



أثر أصول الفقه في صياغة النص القانوني صيغة النهي وتطبيقاتها أنموذجاً

الأستاذ الدكتور

جواد أحمد البهادلي

أستاذ الدراسات الفقهية والأصولية المقارنة العليا

جامعة الكوفة – كلية القانون

أثر أصول الفقه في صياغة النص القانوني صيغة النهي وتطبيقاتها أنموذجاً

١.د. جواد أحمد البهادلي / جامعة الكوفة – كلية القانون

الملخص

ثمة علاقة جدلية بين أصول الفقه والقانون لا يدركها إلا ذو مسكة؛ بل لممارس بالعلمين معاً ناهيك عن تطبيقاتها المتنوعة. ويعود السر بذلك لعدم وجود أصول مستقلة بمعنى القواعد للقانون؛ ولهذا لجأت لدراسة أصول الفقه الإسلامي تفصيلاً جامعات عربية متعددة ولم تغفله أمثال جامعة هارفرد في أمريكا. وترصيناً لذلك المبدأ جاءت هذه الدراسة المتخصصة بموضوع النهي لكثرة التعامل بها قانوناً؛ لإعطاء صورة لهذا التلاقي بينهما. الكلمات المفتاحية: أصول الفقه، النهي، التطبيقات.

There is a dialectical relationship between the principles of jurisprudence and the law that can only be understood by those with a grip. Rather, for a practitioner of the two sciences together, not to mention its various applications. The secret is due to the lack of independent assets in the sense of the rules of the law; That is why many Arab universities resorted to studying the principles of Islamic jurisprudence in detail, and the likes of Harvard University in America did not ignore it.

In order to establish this principle, this study was devoted to the topic of prohibition, due to the large number of dealings with it legally.

Keywords: fundamentals of jurisprudence, prohibition, applications

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين، وصحبته المنتجبين إلى قيام يوم الدين.
وبعد:

استجابة لطلب عميد كلية القانون في جامعة نينوى جناب الأستاذ الدكتور زينة غانم العبيدي المحترمة بالمشاركة بالعدد المؤمل صدوره (صفر) لمجلة العلوم القانونية - كلية القانون - جامعة نينوى؛ رغبة في ترصين علم القانون وإيجاد العلاقات الجادة بينه وبين الفقه الإسلامي. ناهيك عن رغبتها بالانفتاح على الجامعات كافة.

وحيث ثمة علاقة جدلية بين أصول الفقه والقانون التي لا يدركها إلا ذو مسكة؛ بل لممارس بالعلمين معاً ناهيك عن تطبيقاتها المتنوعة. فلا بد من تسليط الأضواء عليها علمياً وعملياً.

ويعود السر بذلك لعدم وجود أصول مستقلة بمعنى القواعد للقانون؛ ولهذا لجأ القانونيون لدراسة أصول الفقه الإسلامي تفصيلاً في جامعات عربية متعددة ولم تغفله أمثال جامعة هارفرد في أمريكا.

وترصيناً لذلك المبدأ جاءت هذه الدراسة المتخصصة بموضوع النهي لكثرة التعامل بها قانوناً؛ لإعطاء صورة لهذا التلاقي بينهما.

وأخذ البحث على عاتقه أن لا يقف عند التنظير الأصولي؛ بل يمازجه بالتطبيق القانوني الواسع بفروعه؛ لتسهيل عملية الاستفادة منه لدى القانونيين بحكم مراسهم مع النص القانوني أكثر من النص الشرعي عملياً.

وعدم حصر التطبيقات القانونية بمواد القانون العام فقط، أو القانون الخاص فقط؛ بل بتفرعاتها المتنوعة كذلك؛ بلحاظ أن الدارس والممارس يكون بحاجة لكلا الفرعين في مشواره المعرفي والعملية.

كاشفاً مدى حاجة القانوني لموضوعات أصول الفقه من خلال التنظير والتطبيقات بنقاط مجملية. ومدى تمسك أو غفلة المشرع أو مقنن النص بها وانعكاسه على فهم المتلقي من حيث تفسيره.

ولذا ووفق تلك المعطيات سيكون العرض ضمن مطلبين بفروع وفقرات متمحورة في:

المطلب الأول: ماهية أصول الفقه والحاجة إلى دراسته لدى الفقهاء والقانونيين، والفارق بين أصول الفقه وأصول القانون.

والمطلب الثاني: مفهوم النهي، وصيغته مع تطبيقاتها القانونية، ووقفه في مبدأ الشرعية وفرقها عن المشروعية متخذاً من القانون الجنائي محوراً لها؛ لكثرة النواهي والحظر فيه، ولم

نغفل المطلوب بالنهاي واستعمالاته من خلال منظور فقهاء الشريعة والقانون، زيادة على دلالاته على المرة والتكرار أو الفور والتراخي.

ولابد من الإشارة إلى أننا حاولنا قدر المستطاع ضبطه طباعياً بعلامات التعليل والفرز والتنقيط ونحوها؛ لأهميتها في ضبط النص؛ لفهمه بدقة فهي لغة إيماية وسط حروف مبسطة.

مضافاً إلى ضبط اخراجه بخطوط متنوعة تجمع بين الخط الطبيعي والغامق تسهياً على القارئ بالوقوف على تنبيهات وخصوصيات الموضوع المطروح.

واختم أن قائمة المصادر والمراجع لم أدرجها تفادياً للتضخم واكتفيت بالإشارة لها بالهامش. آملاً التوفيق في تغطية المحاولة بما مخطط لها والحمد لله رب العالمين.

جواد أحمد البهادلي

٢٠٢٣ / ٤ / ١٥ م

المطلب الأول

ماهية أصول الفقه والحاجة إلى دراسته عند الفقهاء والقانونيين

الفرع الأول: ماهية أصول الفقه ومنطلق اشكالية دارسي القانون:

المقصد الأول: ماهية أصول الفقه:

الأصل في عرف العلماء ولاسيما الأصوليين منهم والفقهاء يستعمل في عدة معان، منها:

١. الراجع: كقولهم: (الأصل في الكلام الحقيقة)؛ أي حينما يتردد الأمر بين حمل الكلام

على الحقيقة وحمله على المجاز، فيكون الحمل حينئذ على الحقيقة هو الراجع.

٢. ما يتفرع عليه غيره: كقولهم: حكم الخمر أصل لحكم النبيذ.

٣. الدليل: كقولهم: الأصل في المسألة هو الإجماع.

٤. القاعدة: كقوله ٧: (بُني الإسلام على خمسة أصول)؛ أي على خمس قواعد أو ركائز.

ومنه ما يقال في علم النحو مثلاً: الأصل في الفاعل أن يكون مرفوعاً؛ أي القاعدة العامة في إعراب الفاعل أن يكون كذلك.

٥. ما يُثبت وظيفة عملية عند الجهل بالحكم: كالبراءة والاستصحاب، فيقال: الأصل براءة الذمة من التكليف ما لم يدل عليه دليل. يقال: الأصل استصحاب حياة الغائب ما لم تثبت وفاته^١.

^١ -أنظر: الفيروز آبادي: القاموس المحيط: ٣: ٣٢٨+ محمد تقي الحكيم: الأصول العامة للفقه

والأنسب منها لعلم الأصول هو المعنى الرابع وهو (القاعدة)؛ لأنَّ علم الأصول هو: مجموعة قواعد يبتني عليها استنباط الأحكام الشرعية.

لذا أميل لتعريفه بأنه: (القواعد التي يبتني عليها استنباط الأحكام الفقهية).

والتساؤل هنا من أين يستدل القانوني على إنَّ الأوامر الموجودة في ثانيا النصوص القانونية تفيد الوجوب أو مطلق الحث وإيجاد الدافع، وهل إنَّ النهي يعاقب على مخالفة مفاده، ومن أين تمت استفادة ذلك، وهكذا ...

ففي مقام الجواب نقول:

١ - حيث لم توجد أصول وافية في القانون كما سيأتي.

٢ - وللتقارب بين المفادين بين فقه الشريعة وفقه القانون من الناحية التنظيمية؛ لذا اتكأ فقهاء القانون على علم مقارب لعلمهم؛ كي ينتفعوا منه وهو علم أصول الفقه. ومن هنا اتجهوا لدراسته بإمعان.

المقصد الثاني: إشكالية لدى دارسي القانون وجوابها:

ينطلق البحث من تساءل يوجهه دارسو القانون باستمرار ويجيب عنه الفقهاء عن مدى حاجتهم لأصول الفقه الإسلامي؟.

وهل بالإمكان الاستغناء عنه؟. وما الوجه والسر في العودة للفقه الإسلامي بدلاً من أصل من أصول القانون؟.

ولماذا لا نرجع إلى أصول قانونية إن كانت موجودة، ولو لم توجد لماذا لا نؤسس لهذه الأصول القانونية بدلاً من أصول الفقه؟..

ولأهمية هذه التساؤلات ودقتها، وعدم طرح الإجابة عنها بشكل مستقل بالرغم من وجودها بين ثانيا المؤلفات هنا وهناك؛ وتحقيقاً لإيجاد رد مناسب يتلقفه الطالب والباحث القانوني وددت الخوض في إعداد هذا الكتاب جواباً موجزاً عن تلك الأسئلة جامعاً بين التنظير الأصولي والتطبيق القانوني ممتداً على أغلب فروع القانون قدر المتيسر من تطبيقات متنوعة؛ لإيجاد نقاط الالتقاء ومواطن الحاجة التي يبتغيها المحامي، والقاضي، أو فقيه وشارح القانون؛ بل والمشرع القانوني والدستوري كذلك؛ ابتعاداً عن الغموض والقصور التشريعي، وضبط النص صياغياً بما لا يكون للمتشابهاة وخفي المعنى لفظاً مكاناً فيها. متخذاً من الدلالات الواضحة منبعاً مستوعباً لمراده، وافهماً للمتلقي؛ تحقيقاً لغايات التشريع القانوني.

الفرع الثاني: الحاجة والغرض من دراسة أصول الفقه لدى الفقهاء والقانونيين

المقصد الأول: حاجة القانوني لدراسة أصول الفقه:

يتضح مما سبق أن الغرض من علم أصول الفقه هو:

تحصيل القدرة على استنباط الأحكام الشرعية الفقهية من أدلتها التفصيلية، ومعرفة الوظيفة العملية عند تعذر الوصول إلى معرفة الحكم الشرعي.

وعليه: فكل قاعدة تسهم في تحقيق هذا الغرض فهي قاعدة أصولية. سواء أكانت أول الأمر عقلية، أم كانت قاعدة لغوية، أم غيرهما من قواعد العلوم الأخرى.

ولا يعني هذا أن قواعد علم أصول الفقه منحصرة الفائدة بهذا الغرض فحسب؛ بل إن الكثير من قواعده لا يستغني عنها علماء القانون، والمدرسون، وغيرهم ممن يهتمون بفهم النصوص القانونية، واللغوية، والعلمية، والتاريخية وغيرها.

فعندما يقرر علم أصول الفقه مثلاً أن صيغة النهي تفيد المنع والتحريم، لا يقتصر قراره هذا على الصيغة الواردة في نصوص الشريعة، - وإن كان غرضه من بحثه هو هذه النصوص بالذات -؛ ولذا نجد هذا العلم يدرس في معظم كليات القانون، كجامعات الدول العربية. وجامعة هارفرد في أمريكا.

وحيث أن الشريعة الإسلامية نازلة إلى حفظ المصالح؛ فردية - متعلقة بروحه أو جسده باعتبار نشأته الدنيا أو حياته الباقية - أو مجتمعية؛ فلذا لابد من إيجاد ما يناسب لكل واقعة نصاً أو اجتهاداً باستخدام قواعد معينة لذلك.

فكان البحث عن بعض المداليل والصيغ للوصول للواقع واستخراجه من الأدلة التفصيلية التي اعتبرها الشارع أو أشار إليها.

فمن هذا وذاك وغيره من الخصوصيات تولد علم أوجدته الحاجة الفعلية والعنائية لأحكام الدين وشدة العلاقة بإحراز الواقع من طريق القطع واليقين؛ للاعتماد عليه في مضامينه وقوانينه، علم لا يختص في الانتفاع به علم الفقه فقط؛ بل نجد هذا العلم يدرس في معظم كليات القانون نظراً لأهميته بالنسبة للقوانين، وصلته بالقانون نفسه؛ وذلك من وجوه عدة كما سيأتي.

المقصد الثاني: وجوه صلة القانون بأصول الفقه:

يمكن تحديدها إجمالاً بالآتي:

١. الدلالات اللفظية: النصوص القانونية فيها العام والخاص والمطلق والمقيد والغامض والخفي والمجمل... الخ، كما أن النصوص الشرعية كذلك، ومعلوم أن طرق معالجة أمثال ذلك أو كيفية التعامل معها لا يتم إلا بالاستعانة بقواعد أصول الفقه.

٢. تعارض النصوص: النصوص قد تتعارض، ورفع التعارض من قبل القاضي أو شارح القانون يحتاج إلى إتباع النهج الأصولي من الجمع بين النصين؛ إذ إعمالهما خير من إهمال أحدهما، ومع عدم القدرة على ذلك فإعمال قواعد الترجيح، ونحو ذلك من القواعد المبينة في مبحث الترجيح والتعادل.

٣. اختلاف الدلالات على الحكم: لما كانت دلالات النصوص على الأحكام مختلفة، صريحة وضمنية، والحكم المأخوذ من النصوص قد يكون منطوقاً وأخرى مفهوماً، والمنطوق تارة يكون صريحاً وأخرى غير صريح، والمفهوم مرة موافق للنصوص الأخرى، وثانية مخالفاً لها، وليس لغير الأصولي معرفة ودراية كافية بالإلمام بمثل هذه الشقوق وغيرها. ولذا؛ فإعداد مشروع قانون ما، لا بد أن يكون المعد من الملمين بهذا العلم؛ خروجاً عن التعقيد، ووضوحاً بالنص بدلالة معتبرة تحتم على القاضي الحكم بغير ما ينطبق عليه الحكم الآخر بتغيير القيد أو الشرط المعتبر فيه.

٤. طبيعة التصرفات القانونية: معرفة طبيعة التصرفات القانونية وتميزها من أحكامها وتحديد ما يعتبر ركناً، وما هو شرط فيها، تحتم على كل باحث قانوني التعرف فيها على مطالب أصول الفقه.

٥. عمق النص وقصد المشرع: يصعب على شارح القانون الوصول إلى عمق النصوص لبيان قصد المشرع وإيصاله لذهنية الطالب أو القضاء ما لم يكن مسلحاً بقواعد الأصول. وسيتضح من خلال المطالب القادمة طبيعة العمق وآليات التعامل معها. ونظراً لأهمية هذا العلم وقواعده قامت بعض الدول غير الإسلامية كذلك بترجمتها وتدريسها في كليات القانون، وهي تدرس حالياً في جامعة هارفرد في أمريكا^٢. وأما حاجة الفقيه إليه فوضوحها لا يحتاج إلى مزيد من البيان. كما أن الكثير من القواعد لا يستغني عنها حتى اللغوي في مباحثه كالمشتق وإن اختص بالاستفادة منه الفقه.

المقصد الثالث: الفارق بين أصول الفقه وأصول القوانين الوضعية.

قال الدكتور عبد الرزاق السنهوري، وأحمد حشمت - على ما ينقله القاضي الوائلي: (ليس هنالك علم واضح المعالم بين الحدود يسمى علم أصول القانون، ولكن توجد دراسات تبحث في القانون وفي نشأته، وتطوره، ومصادره، وأقسامه)^٣.

٢ -أنظر: مصطفى إبراهيم الزلي: أصول الفقه في نسيجه الجديد: ١: ١٤.

٣ -محمد تقي الحكيم: الأصول العامة للفقه المقارن: ٤٧.

يقول السيد محمد تقي الحكيم معلقاً:

(إنّ الذي يصلح أن يكون أصلاً للقانون مما يتصل بهذه الدراسات هو خصوص مصادر القانون).

أما البحث عن القانون وطبيعته وأقسامه ونشأته وتطوره فهو خارج عن صميم الأصول وملحق بمبادئه ومداخله؛ لبداية أن تصور الشيء نفسه وطبيعته يعد من المبادئ الضرورية لعلمه. ودراسة نشأته وتطوره هي أقرب إلى التاريخ منها إلى العلم.

وكلمة المصادر هنا ذات معانٍ في أعرافهم لعل أهمها معنيان:

١. الأصل التاريخي: وهو ما أخذ القانون الذي يراد دراسته عنه أحكامه، فالقانون الفرنسي مثلاً يعتبر أصلاً للقوانين المصرية والعراقية في الكثير من موادها.

٢. السلطة التي تعطي القواعد القانونية قوتها الملزمة:

وتسمى بالمصدر الرسمي ولكل قانون مصادر متعددة، والمصادر الرسمية هي: (التشريع، العرف، والقانون الطبيعي، وقواعد العدالة، وأحياناً الدين).

وعليه: فإن الفارق الأساسي بين أصول القوانين وأصول الفقه يكمن في الفارق الحقيقي بين طبيعة الفقه الإسلامي وبين القوانين الوضعية؛ إذ أن وظيفة المجتهد الأصولي هي البحث عن وسائل إثبات الأحكام والقوانين.

ووظيفة القانوني هي البحث عن وسائل ثبوت القوانين ومبرراتها الاجتماعية والرسمية من حيث أن الفقيه لا يحق له التشريع وإنما دوره الاستكشاف والتوصل إلى ما شرّعه الله تعالى لا التشريع كما عليه القانوني. وهذا هو الفارق الدقيق بين أصول الفقه وأصول القوانين.

المطلب الثاني: النهي

الفرع الأول: النهي: تعريفه وصيغته:

المقصد الأول: تعريف النهي:

في اصطلاح الأصوليين هو:

أ - (استدعاء ترك الفعل بالقول ممن هو دونه).

ب - (اقتضاء الكف عن فعل على جهة الاستعلاء).

ويختلف التعريفان في مقتضى النهي هل هو الكف أو الترك.

والقول المعبر عن النهي له صورتان:

الصورة الأولى: مادة النهي: مثل نهيتك، أو أنت منهي عن كذا، أو ما يشتق من هذه المادة من اشتقاقات.

الصورة الثانية: صيغة النهي: وهي كل ما يدل على الزجر عن الفعل من الصيغ مثل: لا تفعل، و: إياك أن تفعل، ونحوهما.

المقصد الثاني: صيغ النهي:

أولاً - صيغ النهي في استعمالات الشريعة الإسلامية:

ترد النواهي بصيغ متعددة منها:

١ - الفعل المضارع للمخاطب المصدر بحرف (لا) الناهية:

وهي الصيغة الأصلية للنهي، كما في قوله تعالى:

أ - (وَلَا تَقْرَبُوا الرِّئْيَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا)٤.

ب - (وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ)٥.

ويدخل فيها كذلك نفي الحل من هذه الزاوية عدا ما سيأتي ذكره من زاوية ثانية، كما

في قوله تعالى: (وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْنَاهُمْ شَيْئًا)٦.

٢ - مشتقات مادة (تحريم):

كما في قوله تعالى: (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ)٧.

٣ - مشتقات مادة (النهي):

قوله تعالى: (وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ)٨.

٤ - صيغة الأمر الدال على الترك والنهي:

قوله تعالى: (وَذَرُوا ظَاهِرَ الْإِثْمِ وَبَاطِنَهُ)٩.

٥ - صيغة نفي الحل وتأكيد الحرمة:

قوله تعالى: (وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْنَاهُمْ شَيْئًا)١٠.

٦ - صيغة الاستفهام الإنكاري:

قوله تعالى: (أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ)١١.

٤ - الإسراء: ٣٢.

٥ - الإسراء: ٣٣.

٦ - البقرة: ٢٢٩.

٧ - النساء: ٢٣.

٨ - النحل: ٩٠.

٩ - الأنعام: ١٢٠.

١٠ - البقرة: ٢٢٩.

١١ - يونس: ٩٩.

٧ - ترتيب حد على الفعل:

- أ - قوله تعالى: (وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِنَّ فَاتًا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ)^{١٢}.
- ب - قوله تعالى: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ)^{١٣}.

٨ - صيغة التصريح باستحقاق الإثم على الفاعل:

- كقوله تعالى: (وَمَنْ يَكْسِبْ خَطِيئَةً أَوْ إِثْمًا ثُمَّ يَرْمِ بِهِ بَرِيئًا فَقَدِ احْتَمَلَ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا)^{١٤}.

٩ - صيغة اقتران الفعل بالوعيد وبالعقاب عليه:

- أ - قوله تعالى: (وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُنْعَمًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا)^{١٥}.
- ب - قوله تعالى: (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا)^{١٦}.

ثانياً - صيغ النهي في استعمالات القانونيين^{١٧}:

١ - لفظ يعاقب:

استخدم المشرع هذه الصيغة الأخيرة في بناء عبارة النص القانوني؛ إذ تتيح له ترتيب العقوبة على الفعل، وكان أظهر استعمال لها في نصوص المواد الخاصة بالعقوبات، إذ صيغت بأحد أسلوبين:

الأسلوب الأول: التنصيص على العقوبة ثم التعميم.

- أ - ما نصت عليه المادة (٤٢١) من قانون العقوبات العراقي: (يعاقب بالحبس من قبض على شخص أو حجزه أو حرمه من حريته بأية وسيلة كانت بدون أمر من سلطة مختصة في غير الأحوال التي تصرح فيها القوانين والأنظمة بذلك).
- ب - ما نصت عليه المادة (٣٩٣) من قانون العقوبات العراقي: (١) - يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت كل من واقع أنثى بغير رضاها أو لاط بذكر أو أنثى بغير رضاها أو رضاها).

١٢ - الحجرات: ٩.

١٣ - النور: ٤.

١٤ - النساء: ١١٢.

١٥ - النساء: ٩٣.

١٦ - المائدة: ٣٨.

١٧ - أنظر الدكتور عادل يوسف الشكري في فن صياغة النص العقابي: ٤٥٥.

الأسلوب الثاني: تعميم الموضوع ثم التنقيص على العقوبة.

كما نصت عليه المادة (٢٢٢) من قانون العقوبات المصري: (كل طبيب أو جراح أو قابلة أعطى بطريق المجاملة شهادة أو بياناً مزوراً بشأن حمل أو مرض أو عاهة أو وفاة مع علمه بتزوير ذلك يعاقب بالحبس...).

٢ - لا + فعل:

أولاً - لا النافية + فعل مضارع:

وهذه الصيغة تعني نفي الجواز، مثل:

أ - صيغة نفي الحل (لا يحل):

وهي من صور النهي عن إتيان الفعل. وتستخدم هذه الصيغة في لغة القانون العقابي للدلالة على الحظر. ومثالها قرار محكمة التمييز الاتحادية: (بحيث لا يحل أحدهما للآخر، إلا بعقد ومهر جديدين)^{١٨}.

ب - صيغة نفي الاستحقاق: (لا يحق):

١ - لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار إكراه أي شخص ذكراً كان أم أنثى على الزواج دون رضاه ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلاً إذا لم يتم الدخول كما لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار منع من كان أهلاً للزواج بموجب أحكام هذا القانون من الزواج)^{١٩}.

ثانياً - لا + يجوز:

١ - مشروع الدستور الطبي العراقي:

أكد المشرع العراقي^{٢٠} على رضا المريض البالغ بالعمل الطبي؛ وذلك في البند (رابعاً/ ف هـ) من الباب الرابع من قانون الصحة العامة الذي جاء فيه: (لا يجوز إجراء عملية جراحية إلا بموافقة المريض ذاته؛ إذا كان واعياً ...).

١٨ - رقم القرار ١٢٣٨٩ / هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠٢١ م ت/ ١٢٣٧٢ بتاريخ ٢١ / ٩ / ٢٠٢١ م.

١٩ - المادة: ٩: قانون التعديل الثاني في عام ١٩٧٨ م لقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ م.

(٢٠) جاء في مشروع الدستور الطبي العراقي في البند (ثالثاً/ ف٦) منه ما يأتي:

(في حالة الفحوص التشخيصية التي تحتاج إلى تدخل جراحي، أو تخدير، أو زرق المواد الملونة (الفحوص الغازية...))؛ يكون من واجب الطبيب شرح ما يجري من فحص، وفائدته للمريض؛ مع أخذ موافقة المريض الواعي العاقل...).

٢ - القانون المدني:

أشار بموجب الفقرة الأولى من المادة (١٤٦) الى أنه (إذا نفذ العقد كان لازماً، ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي).

٣ - مطابقتها في القانون المصري والأردني والفرنسي:

أ - تطابقها الفقرة الأولى من المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م.

ب - المادة: (٢٤١) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لعام ١٩٧٦م.

ج - المادة: (١١٩٣) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤م بموجب التعديل الصادر في ١٠/شباط/٢٠١٦م، وليس لها مقابل في القانون اللبناني بحدود اطلاعي.

٤ - قانون الاستثمار الصناعي:

ومثالها النص في المادة: (٢/١٧) من قانون الاستثمار الصناعي للقطاعين الخاص والمختلط في العراق رقم (٢٥) لسنة ١٩٩١م والتي يجري نصها كالآتي:

(لا يجوز تشغيل المشروع بعد اكتساب قرار إلغاء إجازة التأسيس الدرجة القطعية).

والذي يفهم منه أن مَنْ يخالف النهي الوارد في النص سيعاقب بالعقوبة المقررة في نص المادة (٢٠) من القانون ذاته والتي تنص على:

(يعاقب بغرامة لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد على خمسة آلاف دينار كل مَنْ خالف أحكام هذا القانون مع عدم الإخلال بأي نص قانوني آخر يعاقب بعقوبة أشد).

فصيغة النهي الدالة على شق التجريم التي أستخدمها النص المتقدم عبر عنها بأداة النهي (لا).

٥ - قانون العقوبات اللبناني:

النص في المادة (١) على أنه: (... لا يجوز توقيع عقوبات أو تدابير احترازية لم ينص عليها القانون).

وجاء في البند (رابعاً/ ٣) ما يأتي:

(عند الحاجة إلى تدخّل جراحي للمعالجة، على الجراح أن يشرح للمريض سبب هذه الحاجة... ومن الضروري استحالة موافقة المريض الواعي والراشد خطياً على إجراء العملية على ورقة...).
يؤخذ على هذه النصوص أنها لم تكن دقيقة من الناحية القانونية، كما أنها اشترطت الرضا في حالة التدخّل الجراحي وحده، في حين أن التدخّل العلاجي أيضاً يفترض ويشترط فيه رضا المريض العاقل البالغ.

٦ - قرار محكمة التمييز الاتحادية:

(مبدأ استقرار المعاملات وحسن النية والتعويض هو جواز المطالبة بالتعويض عند حجب أو إخفاء أحد الورثة بعدم ذكره في القسام يتحمله الورثة أنفسهم وبإمكان المدعي المطالبة بالتعويض اذ لا يجوز إبطال قيد العقار لاستناد التسجيل إلى قسام شرعي صادر عن جهة رسمية وبما ان المدعي أقام دعوى المطالبة بإبطال قيد العقار وقد ردت بموجب الحكم)^{٢١}.

ثالثاً: لا + يفرض:

ومثالها المادة: (٥) من قانون العقوبات العراقي التي تنص على أنه:
(لا يفرض تدبير احترازي إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون).

رابعاً: لا + يسري:

١ - المادة: (٨) من قانون العقوبات العراقي على أنه:

(لا يسري هذا القانون على الجرائم التي ترتكب على متن سفينة أجنبية في ميناء عراقي أو في المياه الإقليمية... وكذلك لا يسري هذا القانون على الجرائم التي ترتكب في طائرة أجنبية في إقليم العراق الجوي...).

٢ - المادة: (٣٠٩) من قانون العقوبات المصري والتي تنص على:

تسري أحكام المواد (٣٠٢، ٣٠٣، ٣٠٥، ٣٠٦، ٣٠٨) على ما يسنده أحد الخصوم في الدفاع الشفوي أو الكتابي أمام المحاكم فإن ذلك لا يترتب عليه إلا المقاضاة المدنية أو المحاكمة التأديبية).

خامساً: لا + تجري:

ومثالها النص في:

أ - المادة: (١٤) من قانون العقوبات العراقي على أنه: (لا تجري التعقيبات القانونية على من ارتكب جريمة خارج الجمهورية إلا بإذن من وزير العدل. ولا تجوز محاكمته إذا كان قد صدر حكم...).

ب - المادة: ١١٢ من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩م:

(تجري النيابة في طلب التحليف، ولا تجري في اليمين).

سادساً: لا + يُعْتَدُّ:

ومثالها النص في:

أ - المادة: (٣٨) من قانون العقوبات العراقي على أنه: (لا يُعْتَدُّ بالباعث على ارتكاب الجريمة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك).

ب -المادة: (٤٢) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩م:
(أولاً -لا يعتد بتوقيع السند ببصمة الابهام إلا إذا تم بحضور موظف عام مختص أو بحضور شاهدين وقعا على السند وإذا تبين أن الشاهدين قد تواطئا مع من حرر السند لمصلحته في استحصال بصمة الابهام فللمحكمة أن تحكم بتعويض يتناسب والاضرار التي أصابت صاحب البصمة جراء ذلك.

ثانياً -لا يعتد بالسندات التي تذييل بالأختام الشخصية).

ج -المادة: (٥٨) من قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠م.
(لا يعتد باتفاق الطرفين على اجراءات الحجز او البيع خلافاً لأحكام هذا القانون).

سابعاً: لا + تفرض:

ومثالها النص في:

أ -المادة (١) من قانون العقوبات اللبناني على أنه: (لا تفرض عقوبة ولا تدبير احترازي أو إصلاحي من أجل جرم لم يكن القانون قد نص عليه حين اقترافه).

ب -المادة: (٥٦/ رابعاً) من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم ١١٢ في ١٢ حزيران سنة ١٩٥٩م.
(يحق للوزير بناء على اقتراح المدير العام أو رئيس إدارة التفتيش المركزي أن يفرض على الموظف أية عقوبة من الدرجة الأولى على أن العقوبة الثالثة منها لا تفرض إلا بعد توجيه تأنيبين متتاليين للموظف خلال سنة).

ثامناً: لا + يقضى:

ومثالها النص في:

أ -المادة: (٢٢٩) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م وفقاً لآخر تعديل صادر في ١٣ أكتوبر عام ٢٠٢١م:

(إذا تسبب الدائن، بسوء نية، وهو يطالب بحقه، في إطالة أمد النزاع فللقاضي أن يخفض الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية أو لا يقضى بها إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر).

ب -المادة: (٦) من قانون العقوبات اللبناني على أن: (لا يقضى بأي عقوبة لم ينص القانون عليها حين اقتراف الجرم).

تاسعاً: لا + تطبق:

١ -المادة: (٢٩): من القانون المدني العراقي: (لا تطبق أحكام المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً).

- ٢ - المادة: (٤٠٩): من قانون العقوبات العراقي: (ولا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد من يستفيد من هذا العذر ولا تطبق ضده أحكام الظروف المشددة).
- ٣ - المادة: (٢٤) من قانون العقوبات اللبناني: (لا تطبق الشريعة اللبنانية على الجنح المشار إليها في المادة (٢٠) والمعاقب عليها بعقوبة حبس لا تبلغ الثلاث سنوات، ولا على أي جريمة...).
- ٤ - المادة: (٢٧٢) من قانون العقوبات اللبناني: (لا تطبق أحكام هذه المادة على المحرض).

عاشرًا: لا + تحول:

- ١ - المادة: (٢٦٨) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤م.
(لا يحول الحكم بإعسار الأمر دون تنفيذ أوامر النقل التي أصدرها إذا قدمت الى المصرف قبل صدور الحكم ما لم يصدر قرار من المحكمة خلافًا لذلك).
- ٢ - المادة (٦٧٠ / ثانياً): من القانون المدني المصري: (لا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوي على تخفيض الأجور أو الإغفاء منها).
- ٣ - المادة: (٥): من قانون العقوبات المصري: (إن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير في الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها).
- ٤ - المادة (٢٨) من قانون العقوبات اللبناني على أنه: (لا تحول الأحكام الصادرة في الخارج دون ملاحقة أي جريمة في لبنان نصت عليها المادة ١٩ أو اقترفت في الأرض اللبنانية...).
- ٥ - المادة: (٨ / ٨٣) من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم ١١٢ في ١٢ حزيران سنة ١٩٥٩م: (يحدد التعويض بقرار من وزير المالية. ولا يحول قبض التعويض دون الطعن بالقرار).

الحادي عشر: لا + يُسَلَّم:

- ١ - المادة: (٢٤١) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م.
(إذا أقر الشخص الثالث المحجوز تحت يده أن الأموال المحجوزة لديه تعود إلى المدين فلا يلزم حضوره في الجلسة المرافعة التي تجرى بين الدائن والمدين . وإنما يجب عليه أن يحتفظ بها ولا يسلمها للمدين الى أن يطالب بتسليمها من قبل المحكمة أو دائرة التنفيذ أو يودعها في المحكمة المختصة. وإذا رغب الشخص الثالث في أن يسلم الأموال المحجوز عنده فعلى المحكمة أن تقوم بتسليمها والمحافظة عليها . أو تأمر بتسليمها إلى حارس قضائي).
- ٢ - المادة (٣٠) من قانون العقوبات اللبناني على أنه: (لا يُسَلَّم أحد إلى دولة أجنبية، فيما خلا الحالات التي نصت عليها أحكام هذا القانون، إلا أن يكون ذلك تطبيقاً لمعاهدة لها قوة القانون).

الثاني عشر: لا + يمكن:

أ - قانون الأحوال الشخصية العراقي:

المادة: (٦/٤٣): (إذا وجدت بعد العقد أن زوجها مبتلى بعلقة لا يمكن معاً معاشرته بلا ضرر كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون أو أنه قد أصيب بعد ذلك بعلقة من هذه العلل أو ما يماثلها على أنه إذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي أن العلة يؤمل زوالها فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلة....).

ب - قانون العقوبات الفرنسي:

جاء قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر سنة ١٩٩٢م، لينص في المادة: (١١١ - ٣) فقرة (أولاً) على أنه:

(لا يمكن عقاب أي شخص عن جناية أو جنحة لم تحدد أركانها بواسطة القانون، ولا عن مخالفة لم تحدد أركانها بواسطة اللائحة).

وإذا كانت هذه الفقرة قد قننت شرعية التجريم، فإن الفقرة الثانية من المادة ذاتها قد قننت شرعية العقاب بقولها: (لا يمكن عقاب أي شخص بعقوبة غير منصوص عليها في القانون، إذا كانت الجريمة جناية أو جنحة، أو في اللائحة، إذا كانت الجريمة مخالفة).

ج - قانون العقوبات اللبناني:

المادة: (٧٩) من قانون العقوبات اللبناني على أنه: (لا يمكن أن تنقص مدة الحجز في دار للتشغيل عن ثلاثة أشهر أو تزيد عن ثلاث سنوات).

الثالث عشر: لا + تُرد:

ومثالها: النص في المادة: (٣ / ١٥٠) من قانون العقوبات اللبناني على أنه: (لا تُرد الغرامات المستوفاة والأشياء المصادرة بمقتضى المادة ٦٩).

الرابع عشر: لا + يلاحق ولا + يقبل:

ومثالها النص في المادة: (٤٨٩) من قانون العقوبات اللبناني: (١- لا يلاحق الشريك أو المتدخل إلاً والزوج معاً. ٢ - لا تقبل الشكوى من الزوج التي تم الزنا برضاها. ٣ - لا تقبل الشكوى بانقضاء ثلاثة أشهر على اليوم الذي اتصل فيه الجرم بعلم الزوج).

الخامس عشر: لا + تقام:

١ - المادة: (٦٤) من قانون العقوبات العراقي: (لا تقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد أتم السابعة من عمره).

٢ -المادة: (٤) من قانون العقوبات المصري: (لا تقام الدعوى العمومية على مرتكب جريمة أو فعل في الخارج إلا من النيابة العامة).

السادس عشر: لا + يمس:

١ -المادة: (٣/١٥٣) من قانون العقوبات العراقي: (لا يمس العفو العام الحقوق الشخصية للغير).

٢ -المادة: (٦) من قانون العقوبات المصري: (لا يمس الحكم بالعقوبات المنصوص عليها في القانون ما يكون واجباً للخصوم من الرد والتعويض).

السابع عشر: لا + تخل:

١ -المادة: (٧) من قانون العقوبات المصري: (لا تخل أحكام هذا القانون في أي حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الغراء).

٢ -المادة: (٣/٣٧٧) من القانون المدني المصري: (ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة في القوانين الخاصة).

الثامن عشر: لا + يبيح:

١ -المادة: (٤٥) من قانون العقوبات العراقي: (لا يبيح حق الدفاع الشرعي إحداث ضرر أشد مما يستلزم هذا الدفاع...).

٢ -المادة: (٢٤٨) من قانون العقوبات المصري: (لا يبيح حق الدفاع الشرعي مقاومة أحد مأموري الضبط أثناء قيامه بأمر بناءً على واجبات وظيفته...).

التاسع عشر: لا + يحكم:

١ -المادة: (٧٩) من قانون العقوبات العراقي: (لا يحكم بالإعدام على من يكون وقت ارتكاب الجريمة قد أتم الثامنة عشرة من العمر ولم يتم العشرين سنة من عمره).

٢ -المادة: (٢١٠) من قانون العقوبات اللبناني: (لا يحكم على أحد بعقوبة ما لم يكن قد أقدم على الفعل عن وعي وإرادة).

العشرون: لا + يعفى:

١ -المادة: (٨٣) من قانون العقوبات العراقي: (لا يعفى من المسؤولية الجزائية في جرائم النشر كون الكتابة أو الرسم أو طرق التعبير الأخرى نقلت أو ترجمت من نشرات صدرت في العراق أو في الخارج أو أنها لم تزد عن ترديد إشاعات أو روايات عن الغير).

٢ -المادة: (٢٥١) من قانون العقوبات المصري: (لا يعفى من العقاب كلياً من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعي...).

الحادي والعشرون: لا + يُكَلَّف:

١ - المادة : (٨٩) من قانون العقوبات العراقي: (...ولا يكلف المحكوم عليه بالحبس البسيط بأداء عمل ما).

٢ - المادة: ٢/١٣٣٢ من القانون المدني العراقي: (إذا قضى الراهن بعض الدين لا يكلف المرتهن بتسليمه بعض المرهون بل له أن يحسبه إلى استيفاء ما بقي منه ولو قليلاً).

الثاني والعشرون: لا + ينال:

١ - المادة (١٥٤) من قانون العقوبات اللبناني: (١ - لا ينال العفو من لم يكن قد حكم عليه حكماً مبرماً).

الثالث والعشرون: لا + يُمنَح ولا + يُعَلِّق:

ومثالها النص في المادة (١٦٩) من قانون العقوبات اللبناني: (لا يُمنَح المحكوم عليه وقف التنفيذ إذا لم يكن له في لبنان محل إقامة حقيقي أو إذا تقرر طرده قضائياً أو إدارياً. لا يُعَلِّق وقف التنفيذ العقوبات الإضافية أو الفرعية أو تدابير الاحتراز).

الرابع والعشرون: لا + يُعَدُّ:

١ - المادة: (٣٠) من قانون العقوبات العراقي: (ولا يُعَدُّ شروعاً مجرد العزم على ارتكاب الجريمة ولا الأعمال التحضيرية لذلك ما لم ينص القانون على خلاف ذلك).

٢ - المادة (١٨٣) من قانون العقوبات اللبناني: (لا يُعَدُّ جريمة الفعل المرتكب في ممارسة حق بغير تجاوز).

الخامس والعشرون: لا + يعتبر:

١ - المادة : (٢٧٨/ثانياً) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤م: (لا يعتبر مجرد الاخطار بفتح الاعتماد المستندي البات المرسل إلى المستفيد عن طريق مصرف آخر تثبيتاً من هذا المصرف للاعتماد).

٢ - المادة (٢٣٠) من قانون العقوبات اللبناني: (لا يعتبر في حالة الضرورة من توجب عليه قانوناً أن يتعرض للخطر).

٣ - (إن التعليمات الإدارية التي لا يجوز إسباغ صفة اللائحة عليها، لا تعتبر بتاتاً، من التشريع، ولا يرجع إليها عند تطبيق أو تفسير القانون)^{٢٢}.

٢٢ - أنظر: نقض جنائي مصري في ٢١/٣/١٩٨٣م.

السادس والعشرون: لا + يكون:

أ - الدستور المصري:

نص عليه الدستور المصري لسنة ٢٠١٢م قبل التعديل في المادة : (٩٦) والتي جاء نصها: (لا يكون انعقاد أي من مجلسي النواب والشورى صحيحاً، ولا تتخذ قراراته، إلا بحضور أغلبية أعضائه).

وتبناه الدستور المصري النافذ لسنة ٢٠١٢م والمعدل سنة ٢٠١٤م في المادة (١٢١)، والتي تقول: (لا يكون انعقاد المجلس صحيحاً، ولا تُتخذ قراراته، إلا بحضور أغلبية أعضائه).

ب - الدستور اللبناني:

المادة: (٣٤) منه: (لا يكون اجتماع المجلس قانونياً ما لم تحضره الأكثرية من الأعضاء الذين يؤلفونه...).

وتصدر قرارات المجالس النيابية عادة بموافقة أغلبية الأعضاء الحاضرين، ما لم يشترط الدستور أغلبية خاصة لإقرار مشروعات بعض القوانين أو في حالة الخلاف بين أكثر من جهة تشريعية.

ج - قانون العقوبات اللبناني:

نص المادة: (١٩٢): (الدافع هو العلة التي تحمل الفاعل على الفعل أو الغاية النهائية التي يتوخاها. ولا يكون عنصراً من عناصر التجريم إلا في الأحوال التي عينها القانون).

السابع والعشرون: لا + يُسأل:

١ - المادة: (٢٩ / ١) من قانون العقوبات العراقي: (لا يُسأل شخص عن جريمة لم تكن نتيجة لسلوكه الإجرامي...).

٢ - المادة: (٦٠) من قانون العقوبات العراقي: (لا يُسأل جزائياً مَنْ كان وقت ارتكاب الجريمة فاقداً الإدراك أو الإرادة لجنون أو عاهة في العقل أو بسبب كونه في حالة سكر أو تخدير نتجت عن مواد مسكرة...).

الثامن والعشرون: لا + يترتب:

١ - المادة: (١٢٥) من قانون العقوبات العراقي: (لا يترتب على وقف تنفيذ العقوبة وقف تنفيذ التدابير الاحترازية ما لم ينص القانون أو تأمر المحكمة في الحكم بغير ذلك).

٢ - المادة: (١٥٣ / أولاً) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٣م: (التظهير اللاحق للاحتجاج الحاصل بعد انقضاء ميعاد تقديم الشيك لا يترتب عليه إلا آثار حوالة الحق). وهناك ثلاث موارد أخرى في القانون ذاته: (م / ١٨٤ + ٢٤١ + ٢٧٦).

التاسع والعشرون: لا + يحول:

- ١ - المادة: (٣): من قانون العقوبات العراقي: (إذا صدر قانون بتجريم فعل او بتشديد العقوبة المقررة له وكان ذلك في فترة محددة فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون تنفيذ العقوبة المحكوم بها ولا يمنع من إقامة الدعوى على ما وقع من جرائم في خلالها).
- ٢ - المادة: (١/٧٦) من قانون العقوبات العراقي أيضاً: (لا يحول الحكم بحجز الحدث في مدرسة اصلاحية أو في مدرسة الفتيان دون الحكم بذلك مرة أخرى).
- ٣ - المادة: (١٥٤) من قانون العقوبات اللبناني: (لا يحول وقف التنفيذ ووقف الحكم النافذ دون نيل العفو).

الثلاثون: لا + يدان:

نصت المادة: (١١ / ٢) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان^{٣٣} الصادر في ١٠ / ١٢ / ١٩٤٨ م والتي جاء نصها: (لا يدان أي شخص بجريمة بسبب أي عمل أو امتناع عن عمل لم يكن في حينه يشكل جرماً بمقتضى القانون الوطني أو الدولي، كما لا توقع عليه أية عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل الجرمي).

ومن الصيغ التي تحمل - كذلك - مضمون الحظر في النصوص العقابية:

٣ - ليس:

- وهي أيضاً من الصيغ التي تحمل مضمون النهي والحظر في النصوص القانونية. وتفيد نفي التصرف والنهي عن إتيانه، ومنها مثلاً لا حصراً:
- أ - نص المادة (٣٧) من قانون العقوبات العراقي: (ليس لأحد أن يحتج بجهله بأحكام هذا القانون أو أي قانون عقابي آخر...).
 - ب - نص المادة (٢٤٧) من قانون العقوبات المصري التي تقول: (وليس لهذا الحق وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب...).

٣٣ - أعتمد في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ونشر بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها المرقم (٢١٧) ألف(د - ٣) بدون معارضة وبامتناع ثمانى دول عن التصويت هي: (الكتلة السوفيتية ويوغسلافيا والمملكة العربية السعودية وجنوب أفريقيا).

٤ - لا التبرئة + أسم:

وتنفي (لا) الجملة الأسمية، وتسمى في هذه الحالة (لا) التبرئة، كما تسمى لا النافية للجنس، إذ تنفي الخبر عن الجنس الواقع بعدها نصاً، ومنها قوله تعالى: (لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ)^{٢٤}.

ونشير هنا إلى أن قانون العقوبات الفرنسي الصادر في سنة ١٧٩٥م الذي نص صراحة على مبدأ الشرعية الجنائية في المادة الثالثة منه.

أما قانون العقوبات الفرنسي الصادر في سنة ١٨١٠م فقد نص على هذا المبدأ في المادة الرابعة منه، والتي جاء نصها:

(لا عقاب على أية مخالفة أو جنحة أو جناية ما لم يكن قد نص على هذا العقاب قانون سابق على ارتكاب أيها منها).

وقد حفظت هذه المادة لهذا المبدأ تدوينه رغم سكوت الدساتير اللاحقة على الثورة من النص عليه صراحة، إلى أن نص عليه دستور الجمهورية الرابعة الصادر سنة ١٩٤٦م، فدون مبدأ الشرعية إلى جانب المادة الرابعة من قانون العقوبات.

٤ - صيغ المنع:

وأما المنع، فقد تعددت صيغه، فاستعملت صيغ (لا يجوز، يحرم، يحظر). ومنها على سبيل التمثيل لا الحصر الآتي:

أ - المادة: (٢) الفقرة أولاً . البند . أ من الدستور العراقي: (لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام)^{٢٥}.

ب - المادة: (٢) الفقرة: أولاً: (الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع:

أ . لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام.

ب . لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية.

ج . لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور.

ثانياً . يضمن هذا الدستور الحفاظ على الهوية الإسلامية لغالبية الشعب العراقي، كما ويضمن كامل الحقوق الدينية لجميع الأفراد في حرية العقيدة والممارسة الدينية، كالمسيحيين والإيزيديين، والصابئة المندائيين).

ج - المادة: (٩) الفقرة أولاً . البند . ب: (يحظر تكوين ميليشيات عسكرية خارج إطار القوات المسلحة).

٢٤ - البقرة: ٢٥٦.

٢٥ - الدستور العراقي ٢٠٠٥م.

هـ -المادة: (٣٧) الفقرة ثالثاً: (يحرم العمل القسري (السخرة)، والعبودية و تجارة العبيد (الرقيق).....).

فائدة: مبدأ الشرعية واستعمالات بعض الصيغ المتقدمة في نصوص الدساتير وقانون العقوبات لتحديد الفعل أو التصرف المجرم وما يستوجب أو لا يستوجب منه عقاباً:

أولاً: مفهوم الشرعية في القانون:

عرف فقهاء القانون الدستوري الشرعية على أنها: الاتفاق مع القواعد القانونية أيّاً كان مصدرها دستورياً أو تشريعياً وتسيد أحكامها على كل من الدولة والأفراد سواء كانوا حكاماً أو محكومين.

وبمعنى آخر: إن الشرعية تعني التزام كل من الدولة والأفراد بعدم مخالفة القواعد القانونية مع وجود الجزاء على الإخلال بهذا الالتزام. إذ لا ضمانه بغير جزاء على المخالفة حيث تتوقف قيمة الالتزام ومدى الايمان به على مدى فاعلية هذا الجزاء، فالشرعية إذن تعني:

مبدأ سيادة أحكام القانون إذ عن طريقهما لا يمكن لأي هيئة أن تصدر قراراً فردياً إلا في الحدود التي بينها القانون أو الدستور .

ثانياً: مفهوم المشروعية وفرقها عن الشرعية:

في كثير من الأبحاث والدراسات القانونية والسياسية نجد أن هناك دمجاً بين معنيين مختلفين في الاصطلاح القانوني ..

ونجد أن بعض من فقهاء أو كتاب القانون يرى أن معنى الشرعية والمشروعية هي المعنى ذاته..

وهذا الرأي يحتاج الى تحليل بسيط من الناحية القانونية لكي يستقيم المعنى ويصبح أكثر وضوحاً.

فالشرعية هي: مسألة ضمن إطار سياسي وتعني حيابة الأمر على الشرعية أي اكتسابه الإطار القانوني لصيغة عمل معينة قد تكون سياسية أو إدارية أو اقتصادية. أي ضمن إطار قانوني ...

ولذلك يقال إن الإدارة شرعية أي إنها تحوز الإطار القانوني الصحيح للمفهوم دون أي علاقة بالقاعدة القانونية.

أما المشروعية^{٣٦}: فهي العلاقة القانونية التي تختص بالقانون والقرار والتعليمات ..

٣٦ -أنظر في المصطلحين شبكة الأنترنت.

فرجال القانون يصفون القرار بأنه مشروع أي إنه جاء طبقاً لمبدأ المشروعية والذي يعرفه أهل القانون بأنه: توافق القاعدة القانونية الأدنى للقاعدة الأعلى وعدم مخالفتها شكلاً وموضوعاً ..

وفي حالة حصول مخالفة يصاب القرار بعيب عدم المشروعية ويدخل ضمن نطاق القرار المعيب.

وهنا تلاحظ من خلال تجزئة التعريفين السابقين:

إن مفهوم الشرعية يختلف اختلافاً كلياً عن مفهوم المشروعية؛

فالأول ذات طابع وظيفي يعتنى بالجانب العلمي أي ما يمكن أن نطلق عليه المفهوم الوظيفي في ممارسة السلطة سواء أكانت سلطة سياسية أو إدارية أو اقتصادية أو دولية ..

وللشرعية طرق متعددة: منها الاستفتاء أو الانتخاب .

أما المشروعية فهي الهيكل النظري من الناحية القانونية. إذ تشير الى العلاقة بين القوانين، وليس عملية ممارسة السلطة؛ بل تنطلق إلى مفهوم تطبيق القانون فالسلطة الشرعية تعتني بتطبيق القانون المشروع ...

فإذا وضعت سلطة إدارية مثلاً ولم تكن تلك السلطة شرعية؛ فإن القانون الذي تضعه ربما يكون وفق مبدأ المشروعية.

وهنا يكون الفصل إن السلطة ليست شرعية والقرار مشروع.

وقد يحدث العكس أن تكون السلطة شرعية ولكن قرارها معيب بعدم المشروعية .. أو تحصل حالة بأن تكون السلطة غير شرعية والقرار غير شرعي.

أما الحالة الطبيعية وهي أن تكون السلطة شرعية وقرارها مشروع. إذن الاستنتاج الصحيح - كما يشير لذلك بعض المختصين - والذي نشير إليه في هذا المقام: إن العلاقة بين الشرعية والمشروعية علاقة تكاملية. هناك سلطة تحوز الشرعية، وهذه السلطة تضع القوانين المشروعة أو القرارات المشروعة. وإن أية آراء تشير إلى حالة اعتبار الشرعية والمشروعية مصطلحان مترادفان أو باعتبارهما مصطلح واحد رأي لا نعتقد بصحته لما تقدم أعلاه.

ثالثاً: النصوص الدالة عليها:

١ - دستور العراق المؤقت ١٩٦٤م + الدستور العراقي ١٩٦٨م:

أ - يرجع النص على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات لأول مرة في العراق في الدستور المؤقت لجمهورية العراق الصادر في ٢٩ أبريل/ نيسان ١٩٦٤م في مادته الثانية والتي يجري نصها على هذا النحو:

(لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذي ينص عليه).

ب - كما ورد النص على هذا المبدأ في المادة (٢٢) من الدستور الصادر في ٢ سبتمبر / أيلول ١٩٦٨م.

٢ - الدستور العراقي ١٩٧٠م + ١٩٩٠م:

أ - قد جاء الدستور العراقي الصادر سنة ١٩٧٠م ليقنن المبدأ بالنص عليه صراحة في الفقرة الثانية (ب) من المادة (٢١) بما نصه:

(لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون ولا تجوز العقوبة إلا على الفعل الذي يعتبره القانون جريمة أثناء اقترافه ولا يجوز تطبيق عقوبة أشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجرم).

ب - كما تم النص على مبدأ الشرعية في المادة (٤٥) من مشروع دستور جمهورية العراق لسنة ١٩٩٠م.

٣ - الدستور الاردني:

يقر الدستور الأردني الصادر سنة ١٩٥٢م بهذا المبدأ بصورة ضمنية؛ إذ نصت المادة الثامنة منه: (على أنه لا يجوز أن يوقف أحد أو يحبس إلا وفق أحكام القانون).

٤ - الدستور وقانون الجزاء الكويتي:

أ - جاء النص على مبدأ الشرعية في المادة (٢٣) من الدستور الصادر سنة ١٩٦٢م.
ب - ورد النص عليه كذلك في المادة (١) من قانون الجزاء الكويتي الصادر سنة ١٩٦٠م والتي تقول: (لا يعد الفعل جريمة، ولا يجوز توقيع عقوبة من أجله، إلا بناءً على نص في القانون).

٥ - الدستور الاماراتي وقانون العقوبات الاتحادي:

أ - المادة (٢٧): (يحدد القانون الجرائم والعقوبات. ولا عقوبة على ما تم من فعل أو ترك قبل صدور القانون الذي ينص عليها).

ب - وبالنص ذاته المادة (١): من قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة.

٦ - الدستور العماني:

ونص عليه الدستور العماني الصادر في ٩ نوفمبر / تشرين الثاني سنة ١٩٩٦م في المادة (٢١) منه والتي جاء نصها:

(لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها).

٧ - الدستور البحريني:

وبالصيغة أعلاه نفسها كانت المادة (٢٠ / أ) من الدستور البحريني الصادر في ١٤ فبراير/ شباط ٢٠٠٢م. فلا نكرر.

٨ - الدستور السوداني:

أما الدستور السوداني الصادر في سنة ١٩٩٨م فقد أورد النص على مبدأ الشرعية في المادة (٣٢) منه والتي تقول:

(لا يجرم أحد ولا يعاقب على فعل إلا وفق قانون سابق يجرم الفعل ويعاقب عليه).

ولم يقنن قانون العقوبات السوداني هذا المبدأ صراحة إلا أنه يمكن استنتاجه دلالة من المادة (٢٩) عقوبات والتي جاء نصها:

(تشمل لفظة جريمة أية جريمة ارتكبت إخلالاً بأي قانون معمول به إلا في الأحوال التي يظهر فيها غير ذلك من سياق الكلام).

٩ - الدستور الجزائري:

ويقر الدستور الجزائري الصادر سنة ١٩٩٦م بهذا المبدأ، إذ جاء في المادة (٤٦) منه أنه: (لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم).

١٠ - الدستور المغربي:

وقد تبناه الدستور المغربي ونص عليه صراحة في الفصل العاشر الذي ورد فيه: (لا يلقي القبض على أحد ولا يحبس ولا يعاقب إلا في الأحوال وحسب الإجراءات المنصوص عليها في القانون).

١١ - الدستور التونسي:

ونص عليه الدستور التونسي الصادر سنة ١٩٥٩م في فصله السابع، وتضمنته المادة الأولى من قانون العقوبات التونسي.

١٢ - الدستور الموريتاني:

كذلك الدستور الموريتاني الصادر سنة ١٩٩١م نص في المادة (٥٧) منه على أن: (تدخل في مجال القانون: تحديد الجرائم والجنح وكذلك العقوبات التي تنفذ وعلى الإجراءات الجنائية).

١٣ - الدستور اليمني:

ونص دستور الجمهورية اليمنية النافذ لسنة ١٩٩٤م، على مبدأ شرعية التجريم والعقاب في المادة (٤٦) والتي ورد فيها:

(المسؤولية الجنائية شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على نص شرعي أو قانوني، وكل متهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات، ولا يجوز سَنَ قانون يعاقب على أي أفعال بأثر رجعي لصدوره).

١٤ - قانون العقوبات العراقي:

نصت المادة (١) على أنه: (لا عقاب على فعل أو امتناع إلا بناءً على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه...).

وقد تستخدم هذه الصيغة لنفي قيام الجريمة أصلاً، كما جاء في المواد (٤٠، ٤١، ٤٢) من قانون العقوبات العراقي على التوالي إذ تنص: المادة ٤٠ (لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة في إحدى الحالات التالية...).

والمادة: (٤١) (لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالاً للحق...).

والمادة: (٤٢) (لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق الدفاع الشرعي ويوجد هذا الحق إذا توافرت الشروط الآتية...).

ب - وقد جاء قانون العقوبات الحالي لسنة ١٩٦٩م متضمناً هذا المبدأ، إذ نصت مادته الأولى على أنه: (لا عقاب على فعل أو امتناع إلا بناءً على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه، ولا يجوز توقيع عقوبات أو تدابير احترازية لم ينص عليها القانون)^{٢٧}. وجاءت المادة (١/٢) من القانون ذاته لتؤكد هذا المعنى بقولها: (١ - يسري على الجرائم القانون النافذ وقت ارتكابها...).

١٥ - قانون العقوبات المصري:

نص المادة: (٦١) على أنه: (لا عقاب على مَنْ ارتكب جريمة أُلجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم...).

وجاءت المادة: (٦٣) منه بصيغة: (لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميري في الأحوال الآتية:...).

٢٧ - ورد النص على مبدأ الشرعية في المادة (١/١٠) من مشروع قانون العقوبات العراقي لسنة ١٩٨٥م والتي جاء فيها: (لا تفرض عقوبة أو تدبير على فعل لم يكن القانون قد نص على تجريمه حين اقترافه ولا يجوز فرض عقوبة أو تدبير غير مقرر في القانون عند ارتكاب الجريمة).
أنظر: مشروع قانون العقوبات العراقي: وزارة العدل، ١٩٨٥م.

١٦ - قانون العقوبات الاردني:

حرص المشرع الأردني على إيراد النص في صلب قانون العقوبات، فجاءت المادة (٣) منه لتقرر أنه:

(لا يقضى بأية عقوبة لم ينص القانون عليها حين اقتراف الجريمة، وتعتبر الجريمة تامة إذا تمت أفعال تنفيذها دون النظر إلى وقت حصول النتيجة).

وهو ما دعمه حكم المادة (٦) من القانون ذاته والتي جاء نصها:

(كل قانون يفرض عقوبات أشد لا تطبق على الجرائم المقررة قبل نفاذه).

١٧ - قانون العقوبات القطري:

قررت المادة (١٠٢) من قانون العقوبات القطري رقم (١١) لسنة ٢٠٠٤م، بعد أن نص عليه الدستور القطري الصادر سنة ٢٠٠٤م في المادة (٤٠) منه والتي جاء نصها:

(لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل به).

١٨ - قانون العقوبات اليمني:

تضمنت المادة (٢) من قانون العقوبات اليمني رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م النص على هذا المبدأ بقولها:

(المسؤولية الجزائية شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون).

١٩ - قانون العقوبات اللبناني:

المادة (٢٢٧): (لا عقاب على من أكرهته قوة مادية أو معنوية لم يستطع إلى دفعها سبباً).

٢٠ - قانون الجزاء العماني:

قنن قانون الجزاء العماني الصادر سنة ٢٠٠٤م في المادة الأولى منه والتي نصت على أنه: (لا يعد الفعل جرمًا إذا لم يوجد نص على ذلك حين اقترافه، وكذلك لا يقضى بأي عقوبة لم يكن منصوصاً عليها حين اقتراف الجرم...).

٢١ - الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان:

اعتمدت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا في (روما) في ٤ نوفمبر / تشرين الثاني ١٩٥٠م ودخلت حيز النفاذ في سبتمبر / أيلول ١٩٥٣م.

وقد نصت عليه المادة السابعة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الصادرة في سنة ١٩٥٠م والتي تقول: (لا يجوز إدانة أي شخص بسبب ارتكابه فعلاً أو امتناع عن فعل لم يكن ليعتبر وقت وقوع الفعل أو الامتناع جريمة في القانون الوطني أو القانون الدولي. ولا يجوز توقيع عقوبات أشد من تلك المقررة وقت ارتكاب الجريمة).

٢٢ - الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان:

أُبرمت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في ٣/ تشرين الثاني ١٩٧٧م في مؤتمر الحكومات الأمريكية الذي عقدته منظمة الدول الأمريكية في سان خوسيه، وقد دخلت الاتفاقية حيز النفاذ في ١٨/ تموز ١٩٧٨م بعد إيداع إحدى عشر دولة لوثائق التصديق. وأقرت هذا المبدأ آنف الذكر في المادة (٩) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان الصادرة في سان خوسيه في ٢٢/ ١١/ ١٩٦٩م.

٢٣ - الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لسنة ١٩٨١م:

جاء الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لسنة ١٩٨١م لينص في مادته (٢/٧) على أنه: (٢) - لا يجوز إدانة شخص بسبب عمل أو امتناع عن عمل لا يشكل جرماً يعاقب عليه القانون وقت ارتكابه، ولا عقوبة إلا بنص، والعقوبة شخصية)^{٢٨}.

٢٤ - الميثاق العربي لحقوق الإنسان:

وينص على المبدأ في المادة (١٥) منه: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي سابق، ويطبق في جميع الأحوال القانون الأصلح للمتهم)^{٢٩}.

٢٥ - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية:

وبالمعنى ذاته جاءت المادة (١٥) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦^{٣٠}.

٢٦ - البيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام:

كما تبني البيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام هذا المبدأ، بنصه في المادة (٥/ب) على أنه: (لا تجريم إلا بنص شرعي)^{٣١}.

٢٨ - تمت إجازة الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية رقم ١٨ في نيروبي ب (كينيا) في يونيو/ حزيران ١٩٨١م.

٢٩ - اعتمد الميثاق العربي لحقوق الإنسان من قبل القمة العربية السادسة عشرة التي استضافتها تونس في ٢٣ مايو/ أيار سنة ٢٠٠٤م.

(٣٠) اعتمد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٢٢٠٠) ألف (د - ٢١) المؤرخ في ١٦ ديسمبر/ كانون الأول ١٩٦٦م. ودخل حيز النفاذ بتاريخ ٢٣ مارس/ آذار ١٩٧٦م.

٣١ - اعتمد البيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام من قبل المجلس الإسلامي في باريس بتاريخ ١٩ سبتمبر/ أيلول ١٩٨١م.

٢٧ - إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام:

و ذات الصيغة قد تبنتها المادة (١٩/ د) منه والتي جرى نصها على هذا النحو: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بموجب أحكام الشريعة)^{٣٢}.

الفرع الثاني: مجالات استعمال النهي ومعناه الحقيقي:

المقصد الأول: مجالات استعمال النهي:

- استعمل النهي في معان كثيرة، أوصلها بعضهم إلى سبعة معان^{٣٣}.
١. التحريم: كقوله تعالى: (وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ)^{٣٤}.
٢. الكراهة: كقوله تعالى: (لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ)^{٣٥}.
٣. الدعاء: كقوله تعالى: (رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا)^{٣٦}.
٤. الإرشاد: كقوله تعالى: (لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءٍ إِنْ تُبَدَّ لَكُمْ تَسْؤُكُمْ)^{٣٧}.
٥. بيان العاقبة: كقوله تعالى: (وَلَا تَحْسَبَنَّ اللَّهَ غَافِلًا عَمَّا يَعْمَلُ الظَّالِمُونَ)^{٣٨}.
٦. التأديب: كقوله تعالى: (وَلَا تَمْنُنْ تَسْتَكْثِرُ)^{٣٩}.
٧. اليأس: كقوله تعالى: (لَا تَعْتَذِرُوا الْيَوْمَ)^{٤٠}.

إلا أن الاستعمال كما ثبت بمحلّه أعم من الحقيقة والمجاز ويبقى الخلاف في المراد الحقيقي عن الأصوليين كما سيأتي.

المقصد الثاني: المعنى الحقيقي للنهي:

الأقوال في المعنى الحقيقي للنهي كثيرة نذكر منها:

١. إن معناه الكراهة، واستعماله فيما عداه مجاز.

٣٢ - تم إجازة إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام من قبل مجلس وزراء خارجية منظمة المؤتمر الإسلامي في القاهرة بتاريخ ٥ أغسطس/ آب ١٩٩٠م.

٣٣ - حمد الكبيسي: أصول الأحكام: ٣٣٢ + الأسنوي: مصدر سابق: ٢: ٥٣ + الغزالي: المستصفى: ١: ٤١٨.

٣٤ - البقرة: ٢٢١.

٣٥ - المائدة: ٨٧.

٣٦ - البقرة: ٢٨٦.

٣٧ - المائدة: ١٠١.

٣٨ - إبراهيم: ٤٢.

٣٩ - المدثر: ٦.

٤٠ - التحريم: ٧.

٢. إنَّ المعنى الحقيقي للنهي هو الكراهة والتحريم، على نحو الاشتراك، ويتعين أحدهما بقرينة معيَّنة.

٣. إنَّ معناه التحريم فقط، واستعماله في غيره مجازٌ^{٤١}.

٤. إنَّ معناه إنشاء الطلب المتعلق بترك الفعل أو الكف عنه، وإنَّ اختلاف المعاني الاستعمالية يحصل باختلاف دواعي إنشاء الطلب وإبراز ما في النفس، فقد يكون الداعي هو التحريم أو الكراهة أو التهديد أو الاستهزاء أو الاختيار أو غيرها من المعاني التي يرد فيها الاستعمال. وعليه فجميع ما ذكر لصيغة النهي من معانٍ، هي معانٍ حقيقية؛ أي إنَّ الصيغة مستعملة في معناها الحقيقي، وهو إنشاء الطلب، وما يحصل ممَّا سُمِّي معانٍ للنهي، إنما هو دواعي استعمال النهي المفهوم من القرائن.

وهذا الرأي هو الراجح. ويدل عليه الدليل نفسه الذي ذكرناه في بحث الأوامر. إذ لا فرق بين الأمر والنهي من هذه الجهة، غايته أنَّ الأمر طلب فعل، والنهي طلب ترك، أو كف. وكل معنى يذكر لهما فهو داعي إنشاء الطلب.

الفرع الثالث: ظهور النهي والمطلوب فيه:

المقصد الأول: ظهور النهي:

وإذا كان معنى النهي هو طلب الترك أو الكف، وصدرَ النهي ممَّن تجب طاعته عقلاً، فإنَّ العقل يحكم بإفادة النهي للتحريم، قضاءً لحق المولوية والعبودية، فالتحريم ليس هو المعنى المطابق للنهي لغةً، وإنما هو المعنى الذي حَكَمَ به العقل من لحاظ جو الصدور.

المقصد الثاني: المطلوب في النهي:

أولاً: في ضوء الشريعة الإسلامية:

اختلفوا في مطلوب الشارع بنهيه، فقليل إنَّ المطلوب بالنهي هو: مجرد ترك العمل المنهي عنه. بمعنى: عدم صدوره من المكلف.

وقيل إنَّ المطلوب بالنهي هو: كف النفس عن العمل المنهي عنه. فيكون المطلوب: فعل من أفعال النفس، وهو: فعل وجودي يحصل بالتفات المكلف إلى العمل وردع نفسه عنه. وبيّنتي النهي على وجود مفسدة بالفعل المنهي عنه بناء على رأي الامامية والمعتزلة من تبعية الأحكام للمصالح والمفاسد خلافاً للأشاعرة.

٤١ - أنظر: الشوكاني: إرشاد الضحول: ٩٦ + البخاري: مصدر سابق: ١: ٣٠٧.

ثانياً: في ضوء معطيات القانون الوضعي:

إن الإلزام بالفعل أو المنع والحظر في التشريعات القانونية الوضعية، إنما ينشأ من المصلحة والمفسدة، فعندما تشخص السلطة التشريعية وجود مصلحة شديدة في متعلق كالـتعليم مثلاً فإنها تشـرّع قانوناً يكون بموجبه ذلك المتعلق إلزامياً، كما ورد في المادة (٣٤) من الدستور العراقي:

(أولاً: التعليم عامل أساسي لتقدم المجتمع وحق تكفله الدولة، وهو إلزامي في المرحلة الابتدائية.....).

و كذلك في جانب الحظر، فإن السلطة التشريعية إذا شخّصت وجود مفسدة شديدة في أمرٍ فإنها تصدر قانوناً يمنع منه على نحو الإلزام، كما جاء في المادة (٧) من الدستور الفقرة .
أولاً:

(يحظر كل كيان أو نهج يتبنى العنصرية أو الإرهاب أو التكفير أو التطهير الطائفي، أو يحرض أو يمهد أو يمجّد أو يروج أو يبرر له، ولا يجوز أن يكون ذلك ضمن التعددية السياسية في العراق.....).

وتنبثق ملاكات القوانين الوضعية من الفلسفة التي يؤمن بها أبناء الشعب كلهم أو أغلبهم أو بالتوافق فيما بينهم.

فمثلاً عبارة (الآداب العامة) التي قُيدت بها الخصوصية الشخصية في المادة (١٧). أولاً . التي نصت على: أن (لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية، بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين، والآداب العامة).

ويمكن القول إن الآداب العامة تختلف من شعبٍ إلى آخر، فإن سلوكاً ما قد يُعد موافقاً للآداب العامة في بلدٍ، في حين يعتبر منافياً لها في بلدٍ آخر.

فلو حصل خلاف في معنى (الآداب العامة) في الدستور العراقي، فيمكن تحديد المعنى من خلال الملاكات التي انبثقت من الفلسفة والرؤية الفكرية لأبناء الشعب، ولما كانت الأغلبية الشعبية ذات رؤية دينية عموماً وإسلامية خصوصاً، وذات بُعدٍ قيمي يتمثل في العادات والقيم العربية الأصيلة، فلا بد أن يتحدد معنى (الآداب العامة) بالحدود الإسلامية والأخلاق العربية الأصيلة.

وعليه يمكن من خلال معرفة ملاكات القوانين، الوقوف على معاني بعض الفقرات التي تقع محلاً للخلاف والاختلاف.

المقصد الثالث: أثر النهي بين الفساد والبطلان:

أولاً: في منظور علماء الفقه الإسلامي:

الفساد: كما يبينه الشيخ المظفر^{٤٢} هو كلمة ظاهرة المعنى، والمراد منها ما يقابل الصحة من نوع تقابل العدم والملكة على الأصح، لا تقابل النقيضين ولا تقابل الضدين. وعليه، فما له قابلية أن يكون صحيحاً يصح أن يتصف بالفساد، وما ليس له ذلك لا يصح وصفه بالفساد.

وصحة كل شيء بحسبه، فمعنى صحة العبادة مطابقتها لما هو المأمور به من جهة تمام أجزائها وجميع ما هو معتبر فيها بمعنى مطابقة المأتي به للمأمور به.

ومعنى فسادها عدم مطابقتها له من جهة نقصان فيها.

ولازم عدم مطابقتها لما هو مأمور به عدم سقوط الأمر بالملك به وعدم سقوط الأداء والقضاء.

ومعنى صحة المعاملة مطابقتها لما هو المعتبر فيها من أجزاء وشرائط ونحوها.

ومعنى فساد المعاملة هو عدم مطابقتها لما هو معتبر فيها، ولازم عدم مطابقتها عدم ترتب أثرها المرغوب فيه عليها من نحو: النقل والانتقال في عقد البيع والإجارة، ومن نحو العلقة الزوجية في عقد النكاح... وهكذا.

أما متعلق النهي: لا شك في أن متعلق النهي يجب أن يكون مما يصح أن يتصف بالصحة والفساد؛ ليصح النزاع فيه، وإلا فلا معنى لأن يقال مثلاً: إن النهي عن شرب الخمر يقتضي الفساد أولاً يقتضي.

وعليه، فليس كل ما هو متعلق للنهي يقع موضعاً للنزاع في هذه المسألة؛ بل خصوص ما يقبل وصفه بالصحة والفساد.

ثم إن متعلق النهي يعم العبادة والمعاملة اللتين يصح وصفهما بالفساد، فلا اختصاص للمسألة بالعبادة، كما ربما ينسب إلى بعضهم الفقهاء.

وإذا اتضح المقصود من الكلمات التي وردت في العنوان يتضح المقصود من النزاع في الملازمة العقلية بين النهي عن الشيء وفساده.

فمن يقول بالاقضاء فإنما يقول بأن النهي يستلزم عقلاً فساد متعلقه، وقد يقول مع ذلك بأن اللفظ الدال على النهي دال على فساد المنهي عنه بالدلالة الالتزامية.

ومن يقول بعدمه إنما يقول بأن النهي عن الشيء لا يستلزم عقلاً فساد.

٤٢ - أنظر: محمد رضا المظفر: أصول الفقه: ٢: ٤١٩.

أو فقل: إن النزاع هنا يرجع إلى النزاع في وجود الممانعة والمنافرة عقلاً بين كون الشيء صحيحاً وبين كونه منهيّاً عنه، أي أنه هل هناك مانعة جمع بين صحة الشيء والنهي عنه أولاً ٩.

ولما كان البحث يختلف اختلافاً كبيراً في كل واحدة من العبادة والمعاملة عقدوا البحث في موضعين: العبادة، والمعاملة بشكل عام فحينئذ نطرح الموضوع وفق الآتي:

١ - النهي عن العبادة

المقصود من العبادة التي هي محل النزاع في المقام: العبادة بالمعنى الأخص، أي خصوص ما يشترط في صحتها قصد القرية، أو فقل هي خصوص الوظيفة التي شرعها الله تعالى؛ لأجل التقرب بها إليه.

ولا يشمل النزاع العبادة بالمعنى الأعم، مثل غسل الثوب من النجاسة؛ لأنه وإن صح أن يقع عبادة متقرباً به إلى الله تعالى لا يتوقف حصول أثره المرغوب فيه - وهو زوال النجاسة - على وقوعه قريباً، فلو فرض وقوعه منهيّاً عنه - كالغسل بالماء المغصوب - فإنه يقع به الامتثال ويسقط الأمر به، فلا يتصور وقوعه فاسداً من أجل تعلق النهي به. نعم، إذا وقع محرماً منهيّاً عنه، فإنه لا يقع عبادة متقرباً به إلى الله تعالى.

فإذا قصد من الفساد هذا المعنى فلا بأس في أن يقال: إن النهي عن العبادة بالمعنى الأعم يقتضي الفساد، فإن من يدعي الممانعة بين الصحة والنهي يمكن أن يدعي الممانعة بين وقوع غسل الثوب صحيحاً - أي عبادة متقرباً به إلى الله تعالى - وبين النهي عنه.

وليس معنى العبادة هنا: إنها ما كانت متعلقة للأمر فعلاً؛ لأنه مع فرض تعلق النهي بها فعلاً لا يعقل فرض تعلق الأمر بها أيضاً.

وإنما المقصود بالعبادة هنا هي الوظيفة التي لو شرعها الشارع لشرعها لأجل التعبد بها وإن لم يتعلق بها أمر فعلي لخصوصية المورد.

ثم إن النهي عن العبادة يتصور على أنحاء:

النحو الأول: أن يتعلق النهي بأصل العبادة، كالنهي عن صوم العيدين، وصوم الوصال، وصلاة الحائض والنفساء.

النحو الثاني: أن يتعلق بجزئها، كالنهي عن قراءة سورة من سور العزائم في الصلاة.

النحو الثالث: أن يتعلق بشرطها أو بشرط جزئها، كالنهي عن الصلاة باللباس المغصوب أو المتنجس.

النحو الرابع: أن يتعلق بوصف ملازم لها أو لجزئها، كالنهي عن الجهر بالقراءة في موضع الإخفات، والنهي عن الإخفات في موضع الجهر.

والراجع عندنا: إن النهي عن العبادة يقتضي الفساد، سواء كان نهياً عن أصلها أو جزئها أو شرطها أو وصفها، للتمانع الظاهر بين العبادة التي يراد بها التقرب إلى الله تعالى ومرضاته، وبين النهي عنها المبعد عصيانه عن الله تعالى والمثير لسخطه، فيستحيل التقرب بالمبعد والرضا بما يسخطه.

ويستحيل أيضاً التقرب بما يشتمل على المبعد المبعوض المسخط له، أو بما هو متقيد بالمبعد، أو بما هو موصوف بالمبعد. هذا كله في النهي النفسي. أما النهي الغيري المقدمي؛ فحكمه حكم النفسي بلا فرق.

ويبقى الكلام في النهي التنزيهي -أي الكراهة- فالتحقيق أيضاً أنه يقتضي الفساد كالنهي التحريمي؛ لنفس التعليل السابق من استحالة التقرب بما هو مبعد بلا فرق، غاية الأمر أن مرتبة البعد في التحريمي أشد وأكثر منها في التنزيهي، كاختلاف مرتبة القرب في موافقة الأمر الوجوبي والاستحبابي. وهذا الفرق لا يوجب تفاوتاً في استحالة التقرب بالمبعد. وعليه، فلو أحرز دليل خاص أن النهي بداعي الزجر التنزيهي، أو لم يحرز من دليل خاص صحة العبادة المكروهة؛ فلا محالة لا نقول بصحة العبادة المنهي عنها بالنهي التنزيهي.

هذا فيما إذا كان النهي التنزيهي عن عنوان العبادة نفسها أو جزئها أو شرطها أو وصفها. أما لو كان النهي عن عنوان آخر غير عنوان المأمور به، كما لو كان بين المنهي عنه والمأمور به عموم وخصوص من وجه، فإن هذا المورد يدخل في باب الاجتماع، وقد قلنا بجواز الاجتماع في الأمر والنهي التحريمي فضلاً عن الأمر والنهي التنزيهي.

تنبيه:

إن النهي الذي هو موضع النزاع -وقلنا باقتضائه الفساد في العبادة- هو النهي بالمعنى الظاهر من مادته وصيغته، أعني ما يتضمن حكماً تحريمياً أو تنزيهياً بأن يكون إنشاؤه بداعي الردع والزجر.

أما النهي بداع آخر -كداعي بيان أقلية الثواب، أو داعي الإرشاد إلى مانعية الشيء مثل النهي عن لبس جلد الميتة في الصلاة، أو نحو ذلك من الدواعي- فإنه ليس موضع النزاع في مسألتنا، ولا يقتضي الفساد بما هو نهى. إلا أن يتضمن اعتبار شيء في المأمور به، فمع فقد ذلك الشيء لا ينطبق المأتي به على المأمور به فيقع فاسداً، كالنهي بداعي الإرشاد إلى مانعية شيء، فيستفاد منه أن عدم ذلك الشيء يكون شرطاً في المأمور به. ولكن هذا شيء آخر لا يرتبط بمسألتنا، فإن هذا يجري حتى في الواجبات التوصيلية، فإن فقد أحد شروطها يوجب فسادها.

٢ - النهي عن المعاملة

إن النهي في المعاملة على نحوين -كالنهي عن العبادة - فإنه تارة يكون النهي بداعي بيان مانعية الشيء المنهي عنه أو بداع آخر مشابه له. وأخرى يكون بداعي الردع والزجر من أجل مبغوضية ما تعلق به النهي ووجود الحزاة فيه.

فإن كان الأول: فهو خارج عن مسألتنا -كما تقدم في التنبيه السابق - إذ لا شك في أنه لو كان النهي بداعي الإرشاد إلى مانعية الشيء في المعاملة، فإنه يكون دالاً على فسادها عند الإخلال، لدلالة النهي على اعتبار عدم المانع فيها، فتخلفه تخلف للشرط المعتبر في صحتها. وهذا لا ينبغي أن يختلف فيه اثنان.

وإن كان الثاني: فإن النهي إما أن يكون عن ذات السبب، أي عن العقد الإنشائي، أو فقل: عن التسبب به لإيجاد المعاملة كالنهي عن البيع وقت النداء لصلاة الجمعة في قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ...).

وإما أن يكون عن ذات المسبب، أي عن نفس وجود المعاملة، كالنهي عن بيع العبد الأبق وبيع المصحف.

فإن كان النهي على النحو الأول -أي عن ذات السبب - فالمعروف أنه لا يدل على فساد المعاملة، إذ لم تثبت المنافاة لا عقلاً ولا عرفاً بين مبغوضية العقد والتسبب به وبين إمضاء الشارع له بعد أن كان العقد مستوفياً لجميع الشروط المعتبرة فيه؛ بل ثبت خلافها كحرمة الظهار التي لم تناف ترتب الأثر عليه من الفراق.

وإن كان النهي على النحو الثاني -أي عن المسبب - فقد ذهب جماعة من العلماء إلى أن النهي في هذا القسم يقتضي الفساد^٩.

والتحقيق: إن استناد الفساد إلى النهي إنما يصح أن يفرض ويتنازع فيه فيما إذا كان العقد بشرائطه موجوداً حتى بشرائط المتعاقدين وشرائط العوضين، وأنه ليس في البين إلا المبغوضية الصرفة المستفادة من النهي. وحينئذ يقع البحث في أن هذه المبغوضية هل تنافي صحة المعاملة أو لا تنافياها^٩.

أما إذا كان النهي دالاً على اعتبار شيء في المتعاقدين والعوضين أو العقد مثل النهي عن أن يبيع السفية والمجنون والصغير الدال على اعتبار العقل والبلوغ في البائع، وكالنهي عن بيع الخمر والميتة والأبق ونحوها الدال على اعتبار إباحة المبيع والتمكن من التصرف منه، وكالنهي عن العقد بغير العربية مثلاً الدال على اعتبارها في العقد فإن هذا النهي في كل ذلك لا شك في كونه دالاً على فساد المعاملة؛ لأن هذا النهي في الحقيقة يرجع إلى القسم الأول الذي ذكرناه؛ وهو ما كان النهي بداعي الإرشاد إلى اعتبار شيء في المعاملة.

وقد تقدم أن هذا ليس موضع الكلام: من منافاة نفس النهي بداعي الردع والزجر لصحة المعاملة.

فالعمدة هو الكلام في هذه المنافاة، وليس من دليل عليها حتى تثبت الملازمة بين النهي وفساد المعاملة وكون النهي عن المسبب يكون معجزاً مولوياً للمكلف عن الفعل ورافعاً لسلطنته عليه، فإن معنى ذلك: إن النهي في المعاملة شأنه أن يدل على اختلال شرط في المعاملة بارتكاب المنهي عنه. وهذا لا كلام لنا فيه.

ثانياً: في منظور فقهاء القانون^{٤٣}:

أ - في نطاق العبادات:

لا خلاف إذا كان التصرف المنهى عنه من العبادات فالنهي لا يمكن أن يتوجه إلى العبادة ذاتها؛ لأن كل عبادة حسنة لذاتها، وفيها منفعة دنيوية أو أخروية، ولا يتصور - قطعاً - النهي عنها لذاتها؛ بل إن النهي يرد لوصف لازم أو غير لازم فيها. فإذا كان النهي عن العبادة وارد لوصف لازم، كالنهي عن صيام يوم العيد، فتعدُّ العبادة باطلة عند جمهور الفقهاء.

أما إذا كان النهي عن العبادة وارد لوصف مجاور للعمل غير لازم ومنفك عنه، كالصلاة في دار مغصوبة، أو ثياب مسروقة، فإن جمهور الفقهاء قالوا: بصحة العبادة وإنتاجها لآثارها، غير أن فاعلها ياثم لمخالفته رغبة الشارع، فيما أقترن به العمل من أمر خارج عنه.

ب - في نطاق الجرائم:

يدل النهي فيها على أن المنهى عن إتيانه من الجرائم يشكل:

١ - اعتداء على النفس: كما في القتل الوارد في قوله تعالى: (وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ)^{٤٤}.

٢ - اعتداء على الأعراض والأنساب: كما في قوله تعالى: (وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا)^{٤٥}.

٣ - اعتداء على الأموال: كما في قوله تعالى: (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ)^{٤٦}.

٤ - اعتداء على الأمن والمصالح العليا للدولة: كالتجسس، كما في قوله تعالى: (وَلَا تَجَسَّسُوا)^{٤٧}.

٤٣ - أنظر: عادل يوسف الشكري: فن صياغة النص العقابي: ٤٥٧.

٤٤ - الإسراء: ٣٣.

٤٥ - الإسراء: ٢٢.

٤٦ - البقرة: ٨٨.

هـ -اعتداء على الأمن والاستقرار والطمأنينة: كالفساد في الأرض كما في قوله تعالى: (وَلَا تَبْغِ الْفَسَادَ فِي الْأَرْضِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ)^{٤٧}.
أو غير ذلك من التصرفات التي تُعدُّ جرائمًا.

أما أثر النهي عليها فأنها تُعدُّ أسباباً لاستحقاق فاعلها المباشر وغير المباشر لعقوبات دنيوية من عقوبات الحدود أو القصاص أو العقوبات التعزيرية فضلاً عن العقاب الأخروي^{٤٨}.
وإضافة إلى هذه العقوبات فإنها لا تترتب عليها الآثار الشرعية: ففي السرقة وخيانة الأمانة لا يصبح الجاني مالكا للمال، وفي جريمة الزنا لا نسب ولا نفقة ولا عدة ولا مهر؛ لأن النهي عن هذه التصرفات الإجرامية إنما هو لقبحها الذاتي ومفسدتها ومضرتها؛ لذا لا يترتب أي أثر شرعي أو قانوني عليها، فهي من التصرفات الحسية القبيحة لذاتها.

ج - في نطاق المعاملات المالي:
إذا كان التصرف المنهى عن إتيانه يدخل في باب المعاملات المالية فيكون تأثير النهي عليه حسب البيان التالي:

أولاً: ما يؤثر في حقيقة التصرف وكيانه الشرعي:
إذا كان النهي منصباً على ما يؤثر في حقيقة التصرف وكيانه الشرعي، أي كان لذات المنهى عنه وعنصره من عناصره، كالنهي عن بيع الجنين في رحم أمه، أو بيع المعدوم، أو التعامل بالميتة والدم، فالنهي في هذه الحالة، يستلزم فساد التصرف المنهى عنه وبطلانه، فهو والعدم سواء، وبالتالي فلا يترتب الأثر المقرر له شرعاً حتى ولو كان قد وجد صحيحاً. وهو ما عبر عنه بعض الفقهاء بقولهم: هو ما نهى عنه الشارع لعينه، أي لذات الفعل أو لجزئه.

ثانياً: النهي لوصف لازم للتصرف في المنهى عنه:
أما إذا كان النهي لوصف لازم للتصرف في المنهى عنه (أي وصف لا ينفك عنه) كالبيع المشتمل على الربا، فيرى جمهور الفقهاء أن التصرف في هذه الصورة يقع باطلاً ولا وجود له أصلاً؛ لأن النهي عن تصرف لوصفه اللازم كالنهي عنه لذاته أو لعنصر من عناصره.

٤٧ -الحجرات:١٢.

٤٨ -القصص:٧٧.

٤٩ -أنظر: عادل يوسف الشكري: مصدر سابق:

ولكل من الفقهاء مستنده في رأيه:

١ - مستند جمهور الفقهاء:

يستند الجمهور في تدعيم رأيهم المتقدم على حجة مفادها: بأن نهي الشارع عن أن تكون بعض التصرفات متصفة بوصف خاص يدل على أن الشارع يريد من المكلف القيام بالتصرف المأمور به متجرداً من الوصف المنهى عنه. وبالتالي إذا وقع التصرف المأمور به متصفاً بذلك الوصف، فإنه يأخذ شكل تصرف آخر غير الذي قصده الشارع؛ ولذلك فلا يترتب عليه الأثر المقصود منه؛ لأنه غير مشروع، وتأسيساً على هذا يقع باطلاً البيع المشتمل على الربا.

٢ - مستند فقهاء الأحناف:

يرى فقهاء الحنفية ضرورة التفرقة بين النهي المنصب على تصرف لذاته أو لعنصره، وبين النهي عنه لوصفه اللازم، وأقاموا على هذا الأصل التفرقة بين العقد الصحيح والعقد الباطل، وقالوا:

إن العقد الباطل هو العقد الذي يكون غير مشروع بأصله ووصفه.

والصحيح هو ما كان صحيحاً بأصله ووصفه.

أما الفاسد فهو ما كان مشروعاً بأصله وغير مشروع بوصفه، وترتبت عليه بعض آثاره.

الفساد والبطلان عند الفقهاء:

يرى جمهور الفقهاء أن الباطل والفساد مترادفان مفادهما: هو كل عقد أو تصرف تخلف فيه ركن من أركانه أو شرط من شروطه دون تفريق بين أصله ووصفه.

وإن المقصود بالفساد في العبادات هو البطلان حسب رأي الحنفية.

أما في المعاملات المالية فيفرقون بين الفاسد والباطل؛ لأن هذه المعاملات يترتب عليها مصالح دنيوية، فيكون النهي عن التصرف أو العقد لخلل في وصفه دون أصله وذاته، فيكون الفاسد في مرتبة وسطى بين الصحة والبطلان. فالفساد يتمثل في نقص منفعة الشيء، لفوات بعض أوصافه. أما البطلان فهو انعدامه، فلا يترتب عليه آثاره المشروعة، وينبغي فسخ العقد وإزالة سبب الفساد.

يقول الخوئي^{٥٠}: (لا يخفى عليك أن معنى الحرمة الوضعية في العقود عبارة عن فساد المعاملة وبطلانها بحيث لا يترتب عليها أثر من الآثار، وإن الفاسد والباطل عندنا وعند غير الحنفية بمعنى واحد، وهو ما اختل في تلك المعاملة شيء من الشروط التي اعتبرها الشارع ركناً لها، بحيث يلزم من انتفائها انتفاء المشروط في نظر الشارع.

٥٠ - مصباح الفقاهة: ١: ٦١.

وأما عند الحنفية فإن الباطل والفساد في البيع مختلفان فلكل واحد منهما معنى يغاير معنى الآخر، فالباطل هو ما اختل ركنه أو محله، وركن العقد هو الإيجاب والقبول؛ فإذا اختل ذلك الركن كأن صدر من مجنون أو صبي لا يعقل كان البيع باطلاً غير منعقد، وكذلك إذا اختل المحل وهو المبيع كأن كان ميتة أو دماً أو خنزيراً فإن البيع يكون باطلاً. وأما الفساد فهو ما اختل فيه غير الركن والمحل، كما إذا وقع خلل في الثمن بأن كان خمرًا، فإذا اشترى سلعة يصح بيعها وجعل ثمنها خمرًا انعقد البيع فاسداً ينفذ بقبض المبيع، ولكن على المشتري أن يدفع قيمته من غير الخمر.

وكذلك إذا وقع الخلل فيه من جهة كونه غير مقدور التسليم، كما إذا باع شيئاً مغصوباً منه لا يقدر على تسليمه أو وقع الخلل فيه من جهة اشتراط شرط لا يقتضيه العقد. فإن البيع في كل هذه الأحوال يكون فاسداً لا باطلاً، ويعبرون عن الباطل بما لم يكن مشروعاً بأصله ووصفه. ويريدون بأصله ركنه ومحله. ويريدون بوصفه ما كان خارجاً عن الركن والمحل، وحكم البيع الفاسد أنه يفيد الملك بالقبض بخلاف البيع الباطل فإنه لا يفيد الملك أصلاً^{٥١}.

وقال ابن الهمام الحنفي في شرح فتح القدير: وأيضاً فإنه مأخوذ في مفهومه الفساد أو لازم له أنه مشروع بأصله لا وصفه، وفي الباطل غير مشروع بأصله، فبينهما تباين، فإن المشروع بأصله وغير المشروع بأصله متباينان فكيف يتصادقان^{٥٢}.

فعقد البيع الربوي يعد باطلاً عند الجمهور، وفساداً لدى الحنفية؛ لأنه مشروع بأصله كبيع توافرت أركانه وعناصره الأساسية، ولكنه غير مشروع بوصفه لكونه متضمناً على فائدة لأحد المتعاقدين على حساب الآخر دون مقابل، فهذا الوصف فاسد؛ لأنه منهي عنه شرعاً لكونه مخللاً بالتوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين.

ويرى الجمهور: إن كل عقد بيع ربوي باطل؛ لأنه منهي عنه (بوصفه اللازم) وهو الفائدة الربوية.

ثالثاً: النهي لوصف غير لازم للمنهى عنه:

إذا كان النهي لوصف غير لازم: كالنهي عن البيع الذي من شأنه الحيلولة دون أداء صلاة الجمعة كما في قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا

^{٥١} -أنظر: عبد الرحمن الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة: ٢: ٢٢٤ + محمد جواد مغنية: الفقه على المذاهب الخمسة: ١٥٠.

^{٥٢} -شرح فتح القدير: ٥: ١٨٥.

إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ^{٥٣}. وكانهني عن النجش^{٥٤}، وعن تلقي الركبان^{٥٥}. وهنا نقول:

١ - يرى جمهور الفقهاء: صحة التصرف المنهي لوصفه غير اللازم، غير أن فاعله يكون آثماً أمام الله تعالى.

٢ - يرى الظاهرية والزيدية: أن النهي يستلزم الفساد، سواء كان لذات المنهي عنه أم لوصفه غير اللازم.

٣ - أما المالكية والحنابلة: فقد فرقوا بين النهي عن التصرف لوصفه غير اللازم رعاية لحق الله تعالى أو المصلحة العامة؛ ففي هاتين الحالتين يكون العقد باطلاً، وبين النهي رعاية لحق الفرد ومصلحته الخاصة، فهنا يحق للمتضرر أن يختار بين قبول العقد بضرره وبين فسخه خلال ثلاثة أيام من علمه بغيبته.

٤ - وراي الإمامية: قد اتضح مما تقدم.

هـ - في نطاق المعاملات غير المالية:

١ - إذا كان التصرف المنهي عنه من المعاملات غير المالية، فإن أثر النهي لذات المنهي عنه البطلان، كزواج المحرمات تحريماً مؤكداً بسبب النسب والرضاع والمصاهرة والدخول.

٢ - وإذا كان النهي لوصف لازم يكون العقد فاسداً، كزواج الشغار^{٥٦}.

٣ - أما إذا كان النهي لوصف غير لازم؛ فالزواج صحيح عند جمهور الفقهاء، وعند ابن حزم الظاهري باطل، تأسيساً على قاعدة: إن كل نهى يقتضي الفساد.

ومن استقراء قواعد الأمر والنهي في الفقه الإسلامي يتبين دقة دلالاتها، الأمر الذي يقتضي: بل يستلزم مراعاتها في القانون الوضعي؛ لتحديد طبيعة القواعد القانونية، وبيان ما إذا كانت قواعد أمرة أو مفسرة.

فالقواعد الأمرة هي: القواعد التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها. وإذا حاول الأفراد مخالفة هذه القواعد وقع تصرفهم باطلاً ولا يُعْتَدُ به قانوناً.

والقواعد الأمرة تقسم إلى صنفين: قواعد إيجابية، وقواعد سلبية:

فتكون إيجابية: إذا تضمنت أمراً يقتضي القيام بفعل معين أوجبه المشرع.

وتكون سلبية: إذا احتوت على نهى عن إتيان فعل معين حظره المشرع.

٥٣ - الجمعة: ٩.

٥٤ - النجش: الزيادة في ثمن السلعة المعروضة للبيع لا ليشترها؛ بل ليغري غيره.

٥٥ - تلقي الركبان هو: الخروج عن المدينة واستقبال أهل القرى والأرياف قبل أن يدخلوها ممن يجلبون محاصيلهم الزراعية والحيوانية ويشترونها منهم قبل علمهم بسعر السوق.

٥٦ - الشغار هو: أن يزوج الرجل أبنته على أن يزوجه الآخر أبنته من دون صداق.

أما القواعد المفسرة أو المكملة فهي: تلك القواعد التي يجوز الاتفاق على ما يخالف أحكامها. وهي تكون ملزمة للمخاطبين بها في حال عدم انصراف إرادتهم إلى مخالفتها. وباستعراض قواعد القانون نجد أن غالبيتها قواعد آمرة، سواء كانت تتضمن إلزاماً وأمرًا بالقيام بعمل معين أو نهياً عنه؛ لذا يكون إلزاماً على جميع المخاطبين بها احترامها وإطاعتها، ومن يخالف أحكامها فإنه يتعرض للجزاء الذي يتضمنه النص.

٨. نماذج من التطبيقات القانونية:

أ - المشرع العراقي:

أكد المشرع العراقي على رضا المريض البالغ بالعمل الطبي؛ وذلك في البند (رابعاً/ ف هـ) من الباب الرابع من قانون الصحة العامة الذي جاء فيه: (لا يجوز إجراء عملية جراحية إلا بموافقة المريض ذاته؛ إذا كان واعياً...)^{٥٧}.

ب - الدستور الأردني:

كما أشار الدستور الطبي الأردني في المادة السادسة منه على أنه: (يحظر على الطبيب القيام ... أو تقديم نصيحة من شأنها إضعاف مقاومة الأشخاص الجسدية أو العقلية في ...).

ج - الدستور المصري:

في حين أن الدستور المصري الصادر في ١٩٧١/٩/١١م في المادة (٤٣) منه قد نص على أنه: (لا يجوز إجراء أي تجارب طبية، أو علمية، على أي إنسان بغير رضائه الحر).

هـ - المشرع الجزائري:

أما عن موقف المشرع الجزائري فقد نص في المادة (١٨) من مدونة أخلاقيات الطب على أنه:

٥٧ - جاء في مشروع الدستور الطبي العراقي في البند (ثالثاً/ ف٦) منه ما يأتي:

(في حالة الفحوص التشخيصية التي تحتاج إلى تدخل جراحي، أو تخدير، أو زرق المواد الملونة (الفحوص الغازية...); يكون من واجب الطبيب شرح ما يجري من فحص، وفائدته للمريض؛ مع أخذ موافقة المريض الواعي العاقل...).

وجاء في البند (رابعاً/ ف٣): (عند الحاجة إلى تدخل جراحي للمعالجة، على الجراح أن يشرح للمريض سبب هذه الحاجة... ومن الضروري استحصال موافقة المريض الواعي والراشد خطياً على إجراء العملية على ورقة...).

ويؤخذ على هذه النصوص أنها لم تكن دقيقة من الناحية القانونية، كما أنها اشترطت الرضا في حالة التدخل الجراحي وحده، في حين أن التدخل العلاجي أيضاً يفترض ويشترط فيه رضا المريض العاقل البالغ.

(لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة، أو عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض).

و - قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م:

(لا يجوز للمحكمة تأجيل الدعوى إلا لسبب مشروع ولا يجوز التأجيل أكثر من مرة للسبب ذاته إلا إذا رأت المحكمة ما يقتضى ذلك لحسن سير العدالة)^{٥٨}.

ز - القانون الفرنسي:

نصت المادة (٤١) من قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي على أنه:

(لا يجوز إجراء أي تدخل طبي يؤدي إلى البتر إلا إذا كان هناك مبرر طبي جاد، وبعد تبصير صاحب الشأن، والحصول على رضائه).

ح - القانون الكويتي:

كما إن القانون الكويتي هو الآخر أجاز عمليات استقطاع وزرع الأعضاء وأضفى عليها الشرعية بموجب قانون رقم (٥٥) لسنة ١٩٨٧م والذي نصت المادة الأولى منه على أنه: (لا يجوز إجراء عمليات استئصال الأعضاء من جسم شخص حي...).

٩ - دلالة النهي على المرة أو التكرار:

ذهب بعضهم إلى دلالة النهي على الدوام، ومن فَعَلَ المنهي عنه مرة واحدة في أي وقت من الأوقات لا يُعدّ ممتثلًا لخطاب المولى، وذهب بعض آخر إلى إفادته المرة.

والراجع في المسألة: إن النهي بذاته لا دلالة فيه على المرة أو الدوام، إلا أن الدلالة تحصل بحكم العقل وذلك؛ لأنَّ طلب الفعل مؤداه إيجاد طبيعة الفعل. والطبيعي يحصل بأحد أفرادها؛ ولذا قلنا سابقاً بأنَّ الأمر يمتثل بالمرة ما لم يدل دليل على التكرار.

أما النهي فمؤداه ترك الفعل وإعدام طبيعته؛ وانعدام الطبيعة لا يتحقق إلا بانعدام جميع أفرادها، فمن شرب الخمر مرة واحدة لا يصدق عليه أنه أعدم طبيعي شرب الخمر.. لهذا كان مفاد النهي هو الدوام من ناحية عقلية منطقية^{٥٩}.

٥٨ - المادة: ٦٢/ ثانياً.

٥٩ - أنظر: المظفر: مصدر سابق: ١: ١٠٣ + الفيروزآبادي: مصدر سابق: ١: ٧ + كلانتر: مصدر سابق: ٢:

٢٣٧ + البهاري: مصدر سابق: ١: ٤٠٦ + الأسنوي: مصدر سابق: ٣: ٥٣ + الأمدى: مصدر سابق: ٢: ٢٨٤.

١٠ - دلالة النهي على الفور أو التراخي:

وكذلك الحال بالنسبة إلى مؤدى النهي من حيث الفور أو التراخي. فلما كان المطلوب بالنهي إعدام الطبيعة للفعل، فلا يتحقق إعدامها منطقيًا - إلا بترك جميع أفرادها، ولا يصدق ترك الجميع بفعلها - بعد النهي بمدة - ثم يتركها بعد حين. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.