

تمهيد: النظريات الفقهية، المفهوم والنشأة والأهمية.

يعتبر مصطلح النظرية من المصطلحات الحادثة التي لم يعرف لها وجود ولا استعمال في التراث الفقهي الإسلامي. وقد اتجه التدوين الفقهي في العصر الحديث إلى هذا النمط في التأليف على غرار ما هو موجود في دراسة القوانين والتشريعات الوضعية من صياغتها على هيئة نظريات عامة وقواعد كلية.

وقد كان من دوافع هذا الاتجاه الحديث في التدوين الفقهي، الحرص على حماية الشريعة وتحديد الفقه وتطويره وإعادة الحياة التشريعية والعملية للمسلمين عن طريق استخراج النظريات التي تضمنها الفقه الإسلامي. وقد حققت الدراسات العلمية المتخصصة في هذا المجال-إبراز النظريات في الموضوعات الفقهية الإسلامية- نجاحا كبيرا وقدمت إضافات حقيقية في مجال النظريات الفقهية كما يقول الدكتور جمال عطية. (1)

بل أثبتت هذه الدراسات التي نحت منحى التنظير الفقهي هزال التهم وهشاشة الشبه التي أثيرت حول جدوى الفقه الإسلامي وأحكام الشريعة في مجازة العصر ومواكبة التطور إذ إنه على حد سهام الفرية نتاج عصور الانحطاط والجمود والتقليد فالجمود صفته وتغييب العقل وسيلته وطمس الحكمة والمعاني مآله ونتيجته. ولعل هذا كان واحدا من الأسباب التي برر بها من خطط لإزاحة الشريعة وفقهها عن الحياة التشريعية والعملية في كثير من بلدان الإسلام. حتى أصبحت الشريعة غريبة بين أهلها وفي أرضها وأحلّ محلها التشريعات والقوانين الوضعية المعاصرة. فجاءت هذه الدراسات في مجال النظريات الفقهية لتظهر قدرة الفقه الإسلامي ومجاراته لمختلف النظريات والتشريعات الوضعية بل وتفوقه- ونحن لا نشك في ذلك أبدا- في إيجاد الحلول والأحكام لأعقد المشكلات والمعضلات التي تواجه الناس في مختلف مجالات حياتهم. يقول الفقيه الزرقا في كتاب المدخل الفقهي: "هي التي يقوم على أساسها صرح الفقه بكامله ويصادف الإنسان أثر سلطانها في حلول جميع المسائل والحوادث الفقهية." (2)

(1)التنظير الفقهي. ص186

(2)المدخل الفقهي العام للزرقا. 329/2

أولاً/: تعريف النظريات الفقهية:

1-تعريف النظريات: النظريات جمع نظرية وهي في اللغة مأخوذة من النظر. وتتسع مادة نظر في اللغة لعدة

معان:

-الإبصار: وهو يتعدى إلى المبصرات بنفسه ويتعدى إلى المعاني بفي، فقولهم: نَظَرْتُ في الكتاب. هو على حذف معمول، والتقدير "نَظَرْتُ" المكتوب في الكتاب. ومن هذا المعنى في القرآن قول العزيز الحميد: واغرقنا آل فرعون وأنتم تنظرون"

-الانتظار: وفي التنزيل: { مَا يَنْظُرُونَ إِلَّا صَيْحَةً وَاحِدَةً } أي ما ينتظرون.

-التفكر والتدبر: ومنه قوله تعالى: " قل انظروا ماذا في السموات والأرض"⁽³⁾

ويطلق النظري وهو الذي يحتاج إلى تأمل ونظر على ما يقابل الضروري.

أما عن المفهوم العام لمصطلح النظرية فهو يعنى به مجموعة الآراء والفرضيات التي تفسر بها الوقائع العلمية أو الفنية.⁽⁴⁾

تعريف الفقهية: الفقهية قيد في النظريات لإخراج ما ليس فقهيا منها كـنظريات الفلسفة والقانون وسائر العلوم. ويطلق الفقه في اللغة على الفهم والعلم.⁽⁵⁾

والفقه اصطلاحاً: " العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية."⁽⁶⁾

2-التعريف اللقبى للنظريات الفقهية: تعرض بعض العلماء المعاصرين الذين كتبوا في النظريات الفقهية لتعريف مقصودهم من هذا الفن في التأليف. ومن أشهر هؤلاء الشيخ مصطفى الزرقا الذي عرّف النظريات بقوله: " نريد من النظريات الفقهية الأساسية تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حدة

(3) تاج العروس 255/14، المصباح المنير للفيومي. ص315

(4) المعجم الوسيط 932/2

(5) تاج العروس 457/36

(6) الإبهاج في شرح المنهاج 28/1

نظاماً حقوقياً موضوعياً منبثاً في الفقه الإسلامي كإثبات أقسام الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني، وتحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام، وذلك كفكرة الملكية وأسبأها، وفكرة العقد وقواعده ونتائجه، وفكرة الأهلية وأنواعها ومراحلها وعوارضها.. " (7)

وغير بعيد عن تعريف الزرقا تعريف الدكتور وهبة الزحيلي بقوله: " النظرية: معناها المفهوم العام الذي يؤلف نظاماً حقوقياً موضوعياً تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة، كنظرية الحق، ونظرية الملكية، ونظرية العقد، ونظرية الأهلية، ونظرية الضمان، ونظرية الضرورة الشرعية، ونظرية المؤيدات الشرعية من بطلان وفساد وتوقف وتخيير ونحو ذلك مما أذكره هنا. " (8)

ويمكن أن نستخلص من هذين التعريفين الأبعاد والمعاني التي يقوم عليها التعريف الاصطلاحي للنظرية.

1- العموم والشمول بحيث يشمل جزئيات متعددة وعناصر كثيرة.

2- الوحدة الموضوعية: ورغم أن البعد الأول وهو العموم الذي تندرج تحته جزئيات متعددة إلا أنها ترجع كلها إلى موضوع واحد معين يحكم جميع هذه الجزئيات والعناصر المختلفة. (9)

3- التنظيم الحقوقي: والذي يقصد منه تنظيم المجتمع وضبط علاقات الأشخاص ببيان ما يجب لهم من حقوق وما يجب عليهم من التزامات وحدود وفق ما حددته الشريعة الإسلامية وانتهى إليه الفقه الإسلامي. (10)

*الاعتراض على مصطلح النظرية:

لقد سبق وأن ذكرنا أن مصطلح النظرية من المصطلحات المعاصرة التي تم تداولها في الدراسات المعاصرة في فقه القوانين والتشريعات الوضعية وغيرها وقد حصل خلاف بين العلماء المعاصرين في الدراسات الإسلامية في استعمال هذا المصطلح في دراسة أحكام الفقه الإسلامي. وجدير بالتنبيه أن محل الاعتراض ليس في المنهج

(7) المدخل الفقهي 329/2

(8) الفقه الإسلامي وأدلته 2837/4

(9) العناصر المختلفة كبيان التعريفات والخصائص والشروط والأركان والآثار والتي تأتي الفروع الفقهية كأمتلة توضيحية لها. انظر. التنظير الفقهي لجمال عطية. ص 186

(10) في تعريف النظام الحقوق انظر كتاب الأصول العامة لنظام التشريع. محمد مصطفى. ص 26

الدراسي الذي يقتضيه مصطلح النظرية أو المفهوم العام للنظرية كما سبق بيانه وهو جمع جميع المسائل والجزئيات المنتشرة في سائر الأبواب الفقهية والتي تربط بينها صلة فقهية بحيث تشكل وحدة موضوعية واحدة في إطار هندسي شامل لجميع هذه الجزئيات والمسائل. وإنما الاعتراض هو في استعمال المصطلح نفسه لأن مصطلح النظرية تعبير عن الفكر الإنساني والجهد الذهني العقلي الذي يبذله الإنسان أما الأحكام الشرعية فهي راجعة إلى النص الشرعي أو إلى ما تضمنه النص الشرعي. وفي هذا الصدد يقول الدكتور عمر سليمان الأشقر: " وهذه التسمية: النظريات الفقهية تحتاج إلى إعادة نظر فالنظرية وليدة الفكر الإنساني والأحكام الشرعية كثير منها منزل منصوص عليه ، وليس نتاجاً للفكر الإنساني، ولذلك كان الفقهاء أدق لما سموها أحكاماً، وكل مجموعة متجانسة من الأحكام عقدوا لها باباً، وبعض المعاصرين يميلون إلى تسمية هذه النظريات بنظم الإسلام، وهذا أقرب." (11)

ويقول الدكتور محمد صدقي البورنو: " وهل لنا أن نطلق على ما ثبت بطريق الشرع وبالأدلة الشرعية كلمة (نظرية) التي وضعها من وضعها للدلالة على ما توصلت إليه عقولهم وأفكارهم من مبادئ وقواعد؟

إن علماءنا السابقين رحمهم الله تعالى عندما قعدوا هذه القواعد وأصلوا هذه الأصول أرادوا بها أن تكون أسساً وأصولاً وقواعد تبنى عليها أحكام ثابتة لمسائل واضحة، ولذلك أعطوها اسماً هو الأصول وآخر هو القواعد دلالة على رسوخها في معانيها ودلالاتها كرسوخ أسس البناء وثباتها واعتماد ما يبنى عليها.

وأما النظرية (فكما عرفنا) هي مشتقة من النظر الذي يراد به هنا البحث العقلي ويعبر عنه بالنظري، وهو ما يتوقف حصوله على نظر واكتساب كتصور النفس والعقل، وقد يكون ما يتوصل إليه عن طريقه حقاً وصدقاً وقد يكون باطلاً وكذباً وخطأً. " ثم انتهى إلى أن النزاع يكون في أمرين: الأول منهما: أن هذه المصطلحات وإن أُريد منها أن تدل على ما أرادوه هي مصطلحات مستوردة ليست نابعة من صلب فقها وشرعنا الذي يجب كما أعتقد أن يكون خالصاً من كل شائبة تقليد لغيرنا. والأمر الثاني: هو دلالة هذه المصطلحات على موضوعاتها، فهل تدل كلمة نظرية على حقيقة المصطلح الفقهي التي وضعت عنواناً له، عدا عن أن تكون أدل على المقصد الفقهي، من الكلمة النابعة من صلب الفقه الإسلامي وأصوله؟" (12)

(11) تاريخ الفقه الإسلامي. ص 208

(12) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية. ص 91-9

والحقيقة أن استعمال مصطلح ما للدلالة به على معنى أو مفهوم معين سائق لا ينبغي أن يتوجه إليه النكران ما لم يكن عاديا على الألفاظ الشرعية ومعانيها بالإبطال أو التحريف أو التغيير ومعنى هذا أن وجود اللفظ الشرعي يحتم ضرورة استعماله والالتزام به والاستغناء به عن غيره من المصطلحات الحادثة أو المستحدثة وإن أريد باستعمالها نفس المعنى الذي أريد استعمال هذه الألفاظ الحادثة أو المستحدثة.

أما سائر الألفاظ والمصطلحات الأخرى فالشرط في استعمالها والاصطلاح على بعضها ألا تتضمن معنى مخالفا للشرعية يحق به الباطل ويبطل به الحق. ومما يرفع الحرج في استعمال هذا المصطلح -النظرية- للمعنى الذي وضع له أن الجميع متفقون على عدم اعتبار النظرية دليلا تبنى عليه الأحكام أو أصلا يعتمد عليه في الاستنباط بل غاية ما يدل عليه مضمون النظرية ومدلولها هو الكشف عن الجزئيات المتشابهة والتي تكون الفروع الفقهية أمثلة تطبيقية لها ثم إدراج هذه الجزئيات المتشابهة والمشاركة في عنوان جامع لها يحمل اسم النظرية هذا مع ما تقرر عند العلماء أن الفقه الإسلامي لا يأبى التجديد حتى في طريقة عرضه وأسلوب صياغته وتقريبه للناس.

(13)

****الفرق بين النظريات والقواعد الفقهية:**

إن توضيح الفروق بين النظريات الفقهية وما يتصل بها من القواعد الفقهية أو الضوابط أو حتى القواعد الأصولية تأكيد على مباينة النظريات الفقهية للقواعد الفقهية ومغايرتها لها لأن بعض العلماء المعاصرين ومنهم الشيخ الجليل أبو زهرة يرون أن النظريات الفقهية مرادفة للقواعد الفقهية ففي كتابه أصول الفقه يقول رحمه الله: " إنه يجب التفرقة بين علم أصول الفقه، وبين القواعد الجامعة للأحكام الجزئية، وهي التي مضمونها يصح أن يطلق عليها النظريات العامة للفقه الإسلامي، كقواعد الملكية في الشريعة، وكقواعد الضمان، وكقواعد الخيارات، وكقواعد الفسخ بشكل عام ". (14)

(13) المدخل في الفقه الإسلامي. محمد مصطفى شليبي. ص 329

(14) أصول الفقه. ص

ولا واقع كما قال الزرقا أن القواعد الفقهية غير النظريات الفقهية فالقواعد عبارة عن ضوابط وأصول فقهية تراعى في تخريج أحكام الحوادث ضمن حدود تلك النظريات الكبرى فقاعدة العبر في العقود للمقاصد والمعاني ليست سوى ضابط في ناحية مخصوصة من ميدان أصل نظرية العقد وهكذا سواها من القواعد. (15)

والبحث في الفروق بين النظريات الفقهية والقواعد الفقهية يقتضي ضرورة وجود تشابه بينهما ويتمثل في أن كلاً من النظريات والقواعد له فروع فقهية وجزئيات كثيرة من أبواب فقهية شتى تجتمع فيما بينها بوجود صلة فقهية مشتركة.

أما وجه التفريق بين النظريات والقواعد فيمكن فيما يلي:

1- القواعد الفقهية عبارة عن حكم فقهي ولهذا نجد صيغتها دائماً صيغة خبرية بخلاف النظريات الفقهية فإنها ليست أحكاماً في ذاتها. فنظرية العقد مثلاً لا تتضمن حكماً في ذاتها بخلاف قاعدة اليقين لا يزول بالشك حيث تتضمن حكماً لكل مسألة وجد فيها الشك.

2- القاعدة الفقهية تتضمن حكماً واحداً يطبق على سائر الفروع المندرجة تحتها أما النظريات الفقهية فإنها تتضمن أحكاماً مختلفة ومتنوعة للجزئيات والمسائل المندرجة تحتها بحسب اعتبار الشروط لصحتها وجوازها مثلاً. فنظرية العقد مثلاً قد يحكم للعقد بأنه صحيح أو باطل أو فاسد أو قابل للتصحيح أو غير قابل للتصحيح وهكذا تختلف الأحكام باختلاف تحقق الشروط واعتبارها.

3- النظريات الفقهية أعم وأوسع من القواعد الفقهية وقد تدخل القواعد الفقهية في نطاق النظرية وتكون خادمة لها وقد تشمل النظرية الفقهية على مجموعة من القواعد الفقهية المختلفة في فروعها وجزئياتها وآثارها إلا أن بينها وصفاً مشتركاً أو موضوعاً عاماً واحداً. فمثلاً القواعد الفقهية التالية: العادة محكمة، استعمال الناس حجة يجب العمل به، لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان، المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، التعيين بالعرف كالتعيين بالنص... فهذه مجموعة من القواعد الفقهية رغم اختلاف فروعها وجزئياتها إلا أنه يمكن أن

ندرجها تحت عنوان عام جامع لها: " نظرية العرف " لأن العرف هو الموضوع العام الذي تتحد فيه هذه القواعد
الفقهية المختلفة... (16)

****علاقة النظريات الفقهية بالأبواب الفقهية:**

من المعلوم أن الأبواب الفقهية هي عبارة عن موضوعات فقهية لجملة من الأحكام والمسائل مندرجة تحت
قسم واحد يجمع هذه الأحكام والمسائل تحت جنس واحد يطلق عليه اسم الكتاب فكتاب الطهارة مثلا
يشتمل على عدة أبواب فقهية متجانسة كباب المياه باب إزالة النجاسة باب الوضوء باب قضاء الحاجة باب
نواقض الوضوء... فهذه الأبواب تنتمي إلى قسم واحد منها لكنها لا تجتمع تحت وحدة موضوعية واحدة.
وهذا ما يفرق الأبواب الفقهية عن النظريات الفقهية التي من أهم خصائصها وجود الوحدة الموضوعية.

****أهمية دراسة النظريات الفقهية:**

إن توجه عدد من الباحثين والعلماء المعاصرين لدراسة الفقه الإسلامي تحت مسمى النظريات الفقهية محاكاة
للمنهج الغربي في دراسة القانون والتشريع يجد أهميته في الأمور التالية:

- 1- التأكيد على أصالة الفقه الإسلامي وغناء موضوعاته ونظرياته وبالتالي ضرورة إحلاله المنصب اللائق به في
الحياة التشريعية والعملية للمسلمين بعد نكسة الاقتصاد المرّ التي حيكت ضده.
- 2- تقريب الفقه الإسلامي لكل دارس وطالب وتوطئته لهم بإعادة صياغته بجمع شتات مسائله وفروعه تحت
عنوان جامع لها.
- 3- تعليم الطلاب المفاهيم الأساسية ومنهج التفكير الفقهي السديد وليس تفاصيل وفروع الأحكام الفقهية
حيث إن هذه الأخيرة مظانها كتب الفروع. (17)

(16) المدخل لدراسة المذاهب الفقهية. علي جمعة. ص 417، القواعد الفقهية الباحثين. ص 149 وما بعدها.

(17) المدخل الفقهي للزرقا. ص 17

4-أكسب هذا النمط من الدراسات للموضوعات الفقهية شهادات واعترافات خالدة خاصة لأولئك المخدوعين ببريق الثقافة الغربية وفقهها التشريعي والقانوني في أحقية الشريعة في أن تكون ضمن مصادر التشريع العام باعتبارها تشريعا قائما بذاته. (18)

5-أسلوب النظريات الفقهية في التدوين الفقهي يجمع بين أمرين: الاتفاق مع الأذواق القانونية المعاصرة في الصياغة والمظهر والشكل والثاني المحافظة في الأحكام والأنظار الفقهية على أصله وجوهره فهو أسلوب في عرض الفقه الإسلامي نقله من الشكل الفروعى إلى الشكل الموضوعى. (19)

****تاريخ الكتابة في النظريات الفقهية:**

سبق وأن ذكرنا أن النظريات الفقهية من المناهج المستحدثة في كتابة الفقه الإسلامي تلبية لحاجة طلاب كليات الحقوق والقانون في دراسة الفقه الإسلامي محاكاة لمنهج دراسة الفقه التشريعي والقانوني الوضعي. ونتيجة لهذا الاحتكاك بالدراسات القانونية عمل بعض المدرسين والمؤلفين على كتابة الفقه الإسلامي وتقريبه للطلاب في شكل نظريات كما هو صنيع العلامة الزرقا رحمه الله تعالى الذي قال في هذا الشأن: " وسنجهد في استخلاص تلك النظريات الأساسية وتجريدها وجمع شتات عناصرها من شتى الأبواب الفقهية المنبثة فيها، ابرز كل منها في صورتها النظامية كاملة، وتتجلى حاكميتها في فروع الأحكام، وتكون تمهيدا لصياغة نظرية عامة جامعة لقواعد الأحكام المدنية في الفقه الإسلامي، كنظرية الالتزام العامة في الفقه القانوني الأجنبي." (20)

ولم يعرف الفقهاء المتأخرون فضلا عن المتقدمين كتابة الفقه ومسائله على هيئة النظريات بالمعنى الشائع اليوم فلا توجد نظرية عامة للعقد بل نجد في المدونات الفقهية القديمة الحديث عن كل عقد على حدة، عقد البيع، عقد الإجارة، عقد النكاح وسائر العقود الأخرى مستوعبين في كل عقد أحكامه ومسائله وفروعه المندرجة تحته. وأما الكتاب الذي ينسب إلى شيخ الإسلام تحت عنوان: "نظرية العقد" فهو من صنيع المحقق فضيلة الشيخ محمد حامد الفقي الذي أشار في مقدمة التحقيق لهذا بقوله: " وعندئذ اطمأنت إلى أني أستطيع أن

(18) المدخل للزرقا. ص24

(19) المدخل للزرقا. ص32

(20) المدخل. ص330

أخرج الكتاب النفيس باسم «نظرية العقد» على الوجه الذي أطمئن إليه. " (21) وقد ضمن شهادة الشيخ علي خفيف الذي قال بعد اطلاعه على النسخة المخطوطة: " إن هذا الكتاب يحقق نظرية العقد على أحدث الدراسات وإن من الواجب المبادرة بطبعه لحاجة الطلاب والأساتذة والقضاة والمحامين إليه". وأما العنوان الأصلي للكتاب فهو العقود. ولهذا تم طبعه مرة ثانية تحت هذا العنوان الأصلي.

ويمكن أن نرجع بداية استخدام مصطلح النظرية إلى ظهور الاستشراق (22) وما أعقبه من هجمات التشويه والظعن للتراث الفقهي والتشريع الإسلامي من العجز والقصور عن مواكبة العصر ومتطلبات المدنية الحديثة وعدم اصالة مباحثه ومسائله. مما حدا ببعض الغيورين على الدين وأحكامه بالتصدي عمليا وعلميا لهذه الشبه حيث أثبتوا بجدارة حيوية الشريعة وكونها من مصادر التشريع العام بشهادة القوم أنفسهم كما سبق بيانه واستطاعوا فعلا أن يعيدوا صياغة المادة الفقهية على نحو يتلاءم مع منهج النظريات القانونية الذي عرفه الغربيون. ولعل أهم الكتب التي تعتبر باكورة التأليف على هذا المنوال كتاب الشيخ مصطفى الزرقا المدخل الفقهي العام الذي ضمنه في قسمه الثاني طائفة من النظريات بدأها بنظرية الملكية ثم نظرية العقود، نظرية المؤيدات الشرعية، نظرية البطالان والفساد والتي تتفرع عن نظرية المؤيدات الشرعية، نظرية الأهلية والولاية، نظرية العرف. وقد أفصح المؤلف عن هدفه من الكتاب بقوله: " وهدفي فيه أن أقلب صياغة الفقه الإسلامي، فأبني من قواعده ومبادئه نظرية عامة على غرار نظرية الالتزام العامة في الفقه القانوني الأجنبي الحديث خدمة لفقهنا الإسلامي الجليل. " (23)

(21) كانت سنة طبع الكتاب تحت عنوان "نظرية العقد" سنة 1368 هـ الموافق ل 1949 م

(22) هناك خلاف في ضبط تاريخ ظهور الاستشراق بشكل دقيق فبعض الباحثين يرى أن بداية الاستشراق كان في بداية القرن العاشر الميلادي وبعضهم أرجعه إلى القرن الثاني عشر وفريق آخر أرجعه إلى القرن الثالث عشر ميلادي. انظر الاستشراق والمستشرقون- ما لهم وما عليهم-

مصطفى السباعي. ص 17

(23) المدخل للزرقا. ص 29



نظرية الأهلية

تعتبر الأهلية من الصفات الأساسية التي ترافق الشخص في جميع أطوار حياته وتسايهه في كل خطوة يخطوها في أفعاله وتصرفاته. ذلك أن جميع الأفعال والتصرفات التي يجري عليها الصحة والبطالان تتوقف آثارها ونتائجها المقصودة منها - أي هذه الأفعال والتصرفات - على وجود صفات في الفاعل والقائم بالتصرف إلا إذا كان هذا التصرف باطلاً مهمل النتائج والآثار. والصفات المخصوصة التي يطلب توفرها في الفاعل والقائم بالتصرف هي التي يعبر عنها بالأهلية. وقد عد الفقهاء والأصوليون من جملة أسباب بطلان العقود والتصرفات انعدام الأهلية في القائم بالتصرف ونصوا أن من شرائط الانعقاد أن يكون العاقد أهلاً للعقد. فعقود المعاوضات والجنايات وكذا العبادات البدنية (24)

وسائر التصرفات الأخرى كلها يشترط لصحتها وترتب آثارها ونتائجها أهلية في الفاعل والمتصرف.

وعليه يمكن أن نقول إن الأساس الذي تقوم عليه الأهلية هو وجود صفات مخصوصة يشترط الشرع وجودها في الشخص الفاعل والمتصرف ليكون مخاطباً بالتكاليف الشرعية - ثبوت الأحكام الشرعية - ولتصح منه تصرفاته ويتحمل تبعاتها. (25)

والبحث في نظرية الأهلية يتطلب منا دراسة الفروع التالية:

الفرع 1: تعريف الأهلية

الفرع 2: أنواع الأهلية وتقسيماتها

الفرع 3: مراحلها في أطوار حياة الإنسان.

(24) العبادات البدنية كالصلاة والصيام والحج تتطلب هي الأخرى نوعين من الأهلية: -أهلية لتصح منه ولو كان غير مكلف بها لأن العبادات قد تعقد وتصح من الصغير وهو غير مكلف بها كالحج مثلاً... -أهليه لتجب عليه فيصبح مكلفاً بها مسؤولاً عن تركها. [المدخل الفقهي للزرقا

الفرع 4: عوارضها وما يهجم عليها.

* * *

الفرع الأول: تعريف الأهلية

1- لغة: يدور معنى الأهلية في اللغة على الصلاحية والجدارة والاستحقاق يقال: فلان أهل للرياسة أي صالح جدير مستحق لها. وأهله لذلك تأهيلا، وآهله بالمد رآه له أهلا ومستحقا. واستأهله استوجبه. وأهلية الإنسان للشيء صلاحيته لصدور ذلك الشيء منه وطلبه منه وقبوله إياه. وهو أهل لكذا: أي مستوجب له، ومستحق. ومنه قوله تعالى: "هو أهل التقوى وأهل المغفرة." (26)

2- اصطلاح الفقهاء:

إن الملاحظ على أغلب التعريفات الاصطلاحية للأهلية يجدها متفقة على اعتبار حقيقة الأهلية والتي هي عبارة عن وصف يقوم بالمحكوم عليه بحيث يجعله محلا صالحا لأن يتعلق به الحكم الشرعي أو يتوجه إليه الخطاب التشريعي. وبعض هذه التعريفات عبرت عن هذا الوصف بلفظ الصلاحية الذي هو من المعاني اللغوية للأهلية.

ففي شرح التلويح: "الأهلية وصف يصير به الإنسان أهلا لما له وعليه." (27)

ولا يخفى لزوم الدور في هذا التعريف في قوله: "أهلا" إضافة إلى اقتضائه على أحد نوعي الأهلية في التعريف وهي أهلية الوجوب. ومثل هذا الاعتراض يعترض به على تعريف الجرجاني في قوله: "الأهلية عبارة عن صلاحية لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه." (28)

(26) تاج العروس 42/28

(27) 337/2

(28) التعريفات. ص 40

وعرفها في فصول البدائع بقوله: "الصلاحية للوجوب له وعليه شرعا أو لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعا." (29)

والتعبير عن الصلاحية إشارة للوصف القائم بالمحكوم والذي يصح أن يتعلق به الحكم كما ذكر صاحب مسلم الثبوت في تعريف الأهلية بقوله: "هي كون الإنسان بحيث يصح أن يتعلق به الحكم." (30)

وقد انتهى الشيخ الزرقا رحمه الله تعالى في المدخل بعد ملاحظته لهذا الوصف الذي يعبر عن حقيقة الأهلية وما يترتب عليه من صحة تعلق الحكم بمن قام به هذا الوصف فقال في تعريف الأهلية: "صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا لخطاب تشريعي." (31)

شرح التعريف: قوله "صفة": أي معنى لأن أهليات الأشخاص هي عبارة عن صفات تكاملية في الإنسان فحياة الإنسان عبارة عن مراحل يتكامل فيها الإنسان جسما وعقلا وبهذا التكامل التدريجي يتهيأ الإنسان أولا لثبوت الحقوق له ثم لثبوتها عليه ثم لصحة بعض الأفعال والتصرفات التي تصدر عنه ثم في النهاية يتهيأ للمسؤولية عن الاخلال والتقصير فيما يوجبه عليه الشارع وعن الالتزامات التي يلتزمها بإرادته الحرة وتكامل هذه الأهلية حتى يصل الإنسان إلى مرحلة الرشد. هذا التكامل الإنساني الذي يمر به الإنسان هو عبارة عن صفة وقابلية في الشخص تنمو وتتطور وتتسع تدريجيا كسائر المواهب والمدارك الأخرى للإنسان حتى تصل إلى كمالها في مرحلة الرشد.

قوله: "يقدرها الشارع": هذه الصفة التي من آثارها قابلية الشخص لثبوت الحقوق له أو عليه وصحة التصرفات وتحمل التبعات والالتزامات، يعود أمر تقديرها وتعيين درجاتها تبعا لمراحل التكامل في الشخص إلى الشارع

(29) فصول البدائع في أصول الشرائع. شمس الدين الفناري 1/313. ويقترَب من هذا التعريف تعريف الدكتور وهبة الزحيلي بقوله: "هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه وصحة التصرفات منه." انظر: الفقه الإسلامي وأدلته.

نفسه لأنه الحاكم⁽³²⁾ على الناس بأوامره ونواهييه بما يصلح الناس ويحفظ عليهم منافعهم ومصالحهم وحقوقهم أفرادا وجماعات. فالذي يعود إليه تقدير كفاءة الناس وصلاحياتهم لهذه الأحكام والتصرفات هو الشارع نفسه.

-**المراد من الخطاب التشريعي:** الحكم الشرعي لأنهما مترادفان في اصطلاح علم أصول الفقه⁽³³⁾. وهو شامل لجميع ما خاطب به الشارع العباد وما شرعه لهم من أحكام سواء منها ما تعلق بعبادات البدن من الصلاة والصيام أو ما تعلق منها بمعاملاتهم وتصرفاتهم المدنية وما يترتب على ذلك من التزامات وحقوق، كتففيذ العقود وضمان المتلفات وانتقال الأملاك وردّ المغصوبات ووجوب النفقات ومانعية القتل للميراث، وغيرها تسمى خطابات تشريعية⁽³⁴⁾ وهي في الوقت نفسه أحكام شرعية حكم بها الشارع أمرا ونهيا وألزم بها. وتنكير كلمة خطاب تشريعي: حتى يشمل أدنى أهليات الإنسان ما دامت الأهلية درجات ومراحل حتى يشمل أدنى الأهليات لأقل الأحكام كأهلية الجنين لثبوت الحقوق له كما سيأتي بيانه.⁽³⁵⁾

ثانيا/ أنواع الأهلية.

قسّم علماء الأصول⁽³⁶⁾ الأهلية بالمعنى العام الذي سبق بيانه إلى قسمين أساسيين: أهلية وجوب وأهلية أداء.⁽³⁷⁾

(32) قال الشوكاني: "لا خلاف في كون الحاكم الشرع بعد البعثة وبلوغ الدعوة." إرشاد الفحول 28/1. وانظر البحر المحيط للزركشي: "مسألة لا حاكم إلا الشرع." 175/1

(33) قال ابن مفلح: "نص أحمد رحمه الله أن الحكم: "خطاب الشرع". أصول الفقه 180/1. وانظر التحبير شرح التحرير في أصول الفقه. للمرداوي 790/2

(34) فقله تعالى: "وأقيموا الصلاة" وقوله: أوفوا بالعقود" وقوله: "لينفق ذو سعة من سعته"، وقوله: "والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا" وقوله ﷺ: "لا يرث القاتل"، وقوله ﷺ: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه" وغيرها كلها خطابات تشريعية وهي أحكام تكليفية أيضا.

(35) انظر في شرح هذا التعريف المدخل الفقهي للزرقا 387-388

(36) شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني 321/2، كشف الأسرار شرح أصول البردوي. عبد العزيز البخاري 237/4

(37) وهذا التقسيم يعتمد أساسا على ملاحظة الوصف القائم بالمحكوم عليه والذي يتعلق به الحكم الشرعي أو يتوجه إليه الخطاب التشريعي. ولما كان هذا الوصف مختلفا ومتفاوتا فكذلك ما يتعلق به ويرتبط به وهو الحكم الشرعي. فالأحكام الشرعية التي تتعلق بالأهلية في حال كمالها وتماها ليست هي الأحكام الشرعية التي تتعلق بالأهلية في حال قصورها ونقصانها. ولأن الحكم الشرعي أيضا ينقسم إلى حكم وضعي ولحكم

1- أهلية الوجوب: عرّفها التفتازاني بقوله: "صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق المشروعة له وعليه." (38)

ويمكن تعريفها بأنها: "صفة مقدرة في المحل تقبل الإلزام والالتزام." (39)

ومعنى هذا التعريف: صلاحية الإنسان لأن تثبت له حقوق على غيره وأن تجب عليه واجبات لغيره.

-المراد بالإلزام: ثبوت الحقوق له. كانتقال الملكية له فيما يشتره أو يقترضه استحقاقه للنفقة عند قيام سببها الفقر والعجز استحقاقه قيم المتلفات من أمواله على من أتلّفها...

-والمراد بالالتزام ثبوت الحقوق عليه. كالتزامه بدفع الأثمان في البياعات والأجر في الإجازات وترتب قيم المتلفات عليه، وثبوت نفقة من تجب عليه نفقتهم...

فكل أهلية يتطلبها الشارع في الشخص حتى تثبت له الحقوق أو تترتب عليه التزامات تسمى أهلية وجوب. وعليه يمكن القول بأن أهلية الوجوب تقوم على عنصرين اثنين: العنصر الأول: القابلية للإلزام والتي تؤهله لأن يكون دائما لغيره والعنصر الثاني: القابلية للالتزام والتي تؤهله لأن يكون مدينا لغيره. (40)

مناط أهلية الوجوب: مناط هذه الأهلية الحياة فمتى ثبتت للشخص الحياة ثبتت معها أهلية الوجوب ومتى تحققت الحياة وجدت الذمة أو كما يسميها الشيخ الزرقا الصفة الإنسانية (41) فلا علاقة لهذه الأهلية بالسن ولا بالعقل ولا بالرشد بل كل إنسان في أي طور من أطوار حياته وعلى أي صفة كان عليها تثبت له هذه الأهلية ويكون متمتعاً بكامل أهلية الوجوب فتثبت للجنين كما تثبت للصبي والبالغ وتثبت للمجنون كما تثبت للعاقل والراشد...

تكليفي وأحكامهما مختلفة فالأول لا يشترط له العلم والقدرة بخلاف الثاني. يقول ابن القيم: "فأحكام التكليف تتفاوت بحسب التمكن من العلم والقدرة." إعلام الموقعين 138/6

(38) التلويح شرح التوضيح للتفتازاني 321/2،

(39) الفروق للقرائي 33/3. وهو تعريف عرّف به الذمة والتي تعتبر مناطا لثبوت هذه الأهلية. وهو نفس تعريف شيخه العز رحمة الله.

(40) المدخل للزرقا. 786

(41) التعبير بوصف الإنسانية عن مناط أهلية الوجوب سبق إليه الغزالي في المستصفى بقوله: "وأما أهلية ثبوت الأحكام في الذمة فمستفاد من الإنسانية التي بما يستعد لقبول قوة العقل الذي به فهم التكليف في ثاني الحال... وشرط الإنسانية الحياة." [المستصفى. ص67]

ثم إن هذه الأهلية لا تثبت إلا بعد وجود ما يسميه الفقهاء بالذمة الصالحة أي الصالحة للوجوب فهي محل الوجوب وعليها قيامه. يقول السرخسي: " أصل هذه الأهلية لا يكون إلا بعد ذمة صالحة لكونها محلاً للوجوب فإن المحل هو الذمة ولهذا يضاف إليها ولا يضاف إلى غيرها بحال ولهذا اختص به الآدمي دون سائر الحيوانات التي ليست لها ذمة صالحة. " (42)

والذمة في اللغة: مأخوذة من ذمته أذمه بخلاف مدحته فهو ذميم ومذموم أي غير ممدوح ومعناه اللوم في الإساءة. تقول: قضى مذمته، بكسر الذال وفتحها: أحسن إليه لئلا يذم.

وللذمة معان كثيرة في اللغة. فمن معانيها:

-العهد: يقال أهل الذمة المعاهدون من أهل الكتاب.

-الأمان: ذمة الرجل أمانه، وسمي الذمي، لأنه يدخل في أمان المسلمين.

- الحق فلان له ذمة أي حق والذمام الحق والحرمة إذا ضيعتها تلزمك المذمة.

-الكفالة والضمان: تقول: في ذمتي كذا أي في ضماني. وفي الحديث: "... فقد برئت منه الذمة " أي: أن لكل أحد من الله عهداً بالحفظ والكلاءة فإذا ألقى بيده إلى التهلكة أو فعل ما حرم عليه أو خالف ما أمر به فقد خذلته ذمة الله تعالى. (43)

الذمة اصطلاحاً: الذمة كما عرفها صدر الشريعة هي عبارة عن: " وصف يصير به الإنسان أهلاً لماله وما عليه. " (44)

(42) أصول السرخسي

(43) تاج العروس 203/32 وما بعدها، المصباح المنير للفيومي 210/1 ، القاموس المحيط. ص1110

(44) شرح التلويح على التوضيح 323/2

وعرفها القراني رحمه الله تعالى بقوله: " معنى مقدر في المكلف يقبل الإلزام والالتزام " (45) وهو تعريف يقترب كثيرا من تعريف شيخه العز بل لا يخرج عنه في قوله: " معنى مقدر في المحل يصلح للإلزام والالتزام " (46) وبغير هذا المعنى المقدر في الانسان لا يصح شيء من الالتزامات ولا الإلزامات. (47)

وعرفها فخر الإسلام البزدوي بما يدل على أنها ذات لها وجود حقيقي فقال: " هي نفس ورقبة لها ذمة وعهد. " (48)

وإنما سموا النفس ذمة ليشيروا إلى أن النفس إنما كانت صالحة للتكليف بسبب ذلك العهد المشار إليه في قوله تعالى: " وإذ أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذرياتهم. "

ويمكن الاستدلال على وجود الذمة بما يلي:

1- قوله تعالى: " وإذ أخذ ربك من بني آدم. " وجه الدلالة أن هذا إخبار من الله تعالى أنه قد أخذ عهدا على بني آدم أن يقرؤا بوجدانته وأشهد عليهم وأقرؤا بذلك. وهذا دليل على أنهم بموجب هذا العهد والإقرار مطالبون بحقوق الله تعالى لوجوبها عليهم دون غيرهم من سائر الحيوانات فلا بد فيهم من وصف جعلهم أهلا للوجوب وهذا الوصف هو الذمة. (49)

2- قوله تعالى: " وكل إنسان ألزمناه طائره... " طائره أي عمله ألزمناه به لزوم القلادة العنق واستعار العنق للذمة فكما يلزم القلادة العنق يلزم العمل الذمة فبالذمة يتعلق الوجوب والتكليف فيكون معنى الآية وكل إنسان ألزمناه عمله في ذمته بمعنى أنه يتعلق بها وجوب هذا العمل ووجوب أدائه. (50)

(45) الفروق 33/3، نفايس الأصول 3547/8

(46) غمز عيون البصائر 6/4

(47) ترتيب الفروق واختصارها 155/2

(48) أصول البزدي. ص 324

(49) شرح التلويح 322/2

(50) شرح التلويح 322/2، كشف الأسرار 337/4

3- قوله تعالى: "إنا عرضنا الأمانة... والأمانة هي التكليف الشرعية وقد تقبلها الإنسان دون غيره فلا بد من خصوصية فيه تؤهله لحمل هذه التكليف ولوجوبها عليه وهي غير موجودة في غيره من المخلوقات وهي الذمة. (51)

أما أهلية الاستحقاق وهي الوصف الذي يصير به الإنسان أهلا لما له فأدلتها كثيرة منها قوله تعالى: "هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا" "وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها" فما دام بنو الإنسان مستحقين للمنافع التي خلقها الله تعالى في الأرض فلا بد فيهم من وصف يكونون به أهلا للاستحقاق وهو الذمة. (52)

-وجود الذمة في الإنسان وكونها مناطا للحقوق والواجبات هذا مذهب جمهور العلماء بل ادعى بعضهم اتفاق أهل الشرع عليه في الصدر الأول من الصحابة والتابعين. قال أبو يزيد الدبوسي: "قال القاضي رحمه الله: لا خلاف أن آدمي يخلق هو أهل لإيجاب الحقوق عليه كلها. فإنه يخلق وعليه عشر أرضه وخراجها بالإجماع، وعليه الزكاة على قول أهل الحجاز." (53)

وذهب بعضهم إلى إنكار الذمة مناطا للحقوق والواجبات وإنما مناطها أمر الله تعالى وأن الذمة أمر مخترع لا حاجة إليه (54) وهو مردود بما سبق إيراده من أدلة.

أقسام أهلية الوجوب: تنقسم أهلية الوجوب إلى قسمين: أهلية وجوب ناقصة، وأهلية وجوب أهلية كاملة.

أ-أهلية الوجوب الناقصة: هي صلاحية الإنسان لأن ثبت له حقوق على غيره دون أن يثبت عليه حقوق لغيره. وتثبت هذه الأهلية للجنين قبل الولادة حيث تثبت له بعض الحقوق التي له فيها منفعة ولا تحتاج إلى قبول كثبوت النسب من أبويه والإرث والوصية والاستحقاق في غلة الوقف. (55) ولا يجب عليه حق أبدا حتى لو اشترى له وليه شيئا لم يجب الثمن في ماله ولا يجب عليه شيء من النفقات وغيرها. وإنما كانت أهلية الجنين

(51) شرح التلويح/339/2

(52) شرح التلويح/339/2

(53) تقويم الأدلة في أصول الفقه. ص417

(54) كشف الأسرار/4/338، شرح التلويح/2/321

(55) تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود. بدران. ص428

ناقصة لأنه يعتبر جزءاً من أمه من وجه حسا وحكما⁽⁵⁶⁾ إذ يتحرك بحركتها ويتبعها في بعض الأحكام فهو بهذا الاعتبار ليس له أي حق من الحقوق. وهو من وجه آخر مستقل الحياة ومستعد للانفصال وصورته نفساً برأسه وهو بهذا الاعتبار تثبت له حقوق وتجب عليه واجبات. فلهذا تم مراعاة الوجهين فأثبت له الحقوق ولم يلزم بالواجبات. (57)

ب- أهلية الوجوب الكاملة: هي صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق المشروعة له وعليه.

وتثبت هذه الأهلية للإنسان بعد ولادته حيا حيث يكون صالحا لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يجوز للولي أو الوصي أن يؤديها عنه بالنيابة كالحقوق المالية كتمن شيء ونفقة قريب محتاج. (58)

وقد سمي الإمام الغزالي أهلية الوجوب الكاملة أهلية ثبوت الأحكام في الذمة وجعل مناطها الإنسانية فقال رحمه الله تعالى: "أما أهلية ثبوت الأحكام في الذمة فمستفاد من الإنسانية... وشرط الإنسانية الحياة" (59)

***ما يترتب على أهلية الوجوب:** لا أثر لأهلية الوجوب بنوعيتها في إنشاء العقود فقد يكون الشخص ذا أهلية وجوب كاملة إلا أنه لا يكون أهلا لإنشاء عقد كما في حالة الصبي غير المميز فهو متمتع بأهلية وجوب كاملة ولكنه إذا عقد عقداً أو تصرف تصرفاً ولو كان نافعا نفعاً محضاً له كقبول هبة ونحوها لا يصح عقده ولا تصرفه لأن عبارته ملغاة غير معتد بها كما أن جسمه لا يقوى على تحمل التكاليف لضعف جسمه وعجزه وربنا يقول: "لا يكلف الله نفساً إلا وسعها" أو لأن المقصود من الأداء لا يتحقق منه. مثل أن يكون المقصود من الأداء قصد الامتثال - كالإيمان والعبادات البدنية كالصلاة والصوم - ليتحقق الابتلاء ويتبين العاصي من المطيع، وهذا يتطلب فهم الخطاب وهو لا يتأتى من الصبي غير المميز..

(56) أما حساً فلأن حركته وسكونه مرتبطة بأمه يتحرك إذا تحركت ويسكن إذا سكنت فهو كسائر أعضائها كيدها ورجلها وأما حكماً فإنه يثبت له حكم العتق والرق والبيع تبعاً لأمه.

(57) كشف الأسرار 4/338

(58) تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود. بدران. ص 428

(59) المستصفى 1/159

والخلاصة إذا كان الحق يحصل المقصود منه بأداء ولي الصبي فهو يثبت في حقه وتشغل به ذمته - متى وجد سببه - كبديل المعاوضات وِعوض المتلفات.. وأما ما كان من الحقوق لا يتحقق المقصود منه بأداء الولي - كالعبادات البدنية- فهو لا يثبت في حقه ولا تشغل به ذمته ولا يكون أهلا للمطالبة به.

2- أهلية الأداء: صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه على وجه يعتد به شرعا وتترتب عليه أحكامها. فإذا صلى مثلا أو فعل فعلا واجبا كان فعله مسقطا عنه الواجب ومعتد به شرعا كما أنه إذا اقترف جناية على نفس أو مال أو عرض أخذ بجنايته وعوقب على فعله ومناطق هذه الأهلية التمييز والعقل فلا تثبت للجنين قبل ولادته ولا تثبت له بعد ولادته حتى يبلغ سن التمييز.

ويتبين من هذا أن أهلية الأداء هذه لا وجود لها في الطفل قبل سن التمييز الذي يكون معه قادرا على فهم الخطاب التشريعي إجمالا بخلاف أهلية الوجوب التي تلازم الصفة الإنسانية في الوجود ولا يعترها عدم في الشخص أصلا.

***تقسيم أهلية الأداء:** تقسم أهلية الأداء إلى قسمين: أهلية أداء قاصرة، وأهلية أداء كاملة.

1- أهلية الأداء القاصرة: وهي صلاحية الإنسان لصدور بعض الأقوال والأفعال عنه على وجه يعتد بها شرعا. وهذه تكون للصبي المميز إلى البلوغ. وهذه يتوقف نفاذ التصرفات فيها على إذن الغير.

2- أهلية الأداء الكاملة: وهي صلاحية الإنسان لتوجه الخطاب ووجوب الأداء عليه وتكون هذه للبالغ العاقل دون أن تتوقف صحة تصرفاته على إذن أحد. والسبب في ارتباط هذه الأهلية بالبلوغ هو أن الأصل فيها أن تتحقق بتوافر العقل. وإن كان العقل من الأمور الخفية ارتبط بالبلوغ لأنه مظنة العقل والأحكام ترتبط بعلة ظاهرة منضبطة فيصبح الشخص عاقلا بمجرد البلوغ وتثبت له حينئذ أهلية أداء كاملة ما لم يعترضه عارض من عوارض الأهلية. وعندها يصبح الشخص أهلا للتكاليف الشرعية ويجب عليه أدائها ويأثم بتركها وتصح منه جميع العقود والتصرفات وتترتب عليه مختلف آثارها ويؤخذ شرعا على جميع الأعمال الجنائية الصادرة عنه. (60)

ولهذا فإنه يترتب على أهلية الأداء الكاملة أمران: الأول: توجه الخطاب ووجوب الأداء لتوافر قدرتين: قدرة فهم الخطاب وذلك بالعقل وقدرة العمل به وهي بالبدن.

والثاني: الاعتداد بجميع تصرفاته القولية والفعلية الصادرة عنه وتترتب عليها آثارها الشرعية.

أما أهلية الأداء القاصرة فقد بنى عليها الشرع صحة الأداء دون وجوبه، فلا يجوز إلزام العبد بالأداء لعدم كمال القدرتين وبلوغ إحدهما درجة الكمال. وإلزامه بالأداء قبل كمال القدرتين حرج من جهتين: من جهة الفهم لعدم كمال العقل ووجود أدناه، ومن جهة ثقل الأداء لعدم كمال قدرة البدن. (61)

*تقسيم الأفعال بالنسبة إلى الأهليات: (62)

يمكن تقسيم الأفعال التي تصدر من الإنسان والتي تترتب عليها آثار ونتائج شرعية من حيث علاقتها وارتباطها بالأهلية إلى نوعين:

النوع 1: أفعال لا يشترط في فاعلها العقل، بل يرتبط فيها الأثر بمجرد الفعل ارتباطا ماديا كارتباط سائر المسببات بأسبابها الطبيعية. وذلك كالفعل الضار من حيث كونه سببا مشروعا لضمان الضرر الحاصل به فلو أتلف الطفل غير المميز أو المجنون شيئا لغيره أصبح ملزما بضمان عوض ما أتلف أو عيَّب. وأمثلة هذه الأفعال تعتمد في الفاعل أهلية الوجوب فقط لتحمل نتائجها المالية.

النوع 2: أفعال يشترط في فاعلها العقل والفهم والإدراك لكي يعتد بها وتترتب عليها آثارها الشرعية لأن لتأثيرها ارتباطا بالمقاصد والنيات ولا اعتبار للإرادة والقصد بلا عقل أو إدراك. ومن هذا النوع جميع العقود وسائر التصرفات المدنية قولية أو فعلية كاستلام المبيع قبض الثمن فإنهما لا يصحان من الصبي غير المميز ومن هذا أيضا جميع العبادات البدنية من صلاة وصيام وحج... وأمثلة هذه الأفعال تعتمد أهلية الأداء في الفاعل لكي يعتد بها من حيث إن لتأثيرها ذلك الارتباط بالمقاصد والعقل.

*مراحل أهلية الإنسان في أطوار حياته:

(61) كشف الأسرار 4/350

(62) المدخل للزرقا. ص788، تاريخ الفقه الإسلامي لبدران. ص429

تمهيد:

لقد سبق وأن ذكرنا أن أهليات الإنسان هي مراحل كمال إنساني يتدرج من خلالها الإنسان على حسب مراحل حياته وأطوار عمره بدءاً من مرحلة كونه جنيناً حتى بلوغه راشداً. والأهلية في كل هذه المراحل تتسع وتنمو وتكتمل شيئاً فشيئاً تسير أطوار الإنسان في حياته. حيث تبدأ من أهلية وجوب ناقصة حتى تنتهي بأهلية أداء كاملة. وبهذا يمكننا القول بأن مراحل الأهلية للإنسان تبدأ في أول مراحلها من الإنسانية وثبوت الحياة ثم من العقل والتمييز والإدراك إلى مرحلة الرشد.

وإذا كانت الأهلية صفة تكاملية في الإنسان تكتمل شيئاً فشيئاً فإن هذا الكمال لا يكون بعد شهر أو في سنة بعد سنة مثل ملكاته العقلية ومواهبه وجسمه وبدنه بل تكتمل على حسب كل طور من الأطوار التي يمر بها الإنسان. وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم نشأة الإنسان إلى أطوار خمسة: طور الاجتنان، طور الطفولة، طور التمييز، طور البلوغ، طور الرشد. (63)

الطور الأول: طور الاجتنان.

وهو الطور الذي يكون فيه الإنسان جنيناً أي حملاً في بطن أمه وبدايته من أول علوقه في الرحم ونهايته إلى الولادة. والذي يوافق هذا الطور من أنواع الأهليات أهلية الوجوب الناقصة: الصلاحية للإلزام دون الالتزام. حيث تثبت له بعض الحقوق دون أن يجب عليه شيء. والعلة في ثبوت هذه الأهلية أن الجنين له اعتباران: اعتبار كونه جزءاً من أمه يتحرك بحركتها وينتقل بانتقالها ويقرّر بقرارها فهو بهذا الاعتبار غير مستقل ليس أهلاً لشيء فلا يجب له حق ولا يكلف بواجب. واعتبار آخر هو أنه نفس مستقلة مستعدة للاتصال بالولادة فهو بهذا الاعتبار أهل لأن يجب له وعليه. فاعتباراً للأمرين - كونه جزءاً من أمه وكونه مستقلاً عنها - تثبت له بعض الحقوق الأساسية ولم يثبت عليه شيء. لأنه لا يخرج من الدنيا حياً لهذا ليس هناك حاجة إلى التوسع في منحه حقوقاً وربطه بالتزامات تكون عرضة للانتقاض.

لهذا ثبتت له بعض الحقوق الضرورية والأساسية وهذه الحقوق الضرورية هي كالتالي: وهي مما اتفقت عليه المذاهب الفقهية. (64)

1- النسب من أبويه.

2- الميراث من مورثيه إذا مات بحيث يوقف له أكثر النصيبين من تقديره ذكرا أو أنثى.

3- استحقاق ما يوصى له.

4- استحقاق ما يوقف عليه. لأن كلا من الوصية والوقف يصحان لمن سيوجد فصحتها لما هو موجود أولى. (65)

أما ما سوى هذه الحقوق الأربعة فالجنين ليس له استحقاق فيها فلا تجوز الهبة له، ولو اشترى له أبوه شيئا لم يجب عليه شيء من الثمن ولم تثبت له ملكية لأنه ليس أهلا للالتزام ولهذا صرح الفقهاء أن الجنين لا ذمة له. **ملاحظة:** في الفقه الحنبلي يعتبر ملك الجنين نافذا في الميراث منذ وفاة مورثه وقد فرعوا على ذلك أن المرأة الحامل وأقارب الحمل المستحقين للفقهاء ينفق عليهم من ميراث الحمل وسائر أمواله إن كان له أموال وهذا يدل على أن للجنين أهلية للالتزام وذمة في المذهب الحنبلي. (66)

الطور الثاني: طور الطفولة.

ويتبدئ هذا الطور من مرحلة ولادة الإنسان حتى بلوغه سن التمييز -السابعة من عمره- والتمييز أن يصير للإنسان وعي وإدراك يفهم خطاب الشارع إجمالا فيدرك معاني الأعمال الدينية والمعاملات المدنية ويفهم نتائج هذه المعاملات في تبادل الحقوق والالتزامات. فيفهم الفرق بين البيع والشراء وأن البيع يقتضي تسليم

(64) المدخل للزرقا. 792

(65) ملكية الجنين لما يوصى أو يوقف عليه متوقفة على ولادته حيا فإذا ولد ميتا ردّ ذلك إلى أهله المستحقين له. وإن ولد حيا ولو تقديرا - كما إذا أسقط بجنابة على أمه فيقدر حيا ولو نزل ميتا لأنه يقدر حيا ومات بفعل الجنابة للعدوان على أمه وأن سبب موته الجنابة- فتعطى لورثته غرته في الدية وملكية الوصية والوقف.

(66) شرح منتهى الإرادات. 540/2

المبيع، والشراء يقتضي تسليم الثمن ولو بصورة إجمالية. والطفل في هذه المرحلة يسمى صبيا غير مميز وإن كان له إدراك وتمييز في كثير من الأمور الطبيعية.

وفي هذا الطور تثبت للشخص أهلية وجوب كاملة -الإلزام والالتزام- فيستحق الحقوق ويلتزم بالواجبات التي تكون نتيجة ممارسة وظيفته عليه بعض التصرفات نيابة عنه فإذا اشترى له أو وهب له فإنه يملك المشتري والموهوب.

ويعقد عنه وظيفته أو وصيه نيابة عنه في بيع وقرض ورهن وإجارة... وتترتب عليه نتائجها.

وتثبت عليه سائر الالتزامات بأسبابها الشرعية فإذا تزوج له وظيفته ثبت المهر في ماله ووجب عليه النفقة الزوجية ونفقة الأقارب ويجب عليه قيمة المتلفات من مال غيره. قال ابن الساعاتي: " فالغرامات المالية لازمة للصبى؛ لتصور الأداء بالنائب، وكذا الصلوات التي تشبه المؤن؛ كنفقة الزوجة والقرابة." (67)

وفي هذا الطور لا تثبت للشخص أهلية الأداء فلا يعتد بشيء من التصرفات بنفسه من أقوال وأفعال. فأقواله هدر لا يترتب عليه حكم وعقوده باطلة ولو كان تصرفه يتضمن نفعا محضا كقبوله الهبة أو الصدقة لكن ينوب عنه وظيفته في هذا إذا احتاج إليها.

وأفعاله كذلك سواء كانت دينية كالصلاة والصيام أو مدنية كقبض المبيع أو الوديعة كلها لا يعتد بها فلا يصح تسليم المبيع مثلا للطفل وضمانه في حال هلاكه على البائع وليس على المشتري أو الطفل. وهكذا لو رد غاصب مال الطفل الذي غصبه وأعطاه للطفل فإنه لا يصح ويضمن إذا هلك.

وغذا جنى الطفل جناية ولو قتلا فلا يؤخذ بشيء ولا يترتب عليه أثر حتى لو أنه قتل مورثه لم يجرم من الميراث لسقوط المؤاخذة عنه.

أما أهلية الوجوب فإنها تثبت كاملة للصبى في هذه المرحلة الإلزام والالتزام أي ثبوت الحقوق له ووجوب الواجبات عليه ويجب على الطفل من الالتزامات أنواع ثلاثة:

-النوع1: الأَعْوَاض المَالِيَّة وَهِيَ كُلُّ مَا يَكُونُ فِي مَقَابِلِ حَقِّ لِغَيْرِ كَثْمَنٍ مَا يَشْتَرَى لِلطِّفْلِ وَأَجْرَةٌ مَا يَسْتَأْجِرُ لَهُ. وَمِنْ هَذَا الْقَبِيلِ قِيَمَةُ مَا أَتْلَفَهُ الصَّبِيُّ مِنْ مَالِ الْغَيْرِ وَلَوْ بِلَا وَعْيٍ مِنْهُ لِأَنَّهُ عَوْضٌ عَمَّا أَتْلَفَهُ مِنَ الْمَالِ الْمَعْصُومِ. وَمِنْهُ أَيْضًا قِيَمَةُ تَعْوِيضِ ضَرَرِ الْجَنَائِيَّةِ مِنْ دِيَّةٍ أَوْ الْأَرْشِ إِذَا جَنَى عَلَى النَّفْسِ فَمَا دُونَهَا.

فَائِدَةٌ: بِالنِّسْبَةِ لِمُضْمَانِ الْأَفْعَالِ الَّتِي يَبْأَشُرُهَا الطِّفْلُ لَا بَدَّ مِنَ التَّفْرِيقِ بَيْنِ الْأَفْعَالِ الْجَنَائِيَّةِ الَّتِي يَجْنِي بِهَا حَقٌّ أَوْ نَفْسٍ وَبَيْنِ الْأَفْعَالِ الْمَدْنِيَّةِ. فَالْأَفْعَالُ الْجَنَائِيَّةُ أَخَذَ مَالِ الْغَيْرِ كُلِّهَا أَفْعَالٌ مَضمُونَةٌ لِأَنَّ الْأَفْعَالِ الْجَنَائِيَّةَ لَا تَتَوَقَّفُ بِسَبَبِهَا عَلَى أَهْلِيَّةِ الْأَدَاءِ بَلْ أَهْلِيَّةِ الْوَجُوبِ وَهِيَ هُنَا كَامِلَةٌ.

أَمَّا الْأَفْعَالُ الْمَدْنِيَّةُ كَتَسَلَّمَ الْمُبِيعَ أَوْ تَسَلَّمَ وَدِيْعَةً أَوْ قَرْضَ إِذَا سَلَمَهَا إِلَيْهِ صَاحِبُهَا بِنَاءٍ عَلَى عَقْدٍ فَإِنَّهَا تَعْتَبَرُ مِنَ الطِّفْلِ بَاطِلَةٌ وَلَيْسَ عَلَيْهِ ضَمَانٌ فِي حَالِ هَلَاكِهَا أَوْ إِتْلَافِهَا وَلَوْ كَانَ الْإِتْلَافُ مِنْ قَبْلِ الصَّبِيِّ لِأَنَّ التَّفْرِيطَ مِنْ قَبْلِ الْمَالِكِ الَّذِي سَلَطَ الطِّفْلَ عَلَى إِتْلَافِهَا بِأَنَّ سَلَمَهَا إِلَيْهِ.

-النوع2: الضَّرَائِبُ الْمَضْرُوبَةُ عَلَى الْأَمْوَالِ كَعَشْرِ الزَّرْعِ وَخَرَاكِ الْأَرْضِ وَيَدْخُلُ فِيهَا أَنْوَاعُ الضَّرَائِبِ الْمَعْرُوفَةِ ضَرِيْبَةُ الْأَبْنِيَّةِ الضَّرَائِبُ الْجَمْرِكِيَّةُ الضَّرَائِبُ عَلَى الدَّخْلِ كُلِّهَا يَخْضَعُ لَهَا الطِّفْلُ لِأَنَّهُ يَتَسَاوَى فِي عِلَّتِهَا وَسَبَبِهَا - الْمَصْلُحَةُ الْعَامَّةُ وَتَغْذِيَّةُ بَيْتِ الْمَالِ - يَتَسَاوَى فِيهَا الطِّفْلُ مَعَ غَيْرِهِ.

النوع3: الْمُؤَوَّنَاتُ الْاجْتِمَاعِيَّةُ الْمَنُوطَةُ بِالْغَنَى نَفَقَاتُ الْأَقْرَابِ - آبَاءٍ إِخْوَةٍ..- وَهَذَا عَتَبَ الشَّرْعُ هَذِهِ النِّفَقَاتِ مِنْ نَفَقَةِ الْإِنْسَانِ عَلَى نَفْسِهِ حَتَّى تَسْتَقِيمَ أَحْوَالُ الْأُسْرَةِ وَالْمَجْتَمَعِ.

*بَحْثٌ فِي زَكَاةِ أَمْوَالِ الصَّبِيِّ:

وهذه محل اختلاف بين الفقهاء وسبب اختلافهم، اختلافهم في طبيعة هذه الزكاة هل هي عبادة وتكليف ديني يشترط له البلوغ أو حق متعلق بالمال لا يشترط له البلوغ.

فذهب الحنفية إلى عدم إيجابها في مال الصبي لأنها عبادة شأنها شأن سائر العبادات والتكاليف الدينية. وذهب الأئمة الثلاثة إلى وجوبها في مال الصبي لأنها من الضرائب الاجتماعية المتعلقة بالمال لا من العبادات فتجب في مال الصبي ولو كان عديم أهلية الأداء ويؤديها عنه وليه أو وصيه.

الطور الثالث: طور التمييز.

ويمتد هذا الطور من سن التمييز حتى البلوغ.

-التمييز في اللغة العزل والفرز تقول مرت الشيء أميزه ميّزا إذا عزلته وفرزته وميزته فإماز وماز الشيء ميّزا وميزة وميزة فصل بعضه عن بعض.

التمييز في الاصطلاح: لم يتعد الفقهاء كثيرا في تعريفهم للتمييز اصطلاحا عن هذا المعنى اللغوي فهو عندهم الذي يعرف الضار من النافع والمصلحة من المفسدة جاء في تبين الحقائق: "المميز هو الذي يعقل البيع والشراء بأن يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويقصد بالبيع والشراء تصيل الربح والزيادة." [191/5] وفي مواهب الجليل: "عن ابن فرحون أن الصبي المميز هو الذي يفهم الخطاب ويرد الجواب." [244/4] ومثل هذا التعريف عرّفه ابن جماعة الشافعي كما قال صاحب المواهب الخطاب.

ويسمى هذا الطور كما قال الشيخ الزرقا طور الاستنارة العقلية حيثبدأ الحقائق والأمور في التجلي والظهور واضحة أمام الإنسان فيتكون له وعي صحيح بما حوله لكنه-الوعي الصحيح- صادر عن عقل لم ينضج بعد.

*بداية التمييز: ذكر الفقهاء [مواهب الجليل 244/4] أن التمييز لا ينضبط بسن معينة بل يختلف باختلاف الأفهام ورجة الذكاء والمواهب العقلية لكل شخص. فقد يكرفي شخص بينما يتأخر في شخص آخر وللبيئة والمحيط الذي يعيش فيه الإنسان أثر في زيادة هذا الوعي أو نقصانه. ومن هنا لم يجعل الشارع أحكام التمييز منوطة بحقيقته بل ناطها بسن معينة من عمر الإنسان فاعتبر تمام سن السابعة هي المبدأ لسن التمييز الذي تثبت عنده الأحكام. وقد ثبت الحديث: "مروا أولادكم بالصلاة..." وهذا يدل على أن مبدأ سن لتمييز في نظر الشرع وأن له أهلية أداء وإن كانت قاصرة.

*حدود أهلية الصغير المميز: إذا وصل الصغير إلى هذه المرحلة أصبح استعداده في حال وسط بين الطفل غير المميز والبالغ الرشيد وهي حالة تقتضي أن يفسح له المجال في التصرف لكن بصورة مقيدة بل مطلقة فهو من جهة يحتاج على التمرين على ممارسة الأعمال التي أصبح على وعي صحيح لها. ومن جهة أخرى يحتاج إلى حماية حقوقه من سوء تصرفاته وأخطائه المتوقعة لأن عقله لمينضج ولم يكتمل بعد. لهذا قرر الفقهاء أن المميز تثبت له أهلية أداء قاصرة ومقصودهم أهليته للتصرف المالي.

وأهلية الأداء التي تثبت للصبي في سن التمييز بالنظر إلى الأحكام التشريعية المبنية عليها قسمان:

القسم 1: أهلية التعبد وهي التي تؤهل الشخص لممارسة العبادات المشروعة بحيث تعتبر صحيحة منه وقد سماها الزرقا بأهلية الأداء الدينية.

القسم 2: أهلية التصرف. وهي التي تؤهله للمعاملات المالية والتصرفات الحقوقية من قولية وفعلية كالبيع والشراء وتسمى بأهلية الأداء المدنية.

أما أهلية الأداء الدينية فهي تثبت كاملة للصغير المميز وبمقتضاها تصح منه جميع العبادان من صلاة وصيام وإن كانت غير مفروضة عليه.

-أهلية الأداء المدنية-أهلية التصرف-: تثبت للصغير المميز لكنها ليست كاملة بل قاصرة من أجل حماية حقوقه وصيانة أمواله نظرا لقلّة خبرته في التصرف بالمال وعدم معرفته بأحوال الناس.

وبسبب هذا القصور في أهلية أداء الصبي قسم الفقهاء تصرفاته الحقوقية من حيث نتائجها إلى ثلاثة أقسام:

أولاً/: التصرفات الضارة: وهي التي فيها ضرر مالي محض مثل التبرعات بجميع أنواعها الهبة صدقة وقف إعارة... فهذه التصرفات إذا صدرت من المميز كانت باطلة ولا يملك الولي أو الوصي أو النائب أو القاضي في إجازتها أو فعلها عنه. ويدخل ضمن هذه التصرفات كفالة الصبي المميز ديناً على غيره لأن الكفالة فيها معنى التبرع بالتزام أداء دين على الغير. ومما يدخل ضمن هذا النوع طلاق الصغير المميز فإن طلاقه باطل لأنه يخسر المهر ومنفعة الزوجية.

ومما استثناه الفقهاء من هذا النوع: إقراض القاضي مال اليتيم، وإن كان في القرض معنى التبرع ابتداءً إلا أنه يصون مال اليتيم من الضياع فهو خير من الوديعة لأنه مضمون على المقرض بخلاف الوديعة فضمامها على المودع -الصبي- في الأصل.

*وصية الصغير المميز: اختلف الفقهاء في وصية الصغير المميز: حيث ذهب الشافعي وفقهاء المدينة إلى إجازة الوصية في البر. واستدلوا بأنها خير لا يلحق الصغير منها أي ضرر في ماله لأنها إنما تنفذ بعد الموت ولأن عمر بن الخطاب أجاز وصية صغير يافع. وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى بطلان الوصية لإضرارها بحقوق ورثة الصغير والوصية يحتاجها الكبير لتدارك ما فاتته من تقصير في واجباته الشرعية بخلاف الصغير فهو غير محتاج إليها لعدم تكليفه شرعاً. ثم إن منفعة ورثته مصلحة له وهذا أفضل له والعدول عن الأفضل ضرر محض في حقه لا محالة لهذا كانت وصيته باطلة.

ثانياً/: التصرفات النافعة نفعا محضاً: وذلك مثل قبول الهبة والصدقة وإحراز المباحات وهذا النوع تكفي فيه أهلية الأداء القاصرة لدى الصغير. فتصح منه هذه التصرفات وتنفذ دون أن تتوقف على إجازة الولي أو الوصي لنفعها المحض. واعتبر الفقهاء من هذا النوع قبول الصغير المميز للوكالة عن غيره في كل ما يجوز فيه التوكيل البيع الشراء الزواج الصلاة الخصومة القبض .. وتصرفات الصبي المميز بالوكالة في حدود ما وكل فيه تلزم الموكل كما لو كان الوكيل كبيراً وأثر النفع للصبي في هذه الوكالة أن فيها تمرينا له على معرفة التصرفات وآثارها ونتائجها وكل هذا يتحملة الموكل وهذا نفع محض له.

ثالثاً/: التصرفات الدائرة بين النفع والضرر: وهذا يشمل المعاوضات المالية بجميع صورها بيع شراء رهن ارتهان إجازة استئجار مضاربة مزارعة... الخ. وكل ما يدخله الربح والخسارة وهذا النوع من الصرفات يملك الصغير ممارسته ويصح منه ولكن لا يستقل فيه برأيه بل لا بد من إذن وإجازة الولي أو الوصي.

وصحة هذه التصرفات مترددة بين النفع والضرر فإذا افتقرت بموافقة الولي وإجازته اعتبرت في مصلحة الصغير ونفذت عليه كما لو باشرها عنه ممثله نفسه.

وإذن الولي وإجازته إما أن تكون سابقة على التصرف وإما أن تكون لاحقة بعد التصرف فإن كانت الإجازة سابقة على التصرف كان التصرف نافذا ملزماً للصغير.

أما إذا كانت لاحقة بعد التصرف كان التصرف صحيحاً غير نافذ موقوفاً على إجازة ممثله الشرعي فإن أجازته نفذ نفاذاً مستنداً بأثر رجعي وإن لم يجزه كان باطلاً. ومن هذا النوع الزواج إذا تزوج المميز دون إذن الولي كان موقوفاً على إجازته.

فوائد متعلقة بالإذن:

-الإذن يكون إما صراحة بأن يقول له أذنت لك بالتجارة أو دلالة كما لو رآه وليه يبيع ويشترى فظل ساكتاً لأن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان.

2-ينبغي التفريق بين الإذن في التصرف وبين الاستخدام فلو أرسله إلى السوق ليشتري له شيئاً معيناً من السوق فهذا استعانة واستخدام في تصرف شخصي محدود وليس إذناً في تصرف في بعض أنواع التعامل.

3- يصنف الصغار بالنظر إلى الإذن وعدمه إلى صنفين: مأذون ومحجور. أما المأذون فهو الذي أطلق له الولي أو الوصي حق التعامل في التصرفات ويصبح الصبي في هذه الحالة كامل الأهلية تنفذ تصرفاته وتلزمه.

وأما المحجور فهو الذي لا يزال تصرفه خاضعا لإجازة ممثله الشرعي لقصور أهلية أدائه.

-الإذن للصبي المميز بالتصرف قابل للاسترداد فلممثله الشرعي أن يحجر عليه بعد الإذن وأن يعود فيأذن له بعد الحجر.

الطور الثالث: البلوغ

تعتبر هذه المرحلة من أهم المراحل العمرية التي يمر بها الإنسان إذ تعتبر حدا فاصلا بين مرحلتي الصغر والكبر وبداية البلوغ بداية تكليف الإنسان ليتحمل ما يتحمله سائر المكلفين من الواجبات والتكاليف والمسؤوليات المختلفة.

ويعرف البلوغ في اللغة: بالوصول والانتهاة تقول بلغ الشيء بلوغا وبلاغاً إذا وصل وانتهى. وبلغ الشجر إذا حان إدراك ثمره وبلغ الغلام أدرك. وبلوغ الصبي معناه وصوله إلى مرحلة الكبر وحد الرجولة أو انتهاء صغره وصباه. [لسان العرب. مادة بلغ]

وأما في الاصطلاح فقه عرفه الفقهاء بقولهم: "انتهاء حد الصغر" [البحر الرائق 8/96]

وعرفه المازري بقوله: "البلوغ هو قوة تحدث في الصبي يخرج بها عن حالة الطفولية إلى حالة الرجولية." [أسهل المسالك للكشناوي 3/5]

ومرحلة البلوغ في الأحوال العادية السليمة يصل فيها النمو الجسماني والقدرات المختلفة للإنسان إلى الحد الكافي الذي يصير الشخص صالحا للتكاليف الشرعية البدنية وتصل إدراكاته العقلية إلى الحد الكافي الذي يميز بين الضار والنافع والخير والشر. ويقدر بشكل كبير عواقب التصرفات والأفعال. وإذا حصل التفاوت بين الأشخاص فإنما ذلك فيما جاوز هذا القدر الكافي الذي يشترك فيه كل الأشخاص كالتفاوت الحاصل في الذكاء والفطنة. وسائر المواهب الفطرية الأخرى وهذا التفاوت فوق القدر الكافي الذي يشترك فيه الأشخاص لا عبرة به ولا أثر له في تساوي الجميع وتأهلهم لحمل التكاليف وتحمل المسؤوليات. لهذا يمكن إجمال القول بأن البلوغ يعتبر فيه الحد الأدنى في القدرات والمواهب العقلية والفطرية التي تجعل الشخص محلا صالحا للتكاليف الشرعية

التي خاطب الله تعالى بها الناس كالإيمان والعبادات البدنية العلم الضروري الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر
الجهاد اجتناب المحرمات [المدخل للزرقا 2/815]

* ما يعرف به البلوغ: ذكر المازري لما عرّف البلوغ في التعريف السابق فقال: "وتلك القوة لا يكاد يعرفها أحد
فجعل الشارع لها علامات يستدل بها."

وقد ربط الشارع البلوغ بظهور علامات طبيعية في الشخص ذكرا كان أم أنثى فمتى ظهرت هذه العلامات
حكم للشخص بالبلوغ دون اعتبار أو نظر سن معينة أما إذا تأخر ظهور هذه العلامات اعتبر الشخص بالغاً
ببلوغ سن البلوغ.

1- علامات البلوغ: من هذه العلامات ما هو محل اتفاق بين العلماء ومنها ما هو مختلف فيه.

* الإنزال: ويطلق عليه الاحتلام- وإن كان يطلق الاحتلام في اللغة على معان أخرى الرؤيا في المنام الجماع في
النوم- والمراد به خروج المني يقظة أو مناما بجماع أو بغيره وهذا ما قرره كتب الحنفية والمالكية والحنابلة.

ودليل اعتبار الاحتلام بلوغا الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: "وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم" فالتكليف بالاستئذان أناطه الشارع بالحلم ولا
تكليف على غير البالغ فيدل على أن الاحتلام دليل البلوغ وعلامة عليه.

وأما من السنة فقوله عليه السلام: "رفع القلم عن ثلاث: الصبي حتى يحتلم...". فالخطاب رع عن الصبي حت
يحتلم فإذا احتلم توجه الخطاب إليه لأنه صار إنسانا سويا في عقله وجسمه. والخطاب لا يتوجه إلا للبالغ فدل
على أن الاحتلام بلوغ.

ومن السنة أيضا حكمه في بني قريظة لما حگم فيهم سعد بن معاذ ان تقتل مقاتلتهم وتسبي ذراريهم قال عطية
القرظي: "عرضنا على رسول الله زمن قريظة فمن كان محتلما أو نبتت عانته قتل". الترمذي وقال حسن صحيح.
فلو لم يكن الاحتلام بلوغا لم يقتل النبي المحتلم لأن النبي نهي عن قتل الصبيان.

وأما الإجماع فقد نقله ابن المنذر وابن حجر على أن الفرائض والأحكام تجب على المحتلم العاقل.

2- الإنبات: والمراد به نبا الشعر الخشن الذي استحق أخذه بالموسى على العانة أما الزغب الضعيف فلا اعتبار
به لأنه ينبت للأطفال والعلماء يختلفون في اعتبار الإنبات علامة على البلوغ.

الحنفية: لا يروونه علامة على البلوغ مطلقا أي في حق مسلم أو كافر أو في حقوق الله تعالى أو في حقوق العباد ويروى عن أبي يوسف اعتباره علامة في غير رواية الأصول-أي في الكتب الستة التي كتبها محمد وروى فيها ظاهر مذهب أبي حنيفة-

المالكية: لهم قولان: -اعتباره علامة على البلوغ مطلقا وهو المذهب.

-اعتباره علامة على البلوغ في حق الكافر والمسلم في حقوق العباد وفي حقوق الله تعالى المتصلة بالقضاء أي التي يجري فيها القضاء كالطلاق والعتاق ما عدا العقوبات أما سائر العبادات كالصلاة والصيام فلا يغتر علامة علما للبلوغ.

-الشافعية: علامة على البلوغ في حق الكافر ومن جهل إسلامه وأما في حق السلم فلا يعتبر في الأصح عندهم.

الحنابلة: علامة مطلقا وإليه ذهب ابن حزم.

أدلة من اعتبرها علامة على البلوغ قصة سي بن قريظة وقول عطية القرظي كشفوا عن عاني فوجدوها لم تنبت فلم يقتلوني فجعلوني في السبي." وقول عمر لعماله "وقد كتب لهم: لا تأخذوا الجزية إلا ممن جرت عليه الموسى."

ويناقش حديث سعد بن معاذ بأن النبي أمر بقتل من كان قادرا على القتال وليس لأنه ترك قتل من لم ينبت الشعر لأنه ليس بالغابل لأنه ليس قادرا على القتال بدليل أنه في رواية أنه أمر بقتل من حرت عليه الموسى. واستدلوا من القياس بقياس الإنبات على الإنزال لأن الإنزال إنما اعتبره الشرع بلوغا لأنه مما يتعلق به البلوغ عرفا ونبات العانة مما يتعلق به البلوغ عرفا.

وجه التفريق بين المسلم والكافر: أن الكافر تتغلظ عليه الأحكام عند بلوغه حيث يقتل وتؤخذ الجزية منه فهو غير متهم بمعالجة الإنبات والإسراع في حصوله أما المسلم فإن الأحكام تتخفف عنه ببلوغه الحجر ينفك عنه تثبت له الولاية على نفسه وعل غيره تقبل منه شهادته فهو متهم بمعالجة الإنبات لسرعة حصوله ولمكان هذه النتيجة لم يعتبر في حقه الإنبات علامة على البلوغ.

ووجه آخر في التفريق وهو الضرورة لأن الكافر لا تقبل أقواله ولا نستطيع أن نتبين بلوغه إلا عن طريق الإنبات بخلاف المسلم.

أما حجة من ذهب إلى عدم اعتبار الإنبات دليلاً فهي: نبات شعر العانة لا يختلف عن نبات شعر بقية الجسم فينبغي ألا يعتبر نبات شعر العانة دليلاً على البلوغ كغيره من باقي شعر الجسم بل عدم اعتباره أولى لأنه لا يمكن أن نصل إليه إلا عن طريق محذور بينما يمكن التوصل إلى معرفته بالحية - لو اعتبر شعرها - من غير ارتكاب محذور.

أما شعر غير العانة كاللحية فقد اتفقت المذاهب الأربعة على عدم اعتباره علامة على البلوغ ودليلهم تأخر شعر اللحية والشارب عن الإنزال والاحتلام وحصول نبات الشعر في الوجه مع البلوغ نادر ولا ينبغي أن يعلق الحكم بالنادر ولأنه في حديث سعد بن معاذ كانوا يكشفون عن شعر العانة علامة على البلوغ ولو كان شعر اللحية علامة لما ارتكبوا المحذور بكشف شعر العانة.

أداة: اعتبر الإبط وألحق بالعانة أبو يوسف وبعض الشافعية.

3- الحيض: وفي اعتباره علامة على البلوغ إجماع نقله ابن المنذر بقوله: "وأجمعوا على أن الفرائض والأحكام تجب على المحتلم العاقل وعلى المرأة بظهور الحيض منها" وفي الحديث: "أن المرأة إذا بلغت الحيض لا يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا.." أبو داود.

فائدة: اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة على أن أقل سن يمكن أن تحيض فيه الأنثى هو تسع سنين.

4- الحبل: قال القرطبي لم يختلف فيه الفقهاء على أنه بلوغ لأن الحمل لا يكون إلا مع الإنزال والإنزال بلوغ.

أما بالنسبة لسن البلوغ إذا تأخرت هذه العلامات فقد اختلف الفقهاء في أدنى سن للبلوغ على مذاهب:

المذهب 1: الصبي - ذكر كان أم أنثى - إذا أتم خمس عشرة سنة عدّ بالغاً وبه قالت الشافعية والحنابلة والصاحبان وهو قول عند المالكية.

المذهب 2: إذا أتم الغلام ثماني عشرة سنة عدّ بالغاً وإذا أتمت الأنثى سبع عشرة سنة عدت بالغة وهو قول أبي حنيفة.

المذهب 3: إذا أتم الغلام أو الجارية ثماني عشرة سنة عدّ بالغاً وهذا هو المشهور عند المالكية.

المذهب4: إذا تم الغلام أو الجارية سع عشرة سنة عدّ بالغاً. وهو قول ابن حزم ورواية عن أبي حنيفة في الذكر. الأدلة: دليل المذهب1: قول ابن عمر عرضني رسول الله يوم أحد في القتال وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني وعرضني يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني وفي رواية: فلم يجزني ولم يرني بلغت. " البخاري. وهو واضح في اعتبار خمس عشرة سنة سناً للبلوغ ولهذا كتب عمر بن عبد العزيز إلى أمراء الأجناد أن يفرض لمن بلغ خمس عشرة سنة وقال: " هذا حد ما بين الذرية والمقاتلة."

واستدلوا من المعقول بأن العقل مناط التكليف وإنما جعل البلوغ بالاحتلام حداً للتكليف لكونه مظنة لبدء كمال العقل والاحتلام لا يتأخر عادة عن خمس عشرة سنة والعادة حجة شرعية فيما لا نص فيه.

دليل المذهب2 و3: استدلووا بقوله تعالى: " وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم.. " وقوله عليه السلام: "رفع القلم عن ثلاث... " الشارع أنط التكليف بالاحتلام فيجب أن يبقى هذا الحكم سارياً مع احتمال وجود الاحتلام. وبلوغ الصبي خمس عشرة سنة لا يرفع احتمال وجود الاحتلام حتى بلوغ سن ثماني عشرة سنة أما إذا بلغ سن ثماني عشرة سنة ولم يحتلم فنكون قد يئسنا من وجود الاحتلام وعلى هذا أصول الشرع فإن المرأة إذا كانت من ذوات الحيض وتأخر حيضها فإنها تعدّ من ذوات الحيض حتى تصل إلى سن اليأس وحينئذ يرفع عنها حكم الحيض.

ووجه التفريق بين الذكر والأنثى حيث اعتبر سن البلوغ في الأنثى سبع عشرة سنة لأن نشأتها وإدراكها أسرع من الأنثى.

دليل المذهب4: دليله أن سن تسع عشرة سنة سن يتفق فيها الجميع على أن من بلغها فقد أصبح من الرجال وخرج من دائرة الصبيان وأن عدم الاحتلام أو الحيض إنما كان لآفة وسبب ومرض ولهذا عد سن تسع عشرة سنة إجماعاً متيقناً.

المناقشة: مناقشة حديث ابن عمر: يحتمل أنه ردّه لضعفه لا لعدم بلوغه لأن القتال يحتاج إلى القوة بدليل أن المحفوظ من سيرة النبي كما قال الشافعي شهود الصبيان والعبيد القتال معه.

علامة أخرى على البلوغ: غلظ الصوت نهود ثدي المرأة وهذا مما اختلف فيه العلماء اعتبرها المالكية ولم يعتبرها غيرهم .

وخلاصة لما سبق يتضح لنا أن المناط الأصلي للتكليف الشرعي يتطلب توافر القدر الكافي من قدرتين قدرة الجسم وقدرة العقل. أما القدرة الجسمية فنصاحبها يتجلى محسوسا في الحالات العادية السليمة بالبلوغ فعلا أو يحكم له بالبلوغ في سن معينة وهي خمس عشرة سنة.

أما القدرة العقلية فإن نصاحبها يعرف بآثاره في تصرفات الإنسان فإن كانت تصرفاته متوازنة قائمة على جلب المصلحة ودرء كل مفسدة علق بها العقل لكن هذه الآثار ليست محسوسة وظاهرة فجعل البلوغ المحسوس مظنة ظاهرة على كمال العقل ووجوده.

الطور الخامس: الرشد.

إن كون الشخص يكون مكلفا بالبلوغ لا يعني أن تكون أهليته المدنية للأداء كاملة وأن تصرفاته المالية نافذة. بل إن كمال هذه الأهلية في الشخص يتوقف على صفة أخرى فوق البلوغ هي صفة الرشد.

تعريف الرشد: لغة. بمعنى الصلاح والهدى إلى صواب الأعمال. وهو ضد الغي والضلال " قد تبين الرشد من الغي ".

حقيقة الرشد: [البلوغ ترتبط به قوتان قوة جسمية وقوة عقلية أما الرشد فالذي يرتبط به بلوغ العقل أما بلوغ الجسم فلا يستلزمه. [المدخل للزرقا 819/2]] نقل عن ابنعباس أنه حسن التصرف في المال من الوجهة الدنيوية ولو كان فاسقا من الوجهة الدينية وعلى هذا المعنى يقابله السفه وهو عدم التصرف الحسن في المال بتبذيره وهدره في أمور الشر أو في أمور الخير. فالرشد على هذا المعنى لا يرتبط بالورع ولا بالتقوى ولا بالاستقامة بل بحسن التصرف والتدبير المتالي.

وحسن التصرف في المال يتوقف على قدر من التجربة والممارسة العملية فوق أصل القضاء العقلي اللازم لإدراك الخير من الشر والنفع من الضرر فالرشد إذن قدر زائد على العقل اللازم للتكليف. فقد يكون الشخص مكلفا لوجود العقل لكنه لا يكون رشيدا في تسيير الأموال وإدارتها فالسفيه مكلف يحاسب على التكاليف والجرائم ولكنه يحجر عليه في التصرف في أمواله ويقام عليه وصي في أمواله.

فكمال الأهلية المدنية يناط بالرشد لا بمجرد البلوغ والرشد قد يكون مصاحبا للبلوغ وقد يتأخر حتى يكتسب الشخص الخبرة والتجربة اللازمين للتصرف في المال.

فإذا بلغ الشخص وجب شرعا النظر في أمر رشده. فإذا تبين رشده أثبتت له كامل الأهليات جميعا وتنفذ إقرارته وتصرفاته وتسلم إليه أمواله وتحرر من جميع الولاية والوصاية التي كانت عليه أما إذا لم يثبت له الرشد فتبقى أهليته قاصرة في الأداء وأمواله تمنع عليه وتستمر الولاية عليه من جهة المال. ودليل ذلك قول ربنا: "وابتلوا اليتامى حتى..." حيث لم يكتف بالبلوغ بل بالبلوغ مع الرشد إلا أن أبا حنيفة يقول: إذابلع عاقلا غير رشيد كملت أهليته وارتفعت الولاية عنه وهذا المنع من التصرف في المال ينتهي بأحد أمرين الرشد أو بلوغ سن خمس وعشرين سنة.

تحديد سن الرشد: نصوص الشريعة وأحكامها تدل على أنه لا يعتبر رشد قبل البلوغ فالبلوغ شرط مبدئي للرشد والرشد قد يصاحب البلوغ وقد لا يصاحبه وقد اختلف الفقهاء في مدى انتظار الرشد فأبو حنيفة يرى أن البلوغ تنتهي معه الولاية المالية على الشخص ويمكن من التصرف في ماله بمجرد بلوغه ولو كان سفيها أما تسليم أمواته إليه إذا بلغ غير رشيد فتؤخر على سبيل الاحتياط والتأديب حتى يرشد أو يبلغ سن خمس وعشرين سنة بخلاف جماهير الفقهاء الذين لا يقيدونه بسن معينة بل هو متروك لولاة الأمور بحسب ما تقتضيه المصالح والسياسة الشرعية في تحقيق المصالح.

أما عن ثمة تحديد سن الرشد فهو:

- أن الشخص لا يطلب منه إثبات رشده قبل هذه السن التي تم تحديدها ولو كان بالغا عاقلا.

- إذا بلغ الشخص سن الرشد المحددة وهو سليم العقل يعتبر حينئذ كامل أهلية التصرف دون حاجة إلى إثبات رشده.

فائدة: قرر جمهور الفقهاء وجوب إعادة الحجر على من بلغ غير رشيد بحكم قضائي إذا ظهر منه سفه وتبذير بعد الرشد لأن ضرر السفه عام وليس خاصا قال الجصاص: "إن ضرر السفيه يسري على الكافة فإذا أفنى ماله بالتبذير صار وبالاً على الناس وبيت المال.

القوانين وتحديد سن الرشد: في التشريع الروماني تحديد سن الرشد بأربع عشرة سنة في الذكور واثنتي عشرة سنة في الإناث أي البلوغ تقريبا ثم تم تأخيره إلى سن خمس وعشرين سنة. واختارت بعض القوانين الحديثة تسع عشرة سنة القانون المصري ثمان عشرة سنة ثم رفعه إلى سن واحد وعشرين سنة ورفع سن الرشد على سن مرتفعة بعد البلوغ مما تقتضيه المصلحة وهو متروك لتقدير ولاة الأمور وبعض القوانين كالقانون المدني السوري

حدده بثمان عشرة سنة وهي سن البلوغ إذا تأخرت العلامات الطبيعية وتبرير هذا تديد أن سن ثمان عشرة سنة يؤهل الشخص لتولي الوظائف العامة في الدولة فلا يعقل أن يبقى قاصرا محجورا عن التصرف في أمواله.

*عوارض الأهلية:

إن ثبوت أنواع الأهلية وأحكامها في الأطوار المختلفة إنما يكون في الحالات الطبيعية التي يكون فيها الإنسان سليم النشأة صحيح القوى البدنية والعقلية. غير أنه قد يطرأ على الإنسان طوارئ في جسمه أو في عقله كالمرض والجنون ونحوها يكون لها-الطوارئ-تأثير في أهلية الإنسان إما تأثيرا كليا يعدم الأهلية أو تأثيرا جزئيا ينقص من أهليته بحسب نوع هذا الطارئ وطبيعته.

وقد اصطلح العلماء على تسمية هذه الطوارئ بالعوارض-عوارض الأهلية- فما هي هذه العوارض[سميت عوارض لأنها تمنع الأحكام المتعلقة بأهلية الوجوب أو الأداء عن الثبوت].[التقرير والتحجير17/2] والعوارض جمع عارض وهو في اللغة السحاب وفي الاصطلاح أحوال تطرأ على الإنسان بعد كمال أهلية الأداء فتؤثر فيها بإزالتها أو نقصانها أو تغير بعض الأحكام بالنسبة لمن عرضت له من غير تأثير في أهليته. [التقرير والتحجير172/2]] وما هي أقسامها وما هو نوع تأثيرها في أهليات الأشخاص.

قسم علماء الأصول العوارض إلى قسمين: سماوية ومكتسبة.

فأما السماوية فهي التي تثبت من قبل الشارع ولا كسب للإنسان فيها ولا اختيار له في وقوعها ومنها الجنون العته النوم والإغماء مرض الموت الرق. ونسبت إلى السماء بمعنى أنها نازلة منها قاله في التقرير والتحرير.[230/2]

وأما المكتسبة فهي التي للإنسان دخل فيها تنشأ باكتسابه بنفسه أو بفعل غيره السكر الدين الإكراه الخطأ.

*محل تأثير هذه العوارض: إن أهلية الوجوب كما أسلفنا مناط ثبوتها الحياة أو الصفة الإنسانية بخلاف أهلية الوجوب لأن هذه العوارض مهما كانت قوة تأثيرها في العقل والتمييز فإنها لا تسلب عن الشخص صفة الإنسانية التي بها تثبت أهلية الوجوب.[المدخل للزرقا/834]

*نوع تأثير هذه العوارض: إن لكل عارض من هذه العوارض تأثيرا خاصا تنشأ عنه أحكام استثنائية خاصة بالأشخاص الذين أصيبوا بهذا العارض وعليه يمكن تقسيم هذه العوارض من حيث تأثيرها إلى الأقسام التالية:

1- عوارض تزيل أهلية الأداء أصلاً: كالجنون والنوم والإغماء والإكراه بحيث يصبح الإنسان في هذه الحالة عديم الأهلية ولا يترتب على تصرفاته أثر شرعي وتنعدم عنه التكاليف لقوله عليه السلام: "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان...." "رفع القلم عن ثلاث...": "أي قلم المؤاخذة وهذا يستلزم رفع التكليف. [الوجيز في أصول الفقه الزجيلي 496/1] والمقرر عند الفقهاء أن المجنون يعتبر كالصغير غير المميز في جميع أحكامه. والقاعدة العامة في هذه العوارض التي تزيل أهلية الأداء من أصلها أن العارض المزيل للأهلية يرد الشخص إلى مرحلة الطفولة فيكون نظيراً لهذا الطور.

2- العوارض التي تنقص أهلية الأداء: كالعته فإنه لا يزيل أهلية الأداء للرجل البالغ إذا أصابه عته بل إن هذه الأهلية تنقص وتصح منه التصرفات النافعة دون غيرها. والقاعدة العامة في هذه العوارض التي تنقص أهلية الأداء يرد الشخص إلى طور التمييز فيكون نظيراً للصبي المميز. فثبت له أحكام التمييز.

3- عوارض تغير بعض الأحكام: كالدين والغفلة والسفه فإذا أصاب الإنسان واحد من هذه العوارض فإن أهليته لا تزول ولا تنقص بل تبقى كما هي لكن تتغير في حقه الأحكام الناشئة عن تصرفاته كالحجر على تصرفات المالية بالمعاوضة والتبرع محافظة على ماله من الضياع أو على حقوق الدائنين من الفوات. [أصول الفقه لخلاف. ص 161]

فلا تصح تصرفاتها المالية ولا التبرعات المالية لا لفقد الأهلية ولا لنقصها ولكن محافظة على مالهما.

والخلاصة: إن أساس الأهلية التمييز بالعقل وأمانة العقل البلوغ فمن بلغ عاقلاً فأهليته للأداء كاملة فإذا طرأ عليه طارئ ذهب بعقله كالجنون أو أضعفه كالعته أو حال دون فهمه كالنوم والإغماء فهذا الطارئ عارض له تأثير في أهلية الأداء بإزالتها أو نقصها. وإذا طرأ عليه طارئ لم يذهب بعقله ولم يضعفه ولم يحل دون فهمه فهذا الطارئ لا تأثير له في أهلية الأداء لا بإزالة ولا نقص وإن كان يقتضي تغيير بعض الأحكام لمصالح اقتضت هذا التغيير كالسفه الغفلة الدين. [لا يرى أبو حنيفة الحجر بواحد من هذه الثلاثة السفه الدين الغفلة لأنه لا تأثير لواحد منها في أهلية الإنسان ويرى أن المصالح التي تترتب على الحجر بها لا توازن بالضرر الذي يلحق الإنسان من الحجر عليه واعتباره غير أهل. [أصول الفقه لخلاف. ص 140]]

وفيما يلي عرض موجز عن هذه العوارض وتأثيراتها المختلفة في أهلية الإنسان:

1- الجنون: آفة تصيب الإنسان فتحدث خللاً في القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبیحة المدركة للعواقب.

*حكم هذه العوارض: يزيل أهلية الأداء بنوعيتها فالجنون في أحكامه كالصبي غير المميز لا يصح منه تصرف ولا يترتب عليه أي اثر. والجنون على نوعين: مطبق -مستمر-وجنون غير مطبق وهو الذي يصيب الإنسان على فترات ويعرض له في أوقات دون أخرى وحكم هذا النوع من الجنون -غير المطبق- صحة التصرف في حال انقطاعه وتترتب الآثار عليه.

2-العتة: لغة نقصان العقل من غير جنون وفي الاصطلاح: آفة توجب خللا في العقل فيصير صاحبها مختلط الكلام فيشبهه بعض كلامه كلام العقلاء وبعض كلامه الآخر يشبهه كلام المجانين.

حكم هذا العارض: والعتة يزيل كمال أهلية الأداء ويكون حكمه حكم الصبي المميز تخضع تصرفاته للتفصيل السابق على حسب نوع التصرف -ضار، نافع، متردد بينهما-

3-السفه: لغة نقص في العقل وأصله الخفة وفي الاصطلاح: خفة تعتري الإنسان فتبعته على التصرف في ماله بخلاف مقتضى العقل مع عدم الاختلال في العقل. [التقرير والتحبير 201/2]

وجعل السفه من الأمور المكتسبة لأنه باختياره يعمل علة خلاف مقتضى العقل مع بقاء العقل.

حكم هذا العارض: السفه لا يؤثر في الأهلية بقسميها ولا ينافي شيئا من الأحكام الشرعية فالسفيه يتوجه إليه الخطاب بحقوق الله تعالى وحقوق العباد إلا أنه مراعاة للمصلحة يمنع من حرية التصرف في ماله صيانة له. [الموسوعة الفقهية الكويتية 165/7]

ويلحق بالسفيه ذو الغفلة وهو الذي لا يهتدي على التصرفات الراجحة بسبب بساطته وسلامة قلبه مما يؤدي على غبنه في المعاملات المالية. ولهذا فحكمه-ذو الغفلة- هو حكم السفيه لا فرق بينهما والفارق الوحيد بينهما هو أن السفيه كامل الإدراك لكن لا يتحكم في تصرفاته بحيث يندفع إلى إتلاف المال مما يجعله ضعيف الإرادة بخلاف ذو الغفلة فهو ضعيف الإدراك ولهذا يمنعان من التصرفات في أموالهما صيانة لها.

فائدة: اختلف الفقهاء في الحجر على السفيه حيث ذهب أبو حنيفة وزفر ومحمد بن سيرين والظاهرية إلى عدم الحجر على السفيه بسبب السفه واستدلوا بأن الحجر على السفيه فيه إهدار للإنسانية وإلحاق له بالعجاوات من أجل المحافظة على ثروته وماله وهذا ضرر أشد من ضرر تبذير ماله فلا يرتكب الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى.

وذهب الجمهور إلى الحجر على السفية واستدلوا بالمصلحة المحققة من وراء الحجر عليه لدفع الضرر ورعاية مصلحته بحفظ ماله حت لا يكون قدوة سيئة على غيره وضرر السفية لا يقتصر فقط عليه بل يتعداه إلى غيره واستدلوا بعموم الآية فإن كان الذي عليه الحق سفياً أو ضعيفاً. " فهي عامة في كل سفية.

فائدة: عقود التبرعات بأنواعها يمنع منها السفية وذو الغفلة واستثنى الفقهاء الوصية في وجوه الخير لأن ذلك حفظ للمال في حياته تكون الغاية من الحجر متحققة مع صحة تصرفه بالوصية ومثل الوصية الوقف في حال حياته ومن بعد وفاته على ذريته. [تاريخ الفقه الإسلامي بدران أبو العينين. ص 441]

أما التصرفات من غير التبرعات فإما أن تكون مما يحتتمل الفسخ - أي يمكن فسخها برضا العاقدین واتفقهما بعد تمامه - كالبيع والإجارة فحكم تصرف السفية فيها حكم الصغير المميز. وإن كانت مما لا يحتتمل الفسخ ولا تبطل بالهزل كالزواج والطلاق فهي صحيحة نافذة سواء أجازها القيم على السفية أو لم يجزها. أما المهر فلا يجب عليه أكثر من مهر المثل ولا يلزم بالزيادة.

النوم: فتور طبيعي يعرض للإنسان في فترات لا يزيل العقل ولا ينقصه بل يعطله . عبارة النائم غير معتبرة فأقواله هدر لا اعتبار بها ولا أثر لها لعدم القصد والإرادة.

الإغماء: لغة الخفاء وفي الاصطلاح: آفة في القلب أو الدماغ تعطل القوى المدركة والحركة عن أفعالها مع بقاء العقل مغلوباً [التوضيح على التلويح] وهو ضرب من المرض ولهذا لم يعصم منه النبي والإغماء أشد تأثيراً من النوم لأن التنبيه من النوم أخف من التنبيه من الإغماء.

وحكم الإغماء في التأثير على الأهلية حكم النوم.

الدين: ليس للدين في النظر الفقهي أي تأثير في أهلية المدين سواء كانت ديونه مستغرقة لجميع أمواله أو لم تكن مستغرقة لها إلا أن الدين يوجب الحد من تصرفات المدين في ماله فإذا طلب الدائنون الحجر عليه بسبب الدين فإنه يحجر عليه عند الجمهور والصاحبين محافظة على حقوق دائنيه وخالف أبو حنيفة فقال لا يحجر عليه بسبب الدين لأن في الحجر عليه هدراً لآدميته ويمكن المحافظة على أموال الدائنين بحبس المدين القادر على دفع الدين حتى يؤدي ما عليه من ديون.

تصرفات المحجور الضارة بحقوق الدائنين كالصدقة والهبة والوقف البيع بأقل القيمة فكلها موقوفة على إذن الدائنين وإجازتهم.

مرض الموت: المرض ما يعرض للبدن فيخرجه من حال الاعتدال إلى غيرها والمرض لا ينافي أهلية التصرفات سواء كانت من حقوق الله تعالى أو من حقوق العباد لأنه لا يخل بالعقل ولا يمنعه من استعماله.

والمقصود بالمرض مرض الموت أن يكون المريض في حالة يغلب عليه فيها الهلاك بسبب ما هو فيه ويكون متصلا بالموت ولا فرق بين أن يلزم الفراش أو لا يلزمه ولا فرق بين أن يموت بسبب هذا المرض أو بغيره فإذا لم يتصل بمرض الموت وشففي فلا يسمى ذلك المرض مرض موت بل يكون حكمه ما سبق حكم الصحة. ويعتبر مرض الموت يتزايد ولو تزايد بطيئا فإنه يعتبر مرض موت ولو دام سنين كثيرة ويعتبر مرض موت من بداية المرض.

ملاحظة: إذا أطلق المريض في مقابل الصحيح فإن المراد بهفي اصطلاح أهل الشرع المريض مرض الموت بحيث تختلف أحكام كل منهما:

تأثير مرض الموت: يعتبر مرض الموت إنذارا بالموت وقرب الأجل حيث تنتهي الأهلية والشخصية بالموت والشرع يرتب أحكاما على الموت الإرث حلول الدين...

وعليه فإن مرض الموت إنذار بوجود نتيجتين حقيقيتين إحداهما سالبة والثانية إيجابية يكون الموت سببا لهما.

1-مرض الموت مقدمة لزوال الشخصية وانعدام الأهلية والملكية وهذه نتيجة سالبة.

2-مرض الموت مقدمة لثبوت الحقوق العينية في أموال المريض لمن ستنقل إليهم أموال هذا المريض بعد موته من الدائنين والورثة.

تصرفات المريض مرض الموت: لم يختلف الفقهاء في أن المريض مرض الموت له أهلية وجوب كاملة لأن المرض لا يخل بالذمة أو الحياة التي هي مناط الأهلية فتجب عليه الحقوق لغيره كما تجب على الصحيح.

كما تثبت له أيضا أهلية أداء كاملة متى كان بالغاً رشيداً سالماً من العوارض الأخرى فعبارة صالحة لإنشاء العقود والتصرفات -بيع إجارة رهن زواج- وكان مقتضى ذلك ألا يتعلق بما له حق لغيره وألا يحجر عليه في شيء من تصرفاته إلا أن المرض لما كان سبباً إلى الموت والموت يخلف الدائنين والورثة في مال الميت جعل الشارع المرض سبباً في تعلق حقوق الدائنين بمال المريض في أثناء المرض قبل الوفاة ويحجر عليه بعض التصرفات رعاية لمال الدائنين والورثة.

إن كانت تصرفات المريض مما تقبل الفسخ البيع...- فهي صحيحة نافذة لأن أهليته كاملة.

أن كانت تصرفات المريض مما لا يقبل الفسخ كالزواج الطلاق العتاق تكون معلقة على الموت. فإذا تحقق الموت نقض من هذه التصرفات ما يحتاج إلى نقضه إذا لم يجزه الغرماء والورثة وتعارض مع حقهم.

ويمكن أن نحصر تصرفات المريض مرض الموت فيما يلي:

*التصرفات لأجل قضاء حاجات المريض نفسه: طعام كسوة سكنى زواج ثمن دواء وعلاج نفقة واجبة... فهذا نافذ من حين التصرف لا اعتراض لأحد عليه بعد الوفاة مهما بلغت قيمة هذا التصرف بالنسبة للتركة إلا إذا كان في هذا التصرف محاباة أو غبن يتغابن فيه الناس كالبيع بأقل من القيمة أو الشراء بأكثر من القيمة- فإذا كانت محاباة فتعتبر تبرعا في مرض الموت فتأخذ حكم الوصية وهكذا إذا تزوج بأكثر من مهر المثل فيعتبر تبرعا يأخذ حكم الوصية أما إذا طلق المريض مرض الموت امرأته فيقع الطلاق وإن كان بائنا فإن مات في أثناء العدة ورثته لأنه يعتبر فارا من الميراث وهذا مذهب الحنفية.

*تصرفات المريض مرض الموت في المنافع: وهذه التصرفات تعتبر نافذة لازمة عند الحنفية ولا يملك أحد الرجوع على هذه التصرفات بالإبطال سواء ككانت هذه التصرفات بعوض كالإجارة والمزارعة أو بغير عوض كالعارية وهذا لأن المنافع عند الحنفية ليست أموالا فلا يتعلق بها حق الورثة والدائنين ولأن التصرف في المنافع ينتهي بوفاة أحد المتعاقدين فإذا مات المريض مرض الموت انتهى التصرف ولم يبق محلا لاعتراض الورثة والدائنين أما غير الحنفية فيعتبرون المنافع أموالا لها حكم الأعيان وتنتقل ملكيتها للورثة.

*تصرفات المريض مرض الموت في الأعيان: إذا كان التصرف بغير عوض كالهبة الوقف الصدقة أو كان التصرف بعوض فيه محاباة أو غبن كان التصرف غير نافذ ويوقف بعد وفاة المريض على إجازة أصحاب الحق-الدائنين الورثة- أو رفع الغبن والمحاباة وإذا كان التصرف لا غبن فيه فإن كان مع أجنبي فإنه يكون نافذا ولا يتوقف على إجازة أحد ولا يمكن لأي أحد إبطاله لأنه لا يتعلق بحق أي أحد ولا تهمه فيه ولأن كان التصرف الذي لا غبن فيه مع الوارث فيكون نافذا في حق الغرماء والورثة فيكون موقوفا على إجازة الورثة لأن حق الورثة متعلق بمالية التركة وأعيانها بخلاف الغرماء فإن حقهم متعلق بمالية التركة دون أعيانها.

*تصرفات تمس ربح المال وليس رأس المال: كعقد الشركة والمضاربة فإنهما يصحان ولو كان فيهما غبن بالنسبة للربح وذلك لأن حق الورثة والدائنين يتعلق بمالية الشركة وأعيانها أما الربح فهو كالمنافع لا حق لأحد منهم فيه

ولأن الشركة لا ضرر فيها على أحد لأنها تبطل بموت المريض لتضمنها الوكالة لأن كل شريك وكيل عن الشريك الآخر والمضاربة نوع من الشركة. [تاريخ الفقه بدران .ص448]

والخلاصة أن المريض مرض الموت إما أن يكون مدينا أو غير مدين .

فإن كان مدينا بدين مستغرق فإنه يعتبر محجورا عن كل تبرع أو وقف باتفاق الفقهاء لا ينفذ التبرع إلا بإجازة الورثة والدائنين.

وإن كان مدينا بدين غير مستغرق فإن للورثة وللوصية ما يزيد عن وفاء الدين فينفذ تبرع المريض ووصيته في ثلث الباقي بعد وفاء الدين فإن زاد تبرعه على الثلث يتوقف على إجازة الورثة.

أما إذا كان المريض غير مدين فإن تبرعاته هبة وصية وقف يراعى فيها أمران اثنان:

1- أن التبرع مقيد نفاذه بثلث ماله وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة.

2- أن تبرع المريض لأحد ورثته لا ينفذ بل يوقف على إجازة الورثة لقوله عليه السلام: " لا وصية لوارث" [المدخل الفقهي للزرقا838/2]

تنبيهات: درج كثير من الأصوليين على إدراج بعض العوارض ضمن ما يعرض للأهلية مع اعتراض من غيرهم على عدّها ضمن هذه العوارض منها:

الصغر: عارض سماوي ومع أنه ثابت بأصل الخلقة وهو من الأحوال الطبيعية التي يمر بها الإنسان لأن الإنسان قد يخلو عن الصغر كآدم وحواء ولأن ماهية الإنسان قد تعرف بدون وصف الصغر لهذا كان الصغر وصفا عارضا على حقيقة الإنسان. [كشف الأسرار4/371]

الجهل: عارض مكتسب. وجعله من العوارض المكتسبة مع أنه أصلي في الإنسان لا اختيار له فيه " والله أخرجكم من بطون أمهاتكم" وعده من العوارض المكتسبة باعتبار أن العبد قادر على إزالته فبقاؤه في الإنسان باختيار منه لقدرته على إزالته وهذا الكافر فإنه يعذب على العبادات لقدرته على إزالة الكفر بالإسلام فكان تركه للإسلام مع القدرة عليه سببا للمؤاخذة لأنه بمنزلة اختيار الكفر وكسبه. [كشف الأسرار 4/371]

واعترض على هذا بأن الجهل ليس فيه إخلالا بالأهلية وإنما يكون في بعض المواطن والأحوال عذرا شرعيا مانعا من المؤاخذة كمن أسلم وهو بعيد عن دار الإسلام جاهلا للتكاليف الشرعية فإن جهله يكون عذرا له

وكجهل الوكيل عزل موكله له فتبقى تصرفاته نافذة على الموكل حتى يبلغه خبر العزل ففي الجهل معذرة وليس إخلالا بأهلية. [المدخل الفقهي للزرقا. ص 856]

الهزل: ضد الجد وهو ينافي اختيار الحكم والرضا به لكنه لا ينافي الرضا بمباشرة السبب لأن الهازل يتكلم بما هزل به عن اختيار ورضا ومحل الهزل التصرفات القولية بأن يقول: بعثك أو أجرتك هازلا أو بناء على موافقة ومواضعة بينهما أن العقد يكون هزلا بعثك وأجرتك دون أن يذكر كلمة هازلا وإنما يعرف الهزل بالمواضعة والاتفاق. فالهازل وإن تكلم بإرادته واختياره لكنه عابث لا يريد الحكم ولا آثاره. ولهذا اعتبر الهزل عقدا صوريا غير منعقد باطل وقيل منعقد فاسد فلا ينتقل المبيع ولا يستحق البائع الثمن. واستثنى الفقهاء من تأثير الهزل العقود التالية: النكاح الطلاق العتاق فالجهل ليس له تأثير على الأهلية بل له تأثير على القصد والإرادة بدليل أن الهزل له تأثير في صحة العقود الثلاثة ولو كان فاقدا للأهلية لم تصح فالهزل انتفى فيه ركن الصحة وهو التعبير الجازم عن الإرادة وبالهزل ينتفي هذا الجزم في التعبير ولو عدّ الهزل ضمن العوارض فينبغي أن نعدّ سائر الأركان والشرائط -الإيجاب والقبول- في العقود وعدّها ضمن عوارض الأهلية. [المدخل الفقهي للزرقا. 857/2]

السفر: لا ينافي شيئا من الأهلية لبقاء القدرة الظاهرة والباطنة [كشف الأسرار 524/4] ولا يمنع وجوب الأحكام الشرعية من الصلاة والزكاة والحج لكنه جعل من أسباب التخفيف للمشقة الحاصلة في غالبا فليس فيه إخلالا بأهلية الدينية أو المدنية.

الخطأ: فعل أو قول يصدر عن الإنسان بغير قصده بسبب ترك التثبت وجعل عذرا في إسقاط حق الله تعالى -الخطأ في القبلة بعد الاجتهاد صلاه صحيحة الخطأ في الفتوى يأخذ أجرا واحدا لو زفت إليه غير امرأته فوطئها لم يحد ولا يعذر في إسقاط حقوق الله تعالى لو أتلف مال إنسان خطأ لزمه الضمان وتجب الدية في القتل الخطأ لأنها من حقوق العباد واختلفوا في طلاق المخطئ أجازته الحنفية ومنعه الشافعية فالخطأ لا تأثير له في الأهلية وإنما هو وصف للأفعال الصادرة منه بلا قصد تقتضي رفع المؤاخذة. [المدخل الفقهي 858/2]

****نظرية الولاية- النيابة الشرعية-:**

إن مصطلح الولاية يرتبط ارتباطا وثيقا ببعض المراحل والأطوار حيث يكون نقص وقصور في أهلية الأداء أو فقدان وانعدام لها كالصغير المميز في الأولى حيث تثبت له أهلية أداء ناقصة وكالصبي غير المميز في الثانية حيث لا تثبت له أهلية الأداء أصلا. ولأن الإنسان في هاتين المرحلتين محتاج كغيره إلى ما يحقق حاجاته ويقوم حياته ولكن العجز الذي يحيط به في مرحلة طفولته أو ضعف جسمه وعقله في مرحلة تمييزه يستدعي النظر والبحث عن طريقة تحقق حاجاته وتضمن مصالحه وتقيم حياته. فكان الاتفاق بين الشرائع والأديان والقوانين والتشريعات المختلفة على إسناد قضاء حاجات العاجز والقاصر إلى غيره ممن كملت أهلية أدائه يسمى القيم أو الولي أو النائب الشرعي والتي يجمعها مصطلح الولاية.

أولا/: تعريف الولاية:

الولاية بالكسر هي الخطة والإمارة والسلطان والولاية بالكسر والفح النصرة قال سيويوه: "هي بالحم المصدر وبالكسر الاسم أي الاسم لما توليته وقمت به إن أريد المصدر فتحوا. قال ابن الأثير وكأن الولاية بالكسر تشعر بالتدبير والقوة والفعل وما لم يجتمع ذلك منها لم ينطلق عليه اسم الولي قال ابن فارس: "كل من قام بأمر شخص فهو وليه.

الولاية في اصطلاح الفقهاء: عرفها بعض فقهاء الحنفية بقولهم: تنفيذ القول على الغير شاء أو أبي" واعترض على هذا التعريف باعتراضات منها: إن جعل الولاية تنفيذ مخالف لحقيقتها فهي صفة تقوم بالشخص أما التنفيذ فهو أثر من آثارها وليس حقيقة فيها ثم إنه غير جامع لأنواع الولاية النس والمال وهي غير موجودة في التعريف ومنها إثبات مشيئة واختيار للمولى عليه وهما غير متحققان في بعض أنواع المولى عليهم كالصبي غير المميز.

وعليه يمكن تعريفها كالتالي: الولاية سلطة شرعية تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها بحيث تترتب آثارها الشرعية عليها بمجرد صدورها. " [تاريخ الفقه الإسلامي. بدران. ص 453]

وهي بهذا المعنى ضرب من النيابة التي تعني قيام شخص مقام آخر في التصرف عنه سواء كانت اختيارية كالوكالة التي يفوض فيها التصرف إلى الغير أم كانت إجبارية بتفويض من الشرع أو القضاء التصرف لمصلحة القاصر نيابة عنه. يكون من فوض إليه التصرف ممثلاً شرعياً عن القاصر يتصرف في جميع شؤونه البدنية والمالية التي تقبل النيابة.

-النيابة أعم من الولاية لأنها-النيابة- تكون عقدية بمحض الاختيار كالوكالة كما تكون شرعية يفرضها الشرع أو قانونية يفرضها القانون يكون النائب فيها ولياً شرعياً أو تكون بحكم قضائي يكون النائب وصياً على القاصر. أو قيماً على الكبير في بعض الحالات لإدارة أمواله.

ثانياً/: أقسامها: تنقسم الولاية إلى قسمين: ذاتية وتسمى ولاية قاصرة وهي ولاية الإنسان على ماله ونفسه وهذه تثبت للشخص كامل الأهلية-الحرية، البلوغ، العقل- تكون جميع تصرفاته نافذة ولازمة ما لم تكن تصرفاته ضارة بالغير كتصرفات المدين أو المريض مرض الموت.

النوع الثاني: ولاية متعدية: ولاية غير ذاتية: وهي ولاية الشخص على غيره. وهذه الولاية إن كان استمداها من الشرع ابتداءً. " من غير إنابة أحد فهي ولاية أصلية كولاية الأب والجد على الصحيح على الصغير ومن في حكمه. فهذه ولاية تثبت شرعاً وليس لأحدهم التنازل عنها وتستمر حتى يزول سببها: الصغر الجنون ضعف العقل. أي أن ولاية الأب إلزامية.

-أما إن كانت الولاية مستمدة من الغير بإنابة شخص فهي ولاية نيابية كأن يقيم الب وصياً أو وكيلاً عنه وكولاية القاضي والحاكم فإن الوصي والوكيل استمدا ولايتهما ممن فوض إليهما الأمر وهو الأب أو الجد والقاضي والحاكم استمد ولايته من المسلمين فهو نائب عنهم.

أقسام الولاية المتعدية-على الغير-: ولاية على النفس وولاية على المال.

1-الولاية على النفس: وتكون في الأمور والشؤون المتعلقة ببدن الشخص وشخصه التطبيب التأديب التزويج التعليم ومنها ولاية الحضانة. وتجعل هذه الولاية لمن تثبت له القدرة على إنشاء عقد الزواج على المولى عليه

وتنفيذه وتربيته وتأديبه ورعاية ماله.. كولاية الأخ الشقيق على أخته فاقدة الأهلية في تزويجها عند فقد الأب والجد وكولاية الأب والجد على الصغير ومن في حكمه.

2- الوصية على المال: وهي متعلقة بالتصرفات المالية حيث تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود المتعلقة بالمال كولاية الأب أو وصيه على أموال الصغير. والذي يتعلق بهذا البحث الولاية على المال. لأن الولاية على النفس مندرجة ضمن أحكام الزواج ونحوه بخلاف الولاية على المال فلها صلة بالتصرفات العقدية والتي تمس بعض الجوانب من نظرية العقد. [بدران. ص 454]

ثالثا/: حكم الولاية وأثرها. [المدخل الفقهي للزرقا. 2/]

إن مقتضى الولاية باعتبارها نيابة إلزامية أو جبرية أن التصرفات التي يقوم بها الولي لحساب القاصر من نقضها أو إبطالها. وهذا الحكم هو الذي يتوافق مع التعريف الذي سبق بيانه والاعتراض عليه: "تنفيذ القول على الغير شاء أم أب"

رابعا/: الولي من هو؟ الولي هو الذي أقامه الشرع للنظر في شؤون الصغار وهو بهذا يختلف عن الوحي الذي يقيمه أحد الأولياء للنظر في شؤون الصغار.

والشرع لما سلم أمر رعاية شؤون الصغار والقيام على مصالحهم وحياتهم يفترض وجود مقومات هذه الثقة التي حظي بها الولي والتي تتطلب توافر الحرص على رعاية مصلحة الصغير والقدرة على ذلك ولتوافر هذين الأمرين غالبا في الأقرب جعلها الشرع في الآباء والأجداد ابتداء لحرصهم عادة على مصالح أبنائهم بدافع العاطفة وآصرة الرحم والقرابة والولاية التي أثبتها الشرع للآباء والأجداد العصبيين -آباء الآباء- شاملة للولائتين شخصية ومالية- النفس والمال- فإذا فقد الب والجد أسندت إلى سائر العصبات على خلاف في ترتيبهم مع ملاحظة انفصال الولائتين فيما عدا الب والجد: أما الولاية على النفس فيتولاها الأقرب فالأقرب من العصبات على خلافهم في ترتيبهم مع ملاحظة انفصال الولائتين فيما عدا الأب والجد:

أما الولاية على النفس فيتولاها الأقرب فالأقرب من العصبات على ترتيب الإرث فمن كان مقدما في الإرث كان مقدما في الولاية على خلاف في الترتيب: الحنفية: الابن وابنه وإن سفل، الأب وأبوه وإن علا الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق وابن الأخ لأب العم الشقيق العم لأب أبنائهما أعمام الأب....

المالكية: الأبناء وإن سفلوا الأب الإخوة الأجداد الأعمام.

الشافعية: ترتيب الأولياء كترتيب الميراث إلا في بعض المسائل.

الحنابلة: الآباء الأبناء الإخوة العمومة...

أما الولاية على المال عند فقد الأب فقد فوضها الشرع إلى من يختاره الب بعده وهو الوصي فإذا لم يعهد الأب بأولاده إلى الوصي بعده ثبتت للجد العصبي مع ثبوت ولايته على النفس ووصي الجد يقوم مقام وصي الأب ويسمى هذا الوصي الذي يختاره الأب أو الجد الوصي المختار بينما الوصي الذي يعينه القاضي فيسمى وصي القاضي.

خامسا/: سبب ثبوت الولاية: يظهر من خلال البيان السابق أن سبب ثبوت الولاية أحد الأمور التالية:

-الأبوة: القرية والبعيدة كالجد أبي الأب.

-الوصاية الصادرة من الأب أو الجد-الوصية الاختيارية-

-القضاء لأن الوصي الذي يعينه القاضي إنما تستمد ولايته واستفادتها من طرف القاضي فكان القضاء نفسه سببا فيها.

سادسا/: مراتب الأولياء على الصغير.

ويفهم من هذا العنوان أن الولاية تبدأ من الصغر ومسماه إنما يكون في أول لحظة ولادة الإنسان ولهذا قرر جمهور العلماء [المخل الفقهي للزرقا 847/2] أن لا ولاية لأحد على الجنين قبل أن يولد. ولهذا لو اشترى والد الجنين لا يدخل في ملكه ولو وهبه شيئا لم تصح الهبة لأن الجنين لا يثبت له إلا حقوق أربعة: [ذكر الشيخ الزرقا أن في فقه الشيعة الزيدية ما يفيد ثبوت الولاية على الجنين في النفس والمال حيث نصوا على جواز تزويج الجنين].

أما الولاية على النفس بالنسبة للصغير فيتولاها الأقرب فالأقرب من العصبات على حسب الترتيب الفقهي لكل مذهب من المذاهب الفقهية. فإن لم يوجد عصبات فهل تنتقل ولاية النفس إلى الأم ثم إلى غيرها من الأقارب وذوي الأرحام كما ذهبت إلى ذلك الحنفية أم تنتقل إلى السلطان خلاف بين أهل العلم.

وأما الولاية على مال القاصر فقد اتفق الفقهاء على تقديم الأب لتحقق جانب الحرص على مصلحة الصغير من طرف الأب وتبدأ هذه الولاية من وقت ولادة الجنين أي من وقت وجود حق له. [ذكر الشيخ الزرقا أن

إثبات ولاية مالية فقط علة مال الجنين له وجه شرعي ولا يخلو من مصلحة لأن مال الجنين بدل أن يبقى جامدا محجوزا فينمى ويدار وهو أكثر حفظا له. وهذا ما توجهت إليه بعض التشريعات الوضعية كما في الحالة المصرية من جواز تعيين وصي للحمل المستكن. [المدخل 848/2] [فإن عدم الأب انتقلت إلى وصيه كما ذهب إليه الحنفية ثم الجد الصحيح -أب الأب- لأن شفقتهما -الوصي والجد- من شفقة الأب ثم لوصي الجد ثم بعد ذلك للقاضي لأنه ولي من لا ولي له وذهب الشافعي في ترتيب الأولياء إلى تقديم الجد على وصي الأب لأنه أشفق من الوصي إن اختار الأب وصيا . أما مالك وأحمد فلا يجعلان للجد ولاية مطلقا بل بعد الب تكون الولاية لوصيه ثم للقاضي أو وصي القاضي.

الولاية على المجنون والمعتوه: تكون للأولياء المذكورين في الولاية على الصغير هذا إذا لم بلغ الصغير مجنونا أو معتوها. أما إذا بلغ رشيدا ثم طرأ عليه الجنون أو العته بعد البلوغ ففي المذهب الحنفي رايان: أن الولاية تعود لمن كانت له قبل البلوغ والثاني أن الولاية تكون للقاضي ولا تعود لمن كانت له قبل البلوغ لأن الولاية سقطت ببلوغ الصغير رشيدا والساقط لا يعود.

سابعا/: سلطات الولاية في التصرف قوة وضعفا.

تنقسم الولاية بحسب قوتها وضعفها في الفقه الإسلامي إلى أربعة أنواع: قوية في النفس والمال وضعيفة فيهما وقوية في أحدهما ضعيفة في الآخر. فأولياء النفس والمال سلطتهم قوية في الناحيتين -النفس والمال- الأب، الجد،... وأولياء النفس فقط سلطتهم قوية في النفس ضعيفة في المال.

وأولياء المال سلطتهم ضعيفة على النفس.

*الولاية القوية على النفس تخول صاحبها سلطة التزويج والإجبار عليه: الختان، التطيب بالعملية الجراحية... ولهذا من لم تثبت له ولاية قوية على النفس ليس من حقه أن يكلف طبيبا بإجراء عملية جراحية له أو أن يقوم بختانه فإن فعل وتعرض القاصر للضرر ضمن الضرر أو الدية [ولعل هذا الحكم في الحالات العادية دون الحالات الاستعجالية] كما في حوادث السيارات.

*الولاية الضعيفة على النفس: لا تخول صاحبها شيئا من ذلك بل مجرد أن يقوم برعايته وإيوائه وتأديبه وتعليمه.

*الولاية القوية في المال: تخول لصاحبها حق التصرف في المال بالاتجار لحساب القاصر وحتى الإذن له بالتجارة.

*الولاية الضعيفة في المال: لا تخول لصاحبها حق التصرف في المال بالتجار لحساب القاصر بل حفظه وقبض الهبة له والصدقة له والانفاق عليه في ضروراته وبيع الأموال المنقولة لحفظها بخلاف العقار الذي يشترط فيه إذن القاضي.

-أما الولاية القوية في النفس وفي المال فتثبت للأب ، الجد وإن علا.

-أما الولاية القوية في النفس الضعيفة في المال فهي ولاية غير الأب والجد من العصبات ثم سائر العصبات حسب الترتيب المعروف كالابن الأخ وأبناءؤهما..

-الولاية القوية في المال الضعيفة في النفس فهي ولاية الأوصياء.

-الولاية الضعيفة في النفس وفي المال جميعا فهي ولاية من يكون القاصر في حجره من الأجانب عنه ومن هذا القبيل ولاية الملتقط ولاية زوج الأم على ربيبه القاصر الذي يضم القاصر فيهما إلى عيال الولي وصغاره.

**فرع: ولاية السلطان أو القاضي: جميع مهام وصلاحيات الأولياء تنتقل إلى السلطان بمقتضى ولايته العامة أو من ينوب عنه كالقاضي لحديث: "والسلطان ولي من لا ولي له" مع ملاحظة أن القاضي ليس له ممارسة هذه الصلاحيات من بيع وشراء وإيجار واستئجار لمصلحة القاصر مع وجود النائب الشرعي -الولي والوصي- لأن ولاية النائب الشرعي مخصوصة بهذه الشؤون فهي ولاية خاصة تقدم على ولاية القاضي العامة. [المدخل الفقهي 852/2]

*عقود الأولياء والأوصياء:

الب: إذا كان وليا له أن يبيع مال الصغير بقيمته أو بغبن يسير وسواء باع لغيره أو لنفسه ويؤجر نفسه للصغير ويؤجر الصغير لنفسه وأن يتصرف في المال بالتجار والاستثمار فله مطلق التصرف في المال إلا إذا كان فيه -التصرف- ضررا اشترى بغبن فاحش مثلا أو باع لمفلس أو تبرع أو أقرض... وهكذا وصي الأب يتصرف كما يتصرف الأب إلا في بيع العقار إلا لمسوغ شرعي كحاجة القاصر إلى الإنفاق ولا يبيع لنفسه ولا يشتري للقاصر من نفسه دفعا للتهمة.

الجد: يتصرف على نحو ما يتصرف فيه الأب لأن ولايته أصلية إلا أنه ليس له ولاية على التركة نفسها بأن يبيعها جميعا سدادا للدين. ووصي الجد يأخذ حكم وصي الأب. [تاريخ الفقه الإسلامي. بدران. ص460]

**** نظرية البطلان والفساد ****

تقديم: من المقرر أن الأوامر والنواهي التي شرعها الله تعالى- أو التشريع الإسلامي عموماً- لم يشرعه الله تعالى عبثاً وأن الله تعالى إنما أنزل كتباً وأرسل رسلاً للناس من أجل أن يطيعوه ويلتزموا ما شرعه لهم. فمن عمل بما جاء به الرسول فعمله صحيح لأنه وافق الشرع ومن خالف فقد بطل عمله لمخالفته أمر الشارع كما قال تعالى: "وما أرسلنا من رسول إلا ليطاع.." " وما آتاكم الرسول " والإلزامية التي هي من أهم خصائص هذا التشريع تقتضي من المكلفين الخضوع له والالتزام بأوامره ونواهيه في جميع الأعمال والمعاملات المولدة للحقوق بينهم فالأعمال المراد بها جميع الأفعال المادية التي تصدر عنهم والتي يمكن أن تنشأ عنها حقوق كالسير الكلام الأكل والشرب الركوب والاستعمال الحيازة...

والمراد بالمعاملات التصرفات المدنية التي يقصد بمباشرتها إنشاء الحقوق أو إسقاطها بين اثنين أو أكثر طلاق إبراء بيع شركة مضاربة... وفي كلا المجالين -الأعمال والمعاملات- يجب على المكلفين الالتزام بحدود الشرع وأوامره ونواهيه.

وحتى يكون التشريع محترماً يدعن الناس عليه يجب أن يصحبه من الأحكام والتراتب ما يضمن له هذه الحرمة ويفرض طاعته ولهذا رتب الشارع على المخالفة لأمره ونهيه بعضاً من الأحكام حماية لجانب الأوامر والنواهي هذه الأحكام تسمى في اصطلاح الناس اليوم في الحقوق والقوانين: بالمؤيدات [تسمى في القانون المصري بالجزاء] أي التي تؤيد اصل التشريع وتحميه وفقهاء الشرع يسمونها بالزواجر أي تزجر من خالف المنهج وتكبح طريق الجادة.

هذه المؤيدات تنقسم على قسمين:

1- مؤيدات ترغيبية الغرض منها التشويق والدفع إلى الفعل المرغوب وتنشيط الناس إليه مثلاً كإسقاط الضرائب عن المستثمرين والفلاحين أو قليل الدخل... أو المنح التي تعطى على عدد الأولاد تشجيعاً على الإنجاب ومنه النفل المشروع في الجهاد وإعطاء المحارب سلب القتيل.

2- مؤيدات ترهيبية: الغرض منع الناس من الوقوع في المخالفة. والمؤيدات الترهيبية نوعان:

*تأديبية: وهي العقوبات التي تشرع على المخالفات من قبيل الجرائم العدوانية كالضرب السب القتل السرقة وسواء كانت هذه العقوبات مالية بدنية معنوية كالتشهير بالشخص.

*مدنية: وهي التي تشمل المخالفة التي تكون من قبيل إهمال الشرائط التي اشترطها الشارع في التصرفات الحقوقية من عقود وغيرها والمؤيدات لهذه التصرفات حتى تمنع المخالفة لها هو حرمان المتصرف من النتائج التي يتغيها من التصرف. بحيث يكون تصرفه في نظر الشارع لغوا مسلوب الحكم والنتيجة ولا يكسب صاحبه الحق المطلوب. هذا النوع من المؤيدات المدنية أو الحقوقية هو الذي ينشأ عنه نظرية البطلان والفساد. [المدخل للزرقا. 669/2، التشريع الجنائي الإسلامي. عودة. ص23]

أولا/: تعريف البطلان: لغة: بطل الشيء بطلا وبطولا وبطلانا ذهب ضياعا وخسرا قال تعالى: "وبطل ما كانوا يعملون" ومنه قولهم: ذهب دمه بطلا أي هدرا أي لم يحصل له ثأر ولا دية والإبطال يقال في إفساد الشيء وإزالته حقا كان ذلك الشيء أو باطلا " ليحق الحق ويبطل الباطل" ومنه سمي السحرة بطللة لإفسادهم. [تاج العروس]

ورد استعمال البطلان في القرآن في معنى ديني اعتقادي محض وهو عدم ترتب الأجر والجزاء على الفعل والتصرف " يا أيها الذين آمنوا لا تبطلوا صدقاتكم بالمن"

البطلان في اصطلاح الفقهاء: استعمل الفقهاء البطلان بمعنى عدم الصحة وترتب الأثر الشرعي على الفعل بحيث يكون هذا الفعل غير معتبر في ظر الشارع وجوده وعدمه سواء فلا ينشئ حقا ولا يسقط تكليفا سواء كان ذلك في العبادات أو الأعمال أو المعاملات فبطلان الصلاة عدم صحتها وعدم سقوط التكليف بها وبطلان البيع عدم حصول أثره من نقل الملكية وسائر المعاملات الأخرى.

وقد ذكر الشاطبي في الموافقات قوله: "المسألة الثانية في معنى البطلان وهو ما يقابل معنى الصحة فله معنيان: أحدهما أن يراد به عدم ترتب آثار العمل عليه في الدنيا كما نقول في العبادات إنها غير مجزئة ولا مبرئة للذمة ولا مسقطه للقضاء فكذلك نقول إنها باطلة بذلك المعنى.. ونقول أيضا في العادات إنها باطلة بمعنى عدم حصول فوائدها بها شرعا من حصول أملاك واستباحة فروج...

والثاني أن يراد بالبطلان عمد ترتب آثار العمل عليه في الآخرة وهو الثواب ويتصور ذلك في العبادات والعبادات. فكون العبادة باطلة بالإطلاق الأول فلا يترتب عليها جزاء لأنها غير مطابقة لمقتضى الأمر بما وقد كون صحيحة بالإطلاق الأول ولا يترتب عليها الثواب أيضا. فالأول كالمتعبد رياء الناس فإن تلك العبادة غير مجزئة ولا يترتب عليها ثواب. والثاني كالمصدق بالصدقة يتبعها بالمن والأذى " " يا أيها الذين آمنوا لا تبطلوا صدقاتكم بالمن...".

وتكون أعمال العبادات باطلة أيضا بمعنى عدم ترتب الثواب عليها سواء علينا أكانت باطلة بالإطلاق الأول أم لا فالأول كالعقود المفسوخة شرعا والثاني كالأعمال التي يكون الحامل عليها مجرد الهوى والشهوة من غير النفات إلى قصد الشارع فيها كالأكل والشرب والنوم وأشباههما والعقود المنعقدة بالهوى ولكنها وافقت الأمر أو الإذن الشرعي بحكم الاتفاق لا بالقصد إلى ذلك.. [الموافقات 458/1]

عرفه الشيخ الزرقا باعتبار الوجود من ناحيتين اثنتين: وجود حسي: وهو قيام الفعل وتحققه بصورته وحركته المادية. ووجود اعتباري وهو اعتبار الشارع له وقبوله بحيث تترتب آثاره وأحكامه الشرعية. وهذا ما يعبر عنه بالاعتبار الشرعي فإن الفعل إذا لم يعتبر شرعا كان وجوده وعدمه سواء ولهذا انتهى الزرقا إلى هذا التعريف: "عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري وآثاره في نظر الشارع." وعلى هذا الأساس فإن الفصل في صحة الفعل أو بطلانه ليس هو صورته المادية فحسب بل الصورة الشرعية أعني اعتبار الشارع له فإن لم يعتبره الشارع كان معدوما وإن كان موجودا حسا سواء كان تصرفا قوليا أو فعليا وبيان ذلك كالآتي.

تطبيق معنى البطلان على التصرفات:

التصرف إما أن يكون فعليا وهو ما كان قوامه عملا غير لساني كالغصب والإتلاف، قبض الدين، إحراز المباح،....

التصرف القولي: نوعان عقدي وغير عقدي.

التصرف القولي العقدي: هو الذي يتكون من جانبين يرتبطان بتوافق إرادتين البيع والشراء ...

التصرف القولي غير العقدي: يشمل نوعين: نوع يتضمن إرادة إنشائه من طرف واحد بعزيمة مبرمة من صاحبه لإنشاء حق وإنهائه أو إسقاطه الوقف للإبراء الطلاق العتاق... وهذا على ذهب الحنفية خلافا للفقهاء الآخرين الذين يعتبرون هذه عقودا لوجود الإرادة المنشئة لها وإن كانت من طرف واحد.

نوع لا يتضمن إرادة إنشائية للحقوق أو إسقاطها لكنها أقوال تترتب عليها نتائج حقوقية. كالدعوى فإنها طلب حق أمام القضاء والإقرار والإنكار فهذه أقوال وأخبار تترتب عليها مؤاخذات وأحكام قضائية مدنية. [المدخل للزرقا 379/1]

معنى البطلان في التصرفات القولية: إذا كان التصرف قوليا عقديا كالبيع مثلا والإجارة.. وجودها الحسي هو صدور الإيجاب والقبول. وجودها الاعتباري وجود التزامات وحقوق رتبها الشارع على وجود هذه الرابطة بين المتعاقدين. فإذا وقعت هذه العقود مستوفية لأركانها وشرائطها صحت وترتبت عليها آثارها. أما إذا وقعت غير مستوفية لأركانها وشروطها - البيع من المجنون، الصبي غير المميز،... - فإن العقد وجد حسا لكنه معدوم شرعا أي غير منعقد وهذا هو معنى البطلان.

إذا كان التصرف القولي غير عقدي كالإقرار فإذا صدر من شخص أهل مكلف مستوفيا لشرائطه يؤخذ به المقر ويلزمه حكمه كمن أقر بإتلاف أو جناية لزمته المسؤولية والضمان أما إذا صدر من غير مكلف - صبي، مجنون - أو صدر مخالفا للواقع - كمن أقر بأنه قتل أباه وأبوه حي يرزق - فإنه لا يعتبر شرعا ويكون وجوده وعدمه سواء ويكون الإقرار باطلا.

معنى البطلان في الصرفات الفعلية: سواء كانت هذه التصرفات مستقلة عن عقد كإحراز المباح أو مستندة إلى عقد كقبض المبيع مثلا فإن هذه التصرفات هي أفعال حسية إذا استوفت شرائطها الشرعية كانت صحيحة وإذا لم تستوف شرائطها وأركانها كانت باطلة.

إحراز المباح ينشئ الملكية إذا استوفى الشرائط كأن يكون واقفا بقصد التملك فإذا تخلف هذا الشرط كان باطلا.

ثانيا/ أساس البطلان وسببه: يعتبر الأساس أو السبب الرئيسي في بطلان التصرفات التي ذكرناها هو المخالفة لمقصود الشرع وأمره والذي يتعلق بأمر جوهري وركائزي فيه بحيث يعتبر من مقومات هذا التصرف ومن هنا عرف العقد الباطل بأنه ما لم يكن مشروعاً بأصله. والمقصود بأصله ما يكون من مقومات هذا التصرف كالأركان والشرائط التي تعتبر صفات لهذه الأركان طلب الشارع تحققها حتى يكون العقد قائما قياما صحيحا يثبت له الوجود الاعتباري وهو ما يسميه الفقهاء بشرائط الانعقاد بحيث إذا فقدت أو فقد واحد منها فقد التصرف شرطا من شروط انعقاده وقيامه كعدم أهلية العاقد أو عدم صلاحية المحل للعقد - الزواج بالمحارم... -

فائدة: قد تختلف وجهات النظر الفقهي في اعتبار هذه النواحي المتعلقة بالتشريع في التصرف هل هي جوهرية أساسية أم فرعية لا توجب بطلان التصرف كالإشهاد في النكاح أو توجب ما يسمى بالفساد دون البطلان. [مثال ذلك معلومية العوض في عقود المعاوضات البيع الإجارة ونحوها يرى الشافعي أن الجهالة في العوضين تبطل العقد لأنها أساسية وجوهرية في التصرف بينما يراها الحنفية فرعية توجب الفساد دون البطلان.]

ثالثاً/: تجزؤ البطلان: ينبي هذا التجزؤ للبطلان على صحة تجزؤ الوجود الاعتباري للتصرف فهل يتجزأ الاعتبار الشرعي أم هو كل واحد لا يتجزأ بمعنى إذا وافرت شرائط الاعتبار الشرعي في جزء دون آخر في المحل فهل يكون الجزء الذي توافرت فيه شرائط الاعتبار صحيحاً والجزء الآخر الذي فاتت فيه هذه الشرائط يكون باطلاً وعلى هذا فإن المقصود من تجزؤ البطلان أن يكون العقد أو التصرف بعضه باطل وبعضه معتبر من جهة أخرى من المحل.

من الأمثلة الفقهية التي ذكرها الحنفية إذا جمع إنسان بين ماله ومال موقوف فباعهما صفقة واحدة صح في ماله بحصته من الثمن بطل في الموقوف. [الدر المختار] وكذا لو جمع في النكاح بين امرأة تحل وأخرى لا تحل في عقد واحد صح في الأول دون الثانية وهذا بخلاف ما إذا كان محل البطلان غير معين ولا سبيل إلى تعيينه فإنه يكون البطلان عاماً كما لو جمع بين أختين في عقد زواج واحد حيث لا مرجح لتصحيح العقد في واحدة بعينها.

رابعاً/: الفرق بين البطلان والانفساخ:

يعتبر الانفساخ للعقد أو التصرف مظهراً من مظاهر انحلال العقد وزوال الرابطة العقدية ومعنى هذا أن العقد أو التصرف قد انعقد ووجد وجوداً حسيماً واعتبارياً-الاعتبار الشرعي- ثم طرأ عليه الزوال والعدم لسبب من الأسباب إرادياً كان أو غير إرادياً فمثله مثل رجل حي طرأت عليه الوفاة. فإذا زال العقد بسبب غير إرادياً سمي هذا الزوال انفساخاً وإذا زال العقد بسبب إرادياً سمي هذا الزوال فسخاً -كالبيع والإجارة يتم فسخه من الطرفين ويسمى حينئذ هذا الفسخ إقالة- أما الانفساخ فيكون في حالة استحالة تنفيذه كما إذا هلك المبيع فإن البيع يفسخ أما بالنسبة للبطلان فإن العقد غير منعقد أصلاً كمولود ولد ميتاً لا حياة له.

خامساً/: النتيجة الأساسية للبطلان: للبطلان نتيجة سلبية عامة وهي قطع الصلة بين سبب التصرف وحكمه فلا يترتب الأثر الذي اعتبره الشارع وقدره من وراء هذا التصرف. فلا ينتقل الملك في البيع ولا تسلم العين في

الإجارة وهكذا... الخ. وقد عبّر الفقهاء عن هذه النتيجة بقولهم: العقد الباطل لا يترتب عليه حكم أصلا. والمقصود بالحكم هنا عدم ترتب آثاره الشرعية إلا أن هذه القاعدة السالفة ليست على إطلاقها فإن هناك بعضا من الحالات الاستثنائية يكون للبطلان فيها بعض الآثار الجانبية أو الفرعية التي تكون للعقد الصحيح كاستحقاق المهر بالدخول بالمرأة في عقد نكاح باطل وثبوت النسب ووجوب العدة لأن الاتصال بين الرجل والمرأة لا يخلو من حالتين: وجوب الحد أو وجوب المهر. وجوب الحد في الزنا ووجوب المهر في النكاح الصحيح أو النكاح بشبهة.

ومن هذه الاستثناءات أيضا: ضمان المبيع المقبوض في البيع الباطل فهل يكون المبيع أمانة في يد المشتري غير مضمون عليه كالوديعة. أم يوجب الضمان على القابض لأنهمقبوض على سبيل المعاوضة .

ومن الاستثناءات أيضا انقلاب العقد من عقد باطل إلى عقد آخر يكون صحيحا لأنه استجمع شروط انعقاده. مثاله: لو قال بعتك هذا الشيء بلا ثمن أو أجرتك الدار بلا أجر، كل من البيع والإجارة باطلان لكن هل ينقلب البيع هبة والإجارة إعارة؟ محل خلاف: قيل بالانقلاب للعقد لأن العبرة بالمقاصد والمعاني في العقود وقيل بعدم الانقلاب لأن أصل العقد معدوم ولا ينتج المعدوم شيئا وهو الراجح في مذهب الحنفية ورجح الزرقا حواز الانقلاب لأن أعمال الكلام أولى من إهماله بأن يحمل القول على المجاز بعد تعذر مله على الحقيقة وهذا ما يسمى في القانون بنظرية تحول العقد.

الأحكام العامة للبطلان:

1- جاء في قواعد المجلة: بطلان الشيء يستلزم بطلان ما تضمنه وبطلان ما بني عليه فإذا بطل البيع بطلت الشروط التي تضمنها العقد واشترطها المتعاقدان وبطل تسمية الثمن المسمى ولو أقر شخص بحق الآخر على عقد باطل فإن هذا الإقرار يبطل لأنه بني على عقد باطل.

2- لزوم نقض التصرف الفعلي الباطل وإعادة الأمور إلى ما قبل التصرف: والسبب أن التصرف الفعلي يحدث أثرا ماديا بخلاف التصرف القولي الذي يكون أثره اعتباري محض فلهذا يجب غزالة اثر المادي الذي أحدثه التصرف الفعلي حتى تعود الأمور إلى سابق عهدها. فلو تم التقابض في عقد باطل لزم إعادة المقبوض إلى صاحبه الأول لبطلان القبض أما إذا استهلك المقبوض لزم إعادة مثله أو قيمته إن كان قيميا مهما بلغت قيمته في السوق عن ثمنه المسمى. لأن التسمية للثمن بطلت مع بطلان العقد لأنه يتضمنها.

3-العقد الباطل لا يقبل الإجازة لأن محل الإجازة إنما هو في العقد المنعقد الموقوف على من له حق في هذا التصرف بينما العقد الباطل ليس موجودا ولا قائما حتى يتوقف على الإجازة والإذن بل هو في النظر الشرعي غير موجود وإجازة العقد الباطل تكون بإنشائه من جديد. فلو عقد عديم الأهلية -المجنون- بيعا ثم صح من جنونه وأجاز العقد لم يصح ولو تبرع الولي بمال الصغير ثم بلغ الصغير فأجازه لم يصح لبطلان التبرع من أصله ومما يقبل الإجازة عقد الفضولي إذا أجازه مالك الشيء أما لو رده أولا ثم أجازه لم يصح بالإجازة لأنه بالرد بطل العقد ولا تلحق الإجازة عقدا باطلا.

4-العقد الباطل لا يحتاج إلى فسخ ولا يحتج به أمام القضاء لأن العقد الباطل غير موجود أصلا والفسخ يحتاج إليه في العقد القائم. فإذا كان الزواج باطلا فإن للمرأة أن تتزوج رجلا آخر ولا يحتج الزوج بعقد الزواج لمنع المرأة من التزوج وإذا بطل البيع فإن البائع أن يبيع ولا يحتج المشتري بوجود العقد لأن البيع باطل.

نظرية الفساد

أولا/: تعريف الفساد لغة واصطلاحا:

الفساد لغة: فسد يفسد ويفسد كعقد ونصر. والأولى هي المشهورة وفسد الشيء بطل واضمحل ويكون بمعنى تغير " لو كان فيهما آلهة إلا الله لفسدتا" أي لبطلتا واضمحلتا.

والفساد: أخذ المال ظلما بغير حق وتفاسد القوم قطعوا أرحامهم وفسد اللحم إذا أنتن وتغير بعفونة.

الفساد في الاصطلاح الفقهي: استعمل الفقهاء في المذهب الحنفي في اصطلاح خاص بهم الفساد في مرتبة بين البطلان والصحة وهي الحالة التي يحتل فيها الوصف دون الأصل والوصف المختل في النواحي الفرعية وليست الجوهرية المؤثرة على صحة التصرف. فالفساد من التصرفات والعقود هو ما ليس بالباطل غير المنعقد ولا بالصحيح التام الاعتبار المنعقد.

ثانيا/: أساس نظرية الفساد: تعتبر نظرية الفساد من مفردات الاجتهاد الحنفي دون غيرهم من سائر الفقهاء الذين يقررون بأن العقد مرتبان صحيح أو باطل ويرادفه الفساد إذا كان العقد أو التصرف مخالفا للأمر والنهي الشرعيين مخالفة يختل بها نظام التعاقد.

غير أن فقهاء الحنفية لاحظوا أن هذه المخالفات ليست على مرتبة واحدة بل منها مخالفات أساسية وأخرى فرعية ولهذا خالفوا في نتيجة وحكم كل مخالفة لأن قوة الجزاء تتناسب مع قوة ودرجة المخالفة ونوعها.

ويرجع السبب في الاختلاف بين الفقهاء في إثبات مرتبة الفساد من عدمها إلى خلافهم في قاعدة أصولية وهي مقتضى النهي فهل يقتضي النهي البطلان لأن النهي يناهى مشروعية الفعل مطلقا كما ذهبت إلى ذلك الحنابلة وبناء عليه أبطلوا سائر العقود التي ورد النهي عنها عقود الربا البيع المقترن بشرط منهي عنه وقد يبطلون الشرط دون العقد وذهب الحنفية على أن ورود النهي لا يرفع مشروعية الفعل مطلقا بل قد تجتمع المشروعية في أصل الفعل مع النهي عنه وبناء عليه يمكن تقسيم النهي إلى الأقسام التالية:

1- النهي عن الفعل لعدم مشروعيته أصلا الزنا القتل الغصب... التصرف باطل فلا يثبت نسب في الزنا ولا يفيد الغصب ملكا ولا يرث القاتل بالقتل. ومثل النهي عن بيع الملاحيح والمضامين بيع الميتة والخمر... فالتصرفات من هذا القبيل إذا ورد النهي عنها فهي باطلة.

2- النهي عن الفعل المشروع أصلا لتضمنه وصفا استقبحة الشارع فالنهي هاهنا لا يكون متجها إلا إلى هذا الوصف لأن الأصل مشروع مثاله عقد الربا هو بيع والنهي يتوجه على الزيادة دون مقابل وعوض ومثاله: اشتما العقد البيع على شروط منهي عنها: " نهى عن الثنيا إلا أن تعلم."

هذا القسم إذا ورد النهي فيه فإنه لا يدل على بطلانه كما في التصرف غير المشروع أصلا بل يكون منعقدا انعقادا فاسدا يجعله عقدا محتلا مستحقا للإبطال ما لم يمنع مانع من إبطاله وعبرة الفقهاء: العقد الفاسد هو ما كان مشروعا بأصله دون وصفه.

3- النهي عن الفعل المشروع أصلا ووصفا لكنه تضمن وصفا خارجا عنه نهى عنه الشارع كالنهي عن البيع وقت النداء فهذا النهي لا يوجب بطلانا ولا فسادا لاكتمال العقد واستيفائه شرائطه وأركانه وإنما علة النهي أمر خارج عن العقد وهو الاشتغال بالبيع من السعي الواجب إلى الجمعة. فهذا يقتضي الحرمة واستحقاق الإثم دون الحكم ببطلان العقد وفساده. ومثله النهي عن خطبة الإنسان على خطبة أخيه.

ثالثا/: مجال الفساد في التصرفات.

إن مجال التصرفات التي يدخلها الفساد أضيق من البطلان الذي يشمل جميع التصرفات القولية والفعالية فمن التصرفات ما ليس له غلا مرتبتان اثنتان ولا مجال للفساد فيه صحة وبطلانا ولا فرق بين الفاسد والباطل في نظر الشارع في هذه التصرفات. والمشكلة أن الحنفية لم يضعوا ضابطا للتفريق بين ما يدخله الفساد من التصرفات مما لا يدخله. فنحدهم يصرحون في بعض التصرفات كالبيع والإجارة وغيرها بالتفريق فيها بين الفساد والبطلان وفي العبادات كالصلاة والزكاة والحج لا يفرقون بين الفاسد والباطل فيقولون صحيحة وغير صحيحة صحيحة مبرئة للذمة وغير صحيحة لا تسقط الواجب.

لكن عند ملاحظة كلام الفقهاء واستقراء ما ذكروه من نصوص في التمييز بين الفاسد والباطل يظهر كما قال الزرقا في المعاملات من الأحكام المدنية الضابط التالي:

*الفرق والتمييز بين الفساد والبطلان لا يجري إلا في العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة أو تكون ناقلة للملكية. [المدخل للزرقا/2/735]

من أمثلة العقود التي تنشئ التزامات متقابلة البيع الإجارة الرهن الحوالة القسمة الشركة المزارعة.

ومن أمثلة العقود التي تنقل الملكية عقد القرض والهبة...

ويخرج بها الضابط جميع التصرفات الأخرى: التصرفات الفعلية مطلقا والتصرفات القولية التي ليست من قبيل العقود بل من تصرف الإرادة المنفردة الطلاق الإعتاق الوقف الإبراء الكفالة الإقرار... ويخرج أيضا العقود غير المالية الزواج الوكالة الوصاية التحكيم وهي عقود تفويض. ويخرج أيضا العقود التي لا تنشئ التزامات مقابلة ولا تنقل الملكية كالإيداع والإعارة. [المدخل للزرقا/2/736]

فائدة: عدد بعض الفقهاء التصرفات التي يعتريها الفساد حتى أوصلها بعضهم إلى واح وعشرين قولاً.

رابعاً/ أسباب الفساد.

الأساس الذي يرجع إليه فساد التصرفات والعقود هو المخالفة للنظام الشرعي في ناحية خارجة عن جوهر العقد وأساسه وهذا هو السبب المباشر في الفساد وهذه المخالفة لنظام الشرع لها صور متعددة منها ما هو عام في جميع التصرفات ومنها ما يختص ببعض هذه العقود دون بعض.

وعليه يمكن تقسيم أسباب الفساد إلى نوعين: عامة وخاصة. أما الأسباب الخاصة فهي متعلقة بكل عقد على حدة وتعرف عن طريق شرائط الصحة المقررة لكل عقد. فمثلا الشرط الفاسد يفسد عقود المعاوضات ولا يفسد الهبة أما الأسباب العامة فيمكن حصرها في ثلاثة أسباب الجهالة الغرر الإكراه وفيما يلي تفصيل لها:

1-الجهالة: الجهالة المفسدة هي الجهالة المفضية إلى النزاع وهي الجهالة الفاحشة والمقصود بالنزاع هنا هو النزاع المشكل وهو الذي يتعذر حسمه لتساوي حجة الطرفين فيه استنادا لتلك الجهالة كما لو باع شاة غير معينة من قطع غنم أو استأجر بأجرة مجهولة أو تشاركنا بدون معرفة كيفية تقسيم الربح...

أما الجهالة الخفيفة التي لا تفضي إلى النزاع فغير مضررة بالعقد ولا مؤثرة فيه كما لو باع إنسان كل ما في بيته دون معرفة ما فيه فالبيع صحيح وإن كان المبيع مجهولا إلا أنه معين بحد حاصر له وهو البيت.

وتتعلق الجهالة المفسدة بأربع جهات:

1-المعقود عليه- محل العقد- كجهالة المبيع والعين المستأجرة والموهوب..

2-العوض في عقود المعاوضات المالية كجهالة الثمن وجهالة الأجرة..

3-الأصل كجهالة المدة المتعاقد عليها في عقد الإجارة و جهالة زمن استحقاق الثمن المؤجل في عقد البيع.

4- جهالة وسائل التوثيق المشروطة في العقد كما لو اشترط البائع على المشتري كفيلا أو رهنا في البيع المؤجل فيجبأن يكون كل من الكفيل والرهن معينين.

2-الغرر: والمراد به عند الفقهاء أن يعتمد التعاقد على أمر موهوم غير موثوق واصله نهييه عليه السلام عن بيع الغرر. ويميز الحنفية بين نوعين من أنواع الغرر:

-غرر في أصل المعقود عليه وهذا يوجب البطلان كبيع الحمل في بطن أمه ضربة القناص.

-غرر في الأوصاف والمقادير ونحوها وهذا يوجب فساد العقد كما لو باع شخص بقرة على أنها تحلب مقداراً معيناً من الحليب فالبيع فاسد للغرر لأنه قد تحلب اقل من هذا، أو باعها على أنها حلوب ذات لبن فبان أنها ليست كذلك فالغرر في الوصف .

3-الإكراه: واختلف في تأثيره هل يفيد العقد أم يوقفه. والخلاف في المذهب الحنفي.

خامسا/ نتيجة الافساد:

إن العقد الفاسد وإن لم ينتج اثرا إلا أنه في الأصل عقد منعقد والفساد يجعله مستحبا للفسخ فنتيجة العقد الفاسد إذن هي استحقاقا لعقد الفاسد الفسخ بإرادة طرفي العقد وإرادة القاضي. فلا يصبح للعقد الفاسد قوة الإلزام التي يتمتع بها العقد الصحيح ولكل واحد من الطرفين دفع الإلزام بتنفيذه للعقد بالفسخ وللقاضي أن يفسخ العقد إذا لم يطلب المتعاقدان الفسخ حماية للنظام العام.

غير أن الاستحقاق للفسخ لا يجرى العقد الفاسد من كل الأحكام والآثار لأن نتيجة الانعقاد وهي متحققة في العقد الفاسد ثبوت الآثار والأحكام. وعليه فإن العقد الفاسد له نتيجتان: ترتب الآثار والأحكام واستحقاق الفسخ.

أما ترتب الأحكام والآثار فإنها لا تحصل بمجرد صدور الإيجاب والقبول بل عند تسلمه وقبضه لأنه ليس من المصلحة الحكم بثبوت الملك والعقد قابل للفسخ وإذا نُفِّذَ العقد بالتسليم وانتقلت ملكية المبيع إلى المشتري وجبت عليه قيمته يوم القبض والقيمة هي سعر السوق.

أما استحقاق الفسخ فهو مقيد بأمرين: - بقاء المعقود عليه على حاله بعد تنفيذ العقد فإن تغير كما لو طحن قمحا أو أضاف بناء على الدار فيمتنع فسخ العقد وتستقر الملكية في العقد الفاسد.

- أن لا يؤدي فسخ العقد إلى إبطال حقوق قد اكتسبها غير المتعاقدين في المعقود عليه كما لو باع المشتري المبيع الذي قبضه بعقد فاسد إلى غيره استقر الحكم وامتنع فسخ العقد.

نظرية الاحتياط

مقدمة: إن الواقع المزدهم والمتشابك الذي تعيشه الأمة الإسلامية اليوم والذي شهد تداخلا كبيرا بين المصالح والمفاسد وتضاربا بينها في كثير من القضايا والوقائع المستجدة، الأمر الذي يحتم على العلماء النظر والعمل لإزالة هذا التضارب وفك هذا التداخل. وأحد أهم أبرز الطرق التي أشارت إليها النصوص الشرعية واعتمدها

الفقهاء والمجتهدون خاصة في زمن الفتن والمتشابهات مبدأ الاحتياط أو قاعدة الاحتياط. ولعل الحاجة إلى هذه القاعدة تعظم خاصة في هذا الزمن المعاصر أين تشعبت الآراء واختلفت الأنظار في كثير من القضايا والمسائل المستجدة في حياة الناس عموماً، وما تعلق منها بأعراض الناس وأنسابهم بشكل خاص.

ولأن كثيراً من المعاني والأحكام الشرعية في الأبواب الفقهية المختلفة أسست على هذا الأصل، فإنه يمكننا التحدث عن نظرية متكاملة في هذا الشأن ألا وهي نظرية الاحتياط.

ودراسة هذه النظرية تقتضي منا البحث في الفروع التالية:

* حقيقة الاحتياط: مفهومه ووظيفته وحكمه.

* تقسيمات الاحتياط وأنواعه.

* مظاهره وآثاره.

* مسالك الاحتياط وطرائقه التي يسلكها المجتهد في عملية الاستنباط ويأوي إليها المكلف في مقام التعبد والامتثال.

* شروطه وضوابطه الموجهة له في الاستنباط والامتثال.

* القواعد الفقهية والأصولية المتصلة بالاحتياط والمقررة له.

** حقيقة الاحتياط مفهومه منزلته وحكمه.

إن البحث في مدلول الاحتياط وحقيقة معناه مهم جداً من أجل ضبطه وتحرير معناه عند الأخذ به استنباطاً أو عملاً وامتنالاً.

والمتفحص في كتب كثير من الفقهاء والعلماء يجد أنهم قد ذكروه في كتبهم وسائر مصنفاتهم وبحثوا العمل به تحت قواعد فقهية تحمى معنى الاحتياط كقاعدة: "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام" وقاعدة: "إذا اجتمع الحظر والإباحة قدم الحظر" وقاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح" ، وغيرها. بل إن من عناية الفقهاء بالاحتياط أنهم كانوا يرجحون مذهباً فقهياً على آخر بمقدار ما يأخذ به المذهب من هذا الأصل-الاحتياط-

. جاء في ترجمة ابي حنيفة في الطبقات السنية للتميمي: " ومن جملة التشنيعات في حق الإمام أنهم زعموا أنه ترك من فروع الفقه طريق الاحتياط والتنوع وأفرط في الرخصة فيما يحتاج فيه إل التحرج." قال صاحب الطبقات: "والجواب عن ذلك أن هذا زعم ممنوع وقول غير مسموع"

وقد عد السيوطي من أسباب ترجيح مذهب الشافعي على غيره قوله: "كثرة الاحتياط في مذهبه وقتله في مذهب غيره".

بل إننا نجد الاحتياط حاضرا لدى علماء الأصول وبكثرة في كثير من مباحث علم الأصول خاصة في باب التعارض والترجيح. فترجيح ما يدل على الوجوب على ما يدل على الندب أخذ بالاحتياط، وترجيح الحظر على الإباحة أو الكراهة أخذ بالاحتياط. في الإحكام للآمدي: " أن يكون أحدهما أقرب إلى الاحتياط وبراءة الذمة بخلاف الآخر فالأقرب إلى الاحتياط يكون مقدا لكونه أقرب إلى تحصيل المصلحة ودفع المضرة." وقد ذكر ابن العربي في العارضة عند شرحه لحديث: " أنما الماء من الماء " وحديث: " إذا التقى الختانان فقد وجب الغسل " ذكر قول البخاري: " والغسل أحوط " يقول معلقا: " ويحتمل قول البخاري " الغسل أحوط " أي في الدين من باب حديثين تعارضا فقدم الذي يقتضي الاحتياط في الدين وهو باب مشهور في أصول الفقه وهو الأشبه في إمامة الرجل وعلمه. " ويقول ابن جزري: " الفرع الثاني: " إذا تعارض نضان أو ظاهران وأحدهما أقرب إلى الاحتياط أخذ بالأحوط عند كثير من الفقهاء. "

أولا: / تعريف الاحتياط.

1- تعريفه لغة: الاحتياط افتعال من الحوط وأصله الشيء يطيف بالشيء يقال: حاطه حياطة يحوطه حوطا وحِيطَة وحِيطَة وحِيطَة، حفظه وصانه ورعاه وتعهده. ويستعمل الفقهاء لفظ الأحوط وهو من حيث اللغة شاذ لأن أفعل التفضيل لا يبنى من المزيد.. ومنه الحائط اسم فاعل من الاحتياط حقيقة في الجدار مجاز في غيره.

2- الاحتياط في النصوص الشرعية: ورد الاحتياط في القرآن والسنة على معنى الاحراز الشامل وبلوغ الغاية في الأمر والفعل من جميع جهاته وجوانبه. ومنه قوله تعالى: " ولا يحيطون به علما " وقوله: " أحطت بما لم تحط به " أي علمته من جميع جهاته وجوانبه. ومنه قوله تعالى: " والله محيط بالكافرين " أ يجامعهم يوم القيامة. ويأتي على

معنى الاحداق بالشيء من كل جوانبه. ومنه قوله: "والله من ورائهم محيط" أي محقق بهم لا يعجزه أحد منهم.

3-تعريف الاحتياط اصطلاحا: تباينت أقوال العلماء في تعريف الاحتياط. ويمكن أن نرجع سبب هذا التباين إلى المعنى الذي روعي في تعريف الاحتياط . فمن راعى السبب الحامل على الاخذ بالاحتياط وهو ورود الشبهة أو الشك والتردد الطارئ على المكلف عرفه بقوله: "فعل ما يتمكن به من إزالة الشك" وهو تعريف المناوي. ومما يعترض به على هذا التعريف. أن الشك قد يزال بأمور وطرق أخرى غير الاحتياط كالتحري والاجتهاد أو الرجوع إلى البراءة الأصلية أو إل الظاهر. ثم إن الشك يأتي على درجات ومراتب فليس كل شط معتبر ومؤثر في الحكم بل قد يكون من قبيل الوسوسة التي لا يلتفت إليها. وأمر آخر وهو أن الاحتياط لا ينحصر في إزالة الشك فحسب بل قد يكون لإزالة أشكال أخرى وأنواع من الاشتباه لا تدخل ضمن الشك كالا احتياط تورعا أو خروجا من الخلاف وإن كان له دخول بوجه ما ضمن دائرة الشك. وقريب من هذا التعريف تعريف الامام العز: "ترك ما لا يريب المكلف إلى ما لا يريبه" ويعترض عليه في انحصار إزالة الشك ضمن دائرة الاحتياط مع أنه يمكن إزالته بأكثر من مسلك اجتهادي كما سبق ذكره.

والنوع الثاني من التعريفات ما سيق فيها المعنى اللغوي للاحتياط وهو التحرز والتحفظ. ومن أبرزها: تعريف الكفوي: "التحفظ والاحتراز من الوجوه لئلا يقع في مكروه" ومثله تعريف الراغب: "استعمال ما فيه الحيطة أي الحفظ" وتعريف الجرجاني: "حفظ النفس من الوقوع في المآثم"

ويمكن مناقشة هذه التعريفات: بالاعتراض على المعنى الذ روعي فيه الاحتياط وهو الحفظ. إذ الحفظ قد يكون بأسباب ووسائل أخرى غير الاحتياط كاتباع النصوص الشرعية أو التحري عند وجود الاشتباه ثم إن الاحتياط لا ينحصر فقط في السلامة من الوقوع في المآثم والمكراه بل قد يكون لتحصيل أجر المندوب وثواب المستحب. ولعل الأقرب في تعريف الاحتياط من حيث الاصطلاح هو مراعاة المعنيين جميعا. فيكون التعريف المختار: "مسلك شرعي به يجتريز من الوقوع في مخالفة الشارع عند الاشتباه والتردد."

شرح التعريف:

-مسلك شرعي: حتى يشمل المسلك الاستنباطي الاجتهادي الذي يسلكه المجتهد والفقهاء والمسلك العملي التعبدية الذي يسلكه المكلف عند التعبد والامتنال. ووصفه بالشرعي للدلالة على اعتبار الشارع له حتى يخرج

الاحتياط الذي لم يعتبره الشارع والذي أبطله العلماء كما قال ابن حزم في الاحتياط أنه تحليل ما أحل الله وتحريم ما حرم الله.

-به يحترز: زهذه هي وظيفة الاحتياط والغرض منه بحيث يكون المكلف في مأمن من مخالفة أمر الله تعالى فعلا وكفا.

-مخالفة الشارع: سواء كانت هذه المخالفة في الأوامر الجازمة أم غير الجازمة فيشمل المندوب والواجب والمحرم والمكروه.

-عند الاشتباه والتردد: وهذا هو الداعي والحامل على الأخذ بالاحتياط والعمل به وهي مرتبة العجز والقصور عند إدراك حكم الله تعالى في المسألة أما في حالة عدم الاشتباه والتردد فلا احتياط بل الواجب امتثال الحكم الشرعي لقوله عليه السلام: "الحلال بين والحرام بين... الحديث. ويشمل الاشتباه حالة الشك وغيره كالجهل والنسيان اختلاط الحلال بالحرام.

ثانيا/ الفرق بين الاحتياط وغيره من المعاني القريبة منه:

1-الفرق بين الاحتياط والتوقف: التوقف في اللغة مأخوذ من الوقف وهو الحبس والامساك وفي الاصطلاح ترك ترجيح أحد القولين أو الأقوال لتعارض الأدلة. وعلى هذا التعريف فإن الاحتياط يعتبر بمثابة نتيجة للتوقف لأن الحكم إذا لم يتبين أو لم يترجح أحد الدليلين على الآخر فإن العمل بالاحتياط يقتضي التوقف بمعنى السكوت وعدم إصدار حكم معين للعجز عن إدراكه والوصول إليه. ولدقة التشابه والتداخل بينهما صرح بعضهم بعدم معرفته بالفرق بين التوقف والاحتياط بشكل دقيق.

2-الفرق بين الاحتياط والتحرز والتحفظ: التحفظ مأخوذ من الفعل حفظ يقال: حفظت الشيء حفظا أي حرسته ويأتي على معنى شدة الانتباه واليقظة في الأمور وقلة الغفلة عنها والتحفظ التحرز وزنا ومعنى. ومن ذلك ما جاء في حديث عائشة: كان رسول الله يتحفظ من شعبان ما لا يتحفظ من غيره... وعلى هذا المعنى فإن الاحتياط والتحفظ والتحرز دلالتها اللغوية على المعنى نفسه واحدة إلا أن التحفظ أعم من الاحتياط لأنه معنى لغوي لم يقيد باصطلاح معين كما هو الحال بالنسبة للاحتياط.

3-الفرق بين الاحتياط والاستظهار: الاستظهار طلب الظهور ويأتي على معنى طلب العون والتأييد ومن قوله تعالى: "وأنزل الذين ظاهروهم" والاستظهار في الاستعمال الفقهي يأتي مرادفا للاحتياط مثل ما هو مقرر في

المذهب المالكي من القول باستظهار المرأة المعتادة التي لم ينقطع ثلاثة أيام أي تحتاط ثلاثة ثم تغتسل وتصوم وتصلي.

4- الفرق بين الاحتياط والتورع: التورع مأخوذ من الفعل ورع يقال ورع الرجل أي تخرج وأصل الورع الكف عن المحارم ثم استعير للكف عن الحلال والمباح. يقال: ورع يروع رعة مثل وثق يثق ثقة وهو ورعٌ ككتف أ يمتق. وعنه المناوي بقوله: "تجنب الشبهات خوف الوقوع في محرم" وعلى هذا يكون معنى الورع أخص من معنى الاحتياط لأنه يكون خاصا بالترك بخلاف الاحتياط فيشمل الفعل والترك.

5- الفرق بين الاحتياط والتحري: التحري هو التوخي وهو لغة الطلب والابتغاء يقال: تحرى الشيء أي قصده وتحرى في الأمر أي طلب أخرى الأمرين ومنه قوله تعالى: "فأولئك تحروا رشدا" وعرفه النسفي بقوله: "تنقص الاشتباه" ويأتي التحري مقديما على الاحتياط في مقام العمل بمعنى أن المكلف في حالة الاشتباه يلجأ إلى التحري فإن لم يتوصل إلى الأمان والاطمئنان انتقل إلى الأخذ بالاحتياط.

*ثالثا/: منزلة الاحتياط ومقاصده:

قد أطبقت كلمة الفقهاء والأصوليين وغيرهم على اعتبار الاحتياط أصلا من أصول الشريعة وقاعدة عظيمة من قواعدها العظام. فقد بنيت على هذا الأصل كثير من الأحكام الشرعية والفروع الفقهية. ونصوص الفقهاء في هذا تجلي لنا أهمية هذا الأصل. يقول الجصاص: واعتبار الاحتياط والأخذ بالثقة أصل كبير من أصول الفقه فقد استعمله الفقهاء كلهم وهو في العقل كذلك

ويقول ابن السبكي: "واعلم أن مسائل الاحتياط كثيرة يطول استقصاؤها يرجع حاصلها إل أن الاحتياط قد يكون لتحصيل المنفعة كإيجاب الصلاة على المتحيرة وإن احتمل كونها حائضا وقد يكون لدفع مفسدة كتحریم وطؤها." ويوقل السرخسي: "والأخذ بالاحتياط أصل في الشرع" ونختم بقول ابن تيمية: "وبهذا الدليل رجح عامة العلماء الدليل الحاضر على الدليل المبيح وسلك كثير من الفقهاء دليل الاحتياط في كثير من الأحكام بناء على هذا.."

بل مما يدل على منزلة الاحتياط ما استقر عند أهل العلم أن من المزايا التي يجلبها العالم الاحتياط وقد كانوا يعتبرون ترك الاحتياط قرين التساهل في الدين. يقول صاحب الطبقات السنية: "...لأن أبا حنيفة كان من أزهة الناس وأورعهم وأتقاهم لله تعالى وقد ذكرنا سابقا شهادة العلماء له بذلك بما فيه الكفاية والدلالة على

أنه كان أجل من أن يترك الاحتياط ويتساهل في الدين ولا بأس بذكر بعض المسائل التي تدل على أنه أخذ فيها بالأحوط وترك غيره....."

وفي الاعتذار لمالك رحمه الله تعالى في منعه من صيام ست من شوال يقول ابن عبد البر: "لم يبلغ مالكا الحديث مع أن حديث مدني والاحاطة بعلم الخاصة لا سبيل إليه والذي كرهه له مالك أمر قد بينه وأوضحه..... إلى أن قال: وكان رحمه الله تعالى كثير الاحتياط للدين."

وفي أخذ مالك بقول ابن عمر في كراهة القبلة للصائم شيخا أو شابا قال ابن عبد البر: "ولم يأخذ بقول ابن عباس وذهب فيها مذهب بن عمر وهو شأنه في الاحتياط رضي الله عنه."

ومما يدل على منزلة الاحتياط في الشريعة الإسلامية تقريرها لكثير من الأحكام كان التعويل فيها على أصل الاحتياط. ومن نماذج ذلك: النهي عن سب آلهة المشركين، امتناع النبي من قتل المنافقين، النهي عن الخروج من المسجد بعد الأذان، النهي عن الخطبة على الخطبة، امتناعه من أكل التمرة الملقاة في الطريق، امتناعه من صلاة التراويح.....

رابعا/: مقاصد الاحتياط وفوائده:

إن البحث عن مقاصد الاحتياط وثمراته من مجليات أهميته ومنزلته. يقول الشاطبي: "الشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالأحزم والتحرز مما عسى أن يكون طريقا إلى مفسدة فإذا كان هذا معلوما على الجملة والتفصيل فليس العمل عليه ببدع في الشريعة بل هو أصل من أصولها"

المقصد الأول: تحقيق المصالح. المقرر عند أهل العلم سلفا وخلفا أن الشريعة الإسلامية مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد وكل حكم من أحكامها فهو دائر على هذا الأصل إما مصلحة تجلب وإما مفسدة تدرأ والحاجة إلى الاحتياط في هذا الموضوع المحافظة على المصالح وتحصيلها ودرء المفاسد وتقليلها لظنية تحقيق هذا الأصل المحافظة على المصالح في الغالب ولهذا يأتي الاحتياط باعتباره ضمانا مهمة لتحقيق تلك المصالح في واقع التكليف. يقول العز: إن الاحتياط لحيازة المصالح بالفعل واجتناب المفاسد بالترك وقليل من يفعل ذلك" وفي فصل عقده في الاحتياط في جلب المصالح ودرء المفاسد قسم المصالح إلى قسمين: مصالح إيجاب ومصالح ندب. والمفاسد قسمان مفسد كراهة ومفسد تحريم. والشرع يحتاط لدرء مفسد الكراهة والتحريم ويحتاط لجلب مصالح الإيجاب والندب. ثم قسم الاحتياط باعتباره وسيلة لتحقيق المصالح ودرء المفاسد إلى ضربين:

احدهما ما يندب إليه ويعبر عنه بالورع كغسل اليدين ثلاثا إذا قام من النوم قبل إدخالهما الاناء أو من شك في عبادة في شرطها أو ركنها بعد زمن طويل فالورع إعادتها. وإن شك أطلق واحدة أو اثنتين فإن أراد بقاء النكاح مع الورع فليطلق طلقة معلقة على نفي الطلقة الثانية بأن يقول: "إن لم أكن طلقته هي طالق كي لا يقع عليه طلقتان. ومن تيقن الطهارة وشك في الحدث فالورع أن يحدث ثم يتطهر. فإن تطهر من غير حدث فالمختار أن الورع لا يحصل بذلك لعجزه عن الجرم بنية رفع الحدث.."

الثاني من الاحتياط فهو ما يجب من الاحتياط لكونه وسيلة إلى تحصيل ما تحقق تحريمه فإن دارت المصلحة بين الايجاب والندب فالاحتياط حملها على الايجاب لما في ذلك من تحقق براءة الذمة وإذا دارت المفسدة بين التحريم والكرهة فالاحتياط حملها على التحريم. ثم ذكر أمثلة على الاحتياط لتحصيل مصلحة الواجب: نسيان صلاة من خمس، وجوب السر على الخنثى، تغسيل الموتى إذا اختلطوا مع الكفار..

ومع ان الاحتياط أمر احتمالي ويدخل ضمن الوهيمات كما قال ابن عاشور إلا أنه مع هذا يستعان به في تحقيق المصالح والمحافظة عليها إذا تعذر غيره. فالمواضع التي تقوى فيها الشبهات إن الأخذ بالاحتياط أقرب إلى تحصيل مصالح الأحكام من المجازفة بتركه والإعراض عنه كما في قصة ابن مسعود في الدخول في أرض انتشر فيها الربا فإن أهدي إليك شيء فلا تأخذه فإنه ربا..."

مسألة: في حال اختلاف المصالح وتضارب بعضها مع بعض وتعارضها بسبب اختلاف حال المكلف ومحل المصلحة وغيرها فإن أثر هذا الاختلاف والتعارض بين المصالح ينسحب على الاحتياط نفسه وقد تتعارض الاحتياطات والواجب هنا إزالة هذا التعارض بين الاحتياطات على حسب الطرق المعهودة عند العلماء في إزالة التعارض فيقدم الأقوى على الأضعف والأهم على المهم فالاحتياط للدماء أقوى من الاحتياط للأموال والاحتياط للأنفس والأرواح مقدم على الاحتياط على الأعضاء والاحتياط للكل مقدم على الاحتياط للجزء..

المقصد الثاني: اعتباره دليلا شرعيا عند دمه. من فوائد الاحتياط سده لمقام الدليل الشرعي عند تعذر هذا الأخير أو تعسر الوصول اليه فإذا عجز المجتهد عن الدليل الشرعي للمسائل خاصة تلك التي يشتبه أمرها فإن المسعف له في هذه الحالة هو الأخذ بالاحتياط الذي تبرأ به الذمة ويتحقق معه اليقين ولا بد من الإشارة هنا الى ان وظيفة الاحتياط في هذا المقام أعني قيامه مقام الدليل الشرعي إنما هي وظيفة كاشفة للحكم الشرعي

عند الاشتباه فالاحتياط لا يحرم ولا يحلل ولا يوجب شيئاً فمثلاً لو حكمنا بترك المال المختلط بالحرام فإننا نقدر ان حكم الشرع في هذه المسألة هو التحريم فان وافق الحكم في نفس الامر كان كذلك وتحقق المقصود من الاحتياط وان لم يكن كذلك فإن هذا الحكم يكون قد جرى على مقتضى التقدير ووافق القواعد العامة للشرع من اتقاء الشبهات والاستبراء للدين والعرض كما في هذه المسألة. ومن أمثلة التقدير التي بني عليها الاحتياط قول الامام أحمد لما سئل عن الماء إذا حلت فيه نجاسة فقال: حرم الله الميتة والدم والخمر والخنزير فإذا خالطت هذه الماء فمتناوله كأنما تناول هذه الأشياء" ومعنى هذا أن الاحتياط لا يلجأ إليه كدليل شرعي كاشف للحكم إلا عند تعذر الدليل الشرعي لأن التعويل في استنباط الحكم الشرعي إنما هو على الدليل وهذا هو الأصل. أما اللجوء ابتداء إلى الاحتياط كدليل شرعي يقرر به الحكم الشرعي فإنه على خلاف الأصل.

وكما يمكن اعتبار الاحتياط دليلاً شرعياً عند انعدام الدليل الأصلي يمكن الاعتماد عليه في الترجيح بحيث يتخذه المجتهد مستنداً له في الترجيح عند التعارض خاصة إذا عدت معاني الترجيح المعروفة عند العلماء. وقد ذكر ابن تيمية أن الإلهام الصادق في ترجيح أحد الفعلين مع حسن الحال وملازمة التقوى مما يمكن الاستعانة به والاعتماد عليه في التقوية والترجيح يقول رحمه الله تعالى: " إذا اجتهد السالك في الأدلة الشرعية الظاهرة فلم ير فيها ترجيحاً فألهم رجحان أحد الفعلين مع حسن قصده وعمارته بالتقوى فإلهام مثل هذا دليل في حقه.. " ثم نبه رحمه الله تعالى أن هذا لا يعني جعل الإلهام الصادق دليلاً وحده يكفي في الحكم الشرعي بل الترجيح به عند تكافؤ الأدلة النقلية خير من التسوية بين المتناقضين.

ومن الأمثلة الفقهية: ما جاء في البيان والتحصيل لابن رشد في مسألة ماء خليج الإسكندرية حيث سئل مالك عنه إذا جرى فيه النيل جرت فيه السفن وكان ماؤه أبيضاً ضافياً فآ ذهب النيل ركد فتغير لونه ورائحته طيبة والسفن تجري فيه على حالها والماء كثير فيه والمراحيض تصب فيها فهو يغسل فيه الثياب ويتوضأ منه للصلاة. فقال رحمه الله تعالى: إذا كانت تصب فيه هذه المراحيض وقد تغير لونه فما أحب ذلك وكان ابن عمر من أئمة الناس وكان يقول: إني أحب أن أجعل بيني وبين الحرام سترة من الحلال. قال مالك: فعليك بالذي لا تشك فيه ودع الناس عنك ولعلمهم في سعة"

وفي التاج والاكلیل: يقول المواق عن ربح من تلقى الركبان قال محمد: ولا يطيب له ربح التلقي قيل لابن القاسم: فيتصدق به؟ قال: لو فعله احتياطاً فلا بأس به"

وفي الفقه الحنبلي في تعليل كراهة تزوج المسلم بأرض العدو منهم: يقول ابن قدامة ناقلاً عن القاضي/: وإنما كرهنا له التزوج منهم مخافة أن يغلبوا على ولده فيسترقوه ويعلموه الكفر في تزويجه تعريض لهذا الفساد العظيم وازدادت الكراهة إذا تزوج منهم لأن الظاهر أن امرأته تغلبه على ولدها فتكفره."

المقصد الثالث: سلامة الدين وبراءة العرض. أما سلامة الدين فهو البراءة للذمة من عهدة التكليف وأما سلامة العرض فمن الطعن بالقول والفعل. وهذا المقصد هو الذي نص عليه النبي في حديث النعمان: "من اتقى الشبهات... " وفي الحديث كما قال الخطابي: فيه دلالة على أن من لم يتوق الشبهات في كسبه ومعاشه فقد عرض دينه وعرضه للطعن"

فلاحتياط له أثر في سلامة الدين من النقص على معنى الخروج من عهدة التكليف بيقين. يقول ابن العربي: "فإن للشريعة طرفان: أحدهما طرف التخفيف في التكليف والآخر طرف الاحتياط في العبادات فمن احتاط استوفى الكل ومن خفف أخذ البعض."

وللاحتياط أيضاً أثر في سلامة العرض من النقص فإن انطلاق ألسنة الناس بالثناء والشهادة بالخير والورع على من سلك سبيل الاحتياط أمر معلوم ومحمود وليس في الشريعة الإسلامية ما يخالفه. وقد جاء في السنة أمثلة عديدة للاحتياط للعرض. كما في قصة صفية زوج النبي وقوله: "على رسلكما أنها صفية"

المقصد الرابع: الدربة على امتثال الأوامر والنواهي: فالمكلف إذا أخذ بالأحوط في أموره كلها سهل عليه التكليف فإذا قدم الحرام على المكروه عند التعارض كان أقوى على ترك المكروه والمحرم المقطوع بهما وإذا قدم الوجوب على الندب كان أقوى على فعل الواجب والمندوب المقطوع بهما. فمن حمل نفسه على الأقوى سهل عليه الأخف ومن تجرأ على الأخف تجرأ على الأقوى. يقول الشاطبي: "المتجرئ على الأخف بالإخلال به معرض للتجرؤ على ما سواه فكذلك المتجرئ على الإخلال بها يتجرأ على الضروريات. فإذا قد يكون في إبطال الكمالات بإطلاق إبطال الضروريات بوجه ما" والأخذ بمبدأ الاحتياط في حالة الاشتباه أثر تربوي ومعنى عميق على النفس فمن احتاط للمشتبه فيه من أن يقع فيه كان في مأمن من المعاصي والمحرمات من أن يقع فيها. يقول الحسن البصري: "أدركنا أقواما كانوا يتركون سبعين باباً من الطيبات خوف ما تدعو إليه الحاجة جره ذلك إلى التوسع في الكسب والسعي في طلب المال وقد يوقعه في المحذور وقد بين العلماء أن المبالغة في

بعض المباح قد تصيرها من قبيل قوادح العدالة وترد بها الشهادة المداومة على الأمر المشتبه فيه أولى بالقدح والنسبة إلى الذنب.

المقصد الخامس: حصول الأمان القلبي والاطمئنان النفسي:

انشرح الصدر من المطالب الإنسانية وواحد من مقاصد التشريع الإسلامي لأن غاية التعبد والامتثال لأوامر الله تعالى ونواهيته حصول الانشراح والاطمئنان: "امن شرح الله صدره للإسلام.." " فمن يرد الله أن يهديه يشرح صدره للإسلام" وفي ضوء هذه الأهمية التي أحاط الله تعالى بها الانشراح بحيث جعله ثوابا على الطاعات والصالحات من الأعمال تبرز لنا فائدة الاحتياط باعتباره وسيلة عظيمة من وسائل تحصيل الانشراح والاطمئنان فإذا احتاط المكلف للواجب بفعله وللحرام بتركه ارتفع الحرج الذي يسببه ترك الواجب وفعل المحرم وهذا ما جاءت الإشارة إليه في حديث النبي حديث وابصة بن معبد لما جاء يسأل النبي عن البر فقال: البر ما اطمأنت عليه النفس والإثم ما حاك في نفسك... الحديث"

*سادسا/: حجية الاحتياط:

إن استعمال الفقهاء والأصوليين للاحتياط لهذه اللفظة قد يترك اعتقادا عند الشخص أن هذا الاستعمال دليل على اتفاقهم في الأخذ بالاحتياط والعمل به. إلا أن واقع الأمر بصد ذلك تماما فذكر الفقهاء أن الاحتياط قد يكون من باب بناء الأحكام الشرعية عليه كتعليقهم وجوب حكم أو ندمه أو حرمة بأنه للاحتياط. وهذا نجده في كثير من الأحكام الجزئية كما أن ذكر الاحتياط وتناول الفقهاء له في كتبهم قد يرد بموارد أخرى غير بناء الحكم الشرعي عليه فتارة يوردونه للخروج من العهدة بيقين وتارة لإبراء الذمة من التكاليف وأخرى للخروج من الخلاف ومرة لتجنب الحرام وهكذا..

ولأجل هذا وقع خلاف بين أهل العلم في الاعتداد بالاحتياط حجة في بناء الأحكام الشرعية واعتباره أصلا شرعيا يعمل به. لكن قبل الخوض في بيان أدلة كل فريق وما احتج به للاحتياط إثباتا أو نفيا لا بد من تقرير مسألة مهمة وهي أن هذا الاستعمال من الفقهاء والأصوليين للاحتياط أقل أحواله أنه يدل على مشروعية العمل بالاحتياط. وقد ذكر بعض الباحثين أن مشروعية العمل بالاحتياط تعتبر من القضايا المجمع عليها بين فقهاء الشريعة قاطبة كذا عبارته.

وحتى ما ينقل عن ابن حزم من القول بعدم مشروعية العمل بالاحتياط فأنا نجد في مواضع كثيرة من مسائل الفروع يقول بالاحتياط وإن لم يذكره باسمه فتارة يذكر لفظ التوقف مستعملا إياه في موضع الاحتياط فيقول: "كل أشياء أو شيئين أيقنا ان فيهما حراما لا نعلمه بعينه فحكمهما التوقف. حتى يتبين الحرام من الحلال.." ويقول في معرض ذكره لحديث: "من اتقى الشبهات" " فنحن نحض الناس على الورع كما حضهم النبي وندبهم إليه ونشير عليهم باجتناب ما حالك في النفس ولا نقضي بذلك على أحد ولا نفتيه به فتيا إلزام كما لم يقض بذلك رسول الله على أحد."

وأصرح ما يدل على قوله بمشروعية الاحتياط والندب إلى العمل به قوله: " وليس الاحتياط واجبا في الدين ولكنه حسن ولا يحل أن يقضى به على أحد ولا أن يلزم أحدا لكن يندب إليه لأن الله تعالى لم يوجب الحكم به والورع هو الاحتياط نفسه."

بل إننا قد نسمح لأنفسنا بالقول بأن ابن حزم يذهب إلى أكثر من اعتبار الاحتياط مشروعاً بل يذهب إلى اعتباره حجة تبنى عليها الأحكام ففي معرض رده واعتراضه على غيره من الفقهاء يقول: " ولا نعلم له حجة أصلا لا من قرآن ولا من سنة صحيحة ولا سقيمة ولا من إجماع ولا من قول صاحب ولا من قياس ولا من احتياط ولا من رأي له وجه..:"

وأما ما نقل عنه من التشنيع على من يأخذ بالاحتياط ويجعله حجة معتبرة في العمل به فيمكن أن نحمله على الاحتياط الذي يكون الاستناد فيه إلى الشك المتعلق بمآل الحكم وهو المعروف عند أهل الأصول بمبدأ الذرائع الذي ينكر ابن حزم حجتيه ويجعله عدوانا وافتراء على الشارع الحكيم في التحليل والتحريم. ومن أقواله التي تثبت هذا: " فكل من حكم بتهمة أو باحتياط لم يستيقن أمره أو بشيء خوف ذريعة إلى ما لم يكن بعد فقد حكم بالظن وإذا حكم بالظن فقد حكم بالكذب والباطل وهذا لا يحل وهو حكم بالهوى"

وهذا ما يؤول بنا أن نصنف ابن حزم مع المنكرين لحجة الاحتياط في بناء الأحكام الشرعية. وعلى خلاف ابن حزم ذهب جمهور الفقهاء إلى الاحتجاج بالاحتياط واعتباره حجة يعمل بها.

**القائلون بالعمل بالاحتياط: ذهب جمهور العلماء إلى الاحتجاج بالاحتياط والعمل به وهم جمهور السلف من الصحابة والتابعين والأئمة وغيرهم. فقد ورد عن الصحابة ما يدل على اعتبارهم بالاحتياط وعملهم به في مسائل مشهورة. كصيام ابن عمر وبعض الصحابة يوم الشك وكان صيامهم كما صرح ابن تيمية على سبيل

الاحتياط. وقول عائشة في المستحاضة تصلي ولا يأتيها زوجها احتياطاً. وفي تراجم الأئمة ما يدل على اعتبارهم الاحتياط يقول السرخسي عن أبي حنيفة: "الأخذ بالاحتياط أصل في الشرع" وذكر الزركشي في البحر: "أن الشافعي يقدم الأحوط عند تعارض النصوص" وجاء عن الليث بن سعد قوله: "إذا جاء الاختلاف أخذنا فيه بالأحوط" وقد تقدم سابقاً قول ابن تيمية: "وسلك كثير من الفقهاء دليل الاحتياط..".

الأدلة: استدلو بما يلي: من الكتاب:

1- قوله تعالى: اجتنبوا كثيراً من الظن إن بعض الظن إثمٌ " ووجه الجلالة أن الله تعالى أمر باجتناب كثير من الظن مع أن الذي يدخل في الإثم إنما هو بعضه لا أكثره. وذلك الاجتناب لأجل الاحتياط وقد قال ابن السبكي: "بعد أن ذكر الاحتجاج بهذه الآية على الاحتياط: "وهو استنباط جيد"

2- قوله تعالى: "إن من أزواجكم وأولادكم عدوا لكم فاحذروهم" ووجهها: الأمر بالحد من الجميع مع أن العدو منهم هو بعضهم لا كلهم.

3- قوله تعالى: "قل أرايتم إن كان من عند الله وكفرتم به وشهد شاهد من بني إسرائيل...". ووجه الدلالة: أن الكفار قد كذبوا بالحق وأعرضوا عنه بعد أن قامت عليهم الحجة بأن تصديقه واتباعه أحوط لهم وأقرب إلى النجاة وعدم أخذهم بالاحتياط هنا ظلم شديد منهم استحقوا به حرمانهم الهداية.

4- قوله تعالى: "لا تقولوا راعنا وقولوا انظرنا واسمعوا" حيث نهي المولى سبحانه عن قول هذه الكلمة رغم أن العرب كانوا يقولونها فلما سمعهم يهود وكانوا هم أيضاً يتكلمون بها وهي عندهم سب قبيح أي اسمع لا سمعت فكانوا يقولونها للنبي على سبيل السب والشتيم وكانوا يضحكون فيما بينهم ففطن لهم سعد بن عبادة وكان عارفاً بلغة اليهود وقال: "يا أعداء الله عليكم لعنة الله تعالى والذي نفس محمد بيده لئن سمعتها من رجل منكم لأضربن عنقه فقالوا ألسنتم تقولونها له؟ فأنزل الله هذه الآية.

الأدلة من السنة:

1- حديث النمان بن بشري: "الحلال بين والحرام بين...". ودلالته على الاحتياط من وجوه:

الوجه 1: قوله "من وقع في الشبهات وقع في الحرام" فيه دلالة على وجوب الاحتياط لأن من أتى ما يشبهه فيه فقد أتى الحرام.

الوجه2: قوله: " فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه " فيه دلالة على وجوب الاحتياط لأن الاستبراء للدين والعرض واجب ولا يتم إلا باتقاء الشبهات واتقاء الشبهات هو العمل بالأحوط ولهذا قال البغوي: " استبرأ لعرضه أي احتاط لنفسه "

الوجه3: في بعض طرق الحديث: " من اجتراً على ما يشك فيه من الإثم أوشك أن يواقع ما استبان " في رواية أبي فروة وفي رواية ابن عون: " من يخالط الريبة يوشك أن يجسر " فيهدلالة على الأخذ بالاحتياط إذ إن الخوف من الوقوع في الحرام واجب .

2- حديث الحسن بن علي: " دع ما يريبك على ما لا يريبك فأن الصدق طمأنينة والكذب ريبة " ومعنى الحديث أن ما يشك فيه يتركه صاحبه احتياطاً إذا كان الأحوط تركه وإذا كان الفعل أولى فترك ضده لئلا يقع في الإثم .

3- حديث عطية السعدي: " لا يبلغ العبد ان يكون من المتقين حتى يدع ما لا بأس به حذراً مما به بأس "

رواه الترمذي . ووجهه أن ما يوصل العبد إلى مراتب التقوى المأمور بها ي النصوص الشرعية ترك الأمور التي تشتهه على العبد حتى لا يقع في الحرام وهذا هو معنى الاحتياط فيمكن من شروط تحصيل التقوى المأمور بها الأخذ بالاحتياط .

4- حديث النواس بن سمعان: " قال سألت رسول الله عن البر والإثم فقال: البر حسن الخلق والإثم ما حاك في نفسك وكرهت أن يطلع عليه الناس " رواه مسلم . ووجه الدلالة: أن النبي جعل الإثم هو ما حاك في النفس وصدر الانسان أن في ارتكابه حرجاً قد يصل به إل الحرام فيتركه خشية الوقوع في الحرام وهذا هو معنى الاحتياط .

5- حديث أبي هريرة: " إذا استيقظ أحدكم من نومه لا يغمس يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثاً فإنه لا يدري أين باتت يده . " ووجه الاستدلال منه: أن الأمر بالغسل بعد الاستيقاظ كان لأجل الاحتياط خشية أن تكون يده وقعت على نجاسة وهي نجاسة محتملة وليست محققة ويدل عليها قوله : " فإنه لا يدري أين باتت يده . " وهذا هو محل الاحتياط .

ومن الأدلة من السنة أيضاً فعله وتصرفه وحكمه الذي بناه على الاحتياط وذلك في وقائع كثيرة، منها:

-تركه الأكل من التمرة الملقاة على الطريق وقوله: " لولا أنتكون من الصدقة لأكلتها" فامتناعه عليه السلام لاحتمال أن تكون من الصدقة وليس يقينا وهذا هو الاحتياط.

ومن الوقائع حكمه في زواج عقبة بن الحارث حيث جاءته امرأة فقالت: إني ارضعتك والتي تزوجت. فقال: ما أعلم أك أَرْضعتني أو أَخبرتني. فركب الى رسول الله فسأله فقال رسول الله : كيف وقد قيل؟ ففارقها عقبة ونكحت زوجا غيره. وفي الاستدلال بهذا الحديث أ فراق عقبة لزوجته كان لأجل قول المرأة قد أَرْضعتكما فيحتمل أن يكون قولها صحيحا فيرتكب الحرام وهذا هو معنى الاحتياط وليس الأمر له بفرافقه لزوجته بتلك القوة والقطعية لأن العلماء مجمعون على أن شهادة المرأة الواحدة لا تجوز في مثل ذلك فتكون إشارته له عليه السلام إنما هي على سبيل الأحوط. والإجماع المشار إليه نقله ابن بطال كما ذكره العيني.

-ومن الوقائع أمره لسودة بنت زمعة بالاحتجاب من الغلام الذي قضى به لأخيها عبد بن زمعة احتياطا. حيث قال عليه السلام هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر ثم قال لسودة: احتجبي منه يا سودة ما رأى من شبهه بعتبة. فلم تره سودة حتى ماتت. ووجهه أن حكم النبي بأنه أخو سودة ومع ذلك أمرها بالاحتجاب منه لشبهة الشبه وليس ذلك إلا على سبيل الاحتياط قال ابن دقيق العيد: يحمل قوله واحتجبي منه " على سبيل الاحتياط."

ومن الوقائع حديث عدي بن حاتم قال سألت النبي عن المعارض فقال: إذا أصاب بجده فكل وإذا أصاب بعرضه فلا تأكل فإنه وقيد قلت يا رسول الله أرسل كلبي فأجد معه على الصيد كلبا آخر لم أسم عليه ولا أدري أيهما أخذ؟ قال لا تأكل إنما سميت على كلبك ولم تسم على الآخر. وفي رواية لمسلم: " إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله فإن وجدته قد قتل فكل إلا أن تجده وقع في ماء فإنك لا تدري الماء قتله أو سهمك. وكل هذه الأحكام منه عليه السلام مبنية على احتمال قائم يمنع من الحل وليس هذا إلا على سبيل الاحتياط.

**الأدلة من عمل الصحابة: ثمة آثار كثيرة حكم فيها الصحابة وعملوا بمقتضى الاحتياط تعبدا واجتهادا:

-صوم يوم الشك وقد سبق عن ابن عمر ومعاوية وعائشة وعمر وغيرهم.

-قول عائشة في المستحاضة وقد سبق أيضا.

-تحليف علي رضي الله عنه لمن يحدثه من الصحابة أنه سمع حديثا من النبي.

-زمنها قضاء عثمان في الجمع بين الأختين من ملك اليمين قال أحلتها آية وحرمتها آية وقال أما أنا فلا أحب أن أصنع هذا.

-ومنها ترك عثمان للقصري السفر أثناء خلافته حيث قال: "إن القصر سنة رسول الله وصاحبيه ولكنه حدث طغام فخفت أن يستنوا." وليس هذا منه إلا احتياطاً.

-ومنها ما روي عن بعض الصحابة من تركهم الأضحية مخافة اعتقاد الوجوب.

**الدليل من المعقول:

-إن الانتقال من الحرمة إلى الإباحة لا يكون إلا بأقوى الأسباب أما الانتقال من الإباحة إلى الحرمة فيكفي فيه أدنى سبب فمثلاً لما حرم الله تعالى نكاح ما نكح الآباء فحرم ذلك بالعقد وإن لم يكن وطء فهذا تحريم بأقل الأسباب ولو طلق امرأته ثلاثاً لاحتل له إلا بعد زوج آخر حتى يطأ فهو انتقال من حرمة إلى إباحة فاشتراط فيه أقوى الأسباب.

-أن النظر السليم يوجب العمل بالاحتياط فلو أن شخصاً كان مريضاً فاتفق الأطباء على أشياء نافعة له واختلفوا في شيء فقال بعضهم أنه سمّ قاتل وقال بعضهم لا نراه كذلك وبعضهم قال أنه نافع فالعقل يقتضي بأن المريض يترك هذا الدواء احتياطاً. وهكذا إذا تردد الأمر بين الحرام وغيره فالحرام ضار وغيره ليس كذلك.

-إن في الأحوط خروجاً من عهدة التكليف وإبراء للذمة وأماناً من الوقوع في الإثم والحرام فمن نسي صلاة من خمس صلوات ولم يعرفها فإن الأحوط في حقه أن يصلي خمس صلوات ليخرج عن إثم ترك الواجب.

-إن في الاحتياط تحقيقاً لمقاصد الشريعة من حيث درء المفسدات وتحصيل المصالح حيث يقدم درء المفسدات على تحصيل المصالح فإذا تردد الأمر بين الحرام والمندوب مثلاً الأحوط تركه درءاً لمفسدة الحرام وتقديمها لها على مصلحة المندوب.

*أدلة المانعين من الاحتجاج بالاحتياط:

يعتبر ابن حزم على رأس المانعين القائلين بمنع الاحتجاج والعمل بالاحتياط وجعل المحتاط في الدين محرماً لما لم يجرمه الله تعالى ومفترياً الكذب عليه سبحانه. وقد اعتبر الاحتياط أفسد مذهب على الأرض وأن الاحتياط الحقيقي في تحريم ما حرمه الله تعالى وتحليل ما أحله الله تعالى. والذي يفهم من كلامه رحمه الله تعالى أنه لا

يرى وجوب العمل بالاحتياط بل الندب إلى ذلك ولهذا قال: وليس الاحتياط واجبا في الدين ولكنه حسن ولا يحل أن يقضى به على أحد ولا أن يلزم به أحد لكن يندب إليه لأن الله تعالى لم يوجب الحكم به.

واستدل بما يلي:

1- الآيات التي ذم الله تعالى فيها الظن والحكم به: "إن الظن لا يغني من الحق شيئا" "وظننتم ظن السوء" "إن يتبعون إلا الظن وما تهوى الأنفس" وفي الحديث: "إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث" قالوا والحكم بالاحتياط لا يخرج عن دائرة الحكم بالظن وإذا حرم شيئا حلالا خوف أن يوقعه في الحرام فليخص الرجال خوف أن يزنا وليقتل الناس خوف أن يكفروا وليقطع الأعتاب خوف أن يعمل منها خمرا. ثم قال ابن حزم وبالجملة فهذا المذهب أفسد مذهب في الأرض لأنه يؤدي إلى أبطال الحقائق كلها.

2- العمل بالاحتياط افتراء على الله تعالى لأنه تحريم حلال لم يجرمه الله تعالى: "ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام...." "قل أرايتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحلالا..." فكل من حرم أو حلل بغير دليل ولا برهان فقد افترى الكذب على الله تعالى لأن الله تعالى أحل لنا ما في الأرض بيقيننا إلا ما فصل لنا تحريمه: "خلق لكم ما في الأرض جميعا" "وقد فصل لكم ما حرم عليكم" فليس لأحد أن يحرم شيئا باحتياط أو خوف تدرع.

**من السنة:

1- حديث أبي هريرة: "إذا وجد أحدكم في بطنه شيئا فأشكك عليه أخرج منه شيء أم لا؟ فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا" رواه مسلم. ووجهه: أنه لو كان الاحتياط حقا لتعين الأخذ به هنا لأن الصلاة أكد موضع يتعين فيه الأخذ بالاحتياط فلما تركه النبي إلى اليقين دل على عدم اعتباره إذ لا حكم لغير اليقين.

2- حديث أبي الدرداء: "ما أحل الله في كتابه فهو الحلال وما حرم فهو الحرام وما سكت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله عافيته فإن اله لم يمن لينسى شيئا." وتلا: "وما كان ربك نسيا". رواه الحاكم. ووجهه أن الشرع قد بين أن المسكوت عنه من قسم المباح فالاحتياط له يجعله حراما مخالف له وليس في الشرع إلا حرام وحلال ولا احتياط لأحدهما.

3- حديث عائشة: " إن قوما يأتوننا باللحم لا ندري أسموا الله تعالى عليه أم لا؟ فقال سموا عليه أنتم وكلوه . قالت عائشة وكانوا حديثي عهد بإسلام. وجه الدلالة: فهذا موضع شك واشتباه ومع ذلك لم يرشد النبي إلى العمل بالاحتياط بترك الأكل من هذا اللحم.

**واستدلوا بفعل الصحابة في زمن النبي حيث كان الصحابة رضي الله عنهم يدخلون الأسواق لشراء ما يحتاجون إليه من طعام وشراب ولباس ولم يمتنعوا من شيء من ذلك إلا ما ثبت عندهم حرمة أو غلب حرامه على حاله بيقين ومعلوم أنه كان في السوق المسروق والمغصوب والمأخوذ بلا إذن ولاحق ولم يمنع النبي من شيء من ذلك فدل على بطلان العمل بالاحتياط.

** من المعقول: - إن الاحتياط يوقع في التناقض فمن طلق إحدى نساءه ونسيها وحكمنا بوقوع الطلاق احتياطاً أنه يوقع ذلك في استحلال فرجها من غير زوجها مع وجود الشبهة لأنه يحتمل أنها ليست التي وقع عليها الطلاق فكيف تتزوج وهي ليست مطلقة ولا منفسخة ولا متوفى عنها زوجها.

- إن القائلين بالاحتياط يلزمهم أن يحرموا كل مشتبه في السوق مما يكون حلالاً أو حراماً ولا يقين بأنه حلال أو حرام ويلزمهم أن يحرموا معاملة من في ماله حرام وحلال وهو لا يقولون بشيء من ذلك وهذا نقض لأصولهم في الحكم بالاحتياط كما قال ابن حزم.

- لو قلنا بالاحتياط لأجل الخروج من الخلاف للزم من ذلك فتح باب عظيم من الحرج على المكلف إذا أراد أن يتورع لأنه لا تخلو عبادة ولا معاملة ولا تكليف لأحد في الغالب من خلاف يطلب الخروج منه فجمهور مسائل الشريعة مختلف فيها اختلافاً يعتد به كما قرر الشاطبي في موافقاته.

**مناقشة أدلة الفريقين:

1- مناقشة أدلة القائلين بالاحتجاج بالاحتياط:

- أما استدلالهم بقوله تعالى: " اجتنبوا كثيراً من الظن " فإن هذه الآية حجة عليكم لأن الأخذ بالاحتياط والحكم به أخذ بالظن وحكم به وقد قال الله تعالى عائياً قوماً بقولهم: " إن نظن إلا ظنا وما نحن بمستيقنين " وما لهم به من علم أن يتبعوا إلا الظن "

وأجيب: بأن الظن الذي ذمه الله تعالى وعاب به من أخذه هو الظن المذموم الموهوم الذي يكون فيه صاحبه تابعا لهواه . أما الظن الذي تشهد الأدلة برجحانه فهو معتبر وعليه تبني الأحكام الشرعية ويشهد لهذا قوله تعالى: " أنجاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن... " حيث أمر المؤمنين بامتحان المؤمنات اللائي ترجح أنهن مؤمنات بغلبة الظن حيث تري عليهن أحكام الإسلام التي ذكرها الله تعالى في هذه الآية " لا هن حل هم ولا هم يحلون لهن " يقول الشوكاني: " وقد جاء التعبد بالظن في كثير من الشريعة المطهرة بل في أكثرها " وعلى هذا تحمل النصوص الشرعية الواردة باعتبار الظن والعمل به. منها حديث تأبير النخل وقوله: " ما أظن ذلك يعني شيئا " فأخبروا فتركوه فأخبر رسول الله بذلك فقال: " إن كان ذلك ينفعهم فليصنعوه فإني إنما ظننت ظنا فلا تؤاخذوني بالظن ولكن إذا حدثتم عن الله شيئا فخذوه فإني لا أكذب على الله تعالى. " وقد أجمع الأصوليون كما قال الآمدي أن المجتهد يجب عليه العمل باجتهاده وليس ذلك إلا عملا بالظن. والأقيسة وأخبار الآحاد مظنونة ثم العمل بها واجب قطعاً. بل مما يدل على عدم ذم كل ظن تسمية الظن علما كما في قوله تعالى: " ألا يظن أولئك أنهم مبعوثون " قال القرطبي: " ألا يوقن " وقوله تعالى: " وظن داوود أنما فتناه " قال الفراء: الظن معناه أيقن لأنه لا يجوز في المعايين أن يكون الظن إلا بمعن اليقين. "

-استدلأهم بقوله تعالى: " أن من أزواجكم وأولادكم عدوا لكم " والجواب أنه قد ورد في مواضع من القرآن التصريح بأن الولد والمال والأزواج فتنة يجب الحذر منها: " واعلموا أنما أموالكم وأولادكم فتنة " حيث أمر بالحذر منهم جميعا وليس بعضهم. ومنه قوله تعالى: لا تلهكم أموالكم ولا أولادكم "

-استدلأهم بآيات ذم الكفار: الجواب: أنه ليس في هذه الآية دلالة على حجية العمل بالاحتياط غاية ما تدل عليه أن الله تعالى ذمهم لكفرهم وعنادهم بعد ما قامت عليهم الحجة واستيقنوا صدق النبي وصحة نبوته: " وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلما وعلوا " وهذه الآية قد تضمنت فعل شرط: " إن كان من عند الله " وجوابه محذوف تقديره: إن كان القرآن من عند الله وكفرتم به أستم ظالمين " ويدل على هذا المحذوف قوله تعالى: " إن الله لا يهدي القوم الظالمين " في آخر الآية.

-استدلأهم بقوله تعالى: " لا تقولوا راعنا وقولوا انظرنا واسمعوا " فالجواب أن الصحابة نھوا عن هذه الكلمة لأن اليهود كانوا يعنون بما الرعونة فليس هذا من قبيل المسند ولم يقل الله تعالى ولا رسوله أنكم إنما نھيتم عن قول راعنا لتذرعكم بذلك إلى قول راعنا ولا حجة في قول أحد إلا قول الله تعالى وقول رسوله.

**الجواب عن استدلالهم بالسنة:

1-الجواب عن حديث النعمان بن بشير:

إن هذا الحديث على اختلاف ألفاظه حض منه علسه السلام على الورع وفي هذا دليل واضح بل نص جلي على أن ما حول الحمى ليس من الحمى وأن تلك المشتبهات ليست بيقين من الحرام فهي على حكم الحلال لأنها ليست من الحرام الذي فصل تحريمه: "وقد فصل لكم ما حرم عليكم" وإذا لم تكن من الحرام الذي فصل فهي من الحلال لقوله تعالى: "هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً"

-ورواية ابن عون: "وإنه من يخالط الريبة... " ومعناه من واقع الشبهات يخاف عليه أن يجسر بعدها على الحرام وليس فيه دليل على أن المشتبه حرام عليه وبالتالي فليس فيه دليل على تحريم المشتبه لأجل الاحتياط.

-رواية زكريا: "ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام" ليس معناه أن المشتبه حرام بل معناه أن كل فعل أدى إلى أن يكون فاعله متيقناً أنه راكب حراماً في حالته تلك وذلك نحو مائتين كل واحد منهما مشكوك في طهارته متيقن نجاسة أحدهما بغير عينه فإذا توضأ بهما كنا موقنين بأنه إن صلى صلى وهو حامل نجاسة وهذا ما لا يحل.

-وأما رواية من روى لفظه: "أوشك" فهي صريحة أيضاً أن ذلك ليس من الحرام فمن وقع في الشبهات أوشك أن يدخل في الحرام.

ومجل هذه الاعتراضات على هذا الحديث أن الشبهات لا تدخ لفي قسم الحرام بل إن تركها هو من باب الورع المستحب لا غير.

وأجيب: بأن حمل هذا الحض منه عليه السلام على ترك المشتبهات حض على الورع المستحب مجرد تحكم لا مستند له بل المراد أمر أقوى من الورع وهو وجوب ترك المشتبه لأجل الاحتياط والوقوع في الحرام وهذا ما تؤكد روايته: "من وقع في الشبهات وقع في الحرام" وترك الوقوع في الحرام واجب وليس مندوباً حتى نقول إنه ورع مستحب.

-أما القول بأن ما حول الحمى ليس من الحمى فإنه وإن سلم ذلك فإن ذلك لا يعني أن يكون ما حول الحمى مباحا كما أنه ليس من الحرام كما تقولون وعليه فيكون هذا قسما ثالثا لا يعلمه الكثير من الناس وإنما يعلمه القليل منهم وهم أهل العلم. وحكمه وجوب تركه وليس ذلك إلا من جهة الاحتياط.

-والقول بأن المشتبهات ليست من الحرام الذي فصل تحريمه فهي على حكم الحلال والجواب: فإن تلك المشتبهات ليست بيقين من الحلال أيضا وتسميتها في قول الرسول مشتبهات دليل على ذلك وحتى لا يقع في الحرام فإن الواجب عليه الاحتياط.

-رواية أبي فروة: "يوشك" ودلالاتها على الاستحباب وعدم وجوب ترك المشتبه. فالجواب أن هذا يدل على استحباب الاحتياط وهو نوع من أنواع الاحتياط الذي يضم أيضا الاحتياط الواجب مع أنه يمكن القول بأن الاحتياط في هذه الرواية شامل للاحتياط الواجب والمندوب ودلالة قوله عليه السلام: "ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام" على وجوب الاحتياط أظهر أو يمكن الجمع بين الروايات بالقول: ثبت ندب الاحتياط برواية أبي فروة ووجوب الاحتياط برواية غيره فيعمل بالروايات جميعا.

-أما المثال الذي أورده ابن حزم في الإنايين ومثلهما الثوبان فإنهما حجة عليه لا له لأن المخالف يوجب عليه اجتناب الماءين احتياطا والصيرورة إلى التيمم.

-الجواب عن حديث: "دع ما يريبك..": في إحدى الطريقتين معاوية بن صالح وليس بالقوي وفي الأخرى مجهولون مع الانقطاع كما قرره ابن حزم في الأحكام. والحلال والحرام لا يكون على ما وقع في النفس فإن النفوس تختلف أهواؤها والدين واحد لا اختلاف فيه قال ربنا: "ولو كان من عند الله لوجدوا فيه اختلافًا كثيرا" وأجيب:

-معاوية بن صالح ثقة وقد صحح الحديث مسلم وحسنه الترمذي.

-ليس المقصود من استفتاء النفس اتباع شهواتها وأهوائها بل المقصود اتباع النفس التي تعمل بكتاب الله تعالى وسنة نبيه حيث تكون لها من المعرفة ما يرضي الله تعالى والتفريق بين الحلال والحرام وقد سبق من كلام ابن تيمية الترجيح بالإلهام.

-الجواب عن حديث عطية السعدي: "لا يبلغ العبد أن يكون من المتقين.." أجيب عنه من عدة أوجه ذكرها ابن حزم:

1- الحديث ضعيف فإن أبا عقيل أحد رواته ضعيف ولا يحتج به وعبد الله بن يزيد لم يوثقه أحد أحاديثه موضوعة كما نص على ذلك الإمام أحمد.

2- على فرض صحته فهو محمول على الورع المستحب وليس على الوجوب والدليل على ذلك أن النبي لم يوجب ترك هذا المشتبه بل حض فقط على تركه وهذا هو الورع المحمود فاعله والذي لا يذم تاركه.

3- لم يصل النبي الشيء الذي ليس به بأس والذي تركه ليجعل العبد من المتقين لأن كل حلال في الأرض ليسه به بأس ومعنى هذا أنه يجب اجتناب كل حلال في الأرض لأنه ليس به بأس.

4- لو كان الحديث موجبا للعمل بالاحتياط للزم القائلين به ولكنه لم يلزمهم في مسائل منها: متعة الطلاق مع قوله تعالى: "وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين" فالاحتياط يجعل المتعة واجبة لاسيما أن فيها معنى الفرض وهو قوله تعالى "حقا على المتقين"

والجواب عن هذه الاعتراضات:

1- أما ضعف الحديث فإن الراوي أبا عقيل وثقه أحمد وأبو داود وجماعة والحديث صححه الحاكم ووافقه الذهبي.

2- أما القول بأن الحديث محمول على الورع المستحب وليس الاحتياط الواجب. فالجواب: أن الورع أولا نوع من أنواع الاحتياط المندوب فالحديث فيه حجة على العمل بالاحتياط من حيث الجملة. مع أن الإمام العز رحمه الله تعالى حمل الحديث على الوجوب أي الاحتياط- لأن الغالب على صيغة الأمر الإيجاب.

3- القول بأن النبي لم يبين ما ليس به بأس مما به بأس من الأشياء فالجواب أن النبي مشرع وعبارات التشريع تأتي عامة والوقائع تختلف وتتجدد وتتعدد زمانا ومكانا وحالا.

4- القول بأن هذا يفضي إلى اجتناب الحلال في الأرض فإن الجواب أن هذا مبني على أن معنى: "ما لا بأس به" هو الحلال المطلق والصحيح أن معناه هو المشتبه لأن النبي لا يأمر بترك الحلال لكونه حلالا.

-الجواب عن حديث النواس بن سمعان: "والإثم ما حاك في النفس" لا يمكن أن يكون مرجع الحرام والحلال على ما وقع في النفس فإن النفوس تختلف أهواؤها والدين واحد ولا اختلاف فيه: "ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافا كثيرا"

-الجواب عن حديث: "إنه لا يدري أين باتت يده": هذا الأمر محمول على الندب وهو من قبيل الورع المستحب وليس من الاحتياط الواجب. وأجيب بأن العلماء اختلفوا في دلالة هذا الأمر بين قائل بالوجوب وقائل بالندب وحتى على القول بأنه محمول على الندب فإنه يشهد للعمل بأصل الاحتياط.

-الجواب عن الوقائع الفعلية وأحكامه في المسائل بالاحتياط:

1- حديث تمر الصدقة: وهذا الحديث يحمل على الورع وهو أصل فيه والورع مستحب ولا يدل على أن الاحتياط واجب ويحجب بما سبق.

2- حديث شهادة المرضعة: اعترض عليه ابن حزم باعتراضين:

أ- إن حكمه عليه السلام بقول تلك المرأة السوداء يدل على أن النبي قد صح عنه وجوب الحكم بناء على قولها وليس حكمه مبنيًا على الظن فإن الظن أكذب الحديث خصوصًا في أمر الفراق بين الزوجين الذي جعله الله تعالى من أعمال السحرة: "فيتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه"

ب- القول بأن شهادة المرأة لا تقبل في هذا الموضوع فيرده الحديث نفسه لأن اعتماد الحكم منه عليه السلام كان بناء على قولها. ولو لم يصح الحكم بقولها وشهادتها لما جاز للنبي أن يفعله ثم إن القائلين بالاحتياط كالمالكية لا يحكمون بقول المرأة لزوج وامراته أني أرضعتكما ولا يفرقون بينهما كما في هذا الحديث.

-وأجيب عن هذا: أما القول بأن النبي لا يقول ما قال إلا وقد صح عنده وجوب الحكم بقولها هو مجرد تحكم لا دليل عليه بل الدليل على خلافه وهو قوله عليه السلام في نفس الحديث: "كيف وقد قيل" ففيه احتمال أن يكون قول المرأة صحيحًا فأمره لأجل ذلك الاحتمال بترك المرأة مخافة أن يقع في الحرام.

-حديث: "واحتجبي منه يا سودة" أجيب بأن هذا محمول على الإرشاد إلى مصلحة وجودية وليس على سبيل بيان وجوب حكم شرعي. لأن الفراش أقوى من الشبه فألحق النسب بمن ولد على فراشه دون من كان يجمع بينهما الشبه أما الاحتجاب هاهنا فليس فيه إلا ترك أمر مباح على تقدير ثبوت المحرمية.

وأجيب: بأن هذا الحكم منه عليه السلام وإن كان إرشادًا إلى مصلحة وجودية فهو على سبيل الاحتياط ويؤخذ منه شرعية ترتيب الحكم عن طريق الاحتياط.

-حديث عدي: يحجب عنه بأنه معارض بمثله وهو حديث عائشة: إن قوما يأتوننا باللحم الحديث.

-عمل الصحابة بالاحتياط: معارض بتركهم العمل بالاحتياط ووقائع ومسائل ذكرت سابقا.

-الجواب على الاستدلال بالمعقول:

1-قولهم: إن الانتقال من الإباحة...، فالجواب: أن هذا منتقض بالربيعة التي حرمها الله تعالى عند الدخول بأمرها وكانت في حجره ووجدناها لا تحرم اتفاقا بالعقد على أمها فقط فقد انتفى التحريم بأدنى الأسباب وهو العقد على أمها.

وأما المثال الذي ذكره وهو أن المطلقة ثلاثا لا تحل إلا بعد الوطاء وهو سبب قوي وغليظ بالمقارنة مع العقد فقط. فالجواب: أن هؤلاء يقولون بأن المطلقة ثلاثا تحل لزوجها بمجرد الوطاء من غير إنزال ووجدنا الحسن البصري يشترط مع الوطاء الإنزال لحديث حتى تذوق عسيلتها.. " وهو أقوى الأسباب وأغلظها ولم يأخذوا به. ويجاب عن سائر الوجوه الأخرى بما يلي: القول بأن السلامة في الاحتياط به تبرأ الذمة وتدرأ المفسد وتبرأ العهدة من التكاليف فذلك بناء على التلازم بين استحقاق الإثم والعقاب من جهة وبين ترك الاحتياط من جهة ثانية وهذا غير مسلم لأن الإجماع منعقد على عدم تأثيم المخطئ وعدم تعيينه.

**مناقشة أدلة المانعين:

1-الاستدلال بأن الحكم بالاحتياط حكم بالظن، ويجاب عنه بما يلي:

-لا نسلم أن يكون العمل بالاحتياط عمل بالظن من غير دليل بل أدلته كثيرة وقد مر ذكرها

-ليس العمل بالظن مذموما ومنهيا عنه مطلقا بل فيه ما هو مقبول شرعا وهو الظن الناشئ عن دليل وهو كل حكم اجتهادي عملي دليبه ظني. وهذا ما انعقد الإجماع على جواز العمل به ولم يخالف في هذا أحد قبل ابن حزم لموضع الضرورة وهي تعذر اليقين والعلم. فلهذا تثبت الأحكام به كما قال القراني لندرة خطئه وغلبة إصابته والغالب لا يترك للنادر. أما الثاني فهو الظن الناشئ عن غير دليل وهو الذي جاءت بدمه الآيات.

2-الاستدلال بقوله تعالى: " ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم " وقوله: " قل أرايتم ما أنزل الله لكم من رزق.."

-لا نسلم بأن العمل بالاحتياط افتراء على الله تعالى لأن الاحتياط ثبت بأدلة كثيرة ذكرت سابقا.

-الاحتياط لا يتعارض مع قوله تعالى: " وقد فصل لكم ما حرم " لأن السنة بينت أن هناك أمورا مشتبهات وقد جاء الشرع ببيان حكم المشتبه وهو الاحتياط كما في قوله عليه السلام: " فمن اتقى الشبهات... الحديث".

الجواب عن الاستدلال بالسنة:

1-حديث: " إذا وجد أحدكم في بطنه " والجواب: أن مسألة توهم الحدث لا تصلح دليلا يعترض به على العمل بالاحتياط لأن التوهم للحدث لا يكفي لرفع اليقين الذي دخل به المصلي في صلاته أي يقين الطهارة لأن اليقين لا يزول بالشك وهذه إحدى قواعد الاستصحاب التي لم يختلف فيها القائلون بالاحتياط وحتى غيرهم.

2-حديث أبي الدرداء: " ما أحل الله في كتابه.. ": هذا الحديث خارج عن محل النزاع لأن السكوت عنه يجب التسليم به على أنه في دائرة العفو لكن المشتبه فيه وهو مجال الاحتياط يجب العمل بالاحتياط فيه لما سبق من أدلة ولا يصح أن نسمي المسكوت عنه الذي حكمه العفو بالمشتبه به الذي نأخذ فيه بالاحتياط. والذي فرق بينهما المسكوت والمشتبه هو النبي كما في حديث النعمان.

3-حديث عائشة: " سموا الله أنتم وكلوا" ليس كل موضع شك يعمل فيه بالاحتياط بل من أنواع الشك ما نرجع فيه إلى قواعد أخرى كقاعدة الاستصحاب مثلا وهذه المسألة ذبيحة صاحب العهد بالإسلام مبنية على أصل وقاعدة أخرى غير قاعدة الاحتياط وهي أن الأصل في ذبيحة المسلم ولو كان حديث عهد بالإسلام هو الحل وهذه القاعدة تقدم على قاعدة الشبهات التي يعمل فيها بالاحتياط.

-الجواب عن استدلالهم بعمل الصحابة في تركهم السؤال عن الملبوس والمطعم الذي يباع في الأسواق: هذا النوع أو هذه الصورة ليست من حالات الاشتباه قطعاً بل هو من الاحتمالات الناشئة عن غير دليل والسؤال عن هذه الأشياء من باب الوسوسة المنهي عنها وقد ذكر جماعة من العلماء منهم الجويني أن مثل هذا السؤال بدعة منهي عنها.

-الجواب عن الاستدلال بالمعقول:

1-القول بأن الاحتياط تناقض وأن الذي يجرم الحلال من أجل الاحتياط وخوف الوقوع في الحرام وقد لا يقع فيه يقع هو نفسه في يقين الحرام لأنه يجرم ما لم يجرمه الله تعالى. والجواب: أنه ليس المقصود من الاحتياط تحريم الحلال بل المقصود به ترك المشتبه به خشية الوقوع في الحرام وهذا ما دلت عليه الأدلة المذكورة.

2-القائلون بالاحتياط يلزمهم أن يحرموا كل مشتبه بالسوق. فالجواب: أن هذا الزام غير وارد لأن البيع والشراء في السوق ومعاملة من ماله حرام وحلال يرجع إلى قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة والحل حتى يتيقن خلافه وقاعدة رفع الحرج والعمل بالاحتياط من شروطه ألا يتعارض مع قواعد أخرى.

3-القول بأنه لو قلنا بالاحتياط للخروج من الخلاف..: أولا ليس كل خلاف يطلب الخروج منه بل هو الخلاف المعتبر والاحتياط ثانيا لا يتعلق بالخروج من الخلاف بل هو أنواع وصور أخرى. وعلى فرض التسليم بأن المكلف يحتاط ليخرج من الخلاف فإن هذا لا يقتضي حرجا إذا أراد الإنسان أن يتورع لأنه حمل نفسه على ذلك. وإذا رأى من نفسه العجز وعدم القدرة فإن باب التخفيف أحد طريقي هذه الشريعة المباركة.

**الترجيح: إن القول بحجية العمل بالاحتياط يجد قوته في أدلة الكتاب والسنة وعمل السلف وفتاواهم واجتهاداتهم الكثيرة المبنية على الاحتياط خاصة وأن القائل بعدم حجيته قليل وأدلته إما خارجة عن محل النزاع وإما ضعيفة من حيث الاستدلال بها. ثم إن الاحتياط لا يعدو أن يكون لونا من ألوان الاجتهاد فمن أنكر الاحتياط لزمه أن ينكر الاجتهاد.

*سابعاً/ أنواع الاحتياط وتقسيماته:

حقيقة الاحتياط ومضمونه شيء واحد إلا أنه من حيث الجهة التي يرد عليها الاحتياط يمكن أن نقسمه إلى عدة أقسام باعتبارات مختلفة:

1-التقسيم الأول: من حيث مصدره. والمقصود بالمصدر الحاكم بالاحتياط والحاكم بالاحتياط إما أن يكون العقل وإما أن يكون الشرع. وعليه فإن الاحتياط نوعان عقلي وشرعي.

الاحتياط العقلي: العقل لا يستقل بإثبات الأحكام الشرعية إلا على نحو التبع للأدلة التي نصبها الشارع لإثبات الأحكام الشرعية بها إلا أن العقل يعتبر أصلا من أصول الأدلة في نفي الأحكام قبل أن يرد الدليل السمعي فهو بهذا مقرر للبراءة الأصلية حتى يرد دليل السمع. ومعنى هذا أن ذمة العبد خالية من التكليف بأي نوع من أنواع العبادات حتى يسمع ما يشغلها بالسمع لا بدليل العقل. وعند ورود السمع يجب استصحاب النص إلى أن يرد النسخ واستصحاب العموم إلى أن يرد التخصيص. وأمر آخر يقابل هذا أن الواجبات والتكاليف في حاجة إلى إثبات بينما براءة الذمة تبقى على أصلها أي عدم التكليف قبل ورود الشرع كما قال سبحانه: "وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا"

فالاحتياط العقلي تقرير لهذه البراءة الأصلية حتى يرد دليل السمع. أي أن الاحتياط منحصر في الأحكام العدمية أما في مجال المعاملات فإن الأصل فيها الحل والإباحة على المذهب الراجح المختار عند أهل الأصول فلا يرد الاحتياط في تركها إلا من قبيل ترك التوسع في المباحات.

أما عند الإمامية فالاحتياط العقلي عندهم عبارة عن حكم العقل بلزوم إتيان فعل يحتمل الضرر الأخرى في تركه ولزوم ترك فعل يحتمل الضرر الأخرى في فعله. فإذا علمنا بوجود صلاة قبل العصر وشككنا في أنها الجمعة أو الظهر فترك كل واحدة منهما مما يحتمل الضرر الأخرى فالعقل يحكم بلزوم إتيان كليهما احتياطاً وإذا علمنا أن الشارع حرم مائعا وشككنا في أنه الخمر أو العصير العنبي ففعل كل واحدة منهما يحتمل فيه الضرر الأخرى فيحكم العقل بلزوم ترك كليهما احتياطاً. ()

الاحتياط الشرعي: وهو الذي يكون الحاكم فيه بوجود فعل الأحوط هو الشرع وهو المقصود هنا في البحث . والاحتياط الشرعي قسمان باعتبار من يقوم به:

*قسم توقيفي: وهو يخص النصوص الشرعية التي تضمنت أحكاماً عملية مبنية على الاحتياط لأن لها تعلقاً بطرف من الحلال وبطرف من الحرام فبين ذلك النبي على الجملة والتفصيل كما ذكر الشاطبي في الموافقات. ومن الأمثلة التي أوردها حديث النعمان السابق حيث بين ذلك على الإجمال: " وبينهما أمور مشتبهات " وأما على التفصيل فذكر حديث عبد الله بن زمعة: " واحتجني منه يا سودة " وحديث عدي بن حاتم وحديث المرضعة ..

*قسم اجتهادي: والمقصود به الفتاوى والأحكام الاجتهادية التي بناها المجتهدون على الاحتياط. مثاله ما ذكره اللخمي في التبصرة: في استبراء المسبية البكر حيث ذكر الخلاف في استبرائها والمذهب وجوبه كالثيب. وذكر البخاري عن ابن عمر أنه قال ليس فيها استبراء. وفي مسلم حديث: " لا يأتين الرجل ثيباً من السبي حتى يستبرئها . يقول اللخمي في هذا دليل على أن البكر بخلافها لأن الثيب وطئت ورأى الاستبراء فيها استحساناً على وجه الاحتياط ولا يجب لأن الغالب في بقاء البكارة عدم الوطء ويستحسن ذلك لإمكان أن تكون أصيبت خارج الفرج وقد تحمل المرأة على بقاء البكارة. " [التبصرة]

2-تقسيم الاحتياط من حيث المشروعية وعدمها: ينقسم الاحتياط إلى مشروع وغير مشروع.

*الاحتياط المشروع: أو المحمود وهو الذي بعث الله به نبيه محمدا وهو اتقاء ما يخاف أن يكون سببا للذم والعقاب عند عدم المعارض الراجح بعبارة ابن تيمية. وهذا الاحتياط يشمل الواجب والمندوب.

-أما الاحتياط الواجب فهو لكونه وسيلة إلى تحصيل ما تحقق وجوبه فإذا دارت المصلحة بين الإيجاب والندب فالاحتياط حملها على الإيجاب لما في ذلك من تحقيق براءة الذمة. فإن كانت واجبة فقد حصل مصلحة الواجب وإن كانت مندوبة فقد حصل مصلحة المندوب.

-والاحتياط الواجب له ثلاثة قواعد:

القاعدة1: اختلاط المباح بالمحظور. واختلاط المباح بالمحظور قسمان :

القسم الأول: أن يكون المحظر محرما لعينه كالدم والبول والخنزير فهذا القسم إذا خالط حلالا وظهر أثره فيه حرم تناول الحلال مراعاة لمصلحة الواجب ولا يقال أنه صير الحلال حراما فإن الحلال لا ينقلب حراما البتة ما دام وصفه باقيا وإنما حرم تناوله لأنه ما تعذر الوصول إليه إلا بتناول الحرام فلم يجز تناوله.

ومن الأمثلة اختلاط موتى المسلمين بالكفار يغسل الجميع ويكفنون ويصلى عليهم تحصيلاً لحقوق المسلمين ويحتج لذلك بأن النبي مرّ بمجلس وفيه أخلاط من المسلمين واليهود فسلم عليهم. رواه الترمذي.

القسم الثاني: أن يكون محرما لكسبه لا أنه حرام العين كالدرهم المغصوب فهذا القسم لا يوجب تحريم الحلال ولا اجتنابه بل إذا خالط درهم حرام أو أكثر منه أخرج مقدار الحرام وحل له الباقي بلا كراهة لأن التحريم لم يتعلق بعينه بل يتعلق بجهة كسبه.

القاعدة2: "قاعدة اشتباه المباح بالمحظور" عند الاشتباه يقدم المحظور تقدماً لمفسدة الحرام على المباح الذي لم يتعلق به لا مصلحة ولا مفسدة. والتغليب هاهنا للحظر على الإباحة في حال امتزاجهما. فأما ما لا مزج فيه أو ما كان له بدل بلا اشتباه فلا يوجب ذلك تغليب الحظر وذلك مثل إذا اشتبه عليه الماء الطاهر بالنجس فإنه ينتقل إلى بدله وهو التيمم وأما إذا اشتبه عليه في الشرب فيقدم أحدهما اجتهدا ويشرب منه. ومن أمثلة تقديم المحظور على المباح اشتباه الطاهر بالنجس من الأواني والثياب مع تعذر معرفة الطاهر منهما فإنه يجب اجتنابهما درءاً لمفسدة النجس منهما وقيل يصلفي كل ثوب صلاة ليؤدي الفرض في ثوب متيقن الطهارة وقيل بل يجتهد في أحد الثوبين ويولي وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية.

ومن الأمثلة: لو طلق إحدى امرأتيه بعينها ثم اشتبهت عليه بالأخرى فقبل يجب عليه اعتزالهما ويوقف الأمر حتى يتبين الحال وعليه نفقتهما وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة وأحمد في أحد الروايتين عنه وقيل يقرع بينهما وهو المشهور عند الحنابلة.

القاعدة 3: "قاعدة الشك في العين الواحدة هل هي من قسم المباح أو من قسم المحظور" الشك الواقع في المسائل وعان كما قرره ابن القيم -شك سببه تعارض الأدلة والأمارات وذلك كقولهم في سؤر الحمار أنه مشكوك فيه فتوضأ به وتيمم فهذا الشك لتعارض دليلي الطهارة والنجاسة في إلحاقه بالهرة أو بالكلب فيبقى أمره مشكلا فيحكم بنجاسته احتياطاً.

-شك عارض للمكلف بسبب اشتباه أسباب الحكم عليه وخفائها لنسيانه وذهوله أو لعدم معرفته بالسبب القاطع للشك وضابط هذا: أنه إن كان للمشكوك فيه حال قبل الشك استصحابها المكلف وبني عليها حتى يتيقن الانتقال عنها وهذا هو ضابط مسائله. مثاله إذا شك في الماء هل أصابته نجاسة أو لا بنى على يقين الطهارة ولو تيقن النجاسة ثم شك هل زالت أم لا بنى على يقين النجاسة.

*إذا نسي صلاة من خمس صلوات ولم يدر أي صلاة هي يجب عليه قضاء الصلوات الخمس ليخرج من عهدة التكليف بالصلاة المنسية يقينا فيتوسل بالصلوات الأربع إلى تحصيل الصلاة الواجبة.

*إذا رمى صيدا بسهم ووجده ميتا في الماء لم يأكله لأنه شك في السبب المبيح والأصل التحريم.

*إذا شك هل عليه حق لله تعالى من صلاة أو زكاة أو عتق أو صيام أتى به.

*إذا شك هل دخل وقت الصلاة أم لا يدخل لم يصل حتى يتيقن وإذا صلى مع الشك ثم بان له أنه صلى في الوقت فقد قالوا يعيد صلاته.

-أما الاحتياط المندوب: وهذا النوع من أنواع الاحتياط هو من قبيل الأخذ بالأكمل والأفضل. وهو نوعان:

النوع الأول: بابه الورع عند العلماء والورع لا يأتي له الاحتياط من جانبين:

الجانب الأول: الاحتياط لتحصيل مصلحة المندوب كمن شك هل غسل يديه اثنين أم ثلاثا في الوضوء فإنه يأتي بالثالثة احتياطاً للمندوب.

الجانب الثاني: الاحتياط لدع مفسدة المكروه ومن أمثلتها ألا تقوم الخنثى عن يمين الإمام ولا تتقدم الخنثى على الرجال ويكره للرجال أن يصلوا وراء الخنثى في الصفوف وفي صف فيه خنثى.

الوع الثاني: ما كان من قبيل الخروج من الخلاف حيث يعمل المجتهد بقول الغير حتى ولو كان دليله مرجوحا عنده وهذه المراعاة للخلاف احتياط من المجتهد مخافة أن يقع في المحذور فيترك ما يعتقد أنه مباح لكون أن هناك من أهل الاجتهاد من قال بتحريمه. من أمثلته إذا مس الرجل امرأة فأه يتوضأ استحبابا خروجاً من خلاف من أوجبه.

2- الاحتياط غير المشروع: وهو الاحتياط المذموم لما فيه من التشديد والمغالاة في الدين والتنطع وتكليف النفس ما لا يطاق ومن أقسامه:

- ما كان من قبيل الوسوسة والوسوسة نهاية كيد الشيطان كما في الحديث: " الحمد لله الذي رد كيده إلى الوسوسة" وقد عدّها ابن القيم أحد مسالك الابتداع في الدين والخروج عن هدي سيد المرسلين يقول رحمه الله تعالى: " فيفصل فرق يه بين الاحتياط والوسوسة: أن الاحتياط الاستقصاء والمبالغة في اتبعا السنة من غير غلو ومجاوزة ولا تقصير ولا تفريط وأما الوسوسة فهي ابتداء لم تأت به السنة ولم يفعله النبي ولا أحد من أصحابه زاعما أنه يصل بذلك إل تحصيل المشروع وضبطه."

ومن الأمثلة التي ذكرها ابن القيم في هذا من يحتاط بزعمه ويغسل أعضائه في الوضوء فوق ثلاث فيسرف في صب الماء في وضوئه وغسله ومثله من يصرح بالتلفظ بنية الصلاة مرارا أو مرة واحدة .

- ما كان من قبيل الحرج والمشقة وهو الاحتياط الذي يوقع في الحرج والمشقة وهذا غالبا يكون في المسائل الواضحة والواضح حكمها فإنه لا يحتاط فيها البتة وإلا للزم أن يعم الاحتياط جميع أبواب الدين ومسائله ولزم أيضا إبطال الرخص وترك العمل بها كمن يحتاط للصلاة بترك القصر والإتمام أبدا وقد كان ابن عمر كما ذكر ابن القيم في إغاثة اللفهان يغسل داخلة عينيه حتى عمي.

التقسيم الثالث للاحتياط: من حيث الفعل والترك.

وينقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الاحتياط الفعلي وهو الاحتياط للفعل الذي يحتمل أن يكون مطلوباً من جهة الشارع بأدائه والقيام به سواء كان مطلوباً على جهة الجزم والحتم أو كان مطلوباً على جهة الندب والاستحباب.

فإن تردد الفعل بين الإيجاب والندب أتى به على صفة الوجوب وإذا تردد بين الندب والإباحة أتى به على صفة الندب كمن تعارض عنده وجوب البسملة في الصلاة مع استحبابها.

القسم الثاني: الاحتياط التركيبي. وهو الاحتياط للفعل الذي يحتمل أن يكون منهياً عنه من جهة الشارع بتركه واجتنابه سواء كان منهياً عنه على جهة الحتم والإلزام أو على غير جهة الحتم والإلزام. فإن تردد الفعل بين المحرم والمكروه أو المكروه والمباح فالاحتياط اجتنابه دفعاً لما يتوهم من مفسدة المكروه والحرام. كترك إدخال اليدين في الإناء قبل غسلهما ثلاثاً يكره أم يحرم.

القسم الثالث: الاحتياط السلبي. وذلك عندما تتعارض جهتا الفعل والترك في الأمر الواحد مع تعذر الترجيح بينهما وهو ما يسمى بالتوقف ففي شروح الرسالة قوله: "ووقع التوقف في راكب نحو السبع هل يجوز له التنفل عليه أم لا؟ والمقصود هنا تعارض ما ثبت عن النبي من جواز التنفل على الدابة حماراً فرساً ونحوه وما ثبت عن نبيه عن ركوب النمار والمقصود الركوب على جلودها بحيث يوضع على ظهر الدابة فهل يجوز أن يصلي عليه أم لا؟

*ثامناً/مجالات العمل بالاحتياط:

لقد سبق البيان أن الاحتياط ليس دليلاً شرعياً وإنما هو قائم مقام الدليل الشرعي عند تعذر الوصول إليه أو تعسر معرفته. ولهذا يمكن القول أن مجال العمل بالاحتياط هو المجال الذي لا يستطيع المكلف أن يعين موضع الحكم الشرعي الذي وضعه الشارع في أصل الشريعة وعلمه الملف لكن لا يعلم مكانه بالضبط. وهذا له عدة مجالات:

المجال الأول: حالة الشك في التكليف.

تعريف الشك: لغة هو الارتياب وخلاف اليقين. وأصله من شككت الشيء أي خرقته بحيث لا يجد الرأي مستقراً يثبت فيه ويعتمد عليه. ويصح أن يكون مستعاراً من الشك وهو لصوق العضد بالجنب وذلك بأن يتلاصق النقيضان فلا مدخل للفهم والرأي لتخلل ما بينهما.

اصطلاحاً: عرفه الباجي بقوله: "تجويز أمرين لا مزية لأحدهما على الآخر" وهذا التعريف عند أهل الأصول. أما عند الفقهاء ففي تحرير التنبيه للنووي أن الفقهاء أطلقوه في كتب الفقه وأرادوا به التردد بين وجود الشيء وعدمه سواء استوت الاحتمالات أو ترجح أحدهما.

ويفترق الشك عن الظن بوجود طرف فيه أقوى وأرجح من الآخر أما الشك فيستوي فيه الطرفان والوهم رجحان الخطأ يقول النووي: "التردد بين الطرفين إن كانا على السواء فهو شك وإلا فالراجح ظن والمرجوح وهم."

ومثار الشك إما أن يكون في أصل الشيء كمن شك هل طلق امرأته يقينا ثم شك هل حنث أم لا؟ الأول قال مالك: من شك هل طلق أم لا فشكه وسوسة فيستصحب الحل، ولو حلف يقينا ثم شك هل حنث أم لا؟ فشكه هنا معتبر يوجب الانكفاف والحظر. وقد يعرض الشك للمكلف بسبب اشتباه أسباب الحكم عليه وخفائها بسبب نسيانه وذهوله أو لعدم معرفته بالسبب القاطع للشك والعمل في هذا الحال لا يخلو من حالين:

إما أن يكون للمشكوك فيه حال قبل الشك فيستصحب المكلف ما كان قبل الشك ويبنى عليه حتى يتيقن الانتقال عنه لأن الأصل المستصحب يقين لا يعدل عنه إلى العمل بالظن. من تيقن طهارة الماء ثم شك في نجاسته استصحب يقين الطهارة والأصل المستصحب إما أن يكون أصله التحريم وإما أن يكون أصله الإباحة. ومثال ما كلن أصله التحريم الصيد قبل الذكاة محرم فإذا شك في الذكاة استصحب يقين الأصل وهو التحريم ويدل عليه حديث عدي لما سأل عن الصيد ومثال ما كان أصله الإباحة الطهارة فإنها مبيحة للصلاة فإذا حصلت الطهارة جازت الصلاة مع الشروط الأخرى ولا ترفع إلا بيقين الحدث كما في حديث عبد الله بن زيد الرجل يخجل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة قال: فلا ينصرف حتى يجد ريحا أو يسمع صوتا."

وإما ألا يكون المشكوك فيه حال قبل الشك حيث يكون مترددا بين الحظر والإباحة فالأولى هاهنا تركه ويدل له حديث تركه أخذ التمرة الساقطة وقوله عليه السلام: "لولا أن تكون من الصدقة لأكلتها" فالتمر التي وجدها النبي أحد تمرتين إما تمر صدقة وإما غيرها. فعالج الشك بتركها.

المجال الثاني: حالة الشك في براءة الذمة. إبراء الذمة واجب وعليه فإن الاحتياط لأجل براءة الذمة واجبا ويتحقق الاحتياط في هذا أن يعلم المكلف بأن ذمته قد شغلت بالتكليف يقينا فيستصحب هذا الأصل حتى يأتي يقين براءة الذمة جاء في الذخيرة للقرافي: "مالك يقول: شغل الذمة بالصلاة متيقن يحتاج إلى سبب مبرئ والشك في الشرط يوجب الشك في المشروط فيقع الشك في الصلاة الواقعة بالطهارة المشكوك فيها وهي السبب المبرئ والمشكوك فيه ملغى فيستصحب شغل الذمة.

المجال الثالث: المسائل الخلافية. إن الأخذ بالاحتياط في هذه المسائل هو من أوسع أبواب الاحتياط ومجالاته ومن الورع المؤكد كما قال الغزالي الفرار من هذه المسائل المختلف فيها إلى الإجماع والاتفاق.

وقد نقل عن كثير من السلف الاحتياط على هذا الشأن أي للخروج من الخلاف، مراعاة له. يقول النووي: "نقلوا أن ابن سريج كان يغسل أذنيه مع وجهه ويمسحهما مع رأسه ومنفردتين احتياطاً في العمل بمذاهب العلماء فيها وفعله هذا حسن." وفي حاشية ابن عابدين: "استحباب الوضوء من مس المرأة للخروج من خلاف من أوجبه." وعند المالكية لا تكره البسمة في الفرض إذا قصد بها الخروج من خلاف من أوجبه. بشرط ألا ينوي بها فرضية ولا غيرها.

*تاسعا/: ضوابط العمل بالاحتياط:

إن رجحان القول بالاحتياط والأخذ به واعتباره أصلاً من أصول الشريعة وعمدة في البناء والتقييد الفقهي والأصولي ليس على إطلاقه بل هو مقيد بشروط ومضبوط بضوابط منها:

الضابط 1: ألا يكون في المسألة محتاط فيها نص من كتاب أو سنة فالاحتياط لا يلجأ إليه إلا إذا عدم الدليل في المسألة فإذا وجد دليل فلا ضرورة للاحتياط ولا لزوم له. والمقصود من وجود الدليل أو النص هو العلم به فقد يوجد النص ويخفى على المكلف وقد يوجد النص ويكون في نظر المجتهد معارضا لنص آخر فيرجح أحدهما بالاحتياط وقد يوجد النص وتخفى دلالاته أو يشتهبه معناه عليه إجمالاً في اللفظ أو اشتراكاً فيه أو عموماً أو خصوصاً وغيرهما مما يكون سبباً في اختلاف الفقهاء وهذا ما يؤكد حديث النعمان "وبينهما أمور مشتبهات" أي لغموض الدليل وخفائه فإنه يحرم العمل بالاحتياط إذا كان مخالفاً للنص من الكتاب والسنة.

يقول ابن تيمية: "الاحتياط إنما يشرع إذا لم تتبين سنة رسول الله فإذا تبينت السنة فاتباعها أولى."

ومن الأمثلة على ذلك: القول بصوم يوم الشك احتياطا لرمضان فإنه مخالف للدليل الصريح الصحيح: " من صام اليوم الذي يشك فيه فقد عصى أبا القاسم " ومثاله من يغسل أعضاء الوضوء أكثر من ثلاث احتياطا.

الضابط 2: ألا يفضي الأخذ بالاحتياط بالملكف إل الحرج والمشقة لأن مقاصد الشارع التوسعة على الناس وقد مر معنا سؤال مالك عن خليج الإسكندرية قال فعليك أنت بالذي لا تشك فيه ودع الناس فلعلهم في سعة. " وروى ابن سعد بسنده عن أبي جعفر قال: دخل علي بن الحسين الكنيف وأنا قائم على الباب قد وضعت له وضوءا قال: فخرج فقال: يا بني قلت لبيك قال قد رأيت في الكنيف شيئا رابني قلت: وما ذاك؟ قال: رأيت الذباب يقعن على العذرات ثم يطير فيقع على جلد الرجل فأرادت أن أتخذ ثوبا إذا دخلت الكنيف لبسته ثم قال: لا ينبغي لي شيء لا يسع الناس. "

الضابط 3: ألا يؤدي الأخذ بالاحتياط إلى ترك الرخص ومخالفتها وهذا الضابط داخل في الضابطين السابقين لأن من ترك الرخصة وأخذ بغيرها احتياطا فقد خالف دليل الرخصة وأوقع نفسه في مشقة قصد الشارع رفعها بتشريعه للرخصة. ويكفي في هذا أن النبي ما خير بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثما فإن كان إثما كان أبعد الناس منه " ولهذا صرح العلماء أن منترك الرخصة وأخذ بالعزيمة احتياطا لذلك فقد خالف السنة في قول صاحبها: " ما بال اقوام يتنزهون عن الشيء أصنعه فوالله إني لأعلمهم بالله وأشدهم له خشية " والأمثلة على هذا كثيرة كمن يترك المسح على الخفين أو يترك قصر الصلاة في السفر أو الفطر في الصيام في السفر..

الضابط 4: ألا يوقع العمل بالاحتياط في الوسواس. شر العيوب كلها أصلها من الوسوسة وإنما يوقع الإنسان في الوسوسة أخذه بالاحتياط في الاحتمالات البعيدة والأوهام التي لا عبرة بها إنما العبرة بالاحتمالات القريبة التي لها حظ من النظر ومن أمثلة هذه الاحتمالات البعيدة الموقعة في الوسوسة من يترك الزواج من نساء بلد كبير خوفا أن يكون له فيها محرم أو غسل ثوب مخافة طرود نجاسة عليه لم يشاهدها أو من يمتنع من أكل الصيد خشية أن يكون ملكا لإنسان قد انفلت منه...

وقد عزا الإمام الغزالي أسباب التوسعة إلى أمرين اثنين: قال: إما جهل بالشرع أو خبل بالعقل وكلاهما من أعظم النقائص والعيوب. فشتان بين الاحتياط الذي هو استقصاء في المتابعة للنبي بلا إفراط ولا تفريط وبين الوسوسة التي هي محض ابتداء في الدين كما مر من قول ابن القيم.

الضابط5: أن تكون الشبهة التي أدت إلى الاحتياط قوية. وهذا الضابط مؤكد للضابط السابق فإن الاحتياط لا يبنى على الأوهام والشكوك الضعيفة الملغاة التي لا تستند إلى أمارات قوية وقرائن معتبرة والمقصود بالشبهة هنا ما اشتبه على الناظر حكمه ولم ينكشف له حقيقة أمره.

وقد حصر الإمام العز الشبهة في التعارض بين أدلة التحريم وأدلة التحليل فإن الحلال كما قال: ما قام دليل تحليله والحرام ما قام دليل تحريمه وليس أحدهما أولى من الآخر.

ومن الأدلة على عدم اعتبار الشك الضعيف والعمل بالشبهة المستندة إليه أن النبي وأصحابه كانوا يتوضؤون ويغسلون ويشربون من المياه التي في الآنية والدلاء الصغار والحياض وغيرها مع احتمال النجاسة لكنهم لم يلتفتوا إلى هذا الاحتمال لعدم استناده إلى أمانة شرعية.

****الاحتياط وعلاقته بالتقعيد الفقهي وأثره في التفريع العملي قديما وحديثا:**

يعتبر الاحتياط الشرعي أصلا لكثير من القواعد الفقهية التي قررها العلماء وبنوها على معنى الاحتياط. إذ يمكن إرجاع هذه القواعد إلى حقيقة الاحتياط ومعناه والغرض المقصود من تناول هذه العلاقة بين الاحتياط الفقهي والقواعد الفقهية هو بيان أثر الاحتياط في تقرير هذه القواعد وإنشائها والتي كان لها أثر كبير هي الأخرى في واقع التشريع العملي قديما وحديثا.

وسوف نتناول في فرعين اثنين: بيان أثر الاحتياط في القواعد الفقهية وفي الثاني بيان أثر الاحتياط في الفروع الفقهية والتطبيقات العملية.

أولا/: بيان أثر الاحتياط في القواعد الفقهية وعلاقته بها: إن القواعد الفقهية التي ترجع في حقيقتها إلى معنى الاحتياط لا يمكن استقصاؤها ولا حصرها بسهولة ولهذا سوف نسلط الضوء على أبرز القواعد التي أجمع الفقهاء على العمل بها والتي تعتبر أصولا في بابها نجد آثارها في فروع فقهية كثيرة [نظرية الاحتياط سماعي. ص303]

1- إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام [الأشباه والنظائر ابن نجيم ص93 الأشباه والنظائر السيوطي. ص105]

وهذه القاعدة لفظ حديث: " ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال" قال العراقي: " لا أصل له وضعفه البيهقي قال السيوطي: " وهو موقوف على ابن مسعود لا مرفوع" قال ابن السبكي: " والقاعدة في نفسها صحيحة" [الأشباه والنظائر للسيوطي 106]

والمقصود بالحلال هنا ما كان من قبيل ما يجوز فعله وتركه فيشمل على هذا المكروه والمندوب والمباح المصطلح عليه كما قال ابن أمير الحاج. [التقرير والتجيب 21/3] وبعضهم خص الحلال بالحلال المباح دون الواجب. [نسبه في غمز عيون البصائر للحموي إلى الشافعية حيث قالوا إذا اختلط الواجب بالمحرم روعي مصلحة الواجب /335]

وقد علل البيضاوي تقديم المحرم على المباح بالاحتياط الذي يقتضي الأخذ بالتحريم لأن ذلك الفعل إن كان حراما كان ارتكابه ضررا وإن كان مباحا فلا ضرر في تركه. ولا بأس. [التقرير والحيبر 21/3]

ثم إن تقديم الحرام على المباح تقديم لدرء المفسد التي اشتمل عليها التحريم على جلب المصالح التي اشتمل عليها غيره، واجبا كان أو مندوبا مكروها مباحا. لكن بشروط ألا تكون ملحة الواجب أعظم من مفسدة التحريم وإلا قدمت مصلحة الواجب. [مثاله حديث الصحيحين عن أسامة بن زيد أن رسول الله مرّ بمجلس فيه أخلاط من المسلمين والمشركين عبدة الأوثان واليهود سلم عليهم" وقد حكى النووي وغيره الإجماع على جواز الابتداء بالسلام على قوم فيهم مسلمون وكفار. وقد قدم الشارع مصلحة إنشاء السلام على مفسدة النهي عن إلقاءه على من ليس أهلا له. ساعي ص305]

وكذلك يقدم الحلال إذا كان من باب الحاجيات الي يلحق الناس بها مشقة وخرج كدخول الحمام والأسواق إذا كان لا يسلم من المنكرات جاز بقدر الحاجة قال ابن العربي: " والمنكر اليوم في المساجد والبلدان فالحمام كالبلد عموما." ومن دلائل هذه القاعدة الكلية قوله تعالى ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله" المباح هنا سب آلهة المشركين التي اتخذت من دون الله تعالى إغائة للمشركين وتحقيرا لمعبوداتهم والسبب المانع سبهم لله تعالى.

حديث النعمان: " الحلال بين" فالمشبهات هي التي توارد عليها سببان سبب يبيح وسبب يحرم.

-من فروع هذه القاعدة : مسألة الجمع بين الأختين بملك اليمين قال عثمان رضي الله عنه: أحلتها آية وحرمتها آية والتحریم أحب إلینا" قال السیوطی: " لو ملك أختین وطئ إحداهما حرمت علیه الأخرى فلو وطئ الثانية لم تحرم علیه الأولى لأن الحرام لا یحرم الحلال.

-حدیث: " لك من الحائض ما فوق الإزار " و حدیث: " اصنعوا كل شيء إلا النكاح " الأول یقتضی تحريم ما بین السرة والركبة والثاني یقتضی إباحة ما عدا الوطء فیرجح التحريم احتیاطا.

-إذا اختلطت امرأة لا تحل له بنسوة قرية محصورات [یضبط العدد المحصور بالتقريب فكل عدد لو اجتمع في صعيد واحد لعسر على الناظرین عده بمجرد النظر كالألف ونحوه فهو غیر محصور وما سهل كالعشرة والعشرين فهو محصور و بین الطرفين أوساط متشابهة لحق بأحد الطرفين بالظن وما وقع فيه الشك ستفتي فيه القلب. الأشباه والنظائر للسیوطي ص108] قدم التحريم احتیاطا بخلاف اختلاطها بنساء غیر محصورات حتى لا ینسد باب النكاح رخصة من الله تعالى قاله الخطابي. [الأشباه للسیوطي. ص61]

-إذا كا بعض الشجرة في الحل وبعضها في الحرم حرم قطعها.

-لو اشتبه مذكى بمیة أو لبن بقره بلبن أتان ل یجز تناول شيء منها.

-المهجرة على المرأمن بلد الكفر واجبة وإن كان سغرها وحدها محرما.

یسني من هذه القاعده فروع:

-الاجتهاد في الأواني والثياب النجسة فإنها لا یجب اجتنابها.

-الثوب المنسوج من حریر وغيره یحل إن كان الحریر غقل وحتى إن استویا في الأصح.

-لو اعتلفت الشاة علفا حراما فإنه لا یحرم لحمها ولا لبنها ولكن الورع تركه.

-لو مزج لبن امرأة بشيء بحيث استهلك فيه -أي اللبن بأن زالتا أوافه من طعم ولون ورائحة- لم یحرم إن شرب البعض لا إن شرب الكل. [الأشباه للسیوطي. ص107 وما بعدها]

-التفسیر یجوز مسه للمحدث إن كان التفسیر أكثر من القرآن أو استویا على الأصح.

*من المسائل المعاصرة التي يظهر فيها أثر هذه القاعدة إنشاء بنوك الحليب، ويظهر أثر الاحتياط أنه قد يترتب على القول بجواز إنشاء بنوك الحليب أن يتزوج الولد من أخته أو من احبة اللبن وهو لا يدري

ثانيا/ أثر الاحتياط في الفروع الفقهية والتطبيقات العملية:

إذا كان الاحتياط كما ذكرنا سابقا يدخل في سائر أبوا بالفقه فإن المسائل التي قررت أحكامها بناء على أصل الاحتياط نجدها في سائر أبواب الفقه وفيما يلي عرض لبعض المسائل التي قررت أحكامها على مراعاة معنى الاحتياط:

1- الطهارة من الشك في الحدث: اختلف الفقهاء في هذه ذهب المالكية في المشهور عندهم إلى إيجاب الطهارة على الشاك في الحدث احتياطا للعبادة حتى تؤدي بيقين طهارة. ولأن الذمة لا تبرأ إلا بيقين فلزم إيجاب الطهارة من الشك في الحدث لأنه اليقين. [الوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب 10/1] وذهب الجمهور إلى عدم إيداب الطهارة من الشك الطارئ على الطهارة المتيقنة لقوله عليه السلام: "الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة.. الحديث"

وإن كان مذهب مالك أقوى من حيث النظر لأن الاحتياط للمقاصد-العبادة وبراءة الذمة بها- أولى من الاحتياط للوسائل-الطهارة- أن لحديث يعارضه.

-الحامل ترى الدم هل تصلي أو لا؟

والخلاف حاصل أيضا بين الفقهاء في ما تراه الحامل من الدم هل هو حيض أم لا- هل تحيض الحامل أو لا-؟

ذهب المالكية إلى أن الحامل تحيض والواجب إذا رأت الحامل الدم أن تكف عن الصلاة قدر أيام حيضتها احتياطا للعبادة وقد نهي النبي الحائض عن الصلاة.

وذهب غيرهم إلى أن الحامل لا تحيض وما تراه الحامل دم استحاضة فلا تترك لأجله الصلاة احتياطا للعبادة التي شغلت بها الذمة. وأصل العبادات أن تكون مبنية على الاحتياط. [التوسط بين مالك وابن القاسم.

3-أقل الرضاع: الخلاف بين الجمهور في تحريم مطلق الرضاع احتياطاً للتحريم لقوله عليه السلام: "يجرم من الرضاع.. والأدلة المطلقة والعامّة المحرمة لمطلق الرضاع وبين من ذهب إلى التحريم بخمس رضعات استناداً لحديث عائشة قالت: كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله وهي فيما يقرأ من القرآن. مسلم.

يقول ابن أبي زيد: "وهذا كله- بعدما استعرض الأدلة التي تدل لما ذهب إليه مالك في تحريم مطلق الرضاع- يدل على ما ذهب إليه مالك مع ظاهر الكتاب وما هو أقرب إلى الاحتياط. [الذب عن مذهب مالك. 337/1]

4-معاملة من ماله حرام وحلال مختلط:

اتفق الفقهاء على أن معاملة من كان ماله حرام لا تجوز [الشرح الكبير للدردير 277/3، المجموع شرح المهذب 343/9] كما اتفقوا على جواز معاملة من أكثر ماله حلال.

واختلفوا فيمن كان أكثر ماله من الحرام على أقوال:

-جواز معاملة من أكثر ماله حرام إذا لم يكن يعرف عين الحرام للحاجة إلى معاملته وإليه ذهب بعض الشافعية وصححه النووي في المجموع.

القول الثاني: حرمة المعاملة وهو المشهور من مذهب الشافعية.

القول الثالث: حرمة المعاملة وهو مذهب الحنفية والمالكية وبعض الشافعية كالغزالي والحنابلة. [مجمع الأنهر 18/4 الذخيرة للقراي 317/13]

والقول بالحرمة بناء على قاعدة الشرع في اعتبار الغالب كما قال القرافي وهذا هو معنى الاحتياط الذي بني عليه هذا القول.

فرع: ذهب بعض الحنفية أن الرجل لو أخذ مورثه رشوة أو ظلماً إن علم وارثه ذلك بعينه لا يحل له أخذه وإن لم يعلمه بعينه له أخذه حكماً لا ديانة فيتصدق به بنية الخصماء. [مجمع الأنهر 187/4]

فرع: أجرة تأديب الأولاد إذا كانت ممن الغالب على ماله الحرام أو على بعضه أو يكون حراما قال في المعيار: " وأما تأديب أولاد المكاس ومن هذه صفته بأجرة من جهته فمختلف فيها والمشهور كراهية معاملته. [المعيار 25/1]

فرع: لا يحل الميراث المال الحرام في قول مالك وأكثر أهل المدينة والحسن وابن شهاب يحلانه بالميراث وأوسط الأقوال أنه لا يحل المغصوب شيئا وأما فاسد البيوع وربما الطعام والذهب والفضة فيحلله الميراث. [المعيار 141/1]

فرع: إن أمر الغاصب للأموال عن طلاق امرأته أكلت والإثم بعنقه وقال بعض المتأخرين: " يلزمها ما أكلت إن كانت عاملة كالمشتري من الغاصب وهو يعلم فهو كالغاصب. [المعيار 141/1]

نظرية الإسقاط

يقسم الفقهاء العقود من حيث غاياتها وأغراضها إلى أقسام أو مجموعات سبع. فقد تكون الغاية من العقد التمليك أو مجرد الاستيثاق -الرهن- أو الحفظ كالوديعة أو إطلاق اليد في التصرف والعمل كالوكالة والإيصاء أو تقييد الصرف أي منع الشخص من التصرف كالحجر، وعزل الولي والوالي والقاضي... أو يكون الغرض الاشتراك كعقود الشركات المضاربة والمزارعة والمساقاة ونحوها. وقد يكون الغرض من العقود الإسقاط وهو ما يقصد به إسقاط حق من الحقوق بعوض أو بغير عوض. [الفقه الإسلامي وأدلته 3097/4] وعليه فإن الإسقاط يعتبر واحداً من أهم الأغراض والغايات التي تقصد من إنشاء العقود في الفقه الإسلامي. وقد تناول الفقهاء أحكامه ومسائله المبثوثة في عديد الأبواب الفقهية، كالمعاوضات والمناكحات والجنايات وسائر الأبواب الفقهية الأخرى. الأمر الذي يجعل تنظيم أحكامه وفق ضوابط دقيقة حاجة ملحة تحت مسمى ومضمون النظرية فما هي أبعاد نظرية الإسقاط؟

أولاً/: حقيقة الإسقاط:

1-تعريف الإسقاط لغة: مصدر أسقط يسقط إسقاطاً ويأتي الإسقاط في اللغة على معانٍ [تاج العروس 354/19]

-الإلقاء: يقال أسقطت الناقة وغيرها إذا ألقته ولدها وقيل إنه خاص بني آدم.

-الإيقاع: أسقط الشيء والمتاع من يده إذا أوقعه وسقط اسمه من الديوان أي وقع ومنه السقطة وهي الوقعة الشديدة.

-الخطأ: يقال: أسقط في كلامه وتكلم بكلام وما أسقط حرفاً أي ما أخطأ وما لحن فيه. [لسان العرب 318/7]

-الوضع: ياقل: وضع عنه الدين والدم وجميع أنواع الجناية أي أسقطه عنه وفي الحديث: "ينزل عيسى بن مريم فيضع الجزية" [لسان العرب 396/8]

2-تعريف الإسقاط اصطلاحاً: لم يول الفقهاء عناية كبيرة بتعريف الإسقاط وإن كان معناه عندهم من خلال مواضع استعماله [كأهبة والوقف العتق الدين البيع الإجارة الشفعة..] لا يخرج عن الاستعمالات اللغوية السابقة التي ترجع إلى معنى التنازل عن الحقوق الثابتة في ذمة الغير. وهذا القدر من المعنى متفق عليه من حيث الجملة وإن كانوا قد اختلفوا في توابع هذا المعنى -أي التنازل- مثل معنى التمليك. أي هل يتبع الإسقاط تمليك الحق الذي ثبت التنازل عنه أم لا يتبعه؟

وعليه يمكن أن نعرفه في ضوء استعمالات الفقهاء كالتالي: " تنازل مالك عن حق ثابت له في ذمة غيره"

*شرح التعري: تنازل مالك: قيد يخرج به تنازل من لم يثبت له الملك فلا يجوز لغير المالك أن يسقط الحق أو يتنازل عنه ومما يفيد التنازل عن الملك زواله عن ملكه. وإطلاق التنازل عن الملك ليشمل التنازل بعوض كالخلع وبغير عوض كالإبراء من الديون. [القرافي الذخيرة]

"عن حق": والمقصود به الحقوق القابلة للإسقاط وهي الحقوق الشخصية [الحقوق الشخصية هي الحقوق التي يقررها الشرع لشخص على آخر كحق الزوجة والقريب في النفقة حق البائع في تسليم الثمن وحق المشتري في تسليم المبيع]

كحق القصاص والشفعة والخيار ويخرج بالتالي الحقوق غير القابلة للإسقاط [حقوق الله تعالى لا تقبل الإسقاط من أي أحد من العباد كحقه في العبادة والصلاة والزكاة وتحريم الخمر والزنا... ومن فعل شيئاً من ذلك فالواجب قتاله كما فعل أبو بكر مع مانعي الزكاة ومن هنا في الحدود لأنها إسقاط لحق الله تعالى] ومنها:

-الحقوق المعتبرة شرعاً من الأوصاف الذاتية التي تلازم الشخص كإسقاط الأب والجد حقهما في الولاية على الصغير لأن الولاية من الأوصاف الذاتية التي تلازم الشخص.

-ومنها الحقوق التي يترتب على إسقاطها تغيير الأحكام الشرعية ومخالفة لها كإسقاط المطلق حقه في إرجاع زوجته.

-ومنها إسقاط مالك العين حقه في ملكيتها لأن إسقاط حقه في ملكها إخراجها عن ملكه إلى غير مالك العين لا بد أن تثبت ملكيتها لأحد من الناس في حكم الشرع وإلا كانت سائبة مما نهي عنها الشرع: " ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة.."

-ومنها الحقوق التي يترتب عليها ضياع حق غيره كإسقاط الأم حقها في حضانة ولدها والمطلق حقه في عدة مطلقة لأن هذه الحقوق من الحقوق المشتركة فالإنسان إذا كانت له ولاية على حق نفسه فليس له ولاية على إسقاط حق غيره. [الفقه الإسلامي وأدلته 4/2848]

"ثابت له": قيد يخرج به الحقوق غير الثابتة أو التي لم توجد بعد كإسقاط المشتري حقه في خيار الرؤية قبل الرؤية وإسقاط الشفيع حقه في الشفعة قبل البيع.

"في ذمة غيره": قيد يخرج به ما لا يثبت في الذمة كالأعيان لإسقاط الأعيان باطل ومن قواعد الفقه الإبراء عن الأعيان باطل " فلو قال رجل لآخر أسقطت ملكي في هذه الدار لفلان يريد بذلك زوال ملكه وثبوته لغيره. فهذا باطل، ولا يفيد زوال ملك المسقط عن العين وثبوت الملك فيها للمسقط له. [الموسوعة الفقهية الكويتية 4/245]

ثانيا/: مشروعية الإسقاط وحكمه التكليفي:

وردت بعض النصوص الشرعية في الكتاب والسنة مما يمكن الاستدلال بها على مشروعية الإسقاط أو الإبراء: -فمن القرآن: " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء..... إلا أن يعفون.." ووجه الدلالة: أن الله تعالى أذن للمطلقات في الواجب لهن من الصداق أن يسقطنه بعد وجوبه حيث جعله حقا خالصا لهن يتصرفن بالإمضاء والإسقاط. [أحكام القرآن لابن العربي 1/293]

قوله تعالى: " وإن كان ذو عسرة فنظرة... وأن تصدقوا خير.." والصدقة بإبراء المدين من الدين وإسقاطه عنه كما أن الإنظار إبراء مؤقت وإسقاط لحق المطالبة إلى أجل معين.

قوله تعالى: "فإن طبن لكم عن شيء.. وفيه دلالة على أن المرأة أن تهب زوجها صداقها والهبة فيها معنى الإسقاط والإبراء سواء كانت ثيبا أم بكرا وخالف مالك في البكر وجعل ذلك إلى وليها. [أحكام القرآن لابن العربي 2/325]

" كتب عليكم القصاص.... فمن عفي له من أخيه" ومن معاني العفو الإسقاط كقوله تعالى: " واعف عنا" وقوله: " وعفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق" [ابن العربي أحكام القرآن 1/96]

*ومن السنة:

-فقد يكون الإبراء والإسقاط واجبا إذا استعرض الإنسان حقه أو إذا أتاه الغريم مثلا بدينه فإنه يؤمر بقبضه أو إسقاطه عنه وإبرائه منه فإن امتنع قبضه له الحاكم وبرئ غريمه. [القواعد لابن رجب 45]

-وما سوى حالات الوجوب التي ذكرها الفقهاء فإن الإبراء والإسقاط يكون مندوبا لأنه نوع من الإحسان وهو معدود ضمن عقود التبرع.

-وقد يكون حراما إذا تضمن إبطال حق من الحقوق كإبطال حق مسلم في الشفعة برفع ثمن العقار مواطأة بينالبائع والمشتري ثم إبرأؤه من الزائد كأن يتفق الشريك مع مشري على شراء الشقص الذي قيمته مائة بألف ثم يبرئه من التسعمائة إبطالا لحق الشفيع.

-وقد يكون مكروها كالإبراء من أكثر من ثلث المال لأحد ورثته مع إذن الورثة لحديث: "إنك إن تدع ..."
ثالثا/: التمييز بين الإسقاط وغيره من الألفاظ:

1-التمييز بين الإسقاط والإبراء: يشترك كل من الإبراء والإسقاط في الدلالة عن التنازل عن الحق الثابت في ذمة الغير إلا أن الإبراء أوسع مفهوما من حيث دلالته على المعنى السابق فالإبراء متضمن لمعنى الإسقاط والتملك فهو حط وتمليك على ما ذهب إليه الجمهور [خلافًا للحنابلة الذين يرون أن الإبراء إسقاط وليس تمليكا] ولهذا عرفه بعض الحنفية بما يفيد -أي الإبراء- أنه إسقاط وتمليك: "تمليك من وجه وإسقاط من وجه" [البحر الرائق] وفي المعنى لابن قامة: "الإبراء إسقاط وليس تمليك" [بينما الإسقاط لا يقتضي التملك ولا يلزم منه. وقد يكون الإسقاط أعم من الإبراء من جهة الاستعمال فيستعمل الإسقاط في الحقوق الثابتة في الذمة وغير الثابتة في الذمة كإسقاط حق القصاص وإسقاط حق الشفعة ويجوز أيضا إسقاط حق الانتفاع ومن الحقوق التي لا تثبت في الذمة حق الدعوى والكفالة فإنها قائمة بنفسها. [الإبراء من الحق في الفقه الإسلامي معناه ومشروعيته وصلته بغيره. د. صالح بن عبد الرحمن المحميد. ص 21]

2-التمييز بين الإسقاط والصلح: والصلح عقد يقتضي قطع النزاع والخصومة وقطع النزاع يكون بالتنازل عن الحق أو بعض الحق فيه معنى الإسقاط إلا أن الإسقاط المضمن في معنى الصلح ليس معناه سقوط نفس الحق وإنما سقوط المطالبة به مع بقاءه ثابتا على ما هو عليه. [نظرية السقوط في الفقه الإسلامي. ص 20]

3- التملك والإسقاط: التملك نقل الملك وإزالته إلى مالك آخر. [التمليك قد يكون بالبيع في المنقولات والأعيان أو بالإجارة في المنافع وقد يكون بغير عوض كالهبة.]

والفرق بين التملك والإسقاط أن التملك عملية نقل للملك بينما الإسقاط إزالة وليس نقلا للملكية. إلا أنه قد يجتمع كل من التملك والإسقاط في الإبراء من الدين فهو إسقاط ونقل للملكية كما ذهب إليه بعض الفقهاء -المالكية وبعض الشافعية والحنفية-

4- المقاصة والإسقاط: المقاصة في الاصطلاح هي اقتطاع دين من دين " جاء في الموسوعة الكويتية: "المقاصة نوع من الإسقاط إذ هي إسقاط ما للإنسان من دين على غريمه فهي إسقاط بعوض في حين أن الإسقاط المطلق يكون بعوض ويغير عوض وبذلك تكون المقاصة أخص من الإسقاط. [الموسوعة الفقهية الكويتية 4/227]

رابعاً/: أركان الإسقاط:

الإسقاط كغيره من سائر العقود له أركان لا يقوم ولا يتحقق إلا بها. وأركان الإسقاط أو الإبراء أربعة: الصيغة المسقط، المسقط عنه، المسقط.

1- الصيغة: وركناها الإيجاب والقبول. والإيجاب ما يدل على الإسقاط من قول أو ما يؤدي معناه- كالإشارة أو الكتابة أو العلق أو السكوت.

وتختلف صيغ الإسقاط بحسب الموضوع ونوع التصرف حتى أصبح لكل نوع من هذه الإسقاطات اسم خاص يميزها عن غيرها. جاء في البحر الرائق: "فإسقاط الحق عن الرق عتق وإسقاط الحق من البضع طلاق وإسقاط ما في الذمة براءة وإسقاط الحق عن القصاص والجراحات عفو" [البحر الرائق 4/373] أما ما سوى هذه الإسقاطات التي اصطلح عليها بمصطلحات وتسميات خاصة -الطلاق، العتق، العفو،...- فإن الصيغة العامة التي تدل عليها هو حقيقة لفظ: الإسقاط وما هو بمعناه. [الموسوعة الفقهية الكويتية 4/229]

ومن أمثلة ذلك: الترك الحط العفو الوضع الإبطال الإحلال الهبة الصدقة العطية مع مراعاة دلالة الحال الدالة على الإسقاط كما في لفظ الهبة والعطية والصدقة.

-ومن أمثلة دلالة السكوت على الإسقاط: كما إذا علم الشفيع بيع المشفوع به وسكت مع إمكان الطلب سقط حقه في طلب الشفعة. [لوامع الدرر في هتك أسرار المختصر 10/631]

-ومن أمثلة دلالة الفعل على الإسقاط: التصرف في المبيع بيعا أو وقفا في زمن الخيار، فإنه يسقط حقه في الخيار.

-أما بالنسبة للقبول فلا بد من التفريق بين الإسقاط المحض الذي لا يتضمن معنى التملك والذي يتم بلا عوض فهذا الإسقاط يتم بمجرد صدوره من صاحبه ولا يتوقف على قبول المسقط عنه كالطلاق فلا يحتاج إلى قبول.

أما إذا كان الإسقاط مقابل عوض فإن صحته تتوقف على قبول الطرف الآخر كالطلاق على مال.

واختلف الفقهاء في الإسقاط الذي يتضمن معنى التملك كإبراء المدين من الدين أي الجهتين تغلب على جهة الإسقاط كما ذهب إليه الحنفية والشافعية في الأصح والحنابلة وأشهب من المالكية وبالتالي لا يتوقف الإسقاط على القبول لأن جائر التصرف لا يمنع من إسقاط حقه أو بعضه كالعتق، الطلاق، الشفعة... ومن غلب جهة التملك كما هو الراجح عند المالكية وبعض الشافعية فقالوا بتوقف إبراء الدين من الدين على القبول لأن الإبراء نقل للملك فيكون من قبيل الهبة التي يشترط فيها القبول. والكمة حفظ كرامة المدين لما قد يلحقه من معرة المنة بالإبراء من الدين.

2-المسقط: -من يملك الإسقاط- الإسقاط كما يكون منقبل الشارع كإسقاط العبادات التي يكون في مباشرتها حرج ومشقة أو إسقاط الحدود عن قيام الشبهة.. وقد يكون الإسقاط من قبل العباد وهذا الإسقاط على نوعين:

-النوع الأول: إسقاط العبد امتثالا لأمر الشرع إيجابا كالعتق في الكفارة أو ندبا كإبراء المعسر.

-النوع الثاني: إسقاط العبد نتيجة قيام أسباب معينة كإسقاط حق الشفعة لعدم الرغبة في الشراء.

وحتى يكون تصرف المسقط صحيحا لا بد من توافر مايلي:

-الأهلية لأن الإسقاط تبرع ولا بد من توافر أهلية التبرع فلا يصح إسقاط الصغير والمجنون والمهجور عليه سفه أو دين.

-عدم الإكراه فلا يصح إسقاط المكره.

-عدم الضرر إسقاط المريض مرض الموت.

-المملك لما يتصوَّف فيه بالإسقاط أما تصرف الفضولي بالإسقاط فأجازة الحنفية والمالكية موقوفا على إذن المالك وإجازته ومنعه الشافعية والحنابلة. [الموسوعة الكويتية 237/4] ودليل شرط الملك قوله عليه السلام: "لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك."

3-المسقط عنه: وهو من تقرر الحق من قبله-أي من ثبت عليه الحق- ويشترط أن يكون معلوما. والجهالة في المسقط عنه إنما تتصور في الإبراء من الدين وفي الإعناق وفي الطلاق ونحوها. وإن كان الغالب أن الإسقاط يكون المسقط عنه فيه معروفا كما في القصاص والشفعة ونحوهما. وقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط في إسقاط الدين أن يكون المسقط عنه معلوما فلو قال الدائن مثلا أبرأت شخصا أو رجلا مما لي قبله لم يصح.

-ويشترط أن يكون المسقط عنه عليه الحق فلو أبرأ غير من ثبت الحق عليه فإنه لا يصح فلو أبرأ القاتل من دفع الدية الواجبة على ما قتلته لم يصح الإبراء لعدم ثبوتها على العاقل.

أما بالنسبة للطلاق فإنه يصح مع الإبهام ويلزم بالتعيين فإذا قال لزوجاته: إحداكن طالق وقع الطلاق ولزم التعيين كما ذهب إليه الشافعية والحنفية وفي المشهور عن المالكية يطلق الجميع وقيل يختار واحدة وعند الحنابلة يقرع بينهما إن لم يكن نوى واحدة بعينها.

4-المسقط-محل الإسقاط-: المحل الذي يجري عليه الصرف يسمى حقا. إلا أنه ليس كل حق يكون محل إسقاط. بل لا بد من توافر جملة من الشروط إلا أن هذه الشروط ليست محل اتفاق بين الفقهاء. وهذا ما يستلزم منا بحث : ما يقبل الإسقاط وما لا يقبل الإسقاط.

*ما يقبل الإسقاط: إن المحالّ [يسمى المحل الذي عليه التصرف حقا بمعناه العام الذي يشمل الأعيان والمنافع والديون والحقوق المطلقة]. التي تجري عليها التصرفات تشمل الأعيان ومنافعها والديون والحقوق المطلقة. [الحقوق المطلقة هي ما سوى المنافع والأعيان والديون سواء كانت مجردة أم غير مجردة. والحقوق المجردة هي التي لا تترك أثرا بالتنازل عنها صلحا كانت أو إبراء كحق الشفعة فلو تنازل الشفيع عن حقه كانت ملكية العقار للمشري بعد النازل هي نفسها قبل التنازل. أما الحقوق غير المجردة فهي تلك التي تترك أثرا بالتنازل عنه كحق القصاص فيصبح المعفو عنه معصوم الدم بالتنازل عن القصاص . [الفقه الإسلامي وأدلته. 2852/4]

وكل من ملك واحدا منها جاز له التصرف فيه وتثبت له ولاية التصرف فيه. ومن بين هذه التصرفات الإسقاط. فكل من ملك شيئا جاز له الصرف فيه بالإسقاط. إلا أنه ليس كل محل مملوك قابل للإسقاط. ومما يقبل الإسقاط :

1-الدين: اتفق الفقهاء على صحة إسقاط الدين الثابت في الذمة لأنه حق من الحقوق والحقوق لا سقط بالإسقاط. وسواء كان هذا الدين ثمن مبيع أو مُسَلما فيه أم دين نقه ونحوه. وكما يجوز الإبراء عن بعضه وكما يصح الإسقاط بدون عوض يصح إسقاطه بعوض في الجملة مع اختلاف الفقهاء في الصور والكيفيات التي لم يتم بها الإسقاط والتنازل.

فيجوز للرجل أن يسقط دينه الذي له على زوجته في مقابل النفقة الواجبة عليه إذا كان موسرا كما ذهب إليه الحنابلة ويصح إسقاط الدين بعوض في صورة التعليق: إن أعطيتني متاعك-دارك وثيابك-أسقطت عنك ديني الذي عليك. ومن صور الإسقاط بعوض الخلع.

مسألة: هل الإبراء من الدين تمليك وإسقاط أم هو إسقاط فقط؟

ذهب جمهور الفقهاء -الحنفية والمالكية والشافعية- [غمز عيون البصائر 92/3، منح الجليل 86/4، المهذب 455/1] إلى أن الإبراء من الدين إسقاط وتمليك فهو إسقاط بالنسبة للدائن بحيث لم يبق معتبرا من عناصر شرائه وأما معنى التمليك فهو بالنسبة إلى المدين لأن الدين قد دخل في ملكه وزاد به شراؤه بمقدار قيمته.

والخلاف بين الجمهور في تغليب أحد الجانبين على الآخر فغلب المالكية وبعض الشافعية جانب التمليك ورتب عليه بعض أحكام التمليك. وغلب الحنفية والشافعية في الأح وأشهب من المالكية جانب الإسقاط ورتبوا عليه بعض أحكام الإسقاط.

-وذهب الحنابلة إلى أن الإبراء من الدين إسقاط وليس تمليكا وتظهر ثمرة هذا الخلاف في اشتراط القبول لصحة التصرف من عدمه فمن عدّه تمليكا اشترط فيه القبول ومن عدّه إسقاطا صحح التصرف بدون قبول. [نظرية السقوط. ص 31 وما بعدها]

2-العين: الأصل أن الأعيان لا تقبل الإسقاط كما سيأتي توضيحه. لكن ثمة بعض الصرفات المتعلقة بالعين مما يقبل الإسقاط وذلك كالعقق والوقف. فالعقق إسقاط لملك الرقبة وهي عين ولا خلاف بين الفقهاء في

صحة العتق بل هو مندوب شرعه الإسلام وحث عليه وقد يكون واجبا كما في الكفارات : " ومن قتل مؤمنا خطأ.. " قال ي التقرير والتحبير: " لأن في الإعتاق إسقاط ملك الرقبة" [40/2] وأما الوقف فهو أيضا إسقاط ملك وهو محل اتفاق في المساجد. قال في منح الجليل: " واتفق العلماء في المساجد أن وقفها إسقاط ملك" [166/8]

3-المنفعة: تطلق المنفعة عند أكثر الفقهاء على الفائدة التي يستفاد من الأعيان عن طريق استعمالها كسكنى المنازل وركوب الدار ولبس الثياب. أما الفوائد المادية كاللبن والتمر من الشجر وأجرة العين المستأجرة فسمي غلة. [نظرية السقوط. ص 57]

ولم يختلف الفقهاء في جواز إسقاط المنافع باعتبارها حقوقا ثابتة لمستحقيها ولا فرق في هذا بين ملك العين المنتفع بها وبالتالي ملكيته للعين وملكيتها لمنفعتها كإجارة أو عارية أو حق الاختصاص بالأماكن في الأسواق وتحجير الموات ونحوها..

وتملك المنفعة بأسباب خمسة: الإعارة والإجارة والوقف والوصية والإباحة. ولمن ثبتت ملكيته للمنفعة بأحد هذه الأسباب الخمسة فله التنازل عنها وإسقاطها لم يترتب على ذلك مخالفة شيء من الشريعة.

-فمن كان له مسيل في دار غيره وأسقطه جاز كما لو أراد صاحب الدار أن يبيع داره ورضي صاحب المسيل وأبطل حقه جاز.

-من أوصى لرجل بسكنى داره ومات الموصي وأراد الوارث بيع الدار ورضي به الموصى له جاز البيع وسقطت منفعة السكنى. [الأشباه لابن نجيم].

مسألة: إسقاط المنفعة للعرض. ترجع هذه المسألة إلى قاعدة التفريق بين ملك المنفعة وملك الانتفاع. أما حق الانتفاع فهو رخصة بالانتفاع الشخصي دون الامتلاك كحق الجلوس في الطرقات والشوارع واستعمال الطرق والأنهار. أما المنفعة فهي اختصاص يكسب صاحبه أن ينتفع بنفسه وأن يملكها لغيره بعوض ويغير عوض، كحق المستأجر في منافع العين المستأجرة. وعليه فمن ملك حق الانتفاع جاز له إسقاطه ولا يجوز الاعتياض عنه بخلاف مالك المنفعة سواء ملك الرقبة أم لم يملكها فإنه يجوز إسقاط حقه في المنفعة والاعتياض عنه. وهذا مذهب الجمهور بخلاف الحنفية الذين لا يجوزون الاعتياض عن المنفعة إلا لمن ملك الرقبة والمنفعة جميعا أو لمن

ملك المنفعة بعوض. ومثاله لو صالح الورثة من أوصى له مورثهم بسكنى دار معينة من التركة بدراهم مسماة
جاز ذلك صلحا. [الموسوعة الكويتية 4/240]

4-الحق المطلق: يقسم الحق بحسب من يضاف إليه إلى حق خالص لله تعالى وحق خالص للعبد وحق اجتماع
فيه الحقان [الفقه الإسلامي وأدلته 4/834]

أما حق الله تعالى وهو ما قصد به التقرب إليه تعالى كالعبادات والشعائر أو تحقيق الفع العام كالكف عن
الجرائم وتطبيق الحدود والتعزيرات فلا يجوز إسقاطها من العباد. لكن إسقاطها يكون من قبل الشارع إذا قامت
الأسباب الموجبة لذلك والتي اعتبرها الشرع رحمة للعباد وتيسيرا عليهم. فمن ذلك إسقاط بعض العبادات
بالنسبة لأصحاب الأعذار كالمريض والعاجزين والمسافرين وهذا الذي يدرج في باب الرخص. والرخصة هنا
تدرج في قسم رخصة الإسقاط كإسقاط الصلاة عن الحائض والصوم عن المريض والشيخ الكبير العاجز. ومن
ذلك إسقاط فروض الكفاية عمن لم يقيم به إذا قام به غيره.

ومن ذلك إسقاط الحرمة في تناول المحرمات للضرورة.

وأما حقوق العباد غير الأعيان والمنافع والديون- فإن الأصل فيها أن كل من ملك حقا جاز له إسقاطه إذا
توافرت الشروط في المسقط والمحل. وذلك كحق الشفعة والقصاص والخيار. وهذا أمر متفق عليه بين الفقهاء
[الموسوعة الكويتية 4/234] أما إسقاطها بعوض فإن الضابط أو القاعدة في التفريق عند الحنفية بين ما يجوز
الاعتياض عنه وما لا يجوز من الحقوق فهي: التفريق بين ما تقرر فيه الملك ملك الرقبة والمنفعة أو ملك المنفعة
دون الرقبة فيجوز الاعتياض عنه وما لم يتقرر فيه الملك -الانتفاع- فلا يجوز الاعتياض عنه.

وبعضهم ذكر ضابطا آخر وهو: التفريق بين ما كان الإسقاط لدفع الضرر فلا يجوز الاعتياض عنه وبين ما
كلن الإسقاط فيه من باب البر والإحسان فيجوز الاعتياض عنه لأنه يكون حالئذ ثابتا أصالة. وقد ذكر ابن
نجيم عددا من الأمثلة:

-الحقوق المجردة كحق الشفعة لا يجوز الاعتياض عنها. ولو صالح إحدى زوجتيه بمال لتترك ليلتها لم يلزم.
وخرج عنها حق القصاص وملك النكاح وحق الرق فإنه يجوز الاعتياض عنه. [الأشباه والنظائر. ابن نجيم]

والتفريق بين الأمثلة لأن في حق الشفعة وحق القسم للزوجة إنما شرع دفعا للضرر فلا يجوز الاعتياض عنه. لأن صاحب الحق لو علم أنه لا ضرر عليه فلا يستحق شيئا أما حق القصاص وملك النكاح وحق الرق فإنه ثابت على وجه البر والصلة فهو ثابت له أصالة لا على وجه رفع الضرر عن صاحبه.

أما بالنسبة لفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة فمن خلال الأمثلة نجدهم يوافقون الحنفية في الحكم والعلة وقد يخالفونهم في الحكم والعلة. فحق الشفعة منع الاعتياض منه الشافعية في حين أجازة المالكية والحنابلة في رواية إذا كان الاعتياض من المشتري لا من غيره.

- هبة الزوجة ليلتها: لا يجوز الاعتياض عنه ذهب إليه الشافعية والحنابلة والعلة أنه ليس عينا ولا منفعة فلا يقابل بمال وأجاز ذلك المالكية لأنه عوض عن الاستمتاع. [انظر هذه الأمثلة في الموسوعة الكويتية 244/4]

* ما لا يقبل الإسقاط:

- العين: المقصود بالعين ما يقبل التعيين جنسا وقدرا نوعا وصفة كالثياب والعقار والحيوان المكيل والموزون. وقد اتفق الفقهاء على أن الأعيان لا تقبل الإسقاط لأنها تكون بمنزلة السائبة التي ورد النهي عنها إذ لا سائبة في الإسلام. [الفقه الإسلامي وأدلته] ويستثنى من ذلك الوقف والعتق.

لكن لو كانت العين مغضوبة فإنه يفرق بين أمرين: إذا هلكت في يد مغتصبها فيصح الإسقاط لأن الواجب بعد هلاك العين المغضوبة القيمة وهي تعتبر دينا في ذمة المغتصب والدين يجوز إسقاطه. أما إذا كانت العين المغضوبة قائمة فإسقاطها إسقاط لضماتها إذا هلكت وتصير بعد إسقاط عينها والبراءة منها كالأمانة لا تضمن إلا بالتعدي. وذهب زفر إلى عدم صحة الإبراء وبقاء ضماتها.

والمشهور من مذهب المالكية أن البراءة من المعينات يسقط بها الطلب بقيمتها إذا فاتت والطلب برفع اليد عنها إذا كانت قائمة.

-الحق: سواء كان من حق الله تعالى أو من حقوق العباد.

* ما لا يقبل الإسقاط من حقوق الله تعالى: الأصل أن حقوق الله تعالى لا يجوز لأي أحد من العباد إسقاطها ولا التحايل على إسقاطها ولا الشفاعة لإسقاط الحدود بعد الرفع إلى الحاكم. وقد نقل النووي الإجماع في ذلك. قال: "وأجمعوا على تحريم الشفاعة في الحدود بعد بلوغه إلى الإمام فأما قبل بلوغه إلى الإمام فقد أجازة

أكثر العلماء إذا لك يكن المشفوع فيه صاحب شر وأذى للمسلمين فإن كان لم يشفع فيه. " [شرح النووي على مسلم]

*وما لا يقبل الإسقاط من حقوق الله تعالى التي شرعت لمصلحة العاد:

-الولاية على الصغير باتفاق الفقهاء.

-السكنى في بيت العدة: حال وقوع الفرقة أو الموت: " لا خرجوهن من بيوتهن " فلا يجوز إسقاطه لمنافاته للمشروع إلا ما ذهب إليه الحنابلة في المبتوتة لحديث: " لا نفقة وسكنى لك " واسحبوا لها ذلك.

-خيار الرؤية: لا يجوز إسقاطه لأنه ثابت بالشرع فكان حقا لله تعالى لحديث: " من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه " حديث مرسل.

-حق الرجوع في الهبة وهي هبة الوالد لولده عند الجمهور غير الحنفية [يجوز الحنفية الرجوع في الهبة مطلقا سواء من الوالد أو غيره إذا لم يوجد مانع من موانع الرجوع في الهبة] وهو حق ثابت شرعا لحديث: " لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد بما يعطي ولده " فلا يجوز إسقاطه وعند المالكية يجوز الرجوع فيها إلا إذا أشهد عليها أو شرط الاعتصار -أي عدم الرجوع-.

*ما لا يقبل الإسقاط من حقوق العباد:

1- ما يتعلق به حق الغير كحق الحضانة ونسب الصغير فلا يجوز لمن لحق به النسب أن يسقطه.

2- إسقاط الحق قبل وجوبه وبعد وجود سبب الوجوب كإسقاط الشفعة قبل البيع وإسقاطه حق الحضانة قبل وجوبها وهذا أمر متفق فيه بين الفقهاء غلا أنهم اختلفوا في الإسقاط بعد وود سبب الوجوب وقبل الوجوب فذهب الحنيفة والمالكية والحنابلة إلى صحة الإسقاط كإبراء الزوجة زوجها من الصداق في نكاح التفويض قبل البناء وقبل أن يفرض لها وإسقاط المرأة عن زوجها نفقة المستقبل. وذهب الشافعية ورواية عن المالكية إلى عدم صحة الإسقاط [الموسوعة الفقهية الكويتية 4/251]

خامسا/: أقسام الإبراء والإسقاط:

ينقسم الإبراء والإسقاط إلى عدة أقسام باعتبارات مختلفة، ومنها:

-اعتبار العموم والخصوص: ينقسم الإبراء باعتبار لفظ العموم والخصوص إلى قسمين: إبراء عام وإبراء خاص.
*الإبراء العام: وهو ما كانت صيغة التنازل فيه عن الحقوق الثابتة في الذمة بلفظ عام شامل لجميع الحقوق فالعموم هنا يتعلق بالحقوق الثابتة لمالكها في ذمة الغير.

وتثبت البراءة العامة من كافة الحقوق لكل لفظ يدل عليها سواء كان اللفظ من باب الإخبار أو من باب الإنشاء. [عدّ التفريق بين الإنشاء والإخبار هو الصحيح وظاهر الرواية في مذهب الحنفية وبه يقطع النزاع وهو الذي جرى عليه عرف القضاة في العمل به. أده ابن عابدين ي حاشيته 203/8]

ومن الفاظ الإخبار التي ذكرها الفقهاء دالة على الإبراء العام قوله: لا حق لي على فلان، لا خصومة لي قبل فلان، لا أستحق شيئاً عليه هو بريء مما لي عليه لا دعوى لي عليك.. [حاشية ابن عابدين 632/5، منح الجليل 147/6]

ومن أمثلة الألفاظ الدالة على الإبراء على سبيل الإنشاء قول المبرئ: أبرأتك من كل حق، بل حتى لو اقتصر على قوله: "أبرأتك" برئ المبرأ من كل حق إبراء مطلقاً غير مقيد بنوع من الحقوق. [منح الجليل 467/6، لوامع الدرر في هتك استار المختصر 305/10]

فإذا ورد الإبراء بواحد من هذه الألفاظ كان إبراء عاماً ويبرأ به الشخص من كل حق لفلان في الذمة أو ما كان تحت يده من الأمانات والودائع معلومة كانت أو مجهولة كما يبرأ أيضاً من الدعاوى والخصومات كالمطالبة بجد القذف والسرقة. فالبراءة العامة التي يدل عليها اللفظ العام شاملة لجميع الحقوق مالية كانت أو بدنية. [لوامع الدرر 306/10، فتاوى ابن الصلاح 303/1، جواهر العقود 112/1، حاشية ابن عابدين 627/5] هناك تفصيلات كثيرة ذكرها الفقهاء فرقوا فيها بين شمول الإبراء بهذه الألفاظ للأمانات والديون أو شمولها لأحدهما دون الآخر فلو قال مثلاً أبرأت زيدا مما معه فإنه يبرأ من الأمانات فقط كالودائع والقراض ولا يبرأ من الدين. وإن أبرأه مما عنده برئ من الأمانة والدين عند المازري وعند ابن رشد يبرأ من الأمانة دون الدين وإن أبرأه مما عليه برئ من الدين والأمانة. [لوامع الدرر 307/10]

جاء في حاشية ابن عابدين: "وفي الخلاصة لا حق لي قبله فيدخل فيه كل عين ودين وكفالة وإجارة وجناية وحد." [204/8]

-الإبراء الخاص: وهو ما كانت صيغة التنازل فيه تخص حقا من الحقوق الثابتة في الذمة. ولهذا الإبراء الخاص صور منها:

-أن تكون البراءة فيه خاصة بدين خاص كأن يقول المبرئ أبرأته من دين كذا فيكون الدين محمدا سواء كان دين قرض أو دين معاوضة ثمن مبيع أو عوض إجارة...

-أن تكون البراءة خاصة بالديون دون غيرها فيبرأ من سائر الديون مهما كان سببها قرضا، ثمن مبيع، بدل إجارة... أما الأعيان فلا تشملها البراءة.

-وإما أن تكون البراءة خاصة بعين خاصة كهذا العبد مثلا فلا تشمل سائر الأعيان وإما أن تكون خاصة بالأعيان كلها دون غيرها فلا تشمل الديون والحقوق الأخرى وقد قدمنا أن البراءة من الأعيان لا تصح لإفشاء إسقاطها على السائمة التي نهي عنها القرآن.

-أن تكون البراءة خاصة بحق مخصوص كالإبراء من حق الشفعة أو حق القصاص فيبرأ من الحق الخاص دون غيره. [مجموعة رسائل ابن عابدين 107/2]

-أن تكون البراءة من دعوى متعلقة بشيء مخصوص كأن يبرئه من دعوى دار مثلا فلا تسمع دعواه التي تتعلق بهذه الدار بعد الإبراء لكن تسمع الدعاوى الأخرى المتعلقة بالأراضي والضياع وسائر الأملاك الأخرى. [جاء في منح الجليل: " المراد من قبول القائل أبرأتك من داري التي تحت يدك أسقطت مطالبتني بها ولا شك أنها تقبل الإسقاط 470/6][مجلة الأحكام العدلية. ص 305 المادة 1564]

ويجب التنبيه هنا إلى حاكمية العرف في اعتبار العموم والخصوص في الألفاظ التي تستعمل في الإبراء فإذا وجدت القرائن على شيء تخصيصا أو تعميما فإنه يعمل بها. [حاشية الصاوي على الشرح الصغير 539/3]

2-اعتبار الغرض المقصود منه أي براءة الذمة:

إن الغرض المقصود من الإبراء هو حصول براءة ذمة المبرئ وسقوط المطالبة بما ترتب عليه في ذمته. وينقسم إبراء بحسب هذا الاعتبار إلى قسمين: إبراء إسقاط وإبراء استيفاء. [الأشباه والنظائر لابن نجيم 225/1][المنتور في القواعد 85/1]

1-إبراء الإسقاط: وهو الإبراء الذي يسقط معه الواجب عن الذمة.

2- إبراء الاستيفاء: وهو الإقرار بأن المبرئ قد استوفى حقه وقبضه. [الدر المختار وحاشية ابن عابدين 156/5] ويفرق بين النوعين بالألفاظ التي تخص كل واحد منهما وتميزه عن الآخر فمن ألفاظ براءة السقوط: "أسقطت وحطت وأبرأت براءة إسقاط. ومن ألفاظ الثانية: أبرأتك براءة استيفاء أو قبض.

إلا أن الإشكال يثور في حالة إطلاق البراءة وعدم تقييدها بإسقاط أو استيفاء كأن يقول المبرئ أبرأتك. فهل تحمل على براءة الإسقاط أم تحمل على براءة الاستيفاء. ذهب بعض الفقهاء إلى أن الإطلاق في البراءة ينصرف إلى البراءة من حيث الاستيفاء والحجة أنها الأقل فتصير بمثابة المنصوص عليها. [المحيط البرهاني 600/7، حاشية ابن عابدين 156/5، المنثور في القواعد 83/1]

فيكون الأقل متيقنا والأكثر مشكوكا فيه فيقدم المتيقن وهو الأقل.

*الفرق بين الإبرائين: يمكن أن نفرق بين براءة الاستيفاء والإسقاط أولا من حيث اللفظ وقد سبق.

براءة الإسقاط من باب إنشاء الالتزام وبراءة الاستيفاء من باب الإخبار وثمره هذا التفريق سماع دعوى الكذب في براءة الاستيفاء دون براءة الإسقاط.

- يجوز للمدين أن يرجع على الدائن إذا أوفاه دينه في براءة الإسقاط أما في براءة الاستيفاء فليس له استرداده اتفاقا. [درر الحكام شرح مجلة الأحكام 9/4، الدر المختار 156/5]

- إذا استوفى دينه من غريمه وكان الوفاء من مال حرام ولم يعلم القابض أنه من حرام ثم أبرأه صاحب الدين فإن أبرأه براءة استيفاء لم يصح الإيفاء ويبقى الدين في ذمته وإن أبرأه إسقاط صح وسقط الدين. [فتاوى النووي. ص 136]

- إبراء الاستيفاء أشمل وأعم من إبراء الإسقاط فإبراء الاستيفاء يكون في الدين وفي العين لأنه من باب الإقرار وهو يصح في الديون والأعيان أما إبراء الإسقاط فلا يشمل العين لعدم صحة إسقاط العين كما سبق بيانه.

- باعتبار قابلية الإسقاط للعرض: تنقسم الإسقاطات من حيث قابليتها للعرض أو عدمها إلى قسمين: إسقاط بعوض وإسقاط بغير عوض.

1- إسقاط بعوض: وهو الذي يكون فيه الإبراء أو الإسقاط لقاء بذل عوض معلوم ويترتب على ذلك أمران: الأول ملكية المبرئ للعرض المبذول له بالإبراء والثاني براءة ذمة المبرأ. ومن أمثلته: الصلح عن القصاص بمال

يتراضى عليه الطرفان الجاني وأولياء المجني عليه أو المجني عليه في الجناية فيما دون النفس. ويترتب على الصلح بمال في القصاص سقوط القصاص عن الجاني وملكية العوض للمجني عليه أو أوليائه. والأصل في جوازه قوله تعالى: "فمن عفي له من أخيه شيء" والملاحظ أن كل ما يجوز فيه الصلح على مال هو إبراء بعوض قال في البدائع: "ولو طعن المشتري بعيب، فصالحه البائع على أن يبرئه من ذلك العيب، ومن كل عيب، فهو جائز؛ لأن الإبراء عن العيب إبراء عن صفة السلامة، وإسقاط لها، وهي مستحقة على البائع فيصح الصلح عنها، والإبراء عن كل عيب." [51/6]

2- إسقاط بغير عوض: وهو الذي يكون فيه الإبراء تبرعا من المبرئ بتمليك المبرأ ما في ذمته بغير عوض أو إزالة للحق إلى غير مالك أي بدون تملكه.

ومثال ما ينتهي فيه إسقاط بالتمليك، إسقاط الديون الثابتة في الذمة وإسقاط البائع ثمن السلعة على المشتري فإنه إبراء يملك فيه المدين والمشتري الدين والتمن.

ومثال الثاني وهو إزالة الملك بغير تملك لأحد إسقاط القصاص بالعفو فإذا سقط القصاص بالعوض فليس يملكه أحد وهكذا إسقاط الشفيع حقه في الشفعة. والفقهاء يعتبرون بالإبراء بغير عوض في جوازه إذا كان من الإبراءات التي يجوز أخذ العوض في مقابلها. [تحفة المحتاج في شرح المنهاج 5/254، حاشية ابن عابدين 7/295]

*ضابط التفريق بين ما يقبل العوض من الإسقاطات وما لا يقبل العوض: وضع فقهاء الحنفية ضابطا لما يجوز الاعتياض عنه من الحقوق وما لا يجوز وهو أن الحق إذا كان مجردا عن الملك فإنه لا يجوز الاعتياض عنه وإذا كان حقا متقررا في المحل الذي تعلق به صح الاعتياض عنه.

وذكر بعض الحنفية ضابطا آخر وهو أن الحق إذا كان شرعا لدفع الضرر فلا يجوز الاعتياض عنه وإذا كان ثبت على وجه البراءة الأصلية فيكون ثابتا له أصالة فيصح الاعتياض عنه. [الموسوعة الفقهية الكويتية 4/243]

وقد ذكر ابن نجيم في الأشباه بعضا من الأمثلة: فمن الحقوق المجردة التي لا يجوز الاعتياض عنها حق الشفعة وخرج عنها حق القصاص وملك النكاح حق الرق فيجوز الاعتياض عنها.

وأما غيرهم من الفقهاء فنجدهم يوافقون الحنفية في بعض الفروع ويخالفونهم في فروع أخرى.

-هبة المرأة يومها لضررتها: لا يجوز الاعتياض عنه عند الحنفية والشافعية والحنابلة وأجازته المالكية لأنه عوض عن الاستمتاع أو عن إسقاط الحق.

-حق الشرب وهو من حقوق الارتفاق وقد اتلف الفقهاء في جواز الاعتياض عن حق الشرب الخاص بعد اتفاهم على عدم جواز الاعتياض على حق الشرب العام فذهب مالك إلى جواز الاعتياض عنه ومنع الباكون وهم الحنفية والشافعية والحنابلة. [قاعدة الحنفية: "إذا كان الحق مجردا عن الملك فإنه لا يجوز الاعتياض عنه وإذا كان حقا مقررًا في المحل الذي تعلق به صح الاعتياض عنه."]

فالتجرد عن الملك معناه أنه يمكن ثبوت الحق لشخص ويكون ملك المحل الذي تعلق به هذا الحق لشخص آخر كحق المرور فقد تكون الطريق التي يمر فيها مملوكة لشخص آخر ولآخر أن يمر فيها ولا ينافي هذا أن يكون مالك الحق مجرد هو نفسه مالك المحل الذي تعلق به هذا الحق. والحق المقرر في المحل هو الذي يترك أثرا في المحل أما الذي لا يترك أثرا في المحل فهو الحق مجرد كحق الشفعة فإن استعمال الشفيع له أو عدم استعماله لا يترك أثرا في العين المشفوعة فهي نفسها سواء ثبتت ملكيتها للشفيع أو للمشتري بخلاف القصاص فإنه له أثرا فعند التنازل عنه يصبح الجاني معصوم الدم بعد أن كان حلال الدم. [

سادسا /: أحكام عامة تتعلق بالإسقاط: ويمكن أن نوجزها في المسائل التالية:

*إسقاط المجهول: لا خلاف بين الفقهاء في جواز إسقاط الحق المعلوم ما لم يتضمن ما يقتضي تحريمه كإبطال حق أو إحقاق باطل وإلا كان حراما ولو كان معلوما أما إسقاط المجهول أو الإبراء منه فهو الذي اختلف فيه الفقهاء كما لو أبرأه من دين لا يعلم قدره ولا صفته أو في حصة من تركه لا يعلم نصيبه منها كما هو الحال بالنسبة للمواريث المتقدمة المجهولة

مذاهب العلماء: اختلف الفقهاء في إسقاط المجهول إلى قولين:

-القول: يجوز إسقاط المجهول ويصح لإبراء منه سواء كانت الجهالة في مقداره أو في صفته وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة وهو القول القديم في مذهب الشافعي ومشهور مذهب الحنابلة تقييد الإبراء والإسقاط بما إذا تعذر علمه ومعرفته [المبسوط، حاشية ابن عابدين/، مطالب أولي النهي/، كشف القناع]

القول: عدم صحة الإبراء من المجهول مطلقا وهو مذهب الشافعي في الجديد [استثنى الشافعية من عدم صحة الإبراء من المجهول أمران: -الإبراء من إبل الدية وإن كانت مجهولة لأمرين: أحدهما ثبوتها في الذمة الجاني مع جهالة صفتها فيغتفر في الإبراء منها مع جهالتها في الصفة واللون ويمكن الرجوع إلى عرف البلد في معرفة الصفة واللون والثاني أن السن والعدد معلوم ويرجع في تعيين الصفة واللون إلى عرف أهل البلد - وثانيهما أن الإبراء من الحق الذي يعلم مقدار أصله كما لو أبرأه من مقدار معين كأن يقول: أبرأتك من ماله وهو يعلم أن الدين لا يتجاوز ألفا وهو يزيد عن المائة [المجموع]]

سبب الخلاف: يمكن أن نرجع سبب الخلاف في هذه المسألة إلى أمرين:

-هل الإبراء إسقاط محض أم تمليك للمديون في ذمته؟ فمن قال: إنه إسقاط صحح الإبراء من المجهول ومن قال إنه تمليك لم يصح وهو ظاهر مذهب الشافعي [العزیز شرح الوجيز لرافعي 157/5]

قال السرخسي: "ويصح الإبراء عن الجهالة لكونه إسقاطا" [المبسوط 241/30]

2-هل الغرر الذي نهى عنه النبي يعم سائر التصرفات والعقود سواء كانت عقود معاوضة أو عقود تبرعات وإحسان فمن عمم النهي عن الغرر في سائر التصرفات منع ابراء من المجهول وهم الشافعية ومن خص الغرر بالتصرفات التي يقصد منها تنمية المال كعقود المعاوضات دون عقود الإحسان والتبرعات لم يمنع الإبراء من المجهول لأنه في معنى الهبة والصلح والصدقة... ولا يفضي إلى جهالة. [المجموع 370/16] قال في الدر المختار: "لأن جهالة الساقط لا تفضي إلى المنازعة." [حاشية ابن عابدين 204/5]

الأدلة:

أولا/: أدلة الجمهور: استدلو بما يلي:

1-حديث أم سلمة قالت كنت عند النبي صلى الله عليه وسلم جالسة فجاءه رجلان من الانصار يختصمان في اشياء قد درست وبادت فقال النبي صلى الله عليه وسلم انما اقضي بينكما فيما لم ينزل على فيه شيء فمن قضيت له بشيء بحجة اراها فاقتطع بها من مال اخيه ظلما اتى بها اسطاما في عنقه يوم القيامة فبكى الرجلان وقال كل واحد منهما حقى له يارسول الله الذى اطلب قال لا ولكن اذهبا فاستهما وتوخيا ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه."

وجه الدلالة: فيقوله عليه السلام: " ثم ليحلل... " أي ليسأل كل واحد منكما صاحبه أن يجعله في حل من قبله قال الشوكاني: " وفيه دليل على أنه يصح الإبراء من المجهول لأن الذي في ذمة كل واحد هاهنا غير معلوم. " [نبيل الأوطار 304/5]

وفي قوله: " وتوخيا الحق " دليل على جواز الإبراء من المجهول لأن التوخي لا يكون في المعلوم " [فتح الباري 176/13]

2- حديث أبي هريرة: " من كانت عنده مظلمة لأخيه فليتحلله منها فإنه ليس ثم دينار ولا درهم من قبل أن يؤخذ لأخيه من حسناته فإن لم يكن له حسنات أخذ من سيئات أخيه فطرحته عليه. "

وجه الدلالة في قوله عليه السلام: " مظلمة " حيث أطلق النبي المظلمة سواء كانت معلومة أو مجهولة قال ابن حجر: " وإطلاق الحديث يقوي قول من ذهب إلى صحته. " [الفتح 101/5]

3- أن الإبراء من التصرفات التي يقصد بها الإحسان والعفة وغبراء الذمة والجهالة فيها غير مؤثرة لأنها لا تفضي إلى المنازعة والإبراء وإن كان فيه معنى التملك فالجهالة لا تمنع صحة التملك لذاتها بل لأنها لا تفضي إلى المنازعة. [بدائع الصنائع 173/5]

4- الجهالة إنما منعت لأجل الغرر فإذا رضي بالجملة فقد زال الغرر وصحت البراءة. [المغني 385/5]

5- يصح الإبراء عن المجهول لأن الإبراء في معنى الهبة [هبة المجهول أجازها مالك في المشهور من مذهبه ومنعها الشافعي وأحمد ومن أدلة الجواز كما في قوله عليه السلام لجابر لو قد جاء مال البحرين قد أعطيتك هكذا وهكذا وهكذا) . فلم يجيء مال البحرين حتى قبض النبي صلى الله عليه و سلم فلما جاء مال البحرين أمر أبو بكر فنأدى من كان له عند النبي صلى الله عليه و سلم عدة أو دين فليأتنا فأتيته فقلت إن النبي صلى الله عليه و سلم قال لي كذا وكذا فحتى لي حثية فعددتها فإذا هي خمسمائة وقال خذ مثليها . " [الصلح [الحمالة بالمجهول جائزة عند مالك بدليل حديث سؤاله عن الرجل قبل أن يصلي عليه هل عليه دين أم لا؟ فجيء برجل فامتنع عن الصلاة عليه فقال الرجل: " عليّ دينه " الحديث.]

وكلها تصح في المجهول لأنها عقود لا يقصد منها تنمية المال فتصان مالياتها بمنع المجهول منها بل هي عقود يقصد منها محق المال وليس تنميته فلا يناقضه الغرر والجهالة. [الذخيرة للقرافي 244/6] قال المواق: " ولما جازت هبة المجهول جازت الحمالة به لأنها معروف. " [لوامع الدرر في هتك أستار المختصر 616/9]

ثانياً/: أدلة القول الثاني: عدم صحة الإبراء بالمجهول.

1- إن الإبراء متوقف على الرضا والرضا بالمجهول غير معقول لأنه تملك. [النجم الوهاج شرح المنهاج/4/492] وتملك المجهول لا يصح اتفاقاً.

2- الإبراء بالمجهول يفضي إلى النزاع لمنافاته الرضا وما كان كذلك لم يقع صحيحاً يقول الشافعي: "ألا ترى أن رجلاً لو قال لرجل قد صار لك في يدي مال من وجه فقال أنت منه بريء لم يبرأ حتى يعلم المالك المال لأنه قد يبرئه منه على أنه درهم ولا يبرئه لو كان أكثر." [الأم/6/194]

الراجح: والذي يظهر راجحاً والعلم عند الله تعالى هو قول الجمهور لثبوت الأدلة على صحة الإبراء من المجهول في الأحاديث السابقة وما علل به المانعون من وجود الجهالة والغرر فصحيح لكن ليست كل جهالة مفسدة وإلا لفسدت جملة كبيرة من العقود لتضمنها الغرر ومع ذلك الاتفاق على جوازها وما ذلك إلا لأن الجهالة المفسدة هي تلك التي تفضي إلى المنازعة والإبراء من عقود الإحسان والتبرع التي يقصد منها الإكرام والعفو شأنها شأن سائر عقود التبرع كالصدقات والهبات ونحوها..

هذا مع أنه تجدر الإشارة إلى أن مذهب الحنابلة له وجاهته وقوته فإذا أمكن العلم بالمبرئ فلا وجه لتركه لمنافاته التمام والكمال فإن الأكمل والأتم الإبراء بالمعلوم لأنه محل اتفاق.

*تجزؤ الإسقاط: يتعلق حكم التجزؤ أو التبعض في الإسقاط بالمحل الذي يراد إسقاطه والإبراء منه فإن كان المحل قابلاً للتجزؤ جاز تجزؤ الإسقاط فيه بحيث يسقط بعضه الذي عين إسقاطه ويبقى البعض الآخر ثابتاً في الذمة باق حكمه. أما إذا كان المحل لا يقبل إسقاط بعضه بل يتعلق حكم الإسقاط فيه بالكل فإن الإسقاط لا يقبل التجزؤ وعلى هذا فمدار قابلية الإسقاط للتجزؤ أو عدم التجزؤ تدور مع قابلية المحل لتجزؤ الإسقاط فيه أو عدمها.

والفقهاء مع اتفاقهم على أصل هذه القاعدة ما يقبل التجزؤ والتبعض من المحلّ يقبل السقوط في أجزائها وأبعاضها إلا أنهم يختلفون في فروع هذه القاعدة والمسائل الفقهية المندرجة تحتها كالتعق مثلاً فهل إذا أعتق الرجل بعض عبده يعتق كله أم أن العتق يتجزأ فيكون بعضه حراً والبعض الآخر مسترقاً فيه حيث نجد الخلاف حتى في المذهب الحنفي بين أبي حنيفة الذي أجاز التجزؤ والصاحبين في عدم التجزؤ وثبوت العتق كله. [فتح

القدير 9/191]

ومن القواعد الحاكمة في هذه المسألة:

قاعدة: " ما لا يقبل التبويض يكون اختيار بعضه كاختيار كله وإسقاط بعضه كإسقاط كله. " [الأشبه والنظائر السبكي 105/1]

وقد علق السبكي على هذه القاعدة بقوله: " وهذا أصل اتفق عليه الفريقان. "

وهذا يؤكد ما ذكرناه قبل من اتفاق الفقهاء حول أصل هذه القاعدة وخلافهم في التفرع فمن الفروع ما يقبل التجزئ ومنها ما لا يقبل التجزئ كالموصى إليه في نوع من التصرف يصير وصيا مطلقا منه بناء على أن الوصية لا تتجزأ لأنها ولاية والولاية لا تتجزأ والخلاف للشافعية. [الأشبه والنظائر للسبكي 105/1]

ومن فروع هذه القاعدة التي اتفق الفقهاء على عدم التجزئ فيها:

-الطلاق: فلو قال الرجل لزوجته أنت طالق نصف طلقة فإنها تطلق طلقة كاملة. [فتح القدير 16/4، التاج والاكليل 62/4، أسنى المطالب 280/3، الإقناع في فقه أحمد 17/4]

وقد نقل ابن المنذر الإجماع على أنها تطلق بذلك. [الشرح الكبير لابن قدامة 334/22] إلا أنه نقل عن داوود الخلاف في هذه المسألة وقال: " إن طلقها بعض طلقة لم تطلق لأنه لما لم يتبعص لم يجز أن يلزم منه ما لم يلزم وصار البعض الذي أوقعه لغوا. [الحاوي للماوردي 245/10]

واختلف في تعليل ذلك -إلزامه بطلقة كاملة- فقليل لأن مبناه على السراية كالتعق أي أن الطلاق وقع في النصف ثم سرى إلى الباقي وقيل إن ذلك من باب التعبير بالبعض عن الكل لأن الطلاق لا يتبعص وقيل احتياطا للتحريم لأنه اجتمع التحريم بالطلاق في البعض والحلال فبالبعض الآخر والاحتياط يقتضي تقديم التحريم لأن التحريم لا يتبعص وقيل لمخالفته سنة الطلاق لأن الله بين عدد الطلاق وزمانه وقال بعد بيان زمانه: " تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه " فيكون هذا من باب الهزل في الطلاق الذي يوجب وقوعه. [التوضيح لخليل 385/4، منار السبيل 244/2، التمهيد للأسنوي. ص 191، البناءة شرح الهداية 315/5]

2-القصاص: وهو من المسائل التي اتفق الفقهاء على عدم حواز تجزؤ الإسقاط فيها فالعفو عن بعض القصاص عفو عنه كله. وقد مثل له العز رحمه الله تعالى في قواعد ما يسري من التصرفات فقال رحمه الله: " فصل فيما

يسري من التصرفات وله أمثلة:.. المثال الرابع: العفو عن بعض القصاص في النفس ممن يستحق بعضه أو كله فإنه يسري إلى جميعه لأنه يسقط بالشبهات. " [القواعد للعز 7/2] ويظهر من كلام العز تعليله للسراية في القصاص كله بالعفو عن بعضه أنه من الشبهات التي تدرأ بها الحدود وعمله غيره بأن القصاص لا يتبعض فلما لم يكن له جزء كان ذكره كذكر كله إعمالاً للقاعدة: "إعمال الكلام أولى من إهماله." [فتح القدير لابن الهمام 16/4]

وإذا كانوا شركاء في القصاص فإنه يسقط كله بعفو بعضهم. [البنية شرح الهداية 315/5] ويتعين للباقي نصيبهم من دية عمد [مواهب الجليل 254/6، تحفة المحتاج 434/8، السيل الجرار. ص 885] لأن العفو عن القصاص لا يستلزم العفة من الدية وقد ذكر صاحب البدائع أن هذا إجماع الصحابة روي عن عمر وابن مسعود وابن عباس ولا يعرف لهم منكر من الصحابة. [بدائع الصنائع 247/7]

وبه فسر قوله تعالى: "فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء... " أي فلأخريين أن يتبعوه بالمعروف يفى نصيبهم. [أضواء البيان 373/1]

*الرجوع عن الإبراء والإسقاط [العدول عن الإبراء]:

إن الأثر المترتب على الإبراء هو سقوط الحق المبرأ منه وبراءة الذمة منه ما دام صادراً مستوفياً لشروطه:

لكن ما هو حكم رجوع المبرئ عن الإبراء وما هو أثر عدوله عنه؟

اتفق الفقهاء على أن الإبراء إذا كان إسقاطاً محضاً فإن الإبراء والإسقاط لا يتوقف على القبول من المبرئ له ولا يحق للمبرئ رد الإسقاط ولا رجوعه عن إبرائه.

ومثال الإسقاط المحض الاعتاق الطلاق وتمليك المديون ما في ذمته. [المنثور في القواعد 82/1، البحر الرائق 79/4]

فلو اسقط الرجل ماله في ذمة آخر سقط عنه الدين وبرئت ذمته وليس للمبرئ الرجوع عنه ومن القواعد الفقهية التي بنى عليها الفقهاء أمثال هذه الفروع قولهم: "الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود" [القواعد الفقهية وتطبيقاتها محمد الزحيلي 521/1]

أما بالنسبة للإسقاط الذي فيه معنى التمليك والذي اشترط فيه فقهاء المالكية القبول [الفروق 202/2] فلا ييصير ملزماً إلا بعد صدور القبول من المبرأ ويكون حكمه حينئذ حكم سائر العقود ومعنى هذا أن الخيار يثبت للمبرئ قبل صدور القبول فإذا صدر القبول سقط الخيار وأما باقي الفقهاء الذين لم يشترطوا في لزوم الإبراء صدور القبول فإن حكمه يلزم المبرئ بعد صدور الإيجاب مطلقاً. [المجموع شرح المذهب 110/18، الاقناع في مذهب أحمد 32/3، الدر المختار 42/5] فالمؤثر في جواز الرجوع عن الإبراء هو اعتبار شرط القبول في لزوم الإبراء لصاحبه سواء اعتبرنا الإبراء إسقاطاً أم تمليكاً. [ذكر القرافي علة اشتراط القبول على القول بأن الإبراء تمليك بقوله: "بأن المنة قد تعظم في الإبراء وذوو المروآت والأنفات يضر ذلك بهم لا سيما من السفلة فجعل صاحب الشرع لهم قبول ذلك أو رده نفيًا للضرر الحاصل من المنن من غير أهلها أو من غير حاجة.

[الفروق 202/2]