2- نص المادة (128) فقرة (1) والتي اوجب فيها المشرع ان يكون محل الالتزام معينا تعيينا دقيقا دفعا للجهالة والضرر ، اذ نصت هذه الفقرة على انه (**يلزم ان يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ...**) ، وبموجب هذا النص يشترط لتعيين محل الالتزام ان يكون موجودا وقت العقد ، الا ان المشرع خرج عن هذه القاعدة في نص المادة (129) فاستثنى من الحكم السابق الحالة التي يكون فيها محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان بالإمكان وجوده في المستقبل ، اذ نصت الفقرة (1) من هذه المادة على انه (**يجوز ان يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والضرر**).

3 - نص الفقرة (2) من المادة (155) والتي وضع فيها المشرع قاعدة عامة وهي ان الاصل في الالفاظ ان تستعمل في معانيها الحقيقية لكنه اجاز الخروج عن هذه القاعدة في حال تعذر حمل الالفاظ على معانيها الحقيقية وعندها يصار الى المعاني المجازية اذ نصت هذه المادة على انه (**على ان الاصل في الكلام الحقيقية ، اما اذا تعذرت الحقيقة فيصار الى المجاز**) .

الفرع الرابع

سد الذرائع

المقصد الاول : تعريف سد الذرائع

الذرائع في اللغة هي الطريق الى الشيء سواء اكان هذا الطريق مفسدة ام مصلحة قولاً ام فعلاً ، اما في الاصطلاح فلا يختلف معنى الذرائع عن معناها اللغوي اذ يراد بها ما كان وسيلة او طريقا الى شيء اخر مشروعا كان ام غير مشروع ، وهي بهذا المعنى قد يحكم بسدها اذا كانت طريقا الى مفسدة ويحكم بفتحها اذا كانت طريقا لمصلحة .

اما سد الذرائع فيراد به اصطلاحا منع الوسائل والطرق المؤدية الى الفساد ، اذ ان من اهم مقاصد الشريعة الاسلامية جلب المنافع للناس ودرء المفاسد عنهم ، وهذا الجلب او الدفع لا يكون الا بأسباب تؤدي اليه ، فترد التكاليف على هذه الاسباب التي هي من افعال المكلفين ، وما يصدر عن المكلفين من افعال قد يرد النهي عنهُ اذ كان مؤديا الى المفسدة بصورة مباشرة كالسرقة والقتل والزنى والقذف ، وقد لا يتم التوصل الى المفسدة

بصورة مباشرة وانما عن طريق وسائل تؤدي اليها ، كالخلوة بالأجنبية فأنها قد تؤدي الى الزنا المحرم ، وكزراعة العنب فهي قد تؤدي الى استخدامهِ في صنع الخمر .

ولا شك في ان الشارع في نهيه عن المفاسد لم يقتصر نهيه على الافعال الموصلة مباشرة الى المفاسد ، وانما قصد كل وسيلة يمكن ان تفضي الى المفسدة بصورة غير مباشرة ، فهو بذلك قد يسد ويمنع الطرق المؤدية الى الفساد وان كانت مشروعة بذاتها ويستدل الفقهاء على ذلك بانه من غير المتصور ان يحرم الشارع امرا معينا ثم يبيح الوسائل المؤدية اليه لان في ذلك نقض للتحريم واغراء للنفوس على المحرمات ، ومن الامثلة على رعاية الشريعة لقاعدة سد الذرائع الامثلة الاتية :

1- قوله تعالى **وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ** [71] ، اذ نهى الشارع عن سب اصنام المشركين مع انه امر مباح ، لكي لا يتخذ ذلك ذريعة للكفار لسب الله تعالى وهو من اعظم المفاسد.

2- قوله تعالى **وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ** [72] ، فقد نهى القران الكريم نساء المسلمين من ان يضربن ارجلهن بالأرض عند مشيهن ليسمع الرجال صوت خلخالهن ، اذ في ذلك ذريعة تحريك الشهوة لدى الرجال.

3- قوله تعالى **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ وَمِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ** [73] ، فقد امر الله سبحانه وتعالى المماليك ومن لم يبلغ الحلم بالاستئذان قبل الدخول في هذه الاوقات الثلاثة ، لئلا يكون ذلك ذريعة للاطلاع على ما لا يجوز الاطلاع عليه .

---

[71] سورة الانعام / 108 .

[72] سورة النور / 31 .

[73] سورة النور / 58 .

4- قوله تعالى **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا انْظُرْنَا وَاسْمَعُوا وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ** [74]، اذ نهى الشارع في هذه الآية المسلمين عن النطق بكلمة (راعنا) سداً للذريعة ، لان اليهود اتخذوا من قول راعنا شتماً للنبي (صلى الله عليه واله) .

5- ومن امثلتها في السنة النبوية قوله (صلى الله عليه واله) (**لا يحتكر الا خاطئ**) ، فقد نهى رسول الله (صلى الله عليه واله) عن احتكار السلع لأنه يكون ذريعة للتضييق على الناس في ارزاقهم ، ومن امثلتها ايضا في السنة النبوية ، امتناعه (صلى الله عليه واله) عن قطع يد السُراق في الحرب لئلا يكون ذلك ذريعة لتركهم صفوف المسلمين والالتحاق بالعدو .

6- وقد ورد عن صحابة رسول الله (صلى الله عليه واله) انهم اجمعوا على الاخذ بهذا الاصل ، فاجمعوا على قتل الجماعة بواحد اذا اشتركوا جميعا بقتله ، لئلا يكون ذلك ذريعة لسفك دماء الناس ، كما قضى الصحابة بتوريث المطلقة في مرض الموت خشية ان يتخذ هذا الطلاق ذريعة لحرمان الزوجة من الميراث .

والامثلة المتقدمة تمثل استدلالاً على مشروعية العمل بسد الذرائع في القران والسنة وعمل الصحابة .

المقصد الثاني : اقسام الذرائع

يقسم الفقهاء الذرائع من حيث فتحها وسدها الى ثلاثة اقسام :

القسم الاول : وسائل تفضي الى المفسدة على سبيل القطع واليقين ، ولا خلاف بين الفقهاء في وجوب سد هذا النوع من الوسائل ، وعدم فتح الباب امامه ، ويمثلون لهذا النوع ببيع السلاح وقت الفتن اذ غالبا ما يستخدم السلاح وقت الفتن للقتل وسفك الدماء ، وكذلك بيع العنب لمن يعلم تماما باستخدامه لصنع الخمر ، وكذلك سب الهة المشركين فهو يؤدي الى سب الله تعالى ، وايجار العقارات لمن يعلم باستعمالها في المحرمات .

ولعل الاساس في سد هذا النوع من الذرائع هو انها موصلة الى مفسدة قطعاً ، فتمنع بالاتفاق لان الاحكام الشرعية مبنية على ذلك ، ولا مصلحة في هذا النوع يمكن ان تدخل في اعتبار الشارع .

---

[74] سورة البقرة / 104 .

القسم الثاني : ما كان أفضاؤهُ الى المفسدة نادر وقليل ، فالمصلحة فيه هي الراجحة على المفسدة ، ومثاله النظر الى المخطوبة ، وزراعة العنب لمن لا يعلم تماماً باستخدامه لصناعة الخمر او ببيعه لتجار الخمور ، وكذلك الاخذ بخبر الاحاد مع عدم دلالته القطعية على الاحكام ومثالها ايضاً تسيير البواخر في البحر فأن فيه منافع كثيرة لكنه قد يؤدي احياناً الى مفسدة غرقها وهلاك الارواح فيها ، لكن المنفعة فيه اكثر من المفسدة فيفتح الباب امامه .

ولا خلاف بين الفقهاء في عدم سد هذا النوع من الوسائل وان كانت تفضي الى المفسدة احياناً ، لان في ذلك تعطيل للأحكام ، وتضييق على الناس في معاملاتهم وامورهم .

القسم الثالث : ما كان متردداً بين الافضاء الى المصلحة او الى المفسدة ، بحيث تؤدي بعض الوسائل احياناً الى مصلحة ، ونفس هذه الوسائل قد تؤدي في احيان اخرى الى مفسدة ، ومن امثلة هذا النوع من الوسائل قضاء القاضي بعلمه الشخصي ، فهو متردد بين ان يكون وسيلة لحفظ حقوق الناس عندما تنعدم البينة لديهم ، وثبوت نزاهة القاضي ، وبين ان يكون وسيلة تظلمهم عند ضعف ايمان القاضي والشك بنزاهته ومن امثلة هذا النوع ايضاً من يتزوج امرأة مطلقة ثلاثاً بقصد طلاقها ليحل لزوجها الاول الرجوع اليها ، فهو امر متردد بين مصلحة حفظ الزواج ، ولكن فيه ومفسدة التحايل على النصوص الشرعية ، وهذا الزواج اختلف فيه الفقهاء من حيث صحته.

وهذا النوع من الوسائل اختلف الفقهاء في اجازته من عدمه لكن الراجح عندهم انه اذا تبين للمجتهد رجحان المصلحة على المفسدة فيحكم بفتحه ، وان رجحت المفسدة على المصلحة فيحكم بسده ، وان تساوت المصلحة مع المفسدة ولم يمكن التوصل الى ترجيح احداهما على الاخرى ، فيحكم بسده وفقاً لقاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح ، ولقوله (صلى الله عليه واله) **(دع ما يريبك الى ما لا يريبك)** .

ولعل منشأ الخلاف في هذا النوع الاخير من الوسائل هو الخلاف في ما يعتبر في التصرفات ، هل المعتبر هو الارادة الظاهرة أم الارادة الباطنة ؟ وهو امرٌ اختلف فيه الفقهاء ، اذ يرى فقهاء الظاهرية ، والشافعية والحنفية ان الاحكام تبنى على الظواهر فيعتد بالإرادة الظاهرة ، فينظر الى صور الافعال ومادتها ، وليس الى بواعثها ومالاتها ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك، في حين يرى فقهاء المالكية والحنابلة، ان المعتبر في

التصرفات هو ما تؤل اليه ، وما كان الباعث منها ، فمن عقد عقداً ليصل به الى امر ممنوع لا يمكن الوصول اليه الا عن طريق هذا العقد كما في زواج المحلل فان العقد يكون غير صحيح فضلا عن كونه فاعله اثم .

وهذا الاتجاه الاخير هو الاقرب للترجيح لاتفاقه مع مقاصد التشريع من جلب المنافع ودرء المفاسد وان درء المفاسد مقدم على جلب المصالح ، كما انه يتفق مع حديث رسول الله (صلى الله عليه واله) **(انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى)** .

ومما هو واضح في الكلام عن سد الذرائع كدليل من ادلة الاحكام الشرعية هو التقارب بين هذا المصدر وبين مصدر اخر هو دليل المصلحة ، فالذرائع التي يتوسل بها الى المنافع تقود الى تحقيق مصالح الناس ورفع الضيق والحرج عنهم ، وهذا هو مفهوم المصلحة ، والوسائل التي تقود الى الضرر والمفسدة يهدف من سدها دفع الضرر عن الناس ، وهو هدف من اهداف اقرار العمل بالمصالح كدليل من ادلة الاحكام الشرعية.

المقصد الثالث : مدى ارتباط قاعدة سد الذرائع بالباعث الدافع غير المشروع للتصرفات في القانون

يرتبط مفهوم سد الذرائع بالمعنى الاصولي الذي اشرنا اليه بما يسمى في اصطلاح اهل القانون بالباعث الدافع غير المشروع ، فالارادة عند قيامها بالتصرفات المختلفة لابد لها من باعث يدفعها لهذه التصرفات ، وهو اي الدافع امر نفسي داخلي وذاتي فهو خارج عن التصرف نفسه ويتغير بتغير التصرفات ، ويشترط في هذا الباعث ان يكون مشروعا وذلك بأن يكون الغرض الذي ترمي الارادة الى تحقيقه من تصرف معين لا يحرمه القانون ولا يتعارض مع النظام العام او الاداب ، وبواعث الارادة كثيرة منها ما هو دافع ومنها ماهو غير دافع ومنها ماهو رئيسي ومنها ما هو غير رئيسي ومنها ماهو مشروع ومنها مايكون غير مشروع .

والاصل ان يعتد اهل القانون بالباعث الدافع الرئيسي ومتى ما امكن الكشف عنه وجب الوقوف عنده ، ولا يمكن ان يعتد بالباعث الذي دفع الشخص الى تصرف معين اذا كان هذا الباعث مجهولا من الطرف الآخر وانما يعتد بالباعث الذي دفع الشخص الى التصرف متى ما كان الطرف الاخر يعلم او يستطيع ان يعلم بهذا الدافع .

ولعل السبب في وجوب علم طرفي التصرف بالباعث الدافع هو حماية الافراد وحماية المجتمع بصورة عامة من تلك الاتفاقات التي تخالف النظام العام ولاداب او تخالف نصوص القانون ، فالعلم بالباعث الدافع يجعل

الطرف الاخر في التصرف عالما بمدى مشروعية التصرف الذي يقدم عليه ، فأن وجده مشروعة توجه للتصرف وأتاه وان وجده غير مشروع كان له ان يمتنع عن اتمام التصرف خشية مخالفة احكام الشرع او مخالفة نصوص القانون .

وكما اشرنا يشترط في الباعث الدافع ان يكون مشروعا وبخلاف ذلك يكون التصرف باطلا ، فبيع المنزل او ايجاره اذا كان بهدف استعماله للدعارة وكان كل من المشتري والبائع او المؤجر والمستأجر عالما بذلك كان العقد باطلا ، وعقد القرض الذي يكون القصد منه استعمال المال لأغراض المقامرة عقد باطل ايضا اذا كان المتعاقدان على علم بالدافع الباعث لهذا العقد .

وكذلك الامر في عقود التبرعات فاذا تبين ان الدافع الباعث لهذه العقود هو باعث غير مشروع كانت باطلة ، وفي هذا المجال يبطل القضاء التبرع للخليلة اذا كان الباعث على هذا الغقد هو ايجاد علاقة غير مشروعة او استبقاء هذه العلاقة او استعادتها .

وهكذا يبدو واضحا الترابط بين قاعدة سد الذرائع بالمعنى المشار اليه ونظرية الباعث الدافع غير المشروع في القانون ، ففي قاعدة سد الذرائع يكون التصرف ممنوعا اذا كانت الغاية المرادة منه غير مشروعة فالافعال والتصرفات مرتبطة من حيث الاصل بغاياتها ، وكذلك الامر في حالة الباعث الدافع غير المشروع فهو مبطل للتصرف ايضا ، وان كلا من سد الذرائع والباعث الدافع غير المشروع يحملان مفهوما واحدا في الحالة التي تكون فيه وسيلة التصرف مباحة الا ان الغاية المرادة منه ممنوعة ومحرمة .

المقصد الرابع : تطبيقات قاعدة سد الذرائع في النصوص القانونية

تراعي التشريعات بصورة عامة مصالح الناس وتحاول قدر الامكان دفع الضرر عنهم من خلال النصوص التي تأتي بها ، وتلجأ هذه التشريعات في سبيل دفع المفاسد عن الناس الى تحريم الوسائل المؤدية مباشرة الى هذه المفاسد كما في تجريم القتل والسرقة والتزوير والرشوة والاختلاس وشهادة الزور وخيانة الامانة وغيرها من الوسائل المفضية الى المفسدة بصورة مباشرة .

كما تلجأ هذه التشريعات الى تجريم الوسائل التي تؤدي الى المفاسد بصورة غير مباشرة من خلال منع كل الوسائل التي تؤدي الى هذه المفاسد ، وما ذلك الا من باب العمل بقاعدة سد الذرائع ، ومن تطبيقاتها هذه القاعدة في النصوص القانونية الامثلة الاتية :

1- **في قانون الاحوال الشخصية** : من امثلة تحريم الوسائل المؤدية الى الفساد بصورة غير مباشرة في نصوص قانون الاحوال الشخصية العراقي نص المادة (3) فقرة (5) والتي تنص على انه (**اذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك ذلك للقاضي**) ، ففي هذا النص ، منع القانون تعدد الزوجات (وهو من الوسائل المشروعة) اذا كان يؤدي الى مفسدة عدم العدول بين الزوجات ، وترك تقدير هذا الامر للقاضي .

ومثالها ايضاً : نص المادة (35) فقرة (2) والتي نص فيها المشرع على عدم وقوع طلاق المريض مرض الموت (والطلاق من الوسائل المشروعة)، وذلك دفعاً لمفسدة الشك في قصد الحرمان من الميراث ، اذ نصت هذه المادة على انه (**لا يقع طلاق الاشخاص الاتي بيانهم " ... 2- المريض في مرض الموت " ...**) .

2- **الامثلة من القانون الجنائي** : من امثلة قاعدة سد الذرائع في قانون العقوبات العراقي نص المادة (112) والتي نص فيها المشرع على جواز اسقاط الولاية او الوصاية او القوامة اذا حكم على الولي او الوصي او القيم بعقوبة الجنحة ، وذلك دفعاً لمفسدة التأثير على من هو تحت وصايته او ولايته او قيمومتهِ ، لان الوصي او الولي او القيم المجرم لا يؤمن منه على الصغير، إذ نصت هذه المادة على انه (**اذا حكم على الولي او الوصي او القيم بعقوبة جنحة لجريمة ارتكبها اخلالاً بواجبات سلطته ... جاز للمحكمة ان تأمر بإسقاط الولاية او الوصاية او القوامة عنه**) .

ومثالها ايضاً : نص المادة (156) والتي منع فيها المشرع ارتكاب الافعال التي يكون من شانها المساس بأمن الدولة وذلك دفعاً لهذه المفسدة ، اذ نصت هذه المادة على انه (**يعاقب بالإعدام من ارتكب عمداً فعلاً بقصد المساس باستقلال البلاد او وحدتها او سلامة اراضيها وكان الفعل من شأنه ان يؤدي الى ذلك**) .

3- **الامثلة في القانون المدني** : ومن الامثلة على قاعدة سد الذرائع في القانون المدني العراقي دعوى عدم نفاذ التصرفات التي نص عليها المشرع في المادة (263)، والتي اعطى بموجبها لكل دائن يكون دينه مستحق

الاداء ان يطلب عدم نفاذ تصرفات مدينه الضارة به (وان كانت هذه التصرفات مشروعة) دفعاً لمضرة اعسار هذا المدين وهو الامر الذي يترتب عليه الاضرار بالدائن ، اذ نصت هذه المادة على انه **(يجوز لكل دائن اصبح حقه مستحق الاداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به ان يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه اذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين او زاد في التزاماته وترتب عليه اعسار المدين او الزيادة في اعساره)** .

ومثالها ايضاً : نص المادة (415) فقرة (1) والتي منع بموجبها المشرع العراقي المقاصة في الديون اذا كان القصد منها الاضرار بالحقوق المكتسبة للغير دفعاً لهذه المضرة ، اذ نصت هذه الفقرة على انه **(لا يجوز ان تقع المقاصة اضراراً بحقوق اكتسبها الغير)** .

ومثالها اخيراً : نصوص المواد (588،589،590،591،592) والتي منع المشرع بموجبها الولي والوصي والقاضي والوكلاء عن بيع اموال الصغير او المحجور او الموكل لأنفسهم او ان يشتروا هذه الاموال ، وذلك دفعاً لمفسدة الاضرار بهم .

الفرع الخامس

الإستصحاب

المقصد الاول : تعريف الإستصحاب

الإستصحاب لغةً : الملازمة وعدم المفارقة ، **وفي الاصطلاح يعرف الاستصحاب بانه:** الحكم ببقاء امر في الزمن الحاضر بناءً على ثبوته في الزمن الماضي ، حتى يقوم الدليل على تغييره.

وبعبارة اخرى ان كل امرٍ علم وجوده ثم حصل الشك في عدمه يحكم ببقائه استصحاباً حتى يقوم الدليل على غير ذلك ، وكذا كل امرٍ علم عدمه ثم حصل الشك في وجوده حكم باستمرار العدم بطريق الاستصحاب حتى يقوم الدليل على خلافه ، وعلى ذلك فأن من تزوج امرأة على انها بكر ، ثم ادعى بعد الدخول انها ثيب لم تقبل دعواه الا ببينة ، لان البكارة صفة اصلية في المرأة وثابتة فتستصحب وتبقى الى حين الدخول حتى تقوم البينة على عدمها ، ومن علمت حياته في وقت معين يحكم ببقائه حياً حتى يقوم الدليل على وفاته ، ومن