العلاقة بين الأهلية و الذمة

أ.أمينة مراد محمود الفاخري.

عضو هيئة تدريس / قسم الدراسات الإسلامية .

كلية الآداب / جامعة بنغازي .

aminamured1973@gmail.com

مستخلص البحث: يقوم البحث أساسا على الإجابة على سؤال مهم هو :

ما هي حقيقة الأهلية في اللغة و الاصطلاح، و كذلك الذمة ، ثم ما هي العلاقة بين الأهلية و الذمة ؛ لأن في المسألة خلاف بين الفقهاء و الأصوليين من حيث إثبات الأهلية و إنكار للذمة أو إثبات الأخيرة بشقيها الإيجابي و السلبي أو السلبي فقط .

و المنهج المتبع هو المنهج الاستقرائي من جهة و المنهج الاستنباطي و التحليلي من جهة أخرى ؛ لأن طبيعة البحث تتطلب استقراء و استنباطا و تحليلا للجزئيات .

أما أهم النتائج فهي :

1–الأهلية نوعان أهلية وجوب و أهلية أداء و هي مرتبطة بحياة الإنسان و كمال عقله.

2–الذمة لها جانبان ، إيجابي هو اكتساب الحقوق ، و سلبي هو تحمل الواجبات .

3–الذمة مرتبطة بأهلية الوجوب و ليس بأهلية الأداء .

Research Abstract: Understanding Legal Capacity، Liability، and Their Interrelation

This research primarily aims to address a fundamental question concerning the essence of legal capacity and liability، exploring the relationship between them. The divergence between jurists and legal theorists regarding the proof of legal capacity and the denial or affirmation of liability، whether positive، negative، or solely negative، is a central focus. The methodology employed combines inductive reasoning with deductive and analytical approaches، necessitated by the need to observe، deduce، and analyze intricacies.

Key findings include the classification of legal capacity into two forms: capacity of obligation and capacity of performance، both intricately linked to human life and the completeness of one's intellect. Liability is delineated into two aspects: positive، involving the acquisition of rights، and negative، entailing the assumption of duties. Importantly، liability is associated with the capacity of obligation rather than the capacity of performance.

In conclusion، this study sheds light on the nuanced concepts of legal capacity and liability، emphasizing their interplay and distinct characteristics within legal frameworks.

المقدمة :

الحمد لله الذي اصطفى خير البرية المجتبى محمد صلى الله عليه و سلم و آله تسليما كثيرا ، لقد أثار عنوان البحث حقيقة الأهلية و الذمة و العلاقة بينهما مسائل تتعلق بعلمي الفقه و الأصول ، أبرزها حقيقة الأهلية و الذمة لغة و اصطلاحا ؛ لأن حقيقة الثانية ليست مثل حقيقة الأولى من حيث الوضوح ، الأمر الذي تطلب سبر أغوارها في كتب الفقه و الأصول ، ثم معرفة أنواع الأهلية من حيث تكاملها مع كمال الأنسان من كونه جنينا إلى بلوغه العقل و الرشد ، ثم معرفة العلاقة بينهما عند الفقهاء و الأصوليين الذين هم بين معترف للأهلية منكر للذمة ، و بين معترف للاثنين معا ، مختلفا في ثبوت شقي الذمة الإيجابي و السلبي معا أو السلبي فقط بهدف تيسير المعاملات و تكيفها تكيفا عقلانيا ، فهي وعاء تقديري فرضي إذ قد يحتاج الأنسان إلى بيع شيء غير موجود كما هو في السلم أو أن يشتري يثمن لا يملكه أو إذا أتلف مال غيره فيكون ضامنا في ذمته لمن أتلف ماله .

و كان الأمر سيتوقف عند نقاش الفقهاء و الأصوليين بين الاعتراف و الإنكار للذمة ثم ترجيح القول بينهما ، لولا رأي فريد للفقيه المالكي القرافي الذي أثرى النقاش بفكره و سعة اطلاعه ، حيث إن الاتجاه السائد في هذه المسألة هو أن الذمة وعاء للأهلية لكونه مناط الصفة الإنسانية ، و يحكي الديباني إجماع أهل العلم إلا أن رأي القرافي هو أن الذمة مناطها العقل و الرشد و بالتالي لا يثبت إلا للشخص البالغ العاقل ،و دلل على ذلك و بسط القول فيه من خلال حديثه عن الفرق 183 بين قاعدة الذمة و بين قاعدة أهلية التصرف ، حيث يرى أن هذه الأخيرة مناط ثبوتها التميز لا التكليف ببلوغه عاقلا راشدا ، و بهذا يظهر أن المسألة محل البحث ليست محل إجماع كما يرى البعض ، و هذا إن دل على شيء فيدل على ثراء الفكر الإسلامي فقهاء و أصولا في عرض المسائل و تحقيق القول فيها .

إشكالية البحث :

تظهر إشكالية البحث في الإجابة على الأسئلة الآتية:

1- ما هي حقيقة الأهلية و الذمة في اللغة و الاصطلاح .
2- كيف اختلف الفقهاء و الأصوليين في العلاقة بين الذمة و الأهلية .
3- ما هو رأي الفقيه الأصولي القرافي في الذمة و علاقتها بأهلية التصرف .

أهداف البحث :

1- إجلاء الغموض الذي يلف مصطلح الذمة كوصف شرعي قابل للإلزام و الالتزام .
2- بيان قيمة رأي الفقيه المالكي القرافي الذي انفرد – حسب رأي- بقول يخالف الإجماع.
3- إظهار الثراء الفكري للفقهاء و الأصوليين في معالجة المسائل الفقهية .

أهمية البحث :

تتجلى الأهمية في بيان الأثر العملي في العلاقة بين الأهلية و الذمة من جهة من يتولى قابلية الإلزام و الالتزام بحسب مراحل عمر الأنسان المختلفة من كونه جنينا مرورا بالصبي غير المميز إلى الصبي المميز إلى الشخص البالغ العاقل الرشيد ، حيث اختلفت الآراء في ذلك بين من يقول بالإجماع و من يرى أن المسألة محل خلاف الأمر الذي يستوجب التدقيق في ذلك و الوصول إلى رأي فيها .

الدراسات السابقة :

1- العلاقة بين أهلية الوجوب و الذمة : د.محمد على الشرفي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ،و يتناول فقط أهلية الوجوب و علاقتها بالذمة

مقارنا ذلك بالقانون الوضعي ، وهي جزئية تتعلق بالحقوق و الواجبات التي يتحملها الأنسان من بداية حياته .

2- علاقة الذمة بالأهلية في الفقه الإسلامي: محمود العمري ، تتناول أهم الخلافات في تعريف الذمة في الاصطلاح و تعريفها عند الفقهاء ثم توضيح خصائص الذمة و استقلال الذمة المالية ، و بيان معنى الأهلية و أقسامها و علاقة الذمة بالأهلية.

المنهج المتبع في البحث :

لأن طبيعة البحث ذات بعد فقهي أصولي، فقد اتبعت جملة من المناهج، أولها المنهج الوصفي في ضبط المصطلحات الأهلية و الذمة، و بيان أنواع الأهلية ، و المنهج الاستقرائي في تتبع آراء الفقهاء و الأصوليين و رأي الإمام القرافي في علاقة الذمة بالأهلية، و المنهج التحليلي بذكر الآراء في المسائل المختلف فيها .

خطة البحث :

المبحث الأول : الأهلية لغة و اصطلاحا و أنواعها .

المطلب الأول : الأهلية لغة .

المطلب الثاني : الأهلية اصطلاحا .

المطلب الثالث : أنواع الأهلية .

المبحث الثاني : الذمة لغة واصطلاحا .

المطلب الأول : الذمة لغة .

المطلب الثاني : الذمة اصطلاحا .

المبحث الثالث : علاقة الذمة بالأهلية .

المطلب الأول : آراء الفقهاء و الأصوليين .

المطلب الثاني : رأي الإمام القرافي .

المبحث الأول : الأهلية لغة و اصطلاحا و أنواعها :

المطلب الأول : الأهلية لغة :

جاء في القاموس المحيط الأهلية بمعنى " هو أهل لكذا . أي . مستوجب للواحد و الجميع " (الفيروزابادي ج 3 ص 33)، فهي " مصدر صناعي لكلمة أهل بمعناها لغة الصلاحية " (الموسوعة الكويتية ج7 ص151) ، و بمعنى أكثر وضوحا الأهلية عبارة عن الصلاحية لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه " (الجرجاني 1983ص 40).

كما تستعمل أيضا بمعنى الجدارة و الكفاية لأمر من الأمور " فيقال فلان أهل للرئاسة ، أي هو جدير بها ، أو فلان أهل للعظائم أي هو كفؤ لها"(الزرقاء 1963 ص 738).

إن المعاني الثلاثة السابقة و غيرها من المعاني تدور حول حقيقة أن الأهلية في الدلالة اللغوية هي الصلاحية ، أي صلاحية الإنسان لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات ، و هذه الصلاحية هي الكفاءة و الجدارة لاكتساب تلك الحقوق و تحمل الالتزامات .

و القول إن الأهلية هي الصلاحية و الجدارة و الكفاية هي معان لا تختلف كل منها عن الآخر في شيء من حيث اللغة ، بل تتظافر جميعا و تخدم الهدف الذي تقرر و هو الصلاحية .

و سنرى في المطلب القادم أن هذا المعنى – أي الصلاحية – انتقل إلى الحقيقة الشرعية كعادة العلاقة بين الحقيقة اللغوية و الحقيقة الشرعية أو الاصطلاحية ،إلا أن الدلالة اللغوية عادة ما تكون واسعة تشمل كل أفراد المصطلح من حيث إن الدلالة الشرعية محدودة في معنى ضيق ، فالصلاحية في الشرع هي الصلاحية لممارسة حقوق معينة و اكتساب التزامات معينة أيضا ، و في اللغة كل اكتساب حق صلاحية أي أهلية و كل تقيد بالتزام صلاحية ، و هذا غير موجود في الشرع ففي الأخيرة مثلا يثبت للجنين حقوق محددة فقط مثل الميراث و النسب و الوصية مع له أهلية ناقصة .

المطلب الثاني : الأهلية اصطلاحا :

إذا كان هذا هو شأن الأهلية لغة من حيث دلالتها على معنى واحد هو الصلاحية ، فإن دلالتها اصطلاحا تختلف باختلاف المعرفين لها فقهاء كانوا أم أصوليين .

أ- الأهلية عند الفقهاء :

فعند الفقهاء " أهلية الإنسان للشيء صلاحيته لصدور و طلب منه ، و هي في لسان الشرع عبارة عن صلاحية الوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه " (البزدوي 1974ج3ص237)،

أي " الصلاحية للوجوب له و عليه شرعا أو لصدور فعل منه على وجه يعتد به شرعا " (التفتازاني ج11ص313)، " فصلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه هي الأمانة التي أخبر الله عز و جل الإنسان بها و ألزمه إياها ، قال تعالى : ﴿إِنَّا عَرَضْنَا ٱلْأَمَانَةَ عَلَى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَٱلْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا

﴿ وَحَمَلَهَا ٱلۡإِنسَٰنُۖ إِنَّهُۥ كَانَ ظَلُومٗا جَهُولٗا ﴾ الأحزاب 33(الديباني 1995 ج1ص149) .

و بالمفهوم العام الشامل تعرف بأنها " صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحا لأن تثبت له و تثبت عليه الواجبات و يصح منه التصرفات " (شلبي 1959 ص 382)، أي " صفة يقدرها الشارع في الشخص فتجعله محلا صالحا لخطاب التشريع "(الزرقاني 1967ج1ص 739).

ب–الأهلية عند الأصوليين :

" أما في اصطلاح الأصوليين فهي قسمان : أهلية وجوب و أهلية أداء " (زيدان 2013 ص 72) ،و الذي يمكن قوله في هذا المطلب هو أن الفقهاء – كما ذكرنا في المطلب الأول – أخذوا التعريف اللغوي للأهلية و هي الصلاحية عموما أي الصلاحية لأي شيء و نقلوه إلى الحقيقة الشرعية ، لذلك جاءت الأمور متناسقة مع بعضها البعض ، و هذا هو الشأن الغالب في العلاقة بين المعاني اللغوية و الشرعية في كثير من المصطلحات الفقهية .

إلا أن الحقيقة اللغوية جاءت أكثر دقة فهي جعلت الصلاحية هي الصلاحية لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات ، و هي حقوق و التزامات تتدرج مع عمر الإنسان من كونه جنينا إلى الوصول إلى سن البلوغ و الرشد ، فالصلاحية الكاملة لا تثبت للجنين بل تثبت له ناقصة ثم تتدرج نحو الكمال مع اكتمال عقله و نضجه .

أما الأصوليون فقد جعلوا الأهلية أكثر تحديدا و وضوحا ، فقسموها إلى قسمين أهلية وجوب و أهلية أداء ، و هذه هي عادة الأصوليين أهل الدقة في وضع المصطلحات ثم ضبطها ، فلم يكتفوا بتعريف الفقهاء بأنها الصلاحية لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات بل قسموها إلى قسمين : أهلية وجوب و أهلية أداء .

و سنتكلم عنهما كنوعين للأهلية في المطلب الثالث أنواع الأهلية .

المطلب الثالث : أنواع الأهلية :

كما ذكرنا في المطلب السابق بأن الأصوليين قسموا الأهلية إلى أهلية وجوب و أهلية أداء إلا أن هذا التقسيم عام ،فهناك تقسيم أكثر دقة للأهلية من حيث أنواعها كما بين ذلك الأصوليون .

فأهلية الوجوب صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه ، أي صلاحيته لأن تثبت له الحقوق و تجب عليه الواجبات ، " و أساس ثبوت هذه الأهلية هي الصفة الإنسانية ، و لهذا كانت موجودة في كل أنسان من بدء ظهور الحياة فيه إلى انتهائها ، فهي ملازمة لوجود الروح في الجسم من غير نظر إلى كبر أو عقل أو غير ذلك و يطلق الفقهاء عليها اسم الذمة " (شعبان 1995 ص278).

فهي " تتحقق بمجرد وجود الإنسان سواء أكان بالغا أم كان جنينا ، و سواء أكان رشيدا أم غير رشيد ، و سواء أكان حرا أم عبدا " (أبوزهرة ص 161).

و " تنقسم فروعها و أصولها واحد و هو الصلاح للحكم ، فمن كان أهلا لحكم الوجوب بوجه كان أهلا للوجوب و من لا فلا " (البزدوي 1974 ج4ص238).

و " الأهلية بهذا المعنى الواسع لا تثبت لكل شخص يل قد تثبت له منها جزء أو أجزاء على حسب كمال الشخص في جسمه و عقله و نقصانه ، و هي تتدرج مع الشخص حتى تصل إلى درجة الكمال ، فكلما كان الشخص ناقصا كانت أهليته ناقصة ، و كلما قل نقصه زادت أهليته " (شلبي 1959ص 383 ، 383).

" فأهليات الأشخاص صفات تكاملية ؛لأنها بحسب الإيضاح السالف هي مراحل تكامل الإنسان جسما و عقلا " (الزرقاء 1963ج2ص739).

" فهذه الأهلية ذات عنصرين : إيجابي يتمثل في كسب الحقوق ، و سلبي يظهر في تحمل الواجبات " (الجروشي 2003ص49).

و أول مراحلها ثبوت الحقوق له ثم الحقوق عليه ، فهي تتدرج مع الإنسان في مدارجه ، و الإنسان يبدأ جنينا ثم صبيا غير مميز ، لهذا تنقسم أهلية الوجوب إلى قسمين : أهلية وجوب ناقصة و أهلية وجوب كاملة .

أ–أهلية وجوب ناقصة :" فقبل الولادة له ذمة من وجه يصلح له الحق لا ليجب عليه ، فإذا ولد تصير ذمته مطلقة " (التفتازاني ص 325) ، و لكن هذه الحقوق معرضة للزوال بالنظر قبل الانفصال عن الأم فهو جزء منها حسا و حكما ، أما حسا فلأن قراره و انتقاله بقرار الأم و انتقالها كيدها و رجلها و سائر أعضائها ، و أما حكما فلأن يعتق بعتقها و يرق باسترقاقها .

و من جهة أخرى فهو معد للانفصال و صيرورته نفسا عنها ، فلم يكن له ذمة مطلقة أي كاملة فتجب له حقوق هي العتق و الإرث و الوصية و النسب و لا يجب عليه شيء حتى و لو اشترى له الولي شيئا ، فلا يجب عليه الثمن و نفقة الأقارب (البزدوي 1979 ج4ص 239 ،240).

لذلك " فإن أهلية الأداء لا وجود لها في مرحلة الحمل حيث يكون فيها الإنسان جنينا تنعدم أهلية الأداء في حقه لعجزه تماما ، و يرى بعض الفقهاء إقامة وصي على الجنين و منحه كافة الحقوق و الصلاحيات المقررة للأوصياء كإدارة أمواله أو التصرف فيها وفق القواعد الشرعية و الإجراءات المتبعة في هذا الشأن لدى البعض ، و عليه فإنه يمكن قبول ما يحتاج إلى قبول لمصلحته نيابة عنه " (الديباني 1995ج1ص155).

ب–أهلية وجوب كاملة :

و هي أهلية تثبت بمجرد الولادة ، سواء أكان الإنسان غير مميز أو مميز ، و على ذلك يثبت له ما يأتي :

أولا: تكون له ذمة صالحة للالتزام بالتصرفات التي يقوم بها الولي و هي جائزة بحكم الشرع ، و يتقيد الصبي بهذه التصرفات إذا بلغ راشدا و لا يسعه أن يتخلى عن أحكامهم .

ثانيا : يثبت له في حالة كل ما هو من مئونة المال ، فيجب في ماله الخراج و العشر و الزكاة على رأي الجمهور؛ لأن الزكاة هي مئونة المال لا يحتاج إلى نية حتى يشترط فيه كمال العقل .

ثالثا : تلزمه أيضا الواجبات التي فيها شبهة المئونة المالية و هي نفقة الأقارب ؛ لأنها ليست عبادة خالصة ، بل هي مئونة مالية أوجبها الشرع لتنظيم الأسرة .

رابعا : ضمان ما يتلفه الصبي ؛ لأن ذمته صالحة لوجوب كل ما هو مالي مادام ليس من قبيل العبادة التي فيها خطاب تكليفي يحتاج إلى نضج عقلي عند البالغين و هذا الواجب المالي يؤديه عنه وليه أو وصيه (الدبوسي 2001 ص417– السمرقندي 1984 ج 11 ص743).

و أساس ثبوت أهلية الأداء هو التمييز و ليست الصفة الإنسانية كما في أهلية الوجوب ، لهذا فالجنين في بطن أمه ليس له أهلية أداء و كذلك الصبي غير المميز الذي لم يبلغ السابعة ، فكلاهما تثبت له أهلية الوجوب فقط .

و هذه الأهلية نوعان قاصرة و كاملة ، فالقاصرة باعتبار قوة البدن و تكون للصبي المميز قبل أن يبلغ و المعتوه بعد البلوغ ؛ لأنه بمنزلة الصبي المميز ، و الكاملة تبنى على قدرتين قدرة فهم الخطاب و ذلك بالعقل و قدرة العمل و يكون ذلك بالبدن ، فقيل

التمييز لا وجه لإثبات التكليف بالأداء ، لأنه تكليف ما لا يطاق (السرخسي ج2 ص 341).

فأهلية الأداء ثابتة بالقدرتين " قدرة فهم الخطاب و قدرة تحمل العمل ، فإذا لم جميعا ، فلا أهلية للإنسان " (السمرقندي 1984 ج1 ص743)، بحيث إذا صدر عنه عقد أو تصرف كان معتبرا شرعا و تترتب عليه أحكامه ، فإذا صلى و صام و حج أو فعل أي واجب كان مسقطا عنه الواجب ، و إذا جنى على غيره في نفس أو مال أو عرض أخذ بجانيته و عوقب عليها بدنيا و ماليا ، فأهلية الأداء هي المسؤولية و أساسها كما ذكرنا التمييز .(خلاف 1972 ص 136).

فالأهلية بمعناها العام لها علاقة بالتكامل الجسمي و ليست العقلي فقط ، فالإسلام تكاليف دينية تتطلب القوة البدنية إلى جانب الوعي العقلي كالعبادات مثلا من صلاة و صوم و جهاد ، لهذا فالتكامل التدريجي يهيئ الشخص أولا لثبوت الحقوق له و هو الجنين ثم لثبوت الحقوق عليه و هو الصبي غير المميز ثم لصحة بعض التصرفات و هي الصبي المميز ثم في النهاية يتهيأ للمسؤولية الكاملة عن كل تصرف و هو البالغ الرشيد ، فكما قسمنا أهلية الوجوب فإن لأهلية الأداء مراحل هي ناقصة و كاملة .

أ–أهلية أداء ناقصة :

و هو دور التمييز ، و يبدأ من سن السابعة و ينتهي بالبلوغ ، فالإنسان في هذه المرحلة عقل و لكنه قاصر ، فلا يطالب بأداء شيء من العبادات كالصلاة و الصيام و الحج إلا على وجه التعليم و التهذيب ، و لا يؤاخذ بأقواله و أفعاله مؤاخذة بدنية ، فإن قيل إن الصبي المميز مأمور بالصلاة قلنا أنه مأمور من جهة الولي ، و الولي مأمور من جهة الله تعالى ، إذ قال عليه السلام " مروهم بالصلاة و هم أبناء سبع ، و أضربوهم عليها و هم أبناء عشر " (ابن حنبل ج4 ص 186) .

أما تصرفاته المالية فهي تنقسم عند العلماء إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : تصرفات نافعة نفعا محضا ، كقبول الهبات و الوصايا و الهدايا و الصدقات ، فهذه تصح و تنفذ من غير توقف على إجازة أحد .

القسم الثاني : تصرفات ضارة ضررا محضا ، بحيث يترتب عليها خروج شيء من ملكه بدون مقابل كالهبات و الإقرارات و الوصايا و الأوقاف و الطلاق ، فهذه لا تصح أيضا و لو أجازها الولي .

القسم الثالث : تصرفات دائرة بين النفع و الضرر مثل البيوع و الإجارات و الشركات و الزواج ، فهذه تصح و لكنها موقوفة على إجازة الولي أو الوصي ، فإن أجازها نفذت و إن لم يجزها بطلت .

ب–أهلية أداء كاملة :

و هو دور البلوغ عاقلا ، و في هذا الدور توجه إليه التكاليف الدينية ، فيطالب بالصلاة و الصوم و الحج من جهة ، و من جهة أخرى يؤاخذ على كل أفعاله من الجنايات من قتل و زنا و سرقة و قذف ، و من جهة ثالثة فإن عقوده و تصرفاته المالية فإنه لا يسلم إليه ماله إلا إذا بلغ رشيدا بإتفاق الفقهاء .

المبحث الثاني : الذمة لغة و اصطلاحا :

المطلب الأول : الذمة لغة :

أصل الذمة في اللغة مأخوذ من الذم ، و له معنيان :

1–الذمة بالكسر العهد ، قال تعالى : ﴿ **لَا يَرۡقُبُواْ فِيكُمۡ إِلّٗا وَلَا ذِمَّةٗۚ** ﴾ **التوبة 8** ، أي عهدا (الفيروزابادي ج4 ص 115)، الذمة العهد (الأزدي 1987 ج1 ص 118) ، الذمة لغة " العهد ؛ لأن تقضه يوجب الذم ، فمنهم من جعلها وصفا فعرفها بأنه

وصف يصير به الشخص أهلا للإيجاب له و عليه ، و منهم من جعلها ذاتا فعرفها بأنها نفس له عهد ، فإن الإنسان يولد وله ذمة صالحة للوجوب له و عليه عند جميع الفقهاء بخلاف سائر الحيوانات " (الجرجاني 1983 ص 107).

فهي لغة العهد " لأن نقضه يوجب الذم ، و منه يقال أهل الذمة للمعاهدين من الكفار ، و هي أمر مختلف فيه من جعلها وصفا عرفها بأنها وصف يصير به الشخص أهلا للإيجاب له و عليه ، و منهم من جعلها ذاتا ، و لهذا عرفها بأنها نفس لها عهد ، فإن الإنسان يولد و له ذمة صالحة للوجوب له و عليه بإجماع الفقهاء حتى يثبت له ملك الرقبة و ملك النكاح و يلزمه عشر أرضه و خراجها بالإجماع و غير ذلك من الأحكام " (الكفوي 1992 ج2 ص 346).

2–قال أبو عبيدة : الذمة الأمان ، في قوله عليه الصلاة و السلام و يسعى بذمتهم أدناهم (مرعشلي ص 1733).

و ممن عرف الذمة بأنها ذات صاحب تقويم الأدلة في أصول الفقه و كشف الأسرار من حيث إن " الذمة عبارة عن العهد في اللغة ، فالله تعالى لما خلق الإنسان محل أمانته أكرمه بالعقل و الذمة ، فصار بالذمة أهلا لوجوب الحقوق له و عليه ، فثبت له حق العصمة و الحرية و المالكية ، بأن حمل حقوقه و ثبتت عليه حقوق من الله تعالى التي سماها أمانة " (الدبوسي 2003ص 417 / البزدوي 1974 ج4 ص 236).

و ميزان الأصول " فأهلية الوجوب لكونه أدميا حيا له ذمة ، و هو العهد مع الله تعالى في قبول الأمانات و الحقوق المشروعة " (السمرقندي 1984 ج1 ص 743).

و ممن عرفها بأنها وصف صاحب التلويح على التوضيح في قوله " و الذمة في الشرع وصف يصير به الإنسان أهلا لما له و عليه ، قال تعالى : ﴿ **وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنۢ بَنِيٓ ءَادَمَ مِن ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْۖ قَالُواْ بَلَىٰ شَهِدْنَآۛ أَن تَقُولُواْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ إِنَّا كُنَّا عَنْ هَٰذَا غَٰفِلِينَ** ﴾ الأعراف 172 ، هذه الآية إخبار عن

عهد جرى بين الله و بني آدم و عن إقرارهم بوحدانية الله تعالى و بربوبيته و الإشهاد عليهم دليل أنهم يؤخذون بموجب إقرارهم من أداء حقوق تجب للرب تعالى على عباده ، فلابد من وصف يكونون به أهلا للوجوب عليهم تثبت لهم الذمة بالمعنى اللغوي و الشرعي " (التفتازاني ج1 ص 323).

و صاحب فصول البدائع حيث قال : " هي حقيقة عهد جرى بين الرب و العبد كما في قوله تعالى " و إذ أخذ ربك من بني آدم ظهورهم الآية حيث فسروه بأن الله تعالى لما خلق آدم عليه السلام أخرج ذريته من ظهره مثل الذر و اخذ ذلك الميثاق و أعادهم إلى ظهره " (الفناري 2006 ج1 ص 313).

ذكر من عرف الذمة أنها وصف أو ذات جاء بناء على قولين : الأول أنها وصف يجب له الإيجاب له أو عليه دون ذكر الذمة ، و الثاني بناء على أنها ذات أي نفس لها عهد و الدليل الآية 172 من سورة الأعراف حيث فسر الفقهاء الآية على أن هناك عهد جرى بين الله تعالى و بني آدم منذ خلق آدم عليه السلام ، و هذا العهد القديم للإنسان قبل أن يولد يطلق عليه اسم الذمة ، بدليل أنها تثبت للجنين في بطن أمه حيث تثبت له بعض الحقوق كما أشارنا سابقا ، فتكون الذمة لغة ذات لا وصف ، مع أننا سنرى في المطلب الثاني من يخلط عليه الأمر فيعرف الذمة على أنها وصف و في الحقيقة يريد أن تكون ذاتا .

المطلب الثاني : الذمة اصطلاحا :

تعددت تعريفات الذمة عند الأصوليين قديما و حديثا تبعا لفهم كل منهم لهذا المصطلح الذي ناله شيء من الغموض بخلاف مصطلح الأهلية ؛ لأن هناك من هو منكر لها أصلا كما سنرى في المبحث الثالث في علاقة الذمة بالأهلية .

أولا : الذمة عند الأقدمين :

1-الذمة " عبارة عن وصف يصير الشخص به أهلا للإيجاب و الاستجاب بناء على العهد الذي جرى بين العبد و الرب يوم الميثاق " (البزدوي 1974 ج4 ص 238).

2-الذمة " في الشرع وصف يصير به الإنسان أهلا لما له و عليه ، قال تعالى :﴿**وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنۢ بَنِيٓ ءَادَمَ مِن ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْۖ قَالُواْ بَلَىٰ شَهِدْنَآۚ أَن تَقُولُواْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ إِنَّا كُنَّا عَنْ هَٰذَا غَٰفِلِينَ** ﴾ **الأعراف 172**(التفتازاني ص 323).

3-الذمة " اصطلاحا عند الجمهور حقيقة عهد جرى بين الرب و العبد كما تدل الآية ، (الفناري 2006 ج1 ص 313) .

4-الذمة " شرعا مختلف فيها فمنهم من جعلها وصفا و عرفها بأنها وصف يصير الشخص به أهلا للإيجاب له و عليه و منهم من جعلها ذاتا و هو اختيار فخر الإسلام عليه الرحمة و لهذا عرفها بأنها نفس لها عهد ، فإن الإنسان يولد و له ذمة للوجوب له و عليه بإجماع الفقهاء حتى تثبت له ملك الرقبة و ملك النكاح و يلزمه عشر أرضه و خراجها بالإجماع و غير ذلك من الأحكام " (البغوي 1992 ج2 ص 346) .

5-الذمة " هي الصفة الفطرية التي تثبت للإنسان حقوق قبل غيره أو وجبت عليه واجبات لغيره " (الغزالي ص 84) .

ثانيا : عند المعاصرين :

1-الذمة " أمر فرضي تقديري اعتباري فرض وجوده ليكون محلا للديون و سائر الالتزامات و التكليفات يقدر وجودها ليكون الإنسان صالحا للإلزام و الالتزام " (أبو زهرة ص 261).

2–الذمة " عندهم – أي الفقهاء – وصف شرعي يصير الإنسان أهلا لما يجب له و عليه " (شعبان 1995 ص 278) .

3–الذمة هي " الصلاحية لاكتساب الحقوق و التحمل بالواجبات إجماعا ، و لا تثبت أهلية الوجوب إلا بناء على قيام الذمة ، إذ أن وجود ذمة صالحة هي محل الوجوب " (الديباني 1995 ج1 ص 151) .

4–الذمة " هي الصفة الفطرية الإنسانية التي تثبت للإنسان حقوق قبل غيره و وجبت عليه واجبات لغيره " (خلاف 1972 ص 135) .

5–الذمة " وصف شرعي اعتباري مفروض وجوده في الإنسان ، و به يصير الإنسان أهلا للوجوب له و عليه " (حسين ص 224).

ذكرنا كل التعريفات التي توصلنا إليها بالبحث ، لهدف ضبط مصطلح الذمة عند الأصوليين و الفقهاء ؛ لأنه يترتب عليه فهم البحث فهما دقيقا و يخدم فكرة البحث ، و لاحظنا على تعريفات المعاصرين للذمة أنهم ليسوا دقيقين في التعريف من حيث كونها وصفا أو ذاتا ، بل يركزون على أنها امر فرضي تقديري وضعه الفقهاء و الأصوليين لضبط الوعاء الذي تنصب فيه الحقوق و الواجبات ، فالفقهاء القدامى أكثر دقة في ضبط مصطلح الذمة من حيث كونها ذاتا .

و مناط الأهلية المتصلة بالذمة مختلف فيه بين من جعلها مناط الإنسانية و من جعلها مناط الحياة ، فلننظر أولا في ذلك ثم نرجح بعد ذلك أهمية الخلاف ، يقول صاحب المستصفى " أهلية ثبوت الأحكام في الذمة مستفاد من الإنسانية التي بها يستعد لقبول قوة العقل الذي به فهم التكليف و البهيمة لما لم يكن لها أهلية فهم الخطاب بالعقل لا بالقوة لم تتهيأ لإضافة الحكم إلى ذمتها " (المستصفى ص 84) .

و صاحب كشف الأسرار " أهلية الوجوب بناء على قيام الذمة ، أي لا تثبت هذه الأهلية إلا بعد وجود ذمة صالحة ، لأن الذمة هي محل الوجوب ، و لهذا يضاف إليها و لا يضاف إلى غيرها بحال ، و لهذا اختص الإنسان بالوجوب دون سائر الحيوانات التي ليس لها ذمة " (البزدوي 1974 ج4 ص 237).

و عبدالوهاب خلاف " فالذمة هي الصفة الفطرية الإنسانية التي بها يثبت للإنسان حقوق قبل غيره ووجبت عليه واجبات لغيره ، و هذه الأهلية أي أهلية الوجوب ثابتة لكل إنسان بوصف أنه إنسان " (خلاف 1972 ص135).

و محمد سلام مدكور " و أهلية الوجوب مناطها الصفة الإنسانية و لا علاقة لها بالسن أو العقل ، و لهذا يعتبر أصلها في الجنين إذ يقول الأصوليين إن أهلية الوجوب تكون ناقصة في الجنين قبل ولادته ، فإذا ولد كانت له أهلية الوجوب كاملة " (مذكور 1969 ص 276).

و محمد أبو زهرة " فأهلية الوجوب تتحقق بمجرد وجود الإنسان " (أبو زهرة ص 161).

و زكي الدين شعبان " أما أهلية الوجوب فهي صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق و عليه واجبات ، و أساس ثبوت هذه الأهلية الحياة ولهذا كانت موجودة في كل إنسان من بدء ظهور الحياة فيه إلى انتهائها ، فهي ملازمة لوجود الروح في الجسد من غير نظر إلى كبر أو عقل و يطلق عليها الفقهاء اسم الذمة " (شعبان 1995 ص 278).

نقول إن مناط ثبوت الذمة هل هي الصفة الإنسانية أم الحياة ، فمن المنطق أن الذمة تثبت للإنسان لهذا فالحيوان لا ذمة له ؛ لأن الله تعالى لما خلق الإنسان كما سبق الذكر أكرمه بالعقل و الذمة ، لهذا فإن مناط الأهلية يكون هي الصفة الإنسانية ، ثم أن هذه الصفة الإنسانية لا تكتمل و لا تظهر إلا بالحياة ، و لهذا تثبت أولا للجنين أنه كائن حي مهيأ للانفصال عن أمه بصفته الإنسانية و تكتمل هذه الذمة بولادته حيا ؛ و

لأن البحث له علاقة بعلم أصول الفقه و هو علم يتصف بالدقة في مصطلحاته ، فيكون أساس ثبوت الذمة هي الصفة الإنسانية لكائن حي .

المبحث الثالث : علاقة الأهلية بالذمة :

المطلب الأول : آراء الفقهاء و الأصوليين :

لقد سبق الحديث عن الأهلية ، و تبين لنا نصيبها من الوضوح ، إلا أن هذا النصيب لم يتعدها ليشمل الذمة ' فهذه الأخيرة كانت محل جدل و خلاف بين الفقهاء و الأصوليين بين منكر لوجودها أصلا و بين معترف بها كفكرة شرعية كغيرها من الأفكار التي يحتاج إليها الفكر الإنساني ، و بهذا تكون الذمة من الناحية الشرعية من حيث الوجود بين أتجاهين :

1-إتجاه منكر لحقيقة الذمة .

2-إتجاه معترف بوجودها .

1-الإتجاه الأول : منكر لحقيقة الذمة :

وردت أقوال هذا الاتجاه في كتابين ، الأول كتاب كشف الأسرار ، ما نصه " ذكر بعض من لم يشم رائحة الفقه في مصنفه في أصول الفقه أن تقدير المال في الذمة لا معنى له ، و أن تقدير الذمة من الترهات التي لا حاجة في الشرع و العقل إليها " (البزدوي 1874 ج4ص 233) ، و الثاني كتاب شرح التلويح على التوضيح ما مفاده " لما وقع في كلام البعض أن الذمة أمر لا معنى له ، و لا حاجة إليه في الشرع ، وأنه من مخترعات الفقهاء يعبرون عن وجود الحكم على المكلف بثبوته في ذمته " (التفتازاني ج1ص321)، فهذا الرأي ينكر وجود الذمة من الأساس و لا يعترف بها و

يعتبها من الترهات و الخيال الذي لا يحتاج الشرع و العقل ؛ لأنها خيال و وهم و ليست واقع ملموس .

و مؤلفا الكتابين ردا على منكري الذمة بقول الأول " بل الشرع مكنه بأن يطالبه بذلك القدر من المال فهذا هو المعقول عرفا و شرعا فهي ثابتة بالإجماع ، فمن أنكرها فهو مخالف للإجماع " (البزدوي 1974 ج2 ص238) ، و رد الثاني بتحقيق الذمة لغة و شرعا و أثباتها بالنصوص ، و بدأ في تعريف الذمة لغة و اصطلاحا كما في المبحث الثاني ،(التفتازاني ج1ص321).

و بالإضافة إلى الفقهيين الأصوليين السابقين أضاف الشيخ أبوزهرة قائلا " إن فرض الفقهاء لوجود أهلية الوجوب أمرا اعتباريا سموه الذمة ...هي أمر فرضي تقديري اعتباري ، و فرض أمر تقديري ليس بأمر غريب عن قضايا الشرع و القانون فكثير من الأمور الشرعية و القانونية أمور تقديرية فرض الشارع وجودها " (أبوزهرة ص161).

و مع أنني لم أطلع على الفريق الذي ينكر وجود الذمة – حسب اطلاعي – إلا أن كلام الشيخ أبو زهرة في منتهى المنطقية ؛ لأن كثير من قضايا الشرع و القانون هي أمور تقديرية اعتبارية ، و خير مثال على ذلك " الشخصية القانونية " فالأصل في الشخصية أن تكون للإنسان الطبيعي ، إلا أن التطور البشري أوجد نوعا من المؤسسات و الهيئات و الجمعيات هي حصيلة مجموعة من الأموال أو الأشخاص أو الاثنين معا ، فأضفى عليها الشرع صفة الشخصية المعنوية نظرا لما أثبتته الحياة العملية من أهمية كبيرة قدمها هذا الشخص المعنوي ، الأمر الذي اعترف له الشرع بصفته المعنوية في الحدود التي تسهل عليه القيام بمهامه بينما يختص الإنسان الطبيعي بأمور و حقوق لصيقة بشخصيته لا يمكن أن تلحق بالشخص المعنوي كالحق في الزواج و النسب و الميراث و غيرها من الحقوق .

لهذا فإن فرض أمر تقديري ليس له واقع ملموس لا يخالف الفكر الفقهي و الأصولي ، بل بالعكس يخدم كثير من القضايا الفقهية و الأصولية التي امتلأت بها كتب الفقه و الأصول و لو تتبعنها لسودنا كثيرمن الصفحات في هذا المجال مثل الأركان و الشروط و الموانع و غيرها.

2-الإتجاه الثاني :

على الجانب الآخر اعترف معظم الفقهاء و الأصوليين بوجود الذمة ، و أوردوا لها العديد من التعريفات كما ذكرنا في المبحث الثاني ، فهذا الاتجاه يعترف بالذمة كفكرة شرعية و لا ينكر وجودها كحقيقة اعتبارية دعت إليها الضرورة لتسهيل بعض الحقائق الشرعية ، أما عن مناط ثبوتها فهو الصفة الإنسانية ، " فأهلية ثبوت الأحكام في الذمة مستفاد من الإنسانية التي بها يستعد لقبول العقل الذي به فهم التكليف ...حتى أن البهيمة لم يكن لها أهلية فهم الخطاب بالعقل و لا بالقوة لم تتهيأ لإضافة الحكم إلى ذمتها "(الغزالي ص84).

أو بمعنى آخر منشأ هذا الوصف الشرعي – الذمة – في الإنسان هي " الفطرة التي فطر الله عليها إذ كونه مجموعة من حواس ظاهرة و قوى عاقلة و نفس باطنة اقتضى أن يكون للإنسان استعداد خاص ليس لغيره من الحيوانات ، و بهذا الاستعداد استأهل للوجوب له و عليه ، فالذمة هي العقل ؛لأن المجنون له ذمة ، أنما هي خاصة بالإنسان التي تثبت له من تكوينه الخلقي " (حسين ص 225) .

إذا كما سبق القول الأهلية مناط ثبوتها الذمة ، وهذه الأخيرة مناط ثبوتها الصفة الإنسانية . و هذا الاتجاه بعد اتفاقه على أن الذمة أساسا للأهلية اختلفوا في المدى الذي تعتبر فيه الذمة أساسا للأهلية، و ذلك على رائيين :

1–الذمة أساس لثبوت الأهلية بشقيها (السلبي و الإيجابي).

أي أهلية تحمل الالتزامات (السلبي) و اكتساب الحقوق (الإيجابي).

2–الذمة أساس لثبوت الأهلية بشقها السلبي ، أي تحمل الالتزامات .

الرأي الأول : هو رأي الكثير من الفقهاء و ألأصوليين قديما و حديثا ، فالبزدوي يرى أن الذمة وصف يصير به الإنسان أهلا للإيجاب و الاستيجاب ، فالجنين و أن كانت له أهلية وجوب ناقصة إلا أنه لم يكن له ذمة مطلقة أي كاملة حتى صلح لأن يجب له الحق في العتق و الإرث ، و لم يجب عليه ، أي لا يصلح عليه نفقات الأقارب و نحوها ، فهو إذا انفصل عن الأم بالولادة ظهرت ذمته مطلقة لصيرورته نفسا من كل وجه ، أي صار أهلا بسب ذمته للوجوب له و عليه (البزودي 1974 ج4ص 240)، و كذلك صاحب شرح التلويح ، فأهلية الوجوب أي صلاحيته لوجوب الحقوق المشروعة له و عليه (التفتازاني ص323).

و حديثا يرى كل من عبدالوهاب خلاف و أحمد فرج على سبيل المثال أن الذمة هي الأساس في ثبوت أهلية الوجوب بشقيها السلبي و الإيجابي ، و في هذا يقول عبدالوهاب " الذمة هي الصفة الفطرية الإنسانية التي تثبت للإنسان حقوق قبل غيره ، ووجبت عليه واجبات لغيره "(عبدالوهاب خلاف 1972ص136)، أما أحمد فرج فيقول " أساس ثبوت هذه الأهلية للإنسان ذمته التي هي محل الوجوب " (حسين ص224).

فهذا الرأي لا يختلف مع غيره في أن الذمة مناطها الصفة الإنسانية ، أي يرى أن الذمة وعاء تقديري يشمل الجانب السلبي (الالتزامات) و الإيجابي (الحقوق)أي الأهلية في أكمل صورتها .

الرأي الثاني : يشترك فيه كل من أبوزهرة و مصطفى الزرقاء و مذكور ، فكلهم متفقون مع الرأي الأول في أن الذمة وصف اعتباري مناطه الصفة الإنسانية إلا أنه يختلف

معه في المدى الذي تعتبر فيه الذمة أساسا للأهلية ، فيرى أنصار هذا الرأي أن الذمة أساس مناط الأهلية – أهلية الوجوب– بشقها السلبي ، و في هذا يقول أبوهرة " فالذمة أمر فرضي تقديري اعتباري ، فرض موجود ليكون محلا للديون و سائر الالتزامات والتكليفات " (أبوزهرة ص161).

أما مصطفى الزرقاء فيمكن تلخيص قوله في أن أهلية الوجوب هي صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق و تحمل الالتزامات ، و بذلك فإن هذه الأهلية لها شقان :

الشق الأول : الشق الإيجابي وهو قابلية الإنسان لثبوت الحقوق له و هذه تثبت للإنسان بمجرد كونه جنينا بإتفاق الجمهور .

الشق الثاني : الشق السلبي و هو قابلية الإنسان لثبوت الحقوق عليه و هذه الأخيرة تتكون من عنصرين :

أ–قابلية التحمل : أي أهلية الشخص أن تجب عليه الحقوق ، أي تحمل الالتزامات ، و هذه مناطها الحياة أو الصفة الإنسانية .

ب–قابلية أو محل مقدر يتسع لاستقرار تلك الالتزامات فتنتزع من شخص الإنسان لشغله تلك الالتزامات حال ثبوتها و تفرغ منها بسقوطها و مناطها الحياة و هذا المحل هو الذمة (الزرقاء ج2ص740/739).

أما مدكور فيرى " أن الذمة معنى تتعلق به الالتزامات و هي ما على الشخص من حقوق ....و بناء على ذلك يخرج الجنين من أن تكون له ذمة و إن كانت له أهلية وجوب ناقصة" (مدكور 1969ص275).

الرأي الراجح هو رأي الفريق الأول ؛ لأن الذمة هي أمر فرضي تقديري ، و مادام هي كذلك فلا يمنع من أن يشمل جانبي الأهلية سلبا و إيجابا حتى يكون للجنين ذمة ، و

لكنها ناقصة و هي تحمل الحقوق ثم كاملة و هي اكتساب الحقوق و تحمل الواجبات ثم أهلية الأداء بحسب البلوغ الجسدي و العقلي .

المطلب الثاني :رأي الإمام القرافي :

لقد عرضنا في المبحثين الأول و الثاني لحقيقة الأهلية و الذمة لغة و اصطلاحا و أنواعا ، ثم عرضنافي المبحث الثالث المطلب الأول آراء الفقهاء و الأصوليين إلا أن هناك محاولة جديدة في سياق البحث تختلف عن كل ما سبق ألا و هي محاولة الفقيه المالكي القرافي في كتابه الفروق في الفرق 183 بين قاعدة الذمة و قاعدة أهلية المعاملة حيث يطرح إشكالية البحث بشكل مغاير يختلف عن كل ما سبق عرضه فيخرج عن إجماع الفقهاء على النحو التالي :

يبدأ الفقيه محاولته باعترافه بأن تحديد الذمة أمر ليس بالسهل بقوله " اعلم أن الذمة قد أشكلت معرفتها على كثير من الفقهاء و جماعة يعتقدون أنها أهلية المعاملة ، فإذا قلنا أن زيد له ذمة معناه أنه أهل لأن يعامل " (الفروق 1998مج 3ص379). ثم يشرع بعد ذلك في بيان حقيقة الأهلية و الذمة قائلا إنه " لابد من بيان الحقيقتين ، و إلا فلا يتحصل من هذه العمومات و الخصوصات مقصود ، قلت : العبارة الكاشفة عن الذمة أنها معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالزام و اللزوم ، و هذا المعنى جعله الشرع مسببا على أشياء خاصة منها البلوغ و الرشد ، فمن بلغ سفيها لا ذمة له ... أما أهلية التصرف فحقيقتها عندنا قبول يقدره صاحب الشرع في المحل و سبب هذا القبول المقدر التمييز " (الفروق 1998مج3ص382/381).

وبعد أن حدد حقيقة المصطلحين يبدأ في إجراء مقارنة بين الحقيقتين بقوله " هما حقيقتان متباينتان بمعنى أنهما متغايرتان و تحقيق التغاير بينهما أن كل واحدة من هاتين الحقيقيتين أعم من الأخرى من وجه و أخص من وجه ، فإن التصرف يوجد

بدون الذمة ، و الذمة توجد بدون أهلية التصرف " (الفروق 1998مج3ص379) على النحو الآتي :

1–مثال أهلية التصرف بدون الذمة و تكون للصبيان المميزين حيث يصح بيعهم و شرائهم و يقف اللزوم على إجازة الولي ... اتفق الجميع على عدم الذمة في حقه .

2–مثال الذمة بدون أهلية التصرف و تكون للعبيد ، فإنهم محجور عليهم لحق السادات ، فهم لا يملكون و لا يجوز لهم التصرف إلا بإذن السادات سدا لذريعة إفساد مالهم .

3–مثال أهلية التصرف مع الذمة معا ، و يكونان في حق الحر البالغ الرشيد ، فإن له أهلية التصرف و له ذمة ، و عن هذه الحالة يقول : فمن اجتمعت له هذه الشروط رتب الشرع عليها – أي الذمة– تقدير معنى فيه يقبل أرش الجنايات و أجر الإجارات و أثمان المعاملات و نحو ذلك من التصرفات .

4–الحالة الرابعة نستنتجها من الأمثلة الثلاثة السابقة و هي انعدام أهلية التصرف و الذمة و تكون للصبيان غير المميزين و السفهاء ، لأنه يرى أنه " لا جرم من لا يكون هذا المعنى مقدرا في حقه لا يصح في حقه شيء من هذه الأمور فلا ينعقد في حقه سلم و لا ثمن إلى أجل و لا حوالة و لا شيء من ذلك " (الفروق 1998 مج3 ص382).

و لأن عنوان فرقه 183 هو بين قاعدة الذمة و بين قاعدة أهلية المعاملة فإنه يرى أن الفرق بينهما في نقطتين :

الأولى : أهلية التصرف أهلية و قبول خاص ليس فيه إلزام و لا التزام و الذمة معنى مقدر في المحل قابل لهما .

الثانية : إن الذمة يشترط فيها التكليف من غير خلاف أعلمه بخلاف أهلية التصرف التي يشترط فيها التمييز .

و يختم رأيه بقوله " هذه هي حقيقة الذمة و بسطها والعبارة الكاشفة عنها و السبب الشرعي الذي يقدر الشرع عنده المعنى الذي هو الذمة " (الفروق 1998 مج3ص382).

تحليل رأي القرافي :

1–ذكرنا عند الحديث عن تعريف الذمة لغة أن فريقا من الفقهاء و الأصوليين يرون أنها وصف و يرى آخرون أنها ذات ، أما القرافي فيرى أنها معنى شرعي مقدر في المكلف ، فهو لا يرى أنها لا ذات و لا وصف .

2–ذكرنا أيضا عند تعريف الذمة اصطلاحا أن أغلبية الفقهاء و الأصوليين يرون أن مناط ثبوتها هو الصفة الإنسانية ، و بناء على هذه الصفة لا تثبت بالنسبة للكائنات الحية إلا للإنسان سواء أكان صغيرا أو كبيرا ، رجلا أو امرأة ، حرا أم عبدا بينما نجد عند القرافي اتجاه آخر هو أن الذمة رغم كونها معنا شرعيا لا تثبت إلا بشروط منها البلوغ و العقل .

3–هذا القول الذي وصل إليه ربما سببه تصور دار في ذهنه حول إمكانية تحمل الصبيان غير المميزين للالتزامات ، لذلك قال أنهم عديمو الذمة ، و فهمنا ذلك من قوله لا ينعقد في حقه سلم و لا ثمن إلى أجل ، و لكن هذا التصور عالجه الفريق الأول القائل بالذمة لكل من ثبت له الصفة الإنسانية كما ذكرنا سابقا.

4–من شروط تحمل الذمة عتد القرافي أن يكون الشخص بالغا راشدا ، فمن ضمن هذه الشروط يفهم أن يكون عاقلا أيضا من باب أولى ؛ لأنه مرحلة سابقة على الرشد ، و على رأي القرافي لا يكون للمجنون بالإضافة إلى السفيه أهلا للذمة ، إلا أن الفريق القائل بالذمة يرد على هذا القول بأن الذمة هي الصفة الإنسانية ، فالذمة ليست هي العقل ؛ لأن المجنون له ذمة ، إنما هي خاصية الإنسان التي تثبت له من تكوينه الخلقي.

5–ما استنتجه القرافي من موقف الفقهاء الخاص ببيع و شراء الصبيان المميزين بأنه متوقف على إجازة الولي حيث قال : اتفق الجميع على عدم الذمة في حقهم فقد فسر هذا الإجماع على انعدام الذمة ، إلا أن الموضوعين مختلفين ، فالفقهاء ناقشوا موضوع صحة عقد الصبي المميز من عدمه بشأن شروط العقد و العاقد ، فمن اعتبر البلوغ و الرشد شرط نفاذ جعل عقده صحيح متوقف على الإجازة و هذا رأي الجمهور ، و من جعله شرط انعقاد جعله باطلا حتى و لو بإذن الولي و هو رأي الشافعية ، فالفقهاء ناقشوا هذه المسألة بعيدا عن الأهلية و الذمة و ليس كما تصور القرافي .

الرأي الراجح :

لا شك في أن الفريق القائل بأن الصفة الإنسانية هي مناط ثبوت الذمة المرتبطة بالأهلية هو الفريق الراجح ؛ لأن الذمة هي وعاء تقديري تنصب فيه الحقوق و الالتزامات ، فهي فكرة اعتبارية الهدف منها تفسير الحقائق الفقهية و الأصولية ، وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء .

الخاتمة :

1-إن المعنى اللغوي للأهلية بأنها الصلاحية قد وافق المعني الشرعي موافقة تامة ، ثم اختلف بعد ذلك في الصلاحية بين كونها صلاحية لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات وبين الصلاحية في التعبير عن الإرادة تعبيرا ينتج أثرا شرعيا .

2-لا أهلية كاملة للجنين مع أن بعض الفقهاء يرون إقامة وصي عليه و إعطائه الصلاحيات لحماية حقوقه و إدارة أمواله وفق القواعد الشرعية .

3-الأهلية نوعان : وجوب و أداء ، وكل منهما تنقسم إلى قسمين : أهلية ناقصة و أهلية كاملة ، و هي مرتبطة بحياة الإنسان و كمال عقله ، بحيث تتدرج في الظهور منذ كونه جنينا إلى بلوغه عاقلا رشيدا .

4-الذمة هي الصفة الإنسانية بحيث يقتصر وجودها على الإنسان و تثبت له سواء أكان كبيرا أو صغيرا ، رجلا أو امرأة ، حرا أو عبدا .

5-الذمة مرتبطة بأهلية الوجوب و ليس أهلية الأداء كما ذهب إليه الفقيه القرافي ؛ لأن مناط الأولى الصفة الإنسانية و ليس التمييز في الثانية ، لأن القول بأن الصبي المميز لا يتحمل الالتزامات مرده إلى أن هناك ولي له سلطة تؤهله لذلك .

ثبت المصادر و المراجع

القرآن الكريم برواية حفص.

أبوزهرة محمد، أصول الفقه :. دار الفكر العربي – القاهرة .

الأزدي، أبوبكر محمد بن الحسن ، (1987) جمهرة اللغة :.دار العلم للملايين –بيروت.

البخاري، علاء الدين، (1974) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي. دار الكتب العربي – لبنان .

الجرجاني علي بن محمد بن علي، (1983) التعريفات :.دار الكتب العلمية – بيروت.

الجروشي ، سليمان(2003) نظرية العقد و الخيارات. منشورات جامعة قاريونس – بنغازي.

حسين، أحمد فرج، الملكية و نظرية العقد، مؤسسة الثقافة الجامعية – الإسكندرية .

خلاف، عبدالوهاب(1972) علم أصول الفقه.دار القلم –الكويت.

الدبوسي، أبو زيد عبدالله،(2001) تقويم الأدلة في أصول الفقه :.دار الكتب العلمية –بيروت.

الديباني، عبد المجيد،(1995) المنهاج الواضح في علم أصول الفقه ، منشورات جامعة قاريونس – بنغازي .

الرباط ، خالد ، و أخرون، الجامع لعلوم الأمام أحمد :.

الزرقاء، مصطفى (1963) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، مطبعة جامعة دمشق.

الزرقاء، مصطفى، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي :.مطبعة جامعة دمشق.

السرخسي محمد بن أحمد بن أبي سهل، أصول السرخسي،.دار المعرفة– بيروت .

السمرقندي، علاء الدين أبوبكر محمد(1989) ميزان الأصول في نتائج العقول مطابع الدوحة – قطر.

شعبان، زكي الدين،(1995) اصول الفقه الإسلامي، منشورات جامعة قاريونس– بنغازي ط6.

شلبي، محمد مصطفى،(1959) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، مطبعة دار التأليف – مصر.

الغزالي، أبي حامد محمد، المستصفى. دار أحياء التراث العربي – لبنان .

الفناري، محمد بن شمس الدين (2006) فصول البدائع في أصول الشرائع، دار الكتب العلمية – لبنان.

الفيروزابادي، محمد بن يعقوب القاموس المحيط.

القرافي، أبي العباس أحمد (1998) الفروق، دار الكتب العلمية– لبنان.

الكفوي ،أبي البقاء بن موسى (1992) الكليات. ط2 .

مدكور، محمد سلام، (1969) الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية – القاهرة.

مرعشلي نديم و مرعشلي أسامة (إعداد و تصنيف) الصحاح في اللغة و العلوم.

وزارة الأوقاف و الشئون الإسلامية – الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية .. ط2، دار السلاسل – الكويت.