

الفصل الثاني

الأحكام التوصيفية للبصمة الوراثية

تمهيد وتقسيم :

أتكلم في هذا الفصل عن الأحكام التوصيفية للبصمة الوراثية بعد أن بينا الأحكام التكليفية المتعلقة بها في الفصل الأول .

والتوصيف في اللغة : هو تعيين الشيء وتمييزه مما سواه بصفته . والصفة هي : الحالة التي يكون عليها الشيء ويتميز بها .

تقول : وصف الشيء يصفه وصفاً وصفة ، أي ذكر أوصافه . ووصف الثوب الجسم ، أي أظهر حاله وبين هيئته . واتصف بالشيء ، أي : صار موصوفاً ، وتواصفوا الشيء ، أي : وصفه بعضهم لبعض . واستوصف الشيء ، أي : طلب أن يصفه له^(١) .

والمقصود بالأحكام التوصيفية هنا : بيان تكييف البصمة الوراثية أو تصنيفها في محل الحكم الوضعي الشرعي ، وكذلك بيان طبيعتها التي تجمع العنصر البشري والعنصر التقني ، مع ما يترتب على ذلك من آثار .

وعلى هذا ، فإنني سأقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، أتكلم في الأول عن تكييف البصمة الوراثية ، وأتكلم في المبحث الثاني عن طبيعة البصمة الوراثية .

(١) لسان العرب ، المعجم الوسيط - مادة : وصف .

تكييف البصمة الوراثية

تمهيد وتقسيم :

أقصد بالتكييف هنا : بيان محل « البصمة الوراثية » من الحكم الجعلي أو الوضعي الشرعي ، والأثر المترتب على ذلك .

فمن الناحية النظرية قسم الأصوليون الحكم الشرعي إلى قسمين :

القسم الأول : هو الحكم التكليفي المتعلق بأفعال المكلفين ، وقد سبق الحديث عنه في الفصل الأول .

القسم الثاني : هو الحكم الجعلي أو الوضعي ، وهو المتعلق بالأشياء ، وعرفوه بأنه : « خطاب الله تعالى المتعلق بجعل الشيء - أو وضعه - سبباً ، أو شرطاً ، أو مانعاً » . وأدخل الإمام الأمدي في خطاب الوضع : الخطاب المتعلق بكون الشيء صحيحاً أو باطلاً أو فاسداً ، وكونه عزيمة أو رخصة .

والعلاقة بين الحكم التكليفي (المتعلق بالأشخاص المكلفين) وبين الحكم الوضعي (المتعلق بالأشياء المادية والحسية) علاقة اقتران لصيقة ، حيث ربط الله الأحكام الشرعية التكليفية بما يتصل بها من أسباب موجبة لها ، وشروط لتحقيقها ، وموانع إن وجدت زال أثر السبب .

والحكم الوضعي بمقتضى هذا ينقسم إلى ثلاثة أقسام : سبب ، وشرط ، ومانع . فإذا وجد السبب وتحقق الشرط وزال المانع ترتب على الفعل الأثر الشرعي ، والتكليف الذي ارتبط به .

فالوقت بالنسبة للصلاة سبب لوجوبها ، ولكن شرط صحتها الوضوء ، ومن موانعها الحيض وزوال العقل ، فإذا مضى الوقت وهو مجنون فإن الصلاة لا تجب عليه ، وهكذا .

وكذلك الوفاة مع القرابة أو الزوجية سبب لوجوب الميراث ، وشرطه تحقق حياة الوارث بعد وفاة المورث ، ومانعه القتل .
وكذلك إبرام العقد بالإيجاب والقبول سبب لوجوب الوفاء به ، إذا استوفى شروط صحته ، وزالت الموانع من إبرامه^(١) .
هذا هو الجانب النظري للحكم الجعلي ، فما الجانب التطبيقي له على البصمة الوراثية باعتبارها شيئاً من الأشياء ، وما الأثر الشرعي المترتب على ذلك؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في المطلبين الآتيين .

المطلب الأول

التعريف بالأقسام الرئيسة للحكم الوضعي

ذكرت أن الأقسام الرئيسة للحكم الوضعي ثلاثة ، هي : السبب ، والشرط ، والمانع . وللقوف على الجانب التطبيقي للحكم الجعلي يستلزم أن نعرف تلك الأقسام ، ونبين أنواعها في الفروع الثلاثة الآتية :

الفرع الأول

السبب الشرعي

أتكلم في هذا الفرع عن تعريف السبب ، والعلاقة بينه وبين العلة ، وأقسامه ، والأحكام المتعلقة به .

تعريف السبب :

السبب في اللغة يطلق على الحبل ، وعلى كل شيء يتوصل به إلى غيره . والجمع : أسباب . تقول : تسبب إليه ، أي توصل بسبب . وسبب الحكم ونحوه ، أي ذكر أسبابه . وسبب الأسباب ، أي أوجدها^(٢) .

(١) أصول الفقه للشيخ محمد الخضري ص ٥٤ وما بعدها ، أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٣ وما بعدها .

(٢) لسان العرب ، المعجم الوسيط ، مادة : سبب .

والسبب في اصطلاح علم الأصول ، اختلفوا في تعريفه ، وأكتفي بذكر تعريفين للحنفية وللشافعية .

١- قال الحنفية ، إنه : « ما يكون طريقاً إلى الحكم من غير تأثير ، أي من غير أن يضاف إليه وجوب ولا وجود ، ولا يعقل فيه معاني العلل ، لكن يتخلل بينه وبين الحكم علة لا تضاف إلى السبب »^(١) .

قالوا : الطريق هو السبيل الموصل حتماً ؛ ليخرج ذلك العلامة . والتقيد بأن لا يكون مؤثراً لإخراج العلة ، حيث إن العلة يضاف إليها ثبوت الحكم وجوباً ووجوداً . والتقيد بأن لا يعقل فيه معاني العلل لإخراج السبب الذي له شبهة العلة ، وهو ما أثر في الحكم بواسطة . أما السبب الحقيقي فلا يوجد له أدنى تأثير في الحكم .

٢- قال الشافعية : إن السبب هو : « ما يلزم من وجوده الوجود ، ومن عدمه العدم ، بالنظر لذاته » .

وعرفه بعضهم بأنه : « الوصف الظاهر المنضبط الذي جعله الشارع أمانة لوجود الحكم »^(٢) .

قالوا : وتقيد الوصف « بالظاهر » لكي يخرج الوصف الخفي ، الذي لا يتعلق به حكم ؛ لأن الأحكام تتعلق بالأوصاف الظاهرة . وعلى ذلك فعلق النطقة في رحم الزوجة سبب خفي لا يعلق عليه وجوب العدة ، وإنما يعلق على وصف ظاهر وهو الطلاق مثلاً .

قالوا : وقيد « المنضبط » لإخراج السبب غير المنضبط الذي لا يضطرد ولا يوجد دائماً ، كالمشقة فإنها تتخلف كثيراً ، ولذلك لم يعلق عليها سبب قصر الصلاة الرباعية ، وإنما علق على السفر .

(١) فتح الغفار شرح المنار ٦٤/٣ ، التلويح على التوضيح ١٣٧/٢ .

(٢) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ١٢٧/١ ، حاشية البناني على جمع الجوامع ٩٦/١ ، الموافقات ١٩٦/١ ، كتاب الكليات ٢١/٣ ، نهاية المحتاج ١٠٨/١ .

قالوا : وقيد « جعله الشارع أمانة » لبيان أن هذه الأسباب ليست مؤثرة في وجود الأحكام التكليفية بل هي أمانة لظهورها ووجودها .

العلاقة بين السبب والعلة :

العلة في اللغة تطلق على السبب ، أو المرض . وأعل الشيء : جعله ذا علة . وعلل الشيء : بين علته وأثبتته بالدليل^(١) .

والعلة في الاصطلاح الأصولي : هي « ما أضاف الشارع الحكم إليه وناطه به ، ونصبه علامة عليه »^(٢) ، أو هي : « ما يضاف إليه وجود الحكم ابتداء »^(٣) .

هذا ، ومن المتفق عليه بين علماء الشريعة أن العلة والسبب كلاهما أمانة على وجود الحكم ، فيشتركان في ترتيب المسبب والمعلول عليهما . فهل معنى ذلك أنهما لفظان مترادفان شرعاً ؟

اختلف علماء الأصول في ذلك ، ذهب بعضهم إلى أنهما بمعنى واحد ، وذهب آخرون إلى أنهما مختلفان في الحقيقة الشرعية من حيث إن السبب يطلق على ما لا يكون بينه وبين الحكم مناسبة بخلاف العلة . وعلى ذلك ، يكون الوقت سبباً لوجوب الصلاة ، ولا يكون الإسكار من حيث كونه علة للتحريم سبباً ؛ وذلك للمناسبة بين الإسكار والتحريم .

وكذلك لا يعد السفر سبباً لجواز الإفطار ، وذلك للمناسبة بين الحكم وبين السفر . ولذلك يعتبر هؤلاء الأصوليون العلة وصفاً مناسباً مؤثراً ، فلها تأثير في الحكم ، وإن كانت قد نصبت أمانة لحكم الشارع في الجملة .

هذا ، ويذكر الإمام الشاطبي وجهاً آخر للفرق بين السبب والعلة ، بقوله : « إن السبب غير فاعل بنفسه إنما وقع المسبب عنده لا به ، هذا بخلاف العلة »^(٤) .

(١) لسان العرب - القاموس المحيط - مادة : علل .

(٢) المستصفى للغزالي ٢/٢٣٠ .

(٣) كشف الأسرار ١٧١/٤ ، تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٣٥١ .

(٤) الموافقات ١/١٩٦ .

يقول الشيخ محمد أبو زهرة : « وفي الحقيقة الخلاف لفظي ، والحقائق في جملتها واحدة ، فالذين يعتبرون العلة داخلة في معنى السبب يقسمون السبب قسمين : سبب غير مناسب للحكم ، وسبب مناسب . وبهذا التقسيم تلتقي الحقائق وتجتمع »^(١).

أقسام السبب :

ذهب الأصوليون إلى تقسيم السبب أقساماً عدة ، يمكن الرجوع إلى تفصيلاتها في كتبهم^(٢) ، وأكتفي هنا بالإشارة إلى التقسيم الذي أوجزه الشيخ محمد أبو زهرة بقوله : ينقسم السبب إلى قسمين :

أحدهما : سبب ليس من فعل المكلف .

والثاني : سبب هو من فعل المكلف .

- أما الأسباب التي ليست من فعل المكلف فهي التي جعلها الله أمانة على وجود الحكم ، مثل كون الوقت سبباً للصلاة ، وكون الاضطراب سبباً لإباحة الميتة ، وكون خوف العنت مع القدرة على تكاليفات الزواج سبباً لوجوب النكاح ، وهكذا ، فكل هذه الأسباب ليست من العبد .

- وأما الأسباب التي تكون في مقدور العبد فهي أفعال المكلفين التي يرتب الشارع عليها أحكامه ، مثل كون السفر سبباً لرخصة الإفطار ، وعقد الزواج في محله سبباً في حل العشرة ، والبيع سبباً للآثار المترتبة عليه ، وهكذا .

وهذا النوع - وهو ما يكون في قدرة المكلف - ينقسم إلى أقسام ، فمنه : ما يكون مأموراً به فعله ، ومنه : ما يكون مأموراً به تركه ، ومنه : ما يكون مأذوناً فيه .

ذلك أنه ما دام في قدرة العبد فإنه يجري عليه قيد الحكم التكليفي من حيث الطلب فعلاً أو تركاً أو إذناً .

(١) أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٦ .

(٢) انظر مثلاً : فتح الغفار ، التلويح ، الإحكام للآمدي ، حاشية البناني ، الموافقات ، المستصفي ، كشف الأسرار ، تخريج الفروع - المراجع السابق ذكرها .

ومع ذلك يكون هذا الصنف من الأسباب له نظران : نظر من ناحية أنه داخل في خطاب التكليف ، والنظر الثاني : من حيث إنه داخل في خطاب الوضع .

فهو من حيث القدرة عليه ، ومن حيث اقتضاؤه لجلب منافع ودفع مضار ، يدخل تحت حكم التكليف ، ومن حيث ما رتب عليه الشارع من أحكام أخرى داخل في الحكم الوضعي ، ككون النكاح سبباً للتوارث بين الزوجين ، وحلّ العشرة بينهما ، وتحريم المصاهرة . وكون ذبح الحيوان ذبحاً شرعياً سبباً لحل الانتفاع ، والقتل سبباً للقصاص ، والزنى سبباً للحد ، وهكذا^(١).

الأحكام المتعلقة بالسبب :

نص الأصوليون على أحكام السبب المتعلقة به ، وأذكر فيما يلي أهمها^(٢) :

١- الأسباب تترتب عليها مسبباتها ولو لم يرد الفاعل تلك المسببات ، فمن أتى بسبب ثم قصد أن لا يقع مسببه فقد قصد محالاً ، وتكلف رفع ما ليس له ، ومنع ما لم يجعل له منعه ، فمن عقد نكاحاً على محله أو بيعاً أو شيئاً من العقود ، ثم قصد ألا يستبيح بذلك العقد ما عقد عليه ، فقد وقع قصده عبثاً ، ووقع المسبب الذي أوقع سببه ، وكذلك إذا أوقع طلاقاً أو عتاقاً ، ثم قصد ألا يكون مقتضاه فهو قصد باطل .

٢- إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبب ؛ لأنه لما جعل مسبباً عنها شرعاً جعل كأنه فاعل للمسببات مباشرة ، وإن لم تكن المسببات من كسبه ، وإذا كان كذلك فالداخل في السبب إنما يدخل فيه مقتضياً لمسببه ، وكل قصد يخالف ذلك باطل ، لأنه يخالف قصد الشارع .

٣- إذا تقرر أن المسببات من عمل الشارع فإنه يتقرر أن مقتضيات العقود وآثارها من عمل الشارع ؛ لأن العقود أسباب جعلية لآثارها ، وعلى ذلك فليس لأحد العاقدين أن يشترط شروطاً منافية لأصل العقد ومقتضاه .

(١) أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٤ .

(٢) المراجع الأصولية السابق ذكرها .

٤- الأسباب الممنوعة أسباب للمفاسد لا للمصالح ، كما أن الأسباب المشروعة أسباب للمصالح .

أما المفاسد التي تنتج عن أسباب مشروعة فليست ناشئة عنها في الحقيقة ، وإنما هي ناشئة عن أسباب أخرى مناسبة لها ، مثال ذلك : الجهاد موضوع لإعلاء كلمة الله ، وإن أدى إلى مفسدة في المال أو في النفس . وإقامة الحدود والقصاص مشروع لمصلحة الزجر عن الفساد ، وإن أدى إلى إتلاف النفوس وإراقة الدماء .

وكذلك المصالح التي تنتج عن أسباب غير مشروعة ليست ناشئة عنها ، وإنما هي ناشئة عن أسباب أخرى مناسبة لها . مثال ذلك : الأنكحة الفاسدة فإنها سبب لمفاسد من أجلها كان النهي عنها وإن أدت إلى إلحاق الولد ، وثبوت الميراث وهي مصالح .

الفرع الثاني الشرط الشرعي

أتكلم في هذا الفرع عن تعريف الشرط ، والفرق بينه وبين السبب والركن ، وأنواع الشرط ، وأحكامه .

تعريف الشرط :

الشرط في اللغة - بسكون الراء - هو إلزام الشيء والتزامه ، والجمع : شروط : والشريطة - بفتح وتشديد الشين - هي الشرط ، والجمع شرائط .

والشرط - بفتح الراء - العلامة . والجمع : أشراط ، ومنه أشراط الساعة ، أي علامات القيامة ^(١) .

(١) لسان العرب ، المعجم الوسيط ، مادة : شرط .

والشرط في إصلاح الأصوليين ، عرفه البيضاوي بأنه : « ما يتوقف عليه تأثير المؤثر لا وجوده » .

وعرفه ابن السبكي بأنه : « ما يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ، ولا عدم لذاته » .

واختار ابن الحاجب أن الشرط هو : « ما استلزم نفيه نفي أمر على غير جهة السبية » ^(١) .

الفرق بين الشرط وبين الركن والسبب :

١- أما الفرق بين الشرط وبين السبب ، فهو أن الشرط إذا وجد لا يستلزم وجوده وجود الحكم ، فلا يلزم من وجود الوضوء - الذي هو شرط لصحة الصلاة - أن تجب الصلاة بالوضوء ، ولا يلزم من وجود الشاهدين وجود عقد الزواج ، مع أن وجودهما شرط لصحته . ولكن لا تصح الصلاة من غير وجود الوضوء ، ولا يصح النكاح من غير شاهدين .

أما السبب فإنه يلزم من وجوده وجود الحكم إلا إذا كان المانع ، فإذا كان وقت الصلاة فقد وجبت الصلاة ، وإذا كان رمضان فقد وجب الصيام ، وإذا كان الإسكار فقد وجب الحد ، وإذا كانت السرقة فقد وجب الحد ، وهكذا .

٢- أما الفرق بين الشرط وبين الركن فهو أن كلاً منهما لا بد منه في تحقيق الماهية ، غير أن الركن يكون داخلياً في الحقيقة وهو جزء منها ، بخلاف الشرط فإنه يكون خارجاً عن الماهية .

مثال ذلك : في الصلاة ، ركنها القيام والقراءة والركوع والسجود ، ومن شروطها الوضوء ، وهو - أي الوضوء - أمر خارج عن الصلاة ، ولكن لا ترتب آثارها من القبول والثواب إلا به .

(١) شرح البدخشي ١٠٨/٢ ، حاشية التفتازاني على شرح مختصر المنتهى ١٢/٢ ، حاشية البناني على جمع الجوامع ٢٠/٢ ، الفروق للقرافي ٦٢/١ ، فتح الغفار شرح المنار ٧٣/٣ ، التلويح على التوضيح ١٢٠/١ ، تيسير التحرير ١٢٠/٢ وما بعدها ، حاشية الحموي على الأشباه ٢٤٤/٢ أصول الفقه للشیخ محمد أبو زهرة ص ٤٧ ، أصول الفقه للشيخ الخضري ص ٥٩ وما بعدها .

أما ركن الصلاة من القيام والقراءة ونحوهما فهو داخل في حقيقة الصلاة وجزء منها لا ينفك ، وهو كذلك لا تصح الصلاة بدونه^(١) .

أما في اللغة فالركن هو الجانب الأقوى والأمر العظيم ، وكل ما يقوى به من ملك أو جند أو عز أو منعة . والجمع : أركان . وأركان الشيء : جوانبه التي يستند إليها ، ويقوم بها^(٢) .

أما الشرط - كما سبق - فهو الإلزام والالتزام بالشيء .

أنواع الشرط :

قسم الأصوليون الشرط إلى أنواع عدة بحسب الاعتبار المنظور إليه ، وأكتفي هنا ببيان أنواعه من جهة علاقته بالسبب ، ومن حيث جهة موضوعه^(٣) .

أولاً : أنواع الشرط من جهة علاقته بالسبب :

ينقسم الشرط بحسب هذا الاعتبار إلى قسمين : شرط مكمل للسبب ، وشرط مكمل للسبب .

١ - أما الشرط المكمل للسبب فهو الشرط الذي تثبت حكمته مقوية لمعنى السببية . ومثاله : شرط حَوْلَانِ الحَوْلِ في وجوب الزكاة في النصاب ، وذلك لأن السبب في وجوب الزكاة هو النصاب ، إذ إن النصاب دليل الغنى ، ولا يتحقق الغنى بالنصاب على الوجه الأكمل إلا إذا مضى حول على وجود هذا النصاب كاملاً في يده .

في هذا المثال : نقول : إن الشرط (حولان الحول) منع وقوع المسبب (وجوب إخراج الزكاة) من أجل أن سبب الوجوب (ملك النصاب) متوقف التأثير على هذا الشرط ؛ لأنه لو صح وقوع المشروط بدون شرطه لم يكن شرطاً فيه ، وقد فرض أنه شرط .

(١) حاشية ابن عابدين ٦٢/١ ، بدائع الصنائع ١٠٥/١ ط . دار الكتاب العربي ، حاشية الجمل ٣٢٨/١ .

(٢) لسان العرب ، المعجم الوسيط ، مادة : ركن .

(٣) انظر : أصول الفقه لأبي زهرة ص ٤٧، ٤٨ ، وأصول الفقه للخضري ص ٥٩-٦٢ ، والمراجع الأصولية السالفة الذكر في تعريف الشرط . هذا وللفقهاء تفريع وتفصيل في ذلك يرجع إليها في كتب الفروع .

وهنا قضية أخرى محل اشتباه ، وهي : أن الحكم إذا حصر سببه وتوقف حصول مسببه على شرط ، فهل يصح وقوعه بدون شرطه؟
نقول في المثال السابق نفسه : هل يجوز إخراج الزكاة لمن ملك النصاب قبل حولان الحول؟

نلاحظ : أن السؤال هو : هل يجوز ، وليس هل يجب ، كالصورة السابقة .
اختلف العلماء في ذلك على قولين : قول يرى : الجواز ؛ مراعاة للسبب ، وأنه مقتض لمسببه ، ولم يراع توقفه على شرطه ، ونظر إلى أن شرط الحول إنما هو شرط في الاغتنام وليس شرطاً في الوجوب ، فالحول كله وقت موسع لوجوب الزكاة ، ولكنها تتحتم متى تم الحول .

والقول الآخر ، يرى : أنه لا يجوز ، مراعاة لعدم تحقق الشرط ، وهو الحول ، حيث إن سبب الوجوب متوقف على تحقق الشرط ، فكان عدم تحقق الشرط مانعاً من وقوع المسبب ، ولم يراع حضور السبب بمجردده .

٢- الشرط المكمل للمسبب ، وهو الشرط الذي يقوي حقيقة المسبب ، أي يقوي ركنه . ومثاله : اشتراط التساوي بين الجاني والمجني عليه في القصاص ، من حيث السلامة من نقص في الأطراف ونحوها ، فإن الحكم وهو القصاص أساسه المساواة بين العقوبة والجريمة ، ولا يتحقق ذلك إلا بالمساواة بين الجاني والمجني عليه . وكذلك كان ستر العورة شرطاً في صحة الصلاة لأنه يكمل حقيقتها وهو الشعور بهيبة الديان .

ثانياً : أنواع الشرط من جهة موضوعه :

ينقسم الشرط من جهة الأمر المشروط إلى قسمين : شروط موضوعها حكم تكليفي ، وشروط موضوعها حكم وضعي .

١- أما الشروط التي يكون موضوعها حكماً تكليفاً فمثل شرط الطهارة في الصلاة ، فإنها شرط لتحقيق أمر تكليفي طالب به الشارع ، وكذلك الإحصان في وجوب الحد ، فهو شرط لتحقيق أمر تكليفي يتجه فيه التكليف إلى الحاكم في تنفيذ الحد ، وكذلك حولان الحول فإنه شرط لأداء الزكاة .

٢- وأما الشروط التي يكون موضوعها حكماً وضعياً ، فمثل القدرة على التسليم في البيع ، فإنه شرط لاعتبار العقد سبباً للملكية ، وكذلك تحقق حياة الوارث بعد موت المورث فإنه شرط لاعتبار الإرث سبباً للميراث ، وغير ذلك من الشروط التي تكون خادمة لحكم وضعي مجرد .

وهذا النوع من الشروط التي تتصل بالأحكام الوضعية تنقسم إلى قسمين : شروط شرعية ، وشروط اتفاقية .

أ- أما الشروط الشرعية ، فهي التي وضعها الشارع لتحقيق السبب أو لتحقيق المسبب ، وهي إما للوجوب كالبلوغ لوجوب الصلاة ، وإما للصحة كاشتراط الطهارة للصلاة ، وإما للانعقاد كاشتراط الأهلية لانعقاد التصرف وصلاحيته المحل ، وإما للزوم كاشتراط عدم الخيار في لزوم البيع ، وإما للنفاذ كاشتراط الولاية لنفاذ التصرف .

ب- وأما الشروط الاتفاقية - وتسمى بالشروط الجعلية لأنها من جعل المتعاقدين - فهذه الشروط هي التي أباح الشارع للمتعاقدين أن يشترطوها في العقود لتترتب أحكامها عليها ، وهي شروط تثبت لتحقيق الأحكام التي نيطة بالعقود ، فهي شروط في أحكام وضعية ، كاشتراط تقديم مؤخر المهر في الزواج .

وهذه الشروط التي تكون بعمل العاقدين ، وإباحة من الشارع ، تنقسم إلى قسمين : الأول : شروط تتصل بوجود العقد ، فهي شروط مكملة للسبب ، كتعلق العقد على شرط ، كأن يكفل شخصاً آخر إذا عجز عن الأداء ، فإن شرط العجز عن الأداء شرط لتحقيق الكفالة ، فهو شرط محمل للسبب وهو عقد الكفالة .

الثاني : شروط تكمل المسبب ، وهي التي تفترون بالعقد فتزيد في التزاماته ، أو تقوي هذه الالتزامات كالبيع بشرط أن يقدم المشتري كفيلاً بالثمن ، فإن مثل هذا الشرط ثابت في المسبب وهو أثر العقد .

الأحكام المتعلقة بالشرط :

يتعلق بثبوت الشرط وصحته كثير من الأحكام ، أذكر منها ما يلي :

١- الشرط يخرج من الكلام ما لولاه لدخل فيه .

٢- الشروط من جهة كونها داخلية تحت خطاب الوضع ليس للشارع قصد في تحصيلها من حيث هي شروط ولا في عدم تحصيلها .

فإبقاء النصاب حولاً حتى تجب فيه الزكاة ليس بمطلوب الفعل حتى يجب الادخار ، ولا مطلوب الترك حتى يجب الإنفاق ؛ لأنه لو كان مطلوباً لم يكن من باب خطاب الوضع ، والمفروض خلافه ، والحكم أنه متى وجد الشرط مع المقتضي وعدم المانع وجد المشروط ، وإن عدم لم يوجد المشروط ، والأمر في ذلك ظاهر متى لم يقصد المكلف عدم الشرط حتى لا يبنني على السبب حكمه .

أما إن تعمد المكلف ذلك فإنه يقع في المحذور ؛ لأنه يعتمد إلى جعل ما اعتبره الله تعالى سبباً لحكم شرعي من أجل جلب المصلحة أو درء المفسدة ، يجعله عبثاً لا حكمة فيه ولا منفعة ، وهذا مضاف لقصد الشارع .

٣- السبب إذا كان متوقف التأثير على شرط فلا يصح أن يقع المسبب دون الشرط ؛ لأنه لو صح وقوع المشروط بدون شرطه لم يكن شرطاً فيه ، وقد فرض أنه شرط ، ومن أمثلة ذلك : ملك النصاب سبب لوجوب الزكاة لكن بشرط حولان الحول ، وكذلك اليمين سبب للكفارة لكن بشرط الحنث .

الفرع الثالث

المانع الشرعي

أتكلم في هذا الفرع عن تعريف المانع ، وأنواعه ، والأحكام المتعلقة به .

تعريف المانع :

المانع في اللغة : هو ما يمنع من حصول الشيء ، وهو خلاف المقتضي . تقول : منعه الشيء ، ومنعه من الشيء : حرمه إياه . ومنعه من حقه ، ومنع حقه منه . وامتنع الشيء : تعذر الحصول عليه^(١) .

(١) القاموس المحيط ، المعجم الوسيط ، مادة : منع .

والمانع في اصطلاح الأصوليين ، هو كما عرفه الإمام القرافي : « ما يلزم من وجوده العدم ، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته » .

وعرفه ابن السبكي بأنه : « الوصف الوجودي الظاهر المنضبط المعروف نقيض الحكم ، كالأبوة في القصاص » .

وعرفه الإمام الشاطبي بأنه : « السبب المقتضي لعلّة تنافي حكمة التحريم »^(١) .
ويلاحظ أن تعريف القرافي يظهر أن المانع عكس الشرط ؛ لأن الشرط هو ما يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته .

وتعريف ابن السبكي يبرز شرط المانع أن يكون ظاهراً منضبطاً لا يتخلف .
وتعريف الشاطبي يعتبر المانع سبباً معارضاً للسبب الذي اعتبره أمانة لظهور الحكم ، أو سبباً معارضاً لذات الحكم .

مثال ذلك : إذا علمنا أن السبب في وجوب الزكاة هو ملك النصاب ، ومن موانع هذا الوجوب أن يكون مالك النصاب مديناً بدين يعادل النصاب أو بعضه (على قول من يرى ذلك)^(٢) ، فإنه إذا كان النصاب يترتب عليه الغنى الذي هو الحكمة في فرضية الزكاة فإن ركوب الدين سبب آخر يهدم معنى الغنى الذي هو الحكمة من وجوب النصاب .

أنواع المانع :

قسم الأصوليون المانع إلى عدة تقسيمات ، وسأذكر هنا تقسيم الحنفية ، ثم تقسيم الشافعية :

(١) الفروق للقرافي ٦٢/١ ، جمع الجوامع مع حاشية البناني ٩٨/١ ، الموافقات للشاطبي ٢١١/١ .
(٢) اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة مذاهب . المذهب الأول : أن الديون لا تسقط وجوب الزكاة مطلقاً على من بيده النصاب ، وهو مذهب الشافعي في الجديد ، وبه قال ربيعة وحماد . والمذهب الثاني : أن الديون تسقط وجوب الزكاة مطلقاً ، وهو القديم عند الشافعية ورواية عن أحمد وبه قال ابن رشد المالكي ، وهو قول عثمان وابن عباس وابن عمر وغيرهم . والمذهب الثالث : أن الديون تسقط وجوب الزكاة في الأموال الباطنة كالنقدين ، ولا تسقطها في الأموال الظاهرة كالزروع لتعلق الفقراء بها - وهو مذهب الجمهور قال به الحنفية وجمهور المالكية والرواية الثانية عن أحمد - انظر في فقه المذاهب : تبين الحقائق ٢٥٤/١ ، مجمع الأنهر ١٩٣/١ ، بداية المجتهد ٤٠٦/١ ، كفاية الطالب الرباني ٢٨٧/١ ، مغني المحتاج ٤٠٢/٢ ، الشرح الكبير مع المغني ٤٥٢/٢ ، الأموال لأبي عبيد ص ٥٠٨ .

أولاً : تقسيم الحنفية للمانع :

قسم الحنفية المانع إلى خمسة أقسام ، هي ^(١) :

- ١- ما يمنع انعقاد السبب ، كبيع الحر . والمانع هو : انتفاء المحلية لعدم المال .
- ٢- ما يمنع تمام السبب في حق غير العاقد ، كبيع ما يملك الغير ، ثم السبب في حق العاقد حتى لم يعد له ولاية إبطاله ، ولم يتم في حق المالك لعدم ولاية العاقد عليه ، فيجوز العقد بإجازته ويبطل بإبطاله .
- ٣- ما يمنع ابتداء الحكم ، كخيار الشرط للبائع ، يمنع الملك للمبيع في حق المشتري وإن انعقد البيع في حقهما على التمام .
- ٤- ما يمنع تمام الحكم ، كخيار الرؤية ، لا يمنع الملك لكن لا يتم بالقبض مع عدم الرؤية ، ويتمكن من له الخيار من الفسخ بلا قضاء ولا رضاء .
- ٥- ما يمنع من لزوم الحكم كخيار العيب ، يثبت الحكم معه تماماً حتى يكون له ولاية التصرف في المبيع ، لكن لا يتمكن من الفسخ بعد القبض إلا بتراض أو قضاء .

ثانياً : تقسيم الشافعية للمانع :

قسم الشافعية المانع إلى قسمين رئيسين ، هما ^(٢) :

القسم الأول : مانع مؤثر في السبب . ومثاله : الدين لمن في يده النصاب ، فوجود هذا الدين مانع من تحقق الحكمة المفروضة في السبب ، وهي الغنى لوجوب الزكاة .

ومنه أيضاً : اختلاف الدين والقتل ، من حيث كونهما مانعين من الميراث ، فإن سبب الميراث هو القرابة أو الزوجية مع موت المورث ، وذلك يقتضي أن يكون

(١) فتح الغفار شرح المنار ٦٩/٣ ، التلويح على التوضيح ١٤٣/٢ ، وانظر أيضاً : أصول الفقه للشيخ الخضري ص ٦٣ .

(٢) الموافقات ٦٣/١ ، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ١٣٩/١ ، وانظر أيضاً : أصول الفقه لأبي زهرة ص ٤٩ ، ٥٠ .

في الوارث نصرة خاصة للمورث وولاية مستمرة بينهما ، ويعارض ذلك اختلاف الدين ، كما يهدم القتل أصل العلاقة بينهما .

القسم الثاني : مانع يؤثر في الحكم نفسه فيسلبه ، فهو يعارض الحكم ولا يعارض السبب ، مثل الأبوة مانعة من القصاص ، وكون الشبهة مانعة من إقامة الحد . فإن الحكم وهو القصاص قد تحقق سببه من غير معارض ، وهو القتل العدوان المقصود بشروطه كلها ، فإذا كانت الأبوة بأن كان القاتل أباً للمقتول فإن ذلك يعد مانعاً من القصاص ، إذ إن الحكمة وهي الردع بالحكم يعارضها حال الأبوة التي يكون فيها من الحنان والعطف ما يمنعه من التفكير في القتل إلا في حالات نادرة ، فليست هذه الجريمة مما يكثر وقوعها حتى تكون العقوبة الرادعة . وينقسم هذا النوع الذي يعارض الحكم من الموانع إلى أربعة أقسام :

الأول : الموانع التي لا يمكن اجتماعها مع الحكم التكليفي ، هي التي تجتمع في زوال العقل من النوم والجنون والإغماء ونحوها . فهذه مانعة من أصل أهلية الخطاب التكليفي ؛ لأنها إلزام يقتضي التزاماً ، وفاقد العقل لا يتصور إلزامه كما لا يتصور التزامه .

الثاني : المانع الذي يتصور أن يجتمع مع أصل التكليف ، ولكن المانع يرفع التكليف جملة مع إمكان اجتماعه . ومثال ذلك : الحيض والنفاس بالنسبة للصلاة ، ودخول المسجد ، ومس المصحف .

الثالث : المانع الذي لا يرفع أصل الطلب التكليفي ، بل يرفع اللزوم فيه ، ويحوله من طلب حتمي إلى تخيري ، وذلك مثل المرض فإنه مانع من فرضية صلاة الجمعة ، ولكن إن صلى صحت صلاته ، وكذلك الأنوثة بالنسبة لصلاة الجمعة ، فإن الأنثى إن صلت الجمعة صحت منها ، ومن ذلك النطق بكلمة الكفر عند الإكراه الملجئ إذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان ، فإن هذا الإكراه أسقط اللزوم ، ولم يزل الفضل في الصبر .

الرابع : المانع الذي يرفع الإثم ، وهو كل ما ثبت عن طريق الرخص الشرعية ؛ لأن الرخصة في الحقيقة عبارة عن وضع الشارع وصفاً من الأوصاف سبباً في التخفيف ، وهذا النوع لا شك داخل في القسم الثالث .

الأحكام المتعلقة بالمانع الشرعي :

يتعلق بالمانع كثير من الأحكام ، أذكر منها ما يلي^(١) :

١- الموانع من حيث هي داخلة تحت خطاب الوضع لا يقصد الشارع تحصيل المكلف لها ولا رفعها ، فالمدينون ليسوا مخاطبين برفع الدين لتجب عليهم الزكاة ، كما أن مالك النصاب غير مخاطب بالاستدانة لتسقط عنه .

وإنما مقصود الشارع : أن المانع إذا حصل ارتفع مقتضى السبب أو وجود الحكم ، ودليل ذلك : أن الشارع قاصد إلى ترتيب المسبب على سببه ، فلو كان المانع مقصود الإيقاع له أيضاً كان قاصداً إلى رفع ترتيب المسبب عن سببه ، وقد ثبت أنه قاصد إلى هذا الترتيب ، ولو كان قاصداً إلى رفع المانع لم يثبت معتبراً شرعاً ، وإذا لم يعتبر لم يكن مانعاً من جريان حكم السبب وقد فرض كذلك .

٢- إذا قصد المكلف فعل المانع لإسقاط حكم السبب حتى لا يترتب عليه ما اقتضاه فهو عمل منهى عنه لمضادته قصد الشارع .

المطلب الثاني

الجانب التطبيقي للحكم الجعلي على البصمة الوراثية

تمهيد وتفريع :

إن دراستنا لعلم الأصول يجب أن تتحول إلى تطبيق في الفروع ، خاصة على تلك المسائل المستجدة كالبصمة الوراثية .

وفي عرضنا لأنواع الحكم الجعلي الرئيسة (السبب والشرط والمانع) فتح لآفاق تطبيقية جديدة للتوصل إلى التكيف الشرعي للبصمة الوراثية .

(١) أصول الفقه للشيخ الخضري ص ٦٤ .

وأرى أن «البصمة الوراثية» تتردد من ناحية التكييف الفقهي الأصولي بين كونها سبباً وشرطاً ومانعاً ، وذلك بعد أن ثبت علمياً أنها محقق الهوية الأخير .

وأتناول فيما يلي بعض الأوجه التخريجية من النصوص الشرعية وأقوال الفقهاء لبيان سببية البصمة الوراثية وشرطيتها ومانعيتها ، ثم أبين من وجهة نظرنا التكييف الشرعي للبصمة الوراثية ، وشرط الأخذ بها .

أولاً : البصمة الوراثية والسبب الشرعي :

عرفنا أن السبب هو « ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته » ومن الأسباب ما هو من فعل الله ، ومنها ما هو من فعل المكلف ، ولكن الله يرتب عليها أحكاماً كالسفر وإبرام العقود والتصرفات ، وإيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبب ولو لم يرد الفاعل تلك المسببات .

و«البصمة الوراثية» إثبات للهوية الحقيقية ، ليس هذا فقط بل وإثبات للهوية من يأتي من صلب صاحبها ، تعد سبباً شرعياً لما يترتب على إثبات الهوية من آثار في غير مانع .

وبالبحث في فروع الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء الأوائل الذين أسسوا تراثنا الضخم نصوا على تأثير اكتشاف الهوية الحقيقية على أنه سبب شرعي في كثير من الأحكام ، من هذه الأحكام ما يلي :

١- ثبوت الشبه بقول القائف سبب لإلحاق النسب عند النزاع ، مع ما يترتب على ذلك من آثار في الميراث والمحام ومغيرهما ، عند الجمهور^(١) .

٢- تحقق هوية الزوجة واكتشاف أنها أخته من النسب أو الرضاع ، يعتبر ذلك سبباً لوجوب الافتراق ، ومن أقوال الفقهاء في ذلك :

- قول صاحب مجمع الأنهر الحنفي : « وإنما يثبت الرضاع بما يثبت به المال ، أي بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ؛ لأن في إثباته زوال ملك النكاح »^(٢) .

(١) راجع حكم القياة في الفصل الأول .

(٢) مجمع الأنهر ٣٨٠/١ .

- قول ابن رشد المالكي : « من الأنكحة الفاسدة ما اتفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده . . . مثل أن ينكح محرمة العين »^(١) .

- قول الماوردي الشافعي في باب الحسبة : « وأما المعاملات المنكرة كالزنى والبيع الفاسدة وما منع الشرع منه مع تراضي المتعاقدين به ، إذا كان متفقاً على حظره فعلى والي الحسبة إنكاره ، والمنع منه ، والزجر عليه . . . وفي معنى المعاملات وإن لم تكن منها عقود المناكح المحرمة »^(٢) .

- وقول الشيرازي الشافعي في حال ثبوت أن الزوجة محرمة بالرضاع : « وقعت الفرقة ظاهراً وباطناً »^(٣) .

وفي صحيح البخاري من حديث عقبة بن الحارث ، أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب بن عزيز ، فجاءت امرأة فقالت : لقد أرضعتكما ، فسأل النبي ﷺ فقال : « كيف وقد قيل ؟ » ففارقها عقبة ، فنكحت زوجاً غيره^(٤) .

ووجه الدلالة من ذلك كله : أن لتحقق الهوية أثراً شرعياً في العلاقات الأسرية .

٣- تحقق هوية المفقود واكتشاف حياته سبب شرعي في حقه في الميراث واسترداد زوجته ، ومن أقوال الفقهاء في ذلك :

- قول صاحب مجمع الأنهر : « فإن جاء المفقود ، أو ظهر حياً حكم له بحقه في الميراث الموقوف له »^(٥) .

- وفي حاشية المقنع : « إذا قسم مال المفقود ثم قدم أخذ ما وجدته بعينه ، ويرجع على من أخذ الباقي على الصحيح من المذهب »^(٦) .

(١) بداية المجتهد ٥٩/٢ .

(٢) الأحكام السلطانية ص ٢٥٣ .

(٣) المذهب ١٥٩/١ .

(٤) صحيح البخاري ٤٥/١ رقم ٨٨ .

(٥) مجمع الأنهر ٧١٣/١ - مع تصرف قليل .

(٦) حاشية المقنع منقولة بخط الشيخ سليمان بن الشيخ عبد الله بن الشيخ محمد عبد الوهاب ، وهي غير منسوبة لأحد ، والظاهر أنه هو الذي جمعها ، كما يقول الناشر - انظر الحاشية مع المقنع لابن قدامة ٤٤٤/٢ .

- ٤- تحقق هوية العبد المملوك لحريته الفورية إذا ملكه ذو رحم محرم .
- يدل لذلك ما أخرجه أحمد وأصحاب السنن ، من حديث سمرة بن جندب ، أن النبي ﷺ قال : « من ملك ذا رحم محرم فهو حر »^(١) .
- قال الصنعاني : « والحديث دليل على أنه من ملك مَنْ بينه وبينه رحامة محرمة للنكاح فإنه يعتق عليه . وإلى هذا ذهب الهادوية والحنفية . وذهب الشافعي إلى أنه لا يعتق إلا الآباء والأبناء لحديث مسلم عن أبي هريرة ، أن النبي ﷺ قال : « لا يجزي ولد والده - وفي رواية : والدًا - إلا أن يجده مملوكًا فيشتريه فيعتقه »^(٢) .
- ويقول الشيرازي : « من ملك أحد الوالدين وإن علوا أو أحد المولودين وإن سفلوا عتقوا عليه »^(٣) .
- ٥- تحقق هوية اللقيط للحكم بحريته أو عبوديته .
- يقول صاحب مجمع الأنهر : « واللقيط حر ؛ لأن الأصل في بني آدم الحرية إلا إن ثبت رقه بحجة فحينئذ يكون عبدًا »^(٤) .

(١) مسند الإمام أحمد ١٥/٥ رقم ٢٠١٧٩ ، سنن أبي داود ٢٦/٤ رقم ٣٩٤٩ ، سنن ابن ماجه ٨٤٣/٢ رقم ٢٥٢٤ ، سنن الترمذي ٦٤٦/٣ رقم ١٣٦٥ ، وأعله الترمذي ، وقال : « وقد روي الحديث عن ابن عمر » . قال ابن حجر : « رواه أحمد والأربعة . ورجح بعضهم وقفه » - بلوغ المرام مع سبل السلام ١٥٠١/٤ رقم ١٣٣٩ ، وصححه ابن حزم كما في الجوهر النقي بهامش السنن الكبرى ٢٨٩/١٠ .

(٢) سبل السلام ١٥٠٢/٤ . حديث : « لا يجزي ولد والده » أخرجه مسلم عن أبي هريرة ١١٤٨/٢ رقم ١٥١٠ - أقول : ومذهب الحنفية والحنابلة أن من ملك ذا رحم محرم عتق عليه . وذهب المالكية إلى أن الذي يعتق بالقرابة هم الأصول والفروع والحاشية القريبة ؛ وهم الآباء وإن علوا والأبناء وإن سفلوا والإخوة والأخوات مطلقاً (أشقاء أو لأب فقط ، أو لأم فقط) فلا عتق للأعمام ولا الخنلان . وذهب الشافعية إلى أن الذي يعتق إذا ملك بالقرابة هم الأصول والفروع فقط - انظر في فقه المذاهب : بدائع الصنائع ٤٩/٤ ، المبسوط ٦٩/٧ ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٣٦٦/٤ ، الشرح الصغير ٥٢١/٤ ، روضة الطالبين ١٣٢/١٢ ، المهذب ٤/٢ ، المغني ٣٥٥/٩ .

(٣) المهذب ٤/٢ .

(٤) مجمع الأنهر ٧٠١/١ .

أقول : وكتب الفقه مليئة بمثل هذه النصوص التي تدل على اعتبار فقهاءنا بأهمية إثبات الهوية الشخصية ، وأنها إذا ثبتت كانت سبباً لما يترتب عليها من أحكام إلا إذا وجد مانع ، كمانع الشبهة في درء الحدود إذا ثبتت بها .

أليست «البصمة الوراثية» وهي محقق الهوية الأخير ، بعد هذا البيان تعد سبباً شرعياً لحسم نزاع النسب ، وفسخ نكاح المحارم ، والاعتراف بعودة المفقود ، والحكم بحرية المملوك تحت يد رَحِمِهِ دون أن يدري؟

ثانياً : البصمة الوراثية والشرط الشرعي :

عرفنا أن الشرط هو « ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته » ، وهو نوعان : شرط مكمل للسبب ، وشرط مكمل للمسبب . كما ينقسم الشرط إلى قسمين آخرين : شرط موضوعه الحكم التكليفي ، وشرط موضوعه الحكم الوضعي ، وهذا الأخير إما أن يكون شرعياً وإما أن يكون اتفاقياً . كما عرفنا أن الشارع لم يتدخل في تحصيل الشروط الاتفاقية أو عدم تحصيلها ، وأن السبب إذا كان متوقف التأثير على شرط فلا يصح أن يقع المسبب دون الشرط ، « والبصمة الوراثية » من حيث كونها دليلاً حسيّاً في تحديد الهوية الشخصية تعد شرطاً شرعياً لقبول الأدلة الظنية .

وبالبحث في فروع الفقه الإسلامي نجد نصوصاً كثيرة لأقوال الفقهاء تحتكم إلى الدليل الحسي في قبول الأدلة الظنية ، فكان شرط قبول الدليل الظني هو عدم معارضته للدليل الحسي ، ومن ذلك ما يلي :

١- ادعاء النسب بالفراش الشرعي مردود إذا لم يصدقه الحس ، فمع أن الفقهاء أجمعوا على ثبوت النسب بالفراش^(١) ؛ لحديث الشيخين عن عائشة ، أن النبي ﷺ

(١) دعوى الإجماع هذه على القول المعتمد في الفقه الإسلامي . يقول ابن رشد : وشذ قوم فقالوا : يلتحق ولد الزنى في الإسلام ، أعني الذي كان عن زنى في الإسلام - بداية المجتهد ٣٥٨/٢ . وللمؤلف تحقيق في هذه المسألة سيأتي في موضعه .

قال : « الولد للفراش وللعاهر الحجر »^(١) ، وقالوا : لما كان الفراش الحقيقي مبناه الستر والخفاء ، اعتبرنا قيام حال الزوجية دليلاً عليه ، ومع ذلك فقد أنكر الفقهاء إثبات النسب بالفراش الذي لا يصدقه الحس ، ومن ذلك :

- إجماع الفقهاء على أن المرأة لو أتت بولد في أقل من ستة أشهر من يوم زواجها ، أو أتت به والزوج صغير غير بالغ ، لا ينسب الولد للزوج ؛ لأن أقل مدة للحمل ستة أشهر بحكم العادة المحكّمة والاستدلال القرآني ، قال تعالى : ﴿ وَحَمَلُهُ وَفَصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ (الأحقاف: ١٥) ، ثم قال تعالى : ﴿ وَفَصْلُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾ (لقمان: ١٤) فبقي للحمل ستة أشهر . ولأن غير البالغ لا ماء له .

وهذا الإجماع اتفق فيه مذهب أبي حنيفة مع الجمهور ، وإن كان الحنفية يعتبرون أول المدة بالعقد لا بالدخول ، ومذهب الجمهور يعتبر أول المدة بالدخول لا بالعقد . ومع هذا الخلاف فقد اتفقوا على عدم نسبة الولد لأبيه إن أتت به الزوجة لأقل من ستة أشهر ، أو أتت به والزوج غير بالغ .

- يقول صاحب مجمع الأنهر الحنفي : « أقل مدة الحمل ستة أشهر . . فإن أتت بولد لأقل من ستة أشهر لا يثبت نسبه ؛ لسبق العلوق عن العقد »^(٢) .

- ويقول في موضع آخر : « ولو مات عنها زوج صبي لم يبلغ اثنتي عشرة سنة وولدت بعد موته فعدتها بالأشهر ، لا بوضع الحمل ؛ لتيقن البراءة من ماء الصغير »^(٣) .

- ويقول في موضع آخر : « ولا لعان بنفي الحمل قبل وضعه عند الإمام وزفر ، لاحتمال كون الحمل انتفاخاً . وعندهما (أبي يوسف ومحمد) يلاعن إن أتت به لأقل من ستة أشهر للتيقن بقيامه »^(٤) ، (أي بقيام السبب من التهمة).

(١) صحيح البخاري ٧٢٤/٢ رقم ١٩٤٨ ، صحيح مسلم ١٠٨٠/٢ رقم ١٤٥٦ .

(٢) مجمع الأنهر ٤٧٤/١ ، ٤٧٨ .

(٣) مجمع الأنهر ٤٦٦/١ .

(٤) مجمع الأنهر ٤٦٠/١ .

- ويقول الأستروشيئي الحنفي صاحب أحكام الصغار : في باب ثبوت النسب من فتاوى رشيد الدين - رحمه الله - : « صبي ابن عشر سنين تزوج امرأة وجاءت بولد ، لا يثبت النسب ؛ لأن أدنى مدة البلوغ اثنتا عشرة سنة »^(١).

وقال تحت عنوان ، مسألة : عدم ثبوت النسب للزوج الصغير سواء تبين الحمل قبل موت الزوج أو بعده ، ما نصه : « وفي الهداية : وإذا مات الصغير عن امرأة وبها حبل فعدتها أن تضع حملها بالآية ، فإن حدث الحمل بعد الموت فعدتها أربعة أشهر وعشر ، ولا يثبت نسب الولد في الوجهين ؛ لأن الصبي لا ماء له ، فلا يتصور منه العلوق ، والنكاح يقام مقامه في موضع التصور ، وعند أبي يوسف - رحمه الله - عدتها الشهر »^(٢).

- ويقول ابن رشد المالكي : « واتفقوا على أن الولد لا يلحق بالفراش في أقل من ستة أشهر ، إما من وقت العقد ، وإما من وقت الدخول »^(٣).

- ويقول الشيرازي الشافعي : « إن كان الزوج صغيراً لا يولد لمثله لم يلحقه ؛ لأنه لا يمكن أن يكون منه ، وينتفي عنه من غير لعان ».

- ثم قال في الصحيفة نفسها : « وإن لم يمكن اجتماعهما (أي الزوجين) على الوطء بأن تزوجها وطلقها عقيب العقد ، أو كانت بينهما مسافة لا يمكن معها الاجتماع انتفى الولد من غير لعان ؛ لأنه لا يمكن أن يكون منه ».

- ثم قال في الصحيفة نفسها : « وإن أتت بولد لدون ستة أشهر من وقت العقد انتفى عنه من غير لعان ؛ لأننا نعلم أنها علقت به قبل حدوث الفراش ، وإن دخل بها ثم طلقها وهي حامل فوضعت الحمل ثم أتت بولد آخر لستة أشهر لم يلحقه ، وانتفى عنه من غير لعان ؛ لأننا قطعنا ببراءة رحمها بوضع الحمل »^(٤).

(١) أحكام الصغار للفتاوى محمد بن محمود الأستروشيئي المتوفى سنة ٦٣٢ هـ ص ١١٥ مسألة رقم ٣٨٣ .

(٢) أحكام الصغار - المرجع السابق ص ١١٦ مسألة ٣٨٧ .

(٣) بداية المجتهد ٢/٣٥٨ .

(٤) المذهب ٢/١٢٠ .

- ويقول ابن قدامة الحنبلي : « إن وُطئت زوجة رجل بشبهة وأتت بولد يمكن أن يكون منه فادعى الزوج أنه من الواطئ »^(١). أقول : لنا أن نلاحظ قيد « يمكن أن يكون منه » فهو حاكم للفراش الشرعي .

- ويقول صاحب العدة : « إذا كان الزوج ممن لا يولد لمثله ، كمن له دون عشر سنين ، إذا أتت زوجته بولد لم يلحقه نسبه ؛ لأنه لم يوجد ولد لمثله ولا يمكنه الوطء . وإن ولدت زوجة المجبوب المقطوع الذكر والخصيتين لم يلحق به . ولا يحتاج إلى نفيه باللعان لأنه يستحيل أن ينزل مع قطعهما ، فلا يكون الولد منه ، فلا يحتاج إلى نفيه »^(٢).

٢- الشهادة وإن كانت هي أساس إثبات الحقوق والحدود ، ولذلك تسمى البينة ، إلا أن الفقهاء نصوا على ردها عند التهمة وعدم الحاجة إليها إن كان المشهود عليه أمراً ظاهراً جلياً^(٣) ، وكتب الفقه مليئة بعبارات الفقهاء التي تعلل ذلك ، أذكر منها ما يلي :

- يقول صاحب مجمع الأنهر : « ولا تثبت ولادة المعتدة إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند الإمام ؛ لأن الإلزام على الغير لا يجوز إلا بحجة تامة . . ، وعندهما (أبي يوسف ومحمد) تقبل ، وتكفي شهادة امرأة واحدة ؛ لأن الفراش قام بقيام العدة ، وهو ملزم ، والحاجة إلى تعيين الولد فيه ، فيتعين بشهادتها »^(٤).

(١) المقنع مع حاشيته ٣٠٧/٢ .

(٢) العدة ، شرح العمدة ص ٤٤٣ . أقول : وقد ثبت في الطب الحديث إمكان إنزال المجبوب بأجهزة مساعدة .

(٣) ويستثنى من ذلك الحدود ، على ما ذهب إليه الجمهور . فظهور الحمل بالخلية لا يوجب الحد عند أبي حنيفة والشافعي إذا ادعت الاستكراه أو الزواج ، وعند مالك : يوجب الحد ولو ادعت ذلك إلا أن تأتي بأمانة على استكراهها - بداية المجتهد ٤٤٠/٢ - والخلاف نفسه جرى في ثبوت حد الخمر بالرائحة . قال مالك : يجب بخلاف الحنفية والشافعية - بداية المجتهد ٤٤٥/٢ - وستأتي المسألة مفصلة في الباب الثاني مع بيان حكم إقامة الحدود بالقرائن من الفصل الثاني ، بإذن الله تعالى .

(٤) مجمع الأنهر ٤٧٧/١ - باب ثبوت النسب .

ويفهم من هذا النص : أن الإمام أبا حنيفة يرى أن ثبوت النسب يكون أولاً بالفراش ، فإن لم يكن فبالشهادة ، ثم بالإقرار . والمعتدة في نظر أبي حنيفة لا فراش لها ، ومن هنا اشترط تمام الشهادة (رجلان أو رجل وامرأتان) .

أما أبو يوسف ومحمد فيريان بقاء الفراش للمعتدة ، ومن هنا ثبت النسب به ، وشهادة المرأة لحصول الولادة وليس لإثبات النسب .

- ثم يقول صاحب مجمع الأنهر : « وإن كان بها حبل ظاهر أو اعترف الزوج به تثبت الولادة بمجرد قولها عند الإمام ؛ لثبوت النسب قبل الولادة ببقاء الفراش فلا احتياج إلى الشهادة ، وعندهما : لا بد من شهادة امرأة »^(١) .

- ويقول في كتاب الشهادات : « وتقبل شهادة المرأة الواحدة في الولادة والبكارة وعيوب النساء مما لا يطلع عليه الرجال . . إذا تأيدت الشهادة بالأصل ؛ لأنها لو قالت : هي بكر يؤجل القاضي في العنين سنة ؛ لأن شهادتها تأديت بالأصل هو البكارة ، ولو قالت : هي ثيب لا تقبل ؛ لأنها تجردت عن المؤيد »^(٢) .

أقول : وفي هذا تصريح بضرورة أن تكون الشهادة لها ما يؤيدها حتى تقبل .

- وعن حكم الاستقصاء في الشهادة يقول صاحب مجمع الأنهر : « ولا يسأل قاض عن شاهد كيف هو بلا طعن الخصم عند الإمام ؛ عملاً بظاهر عدالة المسلم (فيما أخرجه الدارقطني عن أبي موسى الأشعري) أن النبي ﷺ قال : « المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف » . أما إن طعن الخصم فيجب أن يسأل القاضي في السر ويزكي في العلانية . وأما في الحدود والقود فإن القاضي يسأل في السر ويزكي في العلانية فيهما طعن الخصم أو لا بالإجماع ؛ لأنه يحتال لإسقاطهما ، فيشترط الاستقصاء فيهما .

(١) مجمع الأنهر ٤٧٧/١ ، باب ثبوت النسب .

(٢) مجمع الأنهر ١٨٧/٢ . والحديث أخرجه الدارقطني عن أبي موسى بلفظ : « المسلمون عدول بينهم بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حد أو مجرباً في شهادة زور أو ظنياً في ولاء أو قرابة » . سنن الدارقطني ٢٠٦/٤ رقم ١٥ .

وعندهما (أبي يوسف ومحمد) يسأل في سائر الحقوق سرّاً وعلانية وإن لم يطعن الخصم ؛ لأن بناء القضاء على الحجة وهي شهادة العدم . قيل : هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ؛ لأن عصره (أبي حنيفة) مشهور بالخير ، لكونه قرناً ثالثاً ، وعصرهما (أبي يوسف ومحمد) مسكوت عنه لكونه قرناً رابعاً ؛ إذ فشا فيه الكذب لتغير أحوال الناس^(١).

- كما نص الحنفية على عدم قبول شهادة الأعمى فيما يسمع ؛ لأنها تحتاج إلى تمييز في الأصح ، وعدم قبول شهادة أحد الزوجين للآخر ، أو الفروع للأصول والعكس للتهمة^(٢).

ويقول ابن رشد المالكي : « التهمة التي سببها المحبة أجمع العلماء على أنها مؤثرة في إسقاط الشهادة ، واختلفوا في رد شهادة العدل بالتهمة لموضع المحبة أو البغضة التي سببها العداوة الدنيوية ، فقال بردها فقهاء الأمصار إلا أنهم اتفقوا في مواضع على إعمال التهمة ، وفي مواضع على إسقاطها ، وفي مواضع اختلفوا فيها^(٣) .

ويقول الشيرازي الشافعي : « ولا تقبل شهادة المغفل الذي يكثر منه الغلط ، وتقبل الشهادة ممن يقل منه الغلط ؛ لأن أحداً لا ينفك من الغلط » .

ويقول : « ولا تقبل شهادة الوالدين للأولاد وإن سفلوا ، ولا شهادة الأولاد للوالدين وإن علوا . . . وتقبل شهادة أحد الزوجين للآخر . . . ولا تقبل شهادة العدو على عدوه لأنه متهم في شهادته .. ، ويجوز أن يكون الأعمى شاهداً فيما يثبت بالاستفاضة لأن طريق العلم به السماع .. ، ومن شهد بالجناية ذكر صفتها^(٤) .

أقول : كل هذا يؤكد عدم التعبد بالشهادة على أنها دليل إذا وجد ما يعارضها عقلاً أو شرعاً .

(١) مجمع الأنهر ١٨٩/٢ .

(٢) مجمع الأنهر ١٩٥/٢ وما بعدها .

(٣) بداية المجتهد ٤٦٣/٢ .

(٤) المذهب ٣٢٤/٢ - ٣٣٧ .

٣- الإقرار أيضاً لم يسلم من وضع شروط في قبوله ، والذي يهمننا هنا هو بيان تقييده بشرط عدم معارضته الحس أو العقل ، ومن أقوال الفقهاء في ذلك ما يلي :

- يقول صاحب مجمع الأنهر : « إذا قال المقر : عَلَيَّ من درهم إلى عشرة ، أو ما بين درهم إلى عشرة . يلزمه تسعة فيهما عند الإمام أبي حنيفة ؛ لأن الغاية لا تدخل تحت المغيّا . لكن الأولى تدخل هنا بالضرورة ؛ لأن الدرهم الثاني والثالث لا يتحقق بدون الأول . . ، وعندهما (أبي يوسف ومحمد) يلزمه عشرة ؛ لأن الغاية لا بد أن تكون موجودة ؛ إذ المعدوم لا يصلح أن يكون حداً للموجود ، فوجوده بوجوبه ، فتدخل الغايتان .

وعند زفر يلزمه ثمانية ، وهو اعتبر الحدين الخارجين ، وهو القياس ؛ لأن بعض الغايات يدخل وبعضها لا ، فلا يدخل بالشك»^(١) .

أقول : من هذا النص يتضح أن الإقرار مقيد بقواعد اللغة أو استعمال الناس ، وليس حجة مطلقة .

- ويقول الشيرازي : « إن أقر رجل على نفسه بنسب مجهول النسب يمكن أن يكون منه .. »^(٢) . فاشترط لقبول الإقرار أن يوافقه العقل ، فلا يقبل إقرار بنسب ولد مثله في السن .

- ويقول صاحب الحاشية على المقنع : « أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النسب لا يثبت بدعوى المرأة ؛ لأنها يمكنها إقامة البينة على الولادة »^(٣) .

أقول : مما سبق يتضح أن الفقهاء وضعوا شروطاً لقبول الفرائض الشرعي ، وقبول شهادة الشهود ، وقبول الإقرارات ، ومن أهم تلك الشروط ألا تخالف حساً أو عقلاً .

(١) مجمع الأنهر ٢/٢٩٤ .

(٢) المهذب ٢/٣٥١ .

(٣) الحاشية على المقنع ٢/٣٠٦ - وهي ، أي الحاشية ، غير منسوبة لأحد إلا أنها منقولة من خط الشيخ سليمان بن الشيخ عبد الله بن الشيخ محمد عبد الوهاب . والظاهر أنه هو الذي جمعها - كما هو مثبت على عنوان كتاب المقنع من الناشر .

«البصمة الوراثية» بعد ثبوت حقيقتها العلمية ونجاح إجرائها ، تعد في نظري حكماً حسيّاً لكونها مشاهدة حقيقية ، يجب ألا تعارضها سائر الأدلة ، فهي في حكم الشرط لصحة الأخذ بالأدلة المعروفة (الفراش والبيئة والإقرار) ، إذا كان الأمر يتعلق بتحديد الهوية .

ثالثاً : البصمة الوراثية والمانع الشرعي :

عرفنا أن المانع الشرعي هو « ما يلزم من وجوده العدم ، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته » ، وهو بذلك يكون عكس الشرط ، لأن الشرط هو « ما يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته » .

كما عرفنا أن المانع قسمان : مانع مؤثر في السبب ، ومانع مؤثر في الحكم ، فإذا وجد المانع ارتفع مقصود السبب أو وجود الحكم ؛ لأن الشارع قاصد إلى ترتيب المسبب على سببه .

أقول : «البصمة الوراثية» من حيث كونها دليلاً حسيّاً لتحديد الهوية الشخصية ، تعتبر مانعاً من قبول الأدلة الظنية بدعوى الفراش أو الشهادة أو الإقرار إذا تعارضت معها .

وقد سبق في بيان العلاقة بين البصمة الوراثية والشرط الشرعي أن ذكرت شواهد عدة من نصوص الفقهاء تدل على اعتبارهم لدليل الحس والعقل ، وأنه أصل يجب أن تجرى عليه سائر الأدلة الظنية .

ونظراً لأن المانع عكس الشرط فإنني أكتفي بما سبق في الشرط من شواهد ؛ لأن ما يعد شرطاً شرعاً لصحة عمل معين يعد هو ذاته مانعاً من الجهة العكسية ، فإذا اشترطنا لقبول الإقرار بالشيء أن يكون ممكناً عقلاً وحساً كان عدم الإمكان العقلي هو المانع من قبول الإقرار ، ولذلك نص بعض الحنفية على أن المفقود إذا غاب تسعين سنة من وقت ولادته كانت هذه المدة مانعاً من قبول ادعاء حياته وظهوره ، قالوا : « وهو المختار في المذهب ، وجزم به صاحب الكنز ؛ لأن الحياة بعدها نادرة في زماننا ، ولا عبرة للنادرة ، وعليه الفتوى »^(١).

(١) مجمع الأنهر ٧١٣/١ .

وبالتأمل في مثال المفقود : نرى أن المانع هنا عقلي وحسي ، وليس مانعاً شرعياً .

رابعاً : رؤيتنا في التكييف الشرعي للبصمة الوراثية وشرط الأخذ بها :

(١) تكييف البصمة الوراثية :

مما سبق يتضح أن « البصمة الوراثية » من حيث كونها دليلاً حسياً وعلمياً وقطعياً في تحديد الهوية الشخصية تدور بين السبب والشرط والمانع .

فتكون سبباً إذا رتب الشارع الحكم على دليل الحس ، كما في حال ثبوت النسب للمتنازعين في وطء الشبهة أو نكاح ما قبل الإسلام ونحوهما ، حيث اعتبر الإسلام الشبه والحس السبب في الإلحاق في مثل تلك الحالات .

وتكون شرطاً في كل ما وضع الشارع لقبوله شرط موافقة الحس والعقل ، كما في حال ثبوت النسب بالفراش . يقول الفقهاء : إذا أتت بولد قبل مضي ستة أشهر من الفراش لا يقبل الإلحاق بهذا الفراش ، وكذلك إذا أتت بولد وزوجها لم يبلغ العاشرة .

أقول : ويجب أن نتوسع في ذلك ، ونقول : إذا أتت بولد تخالف بصمته الوراثية بصمة أبيه فلا يقبل الإلحاق بهذا الفراش ، وإلا لوجب قبول الفراش للزوج الذي يبلغ العاشرة ، وهو باطل بالإجماع .

وفي هذا القول الذي أراه تفسيراً للنص بحقيقته بعد أن ظل أربعة عشر قرناً يفسر بالمجاز ، وهو قول النبي ﷺ : « الولد للفراش » حيث قال الفقهاء لما كان الفراش مبناه الستر والخفاء اعتبرنا حالة الزوجية - إذا أمكن ذلك - أمانة على الفراش الحقيقي ، وحالة الزوجية تفسير للفراش بالمظنة والمجاز . أما « البصمة الوراثية » فهي تفسير للفراش الحقيقي دون ما كشف للعورة أو هتك للأعراض .

كما أن الشريعة اشترطت لقبول الشهادة والإقرار ألا يتعارضها مع دليل الحس والعقل ، والأمثلة في ذلك كثيرة كما سبق ذكرها ، ومن هنا تكون « البصمة الوراثية » شرطاً لقبول الشهادة والإقرار بالنسب كالدليل الحسي والعقلي .

وتكون «البصمة الوراثية» مانعاً شرعياً من قبول كل ما وضع له شرط موافقة الحس في تحديد الهوية الشخصية ، إذا تعارضت البصمة الوراثية معه .

(٢) شرط الأخذ بالبصمة الوراثية :

إذا كنا قد توصلنا إلى أن «البصمة الوراثية» تدور بين السبب والشرط والمانع ، فإن الشرط الأساس لاعتماد الأخذ بها هو شيوعها وانتشار العمل بها ؛ لأنها لو استمرت عزيزة نادرة ما حازت الرضا والقبول عند الناس ، ولا شك أن رضاهم معتبر لاستقرار الحقوق ، ولذلك نص الفقهاء في كتبهم في غير موضع : «أن الحكم للكثير الغالب لا بالقليل النادر»^(١) ، و«أن الحكم بالمعتاد لا بالنادر»^(٢) . كما أن الله تعالى جعل الرضا أساساً في قبول الشهادة ، فقال سبحانه : ﴿ فَرَجُلٌ وَآمَرَاتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ (البقرة: ٢٨٢).

أما اشتراط التعدد في إجراء البصمة الوراثية قياساً على التعدد في الشهادة ، فليس له محل ؛ لأن الحكمة من التعدد في الشهادة كما قال تعالى : ﴿ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ﴾ (البقرة: ٢٨٢)، والحكمة هنا منتفية مع الآلة .

غير أن الأمر يجب أن يخضع لقواعد المهنة ؛ فإنهم أعرف بالمفارقات والاختلافات ، وربما قرروا تكرار البصمة مرات ، كما نلاحظ ذلك في الأشعات الطبية ، بل وفي صدور الصور الفوتوغرافية حيث انتشر اليوم التقاط لقطتين على الأقل عندما يتوجه أحد الأفراد إلى أحد الاستديوهات للتصوير الرسمي ، والعرف حاكم .

أقول : وقد سبق في الفصل التمهيدي بيان القواعد القانونية المتولدة عن تجريب العمل بالبصمة الوراثية في محاكم أوروبا وأمريكا ، التي فصلها البروفسور إريك لاندر ، ولا أراها بعيدة عن الأطر الإسلامية ، وهي :

(١) مجمع الأنهر ٧٠١/١ ، ٧١٣ .

(٢) بداية المجتهد ٣٥٨/٢ .

- ١- القبول العام لأهل الاختصاص ، بمعنى عدم الأخذ بالكشف العلمي في مرحلة التجريب إلى أن يعبر مرحلة الثبوت والتطبيق .
 - ٢- اختبار الموضوعية ، بمعنى وجوب إجراء تحليلين من عينتين مختلفتين لإمكان المقارنة والاطمئنان لسلامة النتيجة .
 - ٣- الوقوف على طبيعة عدة التقنية . بمعنى التأكد من سلامة الأجهزة ودراية الفنيين في تشغيلها .
 - ٤- الحذر من التكنولوجيا المتطورة ، بمعنى عدم التسليم المطلق بنتائجها قبل اختبار الموضوعية والوقوف على طبيعة عدة التقنية .
- ثم يقول إريك لاندر : « ولحسن الحظ فإن تعيين الهوية ببصمة الدنا يتحسن باستمرار ، من ناحية بسبب تحسن التكنولوجيا ، ومن ناحية بسبب ما يبذل من مجهودات لحل ما تطرحه الممارسة العملية من مشاكل .
- ولعل الدرس الذي لقنته التكنولوجيا المتطورة هو : نصب العداء بين الحسن والأحسن»^(١).

* * *

(١) راجع سابقاً - المطلب الرابع من الفصل التمهيدي .

المبحث الثاني

طبيعة البصمة الوراثية

تمهيد وتقسيم :

البصمة الوراثية نوع من الاستدلال العلمي على تحقيق الهوية الشخصية ، وهوية أصولها وفروعها عن طريق قراءة حمض الدنا DNA بترتيب وتسلسل قواعده الجينية التي لا تتفق بين إنسان وآخر ، (مع استثناء التوائم المتطابق ، وهو نادر الحدوث والذي يكون من حيوان منوي واحد داخل بيضة واحدة) ، ونصف تلك القواعد يتطابق مع ترتيب جينات الأم ، ونصفها الآخر يتطابق مع ترتيب جينات الأب الطبيعي (صاحب الماء) ، مع افراد صاحب البصمة الوراثية بصفات وراثية خاصة تميزه عن سائر الخلق .

والسبيل إلى قراءة هذا الحمض هو ما تم التوصل إليه من مجاهر فائقة التقنية على يد بشرية مدربة تدريباً خاصاً .

ومن هنا نقول بيقين : إن البصمة الوراثية لم تعد خيالاً علمياً ، ولا تصوراً نظرياً بعد أن جاء العلماء بالمنظار المكبر ، ومكنوا الآخرين - من الفنيين والراغبين في العمل في هذا المجال - من مشاهدة الجينات وترتيبها الإلهي في خلية الإنسان ، ثم تسجيل هذا الترتيب بالتقاط صورته ، وطبعها على ورق خاص ليراه كل مشاهد . وفي هذا المبحث نحاول بعون الله وتوفيقه أن نبرز طبيعة التعامل بالبصمة الوراثية ، فأبين صفة هذا التعامل وأركانه وآثاره ، مكتفياً بالإشارة الموجزة فيما يتشابه مع غيره من التعاملات الشرعية المعروفة .

وبهذا ينقسم المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : أخصصه لبيان صفة التعامل بالبصمة الوراثية وأركانه .

المطلب الثاني : أبين فيه آثار هذا التعامل .

المطلب الأول

صفة التعامل بالبصمة الوراثية وأركانه

أتكلم في هذا المطلب عن تعريف التعامل بالبصمة الوراثية وصفته ، وأركانه .

أولاً : تعريف التعامل بالبصمة الوراثية وصفته :

يقوم التعامل بالبصمة الوراثية أساساً بين طرفين يتفقان على أن يقوم المختص منهما للآخر بطبع الصورة الخاصة بترتيب القواعد الجينية للخلية أو الخلايا المطلوبة ، مع تقديم تقرير يفيد المقارنة بين تلك الصورة وغيرها من نحوها ، وغالباً ما يكون هذا التعامل بمقابل مادي كبير يتراضيان عليه .

ولما كان لكل تعامل صورة خارجية يظهر بها فإنه يمكننا أن نطلق على هذا النوع من التعامل « عقد البصمة الوراثية » .

ولا شك أن هذا التعامل من حيث كونه عقداً يدخل في قاعدة الإباحة الأصلية ، كما ذهب إلى ذلك أكثر أهل العلم^(١) ، فمن حق الأفراد إنشاء ما يريدون من عقود يستحدثونها وفقاً لحاجاتهم ومصالحهم ، مع الالتزام بقواعد المعاملات العامة ، فضلاً عن الالتزام بقواعد المعاملات الخاصة الشبيهة بتلك العقود في الفقه الإسلامي .

ويدخل هذا العقد مع تصنيف عقود المعاوضات « التي يأخذ فيها كل من المتعاقدين مقابلاً لما أعطى »^(٢) ، حيث يندرج تحت هذا النوع من العقود (أقصد المعاوضات) جميع أنواع المبادلات ، سواء أكانت مالاً بمال كالبيع ، أم مالاً بمنفعة كالإجارة ، أم مالاً بغير مال ولا منفعة كالزواج والخلع .

(١) راجع سابقاً حكم الأصل للبصمة الوراثية - والعقد في اللغة : نقيض الحل ويطلق على العهد . والجمع : عقود - لسان العرب مادة : عقد . وفي الاصطلاح : ربط القبول بالإيجاب على وجه ثبت أثراً شرعياً في المحل المعقود عليه - حاشية ابن عابدين ٢٦١/٢ حاشية الدسوقي ٥/٣ .

(٢) الشرح الصغير ١٠/٤ .

كما يدخل (عقد البصمة الوراثية) ضمن تصنيف العقود اللازمة ، وهي التي تلزم أصحابها بمجرد إنشائها ، ولا ينفرد طرف بفسخه ؛ لأنه عقد تبادلي ، فاعتبر فيه تراضي الطرفين في إنشائه وفي إنهائه كالبيع والإجارة .

وأشبه العقود المسماة به ، هو عقد الأجير المشترك ، وهو الذي يعمل للمؤجر ولغيره^(١) ، مثل الطبيب الذي يعمل له ولغيره ، والمحامي ، والمهندس ، وكذلك سائر أصحاب الحرف الذين يعملون لكل أحد .

والأصل أن يكون العمل من الأجير المشترك ، والعين (المواد المستخدمة في العمل المطلوب) من صاحب العمل ، غير أن العرف عند الفقهاء القدامى جرى على أن يقدم الأجير المشترك الخيط من عنده في الخياطة ، والصبغ من عنده في الصباغة ، مما يعتبر تابعاً للصنعة ، ولا يخرج ذلك من كونه عقد إجارة إلى عقد استصناع^(٢) .

ثانياً : أركان التعاقد بالبصمة الوراثية :

ركن الشيء هو جانبه القوي والأمر العظيم ، وأركان كل شيء : جوانبه التي يستند إليها ويقوم بها^(٣) .

والركن عند الفقهاء هو : ما لا بد منه وكان داخلاً في حقيقة الشيء^(٤) .

وركن كل عقد عند الحنفية هو الصيغة (الإيجاب والقبول) ، وسائر متطلبات العقد لوازم لهذا الركن ، فمن الصيغة يتكون العقد وتكون له صورة خارجية ، غير أن الصيغة لن تقوم لها قائمة إلا بعاقدين يتفقان على محل معين ، فكان العاقدان والمحل من لوازم الركن .

(١) انظر تعريف الأجير المشترك في : الفتاوى الهندية ٤/٤١٠ ، حاشية ابن عابدين ٢/٢٦١ ، حاشية الدسوقي ٣/٥ ، ٤/٤ ، المذهب ١/٤٠٨ ، كشف القناع ٤/٢٦ .

(٢) الفتاوى الهندية ٤/٤٥٥ - والاستصناع في اللغة : مصدر استصنع الشيء أي دعا إلى صنعه - المعجم الوسيط مادة : صنع . وفي الاصطلاح : عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل - بدائع الصنائع ٦/٢٦٧٧ ، كشف القناع ٣/١٣٢ - وهذا اتجاه الحنفية والحنابلة في اعتبار الاستصناع عقداً مستقلاً ، أما المالكية والشافعية فقد ألحقوه بعقد السلم - مواهب الجليل ٤/٥١٤ ، الشرح الصغير ٣/٢٨٧ ، روضة الطالبين ٤/٢٦ ، المذهب ١/٢٩٧ .

(٣) لسان العرب ، مادة : ركن .

(٤) حاشية ابن عابدين ١/٦١ ، حاشية الجمل ١/٣٢٨ .

أما الجمهور ، من المالكية والشافعية والحنابلة ، فيرى أن العقد يتكون من هيكله الأساس ، مهما تعددت أطرافه ولا يقل بحال عن ثلاثة هي : الصيغة ، والعاقدان ، والمعقود عليه^(١).

وعلى هذا فركن عقد البصمة الوراثية عند الحنفية هو : « الصيغة » ، وأركانه عند الجمهور هي : « الصيغة والعاقدان والمعقود عليه » ، وأبين ذلك فيما يلي :

أولاً : يشترط في الصيغة لصحة العقد أن تكون واضحة الدلالة في لغة المتعاقدين وعرفهما على إحداث الأثر المطلوب

والأصل أن التعبير عن الإيجاب والقبول لا يخضع لأية شكلية ، متى كان باتاً في إظهار الرضا ؛ لأن أسلوب التعبير غير مقصود بذاته ، والفقه الإسلامي ترك حرية التعبير للمتعاقدين ما لم يدع الشك في جديته^(٢).

ثانياً : يشترط في العاقدين لصحة العقد : البلوغ والعقل والاختيار ، فلا يصح عقد الصغير لضعف عقله ، ولا المجنون لانعدام عقله ، ولا المكره لانعدام إرادته ورضاه .

- كما يشترط في العاقدين : ولاية التعاقد ، بأن يتعاقدا أصالة عن نفسيهما أو نيابة عن غيرهما ؛ ليخرج بذلك الفضولي الذي يتعاقد عن غيره دون إذن منه . حيث يرى الشافعية ورواية عند الحنابلة : بطلان عقده ؛ لعدم ولايته في العقد ، وعجزه عن تنفيذ الالتزام به .

وذهب الجمهور إلى اعتبار تصرف الفضولي صحيحاً غير لازم ، فينعقد موقوفاً على إجازة من له الحق في إبرام العقد ؛ لأن تصرفه محمول على الوجه الأحسن ما أمكن ، وهو قصد البر بالغير والإحسان إليه^(٣).

(١) انظر فقه المذاهب في عقد البيع ، والإجازة : حاشية ابن عابدين ٥/٤ ، مجمع الأنهر ٢/٢ ، بدائع الصنائع ٢٩٨٧/٦ ، الفتاوى الهندية ٤٠٩/٤ ، مواهب الجليل ٣٨٨/٥ ، الشرح الصغير ١٢/٤ ، المذهب ٢٥٧/١ ، مغني المحتاج ٣/٢ ، نهاية المحتاج ٢٦١/٥ ، المقنع وحاشيته ٣/٢ ، كشف القناع ٤٥٦/٣ .

(٢) بدائع الصنائع ٢٩٩٤/٦ ، الشرح الصغير ١٣/٤ ، مغني المحتاج ٧/٢ ، الشرح الكبير مع المغني ٥/٤ .

(٣) انظر مسألة الفضولي في فقه المذاهب : بدائع الصنائع ٣٠٩١/٦ ، الشرح الصغير ١٩/٤ ، مغني المحتاج ١٥٢/٢ ، الشرح الكبير مع المغني ١٦/٤ ، كشف القناع ١٥٨/٣ ، سبل السلام ٨١٠/٣ .

- ولا يشترط لاكتمال أهلية العاقد أن يكون ذكراً ؛ لأن المرأة من أهل التصرف في كل العقود الحياتية إلا عقد النكاح الذي اختلف الفقهاء في حكم قيام المرأة به^(١).

- كما لا يشترط لاكتمال أهلية العاقد أن يكون حراً ؛ لأن العبد المأذون يصح بيعه بالإجماع ، أما العبد غير المأذون فيعه باطل عند الجمهور ، موقوف على إجازة مولاه عند الحنفية^(٢).

- ولا يشترط أيضاً لاكتمال أهلية العاقد أن يكون مسلماً باستثناء النكاح في بعض صورته^(٣).

أقول : ولأن البصمة الوراثية عمل فني تقني فيشترط في العاقد الذي يقوم بها أن يكون خبيراً بها ، كما اشترطوا في القائف أن يكون ذا تجربة وعلم^(٤) ، واشترطوا في الطبيب أن يكون حاذقاً من أهل المعرفة ولا يخطئ في فعله غالباً^(٥).

هذا ، ولأن العمل قائم الآن على مؤسسات وشركات كبيرة ، والذي يقوم بإبرام العقد متخصص في الشؤون القانونية ولا علم له بطبيعة البصمة الوراثية ، فإن هذا المتعاقد يعمل بالإذن ضمن فريق عمل فيه الفنيون الخبراء ؛ لذلك فليس هناك ما يمنع من صحة هذا العقد .

(١) يرى الحنفية أن للمرأة البالغة أن تزوج نفسها وتزوج غيرها . وذهب المالكية إلى جواز ذلك للمرأة لكنه بإذن الولي الذكر . وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن المرأة لا تلي عقد النكاح - بدائع الصنائع ٢٩٨٧/٦ ، بداية المجتهد ١١/٢ ، المهذب ٣٥/٢ ، زاد المعاد ٣/٣ .

(٢) بدائع الصنائع ٧٨٩٢/٦ ، حاشية ابن عابدين ٥/٤ ، بداية المجتهد ١٧٢/٢ ، الشرح الصغير ٥١٨/٤ ، ٥١٩ ، الشرح الكبير مع المغني ٦/٤ ، كشاف القناع ١٥١/٣ .

(٣) يشترط في الزوج أن يكون مسلماً إن أراد الزواج من مسلمة ، ويجوز للمسلم أن يتزوج كناية ، كما يشترط في العاقد أن يكون مسلماً إن يبيع له مصحف أو عبدٌ مسلمٌ عند الجمهور ، ويرى الحنفية جواز هذا البيع للعمومات - بدائع الصنائع ٢٩٨٧/٦ ، بداية المجتهد ٤٤/٢ ، حاشية القليوبي وعميرة ١٥٦/٢ .

(٤) تحفة المحتاج ٤٣٥/٥ ، حاشية الجمل ٤٣٤/٥ .

(٥) حاشية ابن عابدين ٤٣/٥ ، الشرح الصغير ٥٠٥/٤ ، نهاية المحتاج ٢٩١/٧ ، المغني مع الشرح الكبير ١٢٠/٦ .

- وحيث يستفاد من البصمة الوراثية في حالين ، هما : تحديد هوية الإنسان الذاتية ، وتحديد علاقته بأصوله أو فروعه وسائر قرابته ؛ لذلك كان التعاقد في الحال الأولى بسيطاً . طرفه الأول : الشركة الفنية القائمة بالتحليل . وطرفه الثاني : صاحب الخلية أو نائبه . أما في الحال الثانية فلا يتصور العقد من جهة العميل إلا متعدداً (ثلاثة أطراف على الأقل : الولد والوالداه) لأن البصمة الوراثية لتحديد النسب لا تعرف إلا بمقارنة بصمات هؤلاء الثلاثة .

ثالثاً : المعقود عليه هو محل العقد ، وهو الشيء أو العمل الذي تتجه إليه إرادة المتعاقدين ، ويكون كل منهما ملتزماً به تجاه الآخر ، وهو يختلف باختلاف أنواع العقود ، ففي عقد البيع يكون المعقود عليه : الثمن والمثمن . وفي عقد الإجارة يكون المعقود عليه : الأجرة والمنفعة . وهو هنا في عقد البصمة الوراثية الأجرة والصورة الخاصة بترتيب القواعد الجينية لفرد أو أفراد مع تقرير بشأنها . والعقود في الفقه الإسلامي أسباب جعلية يرتب عليها الشارع آثارها ، فإذا تم عقد البيع مثلاً بالإيجاب والقبول رتب الشارع ملكية الثمن للبائع وملكية المثمن للمشتري ، وكذلك الحال هنا في عقد البصمة الوراثية . ويشترط في المحل المعقود عليه بصفة عامة أن يكون موجوداً أو ممكن الوجود ، وأن يكون معلوماً أو معيناً ، وأن يكون مشروعاً أو قابلاً للتعامل فيه^(١).

المطلب الثاني

آثار التعاقد بالبصمة الوراثية

إذا تم العقد بالبصمة الوراثية لزم ، ولا يجوز لأحد العاقدين فسخه من تلقاء نفسه دون الرجوع إلى الطرف الآخر ، ووجب على العميل المتعاقد أن يدفع الأجرة ، وأن يُمكّن العامل (الشركة) من تحصيل الخلايا المطلوبة ، وعلى العامل

(١) حاشية ابن عابدين ١٠٥/٤ - ١٠٧ بدائع الصنائع ٢٩٩٦/٦ - ٣٠١٩ ، بداية المجتهد ١٧٢/١ ، مغني المحتاج ١٠/٢ - ١٦ ، المهذب ٢٦١/١ ، ٢٦٢ ، كشاف القناع ١٥٢/٣ - ١٧٦ .

(الشركة) أن تحقق « البصمة الوراثية » بأصولها الفنية ، وإذا فعل كل واحد منهما ما عليه قبل الآخر فقد انتهت المعاملة على خير وجه .

تلك هي العناصر الثلاثة التي سأتكلم عنها بإيجاز مناسب : استحقاق الأجرة والتمكين من تحصيل الخلايا المطلوبة ، ثم مسؤولية العامل (الشركة) ، وأخيراً انتهاء التعاقد بالبصمة الوراثية .

أولاً : استحقاق الأجرة والتمكين من تحصيل الخلايا المطلوبة :

(١) اختلف الفقهاء في حكم استحقاق الأجرة للأجير المشترك ، هل يكون بنفس العقد أم بتمام العمل ؟ مذهبان :

المذهب الأول : يرى أن الأجرة تستحق بنفس العقد ، لكن لا يجب تسليمها إلا بعد تمام العمل ، وتكون ديناً في ذمة المستأجر (العميل) بمجرد العقد ، فإذا استوفى المنفعة المطلوبة استقر الأجر ؛ لأنه قبض المعقود عليه فاستقر البذل . وإلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة^(١) .

المذهب الثاني : يرى أن الأجرة لا تستحق بنفس العقد ، وإنما تستحق بعد تمام العمل ، لكن يجوز اشتراط التعجيل ؛ لما أخرجه الدارقطني عن عمرو بن عوف المزني ، أن النبي ﷺ قال : « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » ، وأخرجه البخاري تعليقاً بلفظ : « المسلمون عند شروطهم »^(٢) .

فإذا لم يشترط تعجيل الأجرة لم تستحق إلا باستيفاء المعقود عليه ؛ لأنه لما ملك المعوض ملك الآخر العوض في مقابلته ، تحقيقاً للمعاوضة المطلقة ، وتسوية بين العاقلين . وإلى هذا ذهب الحنفية والمالكية^(٣) .

(١) نهاية المحتاج ٣٢٢/٥ ، المهذب ٣٩٩/١ ، المغني ٢٣٩/٥ ، ٣٣٠ .

(٢) صحيح البخاري ٧٩٤/٢ باب السمسرة ، سنن الدارقطني ٢٧/٣ رقم ٩٨ . وجاء في التعليق : في إسناده ضعف ، ولكن ذكر ابن حجر له شواهد تقوية - سنن الدارقطني مع التعليق المغني ٢٨١/٣ ، ٢٨٢ ، وانظر أيضاً : تلخيص الحبير ٢٣/٣ .

(٣) وهناك تفصيلات أخرى في بعض أنواع الإجارة - انظر : الهداية مع شرح فتح القدير ٢٣٢/٢ ، الفتاوى الهندية ٤١٣/٤ ، الشرح الصغير ١٦١/٤ ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٤/٤ .

وأرى أن المذهبيين قريبان ؛ لأن الشافعية والحنابلة الذين قالوا باستحقاق الأجرة بنفس العقد قالوا لا يجب تسليمها إلا بالاستيفاء ، والحنفية والمالكية الذين قالوا بعدم استحقاق الأجرة بنفس العقد قالوا بجواز تعجيلها ، وتبقى ثمرة الخلاف في مسائل فنية ، منها أنه بتمام عقد الإجارة وقبل دفع الأجرة صار المؤجر مدينًا عند الشافعية والحنابلة ، ولا يصير كذلك عند الحنفية والمالكية إلا بتمام العمل .

(٢) كما يجب على العميل أن يُمكن العامل المختص من تحصيل الخلايا المطلوبة محل العقد ؛ إذ لا يستطيع العامل القيام بالتحليل المقرر إلا بذلك ، كما أن بإمكانه بصفته الفنية استخلاص المادة الوراثية ، فكان على العميل مجرد تمكينه .

ثانيًا : مسؤولية العامل (الشركة)

يلتزم العامل (الشركة القائمة بأعمال البصمة) أن يسلم المتفق عليه في الوقت المشروط على الصفة المشروطة عقدًا وعرفًا .

وقد نص الفقهاء في إجارة الحجام والطبيب والختان ونحوهم من كل أجير مشترك أنه إذا أخطأ في العمل بتعد أو تفريط جسيم يضمن بدون خلاف ، أما إذا أخطأ بغير هذين فقد اختلفوا على مذهبيين :

المذهب الأول : أنهم يضمنون مطلقًا ، وفي جميع الأحوال ؛ لأنهم تعاقدوا على عمل صحيح ، فضمنوا أي خطأ . وإلى هذا ذهب ابن أبي ليلى^(١) .

المذهب الثاني : وإليه ذهب الجمهور من الفقهاء . أنهم لا يضمنون بشرطين :

الشرط الأول : أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم ، فإذا لم يكونوا كذلك كان فعلهم محرماً ، فيضمنون سرايته .

الشرط الثاني : أن يكون مأذونًا لهم في العمل ، فإذا تجاوزوا الإذن ضمنوا ، أما إذا لم يتجاوزوا ما أذن لهم فيه وسرى إليه التلف فلا ضمان ؛ لأنهم فعلوا فعلاً مباحاً مأذوناً فيه .

(١) المغني ١٠٩/٦ .

ويدل لذلك : ما أخرجه الدارقطني وأصحاب السنن إلا الترمذي ، من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن النبي ﷺ قال : « من تطبب ولم يكن بالطب معروفاً فأصاب نفساً فما دونها فهو ضامن » ، وفي رواية : « من تطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن »^(١).

ووجه الدلالة : أن النبي ﷺ ضمّن المتطبب ولم يضمن الطبيب . يقول الصنعاني : « واعلم أن المتطبب هو من ليس له خبرة بالعلاج ، وليس له شيخ معروف . والطبيب الحاذق هو من له شيخ معروف ، وثق من نفسه بجودة الصنعة وإحكام المعرفة »^(٢).

جاء في مختصر الطحاوي : « من استؤجر على عبد يحجمه أو على دابة يبرزها ، ففعل ذلك فعطبا بفعله فلا ضمان عليه ؛ لأن أصل العمل كان مأذوناً فيه ، فما تولد منه لا يكون مضموناً عليه إلا إذا تعدى فحينئذ يضمن . وكذلك إذا كان في يده أكلة فاستأجر رجلاً ليقطع يده فمات فلا ضمان عليه »^(٣).

ويحكي ابن عابدين : « أنه ورد في « القنية » أن محمد بن نجم الدين سئل عن صبية سقطت من سطح ، فانفتح رأسها ، فقال كثير من الجراحين : إن شققتم رأسها تموت . وقال واحد منهم : إن لم تشقه اليوم تموت ، وأنا أشقه وأبرئها ، فشقه فماتت بعد يوم أو يومين ، هل يضمن ؟ فتأمل ملياً ثم قال : لا ، إذا كان الشق بإذن وكان الشق معتاداً ولم يكن الشق فاحشاً . قيل له : فلو قال : إن ماتت فأنا ضامن ، هل يضمن ؟ فتأمل ملياً ثم قال : لا . فلم يعتبر شرط الضمان ؛ لأن شرطه على الأمين باطل على ما عليه الفتوى »^(٤).

(١) سنن الدارقطني ١٩٥/٣ رقم ٣٣٥ ، ٣٣٦ ، سنن ابن ماجه ١١٤٨/٢ رقم ٣٤٦٦ ، سنن النسائي ٥٢/٨ رقم ٤٨٣٠ ، سنن أبي داود ١٩٥/٤ رقم ٤٥٨٦ ، السنن الكبرى للبيهقي ١٤١/٨ . قال ابن حجر : « أخرجه الدارقطني وصححه الحاكم وهو عند أبي داود والنسائي وغيرهما إلا أن من أرسله أقوى ممن وصله » ، بلوغ المرام مع سبل السلام ١٢١٥/٣ رقم ١١٠٨ .

(٢) سبل السلام ١٢١٥/٣ .

(٣) مختصر الطحاوي ص ١٢٩ .

(٤) حاشية ابن عابدين ٣٦٤/٥ .

ويقول الشيخ الدسوقي : « إذا ختن الخاتن صبيًا ، أو سقى الطبيب مريضًا دواء ، أو قطع له شيئًا ، أو كواه فمات من ذلك ، فلا ضمان على واحد منهما ، لا في ماله ولا على عاقلته ؛ لأنه مما فيه تغرير ، فكأن صاحبه هو الذي عرضه لما أصابه . وهذا إذا كان الخاتن أو الطبيب من أهل المعرفة ، ولم يخطئ في فعله . فإذا كان أخطأ في فعله والحال أنه من أهل المعرفة فالدية على عاقلته ، فإن لم يكن من أهل المعرفة عوقب»^(١) .

ويقول صاحب نيل المآرب : « إذا أذن له في حجامة أو ختان ، وكان الإذن معتبرًا ، وكان حاذقًا ، ولم تجن يده ، ولم يتجاوز ما أذن فيه ، وسرى إليه التلف فإنه لا يضمن ؛ لأنه فعل مباحًا مأذونًا فيه»^(٢) .

ويقول ابن قدامة : « لا ضمان على حجام ولا ختان ولا طبيب إذا توافر أنهم ذووا حذق في صناعتهم وألا يتجاوزوا ما ينبغي عمله ، فإن تحقق هذان الشرطان فلا ضمان ؛ لأن فعلهم مأذون فيه»^(٣) .

أقول : وتطبيقًا لما سبق بخصوص البصمة الوراثية فإنه إن خرجت نتيجة البصمة بخطأ فاحش ضمنت الشركة ما ترتب على خروج تلك النتيجة الخاطئة من آثار .

أما إذا كان بخطأ يسير فعلى أساس أن الأمين لا يضمن لا نستطيع القول بالضمان إلا إذا ثبت تقصير أو ضعف خبرة في صفوف العاملين بالشركة القائمة بأعمال البصمة .

ولكن يجب التنبيه إلى أن معرفة الخطأ ودرجته في هذه التقنية الحديثة ليس سهلاً ، ولا يستطيع تمييزه بسطاء الناس أو المتعلمون منهم دون المتخصصين ، لذلك لزم إنشاء مكاتب خبرة متخصصة يرجع إليها في معرفة تلك الأخطاء الفنية.

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٨/٤ .

(٢) نيل المآرب بشرح دليل الطالب ١٦٤/١ .

(٣) المغني ١٢٣/٦ .

ثالثاً : انتهاء التعاقد بالبصمة الوراثية :

ينتهي هذا العقد بكل ما ينتهي به عقد الإجارة في الأجير المشترك ، وهي ^(١) :

١ - انتهاء التعاقد باستيفاء المنفعة والأجرة ، وهذا هو الانتهاء الطبيعي .

٢ - كما تنتهي بالإقالة قياساً على البيع ؛ لأن الإجارة بيع منافع ، وقد أخرج ابن حبان وأبو داود وابن ماجه عن أبي هريرة ، أن النبي ﷺ قال : « من أقال مسلماً أقال الله عشرته يوم القيامة » ، وفي رواية عنه : « من أقال نادماً بيعته أقال الله عشرته يوم القيامة » ^(٢) .

٣ - يرى الحنفية انتهاء الإجارة بحدوث عذر بأحد العاقلين أو بالمعقود عليه ؛ إذ الحاجة تدعو إليه عند العذر ؛ لأنه لو لزم العقد حينئذ للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد ، فكان الفسخ والإنهاء امتناعاً من التزام الضرر . وقالوا : إن إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن الشرع والعقل ؛ لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرره فاستأجر رجلاً ليقلعها فسكن الوجع يجبر على القلع ، وهذا قبيح شرعاً وعقلاً .

والجمهور من الفقهاء لا يرون فسخ الإجارة وانتهاءها بالأعذار ؛ لأن الإجارة أحد نوعي البيع فيكون العقد لازماً ؛ إذ العقد قد انعقد باتفاقهما فلا يفسخ إلا باتفاقهما .

والمختار عندي : هو ما ذهب إليه الحنفية ، من القول بجواز فسخ الإجارة أو انتهائها بالأعذار القاهرة ؛ لأن الإجارة عقد زمني وليس عقداً فورياً كالبيع ، ولا يعلم العاقدان ما يطرأ في المستقبل من أحداث . وضرورة عقد الإجارة تقتضي مراعاة الزمن ، فكان مراعاة الأعذار ضرورة لرفع الضرر . ولكن يشترط في العذر

(١) المراجع الفقهية السابقة في حكم استحقاق الأجرة .

(٢) صحيح ابن حبان ٤٠٢/١١ ، ٤٠٥ ، رقم ٥٠٢٩ ، سنن ابن ماجه ٧٤١/٢ رقم ٢١٩٩ ،

سنن أبي داود ٢٧٤/٣ رقم ٣٤٦٠ . قال المناوي في الفيض : « رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم

من حديث أبي هريرة ، وصححه ابن حزم وضعفه الدارقطني » - فيض القدير ٧٩/٦ .

المسوغ لفسخ عقد الإجارة أن يرفع ضرراً حقيقياً غير محتمل ، وأن يكون ضرراً غير متوقع غالباً عند العقد . ولضمان تحقق هذه الشروط للأعذار المسوغة لطلب فسخ عقد الإجارة فإنه يجب عرض الأمر على القضاء ؛ لتأمين طرفي العقد من ظلم أحدهما للآخر .

٤- ذهب الحنفية إلى أن الإجارة تنتهي بموت أحد العاقلين اللذين يعقدان لنفسيهما ، كما تنقضي بموت أحد المستأجرين أو أحد المؤجرين في حصته فقط . قالوا : لأن العقد ينقصد ساعة فساعة بحسب حدوث المنافع ، فإذا مات المؤجر فالمنافع التي تستحق بالعقد هي التي تحدث على ملكه ، فلم يكن هو عاقداً ولا راضياً بها ، وإن مات المستأجر فإن المنفعة لا تورث . قالوا : ولا يظهر الانفساخ إلا بالطلب ، فلو قام الوارث محل المورث طواعية صح .

وذهب الجمهور إلى أن الإجارة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين ؛ لأنها عقد لازم لا ينقضي بهلاك أحدهما ما دام ما تستوفى منه المنفعة باقياً .

والمختار عندي : هو مذهب الجمهور ، حتى لا يضار الطرف الآخر إلا إذا كان العاقد المتوفى مقصوداً بذاته .

٥- ولا خلاف بين الفقهاء في أن الإجارة تنتهي بالفسخ إذا حدث في المعقود عليه عيب مخل ، ويفوت المقصود بالعقد .

* * *