

معهد العلوم الإسلامية  
قسم الشريعة



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة الوادي

محاضرات في مقياس:

## نظريات فقهية وقانونية

السداسي الثاني

إعداد:  
د. ميلود ليفة

السنة: أولى ماستر  
تخصص: شريعة وقانون

السنة الجامعية: 2022/2021

## بِطَائِفِ الْأَهْلِيَّةِ

### تعريف الأهلية:

#### الأهلية في اللغة:

الأهلية في اللغة من الفعل أهل، يقال فلان أهل لهذا العمل، أي صالح له وجدير به، وأهله تأهيلا إذا رآه له أهال، والأهلية للأمر؛ الصلاحية له، ولهذا يشترط في كل من يتحمل المسؤولية أن يكون ذا أهلية، وقيل: الأهلية هي الصلاحية والجدارة والكفاية لأمر من الأمور.

#### الأهلية في الاصطلاح الفقهي:

لا نكاد نجد عند المتقدمين تعريفا اصطلاحيا للأهلية، وأن ما تعرضوا له في كتبهم هو التفصيل في أهلية الوجوب وأهلية الأداء والتعبير عنها في بعض الأحيان بالذمة كما سنبينه لاحقا.

ومما ورد في تعريف الأهلية عند المتأخرين:

. تعريف مصطفى الزرقا: "الأهلية في مفهومها الشامل؛ صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا لخطاب تشريعي"

. تعريف محمد الزحيلي: "صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحا لأن تثبت له الحقوق، وتثبت عليه الواجبات، وتصح

منه التصرفات".

فكلا التعريفين بمعنى واحد، غير أن تعريف الزحيلي يفسر معنى الخطاب التشريعي الذي ورد في تعريف الزرقا، ففسره بمعنى

ثبات الحقوق والواجبات وصحة التصرفات.

#### شرح التعريف:

✓ الأهلية صفة: أي أمر معنوي يتوفر في الإنسان، فيخرج من التعريف الأمور المادية، ومع كون الأهلية صفة معنوية

إلا أن حالات الأهلية وكما لها ترتبط بالنمو الجسمي والعقلي للإنسان.

✓ يقدرها الشارع: أي أن الأهلية تثبت تقدير الشارع وتحديد من خلال الخطاب التشريعي، فالشارع الحكيم هو من

يقدر الصفات التي تكون محلا للحقوق والواجبات ومصدرا صحيحا للتصرفات.

✓ في الشخص: الأهلية صفة قاصرة على الأشخاص ولا تثبت لغيره من المخلوقات، والأهلية كما تثبت للإنسان

والذي يعبر عنه في القانون بالشخص الطبيعي، فإنها تثبت كذلك للشخص المعنوي وتصدر التصرفات عمن يمثله أو

ينوب عنه، كالوقف والمسجد والمؤسسات.

✓ تجعله صالحا لأن تثبت له الحقوق، وتثبت عليه الواجبات وتصح منه التصرفات: فالأهلية على درجات تصاعدية،

تخول للإنسان نوعا من الأحكام الشرعية بحسب كل مرحلة في حياته، فتبدأ الأحكام بإثبات بعض الحقوق له

(الجنين في بطن أمه)، وفي مرحلة ثانية تثبت له الحقوق وتثبت عليه بعض الواجبات (الصبي غير المميز)، وفي مرحلة

ثالثة تثبت له الحقوق وتثبت عليه الواجبات، ويصبح أهلاً لصدور بعض التصرفات الشرعية منه (الصبي المميز ومن في حكمه)، وفي مرحلة رابعة تثبت له وعليه الحقوق وتصح منه جميع التصرفات وترتب آثارها الشرعية (البالغ العاقل).

### أقسام الأهلية:

قسم الفقهاء الأهلية إلى قسمين أساسيين، وهما أهلية الوجوب وأهلية الأداء، ولكل قسم أنواع، كما سيأتي بيانه.

**أولاً: أهلية الوجوب:**

**تعريف أهلية الوجوب:**

أهلية الوجوب هي: صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه.

أو هي: وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له وعليه.

كما يمكن تعريفها بأنها: صلاحية الشخص للإلزام والالتزام.

**فأهلية الوجوب لها عنصران:**

**الأول عنصر الإلزام:** وهو يؤهل الشخص لأن تثبت له الحقوق دون أن تثبت عليه، أي: أن يكون له حق على غيره، كحق

النفقة عليه، وحق الميراث، وحق الوصية، وحقه في نقل الملكية بالبيع... وغيرها.

**الثاني عنصر الالتزام:** ويثبت للشخص ما وجد حياً، ومعناه: ثبوت الحقوق على الشخص، أي: وجوب الحق عليه لغيره،

كوجوب النفقة عليه لغيره من أقاربه الفقراء إن كان غنياً، ووجوب ضمان ما أتلّفه، ووجوب التعويض عن الأضرار التي ألحقها بالغير.

**مناطق أهلية الوجوب:**

مناطق أهلية الوجوب الذي توجد بوجوده وتنعدم بانعدامه، هو الصفة الإنسانية ولا علاقة لها بالسن أو بالعقل أو بالرشد، بل

كل إنسان في أي طور كان، حتى الجنين في بطن أمه والمجنون والمعتوه، فإنه يتمتع بأهلية الوجوب، فأهلية الوجوب تصاحب

الإنسان منذ أول تكوينه وخلقه جنيناً، وتستمر معه بعد ولادته حياً إلى الوفاة، دون أن يؤثر فيها أي عارض من عوارض الأهلية،

أو أي تغيير أو تطور يعتري حياة الإنسان.

**أنواع أهلية الوجوب:**

تنوع أهلية الوجوب إلى نوعين: أهلية وجوب ناقصة، وأخرى كاملة.

**1- أهلية الوجوب الناقصة:** وهي صلاحية الشخص للإلزام فقط، أي: بأن تثبت له بعض الحقوق على غيره دون أن

يقابل ذلك أي واجب عليه لغيره أو التزام تجاهه، كالجنين، فإنه يتمتع بأهلية وجوب ناقصة تخول له بعض الحقوق، كالحق في

الميراث والوصية والنسب وغيرها من الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول.

والسبب في نقصان أهلية الوجوب أن الصفة الإنسانية للشخص غير متحققة؛ لكونه في هذه المرحلة الجنينية يعتبر جزءاً من

أمه وتابعا لها من جهة، وله الصفة الإنسانية من جهة ثانية، ولكنها غير مكتملة لأنه يحتمل الحياة والموت قبل وجوده في الدنيا،

فتثبت له بعض الحقوق للضرورة، وهي موقوفة على ولادته حياً.

**2- أهلية الوجوب الكاملة:** هي صلاحية الشخص لأن تثبت له الحقوق والواجبات، وتكون أهلية الوجوب كاملة إذا استقل الجنين عن بطن أمه حياً، فإنه يستقبل في مستهل حياته أهلية وجوب كاملة وتستمر معه حتى الوفاة، وتتكون هذه الأهلية من عنصرين؛ العنصر الإيجابي في ثبوت الحقوق له، والعنصر السلبي في ثبوت الحقوق عليه أي الواجبات والالتزامات.

**ملاحظة:**

يرتبط بأهلية الوجوب الكاملة وصف الذمة، وهو وصف اعتباري قدره الشارع في الشخص لثبوت الحقوق والالتزام بالواجبات، وسنفرد الحديث بتفصيل عن علاقة الأهلية بالذمة ضمن نظرية الذمة.

**ثانياً: أهلية الأداء:**

**تعريف أهلية الأداء:**

هي صلاحية الشخص لممارسة الأفعال والتصرفات التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل، وهذا يعني أن أهلية الأداء تجعل الشخص أهلاً للمعاملة بين الناس، وتكون جميع أفعاله مرتبة لآثارها الشرعية، سواء أكانت دينية كالصلاة والصيام، أو كانت تصرفات مدنية كالعقود وغيرها.

**ملاحظتان:**

- تتوقف على توفر أهلية الأداء مباشرة جميع المعاملات والتصرفات القولية والفعلية.
- يتوقف على توفر أهلية الأداء صحة التكليف بالأحكام الشرعية من اعتقادات وعبادات وأخلاق.

**مناطق أهلية الأداء:**

مناطق أهلية الأداء الذي توجد بوجوده وتعدم بانعدامه هو صفة العقل الذي يجعل الشخص يميز بين التصرفات النافعة والضارة، ويدرك الصالح والفاسد. قال الأمدي: "اتفق الفقهاء على أن شرط المكلف أن يكون عاقلاً فاهماً، لأن التكليف خطاب، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال".

**أنواع أهلية الأداء:**

**1- أهلية الأداء المعدومة:** ويتعلق ثبوتها بفقدان العقل والتمييز، وتثبت ابتداء للإنسان بعد ولادته وتستمر معه إلى سن التمييز، ثم تثبت له كذلك إذا اعترضه عارض من عوارض الأهلية كالجنون مثلاً، فإن المجنون لا عقل له فهو عديم الأهلية، ويترتب على ذلك أن يكون الشخص غير مؤهل للتعاقد مع الناس أو استعمال الحقوق الثابتة له أو التصرف فيها.

**2- أهلية الأداء الناقصة:** ويتعلق ثبوتها ببروز التمييز عند الشخص، وتثبت ابتداء للصبي المميز وهو عند الفقهاء من بلغ السابعة من عمره إلى سن التكليف الشرعي، وكذلك يكون ناقص الأهلية من اعترضه عارض من العوارض بعد بلوغه سن الرشد، كالعته والسفه والغفلة، وغيرها مما يؤثر على عقل الإنسان ويسلبه صفة التمام والكمال؛ ويترتب على نقصان الأهلية أن يفرق بين تصرفات الإنسان، فلا يقع منها صحيحاً ومرتباً آثاره إلا ما فيه نفع محض له، كقبول الهبة مثلاً، وأما ما فيه ضرر محض فهو باطل كالبيع بالمال، وأما ما هو دائر بين النفع والضرر فهو موقوف على بلوغ الشخص سن الرشد، أو هو موقوف على إجازة الولي.

**3- أهلية الأداء الكاملة:** ويتعلق ثبوتها ببلوغ الشخص سن الرشد والتكليف، وتستمر معه إلى الوفاة، ولا تسقط عنه إلا بالإعدام ولا بالإنقاص إلا إذا طرأ عليه عارض من عوارض الأهلية أفقده عقله أو جزءاً منه.

## الفرق بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء:

يتبين الفرق بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء في النقاط التالية:

- **من حيث الثبوت:** مناط ثبوت أهلية الوجوب هو الصفة الإنسانية، بينما مناط ثبوت أهلية الأداء هو العقل والتمييز.
- **من حيث ممارسة الأفعال:** أهلية الوجوب أساس لثبوت الحقوق للأشخاص وعليهم، وليست أساس لممارسة الأفعال وتحمل مسؤولياتها ونتائجها، بينما أهلية الأداء فهي أساس لممارسة الأفعال والتصرفات الشرعية، والتي تعتمد قصد الفاعل وإرادته، فلا بد في ممارستها من عنصر التمييز والعقل.
- **من حيث التأثير بالعوارض:** أهلية الوجوب لا تتأثر بأي عارض من عوارض الأهلية، فتثبت كاملة للشخص بعد ولادته حيا وتستمر معه إلى الوفاة، بينما أهلية الأداء فإنها لا تثبت كاملة للشخص إلا إذا بلغ العاقل سن التكليف وتستمر معه إلى الوفاة ما لم يعتريها عارض من العوارض فينقصها أو يعدمها.

### أهلية الإنسان بحسب أطوار حياته:

تبين لنا مما سبق أن أهلية الإنسان تمر بأطوار ومراحل تبدأ من مرحلة الجنينية والتي تكسب الجنين أهلية وجوب ناقصة، ثم تتطور إلى غاية التكامل عبر مراحل يؤثر فيها عامل السن والعقل، ولا تسقط هذه الأهلية إلا بالموت. وتتبع المراحل التي تميز تطور البنية الجسمية والعقلية للإنسان فإن الفقهاء حددوا أربعة أطوار للإنسان يتميز فيها كل طور بنوع خاص من الأهلية التي يتمتع بها والتي تتناسب مع تطور الجسم والعقل؛ وهذه الأطوار هي: طور الاجتنان، وطور الطفولة، وطور التمييز وطور البلوغ والرشد، وسنبين أحكام أهلية الإنسان في كل طور.

#### **أولا: طور الاجتنان:**

وهو الطور الذي يكون فيه الإنسان جنينا، أي حملا في رحم أمه، ويمتد منذ العلق إلى الولادة. وفي هذا الطور أثبت الشرع للحمل في بطن أمه أهلية وجوب ناقصة تجعله قابلا للإلزام فقط دون الالتزام، فتثبت بعض الحقوق الضرورية له ولا يثبت شيء عليه. والعلة في ثبوت الأهلية له أنه يتمتع بالصفة الإنسانية، والسبب في نقصان أهليته أنه يحتمل الوجود والعدم، فقد يكون حملا حقيقيا وقد يكون متوهما، ويحتمل ثبوت الحياة له وبقاء الحياة إلى الولادة، ويحتمل فقدان الحياة فيولد ميتا، ولذلك لم يتوسع الشرع في منحه الحقوق إلا بمقدار الضرورة والحاجة والضرورة تقدر قدرها.

#### **الحقوق الضرورية التي تثبت للجنين:**

اتفق الفقهاء على أن الجنين تثبت له أربعة حقوق ضرورية، ووصفت بالضرورة لكونها لا تحتاج إلى قبول ويتوقف عليها وجود الإنسان وحماية حقوقه المشروعة، وهي:

- 1- **النسب:** يثبت نسب الجنين من أبيه وأمه، وهو في بطن أمه؛ لأن الأصل في ثبوت النسب عقد الزوجية لقوله صلى الله عليه وسلم: «الولد للفراش» متفق عليه.
- 2- **الإرث:** يثبت للجنين حَقَّ الإرث من أقرائه الذين يرث منهم، ويعتبر هذا الحق متفرعا عن حق النسب، فيوقف للجنين من تركة مورثه أكبر النصيبين على تقدير كون الحمل ذكرا أو أنثى.
- 3- **الوصية:** تصح الوصية للجنين وهو في بطن أمه، ويستحقها بعد ولادته حيا.
- 4- **الوقف:** يستحق الجنين كذلك ما يوقف عليه.

وهذه الحقوق التي يستحقها الجنين لا تثبت حالة له، وإنما تثبت معلقة على شرط الولادة حيا، فإن ولد حيا استقرت له هذه الحقوق وثبتت بأثر رجعي منذ وقت الاستحقاق، وتكون الزوائد والمنافع له، أما إذا ولد ميتا فتعود الحقوق إلى أصحابها بأثر رجعي، ويعتبر الجنين كأن لم يكن.

#### ثانيا: طور الطفولة:

ويمتد هذا الطور في الإنسان من حين ولادته إلى أن يصبح مميزا، فبمجرد ولادة الشخص وانفصاله عن أمه يصبح كامل الإنسانية ويكتسب شخصية مستقلة تماما عن أمه، فتثبت له أهلية وجوب كاملة؛ لأن مناطها وأساس ثبوتها هو الصفة الإنسانية، ولكن لا تثبت له أهلية الأداء مطلقا لكون أساس ثبوتها العقل وهو فاقد له.

#### ويتعلق بأهلية الوجوب الكاملة للصغير غير المميز ما يلي:

- 1- **ثبوت الحقوق:** تثبت للصغير جميع الحقوق التي ينشئها نيابة عنه وليه أو وصيه أو القيم، والتي تعود عليه بالنفع غالبا، كعقود البيع والرهن والإجارة، فتثبت له جميع الحقوق الناشئة عنها، كما يلتزم بجميع الالتزامات المترتبة عليها والتي يؤديها عنه وليه أو من يقوم مقامه.
- 2- **ثبوت الالتزامات:** تثبت على الصغير بعض الالتزامات التي تتناسب معه، وهي في معظمها التزامات مالية تتعلق بماله ودمته؛ لكون الذمة تتعلق بأهلية الوجوب الكاملة، فتكون ذمة الصغير مشغولة ببعض الالتزامات التي يقوم الولي أو الوصي بأدائها عنه، وأهمها:

أ- ضمان المتلفات التي يتسبب بها الصغير غير المميز بالجنانية على النفس والمال، فيجب عليه ضمان ما أتلّف، ودفع الدية في الاعتداء على النفس وما دونها؛ ويفرق الفقهاء بين وجوب الضمان على الصغير وعدم وجوب العقوبة البدنية عليه؛ لأن الصغير ليس أهلا للتكليف والعقوبة البدنية، لأنها تعتمد على البلوغ والعقل، أما الضمان فإنه يترتب على الفعل الضار دون النظر إلى الفاعل ودون توقف على العقل أو التمييز، وإنما يعتمد على توفر الذمة التي تثبت بها الالتزامات، والصبي يتوفر على هذه الذمة التي تثبت له منذ ولادته ولا تسقط إلا بالوفاة.

ب- العوض المالي في المعاملات المالية التي يقوم بها الولي أو الوصي في أموال الصغير عن طريق المعاوضات، فكل ما ينشأ عن هذه التصرفات من التزامات وأداءات تثبت في ذمة الصغير وتدفع من أمواله.

ت- المؤونة المالية التي تثبت على أموال الصغير، كالضرائب والعشر والخراج، فيجب أدائها من ماله، ويقوم وليه نيابة عنه بدفعها إلى بيت المال؛ واختلف الفقهاء في الزكاة باعتبارها من الواجبات المالية هل تجب على الصغير أم لا تجب عليه، فذهب الحنفية إلى أنها عبادة مالية يتوقف إيجابها على البلوغ كسائر التكليف الدينية فلا تجب على الصغير، وذهب الجمهور إلى أنها عبادة غلب فيها جانب المؤونة المالية فتجب في مال الصغير.

### ثالثا: طور التمييز:

ويمتد هذا الطور في حياة الإنسان من سن تمييزه حتى يبلغ سن الرشد والتكليف. والمراد بالتمييز أن يصبح للصبي بصر عقلي يستطيع به أن يميز بين الحسن والقبيح من الأمور، وبين الخير والشر، والنفع والضرر، وإن كان هذا البصر غير عميق، وهذا التمييز غير تام ولا مستوعب للنتائج. واتفق الفقهاء على أن التمييز عند الصبي يبدأ ببلوغ سن السابعة عملا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: «مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين» رواه أبو داود وهو صحيح.

**التصرفات التي تصدر عن الصبي المميز:**

حدد الفقهاء أنواعا ثلاثة للتصرفات التي تصدر عن الصبي المميز، وهي:

- 1- **تصرفات صحيحة ونافذة:** وهي التصرفات الصحيحة النافذة بعبارة، مثل العقود النافعة له نفعاً محضاً، كقبول الهبة والوصية والكفالة بالدين، فهي تنعقد وترتب آثارها ولا تحتاج إلى إجازة الولي أو الوصي.
- 2- **تصرفات غير صحيحة وباطلة:** وهي التصرفات الضارة به ضرراً محضاً، مثل التبرع بماله والهبة والوقف والقرض والكفالة للدين وغيرها، فهذه التصرفات لا تنعقد أصلاً حتى ولو أجازها الولي أو الوصي.
- 3- **تصرفات موقوفة:** وهي التصرفات المترددة بين النفع والضرر، كالبيع والشراء والإجارة ونحوها، فتنعقد صحيحة ولكنها موقوفة على إجازة الولي أو إذنه.

### رابعا: طور البلوغ والرشد:

ويمتد هذا الطور في حياة الإنسان منذ بلوغه سن الرشد والتكليف إلى غاية وفاته، ففي هذا الطور يكتسب الشخص أهلية أداء كاملة، فتكون جميع تصرفاته معتبرة في نظر الشارع، فيكون أهلاً للإلزام والالتزام، ومباشرة كل التصرفات المترتبة آثارها الشرعية. وسن البلوغ مرتبط بنضوج الجسم وإكمال الحواس والغرائز وظهور علامات الرجولة والأنوثة، وأقل مدة تظهر فيها هذه العلامات في الغالب وفق ما قرره الفقهاء هو اثنتا عشرة سنة للذكور، وتسع سنين للإناث.

فإن تأخر النضج الجسمي، ولم تظهر علامات البلوغ الطبيعية بالاحتلام أو الحيض، فيقدر البلوغ بالسن؛ وسن البلوغ للذكور والإناث على حد سواء هو خمسة عشرة سنة.

واشترط الفقهاء لثبوت أهلية الأداء الكاملة للشخص البالغ أن يبلغ رشيداً، فإن فقد هذا الشرط بأن بلغ غير رشيد، فإن أهليته تبقى ناقصة لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: 6]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾ [النساء: 5].

## عوارض الأهلية:

ثبت عندنا أن أهلية الشخص نوعان: أهلية وجوب: وتثبت للشخص باعتباره إنسانا وتستمر معه منذ ولادته إلى غاية وفاته دون أن تتأثر بأي عارض، وأهلية أداء: وتثبت للشخص باعتبار ما يبرز عنده من عقل وتميز وتكتمل عنده ببلوغه سن الرشد والتكليف، غير أنها قد تتأثر بحالات يفقد معها الشخص قدرته العقلية، وعليه فإن عوارض الأهلية إنما تنحصر في أهلية الأداء فقط.

وقد توسع الفقهاء في تعداد عوارض الأهلية، وذكروا بعض الحالات التي لا تؤثر في الأهلية كالحيض والنفاس والسفر، أو تكون سابقة لأهلية الأداء كالصغر، فإنه موجود قبل وجود أهلية الأداء، وكالموت الذي تزول به الشخصية نهائيا، ولذلك عرف بعضهم العوارض ومثل لها بقوله: "أمور تعرض للأهلية فتمنعها من بقائها على حالها، فبعضها يزيل أهلية الوجوب كالموت، وبعضها يزيل أهلية الأداء كالنوم والإغماء، وبعضها يوجب تغييرا في بعض الأحكام مع بقاء أصل أهلية الوجوب والأداء كالسفر".

**أنواع عوارض الأهلية:** عوارض الأهلية على عدة أنواع وباعتبارين مختلفين:

**الاعتبار الأول:** باعتبار سببها: تنقسم العوارض بهذا الاعتبار إلى قسمين:

**1- العوارض غير المكتسبة:** ويطلق عليها العوارض السماوية، وهي التي تصيب الشخص من الله تعالى ولا كسب

للإنسان فيها، ولا اختيار له في وقوعها، وأهمها: الجنون والعتة والنسيان والنوم والإغماء ومرض الموت.

**2- العوارض المكتسبة:** وهي العوارض التي تقع بفعل الشخص وكسبه واختياره، وأهمها: السكر والسفر.

**الاعتبار الثاني:** باعتبار تأثيرها على الأهلية: تنقسم العوارض بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام:

**1- العوارض التي تعدم الأهلية:** وهي العوارض التي تزيل أهلية الأداء تماما ويصير فيها الشخص عديم الأهلية مثله مثل

الصبي غير المميز، كالجنون والإغماء والنوم والإكراه الملجئ.

**2- العوارض التي تنقص الأهلية:** وهي العوارض التي لا تعدم أهلية الأداء وإنما تنقصها، كالعته والسفه، فإذا اعترى

واحدا منها الشخص البالغ الراشد فإنه يؤثر في أهليته بالنقصان ويصير حكمه حكم الصبي المميز من حيث صحة تصرفاته.

**3- العوارض التي لا تعدم الأهلية ولكنها تؤثر على بعض التصرفات:** ومثالها الغفلة، والدين، ومرض الموت، والسفر،

فإن هذه العوارض لا تؤثر على أهلية الشخص فلا تعدم ولا تنقص، ولكنها تغير بعض الأحكام الناشئة عن

تصرفاته، كالحجر على التصرفات المالية للمحافظة على مال الشخص، أو المحافظة على حقوق الدائنين أو الورثة الذين يتضررون من تصرفه.

## نظريّة الولاية الشرعيّة

الإنسان قبل استكمال أهلية الأداء كلها يسمى: قاصراً، سواء أكان فاقداً هذه الأهلية كلها كالصغير غير المميز، أم كان ناقصها كما في المرحلة التي بين بدء سن التمييز والرشد، على ما سلف بيانه.

والقاصر في جميع الأحوال محتاج إلى ما يقيم حياته كحاجة الكبير الراشد نفسه، ولكنه لا يستطيع أن يتدارك بنفسه هذه الحاجات لعجزه بتاتا في دور الطفولة، ولضعفه جسما وعقلا في طور التمييز، مما أوجب نقصان أهلية الأداء فيه، فكيف تضمن حاجاته وصلاحيته؟

لذلك اتفقت الشرائع السماوية والوضعية على طريقة وحيدة يمكن أن تتكفل بذلك، سميت في الاصطلاح باسم: الولاية. فما هي الولاية، وما هي أقسامها، وما هو حكمها وأثرها، هذا ما سنعرفه في هذه النظرية.

### تعريف الولاية:

#### الولاية في اللغة:

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

ويدل على هذا المعنى قوله تعالى: ﴿اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آمَنُوا﴾ [البقرة: 257]، وقوله تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ﴾ [البقرة: 107].

#### الولاية في الاصطلاح:

الولاية هي: سلطة شرعية تجعل لمن ثبت له القدرة على إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها، بحيث تترتب آثارها الشرعية عليها بمجرد صدور حساب نفسه أو لحساب غيره.

فالولاية سلطة منحها الشارع أو أقر بما الشارع للشخص ليكون قادراً على إصدار التصرفات التي يترتب عليها حقوق أو التزامات، ويتعلق بها أحكام شرعية، ويقع عليه تنفيذ الآثار المترتبة على التصرف.

### علاقة الولاية بالأهلية:

العلاقة بين الولاية والأهلية علاقة عموم وخصوص، فإن الولاية بمفهومها السابق ذكره أعم من الأهلية؛ ذلك أن هذه الأخيرة هي قدرة الشخص على مباشرة تصرفاته لنفسه ولحسابه، وبما ينتج أثرها في حقه وذمته، فيكون إنتاج الآثار لحساب نفس الشخص لا لحساب غيره.

## أقسام الولاية:

تنقسم الولاية إلى عدة أقسام باعتبارات مختلفة.

**أولاً: أقسام الولاية باعتبار ذاتها:** تنقسم الولاية باعتبار ذاتها إلى ولاية عامة، وولاية خاصة.

- 1- **الولاية العامة:** هي الثابتة لرئيس الدولة أصالة، والقضاة نيابة عنه بصفتهم حكاما لا بصفتهم الشخصية، فلكل منهم ولاية عامة على من يتولى أمرهم ممن لا ولي خاص لهم، ومن ثم قيل: القاضي ولي من لا ولي له.
- 2- **الولاية الخاصة:** هي الثابتة للأفراد بصفتهم الشخصية لا بصفتهم حكاما، إما بتسليط من الشارع كولاية الأب والجد، أو بتسليط من الأصيل كولاية الوصي والقيم.

**ثانياً: أقسام الولاية باعتبار مصدرها:** تنقسم الولاية بهذا الاعتبار إلى ولاية ذاتية، وولاية مكتسبة.

- 1- **ولاية ذاتية:** ويطلق عليها الولاية الأصلية، وهي التي تثبت ابتداء من الشارع من غير أن تكون مستمدة من الغير كولاية الأب والجد على القاصر، فهذه الولاية ثابتة بسبب الولادة فلا تقبل التنازل ولا الإسقاط.
- 2- **ولاية مكتسبة:** ويطلق عليها الولاية النيابية، وهي الولاية التي تستمد من الغير بإقرار من الشارع كولاية القاضي والوصي، فإن القاضي يستمد ولايته من الحاكم والإمام، فهو نائب عنه فيما يتولاه من أمور، والوصي يستمد ولايته من أقامه وصيا كالأب أو الجد أو القاضي، فهو نائب عنه في الوصاية وفيما يتولاه من شؤون القاصر، وهذا النوع من الولاية يمكن التنازل عنها أو إسقاطها، وهي لا تقوم إلا عند غياب الولاية الأصلية، فالأولى أصل والثانية فرع عنها.

**ثالثاً: أقسام الولاية باعتبار ثبوتها على الشخص:** تنقسم الولاية بهذا الاعتبار إلى ولاية قاصرة، وولاية متعدية.

- 1- **ولاية قاصرة:** هي ولاية الشخص على نفسه وماله، وتثبت للشخص الذي يتمتع بأهلية أداء كاملة، بحيث تكون جميع تصرفاته نافذة وتترتب عليها آثارها.
- 2- **ولاية متعدية:** هي ولاية الشخص على غيره، ولا تكون إلا لمن تثبت له ولاية على نفسه، أو هي تصرف الشخص لغيره تصرفاً نافذاً بإرادة الشارع، كولاية الأب والجد، أو بإنابة الغير مع إقرار الشارع، كالوصاية والوكالة، فيكون الولي في هذه الحالة متصفاً بوصفين: له ولاية على نفسه، وله ولاية على غيره، ويطلق عليها النيابة الشرعية، والولاية النيابية.

**رابعاً: أقسام الولاية باعتبار موضوعها:** الولاية باعتبار موضوعها تنقسم إلى ولاية على النفس وولاية على المال وولاية على النفس والمال معاً.

**1- الولاية على النفس:** هي القيام والإشراف على شؤون المولى عليه فيما يختص نفسه منذ ولادته حتى بلوغه وتزويجه، وهي على أنواع ثلاثة:

- أ- ولاية الحفظ والرعاية: ويطلق عليه الحضانة، وتبدأ من ولادة المحضون حتى بلوغه سن التمييز.
- ب- ولاية التربية والتأديب والتهديب: وتسمى ولاية الضم أو الصيانة أو الكفالة، وتبدأ من سن التمييز إلى البلوغ، وتسقط هذه الولاية ببلوغ المولى عليه عاقلاً إذا كان ذكراً، وبزواج المولى عليها إن كانت أنثى.
- ت- ولاية التزويج: وهي تحويل الولي الحق في مباشرة عقد زواج المرأة التي تحت ولايته.

**2- الولاية على المال:** هي تدبير شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرف وحفظ وأنفاق، أو هي القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها.

**3- الولاية على النفس والمال معا:** وتشمل الشؤون الشخصية والمالية للمولى عليه، كولاية الأب على ابنه القاصر أو فاقد الأهلية.

### انتهاء الولاية الأصلية ووقفها وعودتها:

رغم كون الولاية الأصلية غير قابلة للتنازل أو الإسقاط؛ إلا أن ظروفًا متعددة قد تطرأ على الولي فتحول دون ممارسته لوظيفته من رعاية شؤون المولى عليه في نفسه وفي ماله، وعندئذ لا بد من وقف الولاية وانحائها، وفي الغالب لا يتم ذلك إلا بحكم قضائي. وكما توقف الولاية لوجود أسباب الوقف، فإنها تعود لصاحبها، وبحكم قضائي كذلك عند زوال هذه الأسباب.

**أولاً: انتهاء الولاية الأصلية:** انتهاء الولاية الأصلية له حالتان:

**1- انتهاء الولاية الأصلية دون حكم قضائي:** عدد الفقه الإسلامي أسباباً بمقتضاها تنتهي الولاية الأصلية تلقائياً دون الحاجة إلى حكم قضائي، وهي:

- ✓ بلوغ القاصر سن الرشد وترشيده: إذا بلغ القاصر سن الرشد واكتملت أهليته فإنه لا ولاية عليه، قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رَشَدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: 6].
- ✓ موت القاصر أو هلاك أمواله: إذا مات القاصر لم يعد للولاية وجود، وتصير أمواله التي تركها تركتها تقسم على ورثته، كما تنتهي الولاية بهلاك أموال القاصر، فالولاية تسقط هنا لانعدام المحل.
- ✓ موت الولي أو فقد أهليته: تنتهي الولاية الأصلية على القاصر بموت الولي سواء كانت الوفاة طبيعية أو حكمية بسبب الفقد، وعندئذ تنتقل الولاية إلى من يليه في المرتبة.

**2- انتهاء الولاية الأصلية بحكم القضاء:** تنتهي الولاية الأصلية بمقتضى الحكم القضائي لسببين اثنين:

- ✓ إقرار القضاء تنحي الولي عن الولاية: رغم أن الولاية الأصلية لا يجوز إسقاطها أو التنازل عنها لأن سبب ثبوتها هو الولادة والقربة؛ غير أنه يمكن للولي طلب التنحي عن الولاية بسبب العجز وعدم القدرة، للقاضي سلطة النظر في الطلب والرد عليه، وفي حالة قبوله، فإن الولاية تنتقل إلى من يلي الولي المنتحي في المرتبة، كما يحق للولي طلب رد الولاية في حال زوال أسباب العجز.

✓ سلب الولاية أو الحد منها: السلب إنهاء للولاية في جملتها، بينما الحد من الولاية هو إنهاء لجزء منها فقط، كأن يمنع الولي من مباشرة أعمال معينة أو التصرف في مال معين، لذلك فالحد من الولاية هو سلب جزئي لها، والحكمة من سلب الولاية أو الحد منها هي أن الولاية منوطة بمصلحة القاصر، فمتى انتفت المصلحة وجب زوال الولاية.

### ثانيا: وقف الولاية الأصلية:

الوقف لا يعني إنهاء الولاية، وإنما يراد به إيقافها وإبطائها لمدة زمنية محددة إلى حين زوال أسباب الوقف، ويمكن للولي استردادها بعد ذلك، ويكون الوقف إما تلقائيا دون أمر قضائي، أو بأمر قضائي.

1- **وقف الولاية الأصلية تلقائيا:** يترتب على وقف الولاية تلقائيا سواء في حالة السلب أو في حالة التنحي، تعيين وصي مؤقت ما لم يكن للقاصر ولي آخر.

2- **وقف الولاية الأصلية بأمر قضائي:** ثبت أن الولاية الأصلية لا يجوز إسقاطها أو التنازل عنها؛ غير أنه قد تطرأ ظروف على الولي تحول دون ممارسته الكاملة لدوره في مباشرة التصرفات جزئيا أو كليا، ويطلق على هذه الظروف عوارض أو موانع الأهلية، والموانع التي تختص بوقف الولاية هي:

✓ غياب الولي لمدة سنة أو أكثر.

✓ حبس الولي تنفيذا لعقوبة جنائية.

✓ صدور حكم قضائي في حق الولي يقضي بإشهار إفلاسه.

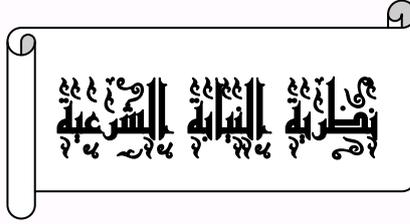
### ثالثا: عودة الولاية الأصلية:

عودة الولاية: هي استرداد الولاية بطلب من الولي بعد سقوطها أو سلبها أو الحد منها أو وقفها، ولا تسترد الولاية إلا بحكم قضائي بعد التحقق من زوال الأسباب التي دعت إلى ذلك.

ويترتب على استرداد الولاية وعودتها بحكم قضائي، تسليم الولي السابق (المستخلف) الولي الأصيل أموال القاصر التي كان يديرها دون حاجة إلى إصدار حكم قضائي ينهي ولاية السابق.

### حكم الولاية وأثرها:

وإذا كانت الولاية نيابة جبرية كان من مقتضاها أن تستلزم حكما عاما فيها هو: أن تصرفات الولي التي يقوم بها على حساب القاصر ولمصلحته نافذة على القاصر جبرا، إذا كانت مستوفية شرائطها الشرعية، فليس للقاصر بعد كبره ورشده أن ينقض منها شيئا.



## تعريف النيابة الشرعية:

### النيابة في اللغة:

النيابة في اللغة مصدر ناب، يقال: ناب فلان عن فلان، نيابة: إذا قام مقامه، بالنيابة عن فلان: باسم فلان، فالفاعل: نائب، والمفعول: منوب عنه.

### النيابة اصطلاحاً:

النيابة هي نوع من الولاية، ويطلق عليها الولاية النيابة؛ وهي: تنفيذ القول على الغير شاء ذلك الغير أو أبي. وقيل هي: سلطة شرعية تجعل لمن تثبت له القدرة على القيام بشؤون القاصر. فهي سلطة شرعية تخول لمن تحققت له الإشراف على شؤون المولي عليه الشخصية من حيث تربيته، والمالية في إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها، بحيث تترتب أثارها الشرعية عليها بمجرد صدورهما، فتجري تلك التصرفات من النائب لا لحساب نفسه، ولكن لحساب المشمول بولايته ونيابة عنه، بما يضمن مصلحته، حتى يستطيع القيام بشؤون نفسه.

## الفرق بين الولاية والنيابة:

الفرق بينهما يكمن في أن الولاية تستمد سلطتها مباشرة من الشارع، من غير إنابة أحد كولاية الأب والجد؛ فإنها تثبت بسبب الولادة والقربا وهي لازمة ولا تقبل الإسقاط أو التنازل عنها، بينما النيابة فإن صاحبها يكتسب سلطته من الغير نيابة، سواء كان الغير وليا خاصا كالأب والجد، أو وليا عاما كالقاضي، فإن وصي كل منهما يقوم مقام الأصيل في الولاية، وتكون اختيارية قابلة للتنازل أو الإسقاط.

## أقسام النيابة الشرعية:

تنقسم النيابة الشرعية إلى عدة أقسام وابعبارات مختلفة.

**أولاً: أقسام النيابة الشرعية باعتبار المصدر:** تنقسم النيابة بهذا الاعتبار إلى نيابة أصلية ونيابة غير أصلية.

**1- النيابة الأصلية:** وهي التي يثبتها الشارع للشخص، كولاية الأب والجد على الصغير، فهي أصلية تثبت بنص شرعي.

**2- النيابة غير الأصلية:** وهي التي تثبت للشخص بإنابة شخص آخر أو تكليف منه، وهي على ثلاثة أقسام:

أ- النيابة الثابتة من الأب أو الجد: ويسمى النائب وصيا، ويقيد بأنه وصي الأب أو الجد.

ب- النيابة الثابتة من القاضي: ويسمى النائب؛ الأمين، والقيم، والوصي.

ت- النيابة الثابتة من شخص آخر: وهي الوكالة، والنائب يسمى وكيلاً.

**ثانياً: أقسام النيابة الشرعية باعتبار الإجمار والاختيار:** وتنقسم إلى ولاية إجبارية وولاية اختيارية.

1- النيابة الاختيارية: وهي تفويض الشخص غيره ليقوم بشؤونه وحسابه، وهي الوكالة

2- النيابة الإجبارية: هي تفويض الشرع أو القضاء التصرف لمصلحة القاصر، كولاية الأب أو الجد أو الوصي على الصغير، وولاية القاضي على القاصر، فمصدر ولاية الأب أو الجد أو القاضي هو الشرع. ومصدر ولاية الوصي إما اختيار الأب أو الجد، أو تعيين القاضي.

### أسباب ثبوت النيابة الشرعية:

النيابة الشرعية قد تثبت على الصغير كما تثبت كذلك على الكبير:

✓ والسبب في ثبوت النيابة الشرعية على الصغير في نفسه وماله هو عجزه عن القيام بشؤون نفسه، وممارسته التصرف وتنفيذه، وفقدانه لأهلية الأداء التي تخول له ممارسة التصرفات الشرعية لصالح نفسه، لعدم التمييز عنده بين النفع والضرر، والخير والشر، والمصلحة والمفسدة.

✓ والسبب في ثبوت النيابة الشرعية على الكبير هي العجز وفقدان الأهلية التي تتيح له مباشرة التصرفات الشرعية المرتبة آثارها، كما في حال المجنون والمعتوه والسفيه والمفقود.

### الحكمة من مشروعية النيابة الشرعية:

إن الحكمة من مشروعية النيابة الشرعية، تتجلى أساساً في حرص الشارع الحكيم على صيانة مقاصد الشريعة الإسلامية، ومنها حفظ النفس وحفظ المال، ففاقد الأهلية أو ناقصها كالصبي والمجنون؛ لا يمكنهما تقديم الأسباب ومباشرة التصرفات التي تحفظ عليهما نفسيهما ومالهما، فأقام الشارع مقامهما من هو أهل لتحقيق هذه المقصدين العظيمين، وهو الولي الشرعي أو الوصي أو القيم، قال تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: 6]. وكذلك السفيه والمعتوه ومن في حكمهما؛ ممن لا يحسن التصرف في شؤونه المالية، فإن الشارع الحكيم أمر بالحجر عليهم وعدم تعريض أموالهم للإهدار والضياع فقال عز وجل: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَفِيعُ أَنْ يُمَلَّ هُوَ فَلْيُمَلِّ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: 282].

### شروط النيابة الشرعية:

يشترط في النيابة عن الغير (الولاية المتعدية)، أن تتوفر في الولي الشروط الآتية:

1- كمال الأهلية: يشترط لتولي النيابة أن يكون الولي متمتعاً بالأهلية الكاملة التي تتيح له مباشرة التصرفات الشرعية

المرتبة آثارها لحساب المولى عليه، والذي حال فقدان أهليته أو نقصانها دون مباشرته لها أسباباً شرعية.

2- اتحاد الدين بين الولي والمولى عنه: الولاية سلطة تقوم على التناصر والتعاون والتناصح والسلطان والقوة، وعند

اختلاف الدين تضعف هذه العناصر، فلا تثبت ولاية الكافر على المسلم كما قال الله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ

لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: 141]؛ ولا تثبت كذلك ولاية المسلم على غير المسلم؛ لأن الولاية تقوم

على القرابة والمودة، قال تعالى: ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَوْ كَانُوا

آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ أَوْ إِخْوَانَهُمْ أَوْ عَشِيرَتَهُمْ﴾ [المجادلة: 22]؛ فلا ولاية لمسلم على كافر، ولا لكافر على مسلم.

**3- القدرة والكفاءة:** وهذا لتحقيق القصد من الولاية، وهو حماية المولى عليه العاجز، والحفاظ على أمواله حتى يزول عنه العجز، فلا بد أن يكون من يتولى هذه المهمة قادراً غير عاجز، وذا كفاءة تسمح له بحسن تدبير شؤون المولى عليه بما يحقق المصلحة ويدراً المفسدة.

**4- العدالة:** ويراد بهذا الشرط أن يكون الولي متمتعاً بالثقة والأمانة؛ لأن مهمته تقتضي أن يكون أميناً على مصالح المولى عليه الشخصية والمالية؛ لأن النيابة الشرعية أمانة، فلا ولاية لفاسق أو مخادع.

### تصرفات النائب ومدى صلاحياته:

ليس للنائب مباشرة أي تصرف يلحق ضرراً محضاً بالمولى عليه كالتبرع من ماله، وله أن يتصرف فيما يحقق مصلحة القاصر، كحفظ أمواله وإدارتها واستثمارها، والإنفاق الضروري عليه، وشراء ما لا بد له منه، وبيع المنقولات، وعلى الأب الإنفاق على الصغير إن لم يكن له مال، لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 233]، فإن كان للصغير مال أنفق عليه من ماله.

وجاز للنائب المحتاج أن يأخذ نفقته الضرورية من مال الصغير، لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: 6].

### أطراف النيابة الشرعية:

تقوم النيابة الشرعية على طرفين اثنين:

- الطرف الأول يمثل الأشخاص الخاضعون للنيابة، كفاقدي الأهلية.
- والطرف الثاني ويمثله الأشخاص القائمون بمهمة النيابة الشرعية في الحفاظ على مصلحة الخاضعين للنيابة في أنفسهم وفي أموالهم، سواء كانت الولاية مباشرة كولاية الأب والجد والقاضي، أو كانت بواسطة كالوصي والقيم.

### أولاً: الأشخاص الخاضعون للنيابة الشرعية:

إن المسوغ الشرعي الذي يخضع به الشخص للنيابة الشرعية يرتبط أساساً بمدى اكتمال أهلية الأداء واستمرارها، حيث نجد أن الفقه الإسلامي أخضع كل من عدت أهليته، أو لم تكتمل لإجراء النيابة الشرعية حماية لأموالهم وصوناً لأنفسهم، كما أخضع كذلك لهذا الإجراء كل من اكتملت أهليته ولم يقدر على مباشرة شؤونه بنفسه لعارض أو مانع من موانع الأهلية حال دون ذلك، سواء كان مانعاً مباشراً كجنون أو سفه أو عته، أو غير مباشر كغيبه أو فقد، ولذلك سنعرض لهؤلاء ضمن نوعين اثنين: الأول: فاقدو وناقصو الأهلية، والنوع الثاني: الغائب والمفقود.

**1- فاقدو وناقصو الأهلية:** وهم على صنفين: الأول: كل من لم يبلغ سن الرشد فهو قاصر، فيكون إما فاقداً للأهلية كالصغير، أو ناقص الأهلية كالمميز، والصنف الثاني: كل من بلغ سن الرشد واعترضه مانع من موانع الأهلية أثر فيها إما بالإعدام أو الإنقاص، فيحجر عليه في الحالتين.

**أ- القاصر:** ويقصد به كل من لم يبلغ سن الرشد الشرعي، ولا يتمتع بأهلية كاملة تتيح له الاستقلال عن غيره ومباشرة التصرفات الشرعية، وقد سبق الحديث عن المراحل العمرية للقاصر بداية من كونه جنيناً ثم صبياً مميزاً وغير مميز ثم رشيداً، كما سبق بيان الأحكام الشرعية التي نص عليها الفقهاء بحسب كل مرحلة عند حديثنا عن نظرية الأهلية.

ب- **المحجور عليه**: يقصد بالمحجور عليه كل من فقد أهليته سواء كان الفقد كلياً أو جزئياً، وسواء بلغ المحجور عليه سن

الرشد وهو فاقد لأهليته، أو بلغ رشيداً ثم فقدتها لعارض من عوارض الأهلية كالجنون والعتة والسفه والغفلة.

**2- الغائب والمفقود**: يفرق الفقهاء بين المفقود والغائب، على أساس أن المفقود أخص من الغائب، فكل مفقود غائب وليس كل غائب مفقود، فالغائب معلوم الحياة والمكان، ولكنه غير موجود في موطنه، وأما المفقود فلا تعلم حياته من موته، ولا يستلزم كونه مفقوداً غياباً عن موطنه، بل يمكن أن يصبح مفقوداً في أي وقت.

وللغائب والمفقود أحكاماً خاصة فصل فيها الفقهاء، تتعلق أساساً بأموالهما من حيث إدارتهما، وبالرابطة الزوجية من حيث استمرارها أو فكها، وميراثهما من حيث استحقاقهما الميراث من جهة، وتوريث ما تركوه من جهة ثانية.

### ثانياً: الأشخاص القائمون بمهمة النيابة الشرعية:

يجب التفصيل في ترتيب الأشخاص الأحق بمهمة النيابة الشرعية على حسب محل النيابة، فالنيابة الشرعية تكون على النفس كما تكون على المال، ويختلف ترتيب الأشخاص القائمين بمهمة النيابة الشرعية بحسب ذلك:

أ- **الولاية على النفس**: تثبت للأقرب فالأقرب من العصابات على الترتيب التالي:

1 - البنوة (الأبناء ثم أبناء الأبناء) فابن المجنون والمجنونة مثلاً يتولى شؤونهما الشخصية.

2 - الأبوة (الآباء ثم الأجداد).

3 - الأخوة (الإخوة ثم أبناء الإخوة).

4 - العمومة (الأعمام ثم أبناء الأعمام).

وهذا هو ترتيب الإرث والولاية في الزواج.

ب- **الولاية على المال**: بالنسبة للصغير القاصر: تثبت على الترتيب التالي: الأب، ثم وصي الأب، ثم الجد العصبي (أبو الأب)،

ثم وصي الجد العصبي، ثم القاضي، ثم وصي القاضي: وهو من يعينه القاضي.

والسبب في هذا الترتيب: أن الأب أوفر الناس شفقة على ولده، ويعقبه وصيه الذي اختاره ليقوم مقامه، والظاهر أنه ما

اختاره من بين سائر الناس إلا لعلمه بأن شفقتة على الصغير مثل شفقتة عليه، والجد يأتي بعدئذ لأن شفقتة دون شفقة الأب،

ووصيه يليه ويقوم مقامه، لأنه وثقه وارتضاه، والقاضي أمين على مصالح الأمة وبخاصة اليتامى فصلح أن يكون ولياً، لقوله -صلى

الله عليه وسلم-: «السُّلْطَانُ وِليٌّ مِنْ لَأِ وِليٌّ لَهُ» رواه أبو داود وهو صحيح.

## بَيِّنَاتُ الْإِسْلَامِ

### تعريف الذمة:

#### الذمة في اللغة:

وردت الذمة في اللغة العربية على عدة معان، ومن أهمها:

○ العهد، والأمان، والكفالة، والضمان، قال -صلى الله عليه وسلم-: «الْمُسْلِمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ وَيَسْعَى بِذَمَّتِهِمْ أَدْنَاهُمْ» رواه أبو داود وهو صحيح.

○ الحق، والحرمة، جاء في الحديث قوله -صلى الله عليه وسلم-: «مَنْ تَرَكَ صَلَاةً مَكْتُوبَةً مَتَعَمِدًا فَقَدْ بَرِئَتْ مِنْهُ ذِمَّةُ اللَّهِ» رواه ابن ماجه وهو صحيح.

○ الميثاق والعهد، ومنه قوله تعالى: ﴿كَيْفَ وَإِنْ يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ لَا يَرْقُبُوا فِيكُمْ إِلَّا وَلَا ذِمَّةً﴾ [التوبة: 8].

#### الذمة في الاصطلاح الفقهي:

تعددت تعريفات الفقهاء للذمة وتنوعت بتنوع نظرتهم لحقيقتها وتعلقها بالإنسان من حيث تعريفها بالمعنى اللغوي، أو اعتبارها وصف، أو اعتبار ذات النفس ذمة، ويمكن إجمال ما ورد من تعريفات ضمن اتجاهين اثنين:

#### الاتجاه الأول: يقوم التعريف عند أصحاب هذا الاتجاه على اعتبار الذمة وصفا، ومن أبرز التعريفات:

● تعريف القرافي: "معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للإلزام والالتزام"، وقد قيد القرافي حصول هذا المعنى بشروط التكليف الشرعي، ما يعطي تصورا على أن الذمة عنده بمعنى أهلية الأداء، حيث قال: "وهذا المعنى جعله الشارع مسببا على أشياء خاصة، منها البلوغ ومنها الرشد، فمن بلغ سفيها لا ذمة له، ومن حجر عليه فقد ذمته كالمفلس".

● تعريف عبد العزيز البخاري: "وصف يصير الشخص به أهلا للإيجاب والاستيجاب"، فالذمة هنا بمعنى أهلية الوجوب، وهي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام.

● تعريف عبد الرزاق السنهوري: "الذمة وصف شرعي، يفترض الشارع وجوده في الإنسان، ويصير به أهلا للإلزام والالتزام"، وهو مثل سابقه في تعريف الذمة بمعنى أهلية الوجوب.

#### الاتجاه الثاني: وهو تعريف الذمة باعتبارها نفس الإنسان وذاته، ومما ورد في ذلك:

تعريف فخر الإسلام البيدوي بأن الذمة هي: "نفس لها عهد وأن الآدمي لا يخلق إلا وله هذا العهد والذمة، أي: لا يخلق إلا وهو أهل للإيجاب والاستيجاب"، والمراد بالعهد ما أخذه الله على بني آدم قبل خلقهم، يقول النووي مبينا معنى الذمة عند الفقهاء من أصحاب هذا الاتجاه، وذلك عند شرح قولهم: المال في ذمته، وتعلق بذمته، وبرئت ذمته، واشتغلت ذمته، قال: "المراد بالذمة:

الذات، والنفس، لأنه في اللغة تكون بمعنى العهد، وبمعنى: الأمان، فاصطلح الفقهاء على استعمال الذمة بمعنى: الذات، والنفس، لأنها تطلق على العهد والأمان، ومحلها الذات والنفس، فسمى محلها باسمهما".  
ولعل أوضح تعريف للذمة هو ما أورده الشيخ مصطفى الزرقا، بحيث تحاشى ربط الذمة بمعان لا تصدق عليها، كتعريفها بنفس الإنسان كما ذكر أصحاب الاتجاه الثاني، أو تعريفها بمعنى أهلية الوجوب أو أهلية الأداء كما عرفها به أصحاب الاتجاه الأول.

فعرّف الذمة في الاصطلاح الفقهي فقال: هي "محل اعتباري في الشخص، تشغله الحقوق التي تتحقق عليه".

وهو ما اختاره الدكتور وهبة الزحيلي، حيث عرف الذمة بأنها: "محل اعتباري في الشخص تقع فيه الديون أو الالتزامات".

**ملاحظات على التعريف:** يلاحظ على تعريف الشيخ مصطفى الزرقا ما يلي:

✓ أنه تجنب الانتقادات الموجهة للتعريفات السابقة.

✓ أنه فرق بين الذمة وأهلية الوجوب الناقصة والكاملة، حيث ذكر أن الذمة هي محل اعتباري وليس ماديا، وهو ما

تستقيم عليه المعاملات المالية للأفراد، حيث تتعلق الحقوق بهذا المحل الاعتباري لا بذات الأموال، وبذلك تترك

الحرية للمعاملات المالية، ولو تعلقت بذات الأموال لامتنع التصرف بما لارتباطها بحقوق آخرين.

✓ أن الذمة محل اعتباري خاص بالأشخاص، ولذلك فالحيوانات والجمادات لا ذمه لها.

✓ أن الذمة هي المحل الذي يشغل بالحقوق، حيث بين العلاقة بين الذمة والحقوق، بالشاغل والمشغول، حيث إن

الحقوق تكون هي الشاغل للذمة، والذمة هي المحل المشغول بهذه الحقوق.

### طبيعة الذمة وخصائصها في الفقه الإسلامي:

إن طبيعة الذمة في الفقه الإسلامي أساسها النظر إلى فطرة الإنسان وطبيعته، دون الاقتصار على ناحية معينة كالناحية

المالية، ولذلك كانت الذمة عند الفقهاء محلا للحقوق والواجبات جميعها، فتشغلها الواجبات الدينية كالصلاة والصيام والحج

وغيرها، وتشغلها الواجبات المالية مدنية كانت أو دينية كالديون والزكاة والنفقة... وغيرها.

وتتميز الذمة في الفقه بالخصائص التالية:

### **1- الذمة لا تكون إلا لشخص مستقل:** سواء أكان هذا الشخص طبيعيا كالإنسان، أم اعتباريا كالشركات

والمؤسسات والأوقاف والمساجد.

فالجنين في بطن أمه لا ذمة له، لأنه غير مستقل عن والدته من جهة، وحياته غير محققة من جهة ثانية، ولذلك فإن

له أهلية وجوب ناقصة، ويشترط لكمال هذه الأهلية ولادته حيا، حيث تبدأ الذمة بولادته حيا، ومن ثم تكتمل له

أهلية الوجوب وهي صالحته للإلزام والالتزام، ولذلك تعد الأهلية هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق له وعليه،

والذمة هي محل هذه الصلاحية، وأما الحقوق التي تثبت للجنين فهي محددة ومشروطة بولادته حيا وإلا عادت هذه

الحقوق لأصحابها.

وكذلك فإنه لا ذمة للحيوان، فلو أوصى شخص لدابة وقصد تملكها فالوصية باطلة.

- 2- الذمة من توابع الشخصية:** إذ لا بد لكل شخص بعد ولادته من ذمة، حتى ولو كانت فارغة بريئة، وبوجود هذه الذمة توجد أهلية الوجوب الكاملة للإنسان، والتي مناطها الصفة الإنسانية، وتلازمه مدة حياته حتى وفاته.
- 3- الذمة واحدة لا تتعدد:** حيث لا يملك الشخص إلا ذمة واحدة، كما أن الذمة لا تقبل الاشتراك بين مجموعة من الأشخاص، فلكل شخص ذمة واحدة مستقلة تتعلق بما حقوقه والتزاماته.
- 4- ليس للذمة حد في سعتها:** فهي تتسع للحقوق الدينية التي افترضها الله على عباده، والدينية التي يلتزم بها الشخص قبل غيره، وهو ليس بحاجة كذلك لأن يكون له أكثر من ذمة، لأن الذمة لا حد لسعتها فهي تتسع لجميع الحقوق التي له وعليه، وهذا ما يقتضيه استقرار التعامل بين الناس.
- 5- الذمة ضمان عام لجميع الحقوق التي تجب على الإنسان بلا تمييز لحق على آخر:** إلا إذا كان الحق له صفة خاصة تقدمه على غيره، كالرهن، أو ما جعل الشرع له صفة التقدم على غيره، ولذلك قرر الفقهاء أن حق المرتهن في استيفاء دينه من العين المرهونة مقدم على حقوق سائر الدائنين، أما غيرهم من الدائنين العاديين الذين ليس لهم حق امتياز، فإن ديونهم متساوية في ذمة المدين، ويستوفون حقوقهم من أموال المدين بحسب نسبة ديونهم الثابتة عليه فقط، ولا فضل لأحدهم على آخر.
- 6- الذمة متعلقة بالشخص لا بأمواله وثورته:** ليتمكن من ممارسة نشاطه الاقتصادي بحرية مطلقة تمكنه من تسديد ديونه، فله التجارة والبيع ولو كان مدينا بأكثر مما يملك، وله وفاء أي دين متقدم أو متأخر في الثبوت، ولا يحق للدائنين الاعتراض عليه.

### العلاقة بين الذمة والأهلية، والفرق بينهما:

#### أولاً: العلاقة بين الذمة والأهلية:

العلاقة بين الذمة والأهلية علاقة قوية جدا حتى أن كثيرا من الفقهاء يطلق الذمة على أهلية الوجوب كما فعل البخاري، أو يطلقها على أهلية الأداء كما أشار إليه القرابي.

وقد ذكر الشيخ مصطفى الزرقا أن الذمة والأهلية متلازمان في الوجوب، ولكنهما مختلفان في المعنى، فليست الذمة هي أهلية الوجوب، وإنما هي المحل الذي تستقر فيه الحقوق والتزامات، وذكر أن الفقهاء يصورون الحق والذمة بصورة شاغل والمشغول، بمعنى: أن الحق شاغل للذمة والذمة هي التي تشغل بالحقوق، ولذلك يقال: ذمته مشغولة بكذا، والدين وصف شاغل للذمة، ولهذا لا يجوز أن يقال أهلية فلان مشغولة بكذا، أو أن الحق تعلق بأهلية فلان، فالحق لا يضاف إلى الأهلية إنما يضاف إلى الذمة وهذا ما يقتضيه منطوق التشريع.

#### ثانياً: الفرق بين الذمة والأهلية:

بناء على العلاقة القائمة بين الذمة والأهلية، يمكن تحديد الفروق بينهما في النقاط التالية:

- 1- الذمة تولد مع ولادة الشخص الحي المستقل ولا يمكن أن توجد قبل الولادة؛** إذ لا بد لكل شخص بعد ولادته من ذمة، حتى لو كانت فارغة بريئة لأن الذمة من توابع الشخصية، وتلازم العنصر الثاني من أهلية الوجوب (وهو

الالتزام، بعد بداية ثبوت العنصر الأول في المرحلة الجنينية وهو الإلزام)، وهذه الأهلية مناطها الصفة الإنسانية، فتلازم الإنسان منذ وجوده، فبالولادة تبدأ الذمة مع بدء تصور وجود العنصر الثاني من تلك الأهلية، فالأهلية هي الصلاحية، والذمة محل الصلاحية.

- 2- الأهلية تتعلق بالصفة الإنسانية، ولذلك تثبت للجنين في بطن أمه، حيث تكون له أهلية وجوب ناقصة أما الذمة فهي المحل الذي تثبت به الحقوق، ولا توجد إلا بولادة الإنسان حيا.
- 3- الأهلية هي الصلاحية للإلزام والالتزام، أما الذمة فهي محل الحقوق والواجبات.
- 4- الذمة لا تنتهي بمجرد الموت أما الأهلية فتنتهي مباشرة بمجرد الموت.
- 5- الأهلية لها أقسام، وهي مرتبطة بالمراحل العمرية التي يمر بها الإنسان، وبلوغ التمييز والعقل عند الإنسان، أما الذمة فليس لها أقسام أو مراحل تمر بها، وإنما توجد بولادة الإنسان حيا.

### المدى الزمني للذمة:

يتحدد المدى الزمني للذمة بزمنين اثنين: بداية الذمة ونهايتها.

#### أولا: بداية الذمة:

للفقهاء أقوال مختلفة في بداية الذمة، سببها اختلافهم في تقرير مفهومها ومدى ارتباطها بأهلية الوجوب التي مناطها الصفة الإنسانية، يمكن إجمالها في ثلاثة أقوال:

**القول الأول:** فقد ذهب إلى القول بأن الذمة تبدأ ببدء الحياة في الإنسان وهو جنين في بطن أمه، وهو بذلك يجعلها كأهلية الوجوب الناقصة، مع أن الجنين تثبت له بعض الحقوق ولا يطالب بشيء من الالتزامات، لأنه جزء من أمه، ولا يملك تلك الحقوق إلا بولادته حيا، فإذا ولد ميتا فلا يستحق شيئا من تلك الحقوق، حيث ذكر محمد زكي عبد البر ذلك بقوله: "وتبدأ الذمة ببدء حياة الإنسان وهو جنين، فتكون له ذمة قاصرة، إذ يجوز أن يرث ويوصى له وأن يوقف عليه، ثم يولد حيا فتتكمّل ذمته شيئا فشيئا في المعاملات والعبادات والحدود حتى تصير كاملة، وتبقى ذمة الإنسان ما بقي حيا".

**القول الثاني:** وهو ما ذهب إليه القرافي، حيث اشترط لوجود الذمة العقل والبلوغ، وهو بذلك يجعلها كأهلية الأداء الكاملة التي يشترط لها العقل والبلوغ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا المعنى في التعريف.

**القول الثالث:** وهو ما ذهب إليه مصطفى الزرقا واختاره الزحيلي، وهو أن بداية الذمة تكون بولادة الشخص، فبمجرد ولادته حيا تبدأ ذمته حتى ولو كانت فارغة غير مشغولة.

#### والراجع ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث للأسباب التالية:

- 1- تجانس هذا الرأي مع تعريف أصحابه للذمة من جهة، والتفريق بين الذمة والأهلية من جهة أخرى، ذلك أن مفهوم الذمة ومفهوم الأهلية متغايران، فالجنين له أهلية وجوب ناقصة تؤهله لأن يكون له بعض الحقوق، بينما هذه الأهلية لا تستلزم ثبوت الحقوق والواجبات عليه، ويشترط لحصوله على هذه الحقوق ولادته حيا، والذمة هي المحل الذي تثبت به هذه الحقوق بعد الولادة حيا، ولذلك لا يجوز التصرف بهذه الحقوق قبل الولادة حيا.

## 2- أن الذمة من لوازم الشخص ولا توجد الشخصية إلا بعد ولادة الإنسان حيا.

### ثانيا: نهاية الذمة:

اختلف الفقهاء في المدى الزمني الذي تنتهي عنده الذمة على ثلاثة أقوال:

**القول الأول:** أن الذمة تسقط بالموت وتلاشى ولا بقاء لها بعد الموت، لأنها متعلقة بالإنسان الحي، وبصير الإنسان بالموت في حالة لا تصح معها مطالبته بأي التزام، ولذلك لا تبقى له ذمة، فإن ترك مالا -تركة- تعلق الدين به، فتقضى منه، وإلا سقطت، وهو قول بعض الحنابلة.

**القول الثاني:** أن الذمة لا تفتى مباشرة بالموت، بل تبقى صحيحة بعد الموت إلى وقت الانتهاء من سداد ديون الميت وتصفية تركته ثم تنهدم بعد ذلك، وهو قول الجمهور من الشافعية والمالكية وبعض الحنابلة، واستشهدوا بحديث النبي -صلى الله عليه وسلم- «نَفْسَ الْمُؤْمِنِ مُعَلِّقَةٌ بِدِينِهِ حَتَّى يَقْضَى عَنْهُ» رواه الترمذي وهو صحيح، فالميت قد تترتب في ذمته ديون بعد الموت، كما إذا كان قد باع وهو حي عينا فردت بالعيب بعد موته، فإن ذمته تشغل إذ ذاك بثمن البيع، ثم إن الدين -عندهم- يبقى متعلقا بالذمة، ولو لم يكن للميت مال ولم يكن بالدين كفيل، إذ يجوز في هذه الحالة كفالة الدين بعد الموت. ولا يحول هنا بقاء الذمة بعد الموت وبقاء الدين متعلقا بما دون أن تنتقل التركة إلى ملك الورثة بالموت في الحال.

**القول الثالث:** أن الذمة بعد الموت لا تتلاشى ولا تبقى، ولكنها تخرب، ويقويها أن يترك الميت مالا أو كفيلا بدينه، فإن لم يوجد مال ولا كفيل سقط الدين، ولا يجوز في هذه الحالة كفالة الدين بعد الموت كما جاز في قول من يرى بقاء ذمة الميت صحيحة، وإلى هذا القول -ذهب الحنفية-، وهذا القول في حقيقته أقرب ما يكون إلى القول الثاني؛ حيث يشتركان في التأكيد على بقاء الذمة بعد الموت، ويختلفان في وصفها بين كونها صحيحة أو كونها ضعيفة خربة، ويرجع سبب الاختلاف إلى اختلافهم في أحكام بعض المسائل التي تتعلق بوفاء الميت بالتزامات التي ثبتت قبل موته.

## نظرية الباعث

### مفهوم نظرية الباعث:

#### الباعث لغة:

الباعث في اللغة هو فاعل من الفعل: بعث، وهو بمعنى: السبب والدافع والداعي إلى الشيء.

#### الباعث اصطلاحاً:

من جملة الاصطلاحات التي عرفت الباعث من جهة كونه نظرية تقوم عليها العقود عامة:

- قولهم: الدافع الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر.

- وعرفها بعضهم بقوله: هو الدافع البعيد الذي دفع المتعاقد إلى العقد.

فركن نظرية الباعث هو الباعث نفسه، ومن خصائص الباعث أنه أمر نفسي يختلف باختلاف الأشخاص، ثم هو أمر خارجي بمعنى أنه خارج عن مقتضى العقد أو التصرف، ومثاله: شراء البيت، فإن الباعث على الشراء قد يكون استخدامه للسكن، وقد يكون تأجيره، وقد يكون تحويله إلى دار للإفساد، فهذه بواعث باختلاف الأشخاص.

أما الغاية النوعية من التصرف أو مقتضاه فهو في مثالنا امتلاك المشتري للبيت، وهذا لا يختلف باختلاف البواعث واختلاف الأشخاص.

#### المعاني المقابلة:

- النية: فالنية وإن كان قد استعملها الفقهاء مرادفة للباعث في كثير من الموضوع، إلا أنها تختلف عن الباعث من حيث أنه هو المحرك للنية، باعتبار أن النية ميل النفس وتوجهها نحو العمل، والباعث هو الدافع المثير لهذا الميل، ثم إن الباعث أكثر ما يستعمل في العقود، بخلاف النية فلا يخلوا منها أي تصرف من تصرفات العبد.

- القصد: القصد هو العزم على فعل أو إرادة شيء معين، فالقصد إذا هو مرحلة من مراحل الإرادة، ومثله أيضاً النية والعزم مرحلتان من مراحلها، بخلاف الباعث فهو الكاشف عنهما، ثم إن البواعث قد تتعدد بخلاف القصد والنية.

- تحقيق المناط: وهو التحقق من وجود القاعدة في الفرع، أو معنى الأصل الكلي في جزئيه، أو تحقق العلة المستنبطة في الفرع، حتى إذا اطمأن المجتهد إلى تحقق المناط سحب حكم القاعدة أو الأصل المقيس عليه لتساويهما في العلة أو المضمون.

وهو على نوعين: عام وخاص؛ بيان ذلك: أن الحكم التكليفي يتسم بالتجريد والعموم، أما كونه متمسماً بالتجريد فلأنه يقع في الذهن متعلقاً بدليله، وأما كونه عاماً فلأنه لا يختص بواقعة معينة أو شخص معين بالذات بل يشمل جميع الوقائع وجميع المخاطبين، وعند تنزيل النص على الواقع ينظر المجتهد في الظروف المختصة بالمسألة الواقعة، فإذا رأى أن المناط يتحقق في الواقعة المستجدة فإن الحكم التكليفي العام المجرد ينطبق على الحكم التطبيقي، وهذا ما يسمى بتحقيق المناط العام.

أما إن احتفت بالمسألة ظروف وملايسات لم يتعرض لها النص النظري لأنه عام مجرد، فإن لهذه الظروف والملايسات أثرا في نتائج تطبيق الحكم، وإن هذه النتائج تصبح هي الدليل في تكييف العمل بالمشروعية وعدمها تبعا لنوع المنفعة أو المضررة بقطع النظر عن حكم أصل الفعل، وهذا ما يسمى بتحقيق المناط الخاص.

### وعلاقة تحقيق المناط بالنظرية من جهتين:

- من جهة تحقيق المناط العام في بعض الصور.

- من جهة تحقيق المناط الخاص وهو النظر للمآلات المتوقعة عند التطبيق والموازنة بين المفاسد والمصالح.

أما من جهة تحقيق المناط العام: فصورته في بيع العينة ونكاح التحليل، إذ البيع الذي جعله الشارع سببا لنقل الملكية هو البيع المقصود حقيقته وليس البيع الصوري، فإن صورة العينة دليل على أن السلعة لغو بين العقدين الصوريين، وأما نكاح التحليل فليس هو النكاح الذي جعله الله سببا لتحليل المرأة لزوجها فهذا العقد يقصد به أثر ما بعد الفسخ ولا يقصد به العقد الصحيح أي عقد النكاح ولا أثرا من آثاره ولا مقصدا فرعيا من مقاصده، كأن يقصد النكاح من المرأة لنسبها أو جمالها، بل إن قصده مناقض لعقد النكاح، لأنه يقصد به أثر ما بعد الفسخ، فلا ينشأ بهذا العقد عقد النكاح ولا يتحقق مناطه العام.

أما من جهة تحقيق المناط الخاص: فإن الضرر المتوقع أو المفسدة المتوقعة والتي هي الباعث من وراء التصرف إذا كانت تفوق المصلحة التي شرع الفعل لأجلها ابتداء، فإنه ينتفي حينئذ المناط العام أن ينظر للمآلات المتوقعة وتكون هي الدليل الذي ستوجب حكما خلاف الحكم الأصلي العام لتحقيق المناط الخاص للحكم الراجح.

### الباعث اصطلاحا عند الأصوليين والفقهاء القدامى:

الظاهر الذي تبين لبعض من بحث في معنى الباعث أنه لم ترد كلمة الباعث بمعنى القصد والنية على لسان الأصوليين والفقهاء وإنما ورد لفظ القصد أو النية تعبيرا عنه، في مثل قول الشاطبي في الموافقات: "قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده من العمل موافقا لقصد الله في التشريع".

وأحيانا يستخدم كلمة الابتغاء في مقام التعبير عن الباعث الدافع أو المستحدث على العمل كما في قوله: "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة وكل ما ناقضها فعمله في المناقضة باطل".

على أن بعض الأصوليين استخدم كلمة الباعث ولكن في غير معنى الدافع النفسي للمكلف، بل بمعنى العلة أو السبب الحامل على التشريع، ولما كان هذا المعنى لا يليق بالذات العلية فسر بمعنى تضمن العلة حكمة مقصودة للشارع من تحقيق مصلحة أو درء مفسدة، مما يجعل هذه العلة مناسبة لترتيب الشارع الحكم عليها، فالإمام الآمدي في كتابه الأحكام قد عرف العلة بالباعث حيث يقول: "لأن العلة إما بمعنى الإمارة أو الباعث... وأما إن كانت بمعنى الباعث، فلا يمتنع أيضا أن يكون الوصف الواحد باعثا للشرع".

هذا والفقهاء ابن قيم الجوزية كذلك يورد في كتابه إعلام الموقعين نصوصا صريحة في التعبير عن الباعث بالنية والقصد حيث يقول: "وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها، أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما وصحيحا أو فاسدا وطاعة أو معصية كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة أو صحيحة أو فاسدة".

## ضوابط الباعث:

يمكن معرفة ضوابط الباعث - لكونه أمرا ذاتيا لا يمكن الاطلاع عليه - من خلال الخلاف الفقهي وآراء الفقهاء في ذلك:  
- فالحنفية لا يعتدون بالباعث إلا إذا كان منصوبا عليه في صلب العقد، غير أنهم يعتدون به في حال أمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد، كأن يكون المشتري خمرا، فالعقد إذا لم يتضمن الباعث صراحة ولا ضمنا فهو عقد صحيح، حيث أنهم يجيزون نكاح التحليل إذا لم تذكر نية التحليل أثناء العقد.

كما أنهم أجازوا بيع الدار لذمي ليتخذها بيعة، وبيع العصير لمن يعلم أنه يتخذه خمرا كما أجازوا بيع العينة.  
- الشافعية: لا يعتدون بالباعث إذا لم تتضمنه صيغة العقد صراحة، حيث يرون أن العقد صحيح إذا لم يذكر فيه الباعث غير المشروع صراحة، فلا يجوز البحث في النوايا الخفية.

فالحنفية والشافعية أخذوا بالنزعة الموضوعية، فلا التفات عندهم في العقود إلى النيات والقصود ما دام العقد وقع مستوفي الأركان والشروط، حيث يقول الشافعي: لأن النية حديث النفس وقد وضع الله عن الناس ما حدثوا به أنفسهم وقد ينوي الشيء ولا يفعله وينويه ويفعله، فيكون الفعل حادثا غير النية.

- المالكية: يعتدون بالمقاصد والنيات في العقود، فكل عقد تضمن باعنا غير مشروع فإنه باطل عندهم حتى وإن لم يذكر في العقد اكتفاء بمظنته واحتياطا لدرء المفسدة، إلا أن للمالكية رأي آخر، وهو أن العقد غير باطل بل ينعقد مع وجود الباعث غير المشروع، إلا أنه واجب الفسخ، وهذا إذا لم يعلم البائع بقصد المشتري، يجبر هذا الأخير إخراجه من ملكه، ورد في الشرح الصغير: وبيع مصحف أو جزئه وكتب حديث لكافر كتابي كان أو غيره، والبيع صحيح على المشهور وإن منع، ولذا قال: وأجبر الكافر المشتري بلا فسخ للبيع على إخراجه عن ملكه ببيع.

### فيتبين أن للمالكية رأيان في المسألة:

● أن العقد لا ينعقد بتأثير الباعث غير المشروع ويقع باطلا إذا علم من الطرف الآخر.

● أن العقد ينعقد ولكنه واجب الفسخ إذا لم يعلم البائع بقصد المشتري بل يجبر على إخراجه من ملكه.

- الحنابلة: يعتد الحنابلة بالباعث ولو لم يذكر في العقد إذا علم الطرف الآخر به، ويكفي أن يستخلص الباعث من القرائن وظروف الحال لكي يعتبر ويؤخذ به، فمن باع عصير عنب إلى شخص يتجر في الخمر فهذه قرينة على أن المشتري قد يستعمله خمرا، وهكذا يكون الحنابلة قد أخذوا بالنزعة الذاتية شأنهم كشأن المالكية في موضوع الأخذ بالباعث.

- الظاهرية: يرى الظاهرية فسخ العقد المشتمل على باعث غير مشروع بشرط علم الطرف الآخر به، وهو وبهذا الاتجاه قد أخذ بالنزعة الذاتية كفقهاء المالكية الحنابلة.

فمن خلال الآراء المتقدمة للفقهاء نجد أنهم مختلفين في الضوابط، فمنهم من اشترط الاعتداد بالباعث أن يكون منصوبا عليه صراحة في صلب العقد، أو يمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد وهؤلاء هم الحنفية والشافعية، وآخرون إلى اعتبار الباعث إذا علم من الطرف المتعاقد الثاني أو بوجود قرائن يفترض معها هذا العلم وهذا مذهب المالكية والحنابلة.

## البحث عن أصل الخلاف في الباعث:

اختلف الفقهاء في فروع تطبيقية نتيجة اختلافهم في مدى ظهور الباعث أو في تحقيق المناط، فالشافعي لم ير أن القرائن ومجرد الظن من البائع أن المشتري سيعصره خمرًا بناء على أن قرينة سلوكه كافية للدلالة على تحقيق المآل الممنوع، إلا أنه إذا ظهر الباعث الممنوع صراحة فإنه يفسد العقد كما نص ذلك الشافعي في غير موضع.

ويظهر أن الخلاف في تحقيق المناط في قول أبي حنيفة في مسألة الإجارة على حمل الخمر: وليس الحمل من ضرورات الشرب والحديث في لعن حامل الخمر والمحمولة إليه، محمول على الحمل بنية الشرب وبه نقول إن ذلك معصية ويكرهه أكل أجرته. فأبو حنيفة لم ير أن المناط الإعانة على المعصية قد تحقق في هذا المثال ولا أن الحمل قرينة على الباعث لدى المحمولة إليه وهو الشرب، أما إن اتضح الباعث وكان باعته من الحمل إعانة المحمول إليه على الشرب فهو معصية ويكرهه ذلك كراهة تحريم على ما صرح أبو حنيفة.

أما الجمهور فقد اعتبروا القرائن والأمارات كافية للدلالة على تحقيق المناط في الفرع، وهكذا فبالخلاف في تحقيق المناط في الفروع لا في أصل المناط المتفق عليه.

### شروط إعمال الباعث:

والمقصود أثر الباعث في التصرفات المأذون فيها ابتداء والتي يلزم عنها إضرار بالآخرين، لأن التصرفات غير المأذون فيها ممنوعة قبل أن يسأل عن الباعث عليها، وتنقسم الضوابط إلى قسمين:

#### - القسم الأول: قسم يتعلق بالأدلة والقرائن الكاشفة عن وجود الباعث، ومنها:

**1** - انتفاء المصلحة المشروعة من العمل مع لزوم المضرة بالآخرين، فهذه قرينة قوية على القصد غير المشروع، وهذا والعمل أو التصرف الذي نتكلم عنه قد يكون إيجابيا أو سلبيا، فمن صور العمل الإيجابي التي يمنع فيها صاحب الحق من استخدام حقه لانتفاء المصلحة المشروعة مع لزوم المضرة بالآخرين، ما أفتى به مالك بعدم جواز قلع الغراس المزروعة في الأرض المعارة للغراس إلى أجل إذا انتهى الأجل ولم يكون لصاحب الأرض منفعة في نقض الغراس.

ومن صور العمل السلبي أن يمنع غيره من الارتفاق بأرضه مثلا إذا ترتب على الارتفاق نفع لكليهما كما جاء في قضاء عمر رضي الله عنه في قضية محمد بن مسلمة إذ أراد الضحاك بن خليفة أن يسوق خليجا له من واد بالمدينة يسمى العريض ليمر به من أرض محمد بن مسلمة إلى أرضه ليسقيها، فأبى محمد أن يسمح للضحاك بالارتفاق بأرضه، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك.

**2** - أن يكون في تحصيل الفعل مصلحة مشروعة، ولكن يلزم عنه إضرار بالآخرين وقد أمكن تحصيل المصلحة من جهة أخرى لا يلزم عنها إضرار، فيصير جالب المصلحة على تحصيل المصلحة من الجهة التي يترتب عليها الإضرار فيعتبر عمله في هذه الصورة متمحضا لقصد الإضرار، لأنه يمكنه تحصيل المصلحة من وجه آخر دون ضرر، فلا معنى لاختيار هذا الوجه إلا للمضرة الناشئة منه، وعليه فيمنع من هذا التصرف لأن الضرر لا يشرع التسبب فيه.

**3** - علم الطرف الآخر أو أن يكون في وسعه أن يعلم بالقرائن، وأحيانا لا يشترط علم الطرف الآخر بل يكفي قيام الدليل على الباعث غير المشروع كما في نكاح التحليل.

**4** - من القرائن التي تكشف عن الباعث السلوك العام وليس السلوك الفردي، وفي هذا إقامة المجتمع ككل مقام الفرد واعتبار الباعث الاجتماعي قائما مقام الباعث الفردي، ومن تطبيقاته أن الإمام مالك حرم بيع العينة لأن أكثر المتبايعين يستخدمه بقصد الربا.

#### - القسم الثاني: الشرط المتعلق بمحل أعمال الباعث:

وأما بالنسبة للشرط المتعلق بمحل أعمال الباعث فهي ألا يكون المآل مناقضا أو الأداء من جهة الصورة المادية للفعل لغرض الشارع، فإذا كان المآل مناقضا فلا عبرة بالباعث لأن المناقضة غير مشروعة لذاتها، فالمخالفة المذكورة تكون على صورتين:

**1** - أن يخالف أداء ويوافق قصدا، وصورتها ارتكاب المحرمات بينة القربة، فهذا العمل بمجموعه مناقض لغرض الشارع لأن العمل المشروع هو ما وافق مراد الشارع أداء وقصدا ولا عبرة للباعث لأن الباعث لم يلاق محله.

**2** - وهي أن يوافق مراد الشارع من جهة الباعث ويخالفه من جهة المآل، ومثاله أن يسب آلهة الكفار قاصدا تسفيه رموز الكفر وهو غرض مشروع لا ريب إلا أن المآل مخالف لغرض الشارع، فلا عبرة بالباعث في هذه الصورة ذلك أن الاعتداد بالباعث إنما هو من جهة أنه يدل على المآل فيما لو تحقق هذا الباعث.

## بَيِّنَاتُ الْعُرْفِ

### تعريف العرف:

**العرف لغة:** المعرفة والمعروف، وهو الخير والرفق والإحسان، والمعروف ضد المنكر أيضا.  
**وفي الاصطلاح:** العرف: مرادف للعادة، وعرفه الشيخ أبو سنة نقلاً عن "مستصفي النسفي" بقوله: العادة والعرف ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول.

والعادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكرارها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول، متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية، وفسر ذلك الشيخ أبو سنة فقال: يعني الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وعرفته، وتحقق في قرارها، وألفته مستنداً في ذلك إلى استحسان العقل، ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة، وإنما يحصل استقرار الشيء في النفوس وقبول الطباع له بالاستعمال الشائع المتكرر الصادر عن الميل والرغبة.

### أدلة اعتبار العرف في الشريعة الإسلامية:

#### أولاً- الأدلة من القرآن الكريم:

1- قول الله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾ [الأعراف: 199].  
استدل بعض أهل العلم بهذه الآية الكريمة على اعتبار العرف، وكأنه فسره بالعرف الاصطلاحي؛ وأشهر هؤلاء الإمام القرافي، رحمه الله تعالى؛ فإنه قال في حديثه عن اختلاف الزوجين في متاع البيت: " فكل ما شهد به العادة قضي به؛ لظاهر هذه الآية "، ومنهم ابن القيم، رحمه الله، في بعض المواضع من كتبه، هذا والمشهور أن المراد بالعرف في الآية إنما هو المعروف وهو أفعال الخير، كما نص عليه غير واحد من أهل العلم

2- قوله سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنَكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهْرِ وَمِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ﴾ [النور: 58].  
يقول العلائي-رحمه الله-مبيناً وجه الدلالة من الآية: " فأمر الله تعالى بالاستئذان في هذه الأوقات التي جرت العادة فيها بالابتدال ووضع الثياب، فانبئ الحكم الشرعي على ما كانوا يعتادونه ".

3- قول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 233].  
يقول الجصاص-رحمه الله-مستدلاً بهذه الآية: " فإذا اشتطت المرأة وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد المتعارف لمثلها لم تعط، وكذلك إذا قصر الزوج عن مقدار نفقة مثلها في العرف والعادة لم يجز ذلك وأجبر على نفقة مثلها "، وكل " ما تكرر من لفظ المعروف في القرآن فالمراد ما يتعارفه الناس من مثل ذلك الأمر ".

4- قوله تعالى في كفارة اليمين: ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ [المائدة:

. [89]

يقول ابن العربي، رحمه الله تعالى: " المسألة الرابعة في تقدير الإنفاق؛ قد بينا أنه ليس له تقدير شرعي وإنما أحاله الله سبحانه على العادة، وهي دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام، وقد أحاله الله على العادة فيه في الكفارة فقال: ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾. وقال: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مَسْكِينًا﴾ ".  
ثانياً: الأدلة من السنة:

**1-** ما روي عن النبي-صلى الله عليه وسلم- أنه قال: " ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن " ففي الحديث تقرير للعمل بما يراه المسلمون، والعرف المطرد داخل في معنى هذه العبارة؛ يقول الكمال ابن الهمام، رحمه الله تعالى: " العرف إنما صار حجة بالنص وهو قوله، صلى الله عليه وسلم: " ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن "

**2-** عن عائشة-رضي الله عنها- أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: " من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد ".  
يقول العلائي عن هذا الحديث: " فإنه دليل على اعتبار ما المسلمون عليه، إما من جهة الأمر الشرعي أو من جهة العادة المستقرة؛ فإن عموم قوله: (ليس عليه أمرنا) شمله ".

**3-** عن محيصة-رضي الله عنه- أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدته عليهم، فقاضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الأموال حفظها بالنهار وعلى أهل المواشي حفظها بالليل ".  
يقول العلائي عن هذا الحديث: " هو أدل شيء على اعتبار العادة في الأحكام الشرعية وبنائها عليها؛ لأن عادة الناس إرسال مواشيهم بالنهار للرعي وحبسها بالليل للمبيت، وعادة أهل البساتين أو المزارع الكون في أموالهم بالنهار غالباً دون الليل، فبنى النبي-صلى الله عليه وسلم-التضمين على ما جرت به عادتهم ".

**4-** عن عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف ".  
قال ابن بطال: " ومما يدل على أن العرف سنة جارية قوله - عليه السلام - لهند: " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف " فأطلق لها أن تأخذ من متاع زوجها ما تعلم أن نفسه تطيب لها بمثله، وكذلك أطلق الله لولى اليتيم أن يأكل من ماله بالمعروف ".  
ويذكر العيني أنه " يدل على أن العرف عمل جار "

**5-** عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " المكيال مكيال أهل المدينة، والوزن وزن أهل مكة ".  
وذلك " أن أهل المدينة لما كانوا أهل نخل وزرع اعتبرت عادتهم في مقدار الكيل، وأهل مكة كانوا أهل متاجر فاعتبرت عادتهم في الوزن، والمراد بذلك فيما يتقدر شرعاً كنصب الزكوات، ومقدار الديات، وزكاة الفطر والكفارات ونحو ذلك ".  
أقسام العرف:

### أقسام العرف:

للعرف تقسيمات باعتبارات مختلفة، نذكر أهمها وأشهرها فيما يلي:

#### 1- ينقسم العرف من حيث سببه إلى عرف قولي وعرف عملي:

**فالعرف القولي:** كما عرفه ابن أمير الحاج: " أن يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذاك المعنى "، وذلك كإطلاق لفظة (الدابة) على ذات الحافر، وإطلاق لفظ (الولد) على الذكر دون الأنثى مع كونه صالحاً لهما من حيث الوضع اللغوي.

وأما **العرف العملي**: فهو ما جرى عليه الناس وتعارفوه في معاملاتهم وتصرفاتهم، وذلك كالبيع بالمعاطاة من دون صيغة، وكتعارف الناس على تقسيط الأجور السنوية للعقارات على أقساط متعددة، ونحو ذلك مما لا يكون للقول فيه مدخل.

## 2- ينقسم من حيث من يصدر عنه إلى عرف عام وعرف خاص:

**فالعرف العام**: هو الذي يكون فاشيا في جميع البلاد بين جميع الناس في أمر من الأمور، وذلك كبيع المعاطاة مثلا.

**والعرف الخاص**: هو الذي يكون مخصوصا ببلد أو مكان دون آخر، أو بين فئة من الناس دون أخرى، وذلك كتعارف أهل بلد ما على عرف يخصهم من بين سائر البلدان، وكتعارف أرباب الحرف والصناعات على أمور لا توجد عند غيرهم، وهذا العرف الخاص إنما يعمل به في أهله خاصة، وقد عبرت عن هذا المعنى قاعدة: " عرف أهل بلد لا يلزم أهل بلد آخر إذا تخالفت أعرافهم " وقاعدة: " كل من له عرف يحمل كلامه على عرفه "، والقاعدة الأخص منها: " المعروف بين التجار كالمشروط بينهم " .

## 3- ينقسم من حيث الاعتداد به أو عدم الاعتداد به إلى عرف صحيح وعرف فاسد:

**فالعرف الصحيح**: هو المعتد به وهو ما لا يخالف قواعد الشريعة وتحقق في الشروط اللازمة لإعماله، وكل ما أورده الفقهاء معمليين له ومعتبرين إياه فهو مثال له.

وأما **العرف الفاسد**: فهو غير المعتد به وهو ما كان مخالفا لنص شرعي أو لقواعد الشريعة أو تخلفت فيه شروط العمل بالعرف أو أحدها، كتعارف الناس على بعض الصور المخالفة للشرع في العقود مما فيه ربا أو قمار أو غرر غير مغتفر، وكتعارف أقوام على حرمان المرأة من ميراثها أو جزء منه، ونحو ذلك من أمثلة اختل فيها بعض ما يلزم وجوده لاعتبار العرف والاعتداد به.

## 4- ينقسم من حيث ثباته وتبدله إلى عرف ثابت وعرف متبدل:

**فالعرف الثابت**: هو الذي لا يختلف باختلاف الأزمان والأماكن والأشخاص والأحوال؛ لأنه يعود إلى طبيعة الإنسان وفطرته وغرائزه كشهوة الطعام والشراب والحزن والفرح.

وأما **العرف المتبدل**: فهو ما يختلف باختلاف العصور والبيئات والأحوال، كما في كشف الرأس مثلا فقد كان في الماضي قبيحا في البلاد الشرقية، وقد تغير هذا في كثير من الأماكن فلم يعد قبيحا، ومنه ما يكون سبب اختلافه أمر طبيعيا كاختلاف عادات النساء في مدة حيضهن وزمان معاودته.

### شروط اعتبار العرف والعادة:

حتى تحكم العادة وتكون صالحة للرد إليها فإنها تتقيد بقيود ويشترط فيها شروط لا بد من توفرها، فلا يصح إعمال العرف إذا تخلفت أو تخلف شيء منها، وهي:

#### 1- أن تكون العادة مطردة أو غالبية:

فيعمل بالعادة إذا كان دوراتها بين من اعتادوها مستمرا بحيث لا تتخلف وإلا عدت مضطربة فلا تكون حينئذ محكمة، وفي هذا يقول السيوطي، رحمه الله: " إنما تعتبر العادة إذا اطردت فإن اضطربت فلا " ولا يؤثر في هذا الاطراد التخلف النادر؛ ويقرر هذا الشاطبي-رحمه الله-فيقول: " وإذا كانت العوائد معتبرة شرعا فلا يقدر في اعتبارها انخراؤها ما بقيت عادة على الجملة "، ويذكره ابن نجيم بقوله: " إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت "، فلو باعه شيئا وأطلق نزل على النقد الغالب، فلو اضطربت

العادة في البلد وجب البيان، ولو باع التاجر في السوق شيئا بثمن ولم يصرحا بحلول ولا تأجيل وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ كل جمعة قدرا معلوما - انصرف إليه بلا بيان.

## 2- ألا تخالف العادة دليلا شرعيا:

وقد عبرت عن هذا القيد القاعدة التي تنص على أن " العرف إنما يعتبر إذا لم يخالف المنصوص " فإن الواجب مع المخالفة هو تقديم الدليل الشرعي ولا عبرة بالعرف حينئذ، كما لو تعارف الناس على إجراء العقود الربوية أو تعاطي بعض المحرمات في مناسباتهم المختلفة، فإن هذه الأمور لا تعتبر ولا يحكم جريان عادة الناس بها؛ من أجل مخالفتها للدليل الشرعي.

## 3- أن تكون العادة مقارنة لا سابقة قد تغيرت ولا لاحقة:

وقد عبرت قاعدة " العرف إنما يعتبر إذا كان مقارنا لا لاحقا " عن هذا الشرط من شروط تحكيم العادة، فإذا عقد العقادان عقدا وكان فيه إحالة على العرف كإطلاق نقد مثلا وكان هناك عرف قبله وتغير، أو جد عرف بعد انقضاء العقد فإنهما لا يعتبران، وإنما تكون العبرة للعرف المقارن للعقد، وفي هذا يقول القرافي: " إذا وقع العقد في البيع فإن الثمن يحمل على العادة الحاضرة في النقد، وما يطرأ بعد ذلك من العوائد في النقود لا عبرة به في هذا البيع المتقدم، وكذلك النذر والإقرار والوصية إذا تأخرت العوائد عليها لا تعتبر، وإنما تعتبر من العوائد ما كان مقارنا لها " لكن يلاحظ أن هذا القيد له مجال خاص عبر عنه الزركشي بقوله: " العادة إنما تقيد اللفظ المطلق إذا تعلق بإنشاء أمر في الحال دون ما يقع إخبارا عن متقدم فلا يقيد العرف المتأخر " والمراد بـ ( ما يقع إخبارا عن متقدم): التعليق والإقرار والدعوى وهذا كما لو أقر بدين متقدم مثلا، فإن المحكم إنما هو ما كان من العرف فاشيا في وقت الدين دون المقارن لوقت الإقرار.

## 4- أن لا يعارض العادة تصريح بخلافها:

وقد عبرت عن هذا القيد القاعدة التي ذكرها السرخسي في مواضع من مبسوطه: " العرف إنما يعتبر عند عدم التصريح بخلافه " ومثل لها بتقديم المائة بين يدي الإنسان فإنه " يكون إذنا له في التناول بطريق العرف، فإن قال له: لا تأكل. لم يكن ذلك إذنا له " .

## 5- أن تكون العادة عامة أو أن تكون خاصة غير محصورة:

وأما إذا كان العرف الخاص محصورا فإنه لا يعتبر ولا يحكم، وذلك كأن تكون عادة لشخص واحد أو لأشخاص محصورين، كما لو تواضع تاجر في المعاملة على خلاف العرف العام في الأسواق، فمعاملته وإرادته الفردية لا تعبر إلا عن إرادة شخصية مقصورة عليه فقط، فلا عبرة بها " وكما لو كانت عادة امرأة في الحيض أقل مما استقر من عادات النساء، فإنها ترد إلى الغالب " .

## أحكام متعلقة بالعرف:

وهناك بعض الأحكام المتعلقة بالعرف والعادة نعرض لها فيما يلي على جهة الاختصار:

### أولا: حكم تعارض العرف مع غيره:

فمن ذلك إذا تعارض العرف مع أصل الوضع اللغوي، كما لو حلف أن لا يأكل خبزا فهل يحنث بأكل خبز الأرز وإن كان من قوم لا يتعارفون ذلك، لإطلاق الاسم عليه لغة؟ أو حلف لا يأكل البيض أو الرؤوس، فهل يحنث ببيض السمك والجراد ورؤوس العصافير والحيتان؟ ذهب الجمهور إلى تقديم العرف على اللغة خلافا للشافعية في أصح الوجهين عندهم، وقد سيقت بعض

القواعد المتفرعة عن قاعدة العادة معبرة عن هذا، كما في قاعدة: " مطلق الكلام محمول على المتعارف " وقاعدة: " العرف العام مقدم على اللغة ".

ومن ذلك إذا تعارض العرف العام والعرف الخاص، والذي تدل عليه الفروع الفقهية لجمهور العلماء هو تقديم العرف الخاص، وللشافعية وجهان أصحهما تقديم العرف الخاص إن كان غير محصور، كما لو جرت عادة قوم بحفظ زرعهم ليلاً ومواشيهم نهاراً، وقد تولت بعض القواعد المتفرعة تفصيل هذا الأمر، كما في قاعدة: " العرف الخاص يؤثر كالعرف العام " وقاعدة: " العادة المطردة في ناحية تنزل منزلة الشرط ".

#### ثانياً: الأحكام المرتبة على العوائد تتبع العوائد وتتغير عند تغيرها:

" وجري الأحكام التي مدرکہا العوائد مع تغيير تلك العوائد خلاف الإجماع وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة " وتغير العادات والأعراف هي الرافد الأكبر لقاعدة " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان "، ومن الأمثلة الواضحة في ذلك مسألة قبض الصداق بعد الدخول، فقد روى عن الإمام مالك-رحمه الله- أنه إذا تنازع الزوجان في قبض الصداق بعد الدخول فالقول قول الزوج، مع أن الأصل عدم القبض؛ عملاً بما كان عليه السلف من تقديم المهر على الدخول، قال القاضي إسماعيل: " هذه كانت عادتهم بالمدينة أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها، واليوم عادة المدينة خلاف ذلك، فالقول قول المرأة مع يمينها لأجل اختلاف العوائد "، وأما الآن فالعادة الجارية في كثير من البلدان هي تقسيم الصداق إلى معجل ومؤجل، ويكون المؤجل هو الجزء الأكبر منه، ويحل أجله عند الفرقة بالطلاق أو الموت، فينبغي تحكيم هذه العادة الجديدة في زماننا، ويترب على هذه القضية النقطة التالية:

#### ثالثاً: ينبغي على المفتي والقاضي مراعاة الأعراف المتغيرة:

فلا يجمد على ما في كتب أئمة المذاهب التي ربما يفتنون أو يقضون بها؛ إذ ربما يكون الحكم الموجود في هذه الكتب مبنياً على عرف قد تغير الآن أو على عرف خاص ببلد صاحب الكتاب أو قومه، وتكون عادة غيرهم بخلافها؛ وفي هذا يقول ابن القيم، رحمه الله تعالى: " مهما تحدد في العرف فاعتبره، ومهما سقط فألغه ولا تجمد على المنقول في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك فلا تجره على عرف بلدك وسله عن عرف بلده فأجره عليه وأفته به دون عرف بلدك والمذكور في كتبك "، ويقول ابن عابدين، رحمه الله: " ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد أنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة.

والضرر بالناس ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن أحكام، ولهذا ترى مشايخ المذاهب خالفوا ما نصَّ عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه لعلمهم بأنه لو كان في زمانهم لقال بما قالوا به أخذوا من قواعد مذهبه "، ومن هنا جاءت القاعدة الأصولية: " يفتى في كل بلد بحسب عرف أهله ".

#### رابعاً: ما ورد في الشرع مطلقاً من غير تحديد ولا حد له في اللغة ولا في الشريعة، يجب الرجوع فيه إلى العرف والعادة:

كما نطقت بذلك إحدى القواعد المتفرعة عن قاعدة العرف، وذلك كالقبض والحرز في السرقة والتفرق في البيع ووقت الحيض وتقدير نفقة الزوجات وأمثال ذلك مما لم يحدده الشرع بل ترك تقديره إلى ما يتعارفه الناس فيما بينهم.

#### خامساً: من تحكيم العرف والرجوع إليه أن ينزل منزلة الشرط في العقود الجارية بين الناس وإن لم ينص عليه:

وقد نصت بعض متفرعات القاعدة على أن " المعروف عرفا كالمشروط شرطا " فإذا جرى العرف على أن يكون الثمن في بيع معين مقسما انصرف البيع إليه وإن لم يذكر ذلك في العقد، وكذا ما تعارفه الناس من أخذ الموظفين والأجراء لعطلات في أيام معينة الواجب اعتباره وإن ترك التعرض له عند إبرام عقد الإجارة؛ مراعاة لهذه القاعدة.

### مجالات إعمال العرف:

قاعدة إعمال العرف وتحكيمه حاضرة في كل باب من أبواب الفقه ولها عمل واضح في كل مجال من مجالاته، ولهذا يقول السيوطي، رحمه الله تعالى: " اعتبار العادة والعرف رجوع إليه في الفقه في مسائل لا تعدّ كثرة " ثم راح يعدد العشرات من تلك المسائل، ويحدد ابن حجر العسقلاني أشهر مجالاتها فيقول: " فمنها الرجوع إلى العرف في معرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافية كصغر ضبة الفضة وكبرها وغالب الكثافة في اللحية ونادرها وقرب منزله وبعده، وكثرة فعل أو كلام وقتله في الصلاة ومقابلا بعوض في البيع وعينا وثمن مثل ومهر مثل وكفء نكاح ومؤنة ونفقة وكسوة وسكنى وما يليق بحال الشخص من ذلك، ومنها الرجوع إليه في المقادير كالحيض والطمهر وأكثر مدة الحمل وسن اليأس، ومنها الرجوع إليه في فعل غير منضبط يترتب عليه الأحكام كإحياء الموات والإذن في الضيافة ودخول بيت قريب وتبسط مع صديق وما يعد قبضا وإيداعا وهدية وغصبا وحفظ ودبحة وانتفاعا بعارية، ومنها الرجوع إليه في أمر مخصص كالألفاظ الأيمان وفي الوقف والوصية والتفويض ومقادير المكاييل والموازين والنقود وغير ذلك "، ويلاحظ أن حضورها في أبواب العبادات أقل بكثير من استعمالها في أبواب المعاملات.

### اتفاق العلماء على إعمال العرف في الأحكام:

قاعدة إعمال العرف متفق عليها بين أهل العلم، وقد استعملها الفقهاء على اختلاف مذاهبهم وخرجوا عليها عشرات الفروع الفقهية في شتى أبواب الفقه، وقد قال العلائي - رحمه الله - بعد أن ساق عددا غير قليل من أدلتها: " فهذه الأدلة بمجموعها تفيد القطع باعتبار العادة وترتيب الأحكام الشرعية عليها "، مع ملاحظة أن الفقهاء رغم اتفاقهم على القول بما يختلفون في فروع فقهية مندرجة تحت موضوعها كما هو الشأن في سائر القواعد الفقهية وتطبيقها على الأحكام الجزئية، كما يلاحظ أن المذهب الحنفي والمالكي أكثر أخذًا به من غيرهما من المذاهب، والفقه المالكي - كما يقول الشيخ محمد أبو زهرة " أوغل في احترامه أكثر من المذهب الحنفي؛ لأن المصالح دعامة الفقه المالكي في الاستدلال، ولاشك أن مراعاة العرف الذي لا فساد فيه ضرب من ضروب المصلحة التي لا يصح أن يتركه الفقيه "، غير أن ابن حزم الظاهري كان له رأي مخالف في الأخذ بالعرف حيث نص على مذهبه فيه بوضوح حين قال: " ولا عرف إلا ما بين الله تعالى نصا أنه عرف، وأما عرف الناس فيما بينهم فلا حكم له ولا معنى، وما عرف الناس مذ نشؤوا إلا الظلم والمكوس " ومع هذا التصريح إلا أن ابن حزم لم يستطع الفكك من سلطان العرف فنجده يعمل أحيانا، كما في تعليقه لبعض مسائل الأيمان بقوله: " لأن المنظور إليه في الأيمان ما تعارفه أهل تلك اللغة في كلامهم الذي به حلف وعليه حلف فقط "

### أمثلة تطبيقية عن إعمال العرف في الأحكام:

1- تبطل الصلاة بالعمل الكثير فيها باتفاق الفقهاء، وقد ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن المرجع في تحديد الكثير إلى العرف، فما رآه الناس كثيرا فهو الكثير، وإلا لم يعد كثيرا.

2- يجوز للضيف أن يأكل من الطعام المقدم أمامه ضيافة وإن لم يأذن له المضيف في ذلك باللفظ؛ لجريان العرف بين الناس بذلك.

3- تنعقد العقود بكل ما دل عليها من ألفاظ، ولا يشترط لها ألفاظ بعينها، بل كل ما تعارف الناس على اعتباره معبرا عن عقد معين فإنه يعتبر، ولو كانت الألفاظ المستخدمة عامية تخالف اللغة الفصحى، ومثل هذا كل ما تفيده أساليبهم من تعليق أو تنجيز أو إذن أو إجازة أو غير ذلك.

4- لو كان هناك عرف متبع على أن تكون رسوم تسجيل العقد أو مصاريف شحن البضاعة على البائع ثم تغير العرف وأصبح ذلك على المشتري فالعبرة فيما يستجد من معاملات بالعرف المتأخر، وإذا كان المتعارف فيما يباع محمولا على السيارة الشاحنة كالحطب والفحم وغيرهما أن تكون أجرة نقله وإيصاله إلى بيت المشتري على البائع ثم تغير العرف بعد العقد أن الأجرة على المشتري، فلا عبرة بالعرف الحادث.

5- يعد القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل قبضا حكما لجريان العرف بذلك، كما في الحالات التالية: أ - إذا أودع في حساب العميل مبلغ من المال مباشرة أو بحوالة مصرفية. ب - إذا عقد العميل عقد صرف ناجز بينه وبين المصرف في حال شراء عملة بعملة أخرى لحساب العميل. ج - إذا اقتطع المصرف - بأمر العميل - مبلغا من حساب له إلى حساب آخر بعملة أخرى، في المصرف نفسه أو غيره، لصالح العميل أو لمستفيد آخر.

وكذلك من القبض الذي جرى به العرف تسلم الشيك إذا كان له رصيد قابل للسحب بالعملة المكتوب بها عند استيفائه وحجزه المصرف، ومما يعد قبضا عرفا كذلك ما يجري في عملية تحويل الأموال بعملة أخرى حيث يعد أخذ العميل ورقة التحويل وتثبيت المقدار المحول قبضا له عرفا.

6- الاسم التجاري والعنوان التجاري والعلامة التجارية والتأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعا فلا يجوز الاعتداء عليها.

7- مما استقر العرف المعاصر على جعله من حقوق الارتفاق وسائل الخدمات العامة، كوسائل الاتصال، والكهرباء، والماء، والغاز، والصرف الصحي، والتكييف المركزي، وكذلك فإن مواقف السيارات إذا كانت مواقف خاصة كالبنائيات والأسواق والمحال التجارية فإنها تتبع العين التي أُنشئت الوقوف من أجلها.

8- إيقاف السيارة أمام المنزل أو في موقف مناسب لمثلها مقفلة الأبواب - يعد حرزا لها، بشرط عدم التفريط والإهمال، وعلى هذا جرت عادة الناس في هذه الأيام، والقاعدة أن العادة محكمة، ويترتب على ذلك أن سرقتها من هذه الأماكن هي سرقة لها من حرزها تستوجب القطع.

9- عادة المسلمين منذ القديم الاعتبار بالأشهر الهلالية في ديونهم وإجاراتهم ونحو ذلك مما يوقتون فيه من أمور معاملاتهم، ولا زال هذا باقيا في بعض البلدان، إلا أن كثيرا من بلدانهم الآن جرى العرف فيها باعتبار الأشهر الميلادية بدلا من ذلك، فإذا أطلقت المدة في عقد من العقود أو في حلول دين أو تأجيله ونحو ذلك فإن المراد في ذلك إلى ما جرى به عرف البلد.

## بَابُ الْمَصَالِحِ

### تعريف المصلحة:

**المصلحة لغة:** كالمنفعة وزنا ومعنى، فهي مصدر بمعنى الصلاح، كالمنفعة بمعنى النفع، أو هي اسم للواحدة من المصالح، وقد صرح صاحب لسان العرب بالوجهين فقال: "والمصلحة الصلاح، والمصلحة واحدة المصالح". فكل ما كان فيه نفع - سواء كان بالجلب والتحصيل كاستحصال الفوائد واللذائذ، أو بالدفع والاتقاء كاستبعاد المضار والآلام - فهو جدير بأن يسمى مصلحة. **والمصلحة عند علماء الشريعة الإسلامية هي:** "المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها" قاله الرازي.

وعرفها الطوفي بحسب العرف: "بأنها السبب المؤدي إلى الصلاح والنفع كالتجارة المؤدية إلى الربح" وبحسب الشرع: "بأنها السبب المؤدي إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة".

فالمصالح عند الطوفي هي الوسائل إلى الصلاح، وعند الرازي هي الوسائل والمقاصد جميعاً: "ونرى أن المصلحة هي الغاية، وما يؤدي إليها وسيلة، وتسمية الوسيلة مصلحة باعتبار إفنائها إليها لا أنها هي، ولا بد من الفصل بينهما، لأن من الوسائل ما قد يتغير أو ينسخ دون المقاصد".

ويمكن أن نعرف المصلحة فنقول: "هي مقتضى العقول القويمة والفطر السليمة من الرشاد، ما يحقق مقصود الشارع والعباد من صلاح المعاش والمعاد".

### شرح التعريف:

- "هي مقتضى العقول القويمة": أي غير المصابة بمرض الشهوة أو الشبهة كالتى تزعم أن الجمع بين الجنسين في مرافق المجتمع من مدارس ومكاتب ونحوهما يهدب من الخلق ويخفف من شره الميل الجنسي وكالتى تزعم أن استحلال الربا ينعش الاقتصاد الوطني... الخ فهذه المزاعم الباطلة مفسدة لا مصالح، وهي نتاج شهوة أو شبهة، وهي علامة الخذلان. كما قال محمد بن كعب القرظي لما سئل عن علامة الخذلان - يعني: الحرمان من توفيق الله وتسديده - قال: "أن يستقبح الرجل ما كان يستحسن! ويستحسن ما كان قبيحاً"، قال المتنبي:

يقضى على المرء في أيام محنته... حتى يرى حسنا ما ليس بالحسن

- "الفطر السليمة" أي لا المنكوسة: فطرة الله التي فطر الناس عليها قبل أن يطرأ عليها الانحراف عن الطريق السوي.

وقولي: "من الرشاد" أي لا من الغي والفساد كالأمثلة التي سلفت.

- "ما يحقق مراد الشارع ومراد العباد" ومراد الشارع: تحقيق العبودية لله بامثال أوامر الله تعالى، سواء أدرك العبد حكمتها،

كالأعمال المعللة، أو لم يدرك حكمتها كالأعمال التعبدية.

- "و مراد العباد من صلاح المعاش والمعاد" أي صلاح الدنيا وفلاح الآخرة وهما غاية السعادة.

## أنواع المصالح:

علم بالاستقراء أن المصالح المقصودة من الشرائع ثلاثة أنواع:

**1 - مصالح ضرورية:** وهي التي تتوقف عليها حياة الناس الدينية والدنيوية بحيث إذا فقدت اختلت الحياة الإنسانية في الدنيا، وفات النعيم وحل العقاب في الآخرة، وهي تنحصر بالاستقراء في المحافظة على خمس: الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال.

**2 - مصالح حاجية:** وهي رفع المشقة ودفع الحرج والضيق عن الناس بفقدائها لا تختل حياتهم، بل يصيبهم حرج وضيق لا يبلغان مبلغ الفساد المتوقع في فقد الضروريات، كتنسيير حاجتهم بإباحة البيع والإجارة ونحوهما، وتخفيف التكاليف عنهم بقصر الصلاة والفطر في رمضان للمسافر وإباحة المسح على الخفين، ونحو ذلك.

**3 - مصالح تحسينية:** وهي مالا يدخل في النوعين السابقين، بل يرجع إلى اجتناب ما لا تألفه العقول الراجحات، وإلى الأخذ بمحاسن العادات وما تقتضيه المروءات ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق ورعاية أحسن المناهج في العادات والمعاملات، مثل ستر العورة وأخذ الزينة عند كل مسجد، والأخذ بآداب الأكل والشرب وتجنب الإسراف والامتناع عن بيع النجاسات وما أشبه ذلك.

ودليل انحصار مصالح الخلق في هذه الأنواع الثلاثة: استقراء مصالح الناس وتبين رجوع كل مصلحة منها إلى نوع من هذه الأنواع، وقد يتردد الباحث في إلحاق شيء منها بأحد الأنواع، ولكن لا يتردد في عدم خروجه منها بحال.

### قيام الشريعة على أساس مصالح العباد:

الشريعة الإسلامية مبنية على تحقيق مصالح العباد في المعاش والمعاد، سواء ما أمرت به من فرائض ومندوبات أو ما نهت عنه من محرمات ومكروهات فهي في كل ذلك تهدف إلى تحقيق مقاصد ومصالح وحكم، يقول الإمام ابن القيم رحمه الله تعالى: "... فإن الشريعة مبنيا وأساسها على الحكم ومصالح العباد، في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل، فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، وظله في أرضه وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله صلى الله عليه وسلم أتم دلالة وأصدقها...".

فالشريعة إذا ليست تعبدية تحكيمية تحلل وتحرم دون أن تقصد إلى شيء وراء أمرها ونهيها، وحظرها وإباحتها، وبعبارة أخرى: إن أحكام الشريعة الإسلامية - في جملتها - معللة عند الجماهير من أهل العلم وإن لها مقاصد في كل ما شرعته وإن هذه المقاصد والحكم معقولة ومفهومة في الجملة، بل معقولة ومفهومة تفصيلا إلا في بعض الأحكام التعبدية المحضة التي يصعب تعليلها تعليلا مفصلا ظاهرا معقولا مثل ما ورد في الأحكام والعبادات من تحديدات وهيئات ومقادير كعدد الصلوات وعدد الركعات في كل صلاة وجعل الصيام شهرا وفي شهر معين، وكذا بعض تفاصيل الحج وأحكام الكفارات ومقاديرها والعقوبات المحددة (الحدود)، من حيث نوعها ومقاديرها وعدد الأشهر في العدة والذبح في المحل المخصوص في الحيوان المأكول وغير ذلك مما استأثر الله بعلمه ولم نطلع عليه. فهذه الأحكام التعبدية يصعب تعليلها بالتفصيل - وإن كانت هي معللة في أصلها وجملتها.

قال الشاطبي: "وقد علم أن العبادات وضعت لمصالح العباد في الدنيا أو في الآخرة على الجملة - وإن لم يعلم ذلك على التفصيل، ويصح القصد إلى مسبباتها - ثمرتها وفوائدها - الدنيوية والأخروية على الجملة".

وقال إمام الحرمين الجويني بعد أن عرض آراء العلماء فيما يعلل وما لا يعلل من الأحكام وذكر نماذج لتعليقاتهم، وفي معرض ذكر تقسيمه الخماسي للعلل والمقاصد الشرعية. قال: "والقسم الخامس: هو ما لا يظهر له تعليل واضح ولا مقصد محدد، لا من باب الضرورات، ولا من باب الحاجات، ولا من باب المكرمات - أي التحسينات - قال: وهذا يندر تصوره جدا" ثم مثل له بالعبادات البدنية المحضة، لكنه سرعان ما نبه على أن هذه العبادات يمكن تعليلها تعليلا إجماليا، وهو أنها تمرن العباد على الانقياد لله تعالى وتجدد العهد بذكره مما ينتج النهي عن الفحشاء والمنكر ويخفف من المغالاة في اتباع مطالب الدنيا ويذكر بالاستعداد للآخرة... " قال: "فهذه أمور كلية لا ننكر على الجملة أنها غرض الشارع في التبعد بالعبادات البدنية، وقد أشعر بذلك بنصوص من القرآن العظيم في مثل قوله تعالى: ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ﴾ [العنكبوت: 45]. وقال ابن القيم: "وبالجملة فللشارع في أحكام العبادات أسرار لا تحتدي العقول إلى إدراكها على وجه التفصيل، وإن أدركتها جملة".

إن العبادات في الإسلام ليست مجرد مظاهر وشعائر وطقوس يؤديها المسلم مجرد أنها مفروضة عليه من ربه فحسب، فليس عليه إلا الإذعان والامتثال لأوامر الله وإظهار العبودية له، ولا شك أن هذا مطلوب ومقصود على الوجه الأكمل، ولكن العبادات - إلى جانب هذا - تنطوي على غايات نبيلة وحكم جليلة إذا قام العبد بما على وجهها خالصة لله تعالى اجتني منها ثمرات كريمة وفوائد عظيمة من تطهير النفس وتركيتها وطهارة القلب وسلامته مما ران عليه وتنوير البصيرة وانسراح الصدر واطمئنان القلب، ومحبة الله ورضاه ومحبة عباد الله الصالحين، وصلاح الدنيا وفلاح الآخرة إلى غير ذلك من الأسرار والأنوار والخير الكثير والنفع الوفير مالا يأتي عليه حصر، فيصبح بعد ذلك عبدا مثاليا ربانيا في أنوار مشرقة بعد أن كان تائها في ظلمات حالكة كما قال تعالى: ﴿أَوَمَنْ كَانَ مِيتًا فَأَحْيَيْنَاهُ وَجَعَلْنَا لَهُ نُورًا يَمْشِي بِهِ فِي النَّاسِ كَمَنْ مِثْلُهُ فِي الظُّلُمَاتِ لَيْسَ بِخَارِجٍ مِنْهَا﴾ [الأنعام: 122]، ويكون - إلى جانب كل ما تقدم - قد حقق العبودية المحضة لله تعالى وتحقيق العبودية الخالصة لله غاية الغايات ومصلحة المصالح وحكمة الحكم وغاية ما تسمو إليه الهمم، وأسمى المقاصد وأنبها عند أولي الألباب.

كما أن لها حكما وأسرا أخرى لا يدركها العقل الإنساني القاصر لأن للعقل حدا ينتهي إليه - كما قال الشافعي - رحمه الله - ومن يحيط بعلم الله وحكمته؟ ﴿وَلَا يُحِيطُونَ بِشَيْءٍ مِنْ عِلْمِهِ إِلَّا بِمَا شَاءَ﴾ [البقرة: 255] وقال تعالى: ﴿وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا﴾ [الإسراء: 85].

نخلص من هذا إلى أن أحكام الشريعة كلها معللة - في الجملة - وأن لها غايات نبيلة وحكما جليلة قال ابن القيم: "ليس في الشريعة حكم إلا وله حكمة وإن لم يعقلها كثير من الناس أو أكثرهم".

ونص الآمدي على أنه لا يجوز القول بوجود حكم إلا لعلة: "إذ هو خلاف إجماع الفقهاء على أن الحكم لا يخلو من علة". وقال ابن الحاجب: "... فإن الأحكام شرعت لمصالح العباد بدليل إجماع الأمة".

وقال ابن القيم: "... والقرآن وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم مملوآن من تعليل الأحكام بالحكم والمصالح وتعليل الخلق بهما، والتنبيه على وجوه الحكم التي لأجلها شرع تلك الأحكام، ولأجلها خلق تلك الأعيان، ولو كان هذا في القرآن والسنة نحو مائة موضع أو مائتين لسقناها ولكن يزيد على ألف موضع بطرق متنوعة" ثم نبه على عدد كثير من صيغ التعليل المستعملة في القرآن.

ويؤكد على هذا الاتجاه الإمام عز الدين بن عبد السلام موضحاً أن الشريعة كلها معللة بجلب المصالح ودرء المفاسد، سواء منها ما وقع النص على تعليله أو ما لم ينص عليه، فما نص على تعليله فيه تنبيه على ما لم ينص عليه يقول: "والشريعة كلها مصالح، إما تدرأ مفاسد أو تجلب مصالح، فإذا سمعت الله يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا﴾ فتأمل وصيته بعد ندائه فلا تجد إلا خيراً يحثك عليه أو شراً يزعجك عنه، أو جمعا بين الحث والزجر، وقد أبان في كتابه ما في بعض الأحكام من المفاسد حثا على اجتناب المفاسد، وما في بعض الأحكام من المصالح حثا على إتيان المصالح".

ويؤكد في موضع آخر وبجلاء أكثر وأسلوب أوضح على هذا المعنى فيقول: "التكاليف كلها راجعة إلى مصالح العباد في دنياهم وأخراهم والله غني عن عبادة الكل، لا تنفعه طاعة الطائعين ولا تضره معصية العاصين...".

وقال الشاطبي: "إن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معا".

وقال أيضا: "إذا ثبت أن الشارع قد قصد بالتشريع إقامة المصالح الأخروية والدينية وذلك على وجه لا يختل لها به نظام، لا بحسب الكل ولا بحسب الجزء وسواء في ذلك ما كان من قبيل الضروريات أو الحاجيات أو التحسينات" وقد كرر هذا المعنى في كتابه كثيرا.

وقد انتقد الإمام الشاه ولي الله الدهلوي منكري التعليل، وأنكر عليهم ظنهم أن الشريعة ليست سوى تعبد واختبار، لا اهتمام لها بشيء من المصالح قائلا: "وهذا ظن فاسد تكذبه السنة وإجماع القرون المشهود لها بالخير...".

### الأدلة على أن أحكام الله تعالى معللة بالمصالح:

وقد دلت أدلة كثيرة على أن أحكام الشريعة مبنية على مصالح العباد من صلاح المعاش والمعاد، منها:

**1 -** النصوص الكثيرة الدالة على تعليل أفعاله تعالى وأحكامه، وهي من الكثرة في الكتاب والسنة بحيث يتعذر إحصاؤها، منها على سبيل المثال:

- قوله تعالى في الصلاة: ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ﴾ [العنكبوت: 45].
- وقوله سبحانه في الزكاة: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾ [التوبة: 103].
- وقوله في الحج: ﴿وَأَذِّنْ فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالًا وَعَلَى كُلِّ ضَامِرٍ يَأْتِينَ مِنْ كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ (27) لِيَشْهَدُوا مَنَافِعَ لَهُمْ وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَعْلُومَاتٍ﴾ [الحج: 27، 28].
- وقال سبحانه: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ كُلُّهُ لِلَّهِ﴾ [الأنفال: 39].
- وقال عز وجل: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: 179].
- وقال صلى الله عليه وسلم: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج... ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء".

- وقال في أربع قبل الظهر: "إنها ساعة تفتح فيها أبواب السماء فأحب أن يصعد لي فيها عمل صالح".

- وقال عليه الصلاة والسلام في نقض الوضوء بالنوم: "... فإنه إذا اضطجع استرخت مفاصله".

قال الإمام الشاطبي رحمه الله: "والمعتمد إنما هو أنا استقرينا من الشريعة أنها وضعت لمصالح العباد استقراء لا ينازع فيه الرازي وغيره" إلى أن قال: "وإذا دل الاستقراء على هذا، وكان في مثل هذه القضية مفيدا للعلم فنحن نقطع بأن الأمر مستمر في جميع تفاصيل الشريعة".

## 2 - قال تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ [الأنبياء: 107].

قال العضد الإيجي: "وظاهر الآية التعميم، أي يفهم منه مراعاة مصالحهم فيما شرع لهم من الأحكام كلها، إذ لو أرسل بحكم لا مصلحة لهم فيه لكان إرسالاً لغير الرحمة، لأنه تكليف بلا فائدة، فخالف ظاهر العموم".

3 - ومن السنة: قوله صلى الله عليه وسلم: "أحبُّ الناس إلى الله أنفعهم للناس"، فقد أوضح الرسول صلى الله عليه وسلم أن مناط قرب الإنسان من الله تعالى هو مدى تقديمه النفع والخدمة لعباده، وذلك برعاية مصالحهم وتوفير ما به سعادتهم الحقيقية. وإذا كان ميزان ما يتقرب به الإنسان إلى الله في أعماله هو: خدمة مصالح العباد، فأحرى أن يكون هذا الميزان هو نفسه المحكم في نظام الشريعة الإسلامية نفسها.

### كيف تقدر المصالح؟

لا شك أن تقدير المصالح والمفاسد إنما يكون بالشرع لا بالهوى كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: "لكن اعتبار مقادير المصالح والمفاسد هو بميزان الشريعة، فمتى قدر الإنسان على اتباع النصوص لم يعدل عنها، وإلا اجتهد رأيه...". فالمرحلة الأولى أن ننظر: هل المصالح والمفاسد التي نحن بصدددها ورد بالموازنة بينها نص في الشريعة أم لا؟ فحيث ورد النص باعتبار مصلحة ما أو بإلغائها وجب اتباعه، فمن سأل هل يبقى مع والديه لبرهما وخدمتهما أم يخرج متطوعاً للجهاد ولو لم يأذنا؟ أي المصلحتين تقدم؟ فهذا وارد تقديره والجواب عنه في نصوص الشرع بما لا يدع مجالاً للاجتهاد في رأي، ففي حديث ابن مسعود - رضي الله عنه - أنه قال: سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم: أي العمل أحب إلى الله؟ قال: "الصلاة على وقتها" قلت: ثم أي؟ قال: "بر الوالدين" قلت: ثم أي؟ قال: "الجهاد في سبيل الله".

أما إذا أشبهت المسألة ولم يوجد نص صريح يقضي باحتمال مفسدة ما أو تفويت مصلحة، أو تقديم مصلحة على أخرى فهنا يكون الاجتهاد.

### النظر إلى المآلات عند تقدير المصالح والمفاسد:

مما يجب على المجتهد والمفتي حين يجتهد ويفتي أن يقدر مآلات الأفعال وعواقب الأمور وما يؤول إليه الأمر في النهاية، وأن لا يعتبر مهمته تنحصر في إعطاء الحكم الشرعي، بل مهمته أن يحكم في الفعل وهو ناظر إلى آثاره ومآلاته ويقول الشاطبي في هذا: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، [فقد يكون] مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فرمما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية، وهو مجال للمجتهد صعب المورد إلا أنه عذب المذاق...".

ثم أخذ يستدل على صحة ذلك بأمور، منها: أن التكاليف مشروعة لمصالح العباد، ومنها أن الاستقراء للشريعة وأدلتها يدل على اعتبار المآلات، وذكر أمثلة تفصيلية كامتناعه صلى الله عليه وسلم عن قتل المنافقين مع قدرته على ذلك خشية أن يظن الناس أنه يقتل أصحابه فينفروا من الدخول في الإسلام، وكماتناعه عن إعادة بناء البيت الحرام على قواعد إبراهيم عليه السلام حتى لا

يشير بلبلة بين العرب ويقولوا: إن النبي صلى الله عليه وسلم يهدم المقدسات ويغير معالمها، وكنهيه - صلى الله عليه وسلم - أصحابه عن زجر الإعرابي حال تبوله في المسجد خشية أن يؤدي هذا إلى نجس مواضع أخرى في المسجد وربما كان فيه ضرر صحي عليه... إلى أن قال: قال ابن العربي: "النظر في مآلات الأفعال في الأحكام، اختلف الناس بزعمهم فيها - وهي متفق عليها بين العلماء فافهموها وادخروها".

ورد - رحمه الله - على من يهمل هذه القاعدة بحجة أن عليه العمل وليس عليه النتيجة فقال: (لا يقال إنه قد مر في كتاب الأحكام أن المسببات لا يلزم الالتفات إليها عند الدخول في الأسباب، لأننا نقول - وقد تقدم أيضا - أنه لا بد من اعتبار المسببات في الأسباب... وقد تقدم أن الشارع قاصد للمسببات في الأسباب، وإذا ثبت ذلك لم يكن للمجتهد بد من اعتبار المسبب وهو مآل السبب".

وقال أيضا - رحمه الله - "ومن هذا الأصل - أي النظر في المآلات - تستمد قاعدة أخرى، وهي أن الأمور الضرورية أو غيرها من الحاجة أو التكميلية إذا اكتنفتها من الخارج أمور لا ترضي شرعا، فإن الإقدام على جلب المصالح صحيح على شرط التحفظ بحسب الاستطاعة من غير حرج... كطلب العلم إذا كان في طريقه منكر يسمعها ويراهها، وشهود الجنائز، وإقامة وظائف شرعية إذا لم يقدر على إقامتها إلا بمشاهدة مالا يرضى، فلا يخرج هذا العارض تلك الأمور عن أصولها، لأنها أصول الدين، وقواعد المصالح، وهو المفهوم من مقاصد الشارع فيجب فهمها حق الفهم فإنها مثار اختلاف وتنازع وما ينقل عن السلف الصالح مما يخالف ذلك قضايا أعيان لا حجة في مجردها حتى يعقل معناها فتصير إلى موافقة ما تقرر إن شاء الله، والحاصل: أنه مبني على اعتبار مآلات الأعمال فاعتبارها لازم في كل حكم على الإطلاق. والله أعلم".

#### شروط المصلحة المعتبرة:

إن المصلحة المعتبرة شرعا التي يجوز بناء الأحكام عليها هي ما كانت على مقتضى العقول المستقيمة والفطر السليمة، المحققة لمراد الشارع من العبودية والرشاد، ومراد العباد من صلاح المعاش والمعاد، ليست وليدة الشهوة أو الشبهة، يقول الشاطبي: "ولقد علم من التجارب والعادات أن المصالح الدينية والدينية لا تحصل مع الاسترسال في اتباع الهوى والمشى مع الأغراض، لما يلزم ذلك من التهاجر والتقاتل والهلاك الذي هو مصاد تلك المصالح".

ولتكون المصلحة مقرونة بالرشاد، بعيدة عن الغي والفساد، محققة لمراد الشارع ومراد العباد، لها ضوابط، فإذا كانت منضبطة بها فهي معتبرة شرعا وبالتالي يسوغ العمل بها وإلا فهي مجرد شهوة أو شبهة التبتت على صاحبها فتوهمها مصلحة، وهيئات أن تكون - وهي بهذه الحال - مصلحة شرعية معتبرة، وإنما هي نزعة نفسانية أو نزعة شيطانية، لبست عليه الحق بالباطل فأرته المفسدة مصلحة.

#### ومن هذه الشروط التي يجب توافرها لتحقيق المصلحة الشرعية المعتبرة:

**1** - أن يثبت بالبحث والنظر والاستقراء أنها مصلحة حقيقية لا وهمية أي أن بناء الحكم عليها يجلب نفعا أو يدفع ضرا، لأنها بهذا تكون مصلحة معتبرة، أما مجرد توهم المصلحة من غير نظر دقيق ولا استقراء شامل ومن غير موازنة عادلة بين وجوه النفع ووجوه الضرر فهذه مصلحة وهمية لا يسوغ بناء الحكم عليها.

2 - أن تكون هذه المصلحة الحقيقية عامة، أي ليست مصلحة شخصية أي أن بناء الحكم عليها يجلب نفعاً لأكثر الناس أو يدفع ضرراً عن أكثرهم، أما المصلحة التي هي نفع لأمر أو عظيم أو أي فرد بصرف النظر عن أكثر الناس فلا يصح بناء الحكم عليها.

3 - أن لا تكون معارضة للكتاب والسنة، إذ لا يجوز التعارض بين مصلحة معتبرة ونص ثابت من كل وجه، فإن عارضت المصلحة نصاً فهي إما أن تكون موهومة لا تستند إلى أصل تقاس عليه، فهي لا عبرة بها فإذا توهم متوهم أن مصلحة الناس تقتضي حرية تعاملهم بالربا فالتعارض ليس إلا بين وهم وكلام الله تعالى، أما حقيقة المصلحة فهي ما قضى به كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم من ضرورة إغلاق باب الربا.

وإما أن تكون مستندة إلى أصل قيست عليه بجامع بينهما، ولا يكون التعارض هنا بين النص والمصلحة إلا جزئياً كالذي يكون بين الخاص والعام والمطلق والمقيد، فالتعارض في الحقيقة هنا بين دليلين شرعيين، وليس بين نص ومجرد مصلحة متوهمة، وأمر التأويل والترجيح في هذه الحال عائد إلى اجتهاد الأصولي الثابت في فهمه وعلمه، وعليه أن يجمع بين المصلحة الجزئية العارضة والمصلحة المقصودة من النص (أو القياس) ويقدم الراجحة منهما، ومجال الاجتهاد العقلي هنا واسع جداً - كما يقول الأستاذ علي حسب الله ويقول أيضاً:

"واعلم أن معارضة المصلحة للنص أو القياس لا تكون إلا في جزئيات يعد اعتبارها فيها استثناء من قاعدة النص أو القياس، ولا يعد إلغاء لواحد منهما فإن القواعد الثابتة بالنص أو القياس هي المعالم الواضحة إلى المقاصد الشرعية فإذا تبين في بعض الجزئيات أن العمل بالنص أو القياس لا يحقق المصلحة المقصودة... وجب استثناء هذه الجزئيات في أضيق الحدود تحقيقاً للمصلحة المشروعة، وبقي النص أو القياس قائماً فيما عداها، كما لو أشرف إنسان أو جماعة على الموت جوعاً، فإنه يجب إطعامهم من مال الغير عنوة مع وجوب دفع المثل أو القيمة عند القدرة، وفي هذا اعتداء على حرمة المال، لكنه استثناء عارض في مسألة جزئية لا يبطل القاعدة العامة التي تحرم العدوان على أموال الناس في كل حال"، قال تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: 29]، وهذا واضح من خلال فتاوى الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين أنهم لم يرأعوا المصلحة على أنها نظام عام يلغي النص أو القياس، بل روعيت في بعض الجزئيات استثناء من النص أو القياس، ولهذا قال الغزالي في الإفتاء بقتل الزنديق المستتر: "فهذا لو قضينا به فحاصله استعمال مصلحة في تخصيص عموم، وذلك لا ينكره أحد"، وقال الطوفي في معارضة المصلحة لدليل شرعي: "وإن خالفها دليل شرعي وفق بينها وبينه بما ذكرنا من تخصيصه بها...".

وقال الشاطبي نقلاً عن ابن العربي: "فالعموم إذا استمر، والقياس إذا اطرده، فإن مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأي دليل كان من ظاهر أو معنى، ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة...".

وإذا تقرر هذا فإنه لا يجوز القول بتقديم المصلحة - مطلقاً - على النص والإجماع عند معارضتها لهما، كما نادى بذلك نجم الدين الطوفي بدعوى أن رعاية المصلحة أقوى من الإجماع، ويلزم من ذلك أنها أقوى أدلة الشرع، لأن الأقوى من الأقوى أقوى. وقال: "إن النصوص مختلفة متعارضة فهي سبب الخلاف في الأحكام المذموم شرعاً ورعاية المصالح أمر حقيقي في نفسه لا يختلف فيه، فهو سبب الاتفاق المطلوب شرعاً فكان اتباعه أولى".

والحقيقة أن الطوفي وقع في تناقض عجيب، فهو عندما عرض في كتابه (شرح الأربعين حديثاً) أدلة الشرع وجعلها تسعة عشر دليلاً، ثم قال: "وهذه الأدلة التسعة عشر أقواها النص والإجماع... " ثم عاد - كما تقدم - فقال: "إن رعاية المصلحة مقدمة على الإجماع" إذا فهي أقوى أدلة الشرع كلها، أفيكون تناقض أبلغ من هذا وأوضح؟! ثم إن الأساس الذي بنى عليه زعمه هذا أساس محال غير متصور الوقوع ألا وهو فرض كون المصلحة مخالفة للنص والإجماع، ومحال أن تجد آية أو حديثاً صحيحاً يدعو إلى ما يخالف المصلحة الحقيقية.

**4 -** أن لا تعارض القياس الصحيح، لأن القياس إنما هو مراعاة مصلحة في فرع بناء على مساواته الأصل في علة حكمه المنصوص عليه، فبينهما من النسبة إذا العموم والخصوص المطلق، إذ القياس فيه مراعاة لمطلق المصلحة، وفيه زيادة على ذلك العلة التي اعتبرها الشارع، ومراعاة لمطلق المصلحة أعم من أن توجد فيها هذه الزيادة، أو لا، فكل قياس مراعاة للمصلحة، وليس كل مراعاة للمصلحة قياساً.

فإذا وجد أن مصلحة عارضت قياساً صحيحاً، فإما أن تكون مصلحة موهومة فهذه لا عبرة بها كما في شرب البيرة، فقد يرى بعض الناس فيه وصفاً مناسباً لخله من لذة أو فائدة متخيلة عند الطعام مثلاً، ولكن فيه وصفاً آخر هو جنس الإسكار الذي هو علة في حرمة الخمر، ومقتضى ذلك: القياس عليه في الحرمة، فقد عارض ما خيل كونه مصلحة (مرسلة) القياس الصحيح الذي هو أعلى رتبة منه فلا عبرة بهذه المصلحة.

وأما إن كانت المصلحة معتبرة فلا يكون التعارض بينهما - إن وجد - إلا جزئياً كالذي يكون بين العام والخاص والمطلق والمقيد، فالتعارض في الحقيقة بين دليلين شرعيين، وأمر الترجيح والتأويل في هذه الحال عائد إلى الاجتهاد الأصولي الثابت في علمه وفهمه، وعليه أن يجمع بينهما ويقدم الراجح منهما لأن الشرع يقصد إلى الأرجح من المصلحتين عند التعارض - كما تقدم.

**5 -** عدم تفويتها مصلحة أهم منها أو مساوية لها.

وذلك لأن الشريعة قائمة على أساس مراعاة مصالح العباد، والمقصود بمراعاتها لمصالحهم أمّا تقضي بتقديم الأهم منها على ما هو دونه، وبالتزام المفسدة الدنيا لاتقاء الكبرى حينما تتلاقى المصالح والمفاسد في مناط واحد، أو يستلزم إحداها الأخرى لسبب ما.

فإذا تعارضت مصلحتان في مناط واحد بحيث كان لا بد لنيل إحداها من تفويت الأخرى نظر إلى قيمتها من حيث الذات - وقد وجدنا أن كليات المصالح المعتبرة شرعاً مندرجة حسب الأهمية في خمس مراتب وهي حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال - فما به يكون حفظ الدين مقدم على ما يكون به حفظ النفس عند تعارضهما، وما به يكون حفظ النفس مقدم على ما يكون به حفظ العقل وهكذا...

ثم إن رعاية كل من هذه الكليات الخمس يكون بوسائل متدرجة حسب الأهمية في ثلاث مراتب، وهي: الضروريات فالحاجيات فالتحسينات فالضروري مقدم على الحاجي عند تعارضهما، والحاجي مقدم على التحسيني عند التعارض.

أما إذا كانت المصلحتان المتعارضتان في رتبة واحدة كما لو كان كلاهما من الضروريات أو الحاجيات أو التحسينات فينظر، فإن كان كل منهما متعلقاً بكل على حدة جعل التفاوت بينها حسب تفاوت متعلقاتها فيقدم الضروري المتعلق بحفظ الدين على الضروري المتعلق بحفظ النفس وهكذا...

أما إذا كانت المصلحتان المتعارضتان متعلقتين بكلى واحد كالدين أو النفس أو العقل فينظر إليهما من حيث شمولهما للناس فيقدم أعم المصلحتين شمولاً على أضيقيهما في ذلك. فيقدم مثلاً الانشغال بتعليم شرعي على الانشغال بما وراء الفروض من نوافل العبادات، لأن الأول أشمل فائدة من الثاني. ومن هذا الباب قول الأصوليين:

أ - دفع المفسدة أولى من جلب المصلحة، مثاله: ما رواه البخاري عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: "كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتخولنا بالموعظة في الأيام مخافة السامة علينا" وترجم له البخاري بقوله: "باب ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يتخولهم بالموعظة والعلم كي لا ينفروا" فترك مصلحة كثرة الوعظ والتعليم لدفع مفسدة النفور والفتور والسامة.

ب - ويقولون: تتحمل أدنى المفسدتين لدفع أعظمهما، كما في قول الله سبحانه وتعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ﴾ [البقرة: 217] أي أن مفسدة صد المشركين عن سبيل الله، وكفرهم به وصددهم المؤمنين عن المسجد الحرام، وإخراجهم منه، أكبر من مفسدة قتالهم في الشهر الحرام، فتحتمل أدنى المفسدتين لدفع أكبرهما. فلا بأس بالقتال في الشهر الحرام في تلك الظروف.

ج - ويقولون: إذا تعارضت المصلحة مع المفسدة روعي الأغلب منهما كما في قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ [البقرة: 219]، فشارب الخمر يتعدى على الآخرين بالضرب والشتم ويأتي بالعظائم والكبائر ويترك العبادة وهذه مفسدات عظيمة لا تقاومها المصالح المزعومة، فعند تعارضهما يراعى الأغلب منهما، والمفسدة هنا أغلب فغلب جانبها.

د - ويقولون: قد يفعل المفضل ويترك الفاضل للمصلحة. كما ذكر الشيخ الإمام ابن تيمية - رحمه الله - ونقل عن الإمام أحمد وغيره أن يدع الإمام ما هو عنده أفضل إذا كان فيه تأليف المؤمنين، مثل أن يكون عنده فصل الوتر أفضل بأن يسلم في الشفع ثم يصلي ركعة الوتر وهو يؤم قوما لا يرون إلا وصل الوتر، فإذا لم يمكنه أن يتقدم إلى الأفضل كانت المصلحة الحاصلة بموافقتهم لهم بوصل الوتر أرجح من مصلحة فصله مع كراحتهم للصلاة خلفه....

وقال رحمه الله بعد ذكر مسألة البسمة - إن الإمام قد يجهر بما استحباباً قصداً إلى تأليف القلوب بترك المستحب إذا كان من وراءه لا يرون الإسرار قال: "ويستحب للرجل أن يقصد إلى تأليف القلوب بترك مثل هذه المستحبات لأن مصلحة التأليف في الدين أعظم من مصلحة فعل مثل هذا".

هـ - ويقولون: يجوز ترك واجب لفعل الأوجب أو السكوت على مفسدة لدفع الأفسد عند تعذر تحصيل جميع الواجبات أو دفع جميع المفاسد.

من ذلك قول شيخ الإسلام ابن تيمية: "فإذا ازدحم واجبان لا يمكن جمعهما فقدم أوكدهما، لم يكن الآخر في هذا الحال واجباً ولم يكن تاركه لأجل فعل الأوكد تارك واجب في الحقيقة، وكذلك إذا اجتمع محرمان لا يمكن ترك أعظمهما إلا بفعل أدناهما، لم يكن فعل الأدنى في هذه الحال محرماً على الحقيقة وإن سمي ذلك ترك واجب، وسمي هذا فعل محرماً باعتبار الإطلاق لم يضر ويقال في مثل هذا ترك الواجب لعذر وفعل المحرم للمصلحة الراجحة أو الضرورة أو لدفع ما هو أحرم".

ومن هذا الباب ما قاله سلطان العلماء وبائع الأمراء العز بن عبد السلام: - رحمه الله: "إذا تفاوتت رتب الفسوق في حق الأئمة قدمنا أقلهم فسوقاً مثل إن كان فسق أحد الأئمة بقتل النفوس وفسق الآخر بانتهاك حرمة الأبخاع وفسق الآخر بالتعرض للأموال قدمنا المتعرض للأموال على المتعرض للدماء والأبخاع... فإن قيل: أيجوز القتال مع أحدهما لإقامة ولايته وإدامة تصرفه مع

إعانتة على معصيته؟ قلنا: نعم، دفعا لما بين مفسدتي الفسوقين من التفاوت ودرءا للأفسد فالأفسد... "ويطول سرد الأمثلة إذا تتبعناها ولكن نكتفي في نهاية هذه الأمثلة بالتذكير بالقاعدة العامة في ذلك كما قال الإمام ابن تيمية - رحمه الله: "وجماع ذلك داخل في القاعدة العامة فيما إذا تعارضت المصالح والمفاسد والحسنات والسيئات أو تراخمت فإنه يجب ترجيح الراجح منها، فيما إذا ازدحمت المصالح والمفاسد، وتعارضت المصالح والمفاسد، فإن الأمر والنهي وإن كان متضمنا لتحصيل مصلحة ودفع مفسدة فينظر في المعارض له، فإن كان الذي يفوت من المصالح أو يحصل من المفاسد أكثر، لم يكن مأمورا به، بل يكون محرما إذا كانت مفسدته أكثر من مصلحته".

وبعد، فهذه الأمور أو الشروط الخمسة يجب أن تنضبط بها المصلحة حتى تكون مصلحة شرعية معتبرة يسوغ العمل بها، وإلا كانت ملغاة غير معتبرة لأن الشارع لم يعتبرها بل نص على إلغائها لكونها مخالفة لنص كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس صحيح. ومن أمثلة هذا النوع:

- ما قد يراه بعض خبراء الاقتصاد والتجارة من أن الربا لا بد منه لتنشيط الحركة التجارية والنهوض بها فهو مخالف لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275].

- ما يقوله بعض المهتمين بعلم النفس والتربية من أن الجمع بين الجنسين في مرافق المجتمع من مدارس ومكاتب ونحوهما يهذب من الخلق ويخفف من شره الميل الجنسي، فهذا متصادم مع القرآن والسنة، قال تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ (30) وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: 30، 31] وقال صلى الله عليه وسلم: "ما خلا رجل بامرأة إلا كان الشيطان ثالثهما".

- الدعوة إلى التسوية بين الذكر والأنثى في الموارث، بل إلى تفضيل المرأة على الرجل لأنها أضعف وأحوج من الرجل، فهذا المعنى ملغى بقوله تعالى: ﴿يُؤْتِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّ﴾ [النساء: 11].

- الدعوة إلى جعل الطلاق بيد المرأة استقلالا أو اشتراكا على الأقل لأن النكاح حصل باتفاق الزوجين، فهذا المعنى ملغى بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "إنما الطلاق لمن أخذ بالساق".

- الزعم بأن المصلحة تقتضي التحلل من الأحكام الشرعية لمواكبة الحضارة العصرية والانفتاح عليها من غير التقيد بالقيود الشرعية. فهذا وأمثاله من قبيل المصالح الملغاة التي رفضها الشارع ولم يعول عليها البتة بسبب أنها مرجوحة من حيث الصلاح، ومغلوبة من حيث النفع، وبالنسبة لما ستؤول إليه من مفسد عظمى ومهالك محققة، فهي - وإن تضمنت في بعض الأحيان في الظاهر - بعض الصلاح النادر وقلة من النفع العابر ولكنها لا تقوى على مزاحمة المصالح المعتبرة والمنافع الغالبة والمقاصد المقررة، فالتشبث بها اتباع للشهوات وتصيد للشبهات وتحيل لتحليل المحرمات، بل تحلل من أحكام الشريعة، والتعلق بمثل هذه الشهوات الفاسدة والشبهات الكاسدة بدعوى المصلحة المزعومة ومواكبة التطور والحضارة المنهارة قرمطة وسفسطة، ومسيرة للهوى ومجانبة للهدى، لأن هذه المصلحة المزعومة في الحقيقة شهوة نفسانية أو شبهة شيطانية، لا مصلحة إنسانية ولا حكمة ربانية ولا مقاصد شرعية ﴿وَاللَّهُ يَرِيدُ أَنْ يُتُوبَ عَلَيْكُمْ وَيُرِيدُ الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الشَّهَوَاتِ أَنْ تَمِيلُوا مَيْلًا عَظِيمًا﴾ [النساء: 27].

إن ميزان المصالح في التشريع الإسلامي ميزان دقيق ومضبوط. وهو علم جليل له شروطه وآدابه وأصوله وضوابطه، ويختص به أهله وأربابه من العلماء المجتهدين الربانيين، وهو ليس متروكا للهوى والتشهي ومفوضا لكل من هب ودب من أذعياء المصلحة بلا قيد ولا ضابط قال تعالى: ﴿وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ يَقُولُونَ آمَنَّا بِهِ كُلٌّ مِنْ عِنْدِ رَبِّنَا وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّا أُولُو الْأَلْبَابِ﴾ [آل عمران: 7].