دلالة النهى على الفساد والبطلان

إعـــداد

أ. د/ محمد عبد العاطى محمد على

الأستاذ بكلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر - بالقاهرة

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام علي المبعوث رحمة للعالمين ...

وبعد ،،

فمن المعلوم لدى العلماء أن النهى هو القول الدال على طلب ترك الفعل، وله صيغ متعددة أشهرها «لاتفعل» وهى كل فعل مضارع مسبوق بـ«لا» الناهية، وهذه الصيغة تستعمل في معان متعددة غير أن المعنى حقيقى لها هو التحريم إذا تجردت عن القرائن الصارفة عنه، أما إذا اقترنت هذه الصيغة بقرينة صارفة عن التحريم، فإنها تفيد المعنى الذى دلّت عليه القرينة من الكراهة أو الدعاء أو غيرهما، وبناء علي ذلك: إذا خالف من توجه إليه النهى وفعل مانهى عنه كان آثماً ومستحقاً للعقاب فى الآخرة، وهذا وإن كان أثراً أخروياً، إلا أنه ليس الأثر الوحيد للنهى؛ بل قد يكون له مع هذا أثر دنيوى فى المنهى عنه إذا كان من العبادات أو المعاملات، وهى الأمور التى وضعها الشارع لتترتب عليها ثمرات مقصودة منها، وجعل لها أركاناً وشروطاً لاتعتبر إلا بها.. ومن راجع النصوص الشرعية، وجد الشارع ينهى عن أشياء فى حالات خاصة أو فى أوقات خاصة، والمنهى عنه قد يكون فعلاً، وقد يكون قولاً كالألفاظ التى وضعها الشارع أسباباً لأحكام قد تترتب عليها وهى العقود الشرعية، وفى كل منها تختلف درجات النهى باختلاف أسبابه.

فالفعل قد ينهى عنه لذاته أو لجزئه أو لوصف لازم له أو لأمر خارج عنه، والقول - وهو العقود الشرعية من بيع ونكاح وإجارة وغيرها - قد ينهى عنه لخلل فى أمر أساسى فيه، أو لوصف لازم له، أو لأمر خارج عنه، وهذه الأمور شغلت العلماء قديماً وحديثاً لما لها من آثار عديدة فى المسائل الفقهية في نطاق المعاملات، وكان الحنفية سبب إثارة البحث فيها لتفرقتهم بين الفاسد والباطل

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

على خلاف الجمهور من ناحية، واختلافهم فيما بينهم على التفرقة بينهما فى العبادات أيضاً من ناحية أخرى... وقد حاولت فى هذا البحث تجليةكل هذه الموضوعات، مراعياً الإيضاح والتبيين والسهولة والتيسير حتى يتيسر لقارئه فهمه وتحصيله.

وإنى لأرجو الله سبحانه وتعالى أن ينفع بهذا البحث كما نفع بأصوله ومراجعه وأن يلهمنى الصواب، ويجنبنى الزلل، إنه على مايشاء قدير، وهو نعم المولى ونعم النصير.

أ. د/ محمد عبد العاطى محمد على

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

دلالة النهى عن الفساد والبطلان

تمهيد فى معنى الصحة والفساد والبطلان :

(١) معنى الصحة: الصحة تطلق علي العبادات مرة، وعلي عقود المعاملات مرة أخرى، وهى في العبادات :

- عند الفقهاء: هى عبارة عن كون الفعل مسقطاً للقضاء .
- وعند المتكلمين: عبارة عن موافقة أمر الشرع، وجب القضاء أو لم يجب. فمن صلي على ظن الطهارة، ثم تبين له أنه محدث، فإن صلاته صحيحة علي رأى المتكلمين، وإن وجب على المصلى قضاؤها لموافقة الأمر، إذا الشخص مأمور بأن يصلى بطهارة سواء كانت متيقنة أو مظنونة. وتعتبر هذه الصلاة فاسدة عند الفقهاء لعدم سقوط القضاء[١] .

والصحة فى المعاملات: كون العقد سبباً لترتب ثمراته المطلوبة عليه شرعاً، وهذا هو المراد من قولهم: الصحيح مايستتبع غايته، وذلك كالبيع الصحيح، فإنه يترتب عليه ملك السلعة للمشترى، وملك الثمن للبائع، وحل الانتفاع لكل بما ملك وكالنكاح الصحيح، فإنه يترتب عليه حل استمتاع الزوج بزوجته وملكية الزوجة لنصف المسمى أن لم يدخل، فإن دخل استحقت المهر كاملاً، أو مهر المثل إن لم يكن هناك مسمى.[٢]

---

(١) أى أن الفقهاء يقولون إن دليل الوجوب قائم حتى تؤدى الصلاة صحيحة فى نفس الأمر، ويقول المتكلمون، إن المكلف إذا أداها صحيحة فى ظنه، سقط هذا الدليل، واحتاج الوجوب إلي دليل جديد، والفريقان يتفقان على و جوب القضاء بعد انكشاف الأمر للمكلف، وبالتالى: فلا أثر لهذا الخلاف عملياً وإن كان تفسير الفقهاء منتقض ببعض الفروع .
وانظر أصول البزدوى مع كشف الأسرار جـ١ ص٢٥٨، وفواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت جـ١ ص١٠، ١٢١ .

(٢) انظر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوى جـ١ ص٢٥٨ .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

(ب) معنى البطلان: قال الشيخ عبد العزيز البخارى «فمعناه فى العبادات عدم سقوط القضاء بالفعل - وفى عقود المعاملات، تخلف الأحكام عنها وخروجها عن كونها أسباباً مفيدة للأحكام.[١]

❐ ومثاله في العبادات: كمن وطئ في الحج بعد الإحرام، وقبل التحلل الأول. ومثاله في المعاملات. كبيع المضامين والملاقيح، وكعقد النكاح على المحارم، أو على أخت الزوجة مادامت الزوجة تحت عصمته، فهو مقابل للصحة.[٢]

(ج) معنى الفساد: الفساد مرداف للبطلان عند جمهور الفقهاء فكلاهما عبارة عن معنى واحد فهما مترادفان وكل منهما يدل على أن الفعل المنهى عنه، وقع علي خلاف ماطلب من المكلف فلم يعتبره الشارع، ولم يرتب عليه الأثر الذى يرتبه على نظيره المشروع، وهما سواء فى العبادات والمعاملات فالصلاة الباطلة كالصلاة الفاسدة لاتسقط الواجب ولاتبرئ الذمة، والبيع الباطل كالبيع الفاسد، لايترتب عليه أى أثر[٣].

❐ **أما الفساد عند الحنفية:** فهو قسم ثالث مغاير للصحة والبطلان فالقسمة عندهم ثلاثية، لأن غير الصحيح عندهم إما باطل وإما فاسد، لكن هذا التفريق بين البطلان والفساد عندهم قاصر على عقود المعاملات، أما العبادات فهى إما صحيحة أو غير صحيحة، فالفساد فيها هو البطلان كما صرح ابن الهمام، لأن المقصود من العبادة التقرب إلي الله تعالى ونيل ثوابه، فإذا لم يتوفر لها مايجعلها سبباً لحكمها الذى شرعت له، تحقق فيها وصف البطلان إذ إنها تصبح عديمة الفائدة، فإذا صام المكلف يوم العيد لم ينله الثواب الذى شرع له الصوم، ولم تبرأ ذمته من صوم واجب آخر[٤].

---

(١) انظر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوى جـ١ ص٢٥٨، ٢٥٩ .

(٢) انظر: أثر الاختلاف للدكتور الخن ص٣٤٥ .

(٣) انظر: شرح البدخشى على المنهاج جـ٢ ص٥٠، ٥١ .

(٤) انظر: التقرير والتحبير جـ١ ص٣٣٠، ٣٣١ وتيسير التحرير جـ٢ ص٢٣٦ .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

❐ **أما في المعاملات:** فقد فرقوا بين المنهى عنه لأصله والمنهى عنه لوصفه، والمراد بالأصل: هو المحل أو الركن فى العقود، وبالوصف ماكان خارجاً عنهما. فإن كان النهى منصباً علي الأصل فهو الباطل وإن كان منصباً على الوصف، فهو الفاسد، ولذا فإن المشهور عند الحنفية: أن الصحيح: هو ماشرع بأصله ووصفه، والفاسد: ماشرع بأصله دون وصفه، والباطل ماليس مشروعاً لابأصله ولابوصفه، فالصحة عندهم تقابل الفساد كما تقابل البطلان: قال الشيخ عبد العزيز البخارى: واعلم أن الصحة عندنا قد تطلق أيضاً علي مقابلة الفاسد كما تطلق على مقابلة الباطل، فإذا حكمنا على شئ بالصحة فمعناه أنه مشروع بأصله ووصفه جميعاً، بخلاف الباطل فإنه ليس بمشروع أصلاً، وبخلاف الفاسد، فإنه مشروع بأصله دون وصفه(١).

❐ **لكن جمهور العلماء:** لم يفرقوا بين المنهى عنه لوصفه والمنهى عنه لأصله أى لذاته وحقيقته، فالنهى عندهم يقتضى فساد كل من الأصل والوصف، فهم لاينظرون إلى السبب الذى من أجله كان النهى، أما الحنفية فنظروا إلى السبب، فإن كان النهى يرجع إلى الأصل انعدم وجوده شرعاً، وإن رجع إلى وصف لحق بالعقد، مع سلامة الأصل كان فاسداً، وذلك كعقد الربا، فإن البيع مشروع بأصله، ولكن رافقه وصف الربا الذى هو غير مشروع.(٢) وطالما أن الفاسد ماكان الخلل فيه فى وصف من أوصاف العقد، يمكن أن تترتب عليه بعض الآثار كما سنبين، بخلاف الباطل فإنه لايترتب عليه أى أثر.

❐ أرى أننى أطلت الكلام حول معنى الصحة والفساد والبطلان لكن عذرى أن هذا الموضوع الذى سنتكلم فيه مترتب علي جلاء هذه النقطة. والآن نتكلم عن دلالة النهى على الفساد والبطلان.

---

(١) انظر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوى جـ١ ص٢٥٩.

(٢) انظر: أصول الفقه الإسلامى للدكتور سلام مدكور ص٢٥٩.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

ينقسم النهى فى اقتضاء صفة القبح للمنهى عنه إلى مايأتى:

١ - ماقبح لعينه وضعاً .

٢ - ماقبح لعينه شرعاً .

٣ - ماقبح لمعنى في غيره وصفاً .

٤ - ماقبح لمعنى فى غيره مجاوراً.(١)

وإليك تفصيل كل قسم على حدة :

١ - ماقبح لعينه وضعاً:

ومثال ماقبح لعينه وضعاً الكفر والكذب والظلم، لأن واضع اللغة، وضع هذه الأسماء لأفعال عرفت قبيحة فى ذاتها عقلاً، فالكفر مثلاً، وضع لمعنى هو قبيح فى أصل وضعه، والعقل مما يحرمه لو لم يرد عليه الشرع، لأن قبح كفران المنعم مركوز في العقول السليمة. وهذا القسم ليس مشروعاً أصلاً كما هو واضح(١).

---

(١) انظر: فى هذا الموضوع كشف الأسرار شرح المصنف على المنار جـ١ ص٩٨ ومابعدها وشرح المنار وحواشيه من علم الأصول ص٢٥٩ ومابعدها، وكشف الأسرار شرح أصول البزدوى جـ١ ص٢٥٧ ومابعدها، والعدة جـ٢ ص٤٣٢ ومابعدها، والمحصول جـ١ ق٢ ص٤٨٦ ومابعدها، وشرح الكوكب المنير جـ٣ ص٨٤ ومابعدها، والتقرير والتحبير جـ١ ص٣٢٩ ومابعدها، وفواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت جـ١ ص٣٩٦ ومابعدها، والتحصيل جـ١ ص٣٣٦ ومابعدها والمسودة ص٧٤، وشرح الأسنوى مع البدخشى على المنهاج جـ٢ ص٥٣ ومابعدها، وإرشاد الفحول ص٩٧، ٩٨، والإحكام للآمدى جـ٢ ص١٧٤ ومابعدها وأصول السرخسى جـ١ ص٨٠، ومابعدها، ومختصر المنتهى لابن الحاجب مع شرحه للعضد والسعد جـ٢ ص٩٥ ومابعدها .

(٢) انظر: المراجع السابقة .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

ينقسم النهى فى اقتضاء صفة القبح للمنهى عنه إلى مايأتى:

١ - ماقبح لعينه وضعاً .

٢ - ماقبح لعينه شرعاً .

٣ - ماقبح لمعنى في غيره وصفاً .

٤ - ماقبح لمعنى فى غيره مجاوراً.[١]

وإليك تفصيل كل قسم على حدة :

١ - ماقبح لعينه وضعاً:

ومثال ماقبح لعينه وضعاً الكفر والكذب والظلم، لأن واضع اللغة، وضع هذه الأسماء لأفعال عرفت قبيحة فى ذاتها عقلاً، فالكفر مثلاً، وضع لمعنى هو قبيح فى أصل وضعه، والعقل مما يحرمه لو لم يرد عليه الشرع، لأن قبح كفران المنعم مركوز في العقول السليمة. وهذا القسم ليس مشروعاً أصلاً كما هو واضح[١].

---

(١) انظر: فى هذا الموضوع كشف الأسرار شرح المصنف على المنار جـ١ ص٩٨ ومابعدها وشرح المنار وحواشيه من علم الأصول ص٢٥٩ ومابعدها، وكشف الأسرار شرح أصول البزدوى جـ١ ص٢٥٧ ومابعدها، والعدة جـ٢ ص٤٣٢ ومابعدها، والمحصول جـ١ ق٢ ص٤٨٦ ومابعدها، وشرح الكوكب المنير جـ٣ ص٨٤ ومابعدها، والتقرير والتحبير جـ١ ص٣٢٩ ومابعدها، وفواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت جـ١ ص٣٩٦ ومابعدها، والتحصيل جـ١ ص٣٣٦ ومابعدها والمسودة ص٧٤، وشرح الأسنوى مع البدخشى على المنهاج جـ٢ ص٥٣ ومابعدها، وإرشاد الفحول ص٩٧، ٩٨، والإحكام للآمدى جـ٢ ص١٧٤ ومابعدها وأصول السرخسى جـ١ ص ٨٠، ومابعدها، ومختصر المنتهى لابن الحاجب مع شرحه للعضد والسعد جـ٢ ص٩٥ ومابعدها .

(٢) انظر: المراجع السابقة .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

٢ - ماقبح لعينه شرعاً:

كبيع الحر، والمضامين وهو: مافى أصلاب الآباء، والملاقيح وهو: مافي أرحام الأمهات وهذه أمثلة لما قبح لعينه شرعاً، لأن البيع لم يوضع في اللغة لمعنى هو قبيح عقلاً، وإنما القبح فيه لأجل أن الشرع فسر البيع بمبادلة مال بمال والحر ليس بمال والماء في الصلب أو الرحم لامالية فيه، فصار هذا البيع عبثاً، لخلوله فى غير محله وكذا صلاة المحدث قبيحة شرعاً، لأن الشارع أخرج المحدث، من أن يكون أهلاً لأدائها، ومن هذا النوع أيضاً فعل اللواطة، فالمقصود من اقتضاء الشهوة شرعاً هو النسل وهذا المحل ليس بمحل له أصلاً، فكان قبيحاً شرعاً .

□ ومعنى أنه قبيح لعينه، أن النهى قد ورد على العمل لذاته وحقيقته، سواء كان ذلك فى الأفعال أو فى عقود المعاملات والأنكحة كما هو واضح فى الأمثلة السابقة .

□ وحكم هذا النوع كسابقه أنه غير مشروع أصلاً باتفاق العلماء فالنهى فى هذا النوع يقتضى بطلان المنهى عنه، فإذا أتى به المكلف، يقع باطلاً، ولايترتب عليه أى أثر من الآثار التى رتبها الشارع علي العمل المشروع، فلا يمنع وجوب القضاء فى العبادة، ولايكون البيع سبباً للملك وصلاة المحدث باطلة وكذا في بقية الأمثلة[١].

٣ - ماقبح لمعنى فى غيره وصفاً:

بأن يكون النهى منصباً على وصف لازم للمنهى عنه .

ومثاله: النهى عن صوم يوم النحر، فإن الصوم فى نفسه عبادة وإمساك لله تعالى، وإنما يحرم لأجل أن يوم النحر يوم ضيافة، وفى الصوم

---

(١) انظر: المراجع السابق .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

إعراض عنها، وهذا المعنى لازم بمنزلة الوصف لهذا الصوم؛ لأن الوقت داخل فى تعريف الصوم ووصف الجزء وصف الكل .

ومثال أيضاً: النهى عن الربا، فالنهى ورد فيه لمعنى اتصل بالبيع وصفاً وهو: فوت المساواة التى هى شرط جواز البيع فى هذه الأموال شرعاً، وفوت المساواة ليس هو عقد البيع، بل وصف لازم له .

ومثال أيضاً: البيع بشرط يخالف مقتضى العقد.(١)

وقد اختلف العلماء فى حكم هذا القسم :

فذهب جمهور العلماء إلى أن النهى عن العمل لوصف لازم له يقتضى فساد كل من أصل العمل ووصفه، فساداً مرادفاً للبطلان فهو عندهم نظير النهى عن العمل لذاته، فلا يترتب عليه أى أثر من آثاره المقصودة منه، فسيان عندهم أن يكون النهى متجهاً إلي العمل لذاته أو إلى وصف لازم له، فى اقتضاء فساد المنهى عنه وبطلانه .

❐ وذهب الحنفية إلى أن النهى هنا يقتضى فساد الوصف فقط أما أصل العمل، فهو باق على مشروعيته، حتى إذا زال الوصف، كان مشروعاً ويطلقون عليه اسم الفاسد ويرتبون عليه بعض الآثار دون بعض .

❐ ففى الأمثلة السابقة: يكون صوم يوم النحر والبيع المشتمل على الربا، والبيع بشرط يخالف مقتضى العقد، من قبيل الباطل عند الجمهور والفاسد عند الحنفية(٢). إلا أن الفساد في المثال الأول هو البطلان عند الحنفية أيضاً، لأن المثال من قبيل العبادات، وقد عرفنا سابقاً أن الفساد فيها هو البطلان، فلو صام المكلف يوم العيد مثلاً، لم ينله الثواب الذى شرع له الصوم، ولم تبرأ ذمته من صوم واجب آخر .

---

(١) أخرج الطبرانى في معجم الوسيط أن النبى ﷺ: «نهى عن بيع وشرط» نصب الراية جـ٤ ص١٧ .

(٢) انظر: اختلاف العلماء فى هذه المسألة فى المراجع السابقة .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

أولاً: استدلال الجمهور :

(أ) استدل الجمهور أولاً بقوله ﷺ: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»[١] والمنهى عنه علي غير أمر الشارع قطعاً، إذ المنهى عنه ليس مأموراً به ولذلك يكون مردوداً بنص الحديث أى يكون باطلاً لايترتب عليه أى حكم أو أثر من آثار العمل المشروع سواء كانت المتخالفة راجعة إلى ذات العمل أو إلي وصف لازم له.[٢]

(ب) وأيضاً فإن المنقول عن الصحابة وغيرهم فى جميع الأعصار، أنهم كانوا يستدلون بالنهى علي الفساد أو البطلان فى جميع الأفعال والعقود من غير نكير من أحد[٣] ومن ذلك: احتجاج ابن عمر فى فساد نكاح المشركات بقوله تعالى: ﴿**ولاتنكحوا المشركات حتى يؤمن**﴾ وعلى فساد عقود الربا بقوله تعالي: ﴿**ولاتأكلوا الربا**﴾ وقوله: ﴿**وذروا مابقى من الربا**﴾: وقوله الرسول ﷺ: «لاتبيعوا الذهب بالذهب ولاالورق بالورق ولاالبر بالبر ولاالشعير بالشعير ولاالتمر بالتمر ولاالملح بالملح إلا سواء بسواء عيناً بعين يداً بيد»[٤].

(جـ) واستدل الجمهور أيضاً: بأن الشارع إذا طلب العمل ونهى عن أن يكون متصفاً بصفة خاصة، كالنهى عن صوم يوم العيد، والنهى عن البيع بشرط مخالف لمقتضى العقد فإنه يريد أن يكون العمل خالياً من ذلك

---

(١) الحديث مروى عن عائشة -رضى الله عنها- وهو متفق عليه .

(٢) انظر: العدة جـ٢ ص٤٣٤، ٤٣٥، وشرح اللمع جـ١ ص٢٩٧، ٢٩٨، وشرح الكوكب المنير جـ٣ ص٨٥، ٨٦، والتقرير والتحبير جـ١ ص٣٣٤، والمراجع السابقة.

(٣) انظر: المراجع السابقة .

(٤) الحديث أخرجه مسلم والترمذى وأبو داود والنسائى وابن ماجه والدارمى والدارقطنى عن عبادة بن الصامت رضى الله عنه مرفوعاً، وانظر: فى تخريجه نصب الراية جـ٤ ص٣٥ - ٣٦، وفيض القدير جـ٣ ص٥٧٠ - ٥٧٢، والمنتقى من أحاديث الأحكام ص٤٥٠.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الوصف المنهى عنه فإن وقع متصفاً به، لم يكن هو العمل الذى طلبه الشارع فلا يترتب عليه الأثر الذى يقصده منه باعتبار أن مطلق النهى يعنى إنعدام كون المنهى عنه مشروعاً، وصفة القبح في المنهى عنه، وإن كانت لمعنى اتصل به وصفاً، فهو دليل على أنه لم يبق مشروعاً، لأن ذلك الوصف لايفارق المنهى عنه، ومع وجوده لايكون مشروعاً. فبه يخرج من أن يكون مشروعاً أصلاً[١].

وعلي كلام الجمهور: يكون صوم يوم العيد باطلاً، فإذا نذر صومه، لايجب عليه الوفاء به، وإذا أصبح صائماً يوم العيد ثم أفطر، لايجب عليه القضاء، وكذا عقد الربا يقع باطلاً لايثبت به ملك ولاحل انتفاع .

ثانياً: استدلال الحنفية :

استدل الحنفية علي أن المنهى عنه لوصف لازم يقع فاسداً لاباطلاً، أن النهى منصب على الوصف وحده، ويبقي الأصل صالحاً لترتب بعض الآثار، لأن فوات الوصف لايخل بحقيقة الموصوف، فلانستطيع إلغاء هذه الحقيقة، فنوفر لكل من الأصل والوصف حكمه، فيبقى الأصل مشروعاً، وتنتفى المشروعية عن الوصف، فلا يتساوى ذلك مع المنهى عنه لذاته، فيحكم بفساد العقد، وهى مرتبة أدنى من البطلان[٢].

❐ يقول القرافى فى الفروق: «قال أبو حنيفة، أصل الماهية سالم عن المفسدة، والنهى إنما هو فى الخارج عنها، فلو قلنا بالفساد مطلقاً، لسوينا بين الماهية المتضمنة للفساد، وبين السالمة عن الفساد، ولو قلنا بالصحة مطلقاً،

---

(١) انظر: أصول السرخسى جـ١ ص٨٢، ٨٣، ومنهاج الوصول للبيضاوى مع شرح الإسنوى مع البدخشى جـ١ ص٥٤، وسلم الوصول لشرح نهاية السول للشيخ المطيعى جـ٢ ص٢٩٦ ومابعدها، وتفسير النصوص للدكتور أديب صالح ص٨٩٨، ٨٩٩ .

(٢) انظر: أصول الفقه الإسلامى للدكتور شلبى ص٣٩٤، ٣٩٥.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

لسوينا بين الماهية السالمة فى ذاتها وصفاتها، وبين المتضمنة للفساد فى صفاتها، وذلك غير جائز، فإن التسوية بين مواطن الفساد وبين السالم عن الفساد خلاف القواعد فتعين حينئذ أن يقابل الأصل بالأصل والوصف بالوصف فتقول: أصل الماهية سالم عن النهى، والأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم الصحة، حتى يرد نهى، فيثبت لأصل الماهية الأصل الذى هو الصحة، ويثبت للوصف الذى هو الزيادة - المتضمنة للمفسدة الوصف العارض وهو النهى، فيفسد الوصف دون الأصل وهو المطلوب» قال القرافي: «وهو فقه حسن»[١].

❐ هذا: ورغم أن الحنفية يقولون بصحة الأصل دون الوصف وترتيبهم بعض الآثار المقصودة علي العمل المنهى عنه، فقد أحاطوا ذلك بوجوب إزالة سبب النهى الذى اقتضى الإثم بفساد الوصف ماأمكن، فعندما جعلوا البيع بالخمر سبباً للملك، يعتبرون المكلف فى الوقت نفسه آثماً، ويوجبون عليه إزالة ماتسبب عنه الإثم وذلك إما باستبدال الخمر بغيره، ليكون ثمناً في الصفقة أو بفسخ العقد.[٢]

❐ **الرأى الراجح:** والذى يترجح عندى هو ماذهب إليه الجمهور فيما يتعلق بالعبادات، فالمنهى عنه لوصفه كالمنهى عنه لذاته فيها أما فيما يتعلق بالمعاملات، فأرجح مذهب الحنفية، فهو أقرب إلى تيسير شئون الحياة، وتأمين مصالح الناس، وخصوصاً أن الحوادث لاتتناهى، والأيام تحمل إلينا كل يوم جديداً من العقود وأنواع التعامل، وسيأتى زيادة استدلال على ذلك، عند الكلام علي ورود النهى مطلقاً .

---

(١) انظر: الفروق للقرافى جـ٢ ص٨٣، ٨٤ .

(٢) انظر: تفسيرالنصوص للدكتور أديب صالح ص٩٠٥ .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

٤ - ماقبح لمعنى فى غيره مجاوراً:

بأن يكون النهى عن العمل لوصف مجاور ينفك عنه، فهو غير لازم له، ومثاله: البيع وقت النداء، فإنه منهى عنه، لما فيه من الاشتغال عن السعى إلى الجمعة بغيره، بعد ماتعين لزوم السعى بقوله تعالي: ﴿**فاسعوا إلي ذكر الله وذروا البيع**﴾ وذلك يجاور البيع ولايتصل به وصفاً(١).

❐ ومثاله أيضاً: الصلاة فى الأرض المغصوبة، فإنه منهى عنها، رغم أن الصلاة فى ذاتها مشروعة، وإنما تحرم لأجل شغل ملك الغير، وهو ماينفك عن الصلاة، بأن توجد الصلاة بدون شغل ملك الغير، بل فى ملك نفسه ويوجد الشغل بدون الصلاة بأن يسكن فيه ولايصلى. (٢)

❐ ومثاله أيضاً: وطء الرجل زوجته فى حالة الحيض فإنه منهى عنه، رغم أنه مشروع من حيث إنها منكوحته، لكن النهى من أجل الأذى، فالنهى لمعنى مجاور وهو الأذى لالذات الوطء، والأذى يمكن أن ينفك عن الوطء بزوال الحيض (٣).

هذا: وقد اختلف العلماء فى حكم هذا القسم :

- فذهب جمهور العلماء إلي النهى لايقتضى بطلان العمل ولافساده، بل يبقى صحيحاً تترتب عليه آثاره المقصودة منه، إلا أنه يترتب الإثم على فاعله، لما صاحب العمل من مخالفة رغبة الشارع فى الإتيان به علي الوجه المطلوب .

❐ وبناء على قولهم هذا: يترتب على الوطء فى الحيض آثاره وإن أثم فاعله، فيعتبر الزوج به محصناً، وتصير به الزوجة مدخولاً بها حقيقة، فتثبت لها أحكام المدخول بها ،من وجوب كمال المهر لو طلقت،وتحل لمن طلقها ثلاثاً إذا

---

(١) انظر: كشف الأسرار شرح المصنف على المنار جـ١ ص ١٠٠، وأصول السرخسى جـ١ ص٨٠، ٨١، والمراجع السابقة .

(٢) انظر: المراجع السابقة .

(٣) انظر: المراجع السابقة .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

ماطلقها الزوج الثانى بعد هذا الوطء... والصلاة فى الأرض المغصوبة تخرج المكلف عن العهدة، ولكنه يأثم بسبب ماجاورها من الغصب، وكذا البيع يوم الجمعة وقت النداء، يفيد آثاره ويكون آثماً.(١)

- واستدل الجمهور على هذا: بعدم التلازم بين الفعل وماجاوره، فثبتت المشروعية والسببية لأصل الفعل، ويسلط النهى على ماجاوره، لذلك تترتب الآثار ويكون آثماً.

يقول السرخسى: «وحكم هذا النوع: أنه يكون صحيحاً مشروعاً بعد النهى، من قبل أن القبح لما كان باعتبار فعل آخر سوى الصلاة والبيع، والوطء لم يكن مؤثراً في المشروع لاأصلاً ولا وصفاه، ألا ترى أن الصائم إذا ترك الصلاة، يكون فعل الصوم منه عبادة صحيحة هو مطيع فيه وإن كان عاصياً في ترك الصلاة، وهنا يكون مطيعاً فى الصلاة وإن كان عاصياً في شغل ملك الغير بنفسه، ويكون مباشراً للوطء المملوك بالنكاح، وإن كان عاصياً مرتكباً للحرام باستعمال الأذى، ولهذا قلنا يثبت الحل للزوج الأول بالوطء الثانى إياها في حالة الحيض، ويثبت به إحصان الواطئ أيضاً»(٢).

وذهب الحنابلة والظاهرية، إلى أن النهى هنا يقتضى بطلان المنهى عنه وفساده في كل الصور، فلا فرق بين المنهى عنه لذاته، والمنهى عنه للوصف اللازم أو غير اللازم.

❑ واحتج هؤلاء - كما ورد في العدة عن القاضى أبى يعلى - بما تقدم من قوله ﷺ: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا، فهو رد» ولأن النهى عن الفعل على هذه الصفة يخرجه عن أن يكون شرعياً، والصحة والجواز من أحكام الشرع، وهذا الفعل منهى عنه، فوجب ألا يكون ذلك شرعاً - ولأنه لافرق بين

---

(١) انظر: المراجع السابقة.

(٢) انظر: أصول السرخسى جـ١ ص٨١.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

أن يكون النهى لمعنى فى المنهى عنه أو في غيره فى توجه البطلان، بدليل أن شراء الصيد فى حق المحرم، ونكاح المحرمة باطل، وإن لم يكن النهى متوجهاً لمعنى فى المنهى عنه، وإنما هو لمعنى آخر وهو الإحرام، كذلك لايمتنع أن تفسد الصلاة فى الدار المغصوبة لمعنى فى غيرها وهو تحريم الغصب وكذلك بيع المحجور عليه منهى عنه لمعنى في العاقد لافى العقد وهو فاسد »(١).

❐ وعلى ذلك: فقد أبطلوا البيع وقت النداء والصلاة فى الثوب المغصوب، كما قالوا: إن السفر لمعصية، لايبيح قصر الصلاة ولاالفطر فى رمضان .

❐ وهذا القول: نقله الآمدى عن مالك رضى الله عنه وعن أحمد فى إحدى الروايتين عنه حيث قال: «ولانعرف خلافاً فى أن مانهى عنه لغيره أنه لايفسد كالنهى عن البيع وقت النداء يوم الجمعة إلا مانقل عن مذهب مالك وأحمد بن حنبل فى إحدى الروايتين عنه »(٢).

والراجح هو ماذهب إليه الجمهور، حيث إن جهة المشروعية تخالف جهة النهى، فلا تلازم بينهما، فهو الرأى الذى أختاره وأميل إليه .

ورود النهى مطلقاً:

المراد بوروده مطلقاً، أى: مطلقاً عن القرائن الدالة على أن المنهى عنه قبيح لعينه أو لغيره مما سبق .

وهذا النهى المطلق على نوعين :

الأول: ويكون فيه النهى عن الأفعال الحسية، كالزنا والقتل، وشرب الخمر، والأفعال الحسية: هى التى تعرف حساً، أو مالها وجود حساً من غير

---

(١) انظر: العدة جـ١ ص٤٤٢ .

(٢) انظر: الإحكام للآمدى جـ٢ ص١٧٥ .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

توقف على الشرع فالزنا والقتل وشرب الخمر وأمثالها، لايتوقف تحققها ومعرفتها علي الشرع؛ لأنها كانت معلومة قبله عند أهل الملل جميعاً.(١)

❐ **وهذا النوع:** اتفق العلماء فيه على أن النهى يدل على قبح المنهى عنه فى نفسه لمعنى فى عينه فيكون النهى دالاً علي الفساد المرادف للبطلان مالم يدل دليل على أن النهى بوصفه أو لمجاور له فيكون هذا الدليل قرينة صارفة، كما فى قوله تعاليى: ﴿**ولاتقربوهن حتى يطهرن**﴾ فقد علم أن النهى لمعنى مجاور فى المحل وهو استعمال الأذى بدليل سياق الآية وهو قوله تعالى: ﴿**قل هو أذى**﴾ لالمعنى فيه حتى لايبطل به إحصان حد القذف بالوطء فى حالة الحيض، ويثبت به إحصان الرجل، والحل للزوج الأول.(٢)

❐ **النوع الثانى:** وهو النهى عن الأمور الشرعية كالصوم والصلاة والبيع والإجارة ونحوها،(٣) والأمور الشرعية: هى التى يتوقف حصولها وتحققها على الشرع.

فالصوم لغة: الإمساك وزيد عليه: الوقت، والنية، والطهارة من الحيض والنفاس، والإيمان شرعاً .

والصلاة لغة: الدعاء: وزيد عليه في الشرع أشياء هى أركان كالقيام والقراءة، والركوع، والسجود، وشروط كالطهارة عن الحدث، والخبث، وستر العورة واستقبال القبلة والنية.

❐ وكذا زيد في البيع والإجارة علي المعنى اللغوى أشياء شرعية بعضها يرجع إلي الأهل، وبعضها يرجع إلي المحل .

---

(١) انظر: شرح ابن ملك على المنار ص٦٤، وكشف الأسرار شرح المصنف على المنار جـ١ ص١٠٠، ١٠١، وكشف الأسرار شرح أصول البزدوى جـ١ ص٢٥٧، ٢٥٨ .

(٢) انظر: المراجع السابقة .

(٣) معنى النهى عن الأمور الشرعية، أن الشارع ينهى فى حالات خاصة عن بعض الأعمال المشروعة للمكلف فالصوم مثلاً أمرنا به ونهانا عن أن نصوم يوم العيد وهكذا فى بقية الأمثلة.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

فكانت هذه الأشياء أموراً شرعية، لما أنها توقفت على الشرع.(١)

وهذا النوع اختلف فيه العلماء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن النهى المطلق عن الأمور الشرعية يدل على فساد(٢) المنهى عنه وبطلانه سواء أكان ذلك فى العبادات أم فى المعاملات، وإليه ذهب جماهير الفقهاء من أصحاب الشافعى ومالك والحنابلة وجميع أهل الظاهر، ونسب الآمدى هذا القول عن بعض الحنفية(٣).

القول الثانى: أن النهى في هذه الحال لايقتضى فساد المنهى عنه، ولكنه يقتضى قبحاً لمعنى فى غير المنهى عنه حتى يبقى المنهى عنه مشروعاً بأصله بعد النهى كما كان قبل النهى فإن كان ذلك المعنى وصفاً متصلاً، يكون مشروعاً بأصله دون وصفه، وإن كان مجاوراً، يكون مشروعاً بأصله ووصفه. إلا إذا دل الدليل علي كونه قبيحاً لعينه، فلا يكون مشروعاً، كالنهى عن بيع المضامين والملاقيح وصلاة المحدث، فإنها أفعال شرعية قبحت لعينها. وإلى هذا

---

(١) انظر: كشف الأسرار شرح المصنف على المنار جـ١ ص١٠١ .

(٢) إن اقتضاء النهى للفساد هو فى الشرع لافى اللغة عند جمهور العلماء، لأن صيغة النهى لغة، تدل على مجرد طلب الكف عن الفعل على وجه الجزم والقطع واقتضاؤه للفساد، أو البطلان قدر زائد يحتاج إلى دليل آخر غير اللغة، وهو اختيار الآمدى وأكثر الأصوليين، وفى قول: إنه يقتضى الفساد من جهة اللغة، وفى قول ثالث لايقتضى الفساد لالغة ولاشرعاً، والراجح هو الأول. انظر: إرشاد الفحول للشوكانى ص٩٧. وكشف الأسرار شرح أصول البزدوى جـ١ ص٢٥٩ والإحكام للآمدى جـ٢ ص١٧٥، والمسودة ص٧٤ .

(٣) انظر: إرشاد الفحول ص٩٧، وشرح الكوكب المنير جـ٣ ص٩١ ومابعدها، والمسودة ص٧٤ والعدة جـ٢ ص٤٣٢ ومابعدها، والإحكام للآمدى جـ٢ ص١٧٥ ومابعدها، وكشف الأسرار شرح أصول البزدوى جـ١ ص٢٥٨، والمحصول جـ١ ق٢ ص٤٨٦ ومابعدها .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الرأى ذهب الحنفية وبعض محققى الشافعية كالقفال الشاشى وإمام الحرمين وإليه ذهب بعض المعتزلة كأبى عبد الله البصرى.[١]

القول الثالث: أن النهى يقتضى الفساد فى العبادات دون المعاملات، وإليه ذهب الغزالى وأبو الحسين البصرى والرازى وغيرهم.[٢]

الأدلـــة :

- **استدل أصحاب القول الأول:** وهم القائلون بإقتضاء الفساد مطلقاً، بأن الشارع عندما ينهى المكلف عن عمل مانهياً مطلقاً دون أن يقيده بما يدل أنه لذات المنهى عنه أو لغيره من صفة عرضت له أو أمر خارج عنه، فإن ذلك النهى يكون منصباً على ذات الشئ من طريق الحقيقة؛ لأن المطلق ينصرف إلى الكامل، والكمال فى النهى عن الشئ إنما يكون لذاته، فلا ينصرف إلى غيره إلا مجازاً، وذلك يحتاج إلى دليل، فإذا قام دليل على خلاف ماصرف إليه النهى المطلق وهو ذات الشئ المنهى عنه، توجه النهى إلى ماقام الدليل عليه، كأن يكون لوصف مجاور ينفك عن الفعل المنهى عنه[٣]، ثم إن سلامة التصرفات الشرعية من عبادات ومعاملات، إنما تستمد من حكم الشرع بصحتها، لاستيفائها ماحدد له فى أوامره ونواهيه كى تكون صحيحة، والنهى عنها مع الإقرار بسلامتها مدعاة لتناقض تتنزه عنه أحكام الشرع[٤].

---

(١) انظر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوى جـ١ ص٢٥٨، وشرح المنار وحواشيه ص٢٦٥ ومابعدها والمسودة فى أصول الفقه ص٧٤، والمراجع السابقة .

(٢) انظر: المحصول جـ١ ق٢ ص٤٨٦ ومابعدها، والمستصفى جـ٢ ص٩ ومابعدها، وإرشاد الفحول ص٩٧ والمسودة ص٧٤. والمراجع السابقة .

(٣) ذكرنا فيما سبق أن من العلماء من لايفرق بين الحالين، حالة قيام الدليل على إرادة غير الذات أو عدم قيامه، ومن هؤلاء أهل الظاهر والحنابلة .

(٤) انظر: مختصر المنتهى لابن الحاجب مع العضد والسعد جـ٢ ص٩٥ ومابعدها، وتفسير النصوص للدكتور أديب صالح ص٨٨٨ .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

❐ **واستدل أصحاب القول الثانى:** وهم القائلون بعدم اقتضاء الفساد، بأن المراد بالفساد، تخلف الأحكام عن تلك التصرفات الشرعية، وخروج هذه التصرفات عن كونها أسباباً للأحكام، والفساد بهذا المعنى، لايقتضيه النهى في المنهى عنه، لأن النهى عن العمل لايكون مناقضاً لمشروعيته على هذا التفسير، فلو صرح الشارع وقال: نهيتك عن الطلاق فى الحيض لعينه، لكن إن فعلت بانت زوجتك، ونهيتك عن إزالة النجاسة عن الثوب بالماء المغصوب، لكن إن فعلت طهر الثوب، ونهيتك عن ذبح شاة الغير بسكين الغير من غير إذن لكن إن فعلت حلت الذبيحة، فشئ من هذا ليس يمتنع ولايتناقض، بخلاف قوله: حرمت عليك الطلاق وأمرتك به، أو أبحته لك فإن ذلك متناقض لايعقل، لأن التحريم يضاد الإيجاب ولكن لايضاد هذا الإيجاب كون المحرم منصوباً علامة الملك والحل وسائر الأحكام.(١)

❐ واستدل القائلون بأن النهى يقتضى الفساد فى العبادات دون المعاملات، بأن العبادات المنهى عنها لو صحت، لكان مأموراً بها ندباً، لعموم أدلة مشروعية العبادات، فيجتمع النقيضان (الأمر والنهى) لأن الأمر لطلب الفعل، والنهى لطلب الترك وهو محال. وأما عدم اقتضاء النهى للفساد فى المعاملات غير العبادات، فلأنه لو اقتضى الفساد فيها لكان غسل النجاسة بماء مغصوب، والذبح بسكين مغصوبة، وطلاق البدعة أى فى الحيض مثلاً، والبيع وقت النداء للجمعة، والوطء في زمن الحيض غير مستتبعة لآثارها من زوال النجاسة، وحل الذبيحة، وأحكام الطلاق والملك، وأحكام الوطء. وبما أن اللازم باطل أى: عدم الحكم بصحة هذه الآثار، والملزوم مثله أى: عدم صحة العقد المنهى عنه، فيثبت العكس وهو القول بالصحة بالرغم من النهى(٢).

---

(١) انظر: تفسير النصوص للدكتور أديب صالح ص٨٨٩ نقلاً عن مباحث الحكم عند الأصوليين للدكتور مدكور والمستصفى مع مسلم الثبوت جـ٢ ص٢٥، ٢٦ وكشف الأسرار شرح أصول البزدوى جـ١ ص٢٥٩ .

(٢) انظر إرشاد الفحول: ص٦٧ .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الرأى الراجح:

والراجح فى نظرى هو الرأى الثالث، وهو أن النهى يقتضى الفساد في العبادات دون المعاملات، لأن العبادات - كما يقول الشيخ أبو زهرة - يقصد بأدائها التقرب إلى الله، ولايتقرب إلى اله تعالى بما ينهى عنه، ولأن العبادات تكاليفات دينية تعلقت بها أوامر الله تعالى فإذا تعلق مع ذلك بها نهيه، فمعنى ذلك أن المؤدى غير المأمور به، وإلا كان الأمر والنهى واردين علي محل واحد، فيكون التناقض، ولاسبيل لمنع التناقض إلا أن يكون موضع النهى غير المطلوب، ويكون الأداء مع النهى أداء لأمر لم يعتبره الشارع عبادة، فإذا فعل مع ذلك فقد أدى ماليس بعبادة.

❐ أما النهى فى المعاملات، فلا يقتضى الفساد، مادام النهى لم يمس ركناً من أركانها أو شرطاً من شروطها المقررة، لأن الحكم بالصحة أو الفساد حكم وضعى يترتب عليه كون العقد يوجب آثاره أو لا يوجبها، وآثار العقود تتبع الشروط والأركان التى قررها الشارع شروطاً لها وأركاناً، فإن تحققت تحقق الأثر، والعقود ونحوها من الأمور العادية التى ترتبط بمعاش الناس وأعمالهم الدنيوية، وليس المقصود منها التقرب إلي الله تعالى، إنما هى من المباحات التى يتخيرها المكلف لصالح نفسه، وعلى ذلك يكون من المقصود أن ينهى الشارع عن البيع في وقت معين، ومع ذلك إذا وقع فى حال النهى تترتب الآثار، لأن الآثار تابعة لتوافر الشروط والأركان، بخلاف العبادات، فآثارها تابعة للقبول من الله تعالى، ولايمكن أن يتحقق القبول مع النهى، وفوق ذلك: فإن النهى فى ذاته لايقتضى الفساد، إذ لفظ النهى لايدل على الإبطال في ذاته لافى العبادات ولافى المعاملات، إذ ليس له علاقة بالصحة والفساد، وإنما يجئ بما يشتمل عليه من معان ومقاصد، وإن هذه المعانى وتلك المقاصد غير متلازمة مع المعاملات المنهى عنها، أما فى العبادة، فإنها متلازمة إذ أن المنهى عنه،

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

يقتضى غضب الله إذا وقع، والعبادات طلب لرضا الله تعالى، والغضب والرضا لايجتمعان[١].

أثر الاختلاف فى الفروع الفقهية:

سيكون أثر الاختلاف فى الفروع الفقهية حول الخلاف الذى نشأ بين العلماء حول الأمور التالية:

١ - النهى المطلق عن التصرفات الشرعية هل يقتضى الفساد .

٢ - النهى الراجع لوصف مقارن لازم هل يقتضى الفساد ؟ .

٣ - النهى الراجع لمقارن منفك غير لازم هل يقتضى الفساد ؟ .

وإليك بعض هذه الفروع:

١ - نذر صيام يوم العيد :

أجمع العلماء على تحريم صوم يومى الفطر والنحر، سواء صامهما عن نذر أو تطوع أو كفارة أوغير ذلك عملاً بما رواه البخارى ومسلم عن أبي سعيد عن رسول اله ﷺ أنه نهى عن صوم يومين: يوم الفطر ويوم النحر» .

❐ ولكنهم اختلفوا فيمن نذر صومهما، هل ينعقد نذره؟ وهل إذا انعقد نذره فصام فى هذين اليومين صح الصيام وسقط عنه القضاء؟ .

❐ ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى بطلان هذا النذر لأن أيام العيد ليست محلاً للصيام، لما فيه من الإعراض عن ضيافة الله[٢].

❐ وذهب الحنفية إلي انعقاد هذا النذر، وأن الناذر يجب عليه الفطر والقضاء، لكن لو صام هذين اليومين صح صيامه مع التحريم، لأن النهى لم يرد على ذات الصوم، فإنه مشروع بأصله، بل هو وارد على وصفه اللازم.[٣]

---

(١) انظر: أصول الفقه للشيخ أبو زهرة ص١٨٣، ١٨٤ .

(٢) انظر: المغنى لابن قدامة جـ٩ ص٢٣، ومغنى المحتاج جـ١ ص٤٣٣ .

(٣) انظر: شرح الكنز جـ١ ص٣٤٥، وأثر الاختلاف فى القواعد الأصولية ص٣٥ ومابعدها.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

٢ - الصلاة فى الدار المغصوبة أو فى الثوب المغصوب أو المسح على الخف المغصوب، أو الذبح بسكين مغصوب :

□ فذهب جمهور العلماء إلى أن النهى فى هذه الأحكام إنما هو لأمر مجاور عن المنهى عنه غير لازم له فتقع العبادة مشروعة صحيحة مع الإثم فى الأحوال كلها (١).

□ وذهب الحنابلة والظاهرية إلى بطلان كل هذه الأمور فالصلاة فى الدار المغصوبة أو الثوب المغصوب باطلة، والمسح على الخف المغصوب باطل، والذبح بسكين مغصوب كالميتة لاتحل، وكذا الوضوء بماء مغصوب، لايعتبر طهارة شرعية، ولاتصح الصلاة به، وذلك لأن النهى عندهم يعتمد المفاسد ومادامت هذه الأمور منهياً عنها فهى فاسدة وباطلة. (٢)

وقد عرفنا سابقاً: أن هؤلاء لم يفرقوا بين أن يكون النهى لذات المنهى عنه، أو لوصف لازم له، أو خارج عنه .

٣ - البيوع المنهى عنها :

ورد فى الشريعة الإسلامية النهى عن أنواع من البيوع كان للفقهاء اختلاف فى الحكم عليها بالفساد، بناء على اختلافهم فى اقتضاء النهى للفساد .

ومن هذه البيوع :

- البيع بجعل الخمر أو الخنزير فيه ثمناً للمبيع .
- والبيع المشتمل على الربا .

---

(١) انظر: شرح المهذب للنووى جـ٣ ص١٦٩، والفروق للقرافى جـ٢ ص٨٥، وروضة الناظر ص٢٤، والمغنى لابن قدامة جـ١ ص٥٨٧، ٥٨٨ .

(٢) انظر: المراجع السابقة.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

- والبيع بشرط يتنافى مع مقتضى العقد وهو منهى عنه كما تقدم، كأن يقول: بعتك هذا الثوب بألف على أن تبيعنى دارك بألفين، أو على أن تقرضنى ألفين من الجنيهات .

❐ فذهب الشافعية إلي أن هذه البيوع فاسدة أو باطلة، لأنها منهى عنها لوصف ملازم لها، وإذا وقعت وقعت غير مشروعة، فلا يترتب عليها أى أثر من الآثار التى رتبها الشارع على العقود الصحيحة. (١)

❐ أما الحنفية فيعتبرونها فاسدة لاباطلة، لأن النهى عنها ليس لذاتها، بل لوصف لازم لها خارج عن حقيقة البيع، فإذا وقع البيع وقع صحيحاً على حقيقته، لأن الخلل فى الوصف لافى لذات، فهى مشروعة بأصلها غير مشروعة بوصفها، وتترتب عليها بعض الآثار التى تترتب علي العقود الصحيحة، كثبوت الملك إذا اتصل بها القبض ومعنى ذلك أنها مع النهى عنها لوصفها، ظلت صالحة لأن تكون سبباً للملك، بينما الباطل لايكون كذلك. (٢)

٤ - وأحياناً يختلف العلماء في الوصف الذى كان النهى لأجله، هل هو وصف ملازم للمنهى عنه، أووصف مجاور غير لازم، فينشأ عن ذلك الاختلاف في الحكم .

ومن ذلك: صلاة النفل فى الأوقات المكروهة (٣) روى مسلم عن عقبة بن عامر-رضى الله عنه-: «ثلاث ساعات كان رسول الله ﷺ ينهانا أن نصلى

---

(١) انظر: المهذب للشيرازى جـ١ ص٢٦١، والمنهاج للنووى مع مغنى المحتاج جـ٢ ص١١، وتخريج الفروع على الأصول للزنجانى، ص٨٩، وتفسير النصوص للدكتور أديب صالح ص٩١٤.

(٢) انظر: التلويح مع التوضيح جـ١ ص٢٣٠ ومابعدها والتقرير والتحبير جـ١ ص٣٣٣، والهداية مع فتح القدير جـ٥ ص١٨٦، وتفسير النصوص ص٩١٤، ٩١٥ .

(٣) انظر: هذه المسألة فى تفسير النصوص ص٩١٥ ومابعدها .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

فيهن أو نقبر فيها موتانا، حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع، وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل الشمس وحين تضيف الغروب»[١].

□ فذهب الشافعية أن التنفل فى الأوقات المذكورة باطل، فإذا أراد المكلف أن يتنفل فيها لم تنعقد صلاته لأن النهى إذا تناول المنهى عنه لذاته أو لوصف لازم اقتضى الفساد عندهم.[٢]

□ أما الحنفية: فقد ذهبوا إلى صحة انعقاد صلاة النفل في تلك الأوقات المكروهة المنهى عنها، وذلك لأنهم اعتبروا النهى عن الصلاة فى هذه الأوقات راجعاً إلى أمر مجاور للمنهى عنه لالوصف لازم إذ أن الوقت ظرف للصلاة لامعيار لها، فيكون تعلقه بها تعلق المجاورة لاتعلق الوصفية.

□ ولذا: فإن النهى المذكور، لايوجب الفساد، وإنما يوجب النقصان، والنفل لايطلب أداؤه كاملاً، فلو شرع فى صلاة النفل في وقت من الأوقات المكروهة يجب عليه إتمامها، ولو أفسد هذه الصلاة، يجب عليه قضاؤها .

□ ومن هذه المسألة أيضاً، بعض العقود التى كان الحظر فيها راجعاً إلى فقدان ولاية أحد العاقدين كبيع الفضولى، وبيع المرهون، وبيع السفيه، وبيع الصبى المميز، فقد جرى الخلاف فى الحكم على هذه العقود نتيجة الاختلاف فى تقدير ماكان النهى لأجله .

□ فذهب الشافعية إلي الحكم بالبطلان، شأن البيع بالخمر وغيره، لأن النهى عنها فى نظرهم لوصف ملازم.[٣]

---

(١) رواه مسلم فى صحيحه جـ١ ص١١٠.

(٢) المهذب للشيرازى جـ١ ص٩٢، وقواعد الأحكام فى مصالح الأنام للعز بن عبد السلام جـ٢ ص٢٢ ومابعدها، وشرح النووى لصحيح مسلم جـ٦ ص١١٠ ومابعدها. وتفسير النصوص ص٩١٦، ٩١٧ .

(٣) انظر: المنهاج للنووى مع مغنى المحتاج جـ٢ ص٧، ١٥) .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

أما الحنفية: فذهبوا إلى الحكم بالصحة مع الوقف فكل عقد من العقود المذكورة صحيحة موقوفة على إجازة صاحب الحق فى إجازته، فإذا أجازه اعتبر نافذا (١)

فبيع الفضولى موقوف على إجازة المالك، وبيع السفيه والصبى موقوف على إجازة القيم أو الولى أو الوصى حسب اختلاف الأحوال (٢).

❐ ومرد ذلك عند الحنفية: أن النهى لم يكن لوصف لازم للعقود، وإنما كان لتعلق حق الغير بالبيع، أو للمحافظة علي مال السفيه أو الصبى لنقص إدراكه .

❐ فهذه العقود باعتبار صدورها من أهلها فى محلها صحيحة، وباعتبار وجود المانع، من تعلق حق الغير أو المحافظة علي مال السفيه أو الصبى.. موقوفة فإذا زال المانع بأن أجازها من له حق الإجازة اعتبرت نافذة. (٢)

وصلى الله على سيدنا محمد وعلي آله وصحبه وسلم ،،

---

(١) انظر: الهداية مع العناية وفتح القدير جـ٥ ص٣٠٩ ومابعدها .

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاسانى جـ٥ ص١٤٨ ومابعدها، والهداية مع فتح القدير والعناية جـ٥ ص٣٠٩ .

(٣) انظر: فى المسائل السابقة تفسير النصوص للدكتور أديب صالح ص٩١٨، ٩٢٠ .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner