

[illegible]

Princeton University Library



32101 071969925

مُصْطَفَى أَحْمَدَ النَّزَّاقِي

استاذ القانون المدني والشريعة الاسلامية
في كلية الحقوق من جامعة دمشق

الفقه الاسلامي في توبه الجدير

الجزء الثاني المدخل

الى

نَظَرِيَّةُ الْإِثْرَامِ الْعَامَّةِ

في الفقه الاسلامي

وهو يتضمن نظرية عامة

في الحق ، والالتزام ، والاموال ، والاشخاص

طبعة رابعة مزيده ومنقحة

دمشق : ١٣٨٠ = ١٩٦١

مطبعة جامعة دمشق

al-Zargā', Muṣṭafa' Ahmad

مُصْطَفَى أَحْمَد الزَرْغَاوِي

استاذ القانون المدني والشرعية الاسلامية
في كلية الحقوق من جامعة دمشق

al-Madkhal ilā nazariyat al-iltizām

الفقه الاسلامي في توبه الحبيب

الجزء الثاني

المدخل

الى

نظريات الالتزام العامة

في الفقه الاسلامي

وهو يتضمن نظرية عامة

في الحق ، والالتزام ، والاموال ، والاشخاص

طبعة رابعة مزيده ومنقحة

دمشق : ١٣٨٠ هـ = ١٩٦٠ م

طبعة جامعة دمشق

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الطبعة الاولى

بعد ما نهجنا في الجزء الاول ذلك المنهج الذي يعتبر كمدخل عام الى الفقه الاسلامي عامة ، والى مجلة الاحكام العدلية خاصة ، رأيت أن اشرع ، في هذه الاجزاء التالية ، بصوغ الاحكام الفقهية التي تشرح المجلة صياغة الفقه القانوني الحديث في شرح نظرية الالتزام العامة والعقود المسماة اسلوباً وترتيباً ، فيلبس الفقه الاسلامي بذلك ثوباً جديداً يتفق مع الاذواق القانونية المعاصرة في صياغته ومظهره ، ويحافظ في الاحكام والانظار الفقهية على اصله وجوهه . وهذا مانقضيه الدراسة الجامعية وحاجة العصر .

واني اعلم ما في هذه الخطوة من خطورة ومن جهود عظيمة ؛ فان الفقه القانوني والقوانين الحديثة المنشأة على اساسه تسير من الاصول والمبادئ العامة بترتيب خاص ، الى فروع الاحكام الجزئية التي تقوم على اساس تلك المبادئ العامة او تستثنى منها . وفقهنا — ومنه مجلة الاحكام العدلية — يسير بعكس ذلك ، فيعالج الفروع مباشرة ، وينثر أجزاء المبادئ العامة والاصول الكلية في طريقه بحسب المناسبات .

فجمع اجزاء هذه المبادئ العامة من مختلف الابواب ، واستيحائها غالباً من فروع الاحكام وعللها ، ثم ضم كل جزء الى اخيه ليستخلص من كل مجموعة منها الاصل الشرعي الذي يحكم فيها تقريره ورد الفروع اليه ، كل ذلك يستدعي من الجهد والوقت مايجب ان يتعاون عليه جماعة من فقهاء الشريعة والقانون ، ينصرفون بكل مواهبهم اليه .

وقد بدأ بعض الاساتذة المعاصرين ببحث جوانب من الفقه الاسلامي على هذا النحو ، كرسالة « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية » للدكتور الاستاذ شفيق شحاته ، فقد اخرج منها الجزء الاول في طرفي الالتزام ، فمهد للموضوع بعض التمهيد وليته يكمل ؛ وكذككرة الاستاذ الكبير الشيخ احمد ابراهيم ابراهيم في « بيان الالتزامات في الشريعة الاسلامية » وهي خطوة يسيرة وخطوط اولية كانت تفيد هذا الموضوع لو توبعت واكملت ، وان كانت لاتتفق تماماً مع الطريقة التي نحن بصددھا وبجاجة اليھا ، وقد عاقه عن متابعة بدايتها والتوسع فيها مرضه ثم وفاته رحمه الله ؛ وككتاب « الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية » للاستاذ الجليل الشيخ محمد أبي زهرة ، وقد اقتصر فيه على بحث العقد دون بقية مصادر الالتزام ، كما انه لم يبحث الا عن انشاء العقد دون آثاره وانحلاله .

على ان شروح نظرية الالتزام في الفقه الاجنبي الى جانب ذلك بين ايدينا بمباحثها وطريقتها يسهل علينا بعض التسهيل هذه المهمة في فقھنا ، فلم نبق في حاجة الى ابتكار مخطط الموضوع في شتى شعبه ونواحيه ، بل تقتصر حاجتنا على التتبع والاستقصاء لاستخراج ما يناظر اجزاء تلك النظرية الاجنبية ويقابلها في فقھنا الجھم ، ثم سبكه بترتيبھا . وبذلك تتجلى الحيوية التي يجب ان نتعرفھا في عناصر فقھنا العظيم .

وهذا ما صبح عزمي عليه بفكرة مفاجئة بعد شروعي في دروس هذا العام على طريقة ترتيب المجلة التقليدي ، فحاولت الشراع على عجل ، وغيرت الاتجاه بشيء من التردد والوجل ، لما يعوزني في هذا العمل من سعة وقت ، وسابق تفكير واستعداد .

فلتكن هذه المحاولة نظرة عجيلى ، ورائداً في فقھنا الاسلامي لاسلوب مستقر ، وتنقيح مستمر .

وقد رأيت ان اجعل هذا الجزء الثاني من سلسلة « الفقه الاسلامي في ثوبه

الجديد « مدخلاً خاصاً ^(١) الى « نظرية الالتزام العامة » في الفقه الاسلامي ،
بمطابقة قسم تمهيدي يجمع المعلومات التمهيدية الضرورية لفهم النظرية العامة التي
تأتي بعده في الجزء الثالث ان شاء الله .

ويتكون هذا القسم التمهيدي في هذا الجزء الثاني من ثلاثة ابواب :
الاول - يبحث في معلومات عامة عن الحق والالتزام .
والثاني - يبحث في الاموال واقسامها واحكامها العامة .
والثالث - يبحث في الاشخاص من طبيعية واعتبارية وفي احوالها واحكامها
العامة اجمالاً .

ومن الله تعالى استمد العون ، واستوحي هداية السبيل ، انه حسبي
ونعم الوكيل .

دمشق في ٩ من ربيع الاول سنة ١٣٦٥ هـ
الموافق ١٠ من شباط سنة ١٩٤٦ م

مصطفى احمد الزرقا

(١) - كان هذا الجزء الثاني يحمل عنوان « نظرة عامة في الحق
والالتزام والاموال والاشخاص في الفقه الاسلامي » فغيرنا عنوانه في
الطبعة الثالثة ، فصار بعنوان « المدخل الى نظرية الالتزام العامة في
الفقه الاسلامي » .

الباب الأول

معلومات عامة

عن فكرة الحق والالتزام ومنشأها ومصادرها

الفصل الأول

الحق

الفرع الأول

منشأ فكرة الحق - معنيا الحقوق
- تعريف الحق بمعناه العام .

١ - منشأ فكرة الحق

ان فكرة الحق في ذاتها هي ثمرة من ذلك التفكير الاجتماعي في
الرأي العام البشري . فقبل أن يبدأ البشر بالمعيشة المجتمعة وتتولد من
اعمالهم فيها علائق دعتهم الى التفاهم على حدود وشرائط توضع لتلك

الاعمال والعلائق ، وعلى نتائج تحدد لها ، لا يمكن أن يتصور الشيء الذي سمي بالحق .

ولكن كل جماعة من الجماعات التي صارت تتكتل على نفسها في عهد الانسان الاول ، وتعيش عيشة مشتركة متعاونة ، كانت تجد نفسها أمام حاجات دائمة التولد من لوازم الغذاء والكساء والمأوى . وتلك الحاجات تدفع باصحابها الى التماس وفائها مما في أحضان الطبيعة أو مما في حيازة الآخرين . فتصادم الاحتياجات ، وتعارض الارادات والحريات في اكتساب ما يقوم بوفاء تلك الحاجات ، كان هو الشيء الذي يشترك في الشعور به كل جماعة في كل مجتمع . وكان هذا هو العامل الوحيد في الشعور بضرورة وضع النظام بجانب الحاجات ، كي لا تطغى حاجة انسان على حاجة غيره ، ولا تصطدم حريته بحرية سواه .

وليس هذا النظام الذي شعرت به البشرية جمعاء شعورها بالحاجة إلى الغذاء والكساء في اقدم عصورها سوى فكرة الحق الذي يضع حداً يحجز بين حاجات الناس ان تلتهم احداها الأخرى ، ويحول بين حريات الأفراد ان تصطدم فتتهاز وتتهار .

ففكرة الحق هي النظام الذي يخطط لتلك الحريات الاكتسابية مسالكها على هذه الارض الواسعة ، كي تصل كل حرية بصاحبها الى حوائجها بلا اصطدام وان طال الطريق ، مثلما تجري الكواكب في أفلاكها وطرائقها من الفضاء الواسع كما وجهها بارئها لا تحيد فلا تصطدم .

ومن ثم تواردت آراء البشر أجمعين منذ أقدم العصور على الاقرار بفكرة الحق ، وتكون هذا الرأي العام البشري حول حرمتها والاحتجاج بها. وقد تسلسل ذلك وازداد على الدهور تمثيلاً وتمكيناً بنمو الادراك الاجتماعي ، وتوسع الحياة المدنية ، وازدياد الشعور بمعنى الحق ، وان تفاوتت عقول البشر ومدار كهم وأعرافهم وحاجاتهم في تحديد جزئيات هذا المفهوم الكلي للحق ، وتعيين مواقعته ، ورسم طريقه ، كما يتفاوت خضوعهم لحرمة الحق وقديسيته .

وهذا الاختلاف في تعيين مواقع الحقوق وفي حرمتها كان من أعظم الأسباب التي منعت البشرية أن تعيش في نعيم مطمئن بعد اتفاقهم على فكرة الحق .

وقد جاءت الشرائع الإلهية ، وآخرها الشرع الاسلامي ، بالنظم المدنية لتعيين هذه الحقوق الجزئية التي قد يخطئ ويصيب البشر في تعيينها ، ولتفرض حرمتها وقديسيتها فتصلها بإرادة الباري تعالى . وقد تكفل الفقه الاسلامي من هذه النظم والأحكام ، اصولاً وفروعاً ، بأوسع ما عرفه تاريخ التشريع .

٢ — معنى الحقوق :

والحقوق لها معنيان أساسيان :

أ) — فهي ، أولاً ، تكون بمعنى «مجموعة القواعد والنصوص التشريعية» التي تنظم ، على سبيل الالتزام ، علائق الناس من حيث الاشخاص والاموال .

فهي بهذا المفهوم قريبة من مفهوم خطاب الشارع المرادف للمعنى «الحكم»
في اصطلاح علماء اصول الفقه، او للمعنى «القانون» في اصطلاح علماء القانون.
وهذا المعنى هو المراد عندما نقول مثلاً : الحقوق المدنية ، أو
القانون المدني .

(ب) — وهي ، ثانياً ، تكون جمع « هو » بمعنى السلطة والمكنة^(١)
المشروعة ، أو بمعنى المطالب الذي يجب لأحد على غيره .
وهذا هو المراد في مثل قولنا : ان للمغضوب منه هو استرداد
عين ماله لو قائماً ، وأخذ قيمته أو مثله لو هالكاً ؛ وان للمشتري حق
الرد بالعيب ، وان التصرف على الصغير هو حق لوليّه أو وصيه ، ونحو ذلك
والحق بهذا المعنى هو غالباً موضوع الدراسة . وتحت مفهومه
العام أنواع وأقسام .

٣ — تعريف الحق بمعناه العام :

ولم أر للحق بمفهومه العام تعريفاً صحيحاً جامعاً لأنواعه كلها لدى
فقهاء الشريعة أو القانون .
ويمكننا تعريفه كما يلي :

(١) — المكنة (بفتح فكسر) في اللغة بمعنى القوة ، أو الشدة ، أو السلطة ،
من قولهم : مكنته من الشيء تمكيناً ، اذا جعلت له عليه سلطاناً وقدرة .
(ر : المصباح المنير) .

« الحق هو اختصاص بقرره الشرع سلطة أو تكليفاً »

وذلك كحق الولي في التصرف على من تحت ولايته ، فانه سلطة لشخص على شخص ؛ و كحق البائع في طلب الثمن من المشتري ، فانه تكليف على الثاني لمصلحة الاول ؛ و كحق الوارث في ملكية اعيان التركة الموروثة ، وحق الانسان في منفعة العقار الموصى له بمنفعته ، فانهما سلطة لشخص على شيء .

واليك تحليل هذا التعريف وايضاحه :

(١) — الاختصاص هو علاقة تشمل الحق الذي موضوعه مالي كاستحقاق الدين في الذمة بأي سبب كان ، والذي موضوعه ممارسة سلطة شخصية كممارسة الولي ولايته والوكيل وکالته . وكلاهما حق لشخص فيجب ان يتناوله التعريف .

(٢) — هذه العلاقة لكي تكون حقاً يجب أن تختص بشخص معين او بصفة ، إذ لا معنى للحق الا عندما يتصور فيه ميزة ممنوحة لصاحبه وممنوعة عن غيره : فالشخص يختص به البائع ، وممارسة الولاية أو الوكالة يختص بها الولي أو الوكيل . فلا وجود لفكرة الحق إلا بوجود الاختصاص الذي هو قوامها وحقيقتها .

وبذلك تخرج العلاقة التي لا اختصاص فيها وانما هي من قبيل الاباحات العامة كالاصطياد ، والاحتطاب من البراري ، والتنقل في اجزاء الوطن ،

فلا تعتبر حقاً بالمعنى المراد هنا ، وإنما هي رخصة . ولكن اذا منح انسان امتيازاً باستثمار شيء من هذه المباحات فانحصرت به يصبح ذلك حقاً له .
(٣) — إنما اشترط اقرار الشرع لهذا الاختصاص وما ينشأ عنه من سلطة أو تكليف ، لأن نظرة الشرع هي اساس الاعتبار . فما اعتبره الشرع حقاً كان حقاً ، وما لا فلا .

(٤) — وإنما قلنا : « سلطة أو تكليفاً » لان الحق تارة يتضمن سلطة ، وتارة تكليفاً .

والسلطة نوعان : سلطة على شخص ، وسلطة على شيء معين .
— فالسلطة على شخص كحق الولاية على النفس ، اذ يخول الولي ان يمارس سلطة على القاصر تأديباً وتطبيعاً وتعليماً وإيجاراً وتزويجاً وغير ذلك . وكذلك حق حضانة الصغير وترتيته

والسلطة على شيء معين كحق الملكية ، فانها سلطة للانسان على ذات الشيء ، كما سنرى قريباً ، وكحق التملك بالشفعة ، وحق الانتفاع بالاعيان ، وحق الولاية على المال .

— أما التكليف فهو دائماً عهدة على انسان . وهو إما عهدة شخصية كقيام الأجير بعمله ، واما عهدة مالية كوفاء الدين .

فالعطف بحرف (أو) في قولنا : « سلطة أو تكليفاً » يفسح مجالاً لتوزيع موضوعي الحق وهما (السلطة والتكليف) على موضعيهما وهما (الشخص والشيء) بحسب ما يناسب كلا منهما :

فالحق في الشيء هو سلطة لصاحبه عليه ابدأً. والحق على الشخص هو اما تكليف عملي او مالي عليه ، واما سلطة لغيره كما رأينا في الامثلة .

(٥) — ان هذا التعريف ، كما يشمل بعمومه جميع انواع الحقوق المدنية ، يشمل الحق الديني لله تعالى كفروضه على عباده من صلاة وصيام ونحوهما .

ويشمل ايضاً الحقوق الأدبية كحق الطاعة في معروف للوالد على ولده ، وللرجل على زوجته .

وكذا يتناول حقوق الولاية العامة في اقرار النظام ، وقمع الإجرام ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، والجهاد ، ونشر الدين والدعوة ؛ لأن كل ذلك واشباهه اما سلطة يختص بها من أثبتها له الشرع ، واما تكليف بأمر على مكلف به شرعاً .

على انه لا علاقة لما سوى الحقوق المدنية بموضوع دراستنا هنا ، ولكن التعريف للحق بمعناه العام يجب أن يكون شاملاً لجميع انواعه .
(٦) — بما تقدم يتبين ان الحق بهذا المعنى الاصطلاحي لا يشمل الاعيان المملوكة ، لأنها اشياء مادية وليست اختصاصاً فيه سلطة او تكليف .

ويؤيد ذلك ان الفقهاء يذكرون الحقوق في مقابلة الاعيان ، والحنفية يذكرونها في مقابلة الاموال ، ويقولون : ان الحق ليس بمال .
(ر : كتاب « الحق والذمة » للاستاذ الفقيه الشيخ علي الحنيف استاذ

الشريعة الإسلامية في كلية الحقوق بالقاهرة).

وهذا يتفق مع رأي المحققين من علماء القانون. إذ يرون أن قول القائل « هذا الشيء ملكي » هو من قبيل المجاز العربي ، وإنما التعبير الحقيقي أن يقال : « الشيء الذي لي فيه حق ملكية »^(١).

(١) - عرف الأستاذ العلامة عبد الرزاق السنهوري الحق بمعناه العام في المعاملات بأنه : (مصلحة مالية يقرها القانون للفرد) (نظرية العقد ص / ٢) وهذا التعريف في الأصل هو للفقيه الألماني (إهرنج) وهو ينتقد من وجوه : أولاً) - أنه مقصور على الحق في المعاملات ، فلا يشمل بعض الحقوق الناشئة في زمرة الأحوال الشخصية كحق الولي والوصي في ممارسة سلطتهما على القاصر ، وحق الزوج في طاعة زوجته له ومتابعتهما .

ثانياً) - أنه أيضاً غير جامع لأفراد الحقوق في المعاملات من جهة تقييده بأنه ذو قيمة مالية ، فإنه لا يتناول الحقوق التي هي من قبيل الصلاحيات غير المالية كحق الوكيل في ممارسة العمل الموكل به ، فإن حقه في هذه الممارسة ليس مصلحة مالية وإنما هو سلطة ، وإن كان العمل موضوع الصلاحية ذا قيمة مالية . ثالثاً) - أن الحق ليس هو المصلحة التي يفسرونها بالمنفعة ذاتها ، وإنما هو اختصاص الشخص بهذه المصلحة وعلاقته بها . فليست المصلحة في الحقيقة سوى متعلق للحق ، أي محل له ، وليس هو أياها ، وإنما هو صلة أو علاقة اختصاصية بين الشخص وبين المصلحة .

ولذلك لجأ بعض القانونيين بعد إهرنج إلى تعديل هذا التعريف فقالوا :

(الحق هو القدرة على القيام بأعمال معينة لتحقيق مصلحة يحميها القانون) .

ر : « النظرية العامة للحق » للدكتور شفيق شجاعة ف / ٧ - ٨) .
وهذا التعريف أيضاً غير سديد لأن القدرة ، وهي المكنة القانونية ، إنما هي أثر =

تابع الحاشية

= الحق و نتيجة يستلزمها ، وليست هي الحق نفسه ، كما انه يحصر الحق في قيام صاحبه باعمال بينما للحق صور اخرى كحق الزوج على زوجته في الطاعة المشروعة .
وهناك تعريفان آخران للحق بمعناه العام :

أ) - فالشيخ عبد الحليم بن محمد امين اللكنوي في حاشيته (قمر الأقطار)
على كتاب (نور الأنوار) شرح (المنار) في علم اصول الفقه قد عرف الحق بأنه (حكم يثبت) .

وهذا التعريف غير قويم ، لأن الحكم في اصطلاح الاصوليين هو :
(خطاب الشارع) من امر ونهي ونحوهما ، وان الحق أثر لهذا الخطاب ينشأ عنه وليس هو إياه .

وان اريد بالحكم معناه في اصطلاح الفقهاء ، وهو الأثر المترتب على الحادث :
كانتقال الملكية بالبيع ، واحتباس المرهون بعقد الرهن الخ ... كان التعريف
ايضاً غير مفيد ، لأن لفظ الحكم عام يشمل ما جعله الشارع مباحاً ، وما شرعه
على سبيل الاستحسان لا الازام . فيكون التعبير بلفظ (الحكم) مبهماً لا يبين
حقيقة مفهوم الحق ومميزاته التي يجب ان يكشف عنها التعريف وهي الاختصاص ،
والسلطة او التكليف .

ب) - وقد نقل هذا التعريف الأستاذ الجليل الشيخ علي الحقيف ،
وانتقده بأنه تعريف عام يبين بعض جهات الحق دون بعضها الآخر . ثم عرفه
هو تعريفاً آخر بقوله : (الحق هو مصلحة مستحقة شرعاً) .
(ر : كتاب الحق والذمة ص / ٣٦) .

ولكن هذا التعريف ايضاً فيما أرى غير محكم لعدة ملاحظات :
(اولاً) - لأنه كسابقه لا يبين خصائص الحق المميزة له .
(ثانياً) - لأن الحق ليس هو المصلحة التي فسرهما الاستاذ الحقيف بالمنفعة =

تابع الحاشية

= ذاتها، وإنما هو العلاقة الإختصاصية بها لصاحب الحق، كما أوضحناه في نقد تعريف الاستاذ السهوري .

(ثالثاً) — لأن في هذا التعريف ما يسميه المنطقة (دوراً) ويسمى في اصطلاح الفلسفة الحديثة : (دائرة فاسدة Vice cercle) وهو أن يؤخذ في التعريف الشيء المراد تعريفه او بعض مشتقاته ، كما لو قيل مثلاً في تعريف العلم : (العلم هو ادراك المعلوم) ، اذ يتوقف عندئذ فهم التعريف على معرفة سابقة بالعلم المراد تعريفه ، بينما هذه المعرفة متوقفة على فهم التعريف ، وهذا ممنوع في التعاريف . فاذا قيل هنا : (الحق هو مصلحة مستحقة شرعاً) لم تكن معرفة الحق الإصطلاحي الا بفهم معنى كلمة (المستحقة) وهذه لا يفهم معناها الا بمعرفة الحق فيحصل التنازع .

ولذا استقر رأيي على التعريف الذي وضعته في هذا الكتاب ، وارجو أن يكون سديداً .

الفرع الثاني

تقسيم الحق الى مالي وغير مالي :
تقسيم الحق المالي الى شخصي وعيني -
- ايضاح النوعين - الحقوق العينية
اصلية وتبعية .

ثمرات التمييز بين الحقين : الشخصي والعيني -
رأي الاستاذ السنهوري فيه بالنسبة الى الفقه
الاسلامي ، ونقد هذا الرأي - انقلاب احد
الحقنين الى الآخر - اشتباه النظر بينهما أحياناً

٤ -- تقسيم الحق

يتضح مما تقدم أن الحق بمعناه العام ينقسم الى قسمين أساسيين :
مالي ، وغير مالي .

— فالحق المالي هو ما يتعلق بالمال كملكية الاعيان أو الديون أو المنافع .

— وغير المالي كحق الولي في التصرف على الصغير ، والحقوق السياسية

أو الطبيعية كحق الانتخاب وحق الحرية .

ثم أن الحق المالي وهو المقصود ببحثنا هنا يتفرع الى نوعين مهمين

وهما : الحق الشخصي ، والحق العيني .

٥ - (أ) - الحق الشخصي والتزام

كل علاقة شرعية بين شخصين يكون أحدهما فيها مكلفاً تجاه الآخر أن يقوم بعمل فيه مصلحة ذات قيمة للآخر ، أو أن يمتنع عن عمل منافع لمصلحته ، مهما كان مصدر تلك العلاقة ، فانها تفسر في الاصطلاح الفقهي ويعبر عنها بانها حق شخصي للمستفيد منها ، كما انها في الوقت نفسه التزام على الآخر المكلف بها .

ينطبق هذا على العلاقات التي تنشأ تصرفات الارادة (العقد ، والارادة المفردة) كما في البيع مثلاً ، فان أحد المتبايعين (المشتري) هو صاحب حق في تسلم المبيع ، والآخر (البائع) ملتزم بالتسليم . وفي الوقت نفسه يعتبر هذا البائع الملتزم بتسليم المبيع صاحب حق في قبض ثمنه ، وذلك المشتري صاحب الحق في استلام المبيع ملتزماً بدفع ثمنه .

٦ - وينطبق هذا التحليل أيضاً على العلاقات التي تنشأ وتتولد من الافعال : فمن يأتي فعلاً ضاراً بغيره في جسده أو ماله أو شرفه يترتب عليه التزام نحو المضرور بتعويض مالي عن الضرر الذي ألحقه به ، كما ينشأ للمضرور حق عليه بذلك التعويض . فالضار ملتزم ، والمضرور صاحب حق شخصي ، أو ملتزم له .

وينطبق أيضاً على العلاقات التي يوجبها القانون مباشرة ، كالنفقة بين الأقارب ، للفقراء العاجزين منهم على الاغنياء : فالغني ملتزم قانوناً

بالنفقة على قريبه الفقير العاجز عن الكسب بحدود وشرائط معينة ؛
وذلك الفقير صاحب حق شخصي على قريبه الغني المذكور .
وهكذا يقال في كل علاقة متشابهة بين شخصين مهما كان مصدرها
المولد لها .

٧ - تعريف الحق الشخصي :

ويمكننا تعريف الحق الشخصي بأنه مطلب بقره الشرع
لشخص على آخر .
وهذا الحق يكون متعلقه :

— تارة قياماً بفعل ذي قيمة لمصلحة صاحب الحق .

— وتارة امتناعاً عن فعل مناف لمصلحته .

وذلك كحق كل من المتبايعين على الآخر ؛ فان احدهما يستحق
على الآخر أداء الثمن ، والآخر يستحق تسليم المبيع (وكل من
هذين الحقيين فعل) .

وكذا حق المودع على الوديع في أن لا يستعمل الوديعة ، وهذا
(امتناع عن فعل) .

٨ - (ب) - الحق العيني

فإذا كانت العلاقة الحقوقية المباشرة ليست بين شخصين
أحدهما مستحق على الآخر وذلك الآخر مكلف ومسؤول ، ولكنها

بين شخصين وشيء مادي معين بذاته بحيث يكون الشخص ذاملاً لصاحبه اختصاصية تخوله سلطة مباشرة على عين مالية معينة ، فإن هذه العلاقة تفسر ويعبر عنها في لغة القانون بأنها حق عيني في ذلك الشيء المعين لصاحب السلطة عليه . وذلك كحق الملكية ، فإنه سلطة قانونية مباشرة لصاحبه المالك على الشيء المملوك . وهذه السلطة لا يتوقف تحقق معناها قانوناً ولا ممارستها على وجود شخص آخر غير المالك أو وساطته ، بل معناها متحقق بمجرد وجود المالك والمملوك . ويستطيع المالك ممارسة سلطته هذه على الشيء المملوك والتمتع بشمارتها المشروعة من استعمال أو استغلال أو استهلاك أو احتباس دون توقف على أحد .

ومثل ذلك يقال في حق الارتفاق المقرر على عقار معين ، كحق المرور أو المسيل ، أو تحميل الجذوع على الجدار المجاور ، فإن المرتفق بهذه المنافع إنما ينتفع بالشيء دون وساطة شخص يتوقف عليها الاستيفاء الطبيعي لهذا الحق شرعاً ^(١) .

(١) - يلاحظ في هذا المقام أن التشريع العقاري الحديث يعتبر حق الارتفاق العقاري تكليفاً مرتباً على عقار معين لمنفعة عقار آخر معين ، (انظر المادة / ٩٦٠ من القانون المدني السوري) وهذا قد يشعر بإمكان تصور بعض الحقوق العينية مجردة عن صاحب . ووجه النظر في ذلك أن تبدل المالكين في العقارين لا يغير من وضعية الحق بين العقارين ، فالحق مرتبط بالعقار لا بالملك . ووجه التوفيق بين هذا المفهوم وبين التعريف المأثور للحق العيني هو أن الانتفاع بحق الارتفاق إنما يكون للشخص المالك وهو الذي يمارس سلطة الحق .

و كذا حق الاحتباس لعين معينة حيث يسوغه القانون توثيقاً
لدين ، كاحتباس المال المرهون . فالدين المرهون به هو حق شخصي
بين شخصين ؛ أما حق الدائن المرتهن في احتباس المال المرهون لديه
توثيقاً لاستيفاء الدين (ويسمى قانوناً : هو الرهن) فهو حق عيني ،
أي سلطة مباشرة له على ذلك الشيء المرهون . أي ان العلاقة فيه هي
بين شخص وشيء ، لا بين شخص وشخص .

فليس في الحق العيني سوى عنصرين بارزين هما : صاحبه ، ومحلّه ،
وهذا المحل هو الشيء .

وذلك بخلاف الحق الشخصي ، فان فيه رابطة شرعية حقوقية بين
شخصين كما تقدم . ففيه — ما خلا العنصرين السالفي الذكر في الحق
العيني — عنصر ثالث هو المكلف أو المدين .

وبذلك يكون استيفاء الحق الشخصي في الحالة الطبيعية بواسطة
من عليه الحق ، فلا بد من التوجه اليه لطلبه منه واقتضائه .

ولذا كان استيفاء صاحب الحق الشخصي اياه بنفسه بالقوة
والعنف دون رضى المكلف المدين ولا وساطة القضاء يعتبر في نظر
الشرائع عملاً إجرامياً يعاقب عليه صاحب الحق ^(١) .

(١) - أما اذا وقع للمدين الماطل مال في يد دائئه ، فأخذ منه الدائن مقدار
حقه الحقيقي دون علم المدين ، فذلك جائز له ديانة . اما في نظام القضاء فان القاضي
اذا رفع الامر اليه لا يقره عليه ، بل يوجب عليه الرد ما لم يثبت دينه ويقض =

ويلحظ في هذا المقام أنه قد يوجد حول شيء واحد حقان شخصي وعيني ، باعتبارين من ناحيتين مختلفتين ، كما في الشيء المغصوب مثلاً :

— فملكية المالك للشيء المغصوب هي حق عيني ، لأنها علاقة مباشرة بينه وبين الشيء المغصوب تقتضي له سلطة مشروعة عليه .
— أما حقه على الغاصب في أن يرد إليه ذلك الشيء المغصوب فهو حق شخصي ، أي علاقة بينه وبين الغاصب ، هو فيها مستحق للرد ، والغاصب ملتزم به .

٩ — مرمقات :

مما تقدم عن الحقين الشخصي والعيني تلحظ وتستخلص الملاحظات التالية :

(١) - ان الحق العيني يجب أن يكون الشيء الذي هو محله معيناً بذاته في الوجود الخارجي ، كي تنصب عليه سلطة صاحب الحق مباشرة وبلا واسطة .

فاذا لم يكن محل الحق معيناً بذاته بل بنوعه فقط ، كما في شراء كمية محددة المقدار غير معينة الذات من القمح أو السكر أو نحوهما ، فان هذا المحل يكون من قبيل الدين لا العين ، فلا يكون متعيناً في

= له به ، كما تقدم في الجزء الاول المدخل الفقهي العام (ر : ج ١ ف / ٤ و ١٠٨ الحاشية الاخيرة ، و ٦٥٥) .

الوجود الخارجي ، بل مكانه الاعتباري هو الذمة ، فلا يكون الحق عينياً بل شخصياً .

وكذا اذا هلك المغصوب في يد الغاصب ، فانقل حق المالك من عين المغصوب إلى قيمته في ذمة الغاصب ، صار حقه في القيمة حقاً شخصياً (٢) — أن السلطة التي تصاحب الحق العيني على الشيء محل هذا الحق ليس معناها أن يكون ذلك الشيء في يده ، بل يعتبر له هذه السلطة عليه بمقتضى حقه العيني فيه ولو كان ذلك الشيء محل الحق موجوداً في حيازة شخص آخر ، بوجه مشروع ، كالوديعة عند الوديع ، أو بوجه غير مشروع ، كالمغصوب عند الغاصب ، والمسروق عند السارق . فالغاصب والسارق متسلطان على الشيء سلطة فعلية ، ولكن ليس لهما حق عيني فيه ، إنما الحق العيني فيه لصاحب السلطة المشروعة القانونية وهو المالك وان لم يكن ذلك الشيء في حيازته .

١٠ — الحق العيني نوعان : أصلي وتبني

وبالتأمل في الأمثلة التي أوردناها عن الحق العيني يتضح أن هذا الحق نوعان :

- (١) — نوع ذو مفهوم ووجود مستقل يتحقق بمجرد وجود صاحب الحق ومحلّه الذي هو الشيء المعين ، كحق الملكية وحق الارتفاق .
- (٢) — ونوع آخر توثيقى يثبت ويقرر لشخص دائن على مال معين

لشخص آخر مديون له، ليتمكن الدائن أن يستوفي دينه منه عند عدم وفاء المدين ، كحق المرتهن في احتباس المال المرهون . فهو حق عيني غير مستقل في مفهومه ووجوده، بل هو تابع للدين لأنه توثيق لاستيفائه . فإذا سقط الدين بوفاء أو بإبراء أو غير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام سقط حق المرتهن في احتباس المرهون (أي حق الرهن) لأنه تابع لذلك الحق الشخصي (أي الدين المرهون فيه) .

— فالنوع الاول المستقل يسمى في الاصطلاح القانوني : **مقاً عينياً أصلياً** .

— أما غير المستقل فيسمى : **مقاً عينياً تبعياً** .

والحق العيني الأصلي سلطته تخول صاحبه احدى أو جميع المكنات الثلاث التالية : (١) استعمال العين محل الحق (٢) واستغلالها (٣) والتصرف بها .

١١ — وهذه المكنات الثلاث إذا اجتمعت شرعاً في حق عيني كونت فيه أوسع سلطة يمكن أن يكسبها صاحب حق عيني . ولكنها لا تجتمع كلها الا في حق عيني واحد هو ملكية الشيء . ولذلك توصف الملكية بأنها أوسع الحقوق العينية مدى .

وتوجد الى جانب حق الملكية حقوق متفرعة عنه لا تخول صاحبها إلا بعض هذه المكنات كحق الاستعمال ، وحق الانتفاع ، وحق السكنى ، وحقوق الارتفاق العقارية .

أما الحق العيني التباعي فسلطته لا تخول صاحبه شيئاً من هذه المكنات أو المزايا ، لأن غايته توثيق حق شخصي لصاحبه كما تقدم ، فسلطته تنحصر في ضمان استيفاء ذلك الحق الشخصي من المال المقرر عليه هذا الحق العيني التباعي ، بطريق الأولوية على غيره من الدائنين الآخرين^(١) .

(١) - وهناك نوع ثالث حديث من الحقوق المالية أوجده أوضاع الحياة المدنية والاقتصادية والثقافية الحديثة ، ونظمته القوانين العصرية والاتفاقات الدولية ، يسميه بعض القانونيين : **الحقوق الادبية** ؛ كحق المخترع والمؤلف وكل منتج لأثر مبتكر فني أو صناعي . فان هؤلاء حقاً في الاحتفاظ بنسبة ما اخترعوه أو ابتكروه اليهم ، وفي احتكار المنفعة المالية التي يمكن استغلالها من نشره وتعميمه . ومثله العلامات الفارقة الصناعية ، والعناوين التجارية ، وامتيازات اصدار الصحف الدورية . كل ذلك بشروط وحدود تقرها القوانين المحلية والاتفاقات الدولية .

فهذا النوع من الحقوق لم يكن معروفاً في الشرائع القديمة ، لانه وليد العوامل والوسائل المدنية والاقتصادية الحديثة . وهو لا يدخل في الحقوق العينية لانه لا يرد مثلها مباشرة على شيء مادي معين ؛ كما انه لا يدخل في الحقوق الشخصية لانه لا يفرض تكليفاً خاصاً على شخص معين آخر غير صاحب الحق .

والقصد من اقرار هذه الحقوق انما هو تشجيع الاختراع والابداع ، كي يعلم من يبذل جهده فيها انه سيختص باستثمارهما ، وسيكون محمياً من الذين يحاولون ان يأخذوا ثمرة ابتكاره وتفكيره ويذاحموه في استغلالها .

وفي الشرع الاسلامي متسع لهذا التدبير تحريجاً على قاعدة المصالح المرسلة في ميدان الحقوق الخاصة . وقد تقدم ايضاح تلك القاعدة في الجزء الاول (المدخل الفقهي العام) ، فلينظر هناك (ج ١ ف ٣/٢٩) =

١٢ — نمرة التمييز بين الحقين :

لهذه التفرقة بين الحقين العيني والشخصي ثمرات ونتائج هامة . فقد
اختص كل منهما بمزايا تتناسب مع طبيعته نذكر منها مايلي :

(١) — لصاحب الحق العيني حق التبعية^(١) .

= وقد رجحنا أن نسمي هذا النوع « حقوق الابتكار » لان اسم « الحقوق
الادبية » ضيق لا يتلاءم مع كثير من افراد هذا النوع ، كالاختصاص
بالعلامات الفارقة التجارية ، والادوات الصناعية المبتكرة ، وعناوين المحال
التجارية ، مما لا صلة له بالادب والنتاج الفكري . أما اسم « حق الابتكار »
فيشمل الحقوق الادبية كحق المؤلف في استغلال كتابه ، والصحفي في امتياز
صحيفته ، والفنان في اثره الفني من الفنون الجميلة ، كما يشمل الحقوق الصناعية
والتجارية بما يسمونه اليوم بالملكية الصناعية ، كحق مخترع الآلة ، ومبتدع
العلامة الفارقة التي نالت الثقة ، ومبتكر العنوان التجاري الذي أحرز
الشهرة الخ ..

(١) — حق التبعية هو : الحق في اقتفاء عين معينة بذاتها حيثما وجدت ،
للاستيلاء عليها ، او لاستيفاء منفعة منها .

وحق التبعية هذا قد يكون ناشئاً عن تعلق الحقوق بالاعيان لذاتها ، كما
اذا كانت العين نفسها او منافعها ملكاً لمتبعتها ، أو كان له حق ارتفاق عليها ؛
فيستولي عليها ليتمكن من التصرف أو الانتفاع بها . فذلك في الحالين نتيجة
لتعلق الحق بذات العين .

وقد يكون حق التبعية ناشئاً عن تعلق حق بعين بالنظر الى ماليتها ، لا الى
ذاتها وصورتها ؛ وذلك في حق الامتياز وحق الارتهان وحق الاحتباس (ر: ف/
٢٠ و ٢١) ؛ فان هذه الحقوق ما شرعت الا لتكون وسائل لتوثيق الديون في =

فله أن يتبع الشيء المتعلق به حقه في أي يد انتقل إليها، أي أنه ينتقل بحقه مع العين مهما كان سبب انتقالها من يد إلى يد .
وعلى هذا الأساس وضع الفقهاء القاعدة القائلة :

« ان دعوى المدين لا تقام الا على ذي اليد »

فلو غصب انسان شيئاً ثم باعه أو غصب منه، وتناقلته الايدي، ليس لصاحبه أن يدعي على الغاصب الاول برد عينه ، بل عليه أن يدعي بذلك على ذي اليد الاخيرة . وإنما له أن يدعي بضمان قيمته - وهذا حق شخصي - على الغاصب الاول وعلى من بعده من ذوي الايدي السابقة (م/١٦٣٥)

بخلاف الحق الشخصي ، فإنه لا يطلبه صاحبه إلا من المكلف به اصالة او نيابة، لأنه لا يمكن فيه مثل ذلك الانتقال والتتبع، لأنه متعلق بذمة

= الابتداء ، واستيفائها في النهاية ، عندما تجعل الاعيان المتعلقة بها محلاً للوفاء ، فتباع لاجل هذا الغرض ؛ وذلك بسبب ما تقتضيه من أولوية صاحبها على غيره من الغرماء في الاستيفاء .

وفي هذه الحال لا يظهر حق التتبع لذات العين ، لان المقصود منها هو ماليتها، فاذا استبدلت بها قيمتها المالية تعلقت هذه الحقوق بتلك القيمة وانتقلت إليها ، ولا تقتفى العين ذاتها حينئذ ؛ كما لو باع الراهن المرهون باذن المرتهن اذ ينتقل الرهن الى البديل .

(ر : كتاب الحق والذمة للاستاذ الجليل الشيخ علي الحقيف ، ص/٧٩) .

المكلف وعهده الشخصية، فلا يسأل عنه غيره إلا بإرادة ذلك الغير كما في حالة الكفالة والحوالة .

أما الحق العيني موضوع البحث فإنه متعلق بعين معينة كما رأينا لا بذمة شخصية . والعين يمكن أن تنتقل من يد إلى أخرى دون إرادة صاحبها كما في الغصب والسرقة والضياع، وهي مثقلة بملكية صاحبها، فينتقل حقه في عينها معها .

(٢) - لصاحب الحق العيني التبعية - كما في الرهن - حق الأولوية والامتياز ^(١) .

وعن هذا قال الفقهاء : ان حق المرتهن في استيفاء دينه من العين المرهونة مقدم على حقوق بقية الدائنين (م/٧٢٩)

أما الدائنون الشخصيون فهم إما كان مصدر حقهم أوتاريخه فلا امتياز لاحدهم في التقدم على سواه، بل توزع عليهم أموال المدين بنسبة ديونهم

(١) - حق الامتياز هو حق ممنوح لأنواع معينة من الديون أن تستوفى قبل غيرها إما من جميع أموال المدين ، أو من جزء معين من أمواله . ولا يتحقق هذا الحق إلا عند تراحم عدة حقوق على الاستيفاء من مال معين ولأحدها حق التقدم على غيره ، فيكون لهذا الدين المتقدم حق الأولوية أو حق الامتياز .

ومن ذلك يتبين ان الحق العيني التبعية الذي يتمتع صاحبه بالامتياز لا يكون إلا تابعاً لدين ومن ثم يسمى : حقاً تبعياً ، لانه تبع لدين فيبقى ببقائه ، ويسقط بسقوطه .

(ر : كتاب الحق والذمة للشيخ علي الحقيف ، ص ٦٦ و ٨٠) .

وقد نصوا على أن البائع لو مات مفلساً قبل تسليم المبيع المبيع فالمشتري أولى به من سائر الغرماء . بخلاف ما لو مات المشتري مفلساً قبل أداء الثمن ، والمبيع قائم في تركته ، إذ يكون البائع أسوة الغرماء (المجلة / ٢٩٥ و ٢٩٧) وسيأتي قريباً ايضاحه (ر : ف / ١٤) . فالأصل في الحق الشخصي انه لا يخول صاحبه امتيازاً إلا بنص خاص استثنائي .

وقد وجد هذا الامتياز الاستثنائي شرعاً وقانوناً لبعض الحقوق الشخصية لاعتبارات خاصة .

(أ) — فمن هذه الاعتبارات ما يرجع إلى السك والريية في الحق المزاحم .

وذلك كما في تقديم دين الصحة على دين مرض الموت ، (م / ١٦٠٢) .

(ب) — ومنها ما يرجع إلى الضرورة .

وذلك كتقديم حق تجهيز الميت وتكفينه على ديونه :

— فعند الحنابلة يقدم ذلك على جميع الديون .

— وعند الحنفية انما يقدم على الديون العادية فقط أي غير الموثقة

باحتماس عين معينة لاستيفائها منها ، أما الديون الموثقة فتقدم على

التجهيز والتكفين كدين المرتهن ، وثمن المبيع قبل تسليمه .

ومن امتياز الحق الشخصي للضرورة قانوناً تقديم دين النفقة للزوجة

والاولاد الصغار على بقية الديون العادية في الاستيفاء بمقتضى الاحكام

القانونية لدينا ، لأن النفقة تتعلق بها حياة مستحقيها .

(ج) -- ومنها ما يعود الى رجعان مو عام على حق خاص .

وذلك كامتياز ديون الضرائب الحكومية على ديون الناس العادية ،
فتستوفى أولاً من طابق المفلس او تركته في الاحكام القانونية .

(٣) -- يتم إسقاط ما يصح اسقاطه من الحقوق العينية بارادة
صاحبة المنفردة .

وذلك كالمزتهن فان له فسخ الرهن وان ابى الراهن .

بخلاف الحق الشخصي ، فان اسقاطه بارادة صاحبه ، كما في الابراء
عن الدين ، والخط من ثمن المبيع ، لا بد فيه من موافقة المدين ولو
ضمننا ، وذلك بان لا يرفض الاسقاط . ولذا كان من احكام الابراء انه
يرتد برد المدين إذ قد يراه منافيا لمصلحة المعنوية (المجلة/٧١٦ و١٥٦٨) .

وانما قلنا : (ما يصح اسقاطه) ، لأن من الحقوق العينية ما لا يقبل
الاسقاط ، كحق الملكية ، على ما تقدم في بحث خصائص الملكية في
الجزء الاول (ف / ١٢٣) .

(٤) -- ان الحق العيني الناشئ عن عقد اذا هلك محله قبل تنفيذ
العقد استحال تنفيذه وبطل العقد .

وذلك كالمبيع المعين إذا هلك قبل التسليم (المجلة/٢٩٣) ، والمأجور
إذا هلك قبل التمكن من استيفاء المنفعة .

حتى انه في العقود المستمرة^(١) كالاجارة، والرهن، والشركة، إذا هلك محل الحق العيني ، ولو بعد البدء بالتنفيذ ، انتقضت تلك العقود لاستحالة استمرارها ؛ كما لو هلك المأجور أو المرهون أو مال الشركة في يد المستأجر أو المرتهن أو الشركاء ، إذ تبطل هذه العقود ، ولا يكلف الطرف الآخر تقديم مال يحل محل الهالك .

(٥) — ان الحق العيني يسقط بهلاك العين التي هي محله ، لتعلقه بذاتها . ثم اذا كان هناك مسؤول عن هذا الهلاك يتحول ذلك الحق العيني الى حق شخصي بضمان القيمة ، كهلاك المغصوب عند الغاصب . وان لم يكن هناك مسؤول سقط لا الى عوض . أما الحق الشخصي فلا يسقط بهلاك أموال المدين به لأنه تكليف غير متعلق في الاصل بمال معين . فاذا هلك مال المكلف فان مالاً آخر مما يقتنيه يصلح للوفاء^(٢) .

(١) — العقد المستمر : هو الذي يستغرق تنفيذه مدة من الزمن ، كالاجار والشركة . اي ان الزمن الممتد هو عنصر أساسي في تنفيذه . ويقابله العقد الفوري وهو الذي يكون تنفيذه دفعة واحدة في الوقت المحدد له ، كالبيع ولو كان الثمن فيه مؤجلاً .

هذا تعريف علماء القانون وهو ملائم للنظر الفقهي .
(٢) — يلاحظ هنا أن حق التعلي لا يسقط بهلاك السفل ، بل للمرتفق صاحب العلو أن يعيد بناء السفل ويتعل علىه ويستغله حتى يدفع له صاحب السفل ما أنفق . وذلك لان محل حق التعلي العيني لم يهلك هلاكاً نهائياً ، بل هو قابل للاعادة على =

١٣ — انقلاب الحق العيني الى شخصي ، وبالعكس

(أ) — كثيراً ما ينقلب الحق العيني الى شخصي ، فينقلب معه حكمه الذي كان ناشئاً عن عينيته .

وذلك كما في المغصوب . فانه ، ما دام باقية عينه على حالها في يد الغاصب ، فللمالك حق عيني فيه يسوغ طلب استرداده .

لكن اذا حوله الغاصب الى صفة اخرى يحدث له بها اسم جديد — كما لو كان المغصوب حنطة فطحنها الغاصب حتى صار اسمها دقيقاً ، او كان المغصوب حديد فصنعها سكيناً — يعتبر هذا كالاستهلاك ، ويتحول حقه عن استرداد عين المغصوب الى تضمين قيمته (المجلة/١٨٩٩) ، فيصبح حقه شخصياً بعد ان كان عينياً .

ومن هذا القليل جميع صور ضمان الاعيان والمتلفات ، والصلح عن عين بمبلغ يلتزم في الذمة .

(ب) - واما العكس ، وهو انقلاب الحق الشخصي الى عيني ، فلم أجد من تعرض لذكره وهو نادر .

ويمكن تصويره بما اذا باع المدين لدائنه شيئاً بدينه ، اي بان جعل الدين نفسه هو الثمن ، وهي حالة « الوفاء بمقابل » في اصطلاح

= وجه يمكن معه التعلي ، لأن حق المرتفق انما هو في التعلي على السفل لافي السفل ذاته . فان لم يعد صاحبه بناءه فلمرتفق ان يعيده بأمر القاضي ويحبسه عنه حتى يدفع له ما أنفق ، فيصان حقه دون أن يجبر صاحب السفل على البناء (ر: المجلة م/١٣١٥)

الحقوقيين . فهنا يسقط الدين وينقلب حق الدائن الى ملكية العين .
أما لو لم يجعل الدين نفسه هو الثمن فان كلا منهما يصبح دائناً
ومديناً ، فيتقاصان ولا يكون انقلاب (كما سنرى في بحث نتائج
التمييز بين العين والدين في الفرع الخامس) .

وكذا تعلق حق الدائنين بتركة المدين المستغرقة بالدين اذا توفي ،
كما سيأتي في الفقرة ٢٤/ فان حقهم يكتسب صفة شبه عينية بعد أن كان
شخصياً محضاً متعلقاً بالذمة .

١٤ — هذا ، وقد يختلف الاجتهاد والنظر في اعتبار عينية الحق
وشخصيته ، فينشأ منه اختلاف الفقهاء في الاحكام ، استناداً الى اختلاف
وجهة نظرهم في صفة الحق .

مثال ذلك أن المبيع يعتبر لبائعه حق عيني فيه يسوغه حبسه لديه
حتى استيفاء ثمنه المعجل الذي هو حقه الشخصي في ذمة المشتري . فاذا
سلمه البائع إلى المشتري دون أن يقبض الثمن ، فمات المشتري مفلساً
والمبيع قائم بعينه في تركته ، فهل يكون للبائع أولوية بأخذه من التركة مرجحاً
فيه على سائر الغرماء ، أو يكون اسوة الغرماء فيما يصيب ثمنه من التركة ؟
ذهب الاجتهاد الشافعي إلى اعتبار حق الاولوية للبائع . وفي هذا
اعتبار بقاء عينية حقه في المبيع قبل قبض الثمن مادام قائماً في التركة
المستغرقة . وهذا في الحقيقة مبني على أن للبائع حينئذ في الاجتهاد
الشافعي حق فسخ البيع .

وذهب الاجتهاد الحنفي إلى أن للبائع اسوة بالغرماء بلا اولوية
(المجلة/ ٢٨١ و ٢٩٥) معتبراً أن حق البائع انقطع من عين المبيع بعد
تسليمه ، فأصبح شخصياً محضاً يتعلق بالثمن في الذمة ، والمبيع أصبح
تركة محضة للمشتري كبقية أمواله .

١٥ — رأي الاستاذ السنهوري هنا ، وانتقادنا عليه :

جاء في نظرية العقد للاستاذ العلامة عبد الرزاق احمد السنهوري
(ص/ ٦ حاشية ٢) .

« ان الشريعة الاسلامية لا يستشعر فيها بهذا التمييز بين الحق العيني
والشخصي ، الا في بعض عبارات تأتي عروفاً في موضوعات مختلفة
ميز فيها فقهاء المسلمين بين حق يتعلق بالعين وحق لا يتعلق بها ،
ولكنه تمييز غير واضح ، ولم تعقب عليه الفقهاء تعقيباً يتفق مع
اهميته ، ولم تصغ منه نظرية ممهدة كما فعلت في النظريات الاخرى
للفقه الاسلامي ، وان كان الفقهاء قد رتبوا لحق الرهن مثلاً حق
التقدم ونوعاً من حق التبضع » اهـ .

اقول :

أ) — أما أن فقهاء المسلمين لم يصوغوا نظرية ممهدة مستقلة للتمييز
بين الحق الشخصي والحق العيني فنعم . وهذا راجع إلى اختلاف مبني
الترتيب والصياغة بين الفقه الاسلامي والفقه الاجنبي .
فالفقه الاجنبي يقوم ترتيبه على أساس تقسيم أحكامه الى زمريتين
منفصلتين :

(١) — زمرة أمطام الحقوق الشخصية ، وتشتمل على النظرية العامة

للالإتزامات ، ثم أحكام العقود المسماة .

(٢) -- وزمرة أعلام الحقوق العينية . وتسمى : « نظرية الاموال » .

ومن ثم برز للنظر هذا التمييز بين الحقين العيني والشخصي في الفقه الاجنبي والقوانين المصوغة منه ، لان هذا التمييز هو أساس ترتيب الفقه الاجنبي كله .

أما الفقه الاسلامي فان ترتيبه وصياغته يقومان على أساس سرد مصادر الحقوق والالتزامات ، وبيان أحكامها ونتائجها في كل مصدر بحسب أحواله . فلم يبق مجال لأن يظهر تمييز فقهاء الفقه الاسلامي بين الحقين العيني والشخصي إلا في فروع الاحكام المتفرقة لمن يتبعها . وإذا كان فقهاؤنا لم يتخذوا هذا التمييز بين نوعي الحق اساساً لترتيب فقهم كما فعل علماء القانون الاجنبي فليس في ذلك أبداً دلالة على عدم تمييز فقهاؤنا بين نوعي الحق وطبيعتيهما تمييزاً ذاتياً !! إذ العبرة في هذا التمييز لفروع الاحكام لا للترتيب .

وهذا مما دعانا الى صياغة فقهناعلى غرار نظرية الالتزامات القانونية .

(ب) - والواقع أن فقهاءنا قدميزوا بين الحقين في جميع المسائل التي يقتضي

هذا التمييز فيها اختلاف الاحكام ، ولهم في ذلك انظار دقيقة جداً .

-- فمن ذلك الامثلة التي تقدمت في ثمرات التفرقة بين الحقين .

فكلها أمثلة فقهية عز وناها إلى مصادرها ، وهي تناظر تماماً ما يذكره علماء القانون في هذا الصدد .

— ومن ذلك أيضاً تصريح فقهاء ثنابان المبيع المعين إذا استحق^(١) من يد المشتري ينتقض عقد البيع السابق، فلا يكف البائع اعطاء المشتري مثل المبيع الذي استحق من يده، بل يسترد المشتري ما دفع من الثمن لأن حق المشتري عيني متعلق بعين المبيع، فباستحقاق المبيع استحالة تنفيذ البيع فيبطل.

أما إذا استحق الثمن من يد البائع فلا ينتقض البيع ولا يسترد البائع المبيع وان كان قائماً، وإنما يرجع على المشتري بمثل الثمن المستحق، لأن أصل الثمن حق شخصي للبائع في ذمة المشتري، فاذا وفاه إياه بمبلغ معين فاستحق هذا المبلغ من يد البائع تبين عدم صحة وفاء الثمن، فيوفيه المشتري مجدداً بمبلغ آخر.

— ومن ذلك أيضاً ما صرحوا به في بحث الحقوق التي تتعلق بالتركة، وترتيب استيفائها، فقد قالوا: إن الحقوق منها ما يتعلق بعين التركة، كالدين المتعلق بالمرهون والمأجور^(٢) وأرث جناية العبد الجاني في حياة مولاه^(٣)، والمبيع المحبوس بالثمن، والعبد المأذون بالتجارة إذا لحقته ديون

(١) — الاستحقاق هو أن يدعي أحد ملكية شيء موجود في يد غيره ويثبتها بالبينة ويقضى له بها، (ر: ج ١ ف ٣/١٩٢ الحاشية).

(٢) — لفهم كيفية تعلق الدين بعين المأجور انظر ماسياًني (ف/١٨).

(٣) — العبد إذا جنى جناية تعلق حق المجني عليه بشخص العبد الجاني باعتبار

أنه هو نفسه مال. فان لم يدفع مولاه أرث جنايته فداءً له يباع العبد ويستوفى أرث جنايته من قيمته، كما يباع المرهون لوفاء الدين. وقبل ذلك إذا مات المولى يكون هذا العبد الجاني من تركته الميت مثقلاً بحق المجني عليه كالمرهون.

ثم مات المولى ولا مال له سوى هذا العبد الخ .. ومنها ما يتعلق بمالية التركة كالديون العادية التي على الميت .

-- فالنوع الاول يقدم استيفاءه على نفقات التكفين إلا إذا كان الحق قد تعلق بالعين بعد صيرورتها تركة ، كالعين الموصى بها فان تنفيذ الوصية بها عندئذ يؤخر عن التكفين .

-- وأما النوع الثاني فان التكفين يقدم عليه مطلقاً (شرح السراجية للسيد الجرجاني وحاشيته للعلامة محمد شاه الفناري) .

والعلة هي أن هذا النوع الثاني حقوق شخصية على الميت لا تتعلق بعين معينة من التركة ليكون لاستيفائها امتياز ورجحان .

-- ومن ذلك أيضاً الفرع الآتي (أخرج بحث نتائج التمييز بين العين والدين ف/ ١١٧) في الفرق بين إقرار المدين بوكالة الوكيل بقبض الدين وإقرار الوديع بوكالة الوكيل بقبض الوديعة فلينظر .
وأمثال هذه الامثلة في الفقه كثير .

فمجموعة هذه النصوص تدل على فكرة مبدأ عام لدى فقهاءنا في هذا التمييز ، أفرغوها عملياً في فروع الاحكام ، وان لم يصوغوها نظرياً بانسجام وإحكام ، شأنهم في صياغة الفقه عموماً بالاسلوب الفروعى لا الموضوعى ، كما أوضحناه في مقدمة الجزء الاول . ولكن تتجلى للباحث خلف تلك الفروع ، المبادئ العامة والنظريات الفقهية التي كانت تسود في فكر المجتهدين والمخرجين عند الاستنباط والتفريع .

الفرع الثالث

انواع الحق العيني

والحقوق بسبب العينية

١٦ - انواع الحق العيني في الفقه الاسلامي :

بعد أن وضح بما سلف بيانه التمييز الفقهي بين الحق العيني والحق الشخصي وثمرات هذا التمييز ، نورد فيم يلي أنواع الحقوق العينية في الفقه الاسلامي . ويمكن إجمالها في الانواع التالية :

١ - حق الملكية

٢ - حق الانتفاع

٣ - حقوق الارتفاق

٤ - حق الارتهان

٥ - حق الاحتباس

٦ - حق الوقفية

٧ - حقوق القرار على الاوقاف^(١)

(١) - ان المادة / ١٠ / من قانون الملكية العقارية السابق لدينا ذي الرقم / ٣٣٣٩ / وبعده المادة / ٨٥ / من القانون المدني السوري قد عددتا الحقوق العينية العقارية فبلغت اثني عشر حقاً معظمها داخل فيما بيناه وهي : حق الملكية - والتصرف - والسطحية - والانتفاع - والافضلية في الاراضي الخالية المباحة - والارتفاق - والرهن - والامتيازات والتأمينات - =

وهو في نظر الفقهاء حق يعطي صاحبه سلطة على الشيء تجعل له فيه ولاية وممكنة مطلقة ، ويخوله فيه جميع وجوه الاستعمال والانتفاع والاستهلاك ما لم يلزم من ذلك ضرر بالغير فتتقيد حرية المالك بما تقتضيه صيانة حق الغير . وذلك كما في تصرف الشريك بالمال المشترك اذ يمنع عن كل تصرف مضر ، فلا يحق له تجاوز المعتاد في استعمال الدابة أو الثوب المشتركين مثلاً ، ولا يحق له استهلاكه ، فان استهلكه عد معتدياً وضمن نصيب شريكه .

وكذلك تقيد حريته في التصرف بالعقار ، ولو غير مشترك ، بما لا يضر بجيرانه . (ر : المجلة / ١١٩٢ — ١٢١٢) .

= والوقوف — والاجارتين — والاجارة الطويلة — والحيار الناشيء عن وعد ببيع العقار .

والرأي الراجح أن الحقوق العينية غير مذكورة في القانون على سبيل الحصر .

(١) — الملك هو : « اختصاص حازر شرعاً يسوغ التصرف الا لما منع » والمانع يشمل نقص الاهلية كما في الصغير اذ يتصرف عنه وليه ، ويشمل حق الغير كما في المال المشترك والمال المرهون اذ تتقيد فيها تصرفات الشركاء والراهن ، فوجوده لا ينفي الملك لانه عارض . وهذا التعريف يتناول ملكية الاعيان والمنافع والحقوق .

الانتفاع هو من ثمرات الملكية وهذه الثمرات هي ، كالملكية ، حقوق عينية . وتتلخص في أمرين : حق الاستعمال وحق الاستغلال ويشملها حق الانتفاع لان كلا منهما منفعة تعود على المالك .

وحق الاستعمال قد ينفصل عن حق الاستغلال ، كما في الموقوف للسكنى ، والعقار الموصى بسكنائه لشخص أو أشخاص ، فان للموقوف عليه والموصى له أن يسكنوا دون أن يستغلا بالايجار .

وقد يجتمع الاستعمال والاستغلال كما في العقار الموقوف للسكنى والايجار ، أو الموصى به كذلك ، وكما في الشيء المأجور أو المعار ، ففي الاجتهاد الحنفى ، للمستأجر أن يؤجر ما لا يختلف باختلاف المستعملين كالعقار ، وللمستعير أن يعير سواه في العارية المطلقة (المجلة / ٢٨ و ٨١٩)

(١) — المراد ملك المنفعة . وفقهاء الشريعة الاسلامية يفرقون بين حق الانتفاع وملك المنفعة . من حيث العموم والخصوص في المنشأ ، ومن حيث القوة والضعف في الحق : فملك المنفعة فقهاً انما ينشأ عن عقد مملك كالوقف والاجارة والاعارة والوصية بالمنافع ؛ أما حق الانتفاع فهو أعم ، اذ يشمل هذا ويشمل أيضاً مجرد الانتفاع الناشئ عن اذن واباحة فقط من المالك . أما في اصطلاح علماء القانون فهي شيء واحد .

والاصل ان من ملك المنفعة يحق له تملكها ، بخلاف من أبيحت له اباحة (ر: ج ١ / ١٣٠ ، وكتاب « الحق والذمة » للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص / ٧٥) .

وذلك بناء على الأصل النظري : أن من ملك الشيء حق له تملكه ،
والمستأجر والمستعير مالكان للمنفعة فلهما تملكها. ولكن ليس للمستعير
أن يؤجر لان الاجارة اقوى من الاعارة، ولا يستطيع الشخص تملك
اكثر مما يملك هو. فالاجارة عقد لازم، والاعارة عقد غير لازم، فلو ساع
للمستعير أن يؤجر العارية لامتنع حق المعير في الرجوع عن الاعارة
واسترداد العارية .

غير أن قوانين الايجارات لدينا اليوم تمنع المستأجر أيضا من أن
يؤجر العقار للمأجور إلا باذن من المؤجر، وفي هذا المنع حكمة ومصلحة
كما سنراه في موضعه .

فيظهر مما تقدم أن حق الانتفاع قد ينشأ عن عقد بين الاحياء
كالاجارة والاعارة ، أو عن وصية أو وقف .
وللمستأجر ، كما للمالك ، حق تتبع العين المأجورة باقامة الدعوى
على من غصبها منه .

هذا ، وان حق المستأجر على العين المأجورة يمنع التنفيذ الفوري
لتصرف المالك فيها ببيع أو اجارة من شخص آخر . وكذا العين التي
عليها - حق الانتفاع لشخص بالوصية إذا تصرف بها الوارث .

فلو باع المؤجر المال للمأجور لم يجب تسليمه الى المشتري الا بعد
انقضاء مدة الاجارة حفظاً لحق المستأجر في الانتفاع . وان المشتري
الخيار في الفسخ أو الانتظار ان لم يكن عالماً بالاجارة عندما اشترى .

وللمستأجر ، إذا كان قد أسلف الأجرة ثم مات المؤجر ، أن يحتج بحقه على العين المأجورة تجاه بقية الدائنين فيكون مقدماً عليهم في استيفاء الأجرة من العين .

على أن هذا مبني على انفساخ الاجارة بموت أحد العاقلين في الاجتهاد الحنفي ، لكن الاحكام القانونية لدينا اليوم قد منعت هذا الانفساخ ، فيتابع المستأجر استيفاء المنفعة بقية المدة بعد وفاة المؤجر^(١) .

(١) — ان علماء القانون يفرقون بين حق الانتفاع الناشئ عن وقف أو وصية مثلاً ، والناشئ عن اجارة الاشياء ؛ فيعتبرون الاول حقاً عينياً والثاني شخصياً . ويعلمون ذلك بأن حق من وقفت عليه المنفعة وحق الموصى له بالمنفعة سلطة على العين تنصب عليها مباشرة دون حاجة الى توسط شخص آخر ، ولا تقوم بجانبه رابطة التزامية بين صاحب الحق ومن اعطاه اياه ، فكان محله العين التي هي مال .

ويؤيد ذلك أن هذا الحق في حالة الوصية لا يوجد الا بعد وفاة الموصي وهو الملتزم ، وأنه في الوقف لا يتوقف وجوده على وجود الواقف ولا ينتهي بموته ، بل يوجد مع وجوده ويبقى بعد موته . فلو كان قيامه بقيام الرابطة كما في الحق الشخصي لانتهى بموت معطيه .

أما حق المستأجر فهو حق يقوم بقيام الرابطة بين المؤجر والمستأجر ، فإذا ما انتهت انتهى هو أيضاً ؛ وهو لا ينصب مباشرة على العين المستأجرة ، بل يتجه الى إلزام المؤجر بأن يستمر تركه للعين في يد المستأجر المدة المتفق عليها حتى يتمكن المستأجر من الانتفاع بها . ذلك هو تعليلهم .

لكنهم أغفلوا وجه الشبه بين صور هذا الحق في الحالين : فهما متشابهان من حيث ان المنتفع في الحالين مالك للمنفعة ، وان هذه الملكية موقفة فيها ، وان =

الارتفاق منفعة مقررة لعقار على عقار آخر مملوك لغير الأول كالشرب والمسيل للاراضي ، وكالمروور والتعلي .
 وحق الارتفاق في نظر الفقهاء من قبيل ملك المنفعة . وهي منفعة بين عقارين تابعة لهما على الدوام مهما انتقلت ملكيتهما ، وان مالك هذه المنفعة هو مالك العقار المنتفع . ومن هنا تتجلى عينية هذا الحق (ر : المجلة / ١٢٣٢) .
 وحق الارتفاق هذا هو في الحقيقة منفعة منتقصة من ملكية العقار المرتفق به (الخادم) لمصلحة العقار المرتفق (المخدم) .
 وبسبب هذه التبعية العقارية فيها لم تكن موقته بوقت محدود

= المنفعة فيها واحدة لا تتغير ، وان كلتا الحالين لا تعرى عن وجود التزام فيها :
 فاذا كان في احدهما التزام المؤجر ففي الاخرى التزام الورثة او ناظر الوقف
 بتوك العين في يد المنتفع حتى ينتهي انتفاعه .

فطبيعة الملك في الحالين - حال الاجارة وحال الوصية - واحدة ، وذلك
 يستلزم الحكم عليهما بحكم واحد لا أن يعتبر ملك المنفعة في احدهما حقاً عينياً
 وفي الاخرى حقاً شخصياً (كتاب الحق والذمة للاستاذ الشيخ علي الحقيف
 ص / ٥٥ - ٥٦ / باختصار) .

هذا ، وان القانون المدني الجديد ، وقبله قانون الملكية العقارية السابق لدينا
 (المادة / ٣٢ منه) ينصان على أن : « حق الانتفاع بالمعنى العقاري هو حق عيني
 يتعلق باستعمال شيء يخص الغير والتمتع به ، ويسقط هذا الحق حتماً بموت المنتفع ،
 ولا يجوز انشاؤه لمصلحة أشخاص معنوية » فهو حق موقت .

كغيرها من المنافع ، بل تبقى ما بقي العقار إلى أن يتنازل عنها المالك بطريق مشروع .

والارتفاق يورث باتفاق المذاهب ^(١) .

(١) - مما ينبغي التنبيه اليه أن حقوق الارتفاق محصورة عند كثير من العلماء - ومنهم الحنفية - في حقوق ستة : الشرب ، والطريق ، والجري ، والمسيل ، والتعلي ، والجوار .

ولا يجوز للمالك عقار ان ينشئ على عقاره حقوق ارتفاق اخرى ، لان في انشائها تقييداً للملكية التامة ، والاصل فيها ان لا تقبل تقييداً ، وما قيدت بتلك الحقوق الا استثناء ، ولا يتوسع في الاستثناء .

ويرى آخرون - ومنهم المالكية - انها غير محصورة فيما ذكر ، فيجوز انشاء حقوق ارتفاق اخرى بالارادة والالتزام كأن يقرر شخص على أرض يملكها ألا يقيم على ناحية منها ملاصقة لأرض اخرى بناء ، وان لا يرتفع ببنائه الا الى ارتفاع معين ، مما هو معروف الآن في القوانين « (ر : كتاب الحق والذمة للاستاذ الشيخ علي الحقيف ، ص/٦٤) .

هذا وينبغي أن يلحظ بالنسبة الى الواقع في بلادنا السورية ان قانون الملكية العقارية السابق ذا الرقم/٣٣٣٩/لدينا قد اطلق حقوق الارتفاق عن الحصر ، فسوغت المادة/٨٤/ منه للمالك العقارات انشاء ما يشاؤون من حقوق الارتفاق لها أو عليها ، بشرط ان تكون للعقار أو عليه لا للشخص أو عليه ، وأن لا تكون مخالفة للنظام العام ؛ كما انه قسم حقوق الارتفاق الى ثلاثة اقسام : طبيعية ، وقانونية ، ومنشأة من قبل الانسان . وهذه الاخيرة هي المقصودة ببجئنا هذا .

ثم جاء القانون المدني السوري فأقر هذا التفصيل في المواد/٩٦٠-٩٨٧/منه .

هو حق الدائن في احتباس مال معين للمدين ينشأ عن عقد خاص بينهما يسمى الرهن .

فالرهن أيضاً ينشأ حقاً عينياً للمرتهن متعلقاً بمالية العين المرهونة لا بذاتها ، كما تقدم في مناسباته (ر : ف / ٦ ح) ، لأنه يركز مباشرة على الاستيثاق بهذه المالية لأجل وفاء الدين .

وهو أيضاً يمنع التنفيذ الفوري لتصرف المالك أو الراهن ، فلو باع الراهن المرهون أو آجره ليس للمشتري أو المستأجر أن يتسلم ، بل ينتظر فكاك الرهن أو يفسخ الشراء (م / ٧٤٧) .

وإذا أجاز الدائن المرتهن بيع المالك أصبح الثمن هو المرهون ، وإذا أجاز إيجاره سقط حق الارتهان^(٢) :

والمرتهن كما تقدم امتياز في استيفاء دينه من المرهون (م / ٧٢٩) .

(١) - آثرنا التعبير بلفظ « الارتهان » دون « الرهن » لان هذا الحق في الرهن انما هو للدائن المسمى بالمرتهن وهو اسم فاعل من « الارتهان » ، ولان لفظ « الرهن » قد يطلق على العين المرهونة .

(٢) - علة هذا الفرق بين حكم اجازة البيع واجازة الايجار فيما يظهر هي ان الثمن يخلف المبيع في توثيق حق المرتهن . فاجازته لبيع المرهون لادلاله فيها على انه قد تخلى عن الرهن ، بل على انه قد رضي بتحويل الرهن الى الثمن . بخلاف الايجار فان الاجرة فيه قد لا تخلف المأجور في المالية ، فاجازته لايجار المرهون هي رضى بخروجه من يده لا الى خلف ، اي بسقوط الرهنية .

الفرق بين حق الاحتباس وحق الارتهان هو أن الارتهان يكون بعقد خاص يرد عليه مباشرة وقصداً. أما حق الاحتباس فهو أعم لأنه يكون في حالات عديدة يقر بها الشرع احتباس المال لاستيفاء حق مالي منه. وهذا الاحتباس حق عيني يستطيع صاحبه أن يحتج به تجاه الدائنين كافة، ويمتاز عنهم في استيفاء حقه من ثمن المال المحتبس مقدماً عليهم. فمن ذلك حق الملتقط في احتباس اللقطة عن مالكها، إذا ظهر، حتى يستوفي الملتقط ما اذنه القاضي أن ينفقه عليها ليرجع به. وكذا حق الوكيل بالشراء أن يحتبس المال المشتري عن الموكل حتى يدفع إليه الثمن، ولو لم يكن الوكيل قد دفعه من ماله إلى البائع لأنه عرضة لأن يطالبه به البائع (المجلة/١٩٤١).

وكذا للبائع احتباس المبيع عن المشتري إلى أن يؤدي إليه الثمن إذا لم يكن مؤجلاً، وإن كان المبيع قد انتقلت ملكيته إلى المشتري بمجرد العقد.

وكذا للأجير المشترك الذي لعمله أثر في العين كالصباغ والخياط،

(١) — آثرنا استعمال لفظ « الاحتباس » دون لفظ « الحبس » المؤلفان الحبس يكثر استعماله في حبس الأشخاص، فاصطلحنا على تخصيص « الاحتباس » بالاموال، بعداً عن الاشتراك.

أن يحتبس العين عن المستأجر المالك حتي يؤدي إليه الأجرة، إلى غير ذلك من الفصول الكثيرة^(١).

ففي جميع هذه المسائل وأمثالها قد أقر الفقهاء حق الاحتباس، واعتبروه متعلقاً بمالية العين، وجعلوا لصاحبه امتيازاً أعلى سواه، كما في الوهن.

٢٢ — مو الوقفية :

الوقف هو حبس عين المال عن التملك لتصرف منافعه إلى جهة بر. فعقد الوقف كما ترى ينشئ في المال الموقوف حقاً عينياً في احتباسه لمصلحة الجهة الموقوف عليها.

وقد عدته المادة /١٠/ من قانون الملكية العقارية السابق لدينا من جملة الحقوق العينية التي عددها، كما نصت المادة /١٧٦/ منه على أنه لا تعتبر وقفية العقار إلا من تاريخ تسجيل الوقف في السجل العقاري كسائر الحقوق العينية العقارية. ثم جاء القانون المدني فأقر ذلك أيضاً في المادتين /٨٥ و ١٠٠٠/ منه.

ويثبت فيه حق التبعية يمارسه متولي الوقف باسم الجهة الموقوف

(١) — كحق المستأجر في احتباس المأجور اذا انفسخت الاجارة حتى يسترد ما أسلفه من الاجرة (ر: ف/ ١٨)، وحق الوديع في احتباس الوديعة عن المودع حتى يستوفي ما انفقه عليها باذن القاضي، وحق الغاصب في احتباس المغصوب الذي زاد فيه زيادة متصلة من ماله كالصبغ مثلاً، الى ان يدفع له المالك قيمة الزيادة اذا اختار المالك استرداد المغصوب مع زيادته المحدثه.

عليها . فللمتولي حق الدعوى شرعاً لاسترداد المال الموقوف من كل يد غاصبة تستولي عليه بلا حق ؛ حتى انه ليستحق العزل بحكم الحيانة إذا قصر في ملا حقة غاصبه أو شاغله بلا حق أمام القضاء .

على أن العقار الموقوف يمكن بيعه استبدالاً باذن القاضي الشرعي إذا قلت فائدته ، وعندئذ تزول وقفية العقار المستبدل به ويحل محله العقار المستبدل .

٢٣ — مدفوع القرار على الاوقاف :

يشمل هذا النوع طائفة من الحقوق تعورف انشاؤها على عقارات الاوقاف بطرق معينة في حالات مخصوصة : تارة لحاجة الوقف إليها وتارة لدفع الضرر عن بعض مستأجري عقارات الوقف لو لم يمنحوا حق القرار فيها . وقد تكلم متأخرو الفقهاء في كتبهم وفتاويهم عنها ويدخل في هذا النوع الحقوق التالية :

(١) — حق الحكر

وهو حق قرار مرتب على الارض الموقوفة باجارة مديدة تعقد باذن القاضي يدفع فيها المستحكر لجانب الوقف مبلغاً معجلاً يقارب قيمة الارض ويرتب مبلغ آخر ضئيل يستوفى سنوياً لجهة الوقف من المستحكر أو ممن ينتقل إليه هذا الحق ، على أن يكون للمستحكر حق الغرس والبناء وسائر وجوه الانتفاع .

وحقه هذا قابل للبيع والشرء وينتقل إلى ورثته بالموت الخ...
والغرض من هذا العقد أن يستفاد من الاراضي الموقوفة المعطلة
عندما لا يكون الوقف متمكناً من استثمارها .

ولعل الحُكْر أقدم مانعرف من الحقوق العينية المنشأة على
الاقواق. فقد حدثت طريقته في عهد متقدمي الفقهاء وأقروها^(١). وقد
سمي بعد في القوانين العثمانية باسم « المقاطعة » وكذا في قانون الملكية
العقارية السابق لدينا ذي الرقم /٣٣٣٩/. وقد حدد في المادة /١٩٥/ منه
مبلغ الأجرة السنوية بمقدار نسبي ثابت قدره اثنان ونصف في الألف
من قيمة الارض المقدرة رسمياً لجباية الضرائب العقارية . ثم جاء
القانون المدني السوري فاقر هذه النسبة في المادة /١٠١٩/ منه .

(١) - نقل في البحر وفي رد المحتار عن الامام الخُصاف جواز وقف البناء
وحده اذا كان قائماً على أرض محتكرة . ونقل في رد المحتار مثل ذلك عن
فتاوى قارىء الهداية ، كما نقل أيضاً تعريف عقد الاستحكار عن فتاوى العلامة
خير الدين الرملي بأنه : «عقد اجارة لاستبقاء الارض مقررة للبناء والغرس» ؛
(ر : رد المحتار ٣ / ٣٩٠ - ٣٩١) .

وهذا يدل على ان الحكر كان معروفاً ومستمرّاً منذ عصر الخُصاف .
والخُصاف من عطاء الطبقة الثالثة المجتهدة في المذهب الحنفي وهو احمد بن عمر
المتوفى سنة /٢٦١ هـ . وقارىء الهداية هو سراج الدين عمر بن اسحق الغزنوي
المتوفى سنة /٧٧٣ هـ والخير الرملي متوفى سنة /١٠٨١ هـ (ر : كشف
الظنون ، والفوائد البهية) .

(٢) — حق الاجارتين :

وهو ينشأ بطريقة أحدثتها القوانين العثمانية بعد سنة ١٠٢٠/هـ على أثر الحرائق التي شملت أكثر عقارات الاوقاف في القسطنطينية ، فعجزت غلاتها عن تجديدها ، وتشوه منظر البلدة ، فابتكروا طريقة الاجارتين تشجيعاً على استئجار هذه العقارات لتعميرها اقتباساً من طريقة التحكير في الاراضي .

وهي عقد اجارة مديدة باذن القاضي الشرعي على عقار الوقف المتوهن الذي يعجز الوقف عن إعادته إلى حالته من العمران السابق ، باجرة معجلة تقارب قيمته تؤخذ لتعميره ، واجرة مؤجلة ضئيلة سنوية يتجدد العقد عليها ودفعها كل سنة . وذلك كمنخرج من عدم جواز بيع الوقف ولا اجارته مدة طويلة . ومن هنا سميت بالاجارتين . والفرق بينها وبين الحكر ان البناء والشجر في الحكر ملك للمستحكر لأنهما أنشئاً بماله الخاص بعد أن دفع الى جانب الوقف ما يقارب قيمة الارض المحكرة باسم اجرة معجلة .

أما في عقد الاجارتين فان البناء والارض ملك للوقف ، لان عقدها انما يرد على عقار مبني متوهن يحدد تعميره بالاجرة المعجلة نفسها التي استحقها الوقف .

وقد حددت المادة ١٨٠/ من قانون الملكية العقارية السابق لدينا الاجرة المؤجلة في الاجارتين بمبلغ ثلاثة في الالف من قيمة العقار

المقدرة رسمياً لجباية الضرائب العقارية. ثم جاء القانون المدني السوري فأقر هذه النسبة في المادة /١٠٠٤/ منه .

(٣) — المرصد :

وهو في الاصل دين يثبت على الوقف لمستأجر عقاره مقابل ما ينفقه باذن المتولي على تعميره عند عدم وجود غلة في الوقف ، ثم يؤجر منه باجرة مخفضة لما له من دين على الوقف .

وقد اعتبر بعد ذلك لصاحبه حق قرار في عقار الوقف يورث ويتنازل عنه بالفراغ ، بأن يأخذ صاحبه دينه من آخر يحل محله في العقار باذن المتولي .

(٤) — حق الكدك :

الكَدِك (بفتح فكسر) لفظ تركي الأصل^(١) يطلق على ما هو ثابت

(١) — أصل منشأ الكدك أن من يستأجر حانوت الوقف لاجل التجارة أو الصناعة قد يحتاج الى بعض تأسيسات تتعلق بصناعته أو تجارته كالرفوف والمصاطب والمواقد ، (وهذه تسمى كدكا) فلا يبنيها له متولي الوقف لأن المستأجر قد يترك العقار في آخر السنة ويأتي غيره من المستأجرين فلا توافقه . لذلك يأذن المتولي للمستأجر أن يؤسسها من ماله . فإذا انقضت مدة الايجار ، وأراد متولي الوقف اخراجه يتضرر المستأجر بما صرف عليها . وبما أن عقار الوقف معد للايجار بصورة دائمة (بخلاف عقار الملك فان مالكه قد يحتاج الى سكناه بنفسه) لذلك أفتى الفقهاء بعدم جواز اخراج المستأجر صاحب الكدك ما دام يدفع للوقف أجر المثل . وفي أصل هذا التدبير نظرة انصاف واقعية . ثم آل الامر مع الزمن الى أن أصبح أصحاب الكدكات كغاصبين لتلك =

في الحوانيت الموقوفة ومتصل بها اتصال قرار ودوام لعلاقته الثابتة
بالعمل الذي يمارس في هذا العقار .

وقد جرت العادة أن ينشئ مستأجر عقار الوقف هذا الكدك
فيه من ماله لنفسه على حسب حاجته باذن متولي الوقف .

وقد يسمى الكدك : « سكنى » في الحوانيت الصناعية او التجارية ،
كما يسمى : « كرداراً » في الارض الزراعية :

وقد اقروا ملكية كل من الكدك والكردار للمستأجرين ، فيوهب
ويورث ويبيع ، ولكن لاشفعة فيه . وأقروا لهم فيه حق القرار فيحق
لمالكه استبقاؤه بأجر المثل عن عقار الوقف خالياً عنه وإن أبى
المتولى ، إذ لا ضرر على الوقف مادام المستأجر يدفع للوقف اجر
المثل ، وذلك كي لا يتضرر صاحب الكدك بقلعه (قانون العدل
والانصاف لقدرى باشا ، م / ٣٤٧ و ٣٤٨) .

ويبقى هذا الحق لاصحاب الكدكات ولو خرجوا من عقار الوقف
وأوجر لغيرهم ، فتوزع الاجرة بينهم وبين الوقف بنسبة أجر المثل عن
كل من الكدك وأصل العقار . ثم لما كثرت المشكلات في ذلك حددت
القوانين نسبة ما يعود من الاجرة السنوية لكل من الجانبين .

= الاوقاف كلها بسبب حق القرار المرتب لهم ، فيتصرفون في العقار كما لكين ،
وللوقف أجر سنوي ضئيل رمزي بنسبة اثنين أو ثلاثة في الالف من القيمة
لايستطيع تحصيله !!

هـ) — حقوق أخرى عرفت باسم : « القميص » و « مشر المسكة »^(١) ،
و « القيمة » .

وقد أقروا أيضاً لأصحابها حق قرار على عقار الوقف باجر المثل
ترجيحاً على سواهم من المستأجرين .

— فالقميص : حق لمستأجر دار الرحي الموقوفة يخوله البقاء فيها
لما له فيها من أدوات الطحن وآلاته ولوازمه .

— ومشر المسكة : حق لمستأجر الأرض الموقوفة في البقاء بسبب
ماله فيها من حراثة وسماذ ، إذ يتضرر لو أخرج منها .

— والقيمة : حق مستأجر البساتين الموقوفة في البقاء فيها كذلك لما
له فيها من أصول المزروعات التي تدوم كالفصصة ، أو من عمارة الجدر
المحيطة التي أنشأها هو .

ومثلها ما يكون لمستأجر الحمامات الموقوفة من أدوات ولوازم
ثابتة ، وهي نظير الكدك .

هذه هي زمرة حقوق القرار العينية المنشأة على الاوقاف^(٢) .

(١) — « المشد » بفتحين مع تشديد الدال . و « المسكة » بفتحات ،
وزان « سمكة » وهو لفظ مشتق من « الشد والتمسك » ويتجلى فيه ركابة
التعبير الموروثة من العهد التركي .

(٢) — ان لهذه الحقوق احكاماً مفصلة ترى منشورة متفرقة في كتاب الوقف
واوائل البيوع من رد المحتار ، وفي كتاب الوقف وباب مشد المسكة من تنقيح
الفتاوى الحامدية ؛ وفي كتاب « الوقف » للشيخ عبد الجليل عشوب ص/٢٢٩-٢٤٩/ =

وقد كانت هذه الحقوق أغللاً في أعناق الاوقاف سلبت معظم منافعها باجور زهيدة، في عهود اختل فيها ميزان الحكم وسلطان القضاء . وقد منع القانون المدني ، وقبله قانون الملكية العقارية لدينا ذو الرقم / ٣٣٣٩ / ، انشاء شيء من هذه الحقوق العينية من جديد على عقارات الاوقاف سوى المقاطعة ، (وهي الحكر) ، في الأراضي الموقوفة (ق م / ١٠١٨ و ١٠١٩) .

وإنما سمينا جملة هذه الحقوق باسم مستقل هو : حقوق الفرار ، لما يصرح به الفقهاء في كثير منها ، كالحكر والكدك ومشد المسكة ، بان لصاحبها حق قرار (ر : تنقيح الفتاوى الحامدية ٢ / ١٩١ ، ورد المختار ٣ / ٤٢٨) ، ولأنها لا تدخل في حق الانتفاع لكون هذا الحق مؤقتاً بحياة المنتفع بنص القانون كما تقدم ، ولا في حق الارتفاق لأن من شرطه أن يكون لعقار على عقار آخر كما سلف بيانه ، وهنا في هذه الحقوق لا يوجد عقاران بصفة (خادم ومخدوم) بل عقار واحد موقوف من جانب ، وحق قرار لشخص من جانب آخر .

= وكتاب « الاوقاف » للاستاذ شاكر الحنبلي ص / ١٢٠ - ١٣٥ ؛ وكتاب « اتحاد الاخلاف » للعلامة عمر حلمي رئيس محكمة التمييز العثمانية في مقدمته والباب السادس منه ، وقانون العدل والانصاف لقصري باشا م / ٣٢٥ - ٣٦١ و ٤٦١ - ٤٧٣ ؛ وفي المواد / ١٠٠٤ - ١٠٢٧ / من القانون المدني السوري الجديد .

٢٣ / ٢ - وفي سنة ١٩٥٢ ميلادية صدر في سورية المرسوم التشريعي ذو الرقم / ١١٦ / فحدد الأجور السنوية المؤجلة التي يستحقها جانب الوقف عن عقاره المثقل باحد حقوق القرار العينية هذه بما لا يختلف كثيراً عن المقادير المقررة بالقوانين السابقة التي بينهاها ، ولكنه جعل هذه المقادير حداً أدنى لا يجوز النزول عنه وتمكن زيادته . هذا ، وأخيراً بعد قيام الوحدة بين سورية ومصر صدر القانون ذو الرقم / ١٦٣ / المؤرخ في ١٣ من ربيع الأول / ١٣٧٨ هـ = ٢٧ من ايلول / ١٩٥٨ م والمعدل بالقانون ذي الرقم / ١٨٩ / لسنة ١٩٦٠ م فأوجب تصفية هذه الحقوق العينية جميعها نهائياً بين جانب الوقف وصاحب حق القرار (أو حق التصرف) من أي نوع كان بصورة إلزامية على أساس الاستبدال بملكية الوقف مقداراً محدداً بنسبة مئوية من قيمة كامل العقار الوقفي المثقل باحد هذه الحقوق بما فيه من بناء أو شجر . فiaخذ الوقف هذا المقدار المحدد من قيمة العقار التي تقدر بمعرفة خبراء رسم القانون طريقة اختيارهم ، ويصبح العقار ملكاً حراً لصاحب حق القرار تنقطع منه كل علاقة للوقف . فاذا لم يتقدم صاحب حق القرار بطلب هذا الاستبدال خلال عشرة أيام من تبليغه قامت دائرة الأوقاف التابع لها العقار باجراء معاملة الاستبدال المذكور .

وقد حدد هذا القانون لجانب الوقف في كل نوع من هذه الحقوق نسبة من قيمة العقار تختلف عنها في النوع الآخر

بحسب قوة كل من حق الوقف وحق القرار .
وقد نص القانون المذكور في المادة ٢١/ منه على منع إنشاء اي
حق عيني على عقار موقوف بعد هذا القانون وذلك تحت طائلة البطلان .
وبذلك أنهيت أعظم مشكلة كانت مستعصية بين هذه العقارات
الوقفية وبين أصحاب هذه الحقوق التي ابتلعت الأوقاف وطغت عليها .^(١)
وفي هذا التخالض مصلحة للأوقاف وان كانت لم تأخذ فيه
إلا جزءاً ضئيلاً من اصل حقها .

٢٤ - الحقوق بغير العينية

ويصادفنا في الفقه الاسلامي نوع آخر من الحقوق فيه شيء من
العينية وان لم يكن فيه معناها كاملاً ، وقد سماه الدكتور شفيق شحاته

(١) - حدد القانون المذكور حق الوقف من قيمة كامل العقار بالمقادير
التالية ، بحسب نوع حق القرار المربوط به :

١٣,٥	في المائة من قيمة العقار المربوط بالمرصد
١٢,٥	بالاجارقين » » » » »
١٥	بالقيمة » » » » »
٨	بالحكر او المقاطعة » » » » »
١٢	بالكدك » » » » »
١٢,٥	بالكدك والمرصد معاً ، او بالمرصد والقيص معاً
١٤	بالكردار » » » » »
٣٠	بمشد المسكة في الاراضي السليخ » » » » »
٥٥	بمشد المسكة في الاراضي المشجرة » » » » »

في رسالته باسم : « الحق سبب العيني » . وهو كما يعبر الفقهاء : حق الشخص في « أن يملك » ^(١) كحق الشفعة ، وحق المجاهدين في الغنيمة بعد إحرازها ، وحق المجني عليه في العبد الجاني .

ففي هذه الأحوال أقر الفقهاء لصاحب الحق أن يطالب بالشيء عيناً ولو لم يعتبر ملكاً له بعد ، وله أيضاً أن يتبعه في الأيدي التي ينتقل إليها .

والأظهر أن يعتبر أيضاً حق الدائنين في تركة المتوفى المستغرقة بالدين حقاً شبه عيني يسوغهم حق تتبع مال المدين المتوفى واستخلاصه قضاء من الأيدي التي هو فيها . وليس حقهم هذا عينياً محضاً ، لأنه في الأصل حق شخصي متعلق بذمة المدين أثناء حياته ، ثم انتقل منذ مرض الموت إلى التعلق بمالية تركته لا بعينها ، فللدائنين أن يتملكوا التركة عند عدم إيفاء الدين .

والذي يرجح اعتباره شبه عيني لا عينياً هو أن للورثة أن يفتدوا التركة من الغرماء بدفع جميع الدين ، فلا يكون عندئذ للغرماء أن يمتنعوا عن الأخذ ويحتفظوا بالتركة ، لأن أصل حقهم إنما هو في ماليتها لا في عينها كما أشرنا إليه .

(ر : الدر المختار ورد المختار في كتاب القضاء ٤ / ٣٤٠)

(١) — جاء في الدور أوائل كتاب البيوع (٢ / ١٤٤) ما نصه : « الحق غير منحصر في الملك ، بل حق التملك أيضاً حق » .

الفصل الثاني

الالتزام

الفرع الأول

في قوام^(١) الالتزام وحقيقته

النسبة بين الحق الشخصي والالتزام - عناصر
الالتزام - سببه - طبيعته وحقيقته •

٢٥ - النسبة بين الحق الشخصي والالتزام :

فهم مما تقدم بيانه عن الحق الشخصي في بحث تقسيم الحق المالي
أن الحق الشخصي لانسان هو تكليف وعهدة على سواه .
وهذا التكليف قد اصطلح علماء الحقوق على تسميته : التزاما •
والحق الشخصي والالتزام في نظرهم شيء واحد لأنهما طرفا
رابطة واحدة .

(١) - قوام الشيء (بفتح القاف و كسر ها) عماده الذي يقوم به وينتظم
(المصباح المنير) .

-- فهو « حق » اذا نظر اليه من ناحية الطالب ؛

-- وهو « التزام » اذا نظر اليه من ناحية المكلف به ^(١).

وقد غلبت كلمة « الالتزام » على كلمة « الحق الشخصي » في اسم النظرية ، إذ سميت « نظرية الالتزام العامة » لا « نظرية الحق الشخصي ». وسنرى في الفرع السابع الاخير من هذا الفصل تعليل هذا التغليب في التسمية .

لكن هذا النظر في ترادف الحق الشخصي والالتزام غير سديد ، فالواقع ان الالتزام لا يصح أن يجعل مرادفاً للحق الشخصي ، وإنما هو مقابله الذي يجمعه وإياه التناظر والتلازم .

فكما يقال : أن كل حق يقابله واجب ، ولا يكون هذا التقابل والتلازم مسوغاً لأن نجعل مفهوم الحق والواجب واحداً ، كذلك لا يصح أن نجعل مفهوم الحق الشخصي والالتزام واحداً ، وان كان المحل الذي ينصب عليه كلاهما متحداً . ويكفي أن تختلف جهة الاعتبار

(١) - كذا في « نظرية الالتزام في القانون المصري القديم (ف / ١٦)
والجديد (ف / ١٧) » للاستاذ الدكتور أحمد حشمة أي ستيت .
وفي الوسيط للاستاذ عبد الرزاق السنهوري (ف / ١) .

وجاء في الفقرة الثالثة من المادة ٧٩ / من القانون المدني العراقي ما نصه :

« ويؤدي التعبير بلفظ « الالتزام » ولفظ « الدين » نفس

المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ « الحق الشخصي » اه .

ليتحقق اختلاف المفهوم والمعنى ، فان التلازم بين الامرين شيء ،
واتحاد مفهوميها شيء آخر .

أضف الى ذلك أن طبيعة الحق الشخصي والالتزام مختلفة في
السلبية والايجابية .

فطبيعة الحق الشخصي ايجابية تقوم على غرض الاستيفاء والاستغناء
في أحد الجانبين .

وطبيعة الالتزام سلبية تقوم على فكرة الايفاء أو الافتقار بتفريغ
العهد والذمة من الجانب الآخر .

فلك أن تقول : ان الحق الشخصي والالتزام بينهما تقابل وتلازم
أبداً ، كما بين الاعطاء والاخذ

٢٦ — عناصر الالتزام :

ان الحق الشخصي والالتزام — وان كان الصحيح انهما مفهومان
مختلفان اعتباراً كما رأينا آنفاً — عناصرهما واحدة .

وقد رأينا في بحث الحق أن الحق الشخصي ينطوي على ثلاثة
عناصر مادية هي :

— صاحب الحق

— والشخص المكلف

— والمحل الذي يتعلق به

والى جانب ذلك يلحظ الموضوع المكلف به والذي يتميز به
حق عن حق .

وعليه تكون تلك العناصر هي بذاتها عناصر الالتزام ، غير انها
تحمل هنا اسماء اخرى :

— فيسمى صاحب الحق : ملتزماً له ، (بصيغة المفعول) .

— ويسمى الشخص المكلف : ملتزماً ؛ (بصيغة الفاعل)

— ويسمى الشيء الذي يتعلق به الفعل : محل الالتزام .

— ويسمى الفعل المكلف به : موضوع الالتزام .

— ويسمى التكليف نفسه ، أو العهدة : التزاماً .

ففي الالتزام الناشئ عن القرض مثلاً يعتبر المقترض ملتزماً ؛
والمقرض ملتزماً له ؛ ووفاء القرض هو موضوع الالتزام ؛ والعهدة
التي على المقترض ، أي وجوب الوفاء ، هو الالتزام ؛ والمال الواجب
أداؤه هو محل الالتزام .

وكذلك الاعتبار في التزام نفقة الاقارب الناشئة عن الزام الشرع :
فيعتبر المكلف بالنفقة ملتزماً ، والمستحق لها ملتزماً له ، وموضوع
الالتزام هو اداء النفقة ؛ والالتزام هو وجوب ذلك الاداء ، ومال
النفقة هو محل الالتزام .

وهكذا تفصل العناصر ويميز بعضها عن بعض في كل التزام .
وهو تمييز ضروري مهم ؛ فكثيرون الذين لا يجيدون التمييز بين

الالتزام وموضوعه ومحلّه ، لأنه يقوم على اعتبارات دقيقة الملحظ .
وقد يكون الالتزام مزدوجاً متبادلاً ، كما في الالتزام الناشئ
عن عقد معاوضة :

ففي البيع مثلاً يعتبر كل من البائع والمشتري ملتزماً وملتزماً له :
ومحل الالتزام بالنسبة الى البائع هو المبيع الذي انتقلت ملكيته ،
وبالنسبة إلى المشتري هو الثمن . أما الموضوع فهو التسليم في كل منهما .
هذه العناصر (الملتزم ، والملتزم له ، والمحل ، والموضوع) في كل التزام
هي قوامه ، ولا يمكن تصوره وتحقيقه دون وجودها .

٢٧ - سبب الالتزام

غير أن هذه العناصر إنما هي عناصر مادية ، ولا يكفي وجودها
لوجود الالتزام الذي يربط بين الطرفين بالرابطة الالتزامية ، بل لابد
لذلك من سبب يربط طرفي الالتزام (الشخصين) بموضوعه ، أي
ينشئ الالتزام بين الطرفين .

هذا السبب هو الحادثة المولدة للالتزام ، وهي تشمل جميع
التصرفات القولية والفعلية ، وكل ما ينشأ عنه حق في نظر الشرع .
وعلماء القانون يسمون هذا السبب : مصدر الالتزام .

— فعقد البيع حادثة تصرف قولي ربطت الطرفين بموضوع العقد ؛
— واتلاف مال الغير حادثة تصرف فعلي ربطت المتلف وصاحب
المال بموضوع الالتزام ، وهو التعويض .

— وفقر القريب المحرم^(١) مع عجزه سبب يوجب به الشرع ارتباطاً
بينه وبين قريبه الغني برابطة التزام النفقة . وهكذا...^(٢)

(١) — المحرم (بفتح الميم والراء) هو أحد القريبين الذين اذا كان احدهما رجلاً والآخر امرأة كان زواجهما ممنوعاً للتحريم الشرعي ، (والجمع : محارم) .
(٢) — ان علماء القانون الاجنبي في نظرية الالتزامات يعتبرون السبب ركناً في الالتزامات العقدية خاصة ، لكنهم يريدون بالسبب في اصطلاحهم معنى آخر ، لا معنى المصدر المولد للالتزام :

فالسبب عندهم هو : « المقصد المباشر لالتزام العاقد » .

وهذا المقصد المباشر عندهم هو ما يقع جواباً لقولنا : لماذا التزم فلان بكذا ؟
ففي العقود الملزمة لجانبين ، كالبيع مثلاً ، يعتبر سبب كل التزام ناشئ
بالعقد هو الالتزام المقابل ، لان البائع انما يلتزم بنقل ملكية المبيع بقصد
الحصول على الثمن كما ان المشتري انما يلتزم بدفع الثمن بقصد امتلاك المبيع .
ويفرقون بين السبب والباعث بأن الباعث هو الغرض الشخصي الذي يجول
في نفس العاقد كمن يشتري أو يستأجر الدار ليتخذها مسكناً أو مدرسة أو
ملهى الخ .. سواء أكان غرضه مشروعاً أو ممنوعاً .

فالباعث يختلف باختلاف أشخاص العاقدين وأغراضهم : فشخص يقتض
مالاً ليتاجر وآخر يقتض ليقامر مثلاً وثالث يقتض ليفي ديناً ، ورابع
ليشتري شيئاً ، الخ ... أما سبب الالتزام العقدي فثابت في كل نوع من
العقود وانما يختلف باختلاف نوع العقد . ففي كل بيع يكون المقصد المباشر
للبيع هو الحصول على الثمن في مقابل نقل ملكيته مهما كان باعته على البيع .
ونظرية السبب هذه في الفقه الاجنبي كثيرة التعقيد ، وهي وهمية فاسدة
المباني ، هاجمها المتأخرون من علماء القانون في فرنسا مهاجمة عنيفة كالاستاذ
(بلانيول) الذي نقدها ونقضها نقضاً .

ونشأت خلفاً عن تلك النظرية التقليدية القديمة ، نظرية جديدة في السبب =

إن هذا السبب أو المصدر المولد للالتزام يتنوع بحسب الحوادث والتصرفات . وسنرى أنه ينحصر في انواع كلية معدودة ترجع بالاحصاء والاستقراء الى خمسة مصادر .

٢٨ - طبيعة الالتزام وحقيقته :

اتضح من معرفة عناصر الالتزام أن كل التزام لابد فيه من طرفين تربطهما بموضوعه رابطة السبب . فهل الالتزام في الفقه الاسلامي سلطة شخصية لأحد الطرفين على الآخر ، أو هو معرفة مادية ؟ والفرق بين الاعتبارين أنه إذا اعتبر الالتزام سلطة شخصية يحق للطالب إجبار المكلف على تفريغ ذمته بالا كراه البدني كالحبس والتضييق ، وإن اعتبر علاقة مادية بحته لم يقتض إجباراً ، بل يفتش الطالب عن مال المكلف ، فإذا نالته يد القضاء أمكن منه الاستيفاء . والواقع أن الالتزام في نظر الشريعة الاسلامية هو في ذاته علاقة مادية إما بمال المكلف كما في المدين ، وإما بعمله كما في الأجير . ولكن هذا الالتزام ترافقه سلطة شخصية تأييداً لتنفيذه ، إذ لولاها لتعذر التنفيذ بمجرد إخفاء المكلف ماله أو امتناعه عن عمله .

= سميت « النظرية القضائية » ، وهي تعتمد السبب بمعنى الباعث على الالتزام ، فتشترط مشروعية هذا الباعث لصحة العقد .

أما في الفقه الاسلامي فليس لسبب الالتزام معنى سوى « المصدر المولد » ، كما أوضحناه هنا .

ولذا شرع في الاسلام الحبس والتضييق على المدين ، والأجير ،
وكل من هو مكلف بعمل لمصلحة غيره وجوباً حتى يقوم بما عليه .
ولكن هذه السلطة الشخصية لم يمنحها الاسلام الدائن كما كان في
التشريع الروماني ، بل منحها الحاكم وجعلها من صلاحيته موقوفة على
طلب الدائن .

وقد ورد في الحديث النبوي :

« لِي الْوَاحِدُ ^(١) ظَلَمٌ يُحِلُّ عَرْضَهُ وَعَقُوبَتَهُ »

وورد أيضاً : « مطل الغني ظلم » .

ومعنى إحلال عرضه : الطعن في أمانته وذمته .

وهذا الاجبار بالحبس والاكره إنما يكون فيمن ظاهر حاله
اليسار والقدرة على وفاء التزامه ؛ فأما المعسر العاجز فلا يجوز الضغط
عليه ، بل يجب إنظاره إلى قدرته ، لقول القرآن العظيم : « وان كان
ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » .

وبذلك يظهر أن الشرع الاسلامي قد لطف كثيراً من غلواء
السلطة الشخصية التي كانت للدائن على المدين عند الرومانيين الذين
كانوا يمنحون الدائن حق استرقاق المدين أو قتله ولو كان عاجزاً . وتلك
السلطة في القانون الروماني قد انتهت تطورها إلى رد فعل معاكس في بعض
المذاهب الحقوقية في اوروبا كالمذهب المادي الذي نشأ في المانيا ، إذ يرى

(١) - اللي : بتشديد الياء مصدر لوى يلوي ، بمعنى ماطل .

والواحد : الغني ، أي الذي يجد ما يفي به دينه .

أصحابه أن الالتزام علاقة مادية بحتة ، و فرقوا بين عنصري المبرونية ،
والمسؤولية في المحل :

— فالمديونية هي تعلق الالتزام بالذمة وهذا لا يقتضي إجباراً ،
— وأما المسؤولية فتقتضي الاستيفاء الجبري .

وقد وزعوا هذين العنصرين على ذات المدين والملتزم ، وعلى ماله :
فاعتبروا شخصه مديناً ولكن المسؤول عن التزامه هو ماله لا شخصه ؛
فلا حبس ولا إجبار على ايفاء الدين ^(١) .

ولا يخفى أن هذا تفريط إلى جانب ذلك الإفراط الذي كان
عند الرومانيين .

٢٩ -- وقد كان لقيام المذهب المادي حول طبيعة الالتزام
في أوربا نتائج حقوقية ذات بال . فمن ذلك :

(١) -- اتجاه التشريع الألماني الآخذ بالنظرية المادية إلى تسويغ
الحوالة في الحق وفي الدين معاً دون توقف على إرادة صاحب العلاقة
من دائن أو مدين ، فتبدل الأشخاص مع بقاء المحل على حاله ، لأن
الرابطة عنده مالية بحتة لا شخصية .

وقد كان الأمر بعكس ذلك في التشريع الروماني المبني على
نظرية الساطة الشخصية المفرطة ، فلا يميز حوالة الحق ولا حوالة

(١) - نظرية العقد للاستاذ السهوري ، ف / ١٥ / وحاشيتها ، ونظرية
الالتزام في القانون المصري للاستاذ أحمد حشمة أبي ستيت ، ف / ١٧ - ١٨ .

الدين اصلاً (ر : نظرية الالتزام في القانون المصري للاستاذ أحمد حشمة أبي ستيت ، ف / ٢٢) .

(٢) — استغناء أهل المذهب المادي عن اشتراط وجود الملتزم له (وهو الدائن) عند نشوء الالتزام ، واكتفاؤهم في بعض الحالات بوجوده حين التنفيذ ، إذ في هذا الحين فقط تظهر الحاجة إلى وجود دائن يستوفي الالتزام ؛ كما في إعلان جائزة على اختراع مطلوب .

ولم يكن من الممكن تخريج مثل هذا الالتزام على نظرية أهل المذهب الشخصي ؛ لأن الالتزام عندهم رابطة بين شخصين من كل وجه ، فيجب أن يكونا موجودين معينين منذ بدء الالتزام ليمكن اعتبار ارتباطهما .

إن المذهب المادي يتقرب منه التشريع الحديث في أوروبا ، ويرون فيه تفسيراً وتخريجاً لحالات حقوقية قائمة لا يمكن تفسيرها وتبريرها على ضوء المذهب الشخصي ، وذلك كتحرير سند بالدين لحامله دون ذكر اسم الحامل وكالات شرط لمصلحة الغير .

٣٠ — أما موقف التشريع الإسلامي فهو اعتدال بين النظريتين كما رأيت آنفاً : فقد غلبت فيه الصبغة المادية في طبيعة الالتزام ؛ ولم تهمل فيه الفكرة الشخصية ، لتبقى ضمناً في وجه المبطلين المماثلين .

على أن الشرع الإسلامي قد سبق الماديين بقرون كثيرة في تقرير النتائج المعقولة لمذهبهم الحديث ، وإليك البيان :

أ) — إن الفقه الاسلامي قد أقر امكان عدم وجود ملتزم له معين منذ نشوء الالتزام في بعض الحالات ، وإن كان الأصل لزوم وجوده كما سنرى في بحث شرائط الالتزام (ف / ٣٧) .

ب) — وكذلك أقر الفقه الاسلامي حوالة الحق بأن يحيل الدائن سواء على المدين ، كما أقر حوالة الدين بان يحيل المدين دائنه على سواء ، فينتقل الالتزام إلى شخص جديد يدخل بصفة دائن أو مدين .

ولكن بالنظر إلى ما يمكن من تأثر الحقوق باختلاف الأشخاص وتفاوتهم شرط في عقد الحوالة رضى الشخص الثالث المحال عليه أيضاً ، وهو المدين الجديد (المجلة / ٦٨١)^(١) ، كما أبقي للدائن المحال حق الرجوع على المدين المحيل عند التوى^(٢) ، أي عندما يتعذر التحصيل بأفلاس المحال عليه أو ببحوده للحوالة ولا بينة للاثبات عليه ، وذلك لبقاء مسؤولية عن الدين في محلها السابق ، كما عليه القانون التجاري اليوم في حوالة

(١) — سنرى أن الاجتهاد الشافعي لا يشترط رضى المحال عليه ، وإنما يشترط كونه مديناً للمحيل .

(٢) — « التوى » بالتحريك وزان « هوى » ، ومعناه لغة هلاك المال أو الحق . وهو مصدر ، وفعله : « توى يتوى » وزان « عمى يعمى » ويريد به الفقهاء ان يفلس المحال عليه أو ان يجحد الحوالة وليس للمحال بينة للاثبات عليه ، فيتعذر تحصيل الدين منه قضاء . ويقول الفقهاء : « لا يرجع الدائن المحال على المدين المحيل الا بالتوى » .

سند الأمر التجاري (الكهبيالة) ، إذ أقر رجوع الحامل الأخير على
الحيل عندما لا يدفع الموقع الأول، أي المدين الأصلي .
فبذلك تتجلى في الفقه الاسلامي الخصائص المعقولة للنظريتين
الشخصية والمادية معاً^(١) .

(١) — يقول الدكتور شفيق شحاته في الفقرة ٢٨٥/ من رسالته في
معرض بيان الملاحظات على نظرية الالتزامات الاسلامية بازاء النظريات المعروفة
للالتزام في القانون المقارن مانصه :

« وأول ما يلاحظ ان الفقه الاسلامي يتفق والتشريع الالماني
في كثير من الموضوعات، نذكر منها نظرية عدم النفاذ ، وكذلك
هو يتفق والتشريع الانكليزي في اكثر من موضع ، نذكر هنا
من ذلك نظرية عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي - وهي التي تقضي
بانه عندما يمتنع احد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه ايضاً - والذي
جمع بين هذه التشريعات الثلاثة انتصارها جميعاً لمذهب المادية .
وتتبع هذه الملاحظة ملاحظة اخرى ، وهي ان النظرية الاسلامية
بعيدة عن النظرية الرومانية ، لما أن هذه الاخيرة قد سيطرت
عليها الفكرة الشخصية . وفي الواقع لانجد أوجه شبه الا في
بعض نقط تفصيلية ، كنظرية بطلان عقود المحجور عليهم .
واذا اردنا المقارنة من حيث قيمة النظم القانونية ، وجدنا
التشريع الاسلامي قد سبق التشريع الروماني في تقرير بعض المبادئ
العظيمة ، منها مبدأ انتقال الملكية بمجرد الاتفاق ، ومبدأ سلطان
الارادة ، ومبدأ النيابة التعاقدية . ونجده مع ذلك قد تأخّر عن
التشريع الروماني في عدم تقريره مبدأ انتقال الالتزام من ناحيته
الموجبة وفي ضعف القوة الالتزامية للارتباط التعاقدي » ا هـ . =

= وان مستند الاستاذ الدكتور شفيق شحاته في حكمه بضعف القوة الالزامية للعقد في الفقه الاسلامي هو :

(اولاً) - ما رآه من كثرة الخيارات العقدية ، وخاصة خيار الشرط ، وهذا ما أفادنيه الاستاذ الكريم المشار اليه مراسلة .
(ثانياً) - ملاحظه من كثرة العقود غير اللازمة ، كالوكالة والعارية الخ .. وهذا ما ذكره في الفقرة ١٨٠/ من رسالته .

أقول :

سنرى قريباً في الملاحظة الآتية (ف/٣١-٣٢) نقد القول بأن التشريع الاسلامي او الاجتهاد الحنفي خاصة لم يقبل مبدأ انتقال الالتزام من ناحيته الموجبة (اي الحق) ، كما علمت ان التشريع الروماني لم يقبل مبدأ انتقال الالتزام لامن ناحيته الموجبة ولامن ناحيته السالبة - اي لانقل الحق ولا نقل الدين .
(انظر ماتقدم ف/٢٩) .

أما القوة الالزامية للارتباط التعاقدي فهي في الفقه الاسلامي على أكمل وجوها . غير أن الفقه الاسلامي قد أتناها بأنواع عديدة من الخيارات والعقود غير اللازمة ، كما أنه ايضاً يفرض قيوداً على حرية ارادة المتعاقدين في الشروط التي يشروطونها ، وتختلف تلك القيود سعة وضيقاً باختلاف الاجتهادات الاسلامية ، كما سنرى ذلك في موضعه . ولكن كل ذلك لا يؤثر في مبدأ قوة العقد الالزامية التي هي على اسدها في الفقه الاسلامي :

(أ) - فاما تلك الخيارات فانها نوعان :

(الاول) - مالا يثبت الا باشتراط العاقدين كخيار الشرط ، والتعيين ، والنقد . وهذا النوع انما ينشأ بارادة العاقدين فلا يطعن وجوده في القوة الالزامية للعقد ، بل يؤيدها لانه جزء من العقد نفسه .

(الثاني) - ما يثبت بحكم الشرع دون شرط ، دفعاً لضرر يلحق أحد =

=العاقدين دون ان يرضى به ، كخيار العيب .
وهذا انما يثبت بوجود بعض عيوب الرضى كالتدليس ، والتغيير ، وفوات الوصف ، وتفرق الصفقة .

وقد اقرت امثال هذه الخيارات النظريات الحقوقية الحديثة في القوانين الوضعية ، لان التشريع انما وجد لحماية الحقوق ، ولا يعقل الزام احد بضرر لم يلتزمه ولا يستلزمه عقده .

فهذا النوع الثاني ايضاً من الخيارات لا يقدر في مبدأ القوة الالزامية للعقد ، لانه تفسير لارادة العاقدين الضمنية ، وهو حماية قانونية يقتضيها احترام مبدأ التراضي ، ثم التوازن في حقوق ووجائب المتعاقدين .

على ان الاعتراض ببعض الخيارات قد يتوجه على الاجتهاد الشافعي الذي اخذ بنظرية خيار المجلس بعد عقد البيع ، فسوغ لكل من المتبايعين فسخ البيع ما دام في المجلس قبل التفرق بالفعل . وذلك استناداً الى حديث نبوي قد اوله الحنفية تأويلاً آخر .

ب) - واما العقود غير اللازمة فهذا النوع لم يخل منه تشريع حتي القوانين الوضعية ، وان كانت تختلف الشرائع في تعيين تلك العقود غير اللازمة كما تختلف في ذلك الاجتهادات في الشريعة الاسلامية نفسها .
ومرد ذلك لا الى ضعف القوة الالزامية في فكرة العقد بنظر الشريعة ،

بل الى كون بعض العقود ذات طبيعية اختيارية في استمراره ، كعقد الشراكة والتحكيم في الاجتهاد الحنفي ؛ او الى كونه يقوم على اساس المعونة الاختيارية لاحد الطرفين ، كالإيداع والاعارة والتوكيل ؛ او الى كونه توثيقاً لحق لاحدهما فقط فله ان يتنازل عن وثيقته كالرهن بالنسبة الى المرتهن .

وكل ذلك لا يورث ضعفاً في فكرة القوة الالزامية للارتباط التعاقدي ، ولا سيما في الشريعة الاسلامية التي يقول دستورها :

« يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود » =

يجب أن يلاحظ في نقل الالتزام فرق بين نقله بطريق الحوالة ونقله بطريق البيع .

ففقهاء الحنفية قد جوزوا حوالة كل من الحق أو الدين إلى شخص ثالث بالتراضي ، ولكنهم لم يجوزوا بيع الدائن دينه إلا من المدين نفسه فقط . وقد وضعوا في ذلك القاعدة القائلة : « لا يجوز تمليك الدين إلا لمن عليه الدين »^(١) وبذلك حددوا من قابلية نقل الالتزام في ناحيته الموجبة ، (أي نقل الحق) ، إذ حصروها بطريق الحوالة دون البيع . والحوالة عندهم نوعان :

(ج -) - وأما القيود التي فرضت في مذاهب من الفقه الاسلامي على حرية ارادة العاقدين في شروطهم فانها انما تتعلق بمبدأ سلطان الارادة ، ولا علاقة لها بالقوة الالزامية للعقد الا من حيث ما يقتضيه الحكم الشرعي الجزائي عندما يخالف العاقد النصوص الآمرة بتلك القيود ، فيبطل العقد اصلا في بعضها ، ويفسد في بعض فيستحق الفسخ .

على ان تلك العقود التعاقدية غير متفق عليها ، وفي الاجتهادات سعة . فان كان هناك مجال لتصور ناحية ضعف من نواحي العقد في الفقه الاسلامي فهو في مبدأ سلطان الارادة بالنسبة الى بعض الاجتهادات التي تقيد حرية الشروط العقدية ، وليس في القوة الالزامية للارتباط التعاقدية .

(١) - ستأتي هذه القاعدة في بحث نتائج التمييز بين الدين والعين من الباب التالي الباحث في الاموال .

أ) — موانة مقيمة ، وهي التي قيدت بأن يؤدي المحال عليه المبلغ المطلوب من مال معين عنده مملوك للمحيل ، أو من دين عليه للمحيل .

ب) — وموانة مطلقة ، وهي التي تخلو من هذا القيد ، فيؤديها المحال عليه من ماله الخاص سواء أكان هو مديناً للمحيل أو غير مدين . والفرق بين طريق الحوالة وطريق البيع في هذا الشأن من وجهين :

(١) - من حيث الرضى والقبول :

فإن الحوالة تتوقف شرعاً على رضى المحال عليه ، ولا يكفي فيها الاتفاق بين المدين المحيل ، والدائن المحال .

بخلاف البيع فإنه لا يتوقف على رضى غير البائع والمشتري . فلو صح بيع الدين من غير من عليه الدين لثم ذلك دون علم المدين ورضاه . فيصبح ملتزماً رغماً عنه تجاه دائن أجني عنه لم يتعاقد معه . وهذا لم يقبله الاجتهاد الحنفي ، لأن الناس تختلف في المطالبة والملازمة والالحاح .

(٢) - من حيث الحكم ، أي الأثر المترتب :

فإن البيع ينشأ عنه ملك بات . أما الحوالة فإنها لا تنقل ملكية الدين من دمة إلى دمة ، وإنما تنقل التزام أداء الدين — ويتبعه انتقال حق الدائن — نقلاً غير نهائي بل معلقاً على المصير والنتيجة ، حتى قال الفقهاء :

« ان المدين يبرأ بالحوالة براءة مؤقتة بعدم التوى

(رد المختار ٢٩١/٤) .

فان تمكن الدائن المحال من استيفاء حقه من المحال عليه تأكد النقل نهائياً ، وملك الدائن المحال ما قبضه وفاء عن دينه . وإن وقع التوى ، لا فلاس المحال عليه أو لجحوده الحوالة كما تقدم ، رجع المحال على مدينه الأصلي المحيل ، لأن حقه لم ينقطع تعلقه بذمة المحيل ، فيستوفي منه ويبطل النقل .

ولذا قالوا في الحوالة المقيمة : إن المدين المحيل إذا مات تبطل الحوالة ، ويرجع المحال إلى تركته فيستوفي منها دينه أسوة بسائر الغرماء . وقد عللوا ذلك بان « الحوالة ما شرعت للتمليك بل لنقل المسؤولية . فالمال أو الدين الذي كان للمحيل عند المحال عليه لم يصرمملوكاً للدائن المحال بعقد الحوالة » فبموت المحيل في الحوالة المقيمة تصبح سائر أملاكه تركة له — ومن جملتها ماله عند المحال عليه — فتتعلق بتركته جميع الحقوق الشخصية لدائنيه على السواء .

وهذا بعكس الحوالة المطلقة ، فان موت المحيل لا يبطلها ، بل يبقى المحال عليه ملتزماً بالوفاء للمحال ، لأنه إنما التزم الوفاء من ماله لا من مال موجود للمحيل عنده (ر : الدر المختار ورد المختار ٢٩٠/٤ و ٢٩٤ ، وتقارير الرافعي عليه) .

فلو كانت الحوالة بالدين بيعاً له لما بطلت الحوالة المقيمة بموت

المحيل . وإنما الحوالة قد خاص له نتائج وخصائص يختلف بها عن البيع اختلافاً يبنياً^(١)

٣٢ - و كأن بعض الاساتذة الباحثين قد نظروا إلى أن فقهاء الحنفية لم يجيزوا بيع الدائن دينه لغير مدينه ، فاستنتجوا من ذلك أن الفقه الاسلامي لا يجيز حوالة الحق وإنما يجيز حوالة الدين فقط .
يقول الاستاذ شفيق شحاته في الفقرة ١٠٦ / من رسالة النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية :

« سنرى ان للالتزامات في الفقه الاسلامي صبغة مادية . وقد ادت هذه الصبغة الى امكان تصور انتقال الالتزام من ناحيته السالبة - يعني حوالة الدين - بينما هو لا يقبل الانتقال من ناحيته الموجبة - يعني حوالة الحق - وهذا الانتقال يتم بواسطة ما سموه الحوالة » ا هـ .

ويقرر أيضاً الاستاذ العلامة الشيخ احمد ابراهيم ابراهيم في مذكرته عن الالتزامات في الشريعة الاسلامية ص / ٢١٩ / ٠

(١) - قال الاستاذ شفيق شحاته في الفقرة ١٠٦ / من رسالته : [قرر أحد علماء القانون أن الحوالة الاسلامية هي المرونة بحيث تؤدي وظائف عدة : فهي تؤدي وظائف الاحالة ، والتنازل عن الحق ، والوكالة بالقبض ، والوكالة بالقضاء ، وفتح الاعتماد (انظر « هوفلان » في كتابه « Annales de droit commercial » طبعه سنة ١٩٠٩ م ، ص ١ / وما بعدها)] ا هـ .
وهذا رأي سديد في فهم الحوالة .

« ان حوالة الحق في الاجتهاد الحنفي لاتصح ، وعند الائمة
الثلاثة تصح للحاجة اليها » اه .

غير أنه بالرجوع إلى كتب المذهب الحنفي يتضح أن الواقع المقرر
في نصوصه جواز حوالة كل من الحق والدين ، خلافاً لما ذكره
الاستاذان المشار إليهما .

وليبيان ذلك يجب تحديد معنى حوالة الحق وحوالة الدين ، ثم
تطبيق ذلك على النصوص :

— فحوالة الحق معناها نقل الحق من دائن إلى دائن ، أو بتعبير
آخر : ملول دائن محل دائن بالنسبة إلى المدين .

— وحوالة الدين هي : تبدل المدين بالنسبة الى الدائن ، كما يصرح
به الشيخ أحمد ابراهيم نفسه رحمه الله في مذكرة الالتزامات / ص ٢١٨ /
ومن السهل تمييز نوع الحوالة إذا نظرنا إلى المحيل : فان كان المحيل
هو الدائن فهي حوالة حق ، وإن كان المحيل هو المدين فهي حوالة دين .
٣٣ — إذا علمنا هذا فكل حوالة مطلقة يحيل بها المدين دائنه على آخر
هي من قبيل حوالة الدين ، إذ يتبدل فيها المدين ، ويبقى الدائن هو
نفسه ، وهذا واضح ظاهر .

وكل حوالة مقيدة يكون فيها الانسان مديناً لشخص ودائناً
لآخر ، فيحيل دائنه على مدينه ليقبض ذلك الدائن المحال دين المحيل
من مدينه المحال عليه هي حوالة حق وحوالة دين في وقت واحد ،

لأن المحيل فيها هو دائن للمحال عليه، ومدين للمحال . فيتبدل فيها بالنسبة إلى المحال عليه ، دائن مكان دائن فتكون بذلك حوالة حق ؛ كما يتبدل فيها المدين بالنسبة إلى المحال ، فتكون بذلك حوالة دين . وقد أجاز الفقهاء كلا النوعين من الحوالة المطلقة والمقيدة (ر : المجلة / ٦٧٨) ، وصرحوا بانقطاع حق المحيل في هذه الحوالة المقيدة من أن يطالب مدينه المحال عليه بالمال المحال به ، وأوجبوا ضمان المحال عليه إن دفع الدين إلى دائنه المحيل ، لأن قبض الدين أصبح من حق الدائن الجديد وهو المحال (ر : المجلة / ٦٩٢) .

وعلى ذلك جوز الفقهاء أن يحيل البائع دائنه على المشتري بالثمن ، ويحيل المرتهن على الراهن بالدين ، وتحيل الزوجة على زوجها بالمهر . وكل ذلك من قبيل حوالة الحق يحل فيها دائن جديد — وهو المحال — محل الدائن الاصيل وهو البائع أو المرتهن أو الزوجة . حتى قالوا أنه يسقط بها عندئذ حق البائع في احتباس المبيع ، وحق المرتهن في احتباس الرهن ، وحق المرأة في احتباس نفسها عن الزوج ، إذ يعد كل منهم كالمستوفي لحقه بهذه الاحالة على مدينه (ر : رد المحتار عن الزيادات للإمام محمد ٤ / ٢٩١) .

وصرحوا أيضاً بجواز إحالة المستحق في الوقف دائنه على ناظر الوقف في حقه من الغلة بعد حصولها في يد الناظر (رد المحتار أيضاً) وهنا كما ترى قد حول المستحق في الوقف حقه إلى دائنه .

فهل بعد هذا من مجال لان يقال أن الفقه الاسلامي ، أو الاجتهاد الحنفي ، يقبل حوالة الدين فقط دون الحق ؟^(١) .

(١) - لا ينبغي ان يتوهم من تصوير حوالة الحق بصورة الحوالة المقيدة دون المطلقة ان مديونية المحيل في هذه الحوالة المقيدة هي العلة الفقهية في جواز نقل حقه بالحوالة ، اذ ليس لمديونته او عدمها تأثير فقهي في جواز نقل حقه او عدم جوازه .

وانما التجأنا في التصوير الى الحوالة المقيدة لانها هي التي تتوافر فيها ، في الواقع ، عناصر حوالة الحق ، اذ يجب ان يكون للمحيل في حوالة الحق صفتا دائن ومدين :

- فكون المحيل مدينًا للمحال ليتحقق معنى الحوالة بوجه عام ، لانها لا تسمى حوالة فقهاء الا اذا كانت بين مدين ودائن .

- وكون المحيل دائنًا ايضاً ليتحقق معنى حوالة الحق بنقل المحيل حقه الذي على مدينه الى شخص آخر هو هنا دائنه المحال .

فلو كان المحيل دائنًا فقط فأحال الى غيره لكان هذا إما توكيلاً بالقبض ، وإما بيعاً أو هبة للدين من غير من عليه الدين ، وليس حوالة بالمعنى الفقهي . وقد علمت ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لم يجوزهُ فقهاؤنا .

ولو كان المحيل مدينًا غير دائن لكان حوالة دين لحوالة حق .

فحوالة الحق الفقهية دائماً إنما تكون ، في الواقع ، من نوع الحوالة المقيدة . وفي الاجتهاد الشافعي لا تكون الحوالة أبداً الا مقيدة ، اذ يشترط دائماً ان يكون المحال عليه مدينًا للمحيل بمقدار الحوالة فأكثر ، فهي دائماً نقل للحق وللدين معاً ، ولكنه في الاجتهاد الشافعي نقل نهائي في معنى البيع ، فلا يرجع المحال على محيله بافلاس المحال عليه ولا يشترط في عقدها رضى هذا الاخير . ويجب ان يلحظ في هذا المقام ان نصوص القانون المدني الجديد (وقبله =

٣٤ - هذا، وإن شبهة الاستاذ شفيق شحاته في ذلك هي ما أشار إليه في الفقرة ١٨٠/ من رسالته:

« ان المحال لا يملك بعقد الحوالة مقابل الوفاء عند المحال عليه في الحوالة المقيمة ».

أي ان المحال لا يملك المال الذي للمدين المحيل عند المحال عليه بمجرد الحوالة، وإنما يملكه المحال بعد تنفيذ الحوالة بالقبض. ولذا لو مات المحيل بطلت الحوالة المقيمة كما تقدم بيانه، ورجع المحال على تركة المحيل أسوة بسائر الغرماء الدائنين. ويعتبر من جملة التركة ما للمحيل المتوفي عند المحال عليه من المال الذي كان خصص لوفاء الحوالة.

ولكن هذه الشبهة مبنية على تصور أن حوالة الحق تستوجب التملك كالبيع. وقد عرفت أن الحوالة ليست عند الفقهاء بيعاً وإنما هي عقد خاص يفترق عن البيع في شرائطه ونتائجه.

والفقهاء الحنفيون لم يجزوا للدائن نقل حقه بطريق البيع، ولكنهم أجازوه له بطريق الحوالة، كما أجازوا للمدين نقل التزامه به على ما سبق بيانه وتعليقه. فإذا لم تفد الحوالة التملك فليس معنى ذلك أن الحق لا يقبل الحوالة، إذ هذا هو حد الحوالة وغايتها شرعاً، ولا يمكن أن يطلب بالعقد أكثر من غايته المشروع لها.

= المادة ٦٤/ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية السابق (لدينا قد قضت بعمومها على قاعدة « عدم صحة تملك الدين من غير من عليه الدين » فأصبح للدائن ان يبيع دينه أو يهبه ممن يشاء. وسيأتي التنبيه على ذلك في باب الاموال.

على أن الاستاذين الكريمين متفقان على أن حوالة الدين جائزة في
الاجتهاد الحنفي وسائر الاجتهادات الاسلامية .

وقد رأيت أن الاجتهاد الحنفي حكمه واحد في جميع صور الحوالة:
أنها لنقل المسؤولية بالدين بصورة غير نهائية، حتى ان المحال فيها يرجع على
المحيل عند التوى ، سواء في ذلك الحوالة المقيدة التي فيها نقل حق ،
والمطلقة التي ليس فيها سوى نقل دين، خلافاً للاجتهادات الاخرى التي
تعتبر النقل في الحوالة نهائياً لارجوع بعده بافلاس المحال عليه .

فاذا كان القول بنفي حوالة الحق من الاجتهاد الحنفي مستنداً إلى
كون صورة حوالة لا تفيد نقلاً نهائياً لزم منه أن يقال بنفي حوالة
الدين أيضاً للاشتراك في العلة . ولا وجه للاثبات في صورة والنفي
في أخرى ، وعندئذ لا ندري لماذا وضع الفقهاء في مباحث الفقه
كتاب الحوالة !!؟

٣٥ — نعم إن الفارق بين فقهاء الاحكام القانونية الحديثة في هذا
الموضوع أن نظريات الحقوق الوضعية الحديثة أجازت للدائن نقل
حقه بالبيع والهبة وغير ذلك بصورة مطلقة ، بينما الفقه الحنفي قيد ذلك
في غير الحوالة بأنه لا يجوز أن يبيع الدائن دينه أو يهبه إلا لمن عليه
الدين ، كي لا يفاجأ المدين بدائن لم يتعاقد معه ولا يتحمله .
على انهم جوزوا أيضاً هبة الدائن دينه لغير المدين إذا وكله الدائن
الواهب بقبضه : فيقبضه بحكم الوكالة ، ثم يملكه بحكم الهبة .

والخلاصة أن فصل الخطاب في الموضوع هو التمييز بين الحوالة والبيع .

ولو أن الأستاذ شفيق شحاته إنما ينفي جواز نقل الحق بطريقة البيع فقط في الاجتهاد الحنفي لكان ذلك مسلماً به ولا مجال لانتقاده. ولكنه نفي إمكانه بطريقة الحوالة إذ قال فيما نقلناه من عبارته : « وهذا الانتقال يتم بواسطة ما سموه : الحوالة » . وهذا هو محل المناقشة ^(١) .

٣٦ — نيلزم المسؤولية والمربونية

الأصل في التشريع الإسلامي — وكذا في النظريات الحقوقية الحديثة — التلازم بين عنصري المديونية والمسؤولية في الحل .
فشخص المكلف في الالتزام هو مدين ومسؤول بالمعنى والتحديد

(١) — بعد ما تقدم اخرج الدكتور شفيق شحاته كتابه (حوالة الحق في قوانين البلاد العربية) وهو محاضرات في القانون المدني القاها في معهد الدراسات العربية العالية سنة /١٩٥٤ . وقد جاء فيه (ص / ٦١ فقرة / ٧٧) ما نصه :
« يقال في العادة ان حوالة الحق غير جائزة في الفقه الحنفي بخلاف حوالة الدين .

أما عن حوالة الحق فالذي اتضح لنا بعد استقراءنا للمسائل فيما تقدم ان الحكم بعدم جوازها هو في الواقع حكم مبتسر . »

وهذا كما ترى رجوع عن رأيه السابق في كتابه « نظرية الالتزامات في الشريعة الاسلامية » الى رأينا . وهذا خلق العلماء اذا تبين لهم الصواب .

الذي سبق بيانه في الفقرة السابقة .

ولكن قد ينفك محل المديونية عن المسؤولية لعوارض استثنائية، فيكون محل المديونية هو الذمة الشخصية ، ومحل المسؤولية هو المال . وذلك كما إذا كان المدين قاصراً ، فان التنفيذ يتعلق رأساً بماله ، فلا يحبس في الدين . ولكنه متى ملك تمام أهليته بالبلوغ حمل المسؤوليات شرعاً ، وساغ اجباره قضاء على الايفاء . وسنرى قريباً أمثلة أخرى لهذا الانفكاك في الفقرة ٣٧ / الآتية .

الفرع الثاني

موضوع الالتزام^(١)

الالتزام بالدين ، وبالعين ، وبفعل ، وبامتناع .
— الموضوع الايجابي ، والموضوع السلبي

٣٧ — التزام بالدين ، وبالعين ، وبفعل ، وبامتناع

يقرر علماء القانون ان الالتزام يكون موضوعه احدى اربعة امور :

(١) — تقدم ايضاح معنى موضوع الالتزام في بحث عناصر الالتزام وحقيقته فليُنظر (ف / ٢٦) .

إما اداء مبلغ من النقود ؛ وإما تسليم عين معينة بذاتها ؛ وإما قياماً بعمل معين ؛ وإما امتناعاً عن عمل .

ونجد هذا منطبقاً على ما في الفقه الاسلامي من صور الالتزامات المختلفة . ففي الفقه الاسلامي ايضاً نجد ان الالتزام قد يتعلق بدين أو بعين أو بعمل و بامتناع عن عمل ، كما يتضح مما يلي :

(أ) - الالتزام بالدين :

ان الالتزام باداء مبلغ هو التزام بوفاء دين . فالدين يعبر به غالباً في الفقه الاسلامي عن التزام الملتزم بالنقود أو ما في حكمها من الأشياء المثلثة التي تثبت في الذمة من المكيلات أو الموزونات أو المذروعات أو العدديات المتقاربة (ر : المجلة / ١٥٨) وسيأتي تفصيله . والذمة تفيد معنى العهدة التي تكون للشخص في تحمل الحقوق . وقد يراد منها ما يرادف الالتزام النقدي . وسنبسط الكلام على الدين والعين ونظرية الذمة في الباب الثاني الآتي عن الأموال (ف ١١٥ - ١٢٧) . وقد ميز الفقهاء في التزام الدين بين عنصريه الأساسيين ، وهما : ذات الدين ، والمطالبة به .

فالأصل في هذين العنصرين التلازم ، وقد ينفك أحدهما عن الآخر . ويذكر الفقهاء ذلك بمناسبة الكفالة ، والحوالة ، والإبراء ، والتقصا ، وتأجيل الدين :

— فالكفالة تضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول في المطالبة فقط .

— والحوالة تنقل التزام أداء الدين من ذمة إلى ذمة .

— وفي الإبراء يستفاد من كلام الفقهاء التفريق بين الإبراء عن أصل الحق، والإبراء عن الدعوى به. فالإبراء عن الدعوى فقط لا يسقط الحق ولكن يمنع المطالبة به (ر: رد المحتار كتاب الصلح ٤/٧٤-٤٧٥).
— والتقاص هو أن يثبت للمدين عند الدائن نظير دين هذا عليه. وهو إنما يمنع المطالبة ولا يسقط الديون المتقابلة. فلو أبرأ أحدهما الآخر بعد ذلك طواب بما للآخر عليه، إذ بزوال المانع يعود الممنوع كما سنرى في نتائج التمييز بين العين والدين من باب الأموال (ف/١١٦ سادساً).

— والدين، بوجه عام، يقبل التأجيل الى زمن معين كما يقبل التسجيل، أي التقيسيط، بحيث يؤدي كل قسط منه في موعد معين .
— فتأجيل الدين يمنع المطالبة قبل حلول الأجل رغم قيام الدين .

ب - الالتزام بالعين

أما الالتزام بالعين فذلك عندما يكون محله عيناً معينة بذاتها يقع الالتزام بتسليمها، كتسليم المبيع للمشتري ورد المغصوب الى المغصوب منه، وتسليم الوديعة الى المودع عند طلبها، وإعادة المأجور الى المؤجر متى انقضت مدة الاجارة .

فالالتزام بالعين المعينة بذاتها معناه دائماً : الالتزام بتسليمها .

ويجوز تحديد مكان معين لتسليم العين الملتزم بتسليمها ، كما يجوز ذلك في الدين .

فقد نصو على أنه لو اشترط في عقد البيع تسليم المبيع في مكان معين صح الشرط ووجب تسليم المبيع في المكان المشروط (المجلة/٢٨٧)
(ج) - الالتزام بعمل :

وأما الالتزام بالعمل فصوره كثيرة لا تحصى ، كالالتزام بنقل بضاعة ، أو اصلاح آلة ، أو صنع شيء من الاشياء . ويدخل فيه بصورة عامة التزام كل أجير بالقيام بالعمل المستأجر عليه .

ويشمل الالتزام بالعمل ايضاً ما تقدم من صور الالتزام بالعين والالتزام بالدين . فان تسليم العين ، كرد العارية والمغصوب ، هو نوع من العمل . وكذلك وفاء الديون .

فالعمل او الفعل موضوع عام يشمل تسليم الاعيان المعينة بذاتها ، ودفع الديون ، كما يشمل كل عمل من نوع آخر كاصلاح آلة ، ونقل بضاعة ، واجراء عملية جراحية لمريض ، الخ ..

وقد يعتبر الالتزام الناشئ بعقد الاستصناع التزاماً بالعمل على أحد رأيين للفقهاء في أن المبيع فيه هو العمل أو المعمول . والراجح عندهم الرأي الثاني : أن المبيع فيه هو العين المصنوعة ، وعليه المجلة .

وثمرة الخلاف أن الصانع لوجاء بمصنوع شخص سواه موافق للشروط والافصاف يلزم به المستصنع على الرأي الثاني دون الأول .

د - الالتزام بامتناع عن عمل :

ان ما تقدم من الصور والأمثلة كلها كان موضوع الالتزام فيها ايجابياً يتجلى في القيام بفعل كدفع الدين، وعمل الأجير، وتسليم المبيع والضمن الخ... والموضوع الايجابي هو الصورة الشائعة الغالبة في موضوع الالتزامات .

وقد يكون موضوع الالتزام سلبياً يتجلى في صورة امتناع عن فعل، كالالتزام الوديع بان لا يتعدى على الوديعة، والتزام المرتهن بان لا يستعمل المرهون بلا إذن الراهن، والتزام المستأجر بأن لا يتجاوز المعتاد في استعمال المأجور، والتزام الشريك في المال المشاع بأن لا يستعمل العين المشتركة استعمالاً مضراً بحق شريكه .

٣٨ - إن الموضوع السلي للالتزامات في الفقه الاسلامي يرى كثيراً في الوجائب المدنية العامة التي يفرضها الشرع كمبدأ عام لصيانة الحقوق والأموال، ومنع العدوان، كالأمثلة التي بينها . فهذه واجبات تثبت حكماً بايجاب الشرع .

ولم يرد في الاجتهاد الحنفي ما يسوغ أن يكون الامتناع موضوعاً مباشراً للالتزامات العقدية، كتعاقد اثنين على أن لا يفتح أحدهما محلاً تجارياً في جانب محل الآخر لبيع مثل بضاعته، أو كاتفاق ارباب نوع من المعامل مع أحدهم أن يغلق معمله كي ينحصر الانتاج بهم لقاء

عوض شهري يدفعونه اليه ، كما يجري اليوم بين أرباب المطاحن ،
ونحو ذلك من الموضوعات السلبية في التعاقد .

وإنما يكون الامتناع موضوعاً غير مباشر في الالتزام العقدي ،
فيكون من لوازم العقد ومقتضياته بحسب المبادئ الشرعية العامة
وإن لم يصرح به في العقد . فعدم استعمال الوديعة هو من وجائب
الأمين العامة . وكذا ما ذكر في مثال المأجور والمرهون لأن عيניהما أمانة .

أما العقد على الامتناع عن فعل مدني سائع فهو غير معتبر ، لأن
من المقرر لدى فقهاءنا أن الانسان لا يلزم بتحمل الضرر المحض وان
رضى به^(١) ، والامتناع عن عمل مدني مشروع هو ضرر لصاحبه .

وفي هذا تختلف نظرية الفقه الحنفي عن الفقه الأجنبي . ففي القوانين
الأجنبية قد أقروا مبدأ التعاقد على الامتناع عن فعل ، واعتبروه
ملزماً ، وجعلوا من الموضوع السليبي ميداناً واسعاً للالتزامات العقدية
ولاسيما في المضمار التجاري^(٢) .

(١) - انظر « درر الحكام شرح غرر الاحكام » لمن لا خسرو ، في البيع
الفاسد ج ٢ ص ١٧٠/ في تعليل فساد بيع جذع من سقف وذراع من ثوب
يضره التبعض .

(٢) - تقدم في بيان انواع اطلاق العيني ان الاجتهاد المالكي يستوعق انشاء
مثل هذا الالتزام السليبي بالعقد في حقوق الارتفاق (ر: ف ١٩ / الحاشية) . =

٣٩ — الموضوع الإيجابي ، والموضوع السلبي

هذا ، وبناء على جميع ما سلف بيانه — وخاصة أن الالتزام بالدين وبالعين يدخلان في الالتزام بالعمل الذي هو أعم منهما موضوعاً — يمكن تلمخيص ما تقدم بأن موضوع الالتزام يكون دائماً بوجه عام أحد امرين : إما عملاً ، وإما امتناعاً عن عمل ، أي إما موضوعاً إيجابياً وإما سلبياً . ويدخل في الموضوع الإيجابي (وهو الفعل) وفاء الدين ، وتسليم العين .

٤٠ — تبيين :

ظهر مما سلف أنه لا يجب لاعتبار الحق شخصياً في مقاصد الفقهاء أن لا يكون له تعلق بعين معينة .

= والظاهر ان الاجتهاد المالكي يميز انشاء الالتزامات السلبية بالتعاقد على نطاق اوسع . فقد نص المالكية على انه اذا اتفق المشتري في البيع بالمزاد مع احد منافسيه ان يكف عن الزيادة لقاء مبلغ يدفعه له فكف المنافس عنها يستحق هذا المنافس المبالغ سواء اشترى ذاك السلعة ام لا .

وهذا من صور التناجش الذي تقدم بحثه في الجزء الاول (المدخل الفقهي ف ١٨٧/٢) . فاذا تواطأ المشتري مع جميع منافسيه او اكثرهم على ان يكفوا عن الزيادة كان ذلك غير جائز لضرره بالبائع ، ودخل عندئذ في حد عيوب الرضى ، فيكون للبائع حق ابطال البيع (ر : شرح الخرشي وحاشية العدوي ج ٥ ص ٨٣) .

ويجب ان يلحظ هنا ان نصوص القانون المدني ، (وقبله المادة ٦٤/٦ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية السابق لدينا) تقتضي اعتبار هذه الاتفاقات السلبية ملزمة لاصحابها . فهذا الحكم القانوني هو النافذ لدينا اليوم .

فقد يكون الحق شخصياً ولو أن موضوعه تسليم عين ، كحق
المودع على الوديع بتسليم الوديعة ؛ وحق المالك على الغاصب برد عين
المغصوب ، وحق المشتري على البائع بتسليم عين المبيع .
فالحق هنا متجه الى الفعل المتصل بالعين ، وهو التسليم أو الرد، الخ..
كما تقدم . فهو حق شخصي لمن يتسلم ، وهو التزام على المكلف بالتسليم .
أما ملكية العين نفسها فهي حق عيني لصاحبها المالك

الفرع الثالث

في شرائط الالتزام ، وتعريفه

تعيين طرفي الالتزام — معلومية محله — قيمة المحل
— تعريف الالتزام — الأسماء الاصطلاحية لعناصره .

١ — تعيين طرفي الالتزام :

اتضح مما سلف أن كل التزام لابد فيه من طرفين : الملتزم ، والملتزم له .
فهل يجب أن يكون الطرفان معينين منذ ابتداء الالتزام ونشأته ؟
بما لا شبهة فيه أن الملتزم لابد أن يكون وأن يتعين منذ نشأة
الالتزام ، لأنه هو المكلف أو المدين ، ولا يعقل إنشاء دين في ذمة
شخص غير معين .

أما الملتزم له ، أي صاحب الحق ، فإن الأصل فيه أن يكون أيضاً متعيناً منذ نشأة الالتزام . لكن استقصاء الأحكام الفقهية يدل على أنه لا يجب دائماً أن يكون متعيناً ابتداءً ، بل قد يكفي بتعيينه عند استحقاق تنفيذ الالتزام . ومعنى ذلك أنه يمكن أن يقع الالتزام لمجهول في الابتداء :

(١) — فقد نص الفقهاء على صحة تنفيل الإمام في الجهاد بقوله محرضاً للمجاهدين : من قتل قتيلاً فله سلبه .
وعندئذ من يقتل عدواً يستحق اسلا به ولو لم يكن ممن سمعوا
مقالة الإمام وقت التنفيل .

وقد ورد مثل هذا التنفيل عن النبي ﷺ . (ر : الدر المختار وحاشيته ، باب المغنم من كتاب الجهاد ٣ / ٢٣٨) .

(٢) — وكذلك أجازوا أن يعلن من يفقد شيئاً جائزة لمن يجده ويأتيه به ، ولو لم يكن الخطاب والتكليف موجهاً إلى شخص معين ، ويستحق الواجد أجر المثل في أحد رأيين للفقهاء في ذلك ^(١) .

٣ — وصرحوا أيضاً في العبد الذي يأبق ، أي يفر من مولاه ، أن

(١) — والرأي الثاني أنه لا بد لاستحقاق الجعل أي الجائزة أن يكون الخطاب موجهاً إلى جماعة حاضرين أو شخص معين تخريجاً على الاستنجار (ر : الدر المختار ورد المختار ، كتاب اللقطة ٣ / ٣٢١) .

من أحضره يستحق على مولاه جعلاً قدره أربعون درهماً ، وهو حكم ثابت بالسنة .

ومقتضاه أن المولى عند الإباق يعتبر ملتزماً للجعل تجاه كل من يتأتى منه رد العبد (رد المختار ٣/ ٣٢٦ — ٣٢٧) .

(٤) — وصرحوا أيضاً أن من القى شيئاً وقال : « من أخذه فهو له » أو نحو ذلك ، فلمن سمعه أو بلغه قوله هذا أن يأخذه فيملكه .

أما من لم يبلغه الإعلان فلا يملكه إن أخذه ، لأنه إنما يأخذه عندئذ على سبيل اللقطة ليرده إلى صاحبه ، بخلاف من بلغه القول ، فذلك يأخذه على سبيل الهبة ، وقد تمت بالقبض بعد الإيجاب .

ولا يضر كونه إيجاب التزام لمجهول لأن هذه جهالة لا تفضي إلى المنازعة المشككة ، والملك إنما ثبت عند الأخذ — أي التنفيذ — وهو متعين معلوم إذ ذاك .

وأصل هذا الحكم يستند فيه الفقهاء إلى حديث نبوي .

حتى إن مجرد اللقاء بلا إعلان يفيد هذا الحكم إذا قامت قرينة مقام الإعلان كمن ينثر السكر والدرهم في العرس ونحوه ، فمن أخذ شيئاً منه ملكه (رد المختار ، آخر كتاب اللقطة) .

(٥) — وكذلك صرحوا بصحة الإقرار لمجهول جهالة غير فاحشة كما لو قال شخص لاثنتين : إن لأحدكما عليّ مبلغ كذا ، وعندئذ ينصف بينهما إن اتفقا (المجلة ١٥٧٨) .

على أن صحة الالتزام دون تعيين الملتزم له في هذه الأمثلة الخمسة ونحوها هي حكم استثنائي لا يمكن تعميمه على كل التزام، فان معظم الالتزامات لا بد فيها من تعيين كلا الطرفين عند نشأتها ، وهذا هو الأصل كما في البيع والإجارة وغيرهما .

٤٢ — معلومية محل الالتزام :

وكذلك محل الالتزام ، فانه في أغلب الأحوال لا بد أن يكون معلوماً منذ نشوء الالتزام .

وعدم معلومية المحل في الالتزامات العقدية يكون إما مفسداً للعقد المنشئ للالتزام ، أو مبطلاً له على اختلاف الاجتهادات في ذلك :

فقد اعتبر الاجتهاد الحنفي بيع الشيء المجهول واجارته مثلاً منعقدين لكنهما فاسدان لتأديتهما الى نزاع مشكل عند التنفيذ ، بينما ذهب الاجتهاد الشافعي وغيره الى بطلان العقد بهذه الجهالة .

ويجري مثل هذا الاعتبار في عقود المعاوضة كافة ، كالبيع والإجارة والصلح على بدل والقسمة اذا كان أحد العوضين أو كلاهما مجهولاً .

وإنما قلنا (في أغلب الأحوال) لأن فقهاء الحنفية قد أجازوا في بعض الالتزامات جهالة محلها ابتداءً ، واكتفوا بالمعلومية عند التنفيذ . — فقد صرحوا في الكفالة بجوازها وصحتها إذا كفل الإنسان

ما سينشأ لشخص من دين عند آخر بمبايعته ^(١) .
وكذلك صححوا أن يبيع انسان ما في صندوقه وإن لم يكن
مضمونه معلوماً عند العقد .
وصححوا ايضاً عقد النكاح بمهر مجهول ، وأوجبوا فيه مهر المثل ،
لأن المال ليس مقصوداً اساسياً في النكاح .

٤٣ - قيمة محل الالتزام :

هل يجب أن يكون محل الالتزام ذا قيمة ؟
إن النظر يقضي حتماً أن يكون محل الالتزام ذا قيمة مالية بالنسبة
إلى الملتزم له ، إذ لا منفعة ترجى من عمل أو كفٍ لقيمة له ، كمن
التزم تجاه آخر أن يمشي مدة من الزمن ، أو أن يصوم عن الطعام ،
أو يسهر ، أو نحو ذلك من الأعمال المباحة التي لا طائل تحتها أو لا يعود
على الملتزم له ثمرة منها ^(٢) .

فالواقع أنه في أغلب الأحوال يجب أن يكون للالتزام قيمة مالية ، ولا سيما

(١) - ر : الدر المختار ، كتاب الكفالة ٤ / ٢٦٤ .

(٢) - هذا كما لا يخفى في الالتزامات المدنية ، أما الدينية فقد يصح فيها
مالا يصح مدنياً ، كاللزام التعبدات من صلاة وصيام وصدقة ونحوها ، وهو
ما يسمى : نذراً .

في الالتزامات التعاقدية، إذ العقد إنما يبغي به الطرفان غاية اكتسابية. وتتجلى القيمة المادية في الالتزامات الإيجابية بوضوح، كتسليم المبيع والثلث، وعمل الاجير، وأداء الاجرة، والتمكين من منافع المأجور، ونتائج أعمال الشركاء في الشركة الخ. . . أما الالتزامات السلبية التي سلف بيانها فكذلك تظهر فيها القيمة المادية بطريق غير مباشر، لأن التزام عدم استعمال الأمانة أو عدم التعدي عليها مثلاً هو مصلحة مالية لصاحبها، لأنه يبعد عنها طروء ما يضرها.

وفي البيع شرط الفقهاء صراحة في جملة شرائط انعقاده أن يكون المعقود عليه ~~مالاً منقوماً~~ . ويفسرون المتقوم في اصطلاحهم بأنه ما يجوز الانتفاع به شرعاً، فيخرج ما لا يجوز الانتفاع به ولو كان ذا قيمة في الاسواق لأنها هدر في نظر الشرع، كالخمر والخنزير بالنسبة الى عقد المسلم (المجلة/ ١٢٧ و ١٩٩).

على أنه قد رأينا أن الالتزام لا يختص بما كان ناشئاً عن عقد، بل كل تكليف مدني بعهدة على انسان هو التزام عليه وهو حق شخصي لآخر، كما تقدم في تعريف الحق الشخصي.

فبهذا الاعتبار نجد أن الالتزام في بعض الاحوال قد تكون قيمته أدبية تتصل بالاخلاق والمصالح المعنوية ونظام الاسرة، كالالتزام المرأة بطاعة زوجها ومتابعته، والالتزام الزوج بحسن معاملتها، فهذا يفرضه الشرع كنتيجة لعقد الزواج، والالتزام الولي باعمال الولاية

على قاصر ، فانها عهدة عليه يجب القيام بأعبائها^(١) .

٤٤ - تعريف الالتزام :

بعد أن حصلنا بما سلف بيناه فكرة إجمالية عن الالتزام وموضوعه
نتنقل الى تعريفه بالحد القانوني مستمداً مما سبق ايضاحه .
فالالتزام هو :

كون شخص مكلفاً سرعاً بعمل او بامتناع عن عمل مصلحة غيره .

وهذا هو خير تعريف نضعه بعد النظر في مختلف التعاريف
القانونية الحديثة من مختصر محل ، ومطول فارغ .
ان تأخيرنا هذا التعريف القانوني الى هنا بعد ما تقدم من التمهيد
يجعله واضحاً بلا حاجة الى ايضاح وتحليل^(٢) .

(١) - قد اعتبر في التشريع الفرنسي التزام الزوجة بالطاعة والوصي
بالوصاية من الالتزامات الادبية التي مصدرها القانون (ر : نظرية العقد للاستاذ
السنهوري ف / ٧١ / الحاشية / ٢)

(٢) - نلفت النظر بهذه المناسبة الى أنه ليس من الضروري ، بل ولا من
الصواب ، ما يحرص عليه بعض علماء القانون في مؤلفاتهم من استيعاب معان
في تعريف الالتزام لا يتوقف عليها فهم حقيقته وخصائصها ، كقولهم مثلاً في
بعض التعاريف التقليدية :

وهنا لابد من الإشارة الى أن علماء القانون الاجني، ومن ينقل عنهم من العرب أيضاً، يعرفون الالتزام والحق الشخصى تعريفاً واحداً على أساس أنهما بمعنى واحد كما سلفت الإشارة اليه. وقد سبق أن بينا في مطلع هذا الفصل الثاني خطأ هذا النظر، وأوضحنا اختلاف مفهوم الحق عن مفهوم الالتزام من حيث ان في الحق معنى الدائنية، وفي الالتزام معنى المديونية، وان كانا طرفي رابطة واحدة، وعناصرهما واحدة كما تقدم (ر : ف / ٢٥ و ٢٦).

= الالتزام هو رابطة قانونية محلها عمل او امتناع عن عمل
ذي قيمة مالية او اديية، بمقتضاها يلتزم شخص نحو شخص آخر
موجود اوسيو جد .

(ر : « الالتزامات » للاستاذ الدكتور حشمة أبي ستيت / ف / ٢٥)
ويقصدون بهذه الاطالة الإشارة الى انه لا يشترط في محل الالتزام قيمة مادية، كما لا يشترط وجود الملتزم له عند نشوء الالتزام، بل يكفي وجوده عند التنفيذ. أما الملتزم فيشترط وجوده من الابتداء.
فكل هذه النواحي خارجة عن ماهية الالتزام وحقيقته، وعن خاصته المميزة، وانما هي شرائط قد يشترطها قانون ويهملها آخر.
ومن المقرر علمياً أن الشرائط ليس محلها التعاريف. فلو اردنا مثلاً تعريف عقد الوكالة لوجب أن تقتصر في تعريفها على قولنا : « انها إئابة شخص لغيره عنه في التصرف » (كما يعرفها فقهاء الشريعة الاسلامية) فان تعريفها ليس محلاً لذكر الشرائط المطلوبة في الموكل، والوكيل، والتصرف الذي يجوز فيه التوكيل.

وهذا يوجب أن يعرفا بتعريفين مختلفين يظهر منهما هذا الفارق الاساسي .

ولذلك عرفنا الحق الشخصي فيما سبق بانه : مطلب بقوله الشرع لشخص على آخر (ر: ف/ ٧) والآن عرفنا هذا الالتزام بهذا التعريف الآخر .

٤٥ — الاسماء الاصطلاحية لعناصر الالتزام :

اصطلاح شراح نظرية الالتزامات على تسمية طرفي الالتزام دائناً ، ومديناً .

فالدائن هو الملتزم له ، والمدين هو الملتزم ، ومحل الالتزام هو الدين . وهذا ترجمة حرفية عن اصطلاح القانون الفرنسي ، اذ يسمى الملتزم له : Créditeur والملتزم : débiteur .

وهذا الاصطلاح — على ما فيه من سهولة الاستعمال والاختصار ووضوح الدلالة — غير مناسب لعرف الفقه الاسلامي واصطلاحه بالنسبة الى الالتزامات التي موضوعها العمل كما في الاجير والمستأجر ، والتي موضوعها ذو قيمة أدبية كواجب الطاعة والمتابعة على المرأة لزوجها ، اذ يعد في منتهى البعد عن الذوق الفقهي تسمية الزوجة في هذا مدينة ، والزوج دائناً .

والاولى فيما نرى أن يقتصر في التسمية على الالفاظ الثلاثة : الملتزم والملتزم له ، والالتزام .

على أنه إذا أريد الاصطلاح على مرادف لهذه الالفاظ الثلاثة بعيد
عن الاشتباه اللفظي في الرسم فخير ما نختاره هو :

الطالب ، للملتزم له ؛

والمكلف ، للملتزم ؛

والتكليف ، او العهدة ، او الوجبة ، للالتزام ^(١) .

(١) - لفظ الالتزام قد استعمله الفقهاء الاسلاميون من القديم بمعناه الحديث
اليوم في الاصطلاح القانوني .

فقد جاء في الموافقات للشاطبي المالكي بمناسبة الكلام عن خطاب الشارع ،
(اي النص التشريعي الذي هو اساس التكليف) مانصه :

« ان من شرط تعلق الخطاب امكان فهمه ، لانه الزام
يقضي التزاماً »

(ر : الموافقات ، في بحث « المانع » ٢٨٥/١)

ويقول الشيخ عبد العزيز البخاري من كبار فقهاء الحنفية والاصوليين في
شرحه « الكشف » على أصول فخر الاسلام البزدوي في بحث بقاء ذمة الشخص
أو انهدامها بالموت ، مانصه :

« ان ذمة الميت لم تبق محلاً لوجوب الحقوق فيها ابتداء
بعد الموت . وكما يشترط المحل لابتداء الالتزام يشترط
لبقاء الحق » .

(ر : الكشف ٣١٤/٤)

وسنرى في نظرية الذمة تعريف الاصوليين لها بانها : صفة يقدرها الشارع
في الشخص تجعله صالحاً للالتزام والالتزام .

الفرع الرابع

في مصادر الالتزام

معنى مصدر الالتزام - حصر المصادر
وترتيبها - أساس هذا الحصر

٤٦ - معنى مصدر الالتزام

مصدر الالتزام هو الأمر أو الحادث الذي نشأ عنه الالتزام.
وهو يقع دائماً في جواب السؤال : من أين نشأ الالتزام ؟ .

فالالتزام بين المتبايعين مصدره عقد البيع ؛ والتزام المتلف بالتعويض
عما أتلف مصدره الفعل الضار ؛ والتزم الأب بنفقة ولده مصدره الشرع
نفسه استناداً إلى البنوة والفقر

ومن ذلك يتضح أن مصدر الالتزام هو سببه نفسه المتقدم ذكره
في الفقرة ٢٧ - وهو الذي يربط العناصر المادية (الطرفين والمحل)
برابطة الالتزام - لأن المصدر الذي ينشأ منه الالتزام ليس في الحقيقة
إلا الحادث الذي ربط به الالتزام وجوداً وعدماً . وهذا معنى السبب
وقد صرح الفقهاء والاصوليون أن كل عقد هو سبب للأحكام
التي تنشأ عنه ، وهي الالتزامات . فإذا كان العقد من مصادر الالتزام

كما سيأتي ، كانت النتيجة أن سبب الالتزام هو مصدره نفسه^(١).

٤٧ - مصدر مصادر الالتزام

ومصادر الالتزام بوجه عام قد استقر الاستقراء والنظر الفقهي على حصرها في خمسة مصادر كلية وهي :

العقود ، والارادة المنفردة ، والفعل الضار والفعل النافع ، والشرع^(٢) ومعنى المصدرية في هذه الأمور أن كل التزام لا بد أن يكون

(١) - جاء في رسالة « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية » للاستاذ شفيق شحاته (ف/٤٦) ما نصه :

« وفي الواقع ان من عناصر الالتزام في التشريع الاسلامي . السبب ، ولو ان ذلك لم يذكر صراحة . والفقهاء عندما يستعملون لفظ « السبب » يقصدون في العادة مصدر الالتزام . وانا نجد مثلاً الشرطين يقولون بوجود ذكر « سبب الدين » في ذكر الحق . وكذلك يشترط ذكر السبب في الدعوى بالدين » اهـ .

والشرطيون الذين ورد ذكرهم في كلامه هم الفقهاء المؤلفون في موضوع طرائق انشاء الصكوك التي كانت تسمى « كتب الشروط » كابني جعفر الطحاوي مؤلف كتاب « الشروط الكبير » .

(٢) - التشريع الفرنسي قد جعل في القانون المدني مصادر الالتزام الخمسة هي : العقد ، وشبه العقد ، والجورم ، وشبه الجورم ، والقانون . وقد بين شراح نظرية الالتزامات المتأخرون أن ذلك التقسيم خطأ ووهم ، فلا يوجد شبه عقد ، ولا شبه جرم .

وقد بينوا منشأ الوهم في هذا التصور والتسمية بالاستناد الى القانون الروماني الذي هو أصل القانون الفرنسي ، اذ كان مصدر الالتزامات عامة عند الرومانيين الجرائم والعقود فقط . ثم ألحقت بها التزامات ليست ناشئة عن

مستنداً إلى أحد هذه الأسباب ومتولداً عنه .
ولا يجب أن تشترك كل هذه المصادر أو اثنان منها فأكثر في توليد
الالتزام — كما يجب أن تتحقق جميع الشرائط لوجود الأمر المشروط —
لأن هذه المصادر أسباب مولدة، والأسباب إذا تعددت يكون كل منها
مستقلاً عن الآخر في توليد الأثر المسبب عنه. فكلما وجد سبب نشأ عنه
الالتزام الذي يقتضيه في نظر الشرع .

٤٨ — المراد من مصدر الالتزام المتقدم انما هو السبب
المباشر لا المصدر الأمر في ايجاب الالتزام ، إذ تكون عندئذ جميع
المصادر مردها إلى الشرع أو الى القانون ، لأنه هو الأمر بالالتزام
عند وجود تلك الأسباب المباشرة .

على أن بعض شراح نظرية الالتزامات الأجنبية يذهبون الى هذا
الرأي، فيتصورون أن جميع الالتزامات يجب أن يعتبر مصدرها التشريع ،

= عقد ولا عن جرم ، ولكنها تشبه الالتزامات الناشئة عن جرم او عن عقد ،
كاتلاف مال الغير ، وعمل الفضولي .

فسمى بعض الحقوقيين المتأخرين من الفرنسيين أسباب هذه الزمرة من الالتزامات :
« اشباه الجرائم ، واشباه العقود » ظناً منهم ان الشبه المقر بين انواع الالتزامات
في النظر الروماني هو شبه بين مصادرها ، فخلطوا بين الالتزام ومصدره .

وقد ساد هذا الوهم زمناً في النظريات الفرنسية وجاء القانون المدني الفرنسي
فبنى على هذا الوهم (ر : نظرية العقد للاستاذ السهوري)

وان الذي استقر عليه الرأي القانوني الحديث هو التقسيم الذي ذكرناه ،
وهو يتفق مع الفقه الاسلامي لانه مبني على استقرار طبيعته صحيح كما سنرى .

اذ اليه المرجع في اعتبار الحادث مولداً للالتزام أو غير مولد^(١)
لكن هذا النظر غير سديد، لأن البحث انما هو في المصدر المباشر
الذي يتولد منه الالتزام ، فان بعض الالتزامات لها أسباب طارئة
هي العلة المباشرة في نشوء الالتزام ، كالعقد ، والاتلاف ، والغصب
الخ ... فإضافة الالتزام اليها اليق وأقرب ، اذ موقف الشرع فيها أشبه
بموقف حاكم لا منشئ .

أما التزامات التي لا يظهر فيها حادث مباشر تضاف اليه، فيكون
ايجابها من التدابير الشرعية التي يتدخل فيها الشرع مباشرة لتحقيق مصالح
يقدرها ، ونظم حيوية أو اجتماعية يحميها ، كنفقة الأقارب ، وايجاب
الضرائب ، فانها تضاف الى الشرع بهذا الاعتبار وان كانت في الحقيقة تستند
إلى أسباب قائمة كوجود القرابة المحرمة مع الفقر والعجز في وجوب
نفقة القريب على قريبه ، لأن الشرع لا يتدخل ويفرض بلا سبب .
على أنه اذا اعتبر الشرع هو المصدر العام الوحيد اختلطت أنواع
المصادر المباشرة ، وزالت مزية التمييز والتصنيف فيها ، تلك المزية التي
يمتاز بها اسلوب نظرية الالتزام العامة .

(١) - هذا الرأي يشبه رأي من يقول من علمائنا بان مصادر الفقه
الاسلامي الاربعة - الكتاب والسنة والاجماع والقياس - يجب ردها الى مصدر
واحد وهو القرآن فقط ، لانه هو الأمر باعتبار بقية المصادر . وقد تقدم
ذكره ونقده في القسم الاول من الجزء الاول (ف / ٤١) .

٤٩ - الاساس المنطقي لهذا المحصر في مصادر الالتزام :

ان الاستاذ العلامة عبد الرزاق أحمد السنهوري قد أتى في كتابه « نظرية العقر » بتحليل ممتاز كشف به عن المستند المنطقي لتعيين مصادر الالتزام في القانون وحصرها وترتيبها. وقد بين فيه كيف تتفرع مصادر الالتزامات ، بل مصادر الحقوق كلها قاطبة ، من أصل منطقي واحد ، وأوضح فيه أن هذا المحصر طبيعي عقلي مستوعب .

ونحن نلخص رأيه فيما يلي مع شيء من التصرف وضرب الأمثلة

٥٠ - الواقعة الشرعية : ^(١)

ان كل سبب ينشئ علاقة شرعية أو يؤثر فيها هو أمر يجد فيحدث تعديلاً في العلاقات البشرية القائمة قبل وجوده .

فلو تصورنا أنه قد حصل على سطح الارض سكون وتوقف عن كل حركة أو حادث جديد أمكن أن نقول : ان جميع العلاقات تبقى حينئذ على حالها السابق دون تغير .

فاذا حدث بعد ذلك أية حركة جديدة طبيعية أو ارادية فقد يكون من شأنها أن تعدل في هذه العلاقات .

(١) - اننا نعبّر في مباحث الفقه الاسلامي بلفظ « الشروع » حيثما يعبر الباحثون في نظرية الالتزامات بلفظ « القانون » جرياً على اصطلاح فقهاءنا . فلذا استبدلنا اسم « الواقعة الشرعية » باسم « الواقعة القانونية » الوارد في كلام الاستاذ السنهوري .

ان تلك الحركة الجديدة الواقعة اذا كان من شأنها أن تنتج أثراً
شرعياً سميت : « الواقعة الشرعية » .

ان الواقعة الشرعية إما أن تكون راجعة الى ارادة الانسان ، أو
تكون مما لا علاقة لارادته بها .

فهبوب العواصف وانفجار البراكين قد يعتبر قوة قاهرة ، أي حالة
اضطرارية تعفي المكلف من بعض التزاماته المتوقعة على الامكان ،
كما إذا حالت دون امكان انتفاع المستأجر بما جوره اذ تسقط الأجرة ،
أو دون قيام متعهد بتعهده في وقته فلا يضمن ضرر التأخير ، أو دون
قيام وديع بحفظ الوديعة فلا يقع عليه ضمان التقصير .

وقد تكون الواقعة من عمل انسان فاقد الارادة والأهلية كالمجنون ،
أو الصغير غير المميز إذا أتلف مال الغير فانه يلزم بالضمان (التعويض) .
وقد تكون من جهة انسان ذي ارادة دون أن يكون لارادته
دخل فيها ، كالميلاد ، فانه يثبت للمولود حقوقاً ، وكالموت فانه ينشئ
للورثة أو الموصى لهم حقوقاً كذلك .

فلذا يصح أن يقال بوجه عام :

— ان الوقائع الشرعية إما أن ترجع إلى حوادث الطبيعة أو إلى
إرادة الانسان .

— وما يرجع منها الى إرادة الانسان أكثره اعمال مادية قد يريد
صاحبها بها أو لا يريد احداث أثر في العلاقات الشرعية القائمة . فهو

يأكل ويمشي ويتحدث الخ .. ولا يقصد إلى أثر شرعي بذلك ، ولكن قد تتأثر العلاقات الحقوقية دون قصد منه :

فإذا أكل شيئاً لا يملكه أصبح مسؤولاً بعوضه . وكذا إذا مشى دون حيلة فالتلف شيئاً . وإذا ذكر في أحاديثه مثالب غيره بما يعتبر جرم قذف أو قدح ودم حمل بذلك مسؤولية ضمانية أو عقابية .

— ومن الوقائع التي ترجع إلى إرادة الإنسان ما ليست بأعمال مادية ، بل هي أعمال الإرادة ، والمراد بها توجه الإرادة المحضة إلى إحداث نتائج شرعية معينة . وهذا يسمى : « تصرفاً شرعياً » ، تمييزاً له عن الأعمال المادية .

— فمن هذه التصرفات الشرعية ما يرجع إلى إرادة الشخص منفرداً كالوصية والوقف ، وهو التصرف الشرعي الوحيد الطرف . ومنها ما يقترن بإرادة طرف آخر ، وهو العقد . فنستطيع إذن أن نستخلص مما تقدم ونقول : إن الوقائع الشرعية بجميع أنواعها هي مصادر الروابط والعلاقات الحقوقية .

٥١ — بعدما تقدم أيضاً يمكن تقسيم الوقائع الشرعية بالتدرج من الأعم إلى الأخص كما يلي .

- (أ) — الوقائع إما طبيعية أو اختيارية .
- (ب) — والوقائع الاختيارية إما أعمال مادية أو تصرفات شرعية
- (ج) — والتصرفات الشرعية إما وحيدة الطرف ، أو متعددة .

والشرع من وراء كل ذلك محيط ، فهو الذي يحدد الآثار التي
تترتب على الوقائع والاعمال .

٥٢ - تطبيق هذا الترتيب على مصادر الالتزام بوجه عام :

إن الوقائع الطبيعية ، كالجوار والقراة والمرض ونحوها ، يرتب
عليها الشرع التزامات معينة معلومة في أماكنها لاعتبارات ترجع الى
العدالة والتنظيم الاجتماعي .

لذلك يصح إسناد تلك الالتزامات إلى الشرع رأساً لتدخله المباشر
فيها فيكون هو مصدرها .

أما الوقائع الاختيارية فإن أحد قسميها هو التصرفات الشرعية
وهذه — سواء منها وحيد الطرف كالوقف ، ومتعدده كالعقود
المتنوعة — يعتبر مصدرها هو التصرف الشرعي نفسه ، وإن كان
الشرع هو الذي يأمر بالالتزامات التي تنشأ عنها إذ إن الشرع فيها
مصدر غير مباشر ، والمصدر المباشر هو التصرف ذاته ^(١) .

والقسم الثاني من الوقائع الاختيارية ، وهو أعمال الإنسان المادية ،
نوعان :

الاول) — أعمال ممنوعة تضر بالغير فتلزم بتعويض الضرر ،
كالتعدي على النفس أو المال . فهذا الالتزام مصدره المباشر هو العمل
المادي الضار .

(١) — وهو سبب الالتزام في نظر الفقه الاسلامي كما تقدم (ر : ف / ٢٦) .

والثاني) — أعمال مشروعة^(١) تصدر من واحد فيفتقر بهما من حيث يستغني غيره دون سبب مبرر . فيلتزم من اغتنى من افتقار سواه أن يرد إليه ما اغتنى به على حسابه ، كمن أدى دين غيره بامرره ، أو اشترى شيئاً فثنين بعد ذلك أنه ملك الغير واستحق من يده ، أو دفع ديناً يظنه على نفسه ثم تبين أنه كان بريئاً منه ، حيث يرجع على الأمر في المثال الاول ، وعلى البائع في المثال الثاني ، وعلى الدائن القابض في المثال الثالث .

فهذا الالتزام مصدره المباشر هو العمل المادي النافع . والمصدر غير المباشر في كل من التصرفات الشرعية والأفعال المادية هو الشرع . فبذلك تنحصر مصادر الالتزامات في الخمسة السابقة الذكر : العقد ، والارادة المنفردة ، والعمل الضار ، والعمل النافع ، أو (الأثرء بلا سبب) ، والشرع .

وتطبيقها على ترتيب الوقائع المتقدم ظاهر :

- فالعقد ، والارادة المنفردة يدخلان في التصرفات الشرعية .
- والعمل الضار ، والعمل النافع يدخلان في الأفعال المادية .

(١) — يجب ان يلحظ الفرق في المعنى بين العمل الشرعي ، والعمل المشروع . فالشرعي هو ما يترتب عليه حكم واثر في نظر الشرع . فالوقائع ، حتى الطبيعية منها والأعمال الممنوعة كالجرائم ، تسمى شرعية بهذا الاعتبار . أما المشروع فهو ما يسيغ الشرع فعله ، ويقره .

— وكل من الاعمال المادية، والتصرفات الشرعية، هي وقائع اختيارية
— وتقابلها الوقائع الطبيعية التي تنسب مصدرية الالتزام فيها
الى الشرع^(١) .

- (١) — واما تطبيق هذا الترتيب على مصادر الحقوق كافة بجميع انواعها ،
لا الالتزامات خاصة ، فيمكن تلخيصه كما يلي :
- أ) — في الحقوق العينية : ان الاسباب المعروفة شرعاً وقانوناً في اكتساب
الحقوق العينية من عقد معاوضة ، او هبة ، ارميراث ، او وصية ، او احرار ،
او شفعة ، او التصاق الخ... اذا رتب بالترتيب المتقدم في الوقائع كان منها :
- وقائع طبيعية كالميراث والشفعة ؛
— واعمال مادية كالا حراز ؛
- وتصرفات شرعية وحيدة الطرف كالوصية ، او متعددة الطرف كالبيع .
- ب) — في حقوق الاسرة : ان بعض مصادر حقوق الاسرة وقائع طبيعية
كما في النفقة والولاية . وبعضها مصدره أعمال مادية ، كثبوت النسب ،
وكتاكيد تمام المهر بالحلوة الزوجية بعد العقد . وبعضها مصدره تصرفات شرعية
وحيدة الطرف كالحقوق الناشئة عن الطلاق ، او متعددة الطرف كعقد الزواج .
- ج) — في الحقوق العامة : وكذلك الروابط التي ينظمها القانون العام :
- بعضها يرجع الى الوقائع الطبيعية ، كحق من توافرت فيه شروط
الانتخاب او الترشيح .
- وبعضها يرجع لاعمال مادية ، كالحقوق والالتزامات التي تنشأ بين
الدول في حالة الحرب ،
- وبعضها يرجع الى تصرفات قانونية من جانب واحد ، كتنقل
الموظف ، وعمل الهيئات التشريعية في سن القوانين .
- وبعضها ينشأ عن أعمال قانونية صادرة من جانبين ، كالعقود التي
تبرمها الجهات الادارية مع الافراد .

الفرع الخامس

في التعريف بنظرية الالتزام العامة وترتيبها

في الفقه الوضعي

وموقف الفقه الاسلامي منها

٥٣ — عرفنا مما سبق أن الحقوق المالية أجمع تنقسم في الأصل الى نوعين أساسيين هما : الحق الشخصي ، والحق العيني . (يضاف اليه نوع ثالث طارئ ، هو حق الابتكار) .
ورأينا مبني التمييز بين الحق الشخصي والالتزام وبين الحق العيني . وهذا التمييز يرى علماء القانون أنه موجود في الفقه الروماني .
ان الفقه القانوني المنحدر عن الحقوق الرومانية في اوروبا اللاتينية وكذا التقنيات التي قامت على أساسه مستمدة من اصول رومانية ، كلها ترتب أحكامها القانونية ومباحثها على أساس التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني . فهم يتخذون الحق نفسه أساساً للترتيب القانوني .

٥٤ -- ومن ثم يقسمون القانون الى قسمين أساسيين :

أ) -- قسم أول يخصص للحقوق الشخصية وللالتزامات التي تقابلها . ويعرض في هذا القسم بترتيب خاص ما يتعلق بهذه الحقوق الشخصية والالتزامات من مباحث وأحكام .

ب) -- وقسم ثان يخصص للحقوق العينية ، يعرض فيه ما يتعلق بها أيضاً من مباحث وأحكام .

وهذا القسم الثاني المتعلق بالحقوق العينية من الاحكام القانونية قد يسمى في الاصطلاح القانوني : نظرية الاموال ، باعتبار أن العنصر البارز المنظور إليه في الحق العيني إنما هو محل هذا الحق وهو المال ، لعدم وجود شخص مكلف كما في الحق الشخصي .

يتضح من ذلك أن التمييز بين الحقين الشخصي والعيني في الفقه القانوني الاجنبي هو حجر الاساس الذي تقوم عليه الصياغة الفنية العامة لذلك الفقه كله .

وهذا الترتيب في الصياغة هو الذي جرى عليه قانوننا المدني وأصله المصري الجديد ، تبعاً لمصدرهما الاجنبية المستمد منها . فقد انقسمت الأحكام في كل من هذين القانونين إلى قسمين كليين أساسيين كما سبقت الإشارة إليه :

— القسم الاول في الحقوق الشخصية والالتزامات .

— والقسم الثاني في الحقوق العينية .

٥٥ — ان القسم الاول من القانون وهو ما يتعلق بالحقوق

الشخصية والالتزامات يتضمن جانبين كبيرين من الاحكام :

الجانب الاول - : تعالج فيه الاحكام العامة في الحقوق الشخصية والالتزامات ، وهي الاحكام التي تخضع لها جميع تلك الحقوق والالتزامات . ويؤلف هذا الجانب من الاحكام التشريعية ما يسمى في الاصطلاح القانوني : قواعد الالتزامات ، أو الاحكام العامة في الالتزامات ، أو الالتزامات بوجه عام ، (كما سماها قانوننا وأصله المصرى الجديد) أو : *نظرية الالتزام العامة* . وهذا هو الاسم المشهور لهذه المجموعة من الاحكام العامة في لسان علماء القانون .

وفي هذه التسمية - كما ترى - تغليب لجانب الالتزام على جانب الحق ، حيث قيل : « *نظرية الالتزام* » ولم يسموها : « *نظرية الحق الشخصي* » ، لأن الالتزام هو المنظور اليه في الدرجة الاولى ، إذ إن العنصر البارز في الحق الشخصي هو المكلف الملتزم به . فان المقصود الاصيل من سن القوانين إنما هو تعيين المسؤول في التصرفات والوقائع وتحديد مسؤوليته .

واذا كان التشريع قوة مجبرة فمحل الاجبار هو الملتزم .

فبناء على ذلك ، اذا قيل : « *نظرية الالتزامات* » فهي في الوقت نفسه « *نظرية الحقوق الشخصية* » أيضاً .

والجانب الثاني - : تعرض فيه العقود المسماة من بيع وهبة الخ... عقداً فعقداً بترتيب خاص ، وتذكر فيه الأحكام القانونية التي ينظمها

القانون لكل عقد منها . وذلك لان الحقوق والالتزامات القانونية التي يولدها كل عقد من هذه العقود تنطوي على :

(أ) -- أحكام تتمشى مع القواعد العامة المقررة في الجانب الأول المتقدم الذكر ، فتكون بمثابة تطبيق لها وتذكير بها .
(ب) -- وأحكام استثنائية من تلك القواعد تخرج عنها لاسباب وعلل تلاحظ في طبيعة كل عقد ، أو في مقتضيات التعامل والتوجيه التشريعي فيه .

هذا ، ويتضح من ذلك أن نظرية الالتزام العامة ، وهي من ثمره ذلك التمييز بين الحقين الشخصي والعيني ، تؤلف مع العقود المسماة شطر القانون وهو الشطر الأهم .
وتأتي هذه العقود المسماة برزخاً حازماً بين نظرية الالتزام العامة ونظرية الاموال (الحقوق العينية) لأن العقود تولد كلا النوعين من الحقوق : الشخصية والعينية .

٥٦ -- ترتيب نظرية الالتزام العام في الفقه القانوني :

ثم ان ذلك الجانب الأول الآنف الذكر (أي الأحكام العامة المتعلقة بالحق الشخصي والالتزام) المسمى بالنظرية العامة للالتزامات ينشطر البحث فيه كله إلى شطرين أساسيين :

(الشطر الأول) : يبحث فيه عن مصادر الالتزام الخمسة المولدة له في نظر القانون وفقهه .

وهي : العقر ، والارادة المنفردة ، والفعل الضار ،
والاراء بسبب ، والقانون .

(والشرط الثاني) : يبحث فيه عن احوال التي تعتري الحقوق
الشخصية والالتزامات بعد تولدها ونشوءها .

٥٧ -- وهذا الشرط الثاني من الأحكام العامة يسمى في
اصطلاح علماء القانون : أحكام الالتزام في ذاته ، أي أحوال
الالتزام مجرداً ، بقطع النظر عن مصادره المولدة له ، لأنه تبحث عن
الأحوال التي تعتري كل التزام مهما كان مصدره ، بينما أن الشرط الأول
من تلك الأحكام العامة وهو المتعلق بمصادر الالتزام تبحث في
كل مصدر منه الأحكام العامة الناشئة عن ذلك المصدر دون المصادر
الآخري ، كأحكام المسؤولية العقدية ، والمسؤولية التقصيرية .

-- فأولى (المسؤولية العقدية) ترسم حدوداً تطبق على الالتزامات
التعاقدية ، أي الناشئة عن عقد بين طرفي الالتزام ، وهذه يبحث عنها
في نظرية العقر ، أي أحكامه العامة .

-- أما الثانية (المسؤولية التقصيرية) فترسم حدوداً تطبق على
الالتزامات الناشئة عن كل فعل ضار ولو لم يكن بين صاحب الحق
والملتزم عقد ما . وهذه المسؤولية يبحث عنها في نظرية الفعل الضار .

لذلك وزعت الأحكام العامة في الترتيب كما يلي :

أولاً -- ما يتعلق بمصادر الالتزام من أحكام .

ثانياً) — ما يتعلق بالأحوال التي تعتري كل التزام بعد تولده ، مهما كان مصدره ، وهو أمطام الالتزام في ذاته .

٥٨ — واحوال الالتزام هذه ، أو أحكامه في ذاته هي :

(١) — آثار الالتزام . ويبحث فيها عن تنفيذه وأنواع هذا التنفيذ (التنفيذ عيناً أو بطريق التعويض) ووسائله القانونية .

(٢) — اوصاف المصلحة بآثار الالتزام . ويبحث فيها عن :

أ) — الشروط التعاقدية التي إذا اشترطها طرفا الالتزام انحرفت بذلك الالتزام عن حكمه الأصلي الذي كان يثبت له لولا ذلك الاشتراط .
ب) — الأجل الذي للالتزام فيؤثر فيه نظير تأثير الشرط .

(٣) — انتقال الالتزام . ويبحث فيه حوالة الحق الشخصي (أي تبدل الدائن دون المدين) وحوالة الدين (أي تبدل المدين دون الدائن) .

(٤) — إثبات الالتزام . ويبحث فيه عن البرينات من وثائق خطية ، وشهادات ، وعن الاقرار ، واليمين ، والقرائن ، ووسائل اثبات الحق .

(٥) — انقضاء الالتزام . ويبحث فيه عن الحالات التي تسقط فيها الالتزامات المدنية عن الملتزم المكلف بها : إما بوفائها عيناً أو بما يقوم مقامه ، وإما دون وفاء كما في حالي البراء والتقدم .

هذا ترتيب نظرية الالتزام العامة في تطورها الذي انتهت إليه ، ومبناها الذي تقوم عليه صياغتها الفنية الأخيرة وصياغة الفقه القانوني الذي

قام حولها. وهو الترتيب الذي اتبعه قانوننا المدني وأصله المصري الجديد.

٥٩ - مزايا وعيوب ترتيب نظرية الالتزام العامة :

إن ترتيب نظرية الالتزامات هذا هو ترتيب له مزايا وفيه عيوب كشف عنها الأنظار القانونية الحديثة التي تتجه إلى ترتيب آخر ظهرت طلائعه في القانون المدني الألماني .

(أ) - مزايا هذا الترتيب :

فأما مزايا هذا الترتيب فيها فهو أنه جعل منها وحدة نظرية جامعة كشجرة تنظم جميع فروع الأحكام العامة متفرعة من جذع واحد ، هو الحق المالي ، فأحد فرعيه ، وهو الحق الشخصي ، تشعب مباحثه من مصادره إلى أحواله فتتكون منها مجموعة نظريات جزئية وقواعد وأحكام مترابطة تؤلف نظاماً قانونياً متماسك الأجزاء ، يتابع الحق والالتزام من وادئهما إلى وفائهما ، ويتجلى فيه جمال الصياغة الفنية ، والاحاطة والتسلسل ، بالصورة التي سبق رسمها وشرحها ، ولذا استحق هذا النظام اسم : النظرية العامة .

(ب) - عيوب هذا الترتيب :

على أن جمال هذا المظهر الفني في ترتيب النظرية العامة للالتزامات قد بدأت تظهر فيه عيوب كثيرة لدى النظر والتأمل بمقاييس منطقية جديدة ، أصبح بها ترتيب هذه النظرية عرضة لتيار انتقادات قوية منذ أن ظهر

الاتجاه الحديث في الترتيب القانوني الذي اعتمده واضعو القانون الألماني ، وهو صياغة نظرية قانونية عامة بترتيب جديد ينطلق من النظر إلى المصدر المولد للحق والالتزام لا من النظر إلى أحوالهما ، ويرد هذا المصدر إلى قسمين أساسيين هما : التصرف القانوني ، والواقعة القانونية .

وقد أيدهم في هذا الاتجاه فريق من علماء القانون الفرنسيين كالاستاذ سالي وتلاميذه . وبذلك أصبح نجم نظرية الالتزامات مهدداً بالأفول ليحل محلها نظرية عامة تقوم على ترتيب آخر أكثر منطقية وانسجاماً منها ^(١) .

٦٠ — والذي نراه في هذا المقام أن نظرية الالتزام العامة تقوم على أساس من الترتيب غير سديد رغم ما فيها من جمال المظهر الفني في الصياغة .

ونقطة الانطلاق في خطأ ترتيبها فيما نرى هو أنها تتخذ الحق والالتزام أساساً للبحث والتفريع والترتيب مع أنهما ، أي الحق والالتزام ، أثر لمصدرهما المولدة لهما ، ويأتي فيها البحث عن المصدر

(١) — قد اوفى هذه الانتقادات حقها من البحث ووضحها الاستاذ الدكتور محمود ابو العافية في كتابه القيم الذي عنوانه : « التصرف القانوني المجرد » وبين ان نظرية الالتزامات اصبحت تحمل جميع جرائم الفناء ، مما يحكم معه انها لا يؤمل لها طول البقاء ، فليُنظر ذلك فيه . وهو رسالة دكتوراه نالت الامتياز من جامعة القاهرة .

(وهو المنشئ المؤثر) كفرع في مباحث الحق والالتزام . وهذا خلاف ما يقتضيه الواقع الطبيعي ، فان المصدر يوجد أولاً فيستلزم وجود الحق والالتزام اللذين يأتیان نتيجة مطاوعة في نظر القانون . فمن الواجب أن يتخذ المصدر ، لا الأثر ، أساساً للبحث والتفريع والترتيب ، وتبنى النظرية العامة عليه ، وتأتي الحقوق والالتزامات كثمرات ونتائج لأحوال المصدر ، بعكس ترتيب نظرية الالتزامات التقليدية تماماً .

٦١ - وقد كان من نتائج ذلك الترتيب التقليدي المعكوس في نظرية الالتزامات أن مباحث هامة هي من مصادر الالتزام بمقتضى طبيعتها ، ولكنها تذكر في أحواله جريباً مع الترتيب التقليدي :

أ) - من ذلك مثلاً أن حوالة الحق والدين تذكران في بحث انتقال الالتزام على أنها حالة من أحواله ؛ بينما هذه الحوالة إنما تتم بعقد ، والعقد من المصادر . وبذلك اختلط بحث المصدر بالأحوال .

ب) - ومثل ذلك يقال في بحث الشرط والأجل ، فانهما من أحوال العقد لا يتحققان إلا فيه ، ولكنهما رغم ذلك يذكران في أحوال الالتزام .

ج) - وكذلك عقد الرهن مثلاً فانه لا يذكر مع العقود المسماة التي تعقب مباحث النظرية العامة بحجة أنه ينشئ حقاً عينياً تبعياً هو حق احتباس المال المرهون . ولذا يذكرونه في الحقوق العينية ، مع أن عقد البيع ينشئ الملكية للمشتري وهي (أي الملكية) رأس

الحقوق العينية وأهمها وأعمها ، ورغم ذلك يذكرونه في العقود المسماة .
(د) -- ثم أن كثيراً من المباحث التي تبحث في قسم الالتزامات
والحقوق الشخصية هي مباحث مشتركة بين الحق الشخصي والعيني
كنظرية العقد ، فإن العقد ينشئ الحق العيني كما ينشئ الحق الشخصي .
وهذا مبعث اضطراب في كيان نظرية الالتزامات .

٦٢ -- فلهذه الاعتبارات أيضاً نرى من الصواب اتجاه واضعي
القانون الألماني الى صياغة نظرية قانونية عامة بترتيب آخر لا يقوم
على اتخاذ التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني أساساً لبناء النظرية
(كما يقوم عليه بناء نظرية الالتزامات) ، بل يتخذ مصدر الالتزام
أساساً لبناء النظرية العامة ، ويقسم هذا المصدر الى قسمين أساسيين :
-- الفصل القانوني ، وهو تصرف الارادات ، أي العقد ،
والارادة المنفردة .

-- والواقعة القانونية ، وهي الحادثة .

٦٣ -- وهذا الاتجاه الجديد في الصياغة القانونية ، وهو الاتجاه
الذي تتوقع له السيادة محل نظرية الالتزامات ، يتقرب إلى حد كبير
من أسلوب الفقه الاسلامي الذي يبيّن صياغته كذلك على أساس
مصدر الالتزام .

ولكن الفقه الاسلامي يحتاج في هذا الطريق الى أن تجمع أجزاء
النظرية العامة المتفرقة في تعليل جزئيات الأحكام فيه ، ويصاغ منها قسم

من الأحكام العامة للتصرفات والوقائع قبل عرض العقود المسماة. وعندئذ يتلاقى الفقه الاسلامي في صياغته مع أحدث الاتجاهات القانونية الجديدة.

٦٤ -- والفقه المدني الأجنبي القائم على أسس نظرية الالتزامات

العامة فيه إنما تتجلى آفاقه والآراء الحقوقية لفقهاءه في تلك النظريات الفرعية النابتة على جذع هذا الهيكل الإجمالي للنظرية العامة ، والمتعلقة بتقرير كل نوع من أنواع الحقوق والالتزامات في موقعه المناسب من تلك النظرية العامة ؛ كتحديد أركان العقود وشرائطها العامة وآثار العقد وإنحلاله ، وحدود المسؤولية العقدية ؛ ونظرية تأثير الظروف الطارئة في تعديل العقود والالتزامات وانقضائها ؛ وكذلك نظريات المختلفة في فروع المسؤوليات المدنية المتفرعة عن نظرية الفعل الضار ، مثل نظرية التعسف في استعمال الحق ، ومسؤولية عديم التمييز وحدود الضمان الذي يترتب على أفعال القاصرين ؛ وكالمباحث الخاصة بعد ذلك في العقود المسماة وأحكامها مما يتعلق بكل عقد على حدة ، من بيع أو اجارة أو هبة أو إعارة أو غيرها ، إلى آخر ما هنالك من مباحث عامة وخاصة ، ومن نظريات أساسية وفرعية متشعبة النواحي ، يتكون من مجموعها الفقه المدني اليوم في بلاد الغرب موزعاً على نواحي الهيكل العام لنظرية الالتزامات ، كما يكسب الهيكل العظمي الإنساني لحمًا وعصبًا وعروقاً ورباطاً فيكون بشراً سوياً قائماً بوظائفه الحيوية مسدداً لها .

٦٥ — موقف الفقه الاسلامي تجاه نظرية الالتزام الاجنبية .

إن فقهاء الاسلامي يتفق مع نظرية الالتزامات الأجنبية في كثير من الأسس ، ويخالفها في بعض المبادئ القانونية والنظريات الفرعية بمبادئ ونظريات أخرى ، أو بقيود يلقيها عليها .
فمصادر الالتزام الخمسة العامة التي أسلفنا بيانها كلها من حيث الأساس معتبرة في الفقه الاسلامي :

(أ) — فنظرية العقد قد بنيت عليها أحكام كلية وفرعية في العقود المختلفة الأنواع في الفقه الشرعي ، مما تقدم تفصيله في نظرية العقود من الجزء الأول (المدخل الفقهي العام) .

(ب) — ونظرية الإرادة المنفردة قد بنيت عليها في الفقه الإسلامي جميع التصرفات التي لا يوجد فيها حق لغير المتصرف ، كالوقف والوصية والطلاق والاعتاق والابراء والكفالة الخ ...

(ج) — ونظرية الفعل الضار بفروعها الواسعة تعد جزءاً من نظرية الضمانات بالتعدي أو الإلتلاف أو التسبب في الفقه الاسلامي .

(د) — ونظرية الاثراء بلا سبب قد بنيت عليها في الفقه الإسلامي مسائل كثيرة من امور الضمان ، وحق الرجوع :

فمن ذلك حق الملتقط في أن يرجع على صاحب اللقطة بما أنفقه عليها من نفقة باذن الحاكم قبل ظهور صاحبها .

وكذا حق الشريك في الرجوع على شريكه بحصته مما أنفقه من النفقة الضرورية على العقار المشترك الذي لا يقبل القسمة .

وكذلك حكم الرهن المستعار ، (وهو الشيء الذي يستعيره شخص من آخر لا يستعمله ، بل ليرهنه باذن المعير لدى ثالث في مقابل قرض ، ويكون ذلك غالباً بين الاصدقاء أو الاقارب أو الازواج) . فلو تلف الرهن المستعار في يد الدائن المرتهن ، أو إذا أدى المالك المعير لأجل الرهن ما على المستعير الراهن من دين ليستطيع فكاه ماله المعار المرهون ، فإن المعير في الحالتين يرجع على الراهن المستعير بما أدى عنه في حالة التأدية ، وبما سقط عنه من الدين في حالة تلف المرهون ، لأن هذا الراهن قد أثرى على حساب معيره بلا سبب مسوغ ^(١) .

(١) من المقرر ان المال المرهون في يد المرتهن مضمون عليه بقدر ما يعادل الدين المرهون فيه . وما زاد من قيمة المرهون عن الدين يكون امانة محبوسة في يد الدائن المرتهن لا يضمن الا بتعدي المرتهن عليه او تقصيره في حفظه وصيانته . وعليه فهلاك المرهون في يد المرتهن ولو بلا تعد او تقصير منه يسقط الدين ، الا ما زاد منه عن قيمة المرهون . فاذا كان المرهون ليس ملكاً للراهن بل مستعاراً للرهن يكون المستعير المدين قد أثرى بسقوط دينه الذي سقط بتلف مال المعير . اي انه أثرى اثراً متولداً مباشرة من تلف مال غيره . فيضمن لذلك الغير مقدار ما سقط عنه من دينه ، وان كانت العارية في الاصل امانة غير مضمونة بالهلاك . وهذا الحكم في الرهن المستعار الذي ينص عليه الفقهاء في كتاب الرهن والعارية وذكرته المجلة في المادة ٧٣٢/ منها هو من اوضح النصوص وادلها على اعتبار فقهاءنا ان الاتراء على حساب الغير بلا سبب مشروع يعد من موجبات الالتزام والضمان ، حيث تغير به حكم العارية من امانة الى ضمان . وانظر ما تقدم في الجزء الاول « المدخل الفقهي العام » (ف / ٨٠ / الحاشية ٢) .

ولا يعتبر فقهاؤنا المعير للرهن متبرعاً بما يدفعه الى المرتهن عن ذمة المستعير الراهن بلا اذنه — وان كانت القاعدة الفقهية «أن من دفع ديناً عن غيره بلا أمره يعتبر متبرعاً عنه لا يرجع بما دفع» — لأن المعير هنا مضطر إلى أداء الدين عن الراهن لتخليص عاريتة المرهونة. ومثل ذلك ما صرح به الفقهاء من أنه لو اشترى شخصان شيئاً فغاب أحدهما فإن للحاضر أن يدفع كل الثمن ويتسلم المبيع ، ولا يكون متبرعاً بما أدى عن ذمة شريكه من الثمن ، لأنه مضطر إلى الدفع ليتمكن من قبض المبيع والانتفاع بنصيبه منه ؛ فيجبس المبيع عن شريكه حتى يدفع اليه نصيبه من الثمن .

(ر : الدرر : ج ٢ ص ١٧٩ / فصل شتى البيوع) .

فلو اعتبر الحاضر الدافع متبرعاً لكان الغائب مثرياً على حساب غيره بلا سبب موجب ، وهو ممنوع .

نعم إن الفقه الشرعي يقيد حق رجوع المفتقر على المثري بان لا يكون المفتقر فضولياً في عمله ؛ بل يشترط أن يكون :

- (١) — إما مضطراً إلى الاداء عن المثري ، كحاجة صاحب الرهن المستعار إلى فكاه ، وحاجة الشريك إلى الانفاق على العقار المشترك غير القابل للقسمة ، صيانة لماله عند امتناع شريكه عن النفقة الضرورية .
- (٢) — وإما نائباً عن المثري في الاداء أو مأموراً من قبله ، كالشخص الذي يكلفه آخر بالانفاق على ماله أو على عياله أو بوفاء دينه .

(٣) — وإما أن يكون عرف الناس يسوغ له أن ينفق ما أنفق عن غيره بلا إذنه في حالات معينة ، فيكون مأذوناً عرفاً^(١) .

ففي هذه الأحوال فقط - أي حال الإضرار أو الوكالة والأمر - يستطيع المفتقر أن يرجع على المثري ، وإلا عد في نظر فقهاءنا متبرعاً لارجوع له وإن أثرى الآخر على حسابه ، كي لا يتدخل بعض الناس في شؤون بعضهم فضولاً .

(هـ) — وأما الإيجاب القانوني ، وهو المصدر الخامس الأخير للجوانب والحقوق في نظرية الالتزامات ، فقد بنيت على أساسه في الفقه الإسلامي جميع التكاليف المدنية التي يوجبها الشرع من نفسه بأوامره مباشرة ، كنفقات الأقارب والزوجة ، والعشر والخراج ، وغير ذلك مما هو كثير . وهذا كله لا ينافي اختلاف الأنظار التشريعية في شروط تلك النظريات ، وفي التطبيقات العملية لها على أنواع المسائل والحوادث . فالعقد الذي يعتبر مستوفى الشرائط في محله أو صحته في الفقه الأجنبي قد يعد ناقصاً في الفقه الإسلامي ، كبيع الحمر والخنزير ، وكعقد الربا . فالربا يعتبر إثراء بلا سبب مشروع في نظر الشرع الإسلامي ، ويعد إثراء بسبب مشروع في نظرية الالتزامات الأجنبية . واختلاف الحدود التطبيقية للنظريات لا ينافي وجود النظرية وأعتبارها في أصلها^(٢) .

(١) — كرفيق توفي في الطريق فأنفق رفاقه عليه لتجهيزه ودفنه وجمع أمواله .
(٢) — من أمثلة هذا الاختلاف أيضاً بين الفقه الإسلامي والفقه الأجنبي في =

٦٦ - والواقع أن الفقه الإسلامي أغزر وأخصب جداً من كل فقه قانوني آخر بالنظريات القانونية والاحكام في شتى الشعب الحقوقية .
فقد جاء في أصوله وفروعه بما يسد جميع نواحي نظرية الالتزام العامة الأجنبية ويملاً شعبها ويفيض عنها كثيراً ، بكثرة ما فيه من المبادئ الحقوقية المستوعبة التي يتكون منها جسم الكيان الحقوقي المدني الذي تمثله نظريات الالتزام العامة ، وان لم يرتب ترتيبها ولم يبوب تبويبها .

= حدود بعض النظريات الفرعية المتفق على أصلها ، وفي قيودها الاستثنائية ،
حدود تبعة هلاك الاشياء :

فمن المقرر في القانون الفرنسي - تبعاً للقانون الروماني - « أن الشيء يهلك على مالكه » في الالتزام بتسليم شيء معين بالذات .
ويتفرع عن ذلك أن المبيع اذا هلك في يد بائعه قضاء وقدرأ قبل تسليمه الى المشتري يتحمل المشتري تبعة هلاكه ، لانه بالشراء أصبح هو مالكه ، فهلاكه يكون على حسابه .

أما في الفقه الاسلامي فهذه القاعدة مسلم بها لكن لا بصورة مطلقة ، بل مقيدة .
فمالك الشيء يتحمل هو تبعة هلاكه مالم يكن غير المالك اولى بهذا التحمل لسبب ما . بدليل أن المال المنصوب يتحمل تبعة هلاكه غاصبه لا مالكه ولو كان هلاكه عند الغاصب قضاء وقدرأ دون تقصير في حفظه ، بمقتضى قول الرسول عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » (ر: ج ١ / ٧ طبعة ٥)
وعلى هذا ، فبما أن البائع ملتزم بتسليم المبيع بمقتضى عقد البيع ، يكون هو اولى بتحمل تبعة هلاكه عنده الى أن يفرغ ذمته من هذا الالتزام بتسليم المبيع الى مشتريه تسليمأ حقيقأ او اعتبارأ .

حتى قال العلماء الراسخون : لا يمكن أن تقع حادثة ما لا يكون لها حكم في فقه الشريعة الإسلامية إيجاباً أو سلباً .
وهذه كتب الفتاوى التي تكاد لا تحصى كثرة ، والتي تمثل الناحية التطبيقية من الفقه الإسلامي ، قد تكفلت بالاجابة عن حكم كل ما حدث وسئل عنه .

وقد رأينا أن معنى نظرية الالتزام العامة إنما هو القواعد والاسس التي أقرها التشريع في بناء الأحكام الجزئية عليها مرتبة ومصوغة بأسلوب فني مخصوص . فقواعد كل تشريع هي نظريته العامة في أحكامه القانونية ، وإن اختلف تشريع عن تشريع في بعض الاسس نفسها ، أو حدودها وفروعها ، أو ترتيبها وصياغتها ، ولا يخرج عن ذلك إلا ما يكون من تشريع كيني استبدادي لا يبنى على قاعدة ولا يتبع فيه مبدأ .

فالفقه الإسلامي يقوم على أساس نظرية عامة متماسكة الأجزاء بهذا المعنى . ويتجلى في كل مذهب من مذاهبه الانسجام التام في تطبيقات قواعده في شتى المسائل والفصول .

٦٧ — ومواطن الاتفاق بين تشريعين ليس معناها دائماً أن المتأخر قد استمد أو اقتبس نظريته من المتقدم ، بل كثيراً ما يكون الاتفاق نتيجة توارد النظر التشريعي واتفاقه في تقدير المصالح ، ولا سيما في مبادئ الحق وقواعد العدل العامة التي لا مجال لاختلاف التفكير

في أساسها ، وان اختلف في المناهج المحققة لها أو في جزئيات الأمور التي تأتي في طريقها ، أو في صياغة تلك الأسس والقواعد .

والشرائع الإلهية كالشرع الإسلامي ، انما جاءت بالأحكام المدنية لتنظيم مصالح البشر أنفسهم وصيانة حقوقهم بينهم بحسب الحاجة ولم تأت في هذا الميدان بما يعتاص على أفهامهم ، ويتعد عن الصلة بمصالحهم وضروراتهم الحيوية التي يفكرون فيها (ر : الموافقات للإمام الشاطبي ج ٢ ص ٦ و ٣٠٥ وما بعدها ، طبعة المطبعة الرحمانية) . ولذا نجد كثيراً من التوافق بين أحكام الشرع الإلهي وما استقر عليه التفكير السديد بين الناس .

ولا بأس هنا أن نعيد إلى الذاكرة كلمة ابن قيم الجوزية في كتابيه « اعلام الموقعين » و « الطرق الحكيمة » إذ يقول :

« إن الله أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات . فاذا ظهرت أمارات العدل ، وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه »

وقد أقر الاسلام طائفة من الحقوق والقواعد والأحكام التي كانت عليها العرب في جاهليتها وإن كان قد أتى فيها بقيود وتنظيم تجلي فيه النظام التشريعي ، وقضى على اضطراب العمل والتطبيق . فمن الطبيعي أن نجد كثيراً من التوافق في الفكرة بين القواعد والأحكام التي أقرها الاجتهاد الاسلامي في شتى نواحي الحقوق ،

وبين ما نجد في الشرائع الوضعية الأخرى وقوانينها مما هو ثمرة التفكير السديد ، والتصور الرشيد ، والتمييز الصحيح ، كما رأينا في الأمثلة التي أوردناها آنفا من فقهنا في التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي في الخصائص والاحكام .

وقد قال الاستاذ العلامة السنهوري في هذا الصدد ما نصه :
« ولقد لفت نظرنا ان هناك بعض نظريات اساسية نرى فيها الشريعة الاسلامية تختلف اختلافا واضحا عن القانون الروماني والقوانين التي اشتقت منه ... ولا تختلف شريعة عن اخرى فيا يتصل بجوهر الفكرة^(١) فان هذا الجوهر واحد في كل القوانين وقد يرجع ذلك الى شيء من الوحدة في التفكير البشري ، وشيء من التماثل في النظم والحضارة الانسانية . وانما تختلف الشرائع باختلاف الصياغة الفنية التي تتمخصص بها كل شريعة تكون مستقلة في غائها وتطورها . فتقسم الحقوق الى عينية وشخصية انما هو ضرب من الصياغة الفنية تستعين به الشرائع على تقرير المبادئ القانونية . وفي هذا يظهر الفرق بين قانون وقانون . » اهـ
(نظرية العقد ص ٦) .

٦٨ — هذا وان الاختلاف اليبين بين فقه الشريعة الإسلامية ونظرية

(١) - هذا غير مسلم به ، فان حق الدائن في قتل المدين المعدم في الشرع الروماني مثلا لا يتفق في جوهر الفكرة التشريعية مع ما جاءت به الشريعة الاسلامية من وجوب انظار المعسر الذي أعلنه القرآن العظيم بقوله : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » . وكذا مبدأ الشكليات والمراسم في العقود عند الرومانيين بالنسبة الى مبدأ الرضاية المطلقة في عقد العقود في الشريعة الاسلامية ؛ الى غير ذلك من الاختلافات الجوهرية التي توجد بين الشرائع .

الإلتزامات العامة بشكلها اليوم في التشريع الوضعي الحديث انما هو في الصياغة والشكل ، وفي بعض النظريات الفرعية والأحكام الجزئية أكثر منه في الجوهر والأصل .

فنظرية الإلتزامات قد انشأ فيها البحث مبتدئاً من فكرة الحق والإلتزام ، الى حصر وترتيب مصادره المولدة له ، وهي تصرفات الإنسان المختلفة من قولية وفعلية وماحولها من أحكام عامة ، ثم الى الأحوال المختلفة التي تعترى تلك الحقوق والإلتزامات وما يترتب عليها . وتلك الأحكام القانونية مرتب كل منها في نطاق المصدر أو الحالة المتفرع منها . وبذلك تجلت في اسلوب نظرية الإلتزام المباحث الكلية أكثر من الجزئية ، وكان في نظرياتها المتفرعة تجرد وعموم نشأ عن طريقة تقرير وترتيب المبادئ العامة والانتقال منها الى فروع الأحكام . اما تدوين الفقه الاسلامي وترتيبه فقد سار بعكس هذا الاتجاه كما سلفت الإشارة اليه ، إذ عالج رأساً تصرفات الإنسان الجزئية المولدة للحقوق والإلتزامات ، وبحث مباشرة في فروع تلك التصرفات قولية وفعلية ، من بيع واجارة ورهن وشركة وغصب واتلاف الخ وفصل الأحكام على الحوادث بهذا الاسلوب والترتيب ، ونثر المبادئ العامة والعلل خلال بحث جزئيات الأحكام^(١) .

(١) - الذي نراه في تعليل اختيار هذا الاسلوب الفروع في تدوين الفقه الاسلامي: أن الفقه انما بدأ تدوينه بجمع الحوادث التي نقلت فيها اقضية =

تنبيه هام

وقع خطأ مطبعي في ترتيب الصفحات يرجى تصحيحه كما يلي :

١ - الصفحة / ١٣٢ / تعتبر هي الصفحة / ١٢٩

٢ - الصفحات الثلاث / ١٢٩ - ١٣٠ - ١٣١ / تصبح ارقامها

١٣٠ - ١٣١ - ١٣٢ .

٦٩ - تعريف المال :

عرف فقهاؤنا المال بأنه :

« ما يميل اليه طبع الانسان ، وبمسكه ادخاره الى وقت الحاجة »
(رد المختار أوائل البيوع)

ومنهم من عرفه بأنه

« ما يميل اليه الطبع ، ويجري فيه البذل والمنع » (الدر المختار ،
والدرر شرح الغرر أوائل البيع الفاسد) .

وقد جرت المجلة في المادة ١٢٦/ على التعريف الاول .

والتقييد بامكان الادخار هو لاجراج المنفعة لأنها عند فقهاء الحنفية
من قبيل الملك لا المال كما سيأتي .

وقد فرقوا بين المال والملك ، أي الشيء المملوك ، تفريقاً يستند الى :
— ان الملك هو ما من شأنه أن يتصرف فيه بوجه الاختصاص فيشمل المنفعة

= الرسول ﷺ وفتاواه ، ثم ما كان من ذلك عن الصحابة الكرام . وكانت طريقة
رجال الحديث في هذا الجمع ان يعقدوا ابواباً للتصرفات والافعال كالبيع والهبة
والاجارة والشركة والغصب والاكرام الخ ... فيضعوا كل حادثة منقولة في بابها
الخاص .

ثم ابتدأ تدوين الاجتهادات عن طريق الفتيا ، أي تسجيل رأي المجتهد
فيما يسأل عنه .

ولما جاءت الطبقات التي دونت الفقه على أساس علمي مستقل وجدت هذا
الاسلوب الفروعى امراً واقعاً فجرت عليه .

— والمال هو مامن شأنه ان يدخر للانتفاع وقت الحاجة .
(التلويح بحث القضاء والأداء) .

٧٠ — نقر هذه التعاريف :

وفي رأينا ان كلا التعريفين للمال غير قويين لأسباب نذكر منها مايلي :

(١) - ان طباع الناس تختلف في ميلها وتتناقض ، فلا تصلح أن تكون اساساً ومقياساً لتمييز المال من غير المال . وإذا قيل أن المراد هو الطبع السليم العام ، فان هذا ليس له حد أيضاً .

(٢) - ان من المال انواعاً لا يمكن ادخالها كالحضرات والثمار الطازجة ، مع انها اموال هامة بين الناس ، كما ان من الاموال ما ليس يميل اليه الطبع بل يعافه كالادوية الكريهة ، وهي اموال ثمينة لا يشملها التعريف ، إلا أن يراد بالميل ميل الإرادة لا الطبع حتى يشمل الحرص والتقدير لفائدة ما .

وعلى كل نرى أن لفظ « المال » إنما يصلح أن يذكر في مقام بيان الاشتقاق اللغوي للفظ المال لا لبيان مفهوم فقهي مضبوط .

(٣) - ان المباحات الطبيعية جميعاً قبل إحرازها قد عدوها اموالاً في ذاتها كالسمك في الماء ، والطير في الهواء ، والوحش في البراري ، والشجر في الغابات الخ .. وعدم ملكيتها لا ينافي ماليتها .

ومن هذه المباحات ما لا يمكن إدخاره إلى وقت الحاجة لعدم القدرة

عليه قبل الاحراز ، كالصيد بأنواعه ، ولا يجري فيه ايضاً البذل والمنع لأنها إنما يكونان بعد الإحراز والملك .

٤ - ان الثمار المأكولة في بدء انعقادها على الشجر قبل صلوحها ونضجها لا يميل الطبع اليها وهي في هذا الطور ، ولا يمكن ادخالها الى وقت الحاجة لأنها لا يحتاج اليها بهذه الصفة ، ولو قطعت وادخرت كانت عديمة الفائدة . فلا يشملها التعريف المذكور مع أنها اموال يتغالى بقيمتها في هذه الحال باعتبار المال ويصح بيعها (م/٢٠٦) .



الباب الثاني

في الاموال

الفصل الأول

حقيقة المال

بالنظرين الفقهي والقانوني

الفرع الأول

أ) - المال بالنظر الفقهي

تعريف المال ونقده - عناصر المالية -

التعريف الصحيح - نتيجة اعتبار المالية .

فهذه التعاريف غامضة غير واضحة ، ولا جامعة .

٧١ - والتعريف الصحيح يمكن أن يستنبط من مجموع ماذكره

الفقهاء عن المال وخصائصه في مختلف المناسبات . فقد قالوا :

(١) - ان المال اسم لغير الآدمي ، مما خلق لمصالح الآدمي وامكن

احرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار (البحر الرائق عن

الحاوي القدسي) .

(٢) - ان المالية تثبت بتمول الناس كافة او بعضهم (رد المحتار من

اوائل البيوع) .

(٣) - ما ليس يعد مالاً بين الناس فيبعه باطل (المجلة / ٢١٠)

(٤) - ان المال ، كما صرح به اهل الأصول ، « هو ما يتمول ، اي يدخر

للحاجة . وهو خاص بالاعباد ، فخرج به تمليك المنافع »^(١) (رد المحتار

(١) - على ان الفقهاء قد يفسرون المال بما يشمل المنفعة في بعض المواطن ،

فقد جاء في بيان شرائط الموصى به من « البدائع » ج ٧ ص ٣٥٢ / مانصه :

« منها ان يكون مالاً . . . وان يكون مالاً متقوماً . . .

سواء أكان المال عيناً او منفعة عند العلماء كافة » .

وقال ايضاً في اول فصل بيان حكم الوصية ص ٣٨٥ / مانصه :

« اما الوصية بالمال فتحكمها ثبوت الملك في المال الموصى به للموصى له

والمال قد يكون عيناً وقد يكون منفعة » .

ومرجع هذا في الحقيقة الى ما صرح به البدائع في بحث الموصى به :

« ان الوصية ايجاب الملك ، ومحل الملك هو المال » . فيطلقون المال في

الوصية على ما يشمل المنافع .

في أول كتاب الزكاة عند تعريفها) .

(٥) - ان ما لا يتموله الناس لا يكون مالاً وان كان مباحاً ، كالخبة الواحدة من القمح (رد المحتار ايضاً) .

(٦) - ان المال يجب ان يكون ذاتاً وجود خارجي ، فلا يشمل المنافع لعدم امكان ذلك فيها (رد المحتار مع بعض ايضاح ، أول البيع الفاسد) .
فمن هذه النصوص الفقهية يتبين أن فقهاء المذهب الحنفي يوجبون في المال أن يكون شيئاً مادياً .

فكما يخرجون المنافع من معنى المالية ، يخرجون ايضاً الحقوق المحضة كحق التعلي ، وحق الأخذ بالشفعة ، وحق المرور ، والشرب ، والمسيل .

حتى إنهم لا يعتبرون الديون في الذمم أموالاً لأنها ما دامت في الذمم فهي أوصاف شاغلة لها ، ولا يتصور قبضها حقيقة وإنما يقبض ما يعادها . فاذا وفيت الديون كان المقبوض مالاً لصاحبه ، ولذا لا يوجبون الزكاة في الديون قبل قبضها .

وإذا حلف إنسان أنه لا مال له ، ولم يكن له إلا ديون ، لا يعتبر حائشاً في يمينه سواء أكان مدينه مفلساً أو غنياً مليئاً (ر : الدر المختار كتاب الأيمان ٣ / ١٣٨) .

٧٢ - عناصر المالية :

يستخلص مما تقدم أن المالية في نظر الفقهاء ترتكز على أساسين ،

وتقوم بعنصرين هما : العينية ، والعرف .

— والعينية يراد بها أن يكون المال شيئاً مادياً ذا وجود خارجي .

— والعرف أن يعتاد الناس كلهم أو بعضهم تموله وصيافته بحيث

يجري فيه بذل ومنع . فما لا يجري فيه ذلك بين الناس لا يعتبر مالاً

ولو كان عيناً مادية ، كالإنسان الحر ، وحبّة القمح ، وكسرة الخبز ،

وحفنة التراب ، والجيفة .

و كذلك ما يعتاد الناس تموله وصيافته ، ويجري فيه البذل والمنع

لكنه ليس عيناً مادية ، فإنه لا يعتبر في نظرهم مالاً ، بل قد يكون ملكاً

أو حقاً ، كالمنافع ، والحقوق المحضة ، والديون .

وغني عن البيان أن عنصر العرف يستلزم القيمة ، إذ لا يعتاد

الناس هذا الاعتبار والصيانة في شيء بحيث يحمي تارة ويبذل أخرى

إلا لمنفعة^(١) مادية أو معنوية يقدرونها فيه ، فتوجه إليه الرغبات .

وإن الرغبات يبذل في سبيل تحقيقها وتحصيلها أعواض مادية ، وهذه

هي القيمة المادية بالمعنى الاقتصادي العام .

(١) - في فصل المعقود عليه من كتاب البيوع من البدائع (١٤٣ / ٥) في

عدد مناقشة الاجتهاد الشافعي بعدم تجويزه بيع سباع الحيوان كالكلب والفهد

والاسد » مانصه :

« ولنا - اي دليلنا - ان الكلب مال فكان محلاً للبيع كالصقر

والبازي . والدليل على انه مال انه منتفع به حقيقة ، مباح الانتفاع =

٧٣ - التعريف الصحيح للمال :

فما تقدم نستطيع أن نعرف المال في نظر فقهاء المذهب الحنفي^(١) بالتعريف التالي :

المال هو كل عين ذات قيمة مادية بين الناس
— فبالعين خرجت المنافع والحقوق المحضة ، مما عدوه ملكاً لأمالاً .
— وبالقيمة المادية خرجت الأعيان التي لا قيمة لها بين الناس مما تقدم بيانه ، كحبة القمح ، والجيفة الخ ...
على أن حبة القمح أو الرز وأمثالهما إنما لا تعتبر مالاً في حالتها الطبيعية ، أما إذا دخلتها صنعة مثلاً ، كما يكتبه مهرة الخطاطين على حبة قمح أو رز من أبيات شعر أو حكم أو آيات قرآنية تجعل لها قيمة فنية أو دينية ، فإنها عندئذ قد تصبح من أنفس الأموال ، وكمثل بعض الآثار التي قد يحرص الناس على اقتنائها للذكرى مما ليس له قيمة في ذاته ، ولكنه أصبح ذا قيمة بنسبته ، كفضلة قلم أحد العلماء المشاهير ، أو

= به شرعاً - بالخراسة والاصطياد - على الإطلاق ، فكان مالاً « الخ ..

فقد اعتبر كونه ذا منفعة حقيقية ومشروعة دليل المالية .

ولكن سنرى ان مشروعية الانتفاع ليست شرطاً لتحقيق اصل المالية ، بل هي شرط لكون المال متقوماً ، وهذا تقوم من شرائط انعقاد البيع .

(١) - أما عند غير الحنفية كالشافعية مثلاً فان المالية أوسع نطاقاً ، إذ أنها

تشمل المنافع ، كما سنرى في الفرع السادس المخصص لبحث العين والمنفعة من الفصل التالي (ف / ١٣١) .

أو توقيعه ، أو مسودة بخط أحد العضاء ، ونحو ذلك مما يدخل في زمرة الآثار .

وقد أطلعنا بعض الشيء في تحقيق هذا الموضوع لأنه يكاد يكون مهملاً في كتب الفقه ، والمذكور فيها وفي المجلة عن مفهوم المال مقتضب مشئت وغير محكم .

٧٤ — النتيجة العملية باعتبار المالبة وعدمها :

ولتمييز المال عن غير المال نتائج عملية ذات بال في أحكام الفقه المدنية .

أ) — فليس مالاً ولا ملكاً ، كالهواء والجيفة والانسان الحر ، لا تعتبر فيه ملكية ولا تنعقد عليه العقود أصلاً من معاوضة أو تملك ، كالبيع والاجارة والهبة (المجلة / ٢١٠) .

ب) — وأما مالا يعتبر مالاً لكنه يعتبر ملكاً ، كالمنافع والحقوق ، فان النظرية الفقهية فيه تختلف في كل موضوع عن الآخر بحسب ما يلاحظ من القابليات فيه :

فالمنافع مطلقاً ، سواء أكانت منافع انسان أو حيوان أو أشياء ، تقبل عقود تملك المنافع بعوض أو بغير عوض ، كالاجارة والاعارة والوصية بالمنفعة .

وأما الحقوق المحضة ، كحق المدعي في تحليف خصمه اليمين فانها لا تكون محلاً صالحاً للتعاقد بها أو عليها في العقود التي يجب أن يكون

محلها مالا ، أو منفعة كالبيع والقسمة والاجارة مثلاً ، لأن البيع موضوعه مبادلة مال بمال ، والقسمة موضوعها إفراز الحصص الشائعة ومبادلة بعضها ببعض . فعقد البيع يجب أن يكون محله مالا ، وليس حقاً مجرداً . وكذا القسمة والاجارة يجب أن يكون محلها مالا أو منفعة .

وهذه الحقوق المجردة يجوز أن يقع عليها عقد الصلح إذا كانت هي محل النزاع المصالح عنه ، ولا يجوز أن تكون هي بدل الصلح لأن البديل الذي يدفع في عقد الصلح لحسم النزاع يجب أن يكون مالا . أما الحق المصالح عنه فلا يجب أن يكون مالا ، لأن كل ما يمكن فيه النزاع والخصومة يمكن أن يكون محلاً لمصالحاً عنه ، إذ الغاية التي شرع طريق الصلح العقدي لأجلها إنما هي حسم النزاع ، وهذه الحقوق المجردة يجري فيها النزاع .

لذلك جاز الصلح عن طلب اليمين على بدل مالي يدفعه المدعى عليه إلى المدعي لقاء الخلاص من الحلف (م / ١٥٥٥) .

على أنهم قد استثنوا بعض حقوق اعتبروها غير قابلة للاعتياض عنها ، كحق الشفعة وحق المكفول له في الكفالة بالنفس لا بالمال ، فلا يصح الصلح عنها على بدل ؛ ولو صولح عنها سقط الحق ولم يستحق البديل (ر : الدر المختار أيضاً) ؛ فقد لحظوا أن الشفعة نوع سلطة شرعت لتنظيم الملكية العقارية ودفع سوء الجوار ؛ وهذا لا يحصل

إلا باستعمال الحق نفسه ، ولم تشرع الشفعة للاسترباح والاستغلال ،
فليس لصاحب الحق الاستعمال أو تركه .
على أن حق طلب اليمين يقبل الاعتياض ، كما تقدم ، ولو كان
في دعوى شفعة (المجلة / ١٥٥٥) .

الفرع الثاني

(ب) -- المال بالنظر القانوني

٧٥ — ان النظرة القانونية الحديثة الى المال ومفهومه تختلف عن
نظرة المجلة من زاوية المذهب الحنفي التي أوضحناها آنفا .
فالقانون يتجه إلى اعتبار كل ما يتعارف الناس تداوله والاعتياض
عنه داخلاً في معنى المال ، وتنعقد عليه العقود المختلفة .
هذا ماوردت عليه المادة / ٦٤ / من قانون أصول المحاكمات الحقوقية
السابق لدينا ، فقد قالت الفقرة الثانية من نصها المعدل :
« إن كل ما كان مالا متقوماً يجوز ان يكون معقوداً
عليه ؛ فالاعيان والمنافع والحقوق مما كان تداوله متعارفاً على
الاطلاق هي في حكم المال المتقوم » .
وهذا هو أيضاً مقتضى نصوص القانون المدني الجديد ، فان نظره
في المالية والتقوم تتفق مع مدلول المادة / ٦٤ / التي كانت هي
النافذة لدينا في سورية .

وهذا النظر القانوني قد اتفق مع المذهب الحنفي من الفقه الاسلامي في عنصر العرف من عنصرى المال ، واختلف معه في عنصر العينة فلم يشترطه .

وعليه قد أصبح مما يدخل في زمرة الاموال جميع الحقوق المجردة ، كحق الامتياز ، وحق استعمال عناوين المحلات التجارية ، وحقوق الابتكار (الملكية الصناعية والادبية للمخترعين والمؤلفين) فكل ذلك ونحوه أصبح بالقانون في حكم الاموال يقبل عقود المعاوضات بيعاً وشراء وغيرهما . والداعي إلى ذلك تطور الحاجة الزمنية والاساليب الاقتصادية .

٧٦ - وقد جاء في القانون المدني العراقي تعريف المال بأنه :
« المال هو كل من له قيمة مادية » .

وهذا التعريف قد قلب الموضوع رأساً على عقب ، فجعل عاليه سافله ، فانه قد قصر مفهوم المال على الحقوق ، فأخرج بذلك الاعيان من حيز الاموال نظراً الى أن الاعيان إنما ماليتها باعتبار ما فيها من حقوق لاصحابها فتدخل في زمرة الحقوق .

ولكن هذا تكلف ، فان الاعيان أموال في ذاتها وان لم تقع تحت الملكيات الفردية والحقوق الخاصة ، فيرد على هذا التأويل الاعيان التي هي من المباحات غير المحرزة ، كصيد البر والبحر والجو ، وكالشجر والخطب والعشب المباح الخ ... فانها أعيان مالية لم تدخل

في ملك شخص ولم تقع تحت حق أحد ، فتبقى خارجة عن معنى المال ،
بمقتضى نص القانون المدني العراقي ، بينما يشملها صنيع المادة ٦٤/ من
قانون الاصول الحقوقية السابق لدينا فهي أحكم دلالة وشمولاً .
وقد كان المناسب في مشروع القانون العراقي أن يقال في تعريف
المال : « هو كل عين او حق ذي قيمة مادية » فتجتمع فيه عندئذ مزية
حسن الدلالة والشمول إلى جانب الاختصار .



الفصل الثاني

تقسيم المال ونتائج الفقهية

٧٧ - المال بمعناه العام الذي رأيناه ينقسم في نظر الفقه الاسلامي باعتبارات مختلفة ، إلى أقسام عديدة يفرق بعضها عن بعض في أوصافها وطبيعتها ، وقابلياتها ، وتختلف تبعاً لذلك الاحكام المدنية التي تتعلق بها .

والنظر الفقهي في تقسيم المال بهذا الاعتبار ينتهي بالمباحث إلى عشرة أقسام أساسية :

- الأول - المال المتقوم وغير المتقوم .
- الثاني - المال المثلي والقيمي .
- الثالث - المال الاستهلاكي والاستعمالي .
- الرابع - المال المنقول وغير المنقول .
- الخامس - العين والدين .
- السادس - العين والمنفعة .

- السابع — المال المملوك والمباح والمحجور .
 - الثامن — المال القابل للقسمة وغير القابل .
 - للتاسع — الأصول والثمرات .
 - العاشر — المال الخاص والعام .
- وستتولى في الفروع التالية بيان كل قسم ، وخصائصه وما يترتب عليها من أحكام .

الفرع الأول

في المال المتقوم وغير المتقوم

معنى المتقوم وعدمه شرعاً، ونتائجه
- معناه قانوناً .

٨٧ — ينقسم المال أولاً في الفقه الاسلامي الى قسمين : مال متقوم ، ومال غير متقوم .

والمتقوم في هذا المقام ليس معناه ماله قيمة بين الناس ، بل معناه في اصطلاح الفقهاء : ما يباح الاتفاع به شرعاً . وغير المتقوم ما لا يباح الاتفاع به شرعاً (المجلة / ١٢٧ والدرر ، والدر المختار في البيع الفاسد) كالخمر والخنزير ، وكالحيوان المأكول إذا خنق خنقاً أو وقد وقذاً^(١)

(١) - الوقد ضرب الحيوان بشيء ثقيل على رأسه حتى يسترخي ويموت (المصباح) .

دون أن يذبح بالطريقة المشروعة . فكل ذلك مال غير متقوم بالنسبة إلى المسلم ، بحيث لو كان مالكة مسلماً فأُتلفه أحد لا يكون مضموناً على متلفه .

وعدم التقوم لا ينافي الملكية فقد تثبت الملكية للمسلم على مال غير متقوم ، كما لو تخمر العصير عنده ، أو أسلم وعنده خمر أو خنزير ، أو ورثهما منه وارثه ، أو اصطاد الخنزير . ذلك لأن الملكية تثبت على المال ، والمالية ثابتة في غير المتقوم .

ولكن عدم التقوم ينافي ورود العقود من المسلم على المال غير المتقوم . فسميل الخمر مثلاً إذا ملكها المسلم أن يريقها أو يخللها ، وسبيل الخنزير أن يسيبه (ر : رد المحتار في البيع الفاسد ١٢٠/٤ ، والدرر أول البيع الفاسد ١٧٤/٢) .

هذا ولا تلازم بين التقوم بهذا المعنى وبين المالية ، فقد يكون الشيء منقوماً أي مباح الانتفاع ، ولا يكون ماله لفقدان أحد عناصر المالية المتقدمة . وذلك كالحبة من القمح ، والكسرة الصغيرة من فتات الخبز ، والتراب المبتذل . (ر : الدرر أول البيع الفاسد) . وقد يراد أحياناً بالمتقوم معنى المال المحرز : فالسمك في البحر مثلاً غير متقوم بهذا المعنى ؛ فإذا اصطيد صار متقوماً بالاحراز (المجلة/١٢٧) .

وقد يستعملون « المتقوم » بمعنى « ذي القيمة » نظير الاصطلاح

القانوني تماماً كقولهم : « ان المنافع ليست متقومة في ذاتها عندنا ، وإنما تقوم بعقد الاجارة للحاجة (ر : « الهداية » فصل من غصب عيناً فغيبها) .

وأما « المقوم » (بصيغة المفعول من « التقويم ») فمعناه ذو القيمة قولاً واحداً . ففرق في الاستعمال بين تقوم المال وتقويمه .

والأصل في الأموال جميعاً أن تكون متقومة ، أي مباحة الانتفاع ومحلاً صالحاً للعقود . فقد قرر علماء الشريعة قاعدة « ان الأصل في الأشياء اربابها » ، وإنما التحريم حالة استثنائية تتوقف على ورود النص . وأساس ذلك قوله تعالى : « خلق لكم ما في الارض جميعاً » فأصبحت الحرمة استثنائية محتاجة إلى نص أو دليل خاص .

وقد وردت نصوص متتالية في الكتاب والسنة ببيان المحرمات من الأشياء كقوله تعالى :

« قل لا أجد فيما أوحى إلي محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون مَيْتَةً أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس ، أو فسقاً أهل لغير الله به » .

وقوله : « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالاذلام » .

٧٩ — ثمرة اعتبار التقوم وعدمه :

اتضح من خلال البحث ان لا اعتبار التقوم وعدمه في المال نتائج هامة في العقود وغيرها :

(أ) — ففي جميع العقود التي ترد على المال ، كالبيع والهبة والاجارة والاعارة والرهن والوصية والشركة الخ ... يشترط لانعقاد العقد أن يكون المال متقوماً ؛ فإن لم يكن متقوماً بطل العقد .

على أنهم في البيع قد فرقوا بين كون المال غير المتقوم مبيعاً أو ثمناً :

(١) — فاذا كان مبيعاً ، كما لو باع المسلم خمرأ ، فالبيع باطل .

(٢) — وإذا وقع ثمناً ، كما لو باع شيئاً بمقدار من الخمر ، فالبيع منعقد لكنه فاسد .

والعلة في ذلك عندهم هي ان المقصود بالذات في عقد البيع هو المبيع ، فتقومه شريطة انعقاد . أما الثمن فهو وسيلة لا يقصد لذاته ، فتقومه شريطة صحة لا انعقاد (ر : رد المحتار ، البيع الفاسد) .

(ب) — وفي الاتلاف إذا أتلف الانسان مالاً غير متقوم كالخمر والخنزير لمالكه المسلم لا يضمّنه ، لأنه لا يباح الانتفاع به شرعاً فلا قيمة له .

أما بالنسبة إلى غير المسلم من الذميين الذين يدينون باباحته فهو من أموالهم المحترمة في نظر الشرع . فلو أتلف المسلم أو غيره خمر

النصراني أو خنزيره أو غنمته الموقودة أو المنخنقة كان ضامناً .
و كذلك تنعقد عليه عقودهم وتصح دون عقود المسلم .

٨٠ - النقوم بالنظر القانوني

رأينا في الفقرة ٧٥/ ان المادة ٦٤/ من قانون اصول المحاكمات
الحقوقية السابق لدينا ، ثم نصوص القانون المدني بعدها قد
اعتبرت ان كل مال « منقوم » هو قابل لأن يكون معقوداً عليه ،
وان كل ما كان تداوله متعارفاً من اعيان او منافع او حقوق هو في
حكم المال « المنقوم » .

فما المراد بالمتقوم في هذه المادة ؟

لا شك انه ليس المراد بهامنه المعنى الشرعي وهو ما يباح الانتفاع
به شرعاً ، وإنما المراد بالمتقوم فيها : ما لا يذوقه بين الناس . لأن
هذه المادة قد جاءت لتوسع في معنى المال وشموله ، وتجعل مفهومه
مدنياً بحتاً لا علاقة فيه للحل والحرمة .

فالخمر والخنزير بمقتضى هذه المادة قد اعتبرا اموالاً متقومة تصح
العقود عليها بين المسلمين وغير المسلمين .

وقد اطلقت هذه المادة الأعيان واعتبرتها بمجرد التعارف على
تداولها مالاً متقوماً ، فشملت الأعيان المحرمة والمحلاة شرعاً .
ولا يعقل ان يكون واضعوها قد ارادوا اعتبار التداول من

اسباب حل الانتفاع شرعاً ، إذ ليس غرضهم التحليل والتحرير ، وليس لفكرة الحلال والحرام موضع ولا متسع في القانون الوضعي ، وإنما امتاز بهذه الفكرة الدينية الفقه الاسلامي الذي جعل منها رقيباً روحياً مهيمناً يرافق الأحكام المدنية ، ويمنع بقدر الامكان طغيان الظاهر على الواقع ، فأسس حكم الديانة وحكم القضاء كما اوضحناه في مقدمة الجزء الأول .

فواضعوا المادة ٦٤/ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية إنما ارادوا اعتبار التداول من اسباب انعقاد العقد وصحته مدنياً .
فالتقوم في كلامهم إنما هو التقوم بالمعنى المدني ، وهو كون الشيء ذا قيمة ، وليس بالمعنى الشرعي .

٨١ - عدم التقوم قانوناً :

وهنا محل للتساؤل : هل فكرة عدم التقوم معدومة القانون ، او هي موجودة فيه ايضاً ولكنها فيه تقع على نوع آخر من الأموال ؟
لا شك ان فكرة عدم التقوم موجودة في القانون ايضاً وان لم تسم هذه التسمية ، ولا يعقل ان يخلو عنها التشريع الوضعي مادام يمنع تداول بعض الأشياء الضارة ويهدر احترامها ، وهو المعنى الذي تستند اليه فكرة عدم التقوم شرعاً ، وإن اختلف النظر القانوني عن الشرعي في نوعية المال غير المتقوم لاني أصل الفكرة .

فغير المتقوم في نظر القانون هو المال الذي يمنع القانون اقتناؤه وتداوله ، كالخشيش والأفيون وغيرهما من المخدرات الممنوعة ، وكالمواد الحربية المتفجرة .

فان كل ذلك ممنوع على العامة إلا في حالات استثنائية لأغراض مشروعة كالتطبيب ، ولاناس مخصوصين .

يقول الاستاذ الجليل الشيخ محمد ابو زهرة :

« وتقسيم المال في الشريعة الى متقوم وغير متقوم له نظير في القانون ، لأن من الأموال ما يحرم قانون العقوبات اقتناؤها واحرازها ، وبعد احرازها جرمية إلا في أحوال استثنائية ، وهي المواد المحرم تناولها ؛ وكل من استولى عليها في غير أحوالها الاستثنائية بأي طريق من طرق الاستيلاء لا تحترم يده ، ومن أتلفها في هذه الحال لا عقوبة عليه ؛ فهي مهددة المالية لمن وضع يده عليها بغير مسوغ من القانون .

فهذا النوع من الأموال نعتبره نظير المال غير المتقوم في الشريعة مقارباً له في المعنى ، لأن قانون العقوبات لم يحترم ملكيتها في هذه الحال ، فكأنه سلبها قيمتها من محوزها .

ولا يكفي القانون في سبيل التحريم باهتار ماليتها بمن ملكها ، بل يجعلها سبباً في العقاب الأليم ينزل به ، والغرم المالي يبهظه .

ومهما يكن من فوارق في الاعتبار بين نظر الشريعة للأموال المحرمة فيها ونظر القانون لها فلا شك أنه يسوغ لنا ان

نصف المواد المحرمة بأنها مال غير متقوم في يد من يستولي عليها
من غير مسوغ قانوني للاستيلاء » اهـ .
(نظرية الملكية والعقد في الشريعة الاسلامية للأستاذ المشار
اليه ، ف / ٤) .

الفرع الثاني

في المال المثلي والقيمي

النظرية الفقهية في قيمة الاموال ومثليتها
- حصر الاموال المثلية - انقلاب المثلي الى
قيمي وبالعكس - نتائج التمييز بين القيمي
والمثلي - مزايا النقيدين - نظرية عدم تعين
النقود في العقود .

٨٢ - وينقسم المال من جهة ثانية عند الفقهاء الى قسمين
اساسيين ، وهما : المال المثلي ، والمال القيمي .

(أ) - فالمثلي : هو ما تماثلت آحاده او اجزائه بحيث يمكن ان
يقوم بعضها مقام بعض دون فرق يعتد به .

(ب) - والقيمي ما تفاوتت افرادة فلا يقوم بعضه بمقام بعض
بلا فرق .

وقد عرفت المجلة المثلي بأنه « ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت .

والقيمي ما لا يوجد له مثل في السوق ، او يوجد لكن مع التفاوت المعتمد به في القيمة » (م ١٤٥ و ١٤٦) .

وقد عدت المادة /١١١٩/ منها انواع الأموال المثلية ، فحصرتها في اربعة انواع : المكبلات ، والموزونات ، والمعدبات المتقاربة ، وبعض انواع النزعيات ، وميزت بعض التمييز بينها وبين الاموال القيمية .

٨٣ — ابضاح النظرية الفقهية في قبحه الاموال ومثلتها :

— والمال تارة يكون النوع او الصنف منه تتفاوت آحاده بحيث يكون لكل فرد منها اعتبار خاص وقيمة له تختلف عما للفرد الآخر ، وذلك كافراد الحيوان ولو من نوع واحد ، و كالطنافس ، والاراضي ، والشجر ، والدور ، والخوانيت الخ ... ،

— وتارة لا تتفاوت آحاده ولا اجزأؤه ، بحيث ان كل كمية منه إذا ساوت سواها قدرأ في الصنف الواحد المتميز المعين تساوتا أيضاً قيمة ، بحيث لا يكون هناك بين الكميات من فرق في القيمة يعتد به عادة إلا من حيث تفاوت مقاديرها . وذلك كالسمن والزيت والقمح والشعير والملح والتمر والزبيب والجوز واللوز والخطب والدرهم والدنانير والمعادن بجميع أنواعها والفواكه والورق ، ونحو ذلك إذا كان كل هذا من صنف واحد وصفة متماثلة .

فان كل واحد من هذه الأصناف وأشباهاها يعد بين الناس بعض

أجزائه مساوياً في القيمة للبعض الآخر إذا تعادلت الكميتان ، ويقوم بعضه مقام بعض في التداول والوفاء .

بخلاف القسم الاول، فإن القطعة من الأرض لا تتساوى حتماً مع القطعة المجاورة لها وإن كانت مساحتهما متساويتين .

وكذا الرأس الواحد من الغنم أو البقر أو الخيل لا يتساوى مع الآخر في القيمة لما بينهما من تفاوت في وجوه وأوصاف شتى .

وهكذا الدور والحوانيت والطنافس والمصوغات من الحلي والجواهر والمفروشات الاثاثية التي يسمونها اليوم (المويليا)، فكل فرد منها له قيمة خاصة بحسب مادته أو صفته أو طبيعته أو صنعته أو حجمه أو سعته الخ... أو بحسب مجموع مافيه من مميزات تختلف عما في سواه .

أ) — فالقسم الأول الذي تتفاوت آحاده وأجزاؤه يسمى « قيمياً » (بكسر القاف وسكون الياء) نسبة إلى القيمة التي تتفاوت بها كل فرد عن سواه .

ب) — والقسم الثاني الذي تتماثل آحاده وأجزاؤه يسمى « مثلياً » نسبة إلى المثل ، لأن كل نوع منه بعضه مثل بعض .

وعلاوة على هذا الاعتبار الذاتي في المال المثلي يشترط شرط آخر خارجي فيه هو أن يكون المثلي موجوداً بالفعل أمثال له تحت التداول في الأسواق .

فلو كان أو أصبح نادراً أو مفقوداً اعتبر قيمياً ولو كانت آحاده لا تتفاوت كـ بعض النقود المسكوكة أو المصنوعات القديمة .
وإلى هذا يشير تعريف المجلة الآنف الذكر ، فإن هذه الأموال بانقطاع أمثالها لم يبق من الممكن أن يحل بعض أفرادها محل بعض بلا تفاوت ، وأصبح لها اعتبار خاص في قيمتها ينقلها إلى زمرة القيميات .

٨٤ — انقرب المال المثلي إلى قيمي ، وبالعكس :

ينتج مما تقدم أن المال المثلي قد يصبح قيمياً ، والقيمي قد يصبح مثلياً .

(أ) — فإن وجود المال المتماثل بكثرة في الأسواق أمر غير ثابت فبتبدل الحال في المال المثلي من وجود إلى انقطاع ، ومن انقطاع إلى وجود ينقلب اعتباره من مثلي إلى قيمي ، وبالعكس .

وقد تعرض عوارض أخرى غير الانقطاع من الأسواق تنقل المال من المثلية إلى القيمة ^(١) . فمن ذلك الحالات الآتية :

(١) — إذا اختلط مالان مثليان من جنسين مختلفين بصورة لا تقبل التمييز كان الحاصل المختلط قيمياً .

وذلك لأنه لم يبق له مماثل في حاله الحاضرة ، إذ يختلف محصول

(١) — في كتاب الغصب من رد المحتار ج ٥ ، ص ١٢٧ / طبعة الميمنية :

« ان المثلي يخرج عن المثلية لمعنى خارج » .

كل مختلطين باختلاف نسبة الأجزاء فيكون له تقويم خاص :
(ر : م / ١١١٩) .

٢ - كل مال مثلي احاط به خطر وأشفى على التلف يصبح أثشاء
خطره قيمياً .

وذلك كالأموال التي احاط بها الحريق ، او المشحونة في سفينة
جنحت الى الغرق ، ونحو ذلك (الدر المختار أوائل الغصب) .
وهذا لأن هذه الأموال في هذه الحال لم تبق مماثلة لامثالها السليمة
من الأخطار ، بل أصبحت لها قيمة خاصة يؤخذ فيها أمر الخطر بعين
الاعتبار . فهي مثلاً انما تشتري وهي في هذه الحال بما يتناسب مع درجة
الأمل بنجاحها ^(١) .

٣ - كل مال مثلي تعيب أو استعمل فاصبح بحالة تجعل له قيمة خاصة
تختلف عن قيمة أمثاله قبل التعيب او الاستعمال يصير قيمياً .
وعن هذا كانت الكتب المطبوعة مثلية وهي جديدة ، فاذا استعملت
اصبحت قيميّة ، كما سئرى .

(١) - فائدة اعتبار انتقال المال من صفة المثلية إلى القيميّة في هذه الحال من
الخطر تظهر مما سيأتي في الفقرتين / ٨٨ و ٩١ ، إذ نرى فيها ان المال المثلي يضمن
بمثله ، والقيمي بقيمته .

فلو ألقى الملاح في البحر بعض ما في هذه السفينة الموقورة بدون إذن
صاحبه لأجل تخليصها لا يكون ملتزماً بضمان مثل ما القى لصاحب المال ، ولو
كان المال الملقى مثلياً في الاصل ، وانما يضمن له قيمته التي تقدر له بصفة أنه
مال مشرف على الغرق (ر : الدر المختار ورد المختار أوائل كتاب الغصب ،
واواخر كتاب القسمة) .

هذا ، واذا لوحظ ايضاً امر الكثرة والندرة في المال يتصور
أيضاً ، بالعكس ، انقلاب المال من صفته القيمة إلى المثلية كما سلف
بيانه (في الفقرة السابقة) ، وذلك كالأموال المتماثلة في ذاتها النادرة
الوجود ، إذ تعتبر قيمة ، فأذا كثرت أصبحت مثلية .

٨٥ - مصر الأموال المثلية ومستفنده :

ان القيمي لا يمكن حصره في انواع كلية لان انواعه لا تجمعها
جامعة ، فلذا اكتفى الفقهاء في تمييزه بتعريفه الوارد في المادة /١٤٦/
من المجلة المتقدمة الذكر .

اما المثلي فإنه جميعاً من الأموال التي اساس تفاوت القيم بين افراد
الصنف الواحد منها ، او اجزاء الفرد الواحد إنما هو في الكميات
والمقادير . فكلها اذن مما يخضع للمقياس في كميته لتقدير قيمته .
فالكمية في كل شيء اما أن تقاس وتقدر بالثقل وزناً ، واما
بالحجم كيلاً ، واما بالآحاد عدداً ، واما بطول المساحة ذرعاً او
متراً ^(١) او سواهما من المقاييس الطولية . وهذه هي المقاييس
الممكنة والمعتادة .

(١) - نرى لزوم تعريب كلمة « المتر » (بكسر الميم) ، المقياس المعلوم ،

للحاجة إليها .

وقد استمقنا منها هنا « المتر » بالفتح مصدراً ، بمعنى القياس بالمتر .

والفعل منه : « متريتر » كما يقال : ذرع يذرع ، للقياس بالذراع .

وعن هذا كانت الاموال المثلثة تنحصر في اربعة انواع: الموزونات،
والمكعبات، والذريعات، والعديدات المقاربة .

٨٦ - (أ) - فأما الوزنيات والكيليات من نوع واحد فهي
مثلية على اطلاقها .

(ب) - واما الذريعات فانها لا تكون مثلية إلا اذا كانت
اجزاؤها متساوية دون فرق يعتد به كالمسوجات المحكمة الصنعة مثل
الجوخ وسائر المنتوجات القطنية والحريرية وغيرها اليوم ، فكل
ذراع او متر منها يساوي اخاه . وكذا الواح البلور من كل صنف ،
والأخشاب الجديدة التي تأتي باوصاف ومقاييس واحدة وتباع بالمتر
المكعب او المربع او بالطول ، فكلها مثلية .

فلو كانت تتفاوت أجزاء المذروعات كالنسيج غير المتماثل الاجزاء
وكالاراضي فان كل قطعة منه عندئذ قيمة لا مثلية .

(ج) - وأما العدديات فيما كان منها متقارباً ، وهو ما ليس بين
آحاده فرق كبير يعتد به كالبيض والجوز ، فإنه مثلي على الاطلاق .
فاذا تفاوتت أفراده في الحجم بحيث يكون لكل منها قيمة تختلف
عن الآخر ، كالبطيخ والقنيط والملفوف ونحوها ، فإنه عندئذ إذا
كان العرف على بيعه بالعدد كان قيماً تتفاوت آحاده ، وإذا كان
العرف على بيعه بالوزن كان مثلياً . وذلك لأن آحاده عندئذ (اي
في حالة الوزن) هي الوحدات القياسية الاعتبارية بالوزن من الرطل أو

الاولية ونحوهما وهي غير متفاوتة فيه ، وليست أحاده هي افراده الطبيعية المتفاوتة حجماً ، أي انه يصبح عندئذ وزناً لا عددياً .
وهكذا يقال في كل ماله أفراد متفاوتة في الحجم متماثلة في المضمون والصفة اذا كان يباع بالعدد او الوزن .
وبهذا يظهر ما للعرف من تأثير في اعتبار المال قيماً أو مثلياً ، وتبدل هذه الصفة في المال المثلي الاصل بتبدل تعامل الناس فيه من عد الى وزن ، ومن وزن الى عد .

واذا كان المعدود المتقارب كالبليض والجوز من المحصولات الطبيعية مثلياً ، فان المعدود المتماثل من المصنوعات هو مثلي بالاولى ، كالأشياء الصناعية التي هي من صنع المعامل الآلية الحديثة اليوم ، مثل الكؤوس الزجاجية والمعدنية وأباريق البلور ومصاييح الكهرباء من صنف واحد ، بل والمحركات والمضخات بسائر أجهزتها مما تخرج منه المعامل أفراداً كثيرة فانها كلها تعد من المثليات .
وأفراد النسخ المطبوعة الجديدة من كتاب واحد مثلية . أما النسخ المخطوطة ولو لكتاب واحد ، والنسخ المطبوعة المستعملة فقيمية ، لتفاوت النسخة عن الاخرى في الاوصاف والقيمة .

٨٧ — نتائج التفريق بين المال القيمي والمثلي ففراً :

إن هذا التفريق بين القيمي والمثلي من الأموال له نتائج عملية ذات

بال في مناط الحقوق والقضاء ، واليك أهم هذه النتائج :

٨٨ — النتيجة الاولى :

فالاموال المثلثة على الاطلاق تقبل أن تثبت في الذمم ثبوت الديون ، فيتعلق الحق منها بمقدار غير متعين بذاته في الخارج ، فتشغل به الذمة ، ويجب على الملتزم به وفاء دينه من أي الاموال المماثلة لما التزم به جنساً وصفة ، ولا يتقيد بمين معينة يريد بها الملتزم له .

وذلك كمن استقرض مبلغاً من النقود أو باع كمية من القمح الموصوف الى شهر مثلاً ، أو مائة متر من ألواح البلور كذلك ، فيكون كل هذا التزاماً بدين في ذمته يوفيه من أي كمية من النقود أو القمح أو البلور تتوافر فيها أو صاف هذا الدين .

هذا ، وان ثبتت الاموال المثلثة في الذمم يستلزم حكماً آخر فيها ، وهو أنها يجري بينها في الذمم المتقابلة التقاوص الذي سيأتي بيانه في نتائج تقسيم المال الى عين ودين (ف / ١١٥ / خامساً) .

أما الاموال القيمة فانها لا تقبل الثبوت في الذمم فلا تكون بذاتها ديناً أبداً ، ولا يجري بينها تقاوص ، واذا اريد تعلق الحق بذاتها يجب أن تكون موجودة متعينة في الخارج .

فلا يمكن بيع رأس من الغنم أو البقر مثلاً الا اذا ورد العقد على واحد موجود مشخص متميز عن سواه .

وذلك لأنه لو شغلت ذمة الملتزم بذات المال القيمي لكان غير

متعين . وعندئذ يجب أن تفرغ الذمة ويوفى الالتزام بأي فرد كان من أمثاله . وقد رأينا أن القيمي لا مثل له لتفاوت كل فرد من أفرادها عن الآخر في الاوصاف والقيمة .

فاذا وجدت واقعة شرعية توجب شغل الذمة بالمال القيمي فانها عندئذ تشغل بقيمته من النقود الدارجة وهي مثلية ، كمن أتلف مالا قيمياً لغيره ، فانه يلتزم بضمان قيمته ، لا بأداء نظيره ، (ر : المجلة / ٨٩١ / والدر المختار أوائل كتاب الغصب) .

٨٩ — وعن هذا قرر الفقهاء ان عقد القرض لا يجري في القيميات ، وانما يجري في المثليات من نقود أو أعيان أخرى كالقمح والشعير ونحوهما ، لان القرض يثبت به المال المقبوض ديناً في الذمة يوفى برد مثله ، والقيمي لا مثل له فلا يثبت في الذمة .

وقالوا ان اقراض المال القيمي ، اذا وقع ، يعتبر في حكم الاعارة من جهة أنه يجب رد عينه مادامت قائمة ، فلا يجبر المقرض على قبول مثله ، لكن المقرض يملكه بالقبض ، لانه دفع بقصد التملك فيكون مضموناً عليه بالقيمة اذا هلك عنده ولا يعتبر أمانة محضة كالعارية . (ر : الدر المختار وحاشيته رد المحتار في القرض ٤ / ١٧١ و ١٧٢) .

٩٠ — ومن ذلك يستخلص أن المال المثلي يتعلق به الحق العيني كمن باع كمية من الورق معينة بذاتها مشاراً إليها ، فانها تعلق بها ملكية المشتري ، وهي حق عيني ، حتى لا يحق للبائع أن يعطي سواها من

أمثالها عوضاً عنها . (ر : المجلة / ٢٠٤) .

ويتعلق أيضاً به الحق الشخصي ، كمن باع مقداراً من الورق معيناً بنوعه وأوصافه فقط لا بذاته مؤجل التسليم الى أجل محدد وهو يبيع السلم ، فيكون البائع مدينأ بالورق للمشتري ، فعلى البائع أداء كمية مماثلة لدينه قدرأ ونوعاً وصفة عند حلول الأجل . (ر : المجلة / ١٢٣ و ٣٧٠ و ٣٨١) .

وأما المال القيمي فلا يتعلق بذاته الا الحق العيني . واذا صار موضوعاً لحق شخصي فان ذلك الحق في الواقع ، لا يتعلق بذاته بل بفعل يتصل بها كتسليم المبيع القيمي ، فان هذا التسليم حق شخصي للمشتري (ر : ف / ٤٠)

٩١ - النتيجة الثانية :

بما أن الأموال المثلية تقبل الثبوت في الذمم ، لذلك يجب باتلافها ضمان مثلاً لا قيمتها (المجلة / ٨٩١) ، لأن المثل أقرب الى الاصل من القيمة ، والواجب في التعويض التقرب من الأصل المعروض عنه بقدر الامكان ؛ لان تعويض الضرر هو قضاء عن شيء فائت . ومن القواعد الفقهية أن « الضرر يدفع بقرر الاصطناع » وأنه « اذا بطل الاصل يصار الى البديل (المجلة / ٥٣ و ٣١) » .

فعند امكان الاقرب لا يصار الى الابد . وان تضمن المثل يخلف ذات المال المتلف ، أما تضمن القيمة فيخلف ماليتها لذاته .

وقد صرح الفقهاء أن المعادلة في الضمان واجبة بالنص ، وأن تمامها

بالمثل لا بالقيمة ، لأن المثل معادل صورة ومعنى ، أما القيمة فمعادلة بمعنى فقط (رد المحتار ، باب بيع السلم ٢٠٥/٤) .

فإذا انقطعت امثاله من السوق فعندئذ يصار الى القيمة اضطراراً^(١) أما القيمي فلانه لا يكون بذاته ديناً ، اذ لا مثل له ، يكون التزام التعويض عند الاتلاف متوجهاً الى قيمته رأساً كما تقدم . ومتى وجب في الاموال المثلية الالتزام بضمان مثلها فلا عبرة عندئذ لصعود القيمة او هبوطها ما بين تاريخ الالتزام وتاريخ وفائه باداء المثل ، لأن الالتزام قد استقر في الذمة على المال المثلي عيناً لا على قيمته ، فلا عبرة لتحول القيمة^(٢) .

٩٢ - النتيجة الثالثة :

الاموال القيمة لا تعتبر ا و الأربوية ، فلا تخضع شرعاً في مبادلة بعضها ببعض لقاعدة ربا الفضل التي توجب تساوي البدلين اذا كانا من جنس واحد ، حيث تكون الزيادة ربا محرماً . فالاموال القيمة تخرج

(١) - وهل يجب عندئذ ضمان القيمة يوم الاتلاف ، او يوم انقطاع المثل ، او يوم الخصومة ؟ في ذلك نظريات اجتهادية سيأتي بيانها في محله من بحث الفعل الضار . والمادة / ٨٩١ / من المجلة تفيد اختيار الرأي الاول .

(٢) - على أن هذا الحكم ، على متانته نظرياً ، هو محل النقد لدى بعض الاساتذة القانونيين من حيث ان الملتزم قد يتأخر في تأدية المال المثلي الذي عليه الى وقت تكون القيمة فيه قد هبطت فيتضرر الملتزم له .

عن هذه القاعدة ، فيجوز اعطاء الكثير منها في مقابل القليل من جنسه
كبيع غنمة بغنمتين معينات . وذلك لان الفضل هو زيادة أحد
المتجانسين على الآخر في المقدار والكمية ، وان القيميات ليست من
المقدرات ، أي ليست من الاموال التي تجمع بين افرادها وحدة
مقياس ومقدار بحيث يكون تفاوت قيمها بنسبة تفاوت مقاديرها .
فلذا كان ربا الفضل يختص شرعاً بالمقدرات المثلية من مكيل أو
موزون فقط (الدر المختار من باب الربا) .

٩٣ — مزايا النقرين

رأينا أن من الاموال المثلية المعادن كافة .

ومن هذه المعادن الذهب والفضة اللذان جرى العرف البشري
العام على اتخاذ المسكوكات النقدية منها لتكون ائماناً وقيماً للاشياء
التي تتعلق بها الحوائج . فتوفي الالتزامات من هذه المسكوكات ، وتقوم
بها الحقوق ، وذلك لمزية اعتبرت في هذين المعدنين في الاوصاف والندرة
كانا بها أثبت من سواهما قيمة في التداول ، وأصلح للوساطة بين الانسان
وحاجاته ، واليق ان يكونا اساساً ومقياساً لقيم سائر الاشياء .

وعن هذا قال الفقهاء : « ان الذهب والفضة يعتبران ائماناً بالخلفه »

اي بطبيعتهما ولو غير مسكوكين .

ومعنى هذا ان الذهب والفضة اذا قوبلا في العقود بأي مال آخر

يعتبران هما العوض وهو المعوض^(١) . وإذا قوبل أحدهما بالآخر
كان العقد صرفاً .

أما بقية الاموال المثلية فانها اذا كانت معينة وقوبلت في عقد
المعاوضة باعيان قيمية على سبيل المقايضة ، كانت هي اثماً والمال القيمي
مثمناً أي مبيعاً ، لأن المثليات أليق بالثمنية اذ تقبل الثبوت في الذمة ديناً كإنا
أما اذا قوبلت القيميات بعضها ببعض فانها يكون كل منها ثمناً من
وجه ، ومبيعاً من وجه .

وسنرى تفصيل التمييز بين المبيع والتمن ونتأجه في باب البيع من
العقود المسماة التي محلها الجزء الرابع .

٩٤ - هذا ، وإذا كان الذهب أو الفضة مسكوكين دنانير أو
دراهم كان لهما اعتبار آخر في نظر الفقهاء علاوة على ماتقدم ، ذلك أنهما
يصبح لهما شيء من التجرد المالي يكونان به في العقود كأنهما ديون

(١) - إن لتمييز الثمن من المبيع في المعاوضات نتائج عملية في الفقه . فالثمن
في نظرهم واسطة في العقد ، وإن المبيع هو المقصود ، فيتسامح في شأن الثمن أحياناً
بما لا يتسامح بمثله في المبيع .
فالمال غير المتقوم كالخمر اذا كان مبيعاً بطل العقد ، وإن كان ثمناً فسد
العقد : فعند ما يقابل بالنقود لا بعين قيمية يكون مبيعاً حتماً لأن النقود ثمن حتماً ،
فيبطل العقد .

والشيء المبيع اذا استحق من يد المشتري يبطل البيع . أما اذا استحق
الثمن من يد البائع فالبيع باق ويرجع المشتري بمثل الثمن .

محضة . فالعقد الذي يرد عليها كأنما ورد على دين في الذمة لاعلى عين ،
لأنهما عندئذ تمحضا للوساطة في التداول والمعاوضة .
وعن هذه النظرية قرر الفقهاء القاعدة القائلة :

ان الدنانير والدراهم لاتعين بالتعيين في عقود المعاوضة
(المجلد ٢٤٣ /)

وايضاح ذلك أن الذهب والفضة إذا كانا معدناً غير مسكوك
اعتبرا أثماً نافي المعاوَضات ، لكنهما كسائر المثليات يقبلان التعيين بالذات .
فمن اشترى سبيكة من ذهب أو فضة معينة بذاتها لايجبر على استيفاء غيرها
ولو مماثلاً لها في مقدارها ومعيارها ، فيتعلق بها الحق العيني للمشتري .
وأما إذا كانا مسكوكين دنانير أو دراهم فاشترى شيئاً بدينار أو
درهم معين بذاته وأشار إليه أنه هو الثمن المعقود به وتم العقد ؛ فانه
لايجبر على أدائه بعينه بل له أن يدفع سواه من الدراهم أو الدنانير المماثلة .
فيعتبر العقد كأنما ورد على دينار أو درهم مجرد مطلق عن التعيين .
وهذا التجريد مستمد من مهمة النقد المسكوك التداولية ، فان
الغاية الاقتصادية للنقد المسكوك — وهي أنه وسيط بين الانسان
وحاجاته وليس مقصوداً لذاته — تقتضي تساوي أفراد النوع الواحد
منه في هذه الوساطة مادامت قيمتها متساوية .

فبين كون الذهب والفضة نقوداً مسكوكة وكونهما معادن فرق
فقهي في قابلية التعيين وعدمها في المعاوَضات بناء فقهاؤنا على الهدف

الاقتصادي العام الذي يبتغيه التشريع في المسكوكات النقدية.
ومثل الدراهم والدنانير جميع المسكوكات من المعادن الأخرى ،
وهي التي يسمونها « الفلوس النافذة » ، ويعتبرون ثمنيتها ناشئة
عن اصطلاح الناس وتعارفهم .

فهذه الفلوس تتفق في عدم قابليتها للتعيين ، مع الدراهم والدنانير
المعدودة أثماناً بالخلقة ، وتختلف عنها في بعض أحكام أخرى ليس
هذا محل بيانها ^(١) .

٩٥ — هذا الحكم السابق ، أعني عدم تعين النقود بالتعيين هو
خاص بعقود المعاوضة . أما في عقد الأمانة فإن الدراهم والدنانير والفلوس
تتعين بالتعيين كالودائع النقدية ، فإنها لا يحق للوديعة استبدالها بسواها من
أمثالها ، ولو فعل كان غاصباً ، فيصبح ضامناً بعد أن كان أميناً ، بل عليه
أن يحفظها بأعيانها للمودع .

ومثل ذلك إذا استعار الإنسان ديناراً مثلاً ليعاير به الميزان ،
فليس له أن يرد سواه من مثله ، بل يتعين رد الدينار المعار بذاته .

(١) — في حكم الفلوس النافذة الورق النقدي في عصرنا هذا ، فإنه يتداول
كالفلوس وإن كان في أصل مبناه من قبيل السند المحرر لحامله .

الفرع الثالث

في الاموال الاستهلاكية والاستعمالية^(١)

- معنى المال الاستهلاكي والاستعمالي
- عدم التلازم بين الاستهلاكي والمثلي -
- نتيجة هذا التقسيم فقها .

٩٦ - وينقسم المال أيضاً من وجه ثالث إلى قسمين: استهلاكي واستعمالي .
(أ) - فالمال الاستهلاكي : هو ما يكون الانتفاع بخصائصه بحسب المعتاد لا يتحقق إلا باستهلاكه .

والمراد به ما يستهلك باستعماله لأول مرة ، كالأطعمة والأشربة بمختلف أنواعها ، وكالخطب ، وورق الكتابة الخ ... سوا أكان الاستهلاك فيه مقيماً ، كما في الاشياء المذكورة ، أو مقوقباً ، كما في النقود ؛ فان النقود تدخل في هذه الزمرة ، ويعتبر خروجها من اليد

(١) - ان تقسيم المال الى استهلاكي واستعمالي لا يذكره فقهاؤنا صراحة ، ولكن الشرائط التي يشترطونها في بعض الاموال بالنسبة الى بعض العقود تدل عليه كما سنرى .

التي هي فيها في سبيل وفاء الالتزامات وقضاء الحاجات استهلاكاً من
الوجهة الحقوقية، وان كانت أعيانها باقية على حالها في الوجود الخارجي.
ب) — والمال الاستعمالي : هو ما يتحقق الانتفاع به باستعماله
مراراً مع بقاء عينه .

وهو الاموال التي لا تستهلك بالاستعمال لأول مرة ؛ بل لها دوام
نسبي يختلف طويلاً وقصراً بحسب طبيعتها وقابليتها للبقاء : كالعقارات،
والمفروشات ، والثياب .

فالفارق بين النوعين هو الاستهلاك من اول مرة في الاستعمال
لا مطلق استهلاك لأن معظم الأشياء يفيها طول الاستعمال .
ويجب أن يلحظ أنه لا تلازم بين الاستهلاك والمثلي بالمعنى
والشرائط المتقدمة في بيان المثليات ، وان كان الاغلب في الاموال
الاستهلاكية أن تكون مثلية .

فكل من القيمي والمثلي قد يكون استهلاكياً وقد يكون استعمالياً :

- فالطعام المطبوخ مثلاً قيمي استهلاكي .
- والكتاب المخطوط ، أو المطبوع المستعمل ، قيمي استعمال .
- والقمح والشعير مثلي استهلاكي .
- والنسيج المتماثل الجديد ، كالجوخ والكتان ، مثلي استعمال .

٩٧ — نفي هذا التقسيم :

ولهذا التقسيم ثمرة في قابلية الاموال لبعض العقود والحقوق وعدم قابليتها في الفقه الاسلامي :

(١) — فالاموال الاستهلاكية لا تقبل أن ترد عليها العقود التي موضوعها الاستعمال دون الاستهلاك ، وهي التي تستهدف تمليك المنافع دون الاعيان ، كالاجارة والاعارة ؛ لأن العقد يقتضي الاتفان مع حفظ العين ، والمال الاستهلاكي لا ينتفع به الا باستهلاك عينه ، فيتنافى غرض العقد مع طبيعة المعقود عليه .

وقد صرح الفقهاء في الاجارة بان « كل ما ينتفع به مع بقاء عينه تجوز اجارته ، وإلا فلا » (ر : الفتاوى الخانية في بحث الاجارة الطويلة ، والقواعد الفقهية للشيخ محمود الحزاوي ، أول مسائل الاجارة ص / ٧٣) .

ومفاد ذلك ان المال المأجور يجب أن يكون استعمالياً بالمعنى الذي سبق شرحه .

ومن هنا وضع الفقهاء القاعدة المشهورة في الاجتهاد الحنفى :

« ان الاجارة لا يصح ان ترد على استهلاك العين .

فلا يجوز ايجار البرك لاجل الاصطياد منها ، ولا الاراضى للرعي أو الاحتشاش ، ولا ايجار الآجام والغابات لاقتطاع القصب أو

الخطب ، ولا استئجار شاة لبون لشرب لبنها مدة معينة الخ .. (ر: رد المحتار آخر الاجارة الفاسدة) .

وقد استثنوا من ذلك بعض عقود للضرورة والاحتياج العام فجوزوا استئجار الظئر — وهي المرأة الموضع — لارضاع الطفل ، كما جوزوا نزول الحمام للاغتسال ، وإن كان العقد يستهدف استهلاك اللبن والماء الحار .

ويجب أن يعتبر مثله نزول الفنادق اليوم بالطعام والشراب^(١) .
وعقد الاعارة ان ورد على مال استهلاكي كالنقود والحبوب والمأكولات عامة لم يصح اعارة بل يعتبر العقد مجازاً عن الفرض ، نظراً إلى المقصود . فنثبت فيه أحكام القرض ، ويكون المال مضموناً

(١) - يجب ان يلاحظ هنا ان المادة /٦٤/ من اصول المحاكمات الحقوقية السابق . ، وبعده نصوص القانون المدني الجديد ، تقتضي صحة جميع هذه الاجارات الفاسدة .

على ان معظم هذه الاجارات الواردة على استهلاك العين قد تحققت حاجة الناس العامة اليها وجرى العرف عليها ، وان الحاجة والعرف يقضيان بتصحيح ما كان فاسداً في الاصل بمقتضى المبادئ النظرية .

وقد نقل ابن عابدين رحمه الله آخر الاجارة الفاسدة عن التاترخانية مانصه :

« وفي الحاوي سئل محمد بن سامة عن اجرة السمسار فقال

ارجو انه لا بأس به وان كان في الاصل فاسداً ، لكثرة التعامل .

و كثير من هذا غير جائز فجوزوه لحاجة الناس اليه كدخول الحمام .»

بمثله على المستعير لا أمانة (ر : رد المحتار ٤ / ٥٠٤) .

ومقتضى هذا الأصل الذي تدل عليه النصوص في الأموال الاستهلاكية أن الوصية بمنفعة المال الاستهلاكي : كالقمح والثمار ونحوها مدة معينة دون تملك عينه لا تصح ، إلا أن تحمل على اقراض الموصى له إياها لاستهلاكها ورد مثلها في نهاية المدة المحدودة :

(٢) — وأما الأموال الاستعمالية فعلى عكس ما تقدم لا تقبل العقد الذي هدفه الاستهلاك فقط دون الاستعمال ، كالقرض .

وعن هذا كان الواجب في المال المقرض أن يكون استهلاكيا ومثلها في وقت واحد .

— فأما كونه استهلاكيا فكي تتحقق غاية العقد ، لأن مقصود المقرض أن يستهلك ما اقترض لسد حاجته .

— وأما كونه مثليا فالكي يمكن ثبوته في ذمة المستقرض فيقوم مثله مقامه في الأداء بعد الاستهلاك . (ر : ف / ٨٨) .

(٣) — أما العقود التي لا ينحصر غرضها وموضوعها بالاستهلاك وحده أو الاستعمال وحده بل تشملها معاً غاياتها كالبيع ، أو يكون لها غرض آخر كالحفظ في عقد الأيداع ، فإنها يمكن أن ترد على كلا النوعين المشروحين من الأموال . فتصح في الأموال الاستهلاكية والاستعمالية على السواء .

الفرع الرابع

في المال المنقول وغير المنقول

معنى المنقول والعقار بالنظرين الفقهي
والقانوني - تحول المنقول الى عقار ،
وبالعكس - تقسيم الاراضي ، واهم
احكامها فقها وقانونيا - ثمرات تقسيم
المال الى منقول وغير منقول في
الاحكام المدنية .

٩٨ - وينقسم المال أيضاً من وجه رابع الى منقول ، وغير منقول .

— فالمنقول هو كل مال يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر ،
ويشمل النقود والعروض والحيوان ونحوها من القيميات والمثلثات .
ويدخل فيه السفن والطائرات والسيارات اليوم .

— وغير المنقول هو العقار ، وهو ما لا يمكن نقله وتحويله من
محل إلى آخر (المجلة / ١٢٨ و ١١٩) :

والعقار عند الفقهاء الحنفية ، في الأصل ، هو الارض مجردة أو مبنية
(رد المحتار من كتاب الوقف عن فتح القدير) .

فالبناء والشجر ولو كانا قائمين على الأرض يعتبران في المذهب الحنفي

من المنقولات . ولذلك لا يجري فيها حق الشفعة إذا بيعا منفردين عن الارض، لأن حق الشفعة مقصور على العقار (المجلة / ١٠١٩ و ١٠٢٠) . وكذا لا يصح وقفها دون الأرض في مكان لم يتعارف فيه الناس وقف البناء والشجر وحدهما لأن الوقف لا يجري إلا في العقار وفي المنقول المتعارف وقفه (الدر المختار ، ورد المختار من كتاب الوقف) . غير أنهم يلحقون البناء والشجر بالعقار حكماً على سبيل التبعية له في التصرف الوارد على العقار بما فيه من بناء أو شجر . فلو بيعت دار أو أرض مشجرة يتناول حق الشفعة البناء والشجر مع الأرض (المجلة / ١٠٢٠) .

ومعنى هذا أن البناء والشجر في النظر الفقهي لهما اعتباران : فهما ، بانفرادهما عن الارض ، يعتبران من المنقولات ؛ وهما ، مع الارض ، عقار بالتبعية .

والاجتهاد المالكي يعتبر البناء والغراس القائمين من العقارات ، لأنها متصلان بالأرض اتصال قرار وغير قابلين للنقل مع البقاء على شكلهما ، بل يتغيران من حال إلى حال ، فيصبح الشجر حطباً ، والبناء أنقاضاً . فالمحافظة على صفتها بلا ضرر أو خلل تقتضي ثبات أعيانها . وهذا الثبات يوجب أن يعتبرا عقاراً كالارضين^(١) (ر : الشرح الكبير ،

(١) - النظر القانوني الحديث يتجه الى توسيع نطاق الصفة العقارية عن

حدوده الفقهية .

باب الشفعة، وكتاب «الملكية ونظرية العقد للاستاذ أبي زهرة ف/١٠».

= فيينا لا يعتبر الفقهاء عقاراً بذاته سوى الارض نجد المادة الاولى من نظام الملكية العقارية السابق لدينا تقسم العقارات الى ثلاثة أنواع : عقارات بذاتها ، وعقارات بالنظر الى غايتها ، وعقارات معنوية .

وتجعل من النوع الاول، أي من العقارات بذاتها ، كل ماله موقع ثابت حتى النباتات المتأصلة في الارض ، والابنية . وتفسر الابنية بكل ما جمع من مواد البناء فشد بعضه الى بعض بصورة ثابتة على ظاهر الارض او في باطنها . وهذا موافق للاجتهاد المالكي المبين اعلاه .

وتجعل من النوع الثاني كل ما يوجد في عقار زراعي أو صناعي مما يتعلق باستثماره ، حتى السمك في الغدران ، والسماد المخصص للارض .

وتجعل من النوع الثالث (المعنوي) حقوق الارتفاق والتأمينات ، حتى الدعاوى المقامة في المحاكم على العقارات الذاتية !!

ثم جاءت المادتان / ٨٤ و ٨٥ / من القانون المدني السوري فاقرتا هذا التفصيل دون تقييد بهذه الاسماء .

وكل شيء محتمل الا جعل الدعوى بالعقار عقاراً ! فهذا من المبادئ البعيدة في أساليب التصور بين الفقه الاسلامي والاجنبي ، فان نظام الملكية العقارية هذا قد أصدره المفوض الفرنسي في عهد الانتداب مستمداً من التشريع العقاري الفرنسي .

وقد عرف القانون المدني العراقي العقار بقوله :

« العقار هو كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله او

تحويله دون تلف ، فيشمل الارض والبناء والفراش » .

وجاء فيه ايضاً أنه :

« يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في

عقار مملوك له رسداً على خدمة هذا العقار او استغلاله » .

٩٩ - تحول المنقول الى عقار وبالعكس

يتضح مما تقدم أن المنقول قد يصبح في الاعتبار الفقهي كالعقار عن طريق التبعية ؛ كالبناى والشجر في معية الارض . ويعتبر من البناى كل مايوضع في العقار متصلاً به اتصال قرار ، كالأبواب والاقفال المسمورة وتمديدات الماء والكهرباء اليوم (بخلاف المصاييح الكهربائية فانها لاتوضع برسم القرار) وكأجران الحمام والسلام المثبتة ونحوها .

فكل ذلك بمجرد اتصاله بالعقار يصبح كالعقار اعتباراً ، وتجري عليه أحكام العقار التي سنراها قريباً ، ويدخل تبعاً في بيع العقار الذي هو فيه ، باعتبار أنه جزء منه وإن لم ينص في العقد على دخوله (ر : المجلة / ٢٣٢) .

وبالعكس قد يتحول العقار الى منقول ، وذلك كالأجزاء التي تنفصل عن الارض مما يستخرج من المناجم والمقالع من معدن وفحم وحجر وتراب ونحوه . ومثل ذلك انقاض البناى المهدوم . فكل ذلك بمجرد فصله عن الارض واعداده للنقل تنسلخ عنه صفة العقار وأحكامه ، ويلتحق بالمنقولات وتجري عليه أحكامها .

تقسيم الأراضي فقرياً وقانونياً

اولاً — التقسيم الفقهي

١٠٠ — الفقهاء انما يقسمون الاراضي باعتبارين: بحسب عائدتها، وبحسب نوع الضريبة المفروضة عليها شرعاً.

١٠١ — (أ) — تقسيم الأراضي فقرياً بحسب عائدتها

تنقسم الاراضي فقرياً بحسب عائدتها الى ستة أنواع وهي :
الاراضي المملوكة ، والموقوفة ، والمتروكة ، وأراضي
المملكة ، والأراضي الموات^(١) ، وأراضي الحوز .

(١) — فالمملوكة : هي ما دخلت في الملكية الفردية بسبب من
أسباب الملكية .

وهذه يتمتع منها أربابها بكل مزايا ملكية العيز .

(٢) — والموقوفة : هي ما وقفها مالكوها فحجرت عن التمليك

والتملك والرهن ، ورصد ريعها لجهة وقف ذلك الريع عليها .

وهذه تستغل وتصرف غلتها لما وقفت عليه ، وتبقى وقفاً أبداً ، إلا

أن تستبدل استبدالاً بوجه شرعي ، فيحل بدلها محلها .

(٣) — والمتروكة : هي الاراضي القريبة من العمران تترك لمصلحة

(١) — الموات : بفتح الميم وزان « سحاب » .

الاهالي مرعى ؛ أو محتصداً ، أو محتطباً (المجلة / ١٢٧١) .
وهذه تكون لمجموع أهل القرية ، تبقى لمصالحهم ، ولا يجوز
لبعضهم استملاكها أو الاستئثار بها .

(٤) — وارضى المملكة : هي التي بقيت لبیت المال بعد التوزيع على
الفاحين ، أو آلت اليه بانقراض مالكيها وانحلال ملكيتها ، ولذا
تسمى أيضاً « : ارضى بيت المال » وهي التي سميت أخيراً في القوانين
بالارضى الاميرية .

وان التصرف بهذه الاراضى يعود شرعاً الى السلطان فهو يتصرف
بها وفقاً للمصلحة العامة . ولا يجوز أن يمنح منها منحاً بحسب هواه ،
أو يقطع منها من يشاء ما يشاء اقطاعاً ^(١) كفيفاً بحسب قربه منه أو
رضاه عنه .

(٥) — والموات : هي الاراضى التي ليست ملكاً لأحد ولا متروكة ،
وهي بعيدة عن أقصى العمران بحيث لا يصل منه اليها صياح الانسان
الجمهورى الصوت (المجلة / ١٢٧٠) .

وهذه للدولة ليست ملكاً لأحد . ويجوز للسلطان أن يأذن اذنًا خاصا
لمن يرغب من الناس ويتعهد باحياء شيء منها بالتعمير أو بالزراعة أو
بالحرث والسقي ونحوه ، على أن يملك رقبتة أو منفعتها فقط . فمن أحيأ منها

(١) — في المصباح : «أقطع الامام الجند البلد إقطاعا : جعل لهم غلتها رزقا» .

شيئاً كذلك فإنه يملك رقبة ما أحياه أو منفعته فقط بحسب الاذن السلطاني (المجلة/١٣٧٢) .

٦) — وأراضي الحوز : هي المملوكة التي عجز أصحابها عن زراعتها واداء ضريبتها الخراجية الآتي بيانها ، فتركوها للدولة لتكون منافعتها جبراً لضريبتها . (قانون العدل والانصاف لقدرى باشا ، م/٥١) .
وهذه تبقى رقبتها على ملك أربابها ، وتستغلها الدولة لقاء خراجها فلا يجوز للسلطان بيعها أو وقفها مادامت حوزاً قبل أيلولة رقبتها الى بيت المال بسبب شرعي .

١٠٢ - (ب) — تقسيم الاراضي ففرياً بحسب نوع ضريبتها

وتنقسم الاراضي فقهيأ أيضاً بحسب نوع الضريبة المطروحة عليها الى نوعين : أراض عشريه ، وأراض خراجية .

أ) — فأراضي العشرية : هي التي تخضع لضريبة « العشر » ، أي يؤخذ لبيت المال عشرة في المائة من محصولها الزراعي .

ب) — وأراضي الخراجية : هي التي تخضع لضريبة « الخراج » وهو ضريبة مالية على الارض ، متروك تقديرها للسلطان بحسب حالة المكلف والارض ، غير مقيدة بمقدار العشر .

والخراج نوعان : خراج مقاسمة ، وخراج وظيفة .

١) — فخراج المقاسمة : هو ما يؤخذ مما تخرجه الارض عيناً ، أي

انه جزء من الخارج نظير العشر، وانما يختلف عن العشر في المقدار والمصرف.

— فالعشر معتبر من قبيل الزكاة، ومصرفه هو مصارف الزكاة.

— أماخراج المقاسمة فيتجاوز العشر. وان حده الاعلى نصف الخارج

فلا يجوز أن يتجاوزه. ويصرف في المصارف العامة للدولة.

(٢) — وخراج الوظيفة: أو الخراج الموظف: هو ما يوظف، أي

يرتب، من المال سنوياً على الارض متعلقاً بذمة صاحبها المكلف لا

بعين المحصول. فيؤخذ منه ولو عطل الارض وأهمل استغلالها، كما

لو فرض على كل مساحة فدان من الارض دراهم محدودة أو مقدار

من القمح ونحوه يؤديه الى بيت المال.

١٠٣ — هذا، وان كلامنا من الاراضي العشرية والخراجية هي من

قسم الاراضي المملوكة، فهي مملوكة الرقبة لاربابها في الاصل.

فاذا انقرض مالكوها وورثتهم حتى آلت الى بيت المال أصبحت

من أراضي المملكة، فتعطى للمستثمرين بالاجرة فتكون هذه الاجرة

هي حظ بيت المال منها، فلا يؤخذ بعدها عشر ولا خراج، كما في

اراضي الحوز.

ولذا يعتبر متأخرو الفقهاء أراضي المملكة وأراضي الحوز نوعاً

ثالثاً مأجوراً، لا عشرياً ولا خراجياً.

وقد اعتبر متأخرو الفقهاء أراضي الشام ومصر من هذا القبيل،

أي من أراضي المملكة، لانقرض مالكيها الاصلين (ر: البحر،

وفتح القدير ، والدرا المختار ، باب العشر والخراج).
واما تعيين انواع هذه الاراضى ايها يكون عشرياً وايها خراجياً
فهو مبين في باب العشر والخراج من الكتب الفقهية .
هذه خلاصة إجمالية عن التقسيم القديم للاراضى في الفقه الاسلامي .

ثانياً — التقسيم القانوني

١٠٤ — رأينا أن أراضى المملكة هي ما كانت رقبته لبنت
المال ، فللامام حق التصرف فيها بحسب المصلحة ، لان من القواعد :
أن التصرف على الرعية منوط بالمصلحة » (المجلة / ٥٨).
وقد أقر متأخرو الفقهاء اعطاء هذه الاراضى الى الناس كي يعمروها
ويستثمروها لقاء أجر حتى لا تتعطل ، كما أقروا ان لا تنزع من أيديهم
ماداموا يؤدون ما عليها . وجوزوا لهؤلاء المتصرفين بها ان يفرغ
احدهم عن حقه لغيره لقاء بدل أو مجاناً ، ولكن بإذن السلطان ، لان
رقبتها لبنت المال فهي « طالعوارى في يد الرعايا » (ر : تنقيح الحامدية
باب مشد المسكة ، ج ٢ ص / ١٨٧).

فاعتبروا المتصرف بها كالمستأجر على أساس حق القرار مدى الحياة ،
وفراغه كإيجار منه لغيره الى مدة أوسع ، فيشترط فيه إذن السلطان
ولتشتت احكام الاراضى في المراجع الفقهية ، ولان أراضى المملكة
التي سميت أميرية إنما يعود الأمر فيها شرعاً إلى السلطان ، رأى السلطان سليمان

القانوني حاجة الى تقنين احكامها وضبطها ؛ فأصدر قانوناً للاراضي
جمع فيه أحكامها مستمدة من الشريعة، فكان هذا اول قانون لها في
الحكومة العثمانية . ثم تتابعت بعده القوانين .

وتلك القوانين العثمانية زممرتان :

(أ) — فمنها ما يتضمن أقسام الأراضي وأحكامها العامة .

(ب) — ومنها ما يتضمن حقوق وحدود انتقال التصرف بالاراضي
الاميرية الى ورثة المتصرف عند وفاته ، أي إرث التصرف .

(أ) — الزمرة الاولى من القوانين العثمانية مول الاراضي :

١٠٥ — فأما الزمرة الاولى من تلك القوانين ، وهي التي تعالج الاحكام

العامة للاراضي في العهد العثماني فقد كان آخرها قانونان عامان :

(احدهما) — « قانون الاراضي » العثماني الصادر في ٧ رمضان / ١٢٧٤

وهذا القانون قد قسم الاراضي في المملكة العثمانية الى نفس

الاقسام الشرعية السالفة البيان ، أي الى : مملوكة ، وموقوفة ، واميرية ،

ومتروكة ، وموات ؛ كما قسم المملوكة الى اربعة أقسام ، منها

العشرية والخراجية .

وقد اعتبرت المادة الاولى منه أراضي بلاد الشام خراجية

مملوكة لاصحابها في الأصل ، ولكنها آلت نهائياً الى بيت المال

لا تقراض معظم أصحابها فأصبحت أميرية كما عليه رأي متأخري الفقهاء

على ما سلف بيانه .

وقد أتى هذا القانون بأحكام لكل نوع من أنواع هذه الأراضي
اجمالاً ، وللإميرية منها بصورة خاصة تفصيلاً .

وقد منع هذا القانون المتصرفين في الأراضي الأميرية من الحفر
فيها أو صنع اللبن والآجر ونحوهما من تربتها الخ... وأكدت المادة
٣٦/ منه عدم صحة الفراغ عن التصرف في الأرض الأميرية إلا بذن
مأمور الطابو (أي مأمور السجل العقاري) .

(وثانيهما) - « قانون التصرف بأموال غير المنقولة » الصادر في ٥ جمادي
الأولى سنة ١٣٣١ هـ ، الذي جاء بتوسيع حقوق المتصرفين بالأراضي
الأميرية ، وسوغهم كثيراً مما كان ممنوعاً عليهم ، وجعل اجراء جميع
المعاملات المتعلقة بالتصرف فيها منحصراً بدائرة الدفتر الخاقاني الذي
هو السجل العقاري العام .

وبمقتضى هذين القانونين المذكورين أصبح الاذن السلطاني المشروط
لصحة الفراغ عن التصرف في الأراضي الأميرية ببدل أو مجاناً يعتبر
حاصلاً بمجرد إجراء معاملة الفراغ لدى مأمور السجل العقاري وتسجيله
إياها دون حاجة الى اذن خاص من السلطان كما كان من قبل . وليس
للمأمور الموظف أن يمتنع عن إجراء التسجيل .

ونصت المادة ٨/ منه على على عزم جواز وقف الأراضي الأميرية
لوصية بها من قبل المتصرفين فيها ، لأنهم لا يملكون رقبته .

١٠٦ - قانون الاراضي الجديد ذو الرقم /٣٣٣٩.

ظلت هذه القوانين العثمانية في أحكام الاراضي معمولاً بها في الاقليم السوري إلى سنة ١٩٣٠ م حيث أصدر المفوض الفرنسي في عهد الانتداب الفرنسي قانون الاراضي الجديد الذي سمي أيضاً : « نظام الملكية العقارية » ذا الرقم /٣٣٣٩/ فحل محلها ، ونظم احكام جميع انواع الملكية والحقوق العقارية لا الاراضي فقط ، وادخل مبدءاً مرور الزمن المكسب في العقار .

وقد خولت المادتان /١٥-١٦/ منه صاحب حق التصرف في الاراضي الاميرية ان يستغلها ويستحق كل مايتحد بها اتحاداً تبعياً ، طبعياً كان أو اصطناعياً ، وان يتصرف بها بملء حريته ، وان يبنى فيها مايشاء ، ويحفر الى العمق الذي يشاء ، وان يستخرج منها مواد البناء دون غيرها من سائر المنتوجات كالمعادن والدفائن والفحم الحجري ، وذلك ضمن الحدود والقيود التي توجبها القوانين والانظمة الاخرى .

وكذلك سوغت المادة /١٧/ منه صاحب حق التصرف في الاراضي الاميرية ان يجري عليها مايشاء من اعمال التصرف ماعدا الوقف ، فأصبحت الوصية بالارض الاميرية جائزة بمقتضاه ، وفاقاً للحكم الشرعي الذي يسوغ الوصية بالمنافع ، لان حق التصرف بالارض الاميرية هو من قبيل المنفعة دون الرقبة .

هذا ، وان المادة /٢٧٠/ من القانون ذي الرقم /٣٣٣٩/ المذكور المصححة بالقرار ذي الرقم /١٣٥لر/ الصادر في ٢٢ حزيران سنة /١٩٣٤/م جاءت تنص على إلغاء قانون التصرف بالاموال غير المتقولة العثماني الصادر في ٥ جمادي الاولى سنة /١٣٣١/ هـ بكامله ، وعلى إلغاء جميع «قوانين الاراضي» العثمانية والارادات السنية ، واحكام المجلة في جميع المواد التي هي موضوع بحث في هذا القانون الجديد؛ فبقي المعمول به من تلك الاحكام السابقة كل مالم يبحث فيه هذا القانون الجديد ولا يخالفه .

ثم جاء أخيراً القانون المدني السوري الجديد سنة /١٩٤٩/م ، فأدجت فيه نصوص قانون الملكية العقارية المذكور ذو الرقم /٣٣٣٩/ بكامله سوى تعديلات جديدة طفيفة كالغاء حق الشفعة (الذي كان يقره قانون الملكية العقارية المذكور) الغاء تالماً نهائياً .

١٠٧ - التقسيم المعمول به اليوم في اقليم السوري :

ان تقسيم الاراضي ، بالنظر القانوني المعموم به لدينا اليوم قد تناولته المادة /٨٦/ من القانون المدني (يقابلها المواد /٥ - ٩/ من قانون الملكية العقارية) ، فقسمت العقارات (أي الاراضي) الى خمسة أقسام ، كما يلي :

(١) - العقارات المملوكة . وهي الاراضي الواقعة داخل مناطق

الأماكن المبنية بحسب التحديد الإداري لتلك المناطق .

(٢) — العقارات الأميرية : وهي الأراضي التي تكون رقبته للدولة ، ويجوز أن يجري عليها حق « تصرف »

(٣) — العقارات المتروكة المرفقة : وهي التي تخص الدولة ويكون لجماعة عليها حق استعمال تعين مميزاته واتساعه وفقاً للعادة المحلية والانظمة الإدارية (أي كالأراضي المتروكة لمصالح القرى) .

(٤) — العقارات المتروكة المحمية : وهي التي تخص الدولة أو البلديات وتكون جزءاً من أملاك الدولة .

(٥) — الأراضي الموات : أو (العقارات الخالية المباحة) ، وهي الأراضي الأميرية التي تخص الدولة إلا أنها غير معينة ولا محددة أي لم ينشأ عليها لأحد حق تصرف ، بخلاف الأراضي الأميرية بمعناها المطابق فإنها أراض زراعية معينة محددة .

وهذه الأراضي الموات يجوز لمن يشغلها قبل غيره أن يستحصل باذن من الحكومة على حق أفضلية له فيها ، أي حق رجحان وأولوية في التصرف فيها وفقاً للشرائط المعينة في أنظمة أملاك الدولة .

وغني عن البيان أن التقسيم القديم الفقهي للأراضي بحسب نوع الضريبة إلى أراض عشرية وخراجية قد زال نظرياً وعملياً في بلادنا بمقتضى نظام الملكية العقارية السابق ، ثم بالقانون المدني الحالي والانظمة

المالية في ضريبة الأراضي التي استبدلت بها لدينا أخيراً ضريبة
الاتاج الزراعي .

وقد كان ذلك التقسيم إلى عشرية وخراجية مرعياً في قانون الأراضي
العثماني الآنف الذكر ، إذ عدت فيه الأراضي العشرية والخراجية
فروعاً من الأراضي المملوكة .

(ب) — الزمرة الثانية من القوانين العثمانية حول الأراضي

١٠٨ — وأما الزمرة الثانية من قوانين الأراضي ، وهي التي
تتضمن انتقال التصرف في الأراضي الاميرية بالارث ، فقد بدأت
أيضاً بالقانون الأول العثماني الآنف الذكر الذي أصدره السلطان سليمان .
فانه لم يجعل فيه لأحد من ورثة المتصرف في الأراضي الاميرية حق
انتقال ، بل تعود الأرض بوفاة المتصرف إلى بيت المال بناء على أنه في
حكم المستأجر سنوياً ، فاجارته تنسخ في المذهب الحنفي شرعاً بموته .
وإنما أقر لأولاد المتصرف بعد وفاته حق أولوية في استملاكها
ببدل المثل .

وهذه الاولوية في الاستملاك كانت تسمى : « حق الطابو » .

ثم تابعت بعد ذلك القوانين وانظمة كثيرة وسع فيها أولاً انتقال
« حق الطابو » هذا إلى غير الأولاد . ثم آل ذلك الى تقرير انتقال
في حق التصرف بالأرض الاميرية مجاناً إلى الورثة ، على ترتيب ونظام

يختلف عن ترتيب الأثر الشرعي في الأملاك الحرة ، ويتساوى فيه الذكر والانشى ، باعتبار أن هذا الارث النظامي منحة للمتصرفين يعود للإمام صاحب السلطة العامة على هذه الأراضي حق توزيعها وترتيبها ، كحق الواقف في فرض توزيع غلة وقفه كما يشاء .

١٠٩ — قانون انتقالات الاموال غير المنقولة

وآخر قانون في ذلك هو قانون الارث النظامي الجديد المعروف باسم « قانون انتقالات الاموال غير المنقولة » المؤرخ في ٢٧ ربيع الأول سنة ١٣٣١ هـ = ٢١ شباط ١٣٢٨ م .

وقد جعلت فيه درجات الانتقال ثلاثاً تحجب كل منها ما بعدها ، وهي :

أولاً) — فروع المتوفى .

ثانياً) — أبوا المتوفى ، وفروعهم .

ثالثاً) — أجداده وجداته ، وفروعهم .

وجعل للزوج أو الزوجة مع أهل الدرجة الأولى الربع ، ومع أهل الثانية النصف .

وقد أقرت في هذا القانون أمور أهمها ما يلي :

(١) — جعل نظام انتقال التصرف بالوفاة واحداً في الأراضي الاميرية وفي حق القرار المنشأ على عقار الوقف بطريقة الاجارتين (ر : ف / ٢٣) .

وقد كانت طريقة الانتقال قبلاً في حق الايجارين على العقارات الموقوفة مختلفة عن طريقة الانتقال في حق التصرف بالأراضي الأميرية وأضيق منها .

(٢) - ساوى في النصيب بين ذكور الاولاد واناثهم كما ساوى بين الزوجين في النصيب .

(٣) - أقر قاعدة الخلفية والتمثيل ، وهي أن يعتبر المتوفى عند وصول الحق الى درجته ممثلاً بولده الذي يخلفه ، فيقوم الاولاد مقام أبيهم فيستحقون نصيبه الذي يستحقه لو كان حياً مع وجود اعمامهم الذين هم اعلى طبقة .

وعليه اذا مات أحد اولاد المتصرف بالأرض الأميرية عن اولاد ثم مات والده المتصرف ، فإن الحفدة يستحقون نصيب أبيهم المتوفى من تركه جددهم الذي توفي بعد أبيهم ، ولا يكونون محجوبين بأعمامهم كأنحجابهم بهم في الارث الشرعي المعتبر في الأملاك العادية . وهذه المسألة هي المعروفة بين الناس بمسألة « ابن المحروم » ^(١) عالجها هذا

(١) - يلحظ في هذا المقام انه قد اقر اخيراً في مصر قانون جديد للوصية عدلت فيه مسألة ابن المحروم في الارث الشرعي العام عن طريق ايجاب وصية اجبارية لاولاد احد الاخوة المتوفى قبل ابيه بمبلغ في تركه جددهم يعادل ميراث ابيهم منه لو كان ابوهم حياً عند وفاة جددهم على ان لا يتجاوز ثلث التركة ، وذلك بالاستناد الى بعض الاجتهادات الاسلامية في الوصية الاجبارية للاقارب . وهكذا عولجت في مصر قضية « ابن المحروم » عن طريق الوصية الاجبارية . =

القانون في إرث التصرف بالاراضي الاميرية .

ولا يزال هذا القانون معمولاً به في الاقليم السوري الى اليوم .
هذه خلاصة متسلسلة هامة عن أقسام الاراضي واسماؤها وأحكامها
الاساسية شرعاً وقانوناً ، تأتي نوراً على تطورها ومراحلها ، وتعين
على فهم ما يصادفه الباحث والطالب من أسمائها المختلفة وأنواعها في شتى
المناسبات ، فيدرك قديمها من حديثها ، وناسخ احكامها لدينا
من منسوخها^(١) .

١١٠ - ثمرات التمييز بين العقار والمنقول :

ان ثمررة التمييز بين المنقول والعقار من الأموال لم تكن ، في

= ثم صدر لدينا في الاقليم السوري سنة /١٩٥٣م قانون الاحوال الشخصية (و كنت
انا احد اعضاء اللجنة التي كلفت وضعه) فتبنى هذا القانون لدينا تديروا الوصية الاجبارية
الذي سلكته مصر مع تعديل يسير وجدناه ضرورياً . وهكذا زالت من الوجود
لدينا قضية ابن المحروم .

* (١) - ترى مراجع هذه الخلاصة وتفصيل الاحكام في باب العشر والخراج
وكتاب الوقف من رد المحتار وغيره من الكتب الفقهية ، وفي نصوص قوانين
الاراضي العثمانية المشار اليها آنفاً ، وكتاب احكام الاراضي للاستاذ الكبير
شاكر بك الحنبلي ، واحكام الاراضي ايضاً للاستاذ المحامي دعبس المر ، وفي
نظام الملكية العقارية السابق لدينا ذي الرقم /٣٣٣٩/ ، وفي القسم الثاني من
القانون المدني الذي ادخلت فيه نصوص نظام الملكية العقارية المذكور وفي
جانب من مقدمته ايضاً .

الاحكام الفقهية الاصلية ، بالمكانة التي لها اليوم في ظل التشريع القانوني . فلم يكن هناك من تفاوت اساسي بين ما يتعلق بالمنقول وما يتعلق بغير المنقول من الاحكام إلا في بعض امور وحقوق ناشئة عن طبيعة العقار تجري فيه ولا تجري في غيره ، كحق الشفعة وحقوق الجوار والارتفاق ، وكاحكام غصب العقار بناء على اختلاف الفقهاء في إمكان غصب العقار وعدمه .

أما بعد وجود التشريع العقاري القانوني في الاقليم السوري ، وتأسيس التشكيلات العدلية التي تعددت بمقتضاها المحاكم واختلفت وظائفها واختصاصاتها منذ العهد العثماني الى اليوم ، فقد أصبح للتفريق بين المنقول والعقار ثمرات هامة ولا سيما في الأمور الشكلية ، كاختصاص المحاكم ووجوب تسجيل العقود والحقوق العقارية في السجل العقاري ، واننا سنجمل فيما يلي ذكر النتائج الناجمة عن التفريق في الأموال بين المنقول والعقار في الأحكام الفقهية الأصلية ، وفي الأحكام القانونية :

١١١ - (أ) - في الاحكام الفقهية :

(١) - ان الشفعة تجري في العقار ولا تجري في المنقول ولو كان هذا بناء مبنياً او شجراً مغروساً ، إلا تبعاً للعقار كما تقدم .

ومثل الشفعة في ذلك بيع الوفاء ، فانه يختص بالعقار دون المنقول

على أرجح الآراء الفقهية^(١) (ر : الدرر أواخر البيوع ورد المختار ،
٢٤٨/٤) .

(٢) - أن الوقف أيضاً إنما يصح في العقار دون المنقول إلا اذا
وقف المنقول مع العقار الذي هو فيه تبعاً له ، أو كان من المنقولات
التي جرى العرف والتعامل على وقفها منفردة ، كالمصاحف والكتب
وأدوات حمل الموتى .

وكذلك الحقوق العينية الطارئة على الوقف ، أى حقوق القرار
المعروفة باسماء مختلفة كالحكر والاجارين والمرصد والكدك الخ... ،
لا تجري في الموقوف من المنقولات وإنما تختص بالعقار الموقوف
كما تقدم .

(٣) - ان المنقول المبيع لا يصح من المشتري أن يتصرف فيه
ببيع ونحوه قبل قبضه . أما العقار المبيع فيصح تصرف المشتري فيه
قبل قبضه (المجلة / ٢٥٣) .

والعلة في ذلك ان البيع يبطل بهلاك الشيء المبيع قبل التسليم ، والمنقول
عرضة للتلف ، فتداول الحقوق عليه قبل استقرار ملكية المشتري
بالقبض هو غرر وتسرع يعرض تلك العقود والحقوق اللاحقة

(١) - يلحظ هنا أن بيع الوفاء أصبح ممنوعاً وعقده باطل بمقتضى المادة
٤٣٣ / من القانون المدني لدينا .

إذا هلك المبيع في يد بائعه الاول^(١) .

(٤) — حقوق الجوار والارتفاق تتعلق بالعقار ولا تتعلق بالمنقول .

(٥) — المنقول يمكن غصبه بلا خلاف بين الفقهاء وتترتب على

الغاصب أحكام الغصب المقررة في محلها .

أما العقار فمن الفقهاء من يرى أنه غير قابل للغصب، إذ لا يمكن نقله وتحويله . وهذا رأي الإمامين أبي حنيفة وأبي يوسف .

ومنهم من يرى قابليته للغصب ، وهذا رأي محمد ، وهو الراجح الذي

اعتمدته المجلة (ر : م / ٩٠٥ — ٩٠٩)^(٣) .

(١) — ان نصوص القانون المدني ، وقبله المادة / ٦٤ / من قانون اصول

المحاكمات الحقوقية العثمانية لدينا يقتضي عمومها بيع المنقول قبل القبض .

* (٢) — وجهة نظر الامامين في عدم جريان الغصب في العقار ان الغصب

المتصور فيه ليس في الحقيقة غصباً للعقار . بل هو اقضاء لصاحبه عنه ، كمن يقضي الراعي عن مواشيه ، والغصب لا يتحقق الا بازالة يد المالك عن ماله بفعل يقع من الغاصب على المال ، ولا يكون هذا الا بالنقل والتحويل ، والعقار لا يتصور فيه ذلك .

ووجهة نظر الامام محمد في امكان غصب العقار أن الغصب يتحقق بمجرد

ازالة يد المالك عن ماله ، ولا يشترط ان تكون تلك الازالة بفعل في المال .

وهذه الازالة فيما يحتمل النقل انما تكون بالنقل والتحويل ، وفيما لا يحتمله تتحقق باخراج المال عن ان يكون منتفعاً به في حق المالك ، أو باعجاز المالك عن الانتفاع به . وبهذا يتحقق الغصب في العقار كما في المنقول .

وثمره الخلاف في امكان غصب العقار تظهر في عدم التزام الغاصب بضمان

قيمه اذا هلك في يده على الرأي الاول ، والتزامه بالضمان على الرأي الثاني . =

(٦) -- عقار القاصر لا يجوز للولي أو للوصي بيعه إلا باذن القاضي في حالات محدودة ومعدودة مبينة في الكتب الفقهية ، وفي قانون الاحوال الشخصية ، وكلها من حالات الضرورة وهذا المانع لأن بقاء عين العقار أصون من حفظ ثمنه .

أما اموال القاصر المنقولة فيجوز بيعها وحفظ ثمنها .

١١٢ - (ب) - في الاحكام القانونية :

(١) -- في ظل الأحكام القانونية في الاقليم السوري تخضع العقارات والحقوق العينية فيها والتصرفات المتعلقة بها للنظم والاحكام العقارية الخاصة، ومن أهمها مبدأ «عمرية العقود» الذي يقضي بوجوب تسجيلها في السجل العقاري، واعتبار جميع العقود التي تعقد دون تسجيلها في السجل العقاري عديمة الأثر ولا حجة فيها على الأشخاص الثالثين (غير العاقلين) إلا من تاريخ تسجيلها في السجل العقاري ، كما هو مفصل في مواضعه

= وعلى هذا : لو غصب انسان عقاراً فجاء آخر فاتفقه فالضمان على المتلف فقط عند الشيخين (ابي حنيفة و ابي يوسف) ، لان الغصب لم يتحقق فانفرد الاتلاف بالاعتبار .

وعند محمد يتخير المالك بين تضمين الغاصب وتضمين المتلف : فاذا اختار تضمين الغاصب يرجع هذا على المتلف بما ضمنه لانه يملكه الغاصب بضمان قيمته ملكاً مستنداً الى تاريخ الغصب ، اي يكون للملكه بالضمان اثر رجعي ، فيكون الاتلاف قد وقع على ماله . (ر : بدائع الصنائع ، كتاب الغصب ج ٧ ص ١٤٣ و ١٤٦ و ١٤٨ / ، والهداية ايضاً ، وغيرهما) .

من القوانين العقارية، وخصوصاً لدينا المادة ٢٠٤/ من نظام الملكية العقارية ذي الرقم ٣٣٣٩/ (التي أصبحت المادة ٨٢٥/ في القانون المدني)، وكذا المادة ١١/ من القرار ذي الرقم ١٨٨/ المتعلق بالتسجيل العقاري. أما المنقولات فتخضع مباشرة للأحكام المدنية العامة للنظام خاص، ولا يشملها مبدأ العلانية، فلا يجب في عقودها التسجيل^(١). حتى أنه في العقد الواحد كالرهن :

-- إذا كان المرهون عقاراً يكون تابعاً لأحكام الرهن في القانون العقاري: فيتم رهنه بمجرد وضع إشارة الرهن في صحيفة العقار من السجل العقاري دون حاجة إلى قبض، ولا يسقط الدين بهلاكه وهو مرهون؛ خلاف المقرر من شرائط الرهن وأحكامه الشرعية في نظر الفقهاء. -- وإذا كان المرهون مائلاً منقولاً طبقت فيه أحكام الرهن العامة في القانون المدني كما يرى في موضعه من عقد الرهن :

(٢) -- قوانين الإيجار التي تعاقبت في هذه البلاد منذ سنين لتحديد حرية المؤجرين في الإيجار وفي الأجور، وتمديد عقود الإيجار للمستأجرين

(١) -- على أنه قد يفرض قانوناً لزوم التسجيل في عقود بعض المنقولات على سبيل الاستثناء لاعتبارات تقضي بها المصلحة العامة الزمنية في نظر الحكومة، كما في السيارات اليوم؛ فإن بيع السيارة يجب تسجيله في السجل المخصص في إدارة المواصلات، والعبارة لقيود هذا السجل في تعيين المكلف القانوني بالضريبة المالية عليها، فالرسوم المالية المفروضة عليها تستوفي من صاحب الملكية الرسمية المسجلة باسمه.

ومنع تخليتهم الا باسباب معينة رعاية لظروف زمنية باسم النظام العام ، كل تلك القوانين انما تتعلق بايجار العقار ولا تسري على ايجار المنقولات ، بل يخضع ايجار المنقولات لاحكام الإجارة العامة . (٣) -- فيما يتعلق باصول المحاكمات واختصاص المحاكم قد يختلف مرجع الدعوى بغير المنقول عن مرجع الدعوى بالأموال المنقولة كما هو معروف في قانون اصول المحاكمات الحقوقية .

فالمحكمة المختصة في دعوى العقار هي المحكمة التي في منطقتها يقع العقار ، أما في دعوى المنقول فمحكمة مقام المدعى عليه .

(٤) -- عندما تلجأ دوائر التنفيذ الى بيع أموال المدين لوفاء دين محكوم به تبدأ ببيع أمواله المنقولة بمقتضى أحكام قانون الاجراء ، ولا تبيع عقاره الا اذا لم تكف أمواله المنقولة .

(٥) -- إزالة الشيوع الجبرية كانت تختص بالعقار ، ثم عممت لدينا أخيراً على المنقول المشترك تعديلاً لقانون حكام الصلح الذي يجعل دعوى إزالة الشيوع من اختصاصهم^(١) .

(١) - بعد الوحدة التي قامت بين مصر وسورية سميت محاكم الصلح لدينا : « المحاكم الجزئية » بمقتضى قانون السلطة القضائية الجديد الموحد جرياً على الاصطلاح المتعارف في الافليم المصري .

الفرع الخامس

في العين والدين

- ١١٣ -- يتشعب البحث في هذا الفرع الى ثلاثة مباحث :
- (الأول) -- في موقع الدين من أقسام المال ، وتعريف العين والدين .
- (الثاني) -- في نتائج التمييز بين العين والدين .
- (الثالث) -- في نظرية الذمة وخصائصها .

البحث الأول

موقع الدين من اقسام المال
- تعريف العين والدين .

- ١١٤ -- المال ، بالمعنى الاصطلاحي في نظر فقهاء الحنفية ، لا يمكن تقسيمه الى عين ودين ، لأنه كما رأينا في الفقرات / ٣٥ و ٣٦ و ٣٧ / لا يكون إلا أعياناً .
- فالديون في الذم هي حقوق شخصية مملوكة لأصحابها ، والتزامات على من هي في ذمهم ^(١) .

(١) -- يعبر الفقهاء عن معنى الالتزام بوجه عام بلفظ « الحق » الذي يشمل عندهم جميع الحقوق المالية وغير المالية ، ويتناول من الحقوق المالية الحقوق =

يقول الفقهاء الحنفيون : « ان الدين هو : وصف في الذمة .
واختلفوا هل يعتبر ملكا لصاحبه وهو في الذمة ، أو لا يعتبر لانه
مجرد وصف شرعي ؟
وقد رجحو النظر الاول فقالوا :

الحق انه يملك ، ولذا جازت هبة الدين للمدين وهي قليك ،
واعتبر الدين المشترك من قبيل شركة الملك ، حتى لو اخذ احد
الشريكين فيه من المدين شيئاً عن حصته يشار كه فيه الاخر .
(فتح القدير أول كتاب الشركة) .

ونحن هنا انما نتكلم عن الدين بمناسبة تقسيم المال ، لا باعتبار انه
من أقسام المال الاصطلاحي عند الفقهاء الحنفية ، بل باعتبار أن الدين
يقابل العين المالية كما تقابلها المنفعة .
على أن الفقهاء قد يصفون الدين بانه : مال حكمي^(١) ، أي شيء اعتباري

= العينية والحقوق الشخصية جميعاً . (رسالة الدكتور شفيق شحاته « نظرية
الالتزام العامة في الشريعة الاسلامية » ف / ٢٥٤) .

فهم قد غلبوا لفظ « الحق » على ناحيتي الرابطة الالتزامية ، على عكس
اصطلاح نظرية الالتزامات التي غلب فيها لفظ « الالتزام » على الناحيتين (ر :
ما تقدم ف / ٢٥) .

وقد يستعمل الفقهاء لفظ « الواجب » في معنى الالتزام من ناحيته
السالبة أي من ناحية المكلف الملتزم ، فيقولون مثلاً : من عليه الواجب «
للتعبير عن الملتزم .

(١) - ر : « الاشباه والنظائر » لابن نجيم ، ج ٢ الفن الثالث ص / ٢٠٩ .

يملكه الدائن وهو موجود في ثروة المدين ، فيصح أن يقال ان الدين عند الفقهاء مال من حيث المال .

وقالوا : ان من أوصى بثلث ماله وله دين وعين يدخل الدين أيضاً في وصيته على الرأي الراجح (رد المحتار باب الوصية بثلث المال) .
ومن جهة أخرى ، نرى أن الديون تعتبر أموالاً في مذاهب فقهية أخرى وفي الاحكام القانونية التي تدخل في زمرة الاموال الحقوق والمنافع وكل ما تعورف تداوله بين الناس (ر : ف / ٧٢) .

وكذلك يجوز حجز الدين في ذمة مدين المدين لمصلحة دائن الدائن بمقتضى احكام التنفيذ القانونية كما تحجز الاموال العينية ، فيترتب عندئذ على مدين المدين أن يفرغ ذمته في يدي دائن دائئه لاني يدي دائئه .

١١٥ — تعريف المعين والمعين :

العين هي : الشيء المعين المخصص ، كبيت ، وحصان ، وكرسی ، وصبرة حنطة ، وصبرة دراهم حاضرتين ، فكل ذلك من الاعيان (المجلة / ١٥٩) .

ويفهم مما تقدم في الفقرة ٦٩/ وما بعدها أن الاعيان تنقسم الى أعيان ذات قيمة فتكون مالا ، وغير ذات قيمة فلا تكون مالا وذات القيمة تنقسم الى متقومة — أي مباحة الانتفاع شرعاً —

وغير متقومة ، كما تنقسم الى مثلية وقيمة ، والى منقولة وغير منقولة .
أما الدين فهو : ما يثبت في الزمة ، كمقدار من الدراهم في ذمة
رجل (المجلة / ١٥٨)^(١) .

* (١) - في هذه المادة من المجلة تعميم للفظ « الدين » على احوال اخرى في
اصطلاح الفقهاء اذ قالت مانصه :

« الدين ما يثبت في الذمة كمقدار من الدراهم في ذمة
رجل ، ومقدار منها ليس بحاضر ، والمقدار المعين من الدراهم
أو صورة الخنطة الحاضرتين قبل الافراز ، فكلها من قبيل الدين » .
والمراد بالحالة الاخيرة المقدار المعين كمية على وجه الشروع ، كالنصف والرابع
مثلاً ، لا المعين ذاتاً ، بدليل قولها « قبل الافراز » فان المعين ذاتاً يكون مفروضاً .
ولا يخفى ان ماسوى الثابت في الذمة هو من قبيل الاموال المادية ، لانه
في الحقيقة اعيان .

فالنصف الشائع من مال مثلي لا يخرج شئ من الملكية عن كونه عيناً مالية ،
وانما يجعله الشيوع غير متميز عن سواه . فتسميته ديناً هو مجرد اصطلاح بسبب
مثليته وعدم تمييزه ، فهو داخل في الاعيان المالية ، وليس هو المقصود بكلمة « الدين »
في موضوع بحثنا لان بحثنا موضوعه الدين الثابت في الذمة .

فلذا لم نأخذ من تعريف المجلة للدين الا الحالة الاولى ، لانها محل البحث
في مقابل العين .

على انهم قد يخصون العين في بعض كلامهم بالدراهم والدنانير الحاضرة دون
سواها من الاعيان . ففي رد المحتار من باب الوصية بثلاث المال فيما لو اوصى
احد بألف وله دين وعين مانصه :

« قال ابو يوسف : العين الدراهم والدنانير ، دون التبر =

والدين في الفقه الاسلامي يعبر به في الاصل عن الناحية السالبة في الالتزام النقدي أو ما في حكمه ، اي عن التزام الملتزم بدفع نقود وما في حكمها من الاموال المثلية التي تثبت في الذمة ، كمن اقترض مثلياً أو أتلغه فانه يكون ملتزماً بمثله ديناً في ذمته ، وعليه وفاؤه من أي الاموال العينية المماثلة للثابت في الذمة (ر: ف/ ٩١).

على انه قد يستعمل لفظ « الدين » للتعبير عن الناحية الموجبة في الالتزام ، أي ناحية الملتزم له وهي « الحق » اذا كان أيضاً محل الالتزام بمبلغاً من النقود أو أشياء مثلية ، فيقال : **لهون على هون دين** أي حق مالي ثابت في ذمته .

وأغلب مصادر الديون هي تارة المقود ، كالقرض والبيع والكفالة والصلح والنكاح ، الخ ... ، وتارة الفعل الضار كما في دين التعويض عن المتلفات ، وضمان المغصوب^(١)

= **والحلي والعروض والثياب . والدين كل شيء يكون واجباً في الذمة من ذهب أو فضة أو حنطة ونحو ذلك » .**

فهذه اصطلاحات استثنائية ، والاصطلاح الفقهي العام في معنى الدين والعين هو ما اقتصرنا عليه في متن هذا الكتاب .

(١) — تقدم ان الفقهاء يميزون بين عنصري الالتزام بالدين ، وهما : اصل الدين ، والمطالبة به ، وأنها قد يجتمعان ، وقد ينفك احدهما عن الآخر ، فلينظر (ف/ ٣٦) .

البحث الثاني

في نتائج التمييز بين الدين والعين

١١٦ — يترتب على التمييز بين الاعيان المالية والديون نتائج هامة في الاحكام الفقهية العملية ، نشير اليها إجمالاً فيما يلي :

(١) - الديون امور اعتبارية محلها الذمم التي تشغل بالتزاماتها^(١) وليس لها وجود خارجي .

أما الأعيان المالية فهي أمور ال ذات وجود خارجي .
على أن الديون إنما توفى التزاماتها بدفع الاعيان المالية المشلية من جنسها في مقابلها

(٢) - الديون لا يكون محلها الا مالا مثلياً .

وذلك لأن المال المثلي هو الذي يقبل الشبوت في الذمة بسبب أن له أمثالاً يمكن المطالبة بأدائها عنه عيناً .

أما الأعيان فمنها المثلي ومنها القيمي . وان القيمي منها لا يثبت في الذمة ، وإنما يتعلق الحق بعينه ، وقد ينتقل الحق عن عينه إلى قيمته فتثبت عندئذ في الذمة كما تقدم (ف/١٨)

وقد استثنى من هذا العموم بعض أموال قيمة اعتبر الفقهاء لها ثبوتاً في الذمة في بعض العقود . فقد سوغوا أن تكون المصنوعات القابلة للضبط صفة ومقداراً كالثياب والاحذية والمفروشات ونحوها موضوعاً لدين ، فتثبت في الذمة عندما يكون الالتزام إلى أجل ، كما في بيع السلم والاستصناع .

أما الحيوان فإنه لا يكون ديناً ، لتفاوته ، وإنما يمكن ورود الالتزام على أفراد معينة منه ، على سبيل الالتزام بالعين ، أي الالتزام بتسليم عين معينة كما تقدم بيانه في بحث موضوع الالتزام (ف/ ٣٩) على أنهم قد اشتهوا المهر في عقد النكاح فأجازوا أن يكون حيواناً أو غيره من القيميات معينة بنوعه لأبذاته ، ويعتبر ديناً على الزوج ، ويلزمه المتوسط من أفراد نوعه في الجودة والرداءة . (ر : الدر المختار ورد المختار في باب المهر) . والعلة في هذا التسامح أن المال ليس هو الغاية المقصودة في عقد النكاح .

(٣) - الديون الثابتة في الذمم لا تقبل القسمة إلا بعد أن تقبض .

وعلى هذا لا يحق لأحد الشركاء في الدين المشترك أن يستأثر بما قبضه من المدين في مقابل حصته ، بل يكون لشركائه في الدين أن يقاسموه في المقبوض بحسب حصصهم (المجلة/ ١١٠١-١١٠٥) إذ لو اعتبر أن

القابض إنما قبض حصته فقط لكان ذلك اقتساماً للدين المشترك في الذمة^(١) وهو فيها وصف شاغل ، فلا يقبل القسمة إلا بعد القبض .

٤ - الديون في الذمم لا تعتبر محلاً صالحاً لعقود التمليك والمعاوضة .

فلو باع انسان من آخر دينه الذي على ثالث فالبيع باطل ، وكذا لو وهبه دينه الذي على شخص لم تجز الهبة ، إلا ان يوكله ايضاً بقبضه ، فحينئذ يقبضه من المدين بحكم الوكالة ، ثم يملكه بحكم الهبة ، كما تقدم (ف/ ٣٥)

وعن هذا لم يسوغوا مخارجة احد الورثة عن حصته من تركتها دين ، لأن هذا التخارج يشتمل على بيع الدين ، وإنما يجب ان تقصر المخارجة على ماسوى حصته من الدين .

على أنه قد استثنى من ذلك بيع الدين للمدين نفسه بمال آخر يدفعه الى الدائن لأنه عندئذ في معنى الوفاء .

وكذلك استثنوا هبة الدين للمدين نفسه لأنها في معنى البراء والاسقاط .

والقاعدة في هذا عند الفقهاء أنه « **لا يجوز لمالك الدين غير من**

(١) - الدين المشترك : هو ما ثبت لاشخاص متعددين في ذمة آخر بسبب واحد ، كالارث ، وكما لو باع اثنان مالاً مشتركاً بينهما لآخر صفقة واحدة فيكون الثمن ديناً مشتركاً بينهما ، اما لو باعه كل منهما حصته بعقد مستقل فلا شركة بل يختص كل بدينه . وقد تقدم ذكره وبيانه في عدة مناسبات من الجزء الاول المدخل الفقهي العام (ر : ف / ١٦ و ١١٥) .

عليه الدين » (الدر المختار أول فصل التخرج من كتاب الصلح) .
وفي هذا تحديد من قابلية انتقال الالتزام من ناحيته الموجبة - أي
حوالة الحق - ففقهاء الحنفية لم يسوغوا ذلك إلا بطريق الحوالة فقط
فالشخص الذي له وعليه دين يستطيع ان يحيل دائته على مدينه ،
ولكنه لا يستطيع أن يبيع دينه بيعاً لأحد غير المدين^(١)
وهذا ما أوهم بعض الباحثين أن حوالة الحق في الفقه الاسلامي ،
وخاصة في الاجتهاد الحنفي ، غير جائزة كما تقدم . (ر : ف / ٣٢) .
وقد قدمنا هناك بيان الفرق بين طريق البيع وطريق الحوالة في
هذا الموضوع^(٢) .

هـ - عقد الحوالة لايجري الا في الديون دون الاعيان ، لأن الاعيان انما
تستوفى بذواتها لا بامثالها كما تقدم .

ولكن الأعيان يمكن أن ينيب صاحبها غيره في قبضها إنابة .

-
- (١) - والحوالة ليست بيعاً للدين ، وانما هي نقل غير نهائي للمطالبة به (في
حوالة الحق) ، أو للالتزام بأدائه (في حوالة الدين) . فان تعذر قبض الحوالة
يرجع المحال على المحيل كما تقدم ايضاحه في الباب الاول (ر : ف / ٣١) .
- (٢) - يجب ان يلاحظ في هذا الصدد ان نصوص القانون المدني الجديد
(وقبله المادة / ٦٤ / من قانون الاصول الحقوقية السابق) لدينا تقتضي صحة بيع
الدين لغير من هو عليه في جميع صورته من مخرجة او غيرها ، لان الناس تعارفوا
اعتبار الديون اموالاً يتعاقدون عليها كما تقدم .
وهذا ايضاً مقتضى نصوص القانون التجاري في اسلوب حوالة اسناد الامر ،
وهو ما تدعو اليه الحاجة التجارية .

(٦) - الديون يجري فيها التقاص :

ومعناه أنه اذا ثبت للمدين عند الدائن مثل ما للدائن عليه جنساً وصفة مع توافر شرائط مبسوسة في مواطنها من كتب الفقه امتنعت المطالبة بينهما فكأنما أصبح كل منهما مستوفياً لدينه .
أما الأعيان فلا تجري فيها المقاصة . فلو كان لكل من شخصين عند الآخر عين مغصوبة وهما متماثلتان كان لكل منهما أن يطالب الآخر بالعين التي تخصه .

(٧) - الديون انما تقضى بأمثالها على سبيل التقاص ، أما الاعيان فانما تستوفى بذواتها .

(ر : رد المحتار أواخر فصل التصرف في المبيع والتمن والخط منها ، وفي أوائل باب الوكالة بالخصومة والقبض) .

وايضاح ذلك : أن الدين في الذمة هو تكليف شاغل لها وليس متعلقاً بمال معين للوفاء منه . فاذا وفي المدين دينه فليس معنى ذلك أن الدين الذي كان في ذمته قد سقط . بل حقيقة الوفاء أن المدين قد أصبح بالوفاء دائئاً لدائنه بمثل دينه^(١) ، فيقع التقاص وتمتنع المطالبة بينهما لعدم فائدتها ، إذ لو طالب أحدهما الآخر حق للآخر مطالبته بالمثل .
(ر : رد المحتار ، كتاب الايمان ٣ ، / ١٣٨) .

وقد رتب الفقهاء على هذا صحة البراء بعد الوفاء لأنه يلاقي ديناً

(١) - وذلك نظير طريقة الحساب الجاري في المعاملات التجارية .

قائماً في الذمة . فلو أبرأ الدائن مدينه ابراء إسقاط من بعد ما استوفى
منه الدين حق المدين أن يستعيد من الدائن ما كان استوفاه منه ،
لأن ما ثبت للمدين بالوفاء في ذمة الدائن لم يبق له مقابل للدائن في ذمة
المدين بعد الابراء ليدوم حكم التقاوص .

ولو كان الدين يعتبر بالوفاء ساقطاً سقوطاً والذمة منه فارغة
لوجب إلغاء الابراء بعده، إذ لا يمكن إسقاط الساقط أو تفريغ الفارغ
لأنه من قبل تحصيل الحاصل (ر : الاشباه والنظائر لابن نجيم مع
حاشية الحموي ، الفن ٣ ص / ٢٠٩ و ٢١٠) .

أما الأعيان فلا يتأتى فيها هذا الاعتبار، إذ العين التي يستحقها أحد
بسبب من الاسباب إنما يستوفى فيها ممن هي في يده بذاتها ، لأنها متعينة
وليس محلها الذمة حتى تقضى بمثلها ، وإنما محلها اليد التي هي في حوزتها .

(٨) - الابراء إنما يتعلق بالديون ولا يتعلق بالأعيان (الدر المختار ،
فصل التصرف بالمبيع والتمن) .

وذلك لأن الابراء إسقاط ، وملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط
— كما أوضحناه في نظرية الملكية من الجزء الأول — وإنما تقبله
طائفة من الحقوق منها الديون .

وعلى هذا فرع الفقهاء فروعاً كثيرة ، منها أن المغصوب منه اذا
أبرأ الغاصب عن العين المغصوبة فانما يبرأ عن ضمانها فقط ولا يملكها ،
فتبقى أمانة في يده المالك .

ومثله مالو أبرأ المودع الوديع عن عين الوديعة لم يكن لهذا
الابراء من حكم .

أما لو هلك المغصوب في يد الغاصب فأصبح ملتزماً بقيمة أو مثله ،
فان ابراءه عما ثبت في ذمته يصح ، لأن التزامه أصبح ديناً ، والديون
يسقطها من الذمم الابراء .

وقالوا : ان البائع اذا حط عن المشتري بعض الثمن الذي في ذمته
صح الحط ويلزم المشتري بالباقي فقط ، بخلاف مالو حط المشتري عن
البائع بعض المبيع المعين ، فان الحط لا يصح ، لانه اسقاط لا يجري في
الأعيان (الدر المختار كتاب البيع ، فصل التصرف بالمبيع والثمن) .
(٩) - ان الدعوى بالعين لاتقام الا على ذي اليد (م / ١٦٣٥) .

لأن الأعيان لا يمكن أن يكلف بتسليمها من ليست في حوزته .
أما الدعوى بالدين فانها يمكن ان ترفع على غير المدين ، لامكان وفاء
الدين واستيفائه من غير المدين الاصيل . فاذا اصبح الشخص مسؤولاً بدين
غيره لسبب من الاسباب الشرعية جاز للدائن مطالبته قضاء كما يطالب المدين
الاصيل : فيطالب بالدين المكفول والكفيل ، ويطالب بقيمة المغصوب
الغاصب وغاصب الغاصب ومن في حكمه كالمشتري من الغاصب اذا
اتلف المغصوب ^(١) (ر : ف / ٦ / والمجلة / ٩١٠) . غير أن تضمين غاصب

* (١) - اذا تداولت الايدي المغصوب فهلك ، فان للمالك تضمين مثله أو
قيمه أياً شاء من الغاصب الاول أو غاصب الغاصب أو من في حكمه كالمشتري منه . =

= وأما اذا كان غير هالك بل قائماً عند ذي اليد الاخيرة فان ذا اليد غير مسؤول بالضمان بل بالعين ما دامت عنده ، كما ان غير ذي اليد من الغاصبين ومن في حكمهم غير مسؤول بالعين لخروجها من يده ، بل هو مسؤول بضمانها .

وعلى هذا فللمالك الخياريين ان يتبّع العين فيدعي بها على ذي اليد الاخيرة فقط ، وان يتركها فيدعي بضمانها على أي غاصب خرجت من يده لانه مسؤول بمجرد الغصب . وهذا ما يوجب نص المادة / ١٦٣٥ / من المجلة ؛ فان دعوى الضمان بالقيمة على الغاصب الاول صحيحة وان كانت العين المغموصة في يد غاصب الغاصب (ر : مرآة المجلة نقلاً عن النوع الخامس عشر من دعوى « البزازية » ؛ وشرح المجلة للاتامني نقلاً عن جامع الفصولين ؛ وكذا شرح سليم الباز تحت المادة / ١٦٣٥) .

وقد جرت في هذه القضية مناقشة في مصر بيني وبين جماعة من كبار الاساتذة الفقهاء : فقد كان رأيهم ان المغموص ما دام قائماً غير هالك في يد الغاصب الاخير أو من في حكمه كالمشتري من الغاصب فان حق المالك المغموص منه منحصّر شرعاً في تتبع العين فقط ، فيدعي بها على ذي اليد الاخيرة ، وليس له أن يختار تركها وتضمين الغاصب الاول مثلها او قيمتها ، لان الموجب الاصل للغصب رد العين ، وانما التضمين خلف عنها فلا يصار اليه مع وجود العين .

وقد أجبتهم بان هذا صحيح بالنسبة الى ذي اليد ، فلا يدعى عليه بالتضمين مع وجود العين المغموصة في يده . فأما بعد خروجها من يده فيجوز للمالك تضمينه ، ولا يمنع من ذلك وجود العين في يد غيره ، فان الغاصب الاول مسؤول بمجرد الغصب ، ولا تسقط مسؤوليته بخروج المغموص من يده بغصب او بيع او غيرهما ، وانما تتحول من مسؤولية بالعين الى مسؤولية بالضمان ، لان دعوى العين لا تقام الا على ذي اليد . فيكون المالك مخيراً بين تتبع العين لدى ذي اليد الاخيرة ، وبين تضمين اي غاصب خرجت العين من يده . =

الغاصب يستقر عليه، أما تضمين المشتري من الغاصب فيسوغ له الرجوع على الغاصب .

(١٠) - نتائج فروعية أخرى .

هذا ، وأن هناك أحكاماً فرعية سوى ما تقدم من القواعد والاسس في ثمرات التفرقة بين العين والدين يعسر استقصاؤها ؛ فمن ذلك مثلاً ان الاقرار قد يعتبر ماساً بحق الغير فلا ينفذ ، أو يعتبر قاصراً أثره على المقر فينفذ ، وذلك بحسب اختلاف تعلقه بعين أو دين .

= علم انه لو انحصر حق المغصوب منه في تتبع العين لدى ذي اليد الاخيرة لضع حقه ، اذ قد ينقلها هذا الى بلد آخر او يعطيها شخصاً آخر كلما ادعى بها المالك فتمتنع خصومته . وهذا خلاف منطق الاحكام الفقهية . ثم وجدت النصوص الآتفة الذكر كما قلت .

وبهذه المناسبة اذكر انه وقع خطأ في نقل المادة / ١٦٣٥ / من المجلة في بعض نسخ المتن والشروح ، فقد نقلت في شرح الباز وشرح الاستاذ سعيد المحاسني بالنص التالي :

« الخضم في دعوى العين هو ذو اليد فقط . مثلاً إذا غصب أحد فرس الآخر وباعه لشخص آخر ، واراد صاحب الفرس استرداده فلا يدعيه الا على الشخص الذي هو ذو اليد . وأما إذا أراد ذو اليد تضمينه قيمته فيدعي ذلك على الغاصب » اه .

وصواب العبارة هكذا : « وأما إذا أراد تضمين قيمته » ، اي اراد صاحب الفرس (لا ذو اليد) ، وهو الموافق بالحرف للاصل التركي المترجم عنه المنقول في مرآة المجلة .

فقد نص الفقهاء على أنه : لو ادعى شخص أنه وكيل عن دائن غائب بقبض دينه ، فأقر المدين بوكالته ، يؤمر بدفع الدين إليه عملاً باقراره .
أما لو أودع أحد شيئاً عند آخر وغاب ، فادعى شخص أنه وكيل الغائب في قبض وديعته ، فأقر له الوديع بالوكالة فإن مقتضى القياس الظاهر على مسألة قبض الدين أن يلزم الوديع بتسليم الوديعة إليه لكن الفقهاء تركوا هذا القياس الظاهر ، وقرروا بطريق الاستحسان عدم إلزام الوديع بتسليم الوديعة الى زاعم الوكالة ولو كان الوديع مقراً بوكالته ، ذلك لأن حق المودع في وديعته حق عيني وهو الملكية المتعلقة بعينها . ومن المحتمل أن يحضر وينكر التوكيل بالقبض ، فتكون وديعته قد ذهبت وربما لا يمكن استردادها .

بخلاف صورة الدين ، فإن حق الدائن فيها متعلق بذمة المدين ، لا بعين المبلغ الذي يدفعه هذا المدين إلى زاعم الوكالة بالقبض . فإذا حضر الدائن فأنكر التوكيل المزعوم يتبين أن الدفع السابق لم يكن وفاء صحيحاً للدين ، لعدم ثبوت وكالة القابض ، فيكون حق الدائن باقياً على حاله في ذمة المدين ، فيكلف بالدفع ثانية الى الدائن ، وله حق الرجوع على القابض ليسترد منه ما دفعه إليه .

وايضاح ذلك أن عملية وفاء الدين بالنظر الفقهي وفي الواقع هي أن المدين يدفع من مال نفسه ما يعادل الدين ، ولا يعيد الى الدائن عين

ماله الذي استدانه منه . وهذا معنى أن الربون يقضى بأمثالها كما تقدم .
فاقراره بوكالة القبض هو اقرار على نفسه ، فينفذ عليه ويقضى عليه
بموجبه . فاذا لم تثبت الوكالة فيما بعد كان هو المفطر في مال نفسه
باقراره لزاعم الوكالة .

أما الوديعه فلأن حق مالكةا متعلق بعينها ذاتها لا بذمة الوديع
يكون إقرار الوديع بوكالة قبضها إقراراً بلزوم تسليم مال غيره إلى
شخص ثالث ، فهو اقرار على غيره لا على نفسه ، والإقرار حجة قاصرة
لا يسري على غير المقر . فلو أنفذناه هنا كان تفريطاً في حق المالك
المودع بمجرد إقرار الوديع (ر : ج ١ ف ١٦ و ٦٦٧ / والدر المختار
ورد المختار ، باب الوكالة بالخصومة والقبض ٤ / ١٣٤ — ٤١٤) .
وهذا في الحقيقة من الصور الدقيقة في تمييز الفقهاء بين عينية الحق
وشخصيته مما سلف إيضاحه في الفصل الاول (ر : ف ١٥) .

البحث الثالث

نظريّة الزمة وخصائصها في نظر الفقهاء الاسلامي

١١٧ — إن فكرة الدين ، كما رأينا ، ترتكز في الواقع على

فكرة « الزمة » .

وبهذه المناسبة رأينا أن نبحث هنا عن الزمة بحثاً يكشف عن

حقيقتها وخصائصها كشفاً ضرورياً ، ويجلي بعض اشتباهاً
للا نظار فيها .

إن لفظ « الزمة » في الفقه الإسلامي يفيد معنى الوعاء الاعتباري
الذي يعي الديون الثابتة على الإنسان ^(١) .

وهذا المعنى الشرعي للزمة قائم على أساس معناها اللغوي في العربية .
فالزمة والذمام في أصل اللغة بمعنى العهد ، وسمي بذلك لأن نقضه
يوجب الذم . ومن ذلك قول النبي ﷺ في حديث شريف :

« المسلمون تتكافأ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم أدناهم » .

أي إذا أعطى أحد المسلمين عهداً للعدو بالأمان سرى ذلك على
جميع المسلمين فليس لهم أن يخفروا عهده . ومن ثم أيضاً كان من
يستوطنون في دار الاسلام من غير المسلمين على عهد معهم بالأمان ،
يسمون **زميين** أو أهل الزمة ، أي أهل العهد والأمان . (: النهاية
لابن الأثير) .

ولما كان على الإنسان الوفاء بذمته وعهده كانت الزمة بمعنى العهد
منشأً الاستحقاق بالنسبة إلى الطالب أي صاحب الحق ، ومنشأً الالتزام

(١) - قد يستعمل أيضاً مردافاً للالتزام النقدي خاصة فيقال : إن فلان
على فلان ذمة ، أي اداء مبلغ من النقود .

وقد يتساهلون في استعمال لفظ « الزمة » فيريدون به معنى اهلية الوجوب
التي تكون للشخص ، أي صلاحه لثبوت الحقوق له وعليه ، وسننبه الى ذلك وننقده

بالنسبة الى الملتزم المسؤول بالحق ، وكانت الذمة بهذا المعنى مناسطة للطلب ، فحيثما توجد ذمة وعهد يتوجه الطلب .

ثم اعتبرت الذمة محلاً للواجبات المالية والدينية على السواء . وهذا هو أساس استعمالها عند فقهاء الشريعة في معناها الاصطلاحي ، فهو يتصل بذلك المعنى اللغوي اتصالاً وثيقاً .

١١٨ - نقر التعاريف الفقهية المأثورة للذمة ، والفرق بينها

وبين الاوليين :

اختلف الفقهاء وعلماء اصول الفقه في مختلف المذاهب في تعريف الذمة . وبما عرفوها به انها :

« وصف شرعي يصير به الانسان اهلاً لما له وما عليه »

(تنقيح الاصول ، لصدر الشريعة ٣ / ١٥٢) .

وقيل أيضاً انها :

« امر شرعي مقدر وجوده في الانسان يقبل الالتزام والالتزام »

(حاشية المحوي على « الاشباه والنظائر » ، الفن ٣ ص / ٢١٠) .

ومعنى ذلك انها شيء أو وصف افترضه الشارع افتراضاً وتقديراً في الشخص ، به يصبح قابلاً لان يكون ملتزماً أو ملتزماً له ، أي مستحقاً أو مسؤولاً ، وقابليته لذلك هي أن يصير صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات .

وهناك عدة تعاريف اخرى للذمة ذكرها فقهاء المذاهب قريبة في

المآل من هذين التعريفين (ر : كتاب « الحق والذمة » للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٨٦ / الطبعة الاولى) .

وهذه التعاريف وأمثالها للذمة انما تجنح بها كما ترى إلى شاطئ الأهلية ، أهلية الوجوب ، فان الأهلية شرعاً نوعان :
— أهلية وجوب ، وهي قابلية الانسان لأن تثبت الحقوق له أو عليه .
— وأهلوية أداء ، وهي صلاحيته الشرعية لممارسة الاعمال بحيث تصح تصرفاته .

أما الذمة في الحقيقة ، فانما تدل على معنى الظرفية المقدرة في الانسان لاستيعاب ما يثبت عليه من حقوق .
وايضاح ذلك : أن أهلية الوجوب في الانسان ذات عنصرين ، وهما :
— قابليته لثبوت الحقوق له ، أي صلاحيته للالتزام .

— وقابليته لثبوت الحقوق عليه ، أي صلاحيته للالتزام .
(أ) — فناحية ثبوت الحق للانسان تتوقف على أهلية فيه لأن تجب له حقوق أي على العنصر الاول من أهلية الوجوب . وهذا العنصر يثبت له منذ كونه جنيناً في بطن امه باجماع الفقهاء ، ولا يستدعي وجود ذمة مقدرة في شخصه ، لأن الحق له لا عليه .

(ب) — وأما ناحية ثبوت الحق على الشخص ، أي ناحية الالتزام فانها تتوقف على أمرين اثنين :

— أحدهما : أهلية في الشخص لأن تجب عليه حقوق أي قابلية

التحمل ، وهو العنصر الثاني من أهلية الوجوب . وهذا يثبت له منذ ولادته حياً ^(١) .

— وثانيهما : محل مقدر يتسع لاستقرار تلك الحقوق فيه ، أي ظرف اعتباري منتزع من شخص الانسان تشغله تلك الحقوق حال ثبوتها ، ويفرغ منها بسقوطها .

وهذا الامر الثاني ، أي المحل ، هو المعنى الحقيقي لكلمة «الزمة» فقهاً .
١١٩ — وهذان الامران اللذان يتوقف عليهما تصور الالتزام هما متلازمان في الوجود متغايران في المفهوم ، فانه يلزم من كون الشخص أهلاً لتحمل الحقوق أن يكون في شخصه مستقر ومستودع لها ، وبالعكس .

فتمت اعتبار للشخص أهلية التحمل شرعاً اعتبرت له ذمة ، ومتى اعتبرت له ذمة اعتبرت له أهلية تحمل ، ولكن ليست تلك الأهلية هي الذمة نفسها ، بل بينهما من الفرق ما بين معنى القابلية ومعنى المحل .
دليل هذا التغاير من نصوص الفقهاء :

ويدل على هذا التغاير مع التلازم بين مفهومي الذمة وأهلية التحمل أن الفقهاء في عباراتهم انما يصورون الحق والذمة في صورة الشاغل

(١) — وبهذا يكمل فيه معنى اهلية الوجوب بعنصرها ، أي قابليته لثبوت الحقوق له وعليه . اما اهلية الاداء فتظل معدومة فيه حتى سن التمييز التي تبدأ فيها اهلية الاداء ناقصة ، ثم تتكامل ببلوغ الرشد .

والمشغول ، فيقولون : « ان ذمته مشغولة بكذا » ويقولون :
« ان الدين في الذمة وصف شاغل لها » (: ف / ٦٤) .

فهذا يفيد أن الذمة غير أهلية الوجوب التي هي مجرد قابلية . فلا
يصح أن يقال مثلاً « ان أهليته أو قابليته مشغولة بالدين » .
فالذمة في اصطلاحهم إنما تشعر بمعنى الظرفية لا الأهلية وإن كانا
متلازمين وجوداً .

وقد تنبه بعض المحققين من الفقهاء والاصوليين إلى هذا التباين
مفهوم الذمة وأهلية الوجوب ، فجاء في كلامهم ما يشير إليه وإن لم يوضحوه
قصداً يبحث مستقل .

فقد جاء في أصول فخر الاسلام البزدوي وشرحه للشيخ عبد
العزیز البخاري (٢٣٨ / ٤) ما نصه :

« إن الآدمي يولد وله ذمة صالحة للوجوب
بإجماع الفقهاء . أما أهلية الوجوب ^(١) فهي بناء على قيام
الذمة ، أي لا تثبت هذه الاهلية إلا بعد وجود ذمة
صالحة ، لأن الذمة هي محل الوجوب ، ولهذا يضاف
إليها ولا يضاف إلى غيرها بحال » اهـ .

(١) - المراد العنصر الثاني من هذه الاهلية ، وهو قابلية الالتزام الذي تتكامل
به اهلية الوجوب ، لان العنصر الاول وهو قابلية الالتزام ثابت قبل ذلك للجنين
في بطن أمه بإجماع الفقهاء كما تقدم آنفاً .

أي إنما يقال : ثبت الدين في ذمة فلان ، ولا يقال ثبت في أهليته كما بيناه آنفاً . فقد افاد كما ترى أن الذمة أساس لأهلية الوجوب ، فهما إذن مفهومان متغايران .

وذكر البردوي أيضاً بعد قليل في الصفحة / ٢٣٩/ : « أن ولي الطفل إذا اشترى بحكم ولايته شيئاً له بعد ولادته فإن الطفل يملكه ويلزمه الثمن ، أما قبل الولادة فلا لأنه كالجُزء من أمه فليس له ذمة مطلقة ، فيكون صالحاً لأن يجب الحق له ، لا لأن يجب عليه » .

أي إنما ثبت الحق له قبل الولادة لأن العنصر الأول من أهلية الوجوب (وهو قابلية الالتزام) يثبت للجنين منذ علوقه في بطن أمه كما تقدم بيانه . ولم تثبت عليه الحقوق ، لأن العنصر الثاني (وهو قابلية الالتزام) مبني على قيام الذمة ، وهي لا توجد فيه إلا منذ الولادة كما نقلناه عنه آنفاً .^(١)

(١) - على أن كلام بعض الأصوليين لا يخلو من اضطراب في هذا المقام . فبينما نجدهم يصرحون بأن « أهلية الوجوب تعتمد على قيام الذمة » مما يفيد التغاير بينهما إذا بهم انفسهم يقولون : « أن للإنسان قبل الولادة ذمة صالحة للوجوب له وعليه ، وبعد الولادة له ذمة صالحة للوجوب له وعليه » فيستعملون « الذمة » بمعنى أهلية الوجوب بعنصرها الذين أوضحناها . ويعلل صاحب « مرآة الأصول » ذلك بما خلاصته : « أن الله تعالى قد ميز الإنسان عن سائر الحيوان بخصوصية من قرى ومشاعر كانت سبباً في أهليته لوجوب أشياء له وعليه ، فملك الخصوصية =

ولذلك قلنا في صدر بحثنا : ان الذمة هي وعاء اعتباري يستوعب الديون التي تثبت على الانسان . فلا ارتباط له إلا بالعنصر الثاني من عنصري أهلية الوجوب ، دون العنصر الاول ، لان الظرف إنما يحتاج إلى تقدير وجوده للشخص فيما عليه لافيا له .

١١٩ — فتعريف الذمة بأنها « وصف أو معنى شرعي مقدر في الانسان يقبل الالتزام والالتزام ، أو يصير به أهلاً لوجوب ماله وما عليه » هو ذهاب بالذمة إلى معنى أهلية الوجوب بعنصرها .
وأبعد من هذا عن النظر السديد ما بينه القرافي من فقهاء المالكية في كتابه « الفروق » (٣ / ٢٢٦) بعد ما عرف الذمة بنظير تلك التعاريف ، إذ قال :

« وهذا المعنى جعله الشارع مسبباً عن أشياء خاصة منها البلوغ ، ومنها الرشد : فمن بلغ سفيهاً لاذمة له . ومن حजर

= هي المراد بالذمة » (مرآة الاصول شرح مرقاة الوصول للعلامة من لا خسر ، بحث المحكوم عليه ص / ٣٢١) فخرج بالذمة عن معنى المحلية في الانسان لحقوق غيره عليه الى معنى القوى والخصائص الاعدادية التي تجعل الانسان أهلاً لثبوت ماله وما عليه . ولذا اوردوا عليه ان هذا المعنى عندئذ يشبه بمعنى العقل ، وينافي قول الفقهاء : ثبت في ذمة فلان كذا . . .
فكل ما يصادف من هذا القبيل في اضطراب العبارات عن الذمة منشؤه تساهل بعض العلماء وتوسعهم في استعمال لفظها ، وغفلة بعضهم عن حقيقة معناها الفقهية اصلتها الوثيقة بالاهلية .

عليه فقد ذمته كالمفلس « الخ ..

(ر : كتاب « الحق والذمة » ص / ٨٦)

فقد ذهب القرافي بالذمة الى معنى أهلية الاداء الكاملة التي تشترط لصحة التصرفات ونفاذها ، وتوقف على البلوغ وتنسلخ بالحجر ، اذ من المقرر أن كلا من المفلس والمحجور والطفل الوليد غير المميز يتمتع بأهلية وجوب كاملة تثبت بمقتضاها الحقوق له وعليه : فيرث ، ويملك ما يوهب له ، ويضمن قيمة ما يتلف ، وتجب عليه النفقة لو غنياً .

فقوله بأن الصغير والسفيه والمفلس المحجور عليه لدين لاذمة لهم معناه ليس لهم أهلية أداء تصح معها تصرفاتهم .

وهذا أبعد ما يكون عن معنى الذمة ، ولعله اصطلاح للمالكية .

١٢٠ - الذمة حقيقة اعتبارية لا مادية :

ان النصوص التي نقلناها وناقشناها في تعريف الذمة شرعاً كلها متفقة على أن الذمة هي أمر مقدر وجوده في الانسان ، ومفترض له افتراضاً .

وهرباً من هذا الافتراض التجأ بعض الفقهاء الاصوليين الى القول بان الذمة ليست سوى نفس الانسان ، فقال فخر الاسلام البزدوي :
« ان الذمة نفس المرء »

ثم أوضحه بان ذلك من قبيل المجاز باطلاق اسم الحال ، وهو العهد

على المحل ، أي نفس الانسان . ثم شاع هذا الاستعمال فاصبح حقيقة عرفية .

(ر : كشف الاسرار شرح أصول البزدوي ٢٣٩/٤) .

والمقصود بهذا الرأي جعل الذمة أمراً ذا وجود مادي ، حتى لا تكون الاحكام الشرعية مبنية على شيء افتراضي لا وجود له .
والواقع أن هذا التأويل لم يخرج أصحابه عن الافتراض ، لأن
تعلق الديون بنفس الانسان ليس إلا تعلقاً اعتبارياً ، وانما تحولوا به
من افتراض المحل إلى افتراض التعلق .

وذهب آخرون الى أن تقدير الذمة من الأوهام والثرهات ، وأن
الذمة في لسان الفقهاء لم تخرج عن أصل معناها اللغوي وهو العهد ،
فليس معنى قول الفقهاء : « ثبت في ذمة فلان كذا » إلا أنه ثبت بعنده
أو فيما تعهد به أو التزمه . ويكفي لثبوت الواجبات أن الشارع كلفه بها .
ولكن الشيخ عبدالعزيز البخاري رد هذا القول في كتابه كشف
الاسرار (٢٣٨ / ٤) وقال انه مخالف للاجماع .

ووجه الرد أن هذا الرأي ينتقض بالصغير والمجنون اللذين لا يصح
منهما عهد مع أن الحقوق تثبت عليهما ولولم يكن لهما مال ، فتستوفي
منهما متى امتلکا مالا .

فتقدير ذمة للشخص على أنها محل لثبوت الحقوق عليه أمر لا مندوحة
عنه . وليس ذلك من قبيل بناء الاحكام على افتراض وهمي بل هو

أمر تقتضيه استقامة منطق الاحكام . ويتطلبه تخريجها وتأصيلها .
ويدل على ذلك أن الشرائع الوضعية أيضاً تفترض وجودها .
(ر : الحق والذمة ص / ٨٩ - ٩٠) .

٢١ - أقول : أن هذا الافتراض في الذمة يتوقف عليه أيضاً
عمل التشريع في بناء بعض النظريات والاحكام الهامة :
(أ) - فصحة التزام الانسان بما لا حد له من الالتزامات والديون
دون نظر الى قدرته وثروته ، وكذا صحة تصرفاته بماله ولو باخراجه
عن ملكه عندما تكون عليه ديون مستغرقة لثروته ، كل ذلك
يصبح سهلاً تفسيره وقبوله في التشريع باقتراض ذمة للانسان تكون
محلاً واسعاً لثبوت الديون بلا حد ، فتكون يد الانسان في أمواله
حرة رغم ديونه ، لان الديون عندئذ حقوق شخصية مكانها ذمته ، ولا
علاقة لها بعين أمواله .

ولولا تقدير الذمة لوجب أن نعتبر الديون متعلقة بعين أموال
المدين وثروته فتشل حركته وفعاليته الاقتصادية ، ولو كان دينه غير
محيط بكل ثروته ؛ لأن الجزء الكافي منها لوفاء الدين غير معين ، فلا
مجال لمنع تصرف المدين في بعض ماله وإطلاقه في بعض لما يترتب على ذلك
من مشكلات كبيرة في التعمين والتخصيص ، وهذا مخالف لمباني
التشريع الاسلامي ، والوضعي القانوني .

(ب) - ونظرية الشخص الحكمي الآتي بيانها في الفصل الثالث

انما تقوم في الفقه الاسلامي والنظر القانوني على تصور شخصية مفترضة غير طبيعية تتمتع بذمة مالية فتعتبر كالشخص الطبيعي في ثبوت الحقوق له وعليه . كما سئى هناك .

فلولا قبول الذمة الافتراضية في الشخص الطبيعي لما أمكن تكوين الشخص الحكمي بالنظر الحقوقي شرعاً ولا قانوناً ، لأن الشخصية الحكمية ذات الذمة المالية هي من أساسها افتراضية اعتبارية ، وليست حقيقية ذات وجود خارجي .

ولا يخفى أن فكرة الشخصية الحكمية أساس في التشريع ، وشأنها على الزمن وتطور الاوضاع الاقتصادية في تمكّن واستحكام . على أن افتراض الذمة تام الشبه بافتراض الشخصية الحكمية نفسها : فكما ساغ تشريعاً قبول شخصية مقدرة المؤسسة يتعلق بها مصلحة ، أو لجمعية ، أو لشركة ، يسوغ كذلك قبول محل متدر في شخص الانسان تتعلق به الديون . وإذا كانت الشخصية الحكمية ليست وهماً محضاً بل منتزعة من وجود مادي هو في المؤسسات ما تتكون منه مصاحتها ، وفي الجمعيات والشركات أفرادها ، فإن الذمة أيضاً ليست أمراً وهمياً بل منتزعة ومجرد من شخص الانسان .

فما دامت فكرة الشخصية الاعتبارية مقبولة بل ضرورية في أساليب التشريع السديد ففكرة الذمة الظرفية كذلك .

وهذا الافتراض والتقدير الواجب في كلتا الفكرتين هو ضرب

من الفن الحقوقي في صياغة أساليب التشريع وبناءه النظري ، يستعان به في تقرير المبادئ والنظريات لأجل اتساق الاحكام وانسجامها ، مما يمتاز به تشريع عن آخر كما تقدم بمناسبة التمييز بين الحق العيني والشخصي (ف/٦٧) .

١٢٢ — التعريف الصحيح للزمة في نظر الفقه الاسلامي :

بعد ما أسلفنا من التحقيق في تحديد معنى الزمة الشرعي يمكننا تعريفها فقهاً كما يلي :

ان الزمة هي محل اعتباري في الشخص
تسفل الحقوق التي تنعقد عليه .

فهي بهذا الاعتبار ذمة شخصية ، اي متصلة بالشخص نفسه لا بأمواله وثروته ، وهي غير محدودة السعة والاستيعاب ، فتثبت فيها الحقوق المالية وغير المالية مهما كان نوعها ومقدارها . فكما تشغل بحقوق الناس المالية تشغلها أيضاً الأعمال المستحقة كعمل الأجير ، وتشغلها الواجبات الدينية من صلاة وصيام ونذور وغيرها .

١٢٣ — خصائص الزمة

والنظر في الاحكام التي أثبتها فقهاء الاسلام في الزمة يوصل الى ان لها عندهم الخصائص التالية :

(الخامسة الاولى) - ان الذمة لا تثبت الا لشخص مستقل ، سواء اكان
شخصاً طبيعياً او حكماً .

فيتفرع عن ذلك :

(١) - أنه لازمة للحيوانات والبهائم كما انها لاهلية لها . فلا تثبت
عليها حقوق ^(١) كما أنها لا تثبت لها . فلو اوصى لها انسان او وقف
عليها لا يصح اذا كان مراده تمليكها هي لا تمليك مالها . فاما اذا
أوصى بالانفاق عليها كما لو اوصى بعلف تعلق منه فبجائز عند الحنفية
لأنها في الواقع وصية لمالكها لأن نفقتها عليه ، حتى ان هذه الوصية
تم بقبوله وترتد برده وله أن ينفقها على غير الدابة من شؤونه (رد
المحتار ، من الوصايا) .

واجتهاد الشافعية أيضاً كذلك ، الا انهم في هذه الحال يوجبون
صرف النفقة للدابة التي خصصها الموصي ، لا لشؤون اخرى (ر :
كتاب الحق والذمة ص / ٩٦) أي احتراماً لارادة الموصي
لا استحقاقاً للحيوان .

(٢) - ان الجنين من الانسان في بطن امه لازمة له لأن شخصيته
غير مستقلة ، بل هو جزء من امه تابع لها مهياً للانفصال والاستقلال .

(١) - في القانون الروماني كانوا يحاكمون البهائم ويحكمون عليها ، وظل
ذلك في فرنسا ايضاً الى القرن الثامن عشر الميلادي !! .

فلا تثبت عليه حقوق^(١) لأن الزمة كما رأينا إنما تلازم في الوجود
العنصر الثاني من عناصر اهلية الوجوب ، وهو قابلية الالتزام .
والجنين لا يتمتع الا بالعنصر الأول منها وهو قابلية الالتزام ، اي
ثبوت الحقوق له فقط بشرط ان يولد حياً .

حتى ان عنصر الالتزام هذا قاصر فيه أيضاً فلا يثبت له من
الحقوق سوى أربعة فقط : النسب ، والارث ، والوصية ، والاستعفاء
في الوقف :

ولذا قال الفقهاء لا تصح الهبة للحمل ، ولو اشترى الانسان
لحمه شيئاً لا يملكه الجنين فلا يجب في ماله ثمنه ، ولا تثبت ولاية أو
وصاية عليه^(٢) لأحد (ر : الحموي على الاشباه الفن ٣ ص ٢٠٢) .

(الخاصة الثمانية) - انه لا يوجد شخص مستقل الشخصية بلا ذمة خاصة به
فالذمة من لوازم الشخصية . وذلك لما رأينا من أن الذمة تلازم
العنصر الثاني من اهلية الوجوب ، وهو قابلية الالتزام ؛ وهذا العنصر
يبدأ بولادة الانسان حياً اذ تم بولادته أهلية الوجوب له وعليه .

(١) - في الاجتهاد الحنبلي تجب نفقة الاقارب على الحمل اذا كان له مال ،
(ر : القواعد لابن رجب ص ١٨١) وعلى هذا تكون له عندهم ذمة .

(٢) - في مصر سوغت المادة ٣/ من قانون المجالس الحسبية لإقامة وصي على
الجنين بناء على رأي فقهي . فهل يقتضي هذا توسيع اهليته وصحة تملكه بهبة
ونحوها ، أو ادارة امواله فقط ؟

وهذه الأهلية مناطها الصفة الانسانية فتلازم الانسان منذ وجوده ، بخلاف أهلية الأداء فان مناطها العقل ، فلا تعتبر للانسان قبل سن التمييز .

فلذا لا يتصور أن يكون شخص مستقل بلازمة مادامت أهلية الوجوب تولد معه كاملة .

والشخص هنا أيضاً يشمل الطبيعي والحكمي ، فان الشخص الطبيعي يولد حساً ، والحكمي يولد اعتباراً عندما يتكون بمقتضى التشريع تكونا صحيحاً ، كما سنرى في الفصل الثالث ، وحينئذ تولد معه الاهلية وتنشأ عنها الذمة أيضاً .

(الخاصة الثالثة) - ان الذمة ليس لسعتها حد

وذلك لأن الذمة ظرف اعتباري فيتسع لكل ما يتصور من الحقوق .

(الخاصة الرابعة) - ان الشخص الواحد ليس له سوى ذمة واحدة

وذلك لأن له شخصية واحدة ، فلا حاجة بالشخص الى أكثر من ذمة واحدة لأنها تتسع لجميع الحقوق والديون .

(الخاصة الخامسة) - ان الذمة لا اشتراك فيها ، فلا يكون للذمة الواحدة

أكثر من صاحب واحد

وذلك لأنه لو تعدد الأشخاص لكان لكل منهم الخصائص التي تقتضي له ذمة مستقلة . فلو تصورنا اشتراكهم في ذمة واحدة لكان كل

منهم وحده لازمة له ، وهذا ممتنع لتلازم الشخصية والذمة .

(الخاصة السارسة) - ان الذمة ضمان لكل الحقوق بلا ترجيح ، ولا يقتضي

ذلك منع المدين من التصرف بأمواله

وذلك لأن الذمة لاحد لسعتها ، اذ هي شرعاً مستقلة عما يملك صاحبها ، فتساوى فيها الديون ، ولا يكون سبق بعضها في الثبوت سبباً لترجيحه ، وما ثبت في ذمة الانسان من حقوق عليه لا يتقيد وفاؤها بنوع خاص من ماله أو بجزء معين منه . فالديون متى استقرت في الذمة بسبب صحيح تساوت في احترامها وانتفى الترجيح ، وإلا تعذر التعامل ، اذ لا يستطيع أحد أن يعرف ما على من يريد معاملته من ديون سابقة ليكون على بصيرة من رتبة دينه .

على أنه يستثنى من ذلك بعض ديون يقرر الشرع لها امتيازاً وتقديماً في الاستيفاء لبعض الاسباب الموجبة ، كما تقدم في بحث الحق العيني والشخصي^(١) .

هذا ، ولاستقلال الذمة عن مال صاحبها كان مطلق اليد في التصرف بماله بيعاً وهبة وغيرهما ولو كان مديناً بأكثر مما يملك ، لأنه إن كانت ذمته مشغولة فأمواله حرة .

ولو وفي المدين الدين المتأخر وأخر المتقدم صح الوفاء وملك

(١) - قدمنا في بحث تقسيم الحق المالي ان هناك حالات استثنائية يكون فيها لبعض الحقوق الشخصية امتياز على بعض شرعاً وقانوناً فلتنظر (ف/١٢) .

القابض ما قبض وليس لغيره منازعته أو مقاسمته^(١) .

ولكن إذا أصبح للديون تعلق بأموال المدين توقف تصرفه المضر بكل الدائنين أو ببعضهم ، كما في حال مرض الموت ، فإن المدين بدين مستغرق لأمواله يعتبر في مرض موته مجبوراً عن كل تصرف يضر بحقوق دائنيه فلا ينفذ وقفه ولا تبرعه ، ولا وفاءه لبعض دائنيه دون بعض ، ولا محاباته في ثمن مبيعته إلا إذا أجازها دائنوه ، وذلك لضعف نشاطه الاكتسابي فتضعف ذمته ، فتوثق الديون بتعليقها بماله إضافة إلى ذمته صيانة لحقوق الدائنين ، فتصبح حقوقهم في هذه الحال شبه عينية كما تقدم في الفصل الأول (ر : ف / ٢٤) .

على أن متأخري فقهاء الحنفية قد استحسنوا عدم نفاذ وقف المدين إلا فيما يزيد من أمواله عن وفاء ديونه فاعتبر مجبوراً حكماً عن الوقف فيما يعادل الدين من أمواله ، ولو كان وقفه في حال صحته لا في مرض موته . وبذلك أفتى المولى أبو السعد دمقي الروم ، وذكر في معروضاته أنه صدرت به الإرادة السلطانية وذلك لكثرة لجوء المدينين إلى تهريب أموالهم من وجه الدائنين بطريق الوقف^(٢) .

(١) - يلحظ هنا أنه في الدين المشترك لا يستقل أحد الدائنين بقبض حصته

بل يقاسمه فيها شريكه .

(٢) - يلحظ في هذا المقام أيضاً ما وجبه القانون التجاري من بطلان جميع تصرفات

التاجر المفلس الواقعة خلال الأيام العشرة التي قبل بدء عجزه الحقيقي بتوقفه عن الدفع .

(ر : الدر المختار ورد المختار ٣ / ٣٩٥)

ولينظر في تفصيل موقف الفقه الاسلامي من تصرفات المدين التهربية
ما أوضحناه في بحث عوارض الأهلية من « المدخل الفقهي العام »
(ف ٤٦٢ / ٣) وفي كتاب « أحكام الاوقاف » (ج ١ ف / ٩٠ و ٩١) .

١٢١ - انهدام الذمة

إن ذمة الشخص ترافق حياته منذ ولادته كما تقدم ، وتهدم بعد وفاته .
ولكن هل تعتبر الذمة منهزمة بالموت فوراً أو باقية بعده إلى حين ؟
هذا ما اختلفت الانظار الاجتهادية الفقهية فيه إلى ثلاثة آراء :
(الرأي الأول) -- إن الذمة تنهدم بمجرد الموت ، لأنها من
خصائص الشخص الحي . وثمره الذمة صحة مطالبة صاحبها بتفريغها من
الدين الشاغل لها . فبالموت يخرج الشخص عن صلاحية المطالبة فتهدم الذمة .
وعلى هذا ، إن توفي الشخص المدين دون أن يترك مالا ففصيل
ديونه السقوط . وإن ترك مالا تعلق الديون بماله . وإلى هذا الرأي
ذهب بعض الحنابلة (ر : القواعد لابن رجب ص / ١٩٣) .

(الرأي الثاني) -- إن الذمة تبقى بعد الموت صحيحة إلى أن
توفي الديون وتصفى التركة ثم تنهدم الذمة .

ودليله ما ورد في الحديث النبوي :

« ان ذمة الميت مرتبهة بدينه حتى يقضى عنه » .

وإنما يخرج الشخص بالموت عن صلاحية المطالبة في الدنيا ولا

يستلزم ذلك عدم بقاء الذمة وصلاً بحياتها لأن تشغل بالدين .
وورد أيضاً في الحديث صحة الكفالة بعد الموت بما على الميت
المفلس من دين^(١) .

وهذا دليل على بقاء الذمة وما فيها . وإذا يمكن أن تشغل بعد
الموت بدين جديد متفرع عن سبب سابق ، وذلك كما لو باع الشخص شيئاً
وتوفي فرد بعد موته بعيب ظهر فيه ، فإن ذمة الميت البائع تشغل بشمته
الواجب الرد . وكذا لو باشر في حياته سبباً من أسباب الضمان كمن
حفر حفرة في الطريق العام ثم مات ، فتردى حيوان في الحفرة بعد
موته ، فإن ذمة الحافر تشغل بضمان قيمة الحيوان فتؤخذ من تركته .
وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية (ر : حاشية الرمي على أسنى
المطالب ج ١ ص / ٢٣٥) وهو رأي المالكية وفريق من الحنابلة أيضاً .
ومقتضى هذا الرأي أن يبقى للميت العنصر الثاني من أهلية
الوجوب ، وهو قابلية الالتزام التي لا تنفك عن الذمة في الوجود .
بل قد نقل عن المالكية ما يقتضي بقاء العنصر الأول منها أيضاً وهو قابلية
الالتزام . فقد قالوا إذا أوصى شخص لميت ، وإن كان عالماً بموته ، فوصيته
جائزة ويصبح المال الموصى به من جملة تركته تقضى منه ديونه وتنفذ
وصاياه ، ثم يكون لورثته ما بقي منه (ر : المغني لابن قدامة ٦ / ٤٣٦) .

(١) - كما سنرى في بحث انتهاء الشخصية من أحوال الشخص الطبيعي في الباب الثالث .

(ر : ف / ١٦٨ - ١٦٩) .

فأنت ترى أنهم لم يصححوا الوصية للميت على أنها تملك لورثته
رأساً ، بل اعتبروها تملكاً للميت نفسه ، والا لاستحق الورثة جميع
الموصى به دون أن تقضى منه ديون الميت وتنفذ وصاياه .

(الرأي الثالث) — أن الموت لا يهدم الذمة ولكن يضعفها كما يضعف
أهلية الوجوب فلا تبقى الأهلية والذمة كما كانتا عليه حال الحياة ، وإنما
يبقى لهما من الصلوح ما تقتضيه الضرورة اقتضاء لتسوية الحقوق وثبوت
الأحكام التي لها أسباب في حال الحياة . ولهذا الضعف الطارئ على
الذمة الذي يعتبر مبدؤه من تاريخ مرض الموت توثق الديون التي على
الميت بتعلقها بماله تقوية لذمته ، وهذا مذهب الحنفية .

ومعنى ذلك أن الأصل انهدام الذمة وبطلان الأهلية بالموت ، وإنما
تعتبران مستمرتين بصورة استثنائية وبنطاق محدود ، بقدر ما تقتضيه
ضرورة تصفية نتائج الأسباب السابقة ، لا لإثبات أحكام جديدة ، اذ
الضرورة تقدر بقدرها فلا يتوسع فيها .

١٢٦ — وقد دعاهم الى هذا التصوير ما يستدعيه المنطق الحقوقي
من ضرورة التوفيق بين ما يستلزمه الموت من الذمة والأهلية ، وما يستلزمه
ثبوت بعض حقوق للميت وعليه من بقاء للأهلية والذمة ، كي ترد جزئيات
الأحكام التي اقتضتها المصلحة إلى قواعد وأصول نظرية تتفرع عنها ويسهل
تفسيرها بها .

فقد لاحظوا أن الانسان يدخل في ملكه بعد موته ما لم يكن مالكا

له في حياته ، كما أنه يعتبر ضامناً ومسؤولاً بما لم يكن ضامناً قبل موته .
وذلك كمن نصب شبكة للاصطياد ومات فوق وقع فيها حيوان فانه يملكه ،
ويعتبر من جملة تركته . وعكسها تماماً قضية وقوع الحيوان في الحفرة
المحفورة في الطريق العام بعد موت الحافر المتسبب :

ففي صورة نصب الشبكة اكتساب الملكية بعد الموت ، فيعتمد
بقاء جزء من أهلية الإلزام يثبت به حق للميت . وفي صورة الحفرة
ثبوت ضمان على الميت بعد الموت ، وهذا يعتمد بقاء أهلية التزام له .
وكذلك مسألة فسخ المشتري للبيع بحكم خيار العيب بعد موت
البائع ، فان فيها التزاماً والتزاماً للميت اذ تعود اليه ملكية ويستحق
عليه ثمن ، فيعتمد ذلك بقاء أهلية وذمة . (ر : كتاب الحق والذمة
ص / ٩٣ - ٩٥) .

وإن تصورنا من الممكن أن يعتبر في بعض هذه الصور ثبوت
الملك بعد الوفاة انما هو للورثة رأساً خلفية عن الميت ، فان هذا
الاعتبار غير ممكن في حالة الضمان بسبب يرجع الى ما قبل الموت
كصورة الحفرة ، لأن الورثة انما يخلفون الميت في استحقاق ما هو له
لا في الالتزام بما عليه ، فهم غير مسؤولين بذمهم عن أعمال المورث .
فلذا يتعلق حق الغريم بالتركة . وان يتعلق بها بسبب الضمان لا يكون
الا عن طريق الذمة ، لأن مال الانسان غير مسؤول مباشرة عن
فعل ضار ، فوجب تقدير بقاء لذمة الميت .

هذه نظرية الحنفية في بقاء الذمة بعد الموت ، وهي مبنية بناء استثنائياً على الضرورة منشأً وحدوداً . فاذا لم تكن ضرورة تقضي ببقاء الذمة بعد الموت وجب حينئذ أن تعتبر بالموت مهدومة معدومة وعلى هذا لا يصح أن يوصى للميت أو يوهب له .

وكذلك يقول أبو حنيفة بعدم صحة كفالة دين الميت بعد موته اذا لم يترك مالاً ، لأن دينه عندئذ كالساقط من الذمة لعدم إمكان المطالبة به .

وقال صاحبان والأئمة الثلاثة تصح هذه الكفالة لأن ذمة الميت مشغولة به في الواقع . ودليل الفريقين مبسوط في الكشف على اصول البزدوي (٣١٥ / ٤) .

الذمة في نظر علماء القانون

١٢٧ — ان للذمة في الفقه الأجنبي مفهوماً يختلف من ناحية عن مفهومها في الفقه الاسلامي .

فالذمة في نظر علماء الحقوق الأوروبيين هي :

« مجموع ما يخص الشخص من اموال حاضرة ومستقبلة »

ويتكون هذا المجموع مما له من اموال وحقوق ، وما عليه من ديون وتكاليف .

وهذا يسمى : الثروة ، او الذمة المالية ^(١) le patrimoine
ولا يراد منها معنى الفرق بين ماله وما عليه ، بل نفس ماله وما عليه .
ففي الذمة المالية عندهم عنصران : عنصر ايجابي هو الحقوق ، وعنصر
سلبي هو التكليفات ؛ والذمة تتكون من العنصرين معاً .

وحاصل الفرق بين العنصرين يسمى : الصافي l'actif net .
فالذمة المالية بهذا المعنى المادي عندهم تزيد وتنقص . وقد تكون
خالية ليس فيها حقوق ولا تكليفات كذمة الوليد الذي ليس له مال .
فليس معناها الغنى ، بل ما يكون للشخص من حقوق وتكاليف
موجودة أو ممكنة الوجود ، كما تقدم .

فاذا مات تحددت ذمته فلا تزيد ولا تنقص ، وانما تنتقل للورثة
والمستحقين بعنصرها ؛ ففي القانون الفرنسي يأخذ الورثة الحقوق
ان شاؤا الميراث ، ويلزمون هم بالديون ^(٢) .

(١) - إن كلمة « Patrimoine » الفرنسية مأخوذة من الكلمة اللاتينية :
« Patrimonium » ومعناها عند الرومانيين : المال الآتي من احد الوالدين ،
لانها عندهم مشتقة من كلمة pater بمعنى الاب (ر : معجم لاروس الفرنسي) .
(٢) - حكم الشريعة الاسلامية في الميراث خلاف هذا ، فالأولاد فيها
جبري ليس للوارث رفضه . والورثة لا يلزمون بديون مورثهم ، وانما توفي
ديونه وتنفذ وصيته النافذة من تركته ، وما فضل من التركة فالورثة . وقد
قدمنا بيان ذلك وحكمته في نظرية اسباب الملكية من الجزء الاول .

١٢٨ — خصائص الذمة في الفقه الأجنبي :

والذمة المالية عند علماء القانون الأجانب خصائص شبيهة بخصائص الذمة في الفقه الاسلامي . فهم يقررون لها الخصائص التالية :

(١) — الذمة المالية مرتبطة بالشخصية فلا شخص بلا ذمة ولا ذمة بلا شخص ، سواء أكان انساناً أو شخصاً اعتبارياً . وهي تكون للانسان منذ كونه حملاً في بطن أمه^(٢) (ر : جوسران ج ١ ف / ٦٤٩) .

(٢) — لا يكون للشخص الواحد الا ذمة واحدة .

(٣) — الذمة مجموعة مالية قانونية واحدة ، أو بتعبير آخر : هي وحدة مالية قانونية مستقلة عن العناصر التي تتألف منها . فكل شخص ذمة مالية وإن لم يكن له مال .

فالذمة عند علماء القانون ايضاً فكرة تصورية ، أي مفترضة مقدرة (ر : كتاب الأموال للأستاذ محمد كامل المرسي ، ف / ٣ و ٤) .

(٤) — الذمة المالية ضمان عام لحقوق الدائنين .

(١) — هذا خلاف ما يقرره الفقه الاسلامي : أن الحمل لاذمة له ، وانما تكون له ذمة منذ ولادته حياً كما تقدم ..

ومنشأ الاختلاف يرجع الى الاختلاف في ماهية الذمة كما سيأتي :

— ففي الفقه الاسلامي محل مقدر في الشخص الديون والتكليفات . والجنين لا تثبت عليه حقوق لأحد وانما ثبت له ، فلا حاجة الى تقدير ذمة له .

— أما في الفقه الاجنبي فالذمة مجموع مال للشخص وما عليه كما تقدم . فالجنين ذمة مالية لانه أهل للملك ، وقد يكون له مال .

فكلهم سواء في هذا الحق المشترك ، إلا إذا كان لبعضهم ضمان خاص من رهن أو امتياز ؛ فتكون له الأولوية والتقدم .
(٥) — الذمة تبقى بعد الموت محتفظة بوحدها وشخصيتها في صورة تركة حتى تصفى .

١٢٩ — موازنة بين النظريين الشرعي والقانوني :

يتضح من مقارنة معنى الذمة وخصائصها في الفقه الإسلامي وفي الفقه الأجنبي أن النظريين الشرعي والقانوني إلى الذمة يتفقان في ناحية ويختلفان في ناحية :

(أ) — فهما يتفقان في فكرة افتراض الذمة وفي معظم خصائصها : فالذمة عند علماء القانون أيضاً هي فكرة مفترضة ومقدرة تقديراً للشخص ، وليست شيئاً مادياً محدوداً . وذلك لكي تعتبر الديون متعلقة بالذمة المالية العامة المقدرة للشخص ، فلا تتعلق بعين أمواله فيتمنع تصرفه بها .

قال الاستاذ محمد كامل مرسي في كتابه « الأموال » :

« ولولا نظرية الذمة المالية لوقع حق الضمان العام le droit de gage général الذي للدائنين على أموال المدين نفسها فتبقى مثقلة بهذا الحق إلى حين انقضاء الدين . وهذا ثقل الاحتمال على المدين ويعيق^(١) تداول الأموال ، فيبقى

(١) — الصواب لغة : « يعوق » (ر : القاموس) .

هذا الخطر بموجب فكرة الذمة المالية ، إذ بمقتضاها لا تصير أموال المدين نفسها ضماناً للدائنين ، وإنما الذمة المالية هي التي تتحمل الضمان فيقع الضمان العام على مجموع الأموال من غير أن يستقر على أحدها ، وهو وإن كان يخول الدائنين حق توقيع الحجز ، غير أنه ، إلى الوقت الذي تقع فيه ، تكون أموال المدين خالصة من كل مانع ، ويستطيع التصرف فيها ، ويحتج بتصرفاته على دائنيه ، إلا إذا كان وقع منه غش fraude . وبذلك تصان مصالح المدين ودائنيه معاً » اهـ .

(ب) — ولكن إذا كان النظران الإسلامي والاجنبي قد اتفقا في أن الذمة فكرة متصورة فإنهما مختلفان في ماهية هذا المفهوم المتصور لها : فالفقه الاجنبي يتصور الذمة في صورة مال للشخص صالح لو فاء الديون . والفقه الإسلامي يتصورها في صورة محل مقدر في الشخص تثبت فيه الديون ، كما سلف بيانه .

فالذمة في الفقه الإسلامي هي ذمة شخصية .

أما في الفقه الاجنبي فإنها ذمة مالية يقوم مفهومها على أساس مادي هو أموال الشخص .

ولكن لما عترضتهم مشكلة تعلق الديون عندئذ بعين أموال المدين

وما يستتوجه ذلك من شلل في حركته الاقتصادية التجؤوا الى طريقة الافتراض والتجريد التي سار عليها الفقه الاسلامي في نظرية الذمة ، فجردوا مفهوم الذمة ونقلوه من معنى أموال الشخص والتزاماته الحاضرة الى مجموعة حقوقه والتزاماته الحاضرة والمتوقعة ، أي كل ما يمكن أن يتكون له وعليه من حقوق والتزامات ، واعتبروا لهذه المجموعة كياناً اعتبارياً مستقلاً عن أمواله القائمة . ولكنها بقيت في نظرهم عبارة عن مجموعة أموال الشخص الضامنة لديونه . فلم يصلوا إلى الخطوة الفنية التي خطاها الفقه الاسلامي في اعتبار مفهوم الذمة أمراً شخصياً محضاً هو تلك المحلية الاعتبارية المقدرة في الشخص لاستقرار الحقوق عليه .

١٣٠ — فلذا بقي في مفهوم الذمة القانوني شيء من الاضطراب وقلة الانسجام بين نظرين متنافرين : نظر مادي ونظر مجرد ، في موضوع واحد منظور اليه ، هو مالية الشخص .

فبينما يعرفون الذمة بأنها « مجموع الأموال التي يختص بها الشخص من حقوق له وتكليفات عليه »^(١) تراهم يعتبرون لهذه الاموال خاصية التجرد والاستقلال عن نفسها فكأنها مجموعة أموال أخرى متصورة للشخص ليست ما يملكه حالياً ولا ما سيملكه ، لكي لا تتعلق الحقوق بأعيان المال فتحجره .

(١) — كتاب « الاموال » للاستاذ محمد كامل المرسي ف/٣.

وكذلك نرى شيئاً من التناقض في اعتبارهم التكاليف التي على الشخص من ديون والتزامات عنصراً من عناصر ذمته ، لأن الذمة عندهم هي نفسها ضمان وتوثيق عام لجميع الديون التي على الشخص ، ولذا ينزعون بها إلى معنى أمواله لأن فيها ذلك الضمان الاعتباري .

فعلى هذا تكون التكاليف والديون التي على الشخص هي نفسها مما يحتاج إلى ضمان بالذمة ، فكيف تكون هي ضماناً لدين آخر نظيرها .

أما في الفقه الإسلامي فنظرية الذمة ، على ما أو أضحناه ، منسجمة تمام الانسجام وفيها من التفقه ودقة التصور وفن التصوير الحقوقي ما يجعلها صالحة لتنسيق الأحكام ، وبعيدة من أصلها عن مشكلة تعلق الدين بالمال :

— فلكون الذمة في الفقه الإسلامي شخصية تنبئ عن ظرف للديون مقدر في الشخص كان من السهل تصورها فيمن له مال ومن لا مال له .

— ولكون الدين إنما يشغل هذه الذمة الشخصية للمدين يبقى مال المدين حراً بطبيعة الحال ، لا علاقة للدين به ، فتكون يده فيه مطلقة في الأصل إلا أن يطرأ ما يوجب تعلقاً للدين بعين المال فيستفيد عندئذ تصرف المدين بماله فيكون تصرفه موقوفاً ، كما في حالة الرهن ، وحجز المال قضاء لحق الدائن . وكذا حالة مرض الموت ، إذ تقتضي تعلق الديون بأموال المريض كما تقدم ، فيتوقف تصرف المريض في أمواله بما يضر حقوق الدائنين ، لاقطاع الأمل من نشاطه الاقتصادي واكتسابه .

الفرع السادس

في العین والمنفعة

اختلاف الاجتهادات في تقوم المنافع
بذاتها - ثمرات اختلاف النظريتين -
منافع المصوب - نقد نظرية الحنفية .

١٣١ - اختلفت الانظار الاجتهادية في المنافع هل تعتبر من
الاموال القيمة في ذاتها أو لا تعتبر كذلك ؟

فذهب الاجتهاد الحنفي إلى أن المنافع ، في الأصل ، لا تدخل في
حيز الأموال ، وانما هي ملك (ر : ف / ٦٩) وبهذا جاءت المادة
١٢٥ / من المجلة .

ووجهة نظرهم في هذا أن المنفعة ليست شيئاً مادياً موجوداً ، وانما
هي أعراض تحدث شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمن (البدائع
كتاب الغصب ١٤٥ / ٧) ، فلا تعتبر ثروة من المال لانها لا يمكن فيها
الاحراز والإدخار .

وعن هذا وضع الاجتهاد الحنفي نظريته المشهورة :

« ان المنافع ليست ذات قيمة في نفسها وانما ورد تقويمها
في الشرع بعقد الاجارة على خلاف القياس للحاجة » .

(ر : الهداية ، فصل : « من غصب عيناً فغيبها ») .

فلا تقوم المنافع في غير الاجارة عند الحنفية لان القاعدة أن ماورد
على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه .

١٣٢ — وقد ذهب الاجتهادان الشافعي والحنبلي إلى عكس
هذه النظرية فاعتبروا أن المنافع أموال متقومة في ذاتها ، لانها هي المقصودة
من الأعيان ، فان أثمان الحاجات والأشياء تقاس بين الناس بمنافعها .
وقد سوغ الشارع أن تكون المنفعة مهراً في النكاح ، وإن المهر
يجب أن يكون مالاً ، لقوله تعالى بعد تعداد محرمات النساء : « وأحل
لكم ما وراء ذلكم أن يبتغوا بأموالكم محسنين غير مسافحين » .

١٣٣ — ثمرات اعتراف النظرية :

وقد نشأ عن اختلاف النظر الاجتهادي في دالية المنافع وتقومها
في ذاتها إختلاف في مسائل عديدة متفرعة عن هذه النظرية الأساسية ،
أهمها وأشهرها نظرية ضمان منافع المغصوب أو عدم ضمانها .

فالاجتهاد الحنفي على عدم إلزام الغاصب بضمان أجر المثل عن
منافع المغصوب ، لأنها ليست مالاً مقوماً إلا إستثناء بعقد الاجارة ،
ولا عقد بين الغاصب والمغصوب منه ، وإنما يضمن الغاصب قيمة
العين أو نقصانها إذا تلفت أو نقصت أو تعيب في يده . وعلى ذلك
وردت المواد / ٥٩٦ و ٨٩١ و ٩٠٠ / من المجلة .

وأما الاجتهاد الشافعي والحنبلي فقد أخذ بالزام الغاصب باجر
مثل المغصوب خلال مدة الغصب ، سواء استوفى الغاصب منافعه
أو عطلها .

١٣٤ - قال الامام أبو زيد عبد الله بن عمر الدبوسي الحنفي ،
في كتابه « نأسي النظر » بياناً للاختلافات في هذه النظرية
وما تفرع عنها :

« الاصل عند الامام القروشي أبي عبد الله محمد بن ادريس
الشافعي ، قدس الله روحه ، ونور ضريحه ، ان المنافع بمنزلة
الاعيان القائمة . وعندنا بمنزلة الاعيان في حق جواز العقد عليها
لا غير - أي عقد الاجارة - وعلى هذا :

١ - قال علماؤنا ان من غصب دارا فسكنها سنين لا اجرة
عليه . وعند الامام الشافعي تجب عليه قيمة المنافع وهي الاجرة ،
كما لو غصب عيناً من الاعيان فاستهلكها فانه يضمن قيمتها .

٢ - وعلى هذا قال الشافعي ان الاجارة في المشاع جائزة
لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان القائمة ، ولو باع الانسان حصة
شائعة من العين جاز بيعه فكذلك الاجارة لانها بيع المنافع .
وعندنا لا يجوز الايجار في المشاع من الاجنبي^(١) . أما ايجار أحد
الشريكين حصته الشائعة من الشريك الآخر فجائز .

٣ - وعلى هذا قال الشافعي ان الاجارة لا تفسخ بالاعذار
لان المنافع بمنزلة الاعيان القائمة ، ولو باع عيناً ليس له أن ينقض

(١) - الاجنبي هنا هو غير الشريك .

البيع بالعذر ، فكذلك ههنا . وعندنا تنقض الاجارة بالاعذار ^(١) .

٤ - وعلى هذا قال الشافعي : ان الاجارة لا تنقض بموت أحد العاقدين . وعندنا تنقض ^(٢) .

٥ - وعلى هذا قال الشافعي : ان الاجارة تجب بنفس العقد بمنزلة الاعيان المببيعة في وجوب ثمنها ، وعندنا تجب ساعة فساعة ويوماً فيوماً ^(٣) ، فيجب أن يتمكن - أي المستأجر - من الانتفاع بعمله ، فهما لم يتمكن من الانتفاع به لاجب عليه الاجرة « اهـ (تأسيس النظر للدبومي ص ٦٢ - ٦٣) .

١٣٥ - هذا ، ومن الواضح أن نظرية الاجتهاد الشافعي والحنبلي ، في الحاق المنافع بالأعيان في المالية والتقوم الذاتي هي أحكم وأمتن وأجرى مع حكمة التشريع ومصلحة التطبيق وصيانة الحقوق من نظرية فقهاءنا في الاجتهاد الحنفي . فان اعتبار المنافع غير ذات قيمة

(١) - كما لو استأجر دابة للسفر ثم عدل عنه ، أو طباخاً للعرس فماتت

العروس فله مستأجر فسخ الاجارة (ر : الجزء الاول ، ف / ٢٠١) .

(٢) - أنظر ماتقدم في الجزء الاول في بحث انفساخ العقود (ف / ٢٦٢) .

روجه هذه النتيجة الاختلافية ان المنافع المعقود عليها معدومة عند العقد وانما تحدث آنأ فآنا ، فلذا كانت الاجارة عند الحنفية بمثابة عقود مستمرة تتجدد اعتباراً بين العاقدين بتجدد حدوث المنافع . فبموت احدهما لم يبق مجال لافتراض تجدد العقد من جهته بخلاف الاجتهاد الشافعي الذي يرى ان المنافع المعقود عليها كالأعيان القائمة ، وان الاجارة كبيع الاعيان من كل وجه .

(٣) - هذا اذا لم يشترط في عقد الاجارة خلافه . فلو اشترط تعجيل

الاجرة كلها أو بعضها أو تقسيطها اتبع الشرط (المجلة / ٤٧٣) . فان لم يكن شرط اتبع العرف . فان لم يكن عرف يطالب بالاجرة يوماً فيوماً لتعذر الطلب ساعة فساعة .

في نفسها ليس عليه دليل واضح قوي من أدلة الشريعة ، لا من نصوصها ولا من اصولها ؛ وإنما هو غلو في النزعة المادية بنظرية المال والقيمة في الاجتهاد الحنفي .

وان تشريع عقد الاجارة بنصوص الكتاب والسنة دليل ناطق بان الشريعة الاسلامية قد اعتبرت المنافع متقومة في ذاتها حتى أقرت التزام البدل في مقابل الانتفاع ، كما أقرت التزام الثمن في مقابل امتلاك العين بالشراء .

ولئن سلم أن عقد الاجارة وارد على خلاف القياس فغير مسلم به أن مخالفته للقياس من جهة كون المنافع غير متقومة في ذاتها بل إنما هي من جهة أن المنافع المعقود عليها معدومة عند العقد .

ومما لا ريب فيه أن ملك العين ليس مقصوداً لذات العين بل لمنافعها . فالمنافع يجب أن تعتبر أساساً في التقويم . وقد تربي قيمة المنافع المستوفاة من الشيء في مدة طويلة على قيمة عينه ، فكيف يصح اهدار قيمتها واعتبارها كالعدم ؟ بل كيف يتزن أن يكون المنتفع بمال الغير غصباً لا أجر عليه ، لمجرد أنه عرضة لأن يضمن قيمة العين ان هلكت ، مع أنه في كل حال ، وإن أعاد العين المغصوبة سالمة ، هو على أقل تقدير متسبب في ضرر المالك بحرمانه من منافع ملكه مدة الغصب . والمتسبب المتعدي ضامن كالمباشر للاضرار ؟ فمن قواعد الشريعة أنه « لا ضرر ولا ضرار » . ولو أن المالك أراد ان

يسد حاجاته إلى منافع ماله المغصوب خلال مدة الغصب لما استطاع ذلك
إلا بعوض يستأجر به ما يقوم له مقام المغصوب .

١٣٦ - على أن المتأخرين من فقهاء الحنفية لحظوا سيئات النتائج
واضاعة الحق التي تؤدي إليها نظرية عدم ضمان منافع المغصوب ، فقصروا
من أذيالها ، وضيقوا من دائرة شمولها ، فاستثنوا مال اليتيم ، ومال الوقف ،
والأموال المعدة للمستعمل ، وأوجبوا في كل ذلك على غاصبه
التزام ضمان أجر المثل ، قيمة للمنافع (المجلة / ٥٩٦) ، وعللوا
ذلك باقتضاء المصلحة الزمنية وبعض اعتبارات أخرى سنها في
محلها على خلاف أصل النظرية في المذهب .

ولا يخفى أن ماصح من الاعتبارات أن تكون به المنافع كالأعيان
مالاً مقوماً مضموناً بالغصب فيما يتعلق باليتيم والوقف والمعد للاستغلال
يصلح أن تعتبر به المنافع كذلك بوجه عام في سائر الأحوال .
وليت أن جمعية المجلة ، بمانحته من صلاحية الاختيار المعتبرة شرعاً ،
أخذت في هذا الموضوع بنظرية الاجتهاد الشافعي والحنبلي ، فعممت
ضمان المنافع واعتبرتها أموالاً مقومة بذاتها في سائر الأحوال ، رعاية
لمصلحة المجتمع ، وزجراً عن العدوان الذي أصبح معظم الناس
لا يتحامونه لمجرد حرمة إذا لم تقترن بالمسؤوليات المدنية .

وكم من نظر أو حكم اجتهادي قد كان يمكن قبوله لما كان الدين غضاً في
النفوس يشمر التقوى فيها ، وكان الورع حازماً لها ، ثم تبدل وجه النظر والحكم

لما فشا الفساد وسادت الأطماع ، وأصبح الأمر محتاجاً إلى وازع
من التبعات المادية والسلطان لما ضعف وازع الايمان ، كما ورد في
الحديث النبوي « من يزع السلطان^(١) أكثر ممن يزع القرآن » .
على أن بحث ضمان المنافع سنجد تفاريعه أكثر بسطاً في موقعه من
بحث الفعل الضار في الجزء الثالث إن شاء الله .

ملحظة :

ويجب أن يلاحظ أن الأحكام القانونية اليوم لدينا تقضي بضمان
أجر المثل للعقارات على من يشغلها بلا عقد، وعليه عمل المحاكم المستمر .
كما أن نصوص القانون المدني تقضي بمسؤولية الغاصب بوجه
عام - ولو في الأموال المنقولة - عن الأضرار التي تلحق المَغصوب منه
وما يفوته من ربح ومنفعة في ماله المَغصوب .

(١) - يقال : وزعه يزعه وزعاً = كرده ردعاً وزناً ومعنى .

ومعنى الحديث : أن من يكفهم عن ارتكاب الجرائم خوفاً من السلطان
الحاكم أكثر عدداً ممن تكفهم خشية الله تعالى وموعظة القرآن (ر: النهاية لابن الاثير)

الفرع السابع

في المال المملوك ، والمباح ، والمحجور

المملوك - أقسامه الفرعية واحكامها :
المستقل ، والمشارك ، وما يتعلق به
حق الغير . تقسيم المال المشترك واصول
ازالة الشيوع - المباح - المحجور .

١٣٧ - ينقسم المال من وجه سابع ، باعتبار دخوله في الملك
وعدم دخوله ، إلى ثلاثة اقسام : مملوك ، ومباح ، ومحجور :

١٣٨ - (أ) - المال المملوك :

فأما المال المملوك فهو ما دخل تحت الملكية سواء أكانت ملكية
فرد أو ملكية شخص اعتباري كدولة أو مؤسسة عامة أو جمعية .
وينتاول المملوك العقار والمنقول على السواء . فتمت دخول المال في
الملكية دخولاً معتبراً شرعاً ثبت فيه للمالك جميع الحقوق الخاصة التي
تتفرع عن الملكية من انتفاع واستعمال واستهلاك ، وله فيه حق نقل
ملكيته إلى غيره بعوض وبغير عوض بالطرق المشروعة . كل ذلك مالم
يمس المتصرف بشيء منه حقاً للغير يورثه ضرراً فعندئذ تنقيد حرية
الملك في التصرف بما يصون حق غيره .

١٣٩ - أقسام فروعية المال المملوك :

ومن هنا كان المال المملوك نفسه ينقسم الى نوعين : (١) مال مستقل ، أي متميز لا شركة فيه (٢) ومال مشترك بين مالكين متعددين . وكل منهما ينقسم إلى قسمين : (١) ما يتعلق به حق لغير المالك (٢) ما لم يتعلق به حق لغير مالكة .

(١) — فأما المال الذي لم يتعلق به شركة ولا حق للغير ، بل هو مملوك لشخص على وجه الاستقلال ، فان لمالكه أن يتصرف فيه بكل وجوه التصرف القولي والفعلية ، إلا إذا كان عقاراً فإنه يتقيد في تصرفه الفعلي فيه بما توجبه حقوق الجوار المفصلة في المواد / ١١٩٢ — ١٢١٢ / من المجلة .

والمبدأ العام المعتبر في هذه المواد :

أن كل من ملك محلاً صار مالكا ما فوقه وما تحته ، وله ان يتصرف في سطحه وعلوه وجوفه بالحفر الى اي عمق كان ، وبالبناء الى اي علو كان ^(١) ، وغير ذلك من وجوه التصرف دون ان يضر بجار ضرراً فاحشاً .

والضرر الفامس هو كل ما يمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة

(١) — يجب ان يلاحظ هنا ان انشاء الابنية في المدن مقيد اليوم بما توجبه الانظمة البلدية من شروط المسافات والارتفاعات بحسب عرض الطرق ، وغير ذلك من الاعتبارات التي تراعى فيها القواعد الصحية ومصلحة التنظيم العمراني .

من البناء كالسكنى ، أو يضر بالبناء فيوهنه كاتخاذ طاحون أو معمل
حداد يوهن بناء الجار أو مصبغة أو مدبغة أو معصرة تزعج سكنى
الجيران بالرائحة أو الدخان ، وكألو أجرى مياهه أو أقذاره في مجار
غير محكمة بحيث تتسرب الى أسس جيرانه فتوهنها ، أو إلى آبارهم
فتنجسها ، أو أحدث نافذة تطل على مقر نساء جاره .

فكل ذلك يمنع الانسان منه ولو كان انما يتصرف في ملكه المستقل
(المجلة / ١١٩٨ — ١٢٠٠) .

٢) — وأما المال المشترك فيتمتع تصرف كل شريك فيه بما لا يضر
بحقوق شركائه الآخرين .

فليس لأحد الشركاء أن يتلف المال المشترك ، ولا أن يحوله من
شكل الى شكل ، ولا أن يتجاوز حد المعتاد في استعماله .
وعن هذا نشأ في الفقه بحث واسع عما يملكه وما لا يملكه كل من
الشركاء من وجوه التصرف في المال المشترك .

وقد أفردت المجلة هذا البحث بفصل خاص عن كيفية التصرف
بالأعيان المشتركة في المواد / ١٠٦٩ — ١٠٩٠ / منها فلتنظر .

والمبدأ العام الذي تدور عليه هذه الأحكام هو تحقيق الارتفاع
الممكن لكل شريك بحصته ، ودفع الضرر عن بقية الشركاء .

على أنه بالنظر لما في شركة الملك هذه من عرقلة لحرية التصرف
وغل لا يدي ، قد اتجه التشريع الوضعي لدى كثير من الدول الى سن

أنظمة لازالة الشيوع جبراً في العقار خاصة دون المنقولات ، وذلك بناء على طلب احد الشركاء ، فيقسم العقار المشترك ان كان قابلاً للقسمة ويستقل كل شريك بقسمه . وان كان غير قابل للقسمة يباع بالمزاد العلني ويوزع ثمنه بين الشركاء ، كل بحسب حصته . وهذا ما عليه العمل في الاقليم السوري بمقتضى قانون تقسيم الأموال غير المنقولة^(١) .

(٣) — وأما ما يتعلق به حق الغير فكالملك المرهون أو المأجور ، فليس للمالك أن يتصرف فيه بما يخل بحقوق المرتهن أو المستأجر . فتحجر على المالك فيه التصرفات الفعلية والقولية ، الا باذن المرتهن أو المستأجر .

فاذا باع المالك ماله المرهون أو المأجور فهل يكون بيعه موقوفاً على اجازة المرتهن أو المستأجر ؟

الرأي الفقهي الراجح أن حق الاجازة والرفض انما هو للمالك او لولي التصرف كالوصى مثلاً ، فليس للمرتهن ولا للمستأجر ان يجيزا

(١) — قد كان مما تفكر به وزارة العدلية سن قانون جديد لازالة الشيوع يتناول المنقولات ايضاً لان مشكلات شركة الملك وعراقيلها متحققة في المنقول ايضاً ، وان كانت في العقار أظهر . ومثل هذا التدبير مصلحة تصان به الحقوق وتزال به المشكلات ، فتقره قواعد الفقه الاسلامي .

ثم صدر بعد الطبعة الاولى من هذا الكتاب تعديل للمادة ٣/ من قانون حكام الصلح ذي الرقم ٣٤٣/ شمل ازالة الشيوع الجبرية في المنقولات . (ر : ج ١ ف / ١١٦)

يبيع المالك او يراده ، بل يكون البيع نافذاً غير موقوف . ولكن
يصان حق المرتهن والمستأجر بعدم جواز نزع المال من ايديهما قبل
فكك الرهن او انتهاء مدة الاجارة ، كما يصان حق المشتري الذي
يتضرر من تأخير التسليم ، وذلك بمنحه الخيار في ان يفسخ البيع او
ينتظر فكك الرهن او انتهاء الاجارة (المجلة / ٥٩٠ و ٧٤٧) اي انما
يتمتع تنفيذ عقد المالك لا نفاذه .

١٤٠ - (ب) - المال المباح :

واما المال المباح فهو ما ليس في الأصل ملكاً لأحد ، كالماء في
منابعه ، وكصيد البر والبحر ، وغير ذلك كأشجار البوادي وثمارها .
فلكل انسان ان يحرز منه ما يستطيع ، ومن احرز منه شيئاً فإنه يملكه
(المجلة / ١٠٤٥ و ١٢٥٩) ،

وهذا القسم من الأموال يسمى في الفقه الأجنبي : الأموال الخالية

. biens vacants

وسنتكلم عليه عند كلامنا على الأموال العامة الآتي بيانها في
الفرع العاشر .

١٤١ - (ج) - المال المحجور :

واما المال المحجور فهو ما منع شرعاً تملكه وتملكه اما لأنه موقوف

أو لأنه مخصص للمصالح العامة ، كالطريق العام وكالمساجد والمقابر
وسائر الأموال الموقوفة . وسيأتي بيانه في الفرع العاشر عن
الأموال العامة .

الفرع الثامن

في المال القابل للقسمة وغير القابل

معنى قابلية القسمة وعدمها -

نتائجها في الاحكام الفقهية

٤٢٦ - وينقسم المال ، من وجه ثامن ، إلى : قابل للقسمة ، وغير

قابل لها .

ومعنى القابل للقسمة أن يكون ليس في تجزئته وتبعيضه ضرر .

وضابط ذلك أن يكون نوع المنفعة التي للأصل قبل القسمة ثابتاً

لكل قسم منه بعد القسمة .

فالكمية من القمح أو الشعير أو الزيت أو السمن ونحو ذلك تقبل

القسمة لتساوي اقسامها في المنفعة وفي القيمة بالنسبة إلى الأصل المقسوم .

وأما الكأس أو الكرسي أو اللؤلؤة مثلاً فكل منها غير قابل
للقسمة لأنها لو قسمت تعطلت منفعتها . والثوب الخيط غير قابل للقسمة
كذلك ؛ وأما القطعة من النسيج فإن كانت كبيرة بحيث تبقى قيمة
أقسامها المرادة متناسبة مع قيمة الأصل ، كقطعة من الجوخ أو
الكوباس إذا اريد تقسيمها الى قطع تكفي كل منها ثوباً ، فهي قابلة
للقسمة والا فلا . والنسخة الواحدة من كتاب غير قابلة للقسمة .

وأما العقارات كالدور والحانات والحوانيت فإذا أمكنت قسمتها
بحيث يبقى كل قسم منها منتفعاً به انتفاع الأصل ، كدار كبيرة يراد
تقسيمها إلى دارين وحانوت إلى حانوتين فهي قابلة للقسمة . وإذا كانت
الدار ولو قسمت لا يمكن أن تخرج منها داران ولكن يمكن أن
تحول أقسامها إلى منافع أخرى غير السكنى ، بأن تجعل دكاكين مثلاً
فهي غير قابلة للقسمة ، لتغير أصل منفعتها بالتقسيم .

والعقارات التي فيها أشياء تتوقف منفعتها الأصلية عليها ولا تقبل
التجزئة ، كالطاحون والحمام ؛ هي غير قابلة للقسمة (المجلة / ١١٣١
و ١١٣٩ و ١١٤٢) .

١٤٣ - نفع قابلية القسمة وعزمها :

إن لهذا التمييز بين المال القابل للقسمة وغير القابل ثمرات عديدة
في الأحكام المدنية :

(١) — فالمال القابل للقسمة إذا كان مشتركاً تجري فيه قسمة التفريق القضائية جبراً على الشركاء بطلب أحدهم ؛ وتجري فيه أيضاً قسمة الجمع ^(١) القضائية جبراً إذا كان متحد الجنس ، كمجموعة من الكراسي أو كمية من الحبوب .

وغير القابل للقسمة لا تجري فيه القسمة القضائية بل القسمة الرضائية فقط ^(٢) (المجلة / ١١٣٢ و ١١٤١) .

(٢) — عقد الهبة إذا ورد على حصة مشاعة من العين ، كما لو وهب المالك نصفها أو ربعها يصح إذا كانت العين غير قابلة للقسمة ، ولا يصح إذا كانت قابلة ، بل يجب عندئذ أن يقسم العين أولاً ثم يهب الجزء المراد هبته مفرزاً متميزاً (المجلة / ٨٥٨) ، والدر المختار كتاب الهبة والعلة النظرية في ذلك سترى في محلها عند كلامنا على عقد الهبة من العقود المسماة .

(١) — قسمة التفريق : هي تقسيم العين الواحدة المشتركة الى اجزاء . وقسمة الجمع هي تقسيم الايمان المتعددة الى افراد بحيث يختص كل شريك بفرد كامل أو افراد (ر : المجلة / ١١١٥) .

(٢) — يلاحظ ان هذا الحكم في المجلة بالنسبة الى العقار ، معدل بقانون تقسيم الاموال غير المنقولة الذي يوجب ازالة الشيوع بطلب احد الشركاء على كل حال : فان كان العقار قابلاً للقسمة قسمه الحاكم ؛ وان كان غير قابل يباع بالمزاد العلني ويقسم ثمنه بين الشركاء ، كما تقدمت الاشارة اليه (ر : ج ١ / ف ١٣٩ ثانياً ، و ج ١ / ١١٦) .

(٣) - العقار المشترك إذا احتاج الى النفقة الضرورية وامتنع أحد الشريكين عنها فأنفق الشريك الآخر عليه بلا اذن شريكه ولا اذن الحاكم : فاذا كان قابلاً للقسمة يعتبر الشريك متبرعاً بما أنفق فلا يحق له الرجوع على شريكه الآخر بشيء ، وان كان غير قابل للقسمة كان للمنفق حق الرجوع على شريكه بما يصيبه من القيمة التي تقدر لما أجراه في العقار ^(١) (المجلة / ١٣١٣) .

الفرع التاسع

في الاصول والثمرات

معنى الاصل والثمرة -

فائدة التمييز بينهما

١٤٤ - وينقسم المال من وجه تاسع الى قسمين : أصل ، وثمره . فالأصل من الأموال هو ما يمكن أن ينشأ عنه مال آخر كالدور والأراضي والدواب .

(١) - يلاحظ هنا ان المادة / ٧٨٦ / من القانون المدني ، وقبله المادة / ٢٢ / من قانون الملكية العقارية ذي الرقم / ٣٣٣٩ تقتضيان اثبات الحق للشريك المنفق على العقار المشترك في ان يرجع على شريكه بما يصيب حصته من نفقات الادارة والترميم الضروري والتكاليف الاميرية ، ولم تتعرض للتفصيل بين ما يقبل القسمة وما لا يقبل ، وبين اذن الحاكم وعدمه .

والثمرة ما نشأ هو عن مال آخر ، وهي الغلات التي تنتج من الأموال الأصول ، كأجور العقارات ، وثمار الشجر ، ونتاج الحيوان من صوف ولبن ونحو ذلك .

ومما تجب ملاحظته في هذا الصدد أنه لا يشترط فيما يعتبر أصلاً أن يكون له ثمرة بالفعل ، بل يكفي أن لا يكون هو ثمرة لغيره ، كأثاث البيوت وسائر الأموال التي ليست معدة للاستغلال ، كما يجب أن يلاحظ أيضاً أنه ليس كل ما ينفصل عن أصل يعد ثمرة ، كالأنقاض الخارجة من البناء ، والحطب من الشجر ، لأن هذا إنما ينشأ من نقصان الأصل ، فيحتفظ بصفة الأصل وحكمه .

هذا ما يذكره علماء القانون في التمييز بين الأصل والثمرة من الأموال وتعريف كل منهما (ر : كتاب الأموال للاستاذ محمد كامل المرسي ، وغيره) .

وقتهاؤنا قد ميزوا بين الأصول والثمرات من الأموال في مباحث ومناسبات متفرقة ، كالبيع والغصب والوقف ، ويسمون الثمرة تارة « غلة » وتارة « خراجاً » — بفتح أوله — وبذلك سميت في الحديث الشريف كما سيأتي بيانه .

والخراج عندهم كل ما خرج من غيره ، فيشمل الزيادة المتولدة المنفصلة كثمر الشجر وولد الحيوان ، وغير المتولدة كأجرة الشيء المأجور ، ويشمل أيضاً منافع الشيء . (ر : الأشباه والنظائر لأبن

نجيم ، الفن الأول القاعدة العاشرة) .

ويلحظ في هذا المقام أن فقهاءنا قد عنوا بتعريف الخراج والثمرة ولم يرد لهم تعريف صريح للأصل من الأموال ، وإن كان يفهم ضمناً من كلامهم . فلذا استعنا بتعريف علماء القانون ، وهو موافق للنظر الشرعي والأحكام التي أثبتها فقهاؤنا لكل من هذين النوعين من الأموال . يقول بعضهم : ان الثمرة ما ينشأ عن الأصل بصورة دورية ولا يلحق بالأصل تلفاً أو نقصاً كبديل الايجار ومحصول الارض .

١٤٥ — فائدة التمييز بين الاصول والثمرات

إن لهذا التقسيم أثراً كبيراً في بعض الاحكام الفقهية ، إذ تختلف في الموضوع الواحد بحسب كون المال الذي يتعلق به الحكم أصلاً أو ثمرة .

(١) — فالمال الموقوف محجور أصله فلا يملك ولا يوزع منه شيء على مستحقي الوقف ، ولكن ثمرته مملوكة لهم وتوزع عليهم . ولذا وجب التفريق في الحكم بين بدل استبدال المال الموقوف وبين أجرته : فبدل الاستبدال هو ثمن العقار الموقوف المستبدل به وهو عوض عن الأصل ، فلا يوزع في مصارف الغلة ، بل يجب أن يشتري به عقار يحل محل المستبدل به ، أما الاجرة فهي غلة توزع .

وكذلك انقراض الوقف التي تخرج من ترميم أو تهديم ، وحطب الشجر المثمر الموقوف ، فان ذلك لا يوزع في مصارف الغلة ، بل

يصرف على عين الموقوف أو يدخل في ترميمه .

(٢) — الاموال العامة الاخرى غير الموقوفة ، وهي المخصصة لمصالح المجتمع ، كالطرق والانهار الكبرى والحدائق العمومية ونحوها مما سيأتي ذكره في الفرع العاشر ، وان كانت رقابها لا تقبل الملكيات الفردية ، يمكن تملك ثمراتها ان كانت لها ثمرة ، لان ثمرتها في حكم الاموال الخاصة من حيث قابلية التملك . حتى ان المسجد اذا كان فيه شجر مثمر جاز بيع ثمرته وصرف ثمنها في مصارف غلة الوقف .

(٣) — إن الغلة وسائر الثمرات يملكها مالك الاصل الضامن له — أي الذي يهلك الاصل من حسابه — ولو انتقضت ملكيته ؛ فان هذا الانتقاض لا يكون له استناد ، أي تأثير رجعي ، بالنسبة إلى الثمرة .

فمن اشترى داراً أو دابة فأجرها ، ثم اطلع على عيب قديم فردها به ، فالاجرة له خالصة لا يضمنها للبائع ، لأن الاصل كان في ملكه وضمانه .

والنظرية الشرعية في هذا الموضوع تستند إلى قول النبي عليه السلام : « الخراج بالضمان » . وقد اتخذ منه الفقهاء قاعدة فقهية عامة ، كما تقدم في الجزء الأول (ر : م / ٨٥ / وج ١ ف / ٦٤٩) .

ومثل ذلك ما لو وهب إنسان لآخر شيئاً كدابة مثلاً ، فولدت عند الموهوب له أو أجرها وأخذ أجرتها ، ثم رجع الواهب في هبته ،

فانما يسترد الأصل دون الولد أو الاجرة (م/ ٨١٩) .

(٤) — في العقود والتصرفات التي موضوعها تملك المنفعة يستحق الثمرة مالك المنفعة . ففي إيجار الدار يكون ثمر الشجر الذي فيها للمستأجر ، وكذا في الوصية بمنفعة الدار .

الفرع العاشر

في الاموال الخاصة ، والاموال العامة

تعريف المال الخاص والعام وانواعهما -
المباحات المشتركة الثلاثة - الانهار
الخاصة والعامة - انقلاب المال الخاص الى
عام وبالعكس . تقسيم الاموال العامة
بحسب ما هي مخصصة له - ثمرات التمييز بين
المال الخاص والعام .

١٤٦ — وينقسم المال من وجه عاشر ، باعتبار صاحب العلاقة

به ، إلى قسمين : الاموال الخاصة ، والاموال العامة .

(١) — فالاموال الخاصة : هي ما دخلت في الملك الفردي فكانت

محجورة^(١) عن الكافة ، أي انها ليست مشاعة بين عموم الناس ولا
مباحة لهم لا رقبة ولا منفعة .

(١) — رأينا في تعريف الملك انه : « اختصاص - اجز » أي يحجز غير المالك

عن التصرف والانتفاع والتدخل في الشيء المملوك لغيره (ر : ف ١٧ / الحاشية) .

(٢) — والاموال العامة : هي ما ليست داخلة في الملك الفردي ،
فهي لمصلحة العموم ومنافعهم .

١٤٧ — وإيضاح ذلك : أن الاشياء اما ان تكون
بطبيعتها قابلة للحيازة ، أي مما يمكن ان يستأثر احد باحرازها ، أو
غير قابلة .

(أ) — فغير القابلة للحيازة بطبيعتها كالهواء والبحار .
وهذه لا تدخل في الملكيات مطلقاً ، ولا تقبل ورود العقود عليها
بجمال ، وهذا لا بحث لنا فيه .

(ب) — والقابلة للحيازة كسائر الأموال المنقولة .
وهذه الأموال القابلة للحيازة قسمان : إما أن تكون داخلة فعلاً
في الأملاك الفردية ، أو غير داخلة .

والقسم الثاني منها ، أي غير الداخلة في الملك الفردي ، نوعان .
(النوع الأول) — أموال قابلة للتملك الفردي لكنها لم يقع
عليها سبب من أسباب الملكية ، فلم تمتد إليها يد بالاحراز مع جواز
احرازها وتملكها لو وقع . وذلك كحيوان الصيد ، وخطب
البوادي ، والأراضي الموات .

(والنوع الثاني) — أموال غير قابلة للتملك الفردي لأنها
معتبرة شرعاً من مرافق المجتمع لمصلحة أهله كافة ، فلا يجوز
إستيلاء الافراد عليها ، كالأنهار الكبيرة ، والماء الجاري تحت الأرض

(مما يسمى اليوم : المياه الجوفية) والطرق العامة ، والجسور الخ ...
وهذا القسم أي غير الداخل في الملك الفردي بنوعيه — يسميه
الفقهاء : المباحات (المجلة / ١٢٣٤ — ١٢٣٨) .

فالمباح في الاصطلاح الفقهي يشمل نوعين : (١) - ما أباح احراز
عينه وتملكها (٢) - وما أبيحت منافعه دون ملكيته .

(فاراول) — يدخل في الملكيات الفردية بمجرد الاحراز الواقع
بشرائطه الشرعية ، فيصبح ملكاً خاصاً لمن يحزره .

(والثاني) — لا يدخل في الملكية الخاصة ، لأنه بطبيعته غير قابل لها ،
بل بحكم الشرع لتعلق مصالح الجماعة به .

والاصل الفقهي في التمييز بين هذين النوعين بحسب دلائل النصوص
هو أنه :

— اذا كانت حاجة الجماعة متعلقة بعين الشيء ، كالطرق والجسور
والمعابد الخ .. تحجز عينه وتباح منافعه .

— وأما إذا كانت حاجة الجماعة متعلقة بنوع الشيء لا بعينه ،
كحيوان الصيد وحجر المقالع وشجر البوادي والغابات ؛ فإنه تباح
عينه بصورة يحفظ معها نوعه .

ويصح بمقتضى دلائل النصوص الفقهية أن يقال :

القاعدة هي أن جميع الأشياء قابلة في الأصل للملك الفردي ،
الاما خرج فيها عن امكان الحيازة بطبيعته كالهواء والبحار ، أو
بحكم الشرع كالمرافق العامة من طرق وجسور ومراع ونحوها .

١٤٨ - المباحات العامة الثلاثة :

هذا ، وقد اعتبر شرعاً ثلاثة أشياء من المباحات العامة مشتركة بين جميع الناس بنص الحديث النبوي الثابت ، وهي : الماء ، والكحل ، والنار^(١) .

١٤٩ - الماء .

ومعنى الشركة العامة في الماء أنه ان كان في منابع آباره أو مسالكه تحت الأرض ، ولو في أرض مملوكة ، لا يعتبر ملكاً لأحد ، بل لكل واحد من الكافة أن ينتفع منه بما يسمى : حق السف ، وهو أن يشرب بفمه ، ويسقي مواشيه - لا اراضيهِ - ويغسل ، ونحو ذلك . وعلى صاحب الأرض ان يمكنه من استخراج ما يكفيه لذلك أو يخرج به هوله ، ولا يسوغ له منعه إذا لم يجد ماء سواه بقربه .

(١) - نص الحديث : « المسامون شركاء في ثلاث : في الماء ، والكحل ، والنار » رواه أحمد .

والكحل (بفتح حين) هو العشب .

قال ابن عابدين في رد المحتار تفسيراً لهذا الحديث :

« أي شركة اباحة لا شركة ملك . فمن سبق الى شيء من ذلك في وعاء أو غيره وأحوزه فهو أحق به ؛ وهو ملك له دون من سواه » .

(ر : فصل الشرب من رد المحتار ج ٤ ص ٢٨٣) .

لكن ما استخرج من هذا الماء وأحرز يصبح ملكاً خاصاً لمحزره
لأن الأحراز من أسباب الملكية (المجلة/١٢٤٨). وكذا الماء المجموع
جمعاً في الآبار غير النابعة أو الأحراض ، فهو ملك محجور لجامعه .
وأما إن كان الماء جارياً على الأرض من عين مملوكة فهو ملك
لأصحاب الأراضي التي تسقيها تلك العين ، لكن يثبت فيه للكافة حق
الشفة المتقدم .

١٥٠ — وأما الأنهار فقد قسمت الى قسمين : خاصة ، وعامة .
(أ) — فالأنهار الخاصة هي ما تتفرق مياهها وتستنفذ في أراضي
أشخاص معدودة حتى تمحى ، ولا ينفذ منها بقية إلى مصب عام
كالمفازة والبحر .

وهذه الأنهار في حكم العيون الجارية . فمياهها هي ملك لأصحاب
الأراضي التي تسقيها ، وإنما للكافة فيها حق الشفة .

(ب) — والأنهار العامة هي الأنهار الكبرى التي تجري فيها السفن
كدجلة والفرات والنيل ، وكذا التي لا تجري فيها السفن ولكنها تسقي
أراضي خاصة لا تمحى فيها بل يبقى منها بقية مباحة تصب في مصب عام .
وهذه الأنهار العامة لا تدخل في ملك أحد من أفراد الناس شرعاً ،
ويثبت لكل إنسان فيها — علاوة على حق الشفة — حق الشرب ^(١) ،

(١) — الشرب (بكسر الشين) هو النصيب من الماء ، ونوبة الانتفاع
به سقياً للزراعة والحيوانات (ر : المصباح ، والدر المختار ج ٥ فصل الشرب) .
أما الشرب (بضم الشين) فهو تناول الماء بالفم .

أي للري الزراعي أيضاً ، وهو أن يسقي منها أراضيها بشق الجداول إليها ، وانشاء المسناة أو النواعير ، أو النزح باي وسيلة كانت ؛ وكذا نصب الطواحين ، ما لم يضر بالناس في شيء من ذلك ، لان الانتفاع بالمباح انما يجوز إذا لم يضر بأحد (الدر المختار ، فصل الشرب)^(١) .
 وإذا دخل شيء من مياه هذا الأنهار العامة في المقاسم — أي المجاري المملوكة — بشق الجداول ونحوها أصبح ملكاً لأصحاب المقاسم ليس لأحد فيه الا حق الشفعة .

١٥١ — الكلام :

وأما الكلام فالمراد به العشب النبات بنفسه في الأراضي مطلقاً ، مملوكة كانت تلك الأراضي ، أو غير مملوكة (المجلة / ١٢٣٤) .
 فلو كان مستنبتاً في الأراضي المملوكة استنباتاً بفعل صاحبها وسقيه كان ملكاً خاصاً له محجوراً عن سواه .
 فعين الكلام النبات بطبعه تعتبر شرعاً من المباح العام . فما دام قائماً

(١) — يلاحظ هنا ان القرار ذا الرقم /١٤٤/ الصادر عن المفوضية العليا الفرنسية في عهد الانتداب ، يقضي بجعل جميع الانهار والمجاري في الاقليم السوري ملكاً للدولة دون تفريق بين الانهار الخاصة والعامة ، وانما لأصحاب الاراضي اسالة المياه . والهدف في ذلك اصلاح الري العام وجعله تابعاً لائتمة خاصة ونقسيات اقتصادية في المستقبل .

على أرضه غير محوز يعتبر كالمياه في منابعها، لا يملكه صاحب الأرض، بل لكل واحد أن يحتش منه لحيوانه. وعندئذ يكلف صاحب الأرض أن يملكه من الاحتشاش، وله أن يمنعه من دخول أرضه على أن يحتش هو ويخرج له عند الحاجة، أن لم يكن بالقرب منه كلاً مباح يغنيه عنه. ^(١) (المجلة/١٢٥٧/ وفصل الشرب من الدر المختار) .

١٥٢ — النار :

وأما النار فالمراد بها ما يوقدها الانسان في المفازة . فمادة هذه النار هي ملك له خاصة ؛ وانما المباح فيها لغيره حق الاصططء والاستدفاء والاستضاءة بها للعمل دون ان يأخذ منها جمرة ، لأن الجمرة فحمة متشبهة مملوكة لصاحبها (المجلة / ١٢٦١) .

١٥٣ — انقلب المال الخاص الى عام ، وبالعكس

(أ) - قد ينقلب المال الخاص الى مال عام . وذلك :

(١) - ان المواد /٧٦٨- ٧٧٠/ من القانون المدني وقبله المادتان /١٢ و١٣/ من نظام الملكية العقارية السابق ذي الرقم /٣٣٣٩/ تعتبر من ثمة الملكية أن لصاحبها الحق في جميع ما ينتجه العقار ، وفي كل ما يتحد به اتحاداً تبعياً ، سواء أكان الاتحاد طبيعياً او صناعياً .

وتشمل ملكية الارض ملكية ما فوقها وما تحتها .

وعلى ذلك يمكن ان يعتبر هذا موجباً ملكية صاحب الارض المملوكة للكلاً النابت فيها بطبعه كالنابت بالاستنبات ، على خلاف حكم المجلة في ذلك .

١ - اما بارادة مالكيه وتخصيصهم ، كالمساجد والمقابر الموقوفة ؛ فانها قبل الوقف مال خاص مملوك لأصحابه ، فبالوقف تصبح لمصالح الكافة .

(٢) - واما بايجاب الشرع ، كما في الاستملاك الجبري لأجل المصالح العامة ، كاستملاك الحكومة ارضاً لجعلها طريقاً او مستشفى او غيرهما من مصالح المجتمع .

(ب) -- وقد ينقلب المال العام الى خاص ، كما لو استبدل مستشفى موقوف او من املاك الدولة ، اذ يصبح ملكاً لمشتريه ، ويحل بدله محله في الوقف او في بيت المال العام ؛ وكما لو استغني عن طريق ، فللحكومة ان تبيعه فيصبح ملكاً خاصاً ، كما سنرى قريباً .

١٥٤ - تفسير الاموال العامة ، ومبررات المموم فيها :

ومن هنا يمكن تقسيم الأموال العامة ، بحسب ماهي مخصصة الى ثلاثة اقسام :

(الاول) - ما هو مخصص بذاته لمصالح العامة ومنافعهم الدينية او الحيوية . وذلك كالمساجد ، والمقابر ، والطرق ، والجسور ، والقناطر ، والمستشفيات ، والحدائق ، والمدارس ، وسائر المؤسسات العامة . وكذا الأراضي المتروكة - لقربها من العمران - مرعى او محتصداً او محتطباً (المجلة / ١٢٧١) .

(الثاني) — ما هو مخصص للاستغلال لأحياء جهة عامة بموارده
وغلته . وهو المستغلات الوقفية ، ومستغلات بيت المال التي تدخل في
زمرة ما يسمى اليوم « املاك الدولة » .

(الثالث) — ما كانت عموميته ، لا لأن مصالح العامة وحاجتهم
متعلقة بذاته ، بل لانه في ملك جهة عامة ، مع انه مهياً بذاته للتداول
والتملك . وذلك كمغلات الاوقاف العائدة لجهات خيرية موقوف
عليها ، وغلات بيت المال بمختلف فروعها ، والاراضي الموات .

(أ) — فالقسمان الاولان محجورة رقابهما عن التداول ، فليسا محلاً
لعقود التملك ، لانهما لا يدخلان في الملكية الفردية الخاصة .

غير أنه يمكن أن تنسخ عن المال في هذين القسمين صفته العامة
هذه في أحوال تستدعي ذلك شرعاً ، ويعود الى أولياء الامر حق
التقدير والتقرير فيها . وعندئذ يمكن أن ينقلها الى أموال خاصة .

وذلك كما اذا حول الطريق العام ، فاستغني عن موقعه الاصلي .
فبيع لحساب بيت المال ويصبح ملكاً خاصاً . ومثل ذلك سائر ما يستغني
عنه من الاموال العامة كما تقدم .

وكذا اذا دعت الضرورة للاستبدال بعقار الوقف بمسوغاته
الشرعية ، فانه يستبدل به ما هو أنفع للوقف باذن القاضي وتقديره .
فيصبح الموقوف ملكاً خاصاً لمشتريه ويحل بدله محله في الوقف .

على أنهم قد استثنوا المسجد فاعتبروا فيه صفة الأبدية ، فلا تنسخ

عنه مسجديته عند الحنفية ولو استغني عنه (ر : الدر المختار كتاب الوقف ٣/ ٣٧١) .

(ب) — وأما القسم الثالث — وهو غلات الاوقاف الخيرية ، وغلات بيت المال ، والاراضي الموات — فانه بمقتضى غايته يجري فيه التداول شرعاً .

ويعتبر ، وهو في يد بيت المال أو مؤسساته الفرعية أو الوقف ، كالأموال الخاصة في يد أصحابها ، توفي به الحقوق والاجور والرواتب وسائر الالتزامات ، فيدفع بالوجوه المشروعة إلى من يستحقه . وكل من أعطي منه شيئاً باستحقاق شرعي ، يملكه ، لأنه في الاصل مخصص للتمليك في الوجوه المشروعة .

وعن هذا لو أحيا انسان ارضاً مواتاً باذن السلطات يملكها (المجلة ١٢٧٢) .

والنظر الشرعي في ذلك أن هذا القسم إنما تتعلق المصلحة العامة بمالتيه وقيمته ، لا بعينه وبقائها لأجل منافعها الذاتية أو دوام غلتها . هذا ما يمكن تلخيصه من فكرة الاموال العامة بالنظر الشرعي . (ولتنظر النصوص التي تؤيد هذا التقسيم بصراحتها أو دلالتها في كتاب الوقف ، وإحياء الموات ، وفصل الشرب ، وكتاب الصيد ، وبعض تفاريع كتاب الجهاد ، كباب العشر والخراج ، وكمصارف بيت المال ، في معظم المؤلفات الفقهية كالبداية والهداية ورد المختار

وغيرها . وكذا المواد / ١٢١٣ - ١٢١٨ / والمواد / ١٢٣٤ - ١٣٠٨ /
من المجلة) .

١٥٥ - تارة التمييز بين المال الخاص والعام

لهذا التفريق بين المال الخاص والعام نتائج هامة وثمرات في الاحكام
المدنية ، منها أساسي ومنها شكلي ، أشرنا إلى بعضها في المناسبات السابقة
من البحث ، ونجمل أهمها فيما يلي :

(١) - من حيث قابلية التداول وعقود التملك مما تقدم ذكره
في صلب البحث .

فالأموال الخاصة تقبل التداول وعقود التملك . والأموال
العامة لا تقبل ذلك .

(٢) - تضمن قيمة منافع مال الوقف ، اذا غصبه غاصب ثم أعاده ،
استثناء من أصل نظرية الفقه الحنفي في أن منافع المغصوب غير مضمونة
كما تقدم (ر : ف / ١٣٦) .

(٣) - المال العام لا يحق لاحد - ولو السلطان أو سائر ممثليه في
فروع الاعمال - أن يسمح فيه من يدخل عليه ، أو يصالح عنه ،
أو يبرئ من لزمه ضمانه بالتلاف أو غصب أو غيرهما من الاسباب .
وهذا على خلاف حكم المال الخاص الذي يعود لصاحبه حق المساحة
فيه بصلح أو إبراء أو هبة الخ ...

(٤) -- اشتراك أصحاب الأراضي في الشرب من الانهار العامة لا يجعلهم خلطاء في حقوق أراضيهم فلا يثبت لهم حق الشفعة فيها بهذا السبب .

أما الاشتراك في نصيب الشرب من الانهار الخاصة المملوكة فانه يعتبر من أسباب الخلطة في حقوق العقار فيثبت به حق الشفعة (المجلة/١٠٠٨)
(٥) -- الحجز^(١) القضائي قانوناً لا تقبله الاموال العامة كاملاك الدولة فلا يجوز حجز هذه الأموال لاستيفاء الدين . أما الأموال الخاصة فتحجز .

(٦) -- في سريان حكم التقادم (مرور الزمن) ومدته^(٢) .
فالتقادم يسري في الحكم الفقهي على الحقوق الخاصة . ومدته العادية

(١) - الحجز (بالزاي المعجمة) في الاصطلاح القانوني اليوم يسميه فقهاء الشريعة حجزاً (بالراء المهملة) ، فهم يقسمون الحجز الى نوعين : حجز الشخص (وهو سلب أهليته او الحد منها قضاء ، وهذا متفق مع الاصطلاح القانوني) ، وحجز المال اي عزله قضاء عن سلطة صاحبه تمهيداً لبيعه في وفاء الديون (المجلة/٩٩٨ و ٩٩٩) وهذا يسميه القانون حجزاً (بالزاي المعجمة) وهو الاصطلاح الافضل للتمييز بين النوعين في الاسم . وان نظامه القانوني اليوم لا ينافي الشريعة بل يتفق مع قواعد المصالح المرسله لأنه حكم استصلاحي لتنظيم وفاء الحقوق .

(٢) - قدمنا في المدخل الفقهي العام في بحث الاستصلاح ان حكم التقادم بوجه عام مؤسس في الفقه الشرعي على قاعدة المصالح المرسله في أصل فكرته وفي مدده (ر : المدخل الفقهي العام ف ٢٩ / ٢) .

خمس عشرة سنة . فاذا مرت مروراً معتبراً دون ادعاء بالمال من قبل صاحبه لا تسمع دعواه بعدها .

وأما حكم التقادم في الأموال العامة ومدته فعلى التفصيل :

(أ) — فمنها طائفة لا يتقادم الحق فيها أبداً . فاذا استولى على شيء منها احد يجوز في كل وقت الادعاء به لرده الى اصله ، وذلك في كل ما هو مخصص بذاته لمنافع العموم ، كالطريق العام والنهر والمرعى (المجلة/١٦٧٥) والنظر الفقهي في ذلك ان التقادم يتوقف سريانه بالمعاذير ، كالسفر والصغر والجنون . والناس كافة هم في الاصل اصحاب الحق بهذه الأشياء ، ولا يخلو مجموعهم من اصحاب الاعذار المانعة لمرور الزمن . (ب) -- ومنها طائفة يسرى عليها التقادم لكن مدته فيها تختلف عن مدة التقادم العادي في الأموال الخاصة .

فرقبة الأموال الموقوفة من منقول او عقار ، والحقوق العينية التي للأوقاف على بعض العقارات الأخرى من مملوكة او موقوفة ، وكذا اموال بيت المال ، كل ذلك مدة التقادم المانعة من سماع الدعوى به هي ست وثلاثون سنة ، إلا الاراضي الاميرية فمدة التقادم فيها عشر سنين (المجلة/١٦٦٢) .

على ان القانون المدني (وقبله قانون الملكية العقارية السابق) ، والقرارات المتعلقة بالتحديد التحرير وانشاء السجل العقاري ، قد اتت بأحكام جديدة مفصلة في التقادم بالنسبة للعقارات

الخاصة والعامة ، تختلف مددها بحسب وجود تسجيل او تصرف ،
وبحسب انواع العقارات ، فلتنظر في مواطنها من الاحكام العقارية .
١٥٦ -- هذا ويمكن أن تعتبر الاموال الموقوفة ، من حيث
الاحكام التي تراعى فيها ، حداً وسطاً بين الاموال الخاصة والعامة .
ولذلك يسميها الاستاذ فتحى زغلول في شرحه للقانون المدني المصري
(القديم) (ص / ٥٠) باسم : « الاموال ذات السببين » :

-- فهي تشبه الاموال المخصصة للمنافع العامة من جهة غايتها وعدم
جواز التصرف فيها .

-- وتشبه الملك الخاص من جهة جواز امتلاكها بمرور الزمن
وجواز حجزها وبيعها لمن كان له حق عيني عليها قبل وقفها ، او كان
له دين على الواقف لا وفاء له الا منها .

١٥٧ - ملاحظات :

(١) -- في الفقه الاجنبي يقسمون الاموال الى : أموال مادية ،
وأموال معنوية .

ويريدون بالمعنوية ما كان له اعتبار في ثروة الانسان ، ولكنه
ليس أعياناً مادية في الوجود الخارجي . فتدخل في ذلك الحقوق
الشخصية والعينية ، والمنافع ، والملكية الادبية للمؤلفين في انحصار
حق طبع مؤلفاتهم ، والملكية الصناعية للمخترعين ، وحق استعمال
العناوين التجارية ، ونحو ذلك .

فكل منفعة أو حق خولهما القانون انساناً فهما مال معنوي يمكن أن يباع ويشترى .

وهذا التقسيم لا يتناسب مع مفهوم المال بالنظر الشرعي المبني عليه بحثنا . فقد فرق فقهاء بين المال ، والمالك . فاعتبر الحقوق والمنافع ملكاً يستمتع به ، لا مالاً ترد عليه العقود ، الا استثناء كما تقدم .

لكن هذا التقسيم الى مال مادي ومعنوي يتناسب مع أحكام القانون المدني ، وقبله مع مقتضى المادة ٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية السابق ، تلك المادة التي أدخلت جميع الحقوق والمنافع في جملة الاموال التي يصح ورود العقود عليها .

فلذا لم ندخل هذا التقسيم في تقسيماتنا للأموال بالنظر الفقهي ، واكتفينا بالإشارة اليه .

(٢) - يفرق ، في الاصل ، بين اوسياء ، والاموال .

— فالاشياء أعم من الاموال لأن كل مال هوشي ولا عكس . فالشمس ، والقمر ، والهواء ، هي أشياء ، ولكنها ليست أموالاً بالنظر الشرعي ولا القانوني . فبين المال والشيء من النسبة ما يسمى العموم والخصوص المطلق . غير ان الاصطلاح الحقوقي على عدم التفرقة بينهما ، وعلى ذلك جرى القانون المدني أيضاً (ر : كتاب « الاموال » للاستاذ محمد كامل المرسي ف / ٢) . وذلك لأن الاشياء التي يتناولها البحث الحقوقي انما هي ما يمكن أن تتعلق به الحقوق ، وهو الاموال .

الباب الثالث

في الأشخاص

الفصل الأول

لمحة عامة

ارتباط فكرة الحق بالشخصية الانسانية —
أحوال الانسان في نطاق شخصه وأسرته —
علاقته في المجتمع — تطور النظر الحقوقي
الى الشخصية .

١٥٨ — رأينا في الفصل الاول أن الاشخاص من عناصر الحق
والالتزام . فالحقوق جميعاً ، والالتزامات ، إنما تكونان للأشخاص
وعليهم : فالحقوق كزمام في يد شخص ، والالتزامات كوقر علي
كتف شخص .

فالشخصية الانسانية هي منشأ فكرة الحق المدني وعليها مداره واستقراره ، فمنها مبدؤه واليها منتهاه والانسان في ذلك دائماً طالب أو مطلوب^(١) .

فتصور الاشخاص متلازم مع تصور الحق لا ينفك عنه ، لأنهم على كل حال هم أهل الحقوق وحملتها . ولولا التزاحم بين أفراد الناس على المنافع الحيوية لما كان من مجال لوجود فكرة الحق ونظامه بينهم (ر : ف / ١) .

١٥٩ — ان رجال الحقوق والقانون إنما يعنون بدراسة أحوال

(١) — لئن اقرت بعض النظريات أن حقوق الارتفاق العقارية انما هي حقوق لعقار على عقار ، وليست لأشخاص ، فليس معنى ذلك انتفاء العنصر الشخصي أصلاً من حق الارتفاق ، وانما معناه أن الشخص فيه غير معين ، لأن تبدل المالكين في العقارين لا يؤثر في شيء من أوضاع الحق بين العقارين ، بل يبقى ثابتاً بينهما . ولكن حق الارتفاق في الحقيقة انما هو لمصلحة الاشخاص المالكين بلا تخصيص ، فهم المتمتعون به المنتفعون بشمرته (ر : ف / ٨ / الحاشية) .

حتى إن فريقاً من القانونيين يرون أن الحق العيني نفسه هو ، كالحق الشخصي ، يشتمل على جانبين من الاشخاص لا على جانب واحد ؛ ففيه صاحب الحق من الجهة الايجابية كما تقدم ، وفيه من الجهة الاخرى السلبية جميع الناس يعتبرون مكلفين شرعاً أن لا يمانعوه في استيفاء حقه ولا يحولوا بينه وبينه (ر : « الاموال » للأستاذ محمد كامل المرسي ، ف / ١٣٥ / ، ونظرة العقد للأستاذ السهوري) .

فالفرق الحقيقي بين الحقين الشخصي والعيني أن الطرف الممثل للناحية السلبية هو في الحق الشخصي شخص معين ، وفي الحق العيني هو غير معين لانه الناس كافة . وهذا مستند مذهب « الشخصيين » في الفقه الاجنبي الذين يرون أن جميع الحقوق شخصية .

الانسان من جهة أنه مخلوق ذو حقوق ، فيبحثون في شأنه من ناحيتين :
(١) — فيما يتبع شخصه من الخصائص والاحكام في نطاق ذاته وأسرته . فيبحثون بدء شخصيته وانتهاءها ، وموطنه ، وغيابه ، وفقدانه ، وأهليته على اختلاف انواعها ، وزواجه ، وطلاقه ، وما ينشأ عنها .

وهذا هو قسم احوال الشخصية .

وقد جرت العادة في ترتيب القوانين المدنية الحديثة أن تستهل بالبحث عن هذه الاحوال الشخصية وأحكامها تحت عنوان : احوال الأشخاص .
(٢) — في اتصاله ببناء جنسه عامة ، وما يولده ذلك بينهم من حقوق وواجبات .

وهذا هو قسم المعاملات المدنية الذي يشتمل على نظرية الالتزامات وأحكام العقود ، وعلى نظرية الحقوق العينية أو الاموال .
١٦٠ — وإن فقهاءنا قد بحثوا في أحوال الاشخاص ودونوا أحكامها في شتى النواحي ، ولكنهم لم يفردوها بقسم مستقل من الفقه تكون فيه مجموعة بعضها الى بعض ، ومفصولة عن سواها من الاحكام التي تنظم علائق أفراد المجتمع المالية ، بل سلكوا ترتيباً آخر كانت به أحوال الأشخاص متفرقة خلاله .

فلم يكن ينظر الى تلك الاحوال أنها تقسيمات وأحكام تتعلق بشخص الانسان حتى يجمع بينها بهذه الرابطة ، وإنما كان منظوراً

اليها انها أبواب من الفقه رتبت مع سواها بشتى المناسبات ، ما خلا
النظر والظاهر وتفاوتهم ، فان معظم المتأخرين من الفقهاء يذكرون
أبوابها متتابعة بعد قسم العبادات وقبل المعاملات ، لا باعتبار انها
يتعلقان بالاحوال الطارئة على ذات الاشخاص ، بل باعتبار ان
فيهما نواحي حل وحرمة ، ونواحي مالية . فهما لذلك حد وسط بين
العبادات والمعاملات ، أو هما معاملات غير مالية .

على ان العلامة قدرى باشا المصري رحمه الله هو أول من جمع
ابواب الاحوال الشخصية من الفقه الحنفى في مؤلف خاص ، وفصل
احكامها في مواد متسلسلة على الطريقة القانونية ، فكون منها مجموعة
مستقلة في كتابه « الاظم السريعة في الاموال الشخصية » .

١٦١ — تطور النظر الى الشخصية :

الشخصية ، في الاصل ، إنما هي الشخصية الطبيعية التي تتجلى بكل
فرد من افراد الانسان . فكل واحد منهم شخص مستقل بشخصيته التي
تثبت بها له حقوق ، وعليه واجبات .

غير ان النظر الحقوقي قد تطور في تصور الشخصية منذ القديم
الى ابعد من هذا الحد الطبيعي المادي ، إذ لخص ان هناك جهات من المصالح
العامّة الدينية ، من اما كن العبادة ونحوها ، هي ثابتة دائمة وغير مختصة
بشخص معين ، وتتوقف حياتها على نفقات دائمة . فكانت ترصد لها

أموال ومستغلات ، كالوقف ، تعتبر ملكاً لها لسد حاجتها ، وتعتد من أجلها وباسمها عقود ، ويقوم على ذلك سدتها وكهنتها باسمها .
فمن هنا اعتبرت لتلك المؤسسات العامة شبه شخصية الأفراد الطبيعيين في قابلية التملك وثبوت الحقوق ، لأنها ما دامت لمصلحة الجماعة فهي في حكم مجموع شخصياتهم .

١٦٢ — ثم تطور النظر الحقوقي في تجريد الشخصية الى صورة أخرى ، وذلك بعد أن عرف الناس أسلوب اجتماع الجماعات المنظمة التي تتوحد فيها الجهود والأموال من أناس عديدين في سبيل الاكتساب المشترك ، أو النفع العام .

فقد لوحظ أن كلا من هذه المنظمات ، يتألف من مجموع أفرادها ومرة شخصية ذات مصلحة وحقوق مستقلة عن شخصية ومصالح كل فرد من أفرادها . ولا سيما بعد أن عرف من الشركات أنواع تكون فيها مسؤولية الشركة في معاملاتها المالية مقصورة على مال الشركة ، أي غير سارية على الذمم العامة للشركاء : فلو أفلست الشركة لا يكون الشركاء مسؤولين عن ديونها في أموالهم الأخرى التي لهم خارج الشركة .
فهذا يقتضي اعتبار ذمة خاصة للشركة منفصلة عن ذمم الشركاء المتكونة منهم .

فتولد من هذا الوضع وأمثاله تصور شخصية تنشأ من اجتماع عدة أشخاص على عمل ذي غاية مشروعة ، وتنفصل في الاعتبار الحقوقي

تلك الشخصية الحاصلة من اجتماعهم عن شخصياتهم الفردية :

(أ) -- فان كانت الغاية من اجتماع الشخصيات هي توحيد الجهود الفردية حتى يتكون منها قوة اكبر على عمل يتغى به الربح والاكتساب المالى فهي السركات من تجارية او صناعية .

(ب) -- وان كانت الغاية ليست ابتغاء الكسب والارباح وانما هي خدمة مصالح عامة دينية أو علمية أو ادبية او اجتماعية أو انسانية الخ... فتلك في لغة العرف الزماني والقانون هي الجمعيات .

١٦٣ -- فهذه الشركات أو الجمعيات بشخصيتها المجردة عن شخصيات أعضائها تعقد العقود باسمها ، وتملك ، ويستحق عليها الخ ... وتكون ذات ذمة مالية كفراد الناس .

وهذه الشخصية المجردة التي تعتبر لها من الوجهة الحقوقية قد سميت في الاصطلاح القانوني الحديث : *الشخصية الاعتبارية* ، ويقال لها أيضاً ، الشخصية الحكيمة ، والشخصية المعنوية . وتسمى في الفقه الاجنبي : *personnalité morale* .

وهكذا تطور النظر الحقوقي وتجرد عن التقيد بالناحية المادية المحضة ، فألقى ثوب الشخصية على غير الأشخاص الطبيعيين ، من أوضاع ومؤسسات وجماعات نشأت في المجتمع الحقوقي ، ودخلت في المضمار المالى وميدان المعاملات ، وأصبح لها في نظر القوانين موقع شخصي ذو شأن كبير يزداد مكانة واتساعاً على الزمن كما أصبح لها في النظر

السياسي أهمية عظيمة لما تملكه من قدرة مالية وعملية لا يملك مثلها الفرد عادة.

١٦٤ - وقد اختلفت الآراء الحقوقية الحديثة اختلافاً كثيراً

في تحليل ماهية الشخصية الاعتبارية ، وهل هي شخصية حقيقية أو افتراضية ، وفي شروط وجودها واعتبارها ، مما يدخل كثير منه في حدود المناقشات النظرية ، ولا يؤثر في اعتبارها بخصائصها وأهليتها كالأشخاص الطبيعيين من أفراد الناس .

والفقه الاسلامي قد أقر فكرة الشخصية المعنوية ، ورتب على اعتبارها

أحكاماً ، كما سنرى ، وإن لم يسمها بهذا الاسم .

الفصل الثاني

تقسيم الأشخاص و مجمل احكامهم

١٦٥ — مما تقدم يتضح أن الأشخاص في النظر التشريعي قد أصبحت تنقسم الى قسمين :

— الاشخاص الطبيعية

— والاشخاص الاعتبارية ، أو الحكمية

ومن ثم يتفرع هذا الفصل الى فرعين :

الفرع الأول

الاشخاص الطبيعيون

تعريف الشخص الطبيعي — بدء الشخصية

وانتهاؤها — النظم الادارية المتعلقة بالولادة

والوفاة — أهلية الاشخاص — النيابة الشرعية ،

او الولاية والوصاية — النسب والقراة — فقدان —

الزواج وما يتفرع عنه — الموطن ، أو (المقام) .

١٦٦ — فالاشخاص الطبيعيون هم افراد الناس . فكل منهم ذو

أهلية وذمة ، له حقوق وعليه واجبات .

والاحوال الشخصية للاشخاص الطبيعيين وأحكامها ، مما يتعلق
بذواتهم مباشرة أو يتفرع عن شخصيتهم ، كثيرة متشعبة ، نشير اليها
بالترتيب التالي :

١٦٧ - (اولا) - بدء الشخصية وانتهائها :

(أ) - ابتداء الشخصية :

ان الاحكام التي قررها الفقهاء تدل على أن شخصية الفرد يبدأ
اعتبارها الشرعي منذ علوقه في رحم أمه بشرط أن يولد حياً ولو
تقديراً^(١) .

ويعتبر قد ولد حياً اذا خرج أكثره وهو حي .

وانما اعتبر الفقهاء ابتداء شخصية الانسان منذ العلوق ، أي التصور
في الرحم ، لأن الشرع أثبت للحمل حقاً في الارث ، وأوجب ، ان مات
مورثه ، ان يوقف له أكبر النصيبين على تقدير كونه ذكراً أو أنثى .
وكذلك تصح الوصية له والوقف عليه ؛ بشرط أن يتحقق وجوده في
الرحم عند هذه التصرفات ، بان يولد لاقل من ستة أشهر من تاريخ
الوقف أو الوصية (وهذه المدة هي اقل مدة الحمل) ، كي ينتفي امكان
حصول الحمل بعدها^(٢) .

(١) - تكون حياة الحمل عند الولادة تقديرية في حالة اسقاطه بجنابة ،
كما لو ضرب شخص بطن امرأة حبلى فأسقطت جنيناً ميتاً ، فانه يرث ويورث ، كما
في رد المختار وغيره أو اخر الفرائض .

(٢) - اذا كان والد الحمل متوفى تصح هذه الالتزامات له من وصية =

وصححوا الاقرار للحمل ايضاً اذا بين المقر سبباً صالحاً لاستحقاق الحمل من وصية أو ارث (ر: السراجية فصل الحمل ، والدر المختار ورد المختار كتاب الاقرار ٤/ ٤٥٥ ، والمواد/ ٥٤٠ و ٦٣١/ من الاحوال الشخصية لقدرى باشا) .

فهذه الاحكام تستلزم اعتبار الشخصية للحمل ولا يمكن أن تثبت مع عدم اعتبارها . وحقوق الحمل إجمالاً متفق على تقريرها واثباتها في الشرائع الوضعية فجميع القوانين المدنية الحاضرة تثبتها^(١) .

= وغيرها اذا ولد لاقل من سنتين من تاريخ الوفاة ، وهي اكثر مدة الحمل عند الحنفية ، لان نسبه عندئذ يثبت ولو ولد لهذه المدة ، فيستلزم ذلك اعتبار وجوده قبل الوفاة . لكن المادة/ ١٣٠/ من قانون الاحوال الشخصية لدينا قد نزلت باكثر مدة الحمل الى سنة شمسية . فلا يثبت نسب المولود بعد انقضاء سنة من تاريخ انحلال الزوجية الا اذا ادعى الزوج نسبه .

(١) — جاء في القانون المدني العراقي : « ان شخصية الانسان تبدأ بتام ولادته حياً . وأما حقوق الحمل فيحددها قانون الاحوال الشخصية » ا هـ . ثم جاء أخيراً القانون المدني في الاقليم السوري واصله المصري الجديد بنص مماثل لهذا في المادة / ٣١/ منه .

ولا يخفى ان هذا النص يتنافى فيه اعتبار الولادة مبدأ للشخصية مع اثبات الحقوق للحمل . فبين الاعتبارين ظاهرة تناقض ، إذ كيف يمكن ان تكون للحمل حقوق مسلمة في قانون الاحوال الشخصية ، ولا تكون له شخصية ؟ ولعل وجهة النظر القانونية هذه هي ان الشخصية لا يستقر اعتبارها والحقوق الناشئة لها الا بمرور الجنين حياً الى الحياة الخارجية .

وأما انتهاء الشخصية في النظر الفقهي فبالموت ، وإن كان الموت فور الولادة .

غير أن زوال الشخصية بالموت لا يستلزم زوال آثارها من ذمة وأهلية ، بل يعتبر للذمة وأهلية الوجوب استمرار موقت بعد الموت بقدر ما تقتضيه تصفية الحقوق التي لها ارتباط بأعمال الحياة السابقة . فبعد الموت يملك الميت ما كان باشر سبب ملكه في حياته . وذلك

= لكن هذا البروز إنما هو في الحقيقة شرط لاستناد اعتبار الشخصية . فإذا تحقق تحققت الشخصية مستندة إلى أول الحمل لا مقتصرة على تاريخ الولادة .

وإن القانون الفرنسي ، بعد أن كان يعتبر ابتداء الشخصية بالولادة ، رجع إلى النظرية الرومانية في اعتبار بدء الشخصية منذ تصور الجنين في الرحم تحقيقاً لمصالح وحقوق قد يستفيد منها الحمل ، ولكن بشرط أن يولد حياً ولو لحظات وغير ناقص الحلقة نقصاً لا يمكن معه استمرار الحياة (ر : كتاب الحقوق المدنية الفرنسية للأستاذ محسن البرازي ج ١ ص ٥٦ و ٥٧) .

وإن محل النظر في القانونين العراقي والسوري إنما هو في تحديد الحد الاعتباري لمبدأ الشخصية . أما حقوق الحمل فقد أقرها كما رأيت .

فكان المناسب أن يقال فيه : « إن مبدأ الشخصية أول الحمل » . وبذلك يتلاءم مع ما يقتضيه الفقه الإسلامي ، ومع الفقه الاجنبي الحديث أيضاً ، كما يتلاءم عندئذ مع ما أقرته القوانين نفسها من حقوق الحمل .

كمن نصب شبكة للصيد ومات ، فوقع فيها الصيد ، فانه يملكه ويدخل في تركته .
وكذا يضمن ما كان باشر سبب ضمانه ، كمن حفر حفرة في الطريق العام ومات ، فوقع فيها حيوان ، فان ذمة الميت تشغل بقيمته فتؤخذ من تركته .

وتقدير هذا الاستمرار للاهلية والذمة هو حالة استثنائية قضت الضرورة باعتبارها لتوجيه الاحكام ، فلا يعتبر للاهلية والذمة استمرار وصلاح لانشاء اعطام جبرية بعد الموت . ولذا لا تصح الوصية لميت ولا الهبة له .

وقد اختلف الفقهاء في اعتبار مصير دين الميت اذا لم يترك مالا ولا كفيل قبل مماته .

— فقال أبو حنيفة : ان ديونه عندئذ تعتبر كالساقطة بالنسبة الى هذه الحياة الدنيا لعدم إمكان المطالبة بها ، وإن كان بالنسبة الى الآخرة مسؤولا عنها .

— وقال صاحبان والائمة الثلاثة لا تسقط تلك الديون بالموت .

وثمره الاختلاف تظهر في الكفالة بعد الموت :

أ) — فعلى الرأي الأول لا تصح الكفالة بما على الميت بعد الموت ، لان الكفالة التزام المطالبة من الكفيل بما يطالب به الاصيل ، وقد امتنعت المطالبة في هذه الحال عن المدين الاصيل بالموت ، فلم يبق محل يصح به الالتزام بالكفالة .

ب) — وعلى الرأي الثاني تصح هذه الكفالة ، لأن الزمة مشغولة في الواقع ^(١) . وقد تقدم ذلك في بحث الزمة (ر : ف ١٢٥ — ١٢٦) .

١٦٩ — النظم الإدارية المتعلقة بالولادة والوفاة

ان ولادة الاشخاص ووفاتهم حادثان هامان ينشأ عنهما ثبوت وزوال وانتقال في الحقوق والالتزامات تبعاً للاشخاص ، وانحلال في الروابط الزوجية ، وتبديل حدود وشروط في ثبوت الانساب ، الى غير ذلك من الامور الهامة .

وقد جعلت النظم الزمنية حوادث الولادة والوفاة تابعة لمبدأ

(١) — استدل القائلون بهذا بحديث جابر بن عبد الله :

« ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لا يصلي على رجل مات وعليه دين . فاتي مرة يميت ، فقال : أعليه دين ؟ قالوا : نعم ، ديناران ، قال : صلوا على صاحبكم . فقال ابو قتادة الانصاري : هما علي يا رسول الله ، فصلى عليه عندئذ .

وقد قال الشيخ عبد العزيز البخاري في شرحه « الكشف » على اصول فخر الاسلام البزدوي في بيان الدليل النظري لرأي أبي حنيفة بالسقوط :

« ان ذمة الميت لم تبق محلاً لوجوب الحقوق فيها ابتداء بعد الموت ، وكما يشترط المحل لابتداء الالتزام يشترط لبقاء الحق ، لان ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء » (كشف الاسرار ج ٤ ص ٣١٤) .

أقول : ويلحظ هنا أن لفظ « الالتزام » في كلامه هنا قد استعمل فقهاً بمعناه الحقوقي الحديث المتقدم بيانه في الفصل الاول ، وهو ايضاً اصطلاح شائع في الفقه المالكي ، كما تقدمت الاشارة اليه (ر : ف ٤٥ / الحاشية) .

العامة والرعاية الحكومية . فانشىء سجل الاحوال المدنية (النفوس) في العهد العثماني ، وفقاً لمقتضى التنظيم المدني والمصلحة العامة . ولم تقتصر فائدة هذا السجل على خدمة الحقوق المدنية فحسب ، بل أصبح خادماً للناحية السياسية في حقوق الجنسية وتابعة الاشخاص ، والانتخابات النيابية ، وللإحصاء وغير ذلك من الاعتبارات .

وقد أصبحت حوادث الولادة والوفاء واجبة التسجيل في سجل النفوس ، كما أصبح دفن الموتى بمقتضى هذه النظم تابعاً للترخيص من دوائر النفوس وطبابة البلدية ، وفقاً لمراسم معروفة في أنظمتها الخاصة ، حذراً من وجود جرائم سرية في حوادث الوفاة ، أو أوبئة مرضية سارية تحتاج الى تدابير صحية واقية في بيت الوفاة .

وهذه القضايا مرجعها قوانينها الخاصة لانها من التدابير الادارية الزمنية الموكول تنظيمها الى ولاية الامور بقاعدة المصالح المرسلة ، ولا أثر لمباحثها في الفقه وكتبه .

١٧٠ - القوة الاثباتية لسجلات الاحوال المدنية :

اما القوة الاثباتية لقيود سجلات النفوس فان الاجتهاد القضائي لدينا قد كان لا يعتبر تلك القيود كافية للاثبات أمام القضاء في الحقوق المالية ، وإنما يستأنس القضاء بها استثناساً ، لانها غير معدودة من جملة الحجج الخطية في المجلة ولا في قانون اصول المحاكمات العثماني ، ولانها لا تخلو عن شبهة الكذب في الاخبار الذي يبني عليه التسجيل ليتخلص ذوو

العلاقة من العقوبة القانونية عن تأخير التسجيل أو إهماله، أولدواع أخرى. أما في صلاحيات القضاء الإدارية، كالترخيص بالزواج ونصب الأوصياء، فإن تلك القيود كافية لاعتماد القضاء عليها.

لكن قانون الأحوال المدنية الجديد الصادر في الإقليم السوري سنة ١٩٥٧ قد أعطى لقيود السجلات المدنية قوة ثابتة صالحة للاحتجاج بها قضاء إلى أن يثبت تزويرها إذا سجلت وقائعها في مددها الأصلية وفقاً للمادة ٢٢ منه. وأما في الأحكام الفقهية فتثبت الولادة بشهادة القابلة وحدها على رأي الصاحبين، لأنها من الحوادث التي لا يطلع عليها الرجال عادة، كما تكفي شهادة القابلة أيضاً لتعيين الولد.

وتثبت الوفاة بشهادة المسموع، فلا يشترط أن يكون الشاهد فيها قد حضر الوفاة، بل يكفي أن يكون سمع بها من الناس الذين شاع خبرها فيهم.

١٧١ - (ثانياً) - أهلية الأشخاص :

إن مما يرافق وجود الشخصية من الوجهة الحقوقية أهلية الأشخاص. وقد بينا في نظرية الأهلية والولاية من الجزء الأول (المدخل الفقهي العام) أن الأهلية نوعان :

- صلوح الأشخاص لأن تثبت الحقوق لهم أو عليهم.
 - وقابليتهم لأن يمارسوا حقوقهم وتصح فيها تصرفاتهم وأعمالهم.
- فالنوع الأول المؤهل لثبوت الحقوق للشخص أو عليه هو : أهلية الوجوب.
- والثاني المؤهل للممارسة وصحة الأفعال هو : أهلية الإرادة.

والاهلية بنوعها تمر على مراحل في طريق تكاملها: فتبدأ أهلية وجوب ناقصة ، وتنتهي الى أهلية أداء كاملة ، بحسب الاطوار التي يمر بها الانسان منذ تكونه في الرحم الى بلوغ عقله وتكامل رشده .

وقد فصلنا ذلك في موضعه من نظرية الاهلية هناك . وبيننا أن الجنين يتمتع شرعاً باهلية وجوب ناقصة . ولذا ثبتت له من الحقوق أربعة اشياء : النسب ، والارث ، والوصية له ، والوقف عليه ، بشرط أن يتحقق وجوده شرعاً عند الوقف أو الايصاء أو موت المورث ، وذلك بان يولد حياً لأقل من ستة اشهر — وهي أقل مدة الحمل — من تاريخ أسباب الاستحقاق هذه ، أو بان يولد قبل انقضاء اكثر مدة الحمل من تاريخ انحلال الزوجية بين أمه وأبيه اذا كانت الزوجية منحلة عند الايصاء للحمل أو الوقف عليه ، لأن نسبه عندئذ يثبت من أبيه بولادته خلال اكثر مدة الحمل . وهذا يستلزم اعتبار علوقه ووجوده قبل انحلال الزوجية ^(١) .

أما الاقرار للحمل بحق فيصح إذا بين المقر سبباً صالحاً لملك الجنين من الاسباب المتقدمة : اي من ارث ، أو وصية ، أو وقف ، بخلاف الهبة فانها لا تصح للحمل (ر: الدر المختار ، كتاب الاقرار ٤/٤٥٥) . وهذا أيضاً يؤيد ما بيناه سابقاً أن بدء الشخصية منذ أول الحمل ، لا منذ الولادة ، اذ لا يعقل أن تتبدى الاهلية قبل أن تتكون الشخصية .

(١) — انظر ما تقدم آنفاً حول اكثر مدة الحمل (ف/١٦٧ ح) .

قد يذكر بعض الفقهاء « ان الجنين له اهلية له » ، كما ورد ذلك في كتاب الاقرار من الدر المختار في بحث الاقرار للحمل (٤/٤٥٥) . وقد ذكر ذلك تعليلاً لبطلان الاقرار للحمل إذا ولد ميتاً ، بعد أن ذكر قبله صحة الاقرار له إذا ولد حياً وكان المقر قد بين لاقراره سبباً صالحاً لملك الحمل .

ومن الواضح أن قصدهم إنما هو تارة نفي الاهلية مطلقاً عنه اذا لم يتحقق شرطها وهو ولادته حياً ، وتارة نفي أهلية الوجوب الكاملة لا مطلق الاهلية ، فقد صرح الاصوليون بثبوت أهلية وجوب ناقصة للحمل ، ورتب الفقهاء عليها الاحكام السالفة البيان .

١٧٢ — (ثالثاً) — النيابة الشرعية ، او الولاية والوصاية

ان نقص أهلية الاشخاص من الوجبة الحقوقية يجعلهم في حالة قصور . وهذا النقص : إما طبيعي أصلي ، كحال الصغار ، وإما طارئ ، كالجنون والعتة والسفه .

ومن هنا نشأت نظرية عدم الاهلية التي تقضي بانشاء نيابة شرعية عن القاصرين لصيانة حقوقهم ولممارسة التصرفات التي يحتاجون اليها . وهذه النيابة لها صورتان : الولاية والوصاية . وقد تقدم ايضاحهما في بحث النيابة من نظرية الاهلية والولاية من الجزء الاول فلتنظر

هناك ، وفي المواد /٤٢٠-٤٩٩/ من كتاب الاحوال الشخصية لقدري
باشا ، وفي المواد /١٦٢-٢٠٦/ من قانون الاحوال الشخصية
في الاقليم السوري .

١٧٣ - (رابعاً) - النسب ، والقربان

من أهم الاحوال الشخصية شأناً النسب ، لانه ينشأ عنه ثلاثة أمور
ذات بال : حقوق الارث ، وحقوق النفقة ، والسلطة الاسرية التي من
فروعها الولاية على النفس .

ولكل انسان ، في الواقع ، نسب ينتمي به الى اب وام ، وينتمي
بواسطتهما الى القربان من سواهما .

ومتى ثبت النسب لا يقبل التحول ، ويسري ثبوته على الكافة ؛
بخلاف الحقوق الاخرى المالية ، فان ثبوتها يقتصر على من اثبتت عليه ،
فلغيره أن يعترض عليها بدوى الاستحقاق ، فينتقض ثبوتها الأول ،
كما يعرف في محله من بحث الدعوى والبيانات .

والقاعدة العامة في ثبوت النسب أن « الولد للفراش » ، وهي
نص حديث نبوي ثابت .

ومعناه أنه متى كان بين رجل وامرأة فراش مشروع - أي حل
استمتاع - فالاصل فيه أن الولد الذي تأتي به تلك المرأة يضاف نسبه
الى ذلك الرجل .

على أنه إذا كان الزوج يتيقن أن الولد ليس منه فقد شرع له طريق

اللعان : وهو أربع ايمان أمام الحاكم ، موثقة بدعاء ، يحلفها الزوج على صدق تهمته لزوجته ، وتحلفها هي على كذبه ، وذلك بناء على طلب المرأة المتهمة ، تبرئة لنفسها .

ونتيجة اللعان تفريق الحاكم بين الزوجين وعدم جواز زواجهما بعد ذلك ، وقطع نسب الولد عن الزوج ، والحاقه بامه .

١٧٤ — هذا ، وإن النسب تعتريه حالتان : (١) عدم الاعتبار ، (٢) والجهالة .

(أ) — فأما عدم اعتبار النسب فذلك عندما يكون النسب غير مستند إلى طريق حل مشروع بين الرجل والمرأة ، ولا إلى شبهة حل ، فيكون الاتصال من قبيل الزنى المحض ، فلا يعتبر به الشرع نسباً . ولم يقر الشرع الاسلامي هنا ما تقره بعض القوانين الاجنبية اليوم من البنوة الطبيعية وحقوقها .

غير أن الاجتهاد الحنفى يثبت حرمة التناكح في القرابات من الزنى كما في قرابات النسب الصحيح دون ما غير ذلك من نتائج النسب . فلا يجوز للرجل مثلاً أن يتزوج ابنته أو أخته من الزنى . وهذا مبني على قاعدة مرممة المصاهرة المعروفة في أما كنهما من أحكام الاحوال الشخصية .

(ب) — وأما جهالة النسب فمعناها أن لا يكون للشخص نسب شرعي معروف ، لافي محل وجوده ولا في مكان آخر . وعندئذ يجوز لكل واحد أن يدعي نسبه ، فيثبت نسبه منه إذا صدقه ، إلا أن

يكون ظاهر الحال لا يحتمله كمن اعترف لمن يساويه في السن أو يكبره أنه ابنه ؛ أو ان يكون في دعواه واعترافه تحميل للنسب على الغير ، كمن اعترف لمجهول النسب انه أخوه ، فان فيه إلزاماً لأبيه ببنوة هذا المجهول ، فلا يسري على الأب إلا بتصديق منه .

والحالة البارزة في جهالة النسب تتجلى في اللقيط ، وهو الطفل المنبوذ الذي لا يعرف لمن هو ؟ وله أحكام خاصة فيما يتعلق باعتباره ديانته ؛ وحق حفظه وحضائته ، والولاية على نفسه وماله ، ووجوب نفقته الخ معروفة في كتاب اللقيط من الفقه الاسلامي ، وفي المواد / ٣٥٦ - ٣٦٤ / من كتاب الاحوال الشخصية لقدرى باشا ، فلتنظر فيها .

وقد صدر في الاقليم السوري في عهد الانتداب الفرنسي قانون خاص بشأن اللقطاء .

هذا ، وأن قضية النسب تعد من تفاريع المناكحات . غير اننا افردناها هنا بالاشارة اليها ، لأنها وضع مستقل لشخص ثالث غير الزوجين يرافق وجوده وينفصل عن الحقوق الزوجية وتوابعها بين أبويه . وان تفاصيل أحكام النسب ترى في باب « ثبوت النسب » من كتاب النكاح في الفقه ، وفي المواد / ٣٣٢ - ٣٥٥ / من الاحوال الشخصية لقدرى باشا .

ان مقام الشخص هو مركزه الشرعي الذي ينسب اليه ويقوم فيه باستيفاء ماله وايفاء ما عليه ، ويعتبر مقراً له ولو لم يكن حاضراً فيه بعض الأحيان أو أغلبها ، ويفرض أنه لا يجهل ما يحصل فيه مما يتعلق بنفسه . (ر : شرح القانون المدني المصري ل احمد فتحي زغلول باشا ص / ٢٤) .

ومعرفة هذا المقام من أهم الشؤون القانونية والقضائية اليوم .
والفقه الاسلامي لم يعن كثيراً ببحث مقام الأشخاص لأنه لم يكن تتعلق به نتائج فقهية مهمة قبل تأسيس الاوضاع القانونية الاصولية في القضاء والإدارة ، وإنما كانت ثمرة بحثه ومعرفته شاعراً تنحصر في نواح معدودة من أمور العبادة والمعاملات .

١٧٦ - شأن المقام (الموطن) في ظل الاحكام الشرعية

وللمقام معنيان يتعلق بكل منهما أحكام شرعية في الفقه الاسلامي :

(١) - المعنى الاول : مقر الإقامة ، أي المسكن أو المأوى .

(٢) - والمعنى الثاني : موطن الإقامة أي البلد .

(أ) - الاحكام الشرعية المتعلقة بمقر الإقامة :

فما يتعلق بالمسكن أو مقر الإقامة ، ما أوجبه الشريعة على المرأة

(١) - المقام (بضم الميم) اسم مكان من الإقامة . ولا يسوغ فيه الفتح ،

لانه بفتح الميم معناه مكان القيام لا الإقامة .

المطلقة أو المتوفى عنها زوجها أن تقضي عدتها في بيت الزوجية الذي كان مقراً لسكنائها وهي في عصمة زوجها . فلا يجوز لها شرعاً أن تخرج من هذا البيت خلال العدة إلا إذا كانت هناك ضرورات ملجئة .

والحكمة التشريعية في ذلك هي صيانة سمعة المرأة ونسب الحمل المحتمل وجوده حين انحلال الزوجية بالطلاق أو موت الزوج . فان المرأة اذا خرجت من بيت الزوجية اثر الطلاق أو موت الزوج ، ثم ادعت حملاً ، فربما يزعم الزوج المطلق أو ورثة الزوج المتوفى أن الحمل حادث بعد انحلال الزوجية . فلذا وجب أن تقضي الزوجة عدتها الشرعية في بيت الزوجية دون أن تخرج ، قطعاً للشبهات والافتراءات ، وصوناً للنسب .

وكذلك أوجببت الشريعة على الزوجة متابعة الزوج بعد ادائه مهرها غير المؤجل إلى المسكن الشرعي ، وهو دار الزوجية التي يهيئها لها . فان لم يتابعه إليها ، أو تركتها بعد المتابعة بلا حق ، تعتبر ناشزة ، ويسقط حقها عليه في النفقة الزوجية مدة نشوزها .

(ب) - الاحكام الشرعية المتعلقة ببلد الاقامة :

ومما يتعلق بالموطن ، أو بلد الاقامة ، مانص عليه متأخرو الفقهاء من أنه لا يحق للزوج أن يجبر الزوجة على متابعته في سفره الا الى مكان هو موطنها وقد تزوجها فيه^(١) ، وذلك لتغير الزمان وسوء أخلاق

(١) - هذا اصبح معدلاً بالمادة ٧٠/ من قانون الاحوال الشخصية في الاقليم =

الناس . وقد كان الحكم في أصل المذهب انها تجبر على متابعتها ولو الى غير موطنها الذي تزوجها فيه .

وكذا لا يحق للمطلقة أن تسافر بولدها الذي في حضانتها دون رضى أبيه الذي طلقها إلا إلى موطنها الذي كان تزوجها فيه .

١٧٧ - شأن المقام (الموطن) في ظل الاوضاع القانونية :

وبعد أن تأسست الأوضاع القانونية في هذه البلاد ، ونظمت التشكيلات العدلية ، ووضع قانون أصول المحاكمات ، وقانون التنفيذ ، وأصبح القضاء وتنفيذه تابعين للتبليغات إلى الشخص أو إلى مقامه ، وأصبح للمحاكم اختصاص مكاني أساسه اعتبار أن المحكمة المختصة هي محكمة مقام المدعى عليه الا في حالات استثنائية ، الى غير ذلك من الامور الكثيرة التي تتعلق باختصاص المحاكم وبالتبليغ وغيرهما — بعد كل ذلك أصبح لمعرفة المقام بمعنييه (المسكن والبلد) شأن كبير في سير المعاملات القضائية ومقدماتها وتوابعها .

والمقام بالنظر القانوني ثلاثة أنواع :

(١) — المقام الأصلي أو العام ، وهو الذي سلف بيانه أول البحث .

(٢) — والمقام المختار ، وهو الذي يختاره الشخص بارادته لاعتبار

= السوري ، وقبله بالمادة ٧١/ من قانون حقوق العائلة العثمانية . فقد رجع القانون بهذا الموضوع الى حكم أصل المذهب الحنفي ، فأوجب متابعة الزوجة لزوجها والسفر معه الى بلد آخر اذا قبضت معجل مهرها ولم يكن مشروطا في عقد الزواج عدم السفر ولم يكن في نظر القاضي مانع لها من السفر .

صحة التبليغات الواجبة اليه وان لم يكن مقيماً فيه .
(٣) - والمقام القانوني ، وهو الذي يعتبره القانون مقاماً لبعض الأشخاص : كمقام الزوجة عند زوجها ، ومقام الولد الصغير عند وليه .
وقد يكون المقام واحداً للشخص وقد يتعدد .
وتفصيل مباحث المقام قد تكفلت بها كتب أصول المرافعات
فلتنظر فيها . (انظر أيضاً مدخل علم الحقوق للاستاذ الدكتور محمد علي
عرفة ، ص ٣٢٢ / - ٣٢٤ ؛ وموجز المدخل للعلوم القانونية للدكتور
مرقس ص ٣٢٥ / - ٣٣٦) .

هذا ، وفي الحقوق الادارية والدستورية اعتبارات وأحكام
هامة للمقام قانوناً ، تارة بمعنى الموطن ، واخرى بمعنى المقر ،
كما في الانتخابات النيابية : فان كل انسان إنما يكون مرشحاً للنيابة
عن منطقة اقامته أو المنطقة التي يختارها ، وذلك بحسب الطريقة التي
يبنى عليها قانون الانتخابات من بين عدة طرائق معروفة في الحقوق
الدستورية في أصول الترشيح والانتخاب . والناخب دائماً إنما ينتخب
في بلده وفي منطقة مقر اقامته أي مسكنه خاصة ؛ الا في الحالات التي
يستثنى فيها القانون .

وكل ذلك إنما العبرة فيه للمقام بحسب قيود سجلات الأحوال
المدنية (النفوس) لا للاقامة الحقيقية . فلما ينقل الانسان قيد مقامه
في سجل النفوس من دائرة بلد الى آخر يعتبر مقامه حيث هو مقيد

في السجل ، وان كان مقيماً فعلاً في بلد آخر .

١٧٨ — (سأ) — الفقراء

المفقود : هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ، ولا يدري أنه حي أو ميت .

فاذا كانت حياته معلومة ومكانه مجهولاً فهو غائب لا مفقود .
والنظرية الفقهية في المفقود تقوم على اعتباره حياً من وجه ، ميتاً من وجه :

(أ) — فتعتبر حياة المفقود مستمرة بالنسبة إلى حقوقه التي كانت ثابتة له قبل فقده : فلا توزع أمواله بين ورثته ، ولا تتزوج زوجته غيره .
واذا كان له وكيل قبل فقده لحفظ أمواله وإدارتها تبقى وكالته ولا ينعزل بفقده . واذا لم يكن له وكيل ينصب القاضي وكيلاً عنه .

(ب) — ويعتبر المفقود كالميت بالنسبة إلى استحقاقه من غيره مما يشترط فيه تحقق حياته : فلا يرث ممن يتوفى من مورثيه ، ولا يستحق ما يوصى له به . ولكن يوقف نصيبه من الارث ومن الوصية الى ان تظهر حياته فيستحق ، أو يحكم بموته فترد الأموال المتوقف فيها الى من كان يستحقها على تقدير وفاة المفقود .

ويحكم بوفاته بناء على غلبة الظن اذا انقرضت لداته — أي أقرانه في العمر — في موطنه .

وان لم يمكن تحري الاقران يقضى بوفاته عند بلوغه الثماني
من العمر .

١٧٩ -- وبما أن بقاء امرأة المفقود معلقة هذه المدة فيه خرج
واعينات أخذت المادة/١٢٧/ من قانون حقوق العائلة السابق لدينا
بالاتجاه المالك في شأن زوجة المفقود ، فسوغت تطبيقها منه بعد
مضي أربع سنوات منذ اليأس من معرفة خبره ، إلا إذا فقد في حرب
فعندئذ يمكن أن يحكم القاضي بالتفريق بعد مضي سنة من رجوع الفريقين
المتحاربين إلى بلادهم .

وتعتد الزوجة من تاريخ الحكم بالتفريق ، فيباح لها بعد انقضاء العدة
ان تتزوج . وإذا عاد زوجها المفقود لا ينقض نكاحها الجديد .
وفي هذا مصلحة ظاهرة . حتى ان المتأخرين من فقهاء الحنفية
أنفسهم استحسنوا الافتاء بمذهب مالك في ذلك .

وأخيراً جاء قانون الأحوال الشخصية في الاقليم السوري سنة/
١٩٥٣/ فجوزت المادة/١٠٩/ منه للزوجة التي يغيب زوجها دون عذر
مقبول أن تطلب الى القاضي التفريق بعد سنة من غياب الزوج .
ويشمل حكم هذه المادة المفقود أيضاً وان ورد التعبير فيها بالغياب .
وتفصيل أحكام المفقود من النواحي الأخرى الفرعية يرى في
كتاب المفقود من الفقه ، وفي المواد/٥٧١ - ٥٨١/ من الأحوال الشخصية
لقدرى باشا .

١٨٠ - (الزواج) - وما يتفرع عنه :

إن الزواج وما ينشأ عنه هو من أعظم الأحوال الشخصية شأنها وأكثرها شعباً وفروعاً . وأحكامه يتألف منها كتاب واسع في أقسام الفقه وقد أفرد أيضاً بالتأليف الخاصة .

ويشتمل على مباحث هامة في عقد النكاح وشرائطه ، وحقوق الزوجين ، والمحلات والمحرمات من النساء ، وثبوت النسب ، والنفقات والطلاق باقسامه ومختلف أحكامه ، وأنواع الفترات ، والعدة ، والرجعة ، والحضانة ، الى غير ذلك من المباحث .

وهذه المباحث وتفصيل أحكامها ترى في كتاب النكاح من المؤلفات الفقهية وما فيه من أبواب وفصول ؛ وفي المواد ١ / ٣٣٤ من الأحوال الشخصية لقدرى باشا ، وفي قانون حقوق العائلة العثماني السابق لدينا وفي المواد ١ - ١٦١ من قانون الأحوال الشخصية في الاقليم السوري .

الفرع الثاني

الاشخاص الحكيمة

الشخصية الحكيمة في الفقه الاسلامي ، وفي
النظر القانوني - انواع الاشخاص الحكيمة
- عناصر الشخصية الحكيمة - شريعتها - وميزاتها

١٨١ - سنتكلم عن الشخصية الحكيمة أولاً في الفقه الاسلامي ،

ثم في الفقه القانوني ، ثم ندين عناصرها وشريطتها وميزاتها .
ومن ثم ينقسم الكلام في هذا الفرع الى ثلاثة بحوث :

البحث الأول

الشخصية الحكمية في الفقه الاسلامي

١٨١ — قدمنا أول هذا الفصل أن الفقه الاسلامي قد أقر
الشخصية الحكمية ، أي الاعتبارية ، ورتب عليها أحكاماً .
وإذا رجعنا الى النصوص والمصادر الاصلية في الشريعة وجدنا
فيها أحكاماً تشعر بانها انما بنيت شرعاً على فكرة الشخصية الاعتبارية
بنظر اجمالي يستلزمه ايجاب الحكم ، ووجدنا أيضاً أحكاماً أخرى تتمثل
فيها صورة الشخص الاعتباري سويًا بكل مقوماته وخصائصه في النظر
القانوني الحديث .

أ) — في الحديث النبوي :

« المسلمون تتكافأ دماءهم ، ويسمى بمنزلة دمنا هم »

وهم يد على من سواهم » .

فالفقرة الثانية منه قد اعتبر بها النبي ﷺ ما يعطيه أحد المسلمين
للمحارب طالب الأمان من ذمة وتأمين ساريًا على جماعتهم وملزمًا لهم
كما لو صدر منهم جميعاً .

فقال الفقهاء : لا يجوز بعد ذلك قتل من أومن ولا قتاله بحجة أن معطي الأمان ليس صاحب سلطان ، وان كان للإمام ، إذا رأى أن إعطاء الأمان ليس في مصلحة المسلمين السياسية ، أن ينقضه بعد اذار ، ويؤدب معطيه .

ففي هذا الحكم اعتبار مجموع الأمة كشخصية واحدة يمثلها في بعض النواحي كل فرد منها .

ب) — ومثل ذلك ما أقره الاسلام في نصوص مصادره الأصلية من حق كل فرد من الناس أن يخاصم ويدعي في الحقوق العامة من عقوبات الحدود وسائر أمور الحسبة ، كإزالة الأذى عن الطريق ، وقمع الغش ، والتفريق بين الزوجين المستمرين على الحياة الزوجية بعد البينة بالطلاق ، وغير ذلك ، وان لم يكن للمدعي في شيء من ذلك علاقة بالموضوع أو ضرر منه يدفعه عن نفسه مما يشترط في صحة الخصومات والدعاوى في الحقوق الفردية .

فهذا وكل ما تتجلى به فكرة الحق العام في الاحكام الاسلامية يدل على تصور شخصية حكومية لتلك المصلحة العامة التي يمارس حق الادعاء باسمها .

وكل هذا انما يدل على مبدأ التمييز في الاسلام بين الأفراد وحقوقهم الخاصة وبين جماعتهم وحقوق أخرى لها مستقلة عن حقوقهم ، وان لم يكن في ذلك صورة سوية للشخصية الحكومية بالاعتبار الحقوقي

الحديث الذي يتصور فيها شخصية ذات ذمة وأهلية لشبوت الحقوق المالية لها وعليها مستقلة عن حقوق الأفراد .

على أن هذا المعنى الحقوقي الحديث للشخصية الحكيمة انما يتجلى على أتم صورة وأكملها بنظرية التشريع الاسلامي في بيت المال ، وفي نظام الوقف ، وفي الدولة التي يمثل فيها رئيسها صاحب السلطان جماعة الأمة .

١٨٣ - (أ) -- شخصية بيت المال :

ففي بيت المال الذي هو خزينة الدولة العامة جاء الشرع الاسلامي بنظرية فصل بيت المال العام عن مال السلطان ومملكه الخاص . فاعتبر الشرع بيت المال جهة ذات قوام حقوقي مستقل يمثل مصالح الأمة في الاموال العامة : فهو يملك ، ويملك منه ، وعليه ، ويستحق التركات الخالية عن ارث أو وصية ، ويكون طرفا في الخصومات والدعاوى . ويمثله في كل ذلك أمين بيت المال بالنيابة عن السلطان من خليفة أو سواه . وليس للسلطان حق شخصي فيه الا كفايته لقاء عمله ، وليس له أن يأمر لأحد منه بشيء الا بحق ومسوغ شرعي .

وقد شبه وضع الخليفة منه ، في كلام عمر رضي الله عنه ، بوضع الوصي من مال اليتيم بقوله : « أنزلت نفسي من بيت مال المسلمين بمنزلة وصي النبي » الخ ...

وقبل الاسلام كان في معظم الأمم بيت المال وجيب الملك شيئاً واحداً .

شخصية فروع بيت المال :

حتى ان بيت المال في الاسلام قد قسم الى أقسام وفروع، كل منها يعود الى جهة من الحقوق والنفقات .

ويكاد يعتبر كل قسم من أقسامه ذا شخصية حكومية منفصلة عن شخصية القسم الآخر ضمن الشخصية الكبرى لبيت المال العام ، لأن لكل قسم استحقاقات وأحكاماً تخصه . فلا ينفق من قسم فيما يعود إلى آخر على سبيل الخلط بل على سبيل الفرض بين تلك الفروع ، كما عليه الفكرة المالية القانونية الحديثة في تنظيم خزانة الدولة العامة وفروعها (ر : مصارف بيت المال من كتاب الجهاد في الدر المختار ورد المحتار ٢٨٠ - ٢٨٢ / وفي غيرهما من الكتب الفقهية) .

١٨٤ - (ب) - شخصية الوقف :

وكذلك نظام الوقف في الاسلام ، فان نظامه منذ أول نشأته في عهد الرسول ﷺ يقوم على أساس اعتبار شخصية حكومية للوقف بالمعنى الحقوقي الحديث :

— فالوقف ملك مجبور عن التملك والتملك والإرث والهبة ونحوها ، وهو مرصود لما وقف عليه .

— والوقف يستحق ويستحق عليه وتجري العقود الحقوقية بينه وبين أفراد الناس ، من ايجار وبيع غلة واستبدال وغير ذلك .

ويمثله في كل هذا من يلي أمورہ، ويسمى : قياً أو ناظراً أو متولياً .
ويكون مسؤولاً عن صيانة حقوق الوقف تجاه السلطة القضائية .
— ويشترى المتولي للوقف ما يحتاج إليه ، فيملكه الوقف ويدفع
ثمنه من غلته .

— وكذلك يستدين المتولي لجهة الوقف عند الحاجة باذن القاضي .
فالوقف في كل ذلك يكون هو المالك والدائن والمدين ، لا المتولي
عليه ولا المستحقين فيه . وهذا مقرر معلوم في أحكام الوقف الفقهية .
حتى ان الفقهاء قد ذهبوا الى مدى واسع في تجريد شخصية الوقف
عن شخصية الواقف نفسه ، ولو كان هو القيم على وقفه ، فقرروا أنه
اذا خان الواقف المتولي مصلحة الوقف أو أساء التصرف في أمواله ، أو
خالف شروط الوقفية التي اشترطها ، ينزع الوقف من يده ، ويضمن
لجانب الوقف ما يوجب الشرع ضمانه على كل أمين من موجبات الخيانة
أو التقصير أو التفريط (ر : بحث عزل الناظر من كتاب الوقف في
فتح القدير ، وفي الدر المختار ورد المختار ٣ / ٣٨٤ - ٣٨٦) .

١٨٥ - (ج) - شخصية الدولة

ثم ان الفقهاء قد قرروا من الأحكام لتصرف السلطان والحكام
مالاً لا يمكن تفسيره إلا باعتبار أن الدولة شخصية حكومية عامة يمثلها في
التصرفات والحقوق والمصالح رئيسها ونوابه من سائر العمال الموظفين

في فروع الأعمال ، كل بحسب اختصاصه ، في كل من النواحي
الخارجية والداخلية والمالية .

فمن تلك الاحكام ما يلي :

(١) - في الناحية الخارجية :

ففي السياسة الخارجية قد اعتبروا أن ما يبرمه الامام أو الأمير أو
القائد من الصلح والمعاهدات هو محترم وملزم للأمة ولا يجوز له امام
أو اربعة مخالفة ، ما لم ينته أجله ، أو ينقض نقضاً مشروعاً بعد اذار
وامهال ، أو يخل الطرف الثاني بعهده فيه ، كما تقضي به نصوص الشريعة
(ر : الدر المختار ، بحث الصلح ، أوائل كتاب الجهاد) .

وصرح الفقهاء أيضاً أن ما يفتح من البلدان صلحاً يجري الامام
فيه على موجب الصلح ، ولا يجوز لمن بعده من الائمة والائمة أن
يغيروه (أول باب المغنم من الدر المختار) .

ومعنى هذا اعتبار الدولة ، من الوجهة السياسية الخارجية ، شخصاً
حكماً يمثل الامام ويتعاقد باسمه ، وفقاً لنظريات الحقوق الدولية الحديثة .

(٢) - في الناحية الداخلية :

وفي ناحية الادارة الداخلية قد صرح الفقهاء أن العمال ، أي
الموظفين ، لا ينزلون بموت السلطان الذي عينهم .
وصرحوا أيضاً أن القاضي المأذون بالاستنابة ، اذا استناب غيره

في القضاء ، يكون نائبه نائباً عن السلطان رأساً ، لا عن القاضي المستنيب ، وذلك كوكيل الوكيل اذ يعتبر وكيلاً عن الموكل الأول . لكن الوكيل ووكيله ينغزلان بموت الموكل ؛ أما نائب القاضي ، فكما لا ينغزل بعزل القاضي ولا بموته ، لا ينغزل أيضاً هو ولا القاضي بموت السلطان أو بخلعه ، وإنما ينغزلان كلاهما اذا عزلهما السلطان قصداً . وقد علموا ذلك بأن : « الوكيل يعمل لمصلحة الموكل الخاصة وبولاية منه ، وقد بطلت أهلية الولاية بموته فينغزل ووكيله . أما القاضي فلا يعمل بولاية شخصية من الخليفة أو السلطان ولا في حقه الخاص ، بل بولاية الأمة وفي حقوقها ، وإنما الخليفة بمنزلة رسول معبر عن الأمة - أي مثل لها باصطلاح لغة العصر - فيكون فعله بمنزلة فعل جماعة الأمة ؛ وان ولايتهم في مصالحهم بعد موت الخليفة أو خلعه باقية ، فيبقى القاضي ونائبه على ولايتهما .

وهذا بخلاف العزل القصدي من الخليفة ، فإنه اذا عزل القاضي أو نائبه أو الوالي ينغزلون ، لأن سلطة العزل ممنوحة للخليفة أو السلطان من قبل جماعة الأمة ؛ لأنهم ، بتوليتهم أمرهم ، يعتبرون قد ولوه حق استبدال العمال بدلالة الحال لتعلق مصالحهم بذلك . فاذا عزل أحداً فكأنما عزلته جماعة الأمة . فهو الفرق بين العزل والموت »

(البدائع ، فصل ما يخرج به القاضي عن القضاء . ورد المختار ، فصل الحبس من كتاب القضاء . وشرح الكونز للزيلعي ، كتاب الوكالة ، وان عبارة التعليل

المنقولة هي للبدايع بتصرف بسيط) .

وهذا من أظهر النصوص الفقهية في اعتبار الامة بمجموعها - أي الدولة - شخصاً حكماً في ادارتها الداخلية تجاه أفرادها ، يمثلها في هذه الادارة العامة السلطان ونوابه في فروع الأعمال ، وتعتبر تصرفاتهم في هذه الأعمال ضمن حدود المصلحة مضافة الى الامة كأنها صادرة عنها .

(٣) - في الناحية المالية :

وفي ناحية المسؤولية المدنية ، وهي التي يبرز فيها وجه الذمة المالية في شخصية الدولة قد نص الفقهاء أيضاً أن القاضي اذا أخطأ بقضائه دون عمد في الحقوق العامة الخاصة - حقوق الله - مما لا يمكن فيه التلافي ، كقطع يد السارق اذا ظهر بعده أن الشهود عبيد مثلاً ، لا يضمن القاضي الدية بل ضمانها في بيت المال ، لأن القاضي انما عمل في ذلك لمصلحة الامة عامة ، لعود منفعة الحد اليهم وهي الزجر ، فكان خطؤه عليهم ، فيؤدى الضمان من بيت مالهم (البدائع فصل خطأ القاضي ج ٧ ص ١٦ / ، ورد المختار ، وأخر فصل الحبس من كتاب القضاء) .

١٨٦ - ومقتضى هذه النصوص المتقدمة وأمثالها أن الفقهاء قد اعتبروا لمجموع الامة أو الدولة شخصية حكمية ذات أهلية وذمة مستقلة عن شخصيات أفرادها الذين تتألف منهم . ولها مالية خاصة مستقلة عن أموالهم ، وان كانت تجب منهم ، وهي بيت المال .

راعتبروا عمال الأعمال العامة التي لها نيابة عن الخليفة أو السلطان
تمثل الامة-وباصطلاح اليوم: عناصر وفروع السلطة التنفيذية: مهورارات
وادارات وقضاء - فروعاً متفرعة عن شخصية الدولة الكبرى ،
ويمثلونها كل منهم في دائرة اختصاصه .
فما كان منهم من خطأ معذور فالتزام ضمانه في ذمة شخص الدولة ،
ويوفي من خزينتها المالية العامة .

وهذا يتفق تماماً مع النظريات الحقوقية الحديثة في مسؤولية الدولة^(١)
فنستطيع القول إذن بان الفقه الاسلامي ، في نطاق الشخصية
الحكومية ، قد بنى أحكامه على اقرار فكرة هذه الشخصية واعتبار
خصائصها . وان عدم التسمية لا يدل على عدم المسمى ، وانما العبرة
للمفاهيم والاحكام .

١٨٧ - غفلة بعض الفقهاء في هذا الشأن .

على أن بعض الفقهاء لم يحسنوا تصور فكرة الشخصية الحكومية

(١) - من المسائل المهمة التي تدل على اعتبار الشخصية المعنوية في نظر الفقهاء
وان لم يسموها بهذا الاسم ما ذكر في آخر كتاب القاضي الى القاضي من أنه :
« لو كانت تولية الوقف او غلته مشروطة للقاضي او للعلماء يجوز للقاضي
ان يقضي بالوقف ان اختلف في صحته ، ولا يعد هذا قضاء لنفسه
وان كان يستحق فيه التولية او الغلة بصفة كونه قاضياً او من
العلماء . بخلاف مالو كانت غلة الوقف مشروطة لشخصه بدون
وصف القضاء فانه لا يجوز ان يقضي بالوقف . =

واستنباط مفهومها من نصوص الاحكام الفقهية التي تدل عليها ،
فوردت لهم بعض مباحث وآراء تتنافى مع فكرة الشخصية الحكمية
وأحكامها الاساسية :

(١) — فمن ذلك اختلاف متأخري الفقهاء في أن الأوامر السلطانية
المتعلقة بالقضاء مما يعود إلى صلاحية السلطان في المصالح المرسلة (كالامر
بعدم سماع الدعوى بحق بعد مرور خمسة عشر عاماً عليه - وهي قضية
التقادم ، أو مرور الزمن) هل تبطل بموت السلطان الأمر فلا يلزم
بها القضاء إلا إذا تجدد الأمر به من السلطان الجديد ، أو يستمر حكمها ؟
فقد جنح خير الدين الرملي إلى بطلان الأمر والنهي ولزوم تجديده
بموت السلطان ، وتبديل القاضي . وقد تابعه في ذلك العلامة ابن عابدين

= هذا ما نقله في الدر وحاشيته عن نظم الوهبانية وشرحها لابن الشحنة .
وذلك لأنه في حالة الشرط لشخصه اذا قضى بالوقف يكون قضاء لنفسه
شخصياً . أما في حالة ارتباط الشرط بوصف القضاء يكون قضاؤه لا لنفسه بل
لشخصية المعنوية التي يمثلها القاضي .

— ومنها ايضاً تصريح الحنفية بعدم انفساخ الاجارة في الوقف بموت الناظر
المؤجر مع ان الاجارة عند الحنفية تنفسخ بموت احد العاقدین .

وقد علل في الاسعاف عدم انفساخها بموت ناظر الوقف بقوله : « لأنه
عقدها لأهل الوقف » كما في التنقيح ص / ١٦٥ / من الجزء الاول .

فدل ذلك على اعتبارهم ان المتولي في الوقف يمثل شخصية حكمية هي الجهة
الموقوف عليها .

في رد المختار (ر : أو آخر فصل الحبس في كتاب القضاء من رد المختار ،
وتقريرات الرافعي عليه)

فلا جرم أن النظر الفقهي السديد لا يفسح مجالاً للاشتباه والاختلاف
في استمرار حكم الامر والنهي بعد موت السلطان ، وعدم الحاجة إلى
تجديده حتى للقضاة الذين يعينون مجدداً بعد صدور الأمر إلى أسلافهم .
ذلك لأن السلطان لم يصدر أمراً مقيداً بشخص هذا القاضي ، وإنما
أصدره في الحقيقة إلى المحكمة التي يمثل القاضي شخصيتها . وهو أيضاً
لم يصدره باسمه الشخصي بل باسم شخصية الدولة التي يمثلها .

فلا يبطل أمره بموته كما لا يبطل بموته تعيينه للقاضي نفسه باتفاق
الفقهاء ، بل هذا أولى ، لأن أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد التقدم أمر
قانوني خوله إياه الشرع ، فيلحق بالتشريع ، فله صفة الدوام في نظر الفقه ،
بينما تعيين القاضي إنما هو تنفيذ يمارسه الإمام بصفة أنه منفذ للأحكام
الشرعية الواجبة التطبيق .

ولذا استقر العمل الفقهي على ذلك ، وهو ظاهر أحكام المجلة .
وان النصوص الفقهية تدل على هذا الاعتبار كما سلف بيانه بنقلها .

(٢) — ومن ذلك أيضاً ما ورد في كلام بعض الفقهاء « انه الوقف
لزمه له » وإنما تثبت ديونه في ذمة متوليه أولاً ، فتؤخذ من ماله أو
من تركته إذا توفي ، ثم يرجع هو أو ورثته بها من مال الوقف (ر :
الفتاوى الخيرية ، وتنقيح الحامدية ، أو آخر الوقف ج ١ ص ٢٠٦)

فكأنما تصور القائلون بذلك أن الذمة لا تكون الا لشخص طبيعي من أفراد الناس ، وهم في الوقت نفسه يرون ان الوقف تثبت الحقوق سرعاً له وعليه ، فالتجؤوا الى هذا التخريج ، واتخذوا من ذمة المتولي الشخصية جسراً . ولكنهم وقعوا فيما تهربوا منه : فقد أثبتوا في النهاية للمتولي ولورثته من بعده حق الرجوع في مال الوقف !! وليس معنى هذا إلا أن الوقف يستحق عليه ، فيكون مديناً للمتولي ، فيجب أن تكون له ذمة . فلماذا لا يكون مديناً لصاحب الحق الاصيل مباشرة !

على أن للفقهاء نصوصاً أخرى خلاف ذلك كلها تفيد بظواهرها ثبوت الديون على الوقف رأساً بلا واسطة ذمة المتولي (ر : التنقيح ايضاً من المحل المذكور ، نقلاً عن الفتاوى الكبرى للصدر الشهيد) . وهذا هو الرأي السديد الذي يتفق مع فكرة الشخصية الاعتبارية أما الرأي الاول فهو لف ودوران لا حاجة اليه ، بل عائد على موضوعه بالنقض كما رأيت . وهو مبني على غفلة من أصحابه عما أقره الفقهاء من ذمة وخصائص للشخصية الحكمية في مواطن أخرى . فالذمة لا تختص بالشخص الطبيعي ، وان الاحكام الفقهية تؤيد ذلك ، ونصوص الفقهاء في بيت المال وذمته ، بل وذمم فروعها أيضاً ، لا تدع شبهة في هذا الشأن .

(٣) - اختلف رجال المذهب الحنفي في صحة الوصية للمسجد

ونحوه من المنشآت : فقل تصح مطلقاً . وقيل اذا أوصى بالمال لينفق
على مصالح المسجد صح ، أما اذا أوصى للمسجد نفسه فلا يصح ، لان
المسجد لا يملك . لكن الراجح هو الرأي الاول في صحتها مطلقاً ،
وتصرف الى مصالحه وهو قول الامام محمد .

قال ابن عابدين في رد المحتار :

« وينبغي ان يفى بصحة الوصية للازهر ، وتصرف لطلبته
كما يقضي به العرف » اهـ

ولو انه لوحظ امر الشخصية الحكيمة التي اقرها الاجتهاد الحنفي
نفسه في مواطن عدة لما كان هنالك مجال لهذا الاختلاف في صحة
الوصية للمسجد وغيره من المنشآت ذات الشخصية .

فمثل تلك المباحث التي تتنافى مع فكرة الشخصية الحكيمة من
بعض الفقهاء لا تدل على ما ينافي تلك الفكرة في أصل الفقه ، وانما
تدل على عدم انتباه الباحثين اليها والى مقتضى تلك النصوص الاصلية
المعتبرة في الفقه الاسلامي .

والمهم هو أن نميز بين فهم بعض الفقهاء في آرائهم وتخريجهم
للأحكام الفرعية ، وبين قواعد الشريعة ونصوصها وأحكامها الاساسية ،
كحكمها العام في نظرية بيت المال والوقف .

فما يفهمه بعضهم في تخريجاته هو رأي فقهي قابل للمناقشة قد يخطئ
فيه صاحبه ويصيب .

والحاکم فی الموضوع انما هو النصوص والأحكام الاساسية للشریعة ومفاهیمها فی مجموع مذاهبها الفقهیة . وقد رأیت انها یتجلی فیها اعتبار الشخصية الحکمیة وخصائصها بأكمل صورة من الأهلیة والذمة^(١) .

(١) — اطلعت فی العام الماضي وانا بمصر علی بحث للاستاذ الجلیل الفقیه الشیخ علی الحقیف عن الشخصية المعنویة فی کتابه « الحق والذمة » الذی بدأ باخراج جانب منه منذ ثلاثة اعوام فی الوقت الذی أخرجت فیہ هذا البحث عن الشخصية الحکمیة فی الطبعة الاولى من کتابی هذا ، فاذا به یتقر علی مثل ما استقر علیه بحثی هنا من ان فكرة الشخصية الحکمیة قد أتاها بها الفقه الاسلامی قديماً ، وبني علیها احكاماً هامة قبل ان تسمى بهذا الاسم القانوني الحديث . وقد رأیت من المفید أن ألخص هنا فی هذه الطبعة ، تأييداً للبحث ، ما بینه الاستاذ المشار الیه فی هذا الشأن .

فقد نقل اولاً نظیر ما نقلناه آنفاً من قول بعض الفقهاء الحنفیة « ان الوقف لا ذمة له » ، وذكر اختلافهم فی صحة الوصیة للمسجد ونحوه ، ثم قال الاستاذ الحقیف حفظه الله ما خلاصته :

« وبناء علی ما تقدم قال بعض المشتغلین بالفقه فی هذه الايام : ان الحنفیة لا یقولون بالشخصیة المعنویة كشخصیة الحکومات ، والمنشآت ، والمصالح ، والشركات !!

ولکننا نری فی مؤلفاتهم الفقهیة والاصولیة انهم کثیراً ما یقررون لمثل هذه الجهات ، احکاماً تقتضي أن لها حقوقاً تجاه غیرها یطلبها من یقوم علیها من ولی او ناظر ، وأن علیها واجبات مالیة یطلبها اربابها ممن له الولاية علی هذه الجهات التي شأنها فی ذلك شأن الصي غیر المميز ومن فی حکمه .

— من ذلك انهم جعلوا لناظر الوقف أن یدیع محصول اراضي =

الوقف ، وأن يشتري لها ما تحتاج اليه من آلات ودواب . ويكون ما يشتريه ملكاً للوقف لا للمستحقين ولا سائبة بلا مالك ، لان ذلك يتنافى مع عقد الشراء .

فاصبحت جهة الوقف بذلك بائعة ومشتوية ، وكان لها من الحقوق ما يكون لكل بائع او مشتر ، وعليها من الواجبات الالتزامية ما يكلف به كل بائع او مشتر .

- ولماذا آجر الناظر أعيان الوقف فتأخر المستأجر في اداء الاجرة يكون مديناً بها لجهة الوقف ، لا للناظر عليه ، ولا للمستحقين فيه .
- وإذا اشترى الناظر على الوقف شيئاً له بالنسيئة كان المدين جهة الوقف في دفع الناظر الثمن من غلته ، واذا عزل صح ان يطلب الثمن ممن حل محله .

واذا جاز للبائع ان يطالب به الناظر المعزول بعد عزله فذلك لانه كالوكيل عن الوقف فترجع حقوق عقده اليه بحسب القاعدة العامة في الوكالة : ان حقوق العقد ترجع الى العاقد . فيدفع الناظر المعزول الثمن ، لكنه يكون ديناً له على جهة الوقف يرجع به .
- ومثل هذه الاحكام تجده كثيراً لبيت المال والناظر عليه في الفقه

الحنفي : فيستحق بيت المال ويملك جميع التركات التي لا مستحق لها ، وله أموال وأملاك اذا استغني عن شيء منها يباع باسمه ويكون ثمنه له ، كما أنه تستحق فيه النفقة للفقراء العاجزين الذين لا عائل لهم شرعاً ، واجور العمال ورواتب الموظفين من ولادة وقضاة ومفتين ومعلمين . وقد أجازوا للامام أن يستقرض لبيت المال عند الحاجة ، فيعتبر

بيت المال هو المدين بالقرض (راجع الفتاوى الهندية ج ١ ص ١٩١)
وهكذا تجد في أحكامه أن له حقوقاً وعليه تكاليف ، وليس للشخصية والذمة معنى الا هذا .

= أليس هذا كافياً لأن نطمئن الى أن الحنفية يقولون بالشخصية المعنوية وان لم ينطقوا بهذه الالفاظ لانها نتيجة اصطلاح حديث ؟ هذا هو ما يجب ان يفهم . والا فكيف يدار شرعاً مستشفى قد وقفه منشئه ، ووقف عليه أموالا ؟

أليس يحتاج الى اطباء وممرضين وخدم ، وكل هؤلاء يستحقون أجورهم من مال المستشفى ؟

ثم أليس يحتاج دائماً الى شراء أثاث وادوات وادوية ، فيكون لبائعها شرعاً مطالبة المستشفى بثمنها ؟

واذا عولج فيه مريض بالأجرة ألا تستحق جهة المستشفى في ذمتهم هذه الاجرة ، فيطالبهم بها مديره ، فتكون ملكاً للمستشفى لا المدير ؟ أليس كل ذلك يقضي بثبوت الشخصية والذمة لجهات لاحياةها ؟ لقد أصبحت المسألة واضحة لا تحتاج بعد ذلك الى بيان .

و كل هذه الأحكام شرعية لا يختص بها مذهب دون آخر . ولذلك نستطيع أن نقول : ان فقهاء الشريعة كافة يقولون بالشخصية الحكيمة ، لا فرق بين الحنفية وغيرهم .

على أن مذهب الشافعية والمالكية في ذلك أوضح وأصرح نصوصاً :
- فقد صرحوا : « أن الوصية للمسجد صحيحة وان اريد بها تمليكها ، لان المسجد في منزلة شخص حو يملك (نهاية المحتاج للرملي الشافعي طبعة الحلبي ج ٣ ص / ١١٦ و ج ٦ ص / ٤٦)

- وصرح المالكية في الوقف بان الموقف عليه « يجب ان يكون اهلاً للتملك حقيقة كالشخص المعين والفقراء ، أو أهلاً للتملك حكماً كالقنطرة أو المسجد » (شرح الزرقاني على متن خليل في الوقف) فقد اعتبروا كإتري القناطر والجسور اهلاً للتملك حكماً . وليس =

البحث الثاني

الشخصية الحكومية في النظر القانوني

١٨٨ - تعريف الشخص الحكمي .

الاشخاص الحكومية في نظر الحقوق الحديثة والقانون ترافق في التصور الاشخاص الطبيعيين ، وتعد جزءاً من مفهوم الاشخاص العام لا ينفصل عنه .

وقد عرف الحقوقيون الشخص الحكمي بانه :

« شخص اعتباري يتكون من اجتماع جماعة من الاشخاص الطبيعيين ، ابتغاء غرض مشترك ، ينشئون باجتماعهم شخصية ذات حقوق وواجبات متميزة مستقلة عما لافرادهم » (دائرة المعارف الفرنسية الكبرى تحت كلمة : personne) .

= معنى ذلك إلا اثبتت الشخصية الحكومية بما لها من اهلية وذمة .

اما ما جاء في بعض كتب المالكية من نفي اهلية الملك عن المسجد فانما مرادهم به نفي الاهلية الحقيقية لا الحكومية ، جمعاً وتوفيقاً بين النصوص .

فيتضح مما ذكر ان جميع المذاهب في الفقه الاسلامي تقر الشخصية الحكومية ، وتقدر لها الذمة كتقديرها في الانسان ، اذ لا شخص بلا ذمة ، وفقهاء الشريعة في هذا يتفقون مع فقهاء القانون « اه (كتاب الحق والذمة (الطبعة الاولى) ص / ٩٦ - ١٠٢ / ملخصاً) .

وهذا التعريف في الحقيقة غير جامع ، فقد تقدم وسيأتي أيضاً أن الشخصية الحكومية لا تختص بما ينشأ من اجتماع افراد طبيعيين كالشركة والجمعية ، بل قد تنشأ عن مشروع أو مؤسسة لخدمة ذات منفعة عامة كالوقف ، والمدارس والمستشفيات ونحوها من المؤسسات . فالاولى أن يقال في تعريف الشخص الحكمي انه :

« شخص يتكون من اجتماع عناصر أشخاص أو أموال يقدر له التشريع كياناً قانونياً منتزعا منها مستقلاً عنها » .

وبهذا التعريف يتضح أن الشخص الحكمي يفترق عن الشخص الطبيعي من ناحيتين :

- (١) - ان الشخص الحكمي وجوده قانوني ، أي تقديري اعتباري لا حسي . أما الشخص الطبيعي فذو وجود مادي محسوس .
- (٢) - ان الشخص الحكمي وجوده تبعي ، أي انما يكون تابعاً دائماً لوجود مجموعة من اشخاص طبيعيين أو أموال . أما الشخص الطبيعي فوجوده مستقل بنفسه في الواقع والاعتبار .

١٨٩ - انواع الأشخاص الحكمية :

لكي يمكن فهم فكرة الشخصية الحكومية بوضوح في النظر القانوني يحسن تقسيم الاشخاص الحكميين وتصنيفهم الى طائفتين أساسيتين هما :
الأشخاص الحكمية العامة ، والأشخاص الحكمية الخاصة .

١٩٠ - (اولى) - الاشخاص الحكومية العامة :

ان الاشخاص الحكومية العامة هي التي يتعلق بوجودها مصالح مشتركة بين جميع الناس .

وهذه الاشخاص العامة تنطوي على زمرتين هامتين :

(الاولى) - مصادر السلطة العامة وفروعها .

(الثانية) - المنشآت العامة .

وستتولى ايضاحهما فيما يلي :

أ) - مصادر السلطة العامة :

إن مصادر السلطة العامة هي الدول وتقسيماتها الادارية .

فالدولة تأتي في رأس قائمه الاشخاص الحكومية العامة ، ثم تليها أجزاؤها القانونية .

وايضاح ذلك : أن الدولة تشتمل على سلطة حاكة ، ومكان محدود

— فنقسم السلطة لاجل توزيع العمل تتولد منه الوزارات

والادارات المختلفة، كوزارة المالية، والعدلية، والداخلية، والخارجية الخ ..

وشعبها الادارية .

— والنقسم المحلي تتولد منه الولايات أو المحافظات ، ثم الاقضية

ثم النواحي .

ولكل دولة أسلوب وترتيب واصطلاحات أسماء في تقسيماتها المكانية .

ويقوم على رأس كل قسم ممثل للحكومة في ادارته .
ففروع الدولة هذه في تقسيم السلطان أو الممكـان هي أشخاص حكـمية ،
ولها أموال مخصصة للخدمة العامة ولمنافع الجماعة دون تمييز بينهم ،
ولها ميزانية مالية خاصة تعد كفروع لبيت المال العام (خزينة الدولة)
مستقل بعضها عن بعض . وتعقد كل منها العقود وتلتزم بالالتزامات ،
فتستحق ويستحق عليها . وكل ذلك تمارسه بواسطة من يمثل الحكومة
فيها من وزير فمن دونه . وإن ذمة كل منها كفرع من ذمة الدولة العامة
ويجب أن يلاحظ أنه في كلا التقسيمين المكاني والسلطاني لا يعتبر
الجزء شخصاً حكماً مستقلاً غير مندمج في غيره إلا إذا منحتة قوانين
الدولة هذه الشخصية . فقد تعتبر المدينة أو بعض فروع الوزارات
شخصاً حكماً ، وربما لا تعتبر ، وذلك بحسب التشريع الإداري في الدولة .

ب) -- المنشآت العامة :

إن المنشآت العامة هي المؤسسات المخصصة لمصالح ومرافق
عامة ، كالجوامع العلميه ، والمستشفيات ودور الأيتام ، وكالمنابر
الفنية ، ودور الإذاعة اللاسلكية اليوم ونحوها ، إذا كانت هذه
المنشآت حكومية .

فهذه المنشآت شخصية قانونية وذمة مالية بالمعنى المتقدم .
وقد تكون تابعة للدولة كلها أو لبعض أقسامها المكانية من إقليم أو
محافظة أو ناحية أو مدينة .

ويترتب على هذه التبعية أنه عند الغاء هذه المنشآت وزوال شخصيتها تقع ادارة المرافق الداخلة في اختصاصها على عاتق الدولة أو على عاتق القسم التابعة له .

والفرق الاساسي بين المنشآت العامة وبين فروع السلطات الادارية في الدولة ، كالدوائر الفرعية في الوزارات ، ومصلحة الري ، والمكوس (الجمارك) ونحوها ، هو أن المنشآت العامة لا تهدف الى سد حاجات ادارية اقليمية في أقسام الدولة ، وإنما هدفها خدمة مصلحة معينة من المصالح العامة ، عامية أو خيرية أو غير ذلك .

١٩٠ - (ثانياً) - الأشخاص الحكمية الخاصة :

ان الاشخاص الحكمية الخاصة تتميز عن العامة بأنها ليست متفرعة عن الدولة ومشاريعها ، وإنما هي ناشئة عن رغبة أو رغبات فردية محضة . فهي غريبة عن الجهاز الاداري في الدولة ، ولكن هذا لا يمنع أن يكون منها ما يرمي الى تحقيق منفعة عامة كما سنرى^(١) .

وهذه الأشخاص الحكمية الخاصة أقسام يتميز بعضها عن بعض

(١) - وهذا الفرق في المنشأ بين الاشخاص الحكمية العامة والخاصة من حيث ان الاولى متفرعة عن الجهاز الاداري للدولة ، والثانية عن رغائب الناس ونشاطهم تنشأ عنه نتيجة هامة : هي ان الاشخاص الحكمية العامة تستعمل سلطات الدولة التي تتوقف عليها غاياتها العامة كالاستملاك للنفع العام ، بخلاف الاشخاص الحكمية الخاصة الآتية الذكر .

من ناحيتين : (١) من ناحية تكوينها (٢) ومن ناحية الغرض الذي ترمي اليه :

- فهي من ناحية تكوينها تنقسم الى قسمين : المؤسسات ، والجماعات .
- ثم الجماعات من جهة أغراضها تنقسم أيضاً إلى قسمين : الشركات ، والجمعيات .

(أ) - المؤسسات ، والجماعات :

(١) — يراد من المؤسسات المشاريع الخيرية أو الثقافية أو الاجتماعية المزودة بتنظيم مادي وبمورد مالي يكفل حياتها ، كالمستشفى الذي ينشئه أحد المحسنين ، ويرصد له مورداً مالياً بحيث يكفي نفسه بنفسه. ومثل ذلك أيضاً المدارس والملاجيء والميتم التي ينشئها الأفراد ويرصدون لها الأموال .

فكل مشروع من أمثال هذه المشروعات هو مؤسسة تعتبر لها شخصية حكومية تسهلاً لمهمته . وان شخصيته مستقلة عن أشخاص العاملين فيه والمتفعين منه .

ويمثل شخصية هذه المشاريع في العقود والالتزامات من يقوم على ادارتها من مدير ونحوه .

والأوقاف في التشريع الاسلامي تعتبر من قبيل هذه المؤسسات ذات الشخصية الحكومية ، فان هذه المؤسسات إنما يتوصل الى انشاء

أشخاصها عن طريق الوقف أو الوصية .

(٢) — أما الجماعات فيقصد بها الأشخاص الحكيمة الخاصة التي قوامها مجموعة من الأفراد يتعاونون بتوحيد جهودهم على تحقيق غرض أو أغراض معينة ، فينشئون باجتماعهم شخصية اعتبارية تتمتع بالأهلية للحقوق والواجبات ، مستقلة عن شخصياتهم .

(ب) — الشركات والجمعيات :

إن تلك الجماعات الآتية الذكر تنقسم الى قسمين مختلفين بينهما بون شاسع من جهة غرض كل منهما ، وهما : الشركات ، والجمعيات .

(١) — فإذا كانت الجماعة إنما تكتلت على نفسها و وحدت جهودها على عمل مشترك بغية اكتساب المال واقتسام الأرباح ، فتلك هي : الشركة .

(٢) — وإذا كانت الجماعة إنما اتفقت على التعاون في بذل جهودها واستخدام معارف أفرادها ونشاطهم بصفة دائمة لتحقيق غرض آخر غير الربح المالي للأفراد ، من الأغراض العلمية أو الخيرية أو الادبية أو الاجتماعية أو السياسية أو نحو ذلك ، فتلك هي : الجمعية .

ويدخل في الجمعيات الاحزاب السياسية اذا ألفت بترخيص رسمي من السلطات المختصة في الدولة ، فانها تعتبر أشخاصاً حكيمة بالمعنى المشروح .

ملاحظة :

هذا ، ويجب أن يلاحظ أن الشركات لا تكون ذات شخصية

حكومية إلا إذا أسست وفقاً للشرائط والأحكام القانونية المنصوص عليها في قانون التجارة .

وكذلك الجمعيات أيضاً لا تكون شخصاً حكماً إلا إذا تألفت وفقاً لأحكام قانون الجمعيات .

ومن هنا كانت الشركات نوعين :

(١) — الشركات العادية : وهي المؤسسة وفقاً للأحكام الفقهية الأصلية . وهذه لا تعتبر من الأشخاص الحكيمة الخاصة .

(٢) — والشركات القانونية : وهي المؤسسة وفقاً للشرائط التي تعتبرها بها القوانين التجارية من الأشخاص الحكيمة .

١٩٢ — (أ) — فأما الشركات العادية ، وهي المؤسسة وفقاً

للاحكام الفقهية الأصلية في الفقه الاسلامي ، فتتقسم بحسب موضوعها الى ثلاثة أنواع : شركة أموال ، وشركة أعمال ، وشركة وجوه .

وكل من هذه الثلاث تنقسم بحسب صفتها وأحكامها الى قسمين :

شركة عنان وشركة مفاوضة ، كما سيري في محله من قسم العقود المسماة ان شاء الله ^(١) .

(١) — شركة الاموال هي التي لها رأس مال يشترك في وضعه كل شريك

بنسبة معينة .

فاذا لم يكن لدى المشتركين رأس مال وانما لهم وجهة وثقة ، فاشتركوا

على ان يشتروا بالنسيئة ويبيعوا فيوفوا ويقسموا الربح ، فهي شركة الوجوه .

واما شركة الأعمال فهي التي تكون بين الصناع كالحياطين مثلاً فيشتغلون =

وإنما لم تعتبر هذه الشركات العادية من الأشخاص الحكيمة الخاصة، لأن الفقهاء لم يثبتوا لها الاحكام التي تقتضي اعتبار هذه الشخصية لها، وإنما جعلوا فيها كل شريك مسؤولاً بشخصه تجاه من يتعاقد معهم بعقد يعود الى الشركة فليس فيها أي اعتبار لشخصية مجردة عن أشخاص الشركاء الطبيعية، وليس لها مدير يمثلها، وإنما يشترك الشركاء في نتائج تصرفات كل منهم لمصلحة الشركة بسبب ما يقتضيه عقد الشركة من وكالة مقدرة لكل شريك عن أشخاص الآخرين.

وسبب ذلك أنه في عصور الفقه الاولى وما تلاها لم تكن قد عرفت الصور الجديدة للشركات التجارية المنظمة بأنواعها، وأساليب عملها الاقتصادية، وطرائق تكوينها، وحدود مسؤولياتها، مما هو وليد العرف والنطور الاقتصادي الحديث في أوربة.

= معاً ويشتركون في اجور اعمالهم .

وكل من هذه الانواع الثلاثة يكون شركة عنان اذا لم يكن بين الشركاء من رابطة سوى ما يقتضيه عقد الشركة من صيرورة كل منهم وكيلًا عن الآخر في التصرفات العائدة للشركة .

فاذا كانت الشركة تتوافر فيها شرائط مخصوصة مبينة في بحث الشركات بحيث يصبح كل شريك وكيلًا وكفيلًا عن الآخر ، فيكون احدهما مسؤولاً بما يعقده الآخر ، فهي شركة مفاوضة .

وهناك نوع آخر من الشركة خارج عن هذا التقسيم يكون فيه رأس المال من احد الطرفين والعمل فقط من الآخر ، ويسمى هذا النوع : « مضاربة » او « قراضاً » (بكسر القاف) .

فقد دون فقهاء الشريعة الاولون ما كان معروفاً في زمنهم بين الناس من أساليب الاشتراك التجاري والصناعي والزراعي — وهي تعد من الاساليب الابتدائية البسيطة بالنسبة الى الشركات القانونية الحديثة — ولم يكن في تلك الاساليب ما يقتضي اعتبار شخصية حكومية مجردة لتلك الشركات .

وقد نظم الفقهاء أحكامها بما تقتضيه قواعد الشريعة في أوضاع تلك الشركات وأشكالها المعروفة .

١٩٣ — (ب) — وأما الشركات القانونية وهي المؤلفة وفقاً للطرائق والاساليب التي أوجدها التطور الاقتصادي الحديث فقد فصلت أحكامها القوانين التجارية . وهي شخصية حكومية ذات ادارة موحدة يمثلها مدير أو مجلس .

ومسؤولياتها المالية إما مطلقة مضمونة بجميع أموال الشركاء التي لهم في الشركة وخارجها ، وإما محددة لا تسري على غير رأس المال المعلن للشركة .

والشركاء فيها إما أناس معينون بذواتهم ؛ وإما أصحاب سهام قابلة للنقل وللتداول تنتقل من شخص الى شخص ، فكان الاشتراك للسهم بقطع النظر عن صاحبه^(١) .

(١) — بالنظر الى مجموع هذه الاعتبارات تنقسم الشركات القانونية الى انواع ، اشهرها واكثرها شيوعاً في التعامل ثلاثة :

وتعتبر الشركة بمجموعها بمثابة شخص طبيعي واحد في أهليتها
وذمتها وعقودها وحقوقها والتزاماتها وأموالها وتحقق ضرائب الدولة
عليها الخ ...

(١) - شركة التضامن المعروفة باسمها الفرنسي : (Société en nom collectif)

(٢) - وشركة التفويض (كومانديت S. en commandite) .

(٣) - والشركة المغفلة (انونيم S. anonyme) .

(فالأولى) : تقوم على اساس التضامن الحقوقي بين جميع الشركاء وكل
منهم مسؤول بجميع ماله عن الحقوق التي تثبت للغير على الشركة .
(والثانية) : تقوم على اساس ان بعضهم مسؤول بجميع أمواله التي في
الشركة وخارجها ، كما في شركة التضامن ، وهؤلاء هم الشركاء المفوض اليهم ؛
وبعضهم الآخر غير مسؤول إلا برأس ماله الذي في الشركة دون بقية أمواله ،
وهؤلاء هم الشركاء المفوضون (بصيغة الفاعل) .

(والثالثة) : هي التي تكون في المشاريع الاقتصادية الكبرى ، وتحتاج
الى رأس مال ضخم يقسم الى سهام كثيرة قابلة للتداول . وتسمى هذه باسم
مشروعها ، كشركة الغزل ، وشركة الحطوط الحديدية ، دون ان يذكر
فيه اسم احد شركائها . ولذلك سميت مغفلة - بصيغة المفعول من الاغفال -
لاغفال اسماء الأشخاص في عنوانها ، والاقتصار على اسم المشروع التجاري
والصناعي الذي تشتغل فيه وتستثمره .

البحث الثالث

عناصر الشخصية الحكمية ، وشرائطها ، ومميزاتها

١٩٤ - العناصر

ان الشخصية الحكمية بجميع صورها المتقدمة لا تتحقق إلا باجتماع عنصرين أساسيين في مفهومها :

الاول — مصلحة مشتركة مشخصة مشروعة .

والثاني — زمة مالبة متميزة .

(أ) — فأما المصلحة المشتركة فانها الطابع الاساسي الذي يميز الشخص

الحكمي عن الشخص الفردي الطبيعي .

فان فكرة الشخصية الحكمية انما تولدت في النظر الحقوقي تولداً

ضرورياً من وجود مصالح مشتركة في المجتمع متميزة عن المصالح

الفردية بحيث لا يمكن ادماجها فيها ، ويلاحظ عجز الشخصية الطبيعية

بمفردها عن أن تضطلع بأعبائها وتضمن تحقيقها .

فالواقع ينبئ بأن الشخصية الطبيعية لا تكفل الا المصالح الفردية

في حين أن الاشخاص الحكمية التي تعترف بها الحقوق الحديثة

والقوانين الوضعية انما تقوم على مصلحة مشتركة استلزمها الضرورات

الاجتماعية ، حتى في الاشخاص الحكمية الخاصة كالشركات التي تستند

الى مصلحة مشتركة من طبيعة خاصة ، اذ من المسلم به وجود مشروعات اقتصادية تستدعي تضافر الجماعات بجهودها وأموالها ، وتتجاوز قدرة الافراد على انفراد :

فمجهود هذه الجماعات ضمن نطاق صلاحيتها الخاصة هو مسخر بطريق غير مباشر لخدمة المصلحة العامة بسد بعض حاجات المجتمع وزيادة الثروة القومية .

(ب) - وأما الزمة المالية فانها من لوازم تصور الشخصية . فقد رأينا أن المبنى الحقوقي في تطور النظر الى الشخصية ، ذلك التطور الذي تولدت منه فكرة الشخصية الحكيمة ، انما يقوم على تجريد شخص اعتباري ينتزع من جماعة او من مشروع ، وتشبيهه بشخص طبيعي ذي أهلية وذمة .

فكما لا ينفك تصور الشخص الطبيعي ، من الوجهة الحقوقية ، عن ذمة له يحمل بها الحقوق (ر : ف / ١٢٣ و ١٢٨) لا ينفك أيضاً الشخص الحكيمة عن هذه الذمة ، اذ لا يبقى عندئذ معنى للشخصية الحكيمة الا مجرد التمثيل والنيابة في العمل . وهذا غير التشخيص بمعناه الكامل .

وعن هذا كانت فروع الساطة العامة التي تتمتع بتمثيل بعض صلاحيات تلك الساطة في العمل ولكنها ليست لها ذمة مالية مستقلة وأهلية تثبت بها الحقوق المالية لها وعليها ، كالحكام مثلاً ، لا تعتبر

اشخاصاً حكومية بالمعنى القانوني المشروح ، وان كان لها شخصية مجردة عن أشخاص حكماء تمارس بمقتضاها العمل باسم الدولة ، ولا يؤثر في صحة عملها وارتباط اجزائه تبدل الاشخاص القائمين به ^(١) .

١٩٥ — سُرْبَةُ الاعتراف القانوني بالشخصية الحكومية :

هذا ، ولأن العنصرين المتقدمين ، (عنصر المصلحة المشتركة ، وعنصر الذمة) ، يتوقفان على الاعتبار التشريعي لهما من حيث ان المصلحة المشتركة ليس لها حد مادي يحددها ، وكذلك الذمة هي حقيقة عقلية غير محسوسة ، لذلك كان تشخيص هذه المصلحة واثبات الذمة لها أمراً يحتاج الى تقرير من جانب التشريع .

يستثنى من ذلك الدولة نفسها ، فانها تكتسب شخصيتها بحكم الضرورة والواقع متى استوفت عناصر تكوينها . وليس اعتراف الدول الاخرى بها شريطة لاكتساب شخصيتها من الوجهة الحقوقية ، وإنما هو عرف سياسي وتقليد دولي متبع اليوم لتبادل التمثيل السياسي .

(١) — « ان الهيئات السياسية من ادارية او عدلية ، ومجلس الشيوخ ، ومجلس النواب ، ومجلس الدولة ، ومحكمة التمييز (النقض) ، وديوان المحاسبات ، وسائر الهيئات العدلية بوجه عام ، والمجالس العمومية ، والمجالس البلدية ، لا تعتبر اشخاصاً حكومية » (دائرة المعارف الفرنسية الكبرى تحت كلمة personne) . ولا يخفى ان مصلحة البلدية نفسها شخص حكومي من فروع السلطة العامة ، وان لم تكن مجالس البلديات اشخاصاً حكومية .

فليس عدم هذا الاعتراف مانعاً من تكون شخصية الدولة المتوافرة العناصر .

وعن هذا كان من المحتم ، لكي يكتسب الشخص الحكمي شخصيته ، أن يعترف التشريع له بهذه الشخصية المستقلة في حمى الدولة .

ولا يجب أن يعترف التشريع بذلك لكل شخص حكمي ناشئ على حدة ، بل يكفي الاعتراف النوعي ، كما أقرت الاحكام الفقهية في الاسلام شخصية للوقف وبيت المال ، وكاعتراف القانون التجاري بالشخصية لانواع الشركات القانونية التي تؤسس وفقاً لشرائطه ، واعتراف قانون الجمعيات بشخصيات الجمعيات التي تؤسس وفقاً لاحكامه .

ولا يجب في هذا الاقرار التشريعي أن يصرح بلفظ « الشخصية الحكمية » بل يكفي أن يقر التشريع للجماعات أو المؤسسات الحقوق والاحكام التي تعتبر للاشخاص وإن لم يصرح باسم الشخصية الحكمية ، كإقرار ثبوت الحقوق للوقف وعليه في الفقه الاسلامي على نحو ما تقدم

١٩٦ — المميزات والفوارق بين الاشخاص الطبيعيين والحكميين

تفترق الاشخاص الحكمية عن الاشخاص الطبيعية بفوارق أهمها ما يلي :

(١) — أن الاشخاص الحكمية لا تتعلق بها حقوق الاحوال

الشخصية التي هي من خصائص الإنسان ، كحقوق الأسرة من زواج وطلاق ونسب وقراءة وإرث الخ ...

أما ما ليس من هذه الخصائص الإنسانية فيثبت للشخص الحكمي كالجنسية ، والأهلية ، والمقام (الموطن).

(٢) - ان الاشخاص الحكمية لا تموت كالأشخاص الطبيعية بل تمتاز بالدوام .

وكذلك لا تزول بزوال الشخص الطبيعي الذي يمثلها ، كما أن تبدله لا يبدل من وضعها الحقوقي شيئاً .

(٣) - ان الشخص الطبيعي لا يتوقف وجود شخصيته على اعتبار او اعتراف تشريعي ، بل بمجرد وجوده المادي تثبت شخصيته .
أما الشخص الحكمي فتتوقف شخصيته على اقرار التشريع لها كما تقدم .

(٤) - أن أهلية الشخص الطبيعي للتصرفات وكسب الحقوق وتحمل الالتزامات غير محدودة . وإنما تنقص عن كاملها بعوارض ، كما يبيناه في نظرية الاهليات من الجزء الاول (المدخل الفقهي العام).
أما أهلية الأشخاص الحكميين فهي مقيدة بالحدود التي يحددها لها التشريع ، وبما يدخل في أغراضها التي تكونت من أجلها وتتوقف عليه ممارسة مهمتها :

— فالجمعيات الخيرية المنشأة للاسعاف مثلاً لا تملك أن تتاجر .

— والمنشآت العامة لا يصح منها قبول التبرعات الا باذن من الحكومة .
— والجمعيات بصورة عامة لا يسوغ لها أن تملك من الاموال غير المنقولة سوى ما تحتاج اليه في ممارسة عملها .

(٥) — أن أهلية الشخص الطبيعي تتطور تبعاً لمراحل نموه : فتبدأ أهلية وجوب ناقصة ، وتنتهي الى أهلية اداء كاملة ببلوغ الرشد .
وذلك بخلاف اهلية الشخص الحكمي ، فان اهليته تأخذ نهاية حدودها منذ وجودها وتظل ثابتة لا تتطور .

(٦) — ان الاشخاص الحكمية لا تطبق عليها العقوبات البدنية ، بل العقوبات المدنية والادارية فقط .
ومن نتيجة ذلك انه لا يمكن تطبيق الحبس في استيفاء ما يستحق عليها من ديون ، بل الحجز فقط .

(٧) — يزول الشخص الحكمي بزوال شرائطه ، أو زوال العوامل التي أوجدته ، وعندئذ يسمى زواله : *انحلالاً* .
أما زوال الشخص الطبيعي فيكون بانتهاء حياته ، ويسمى : موتاً .

وهذا الانحلال في الشخص الحكمي يكون باسباب وصور عديدة : فقد يكون ، بحسب سببه ، انحلالاً طبيعياً ، أو تشريعياً أو قضائياً ، أو ادارياً أو ارادياً ^(١) .

(١) - الانحلال الطبيعي يكون بموت جميع الافراد المشتركين ، أو بعدم =

١٩٧ -- هذه خلاصة ما يتعلق بالاشخاص الحكومية في الحقوق

الحديثة والانظار القانونية ^(١) .

وبالرجوع الى القواعد الفقهية في الشريعة الاسلامية ، والى ما

= امكان تأدية الاعمال التي تكون الشخص الاعتباري لاجلها ويسمى ايضاً
الانحلال حكيمياً .

والانحلال التشريعي يكون عند صدور قانون يحل بعض الاشخاص الحكومية .

والانحلال القضائي يكون نتيجة لدعوى يدعي فيها بالحل بسبب موجب
ويقضي به .

والانحلال الاداري يكون عندما يخالف الشخص الحكمي نظامه الخاص
او قانون الجمعيات او النظام العام (كما لو قامت جمعية بعمل ينافي الآداب العامة
مثلاً) فللسلطات الادارية حلها .

والانحلال الارادي يكون برغبة اكثرية الافراد الذين تألفت الشخصية
من اجتماعهم ، او برغبة من يحق لهم الحل بحسب نظامها الاساسي .

واذا كان الشخص شركة فامواله بعد الانحلال للافراد الذين تتألف الشخصية
منهم . واذا كان جمعية خيرية او حزباً سياسياً ففي حالة الانحلال التشريعي
والقضائي والاداري تصدر الحكومة الاموال غالباً . وفي الانحلال الطبيعي
والارادي تصرف الاموال الى الجهة التي يعينها النظام الاساسي للجمعية .

(١) - مصادر البحث فيها ترى في القوانين التي تتعلق بالاشخاص الاعتبارية
كقانون الجمعيات ، والقانون التجاري ، وفي مؤلفات الحقوق الادارية ككتاب
الاستاذ شاكر الحنبلي ، والوجيز في الحقوق الادارية للدكتور مصطفى البارودي ،
ومؤلفات مدخل علم الحقوق ككتاب الاستاذ الدكتور محمد علي عرفة ،
والاستاذ الدكتور سليمان مرقس بصرى ، وفي المؤلفات الخاصة بالشخصية في اللغات
الاجنبية ككتاب الاستاذ سالي الفرنسي في نظرية الشخصية الحقوقية وتاريخها :

De la personnalité juridique. Histoire et théorie.

أسلفنا من البحث عن فكرة الشخصية الحكومية في الفقه الاسلامي ،
يتضح ان النظريات الحقوقية الحديثة والاحكام القانونية المعتمدة
اليوم في الشخصية الحكومية تتفق كلها مع قواعد الفقه الشرعي .
ولو أن هذه المؤسسات ذات الشخصية الحكومية القانونية اليوم
وجدت في العصور الفقهية الماضية لدينا لأقر لها الفقهاء هذه الاحكام
التي جاء الشرع بامثالها في شخصية الدولة وبيت المال والوقف كما تقدم
فالاحكام القانونية المتعلقة بالاشخاص الحكومية العامة والخاصة ،
كالجمعيات والمؤسسات ، يمكن ادخالها في صلب الفقه وكتبه .

بفضل الله تعالى ونعمته تم هذا الجزء الثاني (المدخل الى نظرية الالتزام
العامة في الفقه الاسلامي) من السلسلة الفقهية التي عنوانها العام :

الفقه الاسلامي في توبة الجبير

وهو المرجو جلت قدرته أن يحقق بها النفع العام ، ويجعلها
خالصة لوجهه الكريم ، وان ييسر تمام بقية اجزائها

الفهرس

الصفحة	الفقرة	
٣	مقدمة الطبعة الاولى	
٧	*(الباب الاول) * — معلومات عامة	
٠	الفصل الاول — الحق	
٧	١ (الفرع الاول) — منشأ فكرة الحق ومعناه وتعريفه بوجه عام	
١٤	٣ — نقد التعاريف المأثورة (الحاشية)	
١٧	٤ (الفرع الثاني) — تقسيم الحق في الفقه الاسلامي الى عيني وشخصي، وما يتفرع عن ذلك من مباحث	
١٨	٥ — الحق الشخصي وتعريفه بما يميزه عن الالتزام والحق العيني	
٢٢	٩ — ملاحظات بين الحقين الشخصي والعيني	
٢٣	١٠ — الحق العيني نوعان : اصلي وتبعي	
٢٥	١١ — نوع ثالث جديد : حقوق الابتكار (الحاشية)	
٢٦	١٢ — ثمة التمييز بين الحقين العيني والشخصي	
٣٢	١٣ — انقلاب الحق العيني الى شخصي، والعكس	
٣٤	١٥ — مناقشة مع الاستاذ السهوري حول التمييز بين الحق الشخصي والعيني في الفقه الاسلامي	
٣٨	١٦ (الفرع الثالث) — انواع الحق العيني، والحقوق شبه العينية	
٣٩	١٧ — حق الملكية	
٤٠	١٨ — حق الانتفاع، وفرقه عن ملك المنفعة	
٤٣	١٩ — حقوق الارتفاق	
٤٥	٢٠ — حق الارتهان	

الصفحة	الفقرة	
٤٦	٢١	- حق الاحتباس ، وفرقه عن حق الارتهاق
٤٧	٢٢	- حق الوقفية
٤٨	٢٣	- حقوق القرار على الاوقاف (الحكر ، والاجارتين ، والكذك ، والمرصد ، ومشد المسكة ، والقيمة ، والقميص)
٥٦	٢٤	- الحقوق شبه العينية
٥٨		الفصل الثاني - الالتزام
		(الفروع الاول) - قوام الالتزام ، وحقيقته
٥٨	٢٥	-- النسبة بين الحق الشخصي والالتزام
٦٠	٢٦	- عناصر الالتزام
٦٢	٢٧	- سبب الالتزام (ومقارنته بالمعنى القانوني)
٦٤	٢٨	- طبيعة الالتزام وحقيقته
٦٧	٣٠	- النظرية الاسلامية المعتدلة بين غلو المذهبين القانونيين : الشخصي القديم ، والمادي الحديث ، في طبيعة الالتزام
٦٩	٣٠	- مناقشة هامة في ذلك مع الدكتور شفيق شحاته (حاشية)
٧٢	٣١	- ملاحظة حول نقل الحق والالتزام في الفقه الاسلامي بطريق الحوالة
٨١	٣٦	- تلازم المسؤولية والمديونية
٨٢		(الفروع الثاني) - موضوع الالتزام (الايجابي والسلبى)
—	٣٧	- الالتزام بالدين ، وبالعين ، وبفعل ، وبامتناع
٨٩		(الفروع الثالث) - في شرائط الالتزام ، وتعريفه
—	٤١	-- تعيين طرفي الالتزام .

الصفحة	الفقرة	
٩٢	٤٢	- معلومية محل الالتزام
٩٣	٤٣	- قيمة محل الالتزام
٩٥	٤٤	- تعريف الالتزام ، واسماء عناصره
٩٩	٤٦	(الفروع الرابع) - في مصادر الالتزام (معناها وحصرها)
١٠٣	٤٩	- تحليل الاستاذ السهوي لاساس هذا الحصر
١٠٩	٥٣	(الفروع الخامس) - تعريف اجمالي بنظرية الالتزام العامة و ترتيبها
		في الفقه الاجنبي
١١٥	٥٩	- مزايا وعيوب نظرية الالتزام الاجنبية
١١٨	٦٣	- الاتجاه القانوني الحديث الى ترتيب آخر في
		النظرية العامة على اساس التصرف القانوني
		والواقعة القانونية يقترب من الفقه الاسلامي
١٢٠	٦٥	- موقف الفقه الاسلامي تجاه نظرية الالتزام
		الاجنبية ، ومزيد خصبه وغزارته وكفايته
١٢٥	٦٧	- عوامل الاتفاق والاختلاف بين تشريع وآخر
١٣٢		﴿الباب الثاني﴾ في الاموال
		الفصل الاول - حقيقة المال بالنظرين الفقهي والقانوني
		٦٩ (الفروع الاول) -- المال بالنظر الفقهي: (تعريفه ، ونقد التعاريف
		الماثورة ، ونتيجة اعتبار المالية وعدمها)
١٣٩	٧٥	(الفروع الثاني) - المال بالنظر القانوني
١٤٢	٧٧	الفصل الثاني - تقسيم المال ونتائجه الفقهية
١٤٣	٧٨	(الفروع الاول) - المال المتقوم وغير المتقوم وثمره هذا التقسيم
١٤٨	٨١	- نظرية عدم النقوم في القانون

الصفحة	الفقرة	
١٥٠	٨٢	(الفرع الثاني) - في المال المثلي والقيمي وما يتفرع عن ذلك من مباحث (النظرية الفقهية في قيمة الاموال ومثلتها - حصر الاموال المثلية ومقتنده - انقلاب المثلي الى قيمي ، والعكس - نتائج القيمة والمثلية - مزايا النقيدين - نظرية عدم تعين النقود في عقود المعاوضة)
١٦٦	٩٦	(الفرع الثالث) - في الاموال الاستهلاكية والاستعمالية ونتيجة التمييز بينهما
١٧١	٩٨	(الفرع الرابع) - في المال المنقول وغير المنقول وما يتفرع عن ذلك من مباحث - معنى المنقول والعقار بالنظرين الشرعي والقانوني - تحول المنقول الى عقار ، والعكس
١٧٥	١٠٠	- تقسيم الاراضي فقهيّاً وقانونياً ، (وتاريخ التقنين العقاري في سورية ، وأهم قوانينه الى اليوم في الاحكام العقارية ، وإرث الاراضي الاميرية)
١٨٨	١١٠	- ثمرات التمييز بين العقار والمنقول من الاموال شرعاً وقانوناً
١٩٥	١١٣	(الفرع الخامس) - في العين والدين
١٩٥	١١٤	البحث الاول - موقع الدين من اقسام المال ، وتعريف العين والدين
٢٠٠	١١٦	البحث الثاني - نتائج التمييز بين العين والدين
٢١٠	١١٧	البحث الثالث - نظرية الذمة وخصائصها في الفقه الاسلامي
٢١٢	١١٨	- نقد التعاريف المأثورة للذمة ، وتمييزها عن الاهلية
٢١٨	١٢١	- الذمة حقيقة اعتبارية لا واقعية
٢٢٢	١٢٣	- التعريف الصحيح للذمة في الفقه الاسلامي

الصفحة	الفقرة	
٢٢٢	١٢٤	- خصائص الذمة
٢٢٨	١٢٥	- تأثير الموت في الذمة ، واختلاف المذاهب في انهدامها به
٢٣٢	١٢٧	- نظرية الذمة في النظر القانوني الاجنبي
٢٣٥	١٢٩	- موازنة النظيرين الشرعي والقانوني في الذمة
٢٣٩	١٣١	(الفرع السادس) - في العين والمنفعة (اختلاف الاجتهادات في تقوم المنافع وثمرته - نقد نظرية الحنفية في عدم ضمان منافع المغصوب)
٢٤٦	١٣٧	(الفرع السابع) - في المال المملوك ، والمباح ، والحجور
٢٥١	١٤٢	(الفرع الثامن) - في المال القابل للقسمة وغير القابل
٢٥٤	١٤٤	(الفرع التاسع) - في الاصول والثمرات من الاموال
٢٥٨	١٤٦	(الفرع العاشر) - في الاموال الخاصة والاموال العامة
٢٦١	١٤٨	- المباحات العامة الثلاثة : الماء والكأ والنار
٢٦٤	١٥٣	- انقلاب المال الخاص الى عام ، والعكس
٢٦٥	١٥٤	- تقسيم الاموال العامة ، وجهة العموم فيها
٢٦٨	١٥٥	- ثمرة التمييز بين المال الخاص والعام شرعاً

﴿ الباب الثالث ﴾ - في الأشخاص

٢٧٣	١٥٨	الفصل الاول - لمحة عامة عن ارتباط الحق بالشخص ، وتطور النظر الحقوقي الى الشخصية
٢٨٠	١٦٥	الفصل الثاني - تقسيم الاشخاص ، وبمجل احكامهم
٢٨٠	١٦٦	(الفرع الاول) - الاشخاص الطبيعيون واحوالهم (اولاً) بدء الشخصية وانهاؤها

الصفحة	الفقرة
٢٨٥	١٦٩ - النظم الادارية المتعلقة بالولادة والوفاة
٢٨٦	١٧٠ - القوة الاثباتية لسجلات الاحوال المدنية
٢٨٧	١٧١ - (ثانياً) : أهلية الاسخاص
٢٨٩	١٧٢ - (ثالثاً) : النيابة الشرعية (الولاية والوصاية)
٢٩٠	١٧٣ - (رابعاً) : النسب ، والقرابة
٢٩٣	١٧٥ - (خامساً) : المقام ، ومعنياه ، والاحكام الشرعية المتعلقة بهما
٢٩٥	١٧٧ - المقام بالنظر القانوني ، وانواعه
٢٩٧	١٧٨ - (سادساً) : فقدان ، وحكمه اجمالاً ، ومصير زوجة المفقود
٢٩٩	١٨٠ - (سابعاً) : الزواج وما يتفرع عنه
٢٩٩	١٨١ (الفروع الثاني) - الاشخاص الحكمية في الفقه الاسلامي والاجنبي
٣٠٠	١٨٢ البحث الاول - الشخصية الحكمية في الفقه الاسلامي
	(شخصية بيت المال وفروعه ، وشخصية الوقف ، وشخصية الدولة)
٣٠٨	١٨٧ - غفلة بعض الفقهاء في هذا الشأن
٣١٣	- رأي الاستاذ الشيخ علي الخفيف في ذلك (الحاشية)
٣١٦	١٨٨ البحث الثاني - الشخصية الحكمية في النظر القانوني
٣١٧	١٨٩ - انواع الاشخاص الحكمية
٣١٨	١٩٠ - (اولاً) : الاشخاص الحكمية العامة
	(مصادر السلطة العامة ، والمنشآت العامة)
٣٢٠	١٩١ - (ثانياً) : الاشخاص الحكمية الخاصة
	- (أ) - المؤسسات والجماعات
	- (ب) - الشركات والجمعيات
	- ٣٤٠ -

الصفحة	الفقرة	
٣٢٣	١٩٢	- أنواع الشركات العادية القديمة والقانونية الحديثة
٣٢٧	١٩٤	البحث الثالث - عناصر الشخصية الحكيمة ، وشروطها .
٣٣٠	١٩٦	- المميزات والفوارق بين الاشخاص الطبيين والحكميين
٣٣٣	١٩٧	- نظرة شرعية في الاحكام القانونية للشخصية الاعتبارية

جدول النخط أو الصواب

حصل خطأ في ارقام الفقرات التالية يرجى تعديله

الصفحة	خطأ	صواب
	رقم الفقرة	رقم الفقرة
١٤٣	٨٧	٧٨
٢١٧	١١٩	١٢٠
٢١٨	١٢٠	١٢١
٢٢٠	١٢١	١٢٢
٢٢٢	١٢٢	١٢٣
٢٢٢	١٢٣	١٢٤
٢٢٨	١٢١	١٢٥
٣٠٠	١٨١	١٨٢
٣٢٠	١٩٠	١٩١

من آثار المؤلف

أ — سلسلة الفقه الإسلامي في ثوبه الجريد

- (١) - الجزء الاول : المدخل الفقهي العام
- (٢) - الجزء الثاني : المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي
- (٣) - الجزء الرابع : العقود المسماة في الفقه الاسلامي (عقد البيع)

ب — كتب شرعية وإسلامية أخرى

- (١) - احكام الاوقاف
- (٢) - « في الحديث النبوي » رسالة مختصرة مبسطة لطلاب الجامعة

ج — كتب قانونية

- (١) - شرح القانون المدني السوري (نظرية الالتزام العامة)
- (٢) - شرح القانون المدني السوري في العقود المسماة (عقد البيع والمقايضة)
- (٣) - نظرية العقد في القانون المدني السوري (محاضرات أُلقيت في طلاب معهد الدراسات العربية العالمية في القاهرة) .

LIBRARY
OF
PRINCETON UNIVERSITY

Princeton University Library



32101 071969925