستاني، م، ص 51: "الوجوب والحرمة مستبطنان للووعيد على الترك أو الفعل والاستحباب والكراهة مستبطنان للوعد على الفعل أو الترك، فحيثية التضمن للحكم الجازئ مقومة لحكم التكاليفي".

<sup>108</sup> معنى الإباحة سنتين لاحقاً وهو: حق الفعل = حق عدم الفعل

لكن قبل ذلك ينبغي أن يلاحظ أنّ الكتابات في القانون المعاصر والكتابات في منطق الأحكام تتعرّض عادة إلى الوجوب والمنع والحقّ ذي الجانبين فحسب. لكن وفي القوانين الغربية ومنذ وقت ليس بالبعيد- صار يضاف لما سبق "القانون اللتين": Soft law / Droit souple

(Catherine THIBIERGE, Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit, R.T.D. civ, 2003, 599) أي صار يضاف قانون محظوظ أقل من الوجوب وأقل من المنع. ومعلوم أنه وفي التشريع الإسلامي يُحدث لا عن ثلاثة أحكام بل عن خمسة وذلك حين تدخل في الحساب الكراهة والاستحباب. ومن المهم أن يبحث في نقاط التقاء ونقاط افتراق الكراهة والاستحباب من جهة وقانون اللتين من جهة أخرى. وعلى كلّ فالكراهة والاستحباب في القانون الإسلامي هما فوق الحقّ ذي الجانبين. لكن الكراهة لا تصل إلى المنع. والسبب أنّ إتيان المكره لا يوجب جزاءً(على الأقلّ مثل جزاء إتيان المنوع). والمستحبّ بدوره لا يرتقي إلى الوجوب. والعلة أن عدم إتيان المستحبّ لا يوجب جزاءً(على الأقلّ مثل جزاء عدم إتيان الوجobi). فإذا قلنا أن لا جزاء حفّاً جزاء إتيان المنوع وترك الواجب وضعنا الكراهة والاستحباب مع الحقّ. فإذا زدنا على ذلك بأن لم نغفل كون الكراهة تدفع إلى عدم الفعل وإن كانت تبقي حقّ الفعل، وإذا زدنا أيضاً بأن لم نغفل كون الاستحباب يدفع نحو الفعل وإن كان يبقي عدم الفعل...إذا زدنا كل ذلك ووضعنا الكراهة والاستحباب فوق الحقّ. وبتغيير مختلف عما سبق بذلك المنع والوجوب وهناك معهما أمر ثالث(إذن تبقي العلاقة على ما رأينا سابقاً). لكنّ هذا الأمر الثالث يتقدّم إلى ثلاثة أقسام: قسم جانب الفعل فيه مساواً لجانب عدم الفعل(الفعل = عدم الفعل)، وقسم جانب الفعل فيه غلب جانب عدم الفعل معبقاء جانب عدم الفعل(الفعل < عدم الفعل)، وقسم جانب عدم الفعل فيه غلب جانب الفعل مع بقاء جانب الفعل > عدم الفعل). وبسبب بقائنا مع ثلاثة أنواع من الأحكام ومع نفس العلاقات بينها يمكن الإتيان بالرسم التالي(انظر الرسم عدد 5 في آخر المقال). قارن مع: Jean-Claude Anscombe et Oswald Ducrot,

39. فإذا أخذ الأمر بهذا المعنى الأخير وجُمِعَ مع ما سبقه أمكن التقدّم خطوة أخرى والقول إنّ المؤوّل مدعوّ-كُلّما كان ذلك ممكناً- للقول بعدم التّضاد، أي وبالنّدقيق هو مدعوّ للقول بتعارض يمكن إزالته. والتعارض الذي يمكن إزالته يُبقي واحداً من الحكمين. ولذلك هو مفضّل على التّعارض الذي لا يمكن إزالته<sup>109</sup>. وهكذا فإنّه وفي الصّورة التي نعمل عليها-على المؤوّل أن يفهم الأمر على أنه مُنْحَ حقّ ذي جانبيّن. فإذا فعل لم يتّساقط الحكم الذي يحيي الأمر والحكم الذي يحيي الحقّ ذا الجانبيّن. لكن إذا ثبت أنه قُصد من الأمر الوجوب سقط الحكمان(الحكم الذي يحيي الأمر والحكم الذي فيه الحقّ ذو الجانبيّن. وفي هذه الصّورة تتطّبّق الأصول العلميّة كما تقدّم)<sup>110</sup>.

40. وسبب السقوط(هنا أو في صورة من فُيالته وجوب) كما يقول أحدهم<sup>111</sup> امتناع اجتماع الوجوب والمنع(حديثه هم هذه الصّورة وهي الأهم لأنّ الأخرى عادة ما يمكن إحالتها على عدم التّعارض) على مستويين:

المستوى الأوّل: مستوى مبادئ ومقدّمات القانون(علّة القانون الغائيّة: أي التي بعثت المشرّع على إيجاد القانون والتي يربّد هذا المشرّع أن تتحقّق بوجود القانون)<sup>112</sup>. فمبادئ الأمر كما يقول هي "المصلحة والمحبوبية". أما مبادئ النّهي فهي "المفسدة والمكرورة". يجب فعل لأنّ فيه مصلحة / يمنع فعل لأنّ فيه مفسدة = إذن اعتبار القانون نفس الفعل صالحًا وفاسداً، وهذا ممتنع، ولذلك يمتنع اجتماع الوجوب والنّهي).

المستوى الثاني: مستوى نتائج القانون والامتثال له. فعلى هذا المستوى أيضًا يمتنع اجتماع الأمر والنّهي لأنّ المعنى بفرض القانون تضيق قدره فلا يستطيع تنفيذ القاعدة الموجبة والقاعدة المانعة<sup>113</sup>.

41. وإنّ هذين السّيّدين يجعلان القاعدتين متعارضتين. واسم التّعارض هو الاسم الاصطلاحي لكلّ المادّة المتّابولة إلى حدّ الأنّ. والتعارض يفضي كما رأينا إلى سقوط الحكمين المتعارضين. لكن هناك

L'argumentation dans la langue (préc.), p. 54 : "On sait, depuis Sapir au moins, que certaines catégories sont orientées : *glacial* est « plus » que *froid*, et *froid* « plus » que *frais*. Le même ordre vaut entre *brûlant*, *chaud* et *tiède*, ou encore entre *obligatoire*, *conseillé* et *permis*".<sup>109</sup>

<sup>110</sup> إذا سقط الحكمان عدنا للحقّ من وجه آخر هو الأصول العلميّة، وعلى هذا نكون في الحقيقة لم نقل بتساقط الحكمين بل بغلبة واحد منها هو الحقّ. ونفس الكلام يصحّ لو أنّ المتعارضين هما المعنون والحقّ. وينبغي لتناول هذا الأمر البدء بالإشارة إلى أنّ إعمال الحقّ إعمال للقانون. أما إعمال الأصل العلمي فليس إعمالاً للقانون بل هو حلّ حين لا يُعثر على القانون. وعلى هذا فنحن لم نعد للحقّ الذي قال به القانون. انظر آخر الهاشم<sup>80</sup>، أي لم نقم الحقّ على ما عارضه. وقد نفكّر في البحث عن الأهم من الحكمين المتعارضين ومن ثمّ في تقييمه. لكنّ هذه المسألة لا تختصّ بالتعارض الذي نتحدّث عنه الأنّ، بل هي تهمّ أيضًا تعارض الوجوب مع المنع. وجواب هذه المسألة سيأتي بعد قليل في مقطع لحسين الروحاني.

<sup>111</sup> السيد محمد باقر الصّدر، دروس في علم الأصول، الحلقة الثالثة، ج 2، مركز الأبحاث والدراسات التّخصصية لشهيد الصّدر، ص 287.<sup>112</sup> مستوى "الملك". ولفهم هذا المصطلح ينبغي الإتيان به داخل إطاره. وإطاره عناصر القانون(الإسلامي طبعاً). لكن هذا الأمر يهم كلّ القوانين.

1. الملك وهو «المصلحة أو المفسدة الموجودة في المتعلق» (المتعلق= الفعل الذي يوجب القانون أو يمنع إتيانه).

2... 3. الإرادة(لها مقدّمات، ثمّ تقوم الإرادة ويقوم معلولها(ومعلولها النّص القانوني). انظر مراحل الإرادة عند عبد المجيد الزّروقي، أحكام الغلط في مجلة الالتراتمات والعقود (محاولة نقد)، أطروحة، كلية العلوم القانونية والسياسية والإجتماعية بتونس، 2003، عدد 1). 4-الصّياغة: "صبّ القانون بأسلوب مؤثّر في قيادة إرادة الفرد أو المجتمع نحو متعلق الأمر". انظر هذه المراحل عند السيد علي الحسيني السياسي، م س، ص 49).

ويتحدّث السيد محمد باقر الصّدر(م س: دروس في علم الأصول، الحلقة الثالثة، ج 2، ص 242 ) عن مراحل الحكم التّكليفي(المتمثل في الوجوب) ويردّها إلى: الملك أو المصلحة / الإرادة/ الاعتبار (=الصّياغة عند السياسي) / التّنجز أو الإدانة (مرحلة التنفيذ).

<sup>113</sup> يضيف المؤلّف قائلاً ولعدم امكان التّرتّب بين القاعدتين. والتّرتّب هو إمكان تفضيل واحدة من القاعدتين المتعارضتين. انظر: علي المشكيني، م س، ص 104.

انظر من يتعرّض للترّتب ويتعلّم للتعارض في مرحلة الامتثال والتعارض في مرحلة المبادئ فيقول: "أما لو كانت هناك جهة أخرى موجبة للتّنافي غير جهة العجز، فلا يفيد التّرتّب في رفعه، والمقام من هذا القبيل، فإنّ اجتماع الوجوب والحرمة لا ينحصر محدوده في مرحلة الامتثال كي يرتفع بالترّتب، بل هو ممتنع في نفسه وفي مرحلة انتداح الإرادة والكراءه، والتّرتّب لا يننظر إلى رفع التّنافي في هذه المرحلة. وأما عدم التّنغير بواسطة حكم العقل، فلأنّه مع تساوي الحكمين في الملك يحصل الكسر والانكسار بين المالكين، ويكون نتيجته إباحة المتعلق، ولا حكم العقل يلزم أحدهما، لعدم اقتضاء ملأه بعد مزاحمه بالملك الآخر، ويُوضّح ذلك بملحوظة العرفيات". محمد حسين الروحاني، منتدى الأصول، مطبعة أمير، 1413 هـ، ج 7، ص 311 و 312.

مادة أخرى يُطلق عليها اسم التزاحم<sup>115</sup>. والتزاحم-خلافاً للتعارض- يفضي إلى سقوط واحد فقط من الحكمين:

### (ب) الحجة العقلية المفضية إلى سقوط واحد من الحكمين

42. سبق وأن وقع التعرض إلى الفصل 53 من مجلة الأحوال الشخصية<sup>116</sup>. وهو نص يقول: "إذا تعدد المستحقون للنفقة ولم يستطع المنفق القيام بالإتفاق عليهم جميعاً فدلت الزوجة على الأولاد والأولاد الصغار على الأصول".

وإن النص لم يتعرض إلى الفروض التالية: ولد صغير وولد أكبر - ابنة وابن - ولد وولد متماثلين على مستوى السن وغيره (العاافية، والمرض، الخ)- أب وجدة لأب- جد لأب وجدة لأم- أب وأم- الخ. والملاحظ في هذه الفروض أنها تمنع على أن تكون مقيساً. وفعلاً فإن الفصل 53 قدم الزوجة على الأولاد، والزوجة ليست الأقرب ولا هي دائماً الأضعف. وقدم الأولاد الصغار على الأصول، والصغار وإن كانوا الأقرب فليسوا دوماً الأضعف. وإن هذا لا يجعلنا نخرج بمعيار مرضي يطمأن له كأساس لقياس المثل ولسحب حكم المنطوق به على المسكون عنه<sup>117</sup>.

43. ومن يمعن النظر في الفروض الواردة أعلاه يجد في بعضها أن واحداً من الوجوبين أهم والأخر مهم. وعلى هذا فما سنعمل عليه الآن فرض حاصله: تضاد حكمين بحيث لا يمكن تنفيذهما معاً من قبل الشخص المعنى بفرض القاعدة القانونية، والحكمان أحدهما أهم والأخر مهم.

وإن الشخص هنا أمام ثلاثة حلول:

الحل الأول: إعمال الإيجابين معاً وقد تقدم في الفرض أن هذا مستحيل واقعاً.

الحل الثاني: إعمال واحد. وهذا الحل الثاني ينحل إلى نقطتين:

النقطة الأولى: إعمال المهم وهذا مستحيل لأن ترجيح لمرجوح<sup>118</sup>.

النقطة الثانية: إعمال الأهم وهذا مطلوب لأن ترجيح لراجح.

الحل الثالث عدم امتثال الإيجابيين وإسقاطهما. وهذا الحل مردود. فمع تعين كون الإعمال متاحاً ولو لواحد من الإيجابيين، يكون عدم إعمال الإيجابيين معاً مخالفـاً للحجـة العـقـلـيـة على العـبـثـ.

44. فإذا توضـح ما سـبقـ يـصـيرـ بـالـإـمـكـانـ تـبـيـانـ تـنـزـلـهـ عـلـىـ مـادـةـ الـحـجـةـ العـقـلـيـةـ.

وينبـغيـ لـهـذـاـ التـبـيـانـ أـنـ يـؤـتـىـ بـقـيـاسـ حـمـلـيـ عـلـىـ غـرـارـ مـاـ سـبـقـ فـيـ مـادـةـ التـعـارـضـ:

[هـذـانـ] | حـكـمـانـ مـتـضـادـانـ مـنـ حـيـثـ لـاـ يـمـكـنـ اـمـتـالـهـمـاـ مـعـاـ وـأـحـدـهـمـاـ أـهـمـ]

أـكـلـ حـكـمـيـنـ مـتـضـادـيـنـ مـنـ حـيـثـ لـاـ يـمـكـنـ اـمـتـالـهـمـاـ مـعـاـ وـأـحـدـهـمـاـ أـهـمـ] يـلـازـمـهـمـاـ عـقـلاـ تـقـديـمـ الأـهـمـ]

فـاذـنـ [هـذـانـ] | يـلـازـمـهـمـاـ عـقـلاـ تـقـديـمـ الأـهـمـ]

فـإـذـاـ نـُـظـرـ إـلـىـ الـمـقـدـمةـ الـكـبـرـيـ قـيـلـ إـنـ الـاـنـقـاقـ حـاـصـلـ عـلـىـ أـنـ الـمـلـازـمـةـ قـوـلـ للـعـقـلـ، أـيـ هـيـ حـجـةـ عـقـلاـ<sup>119</sup>. وـفـعـلاـ فـإـنـ القـوـلـ الـمـتـبـقـيـ وـهـوـ عـدـمـ الـمـلـازـمـةـ مـمـتـنـعـ عـقـلاـ. وـالـسـبـبـ كـمـاـ تـقـدـمـ. أـنـ هـذـاـ القـوـلـ يـفـضـيـ

<sup>114</sup> المقصود اصطلاح علماء الأصول من الإمامية. انظر كتاباً يهـمـ اـسـطـلاـحـاتـهـمـ وـمـنـ ضـمـنـهـ مـصـطـلـحـ التـعـارـضـ: عـلـىـ المشـكـيـنـيـ، مـسـ، صـ142ـ وما بـعـدـهـ. مـلـاحـظـةـ: قـيـلـ سـابـقاـ إـنـ الـمـهـمـ هوـ الـمـسـمـيـ أـمـاـ الـأـسـمـاءـ (الـأـمـرـ يـتـعـلـقـ هـنـاـ باـسـمـ التـعـارـضـ)ـ فـيمـكـنـ تـغـيـرـ هـاـ إـنـ وـجـدـ لـذـلـكـ فـائـدـةـ.

<sup>115</sup> انظر: عـلـىـ المشـكـيـنـيـ، مـسـ، صـ108ـ وما بـعـدـهـ. مـلـاحـظـةـ: تـمـ التـذـكـيرـ مـنـ قـلـيلـ بـأـنـ الـمـهـمـ هوـ الـمـسـمـيـ أـمـاـ الـأـسـمـاءـ (الـأـمـرـ يـتـعـلـقـ هـنـاـ باـسـمـ التـزـاحـمـ)ـ فـيمـكـنـ تـغـيـرـ هـاـ إـنـ وـجـدـ لـذـلـكـ فـائـدـةـ.

<sup>116</sup> انظر الـهـامـشـ 19ـ.

<sup>117</sup> إـنـ لـاـ يـمـكـنـ إـعـالـ إـعـالـاتـهـاـ وـيـمـكـنـ لـمـنـ يـشـاءـ الـإـلـيـانـ بـغـيرـهـ.

<sup>118</sup> عـرـفـناـ سـابـقاـ حـجـةـ الـإـحـالـةـ عـلـىـ العـبـثـ L'argument apagogique ou de réduction à l'absurde (الـهـامـشـ 26ـ). وـقـلـناـ بـعـدـ ذـلـكـ (الـهـامـشـ 84ـ)ـ إـنـ هـذـهـ الـحـجـةـ يـمـكـنـ أـنـ نـجـدـ لـهـاـ مـكـانـاـ فـيـ الفـصـلـ 53ـ2ـ منـ مـجـلـةـ الـالـزـامـاتـ وـالـعـقـودـ وـبـالـتـحـدـيدـ فـيـ عـبـارـةـ: "مـرـادـ الـمـشـرـعـ"ـ الـتـيـ جـاءـتـ مـلـفـةـ فـتـشـمـلـ أـيـضـاـ الـمـرـادـ الـمـتـوـصـلـ إـلـيـهـ بـوـاسـطـةـ التـخـيـلـ. قـرـبـ مـاـ جـاءـ فـيـ عـدـدـ 31ـ. وـلـقـدـ وـقـعـ الـحـدـيـثـ فـيـ مـنـ هـذـاـ الـعـمـلـ عـنـ تـرـجـيـحـ الـمـرـجـوـحـ عـلـىـ الرـاجـحـ. وـيـقـولـ الشـيـخـ مـحـمـدـ رـضاـ الـمـظـفـرـ (مـسـ: أـصـوـلـ الـفـقـهـ، جـ2ـ، صـ28ـ)ـ إـنـ هـذـاـ التـرـجـيـحـ قـبـحـ عـقـلاـ.

إلى إعمال القاعدتين أو إلى إسقاط الأهم منهما أو إلى إسقاطهما معاً وكلاً حلول لا يقبلها العقل. فإذا قيل إن الملازمة حجة للعقل فهذا يعني أنها أمر مشترك بين جميع المجتمعات، أي هي من متنبيات العقلاء.

45. فإذا نظر الآن إلى القوانين، قيل إنّ المشرّعين في كلّ زمان ومكان لن يخرج حالهم نظريًا عن ثلاثة وجوه التي سبقت معنا(التصريح بالقبول/عدم التّصرّح بالرفض/التّصرّح بالرفض)<sup>120</sup>.

46. فإذا أخذت مجلة الالتزامات والعقود أمكن أن يقال في شأنها ما قيل في مادة التعارض<sup>121</sup>.

47. لكن يمكن أن يُزاد ويشار إلى الفصل 556. فهذا النص جاء ليقول إن "الأصل ارتكاب أخفّ الضّررين". وهو نصّ مطلق. والباحث لا يجد قرينة تصرف النّص إلى الخصوص. وفي الفرض الذي نعمل عليه أخفّ الضّررين يتمثّل في تقديم الأهم<sup>122</sup>. ولقد أتبّع الفصل 556 بالفصل 557 الذي يقول إنه "إذا تعارضت منفعة عامّة ومنفعة خاصة ولم يمكن التّوفيق بينهما قدّمت العامّة". وهذا النّص بدوره مطلق. والباحث لا يجد هنا أيضاً قرينة تصرف النّص إلى الخصوص. وعلى هذا إذا لم يمكن تنفيذ حكمين واحد فيه مصلحة عامّة والآخر ينطوي على ملاحظة مصلحة خاصة، فالأول أهّم والثاني مهمّ، وفي تقديم المصلحة العامّة تقديم للأهم.

48. وإن ما سبق يهمّ وجوبين أخذ بأهمّهما وثُرَك الآخر. لكن الوجوبان قد يتساوايا في الأهميّة. ومثال ذلك أن تجب النفقة على ولدين متساوين في السن وفي غيرها، ويعجز المنافق عن امتثال الوجوبين.

فهنا أمام المنفق ثلاثة طول:

إما إعمال الإيجابين وهذا مستحيل وفق الفرض المنطلق منه.

وإما اختيار واحد منهم<sup>123</sup> وإعماله وهذا ممكن إذ لا ترجح فيه لمرجوح.

وإما إهمال الإيجابين وهذا متعدد لتعيين إمكان إعمال واحد<sup>124</sup>.

وإن إعمال واحد نقىصته أنه ترجيح لما ليس راجحاً. لكن مزيته أنه ليس ترجيحاً لمرجوح. وهذه المزية كافية عقلاً لاعتماد حل إعمال الواحد لأن الحل الذي بقي وهو التّساقط دونه قوّة<sup>125</sup>.

## 49. ومّا سبق ينّظم قياس:

[هذا] حكمان متضادان من حيث لا يمكن امتثالهما معاً وهم متساويان في الأهمية

أكل حكمين متضادين من حيث لا يمكن امثالهما معاً وهم متساويان في الأهمية ايلاز مهما عقل

التّخيير بينهما

<sup>119</sup> انظر هذا القول بأننا أمام حجة العقل: الشيخ محمد رضا المظفر، م، س، ج، 1، ص. 259/. السيد محمد باقر الصدر(م: دروس في علم الأصول، الحلقة الثالثة، ج، 2، ص 231 وما بعدها). عبد الهادي الفضلي، م، س، ص 113 و 114/. السيد علي الحسيني السنيستاني، م، س، ص 37/. السيد أبو القاسم الخوئي، محاضرات في أصول الفقه. تقرير أبحاث السيد أبو القاسم الخوئي: تأليف محمد إسحاق اليماض، مؤسسة النشر الإسلامي، ق، 1419 هـ، ج 2، ص 250/. الشيخ آغا ضياء الدين العراقي، نهاية الأفكار "في مباحث الألفاظ". تقرير الشيخ آغا ضياء الدين العراقي: تأليف الشيخ محمد تقى البروجردي النجفى، مؤسسة النشر الإسلامي، ق، ج 1 و 2، ص 319/ الخ.

<sup>120</sup> قارئ مع: Chaïm PERELMAN, *Éthique et droit*(préc.), p. 765.

**النص** إذا اعتبرت صورة أهمل من أختها، فهذا يعني أنه اعتبرت مصلحة أهم من أخرى. والضرر من ترك المصلحة المهمة أخفّ من الضرر من ترك المصلحة الأهم.

<sup>123</sup> لـ بعينه كما في الصورة السابقة. وفعلاً ليس ثم هنا حكم أهم لـ يختار وحكم هام لـ يترك بل الحكمان متساويان في الأهمية.

124 قارئ مع 43

<sup>125</sup> تفسير ذلك: بـأعمال الإيجابيين نجعل القانون نافذاً على مستوى جميع كلامه (لكن هذا متعدد حسب الفرض) / بـأعمال واحد من الإيجابيين نجعل القانون نافذاً على مستوى جزء من كلامه / بعد إعمال الإيجابيين نجعل القانون غير نافذ على مستوى جميع كلامه. وبينَ أن الحل الثاني يتناول التshireع على أنه جاء من عاكل لأنّه لا يجعل (الحل الثالث) كلام المشرع غير ذي ثُر، أي لا يجعل كلام المشرع كلامه، ونفي المشرع المتوصّل إليها بواسطة التّحمين (فلا إنّ يمكن اعتماد هذه النّتيجة في عملية التّأويل وإرجاع ذلك إلى إطلاق عبارة متراد واضع القانون الوارد في الفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود، الخ) ملاحظة: في مادة العقد هناك الفصل 518 تدعو للقول بالحل الثاني. فازن مع:

Jean CARBONNIER, préc., n° 154 ; Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRICHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* (préc.), p. 375.

فإذن | هذان | يلزمهما عقل التّخيير بينهما |

فإذا أردت تطبيق ما سبق على فرض من الفروض التي لم ينص عليها الفصل 53 من مجلة الأحوال الشخصية قيل:

إيجاب الإنفاق على ابن وإيجاب الإنفاق على ابن آخر يساويه في السن وفي غير ذلك | حكمان متضادان (من حيث لا يمكن امتثالهما معا) ومتناولان (من حيث الأهمية) |  
أكل حكمين متضادين (من حيث لا يمكن امتثالهما معا) ومتناولين (من حيث الأهمية) |  
يلازمهما عقل التّخيير بينهما |

فـ إيجاب الإنفاق على ابن وإيجاب الإنفاق على ابن آخر يساويه في السن وفي غير ذلك |  
يلازمهما عقل التّخيير بينهما |

50. ويخلص مما سبق أن المسألة التي نحن بصددها تعود إلى صورتين: صورة عدم التّساوي وصورة التّساوي.

51. ويفسّر أحدهم اختلاف الحلول في الصّورتين معتدما على مفهوم موضوع الحكم<sup>126</sup>:  
ففي صورة عدم التّساوي ينفي تنفيذ الحكم الأهم موضوع الحكم المهم. فإذا انتفى موضوع الحكم لم يبق مجال لإعمال ذاك الحكم. وإن العكس ليس صحيحا: فتنفيذ الحكم المهم يبقى موضوع الأهم قائما. ولذلك يبقى هذا الحكم الأهم فاعلاً ويظل عدم تنفيذه موجبا للجزاء.  
أما في صورة التّساوي، فتنفيذ واحد من الحكمين ينفي موضوع الآخر. وعلى هذا لم يبق للحكم الذي لم ينفّذ موضوعا. فيصبح هذا الحكم إذن غير فاعل.

إذا لم يتمثل المعنى بالأمر للواجبيين معا، بقينا أمام حكمين فاعلين، أي أمام حكمين كلّ منهما يطلب جزاءً بسبب مخالفته. وعلى هذا يسلط على المعنى جزاء الحكم الأول وجزاء الحكم الثاني معا. وهذا الحل (تسليط الجزاءين) ينطبق أيضا في الصورة الأولى. فإذا لم ينفذ الحكم الأهم بقي الحكم المهم فاعلا لأنّ موضوعه لم ينفك.

52. والملاحظ أن جميع الصور التي نحن بصددها هي لتضادٍ واجب مع واجب آخر. لكن التّضاد - كما يلاحظ ذلك أحدهم - يمكن أن يحصل بين واجب وممنوع<sup>127</sup>. وهنا يُستشكّل الفارق بين ما يُبحث الآن وبين ما بحث سابقا، أي يُستشكّل المائز بين ما يُصطلح على تسميته بالتعارض وبين ما يُصطلح على تسميتة بالتّراحم. وقد يزيد الغموض حين يُستحضر أن البعض يقول بالتأخير لا في صورة التّراحم بل في صورة التّعارض. وهذا القول بالتأخير وجده في المنهجية القانونية الإسلامية<sup>128</sup> ووجوده كذلك في المنهجية القانونية الغربية<sup>129</sup>. لكنه قول مردود فالتأخير يستدعي بقاء الحكمين قائمين. والأمر ليس كذلك في صورة التّعارض<sup>130</sup>. وإن ما جاء للتّو لا يزيل مشكل معرفة الفارق.

53. ويمكن القول إنّ أمام مسألة جدّ دقيقة:

<sup>126</sup> أولاً: صاحب التّفسير هو: السيد محمد باقر الصدر، م: دروس في علم الأصول، الحلقة 3، ج 2، ص 236.  
ثانياً: موضوع الحكم هو "مجموع الأشياء التي تتوقف عليها فعلية الحكم" (السيد محمد باقر الصدر، م: دروس في علم الأصول، الحلقة 1، ج 1، ص 127).

ثالثاً: لا مانع علمي من تنزيل مفهوم موضوع الحكم على القانون التونسي، الخ (وأيضاً مفهوم متعلق الحكم الذي سيأتي بعد قليل). طبعاً نحن دائماً نعني المسمى. أما الأسماء فكما قيل يمكن استبدالها إن كانت في ذلك فائدة). فإذا فعل أمكن إعطاء المثاليين الثالثيين لموضوع الحكم: 1- الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية حين يوجب على الزوج الإنفاق، موضوع هذا الحكم القدرة على الإنفاق. / 2- نصوص مجلة الالتزامات والعقود حين توجب على من تسبّب في ضرر لغيره التّعويض، موضوع هذا الحكم التّمييز.

<sup>127</sup> أن لا يقدر المعنى بفرضي الوجوب والمنع على إتيان الواجب وترك الممنوع. السيد محمد باقر الصدر، م: دروس في علم الأصول، الحلقة 3، ج 2، ص 236).

<sup>128</sup> انظر عدد 28.

<sup>129</sup> انظر عدد 28.

<sup>130</sup> انظر مقتطفاً من محمد حسين الروحاني ورد بالهامش 113. وانظر ما سيأتي بعدد 53 وبالهامش 176.

ولقد قدم أحدهم<sup>131</sup> لحلّها بالقول إنّ العقل يحكم بأنّ التكليف مشروط بأن يكون المكلّف قادرًا على المتعلق<sup>132</sup>.

إضافة إلى ذلك يقضي العقل بأنّ التكليف مشروط بعدم الاستغلال بتنفيذ الأمر بالضد المساوي أو الأهم.

فإذا عجز المعنى بالفرض القانوني عن تنفيذ الحكمين كنّا: إما أمام تعارض، والتعارض يحكمه قانون التساقط. / وإما أمام تزاحم، والتزاحم يحكمه قانون التخيير في صورة التساوي وقانون تقديم الأهم في صورة عدم التساوي.

وإنه وفي التعارض يتناهى الحكمان في مقامين: مقام التشريع ومقام تنفيذ التشريع. فإذا قال القانون يجب إتيان الفعل (أ) وقال أيضًا يمنع إتيان الفعل (أ) كان التناهى في المقامين المذكورين. أما إذا قال القانون: "يجب على الأب أن ينفق على الابن"، وقال أيضًا: "يجب على الأب أن ينفق على البنت"، فالتناهى – إن وجد – لن يكون إلا في مقام تنفيذ القانون. وقد يقال إن: "يجب أن ينفق على الابن" مطلقة أنفاق على البنت أم لم ينفق. ويزداد فيقال إن "يجب أن ينفق على البنت" بدورها مطلقة أنفاق على الابن أم لم ينفق. وواضح أن القولين يجعلان التعارض متعلقا بالتشريع زيادة على تعلقه بتنفيذ التشريع. لكن القول بالإطلاق مردود فكلّ واجب من الواجبين مقيد بعدم امتثال واجب آخر أهم أو مساوي في الأهمية. وهنا بالضبط يكمن الفارق مع التعارض. فالحكم: "يجب فعل أ" يستحيل أن يكون مقيداً بعدم تنفيذ الحكم: "يمنع فعل أ" (والعكس بالعكس). وفعلاً فمجرد القول: "يجب فعل أ" يساوّه قوله قولاً بعدم الاستغلال بضده ("من فعل أ"). فوضع هذا القيد تحصيل للحاصل وتحصيل الحاصل محال<sup>133</sup>. أما إذا قال القانون: "يجب الإنفاق على الابن". فهذا الحكم يمكن تقديره بعدم الاستغلال بتنفيذ الحكم: "يجب الإنفاق على البنت". وبتعبير آخر لا يُستحصل من القول: "يجب الإنفاق على الابن" قول بعدم الاستغلال بتنفيذ حكم: "يجب الإنفاق على البنت". فوضع هذا الشرط ليس تحصيلاً للحاصل، بل هو ممكن. ومن هنا يُعرف أن المتضادين في عالم التشريع لا يُعقل وضعهما مطلقياً لأنّه لا إمكانية لتنفيذهما معاً، ولا يمكن وضع الواحد منها مقيداً بعدم الاستغلال بتنفيذ الآخر لأنّ هذا تحصيل للحاصل. أما المتضادان في مقام التنفيذ فحسب، فإنّ كان من غير المعقول وضعهما مطلقياً لاستحالة امتثالهما معاً، إلا أنه يُعقل وضع أحدهما مشروطاً بعدم امتثال الآخر<sup>134</sup>.

<sup>131</sup> السيد محمد باقر الصدر، م س: دروس في علم الأصول، الحلقة 3، ج 2، ص 225 وما بعدها وص 231. وإن ما سيجي في المتن يهم واجبين. لكن نفس الكلام يهم واجباً ومنه عا(انظر مسألة الإطلاق بالهامش 176).

<sup>132</sup> أولاً: متعلق الحكم (الوجوب مثلاً) هو "الفعل الذي يؤديه (من توجّه إليه الوجوب) ... لتوجّه الوجوب إليه"(السيد محمد باقر الصدر، م س: دروس في علم الأصول، الحلقة 1، ج 1، ص 129). ومثال ذلك: الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية حين يوجب على الزوج الإنفاق، فمتعلق هذا الحكم هو فعل الإنفاق، أما موضوع الحكم فهو - كما رأيناها سابقاً - القراءة على الإنفاق (قبل في الهامش 126 إن لا مانع علمي من تنزيل مفهوم متعلق الحكم على القانون التونسي وعلى غيره، وفيه إنّا نعني تنزيل المنسى لا الأسماء. وهذه يمكن أن لا يحتفظ بها إن وجدت فائدة). ثانياً: قرّب ما جاء في المتن من أنّا أمام اقتضاء عقليٍّ مما جاء بالهامش 82 من معنى للصحة والخطأ عند الفارابي بالأمس وعند AUSTIN اليوم.

<sup>133</sup> انظر ما سيأتي بعدد 64 وما بعده.

<sup>134</sup> لم نفعل في كلّ ما سبق إلا أن نقلنا بطريقة حرافية أو تکاد: السيد محمد باقر الصدر، م س: دروس في علم الأصول، الحلقة 3، ج 2، ص 235 و 236 و 237 و 238. انظر أيضاً الشيخ محمد رضا المظفر، م س، ج 2، ص 184 وما بعدها: "لا يتحقق هذا المعنى من التعارض إلا بشروط سبعة هي مقومات التعارض تذكرها للتوضيح حقيقة التعارض ومواضعه": ... 5. ألا يكون التليلان متزاحمين فإنّ للتعارض قواعد غير قواعد التزاحم على ما يأتي وان كان المتعارضان يشتراكان مع المتزاحمين في جهة واحدة وهي امتناع اجتماع الحكمين في موردهما ولكن الفرق في جهة الامتناع فإنه في التعارض من جهة التشريع فيتکاذب التليلان وفي التزاحم من جهة الامتثال فلا يتکاذبان...تقديم في بيان الحق الذي ينبغي أن يعول عليه في سر التفرقة بين باب التعارض والتزاحم ثم بينهما وبين باب اجتماع الأمر والتهي. وخلافته أن التعارض في خصوص مورد العاقفين من وجه إتماماً يحصل حيث تكون لكل منهما دلالة التزامية على نفي حكم الآخر في مورد الاجتماع بينهما فيتکاذبان من هذه الجهة وأماماً إذا لم يكن للعاقفين من وجه مثل هذه الدلالة الالتزامية فلا تعارض بينهما إذ لا تکاذب بينهما في مقام الجعل والتشريع. وينتذ أي حينما يفقدان تلك الدلالة الالتزامية لو امتنع على المكلّف أن يجمع بينهما لأي سبب من الأسباب فإنّ الأمر في مقام الامتثال يدور بينهما لأنّ يمتنع إما هذا أو ذاك وهذا يقع التزاحم بين الحكمين وطبعاً إنما يفترض ذلك فيما إذا كان الحكمان إلزاميّن. ومن أجل هذا فلانا في الشرط الخامس من شروط التعارض أن امتناع اجتماع الحكمين في التحقق إذا كان في مقام التشريع دخل التليلان في باب التعارض لأنّهما حينذ يتکاذبان أاما إذا كان الامتناع في مقام الامتثال دخلاً في باب التزاحم إذ لا تکاذب حينذ بين التليلين. وهذا هو الفرق الحقيقي بين باب التعارض وباب التزاحم

54. ويمكن أن يضاف لما سبق قول مفاده إن:

التعارض يكون بين: يجب فعل أ / يمنع فعل أ.

والتزاحم يكون بين: يجب فعل أ / يجب فعل أ (في الحقيقة هنالك اختلاف بين محل الوجوب الأول ومحل الوجوب الثاني. ولذلك ينبغي أن نقول إن الصورة هي: يجب فعل أ / يجب فعل أ).

كما أن التزاحم يكون بين: يجب فعل أ / يمنع فعل ب.<sup>135</sup>

55. وإن ما جاء هنا محاولة لتبيان الفارق وكذلك الذي جاء قبله. لكن ثم محاولة أخرى في نفس الاتجاه. وهذه المحاولة الأخرى ينبغي الإتيان بها في العنوان الموالي:

## (II) الحجة العقلية في صورة التصيص على حكم واحد

انطلاقاً من تصيص القانون على حكم واحد تفضي الحجة العقلية إما إلى القول بحكم "تكليفي" (أ) وإما إلى القول بحكم "وضعي"<sup>136</sup> (ب):

### (أ) الحجة العقلية المفضية إلى القول بحكم "تكليفي"

56. يقصد بالحكم التكليفي ذلك الذي يتعلق مباشرة بفعل الشخص المعنى بفرض الحكم<sup>137</sup>. وهنا يوضع الوجوب والمنع. كما يوضع الحق ذو الجانبين<sup>138</sup> (الخ<sup>139</sup>).

في أي مورد يفرض. وبينجي الأليغيب عن بال الطالب أنه حينما ذكرنا العاقدين من وجه فقط في مقام التفرقة بين البابين كما تقدم في الجزء الثاني لم نذكره لأجل اختصاص البابين بالعاقدين من وجه بل لأن العاقدين من وجه موضع شبهة عدم التفرقة بين البابين ثم بينهما وبين باب اجتماع الأمر والنهاي وقد سبق تفصيل ذلك هناك فراجع. وعليه فالاضطباب في التفرقة بين البابين كما أشرنا إليه أكثر من مرة هو أن التلليلين يكونان متعارضين إذا تكادبا في مقام التشريع ويكونان متزاحمين إذا امتنع الجمع بينهما في مقام الامتثال مع عدم التكاذب في مقام التشريع." انظر كذلك: الميرزا هاشم الأملي، مجمع الأفكار، المطبعة العلمية، قم، 1395 هـ، 4، ص364-363.

"فنقول ملاك التزاحم عندنا هو أن يكون الحكم على العنوانين المتباينين مع الشائع في مرحلة الامتثال لعدم القدرة على أحدهما وهكذا الشائع في مرحلة الإنشاء والإرادة والمصلحة مثل وجوب إنفاذ أحد الغريقين لعدم القدرة على إنفاذهم. وأما التعارض فهو أن يكون الحكم على العنوان الواحد في مقام الجعل والامتثال مع العلم بكذب أحد الحكمين على العنوان الواحد. فملوك التزاحم هو عدم قدرة العبد على الجمع بين التلليلين وملوك التعارض هو وحدة العنوان المأمور به والمنهي عنه والتكاذب بين الخطابين يكون في جميع المراتب: في مقام الجعل مثل محل الجمعة ولا تصلها أو بتغيير آخر تجب صلاة الجمعة ولا تجب أو تجب وتحرم... ثم العمدة في مقام التعرض لكلام شيخنا الثاني (قد) في ضابطة التزاحم والتعارض وحالاته هو أن ملاك التعارض هو عدم وجود الخطاب والملك إلا للواحد... وفي مقام الإرادة والحب والإنشاء أيضا كذلك فالمراد والمحبوب والمنشا واحد فقط إنما الفعل أو الترك. وأما الملك في باب التزاحم فهو عدم قدرة العبد على الامتثال بالنسبة إلى المتزاحمين في مقام الامتثال فقط وإنما في مقام الجعل الإنساني والإرادة والحب والملك فلا إشكال في الحكمين ولا تزاحم. فيمكن إنشاء الخطابين على إنفاذ هذا الغريق وذلك ولو لم يقدر المكلف إلا على امتثال أحد الخطابين في مقام الامتثال ففي هذا المقام يقيد إطلاق الخطاب في أحدهما بعدم الإتيان بالآخر وهذا هو الفارق بين التزاحم والتعارض. والحاصل يكون الشائع في التعارض في جميع مراتب التكليف وفي التزاحم في مرتبة الامتثال فقط لعدم القدرة على الجمع عقاً أو لقيام التلليل من الخارج على عدم وجوب الجمع بينهما".

<sup>135</sup> انظر عدد 66 وما بعده.

<sup>136</sup> يلاحظ هنا أنه تم وضع وصف الحكم بالتكليفي وبالوضعي بين علامتي تصيص. والسبب - كما سيقال لاحقاً (عدد 56 و75) - أن المطلوب سحبه على كل القوانين المسميات لا الأسماء. لذا يمكن استبدال ما وضع بين العلامتين بغراه إن وجدت لذلك فائدة.

<sup>137</sup> انظر: السيد محمد باقر الصدر، م، س: المعلم الجديدة، ص100: حين يقول إن الحكم التكليفي هو "...الحكم...المتعلق بأفعال الإنسان والموجه لسلوكه مباشرة في مختلف جوانب حياته الشخصية... والعائلية والاقتصادية والسياسية... (مثل) وجوب الإنفاق على بعض الأقارب...". السيد على الحسيني السياسي، م، س، ص51: "...فالحكم التكليفي متقوّم بعنصرتين: 1 - استبطانه للحكم الجزائري فإن الوجوب والحرمة مستبطنان للوبيع على الترك أو الفعل والاستحباب والكره مسبطيان للوعد على الفعل أو الترك، فحيثية التضمن للحكم الجزائري مقومة للحكم التكليفي. 2 - ارتباطه المباشر بعمل الفرد وهو متوجه ومتعلق بالفعل الخارجي...". انظر هذا المقتطف داخل إطاره وذلك في عدد 75.

ولأن المقصود هو المسمى لا الاسم فإننا نجد هذا المسمى خارج الفضاء الوارد للتو. انظر مثلاً:

Catherine THIBIERGE, préc., p. 626 : La fonction du droit : « Organiser la vie des hommes en société, guider l'action humaine ».

وتالية هذه الوظيفة سيكون بواسطة الأحكام. لذا سنجد أن هذه الأحكام تتعلق بفعل الإنسان وتوجه سلوكه مباشرة. ومن ينتهي إلى ما سبق يصير بإمكانه الحديث عن المسمى في إطار كل القوانين. كما يصير بإمكانه استعمال اسم "الأحكام التكليفية" في كل القوانين. لكن إن وجدت فائدة يمكن التخلّي عن الاسم.

<sup>138</sup> يمكن أن نجد مبرراً لاعتبار الحق ذي الجانبين داخلاً ضمن الأحكام التكليفية (كمسمى). ويتمثل التبرير في القول إن الحق ذا الجانبين مرتبط بالوجوب والمنع مباشرة بفعل من عناه فرض الخطاب القانوني. ويمكن أن تزيد فنقول إن هذا الإدخال يسمح بالتمييز بين حقوق داخلة ضمن الأحكام التكليفية وبين حقوق داخلة ضمن الأحكام الوضعية كما سيأتي (انظر عدد 75). وقد نكتفي بمبرر هو مجرد الاصطلاح طالبين عدم المشاجحة في الألفاظ وعدم المضابقة. وعلى كل انظر من لا يرى إدخال الحق ذا الجانبين في إطار التكليف فيقول: "اعتبار الإباحة (التخيير) قسماً من الحكم التكليفي، وهو وإن كان قد ورد على لسانه أكثرهم إلا أن ذلك لا يعرف له وجه لمجافاته لطبيعة التعبير بالتكليف، لأن التكليف ما كان

وإنّ مفهوم الحكم التكليفي مأخوذ من علم الأصول. وليس في الأمر إسقاطـ كما قد يدور في الذهنـ لو سحبنا هذا المفهوم على غير الفقه والقانون الإسلامي<sup>140</sup>. بل أكثر من ذلك: يسمح سحب هذا المفهوم (ورديفه الذي سنترّض له لاحقاً<sup>141</sup>) على القوانين التونسية أو الفرنسية أو غيرها بتجاوز صعوبات يُتعرّض لها في بعض نقاط هذه القوانين<sup>142</sup>.

57. فإذا انتهى مما سبق أمكن القول إنّ المادة المعنية بالحديث هنا تنقسم إلى قسمين:

قسم للتلازم بين وجوب فعل (وجوب ذي المقدمة) ووجوب مقدمته (وجوب المقدمة).

وقسم للتلازم بين وجوب فعل ومنع ضده من جهة وللتلازم بين منع فعل ووجوب ضده من جهة أخرى.

58. فإذا بدأ بمسألة المقدمة، قيل في تفسيرها إنّ القانون قد يوجب فعلاً والوصول إلى تحقيق الفعل ومن ثم إلى امتثال القانون يستدعي الإتيان مسبقاً بفعل أو أفعال أخرى. فهل هذا الفعل أو الأفعال المُسبقة وجوبية بدورها؟ فمثلاً يوجب الفصل 23 والفصل 38 من مجلة الأحوال الشخصية على الزوج أن ينفق على زوجته، والإتفاق يستدعي الإتيان بما تستحصل به الأموال ومن بعد ذلك تقديم ودفع هذه الأموال للمنافق عليها. فهل إيجاب النفقة يقتضي إيجاب هذه الأفعال؟ وبتعبير عام: هل إيجاب شيء يقتضي إيجاب مقدمته؟ هل الإيجاب إيجاباً: إيجاب فعل لنفسه (إيجاب نفسي = إيجاب ذي المقدمة) وإيجاب فعل لغيره (إيجاب غيري = إيجاب المقدمة)؟

59. وينبغي هنا، مواصلة لنفسية المسألة، إنزالها على التفرقة بين موضوع الحكم ومتصلّق الحكم<sup>143</sup>: فالمعنى بفرض الإيجاب مسؤول عن المتعلق وليس مسؤولاً عن الموضوع<sup>144</sup>: وفي المثال

فيه كلفة على العباد، والإباحة لا كلفة فيها فلا وجه لعدتها من أقسامه. ولعل الأقرب في ذلك إتباع الأمدي فيما سلكه من تقسيم الحكم الشرعي إلى ثلاثة أنواع: حكم اقتضائي، وهو الذي أرى أنه يرادف كلمة تكليفي وينبغي قصر كلمة تكليفي عليه، وحكم تخيري، وهو الخاص، والثالث الحكم الوضعي. اللهم إلا أن يكون ذلك مجرد اصطلاح منهم، وليس لنا أن نواخذهم فيه، وإذا أردنا أن نجاريهم في ذلك فالأنسب أن نعرف الحكم التكليفي بما عرفه به بعضهم من أنه: «الاعتبار الصادر من المولى من حيث الاقتضاء والتخيير» لخلوه عن الإشكالات السابقة، عداأخذ التخيير فيه". السيد محمد ثقي الحكيم، م، ص 53.

قرب مما جاء في القانون الغربي: Catherine THIBIERGE, préc., p. 615

« Précis dans son contenu, obligatoire dans son expression et contraignant dans ses sanctions, au plus plein de cette texture, il n'est ni flou, ni doux, ni mou. ...son caractère obligatoire relève de l'évidence, même s'il se décline en impératif et supplétif, et qu'il pose question pour les règles dites permissives »

وتحيل المؤلفة على ما يلي:

A. Jeammaud, La règle de droit comme modèle, D. 1990.Chron.199, n° 20 : «Dire que « toute règle de droit est obligatoire » est truisme ou vain propos si l'on se réfère à la substance de la norme comprise comme une règle de conduite. La prescription ou la prohibition d'un comportement peut-elle être autrement qu'obligatoire et que peut, en revanche, signifier pareil caractère attribué à une permission ? ... Il apparaît ... que cette obligatorieté se rapporte à l'usage des normes juridiques et non à leur contenu ».

<sup>139</sup> انظر حول غير الوجوب والمنع والحق ذي الجانبيين: عدد 37 وما بعده: لو أخذنا بعين الاعتبار ما جاء في الفقه الإسلامي من استحباب وكرامة وما جاء في القوانين المعاصرة من "قانون لين".

<sup>140</sup> مرة أخرى نشير إلى أن المسحوب هو المسمى أمّا الإسم فلا يهم أن ينقل أو أن لا ينقل. على كلّ انظر عدد 75 حيث ستتناول مسألة "الإسقاط".

<sup>141</sup> انظر عدد 75.

<sup>142</sup> وعلى هذا فالقول بالإسقاط هو إما نتاج مغالطة وإما نتاج جهل؛ أي أنه في أسوأ تقدير شيء وفي أحسن شيء؛ أي هو وفي كلتا الحالتين قول غير علمي.

<sup>143</sup> انظر الهماش 126 بالتناسب إلى موضوع الحكم والهماش 132 بالنسبة إلى متعلق الحكم.

<sup>144</sup> سبق أن أطينا مثل الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية حين يوجب على الزوج الإنفاق. وقد قلنا عندها أنّ حكم الوجوب موضوعاً ومتعلقاً: فاما موضوع الحكم فهو القدرة على الإنفاق. وأما متعلق هذا الحكم فهو فعل الإنفاق. وإن الوجوب الوارد في الفصل 23 ليبدأ بعد وجود القدرة على الإنفاق، أي بعد وجود موضوع الحكم. وعلى هذا فالقدرة لا تدخل في الوجوب ومن ياب أولى مقدماتها (البحث عن عمل، وممارسة مهنة لكسب الأموال ومن ثم لتحصيل القدرة على الإنفاق: يصطلح على تسميتها بالمقدمات الوجوبية). لكن الوجوب الوارد في الفصل 23 يهم فعل الإنفاق ومن ثم فهو يهم مقدمات هذا الفعل (يصطلح على تسميتها بالمقدمات الوجوبية). وهذه المقدمات قد تكون قانونية وقد تكون عقلية). انظر السيد محمد باقر الصدر، م، دروس في علم الأصول، الحلقة 3، ج 2، ص 245 وما بعدها. انظره أيضاً حين يقول: "وجود الحكم يتوقف على وجود الموضوع، بينما يكون (وجود الحكم) سبباً لإيجاد المتعلق". وعلى هذا الأساس نعرف أنه من المستحبيل أن يكون الوجوب داعياً إلى إيجاد موضوعه ومحرّكاً للمكّف نحوه كما يدعو إلى إيجاد متعلقه" (الحلقة 1، ص 129).

الوارد أعلاه تسأل النصوص الزوج عن فعل الإنفاق لا عن القدرة على الإنفاق. وعلى هذا فالمقدمة التي يبحث إن كان يستلزمها الإيجاب الوارد بالنصوص أم لا يستوجبها هي مقدمة المتعلق لا مقدمة الموضوع، أي في مثلكما هي مقدمة فعل تقديم ودفع الأموال لا مقدمة الحصول على الأموال واكتسابها.

60. وإذا حُررت المسألة التي نحن بصددها على النحو السابق أمكن الإتيان بالقياس:

إذا | الفعل واجب قانوناً<sup>145</sup>

إكلٌ فعل واجب قانوناً إيلازمه عقلاً وجوب مقدمته

فإذن | إذا | إيلازمه عقلاً وجوب مقدمته

وكبرى هذا القياس محل جدل. ومدار الجدل فيها طبيعة الملازمة. فهناك من يرى أن الملازمة حكم لغوي. وعلى هذا يكون البحث الذي نحن بصدده بحثاً لفظياً. وهناك من يرى أن الملازمة حكم للعقل، أي هي مدركة بالعقل النظري<sup>146</sup>.

وللتوضيح ما سبق ينبغي القول إن الملازمة ثلاثة أنواع<sup>147</sup>: ملازمة بينية بالمعنى الأخصّ، وملازمة بينية بالمعنى الأعمّ<sup>148</sup>، وملازمة غير بينية<sup>149</sup>. والملازمة الأولى حكم اللغة. أما الثانية والثالثة حكم للعقل<sup>150</sup>. وإن المسألة التي نحن بصددها يمكن أن تدخل في النوع الأول أو في النوع الثاني<sup>151</sup>. ويرى أحدهم<sup>152</sup> أنها تدخل في النوعين معاً<sup>153</sup>.

61. وعلى هذا فوجوب المقدمة لازم لوجوب ذيها؛ أي أن وجوب المقدمة وجوب عقليّ.

<sup>145</sup> إذن القانون نصّ على حكم واحد.

<sup>146</sup> انظر السيد علي الحسيني السيستاني، م، ص 36 و37: "إن ما يرتبط من البحث بعالم الألفاظ نزير ضئيل جداً، كقولنا هل أن صيغة الأمر ظاهرة في الوجوب، وهل أن صيغة الثاني ظاهرة في الحرمة، وبغض بحث المفاهيم والعام والخاص والمطلق والمقيّد، ولكن معظم الأبحاث التي وضعها القدماء في مباحث الألفاظ لا ربط لها بذلك، فمثلاً بحث اقسام الحكم الكليفي والوضعى وانقسام الواجب للواجب التوصلى والتعبدى والتعينى والتخبيرى والعينى والكافى والغيرى والتفسى والموضعى والمضيق والمطلق والمشروط كلها مرتبطة بالواجب بما هو سواء كان مدلولاً لفظياً أم لا، وكذلك بحث عوارض الأحكام كالانحلال الاستقلالى والضممنى والإطلاق والتقييد الثبوتىين والتضاد والتلازم، كما في بحث مقدمة الواجب ومسألة المضى الباحثين عن تلازم الوجوب التفسى والغيرى وتلازم الأمر بالشيء مع النهي عن ضدّه، وبحث ارتباط الحكم بالقدرة ودرجاتها المختلفة الذي هو بحث التراحم، وهذه البالغة لا ربط لها بعلم اللفظ حتى تدرج في مباحث الألفاظ". انظر أيضاً: محمد حسين الثاني، أجود التقريرات، مكتبة مصطفوي، 1368 هـ، ش، ج 1، ص 212: "اختلافاً في أن مسألة وجوب المقدمة هل هي من المسائل الكلامية أو من المسائل الفقهية أو من المبادئ الأخلاقية أو من المسائل الأصولية وعلى تقدير كونها من المسائل الأصولية فهو هي من مباحث الألفاظ أو من المسائل العقلية. الحق هو الأخير. أما كونها أصولية فلما ذكرنا في أول الكتاب من أن الميزان في كون المسألة أصولية هو استنباط الحكم الشرعي الكلي عند انضمام نتيجتها إلى صغرياتها. ومن الواضح أن هذه المسألة كذلك. وأما كونها عقلية فإن المباحث العقلية تنقسم إلى قسمين. الأول: «ما يستتبع الحكم الشرعي منه مستقلاً بلا احتياج إلى مقدمة شرعية كتاب التحسين والتقييم العقليين» والثاني «ما يستتبع منه الحكم الشرعي عند انضمام مقدمة شرعية إليه كباحث المفاهيم فإن الحكم بالمفهوم هو العقل لكن وجوب المقدمة بالفعل لا يتطلب على الشارع ومسألة مقدمة الواجب من هذا القبيل فإن الحكم بوجوب المقدمة من باب الملازمة هو العقل لكن وجوب المقدمة بالفعل لا يتطلب على حكم العقل بالملازمة إلا بعد ثبوت وجوب ذي المقدمة في الخارج وعدم التمييز بين القسمين مع توهم حصر المسائل العقلية في القسم الأول أو جعلها من مباحث الألفاظ وإلا ربط لهذه المسألة بالألفاظ أصلاً".

<sup>147</sup> الشيخ محمد رضا المظفر، م (أصول الفقه)، ج 1، ص 227.

<sup>148</sup> "البين بالمعنى الأخصّ: ما يلزم من تصور ملزمته تصوّره، بلا حاجة إلى توسط شيء آخر". الشيخ محمد رضا المظفر، م (المنطق)، ص 85.

<sup>149</sup> "البين بالمعنى الأعمّ: ما يلزم من تصوره وتصوّر الملزم وتصوّر النسبة بينهما الجزم بالملازمة. مثل: الاثنين نصف الأربع أو رُبْع الثمانية، فإنك إذا تصورت الاثنين قد تغلق عن أنها نصف الأربع أو رُبْع الثمانية، ولكن إذا تصورت أيضاً الثمانية مثلاً، وتصوّرت النسبة بينهما تجزم أنها ربّعها. وكذلك إذا تصورت الأربع والنسبة بينهما تجزم أنها نصفها... وإنما كان هذا القسم من بين أعمّه، لأنّه لا يفرق فيه بين أن يكون تصور الملزم كافياً في تصور اللازم وانتقال الذهن إليه وبين أن يكون كافياً بل لا بدّ من تصور اللازم وتصوّر النسبة للحكم بالملازمة. وإنما يكون تصور الملزم كافياً في تصور اللازم عندما يألف الذهن الملازمة بين الشيئين على وجه ينداعى عنده المتلازمان فإذا وجد أحدهما في الذهن وجده الآخر تبعاً له، ف تكون الملازمة حينئذ ذهنية". الشيخ محمد رضا المظفر، م (المنطق)، ص 85 و86.

<sup>150</sup> "غير البين وهو ما يقابل الين مطلقاً، بأن يكون التصديق والجزم بالملازمة لا يكفي فيه تصور الطرفين والنسبة بينهما. بل يحتاج إثبات الملازمة إلى إقامة الدليل عليه. مثل الحكم بأن المثلث زواياه تساوي قائمتين، فإنّ الجزم بهذه الملازمة يتوقف على البرهان الهندسي، ولا يكفي تصور زوايا المثلث وتصوّر القائمتين وتصوّر النسبة للحكم بالتساوي". الشيخ محمد رضا المظفر، م (المنطق)، ص 86.

<sup>151</sup> الشيخ محمد رضا المظفر، م (أصول الفقه)، ج 1 ص 227.

<sup>152</sup> وإنّ الشيخ محمد رضا المظفر، يعطيها كمثال داخل النوع الثاني: م (المنطق)، ص 86.

<sup>153</sup> الشيخ محمد رضا المظفر، م (أصول الفقه)، ج 1، ص 227.

<sup>154</sup> دخولها في النوع الثاني يبرر إدخالها في علمنا. ودخولها في النوع الأول والثاني معاً لا يزيل ذلك المبرر.

62. ومن ينظر إلى مجلة الالتزامات والعقود يجدها لم تقبل صراحة قول العقل. لكن لعدم رفضها له صراحة، يمكن القول بقبولها له ضمناً.  
وعلى هذا يمكن أن نأتي إلى الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية (أو لأيّ نص آخر في القانون التونسي جاء بوجوب) ونقول مثلاً:

[إنفاق الزوج على زوجته] | [فعلن واجب قانوننا]

[كلّ فعل واجب قانوننا] | [يلازمه عقلاً وجوب مقدمته]

إذن [إنفاق الزوج على زوجته] | [يلازمه عقلاً وجوب مقدمته]

63. وينبغي أن يُشار هنا إلى أنَّ كتب المنهجية الإسلامية طرحت في إطار هذه المسألة (وفي إطار المسألة الثانية التي يتكون منها هذا العنوان الذي نحن داخله) مشكلة تعريف الحجة العقلية. ولتبين هذا المشكل ينبغي الإتيان بالقياس التالي:

[هذا] | [الفعل واجب قانوننا]

[كلّ فعل واجب قانوننا] | [يلازمه عقلاً وجوب مقدمته قانوننا]

فإذن [هذا] | [يلازمه عقلاً وجوب مقدمته قانوننا]

ومن ينظر إلى المقدمة الكبرى في هذا القياس يجد أنَّ وجوب المقدمة وجوب قانوني؛ أي أنَّ الأمر يتمثل في تأكيد على أنه لا بد أن يقضي القانون بنفس ما قضى به العقل<sup>155</sup>. وهنا وهنا فقط نحن أمام ملازمة بين حكم قانوني وحكم قانوني آخر؛ ومن ثم فهنا وهنا فقط نحن أمام الملازمة أو الاقتضاء العقلي؛ أي أمام الحجة العقلية.

إلا أنَّ هذا الكلام يؤدي إلى تقويل المشرع لغوا<sup>156</sup> إذ لا جدوى من الحديث عن وجوب المقدمة قانوناً ما دام المكلَّف ملزم عقلاً بالإتيان بالأفعال التي هي مقدّمات للفعل الواجب. وقد يُردُّ فيقال إنَّ لمثل هذا البحث جدوى علمية وبأنَّ هذه كافية في عمل يتعلق بالمنهجية<sup>157</sup>. وقد يُردُّ أيضاً فيقال إنَّ للبحث في وجوب المقدمة وجوباً قانونياً جدوى عملية. وهذه تُطلب لا من ذات المسألة بل مما يرتبط بها من مسائل<sup>158</sup>. ومن هذه المسائل أن يصبح الواجب متوقفاً على مقدمة ممنوعة<sup>159</sup>. ولقد تناول أحدهم<sup>160</sup> هذه المسألة في إطار الفرض الذي يكون فيه الواجب الإيجابي أهمَّ من الواجب السُّلبي (المقدمة الممنوعة). وقال إنَّ ثمَّ قسمان:

القسم الأول: إذا أتي بالمنع كمقدمة وتم التَّجاه بعد ذلك في الإتيان بالواجب، يسقط عن الفعل وصف المنع وذلك أخذنا بعين الاعتبار لكون الواجب الإيجابي أهمَّ.

القسم الثاني: إذا أتي بالمنع ولم يتم التَّجاه بعد ذلك في إتيان الواجب، فهنا يتفرّع الأمر إلى نقطتين:

<sup>155</sup> ما قضى به العقل موجود في كبرى القياس الوارد بعدد 60.

<sup>156</sup> انظر السيد محمد باقر الصدر، م: دروس في علم الأصول، الحلقة 1، ج 1، ص 133. حين يقول إنَّ البعض يرى أنه "كُلما حكم الشارع بوجوب فعل حكم عجيب بذلك مباشرة بوجوب مقدماته. ويمكن الاعتراض على ذلك: بأنَّ حكم الشارع بوجوب المقدمة في هذه الحالة لا فائدة فيه ولا موجب له لأنَّ... حاصل بدون حاجة إلى حكمه بوجوبه، إذ بعد أن أوجب الفعل المتوقف عليها يدرك العقل مسؤولية المكلَّف من هذه الثانية... وعلى هذا الأساس يعتبر حكم الشارع بوجوب المقدمة لغواً فيستحيل ثبوته، فضلاً عن أن يكون ضروريَّ الثبوت كما يدعى الفائل بالتألزم بين وجوب الشيء ووجوب مقدمته". انظر أيضاً: الشيخ محمد رضا المظفر، م: (أصول الفقه)، ج 1، ص 228.

<sup>157</sup> فلن مع: الشيخ محمد رضا المظفر، م: (أصول الفقه)، ج 1، ص 228.

<sup>158</sup> انظر ما سبق عند الشيخ محمد رضا المظفر، م: (أصول الفقه)، ج 1، ص 228. انظر أيضاً السيد محمد باقر الصدر، م: دروس في علم الأصول، الحلقة 3، ج 2، ص 274.

<sup>159</sup> ومثال ذلك أن يتوقف إنفاذ شخص على إتلاف شيء مملوك للغير. انظر السيد محمد باقر الصدر، م: دروس في علم الأصول، الحلقة 3، ج 2، ص 275.

<sup>160</sup> انظر السيد محمد باقر الصدر، م: دروس في علم الأصول، الحلقة 3، ج 2، ص 275.

**النقطة الأولى:** أن يُقال بعدم وجود الملازمة بين الواجب ومقدّمه الممنوعة. فهنا نكون في إطار تزاحم بين الواجب والممنوع. والواجب أهّم كما هو الفرض. فإذا قدم فهذا يعني زوال المنع. لكن لعدم النجاح في الواجب يزول عنه وصف الأهمّ ومن ثمّ يبقى للمقدّمة وصف المنع. ونفس هذا الحلّ يُقال به لو رأى أنّ الوجوب الغيري يمسح فقط الجزء الموصل من المقدّمة. فإذا لم يتم الوصول إلى نجاح، لم نعد أمام وجوب غيري.

**النقطة الثانية:** أن يُقال بوجود الملازمة أو يقال بأنّ الوجوب الغيري يمسح كلّ المقدّمة ما يوصل منها وما لا يوصل. فهنا يبقى الواجب الغيري. وهذا البقاء يحول دون وصفه بالمنع. ولعلّ هذه التفاصيل تبني بدقة مسألة اقتضاء وجوب شيء وجوب مقدّمه.

**64.** لكن وجوب شيء يقتضي أيضاً منع ضده. ثم إنّ منع شيء يتطلّب بدوره وجوب ضده. وإنّا سنحرّر هذه المسألة مكتفين بجانبها الأول<sup>161</sup>، ثم إنّا سنحرّرها على نفس النحو الذي حرّنا به سبقاتها، أي إنّا سنأتي هنا أيضاً بقياس:

إذًا | الفعل واجب قانوناً

إكلّ فعل واجب قانوناً إيلازمه عقلاً منع ضده

فإذن | إذًا إيلازمه عقلاً منع ضده

**65.** وإنّا سنتوقف هنا أيضاً عند المقدّمة الكبرى. وإنّا سندّ هذا أيضاً نقاشاً حول وصف الملازمة بالعقلية. وإنّا سنأتي بهذا النقاش<sup>162</sup> منطلاقين من التمييز بين نوعين من الضدّ:

- ضدُّ يسمّونه عاماً: وتكون المسألة هنا حاصلها: هل أنّ إيجاب فعل يلزم منه منع ضده العام.
- والملازمة أو دلالة الوجوب على المنع قد تكون:

\* إما ملازمة غير عقلية، أي تكون: دلالة مطابقية<sup>163</sup> أو تضمنية<sup>164</sup> أو التزامية<sup>165</sup>. وفي الحال الأولى تكون الملازمة عينية (ملازمة الشيء لنفسه)، وفي الثانية جزئية، وفي الثالثة ملازمة بينة بالمعنى الأخص<sup>166</sup>.

وإنّ من يقول بالعينية قد فهم أنّ معنى المنع المطابقي هو طلب الترك<sup>167</sup>. وعلى هذا يكون القانون القائل "يجب فعل أ" معناه "يجب ترك «لا أ»". وهنا نحن أمام سلب (ترك) وسلب (لا)، أي نحن أمام

<sup>161</sup> أي سنكتفي بالبحث عن كون وجوب شيء يقتضي منع ضده. والسبب أنّ ما يُقال هنا يمكن سحبه على مسألة كون منع شيء يقتضي وجوب ضده.

<sup>162</sup> انظر عرضاً مختلطاً للنقاش عند السيد علي الحسيني السيستاني، مس، ص42 و 43. حيث يقول: إنّ هناك طريقاً ثلاثة:

1. إنما القول بأنّ هناك ملازمة بين الأمر بالشيء والنهي الشرعي عن ضده. فهنا الملازمة هي بين حكمين شرعاً. وإذا فلنا إنّ العقل النظري يدرك تلك الملازمة، فلنا بنفس المناسبة إنّ هذا المبحثتابع للحجّة العقلية.

2. وإنما القول بأنّ هناك ملازمة بين الأمر بالشيء والنهي العقلي عن ضده، والقول أيضاً إنّ هذا النهي العقلي كافٍ لجعل المعنى بالنهي ينتهي. فهنا الملازمة هي بين حكم شرعي وحكم عقلي. وعلى هذا لا يدخل الأمر في مبحث الحجّة العقلية أي في مبحث الملازمات العقلية بين حكم شرعي وحكم شرعى آخر.

3. وإنما القول إنّ الوجوب كمادة هو عين المنع كمادة (=الإلزام مع الوعيد) وإن كانا متغيرين مفهوماً (افعل / لا تترك أ). بعبارة أخرى يعَد الفارق بين الوجوب والمنع فارقاً في الصياغة إذ المادّة المصاغة واحدة. وعلى هذا نحن أمام حكم واحد (لا أمام مادتين وحكمين)، ومن ثم لا مجال للحديث لأنّ الملازمة تقضي أنّ نكون أمام حكمين.

<sup>163</sup> "دلالة المطابقة... عبارة عن دلالة اللفظ على ما وضع له كدلالة الإنسان على الحيوان الناطق". عبد الأمير الأعجمي، مس، ص354.

<sup>164</sup> "دلالة التضمن... عبارة عن دلالة اللفظ على جزء من موضوعه كدلالة الإنسان على الحيوان وحده أو على الناطق وحده". عبد الأمير الأعجمي، مس، ص354.

<sup>165</sup> "دلالة الالتزام... عبارة عن دلالة اللفظ على ما هو خارج عن معناه بواسطة انتقال الذهن من مدلول اللفظ إلى الأمر الخارج، كدلالة لفظ الإنسان على الكاتب...". عبد الأمير الأعجمي، مس، ص354. قرّب من خالد ميلاد، مس، ص395 و396: "دلالة المفهوم على سبيل المخالفة، وتتمثل في اعتبار المقصود بالكلام إنما هو «الأمر»، إذا كان المتنطق نهاياً على أنّ دلالة المفهوم، سواء أكانت على سبيل المخالفة، لا تدعو أن تكون في نظرنا دلالة اقتضاء (Présupposé) من نوع خاص، وهو الاقتضاء المتعلق بعمل المتكلّم المقصود بالأصلّة في الجملة، أو ما يعبر عنه بالعمل اللغوي الرئيسي، أو ما يعبر عنه النّهاية بالإسناد الأصلي المقصود لذاته مما لا يكون فيه قيد تحصيص".

<sup>166</sup> انظر حول الملازمة البيّنة بالمعنى الأخص: عدد 60.

<sup>167</sup> من قال هذا اعترض عليه وقيل له إنّ طلب الترك محل لكونه تحصيل للحاصل، كما قبل له إنّ معنى المنع هو طلب الكفّ. انظر الشيخ محمد رضا المظفر، مس (أصول الفقه)، ج 1، ص 258.

إيجاب ("يجب أ"). فإذا كان الأمر على هذا النحو لم يعد هنالك معنى للنّزاع لأنّ حاصل المسألة أنّ وجوب الشيء يلزم وجوب الشيء. وهذا لا يختلف فيه. فإذا اختلف فهذا يعني أنّ للمنع معنى مطابقي هو الزجر عمّا تعلق به وله كذلك معنى لازم هو طلب التّرك.

\* وإنما ملازمـة عقـلية: ويرى أحـدـهم<sup>168</sup> أنـها عـقـلـية. ويـبـرـرـ كـلامـهـ قـائـلاـ إنـ الـوجـوبـ معـنـىـ بـسيـطاـ هوـ لـزـومـ الـفـعلـ يـتـبعـهـ عـقـلاـ منـعـ تـرـكـهـ. لكنـ - وـعـلـىـ غـرـارـ ماـ قـيـلـ فـيـ النـقـطـةـ السـابـقـةـ - تـقـدـمـ هـنـاـ نـفـسـ الـمـلاـحـظـةـ فـيـقـالـ إنـ الـمـشـرـعـ الـذـيـ أـوـجـبـ لـاـ يـأـتـيـ بـعـدـ ذـلـكـ بـتـابـعـ الـوـجـوبـ، لـأـنـ التـابـعـ حـاـصـلـ بـعـدـ بـإـيجـادـ الـعـقـلـ لـهـ<sup>169</sup>.

ومن ينظر في الضد العام يجد أنه هو الذي اعترضنا سابقا في إطار التعارض<sup>170</sup>. لكن الفارق أننا هنا أمام حكم واحد، ومعارضه ملازم له. بعبارة أخرى: لدينا حكم له وضع تشريعي معين (منصوص عليه) وملازم له ليس له نفس الوضع.

- وإن الضد الذي يسمونه الخاص - وهنا نصل إلى النوع الثاني من الضد - له دوره علاقة بما تقدم. وفعلاً فهذا الضد الخاص هو ما اعتبرنا سابقاً في إطار التزاحم<sup>171</sup>. لكن الضد هنا هو ملازم لحكم القانون وليس، كما ورد في التزاحم، حكماً قانونياً قائماً الذات لوحده.

<sup>168</sup> قارن مع: Jean-Louis GARDIES, préc., p. 65.

<sup>169</sup> يُقول الشِّيخ محمد رضا المظفر (م. مصطفى) في مقدمة الواجب حذو القدة بالفعل: "فإن كان مراد القاتلين بالاقتساء في المقام أن نفس الأمر بال فعل يكون زاجراً عن تركه، فهو مسلم، بل لا بد منه لأن هذا هو مقتضى الوجوب. ولكن ليس هذا هو موضع التزاع في المسألة، بل موضع التزاع هو النهي المولوي زانداً على الأمر بالفعل. وإن كان مرادهم أن هناك نهيآً مولوياً عن الترك يقتضيه الأمر بالفعل كما هو موضع التزاع فهو غير مسلم ولا دليل عليه، بل هو ممتنع وبعبارة أوضح وأوسع: إن الأمر والنهي متعاكسان، بمعنى أنه إذا تعلق الأمر بشيء فعلى طبع ذلك يكون تقضيه بالائع من نوعه وإنما لا يخرج الواجب عن كونه واجباً. وإذا تعلق النهي بشيء فعلى طبع ذلك يكون تقضيه بالائع مدعواً إليه وإنما لا يخرج المحرّم عن كونه محرّماً. ولكن ليس معنى هذه التبعية في الأمر أن يتحقق - فعلاً - نهي مولوي عن ترك المأمور به بالإضافة إلى الأمر المولوي بالفعل، كما أنه ليس معنى هذه التبعية في النهي أن يتحقق - فعلاً - أمر مولوي بترك المنهي عنه بالإضافة إلى النهي المولوي عن الفعل. والشرط ما قالناه: إن نفس الأمر بالشيء كاف في الضرر عن تركه، كما أن نفس النهي عن الفعل كاف للدعوة إلى تركه، بلا حاجة إلى جعل جديد من المولوي في المقامين، بل لا يعقل الجعل الجديد كما قلنا في مقدمة الواجب حذو القدة بالفعل".

ويواصل الشيخ محمد رضا المظفر (م س:أصول الفقه، ج 1، ص 260 و261) قائلاً:  
 - يمكن للمشرع بدلًا من الأمر أن ينهى عن الترك.  
 - وبإمكانه بدلًا من النهي أن يأمر بالترك.  
 وفي الحال الأولى والثانية يؤدي التعبير الأول ما يؤديه التعبير الثاني.  
 وبيني أن نصيف لهذا الكلام ما جاء عند خالد ميلاد (م س، ص 138 و139) حول الاسترسال الذلالي بين الأمر والنهي: «قد يختلط معنى الأمر بمعنى النهي بسبب تعجيم البنية التصريفية للأمر بما يفيد النهي وذلك نحو قوله: اترك ذاك. فالبنية التصريفية تدل على الأمر، والمادة المعجمية تدل على النهي...» (و) المبرد يعتبر أن لفظ «أفعل» لا يكون إلاً أمراً مهماً كانت مادته المعجمية، وأن لفظ «لا تفعل» لفظ موضوع للنهي. فلا يمكن أن يكون معنى «أفعل» نهياً إلاً عن طريق الاقتناء. وقد رد السيرافي على المبرد معللاً رأي سيبويه بكون «تجنب» و«احذر» و«ابعد» القاطعاً من الأمر ولكن جرى كلام الجمهور على أن يقال نهي وإن كان بل لفظ الأمر». كما ينفي أن نصيف لذاك الكلام ما جاء عند السيد علي الحسيني السيسيني (م س، ص 49). وحصل له أن الصياغة في قالب أمر (صياغة بعثينة) كافية عن المصلحة من المأمور به. أما الصياغة في قالب نهي (صياغة زجرية) فمنتهى بالمقيدة من المنهي عنه.  
 ومن يريد أن ينتحر فرصة انتهاء الحديث إلى الصياغة سينتشر إلى أن الاختلال خصيصة من خصائص الطلب المؤكّد، وأن هذه الخصيصة إنما يقتضيها في الحقيقة المقام الذي لا يقبل التراخي في مثل هذه الأحوال، وهو ما انعكس في اللفظ «المكتَفِ» المخترل المناسب لسرعة إنجاز العمل المطلوب». خالد ميلاد، م س، ص 144. ويشير المؤلف في هامش نفس الصفحة إلى من يقول: "L'énonciation expresse est indispensable pour que le texte ait qualité de performatif". E. BENVENISTE, Problèmes de linguistique générale, Gallimard, Paris, 1966, p271.

<sup>170</sup> الصند العاًم هو الترك أو نقيس المأمور به. انظر: محمد حسين الناباني، مس، ج 1، ص 251. الميرزا الشيرازي، تقريرات الشيرازي، مؤسسة آل البيت، 1409 هـ، ج 2، ص 62. الإمام الخميني، تهذيب الأصول، مكتبة اسماعيليان، 1382 هـ، ج 1، ص 234. سلطان العلماء، حاشية السلطان، مكتبة الذاوري، ص 277. السيد حسين البروجردي، الحاشية على الكفاية، مكتبة أنصاريان، 1412 هـ، ج 1، ص 308. ملا محمد صالح المازندراني، حاشية المعلم، مكتبة الذاوري، ص 69. السيد محسن الحكيم، حفائق الأصول، مكتبة بصيرتي، 1408 هـ، ج 1، ص 303. أبو الحسن المشكيني، حواشى المشكيني، مكتبة لقمان، 1413 هـ، ج 2، ص 12 و 24. السيد الفيروزآبادى، عناية الأصول، مكتبة الفيروزآبادى، 1400 هـ، ج 1، ص 431.

<sup>171</sup> الصندَّ الخاصُّ يطلق على كل الأفعال الوجودية المنافية للأمّور به بالذات: محمد تقى الأصفهانى، هداية المسترشدين، مؤسسة آل البيت، ص.222. الصندَّ الخاصُّ هو أحد الأضداد الوجودية: السيد حسين البروجردي، نهاية الأصول، نشر تفكير، 1415 هـ، ص208. انظر أيضاً: الفاضل الثوبانى، الوافية في الأصول، مجمع الفكر الإسلامي، 1415 هـ، ص278 و314. السيد أبو القاسم الخوئي، الهداية في الأصول، مؤسسة صاحب الأمر، 1417 هـ، ج2، ص127. ضياء الدين العراقي، نهاية الأفكار، مؤسسة النشر الإسلامي، 1417 هـ، ج2، ص360. السيد محمد جعفر المرجو، منتهى التراجمة، دار الكتاب، 1415 هـ، ج2، ص459.

66. وبعبارة تلخص جميع ما تقدم:

▲ هناك صورة أولى هي: حكم قانوني (يجب فعل أ) + حكم قانوني (يمنع فعل أ). وهذه هي صورة التعارض. ويحكمها، كما أسلفنا، قانون التساقط

▲ وهناك صورة ثانية هي:

♦ حكم قانوني (يجب فعل أ) + حكم قانوني (يجب فعل أ). وهذه هي صورة التزاحم. ويحكمها، كما تقدم، في صورة عدم التساوي (بين الحكمين) قانون تقديم الأهم، وفي صورة التساوي قانون التخيير.

♦ حكم قانوني (يجب فعل أ) + حكم قانوني (يمنع فعل ب)، وهذه أيضاً صورة تزاحم، ويحكمها القانونان السابقان (قانون التقديم في صورة عدم التساوي بين الحكمين، وقانون التخيير في صورة التساوي بينهما).

▲ وهناك صورة ثالثة:

♦ حكم قانوني (يجب فعل أ) + لازم الحكم القانوني (يمنع عدم فعل أ)<sup>172</sup> / (الخ: أي لو كان الحكم القانوني منعاً). وهذه صورة التلازم.

♦ حكم قانوني (يجب فعل أ) + لازم الحكم القانوني (يمنع فعل ب، علماً وأنّ ب ضدّ خاصّ لـ أ) / (الخ: أي لو كان الحكم القانوني منعاً). وهذه أيضاً صورة تلازم.

67. □ وعلى هذا فعجز المعنى بالفرض القانوني يتحقق:

- التعارض إذا كنا أمام واجبين متضاديين تضاداً عاماً، أو إذا كان الواجبان من قبيل الضدين الخاصين اللذين لا ثالث لهما<sup>173</sup>.

- التزاحم إذا كنا أمام واجبين من قبيل الضدين الخاصين اللذين لها ثالث<sup>174</sup>.

68. □ وإضافة لما جاء للتو (التعارض والتزاحم بين حكمين) وبسبب العجز الذي سند عليه حتماً المعنى بالفرض القانوني، فإن أمره بشيء يلزم منه التهلي عن الضدين<sup>175</sup>: العام والخاص<sup>176</sup> معاً<sup>177</sup>. لكن هنالك من يفرق فيقول بالملازمة في الضد العام ويرفضها في الضد الخاص<sup>178</sup>.

<sup>172</sup> فارن مع: Jean-Louis GARDIES, préc., p. 65.

<sup>173</sup> يمكن أن يقدم كمثال لهذين الضدين حسن النية وسوء النية.

<sup>174</sup> انظر: السيد محمد باقر الصدر، م: دروس في علم الأصول، الحلقة 3، ج 2، ص 238. وإن يمكن أن يقدم كمثال لضدين لهما ثالث: البطلان النسيبي والبطلان المطلق (ثالثهما الصحة): انظر الهاشم 193.

<sup>175</sup> يقول الشيخ محمد رضا المظفر (م: أصول الفقه، ج 1، ص 261 وما بعدها) إن القائل بالتهلي عن الضدّ الخاص يبني الحديث عن هذا الضد على الحديث عن الضدّ العام: لأنّ أمر (أ فعل أ) / إن الضدّ العام من نوع (ممنوع عدم فعل أ) / إن الضدّ الخاص لـ: أ فعل أ (لنقل هو: أ فعل ب) داخل في الضدّ الخاص (ب) مقامة فعل المأمور به (أ). ومقدمة الواجب واجبة. فيجب ترك الضدّ الخاص. وإذا وجب ترك (ب) ممنع تركه، أي ترك ترك (ب)، لأنّ الأمر بالشيء يقتضي التهلي عن الضدّ العام. وإذا ممنع ترك ترك (ب)، فإنّ معنى ذلك منع (ب)، لأنّ نفي الفي إثبات. فيكون الضدّ الخاص (ب) منهياً عنه. هذا خلاصة مسلك المفتمية. وقد رأيت كيف ابتنى التهلي عن الضدّ الخاص على ثبوت التهلي عن الضدّ العام.

<sup>176</sup> ونحن إذ قلنا بأنه لا نهي مولوي عن الضدّ العام فلا يحرم ترك الضدّ الخاص حرمة مولوية أي لا يحرم فعل الضدّ الخاص. فثبت المطلوب.

<sup>177</sup> ثم صورة رابعة هي صورة "الالتقاء الاتفاقي بين المأمور به والمنهي عنه في شيء واحد. ولا يفرض ذلك إلا حيث يفرض تعلق الأمر بعنوان وتعلق التهلي بعنوان آخر لا يربط له بالعنوان الأول، ولكن قد يتحقق نادراً أن يتلقى العنوان في شيء واحد ويجتمعان فيه...)" (المثال المعروف في الفقه الإسلامي: الصلاة في المكان المغصوب)" الشيخ محمد رضا المظفر، م: (أصول الفقه)، ج 1، ص 274 و 275. فإذا قبل بامتثال الاجتماع بين العنوانين، دخل الدليلان المحتويان على الأمر والتهلي في باب التعارض، وقدم دليل التهلي على دليل الأمر لأنّ الدليل الأول إطلاقه شمولي والثاني إطلاقه بدلي والشمولي أقوى (السيد محمد باقر الصدر، م: دروس في أصول الفقه، الحلقة الثالثة، ج 2، ص 295). (إذن يكون المعنى بالفرضين مخالفًا لأنّا رجحنا جانب المنهى).

<sup>178</sup> وإذا قيل بجواز اجتماع العنوانين فلا يتعارض الدليلان (السيد محمد باقر الصدر، م: دروس في أصول الفقه، الحلقة الثالثة، ج 2، ص 295). وهذا يكون المعنى بالفرضين مخالفًا ومتناطلاً معاً.

وعلى هذا تم جامع بين هذه الصورة الرابعة من جهة وبين الصورة الأولى والثانية من جهة أخرى. وينبغي التبيه إلى أنه حين يكون متعلق الأمر ومتناطقي التهلي (في كلّ هذه الصور) عموم من وجهه يتشكل الفارق بينها. ويزيل أحدهم (كما ذكرنا ذلك سابقًا) الاستشكال بالقول إذا كان العموم استغرافيًا كذا في إطار صورة التعارض. وإذا كان العموم بدليًا ولا يمكن للمعنى بالفرضين إلا أن يجمع بينهما فهنا تكون الصورة الثانية: أي صورة التزاحم. أما إذا كان يمكن للمعنى عدم الجمع ولكنه أساء الاختيار بأن جمع فتحن في إطار الصورة الرابعة. انظر تفصيل هذا عند: الشيخ محمد رضا المظفر، م: (أصول الفقه)، ج 1، ص 281 وما بعدها. ويمكن تبيان ما سبق على النحو التالي:

69. وهنا أيضاً من ينظر في نصوص مجلة الالتزامات والعقود يجدها لم تصرّح برفض قول العقل. وعلى هذا فإنَّ تلك النصوص تقبل هذا القول.

**70** فإذا أخذت مما سبق صورة الوجوب واقتضاوه عقلاً النهي عن الضّدّ وجدنا ثمرة القول بهذا الاقتضاء في المبحث الذي سيجيء للتوّ: أي في مبحث إفشاء الحجّة العقلية إلى القول بحكم وضعى:

## صورة التّعارض:

**يُجب أ = يجب أ على الوجه<sub>1</sub> و (و = عموم استغراقـي) يجب أ على الوجه<sub>2</sub> و (عموم استغراقـي) يجب أ على الوجه<sub>3</sub> و (عموم استغراقـي)... الخ.**  
**يمنع أ = يمنع أ على الوجه<sub>1</sub> و (عموم استغراقـي) يمنع أ على الوجه<sub>2</sub> و (عموم استغراقـي) يمنع أ على الوجه<sub>3</sub> و (عموم استغراقـي)... الخ.**  
**إذن:**

تقاطع: يجب أ على الوجه<sub>1</sub> × يمنع أ على الوجه<sub>2</sub> ← تسقط حجية الوجوب والمنع على مستوى نقطة الالقاء.  
وتقاطع: يجب أ على الوجه<sub>2</sub> × يمنع أ على الوجه<sub>1</sub> ← تسقط حجية الوجوب والمنع على مستوى نقطة الالقاء.  
الخ.  
والنتيجة أن الوجوب والمنع سقطت حجيتهما على مستوى جميع النقاط.

الصّورتان المتّبقيتان:

يُجب أ (ب) أو "عوم بدلٰي" يُجب أ (ج) أو "عوم بدلٰي" يُجب أ (د) أو "عوم بدلٰي" ... الخ.  
 يُمنع ب = يُمنع ب (أ) أو "عوم بدلٰي" يُمنع ب (ج) أو "عوم بدلٰي" يُمنع ب (د) أو "عوم بدلٰي" ... الخ.  
 إذن:

تقاطع: يجب أ(ب) × يمنع ب(أ)  
 عدم تقاطع: يجب أ(ج) □ □ يمنع ب(ج)  
 عدم تقاطع ...  
 ← تبقى حجية الدليلين في نقطة الالقاء لأن العموم بدلي.  
 لكن ومن نقطة الالقاء تستخرج صورتان:  
 الصورة الأولى: لا يمكن أدون ب

رفع الإطلاق عن المهم في حالة عدم التساوي بين الدليلين (لفرض أنّ: يجب أ هي المهمة) / نرفع إطلاق دليل الوجوب عن: يجب أ (ب) / لم يعد هذا الدليل يشمل (أب) / بقي لدينا حكم واحد لـ(أب) وهو المنع). ورفع الإطلاق عن واحد من الدليلين في حالة التساوي بينهما.

موقفان

ووفقاً لجورج ماسينج (بالهامش 96) إلى الفصل 546 من مجلة الالتزامات والعقود. ويبدو أن فرض الفصل 546 مرتبط بالصورة الثانية الواردة للتو. فإذا صحت هذه أمكن القول إنه إذا كان الفصل 546 يُقدم المانع، فهذا يعني قوله منه بامتناع الاجتماع بين عنوان المنع والمقتضي ومن ثم قوله بدخول دليل المنع ودليل المقتضي في باب التعارض (لذلك قيل سابقاً إن العلاقة وثيقة بين الفصل 546 وما تم تناوله آنذاك وهو التعارض بين حكمين). ثم إن في تقديم التصريح المنع على الاقتضاء (إذا فهم الاقتضاء في النص على أنه يشمل أيضاً الأمر) تقديم لما اطلقا شمولياً على ما إطلاقه بدلي.

قرب ما جاء أعلاه من الأعمال التحضيرية لمجلة الالتزامات والعقود، وبالتحديد من المشروع كيما روج (1899) حيث توجد التصوص التالية:

الفصل 632: "إذا وقع الشك بين أمرين فدرى المفسدة مقدم على جلب المصلحة" (لم يُنقل هذا الفصل إلى مجلة الالتزامات والعقود)/الفصل 633: "إذا تعارض المانع والمقتضي ينضم المانع" (نقل هذا الفصل إلى مجلة الالتزامات والعقود)/الفصل 645: "الأصل ارتکاب أخلف الصّررِين" (نقل هذا الفصل إلى مجلة الالتزامات والعقود)/الفصل 646: "إذا تعارضت منفعة عامة ومنفعة خاصة ولم يكن التوفيق بينهما قدّمت العامة" (نقل هذا الفصل إلى مجلة الالتزامات والعقود)/الفصل 647: "ما تردد بين الحظر والإباحة يترجح فيه معنى الحظر" (لم يُنقل هذا الفصل إلى مجلة الالتزامات والعقود).

وبعد الإتيان بما سبق انظر من يتحدث عن قاعدة دفع المفسدة أولى من جلب المصلحة ويوضحها بالقول أنه إذا تزاحم الواجب والممنوع بأن كان في فعل مصلحة وفي فعل آخر مفسدة فُتم المنع لأن دفع المفسدة أولى. ثم يورد تطبيقات القاعدة قائلاً: "إذا دار الأمر بين إنقاذ غريق وبين التصرّف في أرض الغير بغير إذنه، بحيث لا يمكن من امتثال الواجب وهو إنقاذ الغريق، وامتثال الحرام وهو الغصب، فعلى القول بأولوية دفع المفسدة من جلب المفعة برجح جانب الحرمة، وعلى القول بعدم تمامية القاعدة وملاظحة الموارد برجح جانب الوجوب لأنَّه أهُم". وقد عُدَّ من تطبيقات هذه القاعدة مسألة ترجيح جانب الحرمة على جانب الوجوب على القول بامتناع اجتماع الأمر والنهي". قواعد أصول الفقه على مذهب الإمامية (مس)، ص 174، 175.

<sup>177</sup> هذا هو موقف **الشيخ محمد رضا المظفر**، م س (**أصول الفقه**)، ج 1، ص 261. والملازمة عنده ليست ملزمة شرعية لأنّ هذا تحصيل للحاصل بل هي عقلية.

<sup>178</sup> السيد محمد باقر الصدر، م س: دروس في علم الأصول، الحلقة 3، ج 2، ص 301. وثمة الخلاف كما يقول إله على القول بالاقضاء «يعق التعارض بين دليلي الواجبين... لأن كلاً من الذليلين يدل بالالتزام على تحرير مورد الآخر فيكون التنافي في أصل الجعل، وهذا ملاك التعارض... وعلى القول بعدم الاقضاء... لا تعارض، لأن مفاد كل من الذليلين ليس إلا وجوب مورده وهو وجوب مشروط بالقدرة وعدم الاستغفال بالمخالف، كما نقدم، ولا تنافي بين وجوهين من هذا القبيل في عالم الجعل».

## (ب) الحجّة العقلية المفضية إلى القول بحكم "وضعي"

71. يقول الفصل 549 من مجلة الالتزامات والعقود: "من كان له التصرف بالنيابة عن غيره كالمقدم والمدير ليس له أن يعقد لنفسه ولو بواسطة". فإذا خالف النائب النهي ما مصير العقد الذي أبرمه مع نفسه؟

ويقول الفصل 240 من نفس المجلة: "لا يلزم العقد إلا العاقدين ولا ينجر منه للغير ضرر ولا نفع إلا في الصور التي نص عليها القانون". فإذا خالف العاقدان المنع ما مصير جزء العقد الذي جلب للغير نفعاً أو وضع على كاهل الغير ما يُعد ضرراً؟

ويقول الفصل 244 من ذات المجلة: "لا يسوغ لعائد أن يشترط عدم إلزامه بما ينتج من خطنه الفاحش أو تعمده". فإذا اشترط إعفاء من المسؤولية الناجمة عن خطأ فاحش أو عن عمد، ما جزاء الشرط؟

ويمكن أن نزيد من هذه الأمثلة التي فيها نهي. لكن تتبّغي الإشارة إلى أن المسألة تتعلّق أيضاً بنصوص تضع وجوباً وتهمل ذكر الجزاء في صورة عدم امتنال العقد للوجوب.

72. فإذا ترك الوجوب وقع الاهتمام بالنصوص التي تنهى كان السؤال: هل النهي عن شيء يلازم بطلان<sup>179</sup> متعلقه<sup>180</sup>؟ وبعبارة أخرى: هل ثم مانعة جمع بين النهي عن شيء وصحة متعلقه؟

73. وإن متعلق النهي ينبغي أن يكون مما يمكن وصفه بالبطلان كالعقد<sup>181</sup>.

ثم إن النهي قد يقصد به المشرع مانعة متعلق النهي (أي يقصد به القول بمانع. والمانع هو متعلق النهي)<sup>182</sup> أو شرطية نقيض متعلق النهي (أي يقصد به القول بشرط. والشرط هو نقيض متعلق النهي)<sup>183</sup>. فالحكم في الصورة الأولى مرّكّب ويختلف بوجود المانع. وكذلك الأمر في الصورة الثانية حيث الحكم مرّكّب بدوره ويختلف بفقدان الشرط. وإذا وجد المانع أو إذا لم يوجد الشرط، قيل بالبطلان. فالنهي في هاتين الصورتين يفيد البطلان للأسباب المذكورة لا لكون النهي يستلزم البطلان<sup>184</sup>. فإذا أريد ضرب مثل أحد الفصل 10 من مجلة الأحوال الشخصية. فهذا النص يقول: "... ليس... (لوكيل الزواج) أن يوكل غيره بدون إذن موكله أو موكلته...". فمتعلق النهي هنا انعدام الإذن. ونقيض انعدام الإذن: انعدام انعدام الإذن؛ أي هو - وبسبب كون نفي النفي إثبات - وجود الإذن. فإذا قيل إن النهي في الفصل 10 يقصد به وضع شرط، كان الشرط إذن الموكل. فإذا انعدم هذا الشرط كنا أمام حالة تدخل في فرض التأويل العكسي وتفضي من هذه الطريق (لا من طريق: النهي يستلزم البطلان) إلى البطلان<sup>185</sup>. وإفراطها للبطلان ليس مردّه أنّ أجنبنا بالإيجاب عن السؤال: هل يقتضي النهي البطلان؟ ثم أعملنا بعد ذلك الجواب.

<sup>179</sup> جاء عند أحدهم أن الصحة هي تطابق المعاملة مع الشروط والبطلان عدم التطابق. ويلزم عن عدم التطابق عدم ترتيب أثر المعاملة من نقل ملكية، الخ. الشيخ محمد رضا المظفر، م س (أصول الفقه)، ج 1، ص 305. وإنّه يمكن نقل هذا الكلام إلى القانون التونسي (الخ) وأن يقال: إن الصحة هي توفر الشروط، وإن لازم الصحة هو ترتيب آثار العمل القانوني/ وإن البطلان هو عدم توفر الشروط، وإن لازم البطلان هو عدم ترتيب آثار العمل القانوني.

<sup>180</sup> انظر ما قيل سابقاً حول معنى المتعلق: الهمامش 132.

<sup>181</sup> وفعلاً لا معنى للقول إن النهي عن تناول المخدرات مثلاً يقتضي أو لا يقتضي البطلان. قارن مع: الشيخ محمد رضا المظفر، م س: أصول الفقه، ج 1، ص 305.

<sup>182</sup> ومثاله من الفقه من لبس جلد الميتة في الصالة. فهو يفيد منع اتخاذ جلد الميتة لباساً. الشيخ محمد رضا المظفر، م س: أصول الفقه، ج 1، ص 310.

<sup>183</sup> الشيخ محمد رضا المظفر، م س: أصول الفقه، ج 1، ص 310. السيد محمد باقر الصدر، م س: دروس في علم الأصول، الحلقة الثالثة، ج 2، ص 353. محمد حسين الغروي، بحوث في الأصول، مؤسسة النشر الإسلامي، 1416هـ، ج 3، ص 107.

<sup>184</sup> الشيخ محمد رضا المظفر، م س: أصول الفقه، ج 1، ص 310. انظر السيد محمد باقر الصدر، م س: دروس في علم الأصول، الحلقة 3، ج 2، ص 302: "لا شك في أن النهي المتعلق... بالمعاملة ارشاداً إلى شرط أو مانع يكشف عن البطلان بفقد الشرط أو وجود المانع".

<sup>185</sup> انظر التأويل العكسي في إطار صورة الشرط: Abdelmagid ZARROUKI, art. préc., n° 12, 21 et 41.

74. فإذا حررنا المسألة التي نحن بصددها من بعض الجوانب التي لا تدخل فيها وجب بعد ذلك الالتفات إلى طرف الملازمة المتساءل عن وجودها: وهو من جهة التهوي ومن جهة أخرى البطلان. والنظر إلى هذين الطرفين يجعلنا نقول إن هذه المسألة مختلفة عن جميع سبقاتها.

وفلا فإن النهي حكم تكليفي<sup>186</sup>، لكن البطلان ليس كذلك. وعلى هذا فسؤالنا إن أحيب عنه بالإيجاب سيففضي إلى القول بحكم غير تكليفي.

75. وهذا الحكم يصطلاح على تسميته في أصول الفقه بالحكم الوضعي<sup>187</sup>. والحكم الوضعي هو كل أمر ورد في القانون وليس وجوباً أو نهياً أو حقاً ذاته جانبيين<sup>188</sup> (وغير ذلك<sup>189</sup>). ولا مانع، من الزاوية

186 **انظر** عدد 56.

<sup>187</sup> ينبع التباهي إلى أن الحكم الوضعي هنا هو ما يقابل الحكم التكاليفي وإلى أنه ليس الحكم الوضعي *Positif* الذي يقابل به في القوانين الغربية *Naturel*. انظر حول الفاصلة الوضعية التي تقابل بها القاعدة الطبيعية.

Vocabulaire juridique, Association Henri CAPITANT: «Droit...- positif: Ensemble des règles de Droit effectivement en vigueur par opp. à droit idéal ou Droit naturel».

<sup>188</sup> عبد الهادي الفضلي، م س، ص 410. وعلى هذا فنحن أمام صنف مفتوح (Une catégorie ouverte). لذلك يرفض أحدhem جعله قبالة صنف الحكم التكاليفي لأنّ هذا الصنف مغلق. انظر (الشيخ الأنصاري، حاشية الاستصحاب، مكتبة باقرى، 1415 هـ، ص 45) حين يقول: «من ذلك تقسيمهم الحكم إلى وضعى وتکليفي فإن التکلیفیات وإن كان بينها شبه سخیة لكن الوضعیات ليست كذلك فلا وجه لجمع عدّة مفاهیم غير متتساکحة بوجه وتقسیتها باسم ثمّ جعلها قسمیاً للتكلیف».

<sup>189</sup> المقصود بـ "غير ذلك" الكراهة والاستحباب في القانون الإسلامي وما يسمى بـ "القانون اللين Soft law" في القانونين الغربيتين. انظر عدد 37.

ويقسم الحكم الوضعي كما يقسم الحكم التكليفي. ويقول أحدهم (محمد حسين الأصفهاني، الفصول الفروعية، دار إحياء العلوم الإسلامية، 1404هـ، ص 336) في هذا المعنى: "الحكم التكليفي ينقسم إلى الأقسام الخمسة وقد مروا. أما الحكم الوضعي فقد قسم أيضاً إلى أقسام خمسة: السبيبية والشرطية والمانعية والصحّة والفساد. وليس بمعتمد الخروج كثير من أحكام الوضع منها كالطهارة والتजاسة والملكية والحرّية والرّفقة والزوجية والبنونة إلى غير ذلك". وفي قانون كلاقانون القانوني والفرنسي (الخ) يمكن التحدث عن بعض هذه الأحكام الوضعية: الصحّة، والطلان، الخ. وبينغى هنا (ختاماً لمسائل الأحكام التي تم تناولها طوال هذا العمل وربطها بالمنهجية القانونية) إيراد هذا المقتطف للسيد محمد باقر الصدر مع إدخال تعديلات تجعله يهم أيضاً غير القانون الإسلامي. كما ينبغي بعد ذلك تقريب ما قاله السيد محمد باقر الصدر مما قالته Catherine THIBIERGE وإليك الآن مقتطف السيد محمد باقر الصدر: "عرفنا أن...(المنهجية القانونية تهم) العناصر المشتركة في عملية استباط الحكم... (القانوني)، ولأجل ذلك يجب أن تكون فكرة عامة منذ البدء عن الحكم... (القانوني الذي تقوم المنهجية القانونية) بتحديد العناصر المشتركة في عملية استباطه. (ف)... (الحكم... (القانوني هو التشريع الصادر من...) (مشروع ما) لتنظيم حياة الإنسان والخطابات... (القانوني) مبرزة للحكم وكاشفة عنه، وليس هي الحكم... (القانوني) نفسه. وعلى هذا الضوء يكون من الخطأ تعريف الحكم... (القانوني) بأنه الخطاب... (القانوني) المتعلق بأفعال المكلفين، فإن الخطاب كائف عن الحكم والحكم هو مدلول الخطاب. أضف إلى ذلك أن الحكم... (القانوني) لا يتعلق بأفعال المكلفين دائمًا، بل قد يتعلق بذواتهم أو بأشياء أخرى ترتبط بهم، لأن الهدف من الحكم... (القانوني) تنظيم حياة الإنسان، وهذا الهدف كما يحصل بخطاب متعلق بأفعال المكلفين... (كأنق على زوجتك) كذلك يحصل بخطاب متعلق بذواتهم أو بأشياء أخرى تدخل في حياتهم من قبيل الأحكام والخطابات التي تنظم علاقة الزوجية وتنتهي المرأة زوجة للرجل في ظل شروط معينة، أو تنظم علاقة الملكية وتعتبر الشخص مالكاً للمال في ظل شروط معينة، فإن هذه الأحكام ليست متعلقة بأفعال المكلفين بل الزوجية حكم... (قانوني) متعلق بذواتهم والملكية حكم... (قانوني) متعلق بالمال. فالافتراض إذن... (تعريف الحكم القانوني بأنه التشريع الصادر) لتنظيم حياة الإنسان سواء كان متعلقاً بأفعاله أو بذاته أو بأشياء أخرى دخلة في حياته. ويمكن تقسيم الحكم إلى تكليفي ووضعي:

و....(الحكم التكليفي هو) الحكم..(القانوني) المتعلق بفعل الإنسان والموجله مبادرة في مختلف جوانب حياته الشخصية...والعائلية والاقتصادية والسياسية... أما الحكم الوضعي فهو الحكم القانوني الذي لا يكون موجهاً مباشرة للإنسان في أفعاله وسلوكه، وهو كل حكم يشرع وضعاً معيناً يكون له تأثير غير مباشر على سلوك الإنسان، من قبيل الأحكام التي تنظم علاقات الزوجية، فإنها تتشرّع بصورة مباشرة علامة معينة بين الرجل والمرأة وتؤثر بصورة غير مباشرة على السلوك وتوجهه لأن المرأة بعد أن تصبح زوجة مثلاً تلزم بسلوك معين تجاه زوجها، ويسمى هذا النوع من الأحكام بالأحكام الوضعية. والارتباط بين الأحكام الوضعية والأحكام التكليفية ثيق، إذ لا يوجد حكم وضعى إلا ويوجد إلى صفة حكم تكليفي، فالزوجية حكم...(قانوني) وضعى توجد إلى صفة أحكام تكليفية، وهي وجوب إنفاق الزوج على زوجته...(الخ) والمملكة حكم...(قانوني) وضعى توجد إلى صفة أحكام تكليفية من قبيل...(منع) تصرف غير المالك في المال إلا بإذنه، وهكذا...)(و) ينقسم الحكم التكليفي- وهو الحكم المتعلق بفعل الإنسان والموجله لها مباشرة- إلى خمسة أقسام، وهي كما يلى: 1 - الوجوب: وهو حكم...(قانوني) يبعث نحو الشيء الذي تعلق به بدرجة الإلزام، نحو وجوب...(الإنفاق الذي مرّ معنا). 2 - الاستحباب: وهو حكم...(قانوني) يبعث نحو الشيء الذي تعلق به بدرجة دون الإلزام، ولهذا توجد إلى صفة دائماً رخصة من...(المشروع) في مخالفته... 3 -...(النهي وهو) حكم...(قانوني) يزجر عن الشيء الذي تعلق به بدرجة الإلزام، نحو...(النهي عن إبرام عقد محله خارج عن الشجرة). 4 - الكراهة... وهي حكم...(قانوني) يزجر عن الشيء الذي تعلق به بدرجة دون الإلزام، فالكراهة في مجال الرجز كالاستحباب في مجال الهرمة، كما أن الحرمة في مجال الرجز كالوجوب في مجال البعث... 5 - الإباحة: وهي أن يفسح...(المشروع) المجال للمكالف لكي يختار الموقف الذي يريد، ونتيجة ذلك أن يتمتع المكالف بالحرية فله أن يفعل وله أن يترك". السيد محمد باقر الصدر، م: المعالم الجديدة، ص 99 وما بعدها.

Catherine THIBIERGE, Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit, R.T.D. civ, 2003, p619 et 620 :" Selon Lalande en effet, le normatif est un genre qui se décline en deux espèces : l'impératif et l'appréciatif ; l'impératif étant philosophiquement associé à l'obligatoire, au devoir-être, et l'appréciatif, au souhaitable. Et Lalande d'insister sur la nécessité de ne pas confondre le normatif et l'obligatoire. Ainsi l'union des sens étymologique et philosophique éclaire le fait qu'est normatif ce qui fournit un modèle, que celui-ci

العلمية، من تنزيل التقسيم (مع الاحتفاظ بنفس الأسماء أو مع تغييرها إذ المهم هنا الجانب الأصلي للتقسيم أي المسميات) الأصولي على كل القوانين: أولا لأن كل القوانين فيها وجوب ونهي وغيرهما (أي فيها إن احتفظنا بالأسماء - أحكام تكليفية). وثانيا لأن كل القوانين فيها أحكام ليست وجوبا ولا نهيا ولا غيرها (أي كل القوانين فيها - إن احتفظنا بالأسماء - أحكام وضعية)<sup>191</sup> (ال التقسيم والأقسام مسائل أصولية أو منهجية. والمنهجية - كما سبق في المقدمة - علم كلّي لا يهم قانونا دون قانون ولا زمانا دون زمان<sup>192</sup>. أما

relève de l'obligatoire, modèle imposé, ou simplement du souhaitable ou du possible, modèle proposé. Pareille possibilité ne peut manquer d'interroger sur la nature de la règle juridique. Nature de la règle de droit. Comprise en son plein sens étymologique et philosophique, la norme - ou règle, constitue donc un modèle ; cette définition convient parfaitement aux règles juridiques, au point d'annoncer et de démontrer «la règle de droit comme modèle» ; et ce modèle est susceptible d'être imposé par le droit, dans des règles juridiques qui posent une obligation ou une prohibition : il s'agit alors de règles de droit dur, au sens d'obligatoire. Mais il peut aussi être simplement proposé traçant non pas une ligne de conduite ou d'action strictement prédéterminée, mais plutôt un parcours qui suggère, indique ou recommande une direction souhaitable.

Modèle imposé, la règle, prescriptive, s'analyse en un ordre ou commandement. Modèle proposé, elle participe de la recommandation ou conseil, au sens générique de ces termes. **Commandement et recommandation apparaissent ainsi comme deux espèces distinctes d'un même genre : la norme. Et ces deux espèces sont susceptibles également de se décliner en sous-espèces variées ; le commandement ou ordre inclut l'indérogable, l'interdit, l'obligatoire ou le permis ; et la recommandation traduit le souhaité, le souhaitable, l'incitatif, le conseillé...** On observera que cette possible intégration des règles souples parmi les règles de droit ne remet pas en cause leur fonction, qui reste inchangée : elles demeurent des règles de conduite ou plus largement des règles pour l'action humaine. Simplement au lieu de revêtir une nature instrumentale uniquement prescriptive, elles peuvent aussi relever d'une autre nature, recommandatoire. Cette proposition théorique n'est que le reflet d'une réalité juridique désormais bien établie, celle de l'ampleur du phénomène de la soft law. Mais il y a quelques années elle était totalement pionnière, tout particulièrement en droit interne".

<sup>191</sup> ولذلك الآن هذا المقتطف الهام الذي فيه تعريف القانون التكليفي وللقانون الوضعى وفيه تناول العلاقة بينهما وفيه تعرّض العلاقة بين القوانين في نفسها وفيه تحديد لأقسام القوانين التكليفية والوضعية. وإنما سنورد هذا المقتطف لأنّه يتم المقتطف الوارد سابقاً والمأخوذ من السيد محمد باقر الصدر). ويقول المقتطف الجديد: "قسم الأصوليون الاعتبار القانوني لثلاثة أقسام: 1- حكم تكليفي. 2- حكم وضعى. 3- الماهية المختبرة. فالحكم التكليفي متقوّم بعنصرين: 1- استيانه الحكم الجزائري فإنّ الوجوب والحرمة مستبطنان للوعيد على الترک أو الفعل والاستحباب والكراهة مستبطنان للوعد على الفعل أو الترک، ففيتّحة التصريح للحكم الجزائري مقومة للحكم التكليفي. 2- ارتباطه المباشر بعمل الفرد فهو متوجّه ومتتعلّق بالفعل الخارجي... والحكم الوضعى متطلّع بالعمل الخارجي لا على نحو المباشرة كالحكم التكليفي ولا على نحو الاستبطان للحكم الجزائري سواء كان بعيداً أم ورعاً. والمهنية المختبرة قد تكون عبادة كالصلة والمحاج وقد تكون موضوعاً كالميّنة والمذكى وقد تكون معاملة كالبيع والصلح... العلاقة بين الحكم التكليفي والوضعى وبين أقسام الحكم التكليفي: أمّا العلاقة بين الحكم التكليفي والوضعى... اختار الشّيخ الأنصاري (قدّه) تفرّع الأحكام الوضعية على الأحكام التكليفية وأنّها مجعلّة يتبع جعلها لا يجعل مستقلّ، وذهب بعضهم إلى عكس ذلك وهو انتزاع الحكم التكليفي من الحكم الوضعي كالسيد الشاهرودي (قدّه)، وذهب آخرون للعنابة واستبطان الحكم الوضعي للحكم التكليفي، وذهب بعض الأعظم التفصيل في الأحكام الوضعية فبعضها متفرّع من الحكم التكليفي كالجزئية المتنزعّة من الأمر بالمركب وبعضها مجعلّ بالاستقلال كالملكية والزوجية وشبيه ذلك... وأمّا العلاقة بين الأحكام التكليفية نفسها فهي إما علاقة التناقض وإما علاقة التلازم، فعلاقة التناقض والتلازم هي التي سنشير إليها في بحث عوارض الأحكام، وأمّا علاقة التلازم فهي المبحوث عنها في مقدمة الواجب ومسألة الصدّ حيث يذكر هناك أنه هل يوجد تلازم بين وجوب ذي المقدمة ووجوب المقدمة شرعاً أم لا، وهل يوجد تلازم بين وجوب الشّيء وحرمة صدّه أو حرمة شئّ ووجوب صدّه أم لا... أقسام القانون التكليفي والوضعي: ينقسم القانون التكليفي للأحكام الخصّة وهي التي وقع البحث في كونها أموراً اختراعية أم أموراً نسبيةٍ واقعيةٍ، فعلى مسلك الحقائق الطهراني من كون الحكم عبارة عن نسبة بين المولى وبين فعل المكلّف وهي إما نسبة القبول أو الرفض يتم الرأي الثاني، وعلى المسلك المشهور من كون الحكم عبارة عن الاعتبار المولوي المستبطن للوعد أو الوعيد يتم الرأي الأول وبناءً عليه فهل الفرق بين الوجوب والتّدبّر وبين الحرمة فرق تشكيكي بالشّدة والضعف كما يراه المحقق العراقي أم تغایر ذاتي يجعلهما وجودين مختلفين... وينقسم الوجوب... وينقسم المباحث للباحث الاقتصادي والمباحث اللاقتصادي. وينقسم الإلزام بصفة عامة للإلزام النفسي والغيري... وينقسم القانون الوضعي عدّة تقسيمات، منها انقسامه للحق والحكم فما هو الفارق بين الحق والحكم كما هو الصحيح أم متحдан كما ذهب إليه الأستاذ السيد الخوئي (قدّه)". السيد علي الحسيني السيستاني، م، ص 51 و 52 و 53. انظر أيضاً ص 59 حيث يتعرّض لصياغة الحكم التكليفي والوضعي فيقول: "لقد يعبر عن القانون التكليفي والقانون الوضعي بصيغة واحدة مثلاً يقول القرآن: (واعشووهن بالمعروف) وهو حكم مولوي، ويقول: (وطلّووهن لعنهن) وهو حكم وضعى، أي شرطية العدّة في الطلاق، فهذا الاشتراك في الصيغة سبب من أسباب اختلاف الحديث ومشاهد فقر اللغة العربية من المصطلحات القانونية".

<sup>192</sup> إن تنزيل هذا التقسيم على غير القانون الإسلامي من شأنه أن يزيد بعض الأشياء التي يستشكلها البعض. وفعلاً حين ننزل-على سبيل المثال- إلى الفصل 12 من مجلة الحقوق العينية وإلى الفصل 142 من نفس المجلة ومعنا هذا الجهاز المفهومي [أحكام تكليفية /أحكام وضعية] سنقول إن ما جاء بالفصل 12 حكم وضعى: حق الملكية/ حق الانتفاع/ الخ. أما الفصل 142 فحين يقول إن "الانتفاع هو الحق في استعمال... واستغلال...". فهو يقول- إن جمعناه بالفصل 12- إن الانتفاع حق يخول الانتفاع (لأن الاستعمال أو الاستغلال انتفاع). وإن من يصل إلى هنا يستشكل عليه فهم النصوص. الواقع أن الفصل 142 حين قال حق الانتفاع جاء بحكم وضعى وحين قال ما مفاده إن ذلك الحق يخول الانتفاع فالذى خوله حكم تكليفي. أما الفصل 12 فحين قال حق الانتفاع، فهو يصدّ حكم وضعى. ومن الواضح أن الاتيان بالجهاز المفهومي المذكور أزال الاستشكال حول حق الانتفاع في الفصل 12 وحق الانتفاع في الفصل 142. ويمكن ان نضيف أن الفصل 17 من مجلة الحقوق العينية يقول إن "الملكية هو الحق"

الأسماء المطلقة على الأقسام فيمكن استبدالها بغيرها إن كان يتناسب أكثر مع الوسط القانوني المعين الذي نعمل داخله).

ومن الأحكام الوضعية كما تقدم البطلان، وكذلك الصحة.

76. وعلى هذا فمسالتنا حاصلها: هل الحكم التكليفي المتمثل في النهي يلزمه الحكم الوضعي المتمثل في البطلان؟ أو هي: هل ثم ممانعة وتنافر بين الحكم التكليفي المتمثل في النهي وبين الحكم الوضعي المتمثل في الصحة؟

وإن طرح المسألة بوجهين واحد للبطلان وآخر للصحة تبرره العلاقة بينهما<sup>193</sup>.

77. وإن البعض يقول بأن العقل يحكم بوجود الممانعة أو بوجود الملازمة<sup>194</sup>. ومعنى هذا الكلام يمكن صياغته في قالب قياس:

| هذا | الفعل منهي عنه قانونا

إكل فعل منهي عنه قانونا إيلازمه عقا البطلان

فإذن | هذا | إيلازمه عقا البطلان

فإذا أخذنا مثلاً من القانون التونسي (الفصل 549 من مجلة الالتزامات والعقود)<sup>195</sup>(قلا إن):

| تعاقد النائب مع نفسه | فعل منهي عنه قانونا

إكل فعل منهي عنه قانونا إيلازمه عقا البطلان

| تعاقد النائب مع نفسه | إيلازمه عقا البطلان

الذي يخول صاحب الشيء وحده استعماله واستغلاله والتقويت فيه". فالملكلة في النص حكم وضعى، أما الاستعمال والاستغلال والتقويت فأحكام تكليفية(من يرجع إلى "Droit subjectif"Association Henri CAPITANT Vocabulaire juridique" يجد أن معناها: "prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt" أما فمعناها: Prérogative

"Attribut d'un droit ; chacun des pouvoirs exclusifs, des moyens d'action...Ex. : disposition, usage et jouissance sont les prérogatives attachées au droit de propriété")

ومن الزاوية النظرية يمكن لقانون أن يسحب حق الاستعمال والاستغلال والتقويت من شخص وبivity له على حق الملكية (قارن مع Jean Louis GARDIES, préc., p. 207) حيث يخلص بعد بحث "فينومينولوجي" إلى أن جوهر الملكية لا يمكن أن يستخرج منه حق التقويت. لكن من حق التقويت، الخ يمكن أن تستخرج الملكية: قرّب هذا مع ما ورد سابقاً من مواقف حول العلاقة بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي). وقد يستشكل هذا على البعض. وإن الإشكال يزول حين نفهم أن ما سُحب عنوانه حكم تكليفي وما أُبقي عنوانه حكم وضعى- طبعاً الإشكال أزيد بكثير

اذ ينبغي بعد ذلك أن نبحث عن العلاقة بين الحكم الوضعي وبين الحكم التكليفي(انظرها في إطار ما ورد أعلاه).<sup>193</sup> لقد بحثنا سابقاً في العلاقات بين الأحكام التكليفية وبإمكان البحث عن نفس العلاقات في إطار البطلان النسبي والمطلق والصحّة، أي في إطار أحكام وضعية. (انظر: عبد المجيد الزروقي، أحكام الغلط في مجلة الالتزامات والعقود(محاولة نقد)، أطروحة، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، 2003، الماهمش 153 حيث قيل إن: "المنطق يسمح بتحديد العلاقة بين الصحة وبين البطلان المطلق والصحّة على أنها علاقة تأدية بالمعنى المنطقي للثانية(البطلان النسبي يؤدي إلى الصحة)...(وإن) المنطق يسمح بتحديد العلاقة بين البطلان المطلق والصحّة(موقتها وغير مؤقتها معاً) على أنها علاقة تناقض بالمعنى المنطقي للتناقض...(وإن) المنطق يسمح (لو نظر إلى أسباب الصحة وأسباب البطلان النسبي وأسباب البطلان المطلق، مع استحضار أن السبب الواحد لا يكون مثلاً سبب بطلان نسبي ومطلق معاً، أو سبب صحة وبطلان نسبي، الخ) بتحديد العلاقة بين كل اثنين من هذه الأشياء الثلاثة(الصحّة والبطلان النسبي والبطلان المطلق) على أنها علاقة تضاد(إذن يمكن رسم مثلث تضاد نجد فيه الصحة والبطلان النسبي والبطلان المطلق)...(وإن) المنطق يسمح بتحديد العلاقة بين البطلان في الفقه الإسلامي وعدم اللزوم مثلاً على أنها علاقة تضاد بالمعنى المنطقي للتضاد، الخ. وبعبارة واحدة يسمح المنطق بالوصول إلى معرفة مختلفة لنظرية الجزاء الغربية ومن ثمة لنظرية الجزاء في م.أ.ع، وكذلك لنظرية الجزاء الإسلامية وللفروق بين هذه النظريات. دقيق بعض ما جاء للتّراجع: الشيخ محمد رضا المظفر(مراجع سابق، ج 1 ، ص 305 )حين يقول: "الفساد(=البطلان)...ما يقابل الصحة تقابل العدم والملكة على الأصحّ، لا تقابل التّقييضين ولا تقابل الضّدين".

194 يقول السيد محمد باقر الصدر(م س: دروس في علم الأصول، الحلقة 3، ج 2، ص 303) ملخصاً المسألة: "...تُحل العاملة إلى السبب(العقد) والمسبب(أثر العقد). والحرمة تارة تتعلق بالسبب، وأخرى بالمسبب؛ فإن تعلقت بالسبب فالمعروف... أنها لا تقتضي البطلان، إذ لا منافاة بين أن يكون الإنشاء والعقد مبغوضاً وأن يترتب عليه مسيبه ومضمونه. وإن تعلقت بالمسبب – أي بمضمون المعاملة الذي يراد التوصل إليه بالعقد، باعتباره فعلاً بالواسطة للمكافأة وأثراً تسبيبياً له – فقد يقال بأن ذلك يقتضي البطلان لوجهين: الأول: أن هذا التحرير يعني مبغوضية المسبب، أي التمييز بعوض في مورد البيع مثلاً، ومن الواضح أن الشارع إذا كان يبغض أن تنتقل ملكية السلعة للمشتري فلا يُقل أن يحكم بذلك، وعدم الحكم بذلك عبارة أخرى عن البطلان...". وفي نفس المعنى يقول الميرزا الشيرازي(تقريرات الميرزا الشيرازي، مؤسسة آل البيت، 1409 هـ، ج 3، ص 116): "...والتحقيق أن يقال: إن التليل المقضي لصحة المعاملة إنما هو منطق بترتيب أثارها عليه، فحيينذ إن كان النهي متعلقاً بنفس المعاملة فهو غير منافق لذلك التليل بوجه، لعدم المنافاة بين تحريم الإتيان بسبب وبين وجوب ترتيب الآثار عليه أو جوازه فلا يقتضي الفساد، وإن كان متعلقاً بالآثار أو ترتيبها على المعاملة، فهو ينافق ذلك التليل ويقتضي فساد المعاملة، وهذا عين ما حفظنا سابقاً، وأقمنا الحجة عليه".<sup>195</sup> أو 240، الخ وذلك حين لا نأخذ هذه النصوص على أنه فصيحة منها القول بمانع أو بشرط(انظر عدد 73).

فإذا أتيانا الآن بالفصل 539 من مجلة الالتزامات والعقود وجدها يقول: "إذا صرّح القانون بالنّهي عن شيء كان إتيانه باطلًا لا يبني عليه شيء". وهذا القول للنصّ يعني قبولاً صريحاً من المشرع بقول العقل. وهكذا نخرج من هذه المسألة بما خرجنا به من سابقة لها.

#### 78. ويمكن أن تقدم هنا ملاحظتان:

**الملاحظة الأولى:** أنّ هذه النقطة من العمل هي التي ينبغي أن ترد إليها مشكلة وجود أو عدم وجود قاعدة "لا بطلان بدون نصّ" سواء في تونس أو في فرنسا أو في غيرهما. فإذا بُدئ بفرنسا<sup>196</sup>, قيل إنّ القاعدة المذكورة وُجدت في القانون الكنسي القديم<sup>197</sup>. ثم قيل بها في القانون المدني في مادة الزّواج. أي قيل إنّه لا بطلان إلا إذا كانت الصّورة المتناولة داخلة في فرض واحد من الفصول: 180 إلى 193 من المجلة المدنيّة الفرنسيّة<sup>198</sup>. ولقد قدّمت حجّتان لإسناد هذا الرأي<sup>199</sup>. ومعلوم أنّ قاعدة "لا بطلان بدون نصّ" كانت أساساً لقيام نظرية الانعدام<sup>200</sup> وذلك في بداية القرن العشرين<sup>201</sup>. ولقد نُقدت النظرية وتُقدّم معها أساسها<sup>202</sup>. فإذا أريد تلخيص ما عليه المسألة في فرنسا اليوم

<sup>196</sup> سيفهم لاحقاً لماذا جاء بالقانون الفرنسي ولماذا بُدئ به.

Guy RAYMOND, *Mariage – Demandes en nullité – Domaine et mise en œuvre* : J.-cl. civ, Fasc unique, <sup>197</sup> art.180 à 193, n°8.

Guy RAYMOND, préc., n° 8. <sup>198</sup> ويورد صاحب المقال المراجع التالية:

Cass. req., 12 nov. 1844 : DP 1845, 1, p.. 98. – CA Paris, 3 mars 1987 : DP 1897, 2, p. 439. – CA Douai, 28 déc. 1908 : DP 1909, 2, p. 102. – Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. III, 3e éd. 1908, par Houques-Fourcade, n° 1683, 1700. – Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, t. II, 1896 par M. Batiffol, n° 599. – Josserand, *Cours de droit civil positif français* : 1938, t. I, n° 787. «... cette règle, dérogatoire au droit commun, repose essentiellement sur deux arguments. Le premier est en <sup>199</sup> quelque sorte l'aspect institutionnel du mariage : le mariage est une institution si grave que la nullité ne doit être prononcée que s'il y a eu violation d'une règle d'ordre public et seul le législateur peut dire qu'une condition est d'ordre public. Le second est tiré du fait que les rédacteurs du Code civil ont voulu consacrer un chapitre entier au régime des nullités de mariage, ce qui montrerait bien que le législateur n'a pas voulu que le droit commun soit applicable » Guy RAYMOND, préc., n° 8.

Guy RAYMOND, préc., n° 8 : "De ce principe est issue la théorie de l'inexistence". <sup>200</sup> انظر من رصد هذا الأمر قائلاً:

«Réception en jurisprudence- Dans la jurisprudence du XXe siècle, on ne trouve pratiquement pas de décisions faisant état de la théorie de l'inexistence, même si un certain nombre de décisions insistent sur le principe "pas de nullité sans texte" (V. *supra* n° 8). Un arrêt de la Cour de Bruxelles du 31 décembre 1806, (*Rép. méth. Dalloz, 1854, V° Mariage, note 1 sous n° 576*) refuse d'admettre l'existence d'un mariage alors que les époux ont tenu celui-ci secret, mais la distinction entre nullité et inexistence n'est pas nette. Elle applique la théorie du mariage putatif aux mariages qualifiés d'inexistants (V. *Cass. civ., 21 janv. 1845 : DP 1845, 1, p. 97. – Cass. req., 10 févr. 1851 : S. 1851, 1, p. 202. – 5 janv. 1910 : DP 1911, 1, p. 38*). Cependant, une juridiction (*T. civ. Blida, 31 déc. 1931 : DP 1932, 2, p. 113*) explicite ainsi cette théorie : "Attendu que le mariage inexistant n'a pas besoin d'être annulé par justice pour être nul, que toute personne est fondée en tout temps à en repousser par voie d'exception les effets, sans qu'on puisse lui opposer ni exception, ni ratification... ". La Cour d'appel de Lyon considère que l'action en divorce est irrecevable lorsque le mariage est inexistant (CA Lyon, 12 mars 1949 : JCP G 1950, IV, 1353 ; RTD civ. 1950, p. 222, obs. P. Hébraud). Un jugement du Tribunal de grande instance de la Seine (TGI Seine, 8 avr. 1959 : Gaz. Pal. 24 sept. 1959) déclare inexistant un mariage célébré en la forme musulmane, entre une française et un kabyle, mais il reconnaît que cette union vaudra mariage putatif ». Guy RAYMOND, préc., n° 12.

<sup>202</sup> قيل في النقد:

«Critique de l'adage- La critique de la théorie de l'inexistence suppose d'abord un critique de son fondement : le principe "pas de nullité sans texte". Ce principe a été fermement combattu par la doctrine de la seconde moitié du XXe siècle (*Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, 1957, par Julliot de la Morandièvre, t. II, 1959, n° 205. – Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2e éd. 1952, t. II, *La famille*, par Rouast, n° 246. – Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, de Planiol, t. I, n° 972. – Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. VII, 6e éd. par Esmein, § 50. – L. Leveneur, op. cit. n° 803). Trois arguments principaux sont avancés pour réfuter la validité du principe. Tout d'abord un argument tiré des

وجب الرجوع إلى أحدهم<sup>203</sup> حين بدأ بطرح المشكل في الصيغة التالية: هل نبطل إذا وضع القانون شرطاً، أم هل يجب أن يقول القانون نفسه بالبطلان<sup>204</sup>? ثم أجاب قائلاً إن هنالك مواداً استثنائية يُقال فيها إن "لا بطلان بدون نص" كالزواج والشركات والإجراءات. أمّا خارج هذه المواد فالمحاكم تعطي نفسها حق الإبطال إن رأت أن ما اشترطه القانون هام ولا تسمح لنفسها بذلك إن رأت الشرط ثانياً<sup>205</sup>. فإذا انتهي الآن إلى تونس قيل إن ثم من يقول بهذه القاعدة وينسبها إلى الفصلين 325 و330 من مجلة الالتزامات والعقود<sup>206</sup>.

ويبدو أن المسألة في فرنسا وفي تونس وفي غيرهما ينبغي أن تحل على نحوين:  
**النحو الأول:** القول بالبطلان إذا كان المشرع قد قصد من النهي مانعية متعلق النهي (هنا المشرع قصد القول بمانع) أو شرطية نفيض متعلق النهي (هنا المشرع قصد القول بشرط).  
**النحو الثاني** (وبيهم الصورة التي تختلف عما سبق): وينحل إلى نقطتين:  
**النقطة الأولى:** عدم القول بالبطلان لو صرّح المشرع بتبنّيه قاعدة "لا بطلان بدون نص". في تصريحه هذا رفض من قبله للحجّة العقلية.

travaux préparatoires du Code civil (*Fenet, t. IX, p. 40 s.*) qui tendent à démontrer que l'intention des rédacteurs du Code civil a été non de préciser les conditions de la nullité du mariage, mais de déterminer les personnes qui pouvaient intenter cette action en nullité. D'autre part, aucun texte du Code civil ne consacre ce principe et les nullités virtuelles ou tacites existent dans toute autre matière ; il n'y a donc pas lieu à donner au mariage un régime spécifique. Enfin, la jurisprudence n'hésite pas à annuler le mariage dans les cas où la nullité ne résulte expressément d'aucune disposition légale ; ainsi en est-il par exemple de la violation de l'article 170 du Code civil (conditions de validité du mariage célébré à l'étranger) » Guy RAYMOND, préc., n° 13.

Daniel VEAUX, Contrats et obligation – Nullité ou rescission des obligations – Généralités : nullité, J.-cl. <sup>203</sup> civ, Fasc.10, art.1304 à 1314.  
Daniel VEAUX, préc., n° 43 <sup>204</sup>

« De fait la maxime "pas de nullité sans texte" a été surtout mise en avant dans le domaine très particulier <sup>205</sup> des nullités de mariage, dont les répercussions (*sur la situation des époux comme sur la filiation des enfants*) n'ont évidemment pas de commune mesure avec la nullité d'un banal contrat ne mettant en cause que des intérêts pécuniaires (*cf. P. Malaurie, Droit civil, la famille, Cujas 1993, n° 204 s.*). En général, en dehors du mariage et de certains autres cas (*V. en matière de sociétés, infra n° 50 s., et en ce qui concerne les nullités de procédure, infra n° 54 s.*), les tribunaux se reconnaissent le droit de sanctionner par la nullité les conditions légales qui leur paraissent essentielles, même si aucun texte ne l'impose, tout en écartant, au contraire, la nullité lorsque l'irrégularité leur paraît secondaire. – V. à titre d'exemples à propos du contrat de travail *Cass. soc., 5 mars 1986 : Bull. civ. V, n° 67*, qui refuse de prononcer la nullité d'un contrat de travail conclu en violation des règles sur le cumul des emplois publics et des emplois privés, en laissant à l'Administration le soin de tirer les conséquences de cette irrégularité. – *Cass. soc., 19 mars 1986 : Bull. civ. V, n° 98*, qui refuse d'attacher la nullité du contrat à l'obligation de rédiger en langue française tout contrat de travail qui doit s'exécuter, en tout ou en partie, en France, et qui prescrit seulement à l'employeur de délivrer au salarié un exemplaire de son contrat en langue française ». Daniel VEAUX, préc., n° 44.

انظر أيضا حول قاعدة "لا بطلان بدون نص" :

Hugues FULCHIRON, Nationalité – Naturalisation – Acquisition de la nationalité française à raison du mariage, J.-cl. civ, Fasc 60, art 17 à 33-2, n°140 ; Annie LAMBOLAY, Mariage – prohibitions au mariage entre parents et alliés, J.-cl. civ, Fasc unique, art. 161 à 164, art 161 à 164, n°26 ; Annie LAMBOLAY, Mariage – Formalités de célébration, J.-cl. civ, Fasc unique, art. 165 à 169, n°23 ; Daniel VEAUX, Contrats et obligations – Nullité ou rescission des obligations - Généralités : Inexistence et rescission, J.-cl. civ, Fasc 20, art 1304 à 1314, n°2 ; Marie-Annick PIANO, Huissier de justice, J.-cl. civ, Fasc 395, art 1382 à 1386, n°27 ; Jean Pierre BLATTER, Bail à loyer – Locations soumises à la loi du 16 juillet 1989 – Contrat de location. Congé. Renouvellement – Tacite reconduction, J.-cl. civ, Fasc 132, art 1708 à 1762, n°19 ; Bruno BOCCARA, Bail commercial – Déspécialisation – Droit commun, J.-cl. civ, Fasc 1470, art 1708 à 1762, n°27.

<sup>206</sup> كما يفهم من أحكام الفصلين 325 و330 من م.إع. أن المشرع قد اعتمد بوجه عام قاعدة «لا بطلان بدون نص». محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات – العقد، تونس 1997، عدد 258.

**النقطة الثانية:** القول بالبطلان لو صرّح المشرع بقبول الحجّة العقلية أو لو لم يصرّح برفضها. والمشرّع التونسي سار في الاتّجاه الأوّل (القبول الصّريح) حين وضع الفصل 539 من مجلّة الالتزامات والعقود<sup>207</sup>. أمّا المشرّع الفرنسي فسار في الاتّجاه الثاني (عدم التّصريح بالرفض).

**الملاحظة الثانية:** أن النص الذي يوجب فعلا يمكن ربطه بالبطلان<sup>208</sup> أو بالحجّة العقلية حين يستحضر ما ورد في إطار النقطة الثالثة من العمل. وفعلا فإن الوجوب - كما ورد في تلك النقطة - يقتضي منع الضد (المقصود هنا ما أسمى سابقا بالضد العام). وهذا المنع هو الذي يربط بالبطلان بأن يقال عن الأول إنّه يقتضي الثاني.

خاتمة

79. وهذا يتضح الترابط بين نقطة العمل الواردة للتو (اقضاء البطلان) والقطة التي سبقتها (اقضاء الضد). لكن التحاليل التي مررنا بها تفيد أيضا وجود ارتباط بين جميع النقاط. فعلا تدعوا حجة الإحالة على العبر إلى اعتبار المشرع - أي مشروع - كائنا عاقلا. وعلىه:

إذا منع المشرع معاملة (الخ)، فينبغي القول إنّه نوى الحكم ببطلانها) نية مُتوصل إليها بواسطة التّخيّن = المشرع عاقل والعاقل لا بدّ من أنّه إذا منع المسبّب [الأثر] يكون قد قال بالبطلان وبالتحديد بلازم البطلان [عدم ترتيب الأثر]).

إذا منع المشرع شيئاً، فينبغي القول إنه نوى الحكم بوجوب صدّه، وإذا أوجب شيئاً فينبغي القول إنه نوى الحكم بمنع صدّه.

إذا أوجب شيئاً، فينبغي القول إنّه نوى الحكم بوجوب مقدمته.

إذا اتفق وأن كانت أحكامه متزاحمة وغير متساوية في الأهمية، فينبغي القول إنّه نوى الحكم بتقديم الحكم الأهم.

إذا اتفق وأن كانت أحكامه متزاحمة لكنّها متساوية في الأهميّة، فينبغي القول إنّه نوى الحكم بالثّخير بينها.

إذا اتفق وأن كانت أحكامه متعارضة تعارضًا ثبوتيًا، فينبغي القول إنه نوع الحكم بتساقطها.

وهكذا ترتبط جميع النقاط التي عملنا عليها بالنقطة المتوصّل إليها بواسطة التّخمين.

لكن النقاط ترتبط ببعضها من زاوية أخرى. فجزء من نقطة اقتضاء البطلان لا يحل حتى يرجع لنقطة اقتضاء الضد. وهذه النقطة لا تحل حتى تحل نقطة التزاحم (والعكس بالعكس). ونقطة التزاحم لا تفهم حتى تفهم نقطة التعارض (والعكس بالعكس)...

حَتَّىٰ... حَتَّىٰ... حَتَّىٰ...  
رَقْمَ لَامِنْ زَهْرَ، نَجَاهَةُ الْأَلْفَاظِ مِنْ أَنْفُسِهِمْ شَاءَ مِنْ "حَتَّىٰ" 209

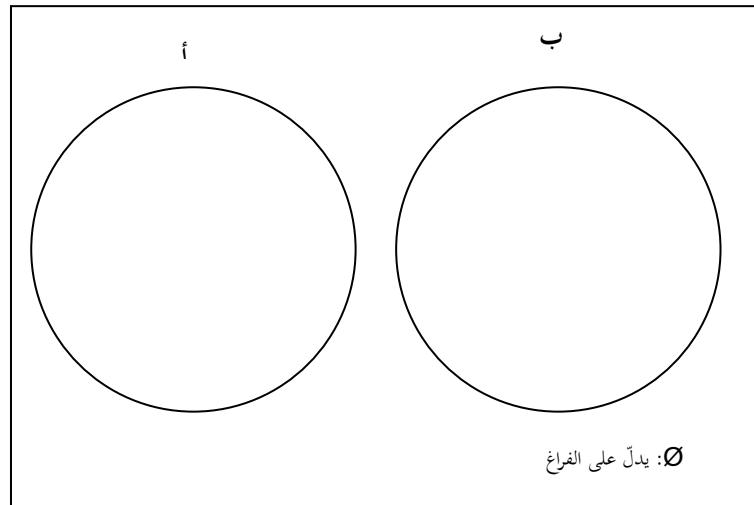
<sup>207</sup> لقد احتج بالفصلين 325 و 330 من مجلة الالترناتات والعقود (محمد الزين، م، عدد 258)، لكن من يقرأ الفصل 325 وما بعده من المجلة، ومن يذهب أبعد ويقرأ الأعمال التحضرية للخصوص المرتبطة بالبطلان، لا يجد ما يؤدي إلى القول إن المشرع التونسي أراد وضع قاعدة "لا بطlan

<sup>208</sup> بدون نص "(بل لو وضعها لاماً أمم عارض مع فاعدة الفصل 539)." ورثما بقاعدة الفصل 539: نقول، *لماً لأنَّ النَّصَّ* قال: "صَرَحَ" وفي صور تنا ثمْ نهـ، وليس ثـ تصريح

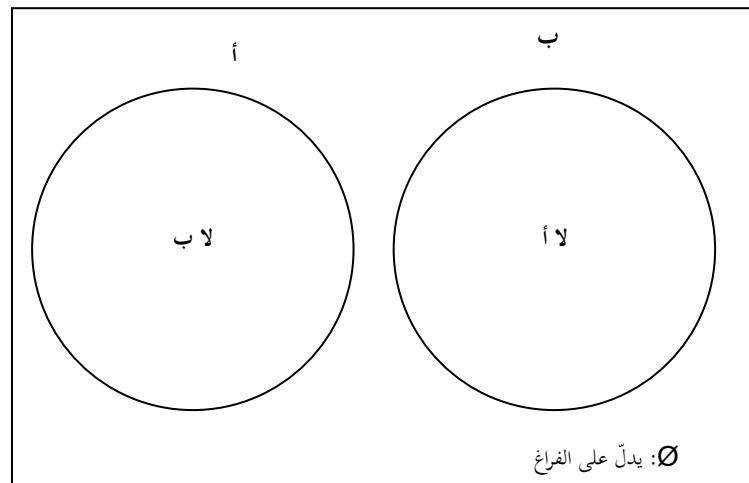
<sup>209</sup> قال الفراء أموت وفي نفسى من حتى شى لأنها جلب الحركات الثلائة". عبد الحى بن محمد العكلى الحنبلى، شذرات الذهب، تحقيق عبد القادر ومحمد الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق 1406هـ، ج 2، ص 19. "قال الفراء أموت وفي نفسى من حتى شى لأنها تنخفض وترفع وتتصب". أبو محمد عبد الله بن علي بن سليمان اليافعى، مراة الجنان، دار الكتاب الإسلامى، القاهرة، 1413هـ/1993م، ج 2، ص 42. انظر أيضاً: أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلakan، وفيات الأعيان وأنباء الزمان، تحقيق إحسان عباس، دار الثقافة، لبنان، ج 6، ص 180. محمد بن يعقوب الفيروزآبادى، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1992م. أبو البقاء أنوب بن موسى الحسينى الكفومى، كتاب الكليات، تحقيق عدنان درويش و محمود المصرى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1419هـ/1998م، ص 395. محمد مرتضى الحسينى الزيدى، م س، ج 4، ص 489.

نعم... وللقانون أيضا نحاة... وسيذهبون... كنحة اللغة سيدهبون: في أنفسهم شيء... غير أنه قد لا يكون من "حتى" (من لم يمت بالسيف مات بغيره<sup>210</sup>).

الرسم الأول:

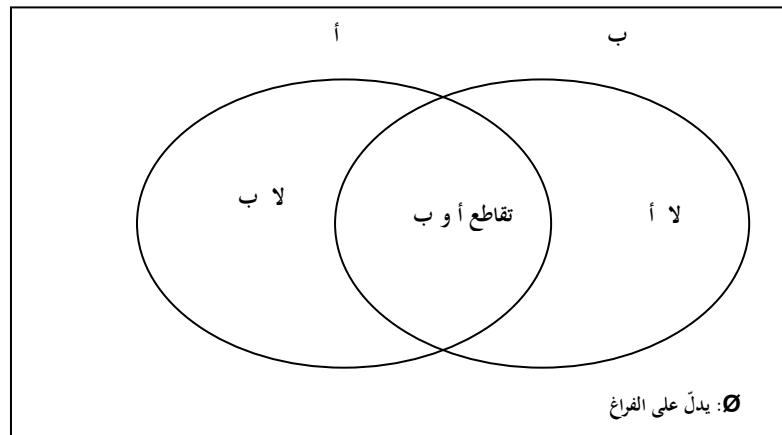


الرسم الثاني

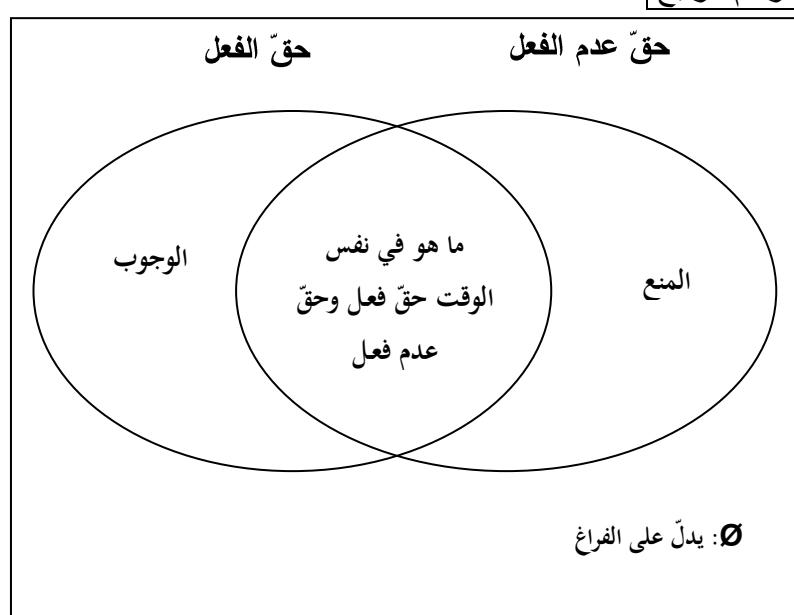


الرسم الثالث

<sup>210</sup> - "ومن لم يمت بالسيف مات بغيره تعددت الأسباب والموت واحد" (مذكور عند: أبو الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسي البغدادي، روح المعاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج 9، ص 28).  
- "إذا جئت أشكو طرفه قال خذه ومن لم يمت بالسيف مات بغيره"  
(منقول عن الواسطي الصوفي من طرف: الحافظ شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن محمد العسقلاني، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثمانية، مجلس دائرة المعارف العثمانية، صيدر آباد/الهند، ط 2، 1392هـ/1972م، ج 2، ص 179).  
- الخ.



الرّسم الرّابع:



الرسم الخامس:

