

**مصادر الحق
في
الفقه الإسلامي
(١)**

مصاحِر الحق

فِي

الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة بالفقه الغربي

الجزء الأول

مقدمة - صيغة العقد

ألقاها

الدكتور عبد الرزاق السنهوري

(توفي عام ١٩٧١ م)

(على طلبة قسم الدراسات القانونية)

١٩٥٣ - ١٩٥٤

طبعة بهرية نسخة مصرية بدمشق

مكتب التحقيق بدراميل والتراث العربي

دار إحياء التراث العربي مؤسسة التاريخ العربي

بيروت - لبنان

حقوق الطبع محفوظة
الطبعة الأولى

DAR EHIA AL-TOURATH AL-ARABI
Publishing & Distributing

دار إحياء التراث العربي
للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف: ٢٧٢٦٥٢ - ٢٧٢٦٥٥ - ٢٧٢٧٨٢ - ٢٧٢٧٨٣ فاكس: ٨٥٠٧١٧ - ٨٥٠٦٢٢ ص.ب. ١١/٧٩٥٧
Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel. 272652 - 272655 - 272782 - 272783 Fax: 850717 - 850623 P.O.Box; 7957/11

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، من يهد الله فلا مضل له، ومن يضل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُونُوا لآ أَنفُسِكُمْ تُسَلِّمُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٢].

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَ مِن نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي فَسَخَنَ لَكُمْ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ [النساء: ١].

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمِنَ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ قَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴿٧١﴾﴾ [الأحزاب: ٧٠ - ٧١].

أما بعد، فهذا كتاب «مصادر الحق في الفقه الإسلامي» لمؤلفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري المصري كبير علماء القانون المدني في عصره (ت ١٩٧١م) نقدمه للقارئ الكريم بعد أن قمنا بخدمته وتصحيح ألفاظه والاعتناء به بما قدر الله به وأعان.

والكتاب محاضرات شملت دراسة مقارنة بالفقه الغربي ألقاها المؤلف على طلبة قسم الدراسات القانونية في مصر عام (١٩٥٣ - ١٩٥٤م).

وينحصر البحث في الحقوق ذات القيمة المالية وهي الحقوق الشخصية، والحقوق العينية كما تُسمى في لغة الفقه الغربي، والموضوع بهذا التحديد بالغ الأهمية، فالتمييز بين الحق الشخصي والحق العيني تمييز جوهري في الفقه الغربي، بل هو بمثابة العمود الفقري في القوانين الغربية التي اشتقت من القانون الروماني. ومصادر الحق (وهي الأسباب التي تنشئ الحق قانوناً) سواء كان الحق شخصياً أو عينياً من أدق الموضوعات وأكثر غموضاً في الفقه الغربي.

فنحن إذن نعمل إلى موضوع هو من أهم الموضوعات وأدقها في الفقه الغربي، نحاول أن نعالجه في الفقه الإسلامي استناداً إلى مصادر الفقه الإسلامي، كالتراضي والعقد وأركانه وتقسيماته، والتعاقد بين الغائبين، وعقد الإذعان والعربون، والغلط، والتدليس، والإكراه وغير ذلك مما يجده المطالع عند تصفح الكتاب.

والدار إذ تقدم هذا الكتاب، ترحو الله سبحانه وتعالى أن ينفع به طلاب الحقوق وسلك القضاء والدراسات القانونية لتبيان أهمية الشرائع الربانية مقارنة مع القوانين الوضعية. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

دار إحياء التراث العربي

بيروت ١ جمادى الآخرة عام ١٤١٧ هـ

الموافق ٣ تشرين الأول ١٩٩٧ م

ترجمة المؤلف^(١)

هو عبد الرزاق بن أحمد السنهوري، الدكتور: كبير علماء القانون المدني في عصره، مصري. ولد في الإسكندرية عام (١٣١٢ هـ / ١٨٩٥ م) وابتدأ حياته موظفاً في جمرکها. وتخرّج بالحقوق في القاهرة (١٩١٧) وأختير في بعثة إلى فرنسا (١٩٢١ م) فحصل على «الدكتوراه» في القانون والاقتصاد والسياسة (١٩٢٦) وتولى وزارة المعارف بمصر عدة مرات، ومنح لقب «باشا» واختير عضواً بمجمع اللغة العربية (١٩٤٦) وعين رئيساً لمجلس الدولة بمصر (١٩٤٩ - ٥٤) واضطهد مدةً، فصر. ووضع قوانين مدنية كثيرة لمصر والعراق وسورية وليبيا والكويت. وحصل (سنة ١٩٧٠) على جائزة الدولة التقديرية في العلوم الاجتماعية. وتوفي بالقاهرة عام (١٣٩١ هـ / ١٩٧١ م).

من كتبه المطبوعة:

- ١ - «أصول القانون».
- ٢ - «نظرية العقد في الفقه الإسلامي» ستة أجزاء.
- ٣ - «الوسيط» عشرة أجزاء، في التشريع الإسلامي.
- ٤ - «شرح القانون المدني في العقود».
- ٥ - «مصادر الحق في الفقه الإسلامي» ستة أجزاء وهو كتابنا الذي بين يديك.

(١) انظر «المجمعيون» (١٠٠)، و«العربي» العدد (١٥٨)، و«الأهرام» (٢١) يونيه (١٩٧١ م)، ومحمد سعيد العمودي، في عكاظ بجدة ٢٣ / ٦ / ٩٠ هـ، وانظر «الأعلام» للزركلي (٣ / ٣٥٠).

تمهيد

تحديد الموضوع وبيان أهميته:

مصادر الحق هي الأسباب التي تنشئ الحق قانوناً. والحق مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون. فلا يدخل في بحثنا إذن لا الحقوق العامة ولا الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية، لأنها، وإن كانت حقوقاً، ليست بذات قيمة مالية. وينحصر البحث في الحقوق ذات القيمة المالية، وهي الحقوق الشخصية والحقوق العينية كما تسمى في لغة الفقه الغربي.

والموضوع بهذا التحديد بالغ الأهمية. فالتمييز بين الحق الشخصي والحق العيني تمييز جوهري في الفقه الغربي، بل هو بمثابة العمود الفقري في القوانين الغربية التي اشتقت من القانون الروماني. ومصادر الحق، سواء كان الحق شخصياً أو عينياً، من أدق الموضوعات وأكثرها غموضاً في الفقه الغربي. فنحن إذن نعمد إلى موضوع هو من أهم الموضوعات وأدقها في الفقه الغربي نحاول أن نعالجه في الفقه الإسلامي. وبذلك نضع الفقه الإسلامي إلى جانب الفقه الغربي فيما هو هام جوهري، وفيما هو دقيق خفي. ونعالج الفقه الإسلامي بأساليب الفقه الغربي فنبحث هل يوجد في الفقه الإسلامي حق شخصي وحق عيني بالمعنى المعروف في القوانين الغربية المشتقة من القانون الروماني؟ وهل يمكن تقصي مصادر الحقوق الشخصية ومصادر الحقوق العينية؟ وهل يمكن إرجاع هذه المصادر جميعاً إلى مصدرين اثنين، هما التصرف القانوني (acte juridique) والواقعة القانونية (fait juridique) بالمعاني والحدود المعروفة في القوانين الغربية؟.

هذا ما سنحاول معالجته في هذا البحث. ولا شك في أن دقة الموضوع تقتضي إعادة البحث مرة بعد أخرى. فلن تكون هذه المرة الأولى إلا تمهيداً للمرات التي ستأتي بعدها بمشيئة الله.

خطة البحث:

ونراعي في بحثنا هذا الأمور الآتية:

أولاً: لا يعني أن نحشد طائفة من المعلومات الفقهية والقانونية أكثر من أن نرسم طريقة بحث علمية صحيحة.

ثانياً: إذا كنا سنجري في بحثنا على أساليب الفقه الغربي، فإن المصادر التي سنستند إليها هي المصادر الإسلامية، بل هي المصادر الأولى في الفقه الإسلامي، فنرجع إلى أمهات الكتب المعتمدة في المذاهب المختلفة، ونقل النصوص ذاتها كما وردت في هذه الكتب، ونرجع كذلك عند الحاجة إلى كتب الفقهاء المحدثين^(١)، وبحوثهم وإلى المستشرقين ممن كتبوا في الفقه

(١) نقصد بالفقهاء المحدثين الفقهاء الذين كتبوا في الفقه الإسلامي في عصرنا هذا وبسطوا مسأله في لغة قريبة إلى مدارك هذا العصر ليقربوها إلى أذهان الدارسين. وهي مدرسة تنتظم طائفة من رجال الفقه أدوا إلى الفقه،

الإسلامي^(١).

ثالثاً: لن يكون همتنا في هذا البحث إخفاء ما بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي من فروق في الصنعة والأسلوب والتصوير، بل على التقيض من ذلك سنعني بإبراز هذه الفروق حتى يحتفظ الفقه الإسلامي بطابعه الخاص. ولن نحاول أن نصطنع التقريب ما بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي على أسس موهومة أو خاطئة، فإن الفقه الإسلامي نظام قانوني عظيم له صنعة يستقل بها، ويتميز عن سائر النظم القانونية في صياغته. وتقضى الدقة والأمانة العلمية علينا أن نحفظ لهذا الفقه الجليل بمقاماته وطابعه. ونحن في هذا أشد حرصاً من بعض الفقهاء المحدثين، فيما يؤنس فيهم من ميل إلى تقريب الفقه الإسلامي من الفقه الغربي، ولا يعيننا أن يكون الفقه الإسلامي قريباً من الفقه الغربي، فإن هذا لا يكسب الفقه الإسلامي قوة، بل لعله يبتعد به عن جانب الجودة والابتداع، وهو جانب للفقه الإسلامي منه حظ عظيم.

رابعاً: وسنحاول بقدر ما يتهيأ لنا من الأسباب أن نحدد اتجاه الاجتهاد الفقهي في مراحل المتعاقبة، حتى نتبين من وراء ذلك سير هذا الاجتهاد، فنتابعه في تطوره إلى حيث يقف بنا في آخر خطواته، ثم ننظر إلى أين كان يصل لو أنه تابع تطوره، ونفعل ذلك في كثير من الأناة والحرص.

وسنقدم لبحثنا هذا بكلمة في الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي واستقصاء مصادر كل منهما، حتى نردها جميعاً إلى التصرف القانوني والواقعة القانونية. ثم نجعل البحث في قسمين، نفرّد القسم الأول منهما للتصرفات القانونية وأهمها العقد، ونستعرض في القسم الثاني الوقائع القانونية.

الإسلامي خدمة جليّة بما نشرنا من متون وشرح وبحوث ولعلنا لا نخطئ إذا اعتبرنا المغفور له محمد قدرى باشا زعيم هذه المدرسة أو هو رائدها الأول.

(١) علماء الغرب الذين كتبوا في الفقه الإسلامي كثيرون ولكن غالبيتهم مستشرقون من غير رجال القانون، وقتلهم من رجال القانون غير المستشرقين، ويندر أن نجد فيهم مستشرقاً من رجال القانون.

مقدمة

الحق الشخصي والحق العيني ومصادر كل منهما

في الفقه الإسلامي

الحق والرخصة في الفقه الغربي - منزلة وسطي:

سبق أن عرفنا الحق بأنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون. وقبل أن نتقل إلى تقسيم الحق إلى شخصي وعيني، نشير إلى الفرق بين الحق والرخصة.

فالحق هو ما عرفناه. أما الرخصة فهي مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة، أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة. ذلك أن الشخص، في حدود القانون، له حرية العمل والتنقل والتعاقد والتملك وغير ذلك من الحريات العامة. فإذا وقفنا عند واحدة من هذه الحريات، حرية التملك مثلاً، أمكن أن نقول، في سبيل المقابلة ما بين الحق والرخصة، إن حرية التملك رخصة أما الملكية فحق.

وما بين الرخصة والحق توجد منزلة وسطي، هي أعلى من الرخصة وأدنى من الحق. ونستقي مثلنا السابق وهو حرية التملك. فحق التملك وحق الملك، الأول رخصة والثاني حق. وما بينهما منزلة وسطي هي حق الشخص في أن يملك. فلو أن شخصاً رأى داراً أعجبهت ورجب في شرائها، فهو قبل أن يصدر له إيجاب البائع بالبيع، كان له حق التملك عامة في الدار وفي غيرها، فهذه رخصة. وبعد أن يصدر منه قبول بشراء الدار صارت له ملكية الدار وهذا حق ولكنه قبل القبول وبعد الإيجاب في منزلة وسطي بين الرخصة والحق بالنسبة إلى الدار. فهو من جهة ليس له فحسب مجرد رخصة في تملك الدار كغيرها من الأعيان التي لا يملكها، وهو من جهة أخرى لم يبلغ أن يصبح صاحب الملك في الدار. بل هو بين بين. له أكثر من رخصة التملك وأقل من حق الملك: له الحق في أن يملك. إذ يستطيع بقبوله بالبيع، أي بإرادته وحده، أن يصبح مالكاً للدار.

ولم يصل الفقه الغربي إلى تبين هذه المنزلة الوسطى إلا حيث ارتقى ووصل في الرقي إلى مرحلة بعيدة. نرى ذلك في الفقه الجرمانى الحديث. ويدعو الفقيه فون تور (Von Tuhr)^(١) هذه المنزلة الوسطى «بالحق المنشىء» (droit formateur)، ويعرفه بأنه «مكنة تعطى للشخص بسبب مركز قانوني خاص في أن يحدث أثراً قانونياً بمحض إرادته»^(٢). ويأتي بأمثله لهذا الحق المنشىء

(١) جزء أول (١/١٩ - ٢١).

(٢) وهذا ما يقول بلفظه «La faculté appartenant à une personne, en raison d'une situation juridique spéciale, de produire, parsa seule volonté un effet juridique».

يذكر منها: حق من وجه إليه الإيجاب، وحق المسترد في أن يسترد الحصة المبيعة، وحق البائع وفاء في أن يسترد المبيع، وحق الشفيع في أن يأخذ بالشفعة.

هذه المنزلة الوسطى يعرفها الفقه الإسلامي:

نبه إلى وجود هذه المنزلة الوسطى في الفقه الإسلامي الأستاذ شفيق شحاتة في كتابه في «النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية»^(١)، إذ يستعرض المقبوض في الدين المشترك. وهو الدين الذي يملكه أكثر من دائن واحد فإذا قبض أحد الدائنين شيئاً منه. كان للباقي حق في المقبوض هو هذه المنزلة الوسطى. ويقول في هذا الصدد: «المقبوض هو إذن ملك القابض خاصة، على أن للدائن الشريك حقاً ثابتاً في الشيء المقبوض. وبموجب هذا الحق يستحق هذا الدائن الشريك بعضاً مما قبض القابض ولو أنه لا يستطيع تتبع المقبوض بين يدي الغير. هذا الحق هو إذن حق شبه عيني. فصاحبه ليس له حق ملكية، بل حق في أن يملك. ولهذا الحق نظائر في الشرع». وإذا كنا لا نشارك الأستاذ شفيق شحاتة في تكليف هذا الحق بأنه «شبه عيني». ونرى أنه ليس حقاً بل هو منزلة وسطى بين الحق والرخصة كما أسلفنا القول. إلا أننا نتفق معه فيما ذهب إليه من أن للدائن الشريك حقاً ما في الشيء المقبوض. ليس مجرد رخصة وليس حق ملك كامل، ولكنه حق في أن يملك نصيبه في الشيء المقبوض إذا هو أعلن إرادته في ذلك. وقد وجد الأستاذ شفيق شحاتة نظائر لهذا «الحق» في الشرع الإسلامي. من ذلك حق المجني عليه في العبد الجاني، فإنه بدفع العبد يصبح مملوكاً للمجني عليه، على أنه إذا تصرف المولى في العبد قبل الدفع ينقلب حق المجني عليه إلى مجرد تعويض. ومن ذلك أيضاً من وقع في سهمه عبد قد أسره المشركون من رجل من المسلمين كان ملكاً له، فلمولاه الأول أخذه بالقيمة، فإن تصرف فيه الذي وقع في قسمه جاز تصرفه ولم يكن للمولى فسخه.

ومما يقطع في وجود هذه المنزلة الوسطى في الفقه الإسلامي أن القرافي في «الفروق» يقابل، في عبارات صريحة، ما بينها وبين الرخصة، فيقول عن صاحب الرخصة «من ملك أن يملك» وعن صاحب المنزلة الوسطى «من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك»، وينكر على الأول أن يكون مالكاً إطلاقاً ويجعل الثاني محلاً للنظر. ونقل ما يقوله في هذا الصدد:

«اعلم أن جماعة من مشايخ المذهب رضي الله عنهم أطلقوا عباراتهم بقولهم من ملك أن يملك هل يعد مالكاً أم لا، قولان... وليس الأمر كذلك بل هذه القاعدة باطلة... وبيان بطلانها أن الإنسان يملك أن يملك أربعين شاة، فهل يتخيل أحد أنه يعد مالكاً الآن قبل شرائها حتى تجب الزكاة عليه على أحد القولين! وإذا كان الآن قادراً على أن يتزوج، فهل يجري في وجوب الصداق والنفقة عليه قولان قبل أن يخطب المرأة لأنه ملك أن يملك عصمتها! والإنسان مالك أن يملك خادماً أو دابة، فهل يقول أحد إنه يعد الآن مالكاً لهما فيجب عليه كليتهما ومؤننتهما على قول من الأقوال الشاذة أو الجادة! بل هذا لا يتخيله من عنده أدنى مسكة من العقل والفقه. وكذلك الإنسان

يملك أن يشتري أقاربه. فهل يعده أحد من الفقهاء مالاً لقريبه فيعتقه عليه قبل شرائه على أحد القولين في هذه القاعدة على زعم من اعتقدها! بل هذا كله باطل بالضرورة. ونظائر هذه الفروع كثيرة لا تعد ولا تحصى، ولا يمكن أن نجعل هذه من قواعد الشريعة البتة. بل القاعدة التي يمكن أن تجعل قاعدة شرعية، ويجرى فيها الخلاف في بعض فروعها لا في كلها، أن من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك هل يعطى حكم من ملك؟ قد يختلف في هذا الأصل في بعض الفروع، ولذلك مسائل:

المسألة الأولى: إذا حيزت الغنيمة فقد انعقد للمجاهدين سبب المطالبة بالقسمة والتملك، فهل يعدون مالكين لذلك أم لا؟ قولان، فقيل يملكون بالحوز والأخذ وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه، وقيل لا يملكون إلا بالقسمة وهو مذهب مالك رحمه الله...

المسألة الرابعة: الشريك في الشفعة إذا باع شريكه تحقق له سبب يقتضي المطالبة بأن يملك الشخص المبيع بالشفعة، ولم أر خلافاً في أنه غير مالك.

المسألة الخامسة: الفقير وغيره من المسلمين له سبب يقتضي أن يملك من بيت المال ما يستحقه بصفة فقره أو غير ذلك من الصفات الموجبة للاستحقاق، كالجهاد والقضاء والفتيا والقسمة بين الناس أملاكهم وغير ذلك مما شأن الإنسان أن يعطى لأجله، فإذا سرق هل يعد كالمالك فلا يجب عليه الحد لوجود سبب المطالبة بالتملك، أو يجب عليه القطع لأنه لا يعد مالكاً وهو المشهور؟ قولان. فهذه القاعدة على ما فيها من القوة من جهة قولنا جرى له سبب التملك في تمشيتها عسر لأجل كثرة النقوض عليها. أما هذا المفهوم وهو قولنا من ملك أن يملك مطلقاً من غير جريان سبب يقتضي مطالبته بالتملك ولا غير ذلك من القيود، فهذا جعله قاعدة شرعية ظاهرة البطلان لضعف المناسبة جداً أو لعدمها البتة. أما إذا قلنا انعقد له سبب يقتضي المطالبة بالتملك، فهو مناسبة لأن يعد مالكاً من حيث الجملة، تنزيلاً لسبب السبب منزلة السبب، وإقامة للسبب البعيد مقام السبب القريب، فهذا يمكن أن يتخيل وقوعه قاعدة في الشريعة، أما مجرد ما ذكره فليس فيه إلا مجرد الإمكان والقبول للملك، وذلك في غاية البعد عن المناسبة، فلا يمكن جعله قاعدة^(١).

ويتبين مما نقلنا عن القرافي أنه يميز بين أوضاع ثلاثة:

أولاً: وضع من ملك أن يملك. كمن ملك أن يملك أربعين شاة ومن ملك أن يتزوج ومن ملك أن يملك خادماً أو دابة ومن ملك أن يشتري أقاربه إذا كانوا عبيداً. هؤلاء جميعاً لا يملكون، فلا يجب على الأول الزكاة، ولا على الثاني الصداق والنفقة، ولا على الثالث الكلفة والمؤونة، ولا على الرابع العتق، وترجمة ذلك إلى لغة الفقه الغربي أن هؤلاء جميعاً ليس لهم حق الملك، وإنما لهم رخصة التملك، والرخصة ليست بحق.

(١) «الفروق» للقرافي: (٣/ ٢٠ - ٢١).

ثانياً: وضع من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك، كما في حيازة الغنيمة بالنسبة إلى المجاهدين وفي بيع الشريك لتصبيه بالنسبة إلى شريكه الشفيح، وفي بيت المال بالنسبة إلى المستحق لفقر أو جهاد أو غير ذلك. هؤلاء أيضاً، على خلاف في الرأي، لا يملكون بمجرد جريان السبب الذي يقتضي المطالبة بالتملك. فالمجاهد لا يملك الغنيمة إلا بالقسمة، والشفيح لا يملك الشقص المبيع إلا إذا أخذ بالشفعة. والفقير لا يملك شيئاً من بيت المال إلا إذا طالب فأعطي وقبل ذلك إذا سرق وجب عليه الحد. وترجمة ذلك إلى لغة الفقه الغربي أن هذه هي المنزلة الوسطى بين رخصة التملك وحق الملك، فهي دون الملك وفوق الرخصة.

ثالثاً: وضع من جرى له سبب الملك، كمن اشترى أرضاً أو شفع في دار، فهذا هو الذي له حق الملك.

* * *

والذي يعنينا في بحثنا هذا هو الحق ذاته، لا الرخصة ولا هذه المنزلة الوسطى. ونبحث في هذا الصدد مسألتين:

١ - الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي.

٢ - حصر مصادر الحق في الفقه الإسلامي، شخصياً كان الحق أو عينياً.

١ - الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي

الحق، في الفقه الغربي المشتق من القانون الروماني، إما شخصي أو عيني. فالحق الشخصي والإلتزام هو رابطة ما بين شخصين دائن ومدين، بمقتضاها يطالب الدائن المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل. والحق العيني هو سلطة يعطيها القانون لشخص على عين بالذات.

فهل في الفقه الإسلامي نظير للحق الشخصي وللحق العيني بالمعنى الذي قدمناه؟ ننظر ذلك في مبشرين متعاقبين، أولهما للحق الشخصي أو الإلتزام والثاني للحق العيني.

أولاً: الحق الشخصي أو الإلتزام

التعبير مستعار من الفقه الغربي:

الحق الشخصي أو الإلتزام تعبير استعراه من الفقه الغربي. وإلا فالفقه الإسلامي لا يرد فيه عادة هذا التعبير. وسنرى أن سبب ذلك يرجع إلى أن ما نسميه بالحق الشخصي أو الإلتزام يشتمل في الفقه الإسلامي على عدة روابط قانونية متميزة بعضها عن بعض، ولم يحاول علماء الفقه الإسلامي أن يدمجوا هذه الروابط في وحدة تنتظمها جميعاً فيعبروا عنها بالحق الشخصي أو الإلتزام.

يستعمل فقهاء الشرع الإسلامي في بعض الحالات لفظ «الحق» ويريدون به جميع الحقوق المالية وغير المالية، فيقولون حق الله وحق العبد. ويستعملون لفظ «الحقوق» ويريدون به في

حالات حقوق الارتفاق، وفي حالات أخرى ما ينشأ عن العقد من التزامات غير الالتزام الذي يعتبر حكم العقد، فعقد البيع حكمه نقل ملكية المبيع وحقوقه تسليم المبيع ودفع الثمن. ويستعملون أحياناً لفظ «الالتزام»، ويريدون به غالباً الحالات التي يلزم فيها الشخص نفسه بإرادته المنفردة، ونادراً الالتزامات التي تنشأ عن العقد. أما الالتزامات التي تنشأ عن غير العقد أو التي تنشأ عن المسؤولية العقدية، أي الالتزامات التي تنشأ عن المسؤولية بوجه عام، تقصيرية كانت أو عقدية، فتسمى بالضمانات.

فإذا أردنا أن نورد تعبيراً فقهياً يقابل لفظ «الالتزام» بالمعنى المعروف في الفقه الغربي. وجب أن نستعمل تعبيرين هما «الالتزام» و«الضمان»، ولا نكون بعد ذلك قد استفدنا جميع الالتزامات التي تنشأ عن مصادرها المختلفة. فلنقتصر إذن على لفظ «الالتزام» بمعناه المعروف في الفقه الغربي.

الالتزام يشتمل على روابط قانونية متعددة:

قدما أن الالتزام يشتمل على عدة من الروابط المتميزة بعضها عن بعض في الفقه الإسلامي. ويمكن القول إن هذه الروابط لا تقل عن أربع. فهناك: ١ - التزام بالدين ٢ - والتزام بالعين ٣ - والتزام بالعمل ٤ - والتزام بالتوثيق.

الالتزام بالدين:

فالالتزام بالدين، أو الدين فحسب، هو التزام محله مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية. وهذا هو الذي يتعلق بالذمة. وعرف صاحب «مرشد الحيران» الدين بأنه ما وجب في ذمة المدين بعقد استهلاك مال أو ضمان غضب (م ١٦٨).

والصحيح أن مصادر الدين تزيد على ما ذكره «مرشد الحيران». فهي أولاً العقد، كالقرض يلتزم به المقرض أن يرد للمقرض مبلغاً من النقود أو أشياء مثلية يكون قد اقترضها منه، وكالبيع إذا كان الثمن نقوداً أو أشياء مثلية يلتزم به المشتري أن يدفع هذا الثمن للبائع، أما التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري فهذا التزام بالعين كما سنرى. وهي ثانياً الإرادة المنفردة، كالنذر والهبة والوصية، إذا كان محل ذلك نقوداً أو مثليات. وهي ثالثاً العمل غير المشروع، ولا يقتصر ذلك على الغصب كما ذكر صاحب «مرشد الحيران». فكل ضمان ينشأ عن غير العقد، كغصب أو سرقة أو إتلاف، يكون محله عوض الشيء المضمون. وهذا العوض. إما أن يكون مبلغاً من النقود هي قيمة الشيء المضمون إذا كان قيمياً، وإما أن يكون جملة من الأشياء المثلية إذا كان الشيء المضمون مثلياً. وهي رابعاً الإثراء بلا سبب في بعض الحالات، فمن دفع شيئاً ظاناً أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق «م ٢٠٧ مرشد الحيران»، فإذا كان هذا الشيء نقوداً أو مثليات كان الرجوع بدين متعلق بالذمة. وهي خامساً الشرع ذاته، كالاتزام بالنفقة ومحله عادة مبلغ من النقود فهو دين متعلق بالذمة.

الالتزام بالعين:

والالتزام بالعين هو التزام محله عين معينة بالذات لتمليكها أو تملك منفعتها أو تسليمها أو

حفظها، كتمليك أرض معروفة الحدود أو منفعة دار أو تسليم عبد أو حفظ حيوان. ومن مصادر الالتزام بالعين الإرادة المنفردة كالوصية بعين معينة، والعمل غير المشروع كغصب عين ينشئ التزاماً بردها، أما إذا هلكت العين فإن الالتزام بها يتحول إلى التزام بدين هو رد القيمة أو المثل، والإثراء بلا سبب كالوفاء بعين غير واجبة فعلى المستوفى رد العين. على أن أكثر حالات الالتزام بالعين يكون مصدرها العقد. فالبيع إذا وقع على عين معينة بالذات ينشئ التزاماً على البائع بتمليكها للمشتري، والأولى في الفقه الإسلامي أن يقال إن العقد ينقل الملك دون أن يسبق ذلك أي التزام. وإيجار العين ينشئ التزاماً على المؤجر بتمليك منفعة العين للمستأجر. وكل من البيع والإيجار ينشئ التزاماً بتسليم العين المبيعة للمشتري أو بتسليم العين المؤجرة للمستأجر. والوديعة تنشئ التزاماً على المودع عنده بحفظ العين المودعة^(١).

الالتزام بالعمل:

والالتزام بالعمل هو التزام محله صنع شيء معين بعقد استصناع أو أداء خدمة معينة بعقد إيجار.

فالاستصناع هو طلب عمل شيء خاص على وجه معين مادته من الصانع^(٢) وتجاوز إجارة الأدمى للخدمة أو لغيرها من أنواع العمل، مع بيان المدة أو تعيين قدر العمل وكيفيته. والأجير قسمان، خاص ومشارك، فالأجير الخاص هو الذي يعمل لشخص معين مع اشتراط التخصيص عليه، وليس له أن يعمل في مدة الإجارة لغير مستأجره. والأجير المشترك هو الذي يعمل لا لواحد مخصوص كالصانع والمقاول. فالأجير الخاص يؤجر كل وقته للعمل، أما الأجير المشترك فيؤجر نفسه لعمل معين^(٣).

الالتزام بالتوثيق:

والالتزام بالتوثيق محله كفالة التزام، ومصدره عقد الكفالة. وقد يكون الالتزام المكفول به

(١) وقد عدد صاحب «مرشد الحيران» حالات الالتزام بالعين التي يكون مصدرها العقد في المواد (٢٦٣ - ٢٦٥) على الوجه الآتي:

م ٢٦٣ - يصح أن يرد العقد على الأعيان منقولة كانت أو عقاراً لتمليكها بعوض أو بغير عوض.
م ٢٦٤ - يصح أن يرد العقد على الأعيان لحفظها وديعة، أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً ورد بدلها (ويلاحظ هنا أن الالتزام الناشئ من الاستهلاك بالقرض هو التزام بدين لا بعين).

م ٢٦٥ - يجوز ورود العقد على منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض إجارة، أو بغير عوض إعارة، ورد عينها لصاحبها (وقد أغفل صاحب «مرشد الحيران» النص على الالتزام بالتسليم).

(٢) وقيل إنه يتعقد على العين لا على عمل الصانع، فيكون التزاماً بعين لا التزاماً بعمل حتى إن الصانع لو جاء بشيء من صنع غيره موافق للأوصاف ألزم به المستصنع، ولكن الصحيح أن العقد يتعقد، على عمل الصانع لا على العين، فهو التزام بعمل لا التزام بعين.

(٣) انظر المادة ٢٦٦ من «مرشد الحيران».

التزاماً بالدين أو التزاماً بالعين ويدخل في ذلك الالتزام بالتسليم على الوجه الذي سببته فيما بعد . وهناك الكفيل بالنفس ، والمكفول به في هذه الحالة هو إحضار المكفول ، وبراء الكفيل بتسليمه المكفول للمكفول له ، حيث تمكنه مخصصته ولو في غير مجلس الحكم ما لم يشترط تسليمه فيه . ومن ذلك نرى أن الالتزام بالتوثيق إما أن يكون التزاماً تبعياً لالتزام بدين أو بعين ، وإما أن يكون التزاماً أصلياً في الكفالة بالنفس .

الدين والعين:

هذه هي أنواع الالتزام المختلفة ، يتميز بعضها عن بعض كما رأينا ، ولا يدمجها فقهاء الشرع الإسلامي في نوع واحد يسمونه الالتزام كما يفعل الفقه الغربي . ومن بين هذه الأنواع المتعددة ليس إلا الالتزام بالدين هو الذي يتعلق بذمة المدين ، أما الالتزامات الأخرى فلا تتعلق بالذمة إلا إذا تحولت إلى التزامات بدين على الوجه الآتي :

في الالتزام بتملك العين أو منفعتها ينتقل الملك في الحال ، فلا تتحقق صورة يتعلق فيها الالتزام ديناً في الذمة . وقد قدمنا أن هذا لا يعد التزاماً في الفقه الإسلامي ، فالعقد هو بذاته الذي ينقل الملكية .

وفي الالتزام بتسليم العين أو بحفظها قد يتحقق سبب الضمان في بعض الحالات . فيتحول هذا الالتزام إلى التزام بدفع قيمة العين ، فيكون ديناً متعلقاً بالذمة .

وفي الالتزام بالعمل قد يستأذن القاضي في بعض الحالات أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين ، فيتحول الالتزام ديناً في الذمة بقدر هذه النفقة .

وفي الالتزام بالتوثيق إذا كانت الكفالة بدين كانت هي أيضاً ديناً يتعلق بالذمة ، وإذا كانت الكفالة بعين فإنها تتحول إلى دين بتحول الالتزام المكفول به . أما الكفالة بالنفس ، وهي التزام أصلي ، فلا تتحول إلى دين يتعلق بالذمة بل إن جزاءها ، إذا لم يحضر الكفيل المكفول ، أن يجس الكفيل ما لم يظهر عجزه وعدم اقتداره على إحضار المكفول ، ولا يلتزم الكفيل بأداء الدين الذي في ذمة المكفول .

ونرى من ذلك أن الالتزام بالدين والالتزام بالعين هما الالتزامان اللذان يرد إليهما في النهاية كل التزام في الفقه الإسلامي . فنقتصر عليهما ، وندعوهما كما يدعيان عادة بالدين والعين .

التمييز بين الدين والعين غير التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني:

وظاهر مما قدمناه أن التمييز بين الدين والعين غير التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني . فالدين ليس كل الحق الشخصي ، بل هو صورة من صورته . والعين تستغرق الحق العيني وبعضاً من الحق الشخصي ، هو الالتزام بالعين ، ومن ثم فالدين أضيق من الحق الشخصي ، والعين أوسع من الحق العيني .

ويخطيء بعض الفقهاء المحدثين عندما يقررون أن الفقه الإسلامي قد ميز تمييزاً واضحاً بين الحق الشخصي والحق العيني ويوردون التمييز بين الدين والعين ، أو بين الدين والحق العيني ، كأنه

هو التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني^(١). وعندنا أنه لا حاجة إطلاقاً للقول بأن الفقه الإسلامي يعرف التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني، بل يجب على النقيض من ذلك إبراز أن التمييز بين الدين والعين وهو التمييز الذي يعرفه الفقه الإسلامي، هو غير التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الغربي المشتق من القانون الروماني، فلكل فقه صناعته التي يتميز بها. وفي هذا دليل واضح على أن الفقه الإسلامي لا تربطه بالقانون الروماني صلة، وإلا لانتقل التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني إلى الفقه الإسلامي كما انتقل إلى كل قانون اشتق من القانون الروماني^(٢).

بروز التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي - نظرية الذمة:

فالتمييز بين الدين والعين إذن هو التمييز البارز في الفقه الإسلامي، وعلماء هذا الفقه يحرصون على المقابلة ما بين الدين والعين إذا عرضت لهم مناسبة في ذلك: وقيمون هذا التمييز

(١) من ذلك ما قرره الأستاذ مصطفى الزرقا في الجزء الثاني من كتابه «الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد» (دمشق سنة ١٩٤٩ طبعه ثانية). فهو في موضع من هذا الكتاب (٦٠ - ٦١) يجعل الالتزام شاملاً للالتزام بالدين والالتزام بالعين، وهذا صحيح. ولكنه في موضعين آخرين يخلط تارة بين الحق الشخصي والدين. وطوراً بين الحق العيني والعين. فيقول في (١٦): «ومما تجب ملاحظته أن الحق العيني يجب أن يكون الشيء الذي هو موضوعه معيناً بذاته كي تنصب عليه سلطة صاحب الحق مباشرة بلا واسطة، فإذا لم يكن موضوعه متعيناً في الخارج بل ثابتاً في الذمة كالدين لا يكون الحق عينياً بل شخصياً». ويمثل لهذا الدين الثابت في الذمة الذي أورده في آخر عبارته بحق المغضوب منه على الغاصب في أن يرد المغضوب إلى المكان الذي غصبه منه. وهذا الحق في الفقه الإسلامي عين لا دين وجعله ديناً لإدخاله في نطاق الحق الشخصي هو حصر الحق الشخصي في الدين، وقد رأينا أن الحق الشخصي أوسع نطاقاً. ثم يقول الأستاذ الزرقا في (٢٠): «كثيراً ما ينقلب الحق العيني إلى شخصي. . كما في المغضوب، فإنه ما دام باقية عينه على حالها في يد الغاصب فللمالك حق عيني فيه يسوغه طلب استرداده». وهنا يبدو أن المؤلف رجح عن اعتبار حق المغضوب منه على الغاصب في أن يرد المغضوب ديناً، ولكن ليعتبره حقاً عينياً. والصحيح أن هذا الحق شخصي لا عيني، والذي أوقع اللبس فيه أنه عين لا دين فخلط بالحق العيني هنا، ثم هو شخصي لا عيني، فخلط بالدين هناك، أنظر أيضاً (٢٠) من هذا الكتاب حيث يذهب المؤلف إلى أن الوفاء بمقابل يقبل الحق الشخصي حقاً عينياً، والصحيح أن حق الدائن بقي حقاً شخصياً حتى انقضى بالوفاء، ولم ينقلب إلى حق عيني.

وكل هذا يدل على غرابة التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني على رجال الفقه الإسلامي، حتى إن بعض هؤلاء عندما يذهبون إلى الأخذ بهذا التمييز قد تخطئهم الدقة أحياناً في تبيينه. وكان الأستاذ علي الخفيف معتدلاً في نظريته عندما تناول هذا الموضوع في محاضراته لقسم الدكتوراه في «الحق والذمة وتأثير الموت فيهما» سنة ١٩٤٥ (٥٤ - ٨١).

(٢) ومن رأينا أن ابتعاد الفقه الإسلامي عن الأخذ بهذا التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني، وهو تمييز جوهرى في القانون الروماني وعدم توسعه في الأخذ بنظرية الإثراء بلا سبب على الوجه الذي سنبينه فيما يلي وهي نظرية توسع فيها القانون الروماني إلى حدود بعيدة، من أوضح الأدلة على أن الفقه الإسلامي لم يتأثر بالقانون الروماني (انظر كتابنا «في نظرية المقدم» ٦٩ - ٢٧١). هذا إلى أن نزعة الفقه الإسلامي موضوعية ونزعة القانون الروماني ذاتية. وقد رأينا أن نبرز هذه الفروق بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي حتى يحتفظ الفقه الإسلامي بطابعه الخاص على النحو الذي أشرنا إليه فيما تقدم.

على أساس الذمة. فيقولون إن الدين يتعلق بذمة المدين، أما العين فلا تتعلق بالذمة، بل يكون الحق، عينياً كان أو شخصياً. متعلقاً بالعين ذاتها. فالتعلق بالذمة أو عدم التعلق بها هو الذي يقوم عليه التمييز بين الدين والدين. ومن ثم وجب أن نستعرض، في كلمات موجزة، نظرية الذمة في الفقه الإسلامي.

نظرية الذمة في الفقه الإسلامي:

الذمة في الفقه الإسلامي هي وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان، ويصير به أهلاً للالتزام وللالتزام، أي صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات. ولما كانت هذه الصلاحية التي ترتبت على ثبوت الذمة يسميها الفقهاء بأهلية الوجوب، إذ يعرفون هذه الأهلية بأنها صلاحية الإنسان للحقوق والواجبات المشروعة، فإن الصلة ما بين الذمة وأهلية الوجوب صلة وثيقة، فالذمة هي كون الإنسان صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات وأهلية الوجوب هي هذه الصلاحية ذاتها. والذمة تلازم الإنسان إذ يولد الإنسان وله ذمة بحكم أنه إنسان، ومن ثم تثبت له أهلية الوجوب. فأهلية الوجوب إذن تترتب على وجوب الذمة. ولا يقتصر الفقه الإسلامي في الذمة على ما في الإنسان من الصلاحية للملك والكسب، أي على نشاطه الاقتصادي فحسب، بل الذمة وصف تصدر عنه الحقوق والواجبات جميعها وإن لم تكن مالية كالصلاة والصيام والحج، أو كانت مالية ذات صبغة دينية كالزكاة وصدقة الفطر والعشر والخراج. ومن ثم كان نطاق الذمة واسعاً في الفقه الإسلامي حتى قال فخر الإسلام البزدوي إن الذمة لا يراد بها إلا نفس الإنسان.

وتبدأ الذمة ببدء حياة الإنسان وهو جنين، فتكون له ذمة قاصرة، إذ يجوز أن يرث وأن يوصى له وأن يوقف عليه، ثم يولد حياً فتتكمّل ذمته شيئاً فشيئاً، في المعاملات والعبادات والحدود، حتى تصير كاملة. وتبقى ذمة الإنسان ما بقي حياً، وتنتهي بموته. وانتهاء الذمة بالموت تختلف فيه المذاهب.

فالمالكية وبعض الحنابلة يذهبون إلى أن الذمة تتلاشى بالموت. فإن ترك الميت ما لا تعلقت ديونه به، وإلا سقطت.

والشافعية والحنابلة الآخرون يذهبون إلى أن الذمة تبقى بعد الموت إلى أن توفي الديون. ويستشهدون على ذلك بأن الميت قد تترتب في ذمته ديون بعد الموت، كما إذا كان قد باع وهو حي عيناً فردت بالعيب بعد موته فإن ذمته تشغل إذ ذاك بضمن البيع، وكما إذا كان وهو حي قد حفر حفرة في الطريق العام فتردى بعد موته فيها شخص وتلف متاعه فإن ذمة الميت تشغل إذ ذاك بالضمن. ثم يرتبون على ذلك أن الدين بعد الموت يبقى متعلقاً بالذمة، ولو لم يكن للميت مال ولم يكن بالدين كفيل، فإنه يجوز في هذه الحالة كفالة الدين بعد الموت، إذ هو باق متعلق بالذمة كما تقدم القول. ولا يحول، في هذا المذهب، بقاء الذمة بعد الموت وبقاء الدين متعلقاً بها دون أن تنتقل التركة إلى ملك الورثة بالموت في الحال.

والحنفية يذهبون إلى أن الذمة بعد الموت لا تتلاشى ولا تبقى، ولكنها تخرب، ويقويها أن يترك الميت مالا أو كفيلاً بدينه. فإن لم يوجد مال ولا كفيل سقط الدين، ولا يجوز في هذه

الحالة كفالة الدين بعد الموت كما جاز في قول من يرى بقاء الذمة غير خربة. وتبقى التركة المستغرقة على حكم ملك الميت. أما التركة غير المستغرقة فقد اختلفت الحنفية فيها على أقوال ثلاثة: قيل تبقى التركة غير المستغرقة كالتركة المستغرقة على حكم ملك الميت، وقيل بل تنتقل إلى ملك الورثة، وقيل تبقى على حكم ملك الميت بقدر الدين وتنتقل إلى ملك الورثة فيما جاوز ذلك^(١).

(١) انظر في هذا الموضوع محاضرات الأستاذ علي الخفيف في «الحق والذمة وتأثير الموت فيها» سنة ١٩٤٥ (٩٥/٨٢)، وانظر أيضاً «أحكام التركات والمواريث» للأستاذ محمد أبو زهرة. سنة ١٩٤٩ (١٧ - ٢٩).

وهذه هي الخطوط الرئيسية لنظرية الذمة في الفقه الإسلامي. ونورد هنا الخطوط الرئيسية لنظرية الذمة في الفقه الغربي لعقد مقارنة بين النظريتين. فالذمة على النحو الذي صاغ به النظرية الفقيهان المعروفان أو بري ورو، هي مجموع الحقوق الموجودة أو التي قد توجد والالتزامات الموجودة أو التي قد توجد لشخص معين، ويستخلص من ذلك معنيان:

أولاً: أن الذمة مجموع من المال.

ثانياً: أن الذمة هي الشخصية القانونية، ما دام يدخل فيها الحقوق والالتزامات التي قد توجد، فهي إذن القابلة لكسب حق أو ترتيب التزام، وهذه هي الشخصية القانونية.

ويرتّب على أن الذمة مجموع من المال النتائج الآتية:

١ - يكون للدائنين حق ضمان عام على هذا المجموع من المال لا على مال معين بالذات. وهذا يفسر أن الدائن يستطيع التنفيذ على مال للمدين لم يكون موجوداً وقت نشوء الدين لأن هذا المال قد اندمج في المجموع فأصبح أحد عناصره. ويفسر أن الدائن لا يستطيع التنفيذ على مال كان موجوداً لذمة المدين وقت نشوء الدين، وخرج من ملكه وقت التنفيذ، لأن هذا المال قد خرج من المجموع فلم يعد محسوباً في عناصره.

٢ - ينتقل حق الدائنين بعد موت المدين إلى تركته كمجموع من المال. ذلك أن ذمة المدين كمجموع من المال بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات، تنتقل من المدين إلى ورثته فيصبح الورثة مسؤولين عن التزامات المورث، إما دون حد إذ تعتبر شخصية الوارث استمراراً لشخصية المورث، وإما في حدود ما انتقل إلى الورثة من الحقوق بطريق الميراث ويتم هذا باستعمال الورثة لحق الانتفاع بالجرد. (bénéfice d'inventaire).

٣ - تقوم نظرية الحلول العيني على فكرة المجموع. فحيث يخرج مال من المجموع ويحل محله مال آخر. فثم حلول عيني، ويصبح المال الجديد من عناصر المجموع مكان المال القديم. ومن أمثلة الحلول العيني في القانون الفرنسي ما يطرأ من حلول في مال الزوجية المشترك (communauté) ومال الزوجة الخاص (propre) ومال المهر (dot) والمال الذي كسبه الزوجة بعملها، والتركة التي قبلها الوارث متنعفاً بحق الجرد، والمال الموهوب أو الموصى به بشرط عدم التصرف فيه أو بشرط تحويله إلى مؤسسة أو بشرط أن ترثه أجيال محددة Substitutions permises ومن أمثلة الحلول العيني في القانون المصري ما يطرأ من حلول في تركة تحت التصفية، وفي مال كسبه بعمله صبي في السادسة عشرة، وفي مال موهوب أو موصى به بشرط عدم التصرف. والرأي الحديث يذهب إلى أن الحلول العيني يقوم، لا على فكرة المجموع بل على فكرة قيام نظام قانوني خاص (régime Juridique Spéciale) لمال خصص لغاية معينة (affectation à un but spéciale) سواء كان مجموعاً من المال أم مالياً معيناً بالذات، ولهذا الرأي تطبيقات كثيرة، منها استرداد

الدين والعين في نطاق نظرية الذمة:

ولما وضعت نظرية الذمة في الفقه الإسلامي على النحو المتقدم، نظر الفقهاء إلى الحقوق المختلفة من هذه الناحية، فوجدوا أن الحق العيني والالتزام بالعين ينصبان على عين معينة بالذات،

الوارث الحقيقي للتركة من الوارث الظاهر، واسترداد الغائب لماله من أقيم عليه وكيلًا، وحلول التعويض أو مبلغ التأمين محل العين المرهونة عند هلاكها، وحلول المفرز الذي آل بالقسمة محل المفرز ضمن عين شائعة وقع التصرف فيها بيع أو رهن، وحلول عين محل أخرى في استبدال الوقف (انظر في هذا الرأي الحديث رسالة غير مطبوعة للدكتور إسماعيل غانم في الذمة المالية).

ويرتب على أن الذمة هي الشخصية القانونية ما يقال عادة من أن الذمة لا بد لها من شخص، ومن أن لكل شخص ذمة، ومن أن الشخص الواحد لا تكون له إلا ذمة واحدة، فالذمة إذن كل لا يقبل التصرف ولا التجزئة. أما أن الذمة كل لا يقبل التصرف فهذا واضح، لأن الذمة هي القابلية لكسب حق أو ترتيب التزام، ولا يستطيع الشخص أن يتصرف في هذه القابلية، ويرتب أو يرى ورو على هذه الخاصية عدم جواز التصرف في التركة المستقبلية، واستمرار شخصية المورث في شخصية الوارث فتنتقل جميع الديون إلى الوارث ويصبح السند القابل للتنفيذ في حق المورث نافذاً في حق الوارث وتضاف حيازة المورث إلى حيازة الوارث. فإذا أريد تجديد مسؤولية الوارث عن ديون مورثه يقدر ما انتقل إليه من الحقوق بالمراث، وحب أما افتراض بقاء المورث حيا بعد موته إلى أن تصفى ديونه، وأما افتراض أن للوارث شخصيته الأصلية مزدوجة بشخصية المورث إلى أن تتم التصفية. وأما أن الذمة كل لا يقبل التجزئة فغير واضح: بعد أن رأينا أن الشخص الواحد قد يفصل من ماله جزء يخضع لنظام قانوني خاص بسبب تخصيصه لغاية معينة. ولكن يمكن القول، توجيهاً لهذا الرأي، إنه حتى عند تعدد الذمم المالية، فإن كل ذمة منها لا تقبل التجزئة في ذاتها. ومن هذا العرض يتبين أن الذمة في الفقه الإسلامي تختلف عن الذمة في الفقه الغربي، ويمكن تلخيص وجوه الخلاف فيما يأتي:

١ - الذمة في الفقه الإسلامي وحسب تصدر عنه الحقوق والواجبات المالية وغير المالية، أما الذمة في الفقه الغربي فلا تشمل إلا الحقوق والالتزامات المالية.

٢ - وحتى في نطاق المال: تبدأ الذمة في الفقه الإسلامي بالشخص، ثم تنتهي إلى المال (وفي الديون دون غيرها)، أما الذمة في الفقه الغربي فتبدأ بالمال، ثم تنتهي إلى الشخص.

٣ - والذمة في الفقه الإسلامي لا تجعل المال مجموعاً تفتى فيه عناصره كما هي حال الذمة في الفقه الغربي ولا يكون المال مجموعاً في الفقه الإسلامي، حتى عند الحجر أو مرض الموت وحتى بعد الموت، ففي هذه الأحوال الثلاثة تتعلق الديون بمالية الأعيان لا بذواتها كما في الرهن، ولكن مال المدين لا يكون مجموعاً كما في الفقه الغربي، بل إنه لا يوجد تلازم بين الذمة والتركة في الفقه الإسلامي، فقد تبقى الذمة قائمة وتنتقل التركة مع ذلك إلى الورثة.

ويمكن القول بوجه عام أن الفرق الجوهرية ما بين الذمة في الفقه الإسلامي والذمة في الفقه الغربي هو أن الفقه الإسلامي ينظر إلى الذمة كشخصية قانونية لا كمجموع من المال، ومن ثم سهل على الفقهاء المحدثين أن ينسبوا للذمة في الفقه الإسلامي الخصائص التي يفرعها الفقه الغربي على فكرة الشخصية القانونية، فيقولون إن الذمة لا تثبت إلا لشخص، وإن لكل شخص ذمة، وإن الشخص الواحد لا تكون له إلا ذمة واحدة (انظر المراجع السابق الإشارة إليها للأساتذة علي الخفيف، ومحمد أبو زهرة ومصطفى الزرقا والدكتور إسماعيل غانم (٢٦٨) وما بعدها).

فأمكن أن يتعلق الحق بالعين . أما الدين فمحلّه كما قدمنا مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية، ومن ثم تعذر أن يتعلق الدين بعين معينة بالذات، فلم يبق إلا تعليقه بالذمة إذ هي محل الحقوق والواجبات جميعاً. فبرز التمييز بين الدين والعين وقامت المقابلة بينهما على هذا الأساس، فالدين دون العين هو الذي يتعلق بالذمة.

ومنذ تعلق الدين بالذمة استتبع ذلك عدة أمور:

- ١ - منها أن الالتزام بالدين يحتاج في استيفائه إلى وساطة المدين، أما الالتزام بالعين فينصب على العين ذاتها ولا حاجة فيه إلى هذه الوساطة.
- ٢ - ومنها أن الدين تتبعه المطالبة. إذ أن وساطة المدين تقتضي مطالبته، أما العين فلا وساطة فيها ولا مطالبة.
- ٣ - ومنها أن الدين يرد عليه الأجل وتصح به المقاصة ويجوز فيه الإبراء، أما الالتزام بالعين وهو متصل بها مباشرة فكالحق العيني لا يتصور فيه أجل ولا مقاصة ولا إبراء.

اختفاء التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الإسلامي:

ومذ برز التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي لم يظهر التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني. وسبب ذلك واضح فإن الالتزام بالعين اقترب من الحق العيني في خصائصه، وابتعد عن الدين. فالالتزام بالعين كما رأينا ينصب كالحق العيني على العين بالذات، وهو كالحق العيني أيضاً لا يحتاج إلى وساطة المدين ولا تتبعه المطالبة ولا يرد عليه الأجل ولا تصح به المقاصة ولا يجوز فيه الإبراء. ولا كذلك الدين، فهو لا ينصب على عين بالذات بل يتعلق بالذمة، وهو يحتاج إلى وساطة المدين، وتتبعه المطالبة ويرد عليه الأجل وتصح به المقاصة ويجوز فيه الإبراء.

ولما اقترب الالتزام بالعين من الحق العيني وابتعد عن الدين أمكن إدماج الالتزام بالعين في الحق العيني وإطلاق لفظ «العين» عليهما جميعاً، وأمكنت بعد ذلك المقابلة بين العين والدين على النحو الذي قدمناه، فبرز التمييز بين الدين والعين كما أسلفنا، وستر ببروزه التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني^(١).

(١) ويعلل الأستاذ شفيق شحاتة في كتابه «نظرية الالتزامات في الشريعة الإسلامية» (١٩٧ - ١٩٩) عدم وضوح التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني بالصيغة المادية التي اصطبغ بها الحق الشخصي فقارب الحق العيني، ويمكن أن نرد ما قاله في هذه المسألة إلى النقط الآتية:

١ - عنصر المطالبة هو الذي يميز بين الحق الشخصي والحق العيني. فهو الذي يظهر أن الالتزام يتضمن ارتباطاً بين شخصين. أما الحق العيني فلا يتضمن المطالبة إذ ليس هناك من يعترض صاحب الحق دون الشيء محل الحق.

٢ - ومع ذلك لم تلتفت الفقهاء إلى عنصر المطالبة في الالتزام، وأغفلت النظر إلى الرابطة الشخصية ما بين صاحب الحق والمدين بالحق أو بين الطالب والمطلوب، ووجهت اهتمامها إلى موضوع الحق، فصيغت الالتزام بذلك صيغة مادية بحتة.