

معهد العلوم الإسلامية

قسم الشريعة

التخصص: فقه وأصوله المقياس: نظريات فقهية

مطبوعة بيداغوجية معدة لطلبة السنة أولى ماستر

نظريات فقهية

إعداد الدكتور: زيان سعيدي

السنة الجامعية: 2022/2021م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عنوان الماستر: الفقه المقارن وأصوله

السداسي: الأول

اسم الوحدة: التعليم الأساسية

اسم المادة: النظريات الفقهية 1

الرصيد: 04

المعامل: 02

أهداف التعليم

تعريف الطالب بعلم النظريات الفقهية وإعطاءه تصور كامل عنها بما يجعله قادرا على تمييزها عن غيرها كالقواعد الفقهية، وضوابطها وفروعها، كما تهدف إلى تكوين الملكة الفقهية لدى الطالب من خلال إلمامه بمجموعة من القضايا الفقهية.

المعارف المسبقة المطلوبة:

تكوين الملكة الفقهية لدى الطالب من خلال إلمامه بمجموعة من القضايا الفقهية، والقانونية التي تسهم في صقل مواهبه البحثية.

محتوى المادة:

- نظرية الأهلية والولاية.
- نظرية البطلان والفساد.

السداسي الثاني:

- أولا: نظرية الاحتياط.
- ثانيا: نظرية الإسقاط.

طريقة التقييم: امتحان + متواصل

المراجع:

- 1- النظريات الفقهية، د. محمد الزحيلي
2. المدخل الفقهي العام . مصطفى أحمد الزرقا.
- 3- تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، د. بدران أبو العينين بدرا .
- 4- الصغير بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، محمود مجيد سعود الكبسي، مراجعة: عبدالله إبراهيم الأنصاري .
- 5- العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي، منيب بن محمود شاكر .
- 6- عوارض الأهلية عند الأصوليين، حسين خلف الجبوري .
7. نظرية الاحتياط الفقهي . الدكتور محمد سماعي .
9. نظرية الإبراء والإسقاط . صايل نايل الحاج.

مقدمة:

الحمد لله عظيم النوال واسع العطاء والإحسان، أسبغ علينا من وافر نعمه ما لا يحيط بها لسان ولا جنان. أشهد أن لا إله إلا هو المتفرد في عليائه بالعز والكبرياء، وأشهد أن محمدا رسوله وصفيه أرسله رحمة للعالمين بين يدي الساعة بشيرا ونذيرا صلى الله تعالى عليه وعلى آله وصحبه ومن والاهم بالحب والتعظيم والاتباع إلى يوم يبعثون. وبعد:

فهذه سلسلة محاضرات تم إلقاؤها على طلبة السنة الأولى ماستر تخصص فقه مقارن وأصوله في مادة النظريات الفقهية. وقد ضمنتها هذا المجموع مستوعبة لمفردات المقياس ومحتوياته المقررة دراسيا. وقد حاولت الاعتناء قدر جهدي بضبط أبواب المقرر وترتيبه بشكل واضح وفق ما يقتضيه المنهج العلمي المناسب لهذا النوع من الجمع والتأليف، لتكون مناسبة للطلاب ميسرة لهم أبوابها. وقد وضعت بين يدي مفردات هذا المقياس مقدمة تناولت فيها تعريفا لمصطلح النظريات الفقهية باعتباره نمطا تأليفيا غير معهود عند فقهاءنا مع بيان الاختلاف حول شرعية هذا المصطلح وأهم الفروق بينه وبين المصطلحات القريبة منه كالقواعد الفقهية والأبواب الفقهية والقواعد الأصولية، إضافة إلى بيان أثر هذا النمط التألفي في خدمة الفقه وتقريب مسأله للطلاب على اختلاف تخصصاتهم ودراساتهم.

وقد اشتمل هذا المجموع على دراسة نظريات أربع: نظرية الأهلية والولاية، ونظرية الفساد والبطالان، ونظرية الاحتياط، ونظرية الإبراء أو الإسقاط.

هدف هذا المجموع: يهدف هذا المجموع لتحقيق جملة من الأهداف.

- ضبط الأحكام الفقهية للمواضيع الأربعة المذكورة وجمع شتاتها عبر مختلف الأبواب الفقهية.

- تقريب مسائل الفقه إلى الطلاب على اختلاف تخصصاتهم.

- بيان أهمية هذا النمط التألفي وأثره في خدمة الفقه وبيان محاسنه والردود على مختلف الشبه التي أثيرت حوله.

- التأكيد على أصالة الفقه الإسلامي وعلو كعبه في مجالات المعاملات المدنية والحقوقية.

والله أسأل السداد والتوفيق.

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 وتجديد 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 أثرت حول جدوى الفقه الإسلامي وأحكام الشريعة في مجارة العصر ومواكبة التطور إذ إنه على حد سهام القرية 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) جمال الدين عطية. التنظير الفقهي. ص 186

(2) أحمد مصطفى الزرقا. 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: ﴿

وَأَعْرَفْنَا آءَالَ فِرْعَوْنَ وَأَنْتُمْ تَنْظُرُونَ ﴿٥٥﴾ [البقرة: 50]

-الانتظار: وفي التنزيل: ﴿ مَا يَنْظُرُونَ إِلَّا صَيْحَةً وَاحِدَةً تَأْخُذُهُمْ وَهُمْ يَخِصِّمُونَ ﴿١٩﴾ ﴾ أي ما ينتظرون.

-التفكر والتدبر: ومنه قوله تعالى: ﴿ قُلْ أَنْظُرُوا مَاذَا فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ ﴾ (3)

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

أما عن المفهوم العام لمصطلح النظرية فهو يعني به مجموعة الآراء والفرضيات التي تفسر بها الوقائع العلمية أو

الفنية. (4)

تعريف الفقهية: الفقهية قيد في النظريات لإخراج ما ليس فقهياً منها كنظريات 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 اللقي 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) الزبيدي. تاج العروس 255/14، الفيومي. المصباح المنير ص315

(4) مجمع اللغة العربية. المعجم الوسيط 932/2

(5) الزبيدي. مرجع سابق 457/36

(6) السبكي. الإجماع 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 وأسبابها، 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⁾

ثانياً/ 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) أحمد الزرقا. مرجع سابق 2/329

(8) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته 4/2837

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

(10) في تعريف النظام الحقوقي انظر: محمد مصطفى. كتاب الأصول العامة لنظام التشريع. 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) عمر سليمان الأشقر. تاريخ الفقه الإسلامي. ص 208

(12) محمد صدقي البورنو. 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)

ثالثا/ 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) محمد مصطفى شليبي. المدخل في الفقه الإسلامي. ص 329

(14) محمد أبو زهرة. أصول الفقه. ص 10

والواقع 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 العبرة 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)

رابعاً/ 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 مثلاً 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.

خامساً/ 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 وتوطئه 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)

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 تشريعاً قائماً بذاته.

(16) علي جمعة. المدخل لدراسة المذاهب الفقهية. ص417، محمد يعقوب الباحسين. القواعد الفقهية. ص149 وما بعدها.

(17) الزرقا. مرجع سابق. ص17

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. (18)

سادسا/ 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: " وسنجهتد في استخلاص تلك النظريات الأساسية وتجريدها وجمع شتات عناصرها من شتى الأبواب الفقهية المنبثقة فيها، لتبرز 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. " (19)

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 أخرج الكتاب النفيس باسم «نظرية العقد» على الوجه الذي أطمئن إليه. " (20) 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.

(18) الزرقا. مرجع سابق. ص 24-32

(19) الزرقا. مرجع سابق. ص 330

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

ويمكن أن نرجع بداية استخدام مصطلح النظرية إلى ظهور الاستشراق (21) 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." (22)

(21) 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 مصطفى السباعي. الاستشراق والمستشرقون- ما لهم وما عليهم-. ص 17

(22) الزرقا. مرجع سابق 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 والبطلان تتوقف آثارها ونتائجها المقصودة منها - أي هذه الأفعال والتصرفات - على وجود صفات في الفاعل والقائم بالتصرف إلا إذا كان هذا التصرف باطلا 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 أهلا للعقد. فعقود المعاوضات والجنايات وكذا العبادات البدنية (23)

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 مخاطبا بالتكاليف الشرعية - ثبوت الأحكام الشرعية - ولتصح منه تصرفاته ويتحمل تبعاتها. (24)

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.

(23) 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 مثلا... - أهلية لتجب عليه فيصبح مكلفا بها مسؤولا عن تركها. [المدخل الفقهي للزرقا ص 781

(24) انظر في مبنى الأهلية. المدخل الفقهي للزرقا. 782

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، وأهله 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: ﴿هُوَ أَهْلُ التَّقْوَى وَأَهْلُ الْمَعْفَرَةِ﴾ [المدثر: 56] (25)

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." (26)

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." (27)

(25) الزبيدي. مرجع سابق. 42/28

337/2(26)

(27) الجرجاني. التعريفات. ص 40

وعرفها في فصول البدائع بقوله: "الصلاحية للوجوب له وعليه شرعا أو لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعا." (28)

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." (29)

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." (30)

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

(28) شمس الدين الفناي. فصول البدائع في أصول الشرائع. 313/1. ويقترّب من هذا التعريف تعريف الدكتور وهبة الزحيلي بقوله: "هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه وصحة التصرفات منه." انظر: الفقه الإسلامي وأدلته. 2888/4

نفسه لأنه الحاكم (31) على الناس بأوامره ونواهيه بما يصلح الناس ويحفظ عليهم منافعهم ومصالحهم وحقوقهم أفراداً 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 (32). 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، كتفويض العقود وضمن المتلفات وانتقال الأملاك وردّ المغصوبات ووجوب النفقات ومانعية القتل للميراث، وغيرها تسمى خطابات تشريعية (33) وهي في الوقت نفسه أحكام شرعية حكم بها الشارع أمراً ونهياً 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. (34)

الفرع الثاني: أنواع الأهلية.

قسّم علماء الأصول (35) الأهلية بالمعنى العام الذي سبق بيانه إلى قسمين أساسيين: أهلية وجوب وأهلية أداء. (36)

(31) 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

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

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

(34) انظر في شرح هذا التعريف المدخل الفقهي للزرقي 387/2-388

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

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

1-أهلية الوجوب: عرّفها التفتازاني بقوله: "صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق المشروعة له وعليه." (37)

ويمكن تعريفها بأنها: "صفة مقدرة في المحل تقبل الإلزام والالتزام." (38)

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 أتلفها...

-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. (39)

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 (40) 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

(37) التلويح شرح التوضيح للتفتازاني 321/2،

(38) الفروق للقراي 33/3. وهو تعريف عرّف به الذمة والتي تعتبر مناطا لثبوت هذه الأهلية. وهو نفس تعريف شيخه العز رحمه الله.

(39) الزرقا. مرجع سابق 786 /2

(40) 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." الغزالي. المستصفى. ص 67

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." (41)

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 عهدا بالحفظ والكلاءة فإذا ألقى بيده إلى التهلكة أو فعل ما حرم عليه أو خالف ما أمر به فقد خذلته ذمة الله تعالى. (42)

الذمة اصطلاحاً: الذمة كما عرفها صدر الشريعة هي عبارة عن: " وصف يصير به الإنسان أهلاً لماله وما عليه." (43)

(41) أصول السرخسي. 333/2

(42) الزبيدي. مرجع سابق 203/32 وما بعدها، الفيومي. مرجع سابق 210/1 ، القاموس المحيط. ص 1110

(43) التفتازاني. شرح التلويح على التوضيح 323/2

وعرفها القراني رحمه الله تعالى بقوله: "معنى مقدر في المكلف يقبل الإلزام والالتزام" (44) وهو تعريف يقترب كثيرا من تعريف شيخه العز بل لا يخرج عنه في قوله: "معنى مقدر في المحل يصلح للإلزام والالتزام" (45) وبغير هذا المعنى المقدر في الإنسان لا يصح شيء من الالتزامات ولا الإلزامات. (46)

وعرفها فخر الإسلام البردوي بما يدل على أنها ذات لها وجود حقيقي فقال: "هي نفس ورقبة لها ذمة وعهد". (47)

وإنما سموا النفس ذمة ليشيروا إلى أن النفس إنما كانت صالحة للتكليف بسبب ذلك العهد المشار إليه في قوله تعالى: "وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ شَهِدْنَا أَن تَقُولُوا يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّا كُنَّا عَنْ هَذَا غَافِلِينَ ﴿١٧٢﴾" [الأعراف: 172]

ويمكن الاستدلال على وجود الذمة بما يلي:

1- قوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ شَهِدْنَا أَن تَقُولُوا يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّا كُنَّا عَنْ هَذَا غَافِلِينَ ﴿١٧٢﴾﴾ [الأعراف: 172] ووجه الدلالة أن هذا إخبار من الله تعالى أنه قد أخذ عهدا على بني آدم أن يقرروا بوحدانيته وأشهد عليهم وأقروا 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. (48)

2- قوله تعالى: ﴿وَكُلَّ إِنْسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَلِيبَهُ فِي عُنُقِهِ وَنُخِّرُ لَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ كِتَابًا يَلْقَاهُ مَنشُورًا ﴿١٣﴾﴾ [الإسراء: 13] طائره أي عمله ألزمنه به لزوم القلادة العنق. واستعار العنق للذمة فكما يلزم القلادة العنق يلزم العمل

(44) القراني. الفروق 33/3، القراني. نفائس الأصول 3547/8

(45) الحموي. غمز عيون البصائر 6/4

(46) البقوري. ترتيب الفروق واختصارها 155/2

(47) أصول البردوي. ص 324

(48) التفتازاني. شرح التلويح 322/2

الذمة. فبالذمة يتعلق الوجوب والتكليف فيكون معنى الآية وكل إنسان أُلزمناه عمله في ذمته بمعنى أنه يتعلق بها وجوب هذا العمل ووجوب أدائه. (49)

3- قوله تعالى: ﴿ إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا ﴾ [الأحزاب: 72] 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. (50)

أما أهلية الاستحقاق وهي الوصف الذي يصير به الإنسان أهلا لما له فأدلتها كثيرة منها قوله تعالى: ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾ [البقرة: 29] وقوله تعالى: ﴿ وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا ﴾ [هود: 6] فما دام بنو الإنسان مستحقين للمنافع التي خلقها الله تعالى في الأرض فلا بد فيهم من وصف يكونون به أهلا للاستحقاق وهو الذمة. (51)

- 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 أبوزيد الدبوسي: " قال القاضي رحمه الله: لا خلاف أن الآدمي يخلق وهو أهل لإيجاب الحقوق عليه كلها. فإنه يخلق وعليه عشر أرضه وخراجها بالإجماع، وعليه الزكاة على قول أهل الحجاز. " (52)

وذهب بعضهم إلى إنكار الذمة مناطا للحقوق والواجبات وإنما مناطها أمر الله تعالى وأن الذمة أمر مخترع لا حاجة إليه (53) وهو مردود بما سبق إيراده من أدلة.

(49) التفتازاني. شرح التلويح 322/2، عبد العزيز البخاري. كشف الأسرار 337/4

(50) التفتازاني. مرجع سابق 339/2

(51) التفتازاني. مرجع سابق 339/2

(52) الدبوسي. تقويم الأدلة في أصول الفقه. ص 417

(53) عبد العزيز البخاري. مرجع سابق 338/4، التفتازاني. مرجع سابق 321/2

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 غيره. 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. (54) 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 ناقصة لأنه يعتبر جزءا من أمه من وجه حسا وحكما (55) إذ يتحرك بحركتها ويتبعها في بعض الأحكام فهو بهذا الاعتبار ليس له أي حق من الحقوق. وهو من وجه آخر مستقل الحياة ومستعد للانفصال وصيرورته نفسا برأسه وهو بهذا الاعتبار تثبت له حقوق وتجب عليه واجبات. فلهذا تم مراعاة الوجهين فأثبت له الحقوق ولم يلزم بالواجبات. (56)

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 كثمن شيء ونفقة قريب محتاج. (57)

وقد سمى 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" (58)

***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

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

(55) أما حسا فلأن حركته وسكونه مرتبطة بأمه يتحرك إذا تحركت ويسكن إذا سكنت فهو كسائر أعضائها كيدها ورجلها وأما حكما فإنه يثبت له حكم العتق والرق والبيع تبعا لأمه.

(56) كشف الأسرار/4/338

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

(58) الغزالي. المستصفى/1/159

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" ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ [البقرة: 286] 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 ..

والخلاصة: إذا كان الحق يحصل المقصود منه بأداء ولي الصبي فهو يثبت في حقه وتشغل به ذمته - متى وجد سببه- كبديل المعاوضات وعضو 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 أهلاً للمطالبة به.

2- أهلية الأداء: صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه على وجه يعتد به شرعاً وتترتب عليه أحكامها. فإذا صلى مثلاً أو فعل فعلاً واجبا كان فعله مسقطاً عنه الواجب ومعتد به شرعاً 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 قادراً على فهم الخطاب التشريعي إجمالاً بخلاف أهلية الوجوب التي تلازم الصفة الإنسانية في الوجود ولا يعترها عدم في الشخص أصلاً.

*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 شرعاً. 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 بعقل ظاهرة منضبطة فيصبح الشخص عاقلاً 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 ويؤاخذ شرعا على جميع الأعمال الجنائية الصادرة عنه. (59)

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. (60)

الفرع الثالث: تقسيم الأفعال بالنسبة إلى الأهليات: (61)

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 أتلّف الطفل غير المميز أو المجنون شيئا لغيره أصبح ملزوما بضمان عوض ما أتلّف أو عيّب. وأمثلة هذه الأفعال تعتمد في الفاعل أهلية الوجوب فقط لتحمل نتائجها المالية.

(59) الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. 2965/4

(60) كشف الأسرار 4/350

(61) الزرقا. مرجع سابق ص788، تاريخ الفقه الإسلامي لبدران. ص429

النوع 2: أفعال يشترط في فاعلها العقل والفهم والإدراك لكي يعتد بها وتترتب عليها آثارها الشرعية لأن لتتائجها 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... وأمثال هذه الأفعال تعتمد أهلية الأداء في الفاعل لكي يعتد بها من حيث إن لتتائجها ذلك الارتباط بالمقاصد والعقل.

الفرع الرابع: مراحل أهلية الإنسان في أطوار حياته:

تمهيد: لقد سبق وأن ذكرنا أن أهليات الإنسان هي مراحل كمال إنساني يتدرج من خلالها الإنسان على حسب مراحل حياته وأطوار عمره بدءا من مرحلة كونه جنينا حتى بلوغه راشدا. والأهلية في كل هذه المراحل تتسع وتنمو وتكتمل شيئا فشيئا 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 شيئا فشيئا 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. (62)

الطور الأول: طور الاجتنان.

وهو الطور الذي يكون فيه الإنسان جنينا أي حملا 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 جزءا من أمه يتحرك بحركتها وينتقل بانتقالها ويقرّ بقرارها فهو بهذا الاعتبار غير مستقل ليس أهلا 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. فاعتبارا للأمرين - كونه جزءا من أمه وكونه مستقلا عنها -

ثبتت له بعض الحقوق الأساسية ولم يثبت عليه شيء. لأنه لا يخرج من الدنيا حيا لهذا ليس هناك حاجة إلى التوسع في منحه حقوقا وربطه بالتزامات تكون عرضة للانتقاص.

لهذا ثبتت له بعض الحقوق الضرورية والأساسية وهذه الحقوق الضرورية هي كالتالي: وهي مما اتفقت عليه المذاهب الفقهية. (63)

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. (64)

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. (65)

(63) الزرقا. مرجع سابق 792

(64) ملكية الجنين لما يوصى أو يوقف عليه متوقفة على ولادته حيا فإذا ولد ميتا رد 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.

(65) البهوتي. شرح منتهى الإرادات. 540/2

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 إجمالاً فيدرك معاني الأعمال الدينية والمعاملات المدنية ويفهم نتائج هذه المعاملات في تبادل الحقوق والالتزامات. يفهم الفرق بين البيع والشراء وأن البيع يقتضي تسليم المبيع، والشراء يقتضي تسليم الثمن ولو بصورة إجمالية. والطفل في هذه المرحلة يسمى صبياً 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 وليه بعض التصرفات نيابة عنه فإذا اشترى له أو وهب له فإنه يملك المشتري والموهوب.

ويعقد عنه وليه أو وصيه نيابة عنه في بيع وقرض ورهن وإجارة ونحوها، وتترتب عليه نتائجها.

وتثبت عليه سائر الالتزامات بأسبابها الشرعية فإذا تزوج له وليه ثبت المهر في ماله ووجبت عليه النفقة الزوجية ونفقة الأقارب ويجب عليه قيمة المتلفات من مال غيره. قال ابن الساعاتي: " فالغرامات المالية لازمة للصبى؛ لتصور الأداء بالنائب، وكذا الصلات التي تشبه المؤن؛ كنفقة الزوجة والقرابة." (66)

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 نفعاً محضاً كقبوله الهبة أو الصدقة لكن ينوب عنه وليه 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 مثلاً 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.

وإذا جنى الطفل جناية ولو قتلاً فلا يؤاخذ بشيء ولا يترتب عليه أثر حتى لو أنه قتل مورثه لم يحرم من الميراث لسقوط المؤاخذة عنه.

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

-النوع 1: الأعيان المالية وهي كل ما يكون في مقابل حق للغير كثمن ما يشتري للطفل وأجرة ما يستأجر له. ومن هذا القبيل قيمة ما أتلفه الصبي من مال الغير ولو بلا وعي منه لأنه عوض عما أتلفه من المال المعصوم. ومنه أيضا قيمة تعويض ضرر الجناية من دية أو الأرش إذا جنى على النفس فما دونها.

فائدة: بالنسبة لضمان الأفعال التي يباشرها الطفل لا بد من التفريق بين الأفعال الجنائية التي يجني بها حق أو نفس وبين الأفعال المدنية. فالأفعال الجنائية أخذ مال الغير كلها أفعال مضمونة لأن الأفعال الجنائية لا تتوقف بسببها على أهلية الأداء بل أهلية الوجوب وهي هنا كاملة.

أما الأفعال المدنية كتسليم المبيع أو تسلم وديعة أو قرض إذا سلمها إليه صاحبها بناء على عقد فإنها تعتبر من الطفل باطلة وليس عليه ضمان في حال هلاكها أو إتلافها ولو كان الإتلاف من قبل الصبي لأن التفريط من قبل المالك الذي سلط الطفل على إتلافها بأن سلمها إليه.

-النوع 2: الضرائب المضروبة على الأموال كعشر الزرع وخراج الأرض ويدخل فيها أنواع الضرائب المعروفة ضريبة الأبنية الضرائب الجمركية الضرائب على الدخل كلها يخضع لها الطفل لأنه يتساوى في علتها وسببها - المصلحة العامة وتغذية بيت المال - يتساوى فيها الطفل مع غيره.

النوع 3: المؤونات الاجتماعية المنوطة بالغنى كنفقات الأقارب مثل الأبوين ونحوها. ولهذا اعتبر الشرع هذه النفقات من نفقة الإنسان على نفسه حتى تستقيم أحوال الأسرة والمجتمع.

***بحث في زكاة أموال الصبي:**

مسألة زكاة الصبي 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 باستثناء الزرع والحراث، 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. (67)

الطور الثالث: طور التمييز: ويمتد هذا الطور من سن التمييز حتى البلوغ.

1-تعريف التمييز لغة: ومعناها العزل والفرز. تقول مزت الشيء أميزه ميذا إذا عزلته وفرزته. وميزته فانماز وماز الشيء ميذا وميزة وميزة فصل بعضه عن بعض. والاسم الميزة بالكسر. وفي التنزيل العزيز: "حتى يميز الخبيث من الطيب" (68)

2-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 تبيين الحقائق: "المميز هو الذي يعقل البيع والشراء بأن يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويقصد بالبيع والشراء تصيل الربح والزيادة." (69)

وفي مواهب الجليل: "عن ابن فرحون أن الصبي المميز هو الذي يفهم الخطاب ويرد الجواب." (70)

ومثل هذا التعريف عرّفه ابن جماعة الشافعي كما قال صاحب المواهب الخطاب.

ويسمى هذا الطور كما قال الشيخ الزرقا طور الاستنارة العقلية، حيث تبدأ الحقائق والأمور في التجلي والظهور واضحة أمام الإنسان فيتكون لديه وعي صحيح بما حوله لكنه صادر عن عقل لم ينضج بعد.

3-بداية التمييز: ذكر الفقهاء (71) أن التمييز لا ينضبط بسن معينة بل يختلف باختلاف الأفهام ودرجة الذكاء والمواهب العقلية لكل شخص. فقد يبكر في شخص بينما يتأخر في شخص آخر، وللبيئة والمحيط الذي

(67) بدر الدين العيني. البناية شرح الهداية 296/3، ابن يونس. الجامع لمسائل المدونة 37/4، الدمياطي. إعانة الطالبين 169/2، ابن قدامة. المغني 256/2

(68) 191/5

(69) 244/4

(70) الزبيدي. تاج العروس 153/8

(71) مواهب الجليل 244/4

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 وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين وفرقوا بينهم في المضاجع»⁽⁷²⁾. وهذا يدل على أن مبدأ سن التمييز في نظر الشرع هو سن السابعة وأن له أهلية أداء وإن كانت قاصرة.

4- 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 وليست مطلقة فهو من جهة يحتاج إلى التمرين على ممارسة الأعمال التي أصبح على وعي صحيح لها. ومن جهة أخرى يحتاج إلى حماية حقوقه من سوء تصرفاته وأخطائه المتوقعة، لأن عقله لم ينضج 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 المبينة 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 العبادات من صلاة وصيام وإن كانت غير مفروضة عليه.

وأما 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.

-حكم 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 نفعاً 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 تمريناً له على معرفة التصرفات وآثارها وتنائجها وكل هذا يتحملة الموكل وهذا نفع محض له.

ثالثاً/: التصرفات الدائرة بين النفع والضرر: وهذا يشمل المعاولات المالية بجميع صورها بيع شراء رهن ارتهان إجازة استئجار مضاربة مزارعة... الخ. وكل ما يدخله الربح والخسارة وهذا النوع من التصرفات 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 اقتربت 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 ملزما للصغير. أما إذا كانت لاحقة بعد التصرف كان التصرف صحيحا غير نافذ موقوفا على إجازة ممثله الشرعي، فإن أجازه نفذ نفاذا مستندا بأثر رجعي وإن لم يجزه كان باطلا. ومن هذا النوع الزواج إذا تزوج المميز دون إذن الولي كان موقوفا على إجازته.

-فوائد متعلقة بالإذن:

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

2-ينبغي التفريق بين الإذن في التصرف وبين الاستخدام فلو أرسله إلى السوق ليشتري له شيئا معيناً من السوق فهذا استعانة واستخدام في تصرف شخصي محدود وليس إذنا 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 فلمثله 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 مرحلتَي الصغر والكبر. وبداية البلوغ بداية تكليف الإنسان ليتحمل ما يتحمله سائر المكلفين من الواجبات والتكاليف والمسؤوليات المختلفة.

1-تعريف البلوغ في اللغة: بالوصول والانتهاء 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. (73)

2-تعريف البلوغ في الاصطلاح: عرفه الفقهاء بقولهم: "انتهاء حد الصغر." (74)

وعرفه المازري بقوله: "البلوغ هو قوة تحدث في الصبي يخرج بها عن حالة الطفولية إلى حالة الرجولية." (75)

ومرحلة البلوغ في الأحوال العادية السليمة يصل فيها النمو الجسماني والقدرات المختلفة للإنسان إلى الحد الكافي الذي يصير الشخص صالحاً 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 محلاً صالحاً للتكاليف الشرعية التي خاطب الله تعالى بها الناس كالإيمان والعبادات البدنية العلم الضروري الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الجهاد اجتناب المحرمات (76)

3- 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." (76)

(73) لسان العرب. مادة بلغ 345/1

(74) البحر الرائق 96/8

(75) أسهل المسالك للكشناوي 5/3

(76) المدخل للزرقا 815/2

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.

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

أ.1 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: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴿٥٩﴾ [النور: 59] 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، عن المجنون المغلوب على عقله، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم» (77) فالخطاب رفع 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 حكم فيهم سعد بن معاذ أن تقتل مقاتلتهم وتسبي ذراريهم. قال عطية القرظي: «عرضنا على النبي صلى الله عليه وسلم يوم قريظة فكان من أنبت قتل، ومن لم ينبت خلي سبيله، فكننت ممن لم ينبت فخلي سبيلي» (78) فلو لم يكن الاحتلام بلوغا لم يقتل النبي ﷺ المحتلم لأن النبي ﷺ نهي عن قتل الصبيان.

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

(77) سنن أبي داود 454/6

(78) الترمذي أبواب السير عن رسول الله ﷺ. باب ما جاء في النزول على الحكم وقال حسن صحيح. 154/4 برقم 1584

أ.2-الإنبات: والمراد به نبات 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.

مذاهب الفقهاء:

- الحنفية: لا يرونه 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:

الأول: اعتباره علامة على البلوغ مطلقا وهو المذهب.

الثاني: 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 على البلوغ.

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

- الحنابلة: علامة مطلقا وإليه ذهب ابن حزم.

الأدلة:

-أدلة من اعتبرها علامة على البلوغ: قصة سبي بني قريظة وقول عطية القرظي «كنت أول من حكم فيهم سعد، فجيء بي، وأنا أرى أنه سيقتلني، فكشفوا عن عانتي، فوجدوني لم أنبت، فجعلوني في السبي» (79) وقول عمر لعماله وقد كتب لهم: " لا تأخذوا الجزية إلا ممن جرت عليه الموسى. " (80)

(79) صحيح ابن حبان 105/11 برقم 4783

(80) كتاب الأموال. أبو عبيد 86/1

ويناقش حديث سعد بن معاذ بأن النبي ﷺ أمر بقتل من كان قادرا على القتال وليس لأنه ترك قتل من لم يثبت الشعر لأنه ليس بالغافل لأنه ليس قادرا على القتال بدليل أنه في رواية أنه أمر بقتل من جرت 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 دليلا فهي: نبات شعر العانة لا يختلف عن نبات شعر بقية الجسم فينبغي ألا يعتبر نبات شعر العانة دليلا 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.

فائدة: اعتبر الإبط علامة على البلوغ وألحق بالعانة أبو يوسف وبعض الشافعية.

أ.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: "يا أسماء أن المرأة إذا بلغت المحيض لا يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا." (81)

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

أ.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.

المذهب 4: إذا أتم الغلام أو الجارية سعة عشرة سنة عدّ بالغاً. وهو قول ابن حزم ورواية عن أبي حنيفة في الذكر.

الأدلة: دليل المذهب 1: قول ابن عمر عرضني رسول الله ﷺ 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. (82) 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.

(81) أبو داود. 199/6 برقم 4104

(82) صحيح ابن حبان 31/11 برقم 4728

دليل المذهب 2 و3: استدلووا بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴿٥٩﴾ [النور: 59] وقوله عليه السلام: "رفع القلم عن ثلاث... " ووجه الدلالة أن الشارع أناط التكليف بالاحتلام فيجب أن يبقى هذا الحكم ساريا 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 المذهب 4: 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 إجماعا متيقنا.

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.

-علامات أخرى على البلوغ: غلظ الصوت نحوود 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 فنصابها يتجلى محسوسا في الحالات العادية السليمة بالبلوغ فعلا أو يحكم له بالبلوغ في سن معينة وهي خمس عشرة سنة.

أما القدرة العقلية فإن نصابها يعرف بآثاره في تصرفات الإنسان فإن كانت تصرفاته متوازنة قائمة على جلب المصلحة ودرء كل مفسدة علّق 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.

1- تعريف الرشد: لغة. بمعنى الصلاح والهدى إلى صواب الأعمال. وهو ضد الغي والضلال وفي التنزيل: ﴿

قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ ۖ﴾ [البقرة: 256]

2- حقيقة الرشد: (83) نقل عن ابن عباس 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 النصاب 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 قي تسيير الأموال وإدارتها. فالسفيه مكلف يحاسب على التكليف والجرائم ولكنه يجبر 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 إقراراته 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: ﴿

وَأَبْتَلُوا أَلِيَّتَمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ۗ﴾ [النساء: 6]

(83) البلوغ ترتبط به قوتان قوة جسمية وقوة عقلية أما الرشد فالذي يرتبط به بلوغ العقل أما بلوغ الجسم فلا يستلزمه. المدخل للزرقا/819

حيث لم يكتف بالبلوغ بل بالبلوغ مع الرشد إلا أن أبا حنيفة يقول: إذ ابلغ عاقلا غير رشيد كملت أهليته وارتفعت الولاية عنه وهذا المنع من التصرف في المال ينتهي بأحد أمرين الرشد أو بلوغ سن خمس وعشرين سنة.

3-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 أمواله 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. (84)

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 العلماء: إن ضرر السفه يسري على الكافة فإذا أفنى ماله بالتبذير صار وبالاً على الناس وبيت المال.

4-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 قاصراً محجوراً عن التصرف في أمواله.

الفرع الخامس: 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 تأثيراً كلياً يعدم الأهلية أو تأثيراً جزئياً ينقص من أهليته بحسب نوع هذا الطارئ وطبيعته.

وقد اصطلح العلماء على تسمية هذه الطوارئ بالعوارض-عوارض الأهلية- فما هي هذه العوارض (85)

1-تعريف العوارض لغة: العوارض جمع عارض وهو في اللغة السحاب. ومنه الاعتراض وهو الامتناع وعرض له الشيء في الطريق، أي اعتراض بمنعه من السير. (86)

2-تعريف العوارض في الاصطلاح: أحوال تطرأ على الإنسان بعد كمال أهلية الأداء فتؤثر فيها بإزالتها أو نقصانها أو تغيير بعض الأحكام بالنسبة لمن عرضت له من غير تأثير في أهليته. (87) 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. (88)

(85) سميت عوارض لأنها تمنع الأحكام المتلقة بأهلية الوجوب أو الأداء عن الثبوت. التقرير والتحرير 17/2

(86) تاج العروس 95/10

(87) التقرير والتحرير 172/2

(88) 230/2

وأما المكتسبة فهي التي للإنسان دخل فيها تنشأ باكتسابه بنفسه أو بفعل غيره كالسكر والدين والإكراه والخطأ.

3- محل تأثير هذه العوارض: إن مناط ثبوت أهلية الوجوب كما أسلفنا 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. (89)

4- 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:

أ- عوارض تزيل أهلية الأداء أصلا: كالجنون والنوم والإغماء والإكراه بحيث يصبح الإنسان في هذه الحالة عديم الأهلية ولا يترتب على تصرفاته أثر شرعي وتعدم عنه التكليف لقوله عليه السلام «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه» وقوله: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الغلام حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق» أي قلم المؤاخذة وهذا يستلزم رفع التكليف. (90) 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 نظيرا لهذا الطور. (91)

ب- 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 نظيرا للصبي المميز. فتثبت له أحكام التمييز.

(89) المدخل للزرقا/834

(90) الوجيز في أصول الفقه الزحيلي/496/1

(91) قال الزيلعي في "نصب الراية" 2/64 تعليقا على (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ...): "وهذا لا يوجد بهذا اللفظ، وإن كان الفقهاء كلهم لا يذكرونه إلا بهذا اللفظ. وأقرب ما وجدناه بلفظ: (رفع الله عن هذه الأمة ثلاثا)، رواه ابن عدي في الكامل... وأكثر ما يروى بلفظ (إن الله تجاوز لأمتي عن الخطأ والنسيان ...)

ج- 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. (92)

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. (93)

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 والقيحة المدركة للعواقب.

* حكم هذه العوارض: يزول أهلية الأداء بنوعيتها فالجنون في أحكامه كالصبي غير المميز لا يصح منه تصرف ولا يترتب عليه أي أثر. 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- العته: لغة نقصان العقل من غير جنون وفي الاصطلاح: آفة توجب خللاً في العقل فيصير صاحبها مختلط

الكلام فيشبهه بعض كلام العقلاء وبعض كلامه الآخر يشبهه كلام المجانين.

حكم هذا العارض: والعته يزول كمال أهلية الأداء ويكون حكمه حكم الصبي المميز تخضع تصرفاته للتفصيل

السابق على حسب نوع التصرف - ضار، نافع، متردد بينهما -

(92) أصول الفقه لخلاف. ص 161

(93) 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 بما لا توازن بالضرر الذي يلحق الإنسان من الحجر عليه واعتباره غير أهل. أصول الفقه لخلاف. ص 140

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. (94)

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

حكم هذا العارض: السفة لا يؤثر في الأهلية بقسميها ولا ينافي شيئاً من الأحكام الشرعية فالسفيه يتوجه إليه الخطاب بحقوق الله تعالى وحقوق العباد إلا أنه مراعاة للمصلحة يمنع من حرية التصرف في ماله صيانة له. (95)

ويلحق بالسفيه ذو الغفلة وهو الذي لا يهتدي على التصرفات الراجعة 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 بالعجاويز 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 السفيه واستدلوا بالمصلحة المحققة من وراء الحجر عليه لدفع الضرر ورعاية مصلحته بحفظ ماله حت لا يكون قدوة سيئة على غيره وضرر السفيه لا يقتصر فقط عليه بل يتعداه إلى غيره واستدلوا بعموم الآية فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً. " فهي عامة في كل سفيه.

فائدة: عقود التبرعات بأنواعها يمنع منها السفيه 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. (96)

(94) التقرير والتحجير 201/2

(95) الموسوعة الفقهية الكويتية 165/7

(96) تاريخ الفقه الإسلامي بدران أبو العينين. ص 441

أما التصرفات من غير التبرعات فيما أن تكون مما يحتتمل الفسخ -أي يمكن فسخها برضا العاقدين واتفاقهما بعد تمامه- كالبيع والإجارة فحكم تصرف السفهه فهها حكم الصغفر الممفر. وإن كانت مما لا يحتتمل الفسخ ولا تبطل بالهزل كالزواج والطلاق فهه صحهه نافذة سواء أجازها القفر على السفهه أو لم فجزها. أما المهر فلا فبب عليه أكثر من مهر المثل ولا فلزم بالزفافة.

4-النوم: فتور طبعف فعرض للإنسان فف فترات لا فزفل العقل ولا ففقصه بل فعطله. عبارة النائم فر معتبرة فأقواله هدر لا اعتبار بها ولا أثر لها لعدم القصد والإرادة.

5-الإغماء: لغة الخفاء. وفف الاصطلاح: آفة فف القلب أو الدماغ تعطل القوى المدركة والمحركة حركة إرادية عن أفعالها مع بقاء العقل مغلوبا (97) وهو ضرب من المرض ولهذا لم فعصم منه النبف والإغماء أشد تأثيرا من النوم لأن التنبفه من النوم أخف من التنبفه من الإغماء. وحكم الإغماء فف التأثير على الأهلفة حكم النوم.

6-الدفن: لفس للدفن فف النظر الفقهبف أف تأثير فف أهلفة المدفن سواء كانت دفونه مستغرقة لجمع أمواله أو لم تكن مستغرقة لها إلا أن الدفن فوجب الحد من تصرفات المدفن فف ماله. ففذا طلب الدائنون الحجر عليه بسبب الدفن فإنه فبجر عليه عند الجمهور والصاحبفن محافظفة على حقوق دائفنه. وخالف أبو حنيفة فقال لا فبجر عليه بسبب الدفن، لأن فف الحجر عليه هدرًا لأدمفته ففمكن المحافظفة على أموال الدائنفن فببس المدفن القادر على دفع الدفن حتى فؤدف ما عليه من دفون.

وتصرفات المحجور الضارة فبقوق الدائنفن كالصدقة والهبة والوقف البفع بأقل القفمة فكلها موقوفة على إذن الدائنفن وإجازتهم.

7-مرض الموت: المرض ما فعرض للبدن ففخرجه من حال الاعتدال إلى فرها. والمرض لا فنافف أهلفة التصرفات سواء كانت من حقوق الله تعالى أو من حقوق العباد لأنه لا فبخل بالعقل ولا ففمنعه من استعماله.

والمقصود بالمريض 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 تزايداً بطيئاً فإنه يعتبر مرض موت ولو دام سنين كثيرة ويعتبر مرض موت من بداية المرض. (98)

تنبيه: 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 إنذاراً بالموت وقرب الأجل حيث تنتهي الأهلية والشخصية بالموت والشرع يرتب أحكاماً على الموت الإرث حلول الدين...

وعليه فإن مرض الموت إنذار بوجود نتيجتين حقوقيين إحداهما سالبة والثانية إيجابية يكون الموت سبباً 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 أيضاً 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.

ويمكن أن نحصر تصرفات المريض مرض الموت فيما يلي:

1-التصرفات لأجل قضاء حاجات المريض نفسه: كالطعام والكسوة والسكنى والزواج وثنم دواء وعلاج نفقة واجبة وغيرها.. 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 لا 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. (99)

2-تصرفات المريض مرض الموت في المنافع: وهذه التصرفات تعتبر نافذة لازمة عند الحنفية ولا يملك أحد الرجوع على هذه التصرفات بالإبطال سواء أكانت 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 محل لاعتراض الورثة والدائنين. أما غير الحنفية فيعتبرون المنافع أموالا لها حكم الأعيان وتنتقل ملكيتها للورثة. (100)

3-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- الدائنون 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 تهمته 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. (101)

(99) الدر المختار 386/3 ومذهب المالكية توريثها مطلقا مات في العدة أو بعدها وسواء كان الطلاق قبل الدخول أو بعده لأن الطلاق صادف سببه وهو ثبوت الحجر عليه من أجلها، فلا فرق بين بقاء العدة وزوالها لوجوب الميراث لها بحصول السبب الذي هو الحجر. انظر المعونة على مذهب عالم المدينة للقاض عبد الوهاب 789/2 وخالف الشافعي فمنع ميراثها انظر الأم 644/6

(100) العيني. البناية شرح الهداية 161/5

(101) شرح التلويح على التوضيح 352/2

4-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. (102)

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 توقف 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" (103)

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

8-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. (104)

(102) تاريخ الفقه بدران .ص448

(103) المدخل الفقهي للزرقا2/838

(104) كشف الأسرار/4/371

9-الجهل: عارض مكتسب. وجعله من العوارض المكتسبة مع أنه أصلي في الإنسان لا اختيار له فيه قال تعالى: ﴿ وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَرَ وَالْأَفْئِدَةَ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴾ [النحل: 78] وعدّه من العوارض المكتسبة باعتبار أن العبد قادر على إزالته فبقاؤه في الإنسان باختيار منه لقدرته على إزالته. وهكذا الكافر فإنه يعذب على العبادات لقدرته على إزالة الكفر بالإسلام فكان تركه للإسلام مع القدرة عليه سببا للمؤاخذة لأنه بمنزلة اختيار الكفر وكسبه. (105) 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. (106)

10-الهزل: وهو 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 وموافقة بينهما أن العقد يكون هزلا بعثك وأجرتك دون أن يذكر كلمة هازلا وإنما يعرف الهزل بالموافقة 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 والشروط -الإيجاب والقبول- في العقود وعدّها ضمن عوارض الأهلية. (107)

(105) كشف الأسرار/4/371

(106) المدخل الفقهي للزرقا. ص856

(107) المدخل الفقهي للزرقا. ص856

11-السفر: لا ينافي شيئاً من الأهلية لبقاء القدرة الظاهرة والباطنة (108) ولا يمنع وجوب الأحكام الشرعية من الصلاة والزكاة والحج لكنه جعل من أسباب التخفيف للمشقة الحاصلة في غالباً فليس فيه إخلالاً بأهلية الدينية أو المدنية.

12-الخطأ: فعل أو قول يصدر عن الإنسان بغير قصده بسبب ترك التثبت. وجعل عذراً في إسقاط حق الله تعالى كالخطأ في القبلة بعد الاجتهاد وصلاته صحيحة، وكالخطأ في الفتوى يأخذ أجراً واحداً، وكلو زفت إليه غير امرأته فوطئها لم يحد ولا يعذر في إسقاط حقوق الله تعالى. ولو أتلّف مال إنسان خطئاً 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 المؤاخذه. (109)



نظرية الولاية (النيابة الشرعية)

إن مصطلح الولاية يرتبط ارتباطاً وثيقاً 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 أصلاً. ولأن الإنسان في هاتين المرحلتين محتاج كغيره إلى ما يحقق حاجاته ويقيم 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.

أولاً/ تعريف الولاية:

1-تعريفها لغة: الولاية بالكسر هي الخطة والإمارة والسلطان والولاية بالكسر والفتح النصر. قال سيويه: "هي بالفتح المصدر وبالكسر الاسم، أي الاسم لما توليته وقمت به إن أريد المصدر فتحوا. قال ابن

(108) كشف الأسرار 524/4

(109) المدخل الفقهي 858/2

الأثير: "وكان الولاية بالكسر تشعر بالتدبير والقوة والفعل، وما لم يجتمع ذلك منها لم ينطلق عليه اسم الوالي". قال ابن فارس: "كل من قام بأمر شخص فهو وليه." (110)

2- الولاية في اصطلاح الفقهاء: عرّفها بعض فقهاء الحنفية بقولهم: "تنفيذ القول على الغير شاء أو أبي" (111) 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 النفس 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." (112)

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 بحيث يكون من فوّض إليه التصرف ممثلاً شرعياً عن القاصر يتصرف في جميع شؤونه البدنية والمالية التي تقبل النيابة.

والنيابة 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/ أقسام الولاية: تنقسم الولاية إلى نوعين:

(110) تاج العروس 315/20

(111) ابن نجيم. البحر الرائق شرح كنز الدقائق 192/3

(112) تاريخ الفقه الإسلامي. بدران. ص 453

النوع الأول: ولاية ذاتية وتسمى ولاية قاصرة. وهي ولاية الإنسان على ماله ونفسه وهذه تثبت للشخص كامل الأهلية (الحرية، البلوغ، العقل) فتكون 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 ابتداء من غير إنابة أحد فهي ولاية أصلية كولاية الأب والجد على الصحيح على الصغير ومن في حكمه. فهذه ولاية تثبت شرعا وليس لأحدهم التنازل عنها وتستمر حتى يزول سببها: الصغر، الجنون، ضعف العقل. أي أن الولاية تكون إلزامية.

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

ثالثا/ أقسام الولاية المتعدية-على الغير-: تنقسم هذه الولاية إلى 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. (113)

رابعا/حكم الولاية وأثرها. (114)

(113) بدران. ص454

(114) المدخل الفقهي للزرقا. 844/2

إن مقتضى الولاية باعتبارها نيابة إلزامية أو جبرية أن التصرفات التي يقوم بها الولي لحساب القاصر ولمصلحته تكون نافذة على القاصر جبرا إذا كانت مستوفية لشرائطها الشرعية من نقضها أو إبطالها. ولزومها ونفاذها يمنع القاصر من نقضها وإبطالها. وهذا الحكم هو الذي يتوافق مع التعريف الذي سبق بيانه والاعتراض عليه: "تنفيذ القول على الغير شاء أم أب."

خامسا/ تحديد من الولي.

الولي هو الذي أقامه الشرع للنظر في شؤون الصغار وهو بهذا يختلف عن الوصي 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 الأقارب جعلها الشرع في الآباء والأجداد ابتداء، لحرصهم عادة على مصالح أبنائهم بدافع العاطفة وأصرة الرحم والقرابة. والولاية التي أثبتها الشرع للآباء والأجداد العصبيين -آباء الآباء- شاملة للولائتين شخصية ومالية-النفس والمال- فإذا فقد الأب والجد أسندت إلى سائر العصابات على خلاف في ترتيبهم مع ملاحظة انفصال الولائتين فيما عدا الأب والجد. أما الولاية على النفس فيتولاها الأقرب فالأقرب من العصابات على خلافهم في ترتيبهم مع ملاحظة انفصال الولائتين فيما عدا الأب والجد.

أما الولاية على النفس فيتولاها الأقرب فالأقرب من العصابات على ترتيب الإرث. فمن كان مقدما في الإرث كان مقدما في الولاية على خلاف في الترتيب بين المذاهب:

-الحنفية: الابن وابنه وإن سفل ثم الأب وأبوه وإن علا ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق وابن الأخ لأب ثم العم الشقيق ثم العم لأب ثم أبنائهما ثم أعمام الأب....

-المالكية: الأبناء وإن سفلوا ثم الأب ثم الإخوة ثم الأجداد ثم الأعمام.

-الشافعية: ترتيب الأولياء كترتيب الميراث إلا في بعض المسائل.

-الحنابلة: الآباء ثم الأبناء ثم الإخوة ثم العمومة...

أما الولاية على المال عند فقد الأب فقد فوضها الشرع إلى من يختاره الأب 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 .

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

-الأبوة: القرينة 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.

سابعا/ 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 (115) 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: (116)

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.

(115) المدخل الفقهي للزرقا 847/2

(116) ذكر الشيخ الزرقا أن في فقه الشيعة الزيدية ما يفيد ثبوت الولاية على الجنين في النفس والمال حيث نصوا على جواز تزويج الجنين.

وأما الولاية على مال القاصر فقد اتفق الفقهاء على تقديم الأب لتحقيق جانب الحرص على مصلحة الصغير من طرف الأب. وتبدأ هذه الولاية من وقت ولادة الجنين أي من وقت وجود حق له. (117) 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 الأب تكون الولاية لوصيه ثم للقاضي أو وصي القاضي. (118)

والولاية على المجنون والمعتوه: تكون للأولياء المذكورين في الولاية على الصغير، هذا إذا لم يبلغ الصغير مجنونا أو معتوها. أما إذا بلغ رشيدا ثم طرأ عليه الجنون أو العته بعد البلوغ، ففي المذهب الحنفي رأيان: أن الولاية تعود لمن كانت له قبل البلوغ استحسانا والثاني أن الولاية تكون للقاضي والسلطان قياسا ولا تعود لمن كانت له قبل البلوغ لأن الولاية سقطت ببلوغ الصغير رشيدا والساقط لا يعود. (119)

ثامنا/ 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 وضعيفة في الآخر.

فأولياء النفس والمال سلطتهم قوية في الناحيتين -النفس والمال- كأب والجد. وأولياء النفس فقط سلطتهم قوية في النفس ضعيفة في المال. أما أولياء المال فسلطتهم ضعيفة على النفس.

1-سلطات الولاية القوية على النفس: أنها تخول صاحبها سلطة التزويج والإجبار عليه: الختان، التطبيب بالعملية الجراحية...ولهذا من لم تثبت له ولاية قوية على النفس ليس من حقه أن يكلف طبيبا بإجراء عملية

(117) ذكر الشيخ الزرقا أن إثبات ولاية مالية فقط على مال الجنين له وجه شرعي ولا يخلو من مصلحة، لأن مال الجنين بدل أن يبقى جامدا محجوزا فينمي 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

(118) ابن نجيم. البحر الرائق شرح كنز الدقائق 193/8، القاضي عبد الوهاب. الإشراف على نكت مسائل الخلاف 1015/2 الدميري. النجم الوهاج في شرح المنهاج 421/4، البهوتي. شرح منتهى الإرادات 175/2

(119) حاشية ابن عابدين 174/6

جراحية له أو أن يقوم بختانه فإن فعل وتعرض القاصر للضرر ضمن الضرر أو الدية (120) كما في حوادث السيارات.

2-سلطات الولاية الضعيفة على النفس: لا تحوّل صاحبها شيئاً من ذلك بل مجرد أن يقوم برعايته وإيوائه وتأديبه وتعليمه.

3-سلطات الولاية القوية في المال: تحوّل لصاحبها حق التصرف في المال بالاتجار لحساب القاصر وحتى الإذن له بالتجارة.

4-سلطات الولاية الضعيفة في المال: لا تحوّل لصاحبها حق التصرف في المال بالاتجار لحساب القاصر بل حفظه وقبض الهبة له والصدقة له والإنفاق عليه في ضروراته وبيع الأموال المنقولة لحفظها بخلاف العقار الذي يشترط فيه إذن القاضي.

تاسعا/ تحديد الأولياء في ولاية التصرف قوة وضعفا:

تثبت الولاية القوية في النفس وفي المال 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 وأبنائهما.. والولاية القوية في المال الضعيفة في النفس فهي ولاية الأوصياء. أما الولاية الضعيفة في النفس وفي المال جميعاً فهي ولاية من يكون القاصر في حجره من الأجداد عنه، ومن هذا القبيل ولاية الملتقط، ولاية زوج الأم على ربيبه القاصر الذي يضم القاصر فيهما إلى عيال الولي وصغاره.

عاشرا/ حدود ولاية السلطان أو القاضي في ولاية التصرف: جميع مهام وصلاحيات الأولياء تنتقل إلى السلطان بمقتضى ولايته العامة أو من ينوب عنه كالقاضي لحديث: "والسلطان ولي من لا ولي له" (121) مع ملاحظة أن القاضي ليس له ممارسة هذه الصلاحيات من بيع وشراء وإيجار واستئجار لمصلحة القاصر مع

(120) ولعل هذا الحكم في الحالات العادية دون الحالات الاستثنائية 175

(121) صححه الألباني في الإرواء 6 / 238

وجود النائب الشرعي -الولي والوصي- لأن ولاية النائب الشرعي مخصوصة بهذه الشؤون فهي ولاية خاصة تقدم على ولاية القاضي العامة. (122)

حادي عشر/ عقود الأولياء والأوصياء:

إذا كان الأب وليا له أن يبيع مال الصغير بقيمته أو بغبن يسير. وسواء باع لغيره أو لنفسه، ويؤجر نفسه للصغير ويؤجر الصغير لنفسه وله أن 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.

والجد 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. (123)



نظرية البطلان والفساد

تمهيد: من المقرر أن الأوامر والنواهي التي شرعها الله تعالى -أو التشريع الإسلامي عموما- لم يشرعه الله تعالى عبثا وأن الله تعالى إنما أنزل كتبها وأرسل رسلا للناس من أجل أن يطيعوه ويلتزموا ما شرعه لهم. فمن عمل بما جاء به الرسول ﷺ فعمله صحيح، لأنه وافق الشرع ومن خالف فقد بطل عمله لمخالفته أمر الشارع كما قال تعالى: ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَّسُولٍ إِلَّا لِيُطَاعَ بِإِذْنِ اللَّهِ ﴾ [النساء: 64] ﴿ وَمَا آتَاكُمْ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَاتَّقُوا ﴾ [الحشر: 7] والإلزامية التي هي من أهم خصائص هذا التشريع تقتضي من المكلفين الخضوع له والالتزام بأوامره ونواهيه في جميع الأعمال والمعاملات المولدة للحقوق بينهم. فالأعمال

(122) المدخل الفقهي 852/2

(123) تاريخ الفقه الإسلامي. بدران. ص460

المراد بها جميع الأفعال المادية التي تصدر عنهم والتي يمكن أن تنشأ عنها حقوق كالسير والكلام والأكل والشرب الركوب والاستعمال الحيازة.

والمراد بالمعاملات التصرفات المدنية التي يقصد بمباشرتها إنشاء الحقوق أو إسقاطها بين اثنين أو أكثر كطلاق وإبراء وبيع وشركة ومضاربة... وفي كلا المجالين -الأعمال والمعاملات- يجب على المكلفين الالتزام بحدود الشرع وأوامره ونواهيه.

وحتى يكون التشريع محترما يدعن الناس إليه يجب أن يصحبه من الأحكام والتراتب ما يضمن له هذه الحرمة ويفرض طاعته. ولهذا رتب الشارع على المخالفة لأمره ونهيه بعضا من الأحكام حماية لجانب الأوامر والنواهي. هذه الأحكام تسمى في اصطلاح الناس اليوم في الحقوق والقوانين: بالمؤيدات (124) أي التي تؤيد أصل التشريع وتحميه. وفقهاء الشرع يسمونها بالزواجر أي تزجر من خالف المنهج وتنكب طريق الجادة.

وتنقسم هذه المؤيدات إلى قسمين:

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

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

-تأديبية: وهي العقوبات التي تشترع على المخالفات من قبيل الجرائم العدوانية كالضرب والسب والقتل والسرقة. وسواء كانت هذه العقوبات مالية أو بدنية أو 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

(124) تسمى في القانون المصري بالجزاءات.

يتغياها 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. (125)

الفرع الأول: تعريف البطلان وتطبيقاته على التصرفات

أولاً/ تعريف البطلان لغة: بطل الشيء بُطلاً وبُطُولاً وبُطْلَاناً ذهب ضياعاً وخسراً. قال تعالى: ﴿فَوَقَعَ الْحَقُّ وَبَطَلَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾ [الأعراف: 118] ومنه قولهم: ذهب دمه بُطلاً أي هدرا أي لم يحصل له ثار ولا دية. والإبطال يقال في إفساد الشيء وإزالته حقا كان ذلك الشيء أو باطلا. ﴿لِيُحَقِّقَ الْحَقَّ وَيَبْطِلَ الْبَاطِلَ وَلَوْ كَرِهَ الْمُجْرِمُونَ﴾ [الأنفال: 8] ومنه سمي السحرة بطلّة لإفسادهم. (126)

ورد استعمال البطلان في القرآن في معنى ديني اعتقادي محض وهو عدم ترتب الأجر والجزاء على الفعل والتصرف كم في قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَبْطُلُوا صَدَقَتِكُمْ بِالْمَنِّ وَالْأَذَى﴾ [البقرة: 264]

ثانياً/ تعريف البطلان في اصطلاح الفقهاء: استعمل الفقهاء البطلان بمعنى عدم الصحة وترتب الأثر الشرعي على الفعل، بحيث يكون هذا الفعل غير معتبر في نظر 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 والعادات. فكون العبادة باطلة بالإطلاق الأول فلا يترتب عليها جزاء لأنها غير مطابقة لمقتضى الأمر بها وقد كون

(125) المدخل للزرقا. 669/2، التشريع الجنائي الإسلامي. عودة. ص 23

(126) الزبيدي. تاج العروس 56/14

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. (127)

وتكون أعمال العادات 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.

وقد عرّفه الشيخ الزرقا باعتبار الوجود من ناحيتين اثنتين: وجود حسي: وهو قيام الفعل وتحقيقه 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." (128) 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 أم فعليا، وبيان ذلك كالاتي.

ثالثا/ تطبيق معنى البطلان على التصرفات

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

ويقابل هذا التصرف الفعلي التصرف القولي، وهو ما كان قوامه عمل اللسان وهو: نوعان عقدي وغير عقدي.

1-التصرف القولي العقدي: وهو الذي يتكون من جانبين يرتبطان بتوافق إرادتين كالبيع والشراء ونحوهما.

2-التصرف القولي غير العقدي: ويشمل نوعين:

(127) الشاطبي. الموافقات/1/458

(128) الشاطبي. الموافقات/1/458

- نوع يتضمن إرادة إنشائه من طرف واحد بعزيمة مبرمة من صاحبه لإنشاء حق وإنهائه أو إسقاطه كالوقف والإبراء والطلاق والعتاق. وهذا على مذهب الحنفية خلافاً للفقهاء الآخرين الذين يعتبرون هذه عقوداً 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. (129)

رابعاً/ معنى البطلان في التصرفات القولية.

إذا كان التصرف قولياً عقدياً كالبيع مثلاً والإجارة.. فإن وجودها الحسي هو صدور الإيجاب والقبول. ووجودها الاعتباري وجود التزامات وحقوق ترتبها الشارع على وجود هذه الرابطة بين المتعاقدين. فإذا وقعت هذه العقود مستوفية لأركانها وشروطها صحت وترتبت عليها آثارها. أما إذا وقعت غير مستوفية لأركانها وشروطها كالبيع من المجنون والصبي غير المميز، فإن العقد وجد حساً لكنه معدوم شرعاً أي غير منعقد وهذا هو معنى البطلان.

أما إذا كان التصرف القولي غير عقدي كالإقرار، فإذا صدر من شخص أهل مكلف مستوفياً لشروطه يؤخذ به المقر ويلزمه حكمه كمن أقر بإتلاف أو جناية لزمته المسؤولية والضمان أما إذا صدر من غير مكلف كصبي ومجنون أو صدر مخالفاً للواقع كمن أقر بأنه قتل أباه وأبوه حي يرزق، فإنه لا يعتبر شرعاً ويكون وجوده وعدمه سواء ويكون الإقرار باطلاً.

خامساً/ معنى البطلان في التصرفات الفعلية

تعتبر هذه التصرفات أفعالاً حسية سواء كانت هذه التصرفات مستقلة عن عقد كإحراز المباح أو مستندة إلى عقد كقبض المبيع مثلاً وتكون صحيحة إذا استوفت شرائطها الشرعية. أما إذا لم تستوف شرائطها وأركانها فإنها تكون باطلة. (130)

(129) المدخل للزرقا 379/1

(130) إحراز المباح ينشئ الملكية إذا استوفى الشرائط كأن يكون واقفاً بقصد التملك فإذا تخلف هذا الشرط كان باطلاً.

الفرع الثاني: 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 عرّف 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 قائماً قياماً صحيحاً يثبت له الوجود الاعتباري وهو ما يسميه الفقهاء بشرائط الانعقاد، بحيث إذا فقدت أو فقد واحد منها فقد التصرف شرطاً من شروط انعقاده وقيامه كعدم أهلية العاقد أو عدم صلاحية المحل للعقد كالزواج 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. (131)

الفرع الثالث: تجزؤ البطلان

ينبغي هذا التجزؤ للبطلان على صحة تجزؤ الوجود الاعتباري للتصرف. فهل يتجزأ الاعتبار الشرعي أم هو كل واحد لا يتجزأ. بمعنى إذا توافرت 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 أو لا؟

وعلى هذا فإن المقصود من تجزؤ البطلان أن يكون العقد أو التصرف بعضه باطلاً وبعضه معتبراً 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 وبطل في الموقوف. (132) 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

(131) مثال ذلك معلومية العوض في عقود المعاوضات كالبيع والإجارة ونحوها. يرى الشافعي أن الجهالة في العوضين تبطل العقد لأنها أساسية وجوهرية في التصرف بينما يراها الحنفية فرعية توجب الفساد دون البطلان.

(132) الدر المختار

يكون البطلان عاما كما لو جمع بين أختين في عقد زواج واحد حيث لا مرجح لتصحيح العقد في واحدة بعينها.

الفرع الرابع: الفرق بين البطلان والانفساخ

يعتبر الانفساخ للعقد أو التصرف مظهرا من مظاهر انحلال العقد وزوال الرابطة العقدية ومعنى هذا أن العقد أو التصرف قد انعقد ووجد وجودا حسيما واعتباريا-الاعتبار الشرعي- ثم طرأ عليه الزوال والعدم لسبب من الأسباب إراديا كان أو غير إراديا. فمثله مثل رجل حي طرأت عليه الوفاة. فإذا زال العقد بسبب غير إراديا سمي هذا الزوال انفساخا وإذا زال العقد بسبب إراديا سمي هذا الزوال فسخا - 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 أصلا كمولود ولد ميتا لا حياة له.

الفرع الخامس: 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 تسلّم العين في الإجارة وهكذا... الخ. وقد عبّر الفقهاء عن هذه النتيجة بقولهم: العقد الباطل لا يترتب عليه حكم أصلا. (133) 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 لأنه مقبوض على سبيل المعاوضة. (134)

(133) المبسوط 215/19

(134) البنائة شرح الهداية 140/8

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 وعند الشافعية. (135) ورجح الزرقا جواز الانقلاب لأن أعمال الكلام أولى من إهماله بأن يحمل القول على المجاز بعد تعذر حمله على الحقيقة وهذا ما يسمى في القانون بنظرية تحول العقد. (136)

الفرع السادس / الأحكام العامة للبطلان

1- بطلان الشيء يستلزم بطلان ما تضمنه وبطلان ما بني عليه. ومن قواعد مجلة الأحكام العدلية: " إذا بطل شيء بطل ما في ضمنه. " (137) فإذا بطل البيع بطلت الشروط التي تضمنها العقد واشترطها المتعاقدان وبطلت تسمية الثمن المسمى. ولو أقر شخص بحق لآخر 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 إزالة الأثر 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- يبيعا ثم صح من

(135) جاء في أسنى المطالب: " (وإذا قال بعتك بلا ثمن) أو ولا ثمن لي عليك (فقبل لم يكن هبة) اعتبارا باللفظ ولا يبيعا لاختلال الصيغة برفع آخرها أولها. " 124/2

(136) الزرقا. المدخل الفقهي 719/2

(137) المادة 52 ص 21

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 أولاً ثم أجازه لم يصح بالإجازة، لأنه بالرد بطل العقد ولا تلحق الإجازة عقداً باطلاً.

4-العقد الباطل لا يحتاج إلى فسخ ولا يحتج به أمام القضاء لأن العقد الباطل غير موجود أصلاً والفسخ يحتاج إليه في العقد القائم. فإذا كان الزواج باطلاً، فإن للمرأة أن تتزوج رجلاً 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. (138)

* * *

نظرية الفساد

الفرع الأول: تعريف الفساد لغة واصطلاحاً:

أولاً/ الفساد لغة: فسد يفسد ويفسد كعقد ونصر. والأولى هي المشهورة. وفسد الشيء بطل وضمحل ويكون بمعنى تغير. وفي التنزيل: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلَاءُ إِلَهَةٍ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا فَسُبْحَانَ اللَّهِ رَبِّ الْعَرْشِ عَمَّا يَصِفُونَ﴾ [الأنبياء: 22] أي لبطلتنا وضمحلنا.

والفساد: أخذ المال ظلماً بغير حق وتفاسد القوم قطعوا أرحامهم وفسد اللحم إذا أنتن وتغير بعفونة. (139)

ثانياً/ الفساد في الاصطلاح الفقهي: استعمل الفقهاء في المذهب الحنفي في اصطلاح خاص بهم الفساد في مرتبة بين البطلان والصحة. وهي الحالة التي يختل 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.

(138) الزرقا. المدخل الفقهي 721/2-723

(139) الزبيدي. تاج العروس 164/5

الفرع الثاني/ 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. (140)

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 ذهب إلى ذلك الحنابلة وبناء عليه أبطلوا سائر العقود التي ورد النهي عنها كعقود الربا والبيع المقترن بشرط منهي عنه وقد يطلون الشرط دون العقد. أو أن ورود النهي لا يرفع مشروعية الفعل مطلقا بل قد تجتمع المشروعية في أصل الفعل مع النهي عنه كما ذهب الحنفية؟ وبناء عليه يمكن تقسيم النهي إلى الأقسام التالية:

1- النهي عن الفعل لعدم مشروعيته أصلا كالزنا والقتل والغصب... فالتصرف باطل ولا يترتب عليه أي أثر. فلا يثبت نسب في الزنا ولا يفيد الغصب ملكا ولا يرث القاتل بالقتل. ومثله النهي عن بيع الملافيح والمضامين وبيع الميتة والخمر ونحوها. 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 إلى الزيادة دون مقابل و عوض ومثاله: اشتغال عقد البيع على شروط منهي عنها كالنهي عن بيع الثياب.

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 مشروعاً بأصله دون وصفه.

3- النهي عن الفعل المشروع أصلا ووصفا لكنه تضمن وصفا خارجا عنه نهي عنه الشارع كالنهي عن البيع وقت النداء. فهذا النهي لا يوجب بطلانا ولا فسادا لاكتمال العقد واستيفائه شرائطه وأركانها، وإنما علة النهي

أمر خارج عن العقد وهو الاشتغال بالبيع عن السعي الواجب إلى الجمعة. فهذا يقتضي الحرمة واستحقاق الإثم دون الحكم ببطلان العقد وفساده. ومثله النهي عن خطبة الإنسان على خطبة أخيه. (141)

الفرع الثالث/ مجال الفساد في التصرفات.

إن مجال التصرفات التي يدخلها الفساد أضيق من البطلان الذي يشمل جميع التصرفات القولية والفعلية. فمن التصرفات ما ليس له إلا مرتبتان اثنتان ولا مجال للفساد فيه صحة وبطالانا، 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. فنجدهم يصرحون في بعض التصرفات كالبيع والإجارة وغيرها بالتفريق فيها بين الفساد والبطالان. وفي العبادات كالصلاة والزكاة والحج، لا يفرقون بين الفاسد والباطل فيقولون صحيحة وغير صحيحة مبرئة للذمة وغير صحيحة لا تسقط الواجب. (142)

لكن عند ملاحظة كلام الفقهاء واستقراء ما ذكره من نصوص في التمييز بين الفاسد والباطل يظهر كما قال الزرقا في المعاملات من الأحكام المدنية الضابط التالي وهو: أن الفرق والتمييز بين الفساد والبطالان لا يجري إلا في العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة أو تكون ناقلة للملكية. (143)

من أمثلة العقود التي تنشئ التزامات متقابلة البيع والإجارة والرهن والحوالة والقسمة والشركة والمزارعة.

ومن أمثلة العقود التي تنقل الملكية عقد القرض والهبة ونحوهما.

ويخرج بها الضابط جميع التصرفات الأخرى: التصرفات الفعلية مطلقا والتصرفات القولية التي ليست من قبيل العقود بل من التصرف بالإرادة المنفردة كالطلاق والإعتاق والوقف والإبراء والكفالة والإقرار... ويخرج أيضا العقود غير المالية كالزواج والوكالة والوصاية والتحكيم وهي عقود تفويض. ويخرج أيضا العقود التي لا تنشئ التزامات مقابلة ولا تنقل الملكية كالإيداع والإعارة. (144)

(141) الغزوي. الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة. ص85

(142) الدر المختار 592/1

(143) المدخل للزرقا 735/2

(144) المدخل للزرقا 736/2. فائدة: عدّد بعض الفقهاء التصرفات التي يعتبرها الفساد حتى أوصلها بعضهم إلى واحد وعشرين قولاً.

الفرع الرابع: أسباب الفساد.

إن 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. وأما الأسباب العامة فيمكن حصرها في ثلاثة أسباب، الجهالة والغرر والإكراه. وفيما يلي تفصيل لها:

أولا/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 تشاركاً بدون معرفة كيفية تقسيم الربح.

أما الجهالة الخفيفة التي لا تفضي إلى النزاع فغير مضره 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 و جهالة 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 فيجب أن يكون كل من الكفيل والرهن معينين. (145)

ثانيا/ا الغرر: والمراد به عند الفقهاء أن يعتمد التعاقد على أمر موهوم غير موثوق. وعرف اصطلاحا بأنه: " ما لا يدري هل يحصل أم لا جهلت صفته أم لا كالطير في الهواء والسماك في الماء." (146) وأصله نهي عليه السلام عن بيع الغرر. (147) ويميز فقهاء الحنفية بين نوعين من أنواع الغرر:

- غرر في أصل المعقود عليه وهذا يوجب البطلان كبيع الحمل في بطن أمه وضربة القناص. وهذا محل إجماع. (148)

- 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 أقل من هذا، أو باعها على أنها حلوب ذات لبن فبان أنها ليست كذلك فالغرر في الوصف. (149)

ثالثاً/ الإكراه: وهو من أهم عيوب الرضا في الفقه الإسلامي. عرفه الجرجاني بقوله: " حمل الغير على ما يكرهه بالوعيد." (150)

ويقسم الفقهاء (151) الإكراه بالنظر إلى شدته ودرجته بحسب الوسيلة المستعملة فيه إلى قسمين:

- إكراه ملجئ وهو التام: وهو ما كان فيه خشية إتلاف نفس أو تعطيل عضو بضرب مبرح أو حبس مديد أو عمل مهين لذي جاه.

- إكراه غير ملجئ وهو الناقص: وهو ما كانت الوسيلة توجب ألماً خفيفاً أو غماً يسيراً بضرب خفيف.

(146) تهذيب الفروق 3/270

(147) صحيح مسلم. كتاب البيوع. باب النهي عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر. 3/5 برقم 3800

(148) المجموع شرح المهذب 9/324

(149) البناء شرح الهداية 8/79، 147

(150) التعريفات. ص 33

(151) مجلة الأحكام العدلية. ص 185، الأسنوي. نهاية السؤل 1/135

واختلف في تأثيره هل يفسد العقد أم يوقفه. والخلاف في المذهب الحنفي. فذهب زفر إلى أن الإكراه يوقف العقد. وقيل إن الإكراه يفسد العقد ولا يبطله وتترتب عليه أحكام العقد الفاسد إلا إذا أجازه المستكره فيصير ملزما. وذهب المالكية إلى أن العقد المنعقد بالإكراه منعقد غير لازم وللمستكره الخيار في إبطاله. وخالف الشافعية حيث أبطلوا العقد بالإكراه لأن الرضا شرط انعقاد. (152)

الفرع الخامس: نتيجة الفساد

إن العقد الفاسد وإن لم ينتج أثرا، إلا أنه في الأصل عقد منعقد والفساد يجعله مستحقا للفسخ. فنتيجة العقد الفاسد إذن هي استحقاق العقد 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 يجرد 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 حقا للشرع. (153)

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 نُقِدَ العقد بالتسليم وانتقلت ملكية المبيع إلى المشتري وجبت عليه قيمته يوم القبض والقيمة هي سعر السوق. (154)

أما استحقاق الفسخ فهو مقيد بأمرين: (155)

- 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.

(152) البحر الرائق 8/129، حاشية الصاوي 3/19، المجموع شرح المذهب 9/159

(153) البحر الرائق 2/69

(154) المحيط البرهاني 6/292 التبصرة للخمى 10/4558

(155) المدخل للزرقا

-ألا 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

تمهيد:

إن الواقع المزدهم والمتشابك الذي تعيشه الأمة الإسلامية اليوم والذي شهد تداخلا كبيرا بين المصالح والمفاسد وتضاربا بينها في كثير من القضايا والوقائع المستجدة، أمر يحتم على العلماء النظر والعمل لإزالة هذا التضارب وفك هذا التشابك. 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 عموما، وما تعلق منها بأعراض الناس وأنسابهم بشكل خاص.

ولأن كثيرا 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:

1- حقيقة الاحتياط: مفهومه ووظيفته وحكمه.

2- تقسيمات الاحتياط وأنواعه.

3- مظاهره وآثاره.

4- مسالك الاحتياط وطرائقه التي يسلكها المجتهد في عملية الاستنباط وأبوي إليها المكلف في مقام التعبد والامتثال.

5- شروطه وضوابطه الموجهة له في الاستنباط والامتثال.

6- القواعد الفقهية والأصولية المتصلة بالاحتياط والمقررة له.

الفرع الأول: حقيقة الاحتياط، مفهومه، منزلته وحكمه.

إن البحث في مدلول الاحتياط وحقيقة معناه مهم جدا من أجل ضبطه وتحرير معناه عند الأخذ به استنباطا واجتهادا أو عملا وامتنالا.

والمتفحص في كتب كثير من الفقهاء والعلماء يجد أنهم قد ذكروه في كتبهم وسائر مصنفاتهم وبحثوا العمل به تحت قواعد فقهية تحمل معنى الاحتياط كقاعدة: "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام." وقاعدة: "إذا اجتمع الحظر والإباحة قدم الحظر." وقاعدة: "درء المفسد مقدم على جلب المصالح"، وغيرها من القواعد. بل إن من عناية الفقهاء بالاحتياط أنهم كانوا يرجحون مذهباً فقهياً على آخر بمقدار ما يأخذه هذا المذهب من هذا الأصل-الاحتياط-. جاء في الطبقات السننية للتميمي عند الترجمة لأبي حنيفة: "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." (156)

وقد عدّ السيوطي من أسباب ترجيح مذهب الشافعي على غيره قوله: "كثرة الاحتياط في مذهبه وقتله في مذهب غيره." (157)

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. جاء في الإحكام للآمدي: "أن يكون أحدهما أقرب إلى الاحتياط وبراءة الذمة بخلاف الآخر. فالأقرب إلى الاحتياط يكون مقدماً لكونه أقرب إلى تحصيل المصلحة ودفع المضرة." وقد ذكر ابن العربي في العارضة عند شرحه لحديث: "إنما الماء من الماء." وحديث: "إذا التقى الختانان فقد وجب الغسل." ذكر قول البخاري: "والغسل أحوط" يقول معلقاً: "ويجتمل قول البخاري "الغسل أحوط" أي في الدين من باب حديثين تعارضاً فقدم الذي يقتضي الاحتياط في الدين وهو باب مشهور في أصول

(156) التميمي. الطبقات السننية 1/132

(157) نقله السيوطي عن الأستاذ أبي منصور عبد القاهر التميمي. انظر جزيل المواهب في اختلاف المذاهب للسيوطي. ص 50

الفقه وهو الأشبه في إمامة الرجل وعلمه. " (158) ويقول ابن جزري: " الفرع الثاني: " إذا تعارض نصاب أو ظاهران وأحدهما أقرب إلى الاحتياط أخذ بالأحوط عند كثير من الفقهاء. " (159)

أولا/ تعريف الاحتياط.

1-تعريفه لغة: الاحتياط افتعال من الحوط وأصله الشيء يطيف بالشيء. يقال: حاطه حياطة يحوطه حوطا وحِيطَة وحِيطَة وحِياطة، حفظه وصانه ورعاه وتعهده. ويستعمل الفقهاء لفظ الأحوال وهو من حيث اللغة شاذ، لأن أفعال التفضيل لا يبنى من المزيد. ومنه الحائط اسم فاعل من الاحتياط حقيقة في الجدار مجاز في غيره. (160)

2-الاحتياط في النصوص الشرعية: ورد الاحتياط في القرآن والسنة على معنى الإحراز الشامل وبلوغ الغاية في الأمر والفعل من جميع جهاته وجوانبه. ومنه قوله تعالى: ﴿ يَعْلَمُ مَا بَيْنَ أَيْدِيهِمْ وَمَا خَلْفَهُمْ وَلَا يُحِيطُونَ بِهِ عِلْمًا ﴾ [طه: 110] وقوله: ﴿ فَمَكَتْ عَيْرَ بَعِيدٍ فَقَالَ أَحَطْتُ بِمَا لَمْ تُحِطْ بِهِ وَجِئْتُكَ مِنْ سَبَإٍ بِنَبَأٍ يَقِينٍ ﴾ [النمل: 22] أي علمته من جميع جهاته وجوانبه. ﴿ وَاللَّهُ مُحِيطٌ بِالْكَافِرِينَ ﴾ [البقرة: 19] أي جامعهم يوم القيامة. ويأتي على معنى الإحداق بالشيء من كل جوانبه. ومنه قوله: ﴿ وَاللَّهُ مِنْ وَرَائِهِمْ مُحِيطٌ ﴾ [البروج: 20] 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 الأخذ بالاحتياط وهو ورود الشبهة أو الشك والتردد الطارئ على المكلف، عرفه بقوله: " فعل ما يتمكن به من إزالة الشك " وهو تعريف المناوي. (161) ومما يعترض به على هذا التعريف. أن الشك قد يزال بأمور وطرق أخرى غير الاحتياط كالتحري والاجتهاد أو الرجوع إلى البراءة الأصلية أو إلى الظاهر. ثم إن الشك يأتي على درجات ومراتب فليس كل

(158) ابن العربي. عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي 23/8

(159) ابن جزري. تقريب الوصول إلى علم الأصول. ص 200

(160) تاج العروس 225/10

(161) التوقيف على مهمات التعاريف. ص 40

شك 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 كالاختياط تورعا أو خروجا من الخلاف وإن كان له دخول بوجه ما ضمن دائرة الشك. وقريب من هذا التعريف تعريف الامام العز: "ترك ما يريب المكلف إلى ما لا يريبه (162) 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 مكروهه. (163) ومثله تعريف الراغب: "استعمال ما فيه الحيطة أي الحفظ." (164) وتعريف الجرجاني: "حفظ النفس من الوقوع في المآثم." (165)

ويمكن مناقشة هذه التعريفات: بالاعتراض على المعنى الذي 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 والمكروه. 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 يحترز من الوقوع في مخالفة الشارع عند الاشتباه والتردد."

شرح التعريف:

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

(162) قواعد الأحكام 52/2

(163) الكليات. ص 56

(164) التعريفات الفقهية للبركتي. ص 18

(165) التعريفات. ص 12

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

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

-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 وبين ذلك أمور متشابهات» الحديث. (166) 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 والإمساك. وفي الاصطلاح ترك ترجيح أحد القولين أو الأقوال لتعارض الأدلة. (167) 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 فإنه يصعب التفريق بينهما بشكل دقيق.

2-الفرق بين الاحتياط والتحرز والتحفظ: التحفظ مأخوذ من الفعل حفظ يقال: حفظت الشيء حفظا أي حرسه. 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 صلى الله عليه وسلم يتحفظ من شعبان ما لا يتحفظ

(166) صحيح مسلم. كتاب البيوع. باب الحلال بين والحرام بين 50/5 برقم 4101

(167) محمود عبد الرحمن. معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية 3/495

من غيره، ثم يصوم لرؤية رمضان، فإن غم عليه عد ثلاثين يوماً ثم صام»⁽¹⁶⁸⁾ 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. ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلَ الَّذِينَ ظَهَرُوهُمْ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مِنْ صَيَاصِيهِمْ وَقَذَفَ فِي قُلُوبِهِمُ الرُّعْبَ فَرِيقًا تَقْتُلُونَ وَتَأْسِرُونَ فَرِيقًا ﴿٦١﴾﴾ [الأحزاب: 26] والاستظهار في الاستعمال الفقهي يأتي مرادفاً 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 والتنوع: التنوع مأخوذ من الفعل ورع يقال ورع الرجل أي تحرج. وأصل الورع الكف عن المحارم ثم استعير للكف عن الحلال والمباح. يقال: ورع يرع رعة مثل وثق يثق ثقة. وهو ورع ككف أي متق. وعرفه المناوي بقوله: "تجنب الشبهات خوف الوقوع في محرم"⁽¹⁶⁹⁾ وعلى هذا يكون معنى الورع أخص من معنى الاحتياط لأنه يكون خاصاً بالترك بخلاف الاحتياط فيشمل الفعل والترك.

5- الفرق بين الاحتياط والتحري: التحري هو التوخي وهو لغة الطلب والابتغاء. قال: تحرى الشيء أي قصده وتحرى في الأمر أي طلب أحرى الأمرين. ومنه قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَسْلَمَ فَأُولَئِكَ تَحَرَّوْا رَشَدًا ﴿١٤﴾﴾ [الجن: 14] وعرفه النسفي بقوله: "تنقص الاشتباه"⁽¹⁷⁰⁾ ويأتي التحري مقديماً على الاحتياط في مقام العمل بمعنى أن المكلف في حالة الاشتباه يلجأ إلى التحري فإن لم يتوصل إلى الأمان والاطمئنان انتقل إلى الأخذ بالاحتياط.

(168) سنن أبي داود. كتاب الصوم. باب إذا أغمي الشهر 16/4 رقم 2325 وإسناده صحيح.

(169) التوقيف على مهمات التعاريف. ص 336

(170) البركني. قواعد الفقه. ص 221

الفرع الثالث: 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 (قد) استعمله الفقهاء كلهم وهو في العقل كذلك أيضا، لأن من قيل له إن في طريقك سبعا أو لصوصا كان الواجب عليه الأخذ بالحزم وترك الإقدام على سلوكها حتى يتبين أمرها." (171)

ويقول ابن السبكي: "واعلم أن مسائل الاحتياط كثيرة يطول استقصاؤها يرجع حاصلها إل أن الاحتياط قد يكون لتحصيل المنفعة كما يجاب الصلاة على المتحيرة وإن احتمل كونها حائضا وقد يكون لدفع مفسدة كتحریم وطؤها." (172) ويقول السرخسي: "والأخذ بالاحتياط أصل في الشرع" (173) 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.." (174)

بل مما يدل على منزلة الاحتياط ما استقر عند أهل العلم أن من المزايا التي يجلب بها العالم الاحتياط وقد كانوا يعتبرون ترك الاحتياط قرين التساهل في الدين. يقول صاحب الطبقات السنية: "...لأن أبا حنيفة كان من أزهد 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....." (175)

(171) الفصول في الأصول 101/2

(172) الأشباه والنظائر 111/1

(173) أصول السرخسي 21/2

(174) رفع الملام عن الأئمة الأعلام. تح عبد الله الأنصاري. ص 48

(175) التميمي. الطبقات السنية. ص 42

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." (176)

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." (177)

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 ﷺ 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.

الفرع الرابع: 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." (178)

المقصد الأول: تحقيق المصالح. المقرر عند أهل العلم سلفا وخلفا أن الشريعة الإسلامية مبنية على جلب المصالح ودرء المفساد. وكل حكم من أحكامها فهو دائر على هذا الأصل إما مصلحة تجلب واما مفسدة تدرأ. والحاجة الى الاحتياط في هذا الموضوع، المحافظة على المصالح وتحصيلها ودرء المفساد 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 ولاجتناب المفساد بالترك وقليل من يفعل ذلك."

(176) الاستدكار 10/259

(177) الاستدكار 10/62

(178) الموافقات 2/364

(179) وفي فصل عقده في الاحتياط في جلب المصالح ودرء المفسد قسّم المصالح إلى قسمين: مصالح إيجاب ومصالح ندب. والمفسد قسمان مفسد كراهة ومفسد تحريم. والشرع يحتاط لدرء مفسد الكراهة والتحريم ويحتاط لجلب مصالح الايجاب والندب. ثم قسم الاحتياط باعتباره وسيلة لتحقيق المصالح ودرء المفسد الى ضربين: أحدهما 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 طلقها 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 الجزم بنية رفع الحدث...الضرب 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 والكراهة 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." (180)

ومع أن الاحتياط أمر احتمالي ويدخل ضمن الوهميات كما قال ابن عاشور، إلا أنه مع هذا يستعان به في تحقيق المصالح والمحافظة عليها إذا تعذر غيره. فالمواضع التي تقوى فيها الشبهات فإن الأخذ بالاحتياط أقرب إلى تحصيل مصالح الأحكام من المجازفة بتركه والإعراض عنه كما في حديث أبي بردة، عن أبيه، أتيت المدينة فلقيت عبد الله بن سلام رضي الله عنه، فقال: «ألا تجيء فأطعمك سويقا وتمرا، وتدخل في بيت»، ثم قال: «إنك بأرض الربا بها فاش، إذا كان لك على رجل حق، فأهدى إليك حمل تبن، أو حمل شعير، أو حمل قت، فلا تأخذه فإنه ربا» (181)

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 تعارض

(179) القواعد/2/49

(180) القواعد/2/15

(181) صحيح البخاري. كتاب فضائل الصحابة. باب مناقب عبد الله بن سلام/3/1388 برقم 3603

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 للأعضاء والاحتياط للكل مقدم على الاحتياط للجزء.

المقصد الثاني: اعتباره دليلاً شرعياً عند عدمه. من فوائد الاحتياط قيامه مقام الدليل الشرعي عند تعذر هذا الأخير أو تعسر الوصول إليه. فإذا عجز المجتهد عن الدليل الشرعي للمسائل خاصة تلك التي يشبهه أمرها فإن المسعف له في هذه الحالة، هو الأخذ بالاحتياط الذي تبرأ به الذمة ويتحقق معه اليقين. ولا بد من الإشارة هنا إلى أن 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 أن حكم الشرع في هذه المسألة هو التحريم. فإن وافق الحكم في نفس الأمر كان كذلك وتحقق المقصود من الاحتياط، وإن 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 الإمام أحمد لما سئل عن الماء إذا حلت فيه نجاسة فقال: "حرم الله الميتة والدم والخمر والخنزير فإذا خالطت هذه الماء فمتناولها كأما 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 ابتداءً 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.."⁽¹⁸²⁾ 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 صافياً فإذا 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." (183)

وفي التاج والإكليل: 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." (184)

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." (185)

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 ﷺ في حديث النعمان: "...فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه..." وفي الحديث كما قال الخطابي: فيه دلالة على أن من لم يتوق الشبهات في كسبه ومعاشه فقد عرض دينه وعرضه للطعن." (186)

252/6 (183)

134/1 (184)

(185) ابن قدامة. المغني 235/9

(186) معالم السنن 58/3

فلاحتياط له أثر في سلامة الدين من النقص على معنى الخروج من عهدة التكليف بيقين. يقول ابن العربي: " فإن للشرعية طرفين: أحدهما طرف التخفيف في التكليف والآخر طرف الاحتياط في العبادات فمن احتاط استوفى الكل ومن خفف أخذ البعض." (187)

وللاحتياط أيضا أثر في سلامة العرض من النقص، فإن انطلاق السنة 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 ﷺ وقوله: «على رسلكما، إنها صفية بنت حبي» قالوا: سبحان الله يا رسول الله، قال: «إن الشيطان يجري من الإنسان مجرى الدم، وإني خشيت أن يقذف في قلوبكما شرًا» أو قال: «شيئا» (188)

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: " فالمتجرىء على الأخف بالإخلال به معرض للتجرؤ على ما سواه فكذلك المتجرىء على الإخلال بها يتجرأ على الضروريات فإذا قد يكون في إبطال الكمالات بإطلاق إبطال الضروريات بوجه ما " (189) والأخذ بمبدأ الاحتياط في حالة الاشتباه له 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 بابا من الحلال؛ خشية الوقوع في باب من الحرام " (190) وإذا كان التوسع في المباح قد يوقع في المحذور كمن استكثر من الطيبات فوق ما تدعو إليه الحاجة جره ذلك إلى التوسع في الكسب والسعي في طلب المال وقد يوقعه في المحذور وقد بين العلماء أن

(187) أحكام القرآن 63/2

(188) سنن النسائي الكبرى. كتاب الاعتكاف. باب تشييع زائر المعتكف والقيام معه. 5/468 برقم 3542

(189) الموافقات 22/2

(190) ابن الملقن. المعين في تفهم الأربعين. ص 157

المبالغة في بعض المباح قد تصيرها من قبيل قوادح العدالة وترد بها الشهادة فالمداومة 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 ونواهيه حصول الانشراح والاطمئنان: ﴿ أَقْمَنَ شَرَحَ اللَّهُ صَدْرَهُ لِلْإِسْلَامِ فَهُوَ عَلَى نُورٍ مِّن رَّبِّهِ فَوَيْلٌ لِلْقَاسِيَةِ قُلُوبُهُمْ مِّن ذِكْرِ اللَّهِ أُولَٰئِكَ فِي ضَلَالٍ مُّبِينٍ ﴿٢٢﴾ ﴾ [الزمر: 22] ﴿ فَمَنْ يُرِدِ اللَّهُ أَنْ يَهْدِيَهُ يَشْرَحْ صَدْرَهُ لِلْإِسْلَامِ وَمَنْ يُرِدْ أَنْ يُضِلَّهُ يَجْعَلْ صَدْرَهُ ضَيِّقًا حَرَجًا كَأَنَّمَا يَصَّعَّدُ فِي السَّمَاءِ كَذَٰلِكَ يَجْعَلُ اللَّهُ الرِّجْسَ عَلَى الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ ﴿١٢٥﴾ ﴾ [الأنعام: 125] 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 وابصة بن معبد لما جاء يسأل النبي ﷺ عن البر فقال: «استفت نفسك. البر ما اطمأنت إليه النفس، البر ما اطمأن إليه القلب، الإثم ما حاك في النفس وتردد في الصدر وإن أفتاك الناس وأفتوك ثلاثا.» (191)

الفرع السادس: 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 بضد ذلك تماما. فذكر الفقهاء للاحتياط 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 التكليف 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. (192)

وحتى ما ينقل عن ابن حزم من القول بعدم مشروعية العمل بالاحتياط، فإننا 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 باجتنا ما حالك في النفس ولا نقضي بذلك على أحد ولا نفتيه به فتيا إزام كما لم يقض بذلك رسول الله على أحد." (193)

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." (194)

بل إننا قد نسمح لأنفسنا بالقول بأن ابن حزم يذهب إلى أكثر من اعتبار الاحتياط مشروعا 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..:" (195)

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 حجيته ويجعله عدوانا واقتراء على الشارع الحكيم في التحليل والتحریم. ومن أقواله

(192)سماعي. نظرية الاحتياط. ص171

(193)الإحكام في أصول الأحكام/6/7

(194)الإحكام في أصول الأحكام/1/51

(195)المحلى/2/193

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" (196)

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.

أولاً/ الفائلون 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 بالاحتياط يقول السرخسي عن أبي حنيفة: "الأخذ بالاحتياط أصل في الشرع" وذكر الزركشي في البحر: " أن الشافعي يقدم الأحوط عند تعارض النصوص" (197) وجاء عن الليث بن سعد قوله: " إذا جاء الاختلاف أخذنا فيه بالأحوط " وقد تقدم سابقاً قول ابن تيمية: " وسلك كثير من الفقهاء دليل الاحتياط.. "

ثانياً/ الأدلة: استدلووا من الكتاب:

1- قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ ﴾ [الحجرات: 12] ووجه الدلالة أن الله تعالى أمر باجتنب 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. " (198)

2- قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّ مِنْ أَرْوَاجِكُمْ وَأَوْلَادِكُمْ عَدُوًّا لَّكُمْ فَاحْذَرُوهُمْ وَإِن تَعَفَوْا وَتَصَفَحُوا وَتَغَفَرُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [التغابن: 14] ووجهها: الأمر بالحد من الجميع مع أن العدو منهم هو بعضهم لا كلهم.

(196) الإحكام في أصول الأحكام 13/6

(197) البحر المحيط 204/8

(198) الأشباه والنظائر 110/1

3- قوله تعالى: ﴿ قُلْ أَرَأَيْتُمْ إِنْ كَانَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ وَكَفَرْتُمْ بِهِ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ عَلَىٰ مِثْلِهِ فَآمَنَ وَاسْتَكْبَرْتُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ ﴿10﴾ [الأحقاف: 10] 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: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا انظُرْنَا وَاسْمَعُوا وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿104﴾ [البقرة: 104] حيث نهى المولى سبحانه عن قول هذه الكلمة رغم أن العرب كانوا يقولونها فلما سمعتهم يهود وكانوا هم أيضا يتكلمون بها وهي عندهم سب قبيح أي اسمع لا سمعت فكانوا يقولونها للنبي ﷺ على سبيل السب والشتم وكانوا يضحكون فيما بينهم. ففطن لهم سعد بن عبادة وكان عارفا 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. (199)

واستدلوا من السنة:

1- حديث النعمان بن بشر: "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.

الوجه 2: 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 وقوله: ((استبرأ)) أي احتاط لنفسه وطلب البراءة. (200)

(199) الألويسي. روح المعاني 384/1

(200) شرح الطيبي على مشكاة المصابيح 2099/7

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

2- حديث الحسن بن علي: « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك فإن الصدق طمأنينة وإن الكذب ريبة »(201) 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 أن يكون من المتقين حتى يدع ما لا بأس به حذراً لما به البأس. »(202) ووجهه أن ما يوصل العبد إلى مراتب التقوى المأمور بها في النصوص الشرعية ترك الأمور التي تشبهه على العبد حتى لا يقع في الحرام وهذا هو معنى الاحتياط فيكون 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 »(203) ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ 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. »(204) ووجه الاستدلال منه: أن الأمر بالغسل بعد الاستيقاظ كان لأجل الاحتياط خشية أن تكون يده وقعت على نجاسة وهي نجاسة محتملة وليست محققة وبدل عليها قوله: « فإنه لا يدري أين باتت يده. » وهذا هو محل الاحتياط.

(201)المجتبى من السنن للنسائي. كتاب الأشربة. باب الحث على ترك الشبهات327/8 برقم5711

(202)رواه الترمذي. أبواب صفة القيامة والرفائق والورع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم. 634/4 برقم2451

(203)صحيح مسلم. كتاب الآداب. باب تفسير البر والإثم.7/8 برقم6609

(204)صحيح البخاري. كتاب الوضوء. باب الاستجمار وترا 72/1 برقم160 صحيح مسلم. كتاب الطهارة. باب إذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يغمس يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثاً.160/1 برقم564

ومن الأدلة من السنة أيضا فعله وتصرفه وحكمه الذي بناه على الاحتياط وذلك في وقائع كثيرة، منها:
-تركه الأكل من التمرة الملقاة على الطريق وقوله: «لولا أن تكون من الصدقة لأكلتها» (205) 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 أنك أرضعتني أو أخبرني. فركب إلى رسول الله فسأله فقال رسول الله: كيف وقد قيل؟ ففارقها عقبة ونكحت زوجا غيره. (206) وفي الاستدلال بهذا الحديث أن فراق عقبة لزوجته كان لأجل قول المرأة قد أرضعتكما، فيحتمل أن يكون قولها صحيحا فيرتكب الحرام وهذا هو معنى الاحتياط وليس الأمر له بفراقه 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. (207)

-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 للفراس وللعاهر الحجر ثم قال لسودة: احتجبي منه يا سودة ما رأى من شبهه بعتبة. فلم تره سودة حتى ماتت.» (208) ووجهه أن حكم النبي ﷺ 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." (209)

ومن الوقائع حديث عدي بن حاتم قال سألت النبي ﷺ عن المعراض فقال: «إذا أصاب بجمده فكل وإذا أصاب بعرضه فلا تأكل فإنه وقيد قلت يا رسول الله أرسل كلبي فأجد معه على الصيد كلبا آخر لم أسم عليه ولا

(205) صحيح البخاري. كتاب اللقطة. باب إذا وجد تمر في الطريق 857/2 برقم 2299 ، صحيح مسلم. كتاب الزكاة. باب لا تحل الصدقة لمحمد ولا لآل محمد صلى الله عليه وسلم. 117/3 برقم 2445

(206) صحيح البخاري. كتاب العلم. باب الرحلة في المسألة النازلة وتعليم أهله 45/1 برقم 88

(207) عمدة القاري شرح صحيح البخاري 102/2

(208) صحيح البخاري. كتاب البيوع. باب شراء المملوك من الحربي وهبته وعتقه 773/2 برقم 2105 ، صحيح مسلم. أبواب الرضاع. باب الولد للفراس. 171/4 برقم 3603

(209) ابن دقيق العيد. إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام 205/2

أدري أيهما أخذ؟ قال لا تأكل إنما سميت على كلبك ولم تسم على الآخر. (210) 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." (211) وكل هذه الأحكام منه عليه السلام مبنية على احتمال قائم يمنع من الحل وليس هذا إلا على سبيل الاحتياط.

واستدلوا 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 ﷺ. (212)

-ومنها قضاء عثمان في الجمع بين الأختين من ملك اليمين قال أحلتها آية وحرمتها آية وقال أما أنا فلا أحب أن أصنع هذا. (213)

-ومنها ترك عثمان للقصر في السفر أثناء خلافته حيث قال: "إن القصر سنة رسول الله وصاحبيه ولكنه حدث طعام فخفت أن يستنوا." (214) وليس هذا منه إلا احتياط.

-ومنها ما روي عن بعض الصحابة من تركهم الأضحية مخافة اعتقاد الوجوب. (215)

واستدلوا من المعقول:

(210) صحيح البخاري. كتاب البيوع. باب تفسير المشبهات 725/2 برقم 1949 ، صحيح مسلم. كتاب الصيد. باب الصيد بالكلاب

المعلمة والمعراض والقوس. 56/6 برقم 5013

(211) صحيح مسلم 58/6 برقم 5021

(212) صحيح مسلم 115/3

(213) سنن البيهقي الكبرى 164/7

(214) سنن البيهقي الكبرى 144 /3

(215) الخلى 19/7

1- إن الانتقال من الحرمة إلى الإباحة لا يكون إلا بأقوى الأسباب، أما الانتقال من الإباحة إلى الحرمة فيكفي فيه أدنى سبب فمثلا لما حرم الله تعالى نكاح ما نكح الآباء فحرم ذلك بالعقد وإن لم يكن وطء فهذا تحريم بأقل الأسباب. ولو طلق امرأته ثلاثا لا تحل له إلا بعد زوج آخر حتى يطأ فهو انتقال من حرمة إلى إباحة فاشتراط فيه أقوى الأسباب. (216)

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

3- إن في الأحوط خروجاً من عهدة التكليف وإبراء للذمة وأمنا 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. (217)

4- 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 مثلا الأحوط تركه درءا لمفسدة الحرام وتقديمها لها على مصلحة المندوب. (218)

ثانيا/ أدلة المانعين من الاحتجاج بالاحتياط

يعتبر ابن حزم على رأس المانعين القائلين بمنع الاحتجاج والعمل بالاحتياط وجعل المحتاط في الدين محرما لما لم يجرمه الله تعالى ومفتريا 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

(216) الفروق للقرافي 73/3

(217) عمر بن رسلان. لفوائد الجسم على قواعد ابن عبد السلام. ص 338

(218) العز. القواعد 22/2

حسن ولا يحل أن يقضى به على أحد ولا أن يلزم به أحد لكن يندب إليه لأن الله تعالى لم يوجب الحكم به. "(219)

واستدلوا بما يلي:

1- من القرآن:

- الآيات التي ذم الله تعالى فيها الظن والحكم به: ﴿ وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ العَمَلِ شَيْئًا إِنَّ اللهَ عَلِيمٌ بِمَا يَفْعَلُونَ ﴿٣٦﴾ [يونس: 36] ﴿ وَظَنَّتُمْ ظَنًّا السَّوِّءِ وَكُنْتُمْ قَوْمًا بُورًا ﴿١٢﴾ [الفتح: 12] ﴿ إِنَّ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَمَا تَهْوَى الأَنفُسُ وَلَقَدْ جَاءَهُمْ مِنَ رَبِّهِمُ الأُهدَى ﴿٢٣﴾ [النجم: 23] ﴿ يَتَّبِعَهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ ﴿١٢﴾ [الحجرات: 12] وفي الحديث: " إياكم والظن، فإن الظن أكذب الحديث. "(220) قالوا والحكم بالاحتياط لا يخرج عن دائرة الحكم بالظن وإذا حرم شيئاً حالاً لا خوف أن يوقعه في الحرام فليخص الرجال خوف أن يزنوا وليقتل الناس خوف أن يكفروا وليقطع الأعناب خوف أن يعمل منها خمراً. ثم قال ابن حزم وبالجملة فهذا المذهب أفسد مذهب في الأرض لأنه يؤدي إلى أبطال الحقائق كلها. (221)

- العمل بالاحتياط افتراء على الله تعالى لأنه تحريم حلال لم يجرمه الله تعالى: ﴿ وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِّتَفْتَرُوا عَلَى اللهِ الكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللهِ الكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ ﴿١١٦﴾ [النحل: 116] " ﴿ قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنزَلَ اللهُ لَكُمْ مِّن رِّزْقٍ فَجَعَلْتُم مِّنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا قُلْ ءاللهُ أَدْرَأُكُمْ أَمْ عَلَى اللهِ تَفْتَرُونَ ﴿٥٩﴾ ﴿ [يونس: 59] فكل من حرم أو حلل بغير دليل ولا برهان فقد افتري الكذب على الله تعالى لأن الله تعالى أحل لنا ما في الأرض بيقين إلا ما فصل لنا تحريمه: " خلق ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الأَرْضِ جَمِيعًا ثُمَّ أَسْتَوَى إِلَى السَّمَاءِ فَسَوَّاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ

(219) الإحكام في أصول الأحكام 51/1

(220) مسند أحمد 2/517 برقم 10712

(221) الإحكام في أصول الأحكام 6/13

عَلَيْكُمْ ﴿٢٩﴾ ﴿البقرة: 29﴾ ﴿ وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا دُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَضَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْهِمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ [الأنعام: 119] فليس لأحد أن يحرم شيئاً باحتياط أو خوف تدرع كما قال ابن حزم.

2- من السنة:

- حديث أبي هريرة: « إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه أخرج منه شيء أم لا؟ فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً » (222). ووجهه: أنه لو كان الاحتياط حقاً لتعين الأخذ به هنا لأن الصلاة أكد موضع يتعين فيه الأخذ بالاحتياط فلما تركه النبي ﷺ إلى اليقين دل على عدم اعتباره إذ لا حكم لغير اليقين.

- حديث أبي الدرداء: « ما أحل الله في كتابه فهو الحلال وما حرم فهو الحرام وما سكت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله عافيته فإن الله لم يكن لينسى شيئاً. » وتلا: " وما كان ربك نسياً ". (223) ووجهه أن الشرع قد بين أن المسكوت عنه من قسم المباح فالاحتياط له يجعله حراماً مخالف له وليس في الشرع إلا حرام وحلال ولا احتياط لأحدهما.

- حديث عائشة: « إن قوماً يأتوننا باللحم لا ندري أسموا الله تعالى عليه أم لا؟ فقال سموا عليه أنتم وكلوه. » (224) قالت عائشة وكانوا حديثي عهد بإسلام. وجه الدلالة: فهذا موضع شك واشتباه ومع ذلك لم يرشد النبي ﷺ إلى العمل بالاحتياط بترك الأكل من هذا اللحم.

3- واستدلوا بفعل الصحابة في زمن النبي ﷺ 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 ولا حق ولم يمنع النبي ﷺ من شيء من ذلك فدل على بطلان العمل بالاحتياط.

(222) صحيح مسلم. كتاب الطهارة. باب لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن 190/1 برقم 732

(223) السنن الكبرى للبيهقي 12/10 برقم 20216

(224) صحيح البخاري. كتاب البيوع. باب من لم ير الوسواس ونحوها من المشبهات 2097/5 برقم 5188

4- واستدلوا 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 منسوخة ولا متوفى عنها زوجها.

- إن القائلين بالاحتياط يلزمهم أن يجرموا كل مشتبه في السوق مما يكون حلالاً أو حراماً ولا يقين بأنه حلال أو حرام. ويلزمهم أن يجرموا معاملة من في ماله حرام وحلال وهو لا يقولون بشيء من ذلك وهذا نقض لأصولهم في الحكم بالاحتياط كما قال ابن حزم. (225)

- 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 الفقه مختلف فيها اختلافاً يعتد به كما قرر الشاطبي في موافقاته. (226)

ثالثاً/ مناقشة أدلة الفريقين:

1- مناقشة أدلة القائلين بالاحتجاج بالاحتياط:

- أما استدلالهم بقوله تعالى: "اجتنبوا كثيراً من الظن" فإن هذه الآية حجة عليهم، لأن الأخذ بالاحتياط والحكم به أخذ بالظن وحكم به وقد قال الله تعالى عائناً قوماً بقولهم: ﴿إِنْ تَطَّلُوا إِلَّا ظَنًّا وَمَا نَحْنُ بِمُتَّقِينَ﴾ (32)

﴿الجاثية: 32﴾

وأجيب عن هذا: بأن الظن الذي ذمه الله تعالى وعاب به من أخذه هو الظن المذموم الموهوم الذي يكون فيه صاحبه تابعاً لهواه. أما الظن الذي تشهد الأدلة برجحانه فهو معتبر وعليه تبنى الأحكام الشرعية ويشهد لهذا قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ ۗ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ ۗ﴾ [الممتحنة: 10] حيث أمر المؤمنين بامتحان المؤمنات اللائي ترجح أنهن مؤمنات بغلبة الظن حيث تسري عليهن أحكام الإسلام التي ذكرها الله تعالى في هذه الآية " لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن." يقول الشوكاني: " وقد جاء

(225) الإحكام في أصول الأحكام 10/6

(226) الموافقات 104/1

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 يغني شيئاً فأخبروا فتركوه فأخبر رسول الله بذلك فقال: " إن كان ذلك ينفعهم فليصنعوه فإني إنما ظننت ظناً فلا تؤاخذوني بالظن ولكن إذا حدثتم عن الله شيئاً فخذوه فإني لا أكذب على الله تعالى. " (227) وقد أجمع الأصوليون كما قال الآمدي أن المجتهد يجب عليه العمل باجتهاده ولا يجوز له تقليد غيره وليس ذلك إلا عملاً بالظن. والأقيسة وأخبار الآحاد مظنونة ثم العمل بها واجب قطعاً. (228) بل مما يدل على عدم ذم كل ظن تسمية الظن علماً كما في قوله تعالى: " ألا يظن أولئك أنهم مبعوثون " قال القرطبي: " ألا يوقن " (229) وقوله تعالى: " وظن داوود أنما فتناه " قال الفراء: الظن معناه أيقن لأنه لا يجوز في المعايين أن يكون الظن إلا بمعنى اليقين. "

-استدل لهم بقوله تعالى: " إن من أزواجكم وأولادكم عدوا لكم " والجواب أنه قد ورد في مواضع من القرآن التصريح بأن الولد والمال والأزواج فتنة يجب الحذر منها: ﴿ وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا أَمْوَالُكُمْ وَأَوْلَادُكُمْ فِتْنَةٌ وَأَنَّ اللَّهَ عِنْدَهُ أَجْرٌ عَظِيمٌ ﴾ [الأَنْفَال: 28] حيث أمر بالحذر منهم جميعاً وليس بعضهم. ومنه قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تُلْهِكُمْ أَمْوَالُكُمْ وَلَا أَوْلَادُكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ ﴾ [الْمُنَافِقُونَ: 9]

-استدل لهم 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 ﷺ وصحة نبوته: ﴿ وَجَحَدُوا بِهَا وَاسْتَيْقَنَتْهَا أَنفُسُهُمْ ظُلْمًا وَعُلُوًّا فَانظُرْ كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الْمُفْسِدِينَ ﴾ [النمل: 14] 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.

(227) صحيح مسلم. كتاب فضائل النبي صلى الله عليه وسلم. باب أنتم أعلم بأمر دنياكم 95/7 برقم 6201

(228) الآمدي. الإحكام 4/204

(229) الجامع لأحكام القرآن 19/245

-استدلّاهم 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 لتذرّعكم بذلك إلى قول راعنا ولا حجة في قول أحد إلا قول الله تعالى وقول رسوله. (230)

الجواب عن استدلالهم بالسنة:

-الجواب عن حديث النعمان بن بشير:

إن هذا الحديث على اختلاف ألفاظه حض منه عليه 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: ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ [الأنعام: 119] 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... " معناه من وقع 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 وهو حامل نجاسة وهذا ما لا يحل.

-وأما رواية من روى لفظة: " أوشك " فهي صريحة أيضاً أن ذلك ليس من الحرام فمن وقع في الشبهات أوشك أن يدخل في الحرام. (231)

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

(230) الإحكام في أصول الأحكام 8/6

(231) الإحكام في أصول الأحكام 3/6

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 مندوبا 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 تعالى: ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا﴾ [النساء: 82] وأجيب بأن:

-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 ﷺ 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. (232)

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. (233)

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

3-لم يفصل النبي ﷺ الشيء الذي ليس به بأس والذي تركه ليجعل العبد من المتقين لأن كل حلال في الأرض ليس 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: ﴿وَالْمُطَلَّاتِ مَتْعُ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 241] 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. (234)

(232)الإحكام في أصول الأحكام 4/6

(233)الذهبي. ديوان الضعفاء والمتروكين وخلق من المجهولين وثقات فيهم لين. ص 232

(234)ابن حجر. المطالب العالية 212/7

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

3- القول بأن النبي ﷺ لم يبين ما ليس به بأس مما به بأس من الأشياء. فالجواب أن النبي ﷺ 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 ﷺ 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 لا 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. (235)

-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 ويجاب بما سبق.

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

أ- إن حكمه عليه السلام بقول تلك المرأة السوداء يدل على أن النبي ﷺ قد صح عنه وجوب الحكم بناء على قولها وليس حكمه مبني على الظن، فإن الظن أكذب الحديث خصوصا 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 ﷺ أن يفعله. ثم إن القائلين بالاحتياط كالمالكية لا يحكمون بقول المرأة لزوج وامراته أي أرضعتكما ولا يفرقون بينهما كما في هذا الحديث. (236)

-وأجيب عن هذا: أما القول بأن النبي ﷺ 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 صحيحا فأمره لأجل ذلك الاحتمال بترك المرأة مخافة أن يقع في الحرام.

-حديث: " واحتجني 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 الاحتجاج هاهنا فليس فيه إلا ترك أمر مباح على تقدير ثبوت المحرمية. (237)

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

-حديث عدي: يجاب 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 بالريبة 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.

(236) ابن حزم الإحكام 14/6

(237) ابن دقيق. إحكام الإحكام شرح عمدة الأحكام 205/2

ويجاء عن سائر الوجوه الأخرى بما يلي: القول بأن السلامة في الاحتياط به تبرأ الذمة وتدرأ المفسد وتبرأ العهدة من التكليف، 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. (238)

2- مناقشة أدلة المانعين:

- 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 مذموماً ومنهياً عنه مطلقاً، بل فيه ما هو مقبول شرعاً 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. فلماذا تثبت الأحكام به كما قال القرافي لندرة خطئه وغلبة إصابته والغالب لا يترك للنادر. أما الثاني فهو الظن الناشئ عن غير دليل وهو الذي جاءت بدمه الآيات.

- الاستدلال بقوله تعالى: " ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب " وقوله: " قل أرأيتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حلالاً وحراماً. "

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

- الاحتياط لا يتعارض مع قوله تعالى: " وقد فصل لكم ما حرم عليكم " لأن السنة بينت أن هناك أموراً مشتبهاً وقد جاء الشرع ببيان حكم المشتبه وهو الاحتياط كما في قوله عليه السلام: " فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه. "

الجواب عن الاستدلال بالسنة:

- حديث: " إذا وجد أحدكم في بطنه " والجواب: أن مسألة توهم الحدث لا تصلح دليلاً 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.

-حديث أبي الدرداء: " ما أحل الله في كتابه فهو الحلال": هذا الحديث خارج عن محل النزاع، لأن المسكوت 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 فرّق بينهما المسكوت والمشتبه هو النبي ﷺ كما في حديث النعمان.

-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 قطعا 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 يحرم الحلال من أجل الاحتياط وخوف الوقوع في الحرام وقد لا يقع فيه يقع هو نفسه في يقين الحرام لأنه يحرم 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 يجرموا كل مشتبه بالسوق. فالجواب: أن هذا إلزام 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. ثانيا: الاحتياط لا يتعلق بالخروج من الخلاف بل هو أنواع وصور أخرى. وعلى فرض التسليم بأن المكلف محتاط 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.

رابعاً/ الترجيح: إن القول بحجية العمل بالاحتياط يجد قوته في أدلة الكتاب والسنة وعمل السلف وفتاواهم واجتهاداتهم الكثيرة المبنية على الاحتياط خاصة وأن القائل بعدم حجتيه قليل وأدلتة 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.

الفرع السابع: 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:

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.

1- الاحتياط العقلي: العقل لا يستقل بإثبات الأحكام الشرعية إلا على نحو التبع للأدلة التي نصبها الشارع لإثبات الأحكام الشرعية بها، إلا أن العقل يعتبر أصلاً 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." (239)

فلاحتياط 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. (240)

أما عند الإمامية فلاحتياط العقلي عندهم عبارة عن حكم العقل بلزوم إتيان فعل يحتمل الضرر الأخرى في تركه ولزوم ترك فعل يحتمل الضرر الأخرى في فعله. فإذا علمنا بوجوب صلاة قبل العصر وشككنا في أنها

(239) المستصفي للغزالي. ص 80 وما بعدها. تعارض الأدلة الشرعية في الفكر الإسلامي. إبراهيم شوشار. ص 25

(240) الزركشي. المنشور في القواعد الفقهية 71/2

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. (241)

2-الاحتياط الشرعي: وهو الذي يكون الحاكم فيه بوجوب 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 ﷺ 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: "واحتجبي منه يا سودة" وحديث عدي بن حاتم وحديث المرضعة. (242)

-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. (243) 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." (244)

التقسيم الثاني: من حيث المشروعية وعدمها: ينقسم الاحتياط إلى مشروع وغير مشروع.

(241)الميرزا علي المشكيني. كتاب اصطلاحات الأصول ومعظم أبحاثها. ص42. في كتاب تحرير الوسيلة للخميني أن حكم صلاة الجمعة التخيري في أدائها أو تركها والاكْتفاء بصلاة الظهر والجمعة أفضل والظهر أحوط وأحوط من ذلك الجمع بينهما. [تحرير الوسيلة. ص1211] مع التنبيه إلى أن العقل يعتبر مصدراً تبنى عليه الأحكام مطلقاً عند الشيعة.

(242)الموافقات4/35

(243)لفظه: ولا تستبرأ العذراء" صحيح البخاري3/110

(244)التبصرة10/4506

1-الاحتياط المشروع: أو الحمود وهو الذي بعث الله به نبيه محمد ﷺ وهو اتقاء ما يخاف أن يكون سببا للذم والعقاب عند عدم المعارض الراجح بعبارة ابن تيمية. (245) 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:

القاعدة 1: اختلاط المباح بالمحظور. واختلاط المباح بالمحظور قسمان:

القسم الأول: أن يكون المحظور محرما لعينه كالدم والبول والخنزير، فهذا القسم إذا خالط حلالا وظهر أثره فيه حرم تناول الحلال مراعاة لمصلحة الواجب ولا يقال إنه 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. (246)

ومن الأمثلة اختلاط موتى المسلمين بالكفار، يغسل الجميع ويكفنون ويصلى عليهم تحصيلا لحقوق المسلمين ويحتج لذلك بأن النبي ﷺ مرّ بمجلس وفيه أخلاط من المسلمين واليهود فسلم عليهم. (247)

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 تعلق بجهة كسبه.

القاعدة 2: "قاعدة اشتباه المباح بالمحظور." عند الاشتباه يقدّم المحظور تقدما 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

(245) مجموع الفتاوى 138/20

(246) الأدلة الاستنباطية. ص 427

(247) سنن الترمذي. كتاب أبواب الاستئذان والآداب عن رسول الله ﷺ. باب ما جاء في السلام على مجلس فيه المسلمون وغيرهم

تقديم المحذور على المباح اشتباه الطاهر بالنجس من الأواني والثياب مع تعذر معرفة الطاهر منهما فإنه يجب اجتنابهما درءاً لمفسدة النجس منهما وقيل يصلي في كل ثوب صلاة ليؤدي الفرض في ثوب متيقن الطهارة وقيل بل يجتهد في أحد الثوبين ويولي وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية. (248)

ومن الأمثلة: لو طلق إحدى امرأته بعينها ثم اشتبهت عليه بالأخرى فقيل 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. (249)

القاعدة 3: "قاعدة الشك في العين الواحدة هل هي من قسم المباح أو من قسم المحذور." الشك الواقع في المسائل نوعان كما قرره ابن القيم:

- شك سببه تعارض الأدلة والأمارات وذلك كقولهم في سؤر الحمار أنه مشكوك فيه فتوضاً به وتيمم فهذا الشك لتعارض دليلي الطهارة والنجاسة في إلحاقه بالهرة أو بالكلب فيبقى أمره مشكلاً فيحكم بنجاسته احتياطاً.

- شك عارض للمكلف بسبب اشتباه أسباب الحكم عليه وخفائها لسيانته 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 مسأله. مثاله إذا شك في الماء هل أصابته نجاسة أو لا بني على يقين الطهارة ولو تيقن النجاسة ثم شك هل زالت أم لا بني 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.

(248) ابن القيم. بدائع الفوائد 3/776

(249) ابن القيم. بدائع الفوائد 3/779

*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. (250)

-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 احتياطا 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. (251)

النوع 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. (252)

من أمثلته إذا مس الرجل امرأة فأه يتوضأ استحبابا خروجا 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: " في فصل فرق يه بين الاحتياط والوسوسة: أن الاحتياط الاستقصاء والمبالغة في اتباع السنة من غير

(250) ابن القيم. بدائع الفوائد 3/791

(251) العز. القواعد 2/19-20

(252) العمل بالاحتياط. ص 244

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. " (253)

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 اللهفان يغسل داخله عينيه حتى عمي. (254)

3-التقسيم الثالث للاحتياط: من حيث الفعل والترك.

وينقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الاحتياط الفعلي وهو الاحتياط للفعل الذي يحتمل أن يكون مطلوبا من جهة الشارع بأدائه والقيام به سواء كان مطلوبا على جهة الجزم والحتم أو كان مطلوبا 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 التركي. وهو الاحتياط للفعل الذي يحتمل أن يكون منهيا عنه من جهة الشارع بتركه واجتنابه سواء كان منهيا عنه على جهة الحتم والإلزام أو على غير جهة الحتم والإلزام. فإن تردد الفعل بين المحرم والمكروه أو المكروه والمباح فالاحتياط اجتنابه دفعا لما يتوهم من مفسدة المكروه والحرام. كترك إدخال اليدين في الإناء قبل غسلهما ثلاثا يكره أم يحرم. (255)

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

(253) الروح/2/714

(254) إغاثة اللهفان/1/226

(255) سماعي. نظرية الاحتياط. ص30

أم لا؟ والمقصود هنا تعارض ما ثبت عن النبي من جواز التنفل على الدابة حمارا فرسا ونحوه وما ثبت عن نهي
عن ركوب النمار والمقصود الركوب على جلودها بحيث يوضع على ظهر الدابة فهل يجوز أن يصلي عليه أم
لا؟ (256)

الفرع الثامن: مجالات العمل بالاحتياط

لقد سبق البيان أن الاحتياط ليس دليلا شرعيا وإنما هو قائم مقام الدليل الشرعي عند تعذر الوصول
إليه أو تعسر معرفته. ولهذا يمكن القول إن مجال العمل بالاحتياط هو المجال الذي لا يستطيع المكلف أن يعين
موضع الحكم الشرعي الذي وضعه الشارع في أصل الشريعة وعلمه المكلف 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
مستقرا يثبت فيه ويعتمد عليه. ويصح أن يكون مستعارا من الشك وهو لصوق العضد بالجنب وذلك بأن
يتلاصق النقيضان فلا مدخل للفهم والرأي لتخلل ما بينهما. (257)

تعريف الشك اصطلاحا: عرفه الباجي بقوله: "تجويز أمرين لا مزية لأحدهما على الآخر." (258) 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." (259)

ومثار الشك إما أن يكون في أصل الشيء كمن شك هل طلق امرأته يقينا ثم شك هل حنث أم لا؟

(256) الفواكه الدواني 243/1

(257) تاج العروس 594/13، المفردات في غريب القرآن. ص 265

(258) الحدود. ص 29

(259) تهذيب الأسماء واللغات 166/2

الأول قال مالك: من شك هل طلق أم لا، فشكّه وسوسة فيستصحب الحل. ولو حلف يقينا ثم شك هل حنث أم لا؟ فشكّه هنا معتبر يوجب الانكفاف والحظر. (260)

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 ويبي 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 يخيل 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" فالتمرة التي وجدها النبي أحد تمرتين إما تمرة 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. (261)

(260)الزركشي . البحر المحيط/105/1

(261)القرافي . الذخيرة/1/219

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." (262) وفي حاشية الطحطاوي استحباب الوضوء من مس الذكر للخروج من خلاف العلماء فإن العبادة المتفق عليها خير من العبادة المختلف فيها." (263) وعند المالكية لا تكره البسملة في الفرض إذا قصد بها الخروج من خلاف من أوجبها. بشرط ألا ينوي بها فرضية ولا غيرها. (264)

(262) النووي. روضة الطالبين 61/1

(263) حاشية على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح. ص 61

(264) حاشية العدوي 289/1

الفرع التاسع: ضوابط العمل بالاحتياط

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

الضابط 1: ألا يكون في المسألة المحتاط 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 يشبهه معناه عليه إجمالا في اللفظ أو اشتراكا فيه أو عموما أو خصوصا وغيرهما مما يكون سببا في اختلاف الفقهاء، وهذا ما يؤكد حديث النعمان " وبينهما أمور مشتبهات " أي لغموض الدليل وخفائه وليس لعدم وجوده بدليل قوله بعد ذلك: " لا يعلمها إلا قليل " ولو لم يكن عليها دليل لم يعلمها قليل ولا كثير. (265)

أما مع وجود الدليل وظهور دلالاته فإنه يحرم العمل بالاحتياط إذا كان مخالفا للنص من الكتاب والسنة.

يقول ابن تيمية: " الاحتياط إنما يشرع إذا لم تتبين سنة رسول الله فإذا تبينت السنة فاتباعها أولى. " (266)

ومن الأمثلة على ذلك: القول بصوم يوم الشك احتياطا لرمضان فإنه مخالف للدليل الصحيح: " من صام اليوم الذي يشك فيه فقد عصى أبا القاسم. " (267) ومثاله من يغسل أعضاء الوضوء أكثر من ثلاث احتياطا فقد جاء وصفه في الحديث بالإساءة والظلم والتعدي. (268)

الضابط 2: ألا يفرضي الأخذ بالاحتياط بالمكلف إلى الحرج والمشقة، لأن مقاصد الشارع التوسعة على الناس. وقد مرّ 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

(265)التقريب والإرشاد للباقلاني 301/1

(266)مجموع الفتاوى 54/26

(267)سنن الترمذي. أبواب الصوم عن رسول الله ﷺ. باب ما جاء في كراهية صوم يوم الشك 61/3 برقم 686

(268)ولفظه: " جاء أعرابي إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فسأله عن الوضوء، فأراه ثلاثا ثلاثا، ثم قال: " هذا الوضوء، فمن زاد على هذا،

فقد أساء، أو تعدى، أو ظلم " إسناده صحيح أخرجه أحمد والنسائي وابن ماجه وغيرهم. البدر المنير 144/2

الذباب يقعن على العذرات ثم يطير فيقع على جلد الرجل فأردت أن أتخذ ثوبا إذا دخلت الكنيف لبسته. ثم قال: لا ينبغي لي شيء لا يسع الناس." (269)

الضابط3: 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" (270) والأمثلة على هذا كثيرة كمن يترك المسح على الخفين أو يترك قصر الصلاة في السفر أو الفطر في الصيام في السفر.

الضابط4: ألا يوقع العمل بالاحتياط في الوسواس. فشر 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 طروء نجاسة عليه لم يشاهدها أو من يمتنع من أكل الصيد خشية أن يكون ملكا لإنسان قد انفلت منه...

وقد عزا الإمام الغزالي أسباب الوسوسة إلى أمرين اثنين: قال: إما جهل بالشرع أو خبل بالعقل وكلاهما من أعظم النقائص والعيوب. (271)

فشتان بين الاحتياط الذي هو استقصاء في المتابعة للنبي بلا إفراط ولا تفريط وبين الوسوسة التي هي محض ابتداع في الدين كما مر من قول ابن القيم.

(269) الطبقات 5/162، إغاثة اللهفان 1/136

(270) مجموع الفتاوى 26/54

(271) إغاثة اللهفان 1/139

الضابط05: 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. (272)

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. (273)

ومن الأدلة على عدم اعتبار الشك الضعيف والعمل بالشبهة المستندة إليه أن النبي ﷺ 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. (274)

الفرع العاشر: 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 مطلبين اثنين: بيان أثر الاحتياط في القواعد الفقهية وفي الثاني بيان أثر الاحتياط في الفروع الفقهية والتطبيقات العملية.

المطلب الأول: 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. (275)

(272) سماعي. نظرية الاحتياط. ص 216

(273) العز. القواعد 161/2

(274) مجموع الفتاوى 56/21

(275) سماعي. نظرية الاحتياط. ص 303

1- إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام. (276)

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. " (277)

والمقصود بالحلال هنا ما كان من قبيل ما يجوز فعله وتركه فيشمل على هذا المكروه والمندوب والمباح المصطلح عليه كما قال ابن أمير الحاج. (278) وبعضهم خص الحلال بالحلال المباح دون الواجب. (279)

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. (280)

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. (281)

وكذلك يقدم الحلال إذا كان من باب الحاجيات الي يلحق الناس بها مشقة وحرَج، 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:

(276) الأشباه والنظائر. ابن نجيم ص93 ، الأشباه والنظائر للسيوطي. ص105

(277) الأشباه والنظائر للسيوطي 106

(278) التقرير والتحبير 21/3

(279) نسبه في غمز عيون البصائر للحموي إلى الشافعية حيث قالوا إذا اختلط الواجب بالمحرم روعي مصلحة الواجب /335

(280) التقرير والتحبير 21/3

(281) 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 إلقائه على من ليس أهلا له. سماعي. نظرية الاحتياط ص305

- قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَسْبُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسْبُوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَلِكَ زَيْنًا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلُهُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ ﴾ [الأنعام: 108] المباح هنا سب آلهة المشركين التي اتخذت من دون الله تعالى إغاظة للمشركين وتحقيرا لمعبوداتهم والسبب المانع سبهم لله تعالى.

- حديث النعمان: "الحلال بين" فالمشتبهات هي التي توارد عليها سببان سبب يبيح وسبب يجرم.

من فروع هذه القاعدة:

1-مسألة الجمع بين الأختين بملك اليمين. قال عثمان رضي الله عنه: أحلتها آية وحرمتها آية والتحريم أحب إلينا. " قال السيوطي: " لو ملك أختين وطئ إحداها حرمت عليه الأخرى فلو وطئ الثانية لم تحرم عليه الأولى لأن الحرام لا يحرم الحلال. " (282)

2-حديث: " لك من الحائض ما فوق الإزار. " (283) وحديث: " اصنعوا كل شيء إلا النكاح " (284) الأول يقتضي تحريم ما بين السرة والركبة والثاني يقتضي إباحة ما عدا الوطء فيرجح التحريم احتياطا.

3-إذا اختلطت امرأة لا تحل له بنسوة قرية محصورات (285) قدم التحريم احتياطا بخلاف اختلاطها بنساء غير محصورات حتى لا ينسد باب النكاح رخصة من الله تعالى قاله الخطابي. (286)

4-إذا كان بعض الشجرة في الحل وبعضها في الحرم حرم قطعها.

5-لو اشتبه مذكى بميتة أو لبن بقره بلبن أتان لم يجز تناول شيء منها.

6-الهجرة على المرأة من بلد الكفر واجبة وإن كان سقرها وحدها محرما.

(282) الأشباه والنظائر. ص116

(283) سنن أبي داود. كتاب الطهارة. باب في المذي 153/1 برقم 213

(284) مسند أحمد 3/132 برقم 12376

(285) يضبط العدد المحصور بالتقريب فكل عدد لو اجتمع في صعيد واحد لعسر على الناظرين عده بمجرد النظر كالألف ونحوه فهو غير محصور وما سهل كالعشرة والعشرين فهو محصور وبين الطرفين أوساط متشابهة لحق بأحد الطرفين بالظن وما وقع فيه الشك ستفتي فيه القلب. الأشباه

والنظائر للسيوطي ص108

(286) الأشباه للسيوطي. ص61

يستثنى من هذه القاعدة فروع:

- 1- الاجتهاد في الأواني والثياب النجسة فإنه لا يجب اجتنابها.
- 2- الثوب المنسوج من حرير وغيره يحل إن كان الحرير أقل وحتى إن استويا في الأصح.
- 3- لو اعتلفت الشاة علفا حراما فإنه لا يحرم لحمها ولا لبنها ولكن الورع تركه.
- 4- لو مزج لبن امرأة بشيء بحيث استهلك فيه -أي اللبن بأن زالتا أوافه من طعم ولون ورائحة- لم يحرم إن شرب البعض لا إن شرب الكل. (287)
- 5- التفسير يجوز مسه للمحدث إن كان التفسير أكثر من القرآن أو استويا 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 صاحبة اللبن وهو لا يدري.

2- القاعدة الثانية: القادر على اليقين لا يعمل بالظن.

ومعنى هذه القاعدة أن القادر على العمل باليقين لا يلجأ إلى الظن ولا يجوز له الاجتهاد لأن الاجتهاد ظني. والظن خلاف اليقين وهو إدراك أمرين: أحدهما أرجح من الآخر. وهذه القاعدة من القواعد التي اختلف فيها العلماء وبالتالي اختلفوا في الترجيح في فروعها وتطبيقاتها. إلا أن ابن أمير الحاج حكى الإجماع على مضمون هذه القاعدة ومعناها. يقول رحمه الله تعالى: " لا يجوز الظن مع القدرة على اليقين إجماعاً. " (288)

ويمكن أن نرجع الخلاف المذكور سلفاً إلى تحقيق مناهة هذه القاعدة في المسائل والفروع وليس إلى معناها ومضمونها المتفق عليه بين العلماء. والأصل كما قال القرابي أن الأحكام لا تبنى على العلم لقوله تعالى: ﴿وَلَا

تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا ﴿٣٦﴾ [الإسراء: 36]

(287)الأشباه للسوطي. ص107 وما بعدها.

(288)التقرير والتحبير

لكن عند تعذر العمل باليقين والعلم يصار إلى الظن وإن كان احتمال الخطأ فيه وارد لكنه نادر والصواب غالب وكثير، والنادر لا يترك له حكم الغالب الكثير. (289)

وقد فرق بعض العلماء في أعمال هذه القاعدة بين ما كان يعتد فيه بالقطع فلا يجوز ترك اليقين والعمل بالظن أو الاجتهاد كاجتهاد القادر على النص فلا يجوز له الاجتهاد أو كان بمكة لا يجوز له الاجتهاد في القبلة.

وبين ما لم يتعبد فيه بالقطع فيجوز له الاجتهاد حينئذ بين الطاهر والنجس من الثياب والأواني مع القدرة على طاهر ييقين. (290) وجواز الاجتهاد بين الإناءين مع وجود الطاهر ييقين مبني على القول بجواز الاجتهاد بحضرة النبي ﷺ. (291)

ومن الفروع: استقبال حجر البيت وحده قيل تصح الصلاة لأنه من البيت كما جاء في الحديث الصحيح. وأصحهما أنه لا يصح لأن القادر على اليقين في القبلة لا يأخذ بالظن والحديث لا يفيد إلا الظن ولهذا اختلف في قدر الحجر على ما جاءت به الروايات ففي رواية أن من الحجر من البيت وفي أخرى سبعة أذرع وفي أخرى ستة وفي أخرى خمسة وكلها في صحيح مسلم. (292)

3- القاعدة الثالثة: ما حرم استعماله حرم اتخاذه. (293)

وارتباط هذه القاعدة بالاحتياط يظهر في تحريم ما يكون ذريعة إلى المحرم أو المنهي عنه لأن ما حرم على المسلم استعماله واستخدامه حرم عليه أن يتخذه ويمتلكه لأن اتخاذه وتملكه يفضي إلى استعماله ويكون ذريعة إلى استخدامه وما أفضى إلى حرام فهو حرام.

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

(289) الذخيرة

(290) الزركشي. المنثور 2/355

(291) القواعد للحصني 3/335

(292) القواعد للحصني 3/337

(293) الأشباه والنظائر للسيوطي. ص 150

-تحريم اتخاذ آلات اللهو وأواني الذهب والفضة والخمر والحريز والحلي للرجل والكلب لمن لا يصيد به.
فائدة: لا بد من التفريق في النهي عن الاستعمال وبالتالي الاتخاذ، بين ما كان التحريم فيه تحريماً مطلقاً
كالخمر فهي حرام مطلقاً وبالتالي يحرم اتخاذها، وبين ما كان التحريم فيه من وجه كالسم مثلاً فيحرم أكله
لكن يجوز قتل الحشرات مثلاً به الذهب حرام للرجال لكن يجوز تملكها واتخاذها له لبيعها.

المطلب الثاني: أثر الاحتياط في الفروع الفقهية والتطبيقات العملية.

إذا كان الاحتياط كما ذكرنا سابقاً يدخل في سائر أبواب الفقه، فإن المسائل التي قررت أحكامها
بناء على أصل الاحتياط نجدتها 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 ال ذهب المالكية في المشهور عندهم إلى إيجاب الطهارة
على الشاك في الحدث احتياطاً للعبادة حتى تؤدي بيقين طهارة. ولأن الذمة لا تبرأ إلا بيقين فلزم إيجاب
الطهارة من الشك في الحدث لأنه اليقين. (294) وذهب الجمهور إلى عدم إيداب الطهارة من الشك الطارئ
على الطهارة المتيقنة لقوله عليه السلام: " الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة فقال: لا ينفتل أو لا
ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً." (295)

وإن كان مذهب مالك أقوى من حيث النظر، لأن الاحتياط للمقاصد-العبادة وبراءة الذمة بها- أولى من
الاحتياط للوسائل (الطهارة) إلا أن الحديث يعارضه.

2-الحامل ترى الدم، هل تصلي أو لا؟

والخلاف حاصل أيضاً بين الفقهاء فيما 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
احتياطاً للعبادة وقد نهى النبي ﷺ الحائض عن الصلاة.

(294)التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب 10/1

(295)صحيح البخاري. كتاب الوضوء. باب لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن 64/1 برقم 137، صحيح مسلم. كتاب الطهارة. باب لا

يتوضأ من الشك حتى يستيقن. 189/1 برقم 731

وذهب غيرهم إلى أن الحامل لا تحيض وما تراه الحامل دم استحاضة فلا تترك لأجله الصلاة احتياطاً للعبادة التي شغلت بها الذمة. وأصل العبادات أن تكون مبنية على الاحتياط. (296)

3- أقل الرضاع: الخلاف بين الجمهور في تحريم مطلق الرضاع احتياطاً للتحريم لقوله عليه السلام: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب." 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 يحرم من ثم نسحن بخمس معلومات فتوفي رسول الله ﷺ وهي فيما يقرأ من القرآن. (297)

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. (298)

4- معاملة من ماله حرام وحلال (مختلط):

اتفق الفقهاء على أن معاملة من كان ماله حرام لا تجوز (299) كما اتفقوا على جواز معاملة من أكثر ماله حلال.

واختلفوا فيما كان أكثر ماله من الحرام على أقوال:

القول الأول: 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. (300)

(296) التوسط بين مالك وابن القاسم. ص 41

(297) صحيح مسلم. كتاب أبواب الرضاع. باب التحريم بخمس رضعات.. 167/41 برقم 3587

(298) الذب عن مذهب مالك. 337/1

(299) الشرح الكبير للدردير 277/3، المجموع شرح المهذب 343/9

(300) مجمع الأنهر 18/4 الذخيرة للقراني 317/13

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

فرع: ذهب بعض الحنفية أن الرجل لو أخذ مورثه رشوة أو ظلما إن علم وارثه ذلك بعينه لا يحل له أخذه وإن لم يعلمه بعينه له أخذه حكما لا ديانة فيتصدق به بنية الخصماء. (301)

فرع: أجره تأديب الأولاد إذا كانت ممن الغالب على ماله الحرام أو على بعضه أو يكون حراما قال في المعيار: "وأما تأديب أولاد المكاس ومن هذه صفتها بأجرة من جهته فمختلف فيها والمشهور كراهية معاملته." (302)

فرع: لا يحل الميراث المال الحرام في قول مالك وأكثر أهل المدينة والحسن وابن شهاب يحلونه بالميراث وأوسط الأقوال إنه لا يحل المعصوب شيئا، وأما فاسد البيوع وربما الطعام والذهب والفضة فيحلله الميراث.

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." (303)

(301) مجمع الأخر 187/4

(302) المعيار 25/1

(303) المعيار 141/1



نظرية الإسقاط

تمهيد:

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 والإيضاء، أو تقييد الصرف أي منع الشخص من التصرف كالحجر، وعزل الولي والوالي والقاضي... الخ. 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. (304) وعليه فإن الإسقاط يعتبر واحداً من أهم الأغراض والغايات التي تقصد من إنشاء العقود في الفقه الإسلامي. وقد تناول الفقهاء أحكامه ومسائله المبتوثة في عديد الأبواب الفقهية، كالمعاوضات والمناكحات والجنائيات وسائر الأبواب الفقهية الأخرى، الأمر الذي يجعل تنظيم أحكامه وفق ضوابط دقيقة، حاجة ملحة تحت مسمى ومضمون النظرية فما هي أبعاد نظرية الإسقاط؟

الفرع الأول: حقيقة الإسقاط

أولاً/ تعريف الإسقاط:

1- تعريفه لغة: مصدر أسقط يسقط إسقاطاً ويأتي الإسقاط في اللغة على معان: (305)

-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. (306)

(304) الفقه الإسلامي وأدلته 3097/4

(305) تاج العروس 354/19

(306) لسان العرب 318/7

-**الوضع:** ياقل: وضع عنه الدين والدم وجميع أنواع الجناية أي أسقطه عنه وفي الحديث: " ينزل عيسى بن مريم فيضع الجزية. " (307)

2-تعريف الإسقاط اصطلاحاً: لم يول الفقهاء عناية كبيرة بتعريف الإسقاط وإن كان معناه عندهم من خلال مواضع استعماله (308) 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 التملك. أي هل يتبع الإسقاط تملك 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 التعريف:

"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 كالحلوع وبغير عوض كالإبراء من الديون. (309)

"عن حق": والمقصود به الحقوق القابلة للإسقاط وهي الحقوق الشخصية (310) كحق القصاص والشفعة والخيار. ويخرج بالتالي الحقوق غير القابلة للإسقاط (311) ومنها:

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

(307) لسان العرب 8/396

(308) كالهبة والوقف العتق الدين البيع الإجارة الشفعة

(309) القراني الذخيرة 1/159

(310) الحقوق الشخصية هي الحقوق التي يقرها الشرع لشخص على آخر كحق الزوجة والقريب في النفقة حق البائع في تسليم الثمن وحق المشتري في تسليم المبيع

(311) 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 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 والعين لا بد أن تثبت ملكيتها لأحد من الناس في حكم الشرع وإلا كانت سائبة مما نهي عنها الشرع: ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامِرٍ وَلَكِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا يَقْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكُذِبَ وَأَكْثَرُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ ﴾ [المائدة: 103]

-ومنها الحقوق التي يترتب عليها ضياع حق غيره كإسقاط الأم حقتها في حضانه ولدها والمطلق حقه في عدة مطلقة لأن هذه الحقوق المشتركة فالإنسان إذا كانت له ولاية على حق نفسه فليس له ولاية على إسقاط حق غيره. (312)

"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 لأن إسقاط 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. (313)

الفرع الثاني: مشروعية الإسقاط وحكمه التكليفي.

أولا/ مشروعية الإسقاط: وردت بعض النصوص الشرعية في الكتاب والسنة مما يمكن الاستدلال بها على مشروعية الإسقاط أو الإبراء:

-فمن القرآن: وله تعالى: ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ، وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾ [النساء: 34] وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَرَضْتُمْ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ وَإِنْ تَعَفُوا أَوْبَى لِلتَّوْفَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ

(312) الفقه الإسلامي وأدلته 4/2848

(313) الموسوعة الفقهية الكويتية 4/245

إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴿٢٣٦﴾ [البقرة: 236-237] ووجه الدلالة: أن الله تعالى أذن للمطلقات في الواجب لهن من الصداق أن يسقطنه بعد وجوبه حيث جعله حقا خالصا لهن يتصرفن بالإمضاء والإسقاط. (314)

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: ﴿فَإِنْ طَبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴿٤﴾﴾ [النساء: 4] وفيه دلالة على أن للمرأة أن تهب زوجها صداقها والهبة فيها معنى الإسقاط والإبراء سواء كانت ثيبا أم بكرا وخالف مالك في البكر وجعل ذلك إلى وليها. (315)

قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَابُ فِي الْقِتْلِ الْحُرِّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْأَنْثَىٰ بِالْأُنْثَىٰ فَمَنْ عُنِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْهُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّئْ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ أَعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿١٧٨﴾﴾ [البقرة: 178] ومن معاني الإسقاط كقوله تعالى: ﴿وَأَعْفُ عَنَّا﴾ [البقرة: 286] "واعف عنا" وقوله ﷺ: " وعفوت لكم عن صدقة الخيل والريق." (316)

-ومن السنة:

1- ما رواه البخاري أن كعب بن مالك كان له دين على ابن أبي حدرد تقاضاه إياه في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله ﷺ وهو في بيته فخرج إليهما رسول الله ﷺ حتى كشف سجف - أي الستر - حجرته ونادي يا كعب قال: لبيك يا رسول الله ﷺ قال: ضع من ينك هكذا وأوماً إليه - أي الشطر - قال: لقد فلعت يا رسول الله قال: قم فاقضه. (317)

2- ما رواه مسلم: عن عبادة بن الوليد بن عبادة بن الصامت قال: قال : خرجت أنا وأبي نطلب العلم في هذا الحي من الأنصار ، قبل أن يهلكوا ، فكان أول من لقينا أبا اليسر ، صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومعه غلام له ، معه ضمامة من صحف ، وعلى أبي اليسر بردة ومعافري ، وعلى غلامه بردة ومعافري،

(314) ابن العربي أحكام القرآن 293/1

(315) ابن العربي أحكام القرآن 325/2

(316) ابن العربي أحكام القرآن 96/1

(317) صحيح البخاري. أبواب المساجد. باب التقاضي والملازمة في المسجد 174/1 برقم 544

فقال له أبي : يا عم إني أرى في وجهك سفعة من غضب ، قال : أجل ، كان لي على فلان ابن فلان الحرامي مال ، فأنتيت أهله ، فسلمت ، فقلت : ثم هو ؟ قالوا : لا ، فخرج علي ابن له جفر ، فقلت له : أين أبوك؟ قال : سمع صوتك فدخل أريكة أُمي ، فقلت : اخرج إلي ، فقد علمت أين أنت ، فخرج ، فقلت : ما حملك على أن اختبأت مني ؟ قال : أنا ، والله أحدثك ، ثم لا أكذبك ، خشيت والله أن أحدثك فأكذبك ، وأن أعدك فأخلفك ، وكنت صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكنت والله معسرا قال : قلت : الله قال : الله قلت : الله قال : الله قال : الله قال : إن وجدت قضاء فاقضني ، وإلا ، أنت في حل ، فأشهد بصر عيني هاتين ، ووضع إصبعيه على عينيه ، وسمع أذني هاتين ، ووعاه قلبي هذا ، وأشار إلى مناط قلبه ، رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يقول : من أنظر معسرا ، أو وضع عنه ، أظله الله في ظله." (318)

3- ما رواه الترمذي: من حديث أبي هريرة قال: لما فتح الله على رسوله مكة قام في الناس فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: «ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين، إما أن يعفو، وإما أن يقتل.» (319)

وهذه الأحاديث كلها تدل على مشروعية العفو والإنظار والتجاوز وهي بمعنى الإسقاط.

4- ما فعلته سودة بنت زمعة لما وهبت يومها وليلتها لعائشة تبتغي بذلك رضا رسول الله ﷺ. (320)

5- لما كان يريد النبي ﷺ السفر يقرع بين نسائه. (321) والقرعة متضمنة لإسقاط الحق. ويمكن الاستدلال على مشروعية الإسقاط بالنظر الصحيح، وهو أن الإسقاط يتضمن معاني الرحمة والإحسان والتعاون وتفريج الكرب ورفع الحرج والمشاق وكل ذلك مما رغبت فيه الشريعة.

ثانيا/ الحكم التكليفي للإسقاط: مع مشروعية الإبراء السابقة، فإن الإسقاط تعرض له الأحكام التكليفية الخمسة:

(318) صحيح مسلم. كتاب الرقاق. باب حديث جابر الطويل وقصة أبي اليسر 231/8 برقم 7622

(319) سنن الترمذي. أبواب الدييات عن رسول الله ﷺ. باب ما جاء في حكم ولي القتيل في القصاص والعفو 21/4 برقم 1405

(320) صحيح البخاري. كتاب النكاح. باب كثرة النساء 1950/5 برقم 4780

(321) مسند أحمد 114/6 برقم 24878

-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. (322)

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

-وقد يكون حراما إذا تضمن إبطال حق من الحقوق كإبطال حق مسلم في الشفعة برفع ثمن العقار مواطأة بين البائع والمشتري ثم إبراءه 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 أهلك أغنياء خير من أن تدعهم فقراء يتكفون الناس.» (323)

الفرع الثالث: 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. (324) 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. (325)

(322)القواعد لابن رجب 45

(323)صحيح البخاري. كتاب الحج 2.. باب رثى النبي ﷺ خزامة بن سعد 435/1 برقم 1233

(324)خلافا للحنابلة الذين يرون أن الإبراء إسقاط وليس تملكيا" ولهذا عرفه بعض الحنفية بما يفيد -أي الإبراء- أنه إسقاط وتمليك: "تمليك

من وجه وإسقاط من وجه" البحر الرائق 7/503 وفي المغني لابن قدامة: "الإبراء إسقاط وليس تملك". 197/7

(325)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 ثابتاً على ما هو عليه. (326)

3- التمليك والإسقاط: التمليك نقل الملك وإزالته إلى مالك آخر. (327)

والفرق بين التمليك والإسقاط أن التمليك عملية نقل للملك بينما الإسقاط إزالة وليس نقلاً للملكية. إلا أنه قد يجتمع كل من التمليك 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: " والمقاصة نوع من الإسقاط إذ هي إسقاط ما للإنسان من دين على غيره فهي إسقاط بعوض في حين أن الإسقاط المطلق يكون بعوض ويغير عوض وبذلك تكون المقاصة أخص من الإسقاط. (328)

الفرع الرابع: 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 الفعل 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." (329) أما ما سوى هذه الإسقاطات التي

(326) نظرية السقوط في الفقه الإسلامي. ص 20

(327) التمليك قد يكون بالبيع في المنقولات والأعيان أو بالإجارة في المنافع وقد يكون بغير عوض كالهبة.

(328) الموسوعة الفقهية الكويتية 4/227

(329) البحر الرائق 4/373

اصطلح عليها بمصطلحات وتسميات خاصة كالطلاق، العتق، العفو،... فإن الصيغة العامة التي تدل عليها هو حقيقة لفظ: الإسقاط وما هو بمعناه. (330)

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. (331)

-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 التمليك 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 التمليك كإبراء المدين من الدين أي الجهتين تغلب؟ هل 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... أم تغلب جهة التمليك كما هو الراجح عند المالكية وبعض الشافعية ولهذا قالوا بتوقف إبراء الدين من الدين على القبول لأن الإبراء نقل للملك فيكون من قبيل الهبة التي يشترط فيها القبول. والحكمة حفظ كرامة المدين لما قد يلحقه من معرة المنة بالإبراء من الدين. (332)

(330) الموسوعة الفقهية الكويتية 4/229

(331) لوامع الدرر في هتك أسرار المختصر 10/631

(332) الموسوعة الفقهية الكويتية 4/231

2-المسقط: -من يملك الإسقاط- الإسقاط كما يكون من قبل 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 امتثالاً لأمر الشرع إيجاباً 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 صحيحاً لا بد من توافر ما يلي:

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

-عدم الإكراه: فلا يصح إسقاط المكره.

-عدم الضرر: كإسقاط المريض مرض الموت.

-المالك لما يتصرف فيه بالإسقاط. أما تصرف الفضولي بالإسقاط فأجازه الحنفية والمالكية موقوفاً على إذن المالك وإجازته ومنعه الشافعية والحنابلة. (333)

3-المسقط عنه: وهو من تقرر الحق من قبله-أي من ثبت عليه الحق- ويشترط أن يكون معلوماً. والجهالة في المسقط عنه إنما تتصور في الإبراء من الدين وفي الإعتاق وفي الطلاق ونحوها. وإن كان الغالب أن الإسقاط يكون المسقط عنه فيه معروفاً كما في القصاص والشفعة ونحوهما. وقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط في إسقاط الدين أن يكون المسقط عنه معلوماً، فلو قال الدائن مثلاً أبرأت شخصاً أو رجلاً 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 قلته لم يصح الإبراء لعدم ثبوتها على العاقل.

(333)الموسوعة الفقهية الكويتية4/237 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."

أما بالنسبة للطلاق، فإنه يصح مع الإهتام ويلزم بالتعيين فإذا قال لزوجاته: إحدانك 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. (334)

4-المسقط- محل الإسقاط-: المحل الذي يجري عليه الصرف يسمى حقا. إلا أنه ليس كل حق يكون محلا لإسقاط. 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.

أولا/ ما يقبل الإسقاط: إن المحال (335) التي تجري عليها التصرفات تشمل الأعيان ومنافعها والديون والحقوق المطلقة (336) وكل من ملك واحدا منها جاز له التصرف فيه وثبت 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 مُسلما فيه أم دين نفقة 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 تملك وإسقاط أم هو إسقاط فقط؟

(334) بدائع الصنائع 3/224، أسهل المدارك 2/150 الأم للشافعي 5/280 الكافي في فقه ابن حنبل 3/221

(335) يسمى المحل الذي عليه التصرف حقا بمعناه العام الذي يشمل الأعيان والمنافع والديون والحقوق المطلقة.

(336) 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 للمشتري 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

ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية (337) 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 ثمة هذا الخلاف في اشتراط القبول لصحة التصرف من عدمه فمن عدّه تمليكا اشترط فيه القبول ومن عدّه إسقاطا صحح التصرف بدون قبول. (338)

2-العين: الأصل أن الأعيان لا تقبل الإسقاط كما سيأتي توضيحه. لكن ثمة بعض التصرفات المتعلقة بالعين مما يقبل الإسقاط وذلك كالعتق والوقف. فالعتق 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: ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَاءُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿٩٢﴾ [النساء: 92] قال في التقرير والتحبير: "لأن في الإعتاق إسقاط ملك الرقبة" (339) وأما الوقف فهو أيضا إسقاط ملك وهو محل اتفاق في المساجد. قال في منح الجليل: "واتفق العلماء في المساجد أن وقفها إسقاط ملك." (340)

(337) غمز عيون البصائر 3/92، منح الجليل 4/86، المهذب 1/455

(338) نظرية السقوط. ص 31 وما بعدها.

(339) 40/2

(340) 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. (341)

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. (342)

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 والأهوار. أما المنفعة فهي اختصاص يكسب صاحبه أن ينتفع بنفسه وأن يملكها لغيره بعوض وبغير 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. (343)

(341) نظرية السقوط. ص 57

(342) الأشباه لابن نجيم. ص 272

(343) الموسوعة الفقهية الكويتية 4/240

4-الحق المطلق: يقسم الحق بحسب من يضاف إليه إلى حق خالص لله تعالى وحق خالص للعبد وحق اجتمع فيه الحقان. (344)

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 عن من 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 (345) 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 كان 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. (346)

(344)الفقه الإسلامي وأدلته4/834

(345)الموسوعة الفقهية الكويتية4/234

(346)الأشباه لابن نجيم. ص178

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 رقع 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. (347)

ثانيا/ ما لا يقبل الإسقاط:

1- 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. (348) ويستثنى من ذلك الوقف والعتق.

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

والمشهور من مذهب المالكية أن البراءة من المعينات يسقط بها الطلب بقيمتها إذا فاتت والطلب برفع اليد عنها إذا كانت قائمة. (349)

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

(347) انظر هذه الأمثلة في الموسوعة الفقهية الكويتية 244/4

(348) الفقه الإسلامي وأدلته 2848/4

(349) لوامع الدرر 308/10

ثالثا/ 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 أجازته أكثر العلماء إذا لك يكن المشفوع فيه صاحب شر وأذى للمسلمين فإن كان لم يشفع فيه." (350)*
*وما لا يقبل الإسقاط من حقوق الله تعالى التي شرعت لمصلحة العباد:

-الولاية على الصغير باتفاق الفقهاء.

-السكنى في بيت العدة: حال وقوع الفرقة أو الموت لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: 1] فلا يجوز إسقاطه لمنافاته للمشروع إلا ما ذهب إليه الحنابلة في المبتوتة لحديث: "لا نفقة وسكنى لك" واستحبوا لها ذلك. (351)

-خيار الرؤية: لا يجمز إسقاطه لأنه ثابت بالشرع فكان حقا لله تعالى لحديث: "من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه." (352).

-حق الرجوع في الهبة وهي هبة الوالد لولده عند الجمهور غير الحنفية (353) وهو حق ثابت شرعا لحديث: "لا يجل 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-. (354)

رابعاً/ 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.

(350) شرح النووي على مسلم 186/11

(351) الموسوعة الفقهية الكويتية 4/250

(352) أخرجه الدارقطني مسندا ومرسلا. البدر المنير 9/4

(353) يجوز الحنفية الرجوع في الهبة مطلقا سواء من الوالد أو غيره إذا لم يوجد مانع من موانع الرجوع في الهبة.

(354) الذخيرة للقراي 6/223

2- إسقاط الحق قبل وجوبه وبعد وجود سبب الوجوب، كإسقاط الشفعة قبل البيع وإسقاط حق الحضانة قبل وجوبها وهذا أمر متفق فيه بين الفقهاء. (355) إلا أنهم اختلفوا في الإسقاط بعد ورود سبب الوجوب وقبل الوجوب فذهب الحنفية 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. (356)

الفرع الخامس: أقسام الإبراء والإسقاط

ينقسم الإبراء والإسقاط إلى عدة أقسام باعتبارات مختلفة، ومنها:

أولاً/ اعتبار العموم والخصوص: ينقسم الإبراء باعتبار لفظ العموم والخصوص إلى قسمين: إبراء عام وإبراء خاص.

1- 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. (357)

ومن ألفاظ 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. " (358)

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. " (359)

(355) بدائع الصنائع 19/5 الذخيرة للقرافي 41/7 أسنى المطالب 379/2 المرادوي. الإنصاف 408/15

(356) الموسوعة الفقهية الكويتية 251/4

(357) عدّ التفريق بين الإنشاء والإخبار هو الصحيح وظاهر الرواية في مذهب الحنفية وبه يقطع النزاع وهو الذي جرى عليه عرف القضاة في

العمل به. قاله ابن عابدين في حاشيته 203/8

(358) حاشية ابن عابدين 632/5، منح الجليل 147/6

(359) منح الجليل 467/6، لوامع الدرر في هتك أستار المختصر 305/10

فإذا ورد الإبراء بواحد من هذه الألفاظ كان إبراء عاما ويبرأ به الشخص من كل حق لفلان في الذمة أو ما كان تحت يده من الأمانات والودائع معلومة كانت أو مجهولة. كما يبرأ أيضا من الدعاوى والخصومات كالمطالبة بحد القذف والسرقعة.

والبراءة العامة التي يدل عليها اللفظ العام شاملة لجميع الحقوق مالية كانت أو بدنية. (360)

جاء في حاشية ابن عابدين: " وفي الخلاصة لا حق لي قبله فيدخل فيه كل عين ودين وكفالة وإجارة وجناية وحد. " (361)

2-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 لإفضاء 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. (362)

(360)لوامع الدرر 306/10، فتاوى ابن الصلاح303/1، جواهر العقود1/112، 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 مثلا 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 الدرر307/10

(361)204/8

(362)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. (363)

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 بما. (364)

ثانيا/ 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 الإبراء بحسب هذا الاعتبار إلى قسمين: إبراء إسقاط وإبراء استيفاء. (365)

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

2-إبراء الاستيفاء: وهو الإقرار بأن المبرئ قد استوفى حقه وقبضه. (366)

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. (367)

فيكون الأقل متيقنا والأكثر مشكوكا فيه فيقدم المتيقن وهو الأقل.

-الفرق بين الإبرائين: يمكن أن نفرق بين براءة الاستيفاء والإسقاط بما يلي:

(363) جاء في منح الجليل: " المراد من قبول القائل أبرأتك من داري التي تحت يدك أسقطت مطالبي بما ولا شك أنها تقبل الإسقاط 470/6

مجلة الأحكام العدلية. ص 305 المادة 1564

(364) حاشية الصاوي على الشرح الصغير 539/3

(365) الأشباه والنظائر لابن نجيم 225/1 المنشور في القواعد 85/1

(366) الدر المختار وحاشية ابن عابدين 156/5

(367) المحيط البرهاني 600/7، حاشية ابن عابدين 156/5، المنشور في القواعد 83/1

-أولا من حيث اللفظ وقد سبق.

براءة الإسقاط من باب إنشاء الالتزام وبراءة الاستيفاء من باب الإخبار. وثمرة 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. (368)

-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 إبراء إسقاط صح وسقط الدين. (369)

-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.

ثالثا/ 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 للعوض المبذول له بالإبراء والثاني براءة ذمة المبرأ. ومن أمثله: 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: ﴿فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَعْهُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَّ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ۗ﴾ [البقرة: 178] 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." (370)

(368) درر الحكام شرح مجلة الأحكام 9/4، الدر المختار 5/156

(369) فتاوى النووي. ص 136

(370) 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. (371)

-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 متقرا في المحل الذي تعلق به صح الاعتياض عنه.

وذكر بعض الحنفية ضابطا آخر وهو أن الحق إذا كان شرع لدفع الضرر فلا يجوز الاعتياض عنه، وإذا كان ثبت على وجه البراءة الأصلية فيكون ثابتا له أصالة فيصح الاعتياض عنه. (372)

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 لصرتها: لا يجوز الاعتياض عنه عند الحنفية والشافعية والحنابلة وأجازته المالكية لأنه عوض عن الاستمتاع أو عن إسقاط الحق. (373)

(371) تحفة المحتاج في شرح المنهاج 254/5، حاشية ابن عابدين 295/7

(372) الموسوعة الفقهية الكويتية 243/4

(373) البحر الرائق 385/3 الشرح الكبير للدردير 341/2 البيان في مذهب الشافعي 525/9 كشاف القناع 205/5

-**حق الشرب** وهو من حقوق الارتفاق وقد اختلف 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. (374)

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.

الفرع السادس: أحكام عامة تتعلق بالإسقاط:

ويمكن أن نوجزها في المسائل التالية:

أولا/ 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.

1- مذاهب العلماء: اختلف الفقهاء في إسقاط المجهول إلى قولين:

القول الأول: يجوز إسقاط المجهول ويصح الإبراء منه سواء كانت الجهالة في مقداره أم 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. (375)

(374) قاعدة الحنفية: "إذا كان الحق مجردا عن الملك فإنه لا يجوز الاعتياض عنه وإذا كان حقا مقررا في المحل الذي تعلق به صح الاعتياض

عنه." بدائع الصنائع/6/189 بداية المجتهد/2/168

(375) المبسوط/20/143 شرح الزرقاني على مختصر خليل 4/115 كشف القناع/3/197

القول الثاني: عدم صحة الإبراء من المجهول مطلقا وهو مذهب الشافعي في الجديد (376)

2-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. (377)

قال السرخسي: "ويصح الإبراء عن الجهالة لكونه إسقاطا." (378)

-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 الإبراء 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. (379) قال في الدر المختار: "لأن جهالة الساقط لا تفضي إلى المنازعة." (380)

3-الأدلة:

-أدلة الجمهور: استدلو بما يلي:

1-حديث أم سلمة قالت كنت عند النبي صلى الله عليه وسلم جالسة فجاءه رجلان من الأنصار يختصمان في أشياء قد درست وبادت فقال النبي صلى الله عليه وسلم: إنما أقضي بينكما فيما لم ينزل عليّ فيه شيء فمن قضيت له بشيء بحجة أراها فاقطع بها من مال أخيه ظلما أتى بها إسظاما في عنقه يوم القيامة. فبكى

(376) استثنى الشافعية من عدم صحة الإبراء من المجهول أمران: -الإبراء من إبل الدية وإن كانت مجهولة لأمرين: أحدهما ثبوتها في ذمة 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. لمجموع

(377)العزیز شرح الوجیز لرافعی 157/5

(378)المبسوط 241/30

(379)المجموع 370/16

(380)حاشية ابن عابدين 204/5

الرجلان وقال كل واحد منهما حقي له يا رسول الله الذي اطلب. قال لا ولكن اذهبا فاستهما وتوخيا ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه. " (381)

وجه الدلالة: في قوله عليه السلام: " ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه. " 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. " (382)

وفي قوله: " وتوخيا الحق " دليل على جواز الإبراء من المجهول لأن التوخي لا يكون في المعلوم " (383)

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. " (384)

3- أن الإبراء من التصرفات التي يقصد بها الإحسان والعفو وإبراء الذمة الجهالة 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. (385)

4- الجهالة إنما منعت لأجل الغرر فإذا رضي بالجملة فقد زال الغرر وصحت البراءة. (386)

(381) السنن الكبرى للبيهقي 6/66 رقم 11693

(382) نيل الأوطار 5/304

(383) فتح الباري 13/176

(384) الفتح 5/101

(385) بدائع الصنائع 5/173

(386) المغني 5/385

5- يصح الإبراء عن المجهول لأن الإبراء في معنى الهبة (387) والصلح (388)

وكلها تصح في المجهول لأنها عقود لا يقصد منها تنمية المال فتصان ماليتها بمنع المجهول منها بل هي عقود يقصد منها محق المال وليس تنميته فلا يناقضه الغرر والجهالة. (389) قال المواق: " ولما جازت هبة المجهول جازت الحمالة به لأنها معروف. " (390)

- أدلة القول الثاني: عدم صحة الإبراء بالمجهول.

1- إن الإبراء متوقف على الرضا والرضا بالمجهول غير معقول لأنه تملك. (391) وتمليك المجهول لا يصح اتفاقا.

2- الإبراء بالمجهول يفضي إلى النزاع لمنافاته الرضا وما كان كذلك لم يقع صحيحا يقول الشافعي: " ألا ترى أن رجلا 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. " (392)

الراجح: والذي يظهر راجحا 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..

(387) 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 فنادى 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 فحنتي لي حثية فعددتها فإذا هي خمسمائة وقال خذ مثلها . "

(388) 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: " علي دينه " الحديث.

(389) الذخيرة للقراي 244/6

(390) لوامع الدرر في هتك أستار المختصر 616/9

(391) النجم الوهاج شرح المنهاج 492/4

(392) الأم 194/6

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.

ثانيا/ تجزؤ الإسقاط: يتعلق حكم التجزؤ أو التبعض في الإسقاط بالمحل الذي يراد إسقاطه والإبراء منه فإن كان المحل قابلا للتجزؤ جاز تجزؤ الإسقاط فيه بحيث يسقط بعضه الذي عين إسقاطه ويبقى البعض الآخر ثابتا 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 المحالّ يقبل السقوط في أجزائها وأبعاضها إلا أنهم يختلفون في فروع هذه القاعدة والمسائل الفقهية المندرجة تحتها كالعق مثلا فهل إذا أعتق الرجل بعض عبده يعتق كله أم أن العتق يتجزأ فيكون بعضه حرا والبعض الآخر مسترقا فيه؟ حيث نجد الخلاف حتى في المذهب الحنفي بين أبي حنيفة الذي أجاز التجزؤ والصاحبين في عدم التجزؤ وثبوت العتق كله. (393)

ومن القواعد الحاكمة في هذه المسألة:

-قاعدة: " ما لا يقبل التبعض يكون اختيار بعضه كاختيار كله وإسقاط بعضه كإسقاط كله. "

وقد علّق السبكي على هذه القاعدة بقوله: " وهذا أصل اتفق عليه الفريقان. " (394)

وهذا يؤكد ما ذكرناه قبل من اتفاق الفقهاء حول أصل هذه القاعدة وخلافهم في التفرع فمن الفروع ما يقبل التجزؤ ومنا ما لا يقبل التجزؤ كالموصى إليه في نوع من التصرف يصير وصيا مطلقا منه بناء على أن الوصية لا تتجزأ لأنها ولاية والولاية لا تتجزأ والخلاف للشافعية. (395)

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

(393)فتح القدير 191/9

(394)الأشباه والنظائر السبكي 105/1

(395)الأشباه والنظائر للسبكي 105/1

1-الطلاق: فلو قال الرجل لزوجته أنت طالق نصف طلقة فإنها تطلق طلقة كاملة. (396)

وقد نقل ابن المنذر الإجماع على أنها تطلق بذلك. (397) إلا أنه نقل عن داوود الخلاف في هذه المسألة وقال: "إن طلقها بعض طلقة لأنه لما لم يتبعص لم يجز أن يلزم منه ما لم يلزم وصار البعض الذي أوقعه لغوا." (398)

واختلف في تعليل ذلك -إلزامه بطلقة كاملة- فقليل لأن مبناه على السراية كالعقود أي أن الطلاق وقع في النصف ثم سرى إلى الباقي وقيل إن ذلك من باب التعبير بالبعض عن الكل، لأن الطلاق لا يتبعص وقيل احتياطاً للتحريم لأنه اجتمع التحريم بالطلاق في البعض والحلال في البعض الآخر، والاحتياط يقتضي تقديم التحريم لأن التحريم لا يتبعص وقيل لمخالفته سنة الطلاق لأن الله بيّن 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. (399)

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." (400) ويظهر من كلام العز تعليله للسراية في القصاص كله بالعفو عن بعضه أنه من الشبهات التي تدرأ بها الحدود وعمله غيره بأن القصاص لا يتبعص فلما لم يكن له جزء كان ذكره كذكر كله إعمالاً للقاعدة: "إعمال الكلام أولى من إهماله." (401)

(396)فتح القدير 16/4، التاج والاكليل 62/4، أسنى المطالب 280/3، الإقناع في فقه أحمد 17/4

(397)الشرح الكبير لابن قدامة 334/22

(398)الحاوي للماوردي 245/10

(399)التوضيح لخليل 385/4، منار السبيل 244/2، التمهيد للأسنوي. ص 191، البناء شرح الهداية 315/5

(400)القواعد للعز 7/2

(401)فتح القدير لابن الهمام 16/4

وإذا كانوا شركاء في القصاص فإنه يسقط كله بعفو بعضهم. (402) ويتعين للباقي نصيبهم من دية عمد (403) 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. (404) وبه فسر قوله تعالى: "فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء..." أي فلآخرين أن يتبعوه بالمعروف في نصيبهم. (405)

3- الرجوع عن الإبراء والإسقاط [العدول عن الإبراء]:

إن الأثر المترتب على الإبراء هو سقوط الحق المبرأ منه وبراءة الذمة منه ما دام صادرا مستوفيا لشروطه: لكن ما هو حكم رجوع المبرئ عن الإبراء وما هو أثر عدوله عنه؟ اتفق الفقهاء على أن الإبراء إذا كان إسقاطا محضا فإن الإبراء والإسقاط لا يتوقف على القبول من المبرئ له ولا يحق للمبرئ رد الإسقاط ولا رجوعه عن إبرائه.

ومثال الإسقاط المحض الاعتاق والطلاق وتمليك المدين ما في ذمته. (406)

فلو أسقط 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" (407)

أما بالنسبة للإسقاط الذي فيه معنى التملك والذي اشترط فيه فقهاء المالكية القبول (408) فلا يصير ملزما 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

(402)البنابة شرح الهداية5/315

(403)مواهب الجليل6/254، تحفة المحتاج8/434، السيل الجرار. ص885

(404)بدائع الصنائع7/247

(405)أضواء البيان1/373

(406)المنثور في القواعد1/82، البحر الرائق4/79

(407)القواعد الفقهية وتطبيقاتها. محمد الزحيلي1/521

(408)الفروق2/202

القبول فإن حكمه يلزم المبرئ بعد صدور الإيجاب مطلقاً. (409) فالمؤثر في جواز الرجوع عن الإبراء هو اعتبار شرط القبول في لزوم الإبراء لصاحبه سواء اعتبرنا الإبراء إسقاطاً أم تمليكاً. ذكر القراني علة اشتراط القبول على القول بأن الإبراء تملك 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. (410)

(409)المجموع شرح المهذب18/110، الاقناع في مذهب أحمد3/32، الدر المختار5/42]

(410)الفروق 2/202 (البر، الاستنكار، 1414هـ)

قائمة المراجع

- إبراهيم الشاطبي. (1417هـ). *لموافقات*. عمان: دار ابن عفان ط1.
- ابن أمير الحاج. (1417هـ). *التقرير والتحرير في علم الأصول*. بيروت: دار الفكر.
- ابن عابدين الحنفي. (1412هـ). *رد المختار على الدر المختار*. بيروت: دار الفكر ط2.
- ابن نجيم الحنفي. (1418هـ). *البحر الرائق شرح كنز الدقائق*. بيروت: دار الكتب العلمية ط1.
- ابن نجيم الحنفي. (1419هـ). *الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة الثعمان*. بيروت: دار الكتب العلمية ط1.
- أبو بكر الدمياطي. (1418هـ). *إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين*. دار الفكر ط1.
- أبو حامد الغزالي. (1417هـ). *المستصفي في علم الأصول*. بيروت: مؤسسة الرسالة ط1.
- أحمد البيهقي. (1424هـ). *السنن الكبرى*. بيروت: دار الكتب العلمية ط3.
- أحمد الحصاص. (1405هـ). *أحكام القرآن*. بيروت: دار إحياء التراث العربي .
- أحمد الفيومي. (بلا تاريخ). *المصباح المنير في غريب الشرح الكبير*. بيروت: المكتبة العلمية.
- أحمد بن حنبل. (1416هـ). *المسند*. القاهرة: دار الحديث ط1.
- أشرف الكناني. (1425هـ). *الأدلة الاستنباطية عند الأصوليين*. الأردن: دار النفائس.
- بيروت: دار الكتاب الإسلامي .كشف الأسرار شرح أصول البيهقي (s.d.). البخاري, ع. ا
القاهرة: مكتبة الشروق الدولية .المعجم الوسيط. (2008). العربية, م. ا
- الغز بن عبد السلام. (1414هـ). *قواعد الأحكام في مصالح الأنام*. القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية .
- بيروت: دار الكتب العلمية ط1 .*فصول البدائع في أصول الشرائع*. (1427). الفناري, م. ش
- القاضي عبد الوهاب. (1420هـ). *الإشراف على نكت مسائل الخلاف*. بيروت: دار ابن حزم ط1.
- القاضي محمد بن العربي. (1424هـ). *أحكام القرآن*. بيروت: دار الكتب العلمية ط3.
- بدر الدين الزركشي. (2000). *البحر المحيط في أصول الفقه*. بيروت: دار الكتب العلمية.
- بدر الدين العيني. (1420هـ). *البنية شرح الهداية*. بيروت: دار الكتب العلمية ط1.
- بدر الدين الزركشي. (1405هـ). *المنثور في القواعد الفقهية*. الكويت: وزارة الأوقاف الكويتية ط2.
- بدران أبو العينين بدران. (بلا تاريخ). *تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود*. بيروت: دار النهضة العربية.
- تاج الدين السبكي. (1411هـ). *الأشباه والنظائر*. بيروت: دار الكتب العلمية ط1.
- تاج الدين السبكي. (2004). *الإجماع في شرح المنهاج*. الإمارات: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث ط1.

- تقي الدين بن تيمية. (1416هـ). *مجموع الفتاوى*. المملكة العربية السعودية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية.
- جلال الدين السيوطي. (1411هـ). *الأشباه والنظائر*. بيروت: دار الكتب العلمية ط1.
- جمال الدين عطية. (1987). *التنظير الفقهي*. الدوحة.
- زكريا الأنصاري. (بلا تاريخ). *أسنى المطالب في شرح روض الطالب*. بيروت: دار الكتاب الإسلامي.
- سعد الدين التفتازاني. (1996). *شرح التلويح على التوضيح*. بيروت: دار الكتب العلمية ط1.
- سليمان بن الأشعث السجستاني. (بلا تاريخ). *سنن أبي داود*. بيروت: دار الكتاب العربي .
- سيف الدين الأمدى. (بلا تاريخ). *الإحكام في أصول الأحكام*. بيروت: المكتب الإسلامي.
- شمس الأئمة السرخسي. (1421هـ). *المبسوط*. بيروت: دار الفكر ط1.
- شمس الدين الخطاب. (1423هـ). *مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل*. بيروت: دار عالم الكتب.
- شهاب الدين القرافي. (1416هـ). *نفائس الأصول في شرح المحصول*. مكة المكرمة: مكتبة نزار مصطفى الباز ط1.
- شهاب الدين القرافي. (1994م). *الذخيرة*. بيروت: دار الغرب الإسلامي ط1.
- شهاب الدين القرافي. (بلا تاريخ). *الفروق*. بيروت: عالم الكتب.
- عبد القادر عودة. (بلا تاريخ). *التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضع*. بيروت: دار الكاتب العربي.
- عبد الوهاب خلاف. (بلا تاريخ). *علم أصول الفقه*. القاهرة: دار الحديث.
- علاء الدين الكاساني. (1406هـ). *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*. بيروت: دار الكتب العلمية ط2.
- علي الجرجاني. (1983). *كتاب التعريفات*. بيروت: دار الكتب العلمية ط1.
- علي اللحمي. (1432هـ). *التبصرة*. قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ط1.
- علي بن حزم. (بلا تاريخ). *الإحكام في أصول الأحكام*. بيروت: دار الأفاق الجديدة.
- علي بن حزم. (بلا تاريخ). *المحلى بالآثار*. بيروت: دار الفكر .
- علي جمعة. (2004). *المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية*. القاهرة: دار السلام.
- عمر سليمان الأشقر. (1991). *تاريخ الفقه الإسلامي*. الأردن: دار النفائس ط3.
- فوزية الجماز. (1418هـ). *نظرية السقوط في الفقه الإسلامي*. المملكة العربية السعودية جامعة الملك سعود: أطروحة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الفقه الإسلامي إشراف محمد رواس قلعة جي.
- محمد ابن قيم الجوزية. (1395هـ). *إغائة اللهفان من مصائد الشيطان*. بيروت: دار المعرفة ط2.
- محمد ابن قيم الجوزية. (1423هـ). *إعلام الموقعين عن رب العالمين*. السعودية: دار ابن الجوزي ط1.

- محمد أبو زهرة. (بلا تاريخ). أصول الفقه. القاهرة: دار الفكر العربي.
- محمد بن إدريس الشافعي. (2001م). الأم. المنصورة: دار الوفاء ط1.
- محمد بن إسماعيل البخاري. (1407هـ). الجامع الصحيح المختصر. اليمامة - بيروت: دار ابن كثير ط3.
- محمد بن حبان البستي. (1408هـ). صحيح ابن حبان. بيروت: مؤسسة الرسالة ط1.
- محمد بن رشد الجدي. (1408هـ). البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة. بيروت: دار الغرب الإسلامي ط2.
- محمد بن علي الشوكاني. (1992). إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول. بيروت: دار الفكر.
- محمد بن عيسى الترمذي. (1395هـ). سنن الترمذي. مصر: مصطفى البابي الحلبي ط2.
- محمد بن يونس. (1434هـ). الجامع لمسائل المدونة. مكة المكرمة: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي ط1.
- محمد سالم الشنقيطي. (1436هـ). لوامع الدرر في هتاك أستاذ المختصر. نواكشوط: دار الرضوان ط1.
- محمد سماعي. (2006م). نظرية الاحتياط. الأردن: أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه وأصولها/إشراف د. محمود صالح جابر.
- محمد شمس الأئمة السرخسي. (بلا تاريخ). أصول السرخسي. بيروت: دار المعرفة.
- محمد صدقي البورنوني. (2002). الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية. سوريا: الرسالة العالمية ط5.
- محمد عميم الإحسان المجددي البركتي. (1424هـ). التعريفات الفقهية. بيروت: دار الكتب العلمية ط1.
- محمد مصطفوي. (بلا تاريخ). الأصول العامة لنظام التشريع دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون الوضعي. بيروت: مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي.
- محمد مصطفى الزحيلي. (1427هـ). الوجيز في أصول الفقه الإسلامي. دمشق: دار الخير ط2.
- محمد مصطفى شلي. (1985). المدخل في الفقه الإسلامي. بيروت: الدار الجامعية ط10.
- محمود عبد الرحمن. (بلا تاريخ). معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية. القاهرة: دار الفضيلة.
- مرتضى الزبيدي. (1414). تاج العروس من جواهر القاموس. بيروت: دار الفكر.
- مسلم بن الحجاج. (بلا تاريخ). المسند الصحيح المختصر. بيروت: دار الجيل .
- مصطفى أحمد الزرقا. (2004). المدخل الفقهي العام. دمشق: دار القلم.
- منصور البهوتي. (1414هـ). شرح منتهى الإرادات. بيروت: عالم الكتب ط1.
- ابن منظور (1414) لسان العرب بيروت: دار صادر ط3 ...
- منيب بن محمود شاكر. (1418هـ). العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي. الرياض: دار النفائس ط1.
- موفق الدين بن قدامة. (1405هـ). المغني شرح مختصر الخرقي. بيروت: دار إحياء التراث العربي ط1.
- وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - (1404هـ). الموسوعة الفقهية الكويتية. الكويت: دار ذات السلاسل ط2.

- وهبة الزحيلي. (بلا تاريخ). الفقه الإسلامي وأدلته. دمشق: دار الفكر ط4.
- يحي بن شرف النووي. (بلا تاريخ). المجموع شرح المهذب. بيروت: دار الفكر.
- يحي بن شرف النووي. (بلا تاريخ). روضة الطالبين وعمدة المفتين. بيروت: دار الكتب العلمية.
- يعقوب الباسين. (1998). القواعد الفقهية. الرياض: مكتبة الرشد ط1.
- يوسف بن عبد البر. (1414هـ). الاستنكار. دمشق: دار قتيبة ط1.
- يوسف بن عبد البر. (2003م). اختلاف أقوال مالك وأصحابه. بيروت: دار الغرب الإسلامي ط1.

فهرس المحتويات

1	تمهيد: النظريات الفقهية، المفهوم والنشأة والأهمية.
6	أولاً/ تعريف النظريات الفقهية:
7	ثانياً/ الاعتراض على مصطلح النظرية:
9	ثالثاً/ الفرق بين النظريات والقواعد الفقهية:
11	رابعاً/ علاقة النظريات الفقهية بالأبواب الفقهية:
11	خامساً/ أهمية دراسة النظريات الفقهية:
12	سادساً/ تاريخ الكتابة في النظريات الفقهية:
14	نظرية الأهلية
15	الفرع الأول: تعريف الأهلية.
17	الفرع الثاني: أنواع الأهلية.
18	1-أهلية الوجوب:
23	2-أهلية الأداء:
24	الفرع الثالث: تقسيم الأفعال بالنسبة إلى الأهليات

25	الفرع الرابع: مراحل أهلية الإنسان في أطوار حياته
25	الطور الأول: طور الاجتنان.
27	الطور الثاني: طور الطفولة.
29	الطور الثالث: طور التمييز
32	الطور الثالث: البلوغ.
39	الطور الخامس: الرشد.
41	الفرع الخامس: عوارض الأهلية
50	نظرية الولاية (النيابة الشرعية)
50	أولا/ تعريف الولاية
51	ثانيا/ أقسام الولاية
52	ثالثا/ أقسام الولاية المتعدية-على الغير-:
52	رابعا/ حكم الولاية وأثرها
53	خامسا/ تحديد من الولي.
54	سادسا/ سبب ثبوت الولاية
54	سابعا/ مراتب الأولياء على الصغير.
55	ثامنا/ سلطات الولاية في التصرف قوة وضعفا.
56	تاسعا/ تحديد الأولياء في ولاية التصرف قوة وضعفا:
56	عاشرا/ حدود ولاية السلطان أو القاضي في ولاية التصرف
57	حادي عشر/ عقود الأولياء والأوصياء
57	نظرية البطلان والفساد
59	الفرع الأول: تعريف البطلان وتطبيقاته على التصرفات
59	أولا/ تعريف البطلان لغة
59	ثانيا/ تعريف البطلان في اصطلاح الفقهاء

60 ثالثا/ تطبيق معنى البطلان على التصرفات
61 رابعا/ معنى البطلان في التصرفات القولية.
61 خامسا/ معنى البطلان في التصرفات الفعلية
62 الفرع الثاني: أساس البطلان وسببه
62 الفرع الثالث: تجزؤ البطلان
63 الفرع الرابع: الفرق بين البطلان والانفساخ
63 الفرع الخامس: النتيجة الأساسية للبطلان.
64 الفرع السادس/ الأحكام العامة للبطلان
65 نظرية الفساد
65 الفرع الأول: تعريف الفساد لغة واصطلاحا:
65 أولا/ الفساد لغة
65 ثانيا/ الفساد في الاصطلاح الفقهي
66 الفرع الثاني/ أساس نظرية الفساد
67 الفرع الثالث/ مجال الفساد في التصرفات.
68 الفرع الرابع: أسباب الفساد.
68 أولا/ الجهالة
69 ثانيا/ الغرر
69 ثالثا/ الإكراه
70 الفرع الخامس: نتيجة الافساد
71 نظرية الاحتياط
71 تمهيد:
72 الفرع الأول: حقيقة الاحتياط، مفهومه، منزلته وحكمه.
73 أولا/ تعريف الاحتياط.

75 ثانيا/ الفرق بين الاحتياط وغيره من المعاني القريبة منه
77 الفرع الثالث: منزلة الاحتياط ومقاصده
78 الفرع الرابع: مقاصد الاحتياط وفوائده
78 المقصد الأول: تحقيق المصالح
80 المقصد الثاني: اعتباره دليلا شرعيا عند عدمه
81 المقصد الثالث: سلامة الدين وبراءة العرض
82 المقصد الرابع: الدربة على امتثال الأوامر والنواهي
83 المقصد الخامس: حصول الأمان القلبي والاطمئنان النفسي
83 الفرع السادس: حجية الاحتياط
85 أولا/ القائلون بالعمل بالاحتياط:
85 ثانيا/ الأدلة
90 ثانيا/ أدلة المانعين من الاحتجاج بالاحتياط
93 ثالثا/ مناقشة أدلة الفريقين:
102 رابعا/ الترجيح
102 الفرع السابع: أنواع الاحتياط وتقسيماته
102 التقسيم الأول: من حيث مصدره
103 التقسيم الثاني: من حيث المشروعية وعدمها
107 التقسيم الثالث: من حيث الفعل والترك
108 الفرع الثامن: مجالات العمل بالاحتياط
108 المجال الأول: حالة الشك في التكليف
109 المجال الثاني: حالة الشك في براءة الذمة
110 المجال الثالث: المسائل الخلافية
111 الفرع التاسع: ضوابط العمل بالاحتياط

111	الضابط1: ألا يكون في المسألة المحتاط فيها نص من كتاب أو سنة
111	الضابط 2: ألا يفرض الأخذ بالاحتياط بالملكف إلى الحرج والمشقة
112	الضابط3: ألا يؤدي الأخذ بالاحتياط إلى ترك الرخص ومخالفتها
112	الضابط4: ألا يوقع العمل بالاحتياط في الوسواس
113	الضابط5: أن تكون الشبهة التي أدت إلى الاحتياط قوية
113	الفرع العاشر: الاحتياط وعلاقته بالتقعيد الفقهي وأثره في التفرغ العملي قديما وحديثا
113	المطلب الأول: بيان أثر الاحتياط في القواعد الفقهية وعلاقته بها:
118	المطلب الثاني: أثر الاحتياط في الفروع الفقهية والتطبيقات العملية.
121	الفرع الأول: حقيقة الإسقاط
121	أولا/ تعريف الإسقاط
123	الفرع الثاني: مشروعية الإسقاط وحكمه التكليفي.
123	أولا/ مشروعية الإسقاط
125	ثانيا/ الحكم التكليفي للإسقاط
126	الفرع الثالث: التمييز بين الإسقاط وغيره من الألفاظ
126	1-التمييز بين الإسقاط والإبراء
127	2-التمييز بين الإسقاط والصلح
127	3- التملك والإسقاط
127	4- المقاصة والإسقاط
127	الفرع الرابع: أركان الإسقاط
127	1-الصيغة
129	3-المسقط عنه:
130	4-المسقط- محل الإسقاط-
130	أولا/ ما يقبل الإسقاط

130	1-الدين
131	2-العين
132	3-المنفعة
133	4-الحق المطلق
134	ثانيا/ ما لا يقبل الإسقاط
134	1-العين
134	2-الحق
135	ثالثا/ ما لا يقبل الإسقاط من حقوق الله تعالى
135	رابعا/ ما لا يقبل الإسقاط من حقوق العباد
136	الفرع الخامس: أقسام الإبراء والإسقاط
136	أولا/ اعتبار العموم والخصوص
138	ثانيا/ اعتبار الغرض المقصود منه أي براءة الذمة
139	ثالثا/ باعتبار قابلية الإسقاط لل عوض
141	الفرع السادس: أحكام عامة تتعلق بالإسقاط
141	أولا/ إسقاط المجهول
145	ثانيا/ تجزؤ الإسقاط