نظرية المؤيدات التأديبية (الحدود - القصاص - التعزير)
نظرية المؤيدات المدنية (البطلان - الفساد)
نظرية الأهلية والولادة - نظرية العرف - القواعد الفقهية

تأليف
الدكتور محمد الفزلي
الشركة العامة للدراسات: جامعة دمشق

الدراسات السامية
بيروت
بن Doommer وللظلمات

ربنا أسننا من إنكار رحمة ونiname أنا من أمرين مرضًا
الطبعة الأولى
١٤١٤هـ ١٩٩٣م

حقوق الطبع محفوظة

د. ف. النور
رس. هاموني ص. ب. : ٤٠٣ - فائف : ٢٣٩١٧

الدار الإقليمية
لطباعة والتوزيع
بيروت - ص. ب. : ١٣٧٣/١٠ - فائف : ٣٣٢٩٣
الحمد لله رب العالمين، الرحمن الرحيم، مالك يوم الدين، إياك نعبد
وإياك نستعين.

الحمد لله، نحده ونستعينه، وترب إلیه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور
نفسنا وسیئات أفعالنا، من يهد الله فلأفضل له، ومن يضل فلأهدی له.

الحمد لله الذي أنزل فی كتابه الكريم على رسوله الامین: «آیة باسم
ربك الذي خلق، خلق الإنسان من علق، أقرأ وربك الأکرم، الذي علمن بالغلم،
علم الإنسان ما لم يعلم» (سورة العلق) الآیات: 1-5.

والصلاة و السلام على رسول الله الذي بعثه الله رحمة للعالمين، لیعلمن
الناس الخیر، ويخرجهم من الظلمات إلى النور، ویرشدهم إلى طريق الهدیة
والرشاد، ویأخذ بهم لحمل مشعل العلم والحضارة، بالوسيلة الدینیة التي أمر
بها في قوله تعالى: «أدع إلى سبیل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة، وجدالهم
بالتی هي أحسن، إن ربك هو أعلم بما ضل عن سبيله، وهو أعلم بالمهینین»
(سورة التحیل) الآیة: 125.

وبعد:

إذ إن النظريات الفقهیة كثيرة، اخترت منها موضوعات أساسیة، وهي:

١- نظریة المؤیدات التشريعیة فی الفقه الإسلامی، وتشمل نظریة المؤیدات
التدابیریة فی الحدود والقصاص والتعزیز، ونظریة المؤیدات المدنیة فی نظریة
البطالن ونظریة الفساد.
٢ - نظرية الأهلية بصورة مفصلة، مع عرض إجمالي لنظرية الولاية.

٣ - نظرية العرف بصورة مفصلة.

٤ - القواعد الكلية في الفقه الإسلامي.

وهذه الموضوعات متنوعة، فبعضها يدخل في الفقه، مثل القواعد الكلية، والشطر الأول من نظرية المؤيدات، وبعضها الآخر يتعلق بأصول الفقه، كنظرية الأهلية والعرف والشطر الثاني من نظرية المؤيدات، وهو الفساد والبطلان.

خطة البحث:

وسوف ندرس هذه البحوث بإسهاب وتفصيل إن شاء الله تعالى في أربعة أبواب، وهي:

الباب الأول: في نظرية المؤيدات التشريعية، وفيه تمهيد وفصلان.

التمهيد: في شرح المؤيدات وأقسامها.

الفصل الأول: في المؤيدات التأديبية في التشريعة، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: في الحدود.

المبحث الثاني: في القصاص.

المبحث الثالث: في التزوير.

المبحث الرابع: في الكفارات.

الفصل الثاني: في المؤيدات المدينة، وتحته مبحثان:

المبحث الأول: في نظرية البطلان.

المبحث الثاني: في نظرية الفساد.

الباب الثاني: في نظرية الأهلية والولاية، ويشمل فصلين:

الفصل الأول: في نظرية الأهلية.

الفصل الثاني: في الولاية.

الباب الثالث: في نظرية العرف.

الباب الرابع: في القواعد الكلية، وفيه مقدمة وفصلان.

المقدمة: نظرة تاريخية عن الفقه الإسلامي.
الفصل الأول: في تعريف القواعد وفوائدها ومصادرها والتأليف فيها. وفيه

بحث:

المبحث الأول: في تعريف القواعد.
المبحث الثاني: في فوائد القواعد الكلية وأهميتها.
المبحث الثالث: في مصادر القواعد الكلية.
المبحث الرابع: في مؤلفات القواعد الفقهية.

الفصل الثاني: في شرح القواعد الفقهية.

وهذه البحوث تشكل مدخلاً للنظريات الفقهية الواسعة والكثيرة ويمكن لكل نظرية أن تستقل في كتاب خاص.

أهمية المدخل للنظريات وفائدته:

لا أريد التحدث عن أهمية الدراسة الفقهية، ولا عن خصائص الشريعة الإسلامية، ولا عن مزايا التشريع السماوي، لأن القارية غالباً قد اطلع على ذلك في دراسة المدخل في الفقه الإسلامي، ولكنني أريد أن أشير إلى مساح.

هذا الدراسة، وهدف هذا البحث في كليات الحقوق والشريعة.

لقد أصبحت الشريعة الغراء غريبة بين أهلها، وأصبحت موضوع الشك والريبة والاتهام من المتمتنين إليها، وكانت من قبل ومن بعد - هدف الأعداء بالنيل منها، والغض من شأنها، وتوجه السهام إليها، كما أصبح المسلمون المتمسكون بدينهم وشريعتهم غرباء في وطنهم وأرضهم، وطن آبائهم المسلمين، وأرض أجدادهم من السلف الصالح، واتجذب الناس عن الدين، فصار من المفروض على العلماء والمؤمنين بها أن يقوموا بواجههم في عرضها وشرحها وبيانها للناس، ومقارنتها مع التشريعات الوضعية المختلفة.

وهم أن للشريعة أحكامها الآلهية، واصطلاحاتها الفقهية، وقواعدها المستقلة، ومقوماتها الذاتية، فقد دعت الحاجة التعليمية الحكيمة أن يقدم
لدراسة مدخل عام، يهتم للطالب معرفة خصائص الشريعة، ويوضح أمامه معايير الطريق إلى دين الله، وحكم الله، وشريعة الله، وظهرت في مختلف الجامعات والكلمات مادة المدخل للفقه الإسلامي أو المدخل للشريعة الإسلامية.

وقد عرف رجال القانون في العالم قيمة الشريعة الغراء كمصدر ثرٌ في الأحكام، فنادوا بذلك، وطالبوا في عدة مؤتمرات دولية باعتبار الشريعة الإسلامية مصدرًا من مصادر التشريع.

و عندما اتخذ رجال الانقلاب العسكري الأول في سورية خطوات المشؤومة وراء المشرع المصري لاستبداد القانون المدني الفرنسي، خطا بكل حماقة وغباء في ظل هذا التأثير الدولي، فنصوا على كون الشريعة الإسلامية مصدرًا احتياطياً بعد القانون الفرنسي الأصل.

وقد اعتبر بذلك كثير من السذج في سورية ومصر الذين تغفّهم الابتسامة أو الكلمة الحلوة(1)، ووجدوا أن النص القانوني، وما ورد بشأنه في المذكرة الإيضاحية والتفصيلية، وما جاء في الأعمال التحضيرية لجنة القانون المدني في مجلس الشيوخ المصري، وجدوا أنه فتح عظيم للشريعة، ونص كبير لدين الله(2)، ولم يدركوا أن هذا النص هو كالدسم في السم، كالأحلاوة التي يضعها الأهل للضحك على أطفالهم، وكالغضاء المرقص الذي يسر به المجرمون وسائل الإجرام والقتل والإبادة.

والواقع أن رجال التشريع لجأوا إلى ذلك لتخدير الناس، وذر الرماد في...

(1) يقول الشاعر:
إذا رأيت نوب الليل بارزة فلا تظن أن الليل يسم
(2) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية التي أصدرتها وزارة العدل المصرية، الجزء الأول، وانظر التقنين المدني المصري، الذي أصدره الدكتور جمال الدين العطقفي، الجزء الأول. أيضًا، وانظر: المدخل للفقه الإسلامي، للشيخ عيسى أحمد عيسى ص 8، المدخل، للشيخ محمد مصطفى شلبي ص 7، المدخل للفقه الإسلامي، للأستاذ محمد سلام مذكور ص 31، المدخل الفقهي العام، للأساتذ مصطفى الزرقا 3/1 وما بعدها.
العيون، والضحك السياسي أمام الجماهير المؤمنة، لأن القانون في نسخه وحده وفي مضمونه وأحكامه، قانون فرنسي، وأصوله رومانية، ووجوده أوروبية، وشروحه عند علماء الغرب، واجتهاداته في المؤلفات الفرنسية، وإن استمد بعض أحكامه من الفقه الإسلامي، للتطبيق والتمويه، وكلما غمض الأسلاوب، أو قصر النص في البيان رجع الشراح والقضاة والمحامون إلى الأصل الفرنسي، وبمما وجههم وراء أساتذتهم في باريس، واستنجدوا بالمراجع الفرنسية والكتب العربية لإرواء العضاة، ويجاد الخlol، واستقراء النصوص، ودليلنا على ذلك هو الواقع الملموس اليوم بين شراح القانون، وفي ثانيا مؤلفاتهم المترجمة، وكان كثير من أساتذتنا في كلية الحقوق بدمشق والقاهرة يريدون بأن من يجهل اللغة الفرنسية، ولا يتقن قراءتها، لا يجوز له أن يحمل شهادة الحقوق، ولا يصح أن يكون متخصصاً في القانون، بينما وصل الجهل بالشريعة والفقه الإسلامي إلى أساتذة الحقوق الذين تخرجوا من فرنسا، فتطوع أحد عمداء كلية الحقوق إلى نقد مناهج ومقررات كلية الحقوق وكلية الشريعة لوجود التكرار في المواد، والازدواجية في المقررات لتدريب مقرر الفقه الإسلامي مع مقرر أصول الفقه، وقال: إنهم مادة واحدة، وقيل آخر: وهل في الشريعة إلا الزواج والطلاق؟

من هذا الواقع المؤلم تظهر فائدة المدخل لدراسة نظريات الفقه الإسلامي، وهي مادة مهمة وضرورية، ونحن نأمل الحاجة إليها، لأن الإسلام بدأ غرباً وسعود غربياً كما بدأ فطوري للغرباء، وأصبحنا اليوم في بذة الطريق لمعرفة حكم الله، والاطلاع على شريعته، ودراسة أحكامه، والدعوة إلى الاعتقاد به، فيأتي المدخل ليقدم الأرضية الصليبة لبحث الموضوعات الفقهية.

سؤالاً الوحيد جل وعلا أن يأخذ بيدنا إلى ما فيه الخير والرشاد، وأن يعلمنا ما يعلمنا، وأن يعنينا بما يعنينا، وأن يسندنا بالعون والتفوق لعرض شريعته الخالدة، وبيانها للناس، ليس فقط الذين أرووا الكتاب، ويزداد الذين آمنوا إيمانًا، ولا يرضبا الذين أرووا الكتاب والمؤمنون، وليقول الذين في قلوبهم مرض والكافرون: ماذا أرائ الله بهذا مثل؟ كذلك يبذل الله من يشاء، ويبيدي من يشاء، وما يعلم薄弱 ربك إلا هو، وما هي إلا ذكرى للبشر» (سورة المدثر)
الآية: ۲۱، وعلى الله التكلان، ومنه نستمد العون، إنه نعم المولى ونعم النصير.

دكتور منير الأزهري
أستاذ الفقه الإسلامي وأصوله
بكلية الشريعة - جامعة دمشق

الباب الأول

في نظرية المؤديات الشرعية

و فيه تمهيد وفصل.

التمهيد: في شرح فكرة المؤديات وأهميتها كأداة ضرورية أساسية لحماية أحكام التشريع، وضمان طاعة المكلفين لها بمقتضى أنها أحكام إلزامية، وتقييم هذه المؤديات.

الفصل الأول: في المؤديات التأديبية المتمثلة في نظام العقوبات في الشريعة.
الفصل الثاني: في المؤديات المدنية، لدراسة نظرية البطلان ونظرية الفساد في الفقه الإسلامي.

التمهيد

في شرح المؤديات وأقسامها

الإسلام عقيدة وشريعة، شريعة للعمل والحياة، شريعة لنظام وتطبيق، شريعة للسعادة والتقدم، شريعة تنظم علاقة الإنسان بره، وتتحكم علاقته بنفسه، وتواكب علاقة بأفراد مجتمعه.

والشريعة حقوق وواجبات، أو مكاسب والتزامات، والله سبحانه وتعالى أرشد إلى أحكام السلم، فشرع الأحكام ونظم المعاملات، وضبط علاقات الناس بعضهم ببعض، وأقر الحقوق، وبين الحدود التي يجب الوقوف عندها، والالتزام بها، ومنع الاعتداء عليها.
قال تعالى: «تلك حدود الله فلا تعردوها، ومن يتعبد حدود الله فآولئك هم الظالمون» (سورة البقرة) الآية: 33.

ولكن لنستسأل ما هي فائدة الحقوق وما هي الجدوى من تقريرها والنصوص عليها، وتمييزها بالعبارات، وتسميتها في الكتب، وصياغتها في اللوائح والقوانين والدستور والإعلانات، والمناداة بها شعراً للناس؟

وأضرب مثالاً لذلك «إعلان حقوق الإنسان العالمي» فقد نص على أعظم القيم والمبادئ والمثل، وتضمن جميع الحقوق، وشمل جميع ما يهم الإنسان في حياته، وما يتعلق إليه في غده، وما يحكم به في مستقبله، حتى يخيل لقارئه أنه يؤمن له الحياة المثالية الخالدة.

وقد صدرت عليه جميع الدول، والتمتنت به الشعوب، ولكن ما هو الأثر العملي لذلك وما هي النتيجة التي وصل إليها؟

ويكفي أن نلقي نظرة على الواقع العالمي، ومجريات الحياة الاجتماعية لتعرف الجواب؟ وقد حاز أفلاطون وأرسطو شرف السبق لهذا الإعلان قبل ألف سنة في الجمهورية الفاضلة، ولكن ماذا استفاد البشر منها وما هو نصيب الفرد العادي فيها؟ كما أعلنت الثورة الفرنسية مبادئها البراقة ثم أصدرت قانون حقوق الإنسان، فهل التزمت بالمبادئ والحقوق في بلادها؟ وهل نفذت مع شعوب الأرض أم انطلقت في الاستعمار والاحتلال والاضطهاد والإذلال لشعوب المعمورة؟

إذن: لا فائدة من منح الحقوق والنصوص عليها إذا لم تطبق فعلاً، ويتمتع بها الأفراد والجماعات، وتتوفر لها الحماية في التطبيق والتنفيذ، سواء أكان ذلك بالرغبة أم بالرهبة، بالعقيدة أم بالقوة، يقول إرنيج أحد العلماء الألمان: «الحق بدون قوة ملزمة كلمة فارغة لا معنى لها».

وقد كلف الله تعالى الدولة، الممثلة بسلطتها القضائية ونظمها القضائي، بحماية هذه الحقوق والحفاظ عليها، والقضي هو الرقيب والحارس لتطبيق الأحكام وحفظ الحقوق وردتها إلى أصحابها عند الاعتداء عليها، فيقيم العدل.
وينفذ شريعة السماء التي نزلت لإنقاذ الناس من الظلم والظلماء، ويتبقي حدود الله تعالى.

قال عز وجل: {لقد أرسلنا رسالتنا بالبينات، وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط} (سورة الحديد) الآية: 25.

وقال تعالى: {وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل، إن الله يُعفِّم {يُنتِجُكم به} (سورة النساء) الآية: 58.

وقال تعالى: {يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله، شهداء بالقسط، ولا يَجْرَمْنَاكُمُ شَنَائَنِ قُوُومٍ} {على ألا تعبدوا إلا أعداؤكم هو أقرب للتقؤي، واتقوا الله، إن الله خبير بما تعملون} (سورة المائدة) الآية: 8.

وتنفصل مما سبق إلى بيان المبادئ الآتية:

1- إن الإسلام دين ودولة، عقيدة وشريعة، إيمان ونظام، وإن الإسلام غرس العقيدة وأقام من القلب والإيمان رقياً على تصرفات الإنسان لبقى في مجال أحكام الله تعالى: {كل نفس بما كسبت زميتها} كما أقام الدولة لضمان التطبيق والإشراف على التنفيذ.

2- إن الفائدة من الأحكام والتشريع وإعلان الحقوق والمبادئ، تحصر عند تطبيقها والالتزام بها، وتأمين الحماية لها، وبمعنى آخر: إن من أهم ميزات التشريع، أول خصائص القانون أنه إلزامي يجب تطبيقه والتقيد به، وهذا ما يميزه عن قواعد الأخلاق والعادات، فكل مكلف ملزم في أعماله ومعاملاته وجميع تصرفاته بالأوان والنواحي الشرعية، سواء في ذلك أفعاله المادية الخاصة به والتي تصدر عنه، كالسير والكلام والأكل والشرب والاستعمال والاستهلاك والحيازة، أو تصرفاته المدنية في تعامله مع الآخرين لكسب الحقوق أو إسقاطها عن طريق الإرداد المنفرد، كالطلاق والإيرادات، أو عن طريق العقود كالبيع والشراء وغيرها، فكل فعل أو تصرف يجب أن يقيد بالنظام الشرعي والأحكام الشرعية والحدود المخصوصة له والشروط والقواعد الموضوعة لتحقيق المصالح وتأمين المنافع بالعدل والقسط. (1)

(1) انظر المدخل الفقهي العام 2012 وما بعدها.

13
3 - إن الدولة تتكفل بحماية الحقوق وتفرض أداء الواجبات والالتزامات وتتضمن تنفيذ الأحكام الناظمة، ولذلك يضع التشريع السماري بيد الدولة مجموعة من الأحكام التنظيمية لحماية الأحكام الشرعية الأصلية، ثم تنفذ الدولة أساليب مختلفة، وتصدر عدداً من الأنظمة والتوصيات والأوامر والقرارات لضمان التطبيق، وحسن التنفيذ، ومنع من الوقوع في الشبهات والأخطاء والاضطراب والمشاكل، وتجنب الناس من النزاع والاختلاف في أعمالهم ومعاملاتهم.

ويجب على الناس أن يلتزموا بالطعام، وأن يراعوا أحكامه، وأن يقيدوا بأنوارهم، فإن فعلوا ذلك وصل كل منهم إلى حقيقة، وعرف حدوده التي يجب أن يقف عنها، وعرف وجه الذي يلتزم به تعالى غيث، وكسب ثواب الله ورضاه في تطبيق شرعه، وكانت الأعمال والعناصر في إطار التشريع الذي يهدف إلى الاستقرار والعدل، وإن خرج الناس عن النظام وتلاعبوا بالأحكام، وأهلموا قواعد وشروط وتقوا في غضب الله، وسقطت نمرات الأعمال، وحبط الجهود المبذولة، وفقد التصرف نتائجه المثبتة.

هذه الأحكام التي تضمن حسن سير العدالة، وحسن تنفيذ التشريع، وحسن المحافظة على الحقوق والالتزام بها، والقيد بحدودها تسمى بالاصطلاح القانوني الحديث: المؤديات.

والمؤديات لا بد منها في كل تشريع أو قانون، فإذا كانت هذه المؤديات صادرة من الشارع الحكيم، وتوقف على ورود الشرع، وتتخذ من مصادر التشريع الإسلامي سميتها مؤديات شرعية.

وقد عرف الأستاذ الزرقا المؤديات الشرعية بأنها:

(1) وتسمى المؤديات أيضاً بالأصطلاح الفقهي بالضوابط، جمع ضامن، لأنها تضمن الطاعة للشرع القائم، وتتكفل بها، كما تسمى في اصطلاح الفقهاء المسلمين بالزواج لأنها تجز المكلف عن خلافة الشرع، ولذا أطلق ابن حجر الهمشمي هذا الاسم على كتابه «الزواج عن اقتراف الكبائر»، مطبوع بمكتبة البابي المحلي بمصر.
كل ما يشرع من التدابير لحمل الناس على طاعة أحكام الشريعة الأصلية.(1)

وهو يعني أن أحكام الشريعة قسمان:

1 - أحكام أصلية: نزلت لبيان الحقوق والواجبات، وتنظيم علاقة الإنسان بربره، وعلاقة الإنسان بنفسه، وعلاقة الإنسان بأخيه الإنسان.

2 - أحكام تأديبية: وضعت لحماية الأحكام الأصلية، وضمان تطبيقها وحسن تنفيذها والالتزام بها، وهي موضوع بحثنا في هذا الكتاب.

وهذه الأحكام التأديبية ضرورية، ولا بد منها، ولا يوجد تشريع في الدنيا يأمل في التطبيق والتنفيذ، وتحقيق المصالح، وجلب المنافع، ودفع المضار عن البشرية، يخلو من العقوبات كمؤدي له، فإن فقد المؤدي أصبح التشريع كلاماً فارغًا لا معنى له.

تقسيم المؤيدين الشرعية:

تنقسم المؤيدين الشرعية عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة.

التقسيم الأول: باعتبار الزمن:

تنقسم المؤيدين الشرعية من حيث زمن تطبيقها إلى نوعين: أخورية ودينوية.(2)

أولاً - المؤيدين الأخورية: وهي مجموعة الأحكام التي وردت بالنص في القرآن الكريم والسنة الشريفة، لبيان الثواب والأجر للفاعل، أو ترتيب العقوبة والعذاب لكل من يخالف أحكام الشرع ويخرج عن حدوده، سواء كانت له عقوبة في الدنيا، ولكنها لم تطبق عليه، لأن السلطة لم تستطع أن تطول المخالف، أو لأنه تقلت منها أي أسلوب، أم لم تكن له عقوبة في الدنيا، واقتصر عقابها على الآخرة، لأنه لا يمكن معرفتها أو إثباتها بالحواس البشرية الموجودة، كعذبة الحسد والتفاق والنصمة والغيبة وال حقد والكذب، ومعيارها:

(1) المدخل الفقهى العام 2006
(2) انظر: فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي 57/1
كل أمر ورد فيه عقوبة أو تهديد أو عيد أو لفت يدل على إنكار الفعل بغضب الله أو حرب الله أو لنع الله أو البعد عن رضوان الله، وغير ذلك.

ثانياً - المؤيدات الدينية: وهي الأحكام التي جاءت لحماية التشريع وتطبيقه في الدنيا، وهي في الدرجة الثانية بعد المؤيدات الأخروية، لأن العاقل من يخشى غضب الله تعالى وسخطه، يرهب من بطقه ونكاله وعذابه في الآخرة، فيرتد عن المحارمات، ويلزم بالأوامر والواجبات، فصلاة عقيدةه، ورق عنه الوازع الدنيء، ومرض صممه، ولم يحظ بالعقبات الأخروية - فإننا نجد رحمة الله تعالى بالبشرية أن شرع لهم العقوبة الدينية، وأعطى الدولة سلطة العقاب لحماية حق الجماعة، ولحماية حقوق الله تعالى وأحكامه وشرعه.

التقسيم الثاني: باعتبار الوسيلة:

تنقسم المؤيدات الشرعية من حيث وسيلة التشويق بالفعل أو التنفير عنه إلى قسمين: مؤيدات تشجيعية، ومؤيدات ترغيبية(1).

أولاً - المؤيدات التشجيعية: هي التي تضمن تطبيق الأحكام عن طريق ترغيب الناس بالأحكام، وتشويقهم بالمحاسن، وإظهار النتائج الطيبة لها، أو ترتيب الثواب والأجر لمن يقوم بها، أو الحصول على المنافق وتحقيق المصالح باتباعها. فعمل الشخص مثلًا عن مكافأة للفاعل إما في الدنيا أو في الآخرة، ويكثر في هذا المجال المؤيدات الأخروية بالرغبة فيما عند الله تعالى من رضوان وتكريم وثواب واجب، بما لا نعيّن رات، ولا أذن سمعت، ولا خطر على قلب بشر.

ويمتاز المؤيد الرغبي بأنه اختياري، يدفع الإنسان للقيام بالواجب، والامتلاع عن المحارمات عن طوعية واختيار، بدافع ذاتي، وباعث شخصي، ومراجع قلبي.

ثانياً - المؤيدات الترغيبية: وهي الزواج التي تمنع الناس من مخالفته الشرع الحكيم عن طريق التهديد والوعيد والتشويق بالعقبات والإرهاب لمن

(1) راجع في هذا المعنى الكتاب المقيم: الترغيب والترهيب للمحارج المذبزي رحمه الله، في أربعة مجلدات، وكتاب الزواج عن اقترف الكبار، للمحارج ابن حجر الهشمي في جزئين.
يخالف حكم الله تعالى، ويخرج عن جادة الصواب، ويحاطر بارتكاب المحرمات، ويأتي تنفيذ الواجبات.

وهذه الزواج الترهيبية إذا أن تكون دنيوية، وإما أن تكون أخوية، وتقتصر في بحثنا على المؤيدين الترهيبية الدنيوية فقط.

التقسيم الثالث: باعتبار سبب المخالفات:

تنقسم المؤيدين الترهيبية في الدنيا من حيث السبب الذي يستدعى التأييد إلى نوعين، مؤيد تأديبي، ومؤيد مدني، وذلك بحسب نوع المخالفات التي يرتكبها المكلف، لأن العدالة تقتضي أن يكون الجزاء من جنس العمل.

أولاً - المؤيد التأديبي: وهو أدى ينزل بالعاجي زراً له لارتكابه معلومات شرعية نهى الشراع عنها، بان يعتدي مثلًا على غيره في ماله ودهم وعرضه، فيعاقبه على فعله ليمنع من الاعتداء مرة ثانية، وليبتدع غيره عن ذلك أيضاً، ومجموعة المؤيدين التأديبية تدخل في إطار نظام العقوبات في الشريعة الإسلامية.

ثانياً - المؤيد المدني: وهو حرام الشخص من النتائج التي يقصدها من وراء التصرف، فيخسر الشمات التي يريد أن يباحها من فعله، ويحترم عمله لغوياً لا يعرفه المشترع، ولا يتمتع بحماية السلطة والشرع، ولا يستطيع أن يطالب غيره بالنتائج والآثار أمام القضاء، وإن طالب بحقوق التصرف في الحقائق الامتثال عن التنفيذ لوجود خلل ومخالفته في التصرف.

إن المؤيدين الترهيبية والمؤيدين الأخروية تخرج عن موضوع دراستنا في المدخل للفقه الإسلامي، وتقتصر في بحثنا على المؤيدين الترهيبية الدنيوية، وهي كما رأينا تنقسم إلى مؤيدين تأديبي، ومؤيدين مدني، منختص كلاً منها في فصل مستقل.

***

(1) المدخل الفقهي العام 2009/2010
الفصل الأول
في المؤديات التأديبية

وهي:
«نظام العقوبات في الشريعة»

العقوبات في الشريعة الإسلامية مؤيد شرعي لضمان تطبيق الأحكام الشرعية التي أمر الله تعالى بها، أو ضمان اجتناب المحرمات التي نهى الشرع عنها، فالعقوبة قبل الفعل موانع، وبعده زواجر، أو هي مؤديات شرعية لحفظ الحقوق والأنفس والأموال وتطبيق القواعد والأحكام، ولولا العقاب لكان الأمر والناهية أموراً ضائعة، وضرياً من العبث(1)، يعرف الماوردي الجرائم فيقول:
«الجرائم محظورات شرعية جزء الله تعالى عنها بحد أو تعزير(2)».
وتختلف المؤديات التأديبية بحسب جسمة الجريمة وفديحة العدوان، وتتفرع العقوبات التأديبية لتحقيق العدالة والرد والإصلاح في أن واحد، فتكون العقوبة أحياناً بنية تقع على جسم الإنسان كالقتل والجنا، وتكون مالية تصب مال الشخص كالدائية والغرامة والمصادرة والكفارات، وتكون حاجزة للحرية كالحبس والتفتيش، وتكون نفسية أو معنوية كالتسريح واللوم والتوعي والتهديد.

وقد تكون من نوعين أو أكثر.

نظام فريد للمعاقب: 

وقيل أن نعرض النظرة العامة للعقوبات في الشريعة نريد أن نعطي نبذة عن فلسفة العقوبة في الإسلام.

(1) المدخل للفقه الإسلامي، مذكور ص ٢٥٧، التشريع الجنائي الإسلامي، للمرحوم عبد القادر عودة١٨٨١.
(2) الأحكام السلطانية، الماوردي ص ٢١٩.
الحقيقة أن نظام العقوبات في الإسلام نظام فريد من نوعه، ويشير بين الناس أنه لا يتفق مع الوقت الحاضر، علماً بأن نظام العقوبات القانوني قد فشل فشلاً دريعاً في تحقيق أهدافه ومقاصده في تخفيف الجريمة، وإصلاح المجرمين، وتأمين الطامئنة والراحة، وحفظ الأموال والأنفس والأمان، ومع ذلك فإن الحقد لا يفتأ يقذف بالباطل، ويثير الشبه حول نظام الإسلام في هذا المجال.

وإظهاراً للحقيقة، وطبقاً لأحكام نظام العقوبات في الإسلام، فلا بد من مراعاة الأمرين التاليين:

1 - أن يكون نظام الإسلام مطبقاً بشكل كامل في الحياة، ومنها العقوبات الشرعية، وعندئذٍ نرى العدالة الكاملة، والتنظيم الدقيق، وسلامة التطبيق للحدود والقصاص والتعزير، وظهور حكمة مشرعية الحدود والقصاص بشكل لا يمكن لعقل أن ينكر له، وذلك لأن الإسلام كل لا يجزأ، وإذا تناولنا زاوية منه في مجتمع جاهلي، مع سيادة القوانين الوضعية وما ينتج عنها من مفاسد واضطراب، فسرعان ما يبدو الشذوذ في عملية التزوير هذه، ولو كانت الأحكام تتعلق بالعبادات كالأصلاة، فإنها لا تتفق مثلاً مع نظام العمل أو الموظفين غير الإسلامي، فكيف إذا أخذنا بالحدود أو القصاص أو المعاملات فقط في ظل التصورات المادية، والاتجاه الإلحادي، والمجتمع الذي يفقد مقومات الأخلاق أو تعوزه أنس الاعتقاد.

2 - أن تطبيق نظام العقوبات، ومنها الحدود، لا يتم عشوائياً حتى ضمن إطار النظام الإسلامي، أي بدون قيد ولا شرط، وإنما يجب لإقامة الحد أو القصاص أن تتوزر شروطه الكثيرة التي بيئتها النصوص، ونظمها الفقهاء،

(1) انظر بإسهاب وتفصيل كتاب التشريع الجنائي الإسلامي ص 740-748، وخاصة العناوين التالية: مدى صلاحية العقوبات الشرعية، العقوبات الشرعية والإحصائيات، العقوبات الشرعية والEntropy، العقوبات الشرعية وطبيعة الإنسان، هل نجحت العقوبات القانونية في محاولة الإجرام؟ كيف تتخلص من عيب الأنظمة الوضعية، وأنظر كتاب: التعزير في الشريعة الإسلامية، للدكتور عبد العزيز عامر ص 447 وما بعدها.
ووضعوا لها الضوابط الدقيقة، صونًا للعدل، واحتياطًا عن الأخذ بمجرد الظن أو الشبهة.

فمثلاً لا يمكن أن يطبق حد السرقة على كل من أخذ مالًا مهما كان قدره وصفته ومكانه وزمانه، ولا يطبق حد الزنا بمجرد خلوة الرجل والمرأة دون مراعاة الشروط والصفات والقيود التي حددها الشريعة، وقبل سد باب الفساد والرذيلة والفاحشة والأفلام العارية والمناظر المحرمة والاختلاط المنسق، والعصور المكشوفة.

وكثرًا ما نلاحظ أن الحاقدين يتجاهلون هذا الأمر الثاني، وينطوقون بقسوة الشريعة بتطبيق الحدود بقطع كل يد، ورمج كل مخطوم، ولجلد كل هازئ، أو يقولون: إن أحكام الشريعة خيالية في مثاليتها، ولا يمكن تطبيقها في زمننا، وقد صلحت لزمن مضى بظروفه ومحيطه الخاص.

ولا نتجاوز الواقع إذا قلنا: إن من يتأمل بعض الكتب الفقهية، وخاصة المتصالحين فيها، الذين توسعوا في درء الحد بالشبهة برى أن إقامة الحد يقرب من المستحيل، وأن الحدود لا تنفذ إلا نادراً، ومع ذلك فإن شهادة التاريخ تطق بنجاح هذا النظام في تخفيف الإجرام، والحد من الجنايات، وقلة النواحش، وندرة الجناة والمجرمين.

والأصل في العقوبة أن تحقق أهدافها الرئيسة العامة، وهي:

1 - أن تكون رادعة لللجنائي عن العود إلى جريمته، وتصلح شأنه وحاله.
2 - أن تكون زجارة لغير الجنائي، منم تسول له نفسه الشر والاعتداء على غيره، أو الخروج على شريعة ربه.

وكل عقوبة في الدنيا يجب أن تحقق هذين الهدفين، فإن فشلت العقوبة في تحقيقهما وجه استبدالها فورًا، لأن العقوبة ليست مقصودة لذاتها، وإنما وضعته لتحقيق الأهداف منها، فإن لم يحقق الهدف، ولم تستبدل بغيرها، انقلب إلى عكس هدفها، وأصبحت تشجع الناس على الإجرام، ويكون قانون العقوبات أشد ضرراً في هذه الحالة على المجتمع من فقدان العقوبات أصلًا.
لأن قانون العقوبات ينقلب إلى حماية للمجرم، وستر لأعماله، فيشروط في إجراه دون أن يواجه العقوبة، ويرتكب الجناية وهو مستحسنًا بالعقوبة، مترنم بالاستهزاء بها، وهنا تفقد العقوبات مسوع وجودها، وتتناقض مع أهدافها، وتكون الحقوق كلامًا فارغًا لا معنى له.

وعلى ضوء هذين الهدفين نقيِّم العقوبات الوضعية المطبقة في العالم أجمع، لنسل العلماء والمصلحين ورجال التشريع: هل حققت عقوبة السرقة أو الزنا أو القتل... أهدافها وأغراضها؟ وهل نجحت العقوبات القانونية في محاربة الإجرام، أو تخفيفه؟

التكامل في نظام الإسلام:

العقوبات في الشريعة الإسلامية ليست هي العلاج الوحيد لملاحقة الإجرام ومعاقبة المجرمين، وإنما ترتبط العقوبات مع الجوانب المختلفة في نظام الإسلام من العقيدة والأخلاق والعبادات والتشريع، وسبق العقوبة سبيل كثيرة للوقاية من الإجرام، والبعد عن المحرمات، وتشجيع احترام الحقوق والالتزام بالأخلاق، نذكر أهمها باختصار:

1 - غرس العقيدة السليمة القائمة على مراقبة الله تعالى في السر والعلن، والقائمة على الإيمان بالبعث والحساب، والوقوف بين يدي الله تعالى لسأل الإنسان عن كل صغيرة وكبيرة، ووضع الكتاب، فترى المجرمين مُضَفَّقين مما فيه، ويقولون: يا وَلِدَنَا مَالُ هَذَا الْكِتَابِ لا يُغَادِرُ صَغِيرَةً ولا كِبَيرَةً إلا أحساناً، ووجدوا ما علوا خاضراً، ولا يُظْلِمُ رَبُّك أَحْدَادُهُمُ (سورة الكهف) الآية: 49. وفي هذه الحالة يؤثر المؤمن الآخر على الدنيا، وبقدم رضاء الله وثوابه على شهوات النفس وخطرات الشياطين، ويبتعد عن طواعية واختيار عن الإجرام والاعتماد والخروج على الحدود والانتهاء للحرامات(1)، وهذا ما أشرنا إليه سابقاً بالمؤذنين الأخروية، وهو ما يمتاز به الشريعة السماوية، وتنفرد به عن القوانين الوضعية.

(1) التشريع الجنائي الإسلامي 123/1.

22
2 - بناء الأخلاق القوية، وإحياء الواجبات الخلقية، والضمير الحي، والوجود النابض في معاملة الناس، بأن يعاملهم كما يحب أن يعاملوه، وفي الحفاظ على حقوق الناس ومشاعرهم، فالأخلاق الفاضلة هي الدعامة الثانية التي يقوم عليها المجتمع بعد دعامة العقيدة والدين(1).

3 - الدعوة إلى العمل وممارسة وسيلة العيش الكريم من المورد الحلول، ليكون الفرد عضواً نافعاً خيراً لسعادة نفسه، وعضو متواضع في سعادة البشرية، وبالتالي فإن الإنسان يشتغل وتهتم في عمله وكمية رزقه، ويherited على عمله لتأمين معيشته وبناء مستقبله، وتقليل الدولة الإسلامية بتلائم العمل الشريف لكل مواطن فيها، فينصرف عن الإجرام والاعتداء على حقوق الناس.

4 - كفالة الشرعية، المماثلة بالدولة، للحقوق الشخصية والاجتماعية لكل فرد من أفراد المجتمع، فتصم أثر الفرد بين الناس، وتحفظ له حقوقه، وتضمن حريرياتهم، وتحميه من الإعتداء، وتشهد بينهم التكافل الاجتماعي، والتناسق الإنساني، والحماية من عواقب الزمن ونكبات الدمار، ونتيجة لذلك فيتعد الناس عن الإجرام، وتخلق أمثالهم أبواه، وتموت بواعظ، وتتصدر الشيطان في أغلبها، وتتهم البشرية بالسعادة والرخاء والمحبة والتعاون(2).

5 - إقامة مؤسسة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والدعوة إلى الخير، والتعايش بالحق، فتذكر الإنسان في كل لحظة ما يجب عليه، ويذكر الدعوة من الشر وعاقبتها، ويحذر من شباك الشيطان وإلهه، يقول تعالى: وَلَتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةً يُدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ، وَيَأمَّرُونَ بِالْمَعْرُوفِ، وَيَنْهُونَ عَنِ المُنْكَرِ، وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ (سورة آل عمران) الآية: 104)، وقال تعالى: وَالْعَفْوُ إِنَّ الْإِنسَانَ لَفِي خَيْرِهِ، إِلاَّ الذِّينَ أَفْسَدُوا، وَعَمِلُوا... (3)

(1) التشريع الجنائي الإسلامي 100/1، فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي 111/1، طرق تدريس التربية الإسلامية، للمؤلف ص 444 وما بعدها.
(2) انظر الإسلام عقيدة وشريعة ص 250، 267.
الصالحات، وتواصّوا بالحقّ وتواصّوا بالصبرّ (سورة العصر) الآيات: 1-3، وهذه المؤسسة فريدة في الشريعة الإسلامية، وقد لعبت دورًا بارزاً وعظيماً في منع الإجرام والإعتداء، وذلك بتكوين رأي عام مهذب، لا يظهر فيه شيء من الشرّ.

وبعد كل هذه السبل للوقاية من الإجرام، فإن تجاوز فرد كل هذه الاحتياطات والحواجز، ولم تنفعه الوقاية، وخطر برمه في المهالك، وغامر بنفسه للإعتداء على غيره، وأهان نفسه بالتدطّع إلى حقوق الناس، وجد عقله فانهلك حرمات الله وحدوده، فلا بد من إيقاع العقوبة به، علاجًا ودواءً، لأن الله تعالى هو الخالق لهذا الإنسان، العالم بغرائز النفس، وخفافيات القلوب، ويعلم أن الشذوذ عن الجادة رافق البشرية منذ نشأتها الأولى، وأن الإنسان مفطر على الخير والشر، وأن أصول الشر ضرب من الخيلان، لا يتفق مع طبيعة الإنسان المركب من العقل واللهجة والرغبات والأهواء، يخطأ العقل بما ينفعه، ويرتد إلى الصلاح والفضيلة، ويبين له طريق الهدي، ولكنه لا يجبر عليه، ولا يحمله على الرشد، ويبقى أمام الإنسان باب الخير وباب الشر مفتوحتين ليسلك باختيار ما شاء، فإن لم يبت بالنصح والإرشاد، ولم ينفعه الترغيب والتراب، وركب رأسه إلى الشر والشذوذ فلا بد من وضع العلاج الحاسم لوضع حد للشر والفاسد، خشية أن يفشو في المجتمع، فكانت حكمة الله تعالى بتشريع العقوبات لصيانة الجماعة البشرية في التدهور والانحلال، وردعًا للنفس الشريرة من التمادي في الفي والانحراف بعد الإیذار من الجريمة والتحذير من مخالفة حدود الله تعالى.

وبعد كل ذلك فإن الشارع لم يسند الأبواب عند الوقوع بالإجرام، والاضطرار إلى العقاب، وإنما يتبع المشرع العقوبة بأمرين:

(1) فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي 15/1، التشريع الجنائي الإسلامي 89/1 وما بعدها.

(2) انظر: الإسلام عقيدة وشريعة ص 270.

24
1. إن الهدف من العقوبة لا ينحصر بالردع والربر ، وإنما يشمل إصلاح الجاني وتهديها وتربيته والأخير بيد الله إلى المسألة والرشد.

2. ففتح باب التوبة على مصرايم المياه أمام العصاة والمذنبين والمجرمين والعائدين، لكي يصححوا أنفسهم، ويعودوا إلى رحمتهم، ويقابلوه على فعلهم، فيجدوا الله تواباً غفوراً، قال تعالى: "فَمَن تاب مِن بَعْدِ ظُلْمٍ أَوْ أَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يُتَوبُ عَلَيْهِ" (سورة المائدة) الآية: 39، وقال تعالى: "وَإِنِّي لَعَفِيرٌ لَّمْ تَأْتِيَنَّ ضَرراً وَأَمَّنَ وَعَيْلٌ صَالِحَاً ثُمَّ اهتَدَى" (سورة طه) الآية: 82، وقال تعالى: "وَمَن تَابَ وَعَيْلَ صَالِحَاً فَأَوْلَدَ اللَّهُ سَيِّئَاتَهُ حَسَنَاتٍ" (سورة الفرقان) الآية: 170، وقال رسول الله ﷺ: "إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يُبَيِّنَ بَيْلًا بَيْلًا لِيَلْتَبَّ بِهَا مَيْسِيَّةً الْيَوْمِ الْأَخِرِ"، ويقول عليه الصلاة والسلام: "لَوْ أَخْطَأْتُمْ حَتَّى تَبَغَّ تَحْيَاءِمُ السَّمَاءِ ثُمَّ تَبَّ أَوْلَيْدُ اللَّهِ عَلِيَّكُمْ"، وقال: "كَلِّ ابن آدمَ خطأ، وخبر الخطأين التوتابتين"، وقال: "النابِئُ من الذُّنُب كَمْ لَيْنُ ذُنُبُهُ".

فالهدف من العقوبة أولاً وأخيراً هو إصلاح النفس والنفسية، والعمل على سعادة البشرية، وتأمين السعادة لهم في الدنيا والآخرة، كما أن الهدف من العقوبة حماية الجماعة من المفسدين والشرور، وحفظ النظام، وتنفيذ أوامر الشرع والاجتهاد، وتحقيق الأمن للناس، وإصلاح البشرية، كالطبيب الذي يقرر بعد الفحص الدقيق للمريض أن سلامته تقتضي قطع أحد أعضائه لينجو بقية الجسم، أو كفائد سفينة يضطر إلى إلقاء بعض الأفراد في البحر لضمان سلامة السفينة، ووصلها إلى شاطئ الأمان.

---

(1) رواه مسلم والمسلمي عن أبي موسى رفاعة، (الفتح الكبير) 352/1289.
(2) رواه ابن ماجه بإسناد جيد، (الفتح الكبير) 386.
(3) رواه الترمذي وابن ماجه والحاكم، (الترمذي والترمذي) 91/38.
(4) رواه ابن ماجه والطبراني وابن أبي الدنيا والبيهقي، (الترمذي والترمذي) 88.
(5) الإسلام عقيدة وشريعة ص 273، التشريعة الجانثي الإسلامي) 385/1، 2001.
تقسيم العقوبات:

تنقسم العقوبات في الشريعة الإسلامية عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة (1) مهمها ثلاثة:

أولاً: تنقسم العقوبات باعتبار النص على العقوبة وعدم النص عليها إلى نوعين:

1- عقوبات نصية: وهي العقوبات التي نص عليها القرآن الكريم أو السنة الشريفة، وهي عقوبات الحدود والقصاص والكفارات، وقد رتبها الشارع على جرائم معينة، ووردت العقوبة بنص شرعي، فسميت عقوبات نصية، وتسمى أيضاً العقوبات المقدرة، أي التي قدرها الشارع، كما تسمى العقوبات المحددة أي التي حدد الشارع مقدارها بنص (2).

الحكمة من النص على هذه العقوبات أن أسبابها الموجبة لها هي جرائم خطيرة تتعلق بأساس المجتمع بالإضرار والفساد، فتسمى مقاسدة الشريعة وأهدافها العامة التي تعتبر من الضروريات التي لا تصلح الحياة بدونها، وأن النظرة البشرية في كل زمان ومكان تأتي هذه الجرائم وتفتر منها، وتستحق صفة الإجرام عند جميع الناس، وأن الجرائم التي توجب الحدود والقصاص تعتبر كالآمال بالنسبة إلى بقية الجرائم، وأنها تدل على تأصل الشر في نفس الجاني، ولذلك نص الشارع على عقوبتها وحدها وقدرها، لأنها لا تنفيح حالته بحسب الأزمان والأماكن والأشخاص، ولا يترتب عليها التغيير، ولا يصح الاجتهاد بما يخالفها، فلم يترك شأنها في مقدار العقوبة وتحديدها إلى الحكام أو القضاة (3).

2- عقوبات تفصيلية: وهي العقوبات التي لم يرد نص شرعي فيها، وإنما ترك الشارع تقديرها بعكس الأولى، وفرضه إلىوالي الأمر من الحكم والقضاة،

(1) التشريع الجنائي الإسلامي 197/276.
(2) التشريع الجنائي الإسلامي 197/276، المدخل الفقهي العام 2/214، الإسلام عقيدة وشريعة 251، المدخل للفقه الإسلامي، مكرون ص 439.
(3) الإسلام عقيدة وشريعة 251، 270، فلسفة العقوبة 48/1.

26
ولذلك تسمى تفريضة، وتسمى عقوبات غير نصية، أو عقوبات غير مقدرة، أو غير محددة، وتدخل تحت الاصطلاح الفقهى: التعزير.

وذلك أن العقوبة مفروضة للإمام في معايبة الجاني بعقوبة يراها رادعة له بحسب اقتصاد المصلحة زمنياً ومكاناً وأشياءاً، والقاضى يوازن بين الأهداف والأسس في العقاب لتحقق المصلحة العامة وإقامة العدالة ورفع الجاني وإصلاحه، وزجر غيره عن الفعل، ففرض ما يراه مناسبًا وملائماً.

 económية - تنقسم العقوبات من حيث الحق المعتدى عليه إلى ثلاثة أنواع:

1- عقوبات لحماية حق الله تعالى، وهي الحدود والكفرات، وحقوق الله تعالى هي التي يتعلق النفع بها لجميع الناس، ونسبت للذى تعالى تعظيماً لها، واهتماماً بشأنها، وتسمى أيضاً حق المجتمع، وتسمى الحق العام.

2- عقوبات لحماية حق العباد، وهي القصاص والدية، لأن الاعتداء يقع على حق الشخص المعتدى عليه، فشرع القصاص والدية حماية لحقه، وصيانة لحق الأفراد من مثله.

3- عقوبات لحماية حق الله وحق العباد، وهي التعزير، وذلك أن أكثر الحقوق تتعلق بحق الله وحقوق العباد، وإن حق الله فيها تطبيق أحكامه وتنفيذ شرعه ورعاية المصالح العامة، وإن حقوق العباد في هذه العقوبات تجلب في حماية مصالحهم في الدنيا والآخرة.

ثالثاً - تقسم العقوبات بحسب جسامة العقوبة وشدتها المرتبطة بجسامة الجريمة وخطورتها إلى أربعة أنواع(1)، وهي:

1- عقوبات الخطورة: وهي العقوبات المقررة على الجرائم الهامة والخطيرة والتي تمس كيان المجتمع، وتهدم مقايسة الشريعة، وتهدم الضروريات الأساسية للحياة، ولذلك كانت العقوبة المقررة على الجاني تسمى حداً من حدود الله تعالى، ويقصد منها حماية المصالح العامة، وضمان منافع الناس.

(1) التشريع الجنائي الإسلامي 134/1. 27
2 - عقوبات القصاص والدية: وهي العقوبات المقررة للجرائم الواقعة على النفس أو أحد الأعضاء في الجسم.

3 - عقوبات التعزير: وهي العقوبات المقررة لحماية الأحكام الشرعية، والقواعد الأساسية والحقوق التي نصت عليها الشريعة، وتطبيق الأوامر التي جاءت بالنصوص، ومنع النواحي والمحرمات التي يجب اجتبابها، وكل مخالفاتها للأحكام الشرعية فيما عدا جرائم الحدود والقصاص والدية.

4 - عقوبات الكفارة: وهي عقوبات دينية أو دينية مقررة لبعض جرائم القصاص والدية وبعض جرائم التعزير.

وهذا أهم تقسيم للعقوبات، وتترتب عليه نتائج هامة تظهر لنا عند بيان خصائص كل نوع وميزاته وصفاته، لأنه كلما كبرت الجريمة كبر إثمها، واشتد عقابها، ولذلك نختاره للدراسة، ونقسم البحث فيه إلى أربعة مباحث، وهي:

المبحث الأول: في الحدود.
المبحث الثاني: في القصاص والدية.
المبحث الثالث: في التعزير.
المبحث الرابع: في الكفرات.
المبحث الأول
في الحدود

تعريف الحدود:
الحدود جميع حد، وهو في اللغة: المنع، أو الفصل بين شيئين، وسمي الحاجب حدادة، لأنه يمنع الناس من الدخول، ومنها الحدود المقدرة شرعاً، لأنها تمنع من الإقدام على أسبابها، وتعني الناس عن ارتكاب المحرومات والجرائم الموجبة لها.(1)
والحد في الاصطلاح: عقوبة مقدرة تجب حقاً لل تعالى.
فالحد عقوبة؛ لأنه وسيلة تأديبية لمنع الناس من ارتكاب الجرائم التي تكون سبباً لوقوع الحد، وتتوفر فيه صفات العقوبة من تأديب الفاعل، ومنع غيره من ارتكاب الفعل.
والحد عقوبة مقدرة من قبل الشارع سبحانه وتعالى، وتقديرها محدد بدقة، ومعين بشكل قطعي لا يقبل الزيد ولا النقصان، وبالتالي فلا يحق لولي الأمر أو القاضي أن يزيد في العقوبة، أو أن يتقص منها، أو أن يستبدل بها غيرها مثلاً بثب الحد، مهما كانت الظروف والأحوال.
والحد عقوبة واجبة حقاً لل تعالى، أي وجبت لحماية حقوق الله تعالى، وتأبيد تنفيذها والحفاظ عليها، ولذلك فلا علاقة للعباد فيها، سواء أكانوا حكاماً أم ولاة، أم قضاء أم مواطنين، ولا تتأثر هذه العقوبة بشخصية الجاني وظروفه وأحواله الخاصة، لأن العبرة بالحق الذي اعتدي عليه، ولا يقبل الحد الإسقاط

(1) القاموس المحيط 286/1، المسباح المنبر 1/171

29
من الأفراد المعتدي عليهم كالمسروق منه، ولا من الجماعة المعتملة بولي الأمر والقاضية، ولا يقبل العفو وغيره مما سنراه في الصفات المشتركة للحدود.

ويخرج من التعريف القضاص؛ لأنه عقوبة مقدرة شرعا، ولكنه يجب لحفظ حق العباد.

ويخرج من التعريف التعزيز؛ لأنه عقوبة غير مقدرة بالنص وإنما تفوعد إلى الحاكم والقاضي ليقدرها حسب الجريمة والشخص والزمان والمكان.

أنواع الحدود:

الحدود ستة أنواع، وهي: حد الزنا وحد القذف وحد السرقة، وحدود الحرابة وقطع الطريق وحدود شرب الخمر وحدود الردة.

والحكمة في الاقتصار على هذه الأنواع دون غيرها من عقوبات الجرائم الأخرى أن الغاية والهدف من تشريع هذه الحدود أن تتعلق بأسس المجتمع الإسلامي، المبني على حفظ المال والنفس والعمر والدين والمال، وهي مقاصد الشريعة الأساسية، فكان الاعتداء عليها موجبا لأشد العقوبات، وأقوى الزواج.

وهذه الحدود ثابتة بالنص الشرعي، إما في القرآن الكريم، أو في السنة النبوية، أو فيهما معاً.

وتناول كل حاكم لمفرده لبيان تعريفه وكيفيته ومشروعيته باختصاً شديدًا.

---

(1) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي/28/434، التعزيز في الشريعة الإسلامية، للدكتور عبد العزيز عامر ص.5، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد، الدكتور وهبة الزحيلي 219/4/1415.

(2) اختلف الفقهاء في عدد الحدود، فبعضهم ذكرها خمسة، ولم يذكر حد الردة فيها، وبعضهم عدها سبعة، فأضاف القضاص، واعترضه اجتماع، لأنه عقوبة مقدرة بالنصف، وبعضهم عدها خمسة بدون حد الردة، ولكنهم فصولا حد السرقة عن حد الشرب، ووضعوا حد الحرابة وقطع الطريق إلى حد السرقة، واعترفوا الأول سرقة كبرى، والثاني سرقة صغرى، انظر: الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد 220/2.
لتقدم بعد ذلك الصفات المشتركة للحدود، أو الميزات والخصائص التي تنفرد بها الحدود عن غيرها.

أولاً - حد الزنا:

وهو عقوبة الاعتداء على العرض بالزنا، كما أنه اعتداء على نظام الأسرة الذي صانه الإسلام، واحتفى به، وقرر له الأحكام الكفيلة بحفظها وحمايةها لداء رسالتها في بناء المجتمع الصافي المثين.

والعقوبات في حد الزنا الجلد والرجم حسب التفصيل التالي:

إن عقوبة الزاني غير المحسن هي الجلد مائة جلدة، لقوله تعالى:

(فُرِّقْتُوهُما فِي النَّارِ لَا يَتَأَخَّذُوا ﷺ فِيهَا وَلَا يَتَأَخَّذُوا ﷺ فِيهَا طَائِفَةً مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ) (سورة النور الآية: 2).

وغير المحسن هو الذي لم يتزوج، والزواج هنا يعني العقد مع الدخول بالاتفاق، وأضاف جمهور الفقهاء إلى الجلد عقوبة تبعية، وهي التزويج أي النفي لمدة عام، لما ثبت في السنة أن رسول الله ﷺ قال في حديث الْصُّفِيفِ:

(وَعَلَى ابْنِكَ جَلَّدَ مَائَةَ غَيْضَةً وَتَغْرَبَ عَامٍ) (1)، وقال عليه الصلاة السلام: وَخَذَّوا عَنِ الْقُلُوبِ ۖ قَدْ جَعَلَ ﷺ لَهُنَّ سِبْيلًا، الْبَيْكَ بِالْبِكْرِ جَلَّدًا مَّائَةً وَنَفْيًا سِنَةً) (2)، وخالف الحنفية في التغريب، ولم يأخذوا به، واقتصروا في حد غير المحسن على الجلد الثابت بنص الآية الكريمة، وأن الأحاديث السابقة زيادة على الكتاب الكريم، ولا تصح الزبيدة إلا بحديث متوتر أو مشهور، وهذه الأحاديث لم تصل إلى درجة التواتر والشهرة (3).

أما عقوبة الزاني المحسن (المتزوج) فهي الرجم بالحجارة حتى الموت.

1. رواه الجماعة في الكتب الصحيحة عن أبي هريرة، انظر: نيل الأوطار 91.7.
2. رواه الجماعة إلا البخاري والناساني، عن يغابة بن الصامت، انظر: نيل الأوطار 91.7.
3. بدائع الصانع 142/9، ومغني المحتج 147/6، حاشية الدسوقي 321/4، المغني 32/9، التشريع الجنائي الإسلامي 1/39.
لما ثبت في السنة من رجم ماعز ورجم الغامدي، ولقوله: "في حديث العيس في السابق: "واعتقد أنك إلى إمرأة هذا، فإن اعترت، فاجمها، قال: فغدا عليها فاعترت، فأمر بها رسول الله ﷺ فرجمته، ولقوله عليه الصلاة والسلام: "والنبيّ بالثيب جلد مائة والرجم، ولقوله ﷺ: "لا يحل دم أمرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث، الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة".

وافق جماع العلماء على نسخ الجلد للزاني المحصن، والاتحاد بالرجم حتى الموت.

ويؤيد هذا ما روي عن عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، أنه قال: "إن الله تعالى بعث محمدًا ﷺ بالحق، وأنزل عليه الكتاب، فكان فيما أنزل عليه آية الرجم، فقارتها، وعقلتها، ووعيّها، ورحم رسول الله ﷺ، ورحمنا بعده، فأخشى إن طال الناس زمان أن يقول قائل: ما نجد الرجم في كتاب الله، ففضلنا بترك فرضية أنزلها الله، فالرجم حق على من زنى ممن أُحضِن من الرجال والنساء، إذا قامت البيئة، أو كان الحبل، أو الاعتراف، وقد قرأ عليه "السُّحِيح والشِّرْيح إذا زنى، فارجعوها البيئة، نكلاً من الله، والله عزيز حكيم".

والكلام على حد الزنا طويل، وخاصة فيما يتعلق بشروطه وإلقائه، وما يقال عن التدرج في بيان عقوته في القرآن الكريم، ونسخ بعضها بعض، والعقوبات العنيدة التي تلحق بالحد، سواء كانت عقوبات دينية أو أخرى، ولا

(1) رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن وأحمد (انظر: نيل الأوطار 7/7، الفتح الكبير 3/379).

(2) بدائع الصنائع 9/4162/9، مغني المحتاج 146/4، وحاشية الدسوق: 200/4، وقد أنكر الخوارج وبعض الشيعة وبعض المعتزلة عقوبة الرجم، وقرروا أن عقوق الزاني هي الجلد فقط، كما نصف الآية بعدهما، وأن أحاديث الرجم أحاديث آحاد، وليس متواترة فلا يأخذ بها، إما لأن بعضهم لا يحتف بإلادين المتواتر، وإما لأن الرجم أقسى عقوق في الإسلام، فلا بد أن يثبت بدليل قطعي لا شهية فيه، انظر: فلسفة العقوق في الفقه الإسلامي 1/13، التشريع الجنائي الإسلامي 1/240/1، المعغني 9/37.

(3) رواه الجماعة إلا النسائي عن ابن عباس، نيل الأوطار 7/111.
مجال لعرض كل هذه الأمور التي يطلع عليها الطالب تفصيلًا في الكتب الفقهية(1).

لكنني أحب أن أشير هنا إلى أن عقوبة الزنا بالجلد أو بالرجم لم تفرض في نظام العقوبات الإسلامي إلا بعد أن نبهت الشرعية الغراء ب مختلف جوانبها على الاحتياطات الكثيرة والمتنوعة التي تصنف المجتمع عن هذه الفاحشة الخطرة المدمرة، وتبدأ هذه الاحتياطات الوقائية من غض النظر وстр العورة والبعد عن الزينة والتفحش والاختلاط، والتحذير من كل وسائل الإغراء والفساد، وتنتهي هذه الاحتياطات الوقائية بالدعوة الصريحة إلى الزواج والتشجيع بشكل خاص للشباب على الزواج، كل ذلك للتفحص والقضاء على الداعف الذي يدعو إلى الزنا، وهو الشهوة والاستمتاع بالنشوة واللذة، فإن لم تنفع كل هذه الوسائل الوقائية، وأقدم الإنسان على الزنا فكان المؤيد الشرعي هو حد الزنا والعقوبة الحاسمة، وإزالة الألم بجسد، وإن توفر له الإحصان بالزواج، وتنظر بالطرق المباحة فهجز زوجة في بيته، وغامر وراء شهواته وملذاته للإجهاز على الأعراس استحقاق الرجم والموت والقتل رمياً بالحجار، وهذه أقصى عقوبة، جزاء لفعله، وإقامة للمعاق، وصونًا للمجتمع.

ثانياً - حد القذف:

وهو اعتداء أيضًا بالقول فقط على الأعراض بالقذف والدهيان والسب والشمل والإتهام بالزنا، ومقدار العقوبة ثمانين جلدة، لقوله تعالى: "والذين يرموه المخصصات(2) ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة، ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً، وأولئك هم الفاسقون" (سورة النور) الآية: 4.

والقذف في اعتداء مباشر على حق المقدم وليست على الحكم بالحدود على الدعوى منه، وقد اختتلف الأئمة في صفة حد القذف، وله هو من حقوق

(1) ديات الصنائع 9/410 وما بعدها، مغني المحتجاج 146/4، حاشية الدسوقي 1313/4، المغني 38/9 وما بعدها.

(2) المحصنات في هذه الآية بمعنى العفة مع البلوغ والعقل، انظر: ديات الصنائع 9/4165/9، مغني المحتجاج 156/4، حاشية الدسوقي 324/4، المغني 37/9.

33
العباد الخالصة، أم من الحقوق المشتركة التي يغلب فيها حق العباد أو حق الله؟
ويلحق بعد القذف عقوبة دينية واجتماعية وأدبية أخرى نصت عليها الآية الكريمة، وهي الحكم بفسق القاذف، وعدم قبول شهادته، وعدم تصديقه في أقواله.

ويستند من إقامة حد القذف إتهم الرجل لزوجته بالزنا فلا يقام عليه حد القذف، وإنما شرع في حقهما الملاعبة، فقوله تعالى: {والذين يرمو أرواحهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم، فشهدوا أنفسهم} أربع شهادات بثني إن لمن الصادقين، والخاصة أن أعنت الله عليه إن كان من الكاذبين، ويُحدى عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بثني إن لم يمك الكاذبين، والخاصة أن يغضب الله عليها إن كان من الصادقين} (سورة النور) الآيات: 6-9.

وحد القذف عقوبة فريدة في تاريخ الشريعة والقانون، وذلك بأن يكون السب والضرب والهذيان واللسان سببا لعقوبة مقدرة محددة حافظة تعالى، بالجلد والضرب، ولا يقبل فيه الصلح والإبراء والعفو والإسقاط. وغيرها، خلافاً للقوانين التي تعاقب على القاذف والسبر بالحبس، فلا يرتدو الجاني، ولا ينجر غيره، بل على العكس فقد زادت هذه الجرائم زيادة عظيمة (1)، وانتشارت على جميع المستويات، وتشاعت على الصعيد الرسمي والسياسي بين الحكام والزعماء والرؤساء، وهذا الواقع المؤلم بيننا عظمة التشريع السماوي الخالد الذي يضع الدوافع الشاذ، والعلاج الحاسم، ويهدف إلى استغاثة الشر من جذوره، ويريد تطهير المجتمع من بذاء اللسان، وثورة الكلام، وإشاعة الفواعش، وفضح البوت، واتهام الأعراس، والتشكيك في الأنساب. فقدام حد القذف، وأتتبعه بالعقوبات الدنيوية والأخروية، وحذر من هذه الجريمة الشنيعة، ووضع مرتكيه بالفسق وعدم قبول شهادته إلى الأبد، وهذا القاذف بالعذاب العظيم والويل الشديد، قال عز وجل: {إن الذين يرمون المصائب} العذابات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة، وله عذاب عظيم، يوم تشهد عليهم أبنائهم وأيدهم وأرجلهم بما كانوا يعملون، يومَ يُوْفِّيُهم الله دنيهم}

(1) التشريع الجنائي الإسلامي 146/1 وما بعدها.
الحقّ، ويعلمون أن الله هو الحقٌ المبينٌ» (سورة النور) الآيات: ۳۲ – ۳۴، وقال عليه الصلاة وسلام: "اجتبوا السبع الموظفات: الشرك بالله ... وقذف المحرمات العائلات" (۱)، وقال تعالى: "إِنَّ الذين يُجِبُونَ أن تَشْعَبَ الفاحشةٌ في الذِّين آمنوا لهم عذابٌ أليمٌ في الدنيا والآخرة، والله يعلم وآتىهم لا تعلمون" (سورة النور) الآية: ۱۹.

ثالثاً: حد السرقة:

وهو عقوبة الاعتداء على الأموال بالسرقة من جهة، والاعتداء على نظام الملكية من جهة أخرى، ويعاقب السارق بقطع اليد اليمنى من الرسغ، لقوله تعالى: "وَالسَّارِقَاتُ وَالسَّارِقٌ فَاقْطَعْنَاهَا أَيْدَيْنَاهَا، جَزَاءً بِمَا كَسَبُوا، نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حكيمٌ" (سورة المائدة) الآية: ۸۸.

وبيّدّاً أول وحلة أن السرقة اعتداء على حق خالص للعباد، لأن السارق تناول وأخذ مال المسروق منه، وذلك يتوقف الحد على الدعوى بطلب المعتدى عليه، والواقع أن السرقة فيها ترويع للأمن، وتهديد للمواطنين، وثير القلق الدائم، والاضطراب النفسي، فيعيش الناس في ذعر وخوف، ويكدون في النهار، ويبطرون للسهر في الليل.

وإن حد السرقة لا يقام إلا بتتوفر عدة شروط في السارق والمسروق منه والمال المسروق، وتعرف هذه الشروط في كتب الفقه، ولكن تجدر الإشارة إلى أمرين:

الأول: أن النتائج العملية والاجتماعية والمعاقبة التي تتزامن على تطبيق حد السرقة، إذا فورت مع النتائج والأحوال الاجتماعية، وشيوع السرقات والتصوصبة والنشر في البلاد التي تط반 القوانين الوضعية، تدل على عظمة حد السرقة، ونجاح عقوبته، وتكشف عن فشل العقوبات الوضعية بشكل ظاهر للعين.

(۱) رواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي عن أبي هريرة، وتعتبر الحديث الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الزب، وأكل المال الجهم والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات العائلات، (انظر: الفتح الكبير) ۴۳/۱.
الثاني: أن العدالة الكاملة، والأهداف السامية للعقوبة لا تظهر إلا إذا كانت عامة وشاملة وتطبق على جميع الناس، دون تميز طبقي أو عنصري أو طائفي، وأن السارق يجب أن ينتن جزاه، حيث كانت مكانته أو قرابته من الحكم والقضاء والسلطات الحاكمة، ولا كان التعزيم والمحاباة والرشوات والوساطات في تطبيق الحدود سبباً في الظلم والهلاك والدمار، وهو ما حذر منه رسول الله ﷺ، وضرب المثل الأعلى في العدالة عند الشفاعة للمرأة المخزومية، فمن عائشة رضي الله عنها قال: كانت امرأة مخزومية تستعين المتاع وتجذده، فأمر النبي ﷺ بقطع يدها، فأتى أهلها أسماء بن زيد، فكلموه، فكلم النبي ﷺ فيها، فقال له النبي ﷺ: "يا أسماء، لا أراك تشع في حد من حدود عبد الله عز وجل"، ثم قام النبي ﷺ خليباً فقال: "إنا هلك من كان فيكم بأنه إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه، والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعته يدها، فقطع يده المخزومية".

رابعاً - حد الخمر:

وهو عقوبة الاعتداء على العقل بشرب المسكرات، وقد ثبت عقوبته الأخورية مع تحريره في القرآن الكريم بقوله تعالى: "إِنَّمَا يَذْيَبُ الْحَمْرُ وَالْمِسْرُ وَاكْتُشِبُّ الْأَلْثَامُ وَالْأَلْثَامُ رَيْسٌ مِن عَمْلِ الشِّيَطَانِ فَاجْتَنِبْهُ لَعَلَّكَ تُفَلِّحْنَ إِنَّمَا يُرِيدُ الشِّيَطَانُ أَنْ يُوقِعْ بِنِيْمَكَ العَدَائَا وَالبَغْضَاءِ فِي الْحَمْرِ وَالْمِسْرِ وَيُقَدِّسْكَ عِنْ ذَكْرِ اللَّهِ وَعَنْ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتمَ مُتَهْدِينَ" (سورة المائدة) الآيات: 90 - 91.

وأما العقوبة الدنيوية فوردت بالسنة الشريفة، عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ أتي بجلد قد شرب الحمر، فجلد بجريدتين، نحول أربعين، قال: وفعله أبو بكر، لما كان عمر استشار الناس، فقال: "عبد الرحمن: أخف الحدود ثمانيين، فأمر به عمر (2)، وعن أنس أيضاً أن النبي ﷺ جلد في

(1) رواه البخاري ومسلم والنسائي وأبو داود وأحمد، (انظر: نيل الأوطار 14/38، 437)
(2) رواه مسلم وأبو داود والترمذي وصحابه أحمد، (انظر: نيل الأوطار 14/6 ادى).
الخمر بالجرد والتعال، وجلد أبو بكر أربعين(1)، وقال علي رضي الله عنه:
جلد النبي، أربعين، وجلد أبو بكر أربعين، وعمر ثمانين، وكل ستة، وهذا أحب إلى الله).

وقد اتفق الأئمة على عقوبة الشرب بالجلد، ثم اختلفوا في المقدار، فقال:
الجمهور: إنها ثمانون جلدة، وقال الشافعي: إنها أربعون، والباقي تعزير،
وسبب الاختلاف تعدد الروايات واختلافها وفهمها والجمع بينها.

ويقسم علماء الحنفية حد الشرب إلى نوعين، أو إلى حدين، حد شرب
الخمر، حيد السكر من المشروبات الأخرى، وتفصيل ذلك مع الفرق بينهما
مفصول في كتب الفقه، مع بيان المشروبات والمسكرات والشروط وكيفية الإثبات
والتقليد وغيره.

ولكن لا بد من كلمة حق في هذا المجال، وهي أن عقوبة الشرب في
الشريعة تقوم على أسس نفسية متينة بإزال آلام النفس وآلام البدن بحسده؛ لأنه
ارد أن يتهرب عن طريق الخمر - من آلام النفس ومشاكل الحياة إلى النشوة
الخيالية وسعادة الأوهام، هذا من جهة(2).

ومن جهة أخرى فإن تحريم الخمر وعقوبته في الشريعة الغراء يقوم على
أسس تركيزة دينية وعقيدة، ويعتبر النجاح فيه مضمراً للإنسان في تاريخ الشرائع
والقوانين، لأن تحريم الخمر سببه في حياة الصحابة بناءً قاعدة صلبة من الإيمان
والقوي ومراقبة الله، والإسراع في مرضاته، والتحذير من معصيته، وهذا البناء
المتين لتحريم الخمر هو القاعدة السليمة في تحريمه، وابتعاد المسلم عنه في
يوم النهاة، وهو الأساس الوحيد لإمكانية النجاح في تحريم الخمر، وتطهير
المجتمع منه، وإنقاذ البشرية من ويلاته وأخطاره وأثمانه ونتائجه الخبيثة.

خامساً - حد الحرابة:

هو الاعتداء على الأمن العام والإفساد في الأرض والاعتداء على الأموال
(1) رواه البخاري ومسلم وأحمد، (المرجع السابق).
(2) رواه مسلم، (المرجع السابق).
(3) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي 149/1. 37
الأنفس والدماء، وعقوبة الحد هي القتل أو الصلب أو قطع الأيدي والأرجل من خلاف أو النفي في الأرض، لما ورد في الآية الكريمة بقوله تعالى: "فإنما جزاء الذين يحرون الله ورسوله، ويسعون في الأرض فسادًا أن يقتلون أو يصيبوا أو تقطع أرجلهم وارجلهم من خلاف، أو يشقوا من الأرض، ذلك لهم خزي في الدنيا، جزاء في الآخرة عذاب عظيم" (سورة المائدة) الآية: 32.

وتذكر في الآية متروك للحاكم أو الفاضي بحسب ما يحقق الزجر والردع والإصلاح والعدالة والطمانينة في المجتمع، فالعقوبة الجسيمة تنزل بفاعل الجريمة كبيرة، وهكذا.

وأختلف أئمة المذاهب في كيفية التخدير والتقصيل، كما هو مبين في كتب الفقه، فالمالكية يقولون أن "أو" في الآية للتخدير المطلق بين جميع العقوبات السابقة، وال الجمهور قالوا: إنها للتنويع حسب نوع الجناية".

ويفترق حد قطع الطريق عن غيره من الحدود والعقوبات أن قاطع الطريق إذا تاب قبل القبض عليه سقط عنه حق الحراقب، لقوله تعالى: "إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلما أن الله غفور رحيم" (سورة المائدة) الآية: 44، ولكن سقوط العقوبة بالنوبة لا يغير من طبيعة عمله الإجرامي فيعاقب عليه بالقصاص أو التعزير مع رد المال المسلوب، ويراعي الفاضي ظروف الواقعة في تطبيق العقولة.

وقسومة الحراقب شديدة وقاسية، ولكنها إذا قررت بالجرائم المرتكبة والمنشأ المحرم والعذاب العدوان المبين كائن عقوبته عادلة، وإن القوانين الوضعية تعاقب على الجرائم التي تهدد النظام الاجتماعي والأمن العام بنفس العقولة وهي الإعدام".

سادسًا- حد الردة:

وهو عقوبة الاعتداء على الدين بالردة، كما أنه اعتداء على النظام

(1) الفقه الإسلامي في أصوله الجديد/2، فلسفة العقولة 166/1، مغني المحترج
185/9، المغني
(2) التشريع الجنائي الإسلامي/2، 627/1.
الاجتماعي في الدولة، وعقوبة المرتد هي القتل، والأصل فيها قوله تعالى:

(وَمَن يَرْتَبِد مِنْكُمْ إِنَّكُمْ فِي فَتْحٍ) (سورة البقرة الآية: 217).

وقال سعد بن أبي وقاص: "إني كنت يوماً فاقتله"، وقوله عليه الصلاة والسلام: "لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: الشيء الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لديه المفارقات للجماعة." (3).

ويختص هذا الحد بالاستثناء قبل القتل، فإن تاب المرتد ورجع إلى الإسلام سقط الحد عنه، وإن أصر على العناد والكفر والتمسك بالأوهام قتل، كما أنه يفترق عن غيره بأن عقوبته يتعذر أثراً إلى الحياة المدنية، فيعاقب بمصدرة أمواله، مع اختلاف الفقهاء في مدى المصدرة، وفقد الورثة حقهم في جميع التركة أو في بعضها (4).

والكفر بحد ذاته ليس محيماً للدم، لأنه لا إكراه فيه، وإنما السبب في إباحة دم المرتد أن الردة سبب في محاربة المسلمين والعدوان عليهم، وتقية الكفار واللجوء إليهم، ونقل الأخبار والأسرار إلى الأعداء، ومحاولة فتنة المسلمين عن دينهم (4).

ويلحق بحد الردة عقوبة البغي بالقتل أيضاً، وهي عقوبة الاعتداء الموجه إلى نظام الحكم والقائمين فيه، وهذا يؤدي إلى الفتنة والاضطراب، وتاخر الجماعة وانحلالها (5)، والأصل في عقوبة البغي قوله تعالى: (فإن طائفتان من

1. رواه البخاري وأبو حاتم السن الأربعة وأحمد عن ابن عباس; (بـ. الأيوبي 2017, الفتح الكبير 175/1).
2. رواه البخاري ومسلم وأصحاب السن وأحمد عن ابن مسعود; (بـ. الأيوبي 2017, الفتح الكبير 356/1).
4. الفقه الإسلامي عقيدة وشريعة ص 152.
5. التسليح الجنائي الإسلامي 1991, مغني المحتاج 133/4, حاشية الدسوقي.

40
الصفات المشتركة للحدود:

تختص الحدود بمجموعة من الصفات تميزها من غيرها من العقوبات

1. الحدود كلها عقوبات بدنية، تقع على الجسم والبدن كالجلد والرجم والقليل، وليس فيها من حيث الأصل عقوبة مالية أو معنوية، ولكن العقوبة البدنية لا تخلو من إيذاء معنوي شديد، وقد أشارت الآيات الكريمة لهذا الإيذاء المعنوي في بعض الحدود، وجعلته مقصودًا بذاته، كالشهير في عقوبة الزاني، وجلده أمام الناس (وَلَيْتَشْهَدَ عَذَابَ هَمَا طَالِثَةٌ مِّنَ النِّعَمِ)، (وَلاَ تَأْتِحِكَ بِهِمَا رَأْفَةً في دِينِ اللَّهِ)، ومثل الصلب والقطع من خلاف في حد الحرابة، ومتلك تعليق يد السارق في رقبته والطواب به في الشوارع... إلخ.

2. الحدود لا تقام إلا إذا توافرت شروطها، وانتفت موانعها، وشروط إقامة كل حد من الحدود كثيرة جداً لا مجال لذكراها، وإنما تعرف في المراجع الفقهية، وهي في مجموعها تدل على الدقة الفقهية، والإحكام في الصياغة والتطبيق، والاحتياط المطلق في إقامة الحدود وفرض العقوبات.

3. التشهد في إثبات الحدود إذا قورنت مع غيرها من المقصاص والتعزير وبقية الأحكام، فلا تثبت الحدود إلا بوسائل مبينة ومحددة، وهذه الوسائل منها ما

المدخل الفقهي العام 2/18، التعزير في الشريعة الإسلامية ص 29، التشريع الجنائي الإسلامي 81، بدائع الصنائع 9/4201.

(2) بدائع الصنائع، 7/4004.
هو عام في جميع الحدود كاشتراط شاهدين رجليين، ومنها ما هو خاص بحد
دون غيره كاشتايرت أربعة شهود ذكور في الزنا، كاشتراط تعدد الإقرار عند
بعض الفقهاء، مع الاحتياط الشديد في إثبات الحدود بالقرائن كالحمل
الدال على الزنا، والرائحة في الخمر، والقيء للخمر، ووجود المزروق عند
مثهم، ولا تقبل شهادة النساء مع الرجال، ولا شهادة النساء وهم في
الحدود مطلقاً عند جماهير الفقهاء، لحديث الزهري رضي الله عنه: {مَضْطَهِدُ
السُّنَّةَ أنَّهُ لا تجوز شهادة النساء في الحُدُود} (1)، ولا يقبل إثبات الحدود بعلم
القاضي.

4 - ويتفرع عن الصفتين السابقتين في الشروط والإثبات أن الحدود تُذَرَّأ
بالشبهات، فإذا حصل موجب الحد أو سببه ولكن اقترن بالحد شبهة في
وقوعه أو في إثباته فإن هذه الشبهة توقف الحد، وتمنع تفقيذه، ولكنها لا
تبيح الفعل، وإنما تنقلب العقوبة من الحد إلى التعزير، وبيق الفعل
مُحُرَّماً) (2)، والدليل على ذلك ما يلي:

أ - قوله تعالى: {إِدْرَءُوا الحدُودَ عَنِ اللَّهِ مَا استطعتم، فإن وجدتم
للمسلمين مُخَرَّجًا فخلوا سبيلهم، فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خيرٌ
من أن يخطئ في العقوبة} (3).

ب - لأن الحد عقوبة كاملة، ولا يطبق إلا عند تكامل الجناية والجريمة، وإن
وجود الشهبة ينقص الجريمة، وبالتالي يجب نقصان العقوبة، والحد لا
ينجز فتجمل إقامته.

ج - إن الحدود لحماية حق الله تعالى، وتهم المجتمع بشكل رئيسي، فإذا

(1) رواه ابن أبي شيبة عن الزهري، انظر: رسالتنا وسائل الإثبات ص 171، بدائع الصنائع:
179/6.

(2) فلسفة العقوبة 2/12، التعزير، عمار ص 30 وما بعدها، انظر: الفروع 4/172 فور.

(3) 444، الإسلام عقيدة وشريعة، شلوتوت ص 270.

(4) رواه الترمذي عن عائشة، ورواه ابن ماجه عن أبي هريرة بلفظ: {وادفعوا الحدود ما وجدتم
لها مدفعاً} نيل الأوطان 7/110.
اعترت الحدود شهية سقط حق الله تعالى، لأن حقوق الله تعالى تبنى
على المسامحة(1).

5 - الحدود لا تثبت إلا بالنص عليها في القرآن والسنة، وينطبق عليها القاعدة
القانونية «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»، ولذلك فلا يقاس عليها غيرها من
الجرائم والمحارمات والمحظورات، التي تدخل في التعزيز(2)، وأساس
الفرق بين الحدود والتعزيز هو النص على عقوبة الحد، وعدم النص الشرعي
على عقوبة التعزيز، كما سئل.

6 - الحدود متي ثبتت أمام الحاكم لا تقبل العفو ولا الصلح ولا الإبراء ولا
التنازل عنها.

لأن الحدود من حق الله تعالى، فلا يملك أحد أن يسقط هذا الحق،
والإنسان يستطيع التصرف بالصلح والإبراء بحقه، والحدود ليست من حقه،
بل إن ولي الأمر، وهو الإمام الحاكم الذي يمثل حق الله تعالى، وينوب عن
المجتمع، لا يحق له أن يتصرف بحقوق الله تعالى في الحدود، وإنما يتصرف
في حقوق الله بما أذن له الشرع فيها، والحدود لم يفوضها له، ولم يخوله
حق الإبراء والتنازل والصلح(3).

والحكمة من هذا أن الحدود تخصص من جهة المجتمع، وتتعلق
- من جهة أخرى - بالأهداف والمقاصد الرئيسية في الشريعة، فاستناداً لله
 تعالى بها (4).

7 - وأخيرًا، فإن الحكمة من الاقتصار على ستة حدود فقط أنها تتعلق بأساس
المجتمع والمقاصد الشرعية وأهدافها العامة التي تعتبر من الضروريات التي
لا تصلح الحياة بدونها(5) وهذا المعنى يؤكد أهمية الحدود كمؤيد للأحكام
الأصلية في الشريعة التي جاءت لتحقيق مصالح الناس في الدنيا والآخرة

(1) التعزيز في الشريعة الإسلامية ص 30، فلسفة العقوبة 13/2.
(2) فلسفة العقوبة 209/1، التشريع الجنائي الإسلامي 131/1.
(3) بدلائع الصالح 2014/9.
(4) فلسفة العقوبة 104/1، التشريع الجنائي الإسلامي 161/8، 236.
وتأمّن السعادة لهم، يقول رسول الله ﷺ: "إقامةً حدٍّ من حدود الله خير
لأهل الأرض من مطر أربعين يوماً".(1)

ونحن كلامنا عن الحدود بعبارة الإمام الكاساني، يقول:

"إن الحدود وجبت لمصالح العامة، وهي دفع فساد يرجع إليهم، ويفع
حصول الصيانة لهم، فحجز الزنا وجب لصيانة الأذى علن التعرض للضياع،
وحدة السرقة وقطع الطريق وجب لصيانة الأموال والأنفس، وحد الشرب
وجب لصيانة النفس والأموال والأذى في الحقيقة بواسطة صيانة العقول
عن الزوال والاستثمار بالسكر، وكل جنابة يرجع فسادها إلى العامة، ومنفعة
جزائها يعود إلى العامة يكون الجزاء الواجب فيها حق الله تعالى، عز شأنه،
على الخروص، تأكيداً للدفع والدفع كيلا يسقط بإسقاط العبد، وهو معنى
نسبة هذه الحقوق إلى الله تبارك وتعالى وهذا المعنى موجود في حد القذف,
لأن مصلحته الصيانة، ودفع الفساد يصل لل العامة بإقامة هذا الحد...").(1)

***

---

(1) رواه التسائي وابن ماجه، انظر: الترغيب والترهيب 346/6، الفتح الكبير 215/1.
(2) بديع الصنائع، له 2024/9. 43
المبحث الثاني
في القصاص والدية

القصاص والدية مؤيدات شرعية لحماية النفس وما دونها من الاعتداء عليها بالقتل، أو بما دونه من قطع أو جرح، يمس الكيان الإنساني، فوضع الشارع العقوبات الصارمة لمنع الاعتداء، والمحافظة على الحياة الإنسانية.

موجبات القصاص والدية:
إن الجرائم التي توجب القصاص خمسة جرائم، وهي:
1 - القتل العمد
2 - القتل شبه العمد
3 - القتل الخطأ
4 - الجرح العمد
5 - الجرح الخطأ

إذا كانت جريمة القتل أو الجرح عمداً فالواجب أن تقع على المجرم عقوبة القصاص، وذلك بأن يعاقب المجرم بمثل فعله، فقتل كما قتل، ويجرح كما جرح.

إذا كانت جريمة القتل شبه عمداً أو خطأ، وكانت جريمة الجرح خطأ فتكون العقوبة هي الديسة، والدية في هذه الجرائم الثلاثة عقوبة أصلية، كما تكون الديسة في جريمة القتل والجرح عمداً عقوبة بدلاً 11، وأضافت الشريعة إلى عقوبة القصاص والدية في جرائم الاعتداء على النفس والأعضاء أضافت عقوبة أخرى، وهي الكفارة، وسوف نقد لهذا المبحث الرابع، كما أضافت الشريعة الغرا عقوبات أخرى شديدة وحازمة لردع الجاني عن هذا الاعتداء

(1) التشريعي الجنائي الإسلامي 123/1، وانظر: مغني المحتج 3/4، 30، المغني 260/8

44
الأيم، وللحفاظ على الدماء والنفس وحق الحياة للناس جميعاً، فقال تعالى:

«ومن يقتل مؤمناً معتبدياً فجزاؤه جهنم عذاباً عظيمًا» (سورة النساء) الآية 93.

واعد له عذاباً عظيماً.

ونخصص هذا المبحث للقصاص والدية، والسبب في الجمع بينهما أن الفقهاء يقسمون القصاص إلى قسمين: قصاص صورة ومعنى، وهو المقصود عند الإطلاق، والذي سنشرحه الآن، وقصاص معنى فقط وهو الدية.

تعريف القصاص:

القصاص لغة: بكسر الفاء، تبع الأثر وتعقبه، قصصت الأثر: تبعته، وقص الصدر أعلاه وأخيره، والقصص: الأثر، أو الآخبار المتتابعة، وقصصته مقاسة وقصاصًا إذا كان لك عليه دين مثل علوك، فجعلت الدين في مقابلة الدين، مأخوذ من اقتصاص الأثر، ثم غلب استعمال القصاص في قتل القاتل وجرح الجارج وقطع القاطع، وأقص الحاكم فلا أمن من فلان، اقتص منه فجرجه مثل جرجه، أو قتله قوداً، فسمى القصاص بالقتل قوداً (بفتحتين)، والقصص:

تبع الدم بالقود، وأقص الرجل من نفسه مكن من الاقتصاد منه.

والقصاص في الأصطلاح الشرعي هو: معاقبة الجاني على جريمة القتل والقطع والجرح عمداً بملهها.

فالقصاص في الشريعة مساواة بين الجريمة والعقوبة، والشأر يتبع الجاني فلا يتركه من غير عقاب، ولا يترك المجني عليه من غير أن يشفى غيظه، فالقصاص تنبع للجاني بالعقاب، والمجني عليه بالشفاء.

(1) الجريمة في الفقه الإسلامي، أبو زهرة ص 103، ويتحقق بعقوبة القصاص والدية عقوبات نبية وتكميلية كالكافرة والحرمان من الميراث والحرم من الوصية، (انظر: التشريع الجانيي الإسلامي 1/133).

(2) القاموس المحيط 2/313، المصباح المنير 2/993/8، المفردات في غريب القرآن ص 404، المغني 8/299.

(3) المدخل الفقهي العام 2/230.

(4) فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي 2/171.
ويظهر من التعريف أن القصاص مؤيد شرعي بتنبأ الجاني ومعاقبته على جريمه، حتى لا يترك بدون عقاب، فتهدر الدماه، ويستمر المجرمون في إجراهم وغيهم، فكان من حكمة التشريع أن يعاوض المجرم بعمال الجريمة تمامًا، لعلمه مسبقاً أنه كالمعتدٍ على نفسه، فإن قتل يقتل وأن قطع عضواً قطع عضوه، وإن جرح الجسم جرح بمثابة فقعة عن ذنبه وإجراه وحافظ على حياة الآخرين وأجسادهم ليحافظ على نفسه وليسلم له جسمه، وذلك قال تعالى: {ولا تقتلون أنفسكم} (سورة النساء) الآية: 29.

مشروعة القصاص:

والأصل في مشروعة القصاص آيات كثيرة في القرآن الكريم، وأحاديث متعددة في السنة، قال تعالى: {ولا تقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق، ومن قتل مظلومًا فقد جعلنا لولي سلطانًا، فلا يسرف في القتل، إن كان منصوبًا} (سورة الإسراء) الآية: 33. وقال تعالى: {يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى، الحر بالحر، والسبد بالسبد، والأنثى بالأنثى، فمن عذب له من أخيه شيء فاتبع المعروف وأدأه إليه بإحسان، ذلك تخفيف من ربيكم ورحمة، فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم} (سورة البقرة) الآية: 178.

وقال رسول الله ﷺ: {لا يجلّ دم امرئ مسلم، يشهد أن لا إله إلا الله، وآني رسول الله، إلا بإحدى ثلاث: الشبيء الزاني، والنفس بالنفس، والنارك} لدینه المفارق للجماعة(1) وفي رواية: {لا يجلّ دم امرئ مسلم إلا من ثلاثة: إلا من زني بعد ما أحصن، أو كفر بعد ما أسلم، أو قتل نفسه فقتل بها} (2)، وقال عليه الصلاة والسلام: {ومن قتل له قتل فهو بخير النظرين: إما أن يفتد، وإما أن يقتل} (3).

وهذه الأدلة في مشروعة القصاص بالنفس، وإليك أدلة مشروعة

(1) رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن الأربعة وأحمد عن ابن مسعود، (نيل الأوطار 7/ 7، الفتح الكبير 1/356/1).
(2) رواه أحمد والسنوي ومسلم بمعنا عن عائشة، (انظر: نيل الأوطار 7/7).
(3) رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن وأحمد عن أبي هريرة، (نيل الأوطار 7/8).
القصاص فيما دون النفس، قال الله تعالى: «وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس، والعين بالعين، والأنف بالأنف، والأذن بالأذن، والسَّم بالسَّم، وَالجُرُوح قصاص» (سورة المائدة) الآية: 45، وقال تعالى: فلم نأعتدي عليكم فاعتذروا عليه بمثل ما اعتذى عليكم» (سورة البقرة) الآية: 194، وقال تعالى: «وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به، ولن صبرتم لهو خير للصابرين» (سورة النحل) الآية: 126، وقال تعالى: «وجزاء سبعة بسِئلة مثلها» (سورة الشورى) الآية: 40.

وقال رسول الله ﷺ في حديث أنس بن مالك، وهو أن الربيع عمته كسرت ثنيه جارية، فطلبوا إليها البحر فأبوا، فعرضوا الأرض فأبوا، فأتى رسول الله ﷺ بالقصاص فقال أنس بن النضر: يا رسول الله أتكسر ثنيك الربيع؟ لا، والذي بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها، فقال رسول الله ﷺ: يا أنس، كتاب الله القصاص، فرضي القوم فعفوا(1).

حكم القصاص:

انفتقدت جميع الملك والنحل والشرائع منذ بدء الخليفة على أن قتل النفس عمداً عدواناً جريمة متكررة، لا يقبلها عقل، ولا تستسيغها النفس، ولا يقرها شرع أو قانون، ولا يرضي بها إنسان سوي، ولكن تفاوتت النظم والشرائع في عقوبة القتل العمد والعدوان(2)، وتراوحت العقوبة بين التشديد والخفيف، فما هي حكمة القصاص وما هو موضعه وما هي ميزته على غيره؟ يظهر الجواب على هذه الأسئلة بالأمور التالية:

1- إن القصاص في القتل العمد العدوان أو الجرح العمد العدوان هو شريعة الأنباء أجمعين، وإنه مقرر في كل الشريعة السماوية، دلالة تعاليم بعد قصة قتل قابيل لأخيه هابيل: «فمن أ жел ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نسياً بغير تلبية أو في الأرض. فكانا قتل الناس جميعاً، ومن أحياء فكانا أحياء الناس جميعاً» (سورة المائدة) الآية: 34، وقال تعالى مبيناً (2).

(1) رواه البخاري وأحمد وأصحاب السنن إلا الترمذي، (نبيل الأوطار) 7/257.

(2) فقه القرآن والسنة في القصاص، المرحوم محمود شلتوت ص 110.

47
شروط العقيلة: «وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس، والعين بالعين،
والأنف بالأنف، والأذن بالآذن، والسن بالسن، والجروح قصاص، فمن
تصدق به فهو كفاره له، ومن لم يحكم بما أنزل الله، فاألخاءهم الظلماء»
(سورة المائدة الآية: 45)، ثم قال تعالى مخاطبا المسلمين: «كتب عليكم
القصاص في القتلى، الحر بالحر، والعبد بالعبد، والأنثى بالأنثى» (سورة
البقرة الآية: 178).

2 - المساواة في القصاص، أي المساواة بين الجريمة والعقوبة، وهذا منتهى
العدالة في العقوبة، لأن القصاص جزاء موافق للجريمة، فمن يعمد قتل
نفس، وإزهار روح يبقى جزاء العادل بإيات الله، فهو فعل فيه، ويؤخذ بمثل
عمله، ومن قطع يد آخر قدم يده للقطع معاً ومساواة بين الناس جميعاً،
وقناهما عينها، وهكذا...

وإذا قال الإنسان: إن هذه العقوبة بالقتل وقطع العين. عقيلة
قاسية وغليظة، فإننا نوافقه على قوله، ولكننا نضيف أن الجريمة هي غليظة
وقياسية أيضاً، وتقترب بالعدوان وله الإجرام وانتهاك الحرمات وإهدار الدماء،
فعقاتل بمثل جريمة مساواة وعدل، والبديء أظلم، والغريب أن بعض
علماء الإجرام والاجتماع والقانون يتركون للدفاع عن الجريمة، ويشقون
عليه، ويطلبون الرحمة له، ويسعون إلى الناس الأعدار له، ولكنهم
وللأسف الشديد: يتناسون الجريمة، ويغلبون الضحية، ويغضون النظر
تعمداً ونقداً بزوجته الأرملة، وأولاده البائعي، وأمه الكتلي، ونفسه
البريئة الظاهرة.

ويعد على هؤلاء بحديث رسول الله ﷺ: «فمن لا يرحم لا يرحم» (1)، وأن
المقتول وأهله دوه أو أولم بالرحمة والشفقة والرعاية والعناية، وأن طلب
الرحمة للجريم، والقاتل تكون في غير موضعها، بل تكون ظلما مبيناً، وقسوة
والنحو، وقلبا للمبديء والمفاهم.

(1) رواه البخاري ومسلم وأحمد والترمذي عن جرير، ورواه أحمد والترمذي عن أبي سعيد.
(الفتح الكبير 2/446).
إن القصاص يحقق أهداف العقوبة بردع الجاني عن جريمته وزجر غيره عن اقتراف مثل جنايته.

وذلك أن القصاص يؤكد تأكيده جازماً للمجرم قبل ارتكاب جريمتها، وعند التفكير فيها، وإثارة اقترافها، أن الجزاء الذي ينتظره هو مثل عمله تماماً، وهذا يجعله على التفكير كثيراً والتردد في الجريمة، والاضطراب النفسي عند الإقدام عليها، ويوقن بأنه يعتدي على نفسه، يحفر قبره بيده، يضيق بالنفس، ويعدل عن الجريمة، فيصوون حياته وحياة غيره. وإن غامر في الإجرام، وآثى بنفسه في المهالك، وركب رأسه، ومضى بحياته فأقدم على القتله دون أن يعرف لنفسه ولا لنفسه قيمة ولا وزناً فتأتي العدالة لتقضي منه وتقوده إلى الموت كما فعل غيره، ليكون عبارة أمام الناس، وموضوع لغيره في التغيير من القتله وبيان عاقته، ليتعدوا عن الإجرام، ويحافظوا على الحياة، وهذا ما تؤكده الآية الكريمة: «وَلَكُمْ فِي الْقَصَاصِ حَيَاَةٌ يَأْوِي الصَّالِحِينَ» (سورة البقرة) الآية: 179، فإن حياة الجماعة، وبياء الناس متوافق على تنفيذ القصاص، ويكفي للاستدلال على هذا بالمقارنة مع ما يرده المجرمون اليوم قبل وبعد ارتكاب جرائمهم من هزء بالعقوبة، واستخفاف بالقانون والمحاكم والقضاء.

- القصاص يشل غيظ المجتن عليه أو أوليائه وأقاربه وأهله، لأنهم يوقنون أن الجاني لقي نفس المصير الذي وقع بهم، فتهدأ نفسهم، ويفقدون المسوء والحتمة لإشاعة الدماء والأذى بالثأر، لأن القاتل قتل، أما إذا كانت العقوبة

(1) فلسفة العقوبة 2/171 وما بعدها، الإسلام عقيدته وشريعة ص 293.
(2) يقول المرحوم عبد المقدير عودة: وليس في العالم كله قديمه وحديته عقوبة تفضل عقوبة القصاص، فهي أجمل العقوبات، إذ لا يجازى المجرم إلا بفعله، وهي أفضل العقوبات للأمن وال(PDO) لأن المجرم حينما يعلم أنه سيجري بفعله لا يترك الجريمة غالباً. ثم يقول: الذي يدفع المجرم بصفة عامة للقتل والجرح هو تنازع البقاء وحرب التغلب والاستقاء، فإذا علم المرجح أنه لن يبقى بعد فريسته أبقى على نفسه بإبقاءه على فرسته، وإذا علم أنه إذا تغلب على المجني عليه اليوم فهو متغلب عليه غداً.

لم يتطلع إلى التغلب عليه عن طريق الجريمة، التشريع الجنائي الإسلامي 164/1.
غير القصاص من سجن أو نفي... فإن الدماء تغلي، والنفوس تتميز من الغيض، ويبدأون بالتفكير والتحفظ للمؤامرة والقتل والأذى بالثراء وسفك الدماء بحيث لا يمكن حصره بالقاتل وحده، بل معتد إلى كل من يلد به أو يأخذ أو يحمله أو يعده بصلة، ومجريات الأمور والأحداث أكثر دليل على ما نقول.

ولو فرضنا أن أولياء القتيل رغوا عن القتيل والأخذ بالثأر، وأن القاتل في السجن، ولكن لا يمضي وقت طويل حتى يخرج القاتل من سجنه يتغطرس في الطرقات، ويضرب الأرض بقدمه، فهو الدم من جديد، وتتدفق الجراح، وتذرف الدماء، ثم تطلع النفس إلى الثأر أو الموت كما وليست وليست وليست

والنهاة على فقدهم الذي واراه الرتاب، والقاتل يئن بالحياة...

وهذه الحكمة في شفاء غيض المجني عليه أحد الأسباب لمنعه حق التنفيذ، وباشرة القصاص والقتل يبدو ليشيء ألم مصابه من جهة، وإنما أسلوب حكيم لاستدعاء الرحمة منه وإشفاقه من التنفيذ، ثم عفو عن المجني عليه من جهة ثانية(1).

أنواع القصاص:

ينقسم القصاص بحسب مقدار الجريمة التي تنتجبه إلى نوعين:

1 - قصاص في النفس: وهو معاقبة الجاني بالقتل والذبح بحسب جريمة التي ارتكبها بالإعتداء على النفس والقضاء عليها وإنهاء الحياة فيها، والقصاص بالنفس هو المقصود في الاصطلاح «القصاص» عند إطلاقه، فإن أريد النوع الثاني قيد بما دون النفس أو بالأعضاء.

2 - قصاص في الأعضاء، أو القصاص فيما دون النفس: وهو معاقبة الجاني لاعتدائه على أحد الأعضاء بالقطع والبر، أو بجرحه في أي موضع من أنحاء جسمه(2).

(1) المدخل الفقهي العام ٢/٢٣٠، فلسفة العقيدة ٢/١٧٣، المجاني، ابن قدمه ٢٦٨/٨.
(2) المجاني ٢/٣١٦.
وتلاحظ أن الشريعة الإسلامية قد سَوَّت بين القتل والقطع والجرح، بأن جعلت العقوبة من جنس واحد، ولكنها تختلف بحسب النوع أو بحسب مقدار الجريمة ونتائج العدوان، خلافًا للقوانين الوضعية التي فرقت بين القتال والجرح، ووضعت لكل منها عقوبة مستقلة ومختلفة ومغايرة لجنس العقوبة الأخرى، فبعدت بين نفسها وبين المنطق وطباطب الأشياء حين فرقت في نوع العقوبة بين هاتين الجريمتين.

والمحكمة الشرعية في النسوية بين الجريمتين أنهما من جنس واحد، وتقام على مجل واحد، وتصدران من باعث واحد، وغالبًا ما تكون وسيلة الاعتداء واحدة، وأن إحداهما وسيلة إلى الآخر، فالاعتداء يصدر من المجرم على المجني عليه فيسيبه بالجرح أو القطع، وبعدئذ إما أن يكون الجرح بليغاً خطيراً، أو أن يقع في مكان حساس، وإما أن يوالي الجاني الضرب والجرح والقطع، ففي كل ذلك إلى الموت، ويجب القصاص، وإما أن ينتمي الجرح، ويرأ الجرح، أو ينصب الاعتداء على قطع بعض الأعضاء أو جرحه، فتكون العقوبة من جنس العقوبة السابقة، ولكنها أخف، حتى تناسب العقوبة مع الجريمة، ويجب القصاص في الأعضاء، أو فيما دون النفس.

شروط القصاص:

ويشترط في عقوبة القصاص وأخذ الجاني بجعل فعله شروط كثيرة ذكرها الفقهاء بعضها متفق عليه، وبعضها مختلف فيه، وبعضها عام، وبعضها خاص، وتعرف هذه الشروط تفصيلاً من كتب الفقه (1)، وأهم شروط القصاص العامة المتفق عليها ثلاثة شروط، وهي:

١. العمد:

وهو أن يقع الفعل الإجرامي عمداً من الجاني، فإن كان خطأ فلا قصاص، وتنتقل العقوبة إلى ضمان مالي، وهو الدية والكفرة والتعزير.

(1) التشريع الجنائي الإسلامي / ٦٦٤/١.
(2) بدائع الصانعات / ٤٦١/١٠، مغني المحتجج / ٣/٤ وما بعدها، ٢٥، ٣٠، حاشية الدسوقي / ٤٧/٣٧، ٣٠، القصاص في الفقه الإسلامي، بهنسي -٢٧ وما بعدها.

٠١
والعمد هو مجرد القصد إلى الجناية الواقعة، سواء أسبقه تصوير وتصميم
على ارتكاب الجريمة أم لم يسبقه ذلك، وإنما كان قصد الجاني إلى القتل آنياً
بآلة تفضي إلى الموت، وميت الموت المجاني عليه من الفعل (1).
أما الفنون الوضعية فإنها تشرط في الجريمة الموجبة للقاصص العمد،
ولكنها تفسره بسبق التصور والتصميم، وميز شراح القانون بين مجرد العمد الذي
لا يوجب القصاص، وبين القصد الذي يدور بخلد الجنائي في مرحلة سابقة،
ويفكر بالجريمة، ويعقد العزم على تنفيذها، فإن نفدها استحق القصاص.
وإن الواقع يبين رجحان الشريعة، ويؤكد بطلان الاتجاه القانوني، ويوضح
فساد السياسة التي يتبعها شراح القانون، وذلك لصعوبة إثبات سبق التصور
والتصميم، وأحياناً استحالة معرفته وإثباته، فيفتح المجال أمام المجرمين ويسهل
لهم الطريق، ثم يودعون في السجن لمدة محددة، طالث أو قسراً، ليخرج
المجرم بعد ذلك يختال أمام الناس، ويفتخر بإجرامه، ويعقد العزم على متابعة
طريقه الإجرامي لأنه الأسباب.

2- العدوان:

وهو القتل بدون حق.

إذا انتهى العدوان فلا جريمة ولا قصاص، كالقتل بحق الدفاع المشروع
المعروف بدفع الصالح، وتنفيذ حق القصاص، حالات الضرورة... 

(2) وغيرها.

3- إمكان المماثلة بين الجريمة وقصاصها:

وذلك لأن الأصل في القصاص المساواة بين الجريمة والعقوبة، فإن لم
تكن المماثلة ممكنة، أو كانت مشكوكاً في إمكانها امتلاع القصاص، وانقلب
العقوبة إلى الدية والتعزير.

(1) المدخل الفقهي العام 2/٦٧٦، التشريع الجنائي الإسلامي ١٩٦٣/٢٧، المسؤولية الجنائية
في الفقه الإسلامي، أحمد فتحي بهاني ص ٤٧٨/٤٠٤.
(2) مغني المحتاج ٣٨٤/٧، حاشية الدسوقي ٢٢٧/٣٧٩، ٢٩٠.
وأبهدماً شكلها، لأن القاصص بالنفس، لأن المماثلة بإزهاق الروح، وإماتة القاتل سهلة وممكنة ولا تفاوت فيها، ولكن شرط المماثلة دقيق وحساس في قصاص الأعذاب ويدل إلى الأطباء وأهل الخبرة في معرفته ثم تنفذه، فتحقق المماثلة في فقء العين وقطع العضو من المفصل، وقلع السن، ولا يمكن التحقق من المماثلة في كسر العظام وقطع العضو من غير المفصل، ويخشى الزدية فيها أو سريان الجرح أو غيره لتعدي الحق المطلوب، فيمنع القصاص، ويجب التعزير أو الديحة وال الأرض.

صفة القصاص:

القصاص عقية يوجبها الاعتداء على حياة الإنسان أو أحد أعضاء جسمه، ولذلك كان القصاص حقا خالصا للعباد، بخلاف الحدود، فإنها حق خالص لله تعالى.

ولكن اعتبار القصاص من حق ولي القتل لا يمنع وجود الحق العام أو حق الله تعالى في أصل العقاب، لحياة الأنفس، وصيانة الدماء، وبقاء الجنس البشري، وعدم الاعتداء عليه.

ويتفرع على هذا الاعتبار في القصاص بوجود حق خاص وحق عام أمران:

١ - إن القصاص يتوقف على طلب المجني عليه أو وليه، برفع الدعوى إلى القاضي بطلب القصاص أو حق الدم.

٢ - إن المجني عليه أو وليه إذا عفا عن الجاني فإن عفوه محصور في إسقاط حقه، ويبقى الحق العام أو حق المجتمع الذي يمثله القاضي، فيعاقب الجاني عقوبة تعزيرية.

وأهم نتيجة لصفة القصاص، وأنه حق خالص للعباد أن حق القصاص يثبت للمجني عليه ولورثه، فيطلقون به، ويمارسون تنفيذه بعد الحكم به، وتحت إشراف أولياء الأمر من الحكام والقضاة.

(١) المغني ٣٧٣/٨.
(٢) المدخل الفقهي العام ٢/٦٣١.
(٣) مغني المحترج ٣/٣٩، المغني ٣/٣٠٦، حاشية الدسوفي ٤/٢٠٩.
الصفات المشتركة لعقوبة القصاص:

1- إن القصاص في النفس والأعضاء مقيد بإمكانه وتوفر شروطه وانتفاء موانعه، فإن لم تتوفر شروطه السابقة، ولم يمكن تنفيذها بعدالة ومساواة، أو وجد بعض موانعه كالآثوبة وغيرها، امتنع الحكم بالقصاص، ولكن لا يصبح الفعل مباحاً، ولا تزال صفة الإجرام عن الفعل والفاعل، وإنما يمنع القصاص ليحل محله عقوبة أخرى من دينية أو تعزير، مع الاختلاف في حالة العفو عن القصاص، هل ينتقل حق الولي إلى الدنيا أم لا؟

2- إن إثبات القصاص وسط في الشدة بين الحدود وغيرها من الأحكام، فيكيف في إثباته رجلان عند جماهير العلماء، ولا تؤثر فيه الشبهة، فالقصاص بيث مع الشبهة، خلافاً للحدود، ولا يقبل في إثباته النساء خلافاً للتعزير والمعاملات المالية.

3- القصاص حق للمجني عليه أو حق لأولائه بنصر الآية الكريمة: "فَقَدْ جُعِلَ لَهُ لَوْلَا سُلُطَانُكُمْ وَلَكِنْ يَجِبُ لِلَّوْلَاةِ الْعُفْوِ عَنِ الْمَجِنِّ عَلَيْهِ، وَيَجِزُ إِسْقَاطَ القُصَاصِ، وَالصَّلُوحَ عَنْهُ، وَإِبْرَاءَ الجَانيَّةَ...، لَانَ الْوَلَّيَ يَتَصَرَفُ بِهِ كَمَا يَشَاءُ، خَلِافًاً للحدود فإنها حق الله تعالى ولا يصح فيها العفو والإبراء والصلح والإسقاط.

4- القصاص عقوبة مقدرة بالنصف، فهو عقوبة نصفية، وليس مفوضاً إلى القاضي أو الحاكم، كالحدود، وبالتالي فلا يحق لولاية الأمر من الحكم والقاضية أن يغيروا عقوبة القصاص، أو أن ينقصوا منها، أو أن يزيدوا عليها، أو أن يستبدلوها بغيرها.

5- تظهر في القصاص والدية وظيفة الأسرة والعائلة ومكانتها في التشريع

(2) مغني المحتاج 4/49، المغني 8/375، القصاص في الفقه الإسلامي، بهنسي 176، 187.

54
الاجتماعي والتكافل، وينظر أثر التنافس فيها والتعاون، وذلك بتطبيق القاعدة الفقهية «المرء بعفْن» فقد أعطى القرآن الكريم حق الحص (∈) للاولياء القتل، وهم أولياء الدم، وهم الدارهم حسب حقهم في الميراث، ويقدم الأقرب بالأقرب، وفي المقابل تحمل الأسرة والعاقلة الدية في الجريمة التي تقع خطاً من أحد أفرادها(1).

6 - إن القصاص عقوبة بدنية تقع على الجسم كاملاً أو على جزء منه.

تعريف الدية ومشروعتها:

الدية من ودي، ثم حذفت الواو، وإلهاء عوضاً عنها، وذئ القاتل القتل يذب ديها إذا أعطى وله المال الذي هو بدل النفس، وذئ القاتل أعطيته ديها، ويقال لما يعطي في الدم ديها(2).

والدية عقوبة مالية، وهي تعويض مالي للمجري عليه.

وتكون الدنيا عقوبة أصلية في القتل شبه العمد، والقتل الخطأ، والجناية على ما دون النفس خطأ، كما تكون الدنيا عقوبة بديلة في القتل العمد والجرح أو القطع العمد إذا فقد أحد شروطه، أو تعذر إمكانية القصاص فيها، أو عفا الولي عن الجاني.

والأصل في مشروعية الدنيا القرآن الكريم والسنة الشريفة.

قال الله تعالى: "وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطاً، ومن قتل مؤمناً خطاً فتحري رقية مؤمنة، ودين مؤمنة إلى أهله إلا أن يصبَّروا (سورة النسا) الآية: 42، ثم قال تعالى: "إذ كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدياً مؤمنة إلى أهله وتحري رقية مؤمنة" (سورة النسا) الآية: 92.

وروى أبو بكر بن محمد بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب إلى اليمن كتاباً، وكان في كتابه داؤد من اعتبط مؤمناً قتلاً من بيئة، فإنه قوةً، إلا

(1) التشريع الجنائي الإسلامي 1/276.
(2) المصابح المني 2/900، مفردات غريب القرآن ص. 518.
أنواع الدية:
الدية هي التعويض المالي أو العقوبة المالية عند الاعتداء على النفس أو ما دونها، ويُريد الدية الأرش وحكومة العدل، ولكن الفقهاء خصصوا كل لفظ بعقوبة، وذلك بحسب نوع الجناية، فالدية على ثلاثة أنواع، وهي:

١- الدية: وهي ما يؤدي من المال بدلاً عن النفس، وإذا أطلق الفقهاء الدية فإنها مخصوسة ببدل النفس، ودية النفس عقوبة مالية مقدرة من الشرع الحكيم وهي ماتئة من الإبل كما ورد في حديث الديات الذي رواه أبو بكر بن محمد بن حزم السابق، ويفضل إلى الدية عقوبة دينية وهي الكفارة.

٢- الأرش: وهو دية العضو، أي ما يؤدي من المال بدلاً عن الأعضاء، والأرش مقدار من المال محدد من الشرع بحسب العضو المعندي عليه كأرش اليد أو الرجل أو العين، وهو مقدر سلفاً، كما جاء في حديث الديات.

٣- الحكومة: أو حكومة العدل: وهي عقوبة غير مقدرة، أو أرش غير مقدر شرعاً، ولم يرد نص بتحديدها، وترك للحاكم تقديره وفق قواعد معينة، وبمعرفة أهل الخبرة، والحكومة تعويض مالي عن الجرائم الواقعة على البدن، وليس فيها دية مقدرة أو أرش محدد، كالجارح والمعطيء وغيرهما.

وبلحق بالديات الغرة وهي دية الجنين أو عقوبة الاعتداء على المرأة الحامل بإسقاط حملها، وهي دية مقدرة بالشرع.

(١) رواه النسائي وابن خزيمة وابن حبان وابن الجارود والحاكم والبيهقي وأبو داود وأحمد، (انظر: نيل الأوطار ٢١/٧)

(٢) المدخل اللفقي العام ٢٦٩، الدية في الشريعة الإسلامية، أحمد فتحي بهنسي ص ١١١، التشريع الجنائي الإسلامي ١/٣٦، (انظر: بدلع الصنائع ٢٢ و١/١٠، مغني المحتاج ٤/٢٨، ٣٣، حاشية الدسوقي ٤/١٨٧، المغني ٨/٣٦٧، ٤٨١، ٣٢٠)

(٣) مغني المحتاج ٤/١٠، حاشية الدسوقي ٤/٢٨٨، المغني ٨/٤٨٠.
وتتفصل القضاة أيضاً من حيث كيفية والمكلفين بادائها وسبب وجوبها إلى

نوعين:

1. النية المخففة: وهي العقوبة المالية أو التعويض العالق الذي يجب على عاقلة القاتل أن تدفعه، من مال معين، بسبب القتل الخطأ، أو القتل العمد من الصبي والمحبوس، مع اختلاف كبير في الفروع بين الفقهاء.

2. النية المغلوطة: وهي العقوبة المالية أو التعويض العالق الذي يجب على القاتل، وفقاً على العاقلة، أن تدفعه من مال معين وشروط معينة بسبب القتل شه العمد، أو القتل العمد إذا عفوي الأولى عن حق القصاص، وطالبوا بالدية(1)، وتفصيلاً ذلك في كتب الفقه.

حكمة مشروعة الدنيا:

نلاحظ أن محل الجريمة في القصاص والدية واحد، وأحياناً تكون النتيجة واحدة، وهي الموت، ومع ذلك فقد فرت الشريعة بينهما بسبب رئيسي وهو العمد والخطأ، فكانت عقوبة القاتل العامل الذي قصد إزهاق الروح كانت عقوبة القصاص بالمثل، أما القتل خطأ فكانت عقوبة الدنيا؛ لأن القاتل لم يقصد القتل، ولم يخطر بالله إزهاق الروح والاعتداء على الحياة، وإن جريمته تنحصر في الإهمال وعدم الاحتياط الذي أدى به إلى القتل، وشبه العمد يلحق بالخطأ، والدائم مالك ينكر شبه العمد نهائياً، والقاتل عندم عمان أو خطأ.

كما نلاحظ أن عقوبة الدنيا لا يتحملها الجاني وإنما تقع على عاقلته، وهذا استثناء من القاعدة الشرعية بشخصية العقوبة الثابتة بقوله تعالى: «لا تزوروا وزرنا أخرً»، وبين المرجح أن القادر عادة موتوت هذا الاستثناء، فقال(2): «إن أن ظروف الجنزة والمجني عليهم هي التي سوّغت هذا

(1) التشريع الجنائي الإسلامي، 667، والمراجع التي أشار إليها، وانظر: تدفق الصنائع 668، 669، مغني المحتاج 435، 39، 90، 95، المغني 372، 372، 373، فقه القرآن والسنة في القصاص، شملت من 121.

(2) التشريع الجنائي الإسلامي، له 274، مع الاختصار والتصريف.
الاستثناء، وجعلت الأخذ به لازماً، لتحقيق العدالة والمساواة وضمان الحصول على الحقوق، ويمكن تبرير هذا الاستثناء بالمبادرات الآتية:

1 - لو أخذنا بالقاعدة العامة، فتحمل كل مختطف وزر عمله لكي تكون نتيجة أن تنفذ العقوبة على الأغنياء، وهم قلة، ولاتمنع تنفيذها على الفقراء وهم كثرة... فكان ترك القاعدة العامة إلى هذا الاستثناء واجباً لتحقيق العدالة والمساواة.

2 - إن الدية - وإن كانت عقوبة - إلا أنها حق مالي للمتضرر عليه أو وليه، وقد روعي في تقديرها أن تكون تعويضاً عادلاً عن الجريمة... وإلا لما أمكن أن يصل معظم المتضرر عليهم إلى الدية التي يحكم بها، لأن مقدار الدية أكبر عادة من ثروة الفرد... فكان ترك القاعدة هو الضمان الوحيد الذي يضمن وصول الحقوق إلى أربابها... أما جرائم الفرّد فلا حاجة لذلك، لأن العقوبة الأصلية هي القصاص.

3 - إن العاقلة تحمل الدية في جرائم الخطأ أو في شبه العمد، وهو ملحقة بالخطأ، وأساس جرائم الخطأ هو الإهمال وعدم الاحتفاظ، وهذا سببهما سوء التوجيه وسوء التربية غالباً، والمسؤول عن تربية الفرد وتوجيهه المتصالون به بصلة الدم، كما أن الفرد يقل دائماً عن أسرته ويشبه بآسره، فكان الإهمال وعدم الاحتفاظ هو في الغالب ميراث الأسرة... فوجب لهذا أن تحمل أولاً العاقلة نتيجة خطته... وإن الإهمال وعدم الاحتفاظ هو نتيجة الشعور بالعزلة والقوة بأسرته وجماعته... فوجب لهذا أن تتحمل العاقلة والجماعة نتيجة الخطأ.

4 - إن نظام الأسرة ونظام الجماعة يقوم كلاهما بتطبيقه على التناسق والتعاون، ومن واجب الفرد في كل أسرة أن يناسب بقاي أفراد الأسرة ويتعاون معهم، وكذلك واجب الفرد في كل جماعة، وتحمل العاقلة أولاً والجماعة ثانياً نتيجة خطأ الجاني يحقق التعاون والتناسق تحققًا تامًا... وهذا يؤدي إلى الاتصال الدائم والتعاون والتناسق بين الأفراد ثم الجماعة.

أقول: وهذا من المؤيدات الجماعية والمسؤولية الاجتماعية على
العاقلة والجماعة لتقوم بوظيفتها فمنع الإجرام، وتصون الدماء، وتحافظ على الأرواح، وتتدارك العدوان، وتأخذ على يد المستهترين والعابثين، وتكيل أيدي الطغاة والشراذة، وهذا المؤيد فريد في الشريعة الإسلامية، ولا يوجد له مثيل في القوانين.

۵ - إن الحكم بالدية على الجاني وعلى عاقله فيه تخفيف عن الجناة ورحمة بهم، كما يعتني علماء الاجتماع والإجراز، ولكنه ليس فيه غبن ولا ظلم لغيرهم. ومن أخطأ وتسبب في الجريمة ثم بالدية على عاقله سيساهم غداً بنصيب من الدية المقررة لجريمة غيره، لأن كل إنسان معرض للخطأ.

۶ - إن القاعدة الأساسية في الشريعة هي حيطة الدماء وصيانتها، وعدم إهدارها، والدية مقررة بدلاً من الدم، وصيانتة له عن الإهدار، فلن تحمل كل جان وحده بالدية التي تجب بحريمه وكان عاجزاً عن أدائها، لأهدر بذلك دم المجني عليه، فكان الخروج عن القاعدة العامة إلى الاستثناء واجباً.

حتى لا تذهب الدماء هدراً دون مقابل (1).

***

(1) التشريع الجنائي الإسلامي ۱۷۶/۱ مع الاحترار والتصرف.
المبحث الثالث
في التعذير

تعريف التعذير:

التعذير لغة: المعنى، والنصرة مع التعظيم، من العزر، والتعزير مصدر عزر، وهو التأديب، ومعاني المنع والنصرة والتأديب متصلة ببعضها، يقال: عزر فلان غيره، بمعنى نصره ومنع عدوه منه، أو بمعنى أنه منعه من العذاب. فإذا نصر له، قال الراقب الأصفهاني: لكن الأول: نصره بقمع ما يضرب عنه، والثاني: نصره بقمعه عما يضرب، فمن قمعته عما يضرب فقد نصرته، وله قوله تعالى: "أن تؤمنوا بالله ورسوله، وتعزروا وتوقدوا" (سورة الفتح) الآية: 9، أي تنصره على عدوه، أو تنصره عدوه من إيقاع الأذى به وتحميه منه.

والتعذير في الاصطلاح الشرعي هو: عقوبة غير مقدرة، تجب حقًا لله أو لآدم، في كل معصية ليس فيها حلاً ولا كفارة.

فالتعذير عقوبة تقع بين يدجب معصية ويخرج على أحكام الشرع، ويعتدي على حقوق الناس، ويؤذي غيره بفعله، وهذه العقوبة مؤيد شرعي من أجل حماية حقوق الله تعالى أو حقوق العباد، وكفالة الالتزام بها والقيد بما جاء فيها، وهي عقوبة مؤفعة إلى ولي الأمر من الحكام والقضاء، ولم يرد نصر شرعي في تقديرها وتحديدها، ويشمل التعذير جميع المعاصي والمخالفات التي تصدر عن الإنسان إلا إذا ورد حد شرعي بمقدار العقوبة، وهي عقوبات الحدود والقصاص السابقة التي ورد تقديرها بالشرع، كما يمكن تطبيق التعزير في

(1) القاموس المحيط 288/2، المصاحب المنبر 557/2، مفردات غريب القرآن ص 333

60
المعاصي التي وضع الشارع كفارة لفاعلها، لأن الكفارة عقوبة مقررة على
المعاصية بقصد التكفر عنها، والتوبة منها، والرجوع عن فعلها.

شمل التعزير:

إن عقوبة التعزير واسعة المدى، وتشمل جميع المخالفات الشرعية تقريباً،
وتتناول جميع الجرائم والجنايات إلا ما ورد في شأنه حد مقدر أو كفارة كما سبق
في التعريف(1).

وقد وضع الفقهاء ضابطاً عاماً لتحديد السبب الذي يوجب التعزير،
ويستحب فاعله العقوبة، فقالوا: الضابط أن كل من ارتكب منكراً، أو آذي غيره
بغير حق، يقول أو يعمل أو إشارة، يلزم التعزير(2).

ويمكنها تصنيف الجرائم والمخالفات التي يشملها التعزير بما يلي:

1 - الجرائم التي لم يحدد الشارع لها عقوبة مقدرة، وإن الجرائم التي وضع لها
الشارع عقوبة مقدرة أو نص عليها محصوراً وهي الحدود الستة
السابقة وجرائم القصاص والدابة، وما عداها فإن عقوبتها مفوضة إلى الحاكم
عن طريق التعزير.

2 - الجرائم التي حدد الشارع لها عقوبات، ولكن لم توفر فيها شروط العقوبة،
وقد أشرنا إلى ذلك سابقاً، فإن الحدود والقصاص لا تقام إلا إذا توفرت
شروطها وانتفعت موانعها، فإن فقد شرط من الشروط في جرائم الحدود
والقصاص، أو وجد مانع من إقامة الحد أو تنفيذ القصاص، فإن الفعل يبقى
محدوداً وجريمة، واتجرب معاقبة الفاعل، فتكون العقوبة مفوضة إلى الحاكم
بالتعزير، وكذلك إذا وقعت شيء في جرائم الحدود أو في إثباتها فلا يطبق
الحد، وإنما يتم العقاب بالتعزير، لأن الحدود تدأ بالشبهات(3).

الإسلام عقيدة وشريعة ص 373، المدخل للفقه الإسلامي، مذكر س 375، التعزير
في الشريعة الإسلامية، عامر ص 37، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد 2/363/، مغني
المحتاج 1914.

(1) المدخل الفقهي العام 2/141.
(2) بين الجرائم والحدود، أحمد مواصلة ص 77.
(3)
المحصن هو الجلد فقط، وأن التغريب ليس حداً ولا جزءاً من الحد، ولكنهم يبشرون إضافة التغريب إلى الحد على سبيل التعزير، وكذا تعزير شارب الخمر، بعد إقامة الحد عليه، بالتأنيث والتبكيت، وقال الشافعية: إن عقوبة الشارب أربعين جلدة، ويجوز معايقته فوقي الأربعين على سبيل التعزير، ويفسرون فعل الرسول ﷺ أحياناً، وفعل عمر بالضرب ثمانين، أنه على سبيل التعزير، ويقول الشافعية والحنبيلة تعزير السارق بعد قطع يده، وذلك بتعلق اليد في عنقه ساعة من نهر زادة في تكيله تعزيراً، ويقول المالكية بجوز اجتماع التعزير مع القصاص في الأعضاء، كمن جرح غيره عمدًا، فقيض منه، ويؤدب تعزيراً، كما يجتمع التعزير مع الكفارة في حلف اليمن الغموض عند الشافعية.

الحكمة من التعزير:

سارت الشريعة الإسلامية في نظام العقوبات على منهج خاص، وسلكت طريقاً فريداً في فلسفة العقيدة، فعمدت إلى بيان بعض العقوبات، وقدرتها بشكل دقيق ومفصل ومحدد، وهي الحدود والقصاص، لأن موجبها خطيرة، ولأن الاعتداء فيها يمس أساس المجتمع وكيان الجماعة، وضمير الأمة، ويهدد مقاصد الشريعة، وضرورة الحياة، ثم ترك تقدير بقية العقوبات على الجرائم الأخرى والمعاصي والمحظورات إلى ولي الأمر، وفِوْضَ نُوعها وكيفيتها إلى الحكام لمعاقبة الجناة والمجرمين بما يصلح أحوالهم، ويفحص حقوق الناس، ويردع الآخرين، ويؤمن العدالة، ويؤفرد الحماية للأحكام الشرعية، ويضمن التأييد السليم لدين الله تعالى.

فالمقصود من التعزير هو الإصلاح والتأديب والزجر والردع، وتحقيق هذا

(1) انظر تفصيل هذا الموضوع في كتاب التعزير في الشريعة الإسلامية لاستاذنا الدكتور عبد العزيز عامر ص 37، وما بعدها، مغني المحتاج 178/4، 179، 189 الحفني 122، 127، بدائع الصانع 416/9، حاشية الدسوقى 239/4.
المقصد يختلف من شخص إلى آخر، ومن زمان إلى زمان، ومن مكان إلى مكان، ويختلف حسب الظروف والملاسات التي رافقت الجريمة، ويتفاوت بحسب البراءة الإجرامية والنتائج التي ترتبط على الفعل الإجرامي، وأن ما يصح محضاً بعينه قد يفسد مجرماً آخر، وما يرفع شخصاً عن جريمة قد يشجع آخر، ولذلك أشارت النصوص الشرعية إلى مجموعة من العقوبات التزويرية، وتركت للحكام حرية الاختيار بينها، ووضعت له سلطة التقدير تشدداً وتخفيفاً في كل عقوبة حسب ظروف الزمان والمكان وتغير الأحوال، وهذا من أدل صلاحية هذه الشريعة لكل زمان ومكان(1).

ولذلك قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه: «سحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجر، وإن وضع العقوبات المناسبة للجرائم المختلفة هو من السياسة الشرعية التي يقوم بها الحاكم المسلم لتحقيق مصالح الناس، وإن لم يعتمد فيها على دليل شرعي خاص.

صفة التعزير:

التعزير عقوبة لمنع الاعتداء على حقوق الله تعالى المحضة وحقوق العباد المحضة والحقوق المشتركة التي فيها حق الله وحق العباد.

فإن كان الاعتداء على الحرمات الدينية المحضة، التي لا تخص فردًا بعينه، كانت عقوبة التعزير حقاً خالصاً لله تعالى.

وإن كان الاعتداء على شخص بالإيذاء والضرب والشتيمة أو سلب حقه أو اغتصابه ماله أو العدوان على أملائه، فيكون التعزير حقاً خالصاً للعدم في رد الحق إلى صاحبه، وحمايته في نفسه وماله، ويتعلق بهذا الحق أيضاً حق الشرع في التأديب والقمع.

وإن كان الاعتداء على الحقوق التي تخص العباد وتنتهك الحرمات كالاعتداء على الأعراض والأبنية والدين، فيما لا يجب فيه حذود ولا قصاص، فيكون التعزير حقاً مشتركاً، ويجتمع فيه حق الله وحق العباد(2).

---

(1) أنظر: التشريع الجنائي الإسلامي : 85/1، التعزير، عام ص 53، 243.
(2) أنظر: المدخل الفقهية العام 2/243، التعزير ص 40، فلسفة العقوبة 1/87.
أنواع التعزير:

العقوبات التعزيرية كثيرة ومتنوعة، بعضها بدنية، تصيب البدن كالقتل والجلد، وبعضها نفسية ومعنوية، كالتوبيخ والوعظ والتهديد والتشهير والهجر، وبعضها بدنية ونفسية كالحبس والغرمانة، وبعضها مالية كالغرامة، وبعضها مركب من أمرين أو أكثر، وهذه العقوبات بعضها وردت في النصوص الشرعية، وبعضها استبطنها الفقهاء ودُوْنُها في كتبهم لإرشاد القضاة إليها، ولا منع في الشريعة من الأخذ بأية عقوبة أخرى تحقق أغراض الشريعة من العقاب، وسوف نذكر هذه العقوبات التعزيرية تعداداً ومعريفاً، مع التنبه إلى أن الفقهاء والأئمة اختلقوها اختلافًا كبيرًا في مشروعية بعض هذه العقوبات كالقتل تعزيراً، والزيادة في الضرب والجلد على مقدار الحد، والتعزير بأخذ المال (1)، وأهم العقوبات التعزيرية هي:

١ - عقوبة القتل تعزيراً عند بعض الفقهاء وفي بعض الجرائم، مثل قتل الجاسوس والداعية إلى البذعة ومعادت الجرائم الخطيرة، ويسمي الحفني الطائر بالقتل تعزيراً بالقتل سلامة، وأيدهم فيه بعض المالكية، وابن تيمية وابن الحنبيلة.

٢ - عقوبة الجلد، بأن يضرب الجاني بالسوط، وهذه العقوبة متوقَّعة عليها بين المذاهب، ولكن اختلاف الأئمة في مقدار الجلد، فقال المالكية: إن الحد الأعلى للجلد متروك لولي الأمر، ولا حد لأكثره، وقال الجمهور: يجب تقضي الجلد بأقل الحدود، ثم اختلقوها في أقل الحدود بين الأربعين أو الثمانين.

٣ - الحبس، وذلك بوضع الجاني في السجن لمدة معينة أو لمدة غير معينة حسب الجريمة والمجرم، ويرى الشافعية أن حده الأعلى لا يتجاوز السنة.

---

(1) التعزير في الشريعة الإسلامية ص ٢٤٢ وما بعدها، التشريع الجنائي الإسلامي ١٨٧١/١، من الفقه الجنائي المقارن، أحمد موانع ص ٧٤، مغني المحتاج ص ١٩٢/٤، المغني ١٧٦/٩.
وقال الجمهور: يترك تقدير حده الأعلى لولي الأمر، وأول من أنشأ السجون الخليفة الثاني عمر بن الخطاب.

4- التغريب أو الإبعاد أو النفي، وهو العقوبة التي قال بها بعض الأئمة في حد الزنا لغير المحصون، وقد طبق هذه العقوبة تعزيراً عمر بن الخطاب وغيره من الخلفاء، وحده الشافعي وأحمد بن سناء، وقال أبو حنيفة ومالك يجوز زيارته على سنة.

5- الصلب، وهو عقوبة نصية في الحرابة، ويصبح أن يكون تعزيرته في غيرها، والصلب للتعزير لا يصحه القتيل، وإنما يكون بالصلب حياً، ولا يمنع عنه طعامه ولا شرابه، ولا يمنع من الوضوء، ولكن يصلي إيماء.

6- عقوبة الوعض، بأن يكون القاضي بوعظ الجاني إذا رأى أن الوعظ يكفيه للإصلاح والردع، وأن الجناية خفيفة وسيلة.

7- الهجر، وهو عقوبة تعزيرية وردت في القرآن الكريم في معاقبة الرجل لزوجته، قال تعالى: (فَمَعْطَهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَجُوعِ)، كما ورد في معاقبة الثلاثة الذين تخلفوا عن الجهاد بدون عذر في غزوة تبوك، قال تعالى: (فَوَعَلَى الْثَلَاثَةِ الَّذِينَ خَلَفُوا. حَتَّى إِذَا ضَفَقَتْ عَلَيْهِمُ الْأَرْضُ بِمَا رَحَّبَتْ، وَضَفَقَتْ عَلَيْهِمُ انفُضُّهُمْ، وَظَلَّوْا أَنَّهَا لَمْ يَلْجَأُوا إِلَى رَبِّهَا إِلَى نَجْرَةَ الْقَوْمِ الْأَعْلَى، ثُمَّ نَابَ عَلَى نَيْطَرْهَا) (سورة التوبة) الآية: 118.

8- عقوبة التوبيخ، إذا رأى القاضي أن التوبيخ يكفي لإصلاح الجاني، وقد عزر رسول الله بِالتوبيخ لمن عَيْن آخر بأمه، فقال له: (إِنَّكَ أُمِرْتُ فِي كَانَة). "(1)

9- عقوبة التهديد، بأن ينذر القاضي الجاني بعقوبة تعزيرية شديدة كالجمل أو الحبس إذا عاد إلى فعله مرة ثانية، ومن التهديد أن يحكم القاضي بالعقوبة ثم يوقف تنفيذها إلى مدة.

(1) هذا جزء من حديث رواه أبو داود وغيره عن أبي ذر رضي الله عنه، (انظر: الفتح الكبير 370/3).
10 - التشهير، وذلك بالإعلان عن الجريمة، والمناداة على المجرم على رؤوس الآشداء، خاصة في الجرائم التي يعتمد فيها المجرم على ثقة الناس كشهادة الزور والغش.

11 - عقوبات خاصة، كالعزل من الوظيفة، وحرامن المجرم من بعض الحقوق المقررة له شرعاً، ومصادرة أدوات الجريمة، وإزالة أثر الجريمة، كهدم البناء المقام في الشارع.

12 - الغرامة، أو العقوبة المالية، وهذه العقوبة مختلف فيها، فألجها الإمام أبو يوسف، ومنها الجمهور خشية أن تكون وسيلة لأخذ أموال الناس إلى جيوب الولاية والحكام.

صفات التعزير:

1 - التعزيز عقوبة غير مقدرة من الشارع، وإنما ترك للقاضي أن يختار نوع العقوبة الملائمة، ومقدار العقوبة المناسبة، بخلاف الحدود والقصاص والندية والكفرة فهي عقوبات مقدرة شرعاً ومعينة للقاضي ولازمة له، ولا يحق له أن يستبدلها، ولا أن ينقص منها، أو يزيد عليها.

أما التعزير فإن بعض العقوبات مقدرة بحدود أعلاً وآدنى كالأجل والحبس، عند البعض، وتركت للقاضي حرية اختيار وتقدير المقدار المناسب، وإن بعضها الآخر غير مقدر نهائياً، وتركت أمره إلى القاضي.

وأما القاضي يملك الحرية في اختيار العقوبة الملائمة، كما يملك حرية تقدير كمية العقوبة اللازمة، بحساب ظروف الجريمة وظروف المجرم، فيراعي الظروف المحفظة، أو ينزل بالجاني العقوبة المشددة بسبب الظروف القاسية والنتائج الفادحة التي أعقبت الجريمة.

ولكن سلطة القاضي الواسعة في عقوبة التعزير ليست تحكيمية بحسب هواه، وإنما تخضع لأسس شرعية، وأصول محكمة، وإطار محصور معين، ولذلك حدد الفقهاء عقوبات التعزير ليختار القاضي إحداها، فيما بالنظر وينتهي بالموت بحسب جسامة الجريمة وخطورة المجرم.
2 - يحق لولي الأمر العفو عن عقوبة التعزير فيما يتعلق بحق الله تعالى فيها، خلافاً للحدود، فلا تقبل العفو من ولي الأمر، ولا تقبل الإسقاط، كما يحق للمعتدي عليه أن يعفو عن الجاني في العقوبة التعزيرية، ولكن عفواً لا يلغي العقوبة، ولا يسقط حق ولي الأمر أو الدولة في العقاب، بخلاف القصاص، فإن عفا ولي الأمر برء القاتل، ولا يسأل إلا عن الحق العام أو حق المجتمع، أما حق المعتدي عليه في العقوبة التعزيرية فيحصر في زاوية منه، وتبقي حرية القاضي في عقوبة الجاني لعدوائه على حق الله فيها.

3 - يعتبر في تقدير التعزير شخصية الجاني وجسامة الجريمة، أما في الحدود والقصاص والدية والكفراء فينظر إلى الجريمة فقط، ولا اعتبار لشخصية الجاني، سواء كان محترفاً ومنتداً أو كان مبتدأً أو كانت جناهه مصادفة.

4 - العقوبة في التعزير لا تتوقف على دعوى، وإنما يتولى الحاكم وغيره النظر فيها ونقلها إلى القاضي حسب الله تعالى، لإزالة المحظورات والنهي عن المنكرات، وإقامة الأحكام الشرعية، ولأن المقصود من التعزير هو التأديب والجزاء والرد، ولذا يجوز تعزير الصبي العاقل تأديباً له، أما الحدود في بعضها لا يتوقف على الدعوى، وبعضها الآخر يتوقف على الدعوى كالقذف والسرقة، وكذلك القصاص، وإن الصبي العاقل لا يقام عليه الحد ولا القصاص.

تقنين التعزير كتشريع جنائي إسلامي:

رأينا أن تعين العقوبة وتقديرها في التعزير راجع إلى ولي الأمر المسلم الذي يقيم حدود الله، ويطبق شريعته، وينفذ أحكامه، ويسر على منهج القرآن والسنة، وأن أولويات الأمر في الخلافة الإسلامية كانوا يبينون بعض عقوبات التعزير، وتكفل الأئمة والفقهاء والعلماء والقضاة بالاجتهاد والبحث في مصادر

(1) الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد 366/2، المغني 9/178، وانظر الفرق بين الحدود والتعازير في الفروق، للفرائي 4/177.
(2) التشريع الجنائي الإسلامي 615/1، 616، التعزير في الشريعة الإسلامية ص 49.
(3) المدخل للفقه الإسلامي، مذكر ص 766، التعزير ص 50.

67
التشريع الإسلامي، وعلى ضوء مقاصد الشريعة العامة، وأهدافها في العقوبة، تكفلوا بذكر العقوبات التعزيرية في كتبهم ليرجع إليها القضاء أثناء النظر في الجرائم والمحظورات التي لم يرد فيها عقوبة مقدرة من حد أو تعزير، وقد أدّوا خدمات جليلة، وسوا فرغًا كبيرًا، وكانوا على مستوى المسؤولية في الاجتهاد والاستنباط لبيان الأحكام الشرعية التي يحتاج إليها المسلمون خلال مئات القرون.

واليوم ضعف الاجتهاد وتفاقمت الهمم، وشاع بين الدول تقنين الأحكام وإصدارها في لوائح مستقلة تبين للمواطنين سلّماً الطريق الذي يجب سلوكه، والأحكام التأديبية، والجرائم والمحظورات التي يجب الابتعاد عنها، والعقوبات المقدرة لكل جنية أو مال الباطنة، كما نلاحظ أن دراسة علم الإجرام قد تقدم وتطور، واعتمد على دراسات تطبيقية، واستخدم علم النفس والاجتماع لمعرفة بواعث الانحراف والإجراة من جهة، وللاستخدام الطرق الناجعة في الإصلاح والتوجيه والردع من جهة أخرى.

وإن الشرعية الإسلامية الخالدة صالحة لكل زمان ومكان، فقد وضعت الآس القوية، والمبادئ الكلية، والقواعد المرنة، لتأمين أهدافها، وتطبيق أحكامها، ويشير هذا جلياً في التعزيرات الشرعية وتفويضها إلى ولاة الأمر والحكم.

وبناء على ذلك فلا مانع - بلي بيب - شرعاً أن توضع العقوبات التعزيرية في قانون عام، وتقدر العقوبات بحسب جسامة الجريمة، وليحقق أهداف العقوبة، وليحافظ الحقوق والأموال والألف والانس والأخلاق والامن والنظام في المجتمع الإسلامي المقبل، ويعتمد إصدار قانون العقوبات الإسلامي على ما يلي:

١- تقنين العقوبات المقدرة في الحدود والقصاص والدية كما جاءت في النصوص الشرعية.

٢- الاعتماد على كتب الفقه وتراث السلف في تقدير العقوبات التعزيرية.

٣- الاستناد والاستفادة من الوسائط العلمية الحديثة في محاربة الإجرام.
 وإصلاح الجناة، وتقدير العقابات، ومن أهمها قوانين العقابات المطبقة والنافذة في بلادنا.

ولا بد أن نتوافر في القانون المنتظر الشروط التالية:

1- أن يكون الباعث عليه حماية المصالح الإسلامية المقررة، لا حماية الأهواء والشهوات للأفراد والحكام والطبقات.

2- أن تكون العقابات التي يقررها القانون ناجعة وحاضمة لمادة الشر، أو مخففة له، دون ضرر ولا فساد.

3- أن تكون العقابات متناسبة في حسامتها ومقدارها مع الجرائم المقررة لها.

4- أن تطبق العقابات على جميع الناس بالمساواة والعدالة، فلا تطبق على الفقراء دون الأغنياء، ولا على المواطنين دون الحكام وذوي النفوذ، ولا على طبقة دون أخرى. وقد هم عمر بن عبد العزيز بتقنين العقابات، فمات قبل تنفيذ فكرته، ثم حاول أبو جعفر المنصور ذلك فطلب من الإمام مالك أن يدونها ليعم نفعها، فنهى الإمام مالك، وترك هذه المحاولة في عهد المأمون والرشيد(1).

(1) انظر فلسفة العقوبة ٨٤ وما بعدها، المدخل الفقهي العام ٢٤٥/٢٨٨.
في عقوبة الكفارة:

نختم الكلام عن المؤيدات التأديبية بكلمة عن عقوبة الكفارة، والكفارة في أصلها عبادة، ولذلك فاعتبارها عقوبة يختص بالتشريع السماوي الذي يجمع بين العقيدة والشريعة، ويتضمن مؤفادات أخوية ودينوية، فالكفارة عقيدة دنيوية، ولكنها دينية، ترجع إلى العقيدة والدين، وقصد التكفير عن الذنوب والخطايا والائتام، والنساء منها، خشية السؤال عنها يوم القيامة، وقد حصرنا بحثنا في مطلع هذا الفصل بالموضوعات الترقيبية الدينية، فلا يدخل فيه الكفارات، ولكننا أردنا أن نعطي فكرة عن عقوبة الكفارة لإتمام السورة لنظام العقبيات في الشريعة الإسلامية، وإعطاء الدليل على خصائص وميزات الشريعة في مجال المؤفادات، وإنها تعتمد على أساس العقيدة، ونظام الدين، والمؤفادات الترقيبية، والمؤفادات الأخوية.

الكفارة عبادة وعقوبة:

الكفارة في الأصل عبادة، لأنها عبارة عن تقرب إلى الله تعالى مقررة بالنية، وتكون بعتيق الوجه أو إطعام المساقين أو الصائم، فإن فرضت الكفارة على عمل مشروع فهي عبادة خالصة، كالإطعام بدلا من الصوم لمن لا يطيقه، وإذا فرضت على مقصورة فهي عقيدة خالصة، كالكفارة في القتل الخطأ، ومع كونها عقيدة، فإن صفة العبادة لا تزول عنها، ولا تجوز إلا في حق المسلم ولا تصح من الكافر(1).

(1) التشريع الجنائي الإسلامي 1/ 683
فالكفارة عقوبة مقررة على المعصية بقصد التكفير عن إتيانها، والتكفير عن الذنب توبة تحتاج إلى الإيمان والنية، "إنما الأعمال بالنيات"(1).

الكفارة عقوبة محددة:

والكفارات عقوبات مقدرة بتقدير الشارع؛ لأنه ورد النص عليها، فين أنواعها، وحدد مقاديرها، وعدد موجباتها، فلا تثبت إلا فيما نص عليه الشارع صراحة، وبالتالي فهي قطعية، لاجوز الزيادة عليها ولا النقص منها ولا القياس عليها(2)، وقد ورد النص على الكفارات بلفظ العدد «ستين مسكنًا»، شهرين متتابعين، "عشرة مسكانين"، أقصى ثلاثة أيام، والعدد قطعي الدلالة، لا يحتمل الزيادة عليه ولا النقص منه.

موجبات الكفارة:

الكفارة لا تجب إلا في حالات محددة، أو جرائم معينة، وهي:

1 - إفساد الصوم، يقول رسول الله ﷺ: "من وقع زوجته في رمضان: "أعتق رقبة، صم شهرين متتابعين، أطعم ستين مسكنًا"(3).

2 - إفساد الإحرام في الحج، كما هو ثابت تفصيلًا في كتاب الفقه، وكتب الحديث.

3 - الحنث في اليمين.

4 - الوطأ في الحيض.

5 - الوطأ في الظهر.

6 - القتل.

(1) هذا طرف من حديث صحيح مشهور رواه البخاري ومسلم عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه مرموعًا (صحيح البخاري 3/1341، صحيح مسلم 103).

(2) أخذ الحنفية بهذا المبدأ، ورفضوا قياس القتل العمد على القتل الخطأ في وجوه الكفارة فيه، وخالف الشافعية، وقالوا: يجب الكفارة على القتل العمد قياسًا على القتل الخطأ بالأولى، أو بدلالة النص، انظر: بدائع الصنائع 10/104، مغني المحتاج 107/4.

(3) انظر: نيل الأطلال 2/140، القصاص في الفقه الإسلامي، بهنسي 96، 106.

71
أنواع الكفارات:

والكشفة الواجبة في الجرائم السابقة تختلف باختلاف الجريمة، وتختلف في النوع والمقدار وطريقة الأداء.

كما أن العقوبة بالكشفة قد تكون مستندة، وقد تفرض مع عقوبة أخرى مقدرة، كالذبح والكشفة في القتل الخطأ، وقد تفرض معها عقوبة غير مقدرة كالتعزير مع الكفارة في الظهار.(1)

والكشفات الشرعية هي:

1 - العقوق: وهو تحرير أحد العبيد بشروط خاصة، وربما أن الرق قد ألقى وزال من الوجود فهل يصح التصدق بالقيمة اليوم؟ ذهب بعض المتأخرين إلى صحته.(2) وموجب العقوق القتل، والإبتزاز في رمضان، والحزن في الليمين، والظهار، وغيرها من الموجبات الكبرى التي زرت الشارع العقوق بسبها ترغيباً بتحرير الرقبة وإتلاف حرية الإنسان.

2 - الإطعام: وهو إطعام ستين مسكيناً بسب إعداد الصوم، وعشرة مساكين في كفارة اليمين.

3 - الكسوة: وهي إكساء الفقراء بثياب تكلفهم، وذلك في كفارة اليمين فقط للنص عليها، وربما بإكساء عشرة مساكين.

4 - الصيام: وهو الإمساك عن الطعام والشراب والجماع من طول العصر إلى أذان المغرب، والصيام عبادة، ولكنها عقوبة وعبادة، وذلك بأن يصوم من يبحث عن سبيل ثلاثة أيام، ويصوم القاتل - الخطأ - ستين يوماً إذا لم يستطع عقوق الوفاة، وكذلك في الظهار.

وخيراً:

هذه لمحات عامة عن نظام العقوبات في الشريعة الإسلامية الذي قدمته في إطار المؤيدات الشرعية لحماية الحقوق والأموال والأنفس والظلام والأمن،

(1) التشريع الجنائي الإسلامي 285/1، المغني 8/379.
(2) المرحوم عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي 1/84/1.
ولتامين تطبيق الأحكام الشرعية التي جاءت لتحقيق مصالح الناس في الدنيا والآخرة، وجلب الفنّ لهم ودفع الضرر عنهم، لأن العقوبة في ذاتها أذى ينزل بالجاني، وليس منصوبة بذاتها، وإنما هي وسيلة لغيرها أو حماية للأحكام الأصلية، وتأييد لكافلة تطبيقها.

ومن هذه النبذة المختصرة يتبين لنا عظمة الشريعة الإسلامية، وصلاحيتها لكل زمان ومكان، ونجاحها العظيم في بلوغ الأهداف الحقيقية للعقوبة، ومدى حاجة المسلمين والبشرية اليوم إلى نظام الإسلام.

وإن هذه اللمحات في نظام العقوبات مجرد أضواء على سياسة التجريم والعقاب في الشريعة الإسلامية، وإن الحديث عن فلسفة العقوبة طويل وممتع، لا مجال للتعرض إليه في هذا المدخل، ويمكن للطالب أن يتبوّس به في كتب الفقه العامة، والمصادر والنصوص المشهورة، وخاصة في كتاب المرحوم عبد القادر عودة "التشريع الجنائي الإسلامي" مجلدين، وكتاب الشيخ المرحوم محمد أبو زهرة "فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي" "الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي".

وكتفي بهذا المقدار لنتقل إلى الصورة الثانية من المؤثرات الشرعية، وهي المؤيدات المدنية.

***

٧٣
الفصل الثانيف
في المواقع الدينية

المؤيد المدني:

إن الشارع الحكيم نظم العلاقات بين الناس، وشرع العقود التي تحقق مصالحهم، وبين النتائج والآثار التي تترتب على العقود ويفية التصرفات الصادرة عن الإنسان.

ووهذا التنظيم المدني لعلاقات الناس المالية يقوم على أركان وشروط وأسس بينها الشارع، ووضع لها صفات معينة، وطلب من الناس الالتزام بها، والسير على منوالها، والتقيد بحدودها وصفاتها، فإن قام الفرد بها تحققت النتائج والآثار التي رتبتها الشارع، وإن حاذ عن الطريق الشرعي اضطرت النتائج والآثار بحسب مقدار الحيدان والانحراف، فإن كان الاضطراب والمخالفة في جوهر التصرف حجب الشارع الآثار نهائياً، واعتبر التصرف لاغياً وباطلاً ولا قيمة له، وإن كان الانحراف في صفه أقل منه سلب الشارع من الآثار بمقدار هذه الصفة والمخالفة، ولا تحصل الفوائد الشرعية الكاملة المتربة على التصرف.

وهذا السلب الكلي أو الجزئي لآثار التصرف بسبب الخلل في أركانه وشروطه وصفاته هو المؤيد المدني للأحكام الشرعية الدينية، وذلك بأن يسلب الشارع النتائج والآثار عن التصرف، ويسلخ عنه الاعتبار الشرعي، ويبقى تصرفًا عادياً حسبًا لا قيمة له في نظر الشارع، ولا اعتراف به، والتصرف قسمان: إرادى، وغير إرادى، وينحصر بحثنا في التصرف الإرادى.

(1) المواقف: 198/1.
والصرف: هو كل ما يصدر عن شخص بإرادته، ويرتبه الشارع عليه نتائج حقوقية، وهو نوعان فعلي وقولي، وكل نوع تحته فروع، مثل إحراز المباحثات والفصل والإتفال واستلام البائع وقبض الدين والعقد والوقف والطلاق والإفراز والدعاء والإقرار والإنكار والحلف.

وتتخذ العقد مثالاً ونموذجًا لدراسة المؤديات المدنية باعتباره أهم تصرف مدني، وأكثر التصرفات تطبيقاً وتداوّلًا، وما ينطبق على العقد ينطبق غالبًا على غيره، من انعقاد اعتبار شرعي وآثار ونتائج، وتجريده عن الآثار من بطلان وفساد وغيرها.

مقدمات العقد وشروطه:

عرفت مجلة الأحكام العدلية (م/103-104) العقد بأنه:

«ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع بثت أثره في محله».

ومن هذا التعريف يظهر أن العقد له أركان يعتمد عليها، ومقدمات يقوم بها، وهي:

1. العقدان
2. محل العقد
3. موضوع العقد أو حكمه وأثره
4. البديل
5. الصيغة.

والمشار ووضع لهذه المقدمات شروطًا مميزة للاعتبارها وسلماتها وانعقادها، فبعض الشروط عامة في كل العقود، كشروط الأهلية في العقد، وتعدد العاقدين، وقابلية المصل للعقد، والولاية الشرعية، وتوافق الإيجاب والقبول، وكون العقد مفيدًا، وأن يكون المصل مقيماً وصالحاً للتعامل، واتحاد المجلس، ولا يكون

(1) انظر تفصيل ذلك في نظرية العقد في الجزء الأول من المدخل الفقهي العام: ص 271.

(2) المدخل الفقهي العام 197/1 وما بعدها، مصادر الحق في الفقه الإسلامي 125/4.
العقد ممنوعاً بنص شرعي، وبعضها شروط خاصة في عقود دون أخرى كاشتراط الشهود في عقد التكاح، وعدم التعليق في عقود المعاوضات والتملكات، والقبض في عقود التبرعات، والأجل في السلم والإجارة، وغيرها من الشروط الكبيرة والمتنوعة لكل عقد من العقود (1).

وهذه المقدمات والشروط وضعها الشارع في تصرفات الأفراد لتصبح تصرفات شرعية، يقر وجودها، ويعترف بأحكامها، ويرتبط عليها آثارها التي تتوقف على ورود الشرع، والهدف منها تأمين منافع الناس وتحقيق مصالح الأطراف، وإقامة العدالة بينهم، وتأمين الاستفادة - حقيقة وعمليًا - من آثار العقد ونتائجه التي شرع العقد من أجلها، كنقل الملكية وتملك المنافع وحل الاستمتاع وغيرها، فإن تخلف عنصر من المقومات وشروطها كان العقد غير صحيح، وانهار وجوده، وفقد اعتباره، أما إذا تخلف شرط آخر فقد اختالف الفقهاء في تقييم العقد، فذهب الجمهور إلى أن الشروط الضرورية كلها في درجة واحدة، وكلها شروط انعقاد وصحة يتوقف عليها وجود العقد، واعتباره شرعاً، بينما ذهب الفقهاء إلى التفريق بين شروط الإلزام وشروط الصحة، فإن فقد شرط الاتنفاذ بطل العقد ولم ينبغي نهائياً، أما إذا فقد شرط الصحة فالعقد منعقد وموجود، ولكنه فاسد ويستحق الفسخ (2).

آثار العقد من صنع الشارع:

إن آثار العقد هي من الأحكام والنتائج التي تتربى على العقد، سواء أكانت آثاراً خاصة بالعقد، أم كانت آثاراً عامة لجميع العقود.

1. المدخل الفقهي العام 1/299 و331 وما بعدها، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مكتبة ص 512، أصول البيع الممنوعة، عبد السماع أحمد ص 14، مختصر أحكام المعاملات الشرعية، الشيخ علي الخيفي ص 78، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، شافعي ص 314، الأموال ونظرية العقد، الدكتور محمد يوسف موسى ص 254، 200.
2. راجع كتاب أصول البيع الممنوعة ص 14 - 35، 143، لمعرفة أركان عقد البيع وشروط كل ركن، ومسائل العلماء فيها.

87
وإنا كل عقد من العقود هو موضوع شرع من أجله، وهذا الموضوع هو الجدية والمقصد الذي شرع العقد له، وهذا الموضوع واحد في جميع العقود التي هي من نوع واحد، مثل نقلملكية المبيع في جميع عقود البيع التي تجري بين الناس، ولكن الموضوع يختلف باختلاف نوع العقد، فالغالبية من عقود البيع تختلف عن الجدية من عقود الإجراء، وتختلف عن الجدية من عقود الرهن، وتختلف عن الجدية من عقود الزواج، وهذا الموضوع هو حكم العقد باصطلاح الفقهاء، أي هو الأثر الذي يتطلب على العقد، وما يرافقه من حقوق والالتزامات ونتائج وآثار فرعية، ويطلق عليها أحكام العقد.

إن أحكام العقد وآثاره تترتب على العقد بحكم الشارع ووضعه، وليس بإرادة العقد (1)، لأن العقد ينشأ العقد فقط، ولكننا لا نشأ الآثار، وتتحصر إرادة في تكوين العقد وإيجاده، دون أن تتعدل إلى إعطاء الأحكام وإنشاء الآثار، لأن الأحكام والأثر من عمل الشارع، وهذا ما يعبر عنه الفقهاء في العقود: "إنه أسباب جعلية لا شرعية" أي أن أثر العقد ليست مبنية على الإرادة الحرة للعهد، بل إن الشارع الحكيم جعل الأحكام والأثر مترتبة على العقود (2).

والمحكمة من جعل آثار العقد وأحكامه من قبل الشارع هي إقامة العدالة بين الناس، وتحقيق التوازن بين الأطراف، وصول المعاملات عن الفساد، ومنع الغرر في التعامل، وحسم النزاع والخلاف بين الناس (3).

(1) وهذا بخلاف القانون الذي يعتبر أن الإرادة هي المؤثر الأول في آثار العقد، وإيجاد الالتزامات التي تنشأ عليه، بناء على القاعدة المشهورة: "العقد شريعة التعاقدين"، وانظر: الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص 216، مختصر أحكام المعاملات الشرعية، الخديفي ص 67، نظرية الشروط المقررة بالعقد، شعبان ص 14، المدخل الفقهى للعام، الزروق 1943.

(2) الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص 216-217.

(3) الملكية ونظرية العقد ص 219-220، نظرية الشروط المقررة بالعقد ص 17، وانظر بحثاً طرفاً عن الأسباب والمساهمات في كتاب الموافقات، للشاطبي 126/1 وما بعده، 143 وما بعده.
ففٓائئور من وضع الشارع، ولكنه جعل العقد سبيباً وطريقة لإناث الآثار والأحكام، وذلك بأمرين:

1 - الإذن من الشارع بجعل الرضا طريقة لإنشاء الحقوق والواجبات وانتقالها من شخص إلى آخر، بقوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بيئة البطل، إلا أن تكون تجارة عن تراس منكم» (سورة النساء) الآية: 29.

2 - إن الشارع الحكيم جعل لكل عقد شرعي آثراً يثبت له، فإذا قامت أركانه، وتوفيرت شروطه ثبت حكمه، سواء رضي به العاقد أم لم يرض، ولا يمكنه التهرب منه، أو التخلص من نتائجه بعد أن صدر منه الإيجاب والقبول، كما إذا أدى المكلف فعلًا من الأعمال ترتيب الآخر الذي وضعه الشارع له، كسقوط الواجب، وإبراء الدمه في العبادات، وتحقيق الآثار في المعاملات، ومثل أى المكلف بالسبب الشريعي فلا يملك ألا يقع المسبب، ولو قصد ذلك كان قصده باطلًا.

إذن جعل العقود رضائية واختيارية لا يستلزم أن يكون للعوقاد حرية اختيار الآثار والأحكام، لأن الرضا والاختيار ينحصر في إيقاع الأسباب، وإنشاء العقود، أو عدم إيقاعها، وعدم إنقاذها، أما الآثار والأحكام التي تنشأ عن العقد بعد وقوعه فتربت من الشارع وحده.

مؤديات العقد:

إن اعتبار آثار العقد من صنع الشارع هو المنطلق في المؤديات المدنية، وذلك أن الشارع أقام مؤيداً لحماية التنظيم الشرعي الذي وضعه للعقد، وبدأ في العقد يتمتع بالصفة المدنية أو المالية، فكان المؤيد له مؤيدًا مدنياً أو مالياً، لأن الجزء من جنس العمل، فإذا خالف الشخص أحد الأحكام الشرعية في التعاقد، فالمؤيد لحمايته، والحفاظ عليها، وعدم الخروج عنها، وواجب الالتزام بها، هو عدم ترتيب الآثار والنتائج التي وضعها الشارع للعقد الصحيح على هذا العقد المخالف، فالرغم من وجود التصرف ووجود ماديًا، وصعوده في الواقع، فلا يترتب أثره عليه، لعدم اعتبار الشارع لهذا التصرف، وعدم الاعتراف فيه أو

79
الاعتداد به، وذلك بسبب الخلل الذي وقع في التصرف، أو المخالفة لنظام الشائع في العقد.

أنواع العقد:

ينقسم العقد باعتبار إقرار الشائع له وترتب آثاره عليه إلى عقد صحيح، وعقد غير صحيح، فالعقد الصحيح هو الذي توفرت أركانه وشروطه، وسلم من الخلل، وجاء متفقاً مع نظامه الشرعي، وأصبح صالحاً لترتب الآثار الشرعية عليه، والعقد غير الصحيح هو الذي أصابه خلل في ركيه أو وصفيه، أو ورد في الشرع نهي عنه، أو جاء مخالفًا لنظامه الشرعي عن قصد أو بدون قصد، فلا يصلح لترتب الآثار الشرعية عليه(1).

ويتدرج العقد من حيث الصحة وعدم الصحة إلى عدة أنواع، أعلاها العقد اللازم، وأدنىها العقد الباطل. فالعقد الصحيح إما أن يكون نافذاً أو لازماً، وإما أن يكون نافذاً ولكنه غير لازم، وإما أن يكون غير نافذاً وهو الموقوف، أما العقد غير الصحيح فقد اختفى العلماء في أنواعه، وهل تعتبر في درجة واحدة، ولها حكم واحد؟ أم أنها على درجات متتالية، ومراحل مختلفة؟ ذهب جمهور الفقهاء إلى أنها درجة واحدة، وسمي العقود الباطلة أو الفاسدة، والقادس والباطل بمعنى واحد، وذهب الحنفي إلى أنها درجتان ونوعان يحسب تتنوع موضوع الخلل فيه، فإن كان في ركنا من أركانه كان باطلاً، وإن كان في وصف من أوصافه رمي فاسداً(1)، وعلى هذا الرأي فالعقد على خمسة أنواع هي:

(1) المستصفى 95/1، المدخل للفقه الإسلامي، مذكر ص ۶۰۰.
(2) بدائع الصنائع، الكاسمي 7/3223، الأشباه والنظائر، ابن نجمي 337، المستصفى 1/495، المدخل الفقهي العام 2/611، مصادر الحق في الفقه الإسلامي 124/1، المدخل للفقه الإسلامي، عيسوي ص ۴۹۱، الملكية ونظرية العقد، أبو زهيرة: 355، المدخل للفقه الإسلامي، شبي ص ۴۲۹، ۴۳۶، ۴۴۳، ۴۴۲، المدخل للفقه الإسلامي، مذكر ص ۶۰۳.

80
1- العقد بالإملاط النافذ، وهو عقد صحيح، ويلزم به الطرفان، وينفذ فور اتمامه.

2- العقد غير الإملاط، وهو عقد متعلق صحيح، ولكن يمكن لكل من التعاقدين أو لأحدهما أن يرجع عن العقد بإرادته المنفردة، ويفسخه وينفي آثاره.

3- العقد غير النافذ، وهو العقد الموضوع، الذي يتمتع آثاره عن النفاد بسبب الإملاط وتعلق حق النظر به.

4- العقد الفاسد: وهو عقد مععقد، ولكنه غير صحيح لوقوع الخلل والمخالفة في وصف من الأوصاف المقررة في العقد، فهو مشروع الأصل دون الوصف.

5- العقد الباطل: وهو عقد غير مععقد، لوقوع الخلل في ركن من أركانه، فلا يعتبر مشروعًا بأصله ولا بوصفه.

أنواع المؤيدات المدنية:

يظهر من تقسيم العقد السابق أن إلغاء العقد الذي يرتب الشارع للتصريف المخالف يناسب مع نوع المخالفة.

فإن كانت المخالفة كبيرة، أو واقعة في ناحية أساسية في نظر الشارع، أو كان الخلل في ركن من الأركان، فيكون الإلغاء كلياً، ويعتبر التصرف فاسداً، ويسمى المؤيد بطلاناً، وهو ما سندرسه في نظرية البطلان.

وإن كانت المخالفة صغيرة، أو واقعة في ناحية فرعية، فيكون الإلغاء جزئياً، ويعتبر التصرف فاسداً، ويسمى المؤيد فاسداً.

(1) انظر أحكام عقد الفضولي في المدخل للفقه الإسلامي، مكتوب ص 238.

(2) المدخل الفقهى العام، 248/2.

(3) هذا المؤيد بالفاسد في نظر الحكمة فقط، بينما يرى الجمهور أن الفاسد والبطلان بمعنى واحد، وأن المؤيد للمخالفة الأساسية والفرعية هي البطلان، انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، 126، الموافات 198/2، الفروق، للقرافي 2 ص 82، أصول البيع الممنوعة ص 28.
وإن كانت المخالفة بسيطة، ولم تؤثر على صحة العقد وانعقاده، بأن تفقد الولاية على محل العقد، أو الولاية على نوع التصرف، فتتوقف نتائج التصرف على موافقة صاحب الولاية، فإن أجازه نفذ، وإن منعه بطل، ويسمي المؤيد هنا توقفاً، ويكون التصرف موقوفاً، كبعض الفضولي، وبعض الصغير المميز، وبعض المكرم في رأي بعض الفقهاء (١).

وإن كانت المخالفة بعدم تحقيق التوازن بين حقوق المعاطفين المتقابلة، فهي على المتضرر حق الخير في فسخ العقد إن شاء، ويسمي هذا المؤيد تخيراً، ويسمي العقد غير لازم.

وذلك يكون المؤيد المدني للعقد على أربعة مراتب وهي البطلان، والفساد، والتوقف والتخير، بما أن التوقف يدخل في العقد الصحيح غير النافذ (٢)، وأن التخدير يدخل في العقد الصحيح غير اللازم (٣). وهما من أنواع العقد الصحيح الذي يبحث في نظرية العقود من جهة، وفي دراسة الخياتارات في الفقه من جهة أخرى، فإننا نخصص هذا الفصل في المؤيدات المدنية في نظرية البطلان ونظرية الفساد، وذلك في مبحثين.

(١) اختلاف العلماء في مرتبة العقد الموقوف، فبرز أكثر الحنفية أنه من أنواع العقد الصحيح، بينما يرى بعض الحنفية بأنه مرتبة بين الباطل والغاضد، وليس من مراتب الصحيح، وبرز بعض الفقهاء أن الموقف من البيع الباطل، وأن الأمثلة السابقة في الأعلى باطلة ولا يترتب عليها أثر من آثار العقد الصحيح، (نظرية العقد الموقوف ص ٥٠ وما بعدها).

(٢) يرى الشافعي أن العقد الموقوف باطل، انظر مزيدا من التفصيل والأيضاح عن العقد غير النافذ في رسالة الدكتوراه: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، للدكتور عبد الززاق حسن فرج، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤/١٩٨٩، ١٦٨، المدخل للفقه الإسلامي، مذكور ص ٢٠٣.

(٣) ويبحث العلماء في الخياتارات وعيب الإرادة، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٢/٧٧، ١٩٨٩/٤.
البحث الأول

في نظرية البطلان

تعريف البطلان:

البطلان لغة: من بطل الشيء إذا فسد وسقط حكمه، ويتعدي بالهمزة.
فيقال: أبطله، وبطل: ذهب ضابعاً وخضراناً.

والبطلان في إصلاح الفقهاء مختلف فيه بين موسع ومضيق، فيقول جمهور الفقهاء من المالكي والشافعي والحنابلة: كل ما ليس صحيح فهو باطل، وهذا يشمل الباطل عند الحنفي والفاسد أيضاً. بينما ذهب الحنفية إلى أن البطلان هو كون الفعل بحيث لا يوصل إلى المقصود الدنيوي أصلا، ويسمى الفعل باطلًا، وهو ما لا يكون مشروعاً بأصله ولا بوصفه، وعرقه الأئمة الزرقا بانه:

"تجدر التصرف الشرعي عن اعتباره وآثاره في نظر الشارع".

فالبطلان إذاّ هو فساد الأمر أو العمل الذي نظمه الشارع، وعدم حصول آثاره المقررة له شرعاً بين الناس، وأن العقد الباطل لا يوجد له إلا من حيث الصورة، وليس له وجود شرعي، فهو عدم، مثل بيع الميتة والخمر والخنزير.

---

(1) المصباح المنير 72/1، القاموس المحيط 3/335.
(2) عرف الشاطبي البطلان بقوله: أن يراد به عدم ترتيب آثار العمل عليه في الدنيا، المواقف.
(3) عرف الشاطبي البطلان بقوله: أن يراد به عدم ترتيب آثار العمل عليه في الدنيا، المواقف.
(4) المصادر والآثار.
(5) المدخل الفقهي العام 671/2.
وبيع الدم، وبيع الحر، وبيع السمك في البحر، والطير في الهواء، والبيع
الصدر من الصغير غير المميز، أو من المجنون (1).

سبب البطال:

السبب في بطلان العقد هو مخالفته للأحكام الشرعية المقررة في نظام
العقد في ناحية جوهرية فيه.

يقول الكاساني: "أ户籍 البيع الباطل فهو كل بيع فاته شرط من شرائط
الانعقاد من الأهلية والمحليّة وغيرها... ثم يقول: ولا حكم لهذا البيع أصلا،
لأن الحكم للموجود، ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة، لأن التصرف
الشريعي لا وجود له بدون الأهلية والمحليّة شرعاً، كما لا وجود للتصرف
الحقيقي إلا من الأهل في المحل حقيقة (3).

والحكمة في بطلان العقد بسبب المخالفته فيه أمران:

١ - أن أحكام العقد وضعها الشارع ليسه الناس عليها، ويلزموا بها، فإن فعلوا
ذلك ترتب الآثار الشرعية على العقد، وإن خالفوا حجب الشارع الآثار عن
العقد، وجعله فاكذاً لقوته، وحكم عليه بالموت لمخالفته فصد الشارع فيها.

٢ - أن الأحكام التنظيمية ليست كلها في مستوى واحد، ولكن بعضها رئيسي
وهام ويدخل في جوهر العقد، وبعضها الآخر ثانوي، ولا يدخل في جوهر
العقد، فإن كانت المخالفة في الأمور الجوهرية بطل العقد، أما إذا كانت
المخالفة في أمور ثانوية فلا يبطل العقد عند الحكمة، وإنما يعتبر فاسداً كما
سترى، ويرى الجمهور أن الفساد والبطلان بمعنى واحد، وأن سببه مخالفة
نظام العقد ووقوع الخلل فيه (3).

(1) انظر تعريف البطالان وأحكامه وأمثاله في رد المحتر رأي الباطل على الصدر المختار، ابن عابدين
٥/٥٠٠، فتح القدر ٥/١٨٤، بدائع الصانع ٧/٢٣٩١/٢٠٥٠/٢٠٥٠/٢٣٩١.
(2) بدائع الصانع ٧/٢٣٩١.
(3) المواقفات، الشافعي ١٨١، الآباء والنظام، السيوطي ص ٢٨٦، الآباء والنظام،
ابن طفيل ص ٣٢٨، المدخل إلى مذهب أحمد ص ٢٩، المسودة، ابن تيمية ص ٨٠،
أصول اليوبر الممومعة ص ١٦ وعدها، المستكسي ٩٥/١.
وباختصار فإن سبب البطلان يتحدد في الخلل الواقع على أحد مقومات العقد أو أحد شروطه التي يطلق عليها الفقهاء اسم شروط الالتفاق، ولهذا عرف فقهاء الحنفية الباطل بأنه: ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه(1).

وهنا يختر سؤال: هل يمكن أن يصح العقد في جزء منه، ويبدل في جزء آخر؟ والجواب عنه يدخل تحت عنوان تفريق الصفقة أو تجزؤ البطلان.

تجزؤ البطلان:

يشمل هذا الموضوع حالتين:

الأولى: حالة وجود عقدين في صيغة واحدة، وهذا منهي عنه شرعاً، لما ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن له أنه نهى عن بيعتين في بيعة(2).

الثانية: حالة وجود عقد واحد في صيغة واحدة، ولكن حصلت خلافة في ناحية منه، أو وقع خلل في جزء من العقد، فهال يصح العقد في بقية العقد، ويجوز تجزؤه، وفي بعضه صحيح، وفي بعضه الباطل. فينحصر الإلغاء في جزء، ويبقى الاعتبار الشرعي والوجود الرسمي في جزء آخر، ويطلق عليه الفقهاء اسم: تفريق الصفقة، ويطلق عليه شرافي القانون: انتقاص العقد(3).

يرى المالكية في الراجح عندهم والشافعية في قول وزف من الحنفية أنه لا يجوز تجزؤ البطلان، لأن العقد وقع على المجموع، والمجموع لا يجزأ(4).

ويرى الشافعية في الراجح عندهم وأحمد والمالكية في قول والصاحبان بتفريق الصفقة وتجزؤ البطلان، فنص في جانب، ويظل في آخر، كما إذا باء

(1) الأشياء والنظائر، ابن نجيم ص 337، فتح القدير 5/185-200، رد المختار 50/5.
(2) رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه، نيل الأوطار 5/171.
(3) المبدأ القانوني أن العقد ينتقص (يتجزأ) إلا إذا تبين أنه ما كان ليم تغير الشق الذي وقع باطل أو بطل للبطال، انظر: مصادر الحق/142/4.
(4) يفرق الحنفية والمالكية في تفريق الصفقة بين عقد يشمل الصحيح والموقف فيه قولان، وبين عقد يشمل الصحيح والباطل فالراجح عندهما عدم التجزؤ، وفي قول عدهما يتجزأ، انظر: مصادر الحق/141/4-142.
إنسان ماله ومالًا موقوفًا في صفقة واحدة، فيصبح العقد بحثته من الثمن، وببطل في الموقف، ويقسم الثمن بحسب قيمة كل منهما، ولا يطرح قيمة الموقف، لأن الثمن غير القيمة، وكذا لو تزوج شخص في عقد واحد بامرأتين، إحداهما تحل له، والأخرى لا تحل له، فيصبح النكاف في حق الأولى، وببطل في حق الأخرى (1). والدليل على التجزؤ أن العقد منعقد وصحيح في أحد أجزاءه، وقد استوفت فيه الأركان والشروط، وجاء موافقاً للنظام الشرعي في العقد دون خلل فيه أو خلافه، وأن اقتراحه مع جزء آخر باطل في عقد واحد لا يؤثر فيه، لأنه لا علاقة ولا ارتباط بينهما، وإنما لمجرد الجمع بينهما مع استقلال كل منهما عن الآخر.

ويتم تجزؤ البطلان إذا كان الصحيح معيناً والبطل معيناً، وكل منهما متميز عن الآخر، فإن كان البطلان في جزء غير معين، ولا يمكن تعينه مطلقاً، أو لا مرجح في تعين أحدهما، فإن البطلان يعم، كما لو تزوج أختين في عقد واحد فيبطل (2).

الفرق بين بطلان العقد وإبطال العقد:

إذا كان البطلان يجعل العقد كان لم يكن، ويفقد التصرف آثاره الشرعية، فما هو الفرق بينه وبين إبطال العقد بالفسخ والأنساح؟

للمجاب عن هذا السؤال نبين بشكل مختصر كيفية الإبطال وحالاته وأسبابه، فنقول: إذا تم العقد بشكل صحيح ثم طرأ عليه خلل يؤثر فيه فيجب إبطاله، ويفرق فيه بين حالتين:

الأولى: فسخ العقد: وذلك إذا كان الإبطال بترامي الطرفين، وباتفاق الإرادتين، بأن يفسخا العقد، ويشترط منهما، ويعطى هذا بالإقالة الفقهي الإقالة، ويترتب في الإقالة شروط انعقاد العقد، وترتب عليها آثار شرعية تعرف في كتب الفقه.

(1) المدخل الفقهي العام 2/1966.
(2) المدخل الفقهي العام 2/1961.

86
الثانية: انفساخ العقد: وذلك إذا سبب الإبطال لخليل طاريء على العقد، وخارج عن الإراده، كما إذا استحالف تقييد العقد لهلاك المحل قبل التسليم، أو إذا مات العائد في بعض العقود التي يعتمد في بقائها على بقاء شخصية العائد كالإجارة عند الحنفية، والشركة والمضاربة والمزايدة والمساقية عند جميع الفقهاء.

وينتج عن الفسخ والانفساخ إبطال العقد، وإعادة التعاقدين إلى سابق وضعهما قبل التعاقد، فإن تعرقل النتيجة الكاملة فيبطل العقد ويتقصى في الجزء الباقيء منه، وتجمد آثار العقد، فإن زال بشكل إرادي فهو فسخ، وإن زال بسبب طاريء غير إرادي فهو انفساخٌ، فما هو الفرق بين إبطال العقد وبين بطلانه كمؤيد مدني؟

يظهر الفرق بين الانفساخ بشكل خاص وبين البطلان بما يلي:

1 - إن سبب البطلان مصاحب ومقارن لإنشاء العقد، بأن يوجد في أركان العقد ومقوماته أو في شروط اتفاقية خلل أو خلافة لنظامه الشريعي، أما سبب الانفساخ فهو طاريء، بعد إتمام العقد ووجوده، وأحياناً بعد البدء في تنفيذه، فالعقد في الحالة الأولى لم يوجد أصلاً، ولم تكتمل شروط وجوده، ولم يكون ولم يظهر للوجود، وليس له اعتبار في نظر الشارع على الرغم من وجوده حسابًا، كالولد الذي يولد ميتاً، ولم تثبت له الحياة، أما في الحالة الثانية فقد توفرت فيه المقومات، وتم ظهوره ووجوده حسابًا واعتبارًا في نظر الشارع، ثم طرأ عليه بطلة وبأيالة، كالولد الذي يولد حياً، ثم يموت بعد ولادته.

2 - العقد الباطل معدوم من أصله، وبالتالي فلا ترتب عليه آثار أصلية، أما في حالة الانفساخ، فالعقد معتمد، وبعد الانفساخ إما أن تبطل الآثار وننزول بأثر رجعي، مثل انفساخ البيع لهلاك المبيع، وإما أن تزول الآثار اعتبارًا من

(1) بدلائع الصنائع 7/2235، 3737، الأشياء وال영يتاء، ابن نجم ص 328، المدخل الفقهي العام 1/530، مصادر الحق في الفقه الإسلامي 96/4، وانظر الفرق بين قاعدة الفسخ والانفساخ: الفروق 3/269 الفرق 195.

87
وقت الانكساخ، إذا كان العقد قد نفذ ولا يمكن إعادته، مثل فسخ الإجارة
لهدم البناء أو لوفاة أحد العاقدين فتنتهي أثار العقد من تاريخ الهدم والموت،
ويقرر لهذا الفرق أن البطلان كالجنين الذي سقط ميتاً فلا يثبت له حق في
الميراث وغيره، وأن الإطالة والانكساخ كالجنين الذي ولد حياً، فثبت له
جميع صفات الحياة وحقوق الإنسان ثم مات بعد ذلك١

نتائج البطلان:

ينتج عن البطلان نتيجة أساسية هامة، ويترفع عنها نتائج فرعية، ولكن
لكل قاعدة استثناء، ولذلك فإنه يترتب على العقد الباطل بعض الآثار استثناء،
والإليك التفصيل:

أولاً - نتيجة البطلان الأساسية:

ينتج عن البطلان عدم ترتيب الآثار المقرر شرعاً للتصرف، فلا يترتب على
العقد موضوعه الذي شرع من أجله، ولا ينتج عنه آثار من الآثار التي وضعها
الشارع للعقد الصحيح الذي توفرت أركانه ومقوماته وشروطه١، فلا تنتقل
الملكية في المبيع، ولا يملك المشتري البائع ولو قضيه من البائع، ولا تحل
المرأة للرجل في العقد الباطل، ولا يملك المنفعة في العين المستأجرة٢.

وفي نظر الشارع، على الرغم من وجوده الحسي، هو المؤيد المدني للحفاظ
على نظام العقد، والتقيد بالأحكام الشرعية، والالتزام بالحدود والقيود التي
وضعها الشارع له، لأن الإنسان الذي يعلم أنه لن يحصل على آثار العقد، ولا
يجني ثماره إذا خالف أحكامه، فإنه يتوجب المحالفة، ويسير على الصراط

١. المدخل الفقهى العام/١٦٢.
٢. إن حكم البطلان في العيادات هو عدم سقوطها عن المكلف، وعدم براءة ذنبوها،
وعبد ترتيب الأجر والثواب على الفعل، مع وجوب الإعادة، انظر: أصول الفقه
الإسلامي، للمؤلف ص٣٧٥.
٣. نظر الأشياء والنظائر، ابن تيمية ص٣٣٧، بخط الصناعي٧٣٩١/٧، فتح القدر
١٨٧/٥، الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص٣٣٠.
المستقيم الذي رسمه رب العالمين، حتى لا تكون أعماله وصرفاته معرضة للهدم والإهدار، وكونه عبذا لا قيمة لها.

يقول الكاساني: «ولا حكم لهذا البيع (الباطل) أصلاً، لأن الحكم للموجود، ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة»(1).

ثانياً - النتائج الاستثنائية:

ينتج عن العقد الباطل بعض النتائج والآثار، وهذه الآثار تنصف بثلاث صفات وهي:

1. إنها آثار استثنائية، ليست أساسية؛
2. وهي نتائج فرعية للعقد، ليست أصلية(2);
3. وهي لا تنتج عن ذات العقد، وإنما عن أمر آخر أقترن بالعقد، أو صاحبه، أو حصل بعده، كواصفة مادبحة حدثت بعد العقد، وهذه الواقعة المادية تمثل، ولا يمكن رفعها أو إنكارها، وهي موجودة فعلًا، مادبًةً وحساً، أما الوجود الاعتباري أو الشرعي فإنه لم يوجد أصلاً، والأمثال توضح ذلك.

1 - عقد النكاح الباطل:

كالزواج بالمحارم، وفي نكاح الباطل الذي ليس له وجود شرعي، ولا يترتب عليه حكم النكاح وأثره من حل الاستمتاع وجوب المهر، ولكن إذا أعبر دخل فيكون له وجود فعلي، وتترتب عليه بعض الآثار استثناء، لاعتبارات خاصة تتعلق بالنسب والعرض والجد وغيره، فيدأ الحد عنها، وإذا حملت المرأة واجبات بولد ثبت نسبه من الأب، ووجب المهر للمرأة، ووجب عليها العدة، وتمنى علم بله الثاني حكم ببطلان النكاح، وأوجب التفريق بينهما، وأنه لا يحل له الاستمتاع، وهذه الآثار من ثبوت النسب والمهر والعدة آثار استثنائية وفرعية ونتجت عن الدخول الذي أعقب العقد الباطل، أما إذا لم يقترن الدخول بالعقد.

1) بديع الصنائع، لـ7/3391، وانظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي 133/4.
2) عبر الكاساني رحمه الله كثيرًا عن ذلك فيقول: والحكم الأصلي كذا، وما حكم التوابع.

فكذا بديع الصنائع 7/3223.

89
البطل فيحكم القاضي بالبطلان والترويق، ولا يثبت للمرأة مهر، ولا يجب عليها عدة.

يقول الكاساني: "وأما التكاح الفاسد (1) فلا حكم له قبل الدخول، وأما بعد الدخول فتعلق به أحكام منها: ثوب النسب، ومنها وجوب العدة، وهو حكم الدخول في الحقيقة، ومنها وجوب المهر (2)."

2 - البائع الباطل:

إذا قضى المشترى المبيع في العقد الباطل فيكون مضموناً في يده، كالرهن عند الحنفية، والأعرار عند الشافعية والحنابلة (4)، فإذا تلف المبيع أو هلك في يد المشترى فيكون مضموناً عليه بالمثل إن كان مثلاً، أو بالقيمة، إذا كان قيميًا، لأنه قضى على سبيل المعاوضة بدفع الثم، وقد قبضه بقصد تحقيق مصلحة له، فيكون مضموناً كالقبض على سوم الشراء (6)، وهذا هو الراجح عند الحنفية والأئمة الثلاثة (3).

(1) الأشبا والنظراء، ابن نجم ص 337، بحاجاقة الصنائع 3/3، المدخل الفقهي العام 2/224، رد المحترم، ابن عابدين 3/131، مصادر الحق في الفقه الإسلامي 4/138.

(2) عقد التكاح الفاسد له حكم عقد التكاح الباطل، لأن الفاسد والباطل في التكاح والعبادات بمعنى واحد عند الحنفية، وعند غيرهم، انظر المراجع السابقة، أصول السرخسي 89/1.

(3) بحاجاقة الصنائع 3/3.


(5) عرف الكمال بن الهيثم المفوق على سوم الشراء بقوله: هو المأخوذ ليشتري مع تسمية الثم بلا إبرام بيع، كان يقول: اذهب بهذا، فان رضيت أشربه بعشرة... ثم بين حكمه يقول: فإن هلك ضمن قيمته، فتح القدر، له 187/5، ونظر: رد المحترم على الدار المختار، ابن عابدين 4/573.

ويزي بعض الحنفية أن المبيع في العقد الباطل يكون أمانة في يد المشتري، فلا يضمنه إلا في حالات التعدي أو التقصير كالوزيعة، لأن العقد باطل فلا يترتب عليه حكمه وأثره، ويتيح استلام المبيع إذا الزمان فتلا يجب الضمان على المشتري بسيره، لأنه وضع يده على المبيع بإذن البائع، ويكون في يده أمانة، فإذا هلك كان الهلاك على البائع، وهو ما أخذته بetable الأحكام العدلية(1).

3 - رد المبيع والثمن: ويтворع عن الحكم السابق وجوب رد المبيع إلى البائع، وهذا التزام على العاقدين، وهو يтворع عن القبض اللائق للعقد الباطل، لأن كل من العاقدين لا يملك أن يجر الآخر على تنفيذ العقد، فإن نفذه أحد العاقدين باختياره، سواء كان يعلم بطلان العقد أم لا، كان له أن يسترد ما سلمه سابقاً، لأن التسليم كان بناء على العقد، والعقد بطل، وكان ما بني على الباطل فهو بطل، فالتنفيذ أو التسليم كان باطل، والباطل يجب هدمه وإعادة ما بني عليه إلى حالتة السابقة(2).

4 - انقلاب العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح إذا توفرت في العقد الباطل أركان وشروط العقد الآخر، كعقد البيع الذي يبني فيه العاقدين الثمن صراحة، فتبقي البيع إلى عقد هبة، لأنه تمليك بلا ثمن، وأملك عقد الإجارة الذي يتم بين العاقدين مع نفي الأجارة، فتبقي إجارة، لأن العاقدين يشرحا بنفي الثمن والأجرة فيكون القصد نفي المعاوضة، ويعتبر الكلام مجازاً في الهيئة والإجارة، والقاعدة الفقهية تقول: "العبارة في العقود للمصادق والمعاني، لا للالافاظ والمباني". ولأن بطلان عقد البيع أو الإجارة يعني إهاد كلم التعاقدين، بينما الأصل أن يحمل كلم العاقل على الصحة ما أمكن، فامكن حمله على المجاز، والقاعدة الفقهية تقول: "إعمال الكلام خير من إهالبه".

وبناء على هذه القواعد صرح الفقهاء بانعقد البيع بلفظ الهية المقررة

(1) المادة 370
(2) مصادر الحق في الفقه الإسلامي 132/4.
بالثمن، وانعقاد التكافح بنفظ الهمة والصدقة إذا اقترن بالمهر، وانعقاد السلم بنفظ البيع إذا ذكرت فيه شروط السلم(1).

والراجح عند الحنفية عدم انقلاب العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح، وذلك لأن الباطل معدوم وبيت، والمعدوم لا يكون موجوداً، بالميت لا يعود حيا(2).

ثالثا - النتائج الفرعية عن البطلان:

يتفرع عن النتيجة الأساسية للبطلان، وهي عدم ترتيب الأثر المقرر شرعاً للصرف، يترعرع عنها عدة نتائج، وهي:

1 - إذا بطل الأصل بطل ما في ضمته، المادة 54 من المجلة، فكلما يتضمن العقد يكون تابعاً له، فإذا بطل الأصل بطل الفرع والتابع، كالشروط في العقد الباطل تكون باطلة تبعاً، فإذا بطلت الشركة بطلت الوكالة التي في ضمنها، ولو أبراه أو أقر له ضمن عقد بطل بطل الإبراء والإقرار (3).

2 - إذا بطل العقد بطل ما بني عليه، لأن ما بني على الباطل فهو باطل، مثلاً بطلان التقاضي الذي يتم بين الطرفين بعد العقد الباطل، لأن القاضي مبني على العقد، فإذا بطل العقد بطل ما بني عليه، ولا يعتبر التقاضي بيعاً بالتعاطي، لأن قصد الطرفين متجه إلى تنفيذ العقد، وليس إلى إنشاء عقد جديد(4).

3 - العقد الباطل لا يقبل الإجازة: وذلك لأن الإجازة تلحق العقد الصحيح المنعقد المتوقف على إرادة أحد الأشخاص، كبيع مال الغير، فإنه عقد موقوف على إجازة المالك عند الحنفية، فإن إجازه نفذ، لأنه عقد منعقد صحيح ولكنه موقوف لحماية حق صاحب الملك، مثل بيع الصبي المميز.

(1) بداع الصنائع 7226/7.
(2) المدخل الفقهي العام 2/677 وما بعدها.
(3) المدخل الفقهي العام 2/669/6، مارا المجلة 1/300، الأشياء والنظراء، ابن نجيم ص 391.
(4) الأشياء والنظراء، ابن نجيم ص 391، 337، المدخل الفقهي العام 2/670.

92
فإنه موقف على إجازة الولى عند الحنفية، لأنه تصرف يحتتم التفع والضرر،
فإن أجازه نفذ.
أما العقد الباطل فهو معدوم، ولم ينعقد أصلا، فلا تلحظه الإجازة، مثل
بيع الصغير غير المميز، وهبة المميز، وتصرف المجنون، وبيع المميز بغير
فاحش، وغيرها، فإنها تصرفات باطلة غير منعقدة، فلا تقبل الإجازة من الولي أو
الوصي، كما لا تقبل الإجازة من الصبي بعد البلوغ، ولا من المجنون بعد الإفادة(1).

4 - العقد الباطل لا يحتاج إلى فسخ، ولا يحتجوز به أمام القضاء، لأن نسخ
العقد وإبطاله يتبع على العقد المنعقد الموجود، ويتم بالتراضي أو بالقضاء، وإلا
بقي نافية ساري المفعول، أم العقد الباطل فلا يحتاج إلى فسخ، لأنه غير
منعقد وغير موجود، وكل من العاقلين أن يعتبر العقد باطلًا معدومًا، ويتصرف
بملكه بناء على هذا الاعتبار.

ومثال ذلك البيع الباطل فإنه لا يحتاج إلى فسخ، وللبائع أن يتصرف
بالمبيع كما يشاء فإن طالبه المشتري بتسليم المبيع فيرد طلبه وتسقط دعوته، ولا
يقبل القاضي احتجاجه بالعقد الباطل، سواء احتج البائع بذلك أم لا، لأن
القاضي يقرر بطلان العقد بنفسه ويدفع الاحتجاج به، ومثال عقد الزواج
الباطل، فللمرأة أن تتزوج آخر، فإن طالبها الأول بالمتبعة فتدفع طلبه ويرد
القاضي دعوته بسبب بطلان العقد.

ولا يحق لأحد العاقلين أن يجبر الآخر على تنفيذ العقد، أو تسليم
المبيع، أو دفع الثمن، ولا يملك أن يحتجو عليه بأمام القضاء، ويستطيع كل طرف
في العقد الباطل أن يتمسك بالبطلان، ولا يحق للعاقب الآخر أن يحتجو عليه
بالعقد، وكذلك يستطيع كل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وينم عن تنفيذ العقد
الباطل كالمستأجر يتمسك ببطلان بيع المؤجر للعين المؤجرة، والمزلقان
يتمسك ببطلان البيع الصادر من الراهن للعين المرهونة، والورثة يتمسكون
ببطلان البيع من المورث لوجود المصلحة لهم(2).

(1) المدخل الفقهي العام 2/272. مصادر الحق 135/4.
(2) مصادر الحق في الفقه الإسلامي 135/4.
وإذا كان العقد الباطل باطلًا بذاته، ومنذما نفسه فهذا لا يتناقض مع رفع الدعوى لتحرير البطلان، وخاصة إذا تم تنفيذ العقد، أو كان سبب البطلان خافياً أو مشتبهًا به، أو مختلفاً فيه، وعندئذ فإن القاضي لا يفسخ العقد، ولا يقرر إبطال العقد كالفسخ، ولكنه يقضي بأن العقد قد صدر باطلًا، ويطلب إعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، ويقرر عدم تزام الناشئ عليه نهائياً.(1)

5- البطلان لا يسري عليه حكم التقادم: التقادم هو مورر الزمن، بانقضاء فترة معينة على حق لسقوطه، أو لاختبار الزمن سببًا في كسب الحق، وبدا أن العقد الباطل معدوم فلا يعتبر التقادم سببًا لمشروعيته، وكسب الحق وطلب التنفيذ على محل العقد، فإذا مر عشر سنوات مثلًا على عقد باطل، فلا ينقلب إلى صحيح، ولا يمكن لأحد العاقدين أن يحتج بالتقادم لتصحيح العقد، ويحتج لكل من الطرفين الانتفاع عن تنفيذ العقد الباطل، ولو مضت عليه مدة التقادم، لأن الميت لا يعود حياً، بعد مرور الزمن عليه، والمعدوم لا يصير موجودًا بعد مضي العهد.(2)

أما إذا نفذ البيع الباطل، وقبض المشتري الباعة، ويقي في يده مدة التقادم، مثل عشر سنوات، أو خمس عشرة سنة، ثم جاء البائع يطلب استرداد البيع لبطلان البيع طلبًا، ويقبض البيع في يد المشتري استناءً، كما سابق في النتائج الاستثنائية، وذلك بسبب القبض ومضيع الزمن عليه، ولأن البطلان لا يحتاج به أمام القضاء، ولا يحتاج إلى رفع دعوى، أما حق الاسترداد فيحتاج إلى رفع دعوى، ولو كان نتيجة لعقد باطل.

(1) المدخل الفقهي العام 2/۶۷۵ وما بعده.
(2) المدخل الفقهي العام 2/۶۷۶ وما بعده.
المبحث اللائي
في نظرية الفساد

عود علي بدء

ينقسم العقد باعتبار إقرار الشارع له وترتيب آثاره عليه إلى عقد صحيح
وعقد غير صحيح، والعقد الصحيح هو الذي توفرت أركانه وشروطه، وسلم من الخلل، وجاء منتقاً مع نظامه الشرعي، وأصبح صالحًا لترتيب الآثار الشرعية
عليه، والعقد غير الصحيح هو الذي أصابه خلل في ركنه أو وصفه، أو ورد من الشارع نهي عنه.

وقد اختلف العلماء في أنواع العقد غير الصحيح، وهل تعتبر في درجة
واحدة ولها حكم واحد؟ أم هي على درجات، وتتفاوت أحكامها؟

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن العقد له مقومات أساسية، ولكل منها
صفات وشروط، فإذا جاء النهي الشرعي على واحد منها، أو أصاب الخلل أحد
المقومات أو الشروط أو الصفات فهل يكون التأثير واحداً، أم يتفاوت الحكم
والآثار بحسب المحل الذي ورد عليه النهي، أو أصابه الخلل؟

إن الجواب على هذه الأسئلة يعتبر الأساس في وجود نظرية الفساد عند
الحنفية.

تعريف الفساد:
الفساد لغة: ضد الصلح، ويقول الرايي الأصفهاني: «الفساد خروج

(1) نظرية الفساد محصورة في الفقه الحنفي، أما جمهور الفقهاء ففساد عندهم بمعنى
البطلان، ونظرية الفساد هي بذاتها نظرية البطلان.
الشيء عن الاعتدال، قليلاً كأن الخروج عنه أو كثيراً ... ويستعمل ذلك في النفس والبدن والأشياء الخارجية عن الاستقامة١.

والفساد في الاصطلاح الحنيفي كون الفعل مشروعًا بأصله لا بوصفه، فجعلوا الفساد مبناً للبطلان، وهو كونه غير مشروع باصله ووصفه. أي أن العقد الذي شرع الله أصله، وحرم وصفًا من أوصافه هو العقد الفاسد٢، ولذلك فلا بد من التمييز بين الأصل والأوصاف للتفريق بين البطلان والفساد.

وأصل العقد هو مقوماته التي أشارنا إليها في مطلع الفصل، ويلحق بها الأوصاف التي تتعلق بالمقومات، وكل ما عدا ذلك مما يلحق بالعقد فهو من الأوصاف، ويرجع أكثرها إلى المحل والشأن٢.

ومشروعة الأصل هي مشروعية مقومات العقد السابقة، وهي العاددان والمحل والمعنى والصيغة، وهي الشروط التي وضعها الشارع لهذه المقومات، فإن ورد النهي على أحداً كان العقد باطلًا، فلا يقيد أصلاً كالنهي اللازم في المحل وهو الجمع في بيع الملاقيين والمضافين، والنهي عن بيع السمك في الماء والنهي عن بيع الخمر والميثة والخنزير، والنهي عن بيع الملاسة والمناوبة التي تتعلق بالصيغة وهي الإيجاب والقبول والنفي عن عقد الممنون لعدم توفر الأهلية في العاقد٣.

أما إذا كانت هذه المقومات وشروطها مشروعة وسليمة، وورد النهي على غيرها كالربا، فإنه بيع أو قرض وزيادة، فلابعد أو القدر مشروع ومنهي

١) المفردات في غريب القرآن، له ص ٣٧٩، وانظر: القاموس المحيط ٣٣٣/١، المصباح المثير ٢/٢٤٦.

٢) كشف اصطلاحات الفنون ٥/١١٢٩، الأشياء والنظائر، ابن نجيم ص ٣٣٧، فتح القدر ١٨٥/٥.

٣) المدخل الفقهي العام ٢/٣٢، مختصر أحكام المعاملات الشرعية، الخفيف ص ١٣٢، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤/١٤٦، الفقه الإسلامي في أصوله الجديد ٥/١٠٣، انظر مزيداً من أمثلة العقد الباطل في كتاب فتح القدر ٥/١٨٥، الفقه الإسلامي ١٠٤/١، المدخل للفقه الإسلامي، ملخص ص ٢٠٥.

٤) انظر
عنها، أو ليست مشروعًا، فيكون العقد فاسداً، لأنه مشروع الأصل لا الوصف.

ولكن هذا التعريف السابق بين سبب الفساد، ولا يكشف عن حققه، ولذلك نختار تعريف الأستاذ الزرقا للفساد، وهو: "اختلال في العقد، المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متصلة، يجعله مستحقاً للفسخ". وبين الأستاذ الزرقا ميزات هذا التعريف، وهي:

1- أنه يصور حقيقة الفساد التي هي خلل اعتباري في العقد، ويشير إلى سببه الموجب له، وهو مخالف نظام التعاقد في ناحية فرعية.
2- أنه يصف تأثير الفساد في العقد بأن يجعله مستحقاً للفسخ والإبطال، فيشير إلى نتيجة الفساد.
3- أنه يفيد أن العقد الفاسد منعقد، وذلك من طريق وصفه باستحقاق الفسخ، إذ لا يحقق الفسخ إلا ما كان منعقداً ذا وجود اعتباري قائم في نظر الشرع.

ويفهم مما سبق أن العقد غير الصحيح عند الحنفية يتسم بحسب موضوع الخلل الذي وقع فيه إلى قسمين: فاسد وباطل، فإن كان الخلل في ركن من أركانه ومقوماته كان باطلاً، وإن كان الخلل أو المخالفته في وصف من أوصافه كان فاسداً، والعقد الفاسد عند الحنفية مرتقبة وسطي بين العقد الصحيح والعقد الباطل، وذلك أن العقد الصحيح تترتب عليه جميع الآثار والنتائج التي وضعها الشارع له، والعقد الباطل لا يترتب عليه أثر من آثار العقد الصحيح، أما العقد الفاسد فهو مرتقبة وسطي، فترتب عليه بعض النتائج، وهذا ما يميزه من العقد الباطل.

1) انظر عددًا من أمثلة العقد الفاسد في كتاب "فتح القدير"، 186، رد المحترن، ابن عابدين.
2) المدخل الفقه في العام 192.9.
3) المدخل الفقه في العام 292-196.
4) يدائع الصنائع 7، رد المحترن، ابن عابدين 69، الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص. 255، مصادر الحق في الفقه الإسلامي 145.
وقال جمهور الفقهاء: إن العقد غير الصحيح قسم واحد، ويسمى فاسداً وباطلاً، بمعنى واحد، ولا يترتب عليه أثر أو نتيجة من نتائج العقد الصحيح، سواء كان الخلل واقعاً في أصل العقد، أو في وصفه وشروطه، والفادس والباطل مترادفان.

أساس الاختلاف:

يرجع الاختلاف في ظهور مرتبتة الفساد عند الحنفية خلافاً للجمهور إلى:

أوين: الأول: مقتضى النهي، الثاني: محل النهي.

أولاً - مقتضى النهي:

النهي في اللغة يدل على طلب الكف عن الفعل على وجه الجزء والقطع، ويفيد فيشرع تحريم النهيه عنه، وحكم التحريم أن يمنع الإنسان عن الفعل ويجتنبه، ويتخلى عن أثاره وناتجه، مثل قوله: ولا تشرروا السَّمك في الماء فإنه غَرَّرٌ، ونهيه عن المعدوم، والنهي عن بيع المية والحمض والخنزير، والنبي عن بيعتين في بيعة.

وقد اختلف العلماء في أثر هذا النهي في المعاملات، من حيث الصحة والبطلان على قولين:

القول الأول: إن الشرع الحكيم إذا نهى عن تصرف شرعي، ومنع إجازته، فإن وجوده غير معترف به من الشرع مع النهيه عنه، فلا يكون موجوداً في نظر الشرع، فهو فاسد وباطل بمعنى واحد، ولا يترتب عليه النتائج والآثار.

(1) قال ابن حزم الظاهري: كلما قلت أو نقول إنه فاسد فهو منسوخ أبداً، محكوم فيه بحكم الغنصب، والمحلل، له 9/110، وانظر: القواعد والشروط الأصولية، ابن اللحمام ص 110.

(2) راجع: أصول الفقه الإسلامي، للمؤلف ص 380 وما بعدها.

(3) رواه الإمام أحمد والبيهقي عن ابن مسعود رضي الله عنه مرفوعاً، (انظر: الفتح الكبير 320/2).

(4) انظر: أصول البيوع الممنوحة، عبد الم 진 إمام ص 36 وما بعده، نيل الأطراف الشوكاني 164/5 وما بعدها.

98
التي وضعها الشارع للتصرف الموافق لنظامه وشرعه، وهو قول الجمهور(1).

واستدلوا على رأيهم بما يلي:

1 - إذا صدور التصرف من الشخص مع النبي عليه الصلاة والسلام، والعقد المنهي عنه يكون حراماً، والحرام لا يصح سابياً لبوت الملك أو ترتيب الالتزام، وبالتالي فلا يعقل أن ينهي الشارع عن شيء ثم يترتب عليه، ويرتب آثاراً شرعية عليه، مع أن حدوث العمل يعتبر في نظر الشارع جريمة وعصياناً ومخالفة وإثماً.

2 - إن النبي من الشارع لا يرد إلا لبيان أن التصرف المنهي عنه خرج عن اعتباره وشرعيته، وهذا حكم من الشارع ببطلان التصرف وعدم ترتيب الأثر عليه.

3 - روت السيدة عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «مَن عَمَل عِمَلًا ليس عليه أمرنا فهو رد!»(2)، فإذا وقع العمل على الشكل الذي حكم الشارع بمنعه وخالف مقتضى اعتباره فهو مردود، والفعل المردود فعل باطل، لا يتعرف الشارع بوجوده، ولا يترتب عليه الآثار والنتائج.

4 - أجمع سلف الأمة على الاستدلال ببطلان العقود بالنهي عنها، فحكموا بعدم اعتبار العقود المشتملة على الربا للنبي عليه.

القول الثاني: التمييز في حالات النهي وأنواعه، فإذا ورد النبي عليه ذات الفعل وحقيقته، بأن يكون الخلل في مقومات العقد (صيغة، أطراف، محل، موضوع) فإن يقتضي ببطلان العقد، ولا يكون له وجود شرعي، ولا يترتب عليه آثار من الآثار الشرعية، وإن ورد النهي على وصف ملازم كان باطلاً في العبادات والأنكحة للاحتيال فيها، ولا يكون سبيلاً في بطلان سائر المعاملات، لأن ورد

(1) المملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص 35، المدخل للفقه الإسلامي، عيسوي ص 499، محتصر أحكام المعاملات الشرعية، الخصيف ت ص 131، مصادر الحق في الفقه الإسلامي 147/4، أصول البيع الممنوحة ص 154، المدخل للفقه الإسلامي، مذكرات ص 106.

(2) رواه البخاري ومسلم، وهذا نظم مسلم، ورواية البخاري: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد» (الفتح الكبير 2/113، 150).
النهي على وصف ملازم للعقد يفيد بطلان هذا الوصف فقط، ولا يتعدي
البطلان إلى أصل العقد، لأنه مشروع وصحيح، وصدر من أهله في محله، فهذه
العقد الذي صح أصله وبطل شرطه يسمى فاسداً، وعرفه الفقهاء: بأنه المشروع
بأصله لا بوصفه(1)، كالنهي عن الربا، فالربا بيع اقترن به زيادة منفعة، والبيع
مشروع الأصل، ويفترض النهي على الوصف الزائد، فكان عقد الربا فاسداً لا
باطلاً، مثل البيع بصن موصل إلى أصل مجهول يؤدي إلى النزاع والخلاف،
ومثل البيع إذا كان الثمن خمراً، أو بيع الثوب غير المعين، أو كمن باع بقرة
على أنها حامل ... وغيرها مما سنراه في أسباب الفساد، والعقد الفاسد وسط
بين الصحيح والباطل، وهو قول الحنفية(2).

واستدلالاً على ذلك بما يلي:

1- إن الشارع وضع أسباب الأحكام ليرتب عليها أثرها متي وجدة،
فبدون نظر إلى حرمتها أو النهي عن بعض أوصافها، لأنه لا منافاة بين حرمة
الشيء وترتب أثرها عليه، فإذا وجدت حقيقة البيع بوجود الأركان والمحال وجب
أن يترتب عليها أثرها، ولو كانت متصفة بوصف نهي عنه، إذا لم يكن مخلقاً
بركها أو محلها، بدأ أن الشارع نهي عن الطلاق في الحيض ثم اعتبره معتداً
به، فهنا ورد النهي عن الوصف، ومع ذلك تترتب الأثر على السبب، وهو وقوع
الطلاق عند الجماهير.

فلا مانع من الجمع بين النهي والوجود، فالوجود لوجود الأركان سالمة،
والنهي يقتضي التحريم والإثم ولا يرفع الوجود، لكن يعتبر التصرف مستحقاً
للفسخ ووجوب التخلص منه.

وإن التوفيق بين الوجود والمنع ممكن في المعاملات، فكانت محل
للفساد، أما العبادات فإنها قربات خصيلة، فلا يقرها الشارع، ولا يعتبر وجودها

(1) بدعوان الصنائع 7/378، الفروق، القرافي، ص 2/83، المدخل في التعريف بالفقه
الإسلامي، شيحي،לים 418، مختصر أحكام المعاملات الشرعية، ص 123، المدخل
للفقه الإسلامي، عيسوي، ص 496، المدخل للفقه الإسلامي، مذكر ص 207.
(2) بدعوان الصنائع 7/3071، رد المحتار، ابن عابدين، 1/06، المدخل، شيحي، ص 439.
إلا بوجود نية التقرب والطاعة والعبادة، وهذه النية لا تجتمع مع نية العصيان والإثم والمخالف، لأي وصف من الأوصاف كالنهي عن صلاة الحائض(1).

2- إن النهي إذا توجه إلى وصف في الشيء كان مقتضباً بطلان هذا الوصف فقط، فإذا لم يكن وجود هذا الوصف مخلًا بالأركان والمقومات بقي الأصل موجودًا، وحتى، يثبت لكل منهما مقتضاء، تثبت الملك بالبيع لموجود حقيقة وأركانه، ويستحق الفسخ نظرًا لوجود الوصف المنهي عنه، كما سنرى في آثار الفساد، وهكذا نعطي كلًا منهما حكمه اللائق به، ويمكن الجمع بينهما(2).

ثانياً- محل النهي:

وذلك أن النهي الوارد على الوصف هل يلحق بالنهي الوارد على الأصل والأركان أم لا؟ وبعبارة أخرى: هل النهي الوارد على شرط خارج عن الماهية يساوي النهي الوارد على الركن الداخل في الماهية، من حيث الأثر والتتابع؟

اتفق العلماء- كما سابق على أن النهي إذا توجه إلى أركان العقد ومقوماته وما يتعلق بوجوده وحقيقة فإنه يقتضي بطلان النهي عنه، ويكون العقد بمنزلة العدم، فلا ينتج أثره، كالنفي عن بيع النتاج أو الزروع المعين قبل ووجوده، ومثل النهي عن بيع الأجنة في بطن أمها، أو النهي عن بيع ماء الفحول في أصلبها(3).

ثم اختلاف العلماء في أثر النهي في المعاملات إذا توجه إلى وصف لازم من أوصاف العقد، على قولين، والاختلاف فيه مماثل لاختلاف في الأصل الأول.

قال الجمهور: إن النهي عموماً يقتضي عدم وجود العقد شرعاً وبالتالي يكون باطلًا وفسادًا، سواء ورد النهي على ذات الأمر وحقيقته وركبه، بآن يكون

(1) أصول البيوع الممنوحة ص 145، الملكية ونظرية العقد ص 357.
(2) بدلائع الصنائع 1379/7، مصادر الحق في الفقه الإسلامي 149/4، 150.
(3) أصول البيوع الممنوحة 145، مصادر الحق في الفقه الإسلامي 146/4، 147/4.
النهائي راجعاً إلى أصل العقد من صيغته ومحال وأطراف وموضوع، أم ورد على
وصف فيه، بأن يكون النهائي راجعاً إلى وصف ملازم له، أو شرط من شروطه،
ولذلك قال الجمهور: إن الشروط الضرورية في العقد كلها في درجة واحدة،
فكلها شروط صحة، ينبغي عليها انعقاد العقد واعتباره شرعاً، ويرتب على فقد
أحدهما بطلان العقد، وعدم ترتيب الآثار عليه(1).

فالعقد الذي اختيل فيه شرط أو وصف يشبه العقد الذي اختيل فيه ركن من
الأركان، وبالتالي يتساوي العقدان في البطالان والفساد، وبعد ترتيب الآثار
الشرعية عليهما، لأن نهي الشارع يجعله غير مشروع، وأن النهي عن الوصف
يتعادل إلى الموصوف والمحل فيبطله، ويتساوئ(2)، لأن الشارع إذا طلب العل
ومنه عن أن يكون بوصف خاص، فهذا يدل على أنه قد طلب خلاياً من الوصف
المتالي عنه، فإذا وقع متصفاً به لم يكن هو العمل الذي طلب الشارع، ولا ينط
عليه الآثر الذي قضده وربته على العقد الصحيح(3).

وقال الجمهور: إن المنع إذا ورد على الوصف فقد ورد على الأصل،
ومن أختيل الوصف لم يجز أن تعتمد بالعقد، ولا اختط العقد الفاسد بالعقد
الصحيح، وهو ممنوع، ولا يمكن أن نسقط الشرط وبقي سائر العقد، لأن
العاقدين توافقا على العقد جملة واحدة، وتراضيا عليه، فلا بد من إسقاط العقد

(1) أصول البيع الممنوحة ص 35، مصادر الحق في الفقه الإسلامي /4188/4، وانظر تفريق
الحنفية بين النهائي عن صفة جوهرية، فتكون العقد فاسداً كالربا، وبين النهي عن صفة
عارة، وكون حكمها الكراهة فقط كالبيع وقت آدن الجملة، كما فرق الشافعية بين
النهي الوارد على وصف في الشيء، فيكون الحكم بإطلاقاً كالصلاة بدون طهارة، وبين
النهي لأمر خارج عن المحل، ويكون الحكم الصحة مثل الطلاق زمن الحيض، فهو
صحيح، وكذلك الصلاة في الأوقات المكروهة أو في الأماكن الممني عنها. (أصول الفقه
أبو زهرة ص 43، الإحكام للآمدي /110/1، المستصفي /80/1، المسودة ص 36،
أصول الفقه الإسلامي للمؤلف ص 284. وسبرم تفصيل ذلك بعد صفحات.
(2) المدخل للتعريف في الفقه الإسلامي، شليص ص 437، المدخل للفقه الإسلامي.
(3) أصول البيع الممنوحة ص 145.

102
والشرط معًا، لنفي الشارع عن العقد المقترن بشرط فاسد، فلا ينتج الفاسد أثراً، ويكون باطلًا.(1)

وقال الحنفية: إذا ورد نفي الشارع على ذات الأمر وحقيقة فهو باطل، وإن ورد على وصف في التصرف، فالتالي يقيد الفاسد، ولذلك عرفوا الفاسد بأنه مشروع بأصله لا يوصف، كالنفي عن الربا، فالنفي بيع زيادة منفعة لأحد المتعاقدين، والبيع مشروع، وقد وجدت أركانه وحقيقة، والنهي ورد على الوصف الزائد، فكان النفي فاسداً لا باطلًا.

ويرى الحنفية أن الشروط الضرورية نوعان، الأول: شروط العقد يبني على وجودها قيام العقد، وترتيب أثره عليه، ويشتاؤ عن فقد شيء منها بطلان العقد وانعدامه، والثاني: شروط صحة يبني على توفرها دواوين العقد واستمراره، ومتى وجدت كان العقد صحيحاً، ويشتاؤ عن فقد شيء منها فساد العقد ووجوب نقضه، إن لم يزل ما أوجب الفاسد، فالانعقاد يقابل البطلان، والصحة يقابلها الفاسد.(2)

وأsted الحنفية على مذهبهم بأن النهي إذا توجه إلى وصف الشيء كان مقتضب بطلان هذا الوصف فقط، أما حقيقته فتبقي موجودة، وثبت لكل منهما مقتضاء.(3)

ووجه الفترقة بين المنع الوارد على الأصل والمنع الوارد على الوصف أن المنع إذا كان في نفس الماهة وضع الخلط فيها، فلا يكون لها وجود في نظر الشارع، كمنع بيع الخمر والميتة والخنزير ومنع تصرفات فائد الأهلية، وينبغي التصرف باطلًا لعدم تحقق الماهة، أما إذا وجدت الأركان، ووجدت الماهية، صارت معتبرة شرعًا، ولو تعلق النهي بوصف ملازم لها كالاثمن في البيع المقترن

(1) المدخل، شلي ص 427، المدخل، عيسوي ص 496، أصول البيع الممنوعة ص 145.
(2) أصول البيع الممنوعة ص 35، مصادر الحق في الفقه الإسلامي 149/4، فتح القدير 227/5.
(3) أصول البيع الممنوعة ص 146، الفروق، الفرعي 2/378، المستقصي 95/1.
بالرضا، وكالبيع بشرط انقطاع البائع بالمبيع مدة، فتكون حقيقة التصرف قد وجدت سليمة، ولكن الخلل لحق الوصف فيعقد العقد، وينحصر المنع بمقدار الوصف، ويكون العقد موجوداً منعقداً، لكنه يجب فسخه للوصف، فإن زال الوصف زال الخلل.

وويد مذهب الحنفية أن العقل يقضي بوجوب التفريق بين الماهية والحقيقة الناقصة لخلال اقترن بها، وبين الماهية والحقيقة المعدومة التي لم توجد أصلًا، وهذه التفرقة تفرض وجود مرتبة بين الصحة والبطلان، وهي مرتبة الفساد.

ووهذا الاختلاف في محل النبي يدعو لنا ببيان مراتب النبي بحسب محلة.

مراتب النبي:

إن النبي في نصوص القرآن الكريم والسنة الشريفة إما أن يرد على واقعة مادية، وإما أن يقع على تصرف شرعي. والنبي الواقع على التصرف الشرعي ثلاثة أقسام: إما أن يرد على ركن من الأركان، ويكون الشيء ليس مشروعًا بأصله، وإما أن يرد على وصف وشطر للتصرف، بأن يكون الأصل مشروعًا، والنبي ورد على الوصف، وإما أن يرد النبي على أمر خارجي بالنسبة للتصرف بأن يكون مشروعًا بأصله ووصفه، ولكن النبي ورد على شيء خارجي مجاور للنبي عنه، فان النبي على أربعة مراتب، ويشتت أثره بحسب كل مرتبة.

1- النبي الواقع على الواقعة المادية، وهي الأمر الحسبي الذي لا يتوقف وقوعه ووجوده على وصف شرعي من ركن أو شرط، وإنما ورد النبي بمجرد وجوده الحسبي واعتباره الذاتي، كالنبي عن السرقة والزنا وشرب الخمر والضرب والكذب والنميمة والحسد.

فهذا النبي يفيد التحريم، وإن فاعله يستحق العقوبة والإثم كيفما وقع.

(1) الفروع 2/83، الملكية ونظرية العقد ص 358.
(2) المدخل، شليصي ص 441، المدخل، عيسوي ص 497، مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص 132.
النهي عنه، ومهمه كانت صورته وكيفيته، وإن هذا الفعل المنهي عنه لا يتصف بصحة أو فساد، أو بطلان، لأنه محرم في مختلف أنواعه وأشكاله، وإن الشارع لم يضع لهذه الأفعال والوقائع المحرمة نظاماً وشروطاً لتطبيق عليها حكم الصحة، لوجود أركانه وشروطه، ثم ي습 منه هذا الوصف ويحكم عليه بالفساد والبطلان عند الخلل والمخالفة.

2- النهي الواقع على ركن من أركان التصرف، فبدل النهي على عدم مشروعية الفعل من أصله، وتمت ورد النهي على ركن العقد فهذا يدل على بطلانه بطلاناً محضاً، ولا يترتب عليه أثر من الآثار لما مر في نظرية البطلان، بأن ورد النهي على الإيجاب أو القبول أو الملح أو الموضوع أو أهلي المعاملتين، كالنهي عن بيع الملاقح والمphemين، والنهي عن بيع الملامسة والمنابذة، والنهي عن بيع الميتة والخنزير والخمر، وكون العقد عليها باطلًا (1).

3- النهي الواقع على وصف ملازم للتصرف، وذلك بإن يكون الفعل مشروعًا بأصله ويتصرف النهي إلى وصف قبيح فيه، كالنهي عن الربا، والنهي عن الشرط الفاسد في العقد، والنهي عن جهالة الثمن والغرر في المبيع والإكراه في المعاملات، وهذا القسم هو محل الاختلاف بين الحنفية وبين الجمهور، فاعطاء الجمهور حكم الحالة السابقة في البطلان، وقال الحنفية: إن العقد في هذه الحالة مشروع الأصل فلا يبطل، وينحصر النهي في الوصف الذي يطلب الشارع اجتياه وإلغائه والبعد عنه، ويكون العقد فاسداً، يستحق الإبطال والفسخ إلا لمانع، فإن نفذ ترتب عليه الحكم الأصلي للعقد، وإن حصل مانع في الفسخ بقي العقد واستقر اعتباره، وثبت حكمه، خلافاً للعقد الباطل الذي لا يترتب عليه أثر، كما بسق بائنه، لأن الباطل ليس مشروعًا بأصله ولا بوصفه، أما العقد الفاسد فهو مشروع بأصله لا بوصفه.

4- النهي الوارد على أمر خارجي بالنسبة للتصرف، فالنهي عنه أمر خارجي، ليس شرطاً في العقد، وغير ملازم له، ولكنه مجاور له، كالبيع أثناء صلاة الجمعة لقوله تعالى: فبَأَيْنَاهَا الَذِينَ آمَنُوا إِذَا نَوْدَىُ لِلصَّلَاةِ مَنْ يَوْمَ يُومٍ (1) الفروق 83/2.

100
لا يرون أن النبي في الآية يفيد عدم مشروعة البيع، ويكون العقد غير صحيح، لظاهر النص.

ويرى جمهور الفقهاء أن مقتضى النبي في الآية الكراهية فقط، وأن العقد صحيح، لتؤثر الأركان والشروط، ولكنه مكروه للنبي عليه وسلم، والنهي للمجاور يفيد الكراهية لا الحظر، فأنه يعاني عن البيع وقت صلاة الجمعة ليس لذات العقد، ولا لوصف ملازم له، ولكنه لأمر يصاحبه، وهو أن الاشتغال به قد يؤدي إلى ترك إجابة النداء، وهذا ليس بلزم، لأنه قد يبيع ولا يترك الإجابة كالبيع أثناء الذهب.

ومثل ذلك بيع النجش، وهو أن يسألم الشخص في السلعة بالزيادة في ثمنها، أمام غيره، متظاهراً بأنه يشتري، لكي يُفرغّ به، وقد نهى النبي عن المناشطة، فالتغريب ليس لازماً لهذه المساومة، فقد يوجد معها، وقد لا يوجد إذا لم يتم الشراء.

ومثله تلقي الركبان، وهو أن يبادر بعض التجار لتلقي الجاليين للتجارة، قبل وصولهم للبلد ومعرفتهم السعر، لشراء ما معهم، ثم يبيعه لأهل البلدة بالكيفية التي يريدونها، والسعر الذي يحددوه، وهذا فيه تغريب بالجاليين، واحترار ورفع للسعر، وإضمار بأهل البلدة، فنرى رسول الله ﷺ عن تلقي الركبان، فكان البيع مكروراً.

ومثله النبي عن خطيطة الإنسان على خطيئة أخيه، وسُوّم على سوء أخيه، إلا أن يأذن له

والحكم في كراهة هذه العقود والتصرفات مع صحتها هو للتمييز بين علة

(1) فتح القدير 5/279، الدخل، عيسوي ص 497، المدخل، شليبي ص 444 مختصر

أحكام المعاملات الشرعية، الخفيف ص 133، الدخل الفقهي العام 8/182.

(2) انظر تفصيل البيع المكرور التي لا يحكم بعض العقد فيها، وإنما يقتصر حكمها على الكراهية في كتاب فتح القدير 5/279، الفروق 4/84، نيل الأوطار 185 وما بعدها.

106
النهي أو هدفه المؤثر على ذات العقد، ويبيان النهي المؤثر على وصف مجاور له خارج عن الماهية والشروط.

مجال نظرية الفساد عند الحنفية:

إن التقسيم السابق للعقد غير الصحيح عند الحنفية إلى فاض وباطل لا يشمل جميع العقود، بل يقتصر على طائفة منها، وهذا يعني أن بعض العقود قد تكون صحيحة أو فاسدة أو بائلة، وأن بعض العقود الأخرى لا تكون إلا صحيحة أو بائلة، ولا تسري عليها نظرية الفساد، ويكون الفاسد فيها بمعنى الباطل، ويطبق عليها حكم البطلان.

والواقع أن علماء المذهب الحنفي لم يضعوا ضابطاً لإقامة الحد الفاصل للتمييز بين حالات البطلان حالات الفساد، وما يجري فيه حكم الفساد وما لا يجري، ولكنهم يصرحون - غالباً - عند كل عقد أو تصرف أنه يجري فيه الفساد أو لا يجري، وعند بعض فقهائهم التصرفات التي تدخل في نظرية الفساد، مع الاختلاف في بعضها.

ومن جهة أخرى فإن الحنفية كثيراً ما يعرفون عن الباطل بالفاسد، أو يعبرون عن البطلان بالفساد، يقول الكمال ابن الهيثم: «فالبيع فاسد، مستعمل في الأعم من الفاسد والباطل، فالشاركون على أن ذلك الفاسد أعم من الباطل»، ثم يقول معلقاً على الهدية: «هذه فصول جمعها أي في حكم واحد وهو الفساد، والواقع أن فيها تفصيلاً، يعني ليس كلها فاسد، فإن منها ما هو بطل»، ويقول المرغيناي: «우تبع أم الولد والمذاب والمكاتب فاسد ومعناه بطل».

(1) المدخل الفقهي العام 2/187، المدخل، شليبي ص 440، المدخل، عيسى ص 497.
(2) رد المحترف على الدار المحترف 3/134 - 137، الأشياء والنظائر، ابن نجم ص 337.
(3) فتح القدير له 185/5.
(4) فتح القدير 186/5.
(5) فتح القدير 189/5.

107
وقد استنبط علماء الشريعة المعاصرون معيارًا وضابطًا لتمييز العقود التي يجري فيها الفساد عن العقود التي لا يجري فيها الفساد، فالاستاذ الزرقا:
"إن التمييز بين الفساد والبطلان لا يجري إلا في العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة، أو تنقل الملكية." 

وعلى هذا يدخل في نظرية الفساد العقود التي محلها مال، كعقود البيع والإجارة والرهن والحالة والصلح عن المال والمخارجة والقسمة والشركة والمزارة، لأنها عقود مالية وتتشكل التزامات متقابلة، ويدخل فيها عقد الفرض والهبة لأنهما ينقلان الملكية.

ويخرج من نظرية الفساد ما يلي:

١ - التصرفات التي يقوم بها الإنسان، ليست عقودًا، كالعبادات من صلاة وصيام وزكاة وحج وجهاد ودعوة، فإنها إما أن تكون صحيحة مقبلة عند الله تعالى، وتترتب عليها الآثار من براءة الذمة، وإما أن تكون غير صحيحة، فلا تبرأ بها الذمة، ويجب إعادتها، ولا فرق فيها بين الفاسد والباطل.

٢ - التصرفات القولية التي ليست من قبل العقود، وإن أطلق عليها أحيانًا صفة العقد، كتصرفات الإرادة المنفردة، كالطلاق والإقرار، والوقف والإبراء والكفاءة والإقرار والدعو، فلا فرق فيها بين الفاسد والبطلان، ولا تطبق عليها أحكام الفساد، أو نظرية الفساد.

٣ - العقود غير المالية، وهي العقود التي لا يكون محلها مالًا، كعقد النكاح، فإنه لا يسري عليه حكم الفساد، ويكون فاسده وباطله بمعنى واحد عند جمهور الحنفية، وله حكم واحد.

ومثل الوصاية والوكالة والتحكيم، فإنها عقود، ولكنها ليست مالية، لأن

---
(1) المدخل الفقهي العام، له ٢/٨٧، وانظر: المدخل، شليط، ص ٤٤٠، المدخل، عيسوي، ص ٤٩٧، الفقه الإسلامي في أصوله الجديد، ص ١/٣٠٣.
(2) المدخل الفهي العام ٢/٨٧، تيسير التحرير٢/٢٣٠، المستضيف ١/٩٥.
(3) المدخل الفهي العام ٢/٨٨، رد المنحاء في الدرسى، ص ١٣٦.
محلها الولاية والسلطة والنيابة والتفويض من شخص إلى آخر\(^1\).

ويخرج من نظرية الفساد العقود المالية التي لا تنشئ التزامات متقابلة، ولا تنقل الملكية كالإيداع والإعارة، فلا فرق فيها بين الفاسد والباطل.

وجهة نظر:

ظهر اختلاف بين علماء الحنفية في فساد بعض العقود والتصريفات كالإقامة والوكالة والتصريف والوقف والنكاح والدعوى والرهن، فأقر بعضهم نظرية الفساد فيها، وأنكرون وجود مرتبة الفساد فيها، وأنه يجري فيها الصحة والباطل.

فقط\(^1\) ونفصل القول في أهمها:

1- عقد النكاح:

قال أكثر الحنفية: إن النكاح الباطل والفاتاد منافذ، وإن نظرية الفساد التي تعني أنها مرتبة وسطي بين الصحة والباطل، التي يترتب عليها أثر العقد، لا تجري في النكاح، وإن النتايج والآثار التي تثبت أحياناً للنكاح المخالف لنظامه هي نتائج وآثار استثنائية من العقد الباطل، كم سابقاً.

وقال بعض الحنفية: إن عقد النكاح ينطبق عليه التقسيم الثلاثي في العقد، وأنه يستدعي من الصحة إلى الفساد إلى البطلان، وأنه يجب التمييز بين النكاح الباطل والنكاح الفاسد من حيث ثبوت النتائج والآثار على العقد الفاسد، وعدم ثبوتها على العقد الباطل، مع الاعتراف بأن كل منهما غير منعقد، وليس له وجود شرعي، وهذا الرأي أخذ به قانون حقوق العائلة العثماني\(^3\).

فقدك النكاح له نظام الشرعي الدقيق المحكم، فإن كانت المخالفة فيه لا تمنع ثبوت بعض الأحكام فيه إذا اقترن بالدخل، كالنكاح بلا شهود، وتلك المعتمدة قبل انقضاء عدتها، وزواج الرجل بمطلقة بعد ثلاث طلقات قبل تحقيق
سبب الخلاف الجديد، ونكاح الأخت في عدة الأخت، ونكاح الخامسة في عدة الرابعة، فيثبت النسب والمهر والعدة، ويسمى العقد فاسداً، على الرغم من عدم انعقاده(1).

وإن كانت المخالفة لنظام عقد النكاح باللغة وخطية ولا يترتب عليه أثر، وإن حصل دخول، ولا يعتبر العقد شهية في الحد أصلاً، كالزواج من إحدى محارمه، وزواج المسلمة من غير المسلم، فيكون العقد باطلًا، ويكون الدخول زنى تجب فيه عقوبة الحد، ولا يثبت به نسب ولا عدة ولا مهر(2).

وفي رأيي: إن الاختلاف بين جمهور الحنفية وبين بقية الحنفية خلاف لفظي، وظاهري، ولا يترتب عليه أثر أو نتيجة، وذلك أن جمهور الحنفية اعتبروا العقد باطلًا، وثبت له بعض الآثار بعد الدخول استثناءً، وأن بعض الحنفية اعتبروا العقد فاسداً، وقالوا تثبت له بعض الآثار بعد الدخول، فنتائج واحدة، وأرى أن رأي الأكثرية يتفق مع القواعد العامة، والأسس والأصول التي سار عليها علماء الحنفية، ولكن رأي بعض الحنفية أكثر اتفاقًا مع الواقع والتطبيق والعمل، على الرغم من التنافض في قولهم بأنه غير منعقد من جهة كمال الباطل، ثم يصفونه بالفساد من جهة أخرى.

- الدعوى:

ينقل الأستاذ الزرقا عن العبارة علي حيدر أنّه أجرى نظرية الفساد هذه في الدعوى قياساً على العقود المالية(3) وقسم الدعوى إلى ثلاثة أقسام:

أ صحّحه: وهي الدعوى المستوفية جميع شرائطها، وتتضمن طلباً مشروعاً، كطلب مبيع أو استرداد مغصوب، وهذه يترتب عليها سير

(1) المراجع السابقة.
(2) رد المحتار على الد شوك 131/132، الأشباح والنظائر، ابن نجم ص 337.
(3) المدخل الفقهي العام 2/190، المعصر الفرق بين الدعوى الصحيحة والدعوى الباطلة في الفرق 4/22، أصول المحاكمات الشرعية والمدنية، للمؤلف ص 127.

110
المحكمة في إجراءاتها من تكليف الخصم بالجرأبات عنها، وتكييف المدعي بإثبات مدعاه إذا أدرك خصمه.

ب - وفاة المدعى: وهي الدعوى المستوفية شرائطها الأساسية بحيث تكون صحيحة من حيث الأصل، ولكنها مختلفة في بعض أوضاعها الخارجية، وذلك كما إذا كان المدعى بمجردًا، بأن ادعى أحد على آخر بدين مثلاً، ولم يبين مقداره، فهي على هذا الوجه غير صالحة لأن تسير فيها المحكمة، ولكنها قابلة للإصلاح، وهذه لا يجوز ردها فورًا ولا السير فيها وتكييف الخصم الجواب عنها، بل يكلف المدعي أولًا بتصحيحها، بتحديد مدعاه، فإذا صحتها واستكمل نواصيها قبلت، وإلا ردتها المحكمة، ولا يستلزم هذا الرد سقوط الحق بنتان، بل للمدعي أن يجدها على وجه صحيح متنى شاء.

ج - وباطلة: وهي الدعوى غير المشروعة في أصلها، كمن ادعى على أحدهب طلبت صدقته، أو بطلب تنفيذ عقد باطلة، وهذه لا يترتب عليها حكم، بل يردها الحاكم من عنده، لعدم إمكان إصلاحها.

ويعقب الأستاذ الزرقا على رأي المرحوم علي حيدر أفندي فيقول: "وهذا تفقه حسن، وقياس جيد، وعلى العمل القضائي لدينا، وإن نصوص الفقهاء وقوانين الأصول... وإن لم تقسم الدعوى غير الصحيحة إلى فاصلة وباطلة، ولم تميز هذا التمييز من حيث الاسم -هي مؤيدة له من حيث الحكم والعمل"(1).

٣ - الرهن:

الرهم من العقود المالية، والأصل أن يجري فيه الفساد والبطلان حسب الضابط السابق لمجال نظرية الفساد، ولكن الراهن يقع في الطرف المقابل للعقود المالية في نظر الحفيدة، ولا يجري عليه أحكام الفساد، وذلك أن نتيجة الفساد تجري تمامًا مع نتيجة الصحة، وإن الراهن الفاسد تثبت له أحكام الرهن الصحيح، فلو فسخ الراهن الراهن الفاسد، فثبت للمرتهن حتى احتباس المرهون

(1) المدخل الفقهي العام ٢٩١/٢،١١١.
والامتياز في استفاء الدين منه، ويكون المرهون في حالة الفساد مضموناً على المرتدين الدائن كالرهن الصحيح، قال ابن عابدين: وإن فاسد الرهن كصحيحه إذا كان سابقاً على الدين، وإلا فلا (1).

مثال الرهن الفاسد: رهن الحصة الشائعة فإن فيه خلاف في ناحية فرعية فيه، فإن الشيوخ يحل بالقبض اللازم في نظر الحفظية فيكون العقد فاسداً، بخلاف العقد الباطل الذي اختلف أحد شروطه الأساسية كلا رهن من المحتون ورهن المال الموقوف.

والمسبب في هذا الاستثناء أن المرتدين لم يقبل بالدين في دمهم المدين إلا بتقديم الرهن، وتوثيق الدين به، فإن كان فاسداً، وفسخ الراهن العقد فيجب عليه إعادة الدين قبل استعادة المرهون، وإلا لقي حق المرهون بحسب المرهون مقابل دينه، لاستيفاء الحق منه، وحق الحبس يثبت في حالات كثيرة للحصول على الحق مقابل لها، سواء في البيع أو الوكالة أو التكاح...، وبناء على ذلك نرى أن حق الحبس الذي تم حسب العقد الفاسد أعطى حق حبس المرهون كالعقد الصحيح، بخلاف الاستثناء بدون استفادة رهن فلا يحق للدائن حبس شيء ما، ويخالف الرهن الباطل فإنه لا ينبغي أصلاً، ولا يثبت فيه شيء من أحكام الرهن الصحيح (2).

أسباب الفساد:

إن السبب الأساسي في فساد العقد هو مخالفة للنظام الشرعي في ناحية فرعية، والعقود بشكل عام لها مقومات وشروط مشتركة، وهذه الشروط عند الحفظية على أربعة أنواع، وهي: شروط الانعقاد وشروط الصحة وشروط النافذة وشروط اللزوم، والمقصود هنا شروط الصحة التي يجب توفرها ليكون العقد صحيحاً تترتب عليه الآثار الشرعية، وإذا فقد شرط من هذه الشروط كان العقد فاسداً.

(1) رد المختار ١٣٥/٣، وانظر: المدخل الفقهي العام ٢٠٠٥. الأشياء والنظائر، ابن نجيب ص ٣٣٧.
(2) المراجع السابقة.
شروط الصحة كبيرة(١)، بعضها خاص بعض العقود دون بعض، ويعرف
تفصيلاً في كتاب القافة عند بحث كل عقد من العقود، كالوقت في الإجراء،
والشروط الخاصة في المثل، والمماثلة في البدل في المال الربوي، والقبض
في المنقول... وغيرها، وبعضها شرط عامة يجب توفرها في جميع العقود،
إذا احتل شرط منها تعرض العقد للفساد، وكان هذا الخلل سبباً للفساد(٢).

وهذه الأسباب العامة التي تجعل العقد فاسداً في المذهب الحنفي على
الرغم من انعقاده هي:

أولاً: الجهلاء:

يشترط في العقد أن يكون معلوماً لكلا العاقدين، من جميع نواحيه،
ليكون التعاقد بينهما عن بيئة وعلم، ولتحقق الرضا الكامل بكل جانب من
جوائه، فإن أصاب العقد جهلاء، نظر:

إن كانت جهلاء بسيطة لا تؤثر غالباً في مقومات العقد فلا تضر العقد، وإن
كانت جهلاء فاحشة أدت إلى فساد العقد.

والمضايا في الجهلاء الفاحشة أنها تفضي إلى نزاع مشكل بين الطرفين،
ولا يمكن الفصل فيه بينهما، لاشتباه أو لتساوي حجة الطرفين فيه(٣).

مثال الجهلاء البسيطة التي لا تؤدي إلى نزاع مشكل، ولا تضر بالعقد أن
بيع الإنسان ما في صندوقه أو ما في بيته، فصيح العقد، لأن المبيع معين بما
في الصندوق أو بما في البيت، وقد رضي الطرفان بذلك، فلا نزاع فيه، فإن
تبين أن المبيع خلاف ما يتوقع أحدهما، وأراد رفضه، فلا يعتد بقشه، لأن
رضاه السابق حجة عليه.

(١) قال ابن عابدين: "وأما الثالث: وهو شرائط الصحة فخمصة وعشرون، انظر: رد
المحتار، له ٥٠٠.
(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤/١٧٩، المدخل الفقهي العام ٢/١٩٣٥، الفقه
الإسلامي١/١٧٦.
(٣) المدخل الفقهي العام ٢/١٩٥، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد، الدكتور وفاء
الزهيلي١/٢١٧
أما الجهة الفاحشة فتكون في أربعة أمور وهي:

1 - الجهة في المعقد عليه، كجهالة المبيع في عقد البيع، وجهالة المأجور في الإجارة، وجهالة الموبوء في الهبة.

2 - جهالة العوض في عقود المعاوضات المالية، كجهالة الثمن في المبيع، وجهالة البديل المصالح عنه في الصلح(1)، أما جهالة المهر فثلا فلا تؤثر لأنه يجب مهر المثل.

3 - جهالة الآجال في المعقد التي يكون الآجال فيها مزمعاً للطرفين، كجهالة المدة المتعاقد عليها في الإجارة، وجهالة موعد استحقاق الثمن في البيع(2).

أما الآجال غير المزمع فلا تضر جهالتهم، كمدة الشركة، فإن المدة فيها غير مزمعة عند الحنفية، فسوا ذلك لمدا معلوماً أم مجهوولة فلا تؤثر في الإجارة.

4 - جهالة وسائل التوثيق المشروعة في العقد، مثل تقديم الكفيل أو الرهن بالثمن المؤجل، فيجب أن يكون الكفيل والرهن معلومين، وإلا فساد العقد(3).

فالجهالة في هذه الأمور الأربعة تؤثر في العقد، وتسبو صحته، وتبعه فاسداً تترتب عليه الآثار، ولكنه يستحق الفسخ، كما سئر في آثار العقد الفاسد.

ثانياً - الغرر:

الغرر من التغيير بمعنى الإهمام والترويط، وفي الاصطلاح: هو ما كان مستور الواقعة(4)، وهو الأمر الذي يحتمل الوجود والعدم.

(1) فتح القيدين 186/5، الفقه الإسلامي في أصوله الجديد، 220/1، المدخل الفقهي العام 2/66.
(2) فتح القيدين 222/5، الفقه الإسلامي 221/1.
(3) المدخل الفقهي العام 2/196، الفقه الإسلامي 222/2.
(4) انظر تعريف الفقهاء للغرر في رسالة الدكتوراه: الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، للدكتور الصديق الضرير، ص 77-34، التعريفات، الجزء الأول 141.
وقد ورد في حديث رسول الله ﷺ الهي على بيع الغرر. 

والغرر قد يقع في أصل العقد ومفقاته يؤدي إلى بطلان العقد كبيع الحمل في بطن مه، ففيه غرر لاحتمال أن يكون اتفاقاً أو أن بولد ميتاً، وكيع ضربة القانس والغائص ففيه غرر لاحتمال أن لا يخرج في شبكة الصيد شيء.

وقد يقع الغرر في أوصاف العقد الفرعية يؤدي إلى فساده، كبيع البقرة بشرط أن تحلب خمسين كيلوغراماً من الحليب، فيحتمل أن لا تحلب باستمرار هذا المقدار، ويبعوا على أنها حاملاً، فالشروط تحتمل الوحيد والعدم، ولا يمكن التأكد من الحمل في الحال.

ثالثاً - الإكراه:

هو حمل الغير على ما يكرره بالوعيد، ووقع الإكراه على العقد يعتبر خاللاً في رضاء المكره، وقد خالف في فقهاء الحنفية في تكييفه ووصفه على رأيين:

الأول: أن العقد مع الإكراه صحيح موقف، لا فاسد، وهو رأي الإمام زفزفر، ويكون العقد منعقداً صحيحًا، لكنه يتوقف حكمه وتنفيذه على الإجازة بعد رفع الإكراه.

الثاني: أن العقد مع الإكراه فاسد، تتزاب عليه آثار الفساد من تحقيق الموضوع عند القبض، ويستحق الفسخ، وهو رأي أكثر الحنفية.

والفرق بين الرأيين أن الملكية في عقد البيع مع الإكراه تنفzte على الإجازة حسب الرأي الأول، وإذا أجاز العقد أصبح نافذاً ولازماً سواء تم القبض أم لم يتم، وعلى الرأي الثاني فإن الملكية تنتمق عند القبض فقط، ويبقى العقد غير لازم، سواء قبل القبض أو بعده، ويمكن لكل من الطرفين فسخه ونقضه.

---

(1) رواه مسلم والأربعة عن أبي هريرة، ورواه أحمد وأبو داود عن علي، (النظر: نيل الأطرار 5/166، الفتح الكبير 3/272).
(2) المدخل الفقهي العام 2/198، الفقه الإسلامي 1/210.
(3) المدخل الفقهي العام 2/197، الفقه الإسلامي 1/175، بدائع الصالحين 7/3072.
(4) التعريفات ص 27.
(5) المدخل الفقهي العام ص 299 وما بعدها، ويرى الشافعية أن بيع المكرور باطل، انظر=
والواقع - كما يقول الدكتور السنوسي - أن فساد بيع المركه يشبه البيع الموقوف من جهة، ويشبه الفاسد من جهة أخرى(1).

فيفنق بيع المركه مع البيع الموقوف بأن يرد على البائع إجازة العقد الموقوف، وهو البائع، قبل القبض وبعده، فيقلب صحيحًا، بخلاف البيع الفاسد، بغير الإكراء، فلا يقبل الإجازة، وإن العقد غير المركه يلزم العقد بعد القبض، ولا يحق له الفسخ، بخلاف البيع الفاسد، وإن المشتري في البيع المركه إذا تصرف بالمعيب لا يسقط حق البائع المركه في الفسخ بخلاف بقية البيع الفاسدة فإن التصرف بالمحل يمنع الفسخ.

وينق بيع المركه مع بقية البيع الفاسدة بأنه يجوز لكل من البائع والمشتري فسخ البيع قبل القبض، خلافًا للتصرف الموقوف، فلا يبطله إلا من توقف لمصلحته، وإن تصرف المشتري بالمبيع بعد قبضه في بيع فاسد، تصرفًا غير قابل للفسخ كالبيع، فإن حق البائع يقطع بالفسخ، خلافًا للموقف، فإنه يحق لصاحب فسخه قبل القبض وبعدة.

رابعًا - الشرط الفاسد:

هو الشرط الذي لا يقضي العقد، ولا يلزم، ولم يرد به النص الشرعي، ولم يجر به العرف، وكان في منفعة لأحد العاقلين أو غيرهما من أهل الاستحقاق(2).

(1) أده القضاء، ابن أبي الدعم، تحقيق الدكتور محمد الزهيلي ص 554، المدخل للفقه الإسلامي، مدور: 550، جامعة العلوم والحكم، ابن رجب الحنابلي ص 329 وما بعدها.

(2) الشرط الفاسد على أنواع، منها ما يفسد العقد، ومنها ما يكون فاسدة، في نفسه وباطلًا، في ذاته ولا يؤثر على العقد، فيه عقد صحيحًا، كمن باع سيارة بشرط لا يبيعها المشتري، أو لا يبيعها، أو لا يملكها، كمن باع طعامًا بشرط لا يأكله المشتري ولا يبيعه.

فهذا شرط فاسد في نفسه لا يؤثر في العقد، انظر: بائع الصنائع 7/137 وما بعده، مصادر الحق في الفقه الإسلامي 1/131، 131، حاشية ابن عابدين، رد المحترم 5/248، نظرية الشرط المقترب بالعقد 111، المدخل الفني العام 2/701، الفقه الإسلامي 327/1.
وهذا الشرط إن وقع في عقود المعاوضات، كالبيع والتسليم والصرف والمقابضة، والإجازة والمزارة والمساقمة والقسمة والصلح بسلا م عن مال والقسمة والمارجة والشركة، أدى إلى فساد العقد، ولا يتزوج على انعقاده أثر ما لا يحصل القبض.

والأصل فيه ما ثبت عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط(1).

لأن الشرط الفاسد فيه منفعة لأحد التعاقدين بدون مقابل فتكون كالربا، كما إذا شرط البائع على المشتري أن يسكن الدار المبيعة ستة أشهر، إذا لم يمر العرف بذلك، فإن البيع فاسد، ولا تنتقل الملكية إلا بالقبض، وول إذا اشترط المشتري على البائع أن يدفع أجرة نقل المبيع إلى بلد معين، ولم يتعارف الناس بذلك، فالبيع فاسد، وكما إذا اشترط المؤجر على المستأجر أن يفرضه مقداراً من المال، أو أن يعطيه مقداراً معيناً مما تخجه الأرض المستأجرة من الزرع على وجه الهيئة بالإجارة فاسدة.

وكم إذا اشترط الواهب على الموهوب له أن يتصدق بالعين الموهوبة أو أن يبيعها لشخص معين، فالهيئة فاسدة.

أما عقود المعاوضات غير المالية كالتكاح والخلع على مال وعقود التبرعات كاللهبة، والقرض والوديعة والعارية والوصية والحوالة والكفتاة والرهن فلا يؤثر فيها الشرط الفاسد، ويبقى العقد صحيحاً تزوج عليه آثاره، ولغو الشرط وحده(3).

والمضارب في تميز الشرط الفاسد الذي يفسد العقد عن الشرط الذي لا يفسده أن الأول هو ما كان فيه مبادلة مال بمال(3).

---

(1) ونهي رسول الله ﷺ عن بيع في بيعة، (انظر: نيل الأوطار 173/3 الفتح الكبير 278/3).

(2) نظرية الشروط المفترضة بالعقد: 214/5، وانظر أمثلة عن البيع مع الشرط في فتح القدير 242 وما بعدها.

(3) الفقه الإسلامي في أصوله الجديد 1/241-242، المدخل للفقه الإسلامي، مذكر: 267، مصدر الحق في الفقه الإسلامي 2/130، مرشد الحيران، المواد 373-276.
خامسًا - الضرر:

وذلك إذا تضمن العقد إيقاع الضرر على البائع عند تسليم المبيع فيكون العقد فاسداً لا تنتقل الملكية فيه إلا بالقبض والتنفيذ، كما لو باع خشبة معينة في سقف مبني، فإن التنفيذ يفرض هدم الجدار أو السقف لإخراج الخشبة، وكما لو باع ذراعاً من ثوب يتضرر بالتبعيض، فإن التنفيذ يؤدي إلى تعطيل الثوب، فتكون البيع فاسداً، وهذا الهدم في الجدار أو التعطيل في الثوب لصيانة حق شخصي، فإن تنازل البائع عن حقه، ونفذ العقد الضار بإرادته، انقلب البيع إلى عقد صحيح (1).

آثار الفساد:

إن العقد الفاسد موجود، لأنه منعقد، وصحيح بأصله لوجود أركانه ومقوماته، ويبقى النهي مسلطاً على الوصف فقط، وما أن أصله موجود ومشروع فقد ترتب عليه بعض الآثار، كانتقال الملك بعد القبض، وما أنه أقرن به وصف منهى عنه فيكون هذا الملك غير طيب، ويجيب على المعاقدين فسخ العقد، فإن لم يفسخاه وجب على القاضي فسخه.

فالعقد الفاسد وسط بين الصحيح والباطل، ولذلك يترتب على العقد الفاسد نتائج رئيستان، أو أثران أساسيان، وهما:

أولاً - ترتب الآثار المقررة للعقد:

إذا الأصل في العقد الفاسد أن لا ينتج أثراً، ولا ينتقل به الملك قبل القبض، ولا يمكن لأحد الطرفين أن يجبر الآخر على التنفيذ العقد، أو القيام بالواجبات والالتزامات الناشئة عن العقد الصحيح، لأن العقد قلق ويجيب فسخه ورفعه، فإذا اعتضد العقد الفاسد بالقبض فقد تقرر على إفادة الحكم (2).

إذا نفذ الطرفان العقد، وأيدا الالتزامات والحقوق باختيارهما، فهنا تترتب آثار العقد بعد التنفيذ والقبض بانتقال الملكية في المبيع والثمن.

(1) الفقه الإسلامي في أصوله الجديد 1/175، مصادر الحق في الفقه الإسلامي 4/127.
(2) فتح القدير 5/229.

118
قال الكاساني: «أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك في الجملة عدناء».

وقال الحكسيفي: «وإذا قضى المشترى المبيع برضا بائعه صريحا أو دلالة في البيع الفاسد ولم ينه ملكه».

وبالسبب في ترتيب هذه الآثار أن العقد الفاسد -على الرغم من عدم صحته- منعقد وله وجود شرعي بالإضافة إلى وجوده المادي والجسي، فالعقد الفاسد له وجود واعتبار شرعي، ولكن هذا الوجود محدود بالزوال فكل وقت من الطرفين أو من القاضي، وللذا الوصف الشرعي للعقد الفاسد فقد رتب الفقهاء عليه بعض الآثار المقررة للعقد الصحيح بشرطين:

1- القبض: فالمشترى شراء فاسدا إذا قضى المبيع بإذن البائع، أو في مجلس العقد، فإن الملكية تنتقل إلى المشترى لانعقاد العقد والقبض، بخلاف العقد الصحيح، فإن الملكية تنتقل في الصحيح بمجر الانتقاد والتلفظ بالإجابة والقبول.

وبالسبب في تأخير الحكم إلى القبض أن العقد الفاسد عرضة للفسخ والإبطال في كل لحظة، سواء من قبل الطرفين أو من قبل القاضي، وأنه مقترن بوصف منهي عنه من الشارع، فالعقد ضعيف مريض مهدد بالموت، فلم يجد الفقهاء مصلحة في الإسراع في ترتيب الأحكام لعقد قلب يتحتم الزوال والنقص، فإن تم القبض ونفذ العقد ثبت حكما وفعلا وواقعا.

ويستغرط في القبض أن يكون بإذن البائع صراحة أو دلالة، بأن يذن له في القبض، أو يقوم البائع بالتسليم والتنفيذ، وكذا إذا لم يذن له صراحة ولكن

(1) عدد الصحائع، ل٧/٣٧٧.
(2) رد المختار على الدر المختار للحكسيفي، ابن عابدين ٨٨/٥.
(3) فتح القدر ١٨٨،١٨٧، ٢٧٧، بدل العقائع ٧،٣٣٩، رد المختار ٦،٨٨، الأشياء والنظر، ابن نجم ص ٣٣٧، المدخل، شليصي ص ٤٤٥، المدخل، عيسوي ص ٤٩٥، مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ١٣١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٥/٤-٦، ١٥٥، ١٥٦، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ٢٥٢/١.

١١٩
ество بمحضره ولم ينهه عن ذلك، فالراجح ثبوت الملك(1).

وهذا الملك الذي ينقل بالقبض في العقد الفاسد ملك خبط، لأنه ملك يستحق الفسخ، وهو مضمون بالقيمة لا بالمسمي، ولأنه ثبت بعقد منهي عنه، ولذلك قال الحنفية: لا ثبت حق الشفعة للشريك في البيع الفاسد(2).

2 - التعادل في التبادل: وهذا هو الشرط الثاني في ترتيب الآثار المقررة عن العقد الفاسد، يعني أن ترتيب الآثار السابقة بعد القبض لا تم بحساب ما جرى الاتفاق عليه في العقد، وأن الحقوق الناشئة عن العقد الفاسد، أو الالتزامات المتقابلة، لا تثبت كما وردت في العقد، بل ترد إلى الواقع والحقيقة والأصل، وكان البند ثبت بناءً على الواقعة المادية وهي القبض والتنفيذ، فيكون بحساب القيمة، ويشترط فيها التعادل، كالضمان في الغصب والإثاث(3).

وسبب في ذلك أن العقد الفاسد يستحق الفسخ والإبطال، وأصبح ضعيفاً وهزيلًا لا يقوى على بناء الالتزامات عليه، أو ترتيب الحقوق على أساسه، وإنما ورد فيه من حقوق والالتزامات أصبحت فاسدة لفساد العقد، فترد إلى حدودها الأصلية من ثمن المثل، وهو قيمة المبيع يوم القبض، المقررة في سعر السوق، بدلاً من الثمن المسمى في العقد الفاسد، وأجرة المثل بدلاً من الأجرة المسماة في الإجارة الفاسدة(4)، لأنه إذا فسد العقد فسد ما بني عليه من زيادة الحقوق.

(1) مصادر الحق في الفقه الإسلامي / 189، الفقه الإسلامي / 1، 29/7. 
(2) فتح الصالحين / 230، 239/7. 
(3) فتح الفاسد / 231/7. 
(4) فتح المحتار، ابن عابدين 9/400، الفقه الإسلامي / 152 و 132/7. 

(4) يحدد الحنفية الأجرة المسماة في العقد الفاسد كحد أعلى يستحقه المؤجر في الإجارة الفاسدة، فإن كانت أجرة المثل أكثر من المسماة فلا يستحق المؤجر إلا مقدار الأجرة المسماة بخلاف البيع، فإن البائع يستحق ثمن المثل بالغاً ما بلغ، ولو تجاوز الثمن المسمى، وسبت التفريق أن الحنفية يعتبرون أن المنفعة في الإجارة غير متسقة، وأن المنفعة لا قيمة لها، وإنما تقوم في العقد، بخلاف المبيع في البيع له قيمة ذاتية فيه، انظر: المدخل الفقهي العام / 162، مصادر الحق في الفقه الإسلامي / 204، الأشياء 140.
والالتزامات والواجبات، ووجب رد المتعاقدين إلى التوازن الحقيقي فيما بينهما، والمتساوي في التبادل والمعاوضات.

ثانياً - استحقاق الفسخ:

إن العقد الفاسد قائم ومنعقد، ولكنه غير صحيح، للخليل الذي وقع فيه وسلبه القوة والتفاذ، ولذلك يجب فسخه، لأن دفع الفساد واجب شرعاً.

وإذا العقد الفاسد منهي عن وتالف من أوصافه، فمن يقوم به يكون عاصباً لأمر الشارع، وفعله معصية يجب الرجوع عنها والبراءة منها والتروية منها، فيجب على كل من الطرفين فسخه وإبطاله كما يجب على القاضي - مثى علم به - أن يفسخ ويبطله.

وأما العقد الفاسد مخالف للدين في نظام العقدي، وأنه - وإن أفاد الملك بالقبض - لا يقيد تمام الملك، لأن حق الطرفين بالفسخ قائم، ولا ينقطع، بل يجب عليهم - دينياً - الفسخ.

وهذا الحكم يبين حقيقة الفساد كمؤدي شرعي للحفاظ على نظام الشارع في العقود والمعاملات في نظر الحنفية.

يقول الكاساني: "واستحقاق الفسخ يصلح زاجراً عن المعصية، لأنه إذا علم أنه يفسخ فالظاهر أنه يمنح عن المباحثه".

وفي الفسخ يثبت لكل من الطرفين المتعاقدين، فيحق لكل منهما إبطال العقد ويحق له الاحتجاج بتسديد واستحقاقه للفسخ، ويحق له الدفع به بعدم الالتزام بحقوقه وواجباته، وإعادة الأمور إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.

= والناظر، ابن نجيم ص 327.

1) مصادر الحق في الفقه الإسلامي 159 النظير.
2) فتح القدر 1329، رد المختار، ابن عابدين 90/5.
3) بداع الصنائع 1330/8.
4) ذهب الإمام محمد إلى أن الفساد إذا كان ناشطاً عن شرط مفسد لمصلحة أحد الطرفين، فحق الفسخ ينحصر بصاحب هذا الشرط، لأنه هو القادر على تصحيح العقد بحذف =

121
ويكون الفسخ بالقول بأن يتطرق بالفسخ والرد والنقض، ويكون بالفعل بردع المبيع، ويشترط في الفسخ أن يكون بمجرد من الآخر ليعلم به عند الإمام أبي حنيفة ومحمد، خلافاً للإمام أبي يوسف.

وما فسخ البائع البيع الفاسد فلا يحقق له استرداد المبيع إلا بعد أن يرد الثمن وهو القيمة التي أخذها من المشتري، ويحق للمشتري أن يحبس المبيع ويمتنع عن تسليمه حتى يستلم الثمن، لأن المبيع يصبح كالزمن محمباً في مقابل الثمن، وإنما البائع فالمشتري أحق باللحمة من غيره، أي يكون له حق الامتياز والأفضلية على غيره بالتعبير القانوني الحديث.

فإن فعل العاقدان ذلك فيها ونصبته، وإلا كان من حق القاضي وواجه أن يفسخ العقد الفاسد، لما ورد فيه من النهي، لأنه معصية، وأنه مخالف لنظام الشرع فيجب فسحه حقاً لله تعالى (1).

شروط فسخ العقد الفاسد:

ويشترط لاستحقاق الفسخ في العقد الفاسد شرطان:

1 - بقاء العقد على حاله التي كان عليها قبل القبض، أما إذا تغيرت صفته الأولى، زيادة أو نقصاً أو كيفية، فيمنع الرد (2)، فإن يكون المبيع

= الشرط والتنازل عنه، وملاليه بالتنفيذ ليس إعمالاً للعقد الفاسد، ولكنه اتفاق للتصرف.
= العقد أي تجربة للعقد وتفرير للصفقة، كما يرد في نظرية البطلان، ولا يحق للطرف الآخر الفسخ، لأنه يبطل حق الآخر في التحقيق، وقال أي، فيك على مهما فسخه، لأنه الفسخ لحق الشرع، ولأن الشرط الفاسد سلخ قوة العقد الإلزامية، وكل من الحقوق الفاسدة. انظر: بدعائع الصانعات 7/380، فتح الفقهي 1/321، المدخلي الفقه، العام 2/380، مصادر الحق 4/190.

(1) فتح الفقري 5/328/5.
(2) فتح الفقري 5/328/5، بدعائع الصانعات 7، 328/7، 328/1، المدخلي الفقه الإسلامي، عيسى ص 495، المدخل، شليص ص 440، مصادر الحق في الفقه الإسلامي 4/195.
(3) انظر تفصيل الزيادة والنقض اللذين يمنعان الفسخ في بدعائع الصانعات 7/3385 وما =

١٢٢
أراضي نفوس فيها أو بني عليها، أو ثوباً فضيحة، أو طعاماً فاكيل منه، أو قمحًا فطحته، أو دقيقاً فبخه، أو شاة فذبحها، فيمنع الرد، وإن كان الإثم باقياً، مع استقرار الحكم والآثار والنتائج السابقة التي نمت بالتنفيذ والقضية.

1- لا يتعلق بالمعقود عليه حق الآخرين، فإن تتعلق به حق لغير المعاقدين، امتنع الفسخ، كما لو باع المشترى المبيع لغيره، أو تصدق به، أو وهبه وقيضه الموبوب له، أو رنه، امتنع الرد لتعلق حق الغير به.

وهكذا كل تصرف لا زم غير قابل للفسخ، ولم ينسخ بالفعل، يمنع حق الفسخ، فإن كان قابلًا للفسخ لبيع أو خيار بقي حق فسخ العقد الفاسد قائمًا، وإن فسخ البيع الثاني أو فلك الدهر أو ردت الدهرة رجع حق الفسخ والاسترداد لكل من الطرفين.

والهدف من بقاء العقد الفاسد وامتناع فسخه عند وجود حق ناشيء للغير هو الحرص على استقرار التعامل، وصيانة الحقوق المكتسبة، كما أن حق الفسخ كان مفتوحاً لرفع الفساد، والبحث على الثوية من المعوصة، فتبنى آخر كل منها ذلك، ولم يتذكر الفسخ بالسرعة الممكنة قبل التصرف به، فقد فوت على نفسه هذا الحق.

ومن جهة أخرى فإن حق الفسخ ثبت في العقد الفاسد حقاً للله تعالى، وحفظًا لمنظمة وشرعه، وثوية من معوصية، وبعد التصرف بالمعقد عليه يتعلق حق الناس به فقد تعارض حق الله مع حق الناس، في الأمور المالية.

= 167

(1) فتح القدير 235/0، رد المختار 91/0، بدائع الصنائع 7/3850، المدخل الفقيه العام 2/076، المدخل للفقه الإسلامي، عيسى ص 495، مصادر الحق في الفقه الإسلامي 4/165.

(2) فتح القدير 233/0، رد المختار 92/0، المدخل، عيسى ص 495، المدخل الفقيه العام 2/707، مصادر الحق في الفقه الإسلامي 4/165.

(3) بدائع الصنائع 7/3823، فتح القدير 5/032/0.

123
فيقدم حق الناس؛ لأنها تقوم على المطالبة والمشاحنة، أما حق الله فيقوم
على الصفح والغفران والسامحة.

الفساد لا يرفع بالإجازة:

ويتفرع على نتيجة الفساد أن العقد الفاسد لا يرفع بالإجازة كالعقد
الباطل، لأن الفساد ناشئ عن خلافة نظام العقد، أو لوقوع خلل في الشروط
الشرعية للعقد، والفساد لحق الشرع وليس لحق الأطراف، فلو أجازه أحد
الطرفين أو كلاهما مع بقاء سبب الفساد - فلا ينقلب إلى عقد صحيح(1).

وإذا أسقط عقد حقه في الفسخ، أو أجاز العقد صراحة أو ضمناً، فلا
يعتقد بإسقاط حقه، ولا بإجازته للعقد، لأن حق الفسخ ثبت حقاً لله تعالى، فلا
يملك العاقد أن يسقطه بإرادته(2).

وإذا مات أحد العاقدين كان لورثه حق الفسخ مكانه؛ لأن تنفيذ العقد لا
يعتبر إجازة له، لأنه لا يقبل الإجازة(3).

يقول الكاساني: «الفسخ في البيع الفاسد لا يبطل بصريحة الإبطال
والإسقاط، بأن يقول: أبطلت أو أسقطت أو أوجبت البيع أو ألزمه، لأن وجوب
الفسخ ثبت حقاً لله تعالى، دفعاً للفساد، وما ثبت لله تعالى خالصاً لا يقدر العبد
على إسقاطه مقصوداً»(4).

وإن العقد الفاسد يستحق الفسخ لغيره لا لعينه، فلو أمكن دفع الفساد
وإزالته بدون فسخ العقد، فلا يفسخ وينقلب صحيحاً(5)، بأن يكون سبب الفساد
لحماية حق من حقوق الأطراف، أو اكتساب منفعة زيادة له، فلو اتفق الطرفان

(1) بدلائع الصفائع ٣٣٨٢/٧، المدخل الفقهي العام ٢/٧٠، مصادر الحق في الفقه
الإسلامي /١٥٥.
(2) بدلائع الصفائع ٣٣٨٥/٧، مصادر الحق /١٥٩، رد المحتار /٩٥.
(3) المراجع السابقة.
(4) بدلائع الصفائع ٣٣٨٢/٧.
(5) مصادر الحق في الفقه الإسلامي /١٥٦.
على إزالة سبب الفساد في رفع الفساد، وينقلب الفاسد إلى عقد صحيح، وكم
لا كان الفساد بسبب شرط مفسد لأحد الطرفين، أو كان الفساد للجهالة في
العوض أو الأجل أو التوثيق، ففيه الطرفان، زال سبب الفساد(1) الذي كان يمنعه
من الصحة، وإذا زال المانع عاد الممنوع، كما تقول القاعدة الفقهية(2).
أما إذا لم يزل المفسد، أو كان لا يمكن زواله بقي العقد فاسداً، وكان
مستحقاً للفسخ من الطرفين من غير حاجة إلى قضاء، وإن علم به الفاضي وجب
عليه فسخه حقاً لله تعالى، ولو لم يطلبه أحد.

وبعد: فهذه نظرة الفساد التي قال بها الحنفية، وكان الداعف لها تسهيل
المعاملات المالية، وفتح المجال أمام العقد بالتنفيذ، ونقل الملكية، وعدم الحكم
عليه بالبطلان، ولكن هذه النظرية أصبحت في العقود المتآهرة عبّاً على
التعامل، وأدت إلى الحرج، وصار الناس يتطلعون إلى التخلص منها والتحايل
عليها، مما دفع المشرع العثماني في عهد الأزبراف والظلم والتبعة والامتيازات
الأجنبية، إلى استعمال التشريعات الأجنبية، والإعراض عن دين الله، ليقدم
التسهيل على التجارة الداخلية والخارجية، وقد أعمت التقليد والجهل والتعصب
وضع الإمام عينه أن يتحمّلها على بقية المذاهب لإستعمال الحلول
الإسلامية التي سبقت تشريع العالم في التساهل الذي يحقق منافع الناس،
ويؤمن مصاصهم، ويدفعهم لحمل مشغل التقدم والعلم والمدنيّة والحضارة أمام
الله والتأريخ، نرجو الله تعالى أن يردا إلى ديناً رداً جميلاً، وأن يهمنا العمل
بكتاب الله الكريم وشريعة نبيه ﷺ، وأن يرتقنا الإيمان الكامل بالله ربنا، وبالإسلام
ديناً، وبالقرآن دستوراً.

وهذه نظرة المؤيّدات الشرعية، التدابير والمدنيّة، عرضناها لبنان الكمال
في الشريعة الغاربة، وأيّ الإسلام ليس شريعة خيالية نظرية، توزع الحقوق بين
الناس، وتضع المبادئ والقواعد، وتزادي بالشعارات، ثم ترك الأمور فوضى،

(1) فتح القدير 5/224.
(2) المادة 143 من مجلة الأحكام العدلية.
 وإنما أقرت الحقوق وبيعت طريقة الحفاظ عليها، والتمسك بها، وحمايتها أمام المعتدين، كما وضعت المبادئ والقواعد، ورسمت للناس منهج التنفيذ والتطبيق، ونادت بالشعارات وتكفلت بمواعيد الحياة لها، وشرعت المؤيدين الشرعية لحماية الأحكام الأصلية، وأقامت الدولة الإسلامية الرشيدة التي تعهدت بصيانة أحكام الله تعالى في إقامة المجتمع الإسلامي الفاضل، وصدِّعَ الله، ومن أحسن من الله صَبْعَةٌ (سورة البقرة) الآية: 138، وأحكمِ الجاهلية يَبْغِون، ومن أحسن من الله حُكَمُهَا لقوم يَبْغَونُون (سورة المائدة) الآية: 50.
الباب الثاني

في نظرية الأهلية والولاية

يظهر للباحث عند دراسة الحكم الشرعي في أصول الفقه أن الحكم هو خطاب الله تعالى المتصل بأنفعال المكلفين اقتضاء أو تخيراً أو وضعاً.

فالهدف من الخطاب هو بيان الأحكام الشرعية التي تتعلق بالإنسان الذي فضل الله على جميع الموجودات، وأحسن خلقه، وكرمه، وسخر له ما في الكون، ثم أنزل عليه الشريعة لبيان الحقوق والواجبات التي تتعلق بالفرد منذ تكوينه ونشأته في بطن أمه، حتى وفاته ودفنه و التنفيذ وصيته وتوزيع ركشه، ولذلك قال علماء الأصول: إن محل الخطاب هو الإنسان المكلف المخاطب، وهو المحكوم عليه، وقالوا: إن من شروط المكلف المخاطب بحكم الله تعالى أن يكون أهلاً للخطاب(1)، فما هي أهلية الإنسان لخطاب الله تعالى وما هي مؤهلاته لثبت الحقوق له، وتكليفه بالواجبات، واعتباره صالحاً لصادور التصرفات عنه على شكل يقبله المشرع ويقره عليه؟

فالأهلية تتعلق بالمكلف الذي يعتبر محاً لخطاب الشارع، ولذلك يبحث الفقهاء وعلماء الأصول موضوع الأهلية عند الكلام عن صلاحية الإنسان للقيام بالعقود والنصوصات المالية والتكاليف الشرعية، ويشترط العلماء أيضاً لصحة النصوصات أن يكون للشخص ولاية على المحل، فما هي الأهلية وما هي الولاية؟

(1) انظر تفصيل هذا الموضوع في كتاب أصول الفقه الإسلامي، للمؤلف ص 412 وما بعدها.

137
هذا ما ندرسه في هذا الباب، فنعرف الأهلية والولاية، ونبين الأحكام المتعلقة بهما باختصار، وذلك في فصلين:

الفصل الأول: في نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي.
الفصل الثاني: في الولاية الشرعية.
الفَضْلُ الأوَّل

في نظَرَتِ الآهَليَةُ في الفِقه الإِسْلَاميّ

سبق أن قلنا في نظرية المؤيديات الشرعية: إن الإسلام عقيدة وشرعية، شريعة تنظم علاقة الإنسان بربه، وتُحكم علاقته بنفسه، وتواكب علاقته بأفراد مجتمعه، وأن الشريعة حقوق وواجبات، أو مكاسب والتزامات، والله سبحانه وتعالى أرشد إلى أحكام السبل، فشرع الأحكام، ونظم المعاملات، وضبط علاقات الناس، بعضهم ببعض، وأقر الحقوق ...

ونحن نعلم أن الشريعة الغراء تولت بيان الأحكام والنظام التي يحتاجها الإنسان منذ ولادته حتى وفاته، بالتحديد فإن الشريعة نظمت حياة الإنسان، وبينت حقوقه وواجباته، وشرعت الأحكام السليمة له، وفصلتها بحسب أطوار حياته، ووضعت نظاماً دقيقاً شاملاً في كل ما يتعلق بحياته الخاصة والعامة، الصغرى والكبيرة، السرية والجمهورية، الفردية والاجتماعية، الدنيا والآخرة، العقلية والفكرية، العلمية والأخلاقية، المالية والعائلية، مع مراعاة أحواله الجسمية، ونحوه العقلي، وتطور مراحل حياته منذ التكوين والاجتناب ثم الولاية والشباب حتى الشيخوخة والوفاة.

فمن هو المستحق لهذه الحقوق؟ ومن يقوم بالواجبات؟ وكيف توزع هذه الحقوق على أطراف الإنسان ومراحل حيته؟ وما هي الشروط والصفات التي يجب توفرها عند إعطاء الحقوق أو فرض الواجبات أو ممارسة التصرفات، أو أداء التكاليف الشرعية في العبادات والمعاملات والعقوبات؟

هذا ما نجيب عنه في نظرية الأهلية.

129
تعريف الأهلية:
الأهلية في اللغة: الصلاحية والاستحقاق، يقال: فلان أهل لهذا العمل أي صالح له وجدير به، ويقال: فلان أهل للإكرام أي مستحق له(1).
والأهلية في الاصطلاح هي: صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحاً لأن تثبت له الحقوق، وتثبت عليه الواجبات، وتصبح منه التصرفات(2).

شرح التعريف:

1- الأهلية صفة: أي أمر معنوي يتفرز في الإنسان، والصفات المعنوية في الإنسان كثيرة جداً، وقد تثبت له تقدير الشارع أو تقدير غيره، ويأتي بقية التعريف لتحديد المصوصد من هذه الصفة، ويخرج من التعريف الأمور المادية، ومع كون الأهلية صفة معنوية، ولكنها تناسب بالزيادة والنقص مع أمر مادي، فترتبط حالات الأهلية وكما لها بالنمو الجسمي والعقلي للإنسان.

2- يقدرها الشارع: الأهلية تثبت بتقدير الشارع وتحديده، لأن الأحكام الشرعية وما فيها من حقوق وواجبات وصفات تتوقف على ورد الشرع، وتثبت حصراً من قبل الله تعالى، والله عليم حكيم، يمنح الحق، وبين الأهل له والمستفيد منه والمتنزه به، وبالتالي يحدد الله جل جلاله الصفات التي تكون مفروضًا للحقوق والواجبات، ومصدرًا صحيحاً للتصرفات، وبين الأهلية، وبعدد درجاتها.

3- في الشخص: الأهلية صفة من صفات الأشخاص، ولا تثبت لغير الأشخاص، وهذا اللطف يفتح المجال لثبت الأهلية للشخص الحقيقي وهو الإنسان، وللشخص المعنوي، وهو الشخص الاعتباري الذي تثبت له حقوق، وتجب عليه واجبات، وتصدر عمن يمثله أو ينوب عنه تصرفات شرعية صحية.

(1) المصباح المنير 39/1، الفاموس المحيط 331/3.
(2) كشف الأسرار 1357/4، المدخل، شبهي سي 382، المدخل الفقهي العام 1392/1739، أصول الفقه، أبو زهرة سي 316.
قاله: إن الأهلية صفة معنوية يقدرها الشارع، وإن تقديراً يتناسب مع النمو الجسمى والاتصال العقلي، وهذا يفيد أن الأهلية على أنواع ودرجات متباينة.

ولذا قسم العلماء الأهلية إلى قسمين: أساسيين، وهما أهلية الواجب وأهلية الإرادة، وكل قسم يتفرع إلى نوعين، ونحن نتناول تعريف كل قسم، مع ذكر العلة التي يقوم عليها، ويُبيان أنواع كل قسم، وما يتعلق به من أحكام عامة.

أولاً - أهلية الواجب

تعريفها: هي صلاحية الشخص للإرادة والالتزام.

(1) الملكية ونظرية العقد، أبو زهيرة ص 242.
(2) المدخل الفقهى العام 1427/1426، المدخل شهابي ص 383، ونظر: مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص 96، محلة الوصول ص 321، التلخيص على التوضيح 102/3. 131
والالتزام ثبوت الحقوق للشخص، أي أن يكون له حق على غيره، كحق
النفقة، وحق العيراث، وحقه في نقل الملكية بالبيع، وحقه في ضمان
المتطلبات. وهكذا.
والالتزام ثبوت الحقوق على الشخص، أي وجوب الحق عليه لغيره،
كوجوب النفقة عليه إلى أقرانه، والالتزام بضمان الإثاث والأضرار التي ألقها
بآخر، لأن كل حق يقابله واجب، فالحق الثابت له يكون واجباً على غيره،
والواجب المفروض عليه يكون حقاً لغيره.
ونلاحظ أن أهلية الواجب هي الأساس لثبت الحقوق، والالتزام
بالواجبات، فكل شخص في الكون يثبت له حق ما، أو يرتب عليه التزام ما،
يكون متمتنعاً بأهلية الواجب.
وعلة أهلية الواجب - هذه توجد بوجودها، وتعدم بعدمها - هي الصفة
الإنسانية أي أن مناط أهلية الواجب التي ترتبط بها، وتقوم عليها، هي مجرد
اتصاف الشخص بأنه إنسان، ولذلك فإن أهلية الواجب تصاحب الإنسان منذ
أول تكوينه وخلقه جنيناً ثم وليداً، وتسنير معه إلى الوفاة. فإن مات فقدت أهلية
الواجب، وتبقي أهلية الواجب مصاحبة للإنسان في مختلف أحواله، سواء كان
ذكراً أم أنثى، جنيناً أم طفلًا صغيرًا، أم بالغًا، ولا تفارقه، فيما طرأت عليه
التغيرات أو التطورات خلال حياته، كالجنون والعنت، والنوم والمشكلة، ولا
يعتبر هذه الأهلية عارض من العوارض، ولا يؤثر عليها إلا الموت الذي يزيلها
نهاياً، ويلغي اعتبارها ووجودها.
ولكن هذه الصفة الإنسانية التي تتاثر بها أهلية الواجب تحتاج أحياناً
لبعض الحقوق فقط، ولا مصلحة لها بباقي الحقوق، بل لا فائدة لها ولا منفعة
ولا غاية من إقرار كل الحقوق لها، كما تكون عاجزة عن تحمل الالتزام، وفي
هذه الحالة تكون أهلية الواجب ناقصة، وتقتصر وظيفة الأهلية على العنصر
الإيجابي فقط، أما إن شملت أهلية الواجب جميع الحقوق، وصارت قادرة على
تحمل الالتزامات والواجبات وتتوفر فيها العنصر الإيجابي والعنصر السلبي،
فتكون كاملة، ولذلك تنقسم أهلية الواجب إلى نوعين:
1 - أهلية الوجوب الناقصة:

وهي صلاحية الشخص للوجوب فقط، أي أن تثبت له الحقوق على غيره، وبعبارة أخرى أن تثبت له بعض الحقوق فقط دون أن يرتقي عليه واجب لغيره، أو الالتزام تجاهه، كالحمل قبل الولادة، فإنه ذو أهلية وجب ناقصة، وتتحصر أهلية الوجوب الناقصة بالحمل، ولا يشاركه فيها غيره.

وسبب في نقصان أهلية الوجب أن الصفة الإنسانية للشخص ليست متحققة وكاملة في جميع حياته، لأنه يمر بفترة معينة ولا تتميز فيها الصفة الإنسانية بشكل واضح، ولا تكون كاملة مستقلة، وهي مرحلة الاجتنان، ويعتبر فيها الشخص جزءًا من أمره وتابعًا لهما من جهة، وله صفته الإنسانية من جهة أخرى، لكن وجوده الإنساني مشكوك فيه، لأنه يحتل الوجود والعبد، فثبت له بعض الحقوق للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها ولا تتوسع بها.

2 - أهلية الوجوب الكاملة:

وهي صلاحية الشخص للالتزام والالتزام، أي ليثبت الحقوق له وترتب الواجبات عليه، وبعبارة أخرى، تثبت كل الحقوق له، وترتب بعض الواجبات والالتزامات عليه، كالضمان والنفقة للأقارب، والزكاة عند الشافعية، وبعد البلوغ تثبت عليه جميع الواجبات لأن الشخص البالغ يتمتع بصلاحية التعامل وصحة التصرفات الصادرة عنه.

وبرت أهلية الوجوب الكاملة للطفل منذ ولادته، وتنصر معه حتى الوفاة، وتتكون هذه الأهلية من العنصر الإيجابي في ثبوت الحقوق له، ومن العنصر السلبي في الالتزام بالواجبات.

ويرتبط بأهلية الوجوب الكاملة المكونة من عنصري الإلزام والالتزام يرتبط بها وصف الدمة، وهو كون الشخص محلة صالحة لثبت الحقوق والالتزام بالدين والواجبات معاً، لأن الدمة تتكون من عنصرين: أحدهما إيجابي، والآخر سلبي، ولا توجد الدمة إلا بوجود هذين الأمرين، ولا توجد الدمة إلا بتكامل أهلية الوجوب.

(1) يذكر بعض علماء الأصول أن الذمة ترادف أهلية الوجه، يقول صدر الشريعة: «فقبل...»
ثانياً - أهلية الأداء:

ويهي صلاحية الشخص لممارسة الأفعال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل، وهذا يعني أن أهلية الأداء تجعل الشخص أهلًا للمعالمة بين الناس، وتكوين عبارته صالحة لثبت الحقوق له وثبت الحقوق عليه، وممارسته الأسباب الشرعية التي يربت عليها الشرع أصحاباً وحقوقاً وواجبات والالتزامات، سواء أكانت هذه الأسباب قولة، كالبيع والشراء والنكاح والهة والإقرار، أم كانت فعلية كالاستلام والتسليم والدفع وغيرها(1).

وتتوقف على توفر أهلية الأداء جميع المعاملات والتفصيلات، القولية والفعلية، كما يتوقف عليها صحة التكليف بالأحكام الشرعية من عبادات واعتقاد، وأخلاق وعقليات ومسؤولية في الدنيا والآخرة(2).

والأصل في أهلية الأداء العقل الذي يجعل صاحبه يميز بين التصرفات النافعة والضارة، ويمارك الصالح والخاسد، ويخلى قوة الفهم لمعرفة مقاصد العبارات وإدراك المفاهيم، والقيام بالأعمال، والسعي للسعادة ومرضاة الله في الدنيا والآخرة، فالعقل هو الأداة لفهم النصوص وإدراكها(3).

قال الآدمي: "اتفق العقلاء على أن شرط المكلف أن يكون عاقلًا فاعلاً".

والإيام له ذمة من وجه صلح ليخب له الحق لا يجبر عليه، إذا وقد تصير ذاته مطلقة،

والواقع أنها ترتفع أهلية الوجوب الكاملة، انظر: نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ص 310، التوضيح على التوقيع 152/3، مادة الوصول 321، تيسير التحرير 249/2، المدخل الفقهي العام 2/744، الملكية ونظرية العقد ص 273، قانون المدخل، للشامي.

ص 383.

1) المدخل الفقهي العام 2/744، المدخل، الدكتور عبد الرحمن الصاوي، 387/2.

2) الأمور والنظرية العقد، الموسي ص 271.

3) يعرف مثال خسرو العقل يقول: "المحتار أنه قوة للنفس، بها تكنسم العلوم، مادة الوصول له ص 318، وأنظر: التوضيح على التوقيع 142/3، الملكية، أبو زهرة، ص 271، تيسير التحرير 246/2.

134
لأن التكليف خطاب، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال.

وأما أن العقل خفيف لا يدرك بالحس، وأنه يتفاوت من شخص إلى آخر، وأنه يتطور وينمو ويترجى من العدم إلى الکمال في الشخص الواحد، لذا ربط الشارع التكليف وأهلية الأداء بأمر ظاهر منضبط يُدرك بالحس، ويدل على تحقيق المستوى العقلي المطلوب للقدرة على فهم الخطاب، وهو البلوغ، إقامة للسبب الظاهرة مقام حكمه؛ لأن الأحكام الشرعية تعتمد على الأمور الظاهرة، ولا تنازل بالأمور الخفيف أو المحتملة أو المتغيرة، ولذلك ربطت أهلية الأداء بالبلوغ أو السن أو العلامات الجسدية التي تشير إلى اكتمال النمو وتوفير العقل، لأن البلوغ مظنة العقل وكمال الإدراك.

يقول ابن عبد الشكور: "العقل شرط التكليف، وذلك متفاوت في الشدة والضعف، ولا يناظر التكليف بكل قدر من العقول، بل رحمة الله اقتضت أن يناظر بقدر معتد به فأنبط بالبلوغ عاقلاً، لأنه مظنة كمال العقل، فالتكليف دائر عليه وجوداً وعدماً، لا على كمال العقل ونقضانه، كالسفر أنبط به الحكم لكونه مظنة المشيئة، والمشيئة أمر غير مضغوط، فالحكم دائر عليه وجوداً وعدماً، وجدت المشيئة أم لا؟.

فمناظر أهلية الأداء هي العقل، ولكن العقل يبدأ بالنمو والظهور شبيهاً، فشيئاً، وتتوفر في الشخص بعض صفات العقل في مرحلة سابقة عن البلوغ، وهي مرحلة التميز التي يميز فيها الصغير - تقريباً - بين النافع والضار، والحسن والقبيح، والمنعة والمضرة، ولذلك أجاز الجمهور للصغير المميز أن يمارس بعض التصرفات لتتوفر أهلية الأداء بشكل ناقد عنده، أما الصغير غير المميز فلا

138

1) الإحكام في أصول الأحكام له 138/1.
2) الإحكام في أصول الأحكام، ابن حزم 5، أصول الفقه الإسلامي، للمؤلف ص 412، مرآة الأصول ص 319 طبعة 1965، الإحكام، الأميدي 139/1، تسير التحرير 248، تسجيل الوصول ص 329، فواحي الرحموت 154/1، التوضيح على التنقيح 3/1، علم أصول الفقه، خلاف ص 154.
3) فواحي الرحموت 154/1.

135
يملك التمييز بين النافع والضار، فتكون أهلية الأداء عند معدومة، ولا تعتبر
تصرفاته شرعًا.

ونلاحظ أن أهلية الأداء تكون على ثلاث حالات(1) وهي:

1- أهلية الأداء المعدومة في حال فقدان العقل والتمييز، كالأصغر غير المميز
والمنجني والسكران وغيرهم، وانعدام أهلية الأداء تعني أن الشخص ليس
أهلًا للتعامل بين الناس أو لاستعمال الحقوق الثابتة له أو التصرف فيها.

2- أهلية الأداء الناقصة: وثبت للصغر المميز من السابعة حتى البلوغ، لأنه
يملك من جهة - أصل التمييز، لكنه يفقد - من جهة أخرى - كمال العقل
وتمام التمييز وبعد النظر ودقة التفكير في عواقب الأمور، لصغره أو لنقص
عقله.

3- أهلية الأداء الكاملة، وثبت للشخص اعتباراً من البلوغ، وتستمر معه إلى
الوفاة إلا إذا طرأ عليه عارض يفقده العقل، أو جزءاً منه.

ويتعلق بأهلية الأداء الكاملة التكليف الذي يجعل الشخص مسؤولاً تجاه
ريه عن الأوامر والعواجnah، والقيام بالواجبات، والابتعاد عن المحرمات، والالتزام
بأحكام الشرع بشكل كامل، ليجزي عن عمله إن خيراً فخير، وإن شرًا فشر(2).

أهلية الإنسان بحسب أطوار حياته:

إن الإنسان له في كل طور أهلية خاصة تخوله الصلاحية: إما لثبت
الحقوق له، أو لثبت الواجبات عليه، أو لصدور التصرفات والأفعال منه، أو
لجميع هذه الأمور.

(1) خالف الشافعية في ذلك، وقالوا: إن للأهلية حالتين، إما أن تكون معدومة في الإنسان
حتى يبلغ، وإنما أن تكون كاملة بعد البلوغ والعقل، إلا إن طرأ على البالغ أحد عوارض
الأهلية فتكون أهلية ناقصة في هذه الحالة فقط كالمتوفى والموجب عليه لسفه أو تذمر أو
غفلة.

(2) تيسير التحرير 2/253، الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص 273، أصول البيوع
الممثورة ص 24.
ويُفنِّد الإنسان بمرحلة، وإن جزءه تطور من مرحلة إلى أخرى، بحسب نمو الجسم مع مرور الزمن، وتقدم السن، ويترن النمو الجسم - غالباً - بالنمو العقلي، وبناء على هذه الحالات الجسمية وأطوار الحياة، فإن الفقهاء وضعوا أربع مراحل للإنسان، ويبينوا في كل مرحلة مقدار الاهلية ونوعيتها التي تناسب مع تطور الجسم والعقل، وفصلوا صلاحية الشخص في كل مرحلة لحماية الحقوق وصدور الأقوال والأفعال عنه.

أولاً - أهلية الجنين:

يتمتع الجنين بأهلية وجوب ناقصة، فثبت له بعض الحقوق، ولا تجب عليه الواجبات أو الالتزامات مطلقاً.

والعالمة في ثبوت الاهلية له أنه يتمتع بالصفة الإنسانية، وثبت له الحياة الخاصة، ويعتبر إنساناً منذ تكوينه ونشوئه في رحم أمه، وأنه على وشك الظهور والوجود، فثبت له أهلية الواجب التي مناطها الصفة الإنسانية.

والسبب في نقصان أهلية الواجب له أنه يحتمل الوجود والعدم، فقد يكون حملًا وقد يكون انفخادًا، ويعتبر ثبوت الحياة له وفاء الحياة إلى الولادة، ويعتبر حفاء الحياة لباولت ميتاً، لهذه الاحتمالات لم تثبت له أهلية الواجب الكاملة، ولم يتوسع الفقهاء في منحه الحقوق إلا بمقدار الضرورة والحاجة، والضرورة تقدر بقدرها ولا تتوسع فيها، كما أن الجنين في بطن أمه يُعتبر جزءًا منها فيتحرك بحركتها، يستقل معها، ولا يعتبر مستقلًا عنها، ولكن مع ذلك - على استعداد للانفصال والاستقلال عنها، ولذلك ثبت له بعض الحقوق دون الواجبات، لأن الحق يثبت مع الشبهة والاحتمال، أما الواجبات والالتزامات فيجب أن يعرف الملتزم بها، لأن التكليف بالواجب والالتزام لا يتعلق بالوهم والخيال، ولا يناسب آخر محتمل، ولا تعرفي الشهاد، لذلك ثبت له بعض الحقوق الضرورية التي تناسبه في هذه المرحلة، ولا يتوسع الشارع في منحة المزيد من الحقوق أو تكليف بعض الواجبات، لأن الواجب لا بد أن يعرف الملتزم به بدقه، وأن يكون محدداً بذاته، وأن يكون موجوداً حقيقة، والجنين لا توفر فيه هذه الصفات، ولذلك تقتصر صلاحيته على أهلية الواجب الناقصة.
والحقوق التي تثبت للجنين هي الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول، وهي:

1- النسب: يثبت نسب الجنين من أبي وأمه وهو في بطن أمه، لأن الأصل في ثبوت النسب عند الزوجة لقوله: (الولُد للفرش) (1).

2- الإرث: يثبت للجنين حق الإرث من أقربائه الذين يرث منهم، فإذا مات أحد أقارب الجنين أثناء الحمل فتوزع الثروة على الوثيقة، ويوقف للجنين حصته من الإرث مع المرأة أو الاحتياط للاحتمالات المتعددة للجنين في كونه ذكرًا أو أنثى، واحدًا أو أكثر، كما هو مفصل في كتاب الفقه وكتب الفرائض والمواريث.

3- الوصية: نصح الوصية للجنين وهو في بطن أمه، ويوقف المال الموقف أو الموروث إلى ولادته حياً.

4- الوقف: يستحق الجنين ما يوقف عليه، سواء كان الوقف خارجياً، أم ذرياً، بأن يوقف شخص المال على أولاده وأولاد أولاده من ذريته.

5- الإقرار بالحقوق بشرط أن يبين المقر سبباً صالحاً وصحيحاً للإقرار بأن يقر له بعيرات أو وصية أو بوقف أو بسبب إتلاف لماله، أما إن أقر له لقرض أو دين من معاملة فلا يقبل الإقرار، ولا يثبت الحق له (2).

وهذه الحقوق التي يستحقها الجنين لا تثبت حالةً له، وإنما تثبت معلقةً على شرط الولادة حياً، فإن ولد حياً استقرت له هذه الحقوق بشكل جامع، وثبت له بأثر رجعي من وقت الاستحقاق، وتكون الزوائد والمنافع له، لأن ولادته حياً أثبتت بشكل قطعي وجائز وجوده عند ثبوت الحق له، أما إذا ولد ميتاً فتعد الحقوق إلى أصحابها بأثر رجعي، أي أنها لا تثبت للجنين ثم تعود إلى غيره، وإنما يعتبر الجنين كان لم يكن أصلاً (3).

(1) رواه البخاري ومسلم وأحمد وأصحاب السنن عن عدد من الصحابة، الفتح الكبير (٣٠٨/٣).

(2) قرر بعض شراح القوانين في العصر الحاضر ثبوت الهيئة للجنين، بشروط معينة قياسًا على الوصية الفورية، (انظر: الأحوال الشخصية، السبعي والصابوني ص ١٠٦). (الدخل الفني العام ٢٠٢٠، المدخل، شليحي ص ٣٨٥، الأمور ونظرية العقد، موسى ص ٣١٩، مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ٩٨، مراء الوصول ص ٣٢٢ = ١٣٨)
ثانياً - أهلية الصغير غير المميز:

إذا انفصل الجنين عن أمه بالولادة حياً أصبح إنسانًا كامل الإنسانية، وله شخصية مستقرة عن أمه، ويتبع بكيان خاص بذاته، وتثبت له أهلية الواجب الكامل، فتصبح أهلًا لثبت الحقوق له، وترتب الواجبات عليه، ولكن لا تثبت له أهلية الاداء مطلقًة، لأنها تناظ بالعقل والتمييز والإدراك، وتكون أهلية الاداء محدودة لفقدان هذه الصفات، فلا يصح لصدور التصرفات والعقود عنه مطلقاً، ولا يمكنه استعمال الحقوق أو التصرف فيها، وإن ورد منه قول كالف، والإجارة، أو فعل كالتسليم أو الاستلام أو القبض، فإنه باطل، ولا يعتبر شرعاً، ويقوم بالنبيبة عنه في حفظ أمواله والتصرف بها واستغلالها وشراء ما يلزمها، وفي مباشرة العقود والتصرفات، يقوم عنه ويه أو وصبه - كما سنرى في الولاية والنيابة.

وتعد هذه المرحلة من الولادة إلى سن التمييز التي قدرها العلماء بسبع سنوات، وبعد هذه السن تبدأ أهلية الاداء في الظهور والوجود، أهلية الواجب الكامل فتستقر معه حتى الوفاة، لأن مناطقها الصفة الإنسانية، وهي ملازمة له ما دام على قيد الحياة.

أما التكاليف الشرعية من عبادات وعقيدة وأخلاق وعقوبات مدنية وغيرها فلا يكلف بها الصغير؛ لأنها تجب على المكلف وهو البالغ العاقل، وتتوقف على القدرة الجسدية للأداء، وكل ذلك مفقود عند الصغير.

ويتعلق بأهلية الواجب الكاملة للصغير غير المميز ما يلي:

أ- ثبوت جميع الحقوق له، فيملك ما يشترى له وليه، أو يُوبه له، كما يقوم عنه وله أو وصبه بإنشاء جميع العقود التي تعود عليه بالتفرغ غالبًا كالمبيع والقرض والرهن والصلح والإجارة والصناعة، وتثبت له جميع الحقوق.

التلخيص على التوضيح 156/3، تيسير التحرير 250/2.

(1) التلخيص على التوضيح 156/3، تيسير التحرير 250/2، الأموان ونظرية العقد، موسى ص 371، الملكية ونظرية العقد، أبو زهرا ص 268، المدخل، شكري ص 385، المدخل الفقيهي العام 254/2.
الناشئة عنها، ويلزم - بذاته - بجميع الواجبات المرتبة عليها، لكن يقوم عنه الولي أو الوصي بالأداء والتنفيذ.

ب - يتعلق بأهلية الواجب الكامل للصغير غير المميز بعض الواجبات التي تناسب منه، وهي في معظمها واجبات مالية تتعلق بماله وذمته، لأن الذمة تتعلق بأهلية الواجب الكاملة، ويصبح الصغير ذا دم مالية تستقر فيها الواجبات، وتعلق بها الالتزامات التي يمكن الأداء عنه بها.

وأهم هذه الواجبات المالية هي:

١ - النفقة الواجبة لأفاره الفقراء كالبائكة والأخوة، لأن هذه النفقة تعتمد على الغني، وتهدف إلى صلة الربع، وتعتبر أواصر المحبة والتعاون والتضامن بين أفراد الأسرة، ويستوي فيها الكبير والصغير، والنفقة الفقير على قربه الغني مما أولته الشرعية الغراء الأهمية والتأكيد، لتثمين التكافل بين أفراد الأسرة، وصيانتها عن التفكك والانحلال والضعف، ومنع تسرع العداوة والبغضاء والحقد والحسد والتنافس فيما بين الأفراد، والأنهرة عمادة المجتمع والامة.

٢ - ضمان المتطلبات التي يتسبب بها الصغير غير المميز بالجناية على النفس والمال كإسلاف مال غيره، والاعتداء على النفس أو ما دونه، فيجب عليه الضمان والدية أو الأرش أو حكومة العدل، كما سبق في نظام العقوبات.

ويميز الفقهاء بين الأفعال التي يباشرها الصغير بنفسه ويجري فيها على حق أو نفس، وبين الأفعال المدنية التي تكون ب(strtolower من غيره كتسليم البيع أو القدر أو الوديعة التي يسلمها البائع أو المربك أو الموجب للطفل، فيعتبر هذا التسلم باطلًا، وإذا تلف المال بيده بتدوين تقصير فلا يضر، لأن التقصير على المال الذي قصر في حق نفسه، وسلط الصغير على ماله فيكون مسؤولاً عن فعله وتقصيره.

كما يفرق الفقهاء بين وجب الالتزام على الصغير وعدم وجود العقوبة البديئة عليها؛ لأن الصغير ليس أهلاً للتكليف والعقوبة البديئة؛ لأنها تعتمد على البلوغ والعقل، أما الالتزام فإنه يتطلب على الفعل الباطل دون نظر إلى الفاعل، ودون توقف على العقل أو البلوغ أو التميز، وإنما يعتمد الالتزام على كمال
أهلية الواجب، وتتوفر الذمة التي تثبت بها الواجبات والديون، وهذه الأهلية كاملة في الصغير غير المميز.

3- العوامل المالية في المعاملات المالية التي يقوم بها الولي أو الوصي في أموال الصغير عن طريق المعوضات، فكل ما ينشأ عن هذه التصرفات تثبت في ذمة الصغير وتدفع من ماله، كم ما يشترى له وأجرة ما يستأجر له ويدل الصلاح ومهر نكاحه ونفقة زوجته، وغيره مما أجاز الشارع للولي أو الوصي أن يقوم به، وكذا يلتزم الصغير غير المميز بجميع الأموال التي تتفق على أملاكه.

4- المؤونة المالية التي تثبت على أموال الصغير، كالعشر على الزرع، والخرج على الأرض، ومثل الضرائب المفروضة على أموال فتى في ذمه، ويجب عليه أداؤها، ويلتزم بها، ويقوم الولي أو الوصي بالنيابة عنه بدفعها وأدائها، لأن هذه الفرائض والضرائب تتعلق بالمال، وتجب مؤونة لحفظ المال وبقائه وصيانته، ويعتمد عليها بيت المال أو خزينة الدولة بين الموارد التي ترصد لأعمال الدولة والمؤسسات والمشاريع.

وختلف الأئمة في صفة بعض الواجبات المالية التي تتضمن ناحية العبادة والناحية المالية، هل تعتبر تكاليف شرعية ولا تجب على الصغير؟ أم تعتبر مؤونة مالية وتجب على الصغير؟

مثلًا اختلفوا في طبيعة الزكاة، فقال الحنفية: إنها عبادة مالية فلا تجب على الصغير، وقال الأئمة الثلاثة: إنها مؤونة مالية فتجب في مال الصغير، ويخرجها عنه الوالي أو الوصي، ومثل زكاة الفطر، فقال محمد ووزير: إنها عبادة ولا تجب على الصغير، وقال الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف والأئمة الثلاثة: إنها مؤونة مالية، وتخرج من مال الصغير.

(1) مسألة الوصول ص 423، التوضيح على التواريخ 157/3، 158، الإحكام في أصول الأحكام، الامام 1/1، تيسير التحرير 251/2، المدخل الفقهي العام 2/458، الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة ص 268 وما بعدها، الأموال، موسى ص 320، والمراجع السابقة، صفحة 139 هامش 1، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي ص 124.
ثالثاً- أهلية المميز:

الصغير المميز هو الذي يبلغ سنًا تمكنه من التمييز بين معاني ألفاظ العقود في الجملة، ويعرف المراد منه عرفاً، ويدرك أسلس التعامل العامة، وحدد العلماء هذه السن بأنها بين السابعة والبلوغ.

والصغير المميز يتمتع بجميع الحقوق والالتزامات السابقة التي تثبت للصغير غير المميز، ولكن نظراً لظهور علامات التمييز والعقل عنه، فإنه يزيد على الصغير غير المميز بتوفر أهلية الأداء الناقصة عند جهود الفقهاء، فتكون بعض تصرفاته معتبرة شرعاً، ليتعود عليها، ويتزامن على شؤون الحياة، ومارسه البيع والشراء، وسائر التصرفات، وتكون أهلية الأداء ناقصة لقلة خبرته وتجربته وضعف إدراكه لأبعاد التصرفات في المستقبل، خلافاً للشاهد الذين يسوون بين أهلية غير المميز وأهلية المميز، ويجعلون أهلية الصغير واحدة، وأن حاجته للتمرين وممارسة الأعمال لا تقتضي أن تعتبر لتصرفاته، وإنما يتمرين بها، وعند العقد يقوم الولي أو الوصي بالعقد.

وللأصل في التمييز إدراك المعاني، ومعرفة النافع من الضار، والمصلحة من المفسدة، وهذه الصفات لا ترتبط بسن معينة، وتختلف من شخص إلى آخر، فأنما الشارع الحكم بين معينة حتى لا تضطرب الأحكام، أو تناثر بأمور خفية أو متغيرة، وحددوا سن التمييز في السنة السابعة من العمر.

وتتعد تصرفات بالنسبة للصغير المميز عند الجمهور إلى ثلاثة أقسام:  

1- تصرفات صحيحة ونافذة: وهي التصرفات النافعة له نفعاً محضاً في حقيقتها ووجودها، مثل قبول الهبة والوصية والكافلة بالدين.

فمثلي صدرت من الصغير المميز هذه الأفعال كانت صحيحة ونافذة، ولا تحتاج إلى إجازة الولي أو الوصي.

2- تصرفات باطلة: وهي التصرفات الضارة بالصغير المميز ضراً محضاً، مثل التبرع بالمال والهبة والوقف والقرض وكفالة للدين أو بالنفس والطلاق.

فهذه التصرفات لا تنعقد أصلاً، وتضع باطلة، ولا يوقف ببطلانها
على رأى الوالي أو الوصي، ولا تقبل الإجازة من الولي أو الوصي، كما لا تقبل الإجازة من الصغير المميز بعد البلوغ، لأن الباطل لا يقبل الإجازة، كما سبق في نظرية البطلان.

واختلف العلماء في وصية المميز، لأنها من حيث الظاهرة إعطاء للعمال من غير عوض، فهنا تعبر، لكنه متعلق على الموت أو مضاف إلى ما بعد الموت، فقال الحنفية والراجح عند الشافعية: إنها باطلة صيانة لحق الورثة، وقال الشافعي في قول ومالك بجواز الوصية من الصغير المميز، لأنها توزع في وجه البر، وتشجع على الإتفاق والتصدقات في سبيل الله، وأنها لا تضر المميز، لأنها تنهب بعد وفاته، وقد روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أجاز وصية صغير يافع (1).

3 - تصرفات مؤكدة: وهي التصرفات المحتملة للنزاع والاستمرار، بأن تحتمل الربح والخسائر، كالبيع والإجازة والزواج والمزارة والشركات وغيرها.

فهذه التصرفات معقدة وصحيحة، ولكنها مؤكدة على إجازة الولي الذي يتأكد منها، فإن واجبها نافعة ومحقة للربح إجازها وأقرها فتنتذ، وإن وجدتها ضارة وتؤدي إلى الخسائر أبطلها وصارت كان لم تكن، ولا يصح إجازتها من المميز بعد البلوغ.

والمعتبر في هذا القسم هو طبيعة العقد وموضوعه الأصلي، وأن الإجازة تكون ممن يملك إنشاء العقد وإنفاذه إبداء، سواء كانت من الولي أو الوصي أثناء الصغير، أو من الصغير بعد البلوغ.

وتحكيم الحكمة من تقسيم التصرفات بالنسبة للمميز بهذا الشكل أن الصغير في

(1) المدخل الفقهي العام ٢١٦٦، ويرى الأستاذ القرقا أن وصية المميز عند الحنفية يجب أن تكون مؤكدة على إجازة الورثة، لحماية حقهم، بينما تصريح كتب الحنفية بالبطلان.

وانظر: الأمور والنظرية العقد، موسى ص ٢٢٢، الولاية على النفس والمال، للشيخ أحمد هردي ص ٧، الملكية والنظرية العقد، أبو زهرة ص ٢٧٢، ٢٨٩، المدخل، شلبي ص ٢٤٥، منحصر أحكام المعاملات الشرعية ص ٩٩، التلخيص والتوضيح ١٢١/٣، تيسير التحرير ٢٥٦/٢.
مرحلة التمييز تبدأ عند برامج الوعي والعقل والإدراك، ويستطيع أن يميز بين التكافع والضار. ولكن هذا التمييز غير كاف ولا كام، كما أنه بحاجة للتمرين وممارسة الأعمال والتعود على شؤون الكبار ليستقيل حياته ومسؤوليته عند البلوغ استقبالًا حسنًا، مزودًا بالخبرة والتجربة والاستعداد لتحمل تبعات الحياة ومسؤولية التصرفات وتكييف الأحكام الشرعية، فما كان من التصرفات نافعة فهو صحيح ونافذ، وما كان ضارًا فهو باطل، وما كان محتملاً توافق على إجازة الولي للتأكد من صلاحه ونفعه وفائدة.

وأحكام الصغر المميز في التصرفات السابقة قال بها الحنفية بإطلاق، سواء فيما أذن له الولي أو الوصي، أو فيما لم يذن له به، ووافقهم عليه المالكية، أما الحنابلة فقد أبدوا تصرفات المميز، ولكنهم قبوا صحة التصرفات في الحدود التي أذن بها الولي أو الوصي للصغير.

أما الشافعية فاعتبروا جميع تصرفات الصغير باطلة وغير منعقدة، سواء أكان مميزًا أم غير مميز، سواء أذن له الولي أو الوصي بالتصرف أو لم يذن له، لأن عبارة الصغير غير معتربة، وقرون بين صحة التصرفات المالية وبين صحة التكييف الشرعية، وأن صحة التصرفات والتكييف تتوقف على البلوغ والعقل، وبناء على ما يشيعها فإن أهلية الأداء النافقة لا تثبت للصغير المميز، وإنما يلحق بالصغير غير المميز، وتكون أهلية الأداء عندهما معدومة، لقوله: وفِعَّ القلم عن ثلاث: عن النائم، حتى يسبقه، وعن الصبي حتى يُحلِّم، وعن المجنون حتى يُقيِّب.

(1) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، شبه ص 387 وما بعدها، والمراجع السابقة.

ويرى الحنفية صحة الإمام والكبر والصلاة والصيام من الصغير المميز، ولكن لا يلزمه الأداء، انظر: مراة الوصول ص 329، فوائد الرحموت 153/1، 156، تيسير التحري 248/2، 251، التأليف على التوضيح 121، 158، وتقرر الإحكام في أصول الأحكام، الأندی 139/1، إرشاد المحول ص 11، المسودة ص 35.

(2) رواه الترمذي وابن ماجه والحاكم عن علي رضي الله عنه، (الفتح الكبير 135/2).
رابعاً - أهلية البالغ العاقل:

يتمتع البالغ في هذه المرحلة بأهلية الوجب الكاملة، كما كان سابقاً، ويزيد
على ذلك أنه يتمتع بأهلية الأداء الكاملة، فتكون جميع تصرفاته معترنة في نظر
الشارع، فتثبت له جميع الحقوق، ويلزم نفسه، أو يلزم شرعاً، بجميع
الواجبات المالية والتكاليف الشرعية، وتعتبر جميع تصرفاته نافذة، وترفع عنه
الولاية أو الوصاية، ويصبح الشخص حراً في نفسه، طبقاً في أموائه، أهلاً
للمعامل والتصرف والانتفاع والاستغلال.

والأصل في البلوغ نضوج الجسم وصعود الحواس والغريزة وظهور
علامات الرجولة أو الأنوثة، بأن يضل كل من الفتى والفتاة إلى الحد الذي
يصلحان فيه للنناس، ويقترب مع البلوغ في الغالب العقل وتتوفر ملكة التفكير
والرأي والتمييز والإدراك والوعي.

علامات البلوغ الطبيعية بالنسبة للغلام هي الإيذال أو الإزالة بالاحتلام
أو غيره، وبالنسبة للفتاة الحبل أو الحيض أو الإحساس بالشهوة، وأقل مدة تظهر
فيها هذه العلامات في الغالب هي اثنتين عشرة سنة للغلام، وتسعة سنين بالنسبة
للفتاة، وتسمى هذه المرحلة بالمرأة.

والملة على تحقيق البلوغ بالعلامات الطبيعية واقتمال أهلية الأداء وتتوفر
شرط التكليف بالشخص كثرة، منها قوله تعالى: "وإذا بلغوا الأطفال منكم
الحبل فليسوا أطفالاً كما استأذنوا من قبله" (سورة النور الآية: 59)، فعلق
وجوب الاستذان المكلف به الكبار على بلوغ الأطفال الحبل، بينما بين القرآن
الكريم حكم الاستذان للأطفال بأنه يختلف عن استذان الكبار، وأنه يقتصر
على ثلاث مرات في اليوم، وجعل الحد الفاصل بين الحكمين هو بلوغ الحبل،
فقد قال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا ليستأذنوا الذين ملكوت أيمنكم والذين لم
يبلغوا الحبل منهم ثلاث مرات" (سورة النور الآية: 58)، وقال رسول الله ﷺ:
"فرفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يَسبِيق، وعن الصبي حتى يَحْلم، وعن
المجنون حتى يَعْقل" (1)، فالحديث بين أن الصغير لا يكلف، ولا يعتبر كامل

(1) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة والحاكم، (الفتح الكبير 135/2).
الأهلية إلا بعد الاحلام، وهذا عنده اليافဖه، ويقابله الحيض عند الفتاة
لقوله: "لا يقبل الله صلائحة حائض إلا بحمار"، أي لا يقبل صلى المرأة
البالغة التي وصلت إلى سن الحيض إلا بستر الشعر، فعلي الحكم على بلوغ
سن الحيض، واستعمل اللفظ المشتق وهو اسم الفاعل، وتعليق الحكم
بالمشتق يذكرون بعتة الحكم.

إذا تأخر النضج الجسمي ولم تظهر علامات البلوغ الطبيعية بالاحلام أو
الحيض فيقدر البلوغ بالسن.

ولكن الأئمة اختلافوا في التقدير بالسن، فذهب الجمهور، وهم الشافعية
والحنابلة والمالكية والصحابي من الفقهاء والمتاؤرون في المذهب الحنفي،
وهو الملتئم به عندهم، ذهبوا إلى أن سن البلوغ هي خمس عشرة سنة للصبي
والفتاة، بينما قدره الإمام أبو حنيفة تسع عشرة سنة للأثني وثمانية عشرة سنة
للصبي، وسوى ابن حزم السن بين الرجل والمرأة، وأنه تمام الثمانينية عشرة
سنة.(1)

والبلوغ بالعلامات أو السن ليس مقصوداً لنذاته، وإنما وضع علامة على
وجود العقل، وتتوفر الإدراك والتمييز والوعي؛ لأن الغالب أن يقترن البلوغ
بالعقل، فإن تحقق البلوغ وتفتخر الأصل لأن يبلغ الشخص جسمياً مع فقده
العقل فلا تثبت له أهلية الأداء الكاملة، ولا يكلف بالأحكام الشرعية، كالمجنون
البالغ.

ويشترط لثبت أهلية الأداء الكاملة للبالغ أن يبلغ رشداً، فإن فقد الرشد
المشروط بأن يبلغ غير رشيد، لأن تظهر عليه أعراض النقص، وسوء التصرف
بالأموال أو التبذير فيها، ووضعها في غير موضعها، وإنفاقها بالطرق التي لا يقراها
العقل والشرع، فلا يعتبر رشداً، وتبقى أهلية الأداء ناقصة، ولا تسلم له أمواله،

(1) رواه أبو داود والحاكم عن عائشة رضي الله عنها، (الفتح الكبير 3/367).
(2) الإحكام، ابن حزم 5/487، مباحث الحكم ص 262، بالمدخل، شيلي ص 388،
الأموال، موسى ص 32، الولاية على النفس والمال ص 20، بالمدخل الفقهيم
الأعام 2/777.

146
لقوله تعالى: "وابتلوا التماسك، حتى إذا بلغوا النكاح، فإن أنتم منهم رُشدًا فادعو إلى أمولكم" (سورة النساء) الآية: 6، وقال تعالى: "ولا تؤذوا السفهاء أمولكم التي جعل الله لكم قيامًا" (سورة النساء) الآية: 5.

عوارض الأهلية:

تثبت أهلية الوجوب كاملاً للإنسان بالولادة، وتلازمه طول حياته، وتظل موجودة ومستمرة في جميع الأحوال، ولا تتعرض للعوارض أو التقصير أو الهدم إلا بالموت وانتهاء الحياة.

وتتحصر عوارض الأهلية في أهلية الأداء، لأن أهلية الأداء تنطوي في الأصل بالعقل وال تميز، وأقيم البلوغ للدالالة على العقل، ودلالة البلوغ على العقل والتميز ليست قطعية، وإنما تفيد غلبة الظن، لإمكان تحقيق البلوغ وتخفيف العقل والإدرار والتميز.

فإن ثبت بدء أقوى أن العقل تأخر عن البلوغ، وأن التميز مفقود، فإن الشريعة ترجح الجانب الأقوى، وتتحب أهلية الأداء الكاملة عن الشخص الذي بلغ سفينهاً أو ضعيف الرأي والفهم والقدرة، أو بلغ مجنوناً، أو بلغ عاقلًا ثم جهن.

كما أنه لا تلازم بين البلوغ والعقل، فقد ينفصلان لسبب من الأسباب التي تعرّض حياة الإنسان فتفقد العقل كله أو بعضه، كالجنون والعمى، وقد تفقد العقل مؤقتاً كالجنون المنتقل، وقد توقف الملكات العقلية لفترة بسبب طبيعي، دون أن يؤثر على العقل، ولكن ترش فعلية، ويتوقف عن العمل بسبب النوم أو السكر أو الإغماء.

وهذه الحالات التي تعرّض حياة الإنسان، وتؤثر في عقله وتمييزه، تصيب أهلية الأداء وتأثر عليها بالنقصان أو الفقدان، وهذه الأسباب والطوارئ تسمى عوارض الأهلية.

وقد تتوسع علماء الأصول في عوارض الأهلية، وذكروا بعض الحالات التي لا تؤثر حقيقة في أهلية الأداء كالحيض والنفس والسفر، أو تكون سابقة لأهلية الأداء، بالصغر، فإنها موجودة قبل وجود أهلية الأداء، ولا يصح تسميته 147
العربية، وكالموت الذي يهدم الشخصية نهائيًا، ويزل الكيان البشري من الوجود(1)، وتكتفي هنا بدراسة العوارض التي تطأ على أهلية الأداء بعد وجودها، وأهم هذه العوارض:

1 - الجنون
2 - الغفلة
3 - الركاب
4 - النوم
5 - العتاء
6 - السفه
7 - الأغام
8 - الذین
9 - مرض الموت.

أنواع عوارض الأهلية:

وهذه العوارض تصنف إلى قسمين، وذلك إما أن تكون سماوية، بأن تصب الإنسان من الله سبحانه وتعالى ولا كسب للإنسان فيها، ولا اختيار له في وقوعها، وأهمها الجنون والعتاء والنسان والنوم والإغام، وإما أن تكون العوارض كسبية، تقع بفعل الإنسان وكسبه واختياره، وأهمها السكر والسفه والإكراه(2).

كما أن العوارض تنقسم بحسب تأثيرها على الأهلية إلى ثلاثة أقسام، وهي:

1 - العوارض التي تعرّض لأهلية الأداء تزيلها أصلًا، كالجنون والنوم والإغام والإكراه، ويصبح الشخص في هذه الحالات عديم الأهلية تمامًا، ولا يترتب على تصرفاته أثر شرعي، وتتعد عنده التكاليف، ويصبح الشخص كالصغير غير المميز، ويأخذ أحكامه.
2 - العوارض التي تنقص أهلية الأداء، ولا تزيلها نهائيًا، كالعتاء، فإذا أصاب البالغ العاقل عنه فلا تزول أهلية الأداء بل تنقص، وتضح منه التصرفات النافعة دون غيرها، ويصبح حكمه كالصبي المميز، ومثله السفه عند الجمهور.

(1) كشف الأسرار 1382/2، مراه الوصول 283، 438، 340، 357، النزوح على التوضيح 3/2، تسير التحریر 2/258، 380، المدخل، شليبي ص 392، الأموال، موسى ص 372، أصول الفقه الإسلامي، للمؤلف ص 442، الوسط في أصول الفقه الإسلامي، الدكتور وجهة الزهیلي ص 196.
(2) مراه الوصول 232، تسير التحریر 2/258.

148
جـ: العوارض التي لا تزيل أهلية الأداء نهائيًا، ولكنها تؤثر على بعض التصرفات، وتغير بعض الأحكام لمصلحة الشخص أو لمصلحة غيره، أو لمصلحة المجتمع عامة، كالفعلة والدين ومراعاة الموت والسفر والسكن عند بعض العلماء، فإذا أصاب المكلف سمه أو غفالة أو دين ولا يؤثر ذلك على أهليته، فلا تزول ولا تنقص، ولكن تغير بعض الأحكام الناشئة عن تصرفات، كالحجز على التصرفات المالية بالمعارضة والتبرع، للمحافظة على ماله حتى لا يبقى عالة على غيره، أو للمحافظة على حقوق الدائنين أو الورثة الذين يتعرضون تصرفه(1).

ونذكر هذه العوارض بشيء من التفصيل، فتعرف كلاً منها، ونبين أثرها في زوال أهلية الأداء أو نقصانها، وما يقابلها من التأثير على التصرفات التي يقوم بها الشخص.

أهم عوارض الأهلية:

١ - الجنون:

وهو اختلال يصيب عقل الإنسان، ويفقد معه الإدراك والتمييز بين الأمور الحسنة والأمور القبيحة، يؤثر الجنون على أهلية الأداء ويبطلها، فتزول أهلية الأداء وتصبح معدومة، ويصبح المجنون كالصغير غير المميز في أحكامه وصرفاته وأهليته، بحيث تبقى له أهلية الوجب الكاملة ويؤخذ بضمان أقواله في إتلاف الأموال، أما أهلية الأداء فتكون معدومة.

والمعول عليه في معرفة الجنون هو خبرة المختصين في الأمراض العقلية، وما يبدو على الشخص من شواهد الحال، أو يظهر من اختلال واضطراب في أعماله وتصرفاته وشؤونه عامة.

والجنون فون وأنواع، وأهمها بالنسبة للأهلية نواع: جنون مُطَّق أي مستمر، وجنون غير مُطَّق أي مُتَقُطَّع، وفي حالة الجنون المتقطع يكون الشخص

(1) الأموال ونظرية العقد، موسى ص 326، وانظر: أصول الفقه الإسلامي، للمؤلف ص 423، مختصر أحكام المعاملات الشرعية، الخفيف ص 102.

149
فأيًا لأهلية الأداء حالة الجنون، فلا يصح منه التصرفات، أما في حالة الإفاقة فتكون أهليته كاملة، وتكون تصرفاته معتبرة صحيحة، ما دام عقله سليماً

(1)

2 - العضلة:

وهو آفة تصيب العقل، وتؤثر فيه قليلاً، وتصفه بالخلل والاضطراب، وتحمل الشخص كالمجنون في بعض الحالات والتصرفات، بينما يتصرف بالعقل والإدراك والتميز في حالات أو تصرفات أخرى.

والفرق بين العته والجنون أن العته آفة تصيب بعض العقل، وتضعف فيه الوعي والإدراك، أما الجنون فهو اختلال في العقل يؤدي إلى الاضطراب وفقدان الوعي والإدراك.

وبما أن العته لا زيل العقل بالكلية، لذلك كانت أهلية الأداء عند المعتوه ناقصة كالصغر المميز، وتطبق عليه أحكام الصغير المميز حالاته التي مرت سابقاً

3 - السكر:

وهو حالة تسبب الإنسان من تناول المسكرات التي تصدر الأذى إلى الدماغ فتعطل العقل عن العمل والإدراك والتميز بين الحسن والقبيح إلى وقت محدد.

والإصل أن يكون السكر سلبياً لأهلية الأداء لتعطل العقل أو زواله به، ولكن الفقهاء نظروا إلى السكر من ناحية أخرى، وهي حرمة تناول المسكرات قطعاً، وأن الشخص الذي يتناول المسكرات بإرادته واختياره، ويبع من الخمر

(1) المدخل، شبي ص 393، الأموال، موسيص 326، الولاية على النفس والمال
اهردي ص 326، المدخل الفقهي العام 3 ص 79/2، مرأة الأسرار 2/1383، شرح التحرير 2/259، المسودة ص 37
(2) المراجع السابقة، مرأة الوصول ص 329، التلويح والتفصيل 3/166، كشف الأسرار 2/2194، نسبي التحرير 2/263

100
عن طواعية واختيار، يعمل على اهانه المحرمات ومخالفة الشرع، ولذلك
اختلاف العلماء في أهلية السكان على قولين:

قرر بعض الفقهاء أن السكر يزيل أهلية الأداء نهائيًا، ويصبح السكراكالصغير غير المميز، فلا تعتبر أفعاله ولا أفعاله ولا جميع تصرفاته، ولا يعتبر
مكملًا بالتكليف الشرعية أثناء السكر، سواء أكان السكر بسبب مباح كالإكراه
والاضطرار، أو تناول بعض الأدوية، أم كان بسبب محظور كشرب الخمر
طراعية، فالأهلية معدومة مع ثبوت الإثم والعقاب للشارب على شربه وعلى
تضييع التكليف الشرعية.

وذهب جموع الفقهاء إلى التمييز بين السكان بسبب مباح في فقد الأهلية،
ولا تعتبر عبارته وأفعاله، وتسقط عنه التكليف، ولا يتمثل إثماً ولا عقاباً، وبين
السكراك بسبب محظور، فإنه يعاقب على الشرب، ويئثم في الآخرة، وتعتبر
تصرفاته الضارة، فتنفذ عليه ويتحمل آثارها، كالبيع بغير فاحش، والطلاق ...
رُجِّح له، وعاقبًا مدنيًا بالإضافة إلى العقاب الجزائي بسبب إخلاله بعقله(1).

4. النوم

وهو فتور طبيعي يعترفي الإنسان فيه طل العقل والحواس عن العمل
والإدراك، ولكنه لا يزول به، ومع ذلك فإن النائم يفقد أهلية الأداء نهائيًا أثناء
النوم، فلا تعتبر أفعاله وتصرفاته، ولا يؤخذ به(2)، أما التكليف الشرعية فإن
أداءه يتأخر إلى وقت الانتهاء، لقوله: «من نام عن صلاة أو نسيها فليصل بها
إذا ذكرها»(3).

(1) مسألة الوصول ص ٣٤٩، التلميح والتوضيح ٣/ ٢٠٤، الإحكام ١٣٩/١، تسير
التحرير ٢/٨٧، الأعمال ونظرية العقد، موسى ص ٣٧٧، المدخل، شهابي ص ٢٩٤.
(2) المدخل، شهابي ص ٣٩٣، مسألة الوصول ص ٣٣٠، تسير التحرير ٢/٢٤٤، كشف
الأسرار ٢/١٣٩٨.
(3) رواه أحمد وأصحاب السنن والحاكم عن أبي سعيد الخدري بلفظ: من نام عن
وتره . . .، (الفتح الكبير ٣/٢٤١).
5 - الإغـماء:

وهو مرض في القلب أو الدماغ، يعطل القوى المحركة للإنسان، أو القوى المدركة، ولا يزال العقل.

ويتم خلال النوم في أثر الجسم، ولكنهما يختلفان بأن النوم عرض

فظري غريزي عادي، والثاني عضب غير عادي.

ويتفق في الحكم، تكون تصرفات الجسم عليه ملزمة كالإثم، ولا ينتج عنها أثر، وتنبغي أهلية الأداء نهائياً، أما أهلية الوجوب فتبقي كاملة فثبت له كل الحقوق، ويplusplus بعض الواجبات، ويتحمل أثر التصرفات العالية التي تصدر عنه في الضمان، كالصغر غير المميز(1).

6 - السفسة:

خفة تجري الإنسان فتتبعه على العقل بخلاف موجب العقل في الإدارة وحسن التقدير، وموضوع السفه تقديري وغير منضبط، ويعتبر على إساءة استعمال الحق، والإنفاق في غير موضعه، ويتبع عن السفه عدم الاستناد في التصرفات المالية، فيفق أمواله في غير الطريق الشرعي.

والسفه لا يؤثر في الأهلية، ونظراً لما يترتب على تصرفاته من أضرار تلقحه أو تلقح بيته، اعتبروا حالته عارضاً للأهلية، ثم اختلف الأئمة في الإجراء المناسب له على قولين:

القول الأول: الحجر على تصرفاته، فلا يدفع إليه ماله، ويمنع من التصرفات القولية، وهذا قول الجمهور بالحجر على السفه، سواء كان صغيرةً ثم بلغ سفهاء، أم كان بالغاً راشداً أصابه السفه، لقوله تعالى: {وَلا تُؤْتِوا السَّفِئاء أَمْوَالَكُمْ الَّذِي جَعَلَ الله لَكُم قِيَامًا وَأَرْزُقُوهُم فِيهَا} (سورة النساء) الآية: 5. وقوله تعالى: {فَإِنَّ الَّذِي عَلَى الْحَقِّ سَفِيَّاً أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يُسْتَطِيعُ أَنْ يُمُلِّهُ وَلِيَ بَالْعَدْلِ} (سورة البقرة) الآية: 282، فالسفه لا يسلم له ماله،

(1) المدخل، شليبي ص 392، مرآة الوصول ص 321، تيسير التحرير ص 276/2، كشف الأسرار 2/1400.
ويكون له ولي ينوب عنه في التصرف، وقد وردت مشروعية الحجر عن عدد من الصحبة لمصلحة السفهاء، والحفاظ على أموالهم من الضياع والتبدير.

القول الثاني: عدم الحجر على البالغ إلا إذا صاحب السفهاء البلوغ، وبلغ الصغير سفهًا فيستمر الحجر عليه إلى سن الخامسة والعشرين، ولا يحجر عليه بعد ذلك، كما لا يحجر على من بلغ رشيدًا ثم طرأ عليه السفه، وهو قول الإمام أبي حنيفة، ونحوه الحنفي، بل حدد الإمام أبو حنيفة الحجر على من بلغ سفهًا، ونقل عنه روايتان، الأولى: بمثابة من العقود والتصورات بالحجر عليه وعدم تسليمه أمواله، والثانية: لا يحجر عليه في العقود والتصورات وإنما يمنع عنه ماله ولا يدفع إليه واستدل على عدم جواز الحجر على البالغ بعوم أيات القرآن الكريم التي تخاطب البالغين بالوقاية بالعقود وذفع الالتزامات، كقوله تعالى: "فأيها الذين آمنوا أؤتوا بالعقود" (سورة العائلة) الآية: 1، وقوله تعالى: "وأوقفوا بالعهد وإن العهد كان مسؤولاً" (سورة الإسراء) الآية: 34، كما ورد أن أحد الصحباء كان يغيب في بيعه ولا يدرك وجه المصلحة فعلمه الرسول ﷺ الخياصر وقال له: "إذا بعت فقل لا خلافة، ولي الخيار ثلاثة أيام"، ولم يحجر عليه. وأيضاً حذر العاقل سواء كان سفهاء أم غيره قد بلغ حد الإنسانانية الكاملة، ويعتبر أن يكون جدًا، ولو حنيف، في الخامسة والعشرين، فتأتي الكرامة الإنسانية أن نحجر عليه بسبب أمر مالي، مع أننا لا نحجر عليه في عقد الزواج، ودفع المهر وإيقاع الطلاق والعناق، وهي أهم من الأمور المالية".

7- الغفالة:

وهي من صور ضعف بعض الملكات النفسية التي لا تخل بالعقل، ولكنها تؤثر في سلامة التقدير وحسن الرأي بإدراك المصلحة في التصرفات الرابحة.

(1) رواة الحاكم في المستدرك، وإمام مالك وإمام أحمد وبخارى ومسلم وأصحاب السنن عن ابن ابى عمرو، (الفتح الكبير) 9/1.

(2) المدخلي، شابي ص 492، الولاية على النفس والمال ص 13، الملكية، أبو زهرة ص 77 و ما بعدها، مراة الوصول ص 355، التلخيص على التوضيح 3/217، تيسير التحرير 2/300، كشف الأسرار 2/1489/1.
فغبن في المعاوضات لسهولة خداعه، وقلة خبرته في المعاملات، وعدم معرفته بالنافع والضرار، فليحص به الغبن في التصرفات.

وهذه الغفلة تشكل في صحة العقل والتمييز التي تقوم عليها أهلية الأداء، وتعترض كمال أهلية الأداء، لذلك ذهب جمهور الفقهاء، وهم مالك والشافعي وأحمد والصحابان من الحنيفة إلى الحجر على المغل بالفسية، ومنع الإمام أبو حنيفة الحجر عليه(1).

8- الودع:

وهو ما يثبت في دعوة الإنسان من أموال الناس، والذين أو المديينة أمر مشروع ولا غبار عليه، ويجوز شرعاً في المعاوضات المالية، أو عن طريق الفرض والاستدانة، ولكن إذا صار الدين أكثر مما يملك المدين فهذا إشعار بفسحه وخسارته وسوء تصرفه في الظاهر، ومع أن الدين لا يؤثر في أهلية، ولكن المشرع يدخل في حماية أصحاب الدين والحقوق، فيحدد من تصرفات المدين بالحجر عليه عند جمهور الفقهاء، خلافاً للإمام أبي حنيفة الذي منع الحجر على المدين، وأقر للدائن أن يلازم المدين، وأن يطلب من القاضي حبشه حتى يؤدي الدين.

وبينضر أثر الحجر على المدين بمنعه من التصرفات التي تضر بدائته، وكانتبرع والهبات والمعاوضات المشتركة على محاولة أو غبن فاحش، كما أن الحجر عليه يعطي القاضي الحق في بيع أمواله جبراً عنه لسداد ديون الغراماء(2).

9- مرض الموت:

هو الداء الذي يعجز صاحبه عن القيام بمساحته العادية، ويغلب فيه الهلاك، ويلازم حتى الموت، ولا يزيد مدة عن سنة. والمرض بشكل عام لا يؤثر في الأهلية، ما دام العقل سليماً، والتفكير صحيحًا، ولكن إذا تفاقم المرض، وغلب فيه الهلاك، واتصل فعلًا بالموت، فهذا يدل على أن المريض يحس قبل غيره بهذا الخطر، ويحمل أن يتصرف في أمواله على غير الطريق الشرعي.

(1) الولادة على النفس والمال ص 18، الأموال، موسى ص 336.
(2) المراجع السابقة.
فقال بعض الفقهاء بالحجر عليه في بعض التصرفات، للحفاظ على
حقوق غيره من الورثة والغرفاء، وقالوا: إن حق الورثة والدائنين يتعلق بأموال
المريض مرض الموت، بعد أن كانت الديون والحقوق تتعلق بهم، فلما مرض
وأشرف على الموت ضعفت ذمه، وأصبحت عاجزة على تحمل الديون أو تعلق
الدينون بها، وانتقلت إلى ماله، ويحرم على تصرفاته، فتكون محتملة للفسخ
والنقض بعد الموت، و يؤذن له في بعض التصرفات التي يحتاج إليها كمن
الدواء والشفقة وما يحتاج إليه ...( كما حده الفقهاء وتوسعوا به(1).

وتناول مرض الموت كل من كان في حكمه، وهو كل شخص أشرف
على مخاطر جسمة يغلب فيها، أو يتحتم، إنهاء حياته، كالمحاكم عليه
بالإعدام، والمشترع على الغرق في البحر أو الحرق في البر، وكذا المرأة
الحامل المقرب، وحاضر صفي القتال، ومحتسو لقطع أو قتل ...(2).

إنه نظرية مرض الموت وما يراد منها من تعريف وأحكام وقواعد وحجر
على بعض التصرفات، غير متقق عليها، وإنما قال بها بعض الفقهاء والأئمة وهم
الخفية والاحتالة، ورفضها آخرون، وهم المالكة والشافعية، وقرروا أن الإنسان
يبقى كاملاً أهلية الآداء حتى الموت، ولا تنقص أهليته، ولا تتأثر بالمرض إلا إذا
وصل إلى العقل وملكة الإدراك والتمييز.

والغريب أن معظم الكتاب المعاصرين الذين بحثوا مرض الموت في
عوارض الأهلية وغيرها، يقررون أنه متقق عليه، دون أن يشيروا إلى الاختلاف
فيه، ويبدأن رأي الشافعية والمالكية(3).

* * *

(1) مرأة الوصول ص ٣٣٨، التلويح على التوضيح ١٨٦/٣، تيسير التحرير ٢٧٧/٢، كشف
الأسرار ٢/١٤٢٧، الملكية، أبو زهرة ص ٣٠١، الأموال، موسى ص ٣٣٤٨، المدخل
الفقهي العام ٢/٨٠٢، وسائل الإثبات، للمؤلف ص ٣٢٩٤.
(2) وسائل الإثبات، للمؤلف ص ٢٩٦ والمراجع المشار إليه.
(3) المرجع السابق، القانون المدني المقارن بالфинق الإسلامي (العقود المسماة) للمؤلف
٤٦٨ وما بعدها.
الفصل الثاني

في الولاية السارية والشيكة

تعريف الولاية:

الولاية لغة بكسر الواو وفتحها السلطان والنصرة، ومنه: ولي الشيء، أو ولي على الشيء ولاية قام عليه، وكذا ولي البلد، ويقال: أوليته الأمر، ووليته عليه ملكته إياه.

أما في الاستعمال الشرعي فإننا نعرفها بأنها:

سلطة شرعية تخول صاحبها القدرة على إنشاء النصرفات وتنفيذها. فالولاية سلطة منحها الشرع أو أقر بها الشرع للشخص ليكون قادراً على إصدار النصرفات التي يتربع عليها حقوق أو التزامات، ويعمل بها أحكام شرعية، ويقع عليه تنفيذ الآثار المرتبطة على النصرف.

وهذه السلطة والصلاحية في إنشاء النصرفات وتنفيذها تبين الرابطة بين الولاية وبين الأهلية، وأن الولاية تتعلق وترتبط بأهلية الأداء، وأن صاحب الولاية يتمتع بأهلية الأداء الكاملة، فإن كان فاقداً لأهلية الأداء فلا تثبت له الولاية التي يقرها الشرع، أما إذا كانت أهلية الأداء ناقصة فثبت لصاحبها الولاية على بعض النصرفات استثناءً، وفي نطاق معين، وتكون العلاقة بين الولاية والأهلية أشمل من الولاية، لأن من يتمتع بالأهلية قد يكون له ولاية على النصرف في ماله أو

(1) القاموس المحيط، 4، المصباق المثير، 2/927.
(2) مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص، 108.

١٥٧
بالنيابة عن غيره، وقد لا تكون له هذه الولاية ويمنع من التصرف، ومن ثبت له
الولاية فلا بد أن يكون متمتعًا بالأهلية، لأن أهلية الأداء شرط لصحة الولاية،
والولاية شرط لصحة التصرف ونافذة، والشرط هو ما ارتبط به غيره عدماً لا
وجودًا، فيلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم.

أنواع الولاية:
إن هذه السلطة الشرعية إما أن تثبت للشخص على نفسه وماله، وتسمى
ولاية ذاتية، وإما أن تثبت له على غيره، وتسمى ولاية غير ذاتية.

أولاً - الولاية الذاتية:
وتثبت للبالغ العاقل على أمواله وأعماله وشؤونه الخاصة المالية
والشخصية، فيؤولي أمر نفسه بنفسه، ويملك حق التصرف بأمواله وحقوقه،
وتكون تصرفاته نافذة، وترتب عليها جميع النتائج والآثار والالتزامات التي
وضعها الشارع الحكيم للتصرف، إلا إذا ترتبت على تصرفه ضرر بغيره - بقصد
أو بدون قصد - فتدخل الشرع لوقف التصرف، وعدم نفاذ أثاره، كالمدين
والسفيه والمريض مرض الموت … كما سبق، وتسمى هذه الولاية أيضاً ولاية
قاسرة، أو ولاية أصلية، أو ولاية بالأصل(1).

ثانياً - الولاية غير الذاتية:
وتثبت للبالغ العاقل على غيره بطريق شرعي، وتسمى أيضاً ولاية محدودة،
 وهي المعروفة بالفقه والقانون بالنيابة الشرعية، ويتكون الشخص في هذه الحالة
منصفاً بوصفه، فله الولاية على نفسه، وله ولاية على غيره.

والحكمة من مشروعية النيابة الشرعية تحقق التضامن الاجتماعي والتكافل
بين المواطنين، واعتبار الأفراد في المجتمع كأنهم جسد واحد، فمن استطاع أن
يتصرف بشؤونه المالية والشخصية فله ذلك، ولا يتقيد عليه أحد، ولا تفرض عليه
الولاية والإشراف، ومن لم يستطع أن يقوم بشؤونه الخاصة، ولا يحسن التصرف

(1) الملكية، أبو زهرة ص 329، المدخل، شليبي ص 408، الأموال، موسى ص 348.
تعريف النيابة الشرعية:

النيابة عند الفقهاء هي: قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدير شؤونه الشخصية والمالية (1).

فإن النيابة تعني قيام شخص مقام آخر بالإشراف عليه والتصرف عنه، لسبب من الأسباب، وذلك بأن يباشر النائب العقود والتصرفات، ويوفر بتنفيذها، ويباشر الالتزامات المرتبطة عليها، ولكن الآثار والنتائج تقع على الشخص الذي ينوب عنه جرباً عليه، ما دام النائب مستوفياً الشروط الشرعية، وما دام التصرف موافقاً لطريقة الشرعية، وليس للمنوب عنه أن ينقض التصرف بعد زوال عده، أو أن ينقض منه، أو أن يزيد في أثره أو يعدل من شروطه.

ويسبب في منح الغير حق الولاية على الصغير في النفس والمال هو العجز عن القيام بشؤون نفسه، وممارسته التصرفات، وتنفيذها، وفقدان أهلية الأداء التي تحل الشخصية ممارسة التصرفات، وعدم تحسن بين الفوز والضرر، والخير والشر، والمصلحة والمفسدة، والعمل في ثبوت الولاية على الكبير هي إما العجز وفقدان الولاية، وإما التعاون معه ورفع الحرج والمشقة عنه، في وكل غيره للنيابة عنه (2).

أنواع النيابة الشرعية:

أولاً - أنواع النيابة باعتبار المصدر:

تنقسم النيابة الشرعية باعتبار المصدر الذي تثبت به إلى نوعين:

(1) المدخل الفقهي العام 2815/2.
(2) الولاية على النفس والمال، هيدي ص 2، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، الدكتور عبد الرحمن الصابوني 2862/2.

109
1- النيابة الأصلية: وهي الولاية التي يثبتها الشارع للشخص، كولاية الأب والجد على الصغير، فهي أصلية تثبت بنص شرعي.

وسيمي النائب في هذه الحالة بالولي، وكان الأب أو الجد قام مقام ابنه بشكل كامل لتوفر الرعاية والشفقة عليه والحرص على مصلحته ونفعه وصيانة أمواليه، وإذا أطلق الوالي في حالات النيابة الشرعية فينصرف إلى الأب أو الجد.

2- النيابة غير الأصلية: وهي التي تثبت للشخص بإثابة شخص آخر أو تكليف منه، وهي على ثلاث أقسام:

أ- النيابة الثانية من الأب أو الجد، وسيمي النائب وصياً، ويقيد بأنه وصي الأب أو وصي الجد.

ب- النيابة الثانية من القاضي، وسيمي النائب الأمين، أو القيم، أو أمين القاضي، أو الوصي.

ج- النيابة الثانية من شخص آخر، وهي الوكالة، والنايب يسمى وكيلًا، والوكالة لا تدخل في بحثا.

ثانياً- أنواع النيابة باعتبار المحل:

وتتفنّم الولاية بحسب المحل الذي تقع عليه إلى نوعين:

1- الولاية على النفس: وهي سلطة الإشراف على الشؤون المتعلقة بشخص القاصر أو المجنون، أو من في حكمهما، كالحضانة والتربيّة والتعليم والتطبيب والتشييّد والتزوّج، والولاية على النفس في الحضانة تثبت للأم ثم أم الأم ثم أم الأب وغيرهم من النساء القريبات خلال فترة الحضانة التي تتمتع إلى السابعة أو التاسعة أو الحادية عشرة، وبعد هذه السن تثبت الحضانة وبقية أحوال الولاية على النفس للأب والجد ويقية الأقارب العصبات الذكور، بحسب درجات القرابة وشروط معينة(1)، فإن لم يوجد

---

(1) الفروق، الفرعي 3/ 206.
ً: «السلطان
ولي من لا ولي له».(1)

وحق الولاية على النفس تثبت جبرا على الصغير، وعلى الوالي، ولا
اختيار فيه لواحد منهما، ولا يقبل امتثال الوالي إلا إذا توفر غيره وقام محله(2).
كما أن هذه الولاية تشتهر في الوالي شروطاً خاصة، فإن فقد أحد الشروط
سقط حق الوالي.

۲- الولاية على المال: وهي السلطة التي تثبت لشخص على أموال آخر،
بالإشراف والحفظ والصرف والقيام عليها في المجال المشروع بما يحقق
المصلحة الخاصة والعامة، والولاية على المال تثبت لكل شخص بالغ عاقل
رشيد، سواء كان قريبا أم بعيداً متي توفرت فيه شروط الولاية.

كما أن الولاية على المال قد تكون تابعة للولاية على النفس، وتجتمع
ولاية النفس وولاية المال لشخص واحد إذا كان آبا أو أباً، أو بحكم
القاضي لغير الأب أو الأب.

شروط الولاية:

وتشترط في الولاية غير الذاتية، وهي النيابة عن غيره، أن توفر في الوالي
الشروط الآتية:

۱- الحرية والبلاغ والعقل، وهي الشروط المطلوبة لتتوفر أهلية الأداء الكاملة،
فإن نقص أحد هذه العناصر كانت أهلية الوالي غير كافية لنفسه، وليس له
ولاية على ماله، فلا تثبت له ولاية على غيره بالأولى، لأن فاأقد الشيء لا
يعطيه.

۲- اتحاد الدين بين الوالي والحولي عليه، لأن الولاية سلطة تقوم على التناصر
والتعاون والتناصح والسلطان والقوة، وعند اختلاف الدين تضعف هذه

(1) هذا جزء من حديث رواه الإمام أحمد وابن مجى عن عائشة رضي الله عنها، (الفتح الكبير
۳/۴۴۹).
(2) الولاية على النفس والمال، هريدي ص ۳۰.
العناصر، ويشك فيها، وتكاد تضحل، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال، فلا تثبت الولاية لغير المسلم على المسلم، لقوله تعالى: {ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً} (سورة النساء) الآية: 141.

كما لا تثبت للمسلم ولاية على غير المسلم، لأن الولاية تقوم على القرابة والمودة، والمؤمن لا يواد الكافر، قال تعالى: {لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من خادم الله ورسوله، ولو كانوا آباءهم أو أبناءهم أو إخوانهم أو عشيرتهم} (سورة المجادلة) الآية: 22.

٣ - القدرة على التصرفات، لأن فقدان هذه الصفة هو المسوغ لحجب الثقة، ومنع ولاية العجز والقاصر على نفسه، ومنعه من مباشرة تصرفاته بذاته، فإن كان الآخر عاجزاً عن التصرف فيمنع من السلطة والإشراف على غيره بالأولى، وأنه هو ذاته بحاجة إلى ولي يشرف عليه ماله، ويتصرف له بها.

وبهذه اللحمة المختصرة عن الولاية والأهلية ننتهي من نظرية الأهلية التي تصل بعلم الفقه والأحكام الشرعية، وتنصل بعلم أصول الفقه في بحث «المكلف» الذي يتعلق به الأحكام، وقد عرضناها بصورة موجزة توضح معناها وأنواعها وأحكامها، والآثار التي تتزام عليها.

** **

١٦٢
الباب الثالث
في نظريته وصرفه

مقدمة:

تبين لنا سابقاً أن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح الناس في الدنيا والآخرة، وأن الغاية من إرسال الرسول وإنزال الكتب هي إرشاد الناس إلى الطريق الأقوم، والأخذ بيدهم إلى ما فيه الخير والنفع للفرد والمجتمع، وأن الأحكام الشرعية التي تحقق هذا الهدف جاءت عن طريقين: أحدهما: بالنص الشرعي الصريح في القرآن الكريم والسنة النبوية، والثاني: بالإضافة إلى الأحكام والإجابة إلى بعض المصادر التي تؤخذ منها كالاجتماع والقياس والاستصلاح والعرف...

وإن المصادر الشرعية قسمان: بعضها أصلي متفق عليه بين جماع العلماء، وهي القرآن والسنة والإجماع والقياس، وبعضها تبعي للمصادر السابقة، يشتق منها، ويرجع في مشروعته إليها، وهي بقية المصادر التي ترشد إلى بيان حكم الله تعالى في الموضوع بما يحقق أهداف الشريعة، ومقاصد الإسلام، وتأمين المنافع والمصالح للناس، وهذه المصادر مختلف فيها بين العلماء والأئمة، فمنهم من أخذ بأكثرها وترك بعضها، ومنهم من أخذ بالبعض وترك الباقى.

ومن هذه المصادر التبعية المختلفة عليها العرف، وهو من المصادر المهمة التي تركت أثرًا ملموسًا في الفقه الإسلامي، واعتمد عليه الأئمة كثيرًا، وتنوعت عنه مجموعة من المبادئ الأصولية والقواعد الفقهية التي تبنى عليها

163
الأحكام، ولذلك تتناول هذا الموضوع بشيء من التفصيل، فنذكر نشأة العرف والعادة، وآثارهما على النفس، وسلطانهما في المعاملات، لصل إلى تعريف العرف والعادة، ثم نبين أقسام العرف ونعرض آراء الأئمة في حجيته واعتماد عليه، مع بيان الأدلة ومناقشتها، ثم نحدد شروط العرف الصحيح الذي يعتمد عليه العلماء، وننتمي الموضوع بعرض عام لأهم الأحكام الشرعية المبنية على العرف، وتغير الأحكام المبنية على العرف، ثم نصل إلى القواعد الفقهية المبنية على العرف لتقني الجسر بين الباب الثالث عن العرف والباب الرابع عن القواعد الكلية في الفقه الإسلامي.

نشأة العرف والعادة:

يقول المثل: الحاجة أساس الاختراع، وهذا يعني أن حاجة الإنسان تدفعه إلى الجد والتفصي و كالفحص لمعرفة الطريق الموصل إلى الغاية في تحقيق منافعه، والوصول إلى مبنية، وينطبق هذا المثل على الشؤون الاجتماعية والمعاملات المالية وغيرها، فإن الحاجة تكون عند الناس ... وخاصة العلماء منهم، بناهةً داخليا للتفتيش عن السبل التي تحقق منافعهم ومصالحهم، وؤمن حقوقهم، وتسهل معاملاتهم، وتخفف عنهم أعباء الحياة، وتضمن لهم الجهد المبذول فيها، ويتصلون أخيراً إلى مسلك معين، وأسلوب خاص، وطريقة جديدة، ليتصروا عليها في الوصول إلى هدفهم، فإن تكررت الحادثة أو الواقعة أو المسألة أو القضية مرة ثانية مالت النفس إلى اتباع الطريقة الأول دون أن يفكر الإنسان في بذل الجهود من جديد للتفتيش عن طريق آخر. وإنما تميل نفسه فوراً إلى الطريق الأول فيسير عليه، وتألف نفسه هذا الأسلوب، وتساير عواطفه وجوارحه عليه طالما يحقق له الهدف، ويدل به إلى النتيجة، فيصبح ذلك عادة عندما، سواء كانت العادة في أموره الخاصة أو معاملاته المالية أو علاقاته مع الآخرين.

(1) يراه صديقه أو جاره فيتهبه في منهجه، ويقلده في طريقه، ويسايره في أسلوبه، ويسير على عادته، وهكذا تتكرر العادة من شخص إلى شخص ثم إلى...

164
مجموعة أشخاص، ليصبح عادة جماعية في موضوع معين، في الأقوال أو الأفعال.

إذن كانت الحاجة باعتناً للوصول إلى شيء، ويتكرر هذا الشيء عدة مرات من شخص وأشخاص تكون عادة لهم فيه.

وقد تكون الحاجة عامة، يحسن بها الحكم وأصحاب السلطة، فيصدرون أمراً معيناً ليسير عليه الناس، ويتكرر مرة ومرات ليكون عادة لهم، وقد تكون هذه الحاجة أو هذا الباعث حصل في زمن مضي، وكون عادة قديمة ثم انتقل إلى الأجيال اللاحقة فالتيزته وسارت عليه، وهو التقاليد والعادات الموروثة التي يأخذها جيل عن جيل عن جيل.

هذه العادات بعضها حسن يحقق مصلحة الناس وتفق مع مقاصد الشريعة، وأهدافها العامة، وبعضها قبيح يتبثجه دعاة السوء، ويتكرر منهم، ثم يستشرى نظرًا إلى غيرهم، ويتكرر منهم ليصبح عادة عامة سيرة قبيحة.

والعادات لها سلطان كبير على النفس، فتأسرها وتفقدها في الحياة والتصرفات والأقوال والأفعال، وتصبح العادة عند الإنسان طبيعة ثانية، يصعب عليه التخلي عنها، أو التخلص منها، سواء كانت عادات حسنة أو قبيحة، ويحتاج صاحبها إلى عزيمة قوية، وإرادة صادقة، وتوجيه عميق للإبتعاد عن عاداته، وهو ما يواجه الأنباء والمصلحين والدعاء إلى الخير والفلاح، والبعد عن العادات الفاسدة، والتقاليد البالية.

تعريف العادة والعرف:

من مجموع ما تقدم يمكن تعريف العادة بأنها:

الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية.

(1) المصدر الفقهي العام 2/833، العرف والعادة ص 15.
(2) المصدر الفقهي العام 2/824، العرف والعادة ص 16.
(3) العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد فهمي أبو سنة ص 10.
فالعادة أمر متكرر، إما في حياة الفرد الذي يكون له عادات معينة، وإما في حياة الجماعة بالسلوك العام والعادات الشائعة.

والعادات تختلف عن الأسباب والأسباب، فإن العادة تتكرر بدافع طبيعي، وتعتمد على الحيوان والحوادث وما يتألف الإنسان، وما تنتقله النفس، أما العلاقات بين السبب والسبب فإنها علاقة عقلية لا تتغير ولا تتبدل، ولا تختلف من فرد لآخر، ولا من زمن إلى غيره.

وذلك يقول ابن عابدين: "العادة مأخوذة من المعاداة، فهي متكررة ومعاودتها مرة بعد مرة أصبحت حقية معروفة مستقرة في النفس والعقل، وأصبحت العادة حقية بين الناس، وتشمل عادة وتعالماً." (1)

وهذه العادة المتكررة إنها ضمن لها الانتشار والشهب، لتشمل الأكثرية المطلقة من الناس، بحيث يعرفها كل إنسان تقريباً اقتبس إلى عرف، ولذلك عرف الأستاذ الزرقا المعروف بأنه:

"عادة جمهور قوم في قول أو فعل" (2).

فلا يجعل العرف في أمر من الأمور إلا إذا كان شائعاً متباعاً بين الناس، بأن يطرد العمل به في المكان والزمان الذي يجري فيه غالباً، بحيث يكون معظم الناس يعرفه ويعرفه ويقدر؛ ويقدر في حياته، كالألفار على قول يطلق عليه الناس على معرفة خاص معين، بحيث لا يبادر إلى الشيء عند سماعه إلا هذا المعين، وليس معناه الحقيقي، وكذا إذا تتحيز فعل معين بين الناس، وكان هذا الفعل له دلالة خاصة تعرف منه، وتنجي النبات نحوه.

الأصل أن العرف والعادة بمعنى واحد في اللغة؛ لأن العادة مأخوذة من المعاداة، فهي متكررة ومعاودتها مرة بعد مرة أصبحت معروفة مستقرة في النفس والعقل، والعرف لغة بمعنى المعروفة، ثم استعمل بمعنى شيء المستحسن، والمعرفة ضد المنكر، ولكن العلماء في الفقه والأصول قيدوا

---

(1) رسائل ابن عابدين 143/2
(2) المدخل الفقيه العام، له 38/2

166
العادات بيعة الفرد أو بيعة أفراد، فإن شاعت العادة وانتشرت وارتقت في الاستعمال صارت عرفًا».

ويلاحظ أن العرف يتكون من عادة الناس على اختلاف طبقاتهم في قول أو فعل، فيشترك فيه العامة والخاصة، بخلاف الإجماع الذي يتكون من اتفاق المجتهدين على حكم شرعي، كما يختلف العرف عن الإجماع، بأن الإجماع اتفاق جميع المجتهدين، أما العرف فإنه يتكون من تعامل الأغلبية أو الأغلبية ولا يشترط فيه إجماع الناس، ولذلك وضعوا القاعدة الفقهية: «إنما تعتبر العادة إذا أطردت أو غلبته».

أقسام العرف:

ينقسم العرف إلى نوعين: عرف قولي وعرف عملي، وكل منهما قد يكون عامة وقد يكون خاصاً، وإن وافق مصادر الشريعة وحقوق أغرضاها كان عرفاً صحيحاً، وإن تعارض مع النصوص الشرعية كان عرفاً فاسداً.

أولاً - أنواع العرف باعتبار استعماله:

ينقسم العرف باعتبار استعماله إلى نوعين:

١ - العرف القولي:

وهو التعرف بين الناس على إطلاق لفظ على معنى معين، يختلف عن المعنى الحقيقي الموضوع له، بحيث لا يتبادر إلى الذهن عند سماع اللفظ المعنى الحقيقي، وإنما ينصرف الذهن إلى المعنى المتعرف عليه، ويصبح المعنى الحقيقي مهجوراً ومتروكاً، ويدفع عند إرادته إلى الضرورة أو القيود أو زيادة الإيضاح، مثل لفظ اللحم، فإنه يطلق على لحم الحيوان ولا يطلق على السمك والطير، مع أن المعنى الحقيقي له يشمل الجمع، وإطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى، فهذه المعاني الجديدة هي الحقيقة القرآنية للفظ، وهي المجاز الراجح في الأغلب، ولذلك يقول الفقهاء: إن العرف يقدم على اللغة.

١٥/٢، (١٨٢٤) ص ١٩٣، مالك، أبو زهرة ص ٤٤٧، المدخل الفقهي العام، رسائل ابن عابدين ١١٤/٢، العرف والعادة، أبو سنة ص ١٣.
عند التعارض (1)، وملف الودام بمعنى النقود المستعملة في البلد، ولفظ البيت بمعنى الغرفة أو الدار (2).

٢ - العرف العملية:

وهو التعارف بين الناس على أمر عملي معين، كالأكل لحم الضأن في بلد، وآكل لحم البقر أو الجمل أو الجاموس في بلد آخر، وملف العرف العملي في عقد البيع، واستلام البضاعة ودفع الثمن للدالة على القبول، وملف العرف العملي في تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل، وملف تعطيل يوم معين في الأسبوع، وحمل الأشياء الثقيلة كالحطب والفحص على البائع، وتقسيم الأجور السنوية للمقاطرات شهرياً، أو كل ثلاثة أشهر، والعاطل بنقود معينة شائعة في البلد بدون أن تذكر أو تعين في العقد (3).

ثانياً - أنواع العرف باعتبار شيوه:

ينقسم العرف باعتبار اتساع شيوه أو قصره وحصره في مكان معين أو جماعة مخصصين إلى نوعين:

١ - العرف العام:

وهو العرف الذي يتفق عليه أغلبية الناس في كل البلد أو معظمها، ويسيرون على منواله.

كالتعريف على بيع الاستصناع الذي شاع وانتشر في جميع البلد، وبين جميع المسلمين تقريباً، والتعريف على تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل. لأن الأصل في المهر أن يكون معجلًا ومؤجلًا عند العقد، ثم تساهل بعضهم في

(1) الإحكام في تميز الفتوى عن الأحكام، القرافي ص ٢٣٤، تنبيه الفصول، القرافي ص ١٤٣، روضة الناظر، ابن قادم المقدسي ص ٨٩، الأشبة والنظراء، السيوطي ص ٩٣، الأشبة والنظراء، ابن نجم ص ٩٧، رسائل ابن عابدين ص ١١٤/٢.
(2) المدخل الفقهي العام ط ٤٢، العرف والعادة ص ١٨.
(3) المدخل الفقهي العام ط ٤٤٤، العرف والعادة ص ١٩.

١٦٨
تأجل قسم منه إلى حين الطلاق أو الوفاة وشاع هذا العرف وانتشر في جميع البلدان.

والعرف على دخول الحمام واستعمال الماء بدون تحديد كمية الماء المستهلك أو تحديد الزمن الذي يمكّن فيه الشخص داخل الحمام.

وإذا كان العرف الصحيح عاماً ومطّرداً في جميع الأمصار والأزمان فإنه يخصص به النص العام، كالاستصحاب الذي تعارفه الناس، وأجمعوا على إياحته، وخصصوا به النهي عن بيع المعدوم، والشرط المتعارف عليه فإنه يخصص - عند الحنفية - عموم الحديث بالنهي عن بيع وشرط.

وقدما العرف العام الصحيح الذي كان شائعاً ومنتشراً في زمن نزول الوعي، مثل العرف الشائع في إرضاع الأولاد عند الضعاف، فإنه يخصص عموم الآية: «والوالدات يرضعن أولادهنَّ حولين كاملين» فإن الإرضاع مخصص بالوالدات اللاتي لا يرضعن أولادهن عند مرضع.

2 - العرف الخاص:

العادة التي تكون لفرد أو طائفة معينة في بلد معين، أو أصحاب مهنة، كما تعتبر شخص في أهله وتصرفاته وحياته الخاصة، وتعرف التجار على تسجيل المعينات في دفتر خاص، وتعارف الزراع في الحراثة وشؤون الزراعة واستتباع الماء وجيُّم الثمار إلى أوقات محددة أو مواسِم معينة، وتعرف منطقة ما على تسجيل أثاث البيت للزواج أو للزوجة، وتشتهر الناس اليوم على أخذ مواعيد زيارة الأصدقاء والأقارب وأصحاب الأعمال والموظفين بالهاتف، وكذا أخذ المواعيد بالهاتف لمراجعة طبيب، بسبب التعامل بينهم، وكذا حجز غرف النوم في الفنادق بالهاتف أو البراقة.

وأيضاً العرف الخاص يطبق على أهل والمتعلمين به، أو على أصحاب المهنة أو الحرف فقط، أو على أهل البلد الذي جرى فيه، ولا يطبق خارج هذه الحدود، كالعرف بين أصحاب بعض المهن والحرف أن يأخذ المعلم أجرة ممن يعمل عنه من الأطفال والشباب، بينما يدفع المعلم في حرف آخر أجرة لمن يعمل عنه، ويطبق عرف التجار على معاملاتهم، لأن المعروف بين التجار

169
كالمنصوص بينهم (1)، ومثل أجرة السمسار في المكاتب العقارية تكون على البائع في بلد، وتكون على المشتري في بلد آخر.

ثالثاً - أنواع الغرف باعتبار موافقتها للشرع:

يقسم الغرف من حيث موافقتها أو معارضتها للنصوص الشرعية إلى نوعين:

1 - غرف صحيح:

وهو ما تعارفه الناس في تحقيق مصالحهم، وتسوير أمورهم، دون أن يخالف نصاً شريعاً أو حكماً من الأحكام الثابتة بالنص أو الإجماع، وهو موضوع بحثنا، كالتعارف على تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل، والتعارف على البع بالنقض (أو الحال) أو بالتفسير، والتعارف على تقسيم الهدايا أثناء الخطبة وأن هذه الهدايا لا تحسب من المهر، والعرف المحلي والدولي في السفر بالطائرة وأن نفقة الراكب ومسؤولية تقع على عاتق شركة الطيران منذ تسليمه بطاقة السفر حتى يصل إلى البلد المنتظر إليه، فإن تعطلت الطائرة في الطريق كانت نفقات الأكل والنقل والإقامة على الشركة.

2 - غرف فاسد أو باطل:

وهو ما يتعارفه الناس، ويسمع بينهم مع مخالفته لحكم شرعي، أو لنص من النصوص، بأن يحرم حالاً، أو يحلل حرماً، وهذا الغرض الفاسد أو الباطل لا قيمة له، ولا يعتد به، ولا يحتج به، ولا يرخص عليه باتباع العلماء بل هو إثم ووزر وذنب على أصحابه والعاملين به، مثل انتشار الأخلاط بين الرجال والنساء، وإنتشار الربا بين الناس، وفسخ الخمر في البيوت وأثناء الحفلات، وتكية السفر من النساء، وسحب الأموال بالفائدة من المصارف للتجارة أو الزراعة أو البناء، ومشي النساء وراء الجنائز، وكشف بعض العورات، وتوزيع الطعام على القبور، وإضاءة الشمع عليها، وتقدم الطعام عند الوفاة من أهل الميت إلى المعززين، والتعارف على سحب الحانصيب... وغيرها من الأعراف

(1) الأشبة والنظائر، السيوطي ص 96، الأشبة والنظائر، ابن نجيم ص 132، رسائل ابن عابدين 132/2.
التي تختلف النصوص الشرعية، وترتبط عليها المفاسد الدينية والاجتماعية والاقتصادية في حياة الفرد والمجتمع، إن عاجلًا أو آجلًا.

فهذا العرف مردد على أصحابه، ولا قيمة له، ولو طبقه جميع الناس، لأنه مخالف للنص ومعارض له، والنص متقدم عليه قطعاً وقريباً.

حجاب العرف:

يتفق العلماء عملياً على اعتبار العرف الصحيح حجة ودليلًا شرعياً في بناء الأحكام، وتعليل الآراء، وترجيح بعضها على بعض، ويعتمدون عليه في تفسير الأحداث والقضايا، ويرجعون إليه في حل المشاكل، والفصل في النزاع، ويرشدون القاضي إلى الأخذ به، وتختلف عباراتهم واتجاهاتهم في التعبير عن هذا الأمر المتتفق عليه(1). فمثلاً اتفاق الجميع على الاعتماد على أهل الخبرة والتجربة في الاختلافات الطارئة التي لا يجد القاضي لها نصاً، وليس له علم أو معرفة فيها، وتحتاج إلى المختصين فيها، أو المتعاملين بها، وهذا نوع من الرجوع إلى عرف الناس وعاداتهم(2)، ولذلك تعرض آراء الأئمة في العرف، ثم أدلية القائلين به إطلاق، وأدلية المتكلمين له، ثينين الرافع في الموضوع.

أولاً- آراء الأئمة في العرف:

اختلف العلماء في حجة العرف، ولكن اختلافهم ينحصر في اعتباره مصدرًا مستقلًا أم تابعًا وجزءًا من المصادر الأخرى، اختلتفوا على قولين:

القول الأول: أن العرف حجة ودليل شرعي مستقل، وهو من مصادر التشريع الإسلامي لمعرفة حكم الله تعالى، وهذا مذهب الحنفية والمالكية.

القول الثاني: أن العرف ليس حجة ولا دليلًا شرعياً إلا إذا أرشد الشارع

(1) يقول الإمام القراني: "أما العرف فمشترك بين المذاهب، ومن استشرفا وجدوه يصرحون بذلك فيه، تنقيح التصول ص 141، وانظر: مالك، للشيخ المرجوم محمد أبو زهرة ص 448، قواعد الأحكام للعزيزي عبد السلام 127/2 (فصل في تنزيل دلالة العادات وقوانين الأحوال منزلة صريح الأقوال . . .)، 130/2.

(2) انظر: وسائل الإيضاح، للمؤلف ص 512، 594 وما بعدها.

171
إلى اعتباره في أحد المصادر الأصلية، وهو مذهب الشافعي والحنابلة(1).

ثانياً: أدلة القائلين بحجية العرف:

احتج المتاخرون من الحنفية والمالكية على حجية العرف بأدلة من الكتاب الكريم والسنة، والمعقول.

أ- الكتاب: قال تعالى: فخذ العفو، وأمر بالعفو، وأعريض عن الجاهلين (سورة الأعراف الآية: 199)، والمراد من العرف هو عادات الناس، وما جرى تعاملهم عليه، واستقر في النفوس، والآية أمر من الله تعالى لرسوله -ص- بالأخذ بهذه العادات، والالتزام بها، واتباع العرف الذي يسبرون عليه، ولو لم يكن العرف دليلاً ومصدراً وحجة لما أمر الله تعالى رسوله به(2).

فهذا يدل على اعتبار العرف دليلاً شرعيًّا ومصدراً للتشريع، وإلا لم يكن للأمر فائدة.

وتأكد أن هذا الاستدلال فيه تكليف ظاهر، لأن المراد من العرف في الآية هو معناه اللغوي، وهو كل ما هو معروف ومألوف من الدين، أو تبين حسنها، سواء كان بالشرع أم بالعقل، ومعلل الاستدلال هو ما استقر في النفوس.

وتبين حسنها من جهة العادة، فالآية لا تدل على المطلوب.

وقد فسر العلماء العرف بالآية بأنه: لا إله إلا الله، أو هو كل أمر عرف أنه لا بد من الإتيان به، أو أن المراد من جميع الآية هو أخلاقيات إسلامية، والأمر

(1) ذكرت في كتابي أصول الفقه الإسلامي ص 217: "أن الحنابلة -مع الحنفية والمالكية- يقولون بحجية العرف، وأنه مصدر مستقل، واعتمدت في ذلك على كلام ابن القيم في أعلام الموقعين (3/448)، ولكني وجدت كتب الأصول الحنبلية تذكر ذلك، وتصرح على تحديد المصدر نصاً، ولذلك عدت عن الرأي السابق، وذكرت رأي الحنابلة مع الشافعية، أنظر: المدخل إلى مذهب أحمد ص 134، ابن حنبل، للشيخ المرحوم محمد أبو زهرة ص 331، روضة الناظر ونحة المناظر، ابن قدامة المقدسي، ص 33، 2.

(2) رسائل ابن عابدين 110/2.
باختصار الأخلاق الحميدة بأن يعفو عن الظالم، ويغطي المائع، ويصل القاطع (1).

بـ السنة: قال ابن مسعود في حديث موقوع: "ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن" (2).

فقال الحديث يدل على أن الأمر المتعارف عليه تعارة حسنًا بين المسلمين يعتبر من الأمور الحسنة التي يقرها الله تعالى، وما أقره الله تعالى فهو حق وحجة ودليل، وأن مخالفته العرف الذي استقر في النفوس، واعتاد الناس، يكون فيه حرج عليهم، ويهدف في تعاملهم، وضيق عليهم، والله سبحانه وتعالى رفع الحرج والضيق عن الناس (3)، فقال تعالى: "وما جعل عليكم في الذين من خرج".

ولذا يعتبر الحنفية أن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، وأن المعروف عرفًا كالمشروط شرطاً.

ويتعارض على هذا الاستدلال بأن هذا الأثر موقوع على ابن مسعود، وليس حديثًا مرفوعًا إلى رسول الله ﷺ، كما قال رجل الحديث (4).

ویرد على الاعتراض أن الحديث الموقوع إذا كان لا يدرك بالرأي والاجتهاد فإنه حكم المرفوع، وما عند الله تعالى من حسن وقبح لا يدركه العقل عند أهل السنة والجماعة فيكون الحديث مرفوعًا، والجواب على هذا أننا لم سلمنا رفع الحديث فإن دلالة على حجة

(1) الدرر والعارة، أبو سنان ص 24.
(2) سنن تحريره بعده قبل ظاهر.
(3) أصول الفقه، أبو زهيرة ص 251، أبو حنيفة، أبو زهيرة ص 251.
(4) قال العجلوني: رواه أحمد في كتاب السنة، وليس في سنده، كما وهم، عن ابن مسعود، ثم قال: وأخرج الباز والطبراني والطيليسي وأبو نعيم البهذي في الاعتقاد عن ابن مسعود أيضاً وقال: والأصح وفقه عن ابن مسعود، انظر: كشف الخفا 2/ 293، ونقل البصري عن العلائي قوله: "لم أجده مرفوعاً في شيء من كتاب الحديث أصلاً، ولا بسندي ضعيف، بعد طول البحث وكتورة الكشف والسؤال، الأشياء والناظر، ص 89، وقد وجدته في مسنده أحمد، انظر: مجمع الزوائد 178/1، مسنده أحمد 379/1.

173
العرف غير سليمة، لأن المقصود هنا ليس تعارف العوام، بل تعارف المجتهدين
بدليل كلمة (ما زاه) والرأي في عرف الصحابة والعلماء ما يراه القلب بعد فكر
وتأمل وطلب لوجه الصواب مما تعارض فيه الأمارات، وهذا لا يصدر إلا عمن
وصل إلى درجة الاجتهاد.

كما أن فظ «المسلمون» بدل على العموم والاستغراق، أي ما يراه جميع
المسلمين، وهذا دليل على حجية الإجماع من أهل الحلق والعقد، وليس على
حجية العرف، ويمكن أن يقال: إنه دليل على حجية الاستحسان وليس
العرف (1).

جـ. المعقول: العرف له سلطان كبير على النفس، ويتمتع بالاحترام
العظيم في القبول، ويكون عند المعتارفين عليه طبقة ثانية، فرضون به بسهولة,
ويحقق مصالحهم ومنافعهم، والشريعة جاءت لتحقيق المصالح، فيكون العرف
المصدى ودليلًا وأصلاً من أصول الاستباط، ووضعوا القاعدة المشهورة:
«الثواب بالعرف ثابت بدليل شريعي، والقاعدة الأخرى: «الثواب بالعرف كالثابت
بالنص» وقال ابن عابدين في رسالته:
وعرفة في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار

ثالثاً - أدلّة المنكرين:

استدل الشافعية والحنابلة على إنكار العرف كدليل مستقل بأنه لم تثبت
حجية على اعتباره، وأن العرف هو عمل صادر عن ميل العقل الذي يقلد فيه
الناس بعضهم بعضاً، ويستقر في نفوسهم، وتقبل طاعتهم، فمصادر العرف
العقل، ومظهره العمل (2).

وأن الحاكم الحقيقي هو الله سبحانه وتعالى، ولا حاكم إلا الله، ولا مجال
للعقل في تشريع الأحكام، ولا يقبل أن يكون العقل دليلاً على تعلق حكم الله
 سبحانه في الفروع عند أهل السنة والجماعة، كما أن تعامل الناس على العرف،

(1) العرف والعادة ص 25.
(2) العرف والعادة، أبو سنة ص 29.
وجريان العمل بل لا يصح أن يكون دليلاً على تحقيق المصالح وجلب المنافع والحصول على الخير المحسوب، بلدلي أن كثيراً من الأعراف فاسدة، ولا تحقق مصلحة، بل تجلب الخراب والفساد والشر والانحراف، وتكاثر في ظهرها بالظروف العامة، والدعاية المضيئة، ومع ذلك تسود بين الناس والشعوب والأقوام، وتتقلب نفوسهم، وتتisper عليها، وتتجد الحرج والمشقة في تركها والخروج عنها، مثل وأد البنات أو كره البث وعهد الأصان قديماً، مثل السفور والفواحة وشرب الحمر والتعامل بالقوائد والريا مع المصارف حديثاً، ولذلك فلا يصح أن يكون العرف مقياساً للمخبر، ولا يصح أن يستمد عليه المجتهد في بيان حكم الله تعالى، ولا يقبل أن يحتسب إليه القاضي والحاكم في تحديد الحقوق والواجبات في التعامل ما لا يؤيده دليل آخر.

فالعرف لا يعتبر أصلاً ومصدراً من مصادر التشريع إلا إذا اعتبره الشارع، أو جرى الشرع على اعتباره، وأن العرف دليل ظاهر يرجع إلى الأدلة الصحيحة كالإجماع أو الاستحسان أو المصلحة المرسلة(1).

رابعاً: الترجيح:

نلاحظ مما سبق أن جميع العلماء يحتاجون بالعرف، ويرجعون إلى عادات الناس في بناء الأحكام عليها، وتفسير النصوص والوقائع في ضوئها، ووضع الفقهاء عدة قواعد تعمد على العرف والعادة، وإنما اختلتوا في شروط العرف، وفي درجة التشريعية بين المصادر، وفي استقلاله أو تبعيه للمصادر الأخرى المأخوذ عنها.

كما رأينا أن القائلين بحجته لم يقيموا له دليلاً صحيحاً، أو حجة كاملاً، تثبت حجية العرف بشكل مستقل، وأن المصادر لا يصح اعتبارها إلا إذا أقرها الشرع، أو أحال إليها، أو أشار إلى الأخذ بها...، وهذا لم يثبت في العرف.

ولذلك نرجح أن يكون العرف مصدرًا تابعًا، وأنه يرجع إلى أحد الأدلة المتفق عليها كالإجماع، عند الاتفاق عليه وإقراره من المجتهدين، أو إلى

(1) العرف والعادة، أبو سنة ص 30 وما بعدها، قواعد الأحكام 1302/2.

175
المصلحة المرسلة لرعاية العرف لمصالح الناس وتحقيق منافعهم، أو إرجاع العرف إلى التحليل الذي يعتمد عليه الحنفي في القياس، عند اعتبار الأوصاف المناسبة المؤثرة كاعتبار المشقة في التخفيف، المبنية على الكتاب والسنة برفع الحرج، والتبسيس في الأحكام والتخفيف فيها، واختيار الأسهل(1).

إذن الاعتماد على العرف يقوم على أساس سليم، وتقدير صحيح، وهو أن الناس يتوقف عندهم العلم المسبق بالعرف في التعامل من جهة، فكأنهم اشترطا ذلك صراحة ونصوا عليه في الاتفاق، لأن المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا، ومن جهة أخرى فإن هذا العلم المسبق يرفع الجهل الذي يؤدي إلى الاختلاف والنزاع واشباه الأمور، وأن انتشار العرف وشيوخه يجعل الأحكام الثابتة بالعرف مألوفة ومتساغة ومقبولة، وكان النفس ترضى بها وتقبل بوجها، فإن جهل أحد العرف، أو طمع في مجاورة حده، وحصل نزاع أو خلاف أو اختلاف في وجهات النظر رفع المتنازعان والحاكم إلى العرف السائد، ليبين حقوق كل طرف من الأطراف، ويحدد الواجبات المل尤为重要 على عائق كل منهما.

شروط العرف:

اشترط العلماء للعمل بالعرف عدة شروط، أهمها:

1 - أن يكون العرف عامًاً شاملاً بين الناس، فلا يكون عادة شخص بعينه، أو عادة جماعة قليلة وإلا كان عادة، والعادة لا تكون دليلاً إلا إذا أطردت أو غلبته أو عمت.

ويدخل تحت هذا الشرط أن يكون العرف قابلاً موجدًا عند إنشاء التصرف، فإن كان العرف سائداً في الماضي ثم تغير وتبدل فلا يعمل به، وإن ظهر وشاع فيما بعد فلا يطبق على الوقائع والمسائل التي وقعت قبله، أي ليس له مفعول رجعي.

يقول ابن نجم: «العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن

(1) انظر تفصيل الموضوع في كتاب العرف والعادة، أبو سنة ص 33، 36.
السابق، دون المتاخر، ولذلك قالوا: لا عبرة بالعرف الطاريء»(1).

كالعرف القائم بين التجار في نقل البيع، أو تركيب الأثاث، والعرف القائم بين الناس في تحديد ما يبيع المبيع في بيع البيوت والسيارات، والعرف المشهور في بيع العقار أن نفقات التسجيل تقع على عاتق المشتري، وهكذا...

أما إن كان عرفًا خاصًا فيشتترط أطراده بين أهله، وشيوع استعماله في محله، أما إن لم يتكرر استعماله، ولم يستقر في التعامل فلا يرجع إليه(2).

2- أن لا يعارض العرف نص أو إجماع، وإلا كان عرفًا باطلًا لا قيمة له، وهو العرف الفاسد، لأن مخالفته النص أو الإجماع يجعله معارضاً له، وعند المعارضة يقدم الراجح، والنص أو الإجماع أقوى من العرف، كما أن العرف الذي يخالف النص أو الإجماع يكون عرفًا فاسداً ولا يعمل به، كتعارف الناس على ارتكاب المحرمات من الربا وشرب الحب والزبد، وخصوصاً النساء مع الرجال وكشف العورة وليس الحطب والذهب للرجال، وخاصة خاتم الذهب للرجل بعد الخطبة والزواج، وسفر المرأة متفردة بدون محرم، وغيرها، وهذا عرف فاسد، مردوخ، وإتباع للهوي، وإبطال للنصوص، وهو غير مقبول قطعاً، ولا يعتبر في نظر الشارع، ولا يثبت إلى وجه المجهد، ولا يهم به القاضي والمتفق، بل يجب التنبيه على بطلانه وفساده ومخالفته وإتمام فاعله(3).

ولكن مخالفته العرف للنص يحتاج إلى تفصيل، فإن كان العرف قائماً زمن الوجيه، وكان مخالفًا للنص من جميع الوجوه فهو الباطل أو الفاسد، وهو مردوخ، أما إن خالفه من وجه دون وجه آخر، فإن هذا العرف يخصص

(1) الأشبة والنظائر، له ص 101، 94، وانظر: أبو حنيفة، أبو زهرة ص 352، الأشبة
(2) الأشبة والنظائر، ابن نجمينص ص 103، الأشبة والنظائر، السيوطي ص 870، العرف والعادة ص 56، 85، 25.
(3) رسائل ابن عابدين 115/2.

177
النص العام، ويقيد به النص المطلق، ويكون المراد من العام هو ما عدا العرف، كالاستصناع الذي كان شائعًا في زمن النبوة، ثم جاء النص بتحريمه بيع المعدوم، بأن بيع الإنسان ما ليس عنه، فإن العرف مخصصًا للنص، ويبقى تحريمه بيع المعدوم ساري المفعول فيما عدا الاستصناع، ومثل الوكالة المطلقة في البيع والزواج، فإن العلماء قلوا: إنها مقدمة بالعرف، في الكفاءة وثمن المثل ومهر المثل (1).

كما يقدم العرف على الاستعمال الشرعي في الأشهر إذا لم يتعلق بالاستعمال الشرعي حكم، كمن حلف ألا يجلس على فراش أو بساط ثم جلس على الأرض، فلا يحتمل، مع أن القرآن الكريم سماه فراشًا ويساطًا، أما إذا تعلق بالاستعمال الشرعي حكم فإن قوله يقل العرف، كمن حلف ألا يصوم، لم يحتمل بمطلق الإمساك، ولا يصوم ساعة عن الطعام والشراب، ومن حلف لا ينتح فلانة حنث بالعقد، لأنه النكاح الشائع شرعًا (2).

3- ألا يصرح الأشخاص بخلاف العرف، فإن صرحوا بخلاله بطل العمل به، ووجب الأخذ بما اتفقا عليه وصرحا به (3)، لأن الأخذ بالحرف ثبت بالدلالة، وأن المتبعدين إذا سكنا على أمر اعتبر سكونهم دلالة على الاعتماد على الصرف، لأن المعروف عرفًا كالمشروط شرطاً.

ولكن إذا صرح المتبعدان بخلاله بطلت الدلالة، لأنها أضعف من الصراحة، والقاعدة الفقهية تقول: لا عبرة للدلالة في مقاولة التصريح، كما

(1) رسائل ابن عابدين 116/2، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي 1/124، الآشية والنظراء، ابن نجيم ص 96، أبو حنيفة، أبو زهرة ص 302، الآشية والنظراء، السيوطي ص 43، 96، المدخل الفقهي العام 7/678، وما بعده، العرف والعادة ص 61، وقال الإمام أبو حنيفة - خلافًا للمصريين - الوكالة المطلقة لا تقييد بثمن المثل ...

(2) الآشية والنظراء، ابن نجيم ص 96، الآشية والنظراء، السيوطي ص 93.

(3) قال العزيز عبد السلام: كله ما يثبت في العرف إذا صرح المتبعدان بخلاله صبح وضرب أمثلة لذلك (قواعد الأحكام 182).
ً لا عبرا للمجاز في مقابلة الحقيقة، كما لو كان العرف السائد أن نفقات التسجيل في العقار تقع على عاتق المشتري، ولكن المشتري صرح في العقد بخلافه، وأن النفقات تقع على البائع، فأخذ بما اتفقا عليه، ولا عبرة للعرف، وكما لو كان مهر المثل ألفين، واتفق الزوجان على زيادة أو نقصه عمل بالاتفاق، كما لو كان ثمن المثل كذا، وحصل الاتفاق في العقد على خلافه فيعمل بالاتفاق، وكما لو كانت المسجلة مثلاً والراديو يتبعت السيارة عرفًا عند بيعها، ولكن البائع اشترط ونص على رغبته في بقاء المسجلة والراديو له فيعمل بالاتفاق، لأن اتفاق المعاقدين بحدود الالتزامات والحقوق لكل من الطرفين، فإن اتفقا على أمر معين كخجل الثمن أو الدفع بالتقسيط شهريًا أو تسليم الصحيح في مكان معين، فهذا نص في إلغاء ما عداه، وعدم اللجوء إلى العرف وغيره.)

قال العزيز عبد السلام: (كل ما مثبت في العرف، إذا صرح المتعاقدان بخلافه، بما يوافق مقصود العقد، صح). (2)

أهمية العرف:

تبدو أهمية العرف بين مصادر التشريع من أربع نواح، وهي:

1 - أنه يحقق مصالح الناس، ويؤمن لهم المنافع العامة، والمقاصد الرئية التي جاءت الشريعة الغراء بها، فرعى عاداتهم، وomatic علي تعاملهم، وما استقر عليه عملهم، وأطمنة له النفس، وألفته الطبع، ويكون هذا التعامل متوافقًا فيه شروط العرف - مصدرًا للتشريع، وبذلك تلتقي أهداف الشريعة مع مصالح الناس بشكل تلقائي وعفوي، ويكون التصرف الفطري السليم معرفًا به في الاستنباط وبيان الأحكام، لأن هذا الذين بين النظر.

2 - يعطي العرف دليلاً جديداً على مرونة الشريعة الخالدة، أو يؤكد هذه المرونة.

(1) المدخل الفقهي العام 2/875، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي 1/124.
(2) قواعد الأحكام، له 2/186، وانظر: المصدر السابق 2/126 وما بعدها.

179
لتكون الشرعية الغراء مسابرة لتطور الأحداث، وتكون صالحة لكل زمن ومكان، وأنها تحقق أهداف المجتمعات المختلفة، وأغراض الناس والشعوب المتعددة، وتسجسب لمختلف البيئات والظروف بدون أن يلزمهم بكل صغيرة وكبيرة، أو يفرض عليهم الأحكام والاجتهادات التي تصلح في زمن دون آخر، وتسعد الناس في مكان دون آخر، بل تركت الشرعية جانباً كبيراً من الأحكام التي تتكيف مع جميع الأزمات والأمكانيات، وفتحت الأبواب الواسعة لتحقيق مصالح الناس ومنافعهم في إطار النصوص الشرعية، والأحكام العامة، والمقاصد الرئيسي، وهذا يؤكد أيضاً ميزة التيسير والسهولة المتوفرة في الفقه الإسلامي، وأن الأحكام المبنية على العرف تتغير بتغير العرف.

3 - يعد العرف مصدرًا خاصًا للفقه الإسلامي، يعد بعدد وفير من الأحكام الشرعية، ويستوعب الحلول العملية التي يدعوها الفكر العام في إيجاد الأحكام المختلفة ويزود المجتهد أو العالم أو المفكر المسلم بمداد دائم لبيان الأحكام، ومراعاة الأعراف السائدة، وتلبية الحاجات المتطورة، والاهتمام بمصالح المجتمع وتطوره وسيره، لكي يكون الفقه باستمرار مسابراً للتطور دون أن يقف خلفه أو متخلفاً عنه، وإذا كان من الترقب الفكري والعقلي وجود الفقه الإفتراضي، فإن من التفسير الآثم، والمسؤولية العظمى أمام الله تعالى أن يقف الفقه أو الاجتهاد أو العلماء متخلفين عن حاجات الأمة، ومطالب العصر، وتقدم المجتمع، وتطور الحياة.

4 - وجوب اطلاع المفتى علىعرف السائد بين الناس، كما أنه من شروط المجتهد أن يعرف عادات الناس، فإذا سئل عالم عن مسألة أو قضية أو واقعة، ولم يجد لها نصاً، وإنما ذكر الأئمة والفقهاء لها حكماً معتدماً على أعراف زمانهم وعادات مجتمعهم فلا يصح للمفتى أن يعطي الجواب المظالم في الكتب إلا بعد أن يتأكد من العرف الحاضر، والعادة السائدة في بلد السائل، ليتأكد من مواتيها لما سبق، وإلا وقع في خطأ جسيم، وأوقع الناس في حرج ومشقة، وكان جوابه خطأً وجهلًا في الذين.

180
يقول القرافي: «يبدع للمفتي إذا ورد عليه مستفت، لا يعلم أنه من أهل البلد الذي منه المفتي وموضع الفتيا: أن لا يفتي به ما عادته يفتي به، حتى يسأل عن بلده، وله حدث لهم عرف في ذلك البلد في هذا اللفظ اللغوي أم لا، وإن كان اللفظ عرفاً، فهل عنصر ذلك البلد موافق لهذا البلد في عرفه؟... ثم قال: يبدع للمفتي أن لا يأخذ بظاهر لفظ المستفيهي العامي حتى يتبين مقصوده، فإن العامة ربما عبروا بالألغاز الصريحة عن غير مدلول ذلك اللفظ».

وتتأكد أهمية العرف بأنه ينتمي النصوص العامة التي تعجز عن ذكر كل شاردة أو واردة، ولا يمكن لتشريع أن يستغني عن العرف، لذلك وردت الاستعانة به في كل أبواب الفقه.

مكانة العرف بين مصادر التشريع:

العرف الصحيح يعتبر دليلاً شريعاً، وحجة للأحكام عند فقد النص في القرآن الكريم والسنة الشريفة، وعند عدم الإجماع عليه وعدم قياس المسألة على أصل منصوص عليه.

ولكنه يبدي على القياس عند الحنفية، فيعد المجهد عن القياس إلى الاستحسان لوجود المصلحة المتعارف عليها، أو لوجود الضرورة التي يقدرها المجهد للاستحسان، والعدل عن القياس لوجود الجرح والمشقة، لأن الاستحسان قياس خفي راجع.

كما أن المالكة يقدمون العرف على القياس، ويتزعم القياس إذا خالفه العرف، ويتوسع المالكية في الاعتماد على العرف، فيحتل مركزاً كبيراً، ومجالاً واسعاً في الفقه المالكى، سواء في الاستدلال به أو في تفسير الألفاظ، وحمل المعاني عليه، وخاصة في العقود والأימוت والطلاق.

(1) الإحكام في تعمير الفتيا على الأحكام، له ص ٢٤٩، ٢٥٢.
(2) المدخل الفقهي العام ٢٤٨/٢.
(3) أبو حنيفة، أبو زهيرة، ص ٣٥١، مالك، أبو زهيرة ص ٤٤٨، ٤٤٩.
واتفق الحنفية والمالكية على أن العرف يختص النص العام، فمن حلف
الآ يأكل لحماً فلأت سماكً، فلا يبحث عند الحنفية والمالكية، مع أن لفظ اللحم
عام، يشمل الحيوان والطيور والسمك(1) وورد به القرآن الكريم، فقال تعالى:
(2) وهو الذي سَحَرَ الْبَحْرَ لَآذَانُوا بِهِ لَحْمًا طَرْيِاقٍ (سُورةَ الْنَّحل) الآية: ١٤.
وباختصار يجب مراعاة العرف من قبل المجتهد والمحقق والمصلح والمحكم والمالي
والطبيب واللابت، واستنبط واجتهاد وبيان الفتوى في المسائل فتح الخلافات في المحاكم ومراهقة مألوف الناس وعاداتهم في الصلح والتحكيم وبيان الخبرة والمشورة.
ولا يخفى ما للعرف من أهمية ومكانة عظيمة في التشريعات الوضعية،
فيعتبر العرف المصدر الوحيد والرئيس عند عدم وجود التشريعات المكتوبة، كما
كان سائداً عند البدو والرحل والقبائل والمجتمعات الناشئة، ولا يزال القانون
العزيزي معتمداً عليه في بريطانيا، كما يلعب العرف دوراً بارزاً بين المصارف
الاحتياطية في القوانين المكتوبة، وينص عليه غالبًا، وقد تأتي درجته بعد النص
المكتوب مباشرة، المادة ١ من القانون المدني المصري، وفي الدرجة الثانية بعد
الشريعة كما صرح القانون المدني السوري.
وقد راعي الشارع الإسلامي الحكيم العادات الحسنة والأعراف السائدة
عند نزول الوحي، كإقرار الدية في القتل، والقراءة في الميراث... ولكنه
العلي العادات الفاسدة، والأعراف السيئة، والتعامل الجائر في الحروب
(2) وغيرهما،(3).
قال السبطي: «قال الفقهاء: كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له
 فيه، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف»(3).
فإن مراعاة العرف يتفق مع أهداف الشريعة في تحقيق المصالح، ودرء

(1) أبو حنيفة، أبو زهيرة ص ٣٥١، مالك، أبو زهيرة ص ٤٤٨، ٤٤٩.
(2) الأشياء والنظائر، السبئي ص ٩٩، الأشياء والنظائر، ابن نجمي ص ٩٩، وانظر للتوسع
والأملة في هذا الموضوع: كتاب العرف والعادة، أبو سمنة ص ٩٩ وما بعدها.
(3) الأشياء والنظائر، له ص ٩٨.
المفسد، ورفع الحرج والمشقة، وإصلاح أحوال الناس في حياتهم ومعايشتهم، وإن مكافحة العرف ومعارضته يخالف مبادئ الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير.

ويمتاز العرف على غيره من المصادر أن الأحكام الشرعية الثابتة فيها تكون حجة ما دام العرف جارياً عليه، فمثلاً تغير العرف تغير الحكم الشرعي، ولذلك وضع الفقهاء القاعدة المشهورة "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"، لأن ما بني على العرف يدور عليه وجوداً وعدداً.

وهذه القاعدة في تغير الأحكام محصورة في الأحكام المبنية على العرف الذي يحقق مصالح الناس، فإن تغير العرف، وتغيرت المصالح، تغيرت الأحكام، ولا تشمل هذه القاعدة الأحكام الثابتة بالنص أو بالإجماع أو الفياس، فإن الأحكام فيها ثابتة لا تغير ولا تتبدل.

وهذه فوائد للعرف تضيف على الأحكام الحرة التشريعة في التجواب مع حاجات الناس، ومتطلبات الأمة، وتغير المصالح، وتحقيق المنافع، لتكون الشريعة الإسلامية بحق مصدرًا خالداً للتطبيق، وصالحاً لكل زمان ومكان.

وكان المجتهد الواحد يغير الأحكام المبنية على العرف إذا رأى تغير العرف في البلد الواحد، أو من بلد إلى بلد، أو من زمان إلى آخر، كما حدث مع الإمام الشافعي.

كما كان الأئمة والممجدوين والفقهاء يختلفون في بعض الأحكام بناء على اختلاف العرف الشائع في زمانهم، أو بلدانهم، وهو أحد أسباب الاختلاف بين الفقهاء.

كما كان المجتهدون والفقهاء يفرون الأحكام المبنية على العرف، ويخالفون إمام مذهبهم، لاختلاف العرف بين المتقدمين والمتآخرين، ويقولون: إنه اختلاف عصر وزمان وليس اختلاف حجة وبرهان، وهذا ما حدث بين الإمام أبي حنيفة وصاحب، وحدث في بقية المذاهب الأخرى.

(1) انظر في أساس اختلاف الفقهاء كتاب أصول الفقه الإسلامي، للمؤلف ص 40 وما بعدها 74.
قال ابن عابدين: «ولهذا نرى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بما في ذلك، لعلهم أنه لو كان في زمنهم قالوا، أخذاً من قواعد مذهبه».(1)

التطبيقات الفقهية للعرف:

يعتمد الفقهاء على العرف والعادة في بيان الأحكام وتعليمها، ويحتكرون إليه في كثير من أبواب الفقه الفرعية، ويذكرهم في مواطن متعددة، وإذا تغيرت الأعراف والعادات تغيرت الأحكام السابقة، يقول ابن القيم: «وقد أجري العرف مجرى النطق في أكثر من مائة موضوع».(2)، ونحن نذكر أهمها في الأيمان والطلاق والدعاوى والبيع.

أولاً - الأيمان:

يرى الحنفية أن الأيمان مبنية على العرف والعادة، لأن الحالف يقصد المعهود المتعارف عنده، فتثقيد بلفظه، بينما يرى المالكية أن المعترض في الأيمان هو النية، فإن عدمت فقيرة الحال فإن عدمت فعرف اللفظ، ويرى الحنابية أن العيرة في الأيمان إلى نية الحالف، ويرى الشافعية أن الأيمان على الحقيقة أولاً، ثم على العرف.(3)، ونذكر بعض الأمثلة:

1 - حالف ألا يشترى نحمًا، أو لا يبيع في السوق، وكان الدافع إلى اليمين والباحث عليه كثرة الإزدحام، فيحمل اليمين عليه، فإذا زال الإزدحام فيبيع ويشترى عند المالكية.(4)

(1) رسائل ابن عابدين 2/125، 128.
(2) أعلام الموقفين 2/448، وقال السيوطي: «علم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثيرة»؛ الأشياء والنظائر ص 90، وانظر رسالة: العرف والعادة ص 81 وما بعدها، 129، قواعد الأحكام 2/126 وما بعدها.
(3) الفقه الإسلامي في أصوله الجديد 4/126، أعلام الموقفين 3/80، الأشياء والنظرات، ابن نجم ص 97، الأشياء والنظرات، السيوطي ص 98، العرف والعادة ص 122.
(4) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، هامش ص 239.
2 - حلف ألا يركب دابة، فيقطع اليمن على الدواب التي يركبها الناس عادة، كالخيل والحمير والبغل، فلو ركب ثوراً أو فيلاً فلا يبحث في يمينه؛ لأن العرف خصص الدابة فيما تعارفوا، وهم لم يتعارفوا ركب الجمال أو الثيران أو الفيلة، أما إذا تعارفوا ركب الجمال كالبلد فيبحث بركوبها، وإن كانوا يركبون الفيلة كالهندي فإنه يبحث في الهند دون غيرها عند الحنفية، خلافًا للشافعية الذين يقولون بالبحث في جميع الحالات مراعاة لدلالات اللفظ.

3 - حلف ألا يدخل بيتاً فدخل مسجداً، أو بيعة، أو كنيسة، أو بيت نار، أو دخل الكعبة، لم يبحث لأن هذه الأمكنة لا تسمى بيتاً في العرف والعادة، ولا يبحث بدخولها عند الحنفية والشافعية.

4 - حلف ألا يأكل لحماً فأكل سمكاً فلا يبحث عند الحنفية والشافعية، مع أن الله سبحانه وتعالى سما بحماً فقال تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي سَحَرَ الْبَحْرَ لَتَأكُلُوا مِنْهُ لِحَمَا طَرِيقًا﴾ (سورة النحل) الآية: 14. لأن السمك لا يراد عرفًا عند إطلاق اسم اللحم، وقال المالكية والحنبلية يبحث بأكل السمك، لأن الله سما لحماً في الآية السابقة، وفي قوله تعالى: ﴿وَمِنْ كُلّ تَأكُلُونَ لِحَمَا طَرِيقًا﴾ (سورة فاطر) الآية: 12.

5 - حلف ألا يضع قدمه في دار فلان، فإنه يبحث إذا دخل الدار، سواء أدخلها مشياً أم راكباً، لأن وضع القدم في العرف مناه الدخول، وليس مجرد ملاصقة قدمه للدار، فإن وضع قدمه في الدار دون أن يدخلها فلا يبحث.

ثانياً - الطلاق:

1 - إذا قال الرجل لزوجته: علي الطلاق، فيقع طلاقه، مع أن الطلاق يقع في

الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد 91/1
الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد 50/1 والمراجع المنشور إليها.
الفقه الإسلامي 81/1 والمراجع المنشور إليها، ونظرة: الآشوب والنظائر، ابن نجيب
ص 99، الآشوب والنظائر، السيوطي ص 93.
(4) رسائل ابن عابدين: 114/2

185
الأصل على المرأة، ولكن جرى العرف أن المقصود من هذه العبارة إيقاع الطلاق على المرأة فيقع بحسب العرف.

2 - إذا قال رجل: علي الحرام، فالحرف والعادة تفيد أن اللご紹介 يقصد منه إيقاع الطلاق على المرأة، مع أن قوله إباحة، وهو إباحة كاذب لأن زوجته حلال عليه وليس حراماً، ولكن العرف يقبل هذه العبارة إلى الإنشاء، وكأنه ينشيء الطلاق الآن.

3 - جاء في مدونة الإمام مالك رحمه الله تعالى: إذا قال لامرئته: أنت علي حرام، أو خلي، أو بري، أو وتهب لاهلتك، يلزم الطلاق الثلاث في المدخول بها، ولا تنفعه النية أنه أراد أقل من الثلاث، لأن هذه الألفاظ اشتهرت في عرف الاستعمال القديم في إزالة العصمة، واشتهرت في العدد الثلاث، مع أن صيغة الكلام بدل لغة على الإباحة العادي أو الحاضر، أن زوجته حرام عليه، وهذا كذب، لأن الزوجة حل لزوجها، ولكنها انتقلت في العرف إلى إزالة العصمة والعدد الثلاث وإنشاء الحرة.

واليوم تغير العرف، وأصبحت هذه العبارات تستعمل للطلاق الرجعي، فيقع الطلاق رجعيًا لأن الحكم السابق في المدونة مبني على العرف، وقد تغير العرف، فيجب أن يغير الحكم المبني عليه.

4 - قال رجل لزوجته: إن دخلت هذه الدار فانت طالق، وكان السبب في الطلاق وجود فاسق في الدار، فإن انتقل الفاسق منها، ودخلتها فلا تطلق، لأن اللufig يتفق بذلك.

ثالثاً - البيع:

1 - إذا قال شخص آخر في البيع مراجعة: بعتك بما قامت علي، مع الريح.

---

(1) انظر أقوال العلماء في حكم الحلف بالحرام في كتاب: أعلام الموqueeين 84/3، العرف والعادة، أبو سُنه ص 149.
(2) الإباحة، القرافي ص 237.
(3) الإباحة في تميز الفتاوى عن الأحكام ص 239.

186
بكذا، فيفهم منه لغة أن يكون البيع بنفس السعر الذي دفعه، ولكن الصرف والعادة جرته على إضافة ما دفعه البائع من أجر الخبطة، والنقل والنقاط، ثم يضيف لكل ذلك نسبة الربح المتفق عليها(1).

2- بيع النحل ودودي القز: وضعه الإمام أبو حنيفة، لأنه لم يعتبرهما من الأموال قياساً على هوام الأرض كالضفادع، ولكن الإمام محمداً حكم بماليتهاهما.

وصحة بيعهما، لجيران التعامل بهما في عرف الناس بيعاً وشراء(2).

3- جرية الالاعرف اليوم على شراء بعض الحاجيات مع اشتراط الضمانة بالإصلاح لما يطرأ على المبيع خلال فترة زمنية معينة كالساعة والمذياع والرائي والسيارات والبرادات، وهذا تخصص للحديث الذي نهى عن بيع وشرط(3).

4- الرجوع إلى الصرف في ثمن المثل، وبيان الغبن الفاحش الذي يقع به الوكيل أو الوالي، فإن الأطراف يرغمون إلى الصرف، يقول ابن أبي الدنيا الشافعي: «والأصول عندما في هذا أن يرغم إلى الصرف، ولا يضطغ بعدد محصور، كعشر مثلًا، فإن يحكم محض، بل يقال: كل ما قضى الصرف وأهله فيه بأنه لا يعد غبياً، ويتساهمون به، فلا غبن فيه، ويصح بيع الوكيل بدونه، وما يحكمون فيه بأنه غبن لا يصح البيع فيه(4).»

5- ما يدخل في البيع تبعاً للمبيع حسب الصرف، فيدخل في بيع السيارة الإطارات الاحتياطي، أما الراديو والمسجلة فاللصرف غير مطرد فيه، ويدخل في بيع البيت المفتوح والسلم الثابت بخلاف المتحرك(5).

_____________________
(1) الإحئام، القرافي ص 236.
(2) المدخل الفقهية العام 2/ 190، وانظر أمثلة أخرى في: المدخل الفقهية العام 2/ 860/2 و وما بعدها.
(3) الوسيط في أصول الفقه الإسلامي ص 444.
(4) أدب الفضاء، له ص 85، وانظر: قواعد الأحكام 2/ 131.
(5) الفروق، للقرافي 3/ 283، المدخل الفقهية العام 2/ 827.
187
رابعاً - الدعاوى:

1 - وضع العلماء قواعد للتمييز بين المدعى والمدعى عليه، منها أن المدعى من يوافق قوله الظاهر، فإذا كان الظاهر مبنياً على العادة، ثم تغيرت العادة، فلا يبقى الضابط مطبقاً على المدعى عليه، لأن قوله لا يوافق الظاهر، ولا يقبل قوله بيمينه، وإنما تجب عليه البيينة، وينقلب الحكم لاختلاف العادة.

مثال ما روى عن مالك رحمه الله تعالى: إذا تنازع الزوجان في قضية الصداق، بعد الدخول، أن القول قول الزوج، مع أن الأصل عدم القبض، قال القاضي إسماعيل: هذه كانت عادتهم بالمدينة: أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها، واليوم عادتهم على خلاف ذلك، فالتقول قول المرأة مع يمينها، لأجل اختلاف العوائد.(1)

2 - الأصل أن القاضي يسمع كل الدعاوى، ثم يطلب البيينة، فإن حضرت حكم بها، وإذا رد البين من المدعى عليه، ولكن الفقهاء استندوا دعوى الزوجة المدخول بها على زوجها أنه لم يدفع معجل مهرها، وقالوا: لا يسمع دعواها، ويرد قبول أن يسأل الزوج عنها، لأن عادة الناس مطردة أن المرأة لا تزف إلى زوجها إلا بعد دفع المهر المعجل، فظاهر الحال يكذب الدعوى فيدها القاضي.

وهو مثل على رد الدعوى، والأول مثل على تصديق الزوج، وترجيح جانبه، واعتباره مدعى عليه؛ لأن قوله يوافق ظاهر الحال وأعراف الناس.

واليوم في عصرنا الحاضر تغير العرف، واضطررت العادات، فبعض النساء يقبضن المهر المعجل، والبعض الآخر يؤجلن المعجل، ويذكرون في العقد أن المعجل كذا غير مقبول، والمؤجل كذا، وفي هذه الأيام يجب سماع الدعوى من الزوجة، وينقل قولها بعد قبض المهر مع اليمين.

وعلى الزوج إقامة البيينة أنه دفع المعجل.

3 - قضيب المهر: الأصل أنه لا يجوز دفع المال لغير صاحبه إلا إذا كان ولياً أو

(1) الإحكام، القرافي ص 123، وانظر: العرف والعادة ص 115.
وكيالاً، واستثنى الحنفية البنت البكر البالغة، فإذا قضى أبوها أو جدها المهر من زوجها يكون نافذاً عليها، مع أنه لا ولاية له عليها، إلا إذا صرحت بالنهي عن دفع المهر إليه، لأن العرف والعادة أن البنت البكر، وإن كانت بالغة، فإن الحياه يعلوها، وتستحي أن تغشى مجلس العقد أمام عضباتها وأقربائها، وأن الآباء يقومون مقامها في قضى المهر بدون وكالة منها (1).

ولكن قانون الأحوال الشخصية السوري، المعدل حديثاً، أراد أن يغير هذا العرف، فنص في المادة 60 على أن المهر حق للمزوجة، ولا تبرأ ذمة الزوج منه إلا بدفعه إليها بالذات، إن كانت كاملة الأهلية، ما لم تؤكل في وثيقة العقد وكيالاً خاصاً بقضيه.

وتكون بهذه الأمثلة والحالات في بيان التطبيقات الفقهية للعرف، مع أنه يرجع إلى العرف في أمور كثيرة جداً، في مختلف الأبواب الفقهية، ولا يكاد يخلو باب من أبواب الفقه إلا يرجع فيه الفقه والنافي إلى العرف، كالحرز في السرقة، والاستلام في العقود، والتفاوض في المجلس، والقبض للعوض، وإحياء الموات، والاستيلاء في الغصب، وحفظ الأمانة والوديعة، واستعمال العين المستأجرة، وكيفية استيفاء المنفعة منها، والكفاءة في الزواج، ومهر المثل، وسعر السوق، وقيمة المبيعات عند الغصب أو الاختلاف، وتعارف على وقف المنقول، ومقدار الفقة، والعب في المبيع، والعادة في الحيض والنفس، وألفاظ الوقت والوصية، والاختلاف بين الزوجين في متنا البيت، وطول الزمن، والتأخير المائع من الرد بالعبب، وفي الأرجاء كاليت، والإهانة، وفي تقدير العقوبة التعزيرية وغيرها، وحتى الجوار، واستعمال العارية، ونفقة الزوجة لقوله تعالى: {ولهن مثل الذي علیهن بالمعروف} (البقرة: 272) (2).

(1) المدخل الفقهي العام 2/911.

(2) نقلنا سابقاً قول ابن القيم أن العرف يجري مجرى النطق في أكثر من مائة موضوع، (أعلام الموقعين 2/483، 98)، وانظر: الأشباه والنظائر، السبوعي ص 90 الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص 99، المدخل الفقهي العام 2/848، الإسلام عقيدة وشريعة، الشيخ محمود شلتوت ص 167.
تغير الأحكام المبنية على العرف:

ونحنم الكلام عن العرف بذكر أهم ميزاته، وهي أن الأحكام المبنية على العرف والعادة تتغير عند تغير الأعراف والعبدات.

يقول ابن عابدين: ولهذا نرى مشايخ المذهب خالفوا ما نصر عليه المجتهد في مواقف كثيرة بناءاً على ما كان في زمنه، لعلمهم أنه لو كان في زمنهم لقال ما قالوا، أخذًا من قواعد مذهبهم.(1)

ونضرب بعض الأمثلة على ذلك:

1- ذهب الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة، عن عمر رضي الله عنه في رسالته: "المسلمون عدول بعضهم على بعض، وكان المسلم في زمن الإمام أبو حنيفة يلتزم بالإسلام قولًا وعملًا، عقيدة وشريعة، نظامًا وسلوكًا، فكانت صفة الإسلام في الشخص تكفي في قبول شهادته، كما كان الإمام في الزمن الذي شهد له رسول الله صلى الله عليه وسلم، بالخبرية بقوله: وَخَرِّ الْقُرْآنَ قُرْآنًا، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونُونَهُمْ، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونُونَهُمْ، ثُمَّ يَلُونُونَهُمْ، ثُمَّ يَلُونُونَهُمْ. "(2)

ثم قال الصاحبان وبقية علماء الحنفية لا يكتفي بظاهر العدالة في الشهادة، ولا بد من التزكية، لتغير العرف في زمنهم، بظهور أشخاص ينطقون بالشهادة، ويتحلون بصفة الإسلام، ولكنهم لا يلزمون بجميع أحكامه ونظمه وعباداته وسلوكه، فتناقض وصفهم مع فعلهم وفطا الكذب، لذلك وجب السؤال عنهم وتركيبتهم لقبول الشهادة أو رفضها.(3)

2- الاستجار على تعلم القرآن ونحوه: أنت المتقدمون بمنع الاستجار لذلك، وحرموا أخذ الأجرة؛ لأن تعلم القرآن واجب على المقريء والعالم من

_____________________

(1) رسائل ابن عابدين 125/2 ، وانظر: العرف والعادة ص 83.
(2) رواه البخاري ومسلم والترمذي وأحمد عن ابن مسعود، وروى الطبراني والحاكم مثله عن عمران بن حصين وأبي مسعود وعدد من هبرات، (الفتح الكبير 2/99).
(3) أصول الفقه، أبو زهرة ص 224، رسائل ابن عابدين 126/2.
جهة، والمكلف إذا قام بواجبه لا يستحق عليه أجرة، ومن جهة أخرى كان الناس يطلبون حول العلماء، ويطلبون رضاهم، وينذللون لهم أغلى ما يملكون، وكان الحكام يخصصون للعلماء أجزأء عطياتهم مستمرة ودائمة بمقدار كفايتهم وزيادة، ثم انقطع هذه العطبات، وضب البذل والسخاء للعلماء، ودخل الناس بما عندهم، وضنوا على العلماء والقراء، فأفتى المتأخرون بجوز الاستئجار على تعليم القرآن وفقية العلوم الشرعية، وأجازوا أخذ الأجرة لتامين حاجة المعلمين ومعاينهم، خشي أن يشغلو بحسب الرزق عن التعليم فيضيع على الناس خير عمهم، وضيع عقيدتهم وأموالهم بعد ذلك.

3- الشرط المفسد: هو كل شرط يمنح أحد العاقدين منفعة زيادة على حساب الآخر، وهذا الشرط لا يقتضي العقد، ولا بلوغه، كشرط المشترى على البائع طحن الحنطة، أو نقل الأثاث إلى البيت على نقية البائع، أو إصلاح الآلة إذا تطلعت، أو استعمال البيع مدة معينة بعد البيع من قبل البائع، والشرط المفسد يفسد العقد، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط.

واستناد الحنفية من هذه الشروط ما تعارف عليه الناس كالأمثلة السابقة، مثل بيع الوفاء الذي تعارفه الناس؛ لأن النبي ﷺ الذي يشترى البائع يمنح أحد العاقدين منفعة زيادة يفرضها صاحبه على غيره، مستغلًا حاجة الآخر، أو ضعفه أو جهالتته وكل ذلك يؤدي إلى منازعة، فإن تعارف الناس الشرط أصبح معلومًا ومعروفًا ونورًا به الجهالة، وترفع عنه المنازعة، ويوح الشروط المتعارف كالمنصوص عليه في العقد يكون صحيحاً؛ لأن المعروف عرّفه كالشروط شرطاً، والمعروف بين التجار كالشروط بينهم.

4- القرض: أجاز الإمام محمد اقتراض الخيز عدداً بين الجيران، وهو الراجح

(1) رسائل ابن عابدين 1/ 125، أصول الفقه، أبو زهيرة ص 264.
(2) سير بنخريج ص 117.
(3) المدخل الفقهي العام 2/ 90/2 ، نظرية الشروط المقننة بالعقد، زيدي الدين شعبان ص 141، 125/10/2. 191
المعمول به والمفتى به عند الحنفية، لتعارف الناس ذلك، وحاجاتهم إليه،
مع التفاوت في الوزن بين وغيف ورغيف.
مع أن الخز مال ربحي من صنف الموزونات، والزيادة في الوزن ربا،
وهو محرم والقرض فاسد، ولكن الإمام محمدًا أجازه، واعتمد العرف
الشائع، بأن تعارف الناس اقتراض الخز بالعدد أسقط الوزن، واكتفوا
بالعدد(1).

5 - لفظ أستاذ: كان يطلق على رب العمل من أهل الصناعات، فإذا وضع
الرجل ابنه عند أستاذ، ثم اختفوا على الأجرة، فالاستاذ يطلب أجرة؛ لأنه
سيعلم الولد الصناعة، والأب يطلب الأجرة؛ لأن ولده يخدم الاستاذ
ويساعد ويقدم له المنفعة، والاستاذ يستفيد منه، ويسغل جهده، فيرجع
إلى العرف الخاص بهذه الحرة أو المهنة(2)، ومثل ذلك في وقتنا الحاضر
اسم "المعلم" فإنه يطلق رسمياً على المعلم في المدارس الابتدائية، كما
يطلق على أرباب الصناعات والأعمال المهنية كالحلاقين، فيرجع إلى عرف
كل منهما فيما يختلفون به.

والامثلة على ذلك كثيراً كالإكرام من غير الحاكم، والوقف للمنقول،
وتضمن الأجور المشترك، والعدالة المطلوبة في الشهادة، وقد خالف كثير من
العلماء أنتموا في بعض المسائل لتعتبر العرف والعادات والأزمان، ويقولون: إنه
اختلاف عصر وزمان، وليس اختلاف حجة وبرهان، كما يعللون الأحكام
الجديدة المخالفة لسابقتها: بأنه اختلاف الزمان وفساد الأخلاق، ويقولون: إنه
لوجد الإمام في هذا العصر لقال بذلك، ولذا سأغ للمتأخرين أن يخلفوا أراء
المتقدمين باتفاق إذا كانت مبنية على العرف الذي يرعاه المجتمع في القياس
والاستحسان والمصالح المرسلة(3)، ووضع الفقهاء القاعدة المشهورة: لا ينكر
تغير الأحكام بتغير الأزمان.

(1) المدخل الفقهي العام 2/903.
(2) المدخل الفقهي العام 2/897.
(3) أصول الفقه، أبو زهرة ص 222، أعلام الموقفين 3/99، أبو حنيفة، أبو زهرة.

192
ووهذا يدل على الواقعية في الفقه الإسلامي، وعلى المرونة في أحكامه، 
وهذا منتهى العدل بين الناس، وإلا ساد الظلم والجهل عند تطبيق الحكم المبني 
على عرف قديم على أفراد لا يدررون بهذا العرف، ولا يعملون بموجبه، ولا 
يعلمون به.

يقول القرافي: «إن إجراء الأحكام التي مدركها العوائد - مع تغيير تلك 
العوائد - خلاف الإجماع، وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتع 
العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة، إلى ما تقضيه العادة المتجددة»(1).

وينقل ابن القيم هذا الكلام ويؤديه بقوله:

وهذا محض اللقب، ومن أقي الناس بمجرد المنقول في الكتب على 
اختلاف عرفهم وعوائدهم، وأزمتهم وأمكنتهم وأحوارهم وقرائن أحوالهم فقد 
ضل وأضل، وكانت جنابة على الدين أعظم من جنابة من طب الناس كلهم 
على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمتهم وأحمالهم وطوابعهم بما في كتاب من كتب الطب 
على أبادائهم(2).

القواعد الفقهية في العرف:

ومن خص بحث العرف بذكر القواعد الفقهية الموضوعة فيه، وهي:

1 - العادة محكمة.

2 - الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي.

3 - المعروف عرفًا كالمشروط شرطاً.

4 - استعمال الناس حجة يجب العمل بها.

5 - إنما تعتبر العادة إذا أفردت أو علبت.

6 - القدرة للغالب الشائع لا للنادر.

= ص 354، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي ص 445، العرف والعادة ص 44، رسائل 
ابن عابدين 2/126، 138، وما بعدها.

(1) الإحكام في تميز الفتوى عن الأحكام، له ص 232-33.
(2) أعلام المؤلفين 3/100، وانظر: أبو حنيفة، أبو زهيرة، ص 357، الشرع والعادة 
ص 108، 110، قواعد الأحكام 2/130 وما بعدها.

193
7 - الحقيقة تترك بدلاً العادة.
8 - الكتاب كالخطاب.
9 - الإشارة المعهودة من الأخرين كالبيان باللغة.
10 - التعين بالعرف كالتعيين بالنسي.
11 - المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.
12 - لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان.

***

194
نظرية تاريخية عن الفقه الإسلامي:

بدأت الحركة الفقهية بالظهور بعد وفاة رسول الله ﷺ، وقام الصحابة والتابعون ومن بعدهم الأئمة والعلماء والمجتهدين باستنباط الأحكام الفقهية من المصادر الشرعية، وشموها عن أبيهم لاستخراج حكم المسائل والقضايا من الكتاب الكريم والسنة الشريفة، والاجتهاد بواسطة بقية المصادر، لاعتقادهم أن لكل قضية أو أمر من أمور الدنيا حكما Allah تعالى، وأنهم الملحقون بيان هذه الأحكام، ومسؤولون أمام الله تعالى عن ذلك، فإذا حدث أمر، أو طرأ حادثة، أو أثيرت قضية، أو وقع نزاع، أو استجد بحث رجع الناس والحكام إلى العلماء والمجتهدين لمعرفة حكم الله تعالى في ذلك، وأخذ العلماء بواجبهم نحو هذه الأمانة فنظروا في كتاب الله تعالى، فإن وجدوا نصاً صريحاً بينه للناس، وإن لم يجدوا رجعوا إلى السنة دراستا وبحثا وسؤالاً، فإن وجدوا ضالتهم المنشودة أعلوها، وإن لم يجدوا نصاً في كتاب أو سنة شرعوا بالاجتهاد وبدل الجهد والنظر في الكتاب والسنة وما يتضمنان من قواعد مجمعة، ومبادئ عامة، وحالة صريحة أو ضمنية إلى المصادر الشرعية الأخرى، ويعملون عقولهم في تحقيق مقاصد الشريعة، وأهدافها العامة، ليصلوا من بعد ذلك إلى استنباط الأحكام الفقهية، وبيان الحلال والحرام، ومعرفة حكم الله تعالى، ... وتكون من عملهم مجموعة ضخمة من الأحكام الشرعية والفروع الفقهية، وقاموا براجهم أحسن قيام في مسأله التطور، والغايات الفنوح، ورسم المنهج الإسلامي في حياة الفرد والمجتمع والدولة، لتنبأ مستقبل بالأحكام الشرعية في كل صغيرة أو كبيرة.

195
ويظهر من هذه المقدمة أن الفقه الإسلامي بدأ من الفروع والجزئيات، واستمر على هذا المنوال طوال القرن الهجري الأول، وظهر خلال القرن الثاني عوامل جديدة وطرق مختلفة وتطورات ملحوظة منهما ظهور الفقه الافتراضي الذي اتجه إلى مساواة الزمن، واستباق الحوادث، وافتراض القضايا والمسائل بيان أحكامها الشرعية، كما ظهر آلهة المذاهب الذين دُونا أحكامهم، وتميزت اجتهاداتهم، وتحددت قواعدهم وأصولهم في الاستنباط والاجتهاد، واجتاز كل مذهب بنهج معين في بيان الأحكام، معتمدين على القواعد والأصول التي يسيرون عليها، وبرزت للوجود ثلاثة أنواع من القواعد هي:

1 - قواعد الاستنباط والاجتهاد، وهي السبل التي يعتمد عليها المجتهد في معرفة الأحكام من المصادر الشرعية، وهي قواعد علم أصول الفقه.

2 - قواعد التخريج التي وضعها العلماء لرواية الأحاديث وتدوين السنة، وقبول الأسانيق، والحكم عليها بالصحة أو الضعف، بالأعتماد على الصحيح في الاستنباط والاجتهاد، وترك الضعف، والحذر من الموضوع، وهذه القواعد هي مصطلح الحديث، أو أصول الحديث، أو قواعد التحديث.

3 - قواعد الأحكام، وهي القواعد التي صاغها العلماء، وخاصة أتباع الأئمة ومجتهدي المذاهب، لجمع الأحكام المتتالية، والمسائل المنتظرة، وبيان أوجه أشبه بينها، ثم ربطها في عقد منظور، يجمع شنائها، ويؤلف بين أجزائها، ويقيم صلة القربي في أطرافها، لتصبح عائلة واحدة، وأسرة متضامنة، وهي القواعد الكلية في الفقه الإسلامي.

إذا حدثنا الإمام القرافي عن وجود هذه القواعد، فقوله:

«إن الشريعة المشمولة اشتملت على أصول وفروع، وأصولها قسمان:

أحدهما: المسمى بأصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة من الألفاظ العربية خاصة، وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والتجزئة، ونحو الأمر للوجود، والنهي للتحريم... إلخ.

(1) المدخل، شبه ص 230 - 231. 196"
والقسم الثاني: قواعد كلية جميلة، كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة
على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى،
ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه، وإن كان يُشار إليها هناك على سبيل
الإجمال، ويبقى تفصيله لم يتحصل...»(1) ثم يتابع كلامه عن فوائدها.

وهذه القواعد التي أشار إليها القرافي، ومنها نشأتها سابقاً، هي مناط
بحث في هذا الباب، ونقسم الكلام عنها إلى فصول:
الفصل الأول: في تعريفها، فوائدها، مصادره، التأليف فيها وكتابها.
الفصل الثاني: في شرح القواعد، وبيان أصولها، وما يدخل تحتها من
أحكام، وما يتفرع عنها من قواعد.

(1) الفروق، له 2/1. 197
الفصل الأول
في تَعْرِيفِ القواعد، وقوائدها ومصادرها والتأليف فيها
وفي مباحث
المبحث الأول
في تَعْرِيفِ القواعد

القواعد جمع قاعدة، والقاعدة لغة: الأساس، ومنه قواعد البناء أساسه،
قال تعالى: {وَاتَّقُنُوا إِبْرَاهِيمَ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيَتِ}١.
والقاعدة في الاستحلاب بمعنى الضابط، وهي الأُمر الكلي المنطبق على
جميع جزئياته٢١. فالقاعدة قضية كليّة يدخل تحتها جزئيات كثيرة، وتحيط
بالتفرع والمسائل من الأبواب المتفرقة، والقاعدة إما أن تطبق على جميع الفروع
التي تدخل تحتها كما سبق في التعريف، وإما أن تشمل غالب الجزئيات أو
أكثراً، ويخرج عنها بعض الفروع والجزئيات التي تطبق عليها قاعدة أخرى،
و بذلك عرفها الحموي في حاشيته على الأشباه والنظائر بأنها "حكم أغلبي يطبق
على معظم جزئيات".

وقد اخترى التعريف الأول الذي يفيد انطباق القاعدة على جميع
الجزئيات، لأن الأصل فيها أن تكون كذلك، وأن خروج بعض الفروع عنها لا
يضر ولا يؤثر، وتكون استثناء من القاعدة، لأن كل قاعدة أو مبدأ أو أصل له

١ المصباح المنير ٢/٠٠، المفردات في غريب القرآن، الأصبهاني ص٤٠٩.
٢ المصباح المنير ٢/٠٠، كشف اصطلاحات الفنون ١١٧٦/٥.
استثناء، وهذا الاستثناء لا يغير من حقيقة الأصل أو المبدأ، وقد صرحت المجلة بهذا فقالت في المادة الأولى منها: "ثم إن بعض هذه القواعد، وإن كان بحيث إذا انفرد يوجد من مشتملته بعض المسئويات لكن لا تخلت كليتها وعمومها من حيث المجموع لما أن بعضها يخصص ويقيد بعضاً.

الفرق بين القاعدة والضابط:
يميز العلماء بين القاعدة والضابط بأن القاعدة تحيط بالفروع والمسائل في أبواب فقهية مختلفة، مثل قاعدة: الأمور بمقاصدها، فإنها تطبق على أبواب العبادات والعبادات والعقود والجهاد وغيرها من أبواب الفقه.
أما الضابط فإنه يجمع الفروع والمسائل من باب واحد من الفقه، مثل: لا تصوم المرأة طوعاً إلا إذن الزوج أو كان مسافراً، ومثل: الكفار مكلمون بفروع الشريعة، عند الشافعي، مثل: الإسلام يجب ما قبله في حقوق الله دون ما تعلق به حق آدمي كالقصص وضمان المال.

الفرق بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية:
رأينا أن العلماء وضعوا قواعد أصولية للاستنباط والاجتهاد، وكان تدوينها مبكراً وسابقاً على القواعد الفقهية، وأول من دونها وجمعها في كتاب مستقل الإمام الشافعي رحمه الله تعالى في كتابه «الرسالة»، كما وضع الأئمة قواعد فقهية لجميع الأحكام المشابهة، والمسائل المناظرة، وكانت مبتعثة في الكتب والأبواب الفقهية، وتأخر تدوينها وجمعها بشكل مستقل، كما سنرى، وقد صرح القرافي بالنوعين السابقين وبيهما، لكنه جمع في كتابه «الفروق» بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية، وكذلك

(1) الأشياء والنظائر، ابن نجم، ص 173 المدخلا لدراسة التشريع الإسلامي / 2 / 1999.
(2) الأشياء والنظائر، السيوطي، ص 250، وانظر بحث «القواعد الفقهية» للمؤلف في مجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي - مكة المكرمة - العدد الخامس، عام 1402 هـ، وانظر بحث «السيوطي والقواعد الفقهية» للمؤلف في مجلة مجمع اللغة العربية بدمشق، عام 1992 م.
فعّل السيعي الشافعي وابن نحيم الحنفي، وابن اللحام الحنابي، وغيرهم، ويمكن التمييز بين النوعين بما يلي:

1 - أن القواعد الأصولية خاصة بالمجتهد يستعملها عند استنباط الأحكام الفقهية ومعرفة حكم الوقائع والمسائل المستجدة من المصادر الشرعية.

أما القواعد الفقهية فإنها خاصة بالفقه أرثوذق أو المتفق على الألف الذي يرجع إليها لمعرفة الحكم الموجود للفرع، ويعتمد عليها بدلاً من الرجوع إلى الأوباب الفقهية المتبعة.

2 - تتنصّف القواعد الأصولية بالعموم والشمول لجميع فروعها، كما تتصف بالثبات فلا تغير ولا تتبدل.

أما القواعد الفقهية فإنها وإن كانت عامة وشاملة، ولكنها أكثر فيها الاستثناءات، وهذه الاستثناءات تشكل قواعد مستقلة أو قواعد فرعية، وهذا ما حدا بكثر من العلماء لاعتبار القواعد الفقهية قواعد أغلبية، وأنه لا يجوز الفتوى بمقتضاها.

كما أن القواعد الفقهية ليست ثابتة، وإنما تتغير لتغير الأحكام المبنية على العرف والمصلحة وسند الذرائع وغيرها، أما القواعد الأصولية فإنها ثابتة فلا تتغير ولا تتبدل.

الفرق بين القواعد والنظريات:

قلنا إن الفقه الإسلامي بدأ بالفروع والجزئيات، ثم انتقل إلى التعبير بإقامة الضوابط الفقهية والقواعد الكلية، وهذه القواعد والضوابط مرحلة ممدهدة لجمع القواعد المشابهة والمتباعدة، العامة لإقامة نظرية عامة في جانب من الجوانب الأساسية في الفقه، ولكن الظروف التي مرت بالزمان الإسلامية وأحاطت بالاجتهاد والعلماء أوقفت العمل عند مرحلة القواعد، إلى أن ظهرت في هذا القرن النهضة الفقهية والدراسة المقارنة، وشرع العلماء في صياغة النظريات.

(1) المدخل لدراسة التشريع الإسلامي 1494/1 وما بعدها.

201
الأساسية في الفقه الإسلامي، مثل: نظرية العقد، نظرية الملكية، ونظرية الأهلية، ونظرية الفساد، ونظرية البطلان، ونظرية الشروط المقتربة بعقد، ونظرية العقد الموافق، ونظام الحكم في الإسلام، ونظام المال في الإسلام، ونظرية التكافل الاجتماعي، ونظام الجهد، وغيرها مما ينبع للباحث أو الدارس أن يحصل على منهج الإسلام، وآراء الفقهاء في كل جانب من جوانب التشريع الأساسي في الإسلام.

والفرق بين القواعد الفقهية وبين النظريات أن القواعد إنما هي ضوابط وأصول فقهية تجمع الفروع والجزئيات، ويعتمد عليها الفقه والمفتي في معرفة الأحكام الشرعية، أما النظريات الفقهية فهي دستور ومفاهيم كبرى تشكل نظاماً متكاملاً في جانب كبير من جوانب الحياة والتشريع، وأن كل نظرية تشمل مجموعة من القواعد الفقهية.

مثال القواعد الفقهية قاعدة "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للأنظار والمباني، التي تفسر صيغة العقد وموضوعه لتحديد الآثار المترتبة عليها.

ومثال النظريات الأساسية: نظرية العقد التي تتناول جميع العقود الشرعية في مختلف أطرافها من التعريف والأركان والشروط والآثار، وموقع العقد بين مصادر الالتزام الأخرى.

والنظريات تعتمد على أركان وشروط تقوم عليها، أما القواعد الفقهية فليس لها أركان وشروط.

(1) المدخل الفقهي العام 1216 وما بعدها، 2/1941.
البحث الأول
في قواعد القواعد الكليّة وأهميتها

بين لنا الإمام القرآفي أهمية القواعد وقواعدها فيقول:

وهذه القواعد مهمة في الفقه، عظيمة النفع، ويقدر الإحاطة بهاعظم
قدر الفقيه وشرف، ويظهر رونق الفقه وشرف، ومن جعل يُخرج الفروع،
بالمناسبات الجزئية، دون القواعد الكلية، تنافست عليه الفروع وانتفت،
واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تنافسة، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى
عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراها في الكليات، واتحد عندهما تناقص عند
غيره، وتناسب(1).

وقال ابن نجييم: «الأول في معرفة القواعد التي تُردُّ إليها، وفرعوا الأحكام
عليها، وهي أصول الفقه، وهبا يرتقي الفقيه إلى درجة الاجتهاد ولو في
الفتوى»(2).

ويمكننا أن نلخص أهمية القواعد وقواعدها بما يلي:

1 - إن دراسة الفروع والجزئيات الفقهية، يكون مستحيلاً، بينما يدرس
المسلم قاعدة كلية تنطبق على فروع كثيرة لا حصر لها، ويتذكر القاعدة
ليفرع عنها المسائل والفروع، يقول السيوفي:

\[تَعَلَّم أَن فَنّ الأَشْباه وَالنَّظَارَة فَن عَظِيم، لِيُبْلِع عَلَى حَقَائِقَ الفَقَه
وَمَدَارِكَه، وَمَا أَخْذُهْ وَأَسْرَهْ، وَيُتَمَّر فِي فَهْمِه وَأَسْتَحْضَارِه، وَيُقَدَّر عَلَى
\]

(1) الفروع، له 1/3.
(2) الأشياء والنظائر، له ص. 15.

203
الإلحاق والتخرج، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، والحواض والوقائع التي لا تنقض على ممير الزمان، ولهذا قال بعض أصحابنا: الفقه معرفة النظائرٍ (1).

2 - إن دراسة الفروع والجزئيات إن حفظت كلها أو أغلبها فإنها سريعة النسيان، ويحتاج الراجوع إليها في كل مرة إلى جهد ومشقة وحرج، أما القاعدة الكلية فهي سهلة الحفظ بعيدة النسيان، ومتى ذكر أمام الفقه فرع أو مسألة فإنه يتذكر القاعدة، مثل قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»، أو «الضرر يزال»، أو يتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام، أو «الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة».

3 - إن الأحكام الجزئية قد يتعرض ظاهراً، ويبدو التناقض بين علتها، فيعق الطالب والباحث في الارتباط والخلط وتشتيت عليه الأمور، أما القاعدة الفقهية فإنها تضبط المسائل الفقهية، وتنسق بين الأحكام المشابهة، وتتردد الفروع إلى أصولها، وتسهل على الطالب أخذها.

4 - إن القواعد الكلية تسهل على رجال التشريع غير المختصين فرصة الإطلاع على الفقه بروجه ومضمونه وأسسه وأهدافه، وتقدم العون لهم باستمداد الأحكام منه، ومراعاة الحقوق والواجبات فيه (2).

5 - تكون القواعد الكلية عند الطالب ملكة فقهية تشير أمام الطريق لدراسة أبواب الفقه الواسع ومعرفة الأحكام الشرعية في المسائل المعروضة عليه، واستنباط الحلول للوقائع المتجددة، والمشاكل المتكررة، والحوادث الجديدة.

(1) الأشياء والنظائر، له ص. 6.
(2) المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، 1419/1، المدخل، شبلين ص. 220.
المبحث الثالث
في مصادر القواعد الكلية

إن القواعد في الفقه الإسلامي - بسبيغتها الأخيرة - هي من وضع وصياغة وترتيب الفقهاء على مر العصور، أما أصلها ونشأتها فكانت مستقاة من ثلاثة مصادر، هي:

1- القرآن الكريم: فقد جاء القرآن الكريم بمبادئ عامة، وقواعد كلية، وضوابط شرعية لتكون منارةً وهدية لعلماء الأمة في وضع التفاصيل التي تحقق أهداف الشريعة وأغراضها العامة، وتنفق مع مصالح الناس، وتطور الأزمان واختلاف البيئات.

وقد حققت هذه المبادئ العامة هدفين أساسيين: الأول: تأكيـد الكمال في دين الله تعالى الذي ورد في قوله تعالى: "اليوم أكملت لكم دينكم، وأتممت عليكم بعَمْـي، ورضيت لكم الإسلام ديناً" (سورة المائدة) الآية 8، والثاني: بيان ميزة المرونة في التشريع الإسلامي لمسايرة جميع العصور والبيئات، لبقي صالحًا للتطبيق في كل زمان ومكان.

وهذه المبادئ العامة في القرآن الكريم كانت مصداً مباشرةً للأئمة والفقهاء في صياغة القواعد الكلية في الفقه الإسلامي، والاستعانة بها لتشمل جميع الفروع التي تدخل تحتها، مثل قوله تعالى: "واذرهم شورًا بينهم" فهي تصف المؤمنين بالتشاور في جميع الأمور، سواء كانت عائلية أو اجتماعية أو إدارية أو سياسية أو حربية...، ومثل قوله تعالى: "ولهُم مثل الذي عليهن بالمعروف" التي تعتب قاعدة عامة لتحديد الحقوق والواجبات بين الزوجين.

(1) المدخل لدراسة التشريع الإسلامي 1/292.
السنة النبوية: فقد أعطي رسول الله ﷺ جوامع الكلام، واختصُر له الكلام اختصارًا، وكان عليه الصلاة والإسلام ينطلق بالحكمة القصيرة التي تخرج مخرج المثل، وتكون قاعدة كلية، وبدأ عامًا ينطوي على الأحكام الكثيرة، والمسائل المتعددة والفرع المتكررة(1)، مثل قوله: "المسلمون على شروطهم، وقوله: "إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالْبَيْنَاتِ، وَقُولُهُ: "الدَّينُ النَّصِيحَةُ، وَقُولُهُ: "كَلُّ عَمَلٍ لَّسْ يَلْهَبْهُ أَمَّنَآ فَهُوَ ردٌّ، وَقُولُهُ: "الخَراجُ بِالضَّمَانِ، وَقُولُهُ: "الحَلالُ بِنِئَ، والحَرامُ بَيْنٌ.

الاجتهاد: وذلك باستنباط القواعد الكلية من الأصول الشرعية، وبمبادئ اللغة العربية، ومسلمات المنطق، ومقتضيات العقول، فالعالم يرجع إلى هذه المصادر، ويبذل جهده فيها، ويجمع بين الأحكام المشابهة، والمسائل المتنازعة، ويستخرج قاعدة كلية منها تشمل كل ما يدخل تحتها أو أغلبه، كما فعل علماء الأصول في وضع القواعد الأصولية، وكذلك سار الفقهاء في القواعد الفقهية، مثل قاعدة "الأمور بمقاصدها المأخوذة من مجموعة من الأحاديث أهمها حديث "إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالْبَيْنَاتِ"، مثل قاعدة "الضرر يُزال المأخوذة من حديث "لَا ضَرَرُ ولا ضَرَارٌ، مثل قاعدة "المرء مؤخذ بإقراره المأخوذة من قوله تعالى: "وَلَيْمَلُوَّ الَّذِي عَلَى الْحَقِّ"، مثل قاعدة "السَّؤال معاد في الجواب المأخوذة من مبادئ اللغة العربية، ومثل قاعدة "إذا تُعذر إعمال الكلام يُحل، المأخوذة من لوازم التفكير ومبادئ العقل(2)".

(1) طرق تدريس التربية الإسلامية، للمؤلف ص 323، 325.
(2) المدخل لدراسة التشريع الإسلامي 1997/1.
كانت صياغة القواعد الفقهية في عصر متقدم، وذلك منذ القرن الثاني الهجري، ولكنها لم تفرد في التأليف والتصنيف والتدوين بشكل مستقل إلا بعد ذلك بقرنين تقريباً، وكانت المذاهب الفقهية قد نضجت وتبلورت، فأخذ تأليف القواعد طابع المذاهب الفقهية، واتجه علماء كل مذهب لكتابة القواعد في مذهبه، ولكن كانت صياغة القواعد غالباً عامة وواحدة ومشتركة بين المذاهب، وتختلف الفروع التي تدخل تحتها، وأول من بدأ في تدوين القواعد فيما وصلناه - أبو طاهر الدباس الإمام الحنفي فيما وراء النهر، ورد قواعد مذهب أبي حنيفة إلى سبع عشرة قاعدة، وسافر العلماء إليه لأخذها عنه، ولما بلغ ذلك الفاضل حسن من الشافعية رد جميع مذهب الشافعي إلى أربع قواعد (1)، ثم استمر التصنيف والإضافة والزيادة عليها، وانتقل إلى بقية المذاهب، وظهرت كتب القواعد بعدة أسماء مثل: كتب الآشية والناظر، وكتب الفروق، وكتب القواعد.

أولاً - كتب القواعد الكلية في المذهب الحنفي:

أول من بدأ التصنيف في القواعد - فيما نعلم - أبو طاهر الدباس الذي جمع سبع عشرة قاعدة في الفقه الحنفي، وصار يكررها كل ليلة في مسجده، ويعيدها ويصلىها.

(1) الآشية والناظر، السويطي ص 77، الآشية والناظر، ابن نجمي ص 5، المدخل، شلي ص 332، المدخل الفقهي العام 1406/2007.
ثم أخذها أبو الحسن الكرخي (260 - 340 هـ) عن أبي ظاهر الدباس، وكان معاصرًا له، وزاد عليها، وذُكِرُها في رسالة الأصول التي جمع فيها فروع المذهب الحنفي (1).

وعندما جاء أبو زيد الدبولي (عبيد الله بن عمر بن عيسى 430 هـ) ألف كتابه تأسيس النظر في الأصول، وضعه القواعد الكلية للفقه، مع الضوابط الفقهية، وأساس الاختلاف بين الأئمة (2).

وجاء بعد ذلك نجم الدين عمر النسفي (537 هـ) وتناول قواعد الكرخي، وذكر الأمثلة والشواهد لكل قاعدة من القواعد، وما تشمل من الفروع الفقهية، والأحكام المستنبطة على المذهب الحنفي.

وانتقلت هذه القواعد مع شواهدها وأمثلتها من كتاب إلى آخر، حتى جاء إبراهيم بن نجيم المصري (970 هـ)، وألف كتابه الأشباه والنظائر الذي جمع فيه القواعد الكلية، ورتبها، وصنفها، وقاسمها، وبين الفروع التي تشمل عليها، ثم ذكر أصل القاعدة، والمسائل التي تستند منها، ورتب كتابه على سبعة فنون: الأول: معرفة القواعد، وهي أصل الفقه في الحقيقة، ويهي يرتقي الفقه إلى درجة الاجتهاد، ولو في الفوائد، والثاني: فن الضوابط، وهو أرفع الأقسام للمدرس والمفتي والقاضي.

وقد صرح في مقدمة الكتاب أنه يريد أن يحاكي كتب الشافعية في القواعد، فقال: «وان المشايخ الكرام قد ألقونا لنا ما بين مختصر ومطول من متوى وشرح وفاتوي، وأجدهوا في المذهب والفوائد، إلا أن لم أر لهم كتابًا يحاكي كتاب الشيخ تاج الدين السبكي الشافعي مشتملاً على فنون في الفقه... فألموا أن أصنع كتابًا على النمط السابق» (3).

(1) المراجع السابقة.
(2) كتاب تأسيس النظر مطبوع ومعه رسالة الكرخي.
(3) الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص 15، 16، وقد انتقد المفتي جامع الأصول الحنفي إلى كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم، دراسته وتعليقه وشرحًا، إنه: كشف الفنون في الفنون 105/1، وأهم الشروط المشروعة غم عيون البصائر، للفقهي الحنفي أحمد بن محمد الحموي من علماء القرن الحادي عشر الهجري، ولاحظ أن عبارات ابن نجيم تنفق تماماً في معظم الأسس.
ومن كتب القواعد عند الحنفي كتاب "الفروق" للكرابيسي (570 هـ) أبو
المظفر أسعد بن محمد بن الحسين الكرابيسي النيسابوري (1).

وكذا كتاب "مجمع الحقائق" للفقيه الحنفي محمد، أبو سعيد الخادمي
(1155 هـ)، من علماء القرن الثاني عشر وكتابه في أصول الفقه، لكنه وضع
في نهاية الكتاب أربعًا وخمسين قاعدة، وفاء فيما بعد مصطفى محمد الكور
الحصاري وشرح هذه القواعد في كتاب "منافع الدقائق" وقد سار الخادمي في
كتابه على طريقة الزركشي الشافعي المتوفي 794.

ثم جاء مقتي دمشق، في عهد السلطان عبد الحميد، الشيخ محمود حمزة
الدمشقي الحنفي المتوفي (1305 هـ) ومؤلف كتابًا في القواعد باسم "الفرائد
البهية في القواعد والقواعد الفقهية"، وصنف القواعد حسب أبوب الفقه، وذكر
لكل قاعدة مصدرها الفقه وفرعها التي تدخل فيها.

أما القواعد الفقهية في مجلة الأحكام العدلية فسوف نفصل الكلام عنها
في نهاية هذا البحث.

ثانيًا - كتاب القواعد الفقهية في المذهب الشافعي:

قيننا إن القواعد بدأت بالظهور في القرن الثاني الهجري، وكانت على

= الأحياء مع كتاب "الأشبه والنظائر" للسوطي الشافعي المتوفي (911 هـ) قبل ولادة ابن
نجيح، فإنما أن يكون ابن نجيب قد اعتمد على كتاب السوطي حفظًا دون أن يصرح أو
يشير إليه، وأما أن يكون السوطي ابن نجيب قد اعتمد حفظًا على كتاب "الأشبه
والنظائر" لابن السبكي الشافعي أو ابن الوكيل الشافعي.

(1) كشف الظنون 188/2، ويوجد من هذا الكتاب نسختان مخطوتان في دار الكتب
المصرية برم 232 و293 فقه حنفي، ويقوم بتحقيق ونشره أحد طلاب الدراسات العليا
في كلية الشريعة والقانون بالزهر، للحصول على شهادة الدكتوراه.

(2) كتاب مجمع الدقائق مطبوع مع شرحه منافع الدقائق بالمطبعة العامة بالقسططنية سنة
1308.

(3) الكتيب مطبوع في دمشق سنة 1298 هـ ثم طبع بدار الفكر بدمشق سنة 1406 هـ.

209
قسمين: قواعد أصولية، وقواعد فقهية، وكان الإمام الشافعي أول من وضع ودّع القواعد الأصولية، أما القواعد الفقهية فأقدم من وضعها وصاحبها ودونها في القلقة الشافعي - فيّد عالماً فاضياً حسن المتوفر سنة (٤٢٢ هـ) وكان إماماً كبيراً.

صاحب وجه في المذهب، وصنف في الأصول والفرع، والخلاف(١) أما الكتب التي وضعت بشكل مستقل في القواعد على المذهب الشافعي فهي:

١. الفروق، لوالد الإمام الحنفي، أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد بن حيوة الجوني (٤٩٨ هـ)(٢).

٢. قواعد في فروع الشافعية، معين الدين، أبو حامد، محمد بن إبراهيم الجاحري الشافعي المتوفى سنة ٦١٣ هـ، وقد أكثر الناس من الاعتقال بها في عصره، كما يقول ملجملي(٣).

٣. قواعد الأحكام في مصالح الأنام، أبو محمد، عز الدين، عبد العزيز بن عبد السلام السلمي (٦٢٠ هـ)، تسمى «القواعد الكبرى في فروع الفقه»(٤).

ومن تلاميذ الغزالي عبد السلام القرافي المالكي صاحب الفروق.

٤. الأشياء والنظام، صدر الدين، محمد بن عمر بن الوكيل الشافعي (٧١٦ هـ)(٥).

(١) الأشياء والنظام، السيوطي ص ٧، طبقات الشافعية الكبرى ٣٥٦/٤، وفيات الأعيان ١٠٠/١.

(٢) يوجد منه نسخة مخطوطة في تركيا، مكتبة ترخان، رقم ١٤٦، وذكره ملجملي في كشف الطالون ٢٤٢/١، كما ذكر كتابه في الفروق في نفس الصفحة، واللائحة.

(٣) كشف الطالون ٢٤٢/٢.

(٤) الكتاب المطبوع بالقاهرة، وأخر طبعة نشرتها مكتبة الكليات الأزهرية ١٣٨٨ هـ /١٩٦٨ م، وله بتصميم عبد السلام كتاب القواعد الصغرى، ووجد فيه الشافعي غز الدين محمد بن أحمد جمعها ١١٩ هـ وكتب تأليف شروح على «القواعد الكبرى» وثلاثة شروح على القواعد الصغرى، انظر: كشف الطالون ٢٤٣/٣.

(٥) ذكره ملجملي في كشف الطالون ١٠٦/١، يوجد منه نسخة مخطوطة نفيسة جداً، كتبته في القرن الثامن في المكتبة الأزهرية، ويوجد منه نسخة أخرى في جامعة الدول العربية.

٢١٠
5- المجموع المذهب في قواعد المذهب الشافعي، صلاح الدين بن خليل

(1) كتب العلائي الشافعي الحافظ الإنسانى المتنزئ سنة 761 هـ.

6- الأشباه والناظر، ناجي الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السيكي

771 هـ، وهو الكتاب المشهور، اعتمد عليه السيوطي في "الأشباه

والناظر"، وأراد ابن نجم الحنفي أن يحاكي بوضع كتاب مثله في المذهب

الحنفي".

7- الأشباه والناظر، للأسوسي، جمال الدين عبد الرحيم بن حسن الأسوي

الشافعي (772 هـ)، لكن ابن السيكي يقول عنه: فيه أوهام كثيرة، لأنه مات

عن مسودة".

8- القواعد في الفقه، للزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي

(794 هـ) رتبها على حروف المعجم، وقد شرحها سراج الدين العبادي في

مجلدين، واختصر الأصل الشيخ عبد الوهاب الشعري (93 هـ).

9- القواعد، للشيخ شرف الدين علي بن عثمان الغزي، المتنزئ سنة

(799 هـ)، وقد ذكر القاعدة بما يستثنى منها، ثم أدخل الألغاز فيها".

(1) ذكره ملا جليم في "كشف الظنون" باسم "قواعد العلائي"، يقول عنها: وهي أجرد

القواعد، اختصرها الشيخ محمد بن عبد الله الصراحى المتنزئ سنة 792 هـ، انظر:

كشف الظنون 10/6/2، 244/2، يوجد نسخة مخطوطة من هذا الكتاب بدار الكتب

المصرية رقم 161 أصول، وهو جزءان.

(2) كشف الظنون 10/6/9، ولا يزال هذا الكتاب مخطوطة يوجد منه عدة نسخ في المكتبة

الأزهرية، ومكتبة جامعة الدول العربية، ومكتبة طلعت، ومكتبة أحمد الثالث في تركيا،

ونسخة جامعة الدول العربية مكتوبة في حياة المؤلف سنة 798 هـ، ثم طبع حديثًا.

(3) كشف الظنون 10/6/9.

(4) كشف الظنون 2، يوجد من هذا الكتاب عدة نسخ مخطوطة بدار الكتب

المصرية، والمكتبة الزاهية بدمشق وحققه الدكتور فائق محمود، بعنوان "المنشور

في القواعد الفقهية أو القواعد في الفروع، ونشرته وزارة الأوقاف بالكويت 1402 هـ

1983 م في ثلاثة أجزاء.

(5) كشف الظنون 2/244/3.
10 - نواعر النظائر، وهو مختصر «الأشباه والنظائر، لأبن السيدي»، لسراج الدين
أحمد علي، المعروف بابن الملقف الشافعي (٨٤٠) (١).

11 - الأشباه والنظائر، جلال الدين، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي الشافعي
(٩١١ هـ) (٢).

قال السيوطي: «أول من فتح هذا الباب شيخ الإسلام ابن عبد السلام
في قواعد الكبرى، فتبعه الزركشي في القواعد، وابن الوكيل في
أشبهه، وقد قصد ابن السيدي بكتبه تحرير كتاب ابن الوكيل، وذلك
بإشارة والده» (٣).

12 - الفوائد الملكية فيما يحتاجه طلبه الشافعي من المسائل والضوابط والقواعد
الكلية، تأليف السيد علي بن أحمد السقاف، ثم اختصره المؤلف في كتابه
مختصر الفوائد الملكية (٤).

ثالثاً - كتب القواعد في الفقه الحنبل: 

يقول الشيخ محمد حسن الشطي الحنبلي الدمشقي (١٢٤٨ - ١٣٠٧/٦) في مقدمة توفيغ المواد النظامية لأحكام الشريعة المحمدية: «إن المحققين من
الفقهاء قد أدرجوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية، كل منها ضابط وجامع
لمسائل كثيرة، وقد أوصلها فقهاء الحنابلة إلى نحو ثمانمائة قاعدة».

---

(1) كشف الظنون ٢٠٦/١، ويوجد نسخة مخطوطة من هذا الكتاب في سوهاج، كتبت
سنة ٨٦١ هـ، وتألف من ١٣٢ ورقة، كما يوجد نسخة أخرى في معهد المخطوطات
العربية في القاهرة.

(2) الكتب مطبوع عام ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٩ م في مطبعة مصطفى البابي الحنفي بمصر، وطبع
عدها مرات.

(3) كشف الظنون ١٠٧/١ نقلًا عن أشباه السيوطي البحري، وانظر بحث «السيوطي والقواعد
الفقهية» للمؤلف في مجلة مجمع اللغة العربية بدمشق/عام ١٩٩٢ م، وبحث «الأشباه
والنظائر للسيوطي، دراسة وتحليل» للمؤلف.

(4) الكتبان مطبوعان في مصر، مطبعة مصطفى البابي الحنفي مع كتب أخرى للمؤلف
بعنوان: «مجموعة سبعة كتب مفيدة».

٢١٢
وإن كتب القواعد على المذهب الحنبلي التي وصلت إلى علمنا هي:

1- الرياض النواضر في الأشياء والنظائر، للصرصري، سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي (٧٥٧ - ٧١٦ هـ) الفقه الحنبلي، وتسمى القواعد الكبرى في فروع الحنابلة، وللمؤلف القواعد الصغرى أيضاً (١).

2- القواعد، للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي (٧٩٥ هـ)، وسماه المؤلف: "تقرير القواعد وتحرير الفوائد"، لكنه مشهور باسم "القواعد في الفقه الإسلامي"، قال ملا جلبي: "وهو كتاب نافع من عجبان الدهر" (٢)، وتألف الكتاب من ١٢٠ قاعدة واحدة وعشرين مسألة تتضمن فوائد فقهية.

3- القواعد النورانية الفقهية، لشيخ الإسلام ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحرازي (٧٢٨ هـ) وهي قواعد موزعة على الأبواب الفقهية، وكانها ضوابط في كل باب من أبواب العبادات ثم المعاملات، وتمتاز بالمقارنة مع بقية المذاهب (٣)، مثل: القاعدة الثالثة في العقود، والشروط فيها، فيما يحل منها ويحرم، وما يصح منها ويفسده، وسائل هذه القاعدة كثيرة جداً، والذي يمكن ضبطه فيها قولان، أحدهما: أن يقال: الأصل في العقود والشروط فيها ونحو ذلك، الحظر، إلا ما ورد الشرع بإجازته . . .، وطبب ابن تيمية في ذلك، ويبحث الموضوع من مختلف جوانب، والواقع أن هذه القاعدة أقرب إلى النظرية العامة في الضرورة، أكثر من القواعد الكلية (٤).

(١) الأعلام، الزركلي ١٨٩/٣، كشف الطولون ٢٤٣/٣، وذكر ملا جلبي أن المؤلف توفي سنة ٧٠٠ هـ.
(٢) كشف الطولون ٢٤٣/٣، وانظر تقدير علماء عبد الروؤف سعد: ص ١ والكتاب مطبوع مرتين.
(٣) الكتب مطبوع بالقاهرة في مطبعة السني المهملية ١٣٧٠ هـ - ١٩٥١ م، ويقدر النموذج إلى كتاب آخر لشيخ الإسلام ابن تيمية في هذا الموضوع بالذات، بل هو نظرية عامة، اسمه "العقود"، وطبع في مصر باسم "نظرية العقد".
(٤) ص ١٨٤ وما بعدها من كتاب القواعد النورانية الفقهية.
4- القواعد والفوائد الأصولية، وما يتعلق بها من الأحكام الفردية، لابن اللحام، علي بن عباس البعلبي الحنبلي (83 هـ) وهذا الكتاب يحتوي على القواعد الأصولية وما ينفر منها من فروع فقهية مع المقارنة بين المذاهب، وضم بين دفتي بعض القواعد الفقهية مع ذكر المسائل والأحكام الشرعية التي تدخل تحتها.

رابعاً- كتاب القواعد في المذهب المالكي:

1- الفروق، للقرافي، شهاب الدين أبو العباس، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المصري المالكي (84 هـ)، جمع المؤلف القواعد الكلية والضوابط الفقهية، وقارن بينها، وذكر أوجه الشبه والاختلاف بين كل قاعدتين أو ضابطين أو أصولين، وذكر أوجه الافتراس بين كل ذلك، وعليه تهديب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، تأليف الشيخ محمد علي بن الشيخ حسين مفتي المالكية.

2- أدرار الشروق على أنواع الفروق، أبو القاسم، قاسم بن عبد الله الأنصاري، المعروف بابن الشاطر (122 هـ)، تعقب فيه القرافي في قواعده، ورجب بعض الأقوال، وتعقب في بعض الحالات.

3- القوانين الفقهية، لابن جزيه، محمد بن أحمد بن جزء الكلي المالكي (741 هـ) هو كتاب في المباديء العامة للفقه المالكي.

(1) الكتب مطبوع بالقاهرة في مطبعة السنة المحمدية 1375 هـ - 1956 م.
(2) الكتب مطبوع في أربعة أجزاء في مطبعة مصطفى البابي الحلي بمصر، وصور تحديداً في بيروت، ويجدر الانتباه إلى كتاب آخر للقرافي على نفس المنوال، ويصاب القواعد والضوابط والاسيوال والفراء بين أحكام المفتي وأحكام الحاكم أو الفقيه، اسمه: الإحكام في تهذيب الفتوى عن الأحكام) وهو كتاب فريد من نوعه، حفظه الشيخ الاستاذ عبد الفتاح أبو غدة، ونشر منه كتاب المطبوعات الإسلامية بحلب، وذكر ملأ جلي في
كشف الطون 42/243: أن القرافي شافعي، وهو خطأ.
(3) الكتب مطبوع مع كتاب الفروق للقرافي.
(4) الكتب مطبوع بفاس 1354 - 1935 م، بمطبعة النهضة، ثم طبع في بيروت باسم قواعد الأحكام الشرعية، دار العلم للملايين.

214
خامساً - القواعد الكلية في مجلة الأحكام العدلية:

سارت القواعد الفقهية شوطًا ممتازًا، وتقدمت خطوة جيدة في العصر الحديث، وذلك من حيث الصياغة، والتبريب والتطبيق، والشهرة والاعتماد عليها في الإطار التشريعي والقضائي، فقد رأت اللجنة المكلفة بوضع مجلة الأحكام العدلية في المعاملات الحالية من الأحكام الشرعية، رأت اللجنة أن تتوج عملها بوضع مقدمة لممواد المجلة بذكر القواعد الكلية في أولها للرجوع إليها والاعتماد عليها، فأخذت القواعد التي جمعها ابن نجيم، وأضافت إليها بعض القواعد الأخرى، وعدلت في الصياغة والأسلوب، وصدرت المجلة عام 1289 هـ، وفي أولها تسع وتسعون قاعدة، كل قاعدة في مادة مستقلة، من المادة الثانية، إلى المادة المائة، ولكنها ليست متزنة بحسب الحروف أو الأبواب الفقهية، وإنما ذكرت بشكل عشوائي، ونصت على الهدف والغرض من القواعد الكلية في نهاية المادة الأولى، فقالت:

«لا أن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية، كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة، وذلك القواعد مسلمة، معترَبة في الكتب الفقهية، تتخذ أدلة لإثبات المسائل وتبهمها في بديء الأمر، فذُكرُها يوجب الاستناد المسائل، ويكون وسيلة لتفرُّقها في الأذهان، فلنَّا جمع تسع وتسعون قاعدة فقهية...»

ثم إن بعض هذه القواعد، وإن كان بحيث إذا انفرد يوجد من مشتملاته بعض المكتاتب لكن لا تحتل كليتها وعمومها من حيث المجموع، لما أن بعضها يخفق ويقيد بعضًاً(1).

ثم تولى شراح المجلة البدء بشرح هذه القواعد، وبيان أهميتها ودلالاتها والفروع الفقهية التي تدخل تحتها، والمسائل الجزئية التي تتناولها، والمستندات التي تخرج منها، وكثر من هذه الشرح باللغة التركية، أما الشروح التي تترجمت أو وضعت باللغة العربية فهي:

(1)انظر مرآة المجلة، يوسف آصف ١٠٦-٦٧.
1- شرح المجلة، للكاتب محمد خالد الأناني، والشيخ محمد طاهر الأناني، والشرح مكون من ستة أجزاء، وخصص الجزء الأول منها للفصول الكلية.

2- درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، تأليف علي حيدر، وتعريف فيهم الحسيني، جزء.

3- شرح المجلة، سليم رضي باز، وهو مجلد ضخم 1288 صفحة.

4- مرأة المجلة، يوسف آصف، جزء.

5- شرح مجلة الأحكام العدلية، للأستاذ محمد عبد المجيد، ثلاثة أجزاء.

ويحسن الإشارة أن مجلة الأحكام العدلية كانت تمثل القانون المدني في ظل الدولة العثمانية، وكانت تضم على جميع الأقطار التي كانت تُطلقها الدولة العثمانية، ثم ألغيت المجلة بالتدريج في تركيا ومصر وسوريا ولبنان والعراق والكويت، ووضع مكانها القوانين المدنية الأجنبية المستمدة من القانون المدني الفرنسي وغيره، المطبعة باللغة الإسلامية أحيانًا، وقامت المجلة مطبعة في فلسطين المسلحة والأردن، وبعض الإمارات العربية، حتى صدر القانون المدني الأردني، ثم قانون المعاملات المدنية الإمارتي، وفي أول كل منها القواعد الكلية.

وكتفي بهذه اللحظة من القواعد، لنتقل إلى شرحها وبيانها.
الفصل الثاني
في شرح القواعد الفقهية

تتناول في هذا الفصل القواعد الكلية في ضوء مجلة الأحكام العدلية، فنعرض القواعد، وتوضح معناها، وبين أصلها وأدلة الشرعية، ونذكر لها الأمثلة التطبيقية من الفروع الفقهية.

وأما أن بعض القواعد أعم وأشمل من بعضها الآخر، وأن قسمًا منها يدخل تحت قاعدة أخرى، ولذلك نقسم القواعد إلى صفين: قواعد أصلية، وقواعد فرعية تنضوي تحت القواعد الأصلية، وبدأ بالقواعد الخمسة التي اعتبرها الفقهاء أساسية بالنسبة إلى غيرها(1)، وحاولوا إرجاع الفروع إليها(2)، وتبناها جميع الفقهاء في مختلف المذاهب ووضعوا في كتبهم المذهبية، وهي:

١- الأمور بمقاصدها.
٢- اليقين لا يزول بالشك.
٣- المشقة تجلب التيسير.
٤- الضرر يزال.
٥- العادة محكمة.

١) نظم بعض الشافعي القواعد الخمسة الأساسية في آيات من الشعر، فقال:
للشافعي فكن بهن خبيرة
وخذالمشقة تجلب التيسيرا
والقصص أخلص إن أردت أجورا

٢) الأشياء والنظائر، السيوطي ص ١٧٧.
القاعدة (١): - الأمور بمقاصدها(

وهي تعني أن الأمر الواحد يصدر عن عدة أشخاص، وكل شخص يتجه إليه بدافع معين وبأعمال خاصة، كما تختلف الغاية والهدف من شخص إلى آخر، فتكون النتيجة من الأمر بحسب القصد وما اتجه إليه النية، وتكون الثمرة محددة بقصد الفاعل.

والصليان والسلام، لا عمل من لم تلبثه له، وقوله: وبِنَبِيُّ اللهِ المَوْلَىْ خَيْرٌ مِنْ عَمْلِهِ.

ووقوله: «ولكن جهاد ونحوه، وغيرها من الأحاديث الكثيرة»(٣).

وهذه القاعدة المبنية أصلاً على حديث "إِنَّمَا الأَمْوَالُ بَلَدَنَٰٓئِيْنَ"؛ تشمل معظم أبواب الفقه، وقال أبو عبد الله: ليس في أخبر النبي ﷺ شيء جمع وأغنى وأكثر فائدة منه، وقال العلماء عن الحديث: إنه ثالث العلم(٣).

وتطبق هذه القاعدة في العبادات والمعاملات والجنايات والأخلاق والحلال والحرام والأيمن والجهاد، وغيرها، فانه في العبادة هي أساس القبول والأجر والثواب، والنية تفرق بين العادة والعبادة.

ومن الأمثلة التطبيقية لها:

- القتل: فمن قتل آخر بدون سبب مشروع، فإن قصد القتل فيقص منه، وإن كان مخططاً، فإن قصد الصيد فاصبح إنساناً فارداً قتيلًا فعله الدية.

- السرقة: من أخذ آلاف الملايين والطرب بقصد كسرها فلا يؤخذ بل يوجب على عامل المعروف، ومن أخذها بقصد السرقة فإنه يعاقب.

- اللصقة: فإن أخذها بقصد الحفظ فيكون أمنًا، ولا يضمها إذا هلقت، ويحق

(١) المجلة /م، الآشبة والنظائر، السيوطي ص ٨، الآشبة والنظائر، ابن نجيم ص ٣٧،

المدخل التفقيهي العام ٩٥٩/٢، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ٣٢٢/٠١.

(٢) انظر ترجمة هذه الأحاديث مع أحاديث أخرى في معناها في الآشبة والنظائر للسيوطي ص ٨ وما بعدها.

(٣) الآشبة والنظائر، السيوطي ص ٩.

٢١٨
له أن يطلب ما أنفقه عليها، وإن أخذها بقصد التملك كان ضامناً، ويكون النفقة عليها مقابل الانتفاع بها، فالخروج بالضمان.

- البينج: من حلف على شيء، ونوى غيره جائز، ويقع البين على نية الحالف، ويجوز التوري فيها، إلا البين المطلوب من القاضي فإنها تقع حسب نية القاضي وقصده.

ويتفرع على هذه القاعدة قاعدة مشهورة ومهما، وهي:

«العمرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني» (1).

تطبق هذه القاعدة على العقود والنصرقات المالية، وأن العمرة فيها للمضمون والحقيقة المقصودة، وليس لمجرد اللفظ والعبارة والشكل والاهمة عليها كثيرة:

- الهمة: من نطق بلغت الهمة لآخر، ولكنها اشترط فيها دفع الفروض، وقبل الثاني، كان العقد بيعاً، وأخذ أحكام البيع، لأنه أراد مبادلة مال بإمال، وهو البيع، ولم يقصد مجرد البرع بدون مقابل.

ويذهب بعض العلماء إلى اعتبار هذه القاعدة مستقلة، ويضيفونها إلى القواعد الأساسية لتصبح سبعة قواعد.

القاعدة (2): البين للايقين لا يزول بالشك (2):

إذا ثبت أمر من الأمور بشكل قطعي يفيد البين، ثم طرأ احتمال أو شك أو وهم في زواله ونصبه، فلا شك يؤثر عليه، لأن البين أقوى من الشك والظن، فيقدم الأقوى على الأضعف.

والأصل في هذه القاعدة قوله تعالى: «وَمَا يَتَّبَعُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًا، إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي عَنِ الحَقِّ شَيْئًا» (سورة يونس الآية: 39)، وقوله: «وَإِذَا وَجَدَ أَحَدَكُمُ فِي بَطِنِهِ شَيْئًا فَأَشْعَلُوهُ إِلَى هَمَّةٍ أمَّا لَا فَلا يَخْرَجَ مِنَ الْمَسْجِدَ حَتِّى (3)

(1) المجلة/ م. 3، المدخل التفقيهي العام 2/920.
(2) المجلة: م. 4، الأشياء والنظائر، السرياني ص. 50، الأشياء والنظائر، ابن تجيم ص. 56، المدخل التفقيهي العام 2/961، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي 1/1216/1.

219
يَسْمَع صوتًا أو يَجِد ريحًا، وقوله: "إِذَا شَك أَحَدُكُم في صلاتِهِ، فَلَم يَدْرِكُ كمْ صَلَىَ أَثْلَاثًا أَمْ أَرْبَعًا؟ فَلِيُطْرَح الشَّك، وَلِيَبِن عَلَى مَا أَسْتَيْقَنَّ".(1)
قال السبتي: "أَعْلَم أنَّ هَذِهِ الْقَاعَة تَدْخِل فِي جَمِيع أَبْرَابِ الْفِقهْ، والمَسْئِلَة المُخْرَجَة عَلَيْهَا تَبَلِّغ ثَلَاثَة أَرْبَعَ الفِقْهٍ وَأَكْثَر، وَلَوْ سَرَدتَهَا لَتَلَالِلْ شَرْحٍ".(2)
إِفَأَا ثَبَت حَكَم أَو دَين أَو بِرَاءَة أَو عَقْد بِشَكٍ، فَسَاءَ كَانَ الشَّبُوت بِدْلِل أَصِلِّي، كَالبِرَاءَة مِنْ الْوَلَادَة، أَو بَدْلِل شَرْعِي مِثْل عَمْدِ التَّكْلِيف، أَو ثَبَت الْوَاجِب عَلَى المَكْفِّلِ، أَو بَدْلِل قَضَائِي كَالْإِقْرَارِ وَالشَّهَادَة، فَلا عَبْرَة لِلشَّكِّ والضَّعْف فِيهِ.
ويتَفَرَّع عَن هَذِهِ الْقَاعَة عَدَّة قَوَاعِد فَرْعَةٌ(3)، أَهْمَاهَا:

۱- الْأَصِلُّ بَقَاء مَا كَانَ عَلَى مَا كَانَ(4):
وَهَذَا هُوَ الْعَادِلُ، وَهُوَ اسْتَقْلَابُ الْحَالَة الْثَّابِتَة فِي وَقْتَ مَضْيَة قَائِمَةٍ تِنْتَيْمي، وَجُلَّتُ الْبَقَاءُ بَيْنَ شَخَصٍ بَيْنَ شَخَصٍ، وَكَاَمَا هَوْىٌ، وَنَحْكَمُ بِالْبَقَاءِ مَا لَمْ يَثْبَتْ الْفَرَقُ أو الْطَلَاق بِدْلِلٍ جَدِيدٍ، وَالمَفْقُودُ كَانَ عَنْدَ سَفَرُهُ عَلَى قِدَمِ الْحَيَاةِ يَقِينٌ فَيَقِينُ هَذَا الْأَصِلُّ قَائِمًا إِلَّا أنْ ثَبَتَ الْوَفَأَةِ.
۲- مَا ثَبَت بِزَمان يَحْكُم بِبَقَايَتِهِ مَا لَمْ يَجِد دَلْلٌ عَلَى خَلَافِهِ(5):
وَهَذِهِ الْقَاعَة كَالْقَاعَةِ السَّابِقَة مَعْنِى وَتَطَيِّقًا.
۳- الْأَصِلُّ فِي الْأَمْوَارِ الْعَارَضَةِ الْعَدَمُ(6):
الْأَمْوَارِ الْعَارَضَة هِي الَّتِي تَخَالِفُ الْأَصِلَّ أو الْغَالِب فِي الْأَحْوَالِ، فَمَمَّا رُوِى هَذِهِ الْأَحْدَاث مَسْلِم، وَعَنْدَ الْبَخَارِي وَالْتَرْمِذِي مِثْلًا، انْتَظِرُ: الْأَشْباَهَ وَالنُّظَارِ،
(1) السَّبِيطٍ ص. ۵۱.
(2) الْأَشْباَهَ وَالنُّظَارِ، لَهُ ص. ۵۱.
(3) المَرَجِعُ السَّابِقُ في هَامِشٍ ص. ۲۱۹.
(4) المَجلَّةُ/م. ۵.
(5) المَجلَّةُ/م. ۱۰.
(6) المَجلَّةُ/م. ۹.

۲۲۰
ادعى على آخر عقدًا فانكر، فأصل عدم العقد، وأدعه العقد طاريء فهو عدم حتى بيث بديل، ومن ادعى وجود عيب في المبيع فانكر البائع، فالاصل الصحة، والمرض أمر عارض فهو عدم حتى يثبت.

٤ - الأصل براءة الدمة(١)

إنسان يولد بريئةً من كل دين أو تكليف أو التزام، وتبقي ذمته بريئة بناء على هذا الأصل، ومن ادعى على آخر دينًا أو ضمانًا فلا يقبل منه إلا بدليل، لأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه.

٥ - الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوواته(٢):

لأن الحادث عارض، والأصل في الأمور العارضة عدم، كما أن الأصل متيقن، والعارض مشكوك فيه، واليدين لا يزال بالشك.

فإن اكتشف المشتري عيبًا في المبيع بعد القبض، وادعى حدوته قبل القبض فانكر البائع، وادعى البراءة عند القبض، وأن العيب حدث بعد القبض، فيضاف العيب إلى أقرب الأوقات، أي بعد القبض، إلا أن يكون العيب لا يحدث في مثل هذه المدة، أو أقام البائع بيئة بعدم العيب.

٦ - لا عبرة للدالالة في مقابلة التصريح(٣):

لأن الدالالة ظن إرادة معنى معين، والتصريح يفيد إرادة المعنى الحقيقي متيقن، والأصل أن يقدم المعنى الحقيقي المتيقن على المعنى المجازي المشكوك فيه.

مثل استلام البائع أمام البائع يفيد دالة على إذن البائع بالتسليم، فإن صرح البائع بعدم إذنه بالتسليم حتى يستلم الثمن، فلا يعتبر سكته بعد ذلك إذنًا دالالة.

٢٣١

(١) المجلة/م. ٨٨.
(٢) المجلة/م. ١١.
(٣) المجلة/م. ١٣.
7- لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكت في معرض الحاجة إلى
بيان بيان: 
لأن عدم القول هو المتبع، ودليل السكت مشكوك فيها ما لم تدعمه
قرائن مرجحة، فلا يعتبر سكت المرأة عن عنة الزوج رضا منها.
ولكن إذا دعت الحاجة إلى الكلام من شخص وبقي الشخص ساكتاً،
فيكون ذلك موافقة ورضاء، مثل سكت المدعى عليه أمام الفاضي، فيعتبر
إنكاراً وتطب البيئة من المدعى، ومثل سكت الشفيع بعد علمه بالبيع فيكون
إسقاطاً للشفعة، ومثل سكت البكر بالزواج فيكون ذلك رضا بالعقد.

8- لا عبرة للتودهم: 
لأن التودهم أقل من الشك، واليقين لا يزول بالشك، وكذلك لا يزول
التودهم بالأولى، كم يتودم للميت وارثاً في مكان آخر، ويطلب عدم توزيع
التركة لهذا الوهم، فلا يعتن به.

9- لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل: 
الأصل أن الاحتمال ضعيف ومشكوك فيه فلا يعتمد به، ولكن إذا كان مبيناً
على دليل حسي أو عقلي أو شرعي فإنه يؤثر ويعمل الحكم، ويهدم الحجة، لأن
الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال.
فلا تقول شهادة أحد الزوجين وشهادة الأصول والفروع لبعضهم البعض،
لأن تهمة القرابة توهن الشهادة وتضعفها وتسطع حجيتها.

10- الممتع عادة كالممتع حقيقة: 
لأن الممتع عادة لا يقع إلا بناء على معجزة، والمعجزة لا تثبت إلا

(1) المجلة/م 57.
(2) المدخل الفقهي العام 2/1972/76.
(3) المجلة/م 74.
(4) المجلة/م 73.
(5) المجلة/م 38، المدخل الفقهي العام 2/1971/971.

242
للأنبياء، فمن يدعي على شخص يماثله في السن أنه ابنه فلا يقبل؛ لأنه مبتعد عادة، وكذا دعوى الفقير على الغني بمال كثير، والمبتعد عادة هو المستحب لغيره، وهو ما يتصرف العقل وجوده ولكن لم تجر العادة بوقوعه، كالمشي من المريض المقعد، وطيران الإنسان في الفضاء بدون أداة، وهذا لا يصح التكلف به عند الجمهور، ولا يقبل الادعاء به.

لا عبرة بالظن البين خطأً.

الأصل في الأحكام الشرعية قول الأدلة الظنية أو غلب الظن، أما إذا كان الظن ظاهر الضعف والخطأ فلا يُعتن به، كمن دفع مالًا إلى آخر على ظن بقاء الدين عليه، ثم تبين أن الدين مدفوع، فيستحق رد ما دفعه.

القاعدة (3): الضرر يزال.

هذه القاعدة الثالثة من القواعد الأساسية، وهي تؤكد الهدف العام من ابتعاث الرسول وإزالة الكتب، بأنها لتحقيق مصالح الناس في الدنيا والآخرة، ودرء المفساد عليهم في الدنيا والآخرة، والضرر - أو الإضرار بالناس لا يتفق مع هذا الهدف، لأن الضرر مفسدة وإيذاء، والمسفدة يجب دروزها وإزالتها، فالضرر يجب رفعه وإزالتها وعدم إقراره، وإن من يوقع الضرر بغيره فإنه مسؤول عن عمله في الدنيا والآخرة.

والأصل في هذه القاعدة ما ورد عن رسول الله ﷺ أنه قال: "لا ضرر ولا ضرار".

وإذا الحديث الشريف هو نص قاعدة فقهية سنتبر إليها بعد قليل، والمقصود أن الشارع الحكيم لا يقبل إيفاق الضرر نهائياً، ولا يقر فاعل الضرر، ويجبر عليه وعلى الحاكم رفعه، سواء كان الضرر عامًا أم خاصًا.

(1) المجلة/م ٧٢.
(2) المجلة/م ٤.
(3) رواه مالك في الموط والحاكم في المستدرك punishments والدارقطني وابن ماجه، انظر الأشياء والنظائر، السيوطي ص ٨٣.

٢٢٣
وينبني على هذه القاعدة أحكام فقهية كثيرة، منها الرد بالعيب، لأنه ضرر
فيجب أن يزال، ومنها التعرض لإزالة ضرر الخلافة، والحجر لمنع الضرر من
الممحجور عليه، والشفعة لمنع ضرر الشريك أو لدفع ضرر القسمة، والقصاص
والحدود والكافرات وضمان المتعلقات والقسمة وقتل المشتركيين لرفع ضررهم
على الدين والناس وغير ذلك.(1)

ويتفرع على هذه القاعدة ما يلي:

1- لا ضرر ولا ضرار.(2)

بأن لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء، فلا يجوز إيقاع الضرر به بأي
شكل من الأشكال، كما سبق في القاعدة السابقة، وإن وقع به ضرر فلا يجوز
الجزاء بإيقاع ضرر آخر.

وهذه القاعدة لفظ حديث شريف، وهي أصل تشريعي، ودليل شرعي،
وحجة نصية لمنع الضرر ووجوب رفعه في القاعدة السابقة، أما من حيث المعنى
فإنها تتفرع عن القاعدة الأولى العامة والضرر يزال، فالضرر يجب رفعه بجميع
أشكاله، ومع اختلاف أسبابه، وإن وجود الضرر مهما كان كبيراً وعظيمًا وعدوانًا
لا يجوز إيقاع الضرر بالمقابل، فالضرر إلحاق الأذى بالغير، والضرر مقابلة
الضرر بالضرر، والأمران يجب إزالتهما ورفعهما، قال ابن السبكي: "وهو كعاده
بعود على قولهم: الضرر يزال، ولكن لا بضرر."(3)

وتفيد هذه القاعدة أن الضرر - إن وقع ووجوب إزالته - فلا يصح رفعه
بضرر آخر، فمن أتلف مال إنسان فلا يجوز أن يتلف له ماله، لمنافاة الضرر
والإضرار لأهداف الشريعة، ولأن الإضرار بعد الضرر لا يفيد المتضرر الأول
شيئاً، ولا يفيد الأمة، ولا يستفيد منه أحد، وإنما يكون الإضرار مجرد هوى

(1) الأشياء والنظام، السيوطي ص 74، الأشياء والنظام ابن نجيم ص 85.
(2) بالمجلة/م 19، المراجع السابقة، المدخل الفقهي العام 2/971/972، المدخل لدراسة
التخيل الإسلامي 1/2009/1.
(3) الأشياء والنظام، السيوطي ص 86.

274
وانتقام، مع الإفلاس للطاقة والثروة. ولذلك يقابل الاتفاق بالتعويض فيستفيد المتضرر، ويرتد الفاعل.

أما القصاص بالنفس والأعضاء فإنه أقر استثناء للعجز عن منع الجريمة إلا بالقصاص، وفي إقامة للعدالة، وصيانة للدماء، وحفظ على الحياة، وتحقيق للأمن.

2 - الضرر يدفع بقدر الإمكان (1):
فيجب السعي لمنع الضرر، ومنع وقوعه، لأن الوقاية خير من العلاج، ولذلك شرع الجهاد لدفع شر الأعداء، وشرع الشفعة لمنع الضرر المتوقع من القسمة أو الشركة، وشرع الحجز لدفع الضرر المتوقع من السفه أو المبدر أو المدين.

3 - الضرر لا يزال بمثله (2):
وهذه القاعدة تشبه القاعدة السابقة «لا ضرر ولا ضرسار» فلا يصح رفع الضرر وإزالته بضرر آخر، فلا تفرض نفقة للفقر لرفع حاجته على فقيه آخر، وكان هذه القاعدة شرط للقاعدة الأصلية التي تقول: الضرر يزال بشرط لا يكون بضرر مثل الأول.

4 - الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف (3):
وهذه القاعدة استثناء من الأصل «الضرر يزال» فإن كان هذا الضرر لا يمكن إزالته إلا بضرر آخر، فيعمل بالأخف، وكذلك إذا تعرض ضرر، ولا بد من أتى هذا الضرر، بالأخف، فالنفقة للفقر في ضرر ظاهراً - بالغني، فيرتكب هذا الضرر لرفع الضرر الأشد، ومنع الفقهاء قسمة المال الذي لا يقبل القسمة كالمؤلئ والدار الصغيرة، لأن ضرر الشركة أخف من الضرر المرتبط على القسمة في ضياع المال.

(1) المجلة/م 31.
(2) المجلة/م 35.
(3) المجلة/م 27.
5 - يختار أهون الشرين (1):

وهذه القاعدة بمعنى سابقتها تماماً.

6 - إذا تعرض مفسدان روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفٍهما (2):

وهي بمعنى القاعدة السابقة، فيجوز شق بطن المرأة الميتة لإخراج الجنين إذا كان حياً، وترجئ حياه، ويجزئ السكوت على المنكر إذا كان النهي عنه يؤدي إلى زيادة المفسدة والإجتناب عليه.

7 - يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام (3):

لأن الضرر الخاص أهون وأخف من الضرر العام، يختار أهون الشرين، ويرتكب أخف الضررين، فيقتضى من القاتل لدفع ضرر القتل وسفك الدماء، ويجزئ الحجر على المفتي الماجن، والطيب الجاهل، والمحارق المفسد، لدفع الضرر عن الناس، وأجاز العلماء تضمين الأجر المشترك لدفع الضرر العام بالاستهانة بأموال الناس، ومثل إذا تمت الأعداء بأسرى المسلمين فيجوز قتالهم، وإن قتل المسلمين الأسرى، لحماية الوطن، والأرض ورد العدو.

8 - درجة المفسد الأول من جلب المنافق (4):

فيمنع الجار من التصرف بملكه الذي يؤدي إلى ضرر غيره، ويمنع الاحتكار، ويصبر الحجر...

9 - إذا تعرض المائع والمقتضي يقدم المانع (5):

يقدم الجرح على التعديل، ويمنع الشرك من التصرف بمال الشركة إذا أضر بشركه، ويمنع الإقرار في مرض الموت للاجنبي كما يمنع للوارث.

(1) المجلة/م 19
(2) المجلة/م 28
(3) المجلة/م 26
(4) المجلة/م 30
(5) المجلة/م 36

٢٢٦
10 - القديم يترك على قدهم (1):

كما إذا كان للدار ممر من دار أخرى، أو حق الشرب أو المسيل فلا يزال.

11 - الضرر لا يكون قديماً (2):

وهذه القاعدة قيد للقاعدة السابقة، وهو أن القديم يترك على قدهم إلا إذا كان فيه ضرر فلا حجة بالقدم، ولا يحتج بالتقدم على الضرر والباطل، فلن كان الميزاب أو النافذة أو الممر قديماً، ولكن فيه إيذاء وضرر للأخرين فيمنع الضرر.

ولو كان الأمر قديماً.

القاعدة (4): المشقة تجلب التيسير (3):

المقصود بالمشقة هنا المشقة غير المعتادة التي تخرج عن معتاد الناس، ولا يمكن المداومة على تحملها، وإن المداومة عليها يزهق المكلف ويقطعه عن التكلف، ويجدي إلى وقوع الضرر والأذى في النفس والمال، وهذا يتنافى مع مقاصد الشريعة، ولم يشرع من الأحكام ما فيه مشقة غير معتادة، أما المشقة المعتادة التي يتحملها المكلف فلا تضر ولا تؤثر كالتعب من الصلاة، والجهد في الصوم، والمنتعب في الحج وغيرها، ولكن هذه المشقة ليست مقصودة في التكلف، ولا يجوز للإنسان أن يقصد في العبادات مجرد المشقة، أما إذا ظرف أو حالات تزداد بهذه المشقة وتجعلها غير معتادة فإنها يأتي التيسير من الشراع، يرفع التكلف عن المكلف أو بالإذن له بالترك أو يفتح باب الرخص الشرعية.

والنذر في هذه القاعدة قوله تعالى: قل على الأعمى حرج (النور)

الآية: 61.

وقوله تعالى: «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الَّذِينَ مِنْ حَرَجٍ» (سورة الحج)

الآية: 78، وقال تعالى: «وَمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الَّذِينَ مِنْ حَرَجٍ» (سورة المائدة) الآية: 4، وقال تعالى: «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُم الْيَسِّرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ بَكْمِ (1) المجلة/م 206.
(2) المجلة/م 7.
(3) انظر: أصول الفقه الإسلامي، للمؤلف ص 363، 373. 277
العصر(سورة البقرة) الآية: 185، وقوله تعالى: "بِرَّ يُبِّرِدُ الْحَمَّاءَ، وَمِنْ أَصْمَالِ الإِنسَانِ صَفَفُ" (سورة النناة) الآية: 28، وغيرها من الآيات والأحاديث الكثيرة التي تؤكد رفع الحرج والمشقة في التكاليف، وتوجب مشروعية الرخص والتيسير عند وقوع المشقة (1).

والانتشار كبير على هذه القاعدة، كالمشقة على الحامل والمرضع، فنها تجلب التيسير بإباحة الإفطار، والسفر يبيع الإفطار وجمع الصلاة وقصرها، والخطأ والنسين أو الإكراء يرفع التكاليف.

ويتفرع على هذه القاعدة عدة قواعد، وهي:

1- الأمر إذا ضاق اسع (2).

وفي بمعنى القاعدة السابقة، وذلك أن الأمر المكلف به الشخص إذا رافقته ظروف ومناسبات جعله ضيقاً، وتحمل المشقة غير المعتادة، ويرهق المكلف بالقيام به، فإن الحكم ينفع باللجوء إلى الرخص والأحكام المخففة التي وردت في الشريعة كالتعليم والقصر والإفطار والجمع بين الصلاتين، وارتكاب المحدودات للإكراء أو الضرورة، ومجمل ذلك أنه إذا حصلت الضرورة أو ظروف اضطرابية على المكلف فإن التكاليف تخفف عليه، ويسع أمامه المجال لاتباع الرخص، وإذا ارتقت الضرورة أو انتهت الظروف الطارئة عاد الأمر إلى أصله ونصبه، ولذلك قالوا: وإذا اسع ضاق (3).

2- الضرورة تبع المحدودات (4).

الضرورة جمع ضرورة، وهي أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخفف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها، ويتبع عندئذ ارتكاب الحرام، أو ترك الواجب، أو

---

(1) المجلة/م. 18
(2) المجلة/م. 18
(3) المدخل الفقهي العام 988/2، مراة المجلة 15/1
(4) المجلة/م. 71

228
تأخيره عن وقته دفعاً للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع(1).

وهذا التعريف للضرورة بين حقيقتها وممايتها والحكم المقرر لها من الإذن بإتكاب الحرام مثل أكل الميتة، ولحم الخنزير، في المخصصة، وشرب الشراب عند الغضبة في الطعام، والتعلق بكلمة الكفر عند الإكراه، وكشف العورة عند الطبيب.

أو ترك الواجب بالمنع من الحج عند الإحصار، والإفطار في رمضان بالإكراه، أو تأخير الواجب عن وقته مثل تأخير الصيام بعد رمضان.

والضرورات تبيح أغلب المحظورات، وصرح العلماء أن بعض المحظورات والمحرمتان لا يباح ارتكابها حال من الأحوال، وهي ثلاثة: الكفن إلا بالتظاهر به باللسان، أما بالقلب فلا يباح مطلقًا، والقتل فلا يباح بالإكراه، ولو كان الإكراه بالقتل، والزنا فلا يباح مما كان الضرورة والتهديد والإكراه(3).

3. الضرورات تقدر بقدرها(3):

هذه القاعدة قيد للقاعدة السابقة وذلك أن المحظورات التي تباح للضرورة تكون إباحتها بمقدار ما يرفع الضرورة فقط، ولا يجوز التوسع بها، وهي زالت الضرورة زال السبب المستوجب لارتكاب المحظور، فمن اضطر لأكل الميتة فلا يأكل إلا بمقدار الحفاظ على الحياة باقل قدر ممكن، ولا يأكل الطنب حتى الشهر، ومن اضطر لشرب الشراب فلا يشرب إلا ما يدفع اللقصة، دون أن يعب من الإعانة حتى القفر، ويجوز كشف العورة للطبيب في المكان المطلوب، ولا يصح الاستزادة على ذلك، ومنى زالت العلة عاد الحكم، وحرم كشف العورة.

4. الاضطرار لا يبطل حق الغير(4):

فمن اضطره الجوع أو العطش لتناول الطعام الذي يقيم الحياة فهذه

(1) نظرة الضرورة الشرعية، للدكتور وهبة الزحيلي، ص. 65.
(2) المدخل الفقيهي العام، 989/89/95.
(3) المجلة، 22.
(4) المجلة، 33.

229
الضرورة لا تمنع تكليف المضطر لضمان قيمة الطعام، ومن اضطر بالإكراه
لإطلاق مال غيره كان الضمان هنا على الملكة (بالكسر).

5 - الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة:

نصت القاعدة الفرعية الثانية أن الضرورات تبقي المحظورات، ويقاس عليها في هذه القاعدة الحاجة، والضرورة تؤدي إلى الهلاك والخطر، أما الحاجة فإنها تؤدي إلى الحرج والمشقة والعسر، فالمحاتات التي تهم جميع الناس أو تختص بعضهم تسمح بارتكاب المحظورات وتوجب إتباع الرخص والأخلاق بالتحكيف، وهذا ما جاء به الشرع في الأحكام الاستثنائية لرفع الحرج وتحقيق الحاجات كالاستصناع والسلم، ويعيد اللواء، والعرف، ويعيد الشمار التي تتلاقى بالظهور، ويريد الحكم بمقدار الحاجة ولا يتوسع بها، لأن الضرورة تقدر بقدرها والاستثناء لا يتوسع به.

القاعدة (5): العادة محكمة:

مرت هذه القاعدة معنا في الباب الثالث في نظرية العرف مع بيان حجيته والأحكام المترتبة عليه، وبناء الأحكام الشرعية التي لم يرد فيها نص أو إجماع على العرف الصحيح عند تحقيق الشروط السابقة.

والمقصود من العادة في هذه القاعدة العادة العامة التي انتشرت ثم شاع استعمالها واقتصرت، وهي التي أطلق العلماء عليه اسم العرف بنوعيه اللظي والعملي.

وكتفي بما ورد سابقاً في شرع العرف، ونعيد القواعد المتفرعة على هذه القاعدة، وهي:

1 - استعمال الناس حجة يجب العمل بها (المجلة/م 37).
2 - إنما تعتبر العادة إذا أطردت أو غابت (المجلة/م 41).
3 - العيرة للغالب الشائع لا للتادر (المجلة/م 42).

---
(1) المجلة/م 32.
(2) المجلة/م 36.
4 - الحقيقة ترك بدلاً العادة (المجلة/م 40).
5 - الكتاب كالخطاب (المجلة/م 29).
6 - الإشارات المعهودة للأخرس كاليبيان باللسان (المجلة/م 170).
7 - المعروف عرف كالمشروع شرطاً (المجلة/م 343).
8 - التعنين بالعرف كالتعني بالنص (المجلة/م 445).
9 - المعروف بين التجار كالمشروط بينهم (المجلة/م 444).
10 - لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان (المجلة/م 329).

هذه هي القواعد الخمسة الأساسية التي اهتم بها الفقهاء، وأكدوا عليها، وحاولوا رصد جميع الفروع الفقهية إليها.

وسوف نتابع ذكر بقية القواعد التي نست عليها المجلة، مع الترتيب السابق بذكر القاعدة العامة ثم تتبعها بما يتفرع عنها من القواعد (1)، وتكتفي بذكر مثال لكل قاعدة اختصاراً.

القاعدة (2) : إعمال الكلام أولى من إهماله (المجلة/م 30).

مثل إذا أقر مرتين، وفي كل مرة يذكر ديناً فإنه يطالب بدينين، وكذلك إذا طلّق زوجته مرتين فيعمل بكلامه ويقع طلاقان.

ويتفرع على هذه القاعدة:

1 - الأصل في الكلام الحقيقة: (المجلة/م 12).
Falāḥah حقيقية تتعلق على التمليك بدون عرض، والبيع على التمليك بعرض، والقتل على إزهاق الروح.

2 - إذا تعذرت الحقيقة بصار إلى المجاز: (المجلة/م 61).
فالأكل من الشجرة حقيقة أي من ورقها وأغصانها، ومجازاً الأكل من ثمرتها.

(1) وانظر تفصيل الشرح والأمثلة وبيان الفروع لكل قاعدة في كتاب المدخل الفقهي العام 1995/21995، وكتاب الأشباح والنظرات لأبي نجيب، وكتاب الأشباح والنظرات المبسطي، وشرح المجلة التي سبق ذكرها.
المطلقة يجري على إطلاقه، ما لم يقدم دليل التقيد، نصاً أو دلالة:
(المجلة/م ٢٤)

أي الألفاظ المطلقة التي تدل على أمر مجرد من القيود كمن وكل آخر بشراء فرس يصبح الشراء بالفرس مهما كان لونها، إلا إذا قبده بشراء فرس بيضاء، وكذلك التوكل بزواج امرأة، ولم يحدد مثلًا البلد ... وهكذا.

۴ - ذكر بعض ما لا ينجزا أذكر كله: (المجلة/م ۲۳).

کم يذكر نصف طالقة أو بعدها فقع طالقة كاملة، وكذا الكفالة بنصف النفس.

۵ - الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر: (المجلة/م ۲۵).

کم بيع شيئاً حاضراً في مجلس العقد، وبصرفه بصفة أو عيب فلا عبرة بذلك، لأن المشتري عليه التأكد بنفسه، وإن لم يعجبه الوصف أو العيب رد، أما في بيع الغائب عن مجلس العقد فالوصف معتبر، وترتب عليه نتائج، فإن وجد الوصف لزم البيع، وإن فقد فلم المشتري حق الفسخ، بخيار الوصف.

۶ - السؤال معاد في الأجواب: (المجلة/م ۲۶).

فالأجواب بنعم أو لا أو بل فيكون جوابه متضمناً السؤال عن الدين مثلًا أو القتل ...

۷ - إذا تكرر إعمال الكلام يهمل: (المجلة/م ۲۶)

يجب إعمال الكلام لصوته عن اللغو والباطل، فإن أمكن حمله على الحقيقة حمل، وإلا صرف إلى المجاز، وإن لم يحتمل الحقيقة والمجاز فيهم، ويكون لغوًا، كمن طلق زوجته، وليس له زوجة، أو أقر بنسب إنسان، وهو معروف النسب.

القاعدة (۷): لا مساغ للاجتهاد في مورد النص: (المجلة/م ۱۴)

والنص هو القرآن الكريم والسنة الشريفة، والاجتهاد هو بذل الجهد من المجتمد بإعمال العقل والفكر لإستنباط الأحكام الشرعية.

فلما يصح للمجتمد أن يستنبط حكماً عن طريق الاجتهاد والعقل إذا ورد به.
نص صريح في القرآن الكريم والسنة الشريفة؛ لأن النص مقدم قطعاً ويفيناً على
الاجتهاد بإجماع العلماء، وهذا منهج العلماء والمجتهدين والآثمة في الأجهاد ما
لم يرد فيه نص، فإن وجدنا نصاً التزموا به وعملوا بموجهه.

القاعدة (8): لا ينقص بمعنى نص (المجلة/م 16)

أن الاجتهاد الأول ظني في دلالته على الحكم بعد أن بذل المجتهد طاقته
وجهده، وتتوفر فيه الشروط، فإن أوصى إلى حكم كان حكم الله تعالى في
غالب الظن، فإن حصل اجتهاد آخر ينافض الأول، سواء كان من نفس المجتهد
أو من مجتهد آخر فإن الحكم الثاني في مرتبة الأول فلا ينقضه ولا يبطله، ولكن
يجب السير بناءً على الاجتهاد الثاني، وهذا ما يعرف عنه علماء القانون بعدم
رجوع الحكم، وقد ثبت عن عمر رضي الله عنه أن غيّر اجتهاده في مسألة،
ولكنه لم ينقص الاجتهاد الأول، وقال: تلك على ما قضينا، وهذه على ما
قضينا.

القاعدة (9): ما ثبت على خلاف القياس لا يقياس عليه، أو ما نتب على
خلاف القياس فغيره عليه لا يقياس: (المجلة/م 15).

فالأ хочу والأحكام الاستثنائية والخصوصيات تثبت على خلاف الأصل
والقاعدة الكلية، وهو المقصود بالقياس عليه، فلا يقياس عليها غيرها، لأنها تثبت
للضرورة أو الحاجة، والضرورة تقدر بقدرها، ولا يتوسع بها، فيبقى الحكم
الاستثنائي أو الضروري محصوراً بحالته فقط، كالنفر والمرض في رمضان لا
يقتس عليه الأعمال الشاقة التي تحصل في رمضان.

القاعدة (10): إذا زال المانع عاد الممتنع: (المجلة/م 24).

المانع هو ما يلزم من وجوده العدد، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم,
فالمانع يمنع وجود الحكم، فالشركة مثلاً تمنع من قول شهادة الشاهد لشريكه،
فإذا زالت الشركة (وهي المانع) عاد الحكم الممتنع (وهو قول الشهادة)،
والصغر والجنون مانعان من تسلم الشخص لأمواله، ومنع من الشهادة، فإذا
زال الجنون، وزال الصغر، عاد الحكم الأصلي.. وهكذا.

733
ويتفرع على هذه القاعدة ما يلي:

- ما جاز لعذر بطل بزواله (المجلة/م ۲۳)

الإفطار في رمضان يجوز لعذر المرض أو السفر، فإن عذر العذر امتنع الإفطار، وإذا زالت الضرورات المبيحة للمحظور فلا يجوز ارتكابها.

القاعدة (۱١): ما حرم أخذه حرم إعطاءه (المجلة/م ۳۴).

الشرشوة والرَّبْع يحرم أخذها، ويحرم إعطاؤها، ويستثنى حالة الاضطرار.

ويتفرع على هذه القاعدة ما يلي:

ما حرم فعله حرم طلبه: (المجلة/م ۳۵).

فالقتل حرام، وطلبه حرام، والرشوة حرام، وطلبها حرام، ويستثنى طلب المدعى تحليف خصمه مع أنه يعلم بكذبه، فيحرم على الشخص الحلف على الكذب، لكن يجوز طلب من الخصم بدافع أن يقر ويتعترف بالحق.

القاعدة (۱۲): من استمجل الشيء قبل أن يوقع بحمرانه: (المجلة/م ۹۹)

كمن يستمجل موت قريبه بالقتل ليره، فيحرم من الميراث، وكذا قتل الموصى له للموصى، والطلاق في مرض الموت.

القاعدة (۱۳): من سئ في نقض ما تم من جهته فسُمه ردود عليه: (المجلة/م ۱۰۰)

فمن أقر لآخر بحق لا يقبل منه الرجوع عنه، ومن شارك في قسمة الشركة أو التركية فلا يقبل منه الادعاء بملكه الخاص للممسوم، ويستثنى حالة الغبن الفاحش الذي يقع فيه الولي أو الوصي أو أمين القاضي، فيحق له رفع الدعوى لرده.

القاعدة (۱۴): البقاء أسهل من الابتداء: (المجلة/م ۵۷)

كما لو كانت قطرة على طريق عام لا تضر، فلا تهدم، وعند ابتداء بنائها تمنع.
وقدما إذا وهب إنسان دارًا لآخر، ثم رجع في نصفها، فالشيوع الطاريء لا يمنع بقاء الهبة، وهذا عند القائلين بجواز الرجوع في الهبة واشتراع عدم الشيوع فيها.

ويتفرع على هذه القاعدة ما يلي:

1 - يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء: (المجلة/م 50).

2 - التتابع (المجلة/م 47) التتابع تابع (المجلة/م 47).

أي أن التتابع لشيء في الوجود يتبعه في الحكم، مثل صوف الشاة، وجنين الدابة، ومفتاح القفل. ويتفرع على هذه القاعدة ما يلي:

1 - من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراتة: (المجلة/م 49) فمن اشتري داراً ملك ما هو فوقها وتحتها وطرق المرور لها.

2 - التتابع لا يطرد بالحكم: (المجلة/م 48) كبيع صوف الشاة على ظهر الغنم، وبيع جنين الدابة، لكنه يطرد في الضمان.

3 - يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها: (المجلة/م 54) كوقف المنقولات التابعة للعقار، لأن الأصل لا يصح وقف المنقول.

4 - إذا سقط الأصل سقط الفرع: (المجلة/م 50) كما إذا سقط الدين بالإبراء فسقط الكفالة بالدين، أما العكس فلا يصح.

5 - قد بنت الفرع دون الأصل: (المجلة/م 51) كالإقرار بنسب الائ، مع إنكار الأب، فيثبت النسب من الأخ ويأخذ بإقراره.

6 - إذا بطل الشيء بطل ما في ضمته: (المجلة/م 52) إذا بطل العقد بطلت الشروط التي تضمنها.

القاعدة (16): إذا تعذر الأصل يصار إلى البديل: (المجلة/م 53) مثل هلاك المقصوب، فإن الأصل وجب رد الدين، فإن هلكت وتعدر ردها فربع البديل من مثل أو قيمة.

القاعدة (17): الساقط لا يعود: (المجلة/م 53) كالإبراء من الدين، وإن تسليم جميع يسقط حق الاحتفاس، فلا يحق له.
أن يطلب بحق الاحتياج لدفع الثمن، ومثل حق المرأة في الامتناع عن الالتحاق بالزوج حتى تقبض معجل المهر، فإن التحقت به سقط حقها، والساقط لا يعود.

القاعدة (١٨) : لا يتم التبرع إلا بالقبض: (المجلة/م٧٥).
إن عقد التبرع الكلي كالكابرة والترع الجزئي كالإعارة والإيداع والقرض يشترط فيها القبض، وتسمى العقود العينية، ومعها الرهن.

القاعدة (١٩) : تبدل سبب المالك كبدل الذات: (المجلة/م٩٨).
كالصرف بالمبعوث ثانية يمنع الرد بالعبث في البيع الأول، وكذا التصرف بالهبة يمنع الرجوع فيها.

القاعدة (٢٠) : المعلق بشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط: (المجلة/م٨٦).
كالشراء بشرط معين، فإن تحقق الشرط لزم المبيع، ويترعرع عن هذه القاعدة قاعدة أخرى وهي:

المواعدة بصورة التعاليم تكون لازمة: (المجلة/م٨٤).
كما لو قال البائع للمشتري إن ردت إلي الثمن ردت أو فسخت البيع، فهذا الوعد ملزم.

القاعدة (٢١) : يلزم رعاية الشرط بقدر الإمكاني (المجلة/م٨٣).
لما ورد عن رسول الله ﷺ أنه قال: «المسلمون على شروطهم».

القاعدة (٢٢) : الجواز الشرعي ينافي الضمان:
فمن يملك الإجازة بعمل فلا يلزم بالتعويض عما فعله، سواء أكان الجواز من الشارع بالسماح للمالك بالصرف في ملكه، أم كان الجواز من صاحب الحق، فمن حفر برثا في أرضه فتردئ به شخص فلا يضمن الحافر، ومن حمل السيارة المستأجرة حملتها العادية فلتلفت فلا يضمن.

القاعدة (٢٣) : الخراج بالضمان: (المجلة/م٨٥).
هذه القاعدة نص حديث نبوي، فالثقة على المبيع في مقابل منافعه

٢٣٦
ووفقًا إذا أراد المشتري رده بعيب مثلًا بعد مدة من الزمن.

القاعدة (٢٤): الغرم بالغنم: (المجلة/٨٧).

وهي عكس القاعدة السابقة، ومن فروعها نفقة رد العارية تكون على المستعار.

القاعدة (٢٥): النعمـة بقدر النقمة، والتقيمة بقدر النعمة:

(المجلة/٨٨).

وهذه القاعدة تجمع بين القاعدتين السابقتين.

القاعدة (٢٦): الأجر والضمان لا يجتمعان: (المجلة/٨٦).

هذه القاعدة محصورة بالمذهب الحنفي فقط، فالحاصل يضمن مثل المغضوب أو قيمته عند علاقته، ولا يدفع أجره.

القاعدة (٢٧): لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن:

(المجلة/٨٦).

هذه القاعدة تعود إلى نظرية الولاية، وأن التصرف يشترط فيه الولاية، إما الولاية الذاتية أو الولاية المعتدية، فالولاية الذاتية على مال المتصرف، والولاية المعتدية هي الإذن بالتصرف في مال الآذن.

يتفرع على هذه القاعدة ما يلي:

١ - الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل: (المجلة/٩٥) فكما لا يجوز للمرء أن يتصرف في مال غيره، لا يجوز له الإذن لثالث أن يتصرف فيه، لأن فاقد الشيء لا يعطيه.

٢ - لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي: (المجلة/٩٩) لأنه لا يجوز له التصرف فيه، فبالأولى لا يجوز له أخذه إلا بسبب صحيح.

القاعدة (٢٨): يضاف الفعل إلى الفاعل، لا إلى الأمر ما لم يكن مخبرًا: (المجلة/٨٩).

إلا إذا أمر شخص غيره بالاتلاف أو القتل فتأخذ الفاعل لا الأمر، إلا إذا كان مكرهاً فيؤخذ المكره.
القاعدة (29): المباشر ضامن وإن لم يعمد: (المجلة/م 92).
فمن أتلف مالًا أو قتل إنسانًا فإنه ضامن، وإن لم يقصد ذلك، فإن الضمان لا يتوقف على النية.

القاعدة (30): المتسبب لا يضمن إلا بالعمد: (المجلة/م 93).
فمن حفر حفرة في الطريق فوقع به إنسان أو حيوان فالحافز يضمن.

القاعدة (31 - إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر: (المجلة/م 90).
فمن حفر حفرة في الطريق، وجاء آخر فدفع إنسانًا في الحفرة فقتله، فالضمان على الدافع.

القاعدة (32): جناية المجمعة جُبار: (المجلة/م 94).
وأصل القاعدة نص حديث نبوي، والعجماء هي الدابة، والجُبار بضم الجيم المهدر الذي لا ضمان ولا مؤاخذة فيه.
كما إذا ضربت دابة أخرى فلا يضمن صاحب الأولى عن الثانية.

القاعدة (33): الولادة الخاصة أقوى من الولادة العامة: (المجلة/م 95).
فولادة الأب أو الجد أو الوصي أو المتولي أقوى من ولادة القاضي أو السلطان، لأن السلطان ولي من لا ولا له.

القاعدة (34): التصرف على الرعية منوط بالمصلحة: (المجلة/م 96).
هذه القاعدة تحدد الغاية من تصرفات الحكم، بأن تكون لمصلحة الرعية.
والآلا فهي باطلة.

القاعدة (35): يقبل قول المترجم مطلقاً: (المجلة/م 71).
يقبل قول المترجم في نقل الكلام من لغة إلى أخرى في جميع الدعاوى والبيبات، سواء كان رجلاً أو امرأة إذا توفيت فيها العدالة والعلم باللغتين.

238
القاعدة (36): دليل الشيء في الأمور الباطنية يقوم مقامه:
(المجلة/م 89).

هذه القاعدة والقواعد التي تلتها تختص بوسائل الإثبات التي يعتمد عليها القاضي للفصل في الخصومات والمنازعات.

وهذه القاعدة تشير إلى الإثبات بالقرائن التي تدل على الشيء كاستعمال آلة القتل التي تدل على قصد القتل، وترك الادعاء بالحق مدة التقدم للدلالة على هدم حقه في الواقع.

القاعدة (79): المنصرف بإقراره:
(المجلة/م 89).

القاعدة (88): الثابت بالبرهان كالثابت بالميام:
(المجلة/م 55).

ويتفرع عنها:

البيينة حجة متعددة، والإقرار حجة قاصرة:
(المجلة/م 88).

القاعدة (89): البيينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل:
(المجلة/م 77).

ويتفرع عنها:

البيينة على المدعى واليمين على من أنكر:
(المجلة/م 76).

القاعدة (80): لا حجة مع التنافض لكن يختل معه حكم الحاكم:
(المجلة/م 80).

هذه هي القواعد الفكرية التي وردت في مجلة الأحكام العدلية، وقد ذكرناها باختصار مع التمثيل لها، وتقسيمها إلى قواعد أصلية، وهي أربعون قاعدة، وقواعد فرعية بلغت تسعًا وخمسين قاعدة.
الخاتمة

وبعد أن انتهينا من عرض القواعد الفقهية باختصار، نأتي على ختام هذا الكتاب، على أمل المتتابعة في كتابة بعض النظريات الأخرى في الفقه الإسلامي التي تعتبر من مزية هذا العصر في الدراسات الفقهية.

وتعتبر النظريات أعم وأشمل وأوعس من القواعد الفقهية، لأن كثيرًا من النظريات الفقهية تتدرج تحت كل منها عدد من القواعد الفقهية، وتصبح النظرية بمثابة فكر عام، ونظام كامل عن موضوع معين، له أركانه الثابتة، وشروطه الكاملة، ليغطي جوانب النظام التشريعي، ويشمل بأحكامه جميع الجزيئات التي تنفق في المجل والهدف والغاية.

راجين من الله تعالى التوفيق والسداد وحسن الختان، وأن يحقق لنا الآمال والمقاصد في الدنيا بالعودة إلى رحاب الفقه الإسلامي والشريعة الغرائهم، والنصر على الأعداء، وتحرير المقدسات، والاستقلال الفكري والتشريعي في ديار العرب والإسلام، وأن يكتب لنا الفوز في الآخرة برضاوا الله تعالى، والنعم الخالد في صحة الأنبياء والرسلين، والشهداء والصالحين، وعباد الله المتقيين.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

دمشق في 10 شوال 1412 هـ
الموافق 12 نيسان 1992 م.

الدكتور م. ن. المريفي
وكيل كلية الشرعية لشؤون العلماء وأستاذ الفقه الإسلامي وأصوله بجامعة دمشق

***

241
المصادر والمراجع

1 - الأحكام السلطانية، علي بن محمد بن حبيب الماردی 450 هـ. مطبعة مصطفى الباجي الحلبي - القاهرة - ثانوية 1386 هـ/1966 م.
2 - الإحكام في أصول الأحكام، أبو محمد علي بن حزم الأندلسي 456 هـ. مطبعة العاصمة - القاهرة. نشر زكريا علي يوسف.
3 - الإحكام في أصول الأحكام، علي بن أبي علي بن محمد الآمدي 131 هـ. طبع مؤسسة الحلبي - القاهرة 1967 م.
4 - الإحكام في تميز القواي عين الأحكام، أحمد بن إدريس القرافي 884 هـ. نشر مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب 1387 هـ/1967 م.
5 - الأحوال الشخصية، الدكتور مصطفى السباعي 1964 م، والدكتور عبد الرحمن الصابوني. مطبوعات دار الفكر - دمشق 1385 هـ/1965 م.
6 - أدب القضاء، ابن أبي الدمن الحموي 242 هـ، تحقيق الدكتور محمد الزحيلي.
   مطبوعات مجمع اللغة العربية - دمشق 1395 هـ/1975 م.
7 - إرشاد الفحول، محمد علي الشوكاني 1455 هـ. مطبعة مصطفى الباجي الحلبي.
   مصر 1356 هـ/1937 م.
8 - الإسلام عقيدة وشرعة، الشيخ محمد شلتوت 1383 هـ، مطبعة الأزهر.
   القاهرة 1379 هـ/1960 م.
9 - الآشور والنظائر، الإمام جلال الدين السيوطي 911 هـ. مطبعة مصطفى الباجي الحلبي.
   القاهرة 1377 هـ/1959 م.
10 - الآشور والنظائر، سليم الدين بن إبراهيم بن نجيب 970 هـ. مطبعة مؤسسة الحلبي.
   القاهرة 1388 هـ/1968 م.
11 - أصول البيع المتنوعة، الدكتور الشيخ عبد السميع إمام. دار الطباعة المحمدية.
   القاهرة - ط أولا - رسالة الدكتوراه.

243
- أصول الفقه، خالد، انظر: علم أصول الفقه.
13 - أصول الفقه، الشيخ محمد أبو زهرة 1974 م طبعة مخبر - القاهرة.
18 - الأمور ونظرية العقد، الدكتور محمد يوسف موسى 1383 هـ. مطبعة دار الكتاب العربي - الطبعة الأولى - 1952 م.
19 - بدائع الصنائع، علاء الدين بن مسعود الكاساني 587 هـ. مطبعة الإمام - القاهرة.
23 - تسهيل الوصول إلى علم الأصول، محمد عبد الرحمن عبد الملاوي 1920 م. مطبعة مصطفى الباي الحلي - مصر - 1341 هـ.
24 - التعريفات، السيد الشريف علي بن محمد الجرجاني 819 هـ. ومطبعة مصطفى الباي الحلي - مصر - 1357 هـ / 1938 م.
25 - التعزيز في الشريعة الإسلامية، الدكتور القاضي عبد العزيز عامر، مطبعة دار الكتاب العربي - القاهرة - ط - ثالثة - 1957 م.
26 - التلوين على التوضيح على التنقيح، مسعود بن عمر التفتازاني 792 هـ. المطبعة الخيرية - مصر - ط - أولى - 1322 هـ.

244

28 - تقييم الفصول إلى علم الأصول، أحمد بن إدريس القرافي الملكي 1864 هـ.


30 - التوضيح على التنقيح، عبد الله بن مسعود، صدر الشريعة 1457 هـ. مطبعة مع تلخيص – مطبعة القاهرة – مصر 1382 هـ.

31 - تغییر التحریر، لأیمیر بابدشان، شرح التحریر للکمال وکم الهمام 1861 هـ. مطبعة مصطلح اللبی الحلبی – مصر 1351 هـ.


34 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفه الدسوقي 1330 هـ. مطبعة عيسى اللبی الحلبی – مصر.

35 - حاشية ابن عابدين = انظر: رد المختار.


38 - الدّلالة في الشريعة الإسلامية، أحمد فتحي بهنسي. نشر مكتبة الأندلسي المصرية – القاهرة – 1387/1388 هـ.

39 - رد المختار على الدر المختار = حاشية ابن عابدين، محمد أمين الشهر بابن عابدين 1252 هـ.


41 - رسائل ابن عابدين، محمد أمين، المعروف بابن عابدين 1252 هـ. تصوير عن مطبعة محمد هاشم الكتبی – دمشق 1375 هـ.

42 - روضة التأصر، وجنة المناظر، مؤلف الدين عبد الله بن قدامه 1250 هـ. مطبعة السلفية – القاهرة – ط الخامسة 1395 هـ.

43 - صحيح البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسحاق البخاري 756 هـ. طبع دار القلم – دمشق – الطبعة الأولى 1401/1381 هـ.

245
41- صحيح مسلم بشرح النووي ۶۷۶ هـ، الإمام مسلم بن الحجاج القشيري
البسامي ۲۱۱ هـ. المطبعة المصرية - القاهرة - طبعة أولى - بدون تاريخ.
42- طريق تدريس التربية الإسلامية، الدكتور محمد الزحيلي. طبع دار المعارف
لطباعة - دمشق - ۱۴۱۰ هـ/ ۱۹۹۰ م.
43- العرف والعادة في رأي الفقهاء، الدكتور الشيخ أحمد فيمي أبو سنة. مطبعة
الأزهر - القاهرة - ۱۹۴۷ م.
44- علم أصول الفقه، الأستاذ عبد الوهاب خللف ۱۹۸۶ م. مطبعة النصر
- القاهرة - الطبعة السادسة - ۱۳۷۶ هـ/ ۱۹۵۶ م.
45- فتح القدير شرح الهدایة للمرجعیان ۹۳۵ هـ، الكمال بن الهمام ۸۶۱ هـ. مطبعة
المكتبة التجارية الكبیرة - مصر.
46- الفتح الكبير مع الزيادات على الجامع الصغرى للسیوطي ۹۱۱ هـ، جمع يوسف
النهایی ۱۳۵۰ هـ مطبعة عيسى البابی الحبی - مصر - ۱۳۵۰ هـ.
47- الفروق، أحمد بن إدريس الفراحی ۸۸۴ هـ. مطبعة دار إحياء الكتب العربية
- مصر - الطبعة الأولى - ۱۳۴۶ هـ.
48- فلسفة المقاومة في الفقه الإسلامي، الشيخ محمد أبو زهرة ۱۹۷۴ م. طبع معهد
الدراسات العربية العالمية - القاهرة - ۱۹۶۳ م.
49- الفقه الإسلامي في أسلوب الجدید، الدكتور وهبة الزحلی. مطبعة جامعة دمشق
- ۱۹۶۷ م.
50- فقه القرآن والسنة في القصاص، الشيخ محمود شلتوت ۱۳۸۳ هـ. مكتبة الأنجلو
المصریة - القاهرة - ۱۳۶۵ هـ/ ۱۹۴۶ م.
51- فواحي الرحمون شرح مسلم الثبوت، محمد بن نظام الدين الأنصاري
۱۱۸۰ هـ. مطبوع على هاشم المستصفی - المطبعة الأميریة ببولاق - مصر.
1۳۲۲ هـ.
52- القاموس المحيط، مجد الدين الفیروزآبادی ۸۱۷ هـ. مطبعة المكتبة التجاریة
الکبیر - القاهرة - ۱۳۳۲ هـ/ ۱۹۱۳ م.
53- القانون المدني المقارن، المقود المسماة، الدكتور محمد الزحيلي. مطبعة
خالد بن الولید - دمشق - ۱۴۰۲ هـ/ ۱۹۸۲ م.
54- القصاص في الفقه الإسلامي، أحمد فتحی بهنی، نشر الشركة العربية للطباعة
والنشر - القاهرة - ۱۳۸۴ هـ/ ۱۹۶۴ م.
246
55 - قواعد الأحكام في مصالح الأنام، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام ٨٦٠ هـ.
طبع دار الشروق للطباعة - القاهرة - ١٣٨٨ هـ/١٩٦٨ م.
56 - القواعد والفوائد الأصولية، ابن اللحم الحنبلي ٨٣٤ هـ. مطبعة السنة المحمدية
القاهرة - ١٣٧٥ هـ/١٩٥٦ م.
57 - كشف اصطلاحات الفنون، محمد علي التهاني ١١٥٨ هـ. تصوير مكتبة كلكتا
الهند - ١٨٦٢ م.
58 - كشف الأسرار على أصول البزودي ٤٨٢ هـ، عبد العزيز البخاري ٧٣٠ هـ.
تصوير عن طبعة ١٣٠٧ هـ.
59 - كشف الخفا ومزيل الإبل، إسماعيل بن محمد العجلوني ١١٦٦ هـ. طبع
مكتبة التراث الإسلامي - حلب.
60 - كشف الظفل عن أسامي الكتب والفنون، ملا كاتب جليل ١٠٧٧ هـ. الطبعة
الأولى - مصر - ١٣٢٠ هـ.
61 - مالك، الشيخ محمد أبو زهرة ١٩٤٩ م. طبع دار الكتب العربي - القاهرة.
62 - مباحث الحكم عند الأصوليين، الأستاذ محمد سلام مذكر. دار النهضة العربية
مصر - الطبعة الثانية - ١٣٨٤ هـ/١٩٦٤ م.
63 - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، إصدار وزارة العدل.
مطبوع مذكر - القاهرة.
64 - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، علي بن أبي بكر البشمي ٨٠٧ هـ. مطبعة القدسي
القاهرة.
65 - المجلى، أبو محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي ٤٥٦ هـ. المطبعة المصرية
القاهرة - ١٣٥٠ هـ.
66 - خصص أحكام المعاملات الشرعية، الأستاذ الشيخ علي الخفيف. مطبعة السنة
المحمدية - القاهرة - ١٣٧٠ هـ/١٩٥٠ م.
67 - المدخل إلى مذهب أحمد، عبد القادر بن أحمد، المعروف بابن بدران
١٩٤٦ هـ. طبع دار الكتب المصرية - القاهرة.
68 - المدخل الفقهي العام، الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء. مطبعة جامعة دمشق
دمشق - الطبعة السابعة - ١٣٨١ هـ/١٩٦١ م.
69 - المدخل في التعرف باللفظ الإسلامي، الشيخ محمد مصطفى شلي. مطبعة دار
التأليف - مصر - ١٣٧٩ هـ/١٩٥٩ م.
247
70 - المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، الدكتور عبد الرحمن الصاوي. المطبعة التعاونية - دمشق - 1394 هـ/1974 م.
71 - المدخل للغة الإسلام، الشيخ عيسى أحمد عيسوي، دار الاتحاد العربي للطباعة - القاهرة - 1977 م.
72 - المدخل للغة الإسلامي، الأستاذ محمد سلام مذكور. مطبعة دار النهضة العربية - القاهرة - 1380 هـ/1960 م.
73 - مراة الأصول في شرح مركة الوصول، مالخسو 885 هـ. طبع 1396 هـ.
74 - مراة المجلة، يوسف أساف. المطبعة العمومية بصرى - 1894 م.
75 - مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، محمد قدي باشا 0260 هـ/1888 م. المطبعة الأميرية - مصر - الطبعة الثالثة - 1919 م.
76 - المسؤولية الجنائية، أحمد فتحي بهنسي. دار القلم - القاهرة - 1961 م.
77 - المستفيض من علم الأصول، أبو حامد، حجة الإسلام، محمد بن محمد الغزالي 500 هـ. المطبعة الأميرية - بالوطل - مصر - ط اولى - 1322 هـ.
78 - المسودة في علم أصول الفقه، آل نمينة: عبد السلام 652 هـ. عبد الحليم 682 هـ. أحمد 228 هـ. مطبعة المدني - القاهرة - 1384 هـ/1964 م.
79 - مصادر الحق في اللغة الإسلامي، الدكتور عبد الزوي أحمد السنوري. نشر معهد البحوث والدراسات العربية العالية - جامعة الدول العربية - القاهرة - 1967 م.
80 - المصاحب المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد الفيرومي 770 هـ.
81 - المفردات في غريب القرآن، الراغب الأصفهاني، الحسين بن محمد 500 هـ. مطبعة مصطفى البابي الحلي - القاهرة - 1381 هـ/1961 م.
82 - المغني، عبد الله بن قدامة، موفق الدين الحنفي المقدسي 620 هـ، طبع مكتبة الجمهورية - القاهرة - 1390 هـ/1970 م.
83 - المغني المحتاج إلى معرفة ألغام المنهج، محمد الشربيني الخطيب 997 هـ.
84 - مطبعة البابي الحلي - القاهرة - 1370 هـ/1958 م.
85 - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الشيخ محمد أبو زهرة 1974 م.
86 - مطبعة فتح الله - مصر - الطبعة الأولى - 1357 هـ/1939 م.

448
85 - من الفقه الجنائي المقارن بين الشريعة والقانون، المستشار أحمد موافي. نشر
المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية - القاهرة - 1384 هـ/1965 م.
86 - المواقف في أصول الأحكام، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي 790 هـ.
مطبعة محمد علي صبح - القاهرة - 1970 م.
87 - نظرية الالتزام القائمة في الفقه الإسلامي، الاستاذ مصطفى الزرقاه. مطبعة الحياة
- دمشق - 1383 هـ/1964 م.
88 - نظرية الشروط المقرنة بالعقد، الدكتور الشيخ زيكي الدين شعبان. نشر دار
النهضة العربية - القاهرة - الطبعة الأولى - 1968 م.
89 - نظرية الضرورة الشرعية، الدكتور وهبة الزحيلي. مؤسسة الرسالة
90 - نظرية العقد الموتو، الدكتور عبد الرزاق حسن فرج. رسالة دكتوراه - كلية
الحقوق - جامعة القاهرة - 1388 هـ/1968 م.
91 - نيل الأوطار، محمد علي الشوكياني 1350 هـ. مطبعة مصطفى البابي الحلي
- القاهرة - الطبعة الثالثة - 1380 هـ/1960 م.
92 - وسائل الإثبات، الدكتور محمد الزحيلي. طبع دار البيان - دمشق
- 1402 هـ/1982 م.
93 - الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، الدكتور وهبة الزحيلي. المطبعة العلمية
94 - الولاية على النفس والمال، الشيخ أحمد هريدي - مفتى مصر. مذكرات
طلاب دبلوم الأحوال الشخصية بكلية الشريعة والقانون - الأزهر - 1966 م.

***

249
<table>
<thead>
<tr>
<th>المراجعة</th>
<th>الأحاديث</th>
</tr>
</thead>
</table>
| 35       | 1- اجتنبا السبع العوائق...
| 41       | 2- ادرروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم...
| 103      | 3- إذا بعت فقل لا جلالة، ولي الخير...
| 240      | 4- إذا شك أحدكم في صلاته... فليحرح الشك...
| 270      | 5- إذا وجد أحدكم في نظمه شيئاً فاشكل عليه... فلا يخرج...
| 71       | 6- اعتقه رقبة (لمن واقع زوجته في رمضان)...
| 32       | 7- أخذ بنا أنيس إلى امرأة هذا... فإن اعترفت فارغمها...
| 43       | 8- قامة حد من حدود الله خير لأهل الأرض...
| 22       | 9- إن الله بعث محمدًا بالحق... آية الرجم...
| 25       | 10- إن الله عزوجل يبيده بالليل ليتوب مسي النهار...
| 36       | 11- إن النبي ﷺ أمير جبل قد شرب الخمر...
| 37       | 12- إن النبي ﷺ جدل في الخمر بالجريد والنعال...
| 20       | 13- إنك امرؤ فیک جاهلیة...
| 71       | 14- إنما الأعمال بالنيات...
| 218      | 15- إنما هلك من كان قيلكم أنه إذا سرق فيهم الشريف تركوه...
| 76       | 16- النائب من الذنب كمن لا ذنب له...
| 37       | 17- جلد النبي ﷺ أربعين، وجلد...
| 190      | 18- خير القرآن، ثم الذين يلونهم...
| 47       | 19- الربيع كسرت ثنية جارية، فأمر رسول الله ﷺ بالقصاص...
| 270      | 20- دفع الفائم عن ثلث: عن النائم... الصي... المجنون...

201
<table>
<thead>
<tr>
<th>الرقم الحدث</th>
<th>الصفحة</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>21</td>
<td>161</td>
</tr>
<tr>
<td>22</td>
<td>56</td>
</tr>
<tr>
<td>33</td>
<td>25</td>
</tr>
<tr>
<td>24</td>
<td>118</td>
</tr>
<tr>
<td>25</td>
<td>20</td>
</tr>
<tr>
<td>26</td>
<td>173</td>
</tr>
<tr>
<td>27</td>
<td>45</td>
</tr>
<tr>
<td>28</td>
<td>55</td>
</tr>
<tr>
<td>29</td>
<td>39</td>
</tr>
<tr>
<td>30</td>
<td>99</td>
</tr>
<tr>
<td>31</td>
<td>42</td>
</tr>
<tr>
<td>32</td>
<td>101</td>
</tr>
<tr>
<td>33</td>
<td>48</td>
</tr>
<tr>
<td>34</td>
<td>110</td>
</tr>
<tr>
<td>35</td>
<td>117, 191</td>
</tr>
<tr>
<td>36</td>
<td>117, 85</td>
</tr>
<tr>
<td>37</td>
<td>218</td>
</tr>
<tr>
<td>38</td>
<td>138</td>
</tr>
<tr>
<td>39</td>
<td>36</td>
</tr>
<tr>
<td>40</td>
<td>223</td>
</tr>
<tr>
<td>41</td>
<td>218</td>
</tr>
<tr>
<td>42</td>
<td>42, 239, 39, 46</td>
</tr>
<tr>
<td>43</td>
<td>146</td>
</tr>
</tbody>
</table>

---

252
الفهرس

الصفحة

5 .................................................. تقديم
7  .................................................................. أهمية المدخل وفائدته
11 ..................................................... الباب الأول في نظرية المؤيدين الشرعية
11 ..................................................... التمهيد في شرح المؤيدين وأقسامها
(74-19)
19 ..................................................... الفصل الأول: في المؤيدين التأديبية
19 ..................................................... نـ النظام العقوبات
19 ..................................................... نـ نظام فريد للعقوبات
22 ..................................................... التكامل في نظام الإسلام
26 ..................................................... تقسيم العقوبات
(43-29)
29 ..................................................... المبحث الأول: في الحدود
30 ..................................................... تعرف الحدود
31 ..................................................... أنواع الحدود
33 ..................................................... أولاًـ حد الزنا
33 ..................................................... ثانياًـ حد القذف
35 ..................................................... ثالثاًـ حد السرقة
36 ..................................................... رابعاًـ حد الخمر
37 ..................................................... خامساًـ حد الحرابة
38 ..................................................... سادساًـ حد الردة
40 ..................................................... الصفات المشتركة للحدود
(44-59)
44 ..................................................... المبحث الثاني: في القصاص والدّية
44 ..................................................... موجبات القصاص والدّية

253
<table>
<thead>
<tr>
<th>الصفحة</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>45</td>
</tr>
<tr>
<td>46</td>
</tr>
<tr>
<td>47</td>
</tr>
<tr>
<td>50</td>
</tr>
<tr>
<td>51</td>
</tr>
<tr>
<td>53</td>
</tr>
<tr>
<td>54</td>
</tr>
<tr>
<td>55</td>
</tr>
<tr>
<td>56</td>
</tr>
<tr>
<td>57</td>
</tr>
</tbody>
</table>

المبحث الثالث: في التعزير (60 - 69)
<table>
<thead>
<tr>
<th>الصفحة</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>60</td>
</tr>
<tr>
<td>61</td>
</tr>
<tr>
<td>62</td>
</tr>
<tr>
<td>63</td>
</tr>
<tr>
<td>64</td>
</tr>
<tr>
<td>65</td>
</tr>
<tr>
<td>66</td>
</tr>
<tr>
<td>67</td>
</tr>
</tbody>
</table>

المبحث الرابع: في عقوبة الكفارة (70 - 79)
<table>
<thead>
<tr>
<th>الصفحة</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>70</td>
</tr>
<tr>
<td>71</td>
</tr>
<tr>
<td>71</td>
</tr>
<tr>
<td>72</td>
</tr>
</tbody>
</table>

الفصل الثاني: في المؤيدات المدنية (80 - 126)
<table>
<thead>
<tr>
<th>الصفحة</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>75</td>
</tr>
<tr>
<td>76</td>
</tr>
<tr>
<td>77</td>
</tr>
</tbody>
</table>

254
الفصل الثاني: في الولاية الشرعية والنيابة (157-162)

الباب الثالث في نظرية العرف

- مقدمة
- نشأة العرف والعاده
- تعريف العرف والعاده
- أقسام العرف
- حجة العرف

أولاً - آراء الأئمة في العرف
ثانياً - أدلة الفتاين بحجة العرف
ثالثاً - أدلة المتنكرين
رابعاً - الترجيح
- شروط العرف
- أهمية العرف
- مكانة العرف بين مصادر التشريع
- التطبيقات الفقهية للعرف
- تغير الأحكام المبنية على العرف

الباب الرابع في القواعد الكلية

في الفقه الإسلامي
- نظرة تاريخية عن الفقه الإسلامي
الفصل الأول: في تعرف القواعد وفوائدها ومصادرها والتأليف فيها (199 - 216)
المبحث الأول في تعرف القواعد ........................................ 199
المبحث الثاني في فوائد القواعد الكلية وأهميتها .................. 203
المبحث الثالث في مصادر القواعد الكلية .............................. 205
المبحث الرابع في مؤلفات القواعد الكلية ............................ 207
الفصل الثاني: في شرح القواعد الفقهية (217 - 240)
- الخاتمة ...................................................................... 241
- أهم المراجع والمصادر .................................................. 243
- فهرس الأحاديث .............................................................. 251
- فهرس الموضوعات ............................................................ 253
من آثار المؤلف

1. أدب القضاء، ابن أبي الدَّم الحموي. تحقيق.
2. شرح الكوكب المنير في أصول الفقه، ابن النجار الفتوني. أربع مجلدات تحقيق بالاشتراك.
3. المذهب في الفقه الشافعي، ابن إسحاق الشيرازي. قسم العبادات. تحقيق.
4. وسائل الإثبات في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية. رسالة دكتوراه.
5. أصول الفقه الإسلامي.
6. وظيفة الدين في الحياة، وحاجة الناس إليه.
7. طرق تدريس التربية الإسلامية.
8. أصول المحاكمات الشرعية والمدنية.
9. العقود المسماء (شرح القانون المدني مقارناً بالفقه الإسلامي).
10. التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية.
11. الإمام الجويني - من سلسلة أعلام المسلمين.
12. القاضي البيضاوي - من سلسلة أعلام المسلمين.
13. الإمام الطبري - من سلسلة أعلام المسلمين.
14. العز بن عبد السلام - من سلسلة أعلام المسلمين.
15. تعريف عام بالعلوم الشرعية.
16. مرجع العلوم الإسلامية.
17. الاعتدال في التدريس فكرأ وسلوكاً ومنهجاً.
18. الإسلام والشباب.
19. إحياء الأرض الموت.
20 - النظريات الفقهية.
21 - الإسلام في الماضي والحاضر.
22 - بحوث عن: الاجتهاد الفقهي في بلاد الشام في العصر الأموي، ملامح التنظيم القضائي، الإسلام بين الماضي والحاضر، التعويض عن الطلاق، مقاصد الشريعة، مرض الموت، العروبة عند إقبال عقيدة وفكرة، التربية النبوية، الإيمان أساس الأمن، التعريف بشهر الأعلام وبعض كتب التراث الإسلامي.

***

260