

نظريّة الذمة بين الشريعة والقانون

د. صالح بن عاشور

أستاذة معاصرة بقسم الحقوق

جامعة الحاج خضر باتنة - الجزائر

ملخص المقالة:

الذمة وصف شرعى اعتباري يفرض في الإنسان ليكون مخلا للالتزام والإلزام، أي صالحا لأن يكون له حقوق وعليه واجبات، وقد يلتبس هذا المصطلح "الذمة" بمصطلحات أخرى قريبة إلى هذا المعنى؛ كمصطلح أهلية الوجوب، لذا جاء هذا البحث لضبط مصطلح الذمة، وتمييزه عن غيره، ومحاولة الوقوف على أحكماته في الشريعة والقانون، بما يشكل نظرية تسمى بنظرية الذمة.

الكلمات المفتاحية:

الذمة، الذمة المالية، أهلية الوجوب، بدء الذمة، انتهاء الذمة، الطبيعة القانونية للذمة المالية، التركة، الوصية.

二三

إذا كانت الملكية استخلاف إلهي، ومتى ربانية فإن الذمة كذلك منحة أكرمنا الله سبحانه وتعالى لها، وجعلها قطب الرحى في الحقوق، فصار الإنسان بالذمة أهلاً لوجوب الحقوق له وعليه.. فلا يخلق الإنسان إلا وله هذه الذمة، وهذا العهد.. فما معنى مصطلح الذمة؟ ومن تبدأ؟ ومن تنتهي؟ وما خصائصها؟ وما الفرق بين الذمة في الفقه الإسلامي، والذمة في الفقه الغربي، والقانون الوضعي؟ وما علاقتها بأحكام الميراث والوصية؟

هذا ما سأتناوله فيما يلى :

## **أولاً - نظرية الذمة<sup>(1)</sup> في الشريعة الإسلامية**

تعريف الذمة

## ١.١: تعريف النذمة لغة

جاء في تاج العروس: "والذمam والمذمة : الحق والحرمة، جمع أذمة، ويقال الذمام، كل حرمة تلزمك إذا ضيّعتها المذمة، ومن ذلك المذمة - بالكسر - العهد، ورجل ذمي أي له عهد.

والذمة: الكفالة والضمان"<sup>(2)</sup>، وقال الزمخشري: "ولفلان ذمة وذمام ومندمة: عهد يلزم الذم مضيغه". ويوصف به المكان فيقال: هذا المكان مذمم: حرم له ذمة وحرمة"<sup>(3)</sup>، وفي مختار الصحاح<sup>(4)</sup>: والذمام: الحرمة، وأهل الذمة: أهل العقد. وجاء أيضاً: الذمة الأمان في قوله P: "ويسعى بذمتهم أدناهم"<sup>(5)</sup>، وجاء في التعريفات: "الذمة لغة: العهد؛ لأن نقضه يوجب الذم"<sup>(6)</sup>.

<sup>(7)</sup> ... الذمّة و الذمّام و هما يمعن العهد والأمان و الضمان والحرمة والحق... .

<sup>(8)</sup> مقال الفيومي: آبادى، "الخدمة - بالكس - العهد - والكافلة".

ومنه يتبيّن لي أن النّمة تطلق عند علماء اللغة على معانٍ عدّة منها: العهد، الحرمة، الضمان والكفالة.. كما يطلقونها على الحق ذاته، غمّاً كما سبقت له، بعد عرض التعريف الاصطلاحي، أنها حمل الحق وليس الحق ذاته.

## 2.1: تعريف النذمة اصطلاحاً:

أشكل تعريف النذمة على كثير من الفقهاء خاصة المتقدمين منهم وذلك لالتباسها مع ما يسميه الفقهاء والأصوليون بأهلية الوجوب، أو أهلية المعاملة، وإلى هنا أشار القرافي حين قال: "اعلم أن النذمة أشكلت معرفتها على كثير من الفقهاء وجماعة يعتقدون أنها أهلية المعاملة.." <sup>(9)</sup>، ثم أن القرافي عرف النذمة فقال: "العبارة الكاشفة عن النذمة أنها معنى شرعى مقدر في المكلف قابل للالتزام واللزوم" <sup>(10)</sup>، وأشار إلى شروطها فقال: "وهذا المعنى جعله الشرع مسبباً على أشياء خاصة منها البلوغ ومنها الرشد، فمن بلغ سفيها لا ذمة له..." <sup>(11)</sup>، وإلى هذا ذهب تاج الدين السبكي حين قال: "قال علماؤنا النذمة معنى مقدر في المكلف قابل للالتزام واللزوم.. وهذا المعنى جعله الشرع مبنياً على أمور منها البلوغ، فلا ذمة للصغير ومنها الرشد فمن بلغ سفيها لا ذمة له.." <sup>(12)</sup>.

و جاء في التعريفات: "ومنهم من جعلها وصفاً فعرفها بأنها وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب له وعليه، ومنهم من جعلها ذاتاً فعرفها بأنها نفس لها عهد، فإن الإنسان يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه، عند جميع الفقهاء بخلاف سائر الحيوانات" <sup>(13)</sup>. ومن الحديثين عرفاها مصطفى الزرقاء: "هي محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه" <sup>(14)</sup>، وعرفها أسر زهرة: "أمر فرضي اعتباري، يفرض ليكون محل للالتزام والإلزام" <sup>(15)</sup>.

و جاء في أحد شروح مجلة الأحكام العدلية <sup>(16)</sup> أن النذمة اصطلاحاً معنى النفس والذات، ثم قال المؤلف: "و لهذا فسرت المادة 612 النذمة بالذات، وفي اصطلاح علم أصول الفقه وصف يصير به الإنسان أهلاً ماله و ما عليه - ومثل الشارح لذلك فقال - : إذا اشتري شخص مالاً كان أهلاً لتسلك منفعة ذلك المال كما أنه يكون أيضاً أهلاً لتحمل مضره دفع ثمنه المحرر على أدائه". إلى أن يقول - حول سعة نطاق النذمة - : "والنذمة وإن لم تكن هي نفس عقل الإنسان فللعقل دخل فيها ولذا فالحيوانات العجم لا توصف بالنذمة".

و عرفها عبد الوهاب حلاف: "النذمة هي الصفة الفطرية الإنسانية التي بها ثبت للإنسان حقوق قبل غيره، ووجبت عليه واجبات غيره" <sup>(17)</sup>. وقال عنها الحضري بك - في معرض الحديث عن أهلية الوجوب - "أهلية الوجوب تكون بالنذمة وهي الوصف الشرعي الذي يكون الإنسان ملحاً لأن يحب له وعليه" <sup>(18)</sup>.

و إلى هذا المعنى نفسه ذهب السنهوري حين قال: "النذمة في الفقه الإسلامي هي وصف شرعى يفترض الشارع وجوده في الإنسان و يصير به أهلاً للإلزام والالتزام، أي صالحًا لأن يكون له حقوق وعليه واجبات" <sup>(19)</sup>.

و هذا التعريف الأخير اختاره محمد زكي عبد البر <sup>(20)</sup> وعرف به النذمة - أي نقله عن السنهوري - . حول نطاق النذمة ذهب أيضاً مذهب السنهوري فقال: "والنذمة في الفقه الإسلامي لا تقتصر على ما في الإنسان من الصلاحية للتملك والكسب، أي على نشاطه الاقتصادي فحسب، بل هي وصف تصدر عنه الحقوق والواجبات جميعها، سواء كانت غير مالية كالصلة.. أو كانت مالية ذات صبغة دينية كالرثابة.. ومن ثم كان نطاق النذمة واسعاً في الفقه الإسلامي...".

وفي إحدى تعليقات محمد الخضر حسين على المواقف جاء ما يلى:

"النذمة كون الإنسان قابلاً للزوم الحقوق والتزامها شرعاً"، واحتقرت هو الآخر البلوغ والرشد كما هو شأن القرافي وتاج الدين السبكي - فقال: "... وهذا المعنى إنما يتحقق في البالغ الرشيد فإن قلنا أن للصبي ذمة أيضاً كما يراه بعض الفقهاء اقتصرنا في تعريفها على كون الإنسان قابلاً للزوم الحقوق، فيتناول التعريف الصبي لأنه وإن كان لا يقبل التزام الحقوق من نحو البيع والمبة يقبل لزوم بعضها كإرش الجنایات وقيم المخلفات" <sup>(21)</sup>.

ولرأى فرقاً بين هذه التعريفات، فإن اختلف في كون النذمة إما وصفاً شرعياً، أو أمراً اعتبارياً، أو صفة فطرية، أو معنى مقدراً فإنها متفقة جميعها في كون النذمة هي محل الإلزام والالتزام

وبما يصير الإنسان أهلاً للحقوق والواجبات، وإن وسع البعض في نطاقها وشروطها ضيق البعض نطاقها وقيدها بعض الشروط، كالبلوغ والرشد، كما عند القرافي والسبكي، فهذه التعريفات مختلفة لفظاً لا معنٍ. هذا وينتداول علماء الأصول خاصة مصطلحاً آخرًا وطيد الصلة بالذمة هو مصطلح أهلية الوجوب فما الفرق بين المصطلحين؟ وما العلاقة بينهما؟

## 2. الذمة وأهلية الوجوب

هناك علاقة وطيدة بين مصطلحي الذمة وأهلية الوجوب إلى درجة توهם أحياناً أنهم متزلفان، فلا يخلو حديث عن أهلية الوجوب من الحديث عن الذمة، وكذلك العكس. وإلى هذه الصلة الوثيقة يشير السنوري<sup>(22)</sup> حين يقول: "ولما كانت هذه الصلاحية التي ترتب على ثبوت الذمة يسمى بها الفقهاء بأهلية الوجوب، إذ يعرفون هذه الأهلية بأنها صلاحية الإنسان للحقوق، والواجبات المشروعة؛ فإن الصلة ما بين الذمة وأهلية الوجوب صلة وثيقة، فالذمة هي كون الإنسان صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات، وأهلية الوجوب هي هذه الصلاحية ذاتها، والذمة تلازم الإنسان، إذ يولد الإنسان ولد ذمة بحكم أنه إنسان، ومن ثم ثبت له أهلية الوجوب، فأهلية الوجوب تترتب على وجود الذمة".

ويقول عبد الوهاب خلاف معرفة أهلية الوجوب: "هي صلاحية الإنسان لأن ثبت له حقوق وتجب عليه واجبات وأساسها الخاصة التي خلق الله عليها الإنسان واحتضنه بما من بين أنواع الحيوان وبما صلح لأن ثبت له حقوق وتجب عليه واجبات وهذه الخاصة هي التي سماها الفقهاء الذمة"<sup>(23)</sup>، ثم يورد الفكرة نفسها فيقول: "وهذه الأهلية -أي أهلية الوجوب- ثابتة لكل إنسان يوصف أنه إنسان سواءً كان ذكرًا أم أنثى، سواءً كان جنيناً أم طفلاً أم ممِيزًا أم بالغاً أم راشدًا أم سفيهاً عاقلاً أو مجنوناً، صحيحًا أم مريضاً، لأنها مبنية على خاصة فطرية في الإنسان"<sup>(24)</sup>. ويقصد الذمة طبعاً.

فما هي هذه العلاقة الوطيدة بين الذمة وأهلية الوجوب؟ وفيما تمثل الصلة الوثيقة بينهما على حد تعبير السنوري؟ وكيف مثل الذمة الأساس لأهلية الوجوب على حد قول عبد الوهاب خلاف؟ ربما هذا الذي يجرب حوله وهة الرحيلي حين قال: "الأهلية هي الصلاحية، والذمة محل الصلاحية"<sup>(25)</sup>.

ويقسىم نطاق أهلية الوجوب عند بعض الفقهاء ليكون بمعنى الإنسانية "ولا يوجد إنسان عالم أهلية الوجوب لأن أهليته للوجوب هي إنسانيته"<sup>(26)</sup>، وبهذا تلتقي أهلية الوجوب مع الذمة في معنى الإنسانية كما جاء في مصادر الحق<sup>(27)</sup> "أن الذمة لا يراد بها إلا نفس الإنسان".

إلا أن القرافي من المتقدمين قرر تباين وتغيير الحقيقةين -الذمة وأهلية المعاملة- فقال: "إذا قلنا زيد له ذمة معناه أنه أهل لأن يعامل وها حقيقتان متباعدةان بمعنى أنها متغيرتان"<sup>(28)</sup>، وأوضح هذا التباين فقال: "وتحقيق التغيير بينهما أن كل واحد من هاتين الحقيقةين أعم من الأخرى من وجه وآخر من وجه فإن التصرف يوجد بدون الذمة و الذمة توجد بدون أهلية التصرف ويجتمعان معاً كالحيوان والأبيض.."<sup>(29)</sup>، ومثل ذلك بالصبي المميز له أهلية التصرف وليس له ذمة باتفاق الجميع -على حد قول القرافي- وتوجد الذمة بدون أهلية التصرف كالعبد المحجور عليه حق سيده.. وتوجد أهلية التصرف والذمة معاً في حق الحر البالغ الرشيد..<sup>(30)</sup>.

وأشار إلى فرق آخر أيضاً وهو شرط التكليف فقال: "ووقع الفرق أيضاً من حيث السبب فإن الذمة يشترط فيها التكليف من غير خلاف أعلم بخلاف أهلية التصرف فقد وضع الفرق بينهما".<sup>(31)</sup>

وعلق ابن الشاطئ<sup>(32)</sup> على هذا الفرق الأخير فقال: إذا صاح الاتفاق على اشتراط التكليف في الذمة فلا ذمة للصبي ويتعين حد الذمة أو رسماً بها بأنها قبل الإنسان شرعاً للزوم المحقق دون التزامها.."<sup>(33)</sup>.

فقول ابن الشاطئ: "إذا صع الاتفاق" عبارة تشكك في الإجماع الذي أشار إليه القراء في أكثر من موضع حول اشتراط التكليف في الذمة و هذا ما لم يشترطه الفقهاء المحدثون، ومنه يكون نطاق الذمة عند المحدثين أوسع منه عند المتقدمين.

وبعد عرضي لآراء العلماء المتقدمين منهم والمتاخرين أرى أن الذمة أوسع من أن تكون للبالغ الرشيد فحسب، فهي وصف شرعي يفرض في الإنسان ليكون ملماً للحقوق والواجبات.

ولبيان الأمر أكثر أحد نفسي ملزمة ببحث مسألة بدء الذمة، فمن تبدأ الذمة؟ هذا ما سأحاول الإجابة عنه في المطلب الآتي:

### 3. بدء الذمة و علاقتها باليراث والوصية

فقد يتضاد إلى الذهن من ظاهر العبارة التالية للسنوري: "أهلية الوجوب تترتب إذن على وجود الذمة"<sup>(34)</sup>، أن الذمة سابقة في الوجود لأهلية الوجوب، وكذا المعنى نفسه قد يتضاد من ظاهر هذه العبارة - حول أهلية الوجوب - : "وأساسها الخاصة التي خلق الله عليها الإنسان واحتضنه بها.."<sup>(35)</sup>.

وكذا عبارة - قيلت في معرض الكلام عن أهلية الوجوب أيضا - .. وأساس ثبوتها وجود الحياة أو الصفة الإنسانية و لا علاقة لها بالسن أو العقل.."<sup>(36)</sup> وذلك أن الأساس هو ما بين عليه غيره.

وحول ثبوت أهلية الوجوب للجنين، قال عبد الوهاب مخلاف: "إن أهلية الوجوب ثابتة للجدين ولكنها ناقصة، فثبتت له حقوق مثل الإرث والوصية، ولكن لا يجب عليه لغيره واجبات"<sup>(37)</sup>.

بينما أشار وهمي الزحيلي<sup>(38)</sup> إلى بدء الذمة وأهلية الوجوب معا فقال: "وتبدأ الأهلية ناقصة منذ بدء تكون الجنين، وتكميل أهلية الوجوب بالولادة، وبالولادة تبدأ الذمة مع بدء تصور وجود العنصر الثاني من تلك الأهلية وهو عنصر المديونية أو الالتزام".

وقال محمد زكي عبد البر - حول بدء الذمة - "وتبدأ الذمة ببدء حياة الإنسان وهو جدين فتكون له ذمة قاصرة إذ يجوز أن يرث ويوصى له وأن يوقف عليه، ثم يولد حيا فتكميل ذاته شيئاً فشيئاً في المعاملات والعبادات والحدود، حتى تصير كاملة وتبقي ذمة الإنسان ما بقي حيا"<sup>(39)</sup>.

وربما تناقضاً ما قدلاحظه من خلال هذه العبارات المختلفة المعانى، لكنه يزول حين يعرف أنه مبني على مسألة موضوعية أخرى مفادها: هل الجنين جزءاً من أمه يقر بقرارها و ينتقل بانتقادها فيحكم بعدم استقلاله فتنافي عنده الذمة فلا يجب له ولا عليه فلا يرث ولا يوصى له أو ينظر إليه من جهة كونه نفساً بحالة فيحكم بثبوت الذمة له فهو أهل لأن يجب له و عليه فرث و تصح الوصية له".

واختلف الفقهاء حول ترجيح إحدى الجهةين على الأخرى، فرجع الخضرى بذلك أنه لا ذمة ولا أهلية ووجوب، و اشترط الانفصال حيا فقال: "وعندى لا إرث له وهو جدين لأن سبب الإرث الولد وشرطه الانفصال حيا فلا يثبت له المال الموروث إلا بالانفصال حيا، ولذلك لو انفصل مبتاً لا يوزع المال على ورثته، وإنما يوزع على ورثة المورث كأن الجنين لم يكن وكذلك الوصية فإن الموصى به يرجع إلى ورثة الموصى لا إلى ورثة الجنين"<sup>(40)</sup>، فعنده تتم الذمة بالولادة حيا، ومعها ثبتت أهلية الوجوب فيجب له وعليه: "من انفصل الجنين حيا ثبت استقلاله فتتم ذاته فصار أهلاً لأن يجب له وعليه، ولكن فيما عليه تفصيل.."<sup>(41)</sup> وأشار إلى التفصيل.

أما السنوري فذهب إلى القول بارث الجنين وجواز الوصية له حيث قال: "وتبدأ الذمة ببدء حياة الإنسان وهو حيin فتكون له ذمة قاصرة، إذ يجوز أن يرث وأن يوصى له وأن يوقف عليه، ثم يولد حيا فتكميل ذاته شيئاً فشيئاً، في المعاملات والعبادات والحدود حتى تصير كاملة. وتبقي ذمة الإنسان ما بقي حيا"<sup>(42)</sup>، ومنه أصنف آراء الفقهاء المتاخرين حول هذه المسألة في بحثين:

المجموعة الأولى: الذين يذهبون إلى أن الجنين جزء من أمه يقر بقرارها و ينتقل بانتقادها، فيحكم بعدم استقلاله فتنافي عنده الذمة فلا يجب له ولا عليه منهم الخضرى بذلك.

المجموعة الثانية: الجنين نفس مستقلة بحياة فله ذمة وهو أهل لأن يجب له وعليه قتتهم: عبد الوهاب خلاف، السنوري، وهبة الرحيلي، محمد زكي عبد البر.

الرجح:

وربما الرأي الذي أرجحه بناء على معطيات علمية<sup>(43)</sup> وصل إليها العلم الحديث بفضل وسائله الحديثة المتطرفة، والإسلام لا يتناق والعلم الصحيح، بالإضافة إلى أن هذا الرأي، ذهب إليه معظم الفقهاء، وهو أن الجنين ليس جزءاً من أمه يقرر بقرارها، وينتقل بانتقالها، بل هو نفس بحثة مستقل عن أمه في الكثير من الأمور، ومنه ثبت له الذمة مستقلة عن ذمة أمه، ومنه فهو أهل للحقوق فيirth، وتصح الوصية له، ويوقف عليه...

هذا عن بدء الذمة، فماذا عن انتهاءها؟ وما علاقة ذلك بالميراث والوصية؟

هذا ما سأجده فيما يلي:

#### 4. انتهاء الذمة وعلاقتها بأحكام الميراث والوصية

وللفقهاء حول انتهاء الذمة آراء ثلاثة هي:

الرأي الأول<sup>(44)</sup>: وهو للحنفية

ومفاده أن الموت لا يهدم الذمة ولكن يضعفها، ومنه يترتب على هذا أن الديون عند أصحاب هذا الرأي تتعلق بالذمة والتركة معاً، لأن الذمة صارت ضعيفة بالموت.

قال أبو زهرة: - بعد حواه بإسهاب حول سؤال طرحة هل تنتهي ذمة الميت بالوفاة أم لا؟ - "أن الميت له ذمة ما دامت له تركة ومن تسدد ديونه، أو لم تتفز وصاياه، حتى إذا سددت الديون ونفذت الوصايا، لم تبق له ذمة فقط، وإذا انقطعت كل الالتزامات والحقوق، وصار من الغابرين، وقبل أن تسدد الديون تكون متعلقة بالذمة والتركة معاً، لأن الذمة وحدها لا تحمل الديون، إذ قد صارت ضعيفة بالموت وإن كان لم يزلا، فلا تقوى على احتمال الديون وحدها فضمت إليها التركة،

لكي يمكن أن تستوفى الديون، تتبع الأموال، لأنه وإن كانت ذمة الميت باقية لا يمكن تتبعه ل Yoshi، فأقيم تتبع المال مقام تتبعه، ليس متوفياً من المال، بدل أن يلزم بالأداء من لا يمكن إلزامه"<sup>(45)</sup>.

الرأي الثاني<sup>(46)</sup>: وهو للمالكية والشافعية وبعض الحنابلة

ومفاده بقاء الذمة بعد الموت حق إيفاء الديون وتصفية التركة.

وأستدل هذا الفريق بقوله p : "نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه"<sup>(47)</sup>، بل وقد ثبت للشخص بعد الوفاة حقوق جديدة لم تكن ثابتة إذا باشر أسبابها في حياته وتكون عليه واجبات جديدة إذا باشر أسبابها في حياته أيضاً.

وضرب الفقهاء لذلك مثلاً كمن نصب شبكة للاصطياد، فوقع فيها حيوان فإنه يملأه ويدخل إلى تركته كسائر أملائه، وكثمن المبيع الذي رده المشتري على البائع بعد موته بسبب ظهر فيه، وكانت راهمه بضماني قيمة ما وقع في حفرة حفرها الشخص قبل موته في الطريق العام.

الرأي الثالث: وهو للحنابلة في روایة عندهم<sup>(48)</sup>

ومفاده انهدام الذمة بمجرد الموت ودليلهم على ذلك أن الذمة من خصائص الشخصية، والموت يعصف بالشخص وبذاته ويترتب على هذا أن الديون تتعلق عند أصحاب هذا الرأي بالتركة، فمن مات ولا تركه له سقطت ديونه.

الرجح:

والرأي الذي أراه أرجح وأصوب وأقرب إلى الحق، هو الرأي القائل ببقاء الذمة بعد الموت حق إيفاء الديون، وتصفية التركة لاستناده إلى نص والله أعلم.

ثم ماذا عن الذمة في القانون الوضعي؟ وما الطبيعة القانونية للذمة المالية؟ وما الفرق بين الذمة في الفقه الإسلامي والذمة في الفقه الغربي؟ هذا ما سأجيب عنه فيما يلي:

### ثانياً- نظرية الذمة في القانون الوضعي مقارنة بالفقه الإسلامي

#### ١. تعريف الذمة في القانون الوضعي

يقرر علماء القانون أن من الخصائص المميزة لشخصية الإنسان ذمه المالية، وهي بحسب علماء الفقه الغربي وعلى رأسهم أوبري ورو: "مجموع الحقوق الموجودة أو التي قد توجد والالتزامات الموجودة أو التي قد توجد لشخص معين"<sup>(49)</sup>.

ومنه فقد عرفها رجال القانون -وربما اقتباسا من هذه النظرية-: "أنها مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات قيمة مالية"<sup>(50)</sup>.

#### ٢. الطبيعة القانونية للذمة المالية

وعن طبيعة الذمة المالية القانونية يقرر رجال القانون بناء على ماهيتها أنه مادامت الذمة المالية عنصرها الحقوق المالية والالتزامات المالية، فمعنى ذلك أنه تخرج من نطاق الذمة المالية كافة الحقوق غير المالية مثل حق الحياة، وحق سلامه الحسنى، وغيرها من الحقوق العامة للإنسان.

وكذلك حق التأديب على الآباء وحق الطاعة على الزوجة، كما تخرج أيضا كافة الالتزامات غير المالية، مثل: واجب أداء الخدمة الوطنية وهو من الواجبات العامة للمواطن..<sup>(51)</sup>

#### ٣. الفرق بين الذمة في الفقه الإسلامي والذمة في الفقه الغربي

لخص السنهوري<sup>(52)</sup> وجوه الخلاف بين الذمة في الفقه الإسلامي والذمة في الفقه الغربي فيما يلي:

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

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

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

ثم يشير السنهوري إلى الفرق الجوهرى في هذه الفروق فيقول: "يمكن القول بوجه عام أن الفرق الجوهرى ما بين الذمة في الفقه الإسلامي، والذمة في الفقه الغربي هو أن الفقه الإسلامي ينظر إلى الذمة كشخصية قانونية لا كمجموع من المال، ومن ثم سهل على الفقهاء المحدثين أن ينسبوا الذمة في الفقه الإسلامي الخصائص التي يفرعها الفقه الغربي على فكرة الشخصية القانونية فيقولون إن الذمة لا تثبت إلا لشخص وإن لكل شخص ذمة، وأن الشخص الواحد لا تكون له إلا ذمة واحدة"<sup>(53)</sup>. ولم يذكر القانون المدني الجزائري الذمة وأحكامها، وإنما اكتفى بذكر الأهلية وأحكامها في المواد 40-42-43-44-45 من القانون المدني الجزائري<sup>(54)</sup>.

## الخلاصة:

لما سبق أستنتج:

1- الذمة تختلف عن أهلية الوجوب.

2- للجدين ذمة مستقلة عن ذمة أمه، فهو أهل للحقوق؛ فبره وتصح الوصية له على الرأي الراوح في البحث.

3- بقاء الذمة بعد الموت حق إيفاء الديون وتصفية التركة على الرأي الراوح في البحث.

4- الذمة في الفقه الغربي لا تشمل إلا الحقوق والالتزامات المالية، أما في الفقه الإسلامي فتشمل الحقوق والواجبات المالية وغير المالية.

5- أن الذمة في الفقه الإسلامي تميز عن الذمة في القانون الوضعي، في كون الذمة في الفقه الإسلامي تبدأ بالشخص، ثم تنتهي إلى المال، أما في الفقه الغربي فإنها تبدأ بالمال وتنتهي إلى الشخص، فالفقه الإسلامي ينظر إلى الذمة كشخصية قانونية لا كمجموع من المال.

6- لم يعن المشرع الجزائري ببيان الذمة وأحكامها.

## الهوامش:

(<sup>1</sup>) - هذا ما عنون به السنهوري حين تحدث عن الذمة بقوله: نظرية الذمة في الفقه الإسلامي، وقد أشار إلى أن الفقهاء المسلمين يقيمون التمييز بين الدين والعين على أساس الذمة. مصادر الحق 1 ج 1 ص: 20، وسماها وهة الزحيلي الذمة المالية ولم يفرق بينها وبين الذمة فقط، ولعله فعل ذلك مقتضايا بفقهاء القانون. الفقه الإسلامي وأدله، وهبہ الزحيلي، دار الفكر، الجزائر، ط1، 1991، ج 4، ص: 52.

(<sup>2</sup>) - محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس، شرح القاموس، دار صادر، بيروت، لبنان، (د.ر)(د.ت)، ج 8، ص: 301.

(3) - الزخشي، أساس البلاغة، تحقيق عبد الرحيم محمود، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د.ر)(د.ت)، ص: 144.

(4) - الرازي، مختار الصحاح، ضبط وتعليق وتحقيق: مصطفى ديب البغا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط4، 1990 ص: 150.

(5) - أخرجه البخاري عن علي، رضي الله عنه، كتاب الفرائض، باب إثم من تبرأ من مواليه، ج 12 ص: 41-42، وأخرجه في كتاب الحزيمة، باب ذمة المسلمين وحوارهم واحدة يسعى لها أدناهم ج 6 ص: 273، وأخرجه أيضاً في كتاب الاعتصام، باب ما يكره من التعمق والتنازع والغلو في الدين والبدع، ج 13 ص: 275، وأخرجه أيضاً في كتاب فضائل المدينة، باب حرم المدينة، ج 4 ص: 81. (فتح الباري، شرح صحيح البخاري، دار الفيحياء)، وأخرجه النسائي، كتاب القسام، باب القود بين الأحرار والمماليك في النفس، ج 7، ص: 20.

(6) - علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط4، 1417، 1988، ص: 143.

(7) - ابن منظور، لسان العرب، إعداد وتصنيف يوسف الحياط، دار لسان العرب، بيروت، لبنان، (د.ر)(د.ت)، م 1، ص: 1087.

(8) - الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار العلم، بيروت، لبنان، (د.ر)(د.ت)، ج 4 ص: 115-116.

(9) - القرافي، الفروق، عالم الكتب، بيروت، لبنان، (د.ر)(د.ت)، ج 3 ص: 226 وص 230-231.

(10) - القرافي، المرجع نفسه، ج 3 ص: 226 وص: 230-231.

(11) - القرافي، المرجع نفسه، ج 3 ص: 226 وص: 230-231.

- (<sup>12</sup>) تاج الدين بن عبد الكافي السبكي، الأشباء والنظائر، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1411هـ 1991م، ج 1، ص: 363-364.
- (<sup>13</sup>) الحرجاني، المراجع السابق، ص: 143.
- (<sup>14</sup>) مصطفى الزرقا، نظرية الالتزام العامة، ص: 201.
- (<sup>15</sup>) أبو زهرة، أحكام الترکات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر (د.ر.) 1383هـ 1964م، ص: 16.
- (<sup>16</sup>) علي حيدر، درر الحكم شرح مجلة الأحكام، طبعة دار الجيل، تعریف فہمی الحسینی، م 1 ص: 25.
- (<sup>17</sup>) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، الزهراء، الجزائر، ط 2، 1993، ص: 136.
- (<sup>18</sup>) الخضري بك، أصول الفقه، دار القلم، بيروت، لبنان، ط 407، 1401هـ 1987م، ص: 91.
- (<sup>19</sup>) السنہوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار الفكر، مصر، (د.ر.) (د.ت) م 1 ج 1 ص: 20.
- (<sup>20</sup>) محمد زكي عبد البر، المعاملات المالية في المذهب الحنفي، دار الثقافة، الدوحة، قطر، ط 1، 1406هـ 1986م، ص: 20. السنہوري مصادر الحق، م 1 ج 1 ص: 20.
- (<sup>21</sup>) الشاطئي، المواقفات، تعليق محمد حسين التونسي، دار الفكر، (د.ر.)، 1411هـ، م 1، ج 1 ص: 103.
- (<sup>22</sup>) عبد الرزاق السنہوري، مصادر الحق، م 1 ج 1 ص: 20.
- (<sup>23</sup>) عبد الوهاب خلاف، المراجع السابق، ص: 135-136.
- (<sup>24</sup>) عبد الوهاب خلاف، لمراجع السابق، ص: 136.
- (<sup>25</sup>) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، ج 4 ص: 52.
- (<sup>26</sup>) عبد الوهاب خلاف، المراجع السابق، ص: 136.
- (<sup>27</sup>) السنہوري، مصادر الحق، م 1 ج 1 ص: 20، وانظر محمد زكي عبد البر، المراجع السابق، ص: 20.
- (<sup>28</sup>) القرافي، المراجع السابق، ص: 226-227.
- (<sup>29</sup>) القرافي، المراجع السابق، ص: 227-226.
- (<sup>30</sup>) القرافي، المراجع السابق، ص: 227-229.
- (<sup>31</sup>) القرافي، المراجع السابق، ص: 233.
- (<sup>32</sup>) ابن الشاطئ: هو أبو القاسم القاسم بن عبد الله بن محمد بن محمد الأنصاري، المعروف بن الشاطئ، الفقيهي المالكي، كان حافظاً، معروفاً بجودة الفكر، من مؤلفاته تذيب الفروق، توفي 723هـ، انظر: الديبايج المذهب، ص: 324-325، هدية العارفين ج 5 ص: 825.
- (<sup>33</sup>) ابن الشاطئ، أدوار الشروق على أنواع الفروق، عالم الكتب، بيروت، لبنان، (د.ر.) (د.ت)، ص: 234.
- (<sup>34</sup>) السنہوري، مصادر الحق، م 1 ج 1 ص: 20.
- (<sup>35</sup>) عبد الوهاب خلاف، المراجع السابق، ص: 136.
- (<sup>36</sup>) محمد الدسوقي، أمينة الجابر، مقدمة في دراسة الفقه الإسلامي، دار الثقافة، الدوحة، قطر، ط 1، 1411هـ 1990م ص: 68.
- (<sup>37</sup>) عبد الوهاب خلاف، المراجع السابق، ص: 136.
- (<sup>38</sup>) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، ج 4 ص: 52.
- (<sup>39</sup>) محمد زكي عبد البر، المراجع السابق، ص: 45-46، السنہوري، مصادر الحق، م 1 ج 1 ص: 21.
- (<sup>40</sup>) الخضري بك، المراجع السابق، ص: 92.

- (41) - الحضري بك، المرجع السابق، ص: 92.
- (42) - السنهوري، مصادر الحق، م 1 ج 1 ص: 21.
- (43) جاء في كتاب نورت حافظ: "وفي الشهر السادس أيضاً، يصبح لركات الجنين وقع الوحوز تماماً، فهو يضطجع حيناً على هذا الجنب ثم يستدير إلى الآخر، كما أنه تارة يضع رأسه إلى الأسفل، وأحياناً أخرى إلى الأعلى، وغالباً يأخذ الطفل وضعية ثابتة في الشهر السابع حتى الولادة.." وأضافت قائلة: "وفي بعض الأحيان لا تشعر الحامل بحركة الجنين مدة طويلة من الزمن، فيعمل الأطباء ذلك بأن الجنين تنتابه حالة اليقظة والنوم في بطنه أمه كما هو الحال بعد الولادة.." نورت حافظ، رعاية الأم والطفل، دار الفكر (د.ر.) (د.ت) ص: 14. وجاء في كتاب آخر .. ابتداء من الشهر الرابع وما بعده بأيام يبدأ قلب الجنين بالنبض، مما يدل على أنه نفس بحثة، خالص جلبي، الطب محاب الإمام، ج 1 ص: 89.
- (44) - أبو زهرة، أحكام التراثات والمواريث، ص: 17، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4 ص: 54.
- (45) - أبو زهرة، أحكام التراثات والمواريث، ص: 7.
- (46) - انظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4 ص 54، أبو زهرة، أحكام التراثات والمواريث، ص: 16.
- (47) - انظر: ابن ماجه، كتاب الصدقات، باب التشديد في الدين، حديث رقم 2413 ج 3 ص 145، وأخرجه الترمذى - كتاب الجنائز، باب ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: "نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه" حديث رقم 1078 عن أبي هريرة ج 3 ص: 389، وأخرجه الدارمي، كتاب البيوع، باب ما جاء في التشديد في الدين، ج 2 ص: 262.
- (48) - ابن رجب الحنبلي، القواعد، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د.ر.) (د.ت) ص: 193 - 195 وص: 88.
- (49) - اسحق إبراهيم منصور، نظرتنا القانوني والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2، 1990 ص: 231.
- (50) - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، م 1 ج 1 ص: 23-24، عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، (د.ر.)، 1982، ص: 40، عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، ص: 215، حسن كبيرة، مدخل للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000، ص: 499.
- (51) - اسحق إبراهيم منصور، المراجع نفسه، ص: 231.
- (52) - السنهوري، مصادر الحق، م 1 ج 1 ص: 23-24.
- (53) - السنهوري، مصادر الحق، م 1 ج 1 ص: 24، وانظر: مصطفى الزرقاوي، نظرية الالتزام العامة، ص: 211 - 213.
- (54) - الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 / 09 / 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري .