

العين والدين في القانون الإسلامي

والحق العيني والحق الشخصي في القانون المدني

شاهد:

بالحق والاستقرار. لم نجد في القانون المدني ما يطلق عليه العين والدين، ولكن
هذا أن الدار في أحكام التعاملات على الحق العيني والحق الشخصي.

العين والدين في الفقه الإسلامي

والحق العيني والشخصي في القانون المدني

في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني. إذ يمكن ذلك بكون للسلطع والباحت
الطارة والمناقلة في الفقهين، ولذلك سيكون البحث في هذا الفصل على النحو التالي
المبحث الأول: في تعريف العين وأقسام الحق المتعلق بها في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: في تعريف الدين وخصائصه التي تميزه عن العين في الفقه
الاسلامي.

د/ أسامة محمد العبد

المبحث الثالث: في أسباب تمييز العين والدين في القانون المدني.

المبحث الرابع: في الحق العيني وأثره في القانون المدني.

المبحث الخامس: في الحق الشخصي ومصادره في القانون المدني.

المبحث السادس: في مقارنة العين والدين في الفقه الإسلامي بالحق العيني
الشخصي في القانون المدني.

العين والدين في الفقه الاسلامي

والحق العيني والحق الشخصي في القانون المدني

تمهيد:

بالبحث والاستقراء لم نجد في القانون المدني ما يطلق عليه العين والدين، ولكن وجدنا أن المدار في أحكام المعاملات علي الحق العيني والحق الشخصي.

لذا عقدنا هذا الفصل لبيان العين والدين في الفقه الاسلامي وأحكام كل منهما، ثم بيان الحق العيني والحق الشخصي وأحكامهما في القانون المدني، ليتبين لنا ما اذا كان الأمران متطابقين، أم يبعد كل منهما عن الآخر، حتي يكون البحث جلياً في كل من الفقه الاسلامي والقانون المدني، اذ ببيان ذلك يمكن للمطلع والباحث المناظرة والمقابلة في الفقهاء، ولذلك سيكون البحث في هذا الفصل علي النحو التالي

المبحث الأول : في تعريف العين وأقسام الحق المتعلق بها في الفقه الاسلامي.

المبحث الثاني : في تعريف الدين وخصائص الحق المتعلق به وبالعين في الفقه الاسلامي.

المبحث الثالث : في أسباب ثبوت الدين وحكم أدائه في الفقه الاسلامي.

المبحث الرابع : في الحق العيني وأنواعه في القانون المدني.

المبحث الخامس : في الحق الشخصي ومصادره في القانون المدني.

المبحث السادس : في مقارنة العين والدين في الفقه الاسلامي بالحق العيني

والشخصي في القانون المدني .

(١) نيل الأوطار السابق ص ٢٩١ .
(٢) نيل الأوطار السابق ص ٢٩١ .

المبحث الأول

تحريف العين وأقسام الحق المتعلق بها

فد الفقه الاسلامي

ويشتمل هذا المبحث على مطلبين : المطلب الأول : تعريف العين لغة واصطلاحاً .

المطلب الثاني : أقسام الحق المتعلق بالعين في الفقه الاسلامي .

المطلب الأول

تعريف العين لغة واصطلاحاً

(أولاً) تعريف العين في اللغة :

العين عند العرب : حقيقة الشيء ، والعين : المال الحاضر ، ومن كلامهم : عين غير دين ، والعين النقد ، يقال : اشترت العبد بالدين أو بالعين ، وعين الشيء : نفسه وشخصه وأصله ، والجمع أعيان ، وعين كل شيء : نفسه وحاضره وشاهده ، فعين الدرهم : ذاته ونفسه وهذه أعيان دراهمك ، وعين الرجل : شاهده ، ويقال : أن فلاناً لكريم عين الكرم (١) .

وفي مختار الصحاح : العين حاسة الرؤية ، وهي مؤنثة وجمعها أعين وعيون وأعيان ، والعين أيضا عين الماء ، وعين الركبة ، والعين عين الشمس والعين الدينار ، والعين المال الناض ، وعين الشيء خياره وعين الشيء نفسه ، يقال : هو هو بعينه ولا

(١) لسان العرب : مادة عين ص ٣١٩٨ .

بنيها يصححه هـ لسا ٤١

بنيها يصححه هـ لسا ٤١

بنيها يصححه هـ لسا ٤١

بنيها يصححه هـ لسا ٤١

بنيها يصححه هـ لسا ٤١

بنيها يصححه هـ لسا ٤١

بنيها يصححه هـ لسا ٤١

أخذ إلا درهمي بعينه (وتعين) الرجل المال أصابه بعين، وتعين عليه الشيء لزم بعينه (١).

- (ثانيا) تعريف العين في الاصطلاح:

العين في الاصطلاح هي : الذات المعينة المشخصة في الخارج المرئية بالحس، وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية بقولها : (أن العين هي الشيء الذي المشخص كبيت وكرسي) (٢) وفي المفردات العين هي ذات الشيء (٣).

وقد جاء في تعريف الامام الكاساني للعين أنها : ما يتعين بالتعيين (٤).
وقد جاء في تعريف الامام القرافي للعين أنها : الشيء الموجود في الخارج المرئي بالحس (٥).

ومن التعريفات السابقة يتبين لنا أن العين التي يتعلق بها الحق المالي يجب أن تكون ذاتا معينة، أي أنها كائن موجود وجودا حقيقيا يمكن استيفاء الحق منه مباشرة، وهي مشخصة ومرئية ومحسوسة، يتعلق الحق بذاتها لا بمثلها ولا بقيمتها (٦).

والحق الثابت علي العين مثل حق الملكية مثلا : هو عبارة عما أثبتته الشارع الحكيم لانسان علي عين معينة، وهو الشيء المملوك اذا قام سببه مثل العقد، وهذا الحق الذي أثبتته الشارع لا يحتاج الي تدخل شخص آخر لكي يستعمل صاحب الحق

(١) مختار الصحاح : مادة عين ص ٤٦٦ .

(٢) مجلة الأحكام العدلية مادة ١٥٩ .

(٣) المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني ص ٣٥٥ .

(٤) بدائع الصنائع ٥ / ٢٠٤ .

(٥) الفروق للقرافي ٢ / ١٣٣ الفرق ٨٧ .

(٦) د / حسن الشاذلي : الاقتصاد الاسلامي ص ٧٧ .

هذه علي هذه العين، كما أن الحق الذي أثبتته الشارع الحكيم علي عين معينة يتحقق بمجرد وجود المالك والشيء المملوك وسبب الملكية.

المطلب الثاني

أقسام الحق المتعلقة بالعين

ينقسم الحق المتعلقة بالعين الي اقسام باعتبارات مختلفة :

الأول : باعتبار استقرار متعلقة وعدم استقراره الي عقار ومنقول .

الثاني : باعتبار الشارع لمتعلقه الي محترم وغير محترم (متقوم وغير متقوم)

الثالث : باعتبار قائل أجزاء متعلقة وعدم تماثلها الي مثلي وقيمي .

الرابع : باعتبار تمام متعلقه أو عدم تمامه (الملك التام والملك الناقص) .

(القسم الأول - باعتبار الاستقرار وعدمه الي عقار ومنقول)

- العقار : هو (الشيء الثابت الذي لا يمكن نقله وتحويله من مكان الي آخر، مثل الأرض الزراعية) (١).

المنقول : هو (الشيء الذي يمكن نقله وتحويله من مكان الي آخر فيشمل جميع أنواع الحيوان والعروض والذهب والفضة والمكيلات والموزونات) (٢).
وفائدة هذا التقسيم تظهر في بيان أحكام كل منهما (٣).

١- الشفعة لا تثبت في المبيع الا اذا كان عقارا، فلا شفعه في المنقول اذا بيع

(١) تبين الحقائق ٥ / ٢٥٢، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزي ص ٣٠٢، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢ / ٧٣ .

(٢) المغني لابن قدامة ٥ / ٤٦٤، الاقتناع ٢ / ١٥٢ .

(٣) الشيخ علي الحافظ : مختصر أحكام المعاملات ص ٦ .

مستقلا.

٢- يجوز للوصي أن يبيع منقول الصغار اذا كان في ذلك مصلحة، وليس له بيع العقار إلا بمسوغ شرعي .

٣- في حال بيع أموال المدين لاستيفاء الدين يبدأ أولا بالمنقول إن لم يف بيع العقار .

(القسم الثاني - باعتبار الشارع متعلقة الي محترم وغير محترم)

- الشيء المحترم : هو ما اعتبره الشارع وأباح الانتفاع به وتملكه والتصرف فيه، كالنقود والعروض والدور والأراضي، فكل هذه الأشياء قد اعتبرها الشارع وأجاز حيازتها والانتفاع بها في حال السعة والاختيار، وهي الحال التي لا يكون الانسان فيها مضطرا الي الانتفاع به وقد غير الفقهاء عنها بالأموال المحترمة .

أما الأشياء التي لم يعتبرها الشارع ولم يجز حيازتها والانتفاع بها أو تملكها مثل الخمر والخنزير والميتة والدم وما أهل لغير الله به والمنخقة والموقودة والمتردة والنطيحة والأنصاب والأزلام وغيرها من الأشياء غير المحترمة قد حرمها الشارع الحكيم وحرم حيازتها والانتفاع بها إلا في حالة الاضطرار^(١).

- ومن نصوص الفقهاء في ذلك :

ما جاء في بدائع الصنائع : ما لو غصب خمرا أو خنزيرا لمسلم فهلك في يده فلا يضمن سواء كان الغاصب مسلما أو ذميا ، لأن الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم وكذا الخنزير فلا يضمنان^(٢).

(١) حال الاضطرار كأن يصيب الانسان جوع يخشى منه الهلاك أو الظم الشديد فلا يجز غير الخمر والخنزير فله أن يتناول بقدر ما يدفع الهلاك عنه .

(٢) بدائع الصنائع ١٤٧/٧ .

وجاء في حاشية الدسوقي عند الكلام علي الشيء المغصوب قوله " محترمة " وهو الذي يجوز تملكه وبيعه، فالخمر ليس بمحترم اذ لا يجوز بيعها ولا تملكها^(١)

وجاء في مغني المحتاج في معرض الكلام علي رد المغصوب : " فان كان الشيء المغصوب محترما وجب رده وإن لم يكن محترما لا يجب رده "^(٢) .

ومن هذه النصوص يتبين لنا أن المال المحترم هو ما اعتبره الشارع وجعل له قيمة بضمنها متلفه عند الاعتداء عليه، أما غير المحترم فهو ما لم يعتبره الشارع ولا يضمن أصلا وإن كان قد أجاز الشارع الانتفاع به عند الضرورة قال تعالي : (انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ان الله غفور رحيم)^(٣) .

- وفائدة هذا التقسيم يظهر عند بيان أحكامها المختلفة في التطبيقات :^(٤) .

(١) - المال المتقوم يضمن مستهلكه أو متلفه عند التعدي أما غير المتقوم لا ضمان فيه، كما لو أتلف مسلم لمسلم خمرا فلا ضمان عند الفقهاء لأن الخمر غير محترم في حق المسلم، وغير محترم مطلقاً عند غير الحنفية .

(٢) - المال المحترم هو الذي يصلح أن يكون محلا لمعاوضة مالية فيصح أن يكون مبيعا، كما يصح أن يكون ثمنا، ويصح أن يوهب ويوصي به، ولا يصح غير المحترم لذلك . فلا يصح بيع الأموال غير المحترمة ولا هبتها ولا الوصية بها لعدم تقومها واحترامها .

(١) حاشية الدسوقي علي شرح الكبير ٤ / ٣٣٦ بالهامش .

(٢) مغني المحتاج ٢ / ٢٨٥ .

(٣) سورة البقرة : الآية رقم ١٧٣ .

(٤) مختصر أحكام المعاملات للشيخ علي الحقيفي ص ٥٢٤ .

القسم الثالث

باعتبار تماثل اجزاء متعلقة وعدم التماثل الي مثلي وقيمي^(١)

- المعلي : ما حصره كيل أو وزن وجاز السلم فيه وبيع بعضه ببعض كالدب والفضة والنحاس وما يقدر بالكيل كالبر والأرز والشعير .

والقيمي : ما لا يقدر من الأموال بكيل أو وزن ولا يقوم بعضه مقام بعض ويشمل الأراضي والدور والحيوان بجميع أنواعه والأشجار والثياب المختلفة.

القسم الرابع

من حيث تمام متعلقه او عدم تمامه (الملك التام والناقص)

- الملك : اختصاص يمكن صاحبه شرعا من أن يستبد بالتصرف والانتفاع عند عدم المانع الشرعي^(٢) . وقد جعل الشارع لهذا الاختصاص أسبابا رتبها عليها ، فإذا ما اختص إنسان بعين من الأعيان ، كان له شرعا بناء علي هذا الاختصاص أن يتصرف بالتصرف فيها بالبيع ونحوه ، وأن يتفرد بالانتفاع بها إما بنفسه واما بواسطة غيره من طريق الإجازة أو الاعارة أو غيرهما ، فقد ثبت له ملك هذه العين .

أنواع الملك :

ينقسم الملك الي قسمين : ملك تام وملك ناقص .

(١) سبق بيان ذلك تفصيلا .

(٢) الشيخ علي الحفيف : مختصر أحكام المعاملات ص ٩ .

فيكون ملك العين تاما إذا كان شاملا للعين ومنفعتها جميعا ، أي لرقبة الشيء الملك " مادته وذاته " ولمنافعه كذلك .

وقد ذكر ابن رجب الحنبلي : " أن الملك أربعة أنواع : ملك عين ومنفعة ، وملك عين بلا منفعة ، وملك منفعة بلا عين ، وملك انتفاع من غير ملك المنفعة . ثم قال : أما النوع الأول ، فهو عامة الأملاك الواردة علي الأعيان المملوكة بالأسباب المقتضية لها من بيع وهبة وارث وغير ذلك . . .

فمن كان مالكا لعموم الانتفاع المأذون فيه شرعا فهو المالك المطلق ، ومن كان مالكا منه فملكه مقيد ويختص باسم خاص يمتاز به كالمستأجر والمستعير وغير ذلك .

والنوع الثاني : ملك العين بدون منفعة ، وقد أثبتته الأصحاب في الوصية بالمنافع لواحد وبالرقبة لآخر ، أو تركها للورثة .

والنوع الثالث : ملك المنفعة بدون عين وهو ثابت بالانفاق ، ومنه الوصية بالمنافع ، ومنه الوقف فإن منافعه وثمراته مملوكة للموقوف عليه ، ومنه أيضا الإجازة والعارية علي وجه .

والنوع الرابع : ملك الانتفاع المجرد وله صور متعددة منها : ملك المستعير ، فإنه يملك الانتفاع لا المنفعة ، ومنها المنتفع بملك جاره من وضع خشب ومحر في داره ، ومنها اقطاع الأرفاق كمقاعد الأسواق^(١) .

والملك التام الشامل للعين والمنفعة معا يستفاد بأسباب عديدة كما يتميز عن الملك الناقص بعدة خواص نذكرها فيما يلي :

(١) بيان ذلك مفصلا في القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٢٠٨ القاعدة السادسة والثمانون .

أسباب الملك التام (١) :

يستفاد الملك التام بأسباب أهمها ما يلي :

- أ- بوضع اليد علي المال المباح (٢)، وإن شئت قلت : بحيازته والاستيلاء عليه.
- ب- بالتولد من المال المملوك، فكل ما يتولد من مال يكون لمالك هذا المال كشر الشجر ونتاج الحيوان يملكه مالك الشجر والحيوان لتولده من ملكه.
- ج- بالميراث، وإن شئت قلت : بوفاة المورث بالنسبة الي الوارث . وذلك بحلول الوارث محل مورثه فيما كان يملكه من أموال أو حقوق مالية عند وفاته بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا الصادرة من المورث في ثلث ما ترك أو فيما زاد عليه عند إجازة الورثة (٣).

د- بأحد العقود الناقلة للملكية، والعقود الناقلة للملكية كثيرة منها : البيع والهبة والصدقة والوصية بالأعيان، والصلح والزواج بالنسبة للمهر إذا كان عبئا، والإجازة بالنسبة الي الأجرة إذا كانت عبئا .
وتفصيل كل ذلك ليس موضوع بحثنا .

(١) أنظر : المختصر للشيخ علي الخفيف ص ٢٧، الاستاذ أحمد أبو الفتح : المعاملات في الشريعة الاسلامية ص ٥٣ .

(٢) يقصد بالمال المباح هنا جميع ما خلقه الله سبحانه وتعالى في الأرض لينتفع به الناس أجمعون عالم يجزه أحد كالماء والكلا والطير والسماك .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٣٥ .

خواص الملك التام :

للملك التام خواص ليست للملك الناقص، أهمها :

- ١- قدرة المالك علي التصرف في ذات العين المملوكة بجميع أنواع التصرفات المأذنة شرعا من بيع وهبة ووقف ووصية ورهن .
- ٢- قدرة المالك علي الانتفاع بالعين، علي أي وجه شاء من الوجوه المشروعة للانتفاع كإجازة الأرض المملوكة وزراعتها، وسكني الدار وما الي ذلك من وجوه الانتفاع سواء انتفع بها مع بقائها علي هيئتها وصورتها أم انتفع بها بعد تغييرها علي حسب ما تتطلبه طريقة الانتفاع لا يتقيد في ذلك بأي شرط، ولا يحد بأي حد إلا حد الشارع .

٣- عدم تقيد المالك التام بأي زمن محدود، كسنة مثلا، فملك المالك دائم لا ينتهي إلا بموته، أو بانهائه بالوقف أو بنقله الي مالك آخر بسبب من الأسباب الناقلة للملك شرعا .

٤- عدم مطالبة المالك ملكا تاما بضمان العين المملوكة له إذا أتلفها بدون موجب، لأن الضمان لا يستحقه إلا المالك، ولا يكون الانسان مدينا لنفسه، وإن كان ذلك لا يعفيه من تعزير الحاكم اياه إذا ما استوجب تعديده (١).

أقسام الملك الناقص :

بعد أن بينا أسباب الملك التام وخواصه التي يختص بها دون الملك الناقص يلزم بيان أقسام الملك الناقص - كي تتم الفائدة - وهو اما ملك رقبة فقط، واما ملك

(١) أنظر : الشيخ علي الخفيف : مختصر أحكام المعاملات ص ٢٦، الاستاذ أحمد أبو الفتح : المعاملات في الشريعة ص ٣٠ - ٤٣ .

منفعة فقط، وقد يسمى ملك المنفعة بحق الانتفاع، ويتنوع ملك المنفعة إلى نوعين :
نوع يكون فيه حق الانتفاع شخصيا، ونوع يكون فيه عينيا ولا يكون إلا في العقار
وهو حق الارتفاق .

فالأول : يتعلق ابتداءً بالمنتفع، فيكون له فقط، ولا ينتقل عنه إلى غيره إلا في
بعض الصور .

والثاني : يتعلق بعين العقار المقرر عليه هذا الحق، ويتبع العقار المقرر له أي
ذهب، فيثبت لمن يملكه ما دام مالكا له .

أذن تكون أقسام الملك الناقص ثلاثة : ملك عين فقط، ملك منفعة يكون معه
حق الانتفاع شخصيا، وملك منفعة يكون معها حق الانتفاع عينيا (حق الارتفاق)^(١) .

أولا ملك العين فقط :

ملك العين يتحقق إذا كانت العين مملوكة لشخص ومنافعها كلها مملوكة لشخص
آخر . وعندئذ لا يحق لمالك العين الانتفاع بها ولا يملك التصرف في منفعتها ما دامت
المنفعة في ملك غيره، كما لا يجوز لمالك العين أن يتصرف في العين تصرفا يضر بحق
مالك المنفعة . فإذا كانت دارا فلا يحق له أن يهدمها ولا يهدم بعضها لأن ذلك يضر
بصاحب المنفعة .

ويتحقق ملك العين فقط في بعض صور الوصية كأن يوصي انسان لآخر بمنافع
عين مملوكة له كسكني داره أو زراعة أرضه مدة معينة^(٢) فإذا مات الموصي وقبل
الموصي له الوصية كانت عين الدار ملكا لورثة الموصي، وسكني الدار أو زراعة الأرض

(١) الشيخ علي الخفيف : مختصر أحكام المعاملات ص ١٠ .

الاستاذ أحمد أبو الفتح : المعاملات الشرعية ص ٣٤ .

(٢) الهداية ٤ / ٢٥٢، بدائع الصنائع ٧ / ٣٥٢، فتح الوهاب للأتصاري ٢ / ١٧، بداية المجتهد ٢ / ٣٠٦، القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٤١ .

حفا مملوكا للموصي له وملكية العين تكون دائمة وتنتقل بالميراث إلى الورثة وتؤول
دائما إلى ملكية تامة عند انتهاء مدة الوصية أو موت الموصي له . أما ملكية المنفعة
تكون مؤقتة دائما .

ثانيا ملك المنفعة (١) :

هذا النوع من الملك قد يكسب صاحبه أن ينتفع به بنفسه وأن يملك غيره هذه
المنفعة فيكون له حق الانتفاع بها، كما إذا أوصي شخص لآخر بمنافع دار ينتفع بها
كما يشاء وعلي أي وجه يريد سكنا وإسكانا، فإن للموصي له في هذه الحال أن يسكن
الدار بنفسه، وأن يعيرها لغيره

وقد يكسب صاحبه أن ينتفع بنفسه، كما في وقف بيوت السكني علي طلبية
العلم، فإنه لا يجوز لطلب العلم سوي السكني فقط، وليس له حق إعارتها لآخر أو
إجارتها .

أسباب الملك في هذا النوع :

يستفاد ملك المنفعة الذي يكون معه حق الانتفاع شخصيا من الأسباب الآتية^(٢)

١- الإجارة، فالمستأجر يملك بالإجارة منفعة العين المؤجرة فمن يستأجر أرضا
للزراعة، ملك أن يزرعها .

٢- الإعارة، فالمستعير يملك منفعة العين المستعارة .

٣- الوقف والوصية، فالموقوف عليه والموصي له يملك كل منهما ما أعطي من
المنافع في الموقوف والموصي به .

(١) المراجع السابقة .

(٢) الشيخ علي الخفيف : مختصر أحكام المعاملات ص ١٢ .

ويتميز هذا النوع بقبول التقييد عند إنشائه بالصفة والزمان والمكان فيجوز لمعبر الدابة أن يقيد مستعيرها بركوبها فقط، كما يتميز هذا النوع بعدم قبوله التوارث، ويستثنى من ذلك حق المرور والشرب والمسيل والتعلي .

ثالثا: حقوق الارتفاق:

وحقوق الارتفاق عند الحنفية حق مقرر علي عقار لمنفعة عقار آخر (١) وقد عرفه المالكية بأنه تحصيل منافع تتعلق بالعقار (٢) فالارتفاق عندهم أعم منه عند الحنفية، لأنه يشمل انتفاع الشخص بالعقار فضلا عن انتفاع العقار بالعقار .
والذي يستفاد مما أورده الشافعية والحنابلة في صور الارتفاق أنهم يتفقون مع المالكية في ذلك (٣) .

ويطلق حق الارتفاق علي حق الشرب وحق المجري وحق المسيل، وحق المرور، وحق التعلي وحق الجوار . والحكم الأصلي للارتفاق هو الإباحة ما لم يكن علي المرتفق ضرر، أو ما يتعين لدفع ضرر، أما الارتفاق فهو مندوب لحضه عليه الصلاة والسلام عليه بقوله : (لا يمنع أحدكم جاره أن يفرز خشبة في جداره) (٤) وقوله عليه الصلاة

(١) وقد عرفه قدري باشا في مرشد الحيران المادة ٣٧ بقوله (الارتفاق هو حق مقرر علي عقار لمنفعة عقار آخر مملوك للغير ٩ . وقد عرفه الشيخ علي الخفيف، بقوله (هو حق مقرر علي عقار بعينه لمنفعة عقار آخر دون نظر الي مالكها - المختصر ص ١٦) . أنظر : الاستاذ أحمد الفتوح : المرجع السابق ص ٤٢ ، وسائل الارتفاق في شرح الدر المختار ٢ / ٩٣ ، فتح الوهاب ١ / ٢٣٩ .
(٢) البهجة شرح التحفة ٢ / ٢٥٢ ، البحر الرائق ٦ / ١٤٨ وما بعدها .
(٣) الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٨٧ ، والمغني ج ٥ ص ٢٠ .
(٤) أخرجه البخاري في كتاب المظالم - فتح الباري ٥ / ١١٠ ، ومسلم في كتاب المساقاة ٢ / ١٢٣ .

والسلام (لا يدخل الجنة من خاف جاره بوائقه) (١) .

والارتفاق قد ينشأ باذن الشارع كما في الأموال العامة أو المباحات كإحياء المزار وغيره، أو إذن المالك بالنسبة للأموال الخاصة، أو باقتضاء التصرف بشبوت الارتفاق كما في الإجارة والوقف .

ومن حقوق الارتفاق حق الشرب وحق المجري وحق المسيل، وحق المرور وحق التعلي والجوار :

١- فحق الشرب، هو نوية الانتفاع بالماء سقيا للأرض (٢) ، وحكمه الإرواء، لأن حكم الشيء ما يفعل لأجله (٣) . وهو حق مشروع لقوله تعالي : (ونهئهم أن الماء لسمة بينهم كل شرب محتضر) (٤) . قال السيوطي في الاكلیل : (وهذا يدل علي جواز المهاباة من الماء) (٥) .

٢- وحق المجري : هو أن يكون لشخص حق إجراء الماء في ملك الغير ليصل الي ملكه . وليس لصاحب الأرض أن يمنع مرور الماء من هذا المجري، ولا أن ينقله من مكانه إلا برضا صاحب الحق .

(١) أخرجه أحمد في مسنده ٢ / ٣٧٣ ، ومسلم في كتاب الايمان باب تحريم ايداء الجار - والبوائق جمع بانقة وهي ما يصيب الناس من عظيم نوابث الدهر، والمراد به هنا الشرور - مبارك الأزهار للصغاني ١ / ٢٤٨ .

(٢) بدائع الصنائع ٦ / ١٨٨ .

(٣) الفتاوى الهندية ٥ / ٣٩٠ .

(٤) سورة القمر آية ٣٨ .

(٥) الاكلیل للسيوطي ص ٢٠٣ .

ولد أوردتها المالكية والشافعية والحنابلة أحكام المرافق السابقة تحت عناوين
غير الارتفاق، فقد أوردتها المالكية في باب (نفي الضرر وسد الذرائع) وأوردتها
الشافعية في باب (تزامم الحقوق) وأوردتها الحنابلة في (باب الصلح) (١).

٣- وحق المسهل : أن يكون لشخص حق إسالة الماء أي تصرفه في ملك غيره
ليصل الي الفمصارف العامة، أي أن يكون لرجل أرض لها مجري ماء في أرض أخرى
للصرف (١).

٤- وحق المرور : أن يكون لشخص حق المرور في أرض شخص آخر للوصول الي
ملكه، ومن ثبت له هذا الحق جاز له أن يستوفيه كما ثبت له لا أكثر. وقد نصت
مجلة الأحكام العدلية علي حق المرور بقولها : (إذا كان لأحد حق المرور في عرصه
أخر، فليس لصاحب العرصه أن يمنعه من المرور والعبور) (٢).

٥- وحق التعلي : هو عبارة عن ثبوت حق القرار لشخص بعلوه علي سفل آخر،
أو كما نصت المجلة علي أن كل أحد له التعلي علي حائطه الملك وبناء ما يريد، وليس
لجاره منعه ما لم يكن ضررا فاحشا (٣).

٦- حق الجوار : يقوم علي منع الجار من أن يضر بجاره ضررا بينا فاحشا في
سبيل انتفاعه بملكه. وقد نصت مجلة الاحكام العدلية بقولها : (منع المنافع التي
ليست من الحوائج الأصلية كسد الهواء والنظارة، أو منع دخول الشمس ليس بضرر
فاحش، لكن سد الضياء بالكلية ضرر فاحش) (٤) فالعلة في المنع هو تحقق الضرر
الفاحش، فاذا تحقق منع العمل وإلا أبيح.

ولا يصح أن يمنع ذو حق من هذه الحقوق السابقة من استيفائه الا إذا كان في
عدم المنع ضرر بين.

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٨٣.

(٢) المادة ١٢٢٥.

(٣) المادة ١١٩٨ من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) المادة ١٢٠١ من مجلة الأحكام العدلية، الاستاذ أحمد أبو الفتح : المرجع السابق ص ٥٠ وما بعدها،
الشيخ علي الخفيف : المرجع السابق ص ٢٥.

(١) راجع في فقه المالكية : بلغة السالك ١٥٣ / ٢ وما بعدها، وقد جاء فيه (فصل بيان أشياء يقضي بها
عند النزاع) ومنها الأشياء ص ١٥٣ - ١٥٧، الا أن ابن جزبي عقد بها في المرافق ومنع الضرر ذكر فيه
أحكام هذه المسائل - القوانين الفقهية ص ٣٥٦، وراجع في الفقه الشافعي : مغني المحتاج ١٨٢ / ٢
وما بعده (فصل في التزاحم علي الحقوق المشتركة) وقد بين فيه أحكام المرافق. وراجع في الفقه
المظلي : المغني والشرح الكبير ٢٨٠ / ٥، ٢٨٠ اذ ذكر أحكام المرافق في باب الصلح.

وهو لغة تعذر حق التملك في الأصل... (١)

١- وعن الميرور : أن يكون لشخص حق الميرور في أرض شخص آخر... (٢)

٢- وعن المصلي : هو عبارة عن ثبوت حق القرار لشخص بغيره على مثل الأرض... (٣)

٣- عن الجوار : يقوم على منع الجوار من أن يضر بجواره ضرراً ينافي حاجته... (٤)

ولا يصح أن يمنع ذو حق من هذه الحقوق السابقة من استيفائها إلا إذا كان... (٥)

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧٨٢
(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ٧٨٢
(٣) ابن عابدين ج ٤ ص ٧٨٢
(٤) ابن عابدين ج ٤ ص ٧٨٢
(٥) ابن عابدين ج ٤ ص ٧٨٢

(المبحث الثاني)

تعريف الطين وخصائص الحق المتعلق به وبالعين

فصل الفقه الاسلامي

ويشتمل هذا المبحث على مطلبين :

المطلب الأول : تعريف الدين .

المطلب الثاني : خصائص الحق المتعلق بالعين والدين .

المطلب الاول

تعريف الدين

أولاً: تعريف الدين في اللغة :

جاء في معجم مقاييس اللغة : أن الدال والياء والنون أصل واحد، واليه ترجع نروعه كلها : وهو جنس من الانتقياد والذل (١).

وقال الراغب الأصبهاني : الدين يقال للطاعة والجزاء، واستعير للشريعة (٢) وذلك نظراً لوجوب طاعتها وازوم الانتقياد لأحكامها، قال تعالى : (ان الدين عند الله الاسلام) (٣)، ويقال : دان له يدين ديناً، إذا انقاد وطاع . ودان بالإسلام ديناً : تعبد به وتدين وتقوم دين : أي مطيعون، ويقال : دان الرجل غيره ديناً : إذا غلبه وقهره

(١) معجم مقاييس اللغة ج ٢ ص ٣١٩
(٢) المفردات في غريب القرآن ص ١٧٥
(٣) آل عمران آية رقم ١٩

وتسلط عليه، فدان له : أي خضع وذل، وقال ابن منظور : إذا غلبه الجزاء والحساب، ومنه قوله تعالى : (مالك يوم الدين) أي يوم الحساب والجزاء . والدين : واحد الديون، وكل شيء غير حاضر دين، والجمع : أدين مثل أعين وديون، ودنت الرجل : أقرضته فهو مدين ومديون، ودنت الرجل وأدنته : أعطيته الدين الي أجل، ورجل دائن ومدين ومديون ومدان : عليه الدين، وأدان فلان ادانة اذا باع من القوم الي أجل فصار له عليهم دين^(١).

والعداين والمداينة : دفع الدين، سمي بذلك لأن أحدهما يدفعه والآخر يلتزمه، ومنه قوله تعالى (إذا تداينتم بدين الي أجل مسمى فاكتبوه)^(٢). وفي المصباح المنير أن الدين هو القرض وثمان المبيع^(٣) ويقال رجل مديون : كثر ما عليه من الدين، ومديان : أي عادته أن يأخذ بالدين^(٤).

- (ثانيا) تعريف الدين في اصطلاح الفقهاء :

يذكر الفقهاء كلمة الدين في اصطلاحهم ويريدون اعتبارات ثلاثة :

أما شكلي، أو وضعي، أو استثنائي^(٥).

فمن الناحية الأولى (الجانب الشكلي) :

يستعملون لفظ الدين في مقابل العين حيث يقولون :

(١) لسان العرب مادة دين ص ١٤٦٧ .

(٢) سورة البقرة : الآية رقم ٢٨٢ .

(٣) المصباح المنير ١ / ٣٤٤ .

(٤) مختار الصحاح مادة دين ص ٢١٧ .

(٥) حقيقة الدين وأسباب ثبوته في الفقه الاسلامي للدكتور نزهة حماد - مقال بمجلة البحث العلمي ص ١١ .

العين : هو الشيء المعين المشخص، كبيت وحصان وسيارة وكروسي فكل ذلك من الأعيان^(١).

والدين : هو ما يثبت في الذمة من غير معيننا مشخصا كمقدار من الدراهم في ذمة رجل^(٢).

وبناء على هذا الاعتبار يقسم السمرقندي البيع الي أربعة أنواع فيقول : البيع أربعة أنواع : (أحدها) بيع العين بالعين، كبيع السلع بأمثالها، نحو بيع الثوب بالثوب وغيره ويسمي هذا بيع المقايضة . و (الثاني) بيع العين بالدين نحو بيع السلع بالأثمان المطلقة، وبيعها بالفلوس الرائجة والمكيل والموزون والمعدود المتقارب دينا، و (الثالث) بيع الدين بالدين وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق وهو الدراهم والدنانير وأنه يسمي عقد الصرف، و (الرابع) بيع الدين بالعين وهو السلم، فان المسلم فيه مبيع وهو دين، ورأس المال قد يكون عينا وقد يكون دينا، ولكن قبضه شرط قبل افتراق العاقدين بأنفسهما، فيصير عينا^(٣).

وقد أوضح الامام القرافي قاعدة التفریق بين العين والدين فقال :

" أعلم أن المعينات المشخصات في الخارج المرثية بالحس لا تثبت في الذمم ولذلك فإن من اشترى سلعة معينة فاستحقت انفسخ العقد ولو ورد العقد علي ما في الذمة كما في السلم فأعطاه ذلك وعينه فظهر ذلك المعين مستحقا رجوع الي غيره، لأنه تبين ان ما في الذمة لم يخرج منها، وكذلك اذا استأجر دابة معينة للحمل أو غيره فاستحقت أو ماتت انفسخ العقد، ولو استأجر منه حمل هذا المتاع من غير تعيين دابة

(١) مجلة الأحكام العدلية مادة ١٥٩ .

(٢) مجلة الأحكام العدلية مادة ١٥٨ .

(٣) تحفة الفقهاء ج ٢ / ٤، حاشية الشلبي مع تبیین الحقائق ج ٤ / ١١٠ .

أو علي أن يركبه الي مكة من غير تعيين مركوب معين فعين له لجميع ذلك دابة للعمل أو لركوبه فعطبت أو استحقت رجوع فطالبه بغيرها، لأن المعقود عليه غير معين، بل في الذمة فيجب عليه الخروج منه بكل معين شاء، ويظهر أثر ذلك في قاعدة أخرى، فإن المطلوب متى كان في الذمة فإن لمن هو عليه أن يتخير بين الأمثال ويعطي أي مثل شاء، ولو عقد علي معين من تلك الأمثال لم يكن له الانتقال عنه الي غيره، فلو ائتمل رطل زيت من خابية وعقد عليه لم يكن له أن يعطي غيره من الجباية، وكذلك إذا فرق صبرته صبعانا فعقد علي صاع منها بعينه لم يكن له الانتقال عنه إلي غيره من تلك الأمثال، فهذا أيضا يوضح أن المعينات لا تثبت في الذم وأن ما في الذم لا يكون معيناً (١).

ويظهر من ذلك أن أساس التمييز بين العين والدين في هذا التقسيم هو الاختلاف والتباين في التعلق، حيث أن الدين يتعلق بذمة المدين ويمكن وفاؤه بدفع أي عين مالية مثلية من جنس الدين المتعهد به، ولهذا صحت فيه المقايضة والحوالة، بخلاف ما عليه العين، فإن الحق يتعلق بذاتهما ولا يكون الوفاء إلا بأدائها بعينها، ولذلك لم تجر المقاصة أو الحوالة في الأعيان لأنها إنما تستوفي بذاتها لا بأمثالها (٢).

- ومن الناحية الثانية (الجانب الموضوعي):

أي بالنظر الي أسباب وجوب الدين ومصادر ثبوته فقد استعمله الفقهاء بمعنىين أحدهما أعم من الآخر.

فالدين بالمعني الأعم يشمل كل ما ثبت في الذمة من أموال أو حقوق محضه كسائر الطاعات من صلاة وصيام ونحوهما، والدين بهذا المعني قد عرفه الفقهاء

(١) الفروق للقرافي ٢/ ١٣٣، ١٣٤ الفرق السابع والثمانون.

(٢) د. الزرقا: المدخل الي نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي

المحدثين بقوله: الدين وصف شرعي في الذمة يقتضي مطالبة صاحبه بأداء شيء عليه. وذلك الشيء يشمل كل ما يشغل ذمة المور ويطلبه بالوفاء به من مال، كئمن مبيع، وأجرة دار، وزكاة وجبت بحولان الحول ولم تؤد، أو عمل كإحضار شخص الي مجلس الخصومة وخدمة خادم وصلاة لم تؤد في وقتها (١).

وبناء علي هذا الاعتبار فلا يشترط في الدين أن يكون مالا ولو كان مالا فلا يشترط فيه أن يكون ثابتا في معاوضة أو اتلاف أو قرض.

وقد جري أكثر الفقهاء علي استعمال لفظ الدين بهذا المعني (٢):

فذكر الامام الكاساني أن الدين إما أن يكون عبارة عن مال حكمي في الذمة، وإما أن يكون عبارة عن فعل تمليك المال وتسليمه (٣)، وقد ذكر في موضع آخر أن الدين إما أن يكون عبارة عن الفعل وهو فعل تسليم المال وإما أن يكون عبارة عن مال حكمي في الذمة (٤). أو هو ما ترتب في الذمة بمعاملة (٥).

وأما الدين بالمعني الأخص: فكان لفقهاء الحنفية قول يغاير ما رآه جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة.

(أ) - فعند الحنفية قد عرفه ابن عابدين بقوله: الدين ما وجب في الذمة بعقد أو استهلاك وما صار في ذمته ديننا باستقراضه (٦).

وعرفه صاحب فتح القدير بأنه اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلا من مال

(١) د. علي حسب الله: الولاية علي المال والتعامل بالدين في الشريعة الاسلامية ص ٨٢.

(٢) الفروق للقرافي ٢/ ١٣٤، نهاية المحتاج ٣/ ١٣٠، أسني الطالب ١/ ٣٥٦.

(٣) بدائع الصنائع ٥/ ١٤٨.

(٤) بدائع الصنائع ٦/ ٢٥٥.

(٥) شرح كتاب النبل ٩/ ٤٣.

(٦) رد المحتار ٥/ ١٥٧.

فالدين عبارة عن ما يثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته، فيدخل فيه بذلك كل الديون المالية، سواء منها ما ثبتت في مقابل عين مالية وما ثبت في مقابل منفعة وما ثبت حقا لله تعالى من غير مقابل كالزكاة ويخرج سائر الديون غير المالية من صلا فائنة وإحضار خصم الي مجلس الحكم .

جاء في نهاية المحتاج في معرض الكلام عن الزكاة : " ولا يمنع الدين وجوبها إلا كان أو مؤجلا ، من جنس المال أم لا ، لله تعالى كزكاة وكفارة ونذر أو لغيره " (١) .

وجاء في العذب الفائض : يتعلق حق الغرماء بالتركة كلها وإن لم يستغرقها الدين كتعلق أرش الجناية برقبة الجاني ، سواء كان الدين لله تعالى كالزكاة والكفارات والحج الواجب أو كان لأدمي كالقرض والثلث والأجرة وغير ذلك (٢) .

- ومن الناحية الاستثنائية : قد يستعمل الفقهاء كلمة الدين أحيانا بمعان استثنائية ، فقد ذكر القرطبي (٣) وابن العربي (٤) أن الدين عبارة عن كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقدا والآخر في الذمة نسيئة وقد ذكر مثل ذلك البيضاوي (٥) ، وذكر بعض الفقهاء أن أثمان ما يشتري بالنساء ديون (٦) .

(١) نهاية المحتاج ١٣٠ / ٣ .

(٢) العذب الفائض شرح عمدة الفارض لابراهيم بن عبد الله الفرضي الحنبلي ١٥ / ١ .

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣ / ٣٧٧ .

(٤) أحكام القرآن لابن العربي ١ / ٢٤٧ .

(٥) تفسير البيضاوي ص ٨٧ .

(٦) الفرق لابن هلال العسكري ص ١٦٥ .

أتلفه أو قرض أو مبيع عقد بيعه أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة - وهو الصداق - أو استتجار عين (١) . وفي كشاف اصطلاحات الفنون الدين شرعا مال واجب في الذمة بالعقد أو الاستهلاك أو الاستقراض (٢) .

واعتبار المال جنسا في تعريفهم للدين يدخل فيه كل المطلوبات المالية سواء منها ما ثبت بدلا عن مال كضمن مبيع، بدل قرض أو بدلا عن منفعة كمهر المرأة وما ثبت بغير مقابل كالزكاة، ويخرج منه ما ثبت في الذمة من عمل كصلاة فائنة وإحضار خصم الي مجلس الحكم ، لأن ذلك ليس بمال وقولهم " في معاوضة أو اتلاف أو قرض " يخرج منه ما كان ثابتا في الذمة بغير هذه الأسباب كالزكاة ونحو ذلك .

ويري أصحاب هذا المذهب أن الدين مال حكمي وليس مالا حقيقيا ولكن لصيرورته مال عند الاستيفاء سمي مالا مجازا ، ففي الأشياء والنظائر لابن نجيم أن الدين عرفه الحساوي القدسي أنه عبارة عن مال حكمي يحدث في الذمة ببيع أو استهلاك أو غيرها ، وإيفاؤه واستيفاؤه لا يكون إلا بطريق المقاصة عند أبي حنيفة . مثال ذلك إذا اشتري ثوبا بعشرة دراهم صار الثوب ملكا له وحدث بالشراء في ذمته عشرة دراهم ملكا للبائع ، فإذا دفع المشتري عشرة الي البائع وجب في ذمة البائع ديناً وقد وجب للبائع علي المشتري عشرة بدلا عن الثوب ، ووجب للمشتري علي البائع مثلها بدلا عن المدفوعة اليه فالتقيا قصاصا (٣) .

(ب) - وأما عند جمهور الفقهاء من المالكية (٤) والشافعية (٥) والحنبالية (٦)

(١) فتح القدير ٤٣١ / ٥ .

(٢) كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي ٢ / ٥٠٢ .

(٣) الأشياء والنظائر لابن نجيم ص ٣٥٤ .

(٤) شرح الزرقاني ٢ / ١٦٤ ، ١٦٥ ، ١٧٨ ، منح الجليل ١ / ٣٦٢ .

(٥) نهاية المحتاج ٣ / ١٣١ ، أسني المطالب ١ / ٣٥٦ .

(٦) القواعد لابن رجب ص ١٤٤ ، شرح منتهي الإيرادات ١ / ٣٦٨ .

المطلب الثاني

خصائص الحق المتعلق بالعين والحق الثابت في الذمة

- بعد أن ذكرنا حقيقة كل من العين والدين وبيننا حقيقة الدين باعتباراته الثلاثة، وأوضحنا المعنى الذي عليه أكثر الفقهاء من أن الدين قد يكون عبارة عن المال اللازم في الذمة أو عبارة عن الفعل، بقي لنا أن نبين خصائص الحق المتعلق بكل من العين والدين حتى تظهر آثار التفرقة بين العين والدين.

(الفرع الأول - خصائص الحق المتعلق بالعين)

(١) - الحق المتعلق بالعين مقدم علي الحق المتعلق بالذمة عندما يتزامم الغرماء، لذلك يقرر الفقهاء أن حق المرتهن في استيفاء دينه من العين المرهونة يكون مقدما علي باقي حقوق الغرماء الذين لم يأخذوا رهنا بحقوقهم عند وفاة المدين أو إفلاسه، لأن حق المرتهن متعلق بالعين المرهونة فوق تعلقه بذمة الراهن بخلاف بقية الدائنين فإن حقوقهم متعلقة بذمة الراهن فقط^(١)، كذلك إذا مات المدين وعليه دين فإن أصحاب الديون يتعلق حقهم بعين التركة ويقدمون علي الورثة^(٢).

(١) تبين الحقائق للزليعي ٦٠ / ٦، وقد جاء به (وجعله أي المرتهن أولي به وتقديمه علي سائر الغرماء) شرح الدر المختار للحصكفي ٢ / ٤٢٩ وجاء به (المرتهن أحق بالرهن من سائر الغرماء لبقاء حكم الرهن) مغني المحتاج ٢ / ١٣٤ وجاء به (ويستحق بيع المرهون عند الحاجة لوفاء الدين أن لم يوف من غيره ويقدم المرتهن بثمنه علي فالمرتهن أحق به من سائر الغرماء)، المغني ٤ / ٤٥٢ حيث جاء فيه : (والمرتهن أحق بثمن الرهن من جميع الغرماء حتي يستوفي حقه حيا كان الراهن أو ميتا لأن حقه متعلق بعين الرهن وذمة الراهن معا وسائرهم يتعلق حقه بالذمة دون العين فكان حقه أقوى، وهذا من أكثر نواتج الرهن ولا تعلم فيه خلافا) .
(٢) مغني المحتاج ج ٢ ص ١٣٦ .
شرح مفصل الأبحاث ١ / ٣٨٨ .

(٢) - صاحب الحق المتعلق بالعين يملك حق استرداده إذا خرج من يده بدون وجه فن ولو انتقلت العين من يد الي أخرى كالعين الموصوبة ما دامت قائمة^(١).

(٣) - إذا ظهر استحقاق المعين أو تلفه فإن ذلك يوجب فسخ العقد دون الدين، لمن اشترى سلعة معينة فاستحقت أي ظهر أنها ليست ملكا للبائع انفسخ العقد، وهذا بخلاف الحق الثابت في الذمة - الدين - فإنه لا ينفسخ العقد لأنه لا يتعلق بعين معينة بذاتها، وإنما يمكن أن تتحقق في أي نوع من جنس ما ورد عليه، فلو اتفق شخص مع آخر علي حمل متاع إلي منزله من غير تعيين دابة تحمله، فقام المتفق معه علي تعيين دابة من عنده لنقل المتاع، ثم استحقت أو ماتت، لم يفسخ العقد، لأن العقود عليه غير معين، وإنما ثابت في الذمة فيمكنه الوفاء بأي طريق شاء^(٢).

(٤) - الحق المتعلق بالعين ينصب علي العين ذاتها لا يحتاج الي وساطة من أحد بخلاف ما عليه الحال في الحق المتعلق بالذمة فإنه يحتاج في استيفائه الي وساطة الدين، ويترتب علي ذلك أن الدين يلزمه مطالبة مستحقة لمن عليه الدين حتي يستوفيه، وأما العين فلا مطالبة فيها ولا وساطة لتعلق الحق بها مباشرة^(٣).

(الفرع الثاني - خصائص الحق المتعلق بالذمة)^(٤)

(١) - يتميز الحق الثابت في الذمة بقبوله الأجل فمن اشترى سلعة بمائة دينار، فإن هذه المائة تثبت في ذمة المشتري، فلو اتفق الطرفان علي تأجيل أدائها عام مثلا

(١) الهداية ٤ / ١٢، والقوانين الفقهية ص ٣٤٦، المغني ٥ / ٣٧٤ .
(٢) الفروق للقرافي ٢ / ١٣٣، د. حسن الشاذلي : الاقتصاد الاسلامي ص ٧٨ .
(٣) القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٥٤، والفروق للقرافي ٣ / ١٧٠، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية للشيخ سيد عبد الله ص ٣٤١ .
(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٥٤، والأشباه للسيوطي ص ٣٢٧ .

جاز ذلك، ولزم الأجل وصارت ديناً في ذمة المشتري، بخلاف السلعة المبعة فإنها لا تثبت في ذمة البائع لتعلق الحق بها مباشرة ولا يصح تأجيل الأعيان، لأن الأجل شرع رفقا للتحصيل والعين حاصلة .

(٢) - يختص الحق الثابت في الذمة بجريان المقاصة وصحة الإبراء عنه، أما الأعيان فلا يصح الإبراء فيها، أما الإبراء عن دعوي الأعيان فصحيح، فلو قال أبرأتك عن دعوي هذه العين صح الإبراء، فلا تسمع دعواه بها بعده، ولو قال برئت من هذه الدار أو من دعوي هذه لم تسمع دعواه، ولو قال أبرأتك عنها أو عن خصومتي فيها فهو باطل وله أن يخاصم^(١) كما لا يتصور المقاصة في الأعيان .

(٣) - جواز الكفالة بالدين إذا كان صحيحاً وهو ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، فلا يجوز ببدل الكتابة لأنه يسقط بدونهما بالتعجيز وجواز الرهن به أيضاً فلا يجوز الكفالة والرهن بالأعيان الأمانة والمضمونة بغيرها وأما المضمونة بنفسها كالمغصوب وبدل الخلع والهمر وبدل الصلح عن دم العمد والمبيع بيعاً فاسداً والمقبوض علي سوم الشراء، فتصح الكفالة والرهن بها لأنها ملحقة بالديون^(٢) .

(٤) - أن الحق الثابت في الذمة (الدين) يختص بجواز الحوالة فيه أي انتقاله من ذمة إلي ذمة أخرى، وذلك برضا كل من المحيل والمحال عليه والمحال، ولا تصح الحوالة في الأعيان القائمة، لأن الحوالة نقل ما في الذمة ولم يوجد^(٣) .

(١) فيون الحقائق للزبيدي ٦ / ٦٥، وقد جاء به (ويصلح أي الرهن أولى به وتلقبه من سائر القروا) شرح الدر المختار للمصنفين ٢ / ٤٢٩ وجاء به (الرهن أحق بالرهن من سائر القروا) كما

(١) الأشباه لابن نجيم ص ٣٥٦ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٥٤ .

(٣) بدائع الصنائع ٦ / ١٥، ١٦، شرح فتح القدير ٥ / ٤٤٤ وقد جاء فيه : (وتصح الحوالة برضا المحيل والمحال عليه، الشرح الكبير ٣ / ٣٢٥، مغني المحتاج ٥ / ١٨١، المغني ٥ / ٥٨، شرح الدر المختار ٢ / ١٣١، ١٣٢ .

(المبحث الثالث)

(٥) - جواز التخيير في تسليم المعقود عليه أو عدم التخيير، فلو كان المعقود عليه ديناً في الذمة كان الوفاء بأي نوع من جنسه، أما لو كان المعقود عليه عيناً فلا يجوز الوفاء إلا بذات العين، فإذا اشترى شخص حصاناً معيناً بألف دينار، فإن البائع هنا غير مخير في تسليم المعقود عليه، وأما المشتري فيمكنه الوفاء بالألف دينار بما في حوزته أو بما في منزله فهو مخير في ذلك، لأن ما وجب عليه هو الثمن، تعلق بذمته فيمكنه الوفاء بأي منها لأنها لا تختلف في حقيقتها ولا في قيمتها إذ هي من المثليات^(١) .

المطلب الأول

أصل ثبوت الدين في الفقه الإسلامي وحكمه

الأصل في الشريعة الإسلامية براءة ذمة^(١) الإنسان من كل دين أو مستوفى أو التزام ما لم يوجد سبب يقره الشرع بوجوب ذلك .
لذا كان لازماً لثبوت أي دين في ذمة الإنسان من سبب موجب له يقتضيه (والتصح لثبوت الدين عند الثبوت) ولما ورد من المسائل الفقهية في كونه يبرئ من أسباب وجوب الدين ما يلي بهانه :

(١) الفرق للقرافي ٢ / ١٣٣، د . الشاذلي : الاقتصاد الإسلامي ص ٧٩ .

(المبحث الثالث) أسباب ثبوت القبول المقضي لثبوت (المبحث الثالث)

أسباب ثبوت الدين وحكم آدائه وكيفية الأداء

ويشتمل هذا المبحث على مطلبين :

المطلب الأول : أسباب ثبوت الدين وحكم آدائه .

المطلب الثاني : كيفية أداء الدين .

المطلب الأول

أسباب ثبوت الدين في الفقه الاسلامي وحكم آدائه

- الأصل في الشريعة الاسلامية براءة ذمة^(١) الانسان من كل دين أو مسئولية أو التزام ما لم يوجد سبب يقره الشرع بوجود ذلك .

لذا كان لزاما لثبوت أي دين في ذمة الإنسان من سبب موجب له يقتضيه (المتبع لتعريفات الدين عند الفقهاء ولما ورد من المسائل الفقهية في كتبهم يري أن من أسباب وجوب الدين ما يلي بيانه) :

(١) الذمة : معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام والالتزام . وهذا المعنى جعله الشرع مسببا علي أشياء خاصة منها البلوغ ومنها الرشد فمن بلغ سفيها لا ذمة له، فمن اجتمعت له هذه الشروط رتب الشرع عليها تقدير معنى فيه يقبل الزامه أرش الجنایات وأثمان المعاملات ونحو ذلك من التصرفات، ويقبل التزامه اذا التزم أشياء اختيارا من قبل نفسه لزمه واذا فقد شرط من هذه الشروط لم يقدر الشرع هذا المعنى القابل للالتزام والالتزام . الفروق للقرافي ٣ / ٢٣١ فرق ٨٣، الأشياء للسيوطي ص ٥٣ .

(أولا) الالتزام بالمال :

سواء كان الالتزام بعقد بين طرفين كالبيع والقرض والإجارة، والزواج، والطلاق علي مال، والحوالة، والجمالة والاستصناع ونحوها . أو كان الالتزام بسبب الإدارة المنفردة كالنذر فمن ألزم نفسه بنذر وجب عليه الوفاء به لأن الوفاء بالالتزام من محاسن الأخلاق بين العباد^(١).

ففي عقد البيع يلتزم المشتري أن يدفع الثمن للبائع بعد ثبوته في ذمته وليس من قبيل الدين^(٢) . وفي القرض يلتزم المقرض أن يرد للمقرض مبلغا من النقود أو أشياء مثلية يكون قد اقترضها منه، وثبتت ديننا في ذمته^(٣) .

والدين الذي يثبت في عقود المعاوضات لا يستقر في الذمة بعد لزومه الا قبض البديل المقابل له، إذ به يحصل الأمن من فسخ العقد بسبب تعذر التسليم إلا دينا واحدا، وهو دين السلم، فانه وإن كان لازما، فهو غير مستقر، لاحتمال طرؤ انقطاع المسلم فيه، مما يؤدي الي انفساخ العقد وسقوط الدين .

والعلة في ذلك أن استقرار الدين في أي عقد من عقود المعاوضات إنما يعني الأمن من فسخ العقد بسبب تعذر حصول الدين المذكور، لعدم وجود جنسه، وامتناع الاعتياض عنه، وذلك مخصوص بدين السلم دون بقية الديون لجواز الاعتياض عنها وقت انقطاع جنسها^(٤) .

(الثاني) أنفعل المقتضي لثبوت دين علي الفاعل (الفعل غير المشروع) .

فإذا ما قام الإنسان بعمل غير مشروع اقتضي ذلك ضمانه لما لحقه من ضرر للغير وكان ذلك ديننا في ذمته، كالتقتل الموجب للدية، والجنايات المجيبة للأرش، واستهلاك مال الغير واتلاقه وكتعدي يد الامانة أو تفریطها في المحافظة علي ما بحوزتها من مال للغير كتعمد الأجير الخاص إتلاف الأعيان التي تحت يده أو استهلاكها^(١) وكتعدي المستأجر بأن حمل الدابة المستأجره حملا أثقل مما اتفق عليه نهلكت، وكما لو تعدي الوديع علي الوديعة باستهلاكها أو الامتناع عن تسليمها لصاحبها بدون عذر أو ترك حفظها حتي هلكت، ويلحق بذلك في الحكم هلاك الأموال في الأيدي الضامنة أيا كان سبب الهلاك كتلف المغصوب في يد الغاصب^(٢) .

(الثالث) تحقق ما جعله الشارع مناطا لثبوت حق مالي :

هناك أمور لا تستوجب ديننا في ذمة المدين الا بتحقيق السبب الذي جعله الشارع مناطا لثبوت هذا الدين وذلك كحولان علي النصاب في الزكاة فالزكاة لا تجب في مال الا اذا بلغ نصابا وحال عليه الحول، فاذا ما حال عليه الحول وجبت فيه الزكاة ، وكذا الحال في احتباس المرأة في نفقة الزوجية وحاجة القريب في النفقة عليه، فاذا وجد سبب في ذلك وجب الدين في ذمة من قضي الشارع بالزامه به^(٣) .

(١) الفروق للقرافي ٣ / ٩٦، بدائع الصنائع ٧ / ٢٠١، د/ فيض الله :

(٢) د . حسن الشاذلي : الاقتصاد الاسلامي ص ٧٧، ٧٨، د/ علي حسب الله : الولاية علي المال والتعامل بالدين ص ٩٥، د/ علي الخفيف : نظرية الضمان ص ٢١٢، مقالة د. نزيه حماد ص ٢٧ .

(٣) بدائع الصنائع ٧ / ٣٩٦ .

(٤) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٥٠، الأشباه للسيوطي ص ٣٢٦ .

- (الرابع) فرض الامام بعض التكاليف المالية علي القادرين للمصلحة العامة:

فاذا عجز بيت المال عن الوفاء بالمصلحة العامة، أو المساهمة في اغائة المنكوبين أو اعانة المتضررين بزلزال مدمر أو حريق شامل أو حرب مهلكة ونحو ذلك، كان ذلك سببا في ايجاب الامام أموالا علي القادرين تكون ديننا في ذمتهم يؤدونها^(١).

- (الخامس) أداء غير المستحق:

أو أداء ما يظن أنه واجب عليه ثم يتبين براءة ذمته كمن يدفع الي شخص ديننا ظانا أنه واجب عليه وليس بواجب في الحقيقة، فله أي الدافع أن يرجع علي القابض بما أخذه منه بغير حق، ويكون ذلك ديننا في ذمته .

وذلك لأن من أخذ من غيره ما لا حق له فيه وجب عليه رده اليه^(٢) وهذا فرع للقاعدة التي نصت عليها مجلة الأحكام " لا يجوز لأحد أخذ مال أحد بلا سبب شرعي"^(٣) ومن القواعد الواردة في مرشد الحيران " من دفع شيئا ظانا أنه واجب عليه، فتبين عدم وجوبه، فله الرجوع به علي من قبضه منه بغير حق"^(٤).

- (السادس) الإتيان بعمل نافع للغير بدون اذنه:

والقيام بعمل نافع للغير بلا إذن يتفرع الي نوعين^(١):

(النوع الأول) - الإتيان بعمل يلزم الغير أو يحتاجه بدون إذنه كمن قضي عن غيره ديننا ثابتا في ذمته ولم ينو بذلك التبرع، أو أنفق عن غيره نفقة واجبة عليه ولم ينو التبرع أيضا، فان ما قام بدفعه يكون ديننا في ذمة من أنفق عنه، وهذا عند المالكية والحنابلة^(٢).

ومن النصوص الفقهية الدالة علي ما ذهب اليه كل من المالكية والحنابلة ما يلي:

جاء في المدونة: قلت رأيت إن أكراني إبله وتركها في يدي فأنفقت عليها أبكون لي علي المكري النفقة التي أنفقتها عليها: قال مالك: نعم يكون عليه ما أنفق عليها^(٣).

وجاء في الذخيرة: " كل عمل يوصل للغير نفع مال أو غيره بأمره أو بغير أمره نعليه رد مثله في القيام بالمال، وعليه دفع أجرة المثل في القيام بالعمل إن كان لا بد من الاستئجار عليه، أو لا بد من إنفاق ذلك المال وذلك بناء علي حصول الإذن عادة خلافا للشافعي . ونحن نعتد علي العوائد^(٤)، فإن لسان الحال يقوم مقام لسان المقال^(٥).

- (١) القواعد لابن رجب الحنبلي ص ١٤٣ .
- (٢) المدونة ١١ / ١٤٢، شرح المحرشي ٧ / ١٢٨، القواعد لابن رجب ص ١٤٣، القياس لابن تيمية ص ٣٨، أعلام الموقعين ٢ / ٤١٤ وما بعدها الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٩ / ٢٣٢، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٤١ .
- (٣) المدونة ج ١١ ص ١٤٢ .
- (٤) يقصد المؤلف بذلك العادة .
- (٥) الذخيرة للقرافي ٤ / ١٢٩ باب الاجارة .

وفي باب الصلح من الذخيرة، قاعدة مذهبية : (إذا فعل الانسان عن غيره ما شأنه أن يفعله مضي فعله عليه تنزيلا للإذن الشرعي في الواجب أو الإذن العادي لم غير الواجب منزلة الإذن القولي، فإن العوائد تقوم مقام الأقوال) (١).

وفي باب اللقطة من منح الجليل : (إن أنفق المتلقط على اللقطة نفقة غيره بها بين فكها بدفع عوض النفقة للمتلقط أو إسلامها للمتلقط في النفقة التي أنفقها عليها) (٢).

وجملة القول أن المالكية يشترطون في رجوع الأجنبي بما أداه عن غيره أن يكون ما أداه ثابتا مستحق المطالبة به، وألا يقصد الموفي بإيفائه الإعانات بل المعونة، كما يشترط ألا يكون متبرعا بأدائه (٣).

وفي القواعد لابن رجب الحنبلي فيمن يرجع بما أنفق علي مال غيره بغير إذنه : "إذا قضي عنه ديناً واجبا بغير إذنه فإنه يرجع به عليه في أصح الروايتين وهي المذهب عند الحنفي وأبي بكر والقاضي والأكثرين ... ولو أنفق علي عبده الأبق في حال رده إليه فإنه يرجع بما أنفق، نص عليه وجزم به الأكثرون من غير خلاف فإنه يستحق جعلاً علي الرد عوضاً عن بذله منافع فلأن يجب له العوض عما بذله من المال في رده أولي (٤).

وفي القياس لابن تيمية : " قد تنازع الفقهاء فيمن أدى عن غيره واجبا بغير إذنه كالدين . فمذهب مالك وأحمد في المشهور عنه : له أن يرجع به عليه، ومذهب أبي حنيفة والشافعي : ليس له ذلك ، وإذا أنفق نفقة تجب عليه، مثل أن ينفق علي ولده الصغير أو عبده فبعض أصحاب أحمد قال : لا يرجع وفرقوا بين النفقة والدين

(١) الذخيرة ٤ / ١٠٣ .

(٢) منح الجليل لعليش ٤ / ١٢٩ .

(٣) الشيخ علي الحنفيف : نظرية الضمان ص ٣٢ .

(٤) القواعد لابن رجب ص ١٤٣ ، ١٤٤ ، القاعدة الخامسة والسبعون .

والمحققون من أصحابه سوا بينهما وقالوا : الجميع واجب (١) . ويظهر من نصوص الفقه الحنبلي أن شرط الرجوع بما أدى أن يكون الواجب الموفي حقا لادمي، فما كان حقا لله تعالي كالزكاة والكفارة فليس لمؤديه عن الغير حق الرجوع فيه لقيامه علي النية والنية في العبادة لا تصح فيها النيابة وأن يكون الوفاء بقصد الرجوع حتى اشترط القاضي أن يشهد علي نيته عند الأداء (٢) .

- وأساس ما عليه هذا الرأي :

ما ذكره ابن القيم في أعلام الموقعين قال : " وما يدل علي أن من أدى عن غيره واجبا أنه يرجع عليه به قوله تعالي (هل جزاء الاحسان إلا الاحسان) (٣) . وليس من جزاء هذا المحسن بتخليص من أحسن إليه بأداء دينه وفك أسر منه وحل وثاقه أن يضيع عليه معروفه وإحسانه، وأن يكون جزاؤه منه بإضافة ماله ومكافأته عليه بالاساءة وقد قال النبي صلي الله عليه وسلم " من أسدي اليكم معروفا فكافئوه " (٤) وأي معروف فوق معروف هذا الذي افتك أخاه من أسر الدين ؟ وأي مكافأة أقبح من إضافة ماله عليه وذهابه ؟ وإذا كانت الهدية التي هي تبرع محض قد شرعت المكافأة عليها، وهي من أخلاق المؤمنين، فكيف يشرع جواز ترك المكافآت علي ما هو من أعظم المعروف .

(١) القياس لابن تيمية ص ٣٨ .

(٢) القواعد لابن رجب ص ١٤٣ ، ١٤٤ ، الشيخ الحنفيف : الضمان ص ٣٤ .

(٣) سورة الرحمن : الآية رقم ٦٠ .

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرک عن ابن عمر مرفوعا بلفظ " من آتى اليكم معروفا فكافئوه ز، فان لم تجدوا

قاعدوا له حتي تعلموا أنكم كافئتموه " قال الحاكم هذا حديث صحيح الاسناد . المستدرک للحاكم ٢ /

٦٤ وفي رواية للبيهقي عن جابر عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال : (من أوتي معروف فوجد

فليكافئه، ومن لم يجد فليشتي به، فان من أشتي به فقد شكره ومن كتمه فقد كفره)

سان البيهقي ٦ / ١٨٢ .

هذا الوفاء^(١) . وبذلك علي ما يظهر احتراماً لرغبة المدين الذي قد تمنعه اعتبارات أدبية عن قبول رفاء الغير^(٢) ، وعلي كل لا يمتنع قبول الوفاء ممن ليست له مصلحة فيه كما جاء في المذكرة الإيضاحية : " إلا حيث يعترض الدائن والمدين معا علي الوفاء ، ولا يكفي في ذلك اعتراض أحدهما استقلالا^(٣) .

- رجوع الموفي علي المدين في القانون المدني المصري :

إذا كان الموفي غير المدين، سواء أكانت له مصلحة في الوفاء أم لم تكن له أية مصلحة كان له أن يرجع علي هذا المدين، طالما كان غير متبرع له بما وفاه عنه^(٤) . بدعوي شخصية تنشأ له عن وفائه بدين في ذمة غيره . وقد يمنحه القانون، زيادة عليها دعوي الدائن الذي استوفي منه دينه، وذلك تأسيساً علي حلوله محل هذا الأخير في ذات الحق الذي استوفاه، وسميت بدعوي الحلول^(٥) .

- الدعوي الشخصية :

وهي تقوم علي حق شخصي للموفي، فالموفي بدين غيره له حق الرجوع بما وفي به علي المدين - أي بقدر ما دفعه -^(٦) بالدعوي الخاصة التي تنشأ عن وفائه بدين الغير، ولكن يختلف أساس الدعوي فقد يكون الوكالة إذا كانت علاقات الموفي

(١) د . جميل الشراوي : المرجع السابق فقرة ٨٧ .

(٢) د . جمال زكي : المرجع السابق فقرة ٥٥٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ / ١٧٠ .

(٤) د . جميل الشراوي : المرجع السابق فقرة ٨٨ .

(٥) د . جمال الدين زكي : المرجع السابق فقرة ٥٥٦ .

(٦) المادة ٣٢٤ / ١ من القانون المدني المصري وتنص علي : إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع علي المدين بقدر ما دفعه .

و مع ذلك يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنع رجوع الموفي بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً، إذا ثبت أن له أية مصلحة في الاعتراض علي الوفاء ، ويحيط الحكم بالحالة التي يقع فيها الوفاء بغير علم المدين والحالة التي يقع فيها الوفاء رغم إرادته . وتبدو مصلحة المدين في الاعتراض علي الوفاء إذا كان التصرف الذي أنشأ الدين باطلا لعدم مشروعية السبب مثلاً أو قابلاً للإبطال لمصلحته - لنقض أهليته - أو كان الدين قد انقضى كله بالإبراء أو بالمقاصة، أو في جزء منه كدفع المدين بعض أنساطه، حين لا يكون للموفي أن يرجع علي المدين أو أن يرجع عليه فقط بقدر ما أبرأ ذمته حسب الأحوال^(١) .

دعوي الحلول :

تتأسس دعوي الحلول علي حلول الموفي بدين الغير محل الدائن في ذات الدين الذي وفاه، ويتحقق هذا الحلول إما بحكم القانون، ليكون الحلول قانونياً^(٢) وإما وفقاً لاتفاق خاص، ليكون الحلول اتفاقياً^(٣) وسواء كان هذا أو ذاك فإنه يخضع لأحكام

(١) المادة ٣٢٤ / ٢ وتنص علي أنه يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنع رجوع الموفي بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً، إذا أثبت أن له أية مصلحة في الاعتراض علي الوفاء .

(٢) المادة ٣٢٦ من القانون المدني .

(٣) المادة ٣٢٧ من القانون المدني الحالي .

واحدة^(١) وثبوت الحق للموفاي بدين الغير في الحلول محل الدائن لا يعني انتفاء حقه في الرجوع علي المدين بما يكون له من دعوي شخصية، فقد يكون له بجانب الدعوي الشخصية حق الحلول، ويكون له الاختيار بين كل من الدعويين وفقا لمصلحته^(٢).

ويتضح مما سبق بيانه أن القانون المدني المصري قد أخذ بما ذهب اليه كل من المالكية والحنابلة في حق رجوع من أدي واجبا عن غيره بما أداه علي المدين بمقدار ما دفعه ما دام لم ينو الغير بأدائه التبرع.

- مذهب الحنفية والشافعية فيمن أدي واجبا عن الغير بدون إذنه:

يري الحنفية أن قيام شخص بوفاء دين عن غيره أو بأداء واجب عليه ولا ولاية له في ذلك بأن كان أجنبيا كان متبرعا بما أداه عنه، فلو قضي أحد دين آخر بدون إذنه سقط الدين عن المدين، ولا رجوع لمن قضي الدين علي المدين ليسترد ما دفعه، لأنه متبرع بفعله، فلا يصير ما ينفقه من مال في ذمة من عليه الواجب، وإلي هذا ذهب الشافعية.

وأساس ذلك عندهم قاعدة لا إلزام بدون إلزام وعلي ذلك ليس لمن قام بهلما الوفاء إلزام من أدي عنه بما أداه لعدم التزامه له بما زاده عنه لدائنه وإن كان ملتزما لدائنه بذلك إذ الالتزام للدائن ليس التزاما لغيره ممن يقوم بالوفاء^(٣). فمن القواعد عند الحنفية أن من قام عن غيره بواجب بأمره فإنه يرجع عليه بما دفع وإلا فلا^(٤).

(١) أنظر في التكييف القانوني للحلول: د/ عبد المحي حجازي: النظرية العامة للالتزام ج ٢ فقرة ١٧ وما بعدها.

(٢) د. جميل الشراوي: المرجع السابق فقرة ٨٩.

(٣) تبين الحقائق للزيملي ٦ / ٤٨، ٤ / ١٣١، قليوبي وعميرة ٣ / ١٣٠. رحمة الأمة في اختلال الأمانة ١٨٩، كفاية الاختيار ١ / ٣١٣، الشيخ علي الخفيف: نظرية الضمان ص ٣١.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢١٦، ٣٥٠.

ومن القواعد عند الشافعية: من ضمن بالإذن رجوع وإن أدي بلا إذن ومن لا فلا^(١).

وقد جاء في مرشد الحيران " إذا قضي أحد دين غيره بلا أمره سقط الدين عن المدين، سواء قبل أو لم يقبل، ويكون الدافع متبرعا له علي المدين بشيء مما دفعه بلا أمره، ولا رجوع له علي رب الدين القابض لاسترداد ما دفعه اليه " (٢).

وقد أخذ التشريع العراقي بما ذهب اليه كل من الحنفية والشافعية بأن من أدي واجبا عن الغير أو أدي ديننا عنه يكون متبرعا بفعله فلا يحق له الرجوع بما أداه^(٣).

- المناقشة:

وقد ناقش ابن القيم ما استدلل به الحنفية والشافعية، فقال: " وأما ما ذكره من أن من أدي ديننا عن غيره يعتبر متبرعا فقد دل علي فساد القرآن والسنة وآثار الصحابة والقياس الصحيح ومصالح العباد، فقد قال تعالي: " فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن " (٤) فأمر سبحانه وتعلي بإيتاء الأجور أمرا مطلقا، وقال تعالي (وهل جزاء الاحسان إلا الاحسان) (٥) وليس من جزاء هذا المحسن بتخليص من أحسن اليه بأداء دينه أن يضيع عليه معروفه فيكون جزاؤه إضاعة ماله، ومكافأته عليه بالاساءة (٦).

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٦٢، بداية المجتهد ٢ / ٢٦٨.

(٢) المادة ٢٠٥ من مرشد الحيران وتظير ذلك " إذا وفي شخص دين آخر بدون أمره يكون متبرعا " دور

الحكام ٢ / ١١٤، مجلة الأحكام العدلية المواد ٥٦١، ٧٢٥، ٧٨٦، ١٣١١، ١٥٤٤.

(٣) المادة ٢٣٩ من القانون العراقي.

(٤) سورة الطلاق: الآية رقم ٦.

(٥) سورة الرحمن: الآية رقم ٦٠.

(٦) إعلام الموقعين ج ٢ ص ٤١٩.

- الترجيح :

بعد بيان آراء الفقهاء في أحقية رجوع من أدي واجبا أو ديننا عن الغير عليه، أري رجحان ما ذهب اليه المالكية والحنابلة في أن من أدي ديننا عن الغير أو واجبا عنه كان له الرجوع علي المدين لاستيفاء ما أداه وما أنفقه، لأن ذلك يعد قضاء مبرئا من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه وصار ديننا في ذمته لمن أداه وذلك كالحاكم إذا قضي ديننا عن المدين عند امتناعه^(١)، كما أن العادة أن من يدفع عن آخر شيئا كان له الرجوع بما أنفق، فان قلنا بتبرعه دون نيته كان ذلك سدا لباب المعروف، إذ كل من يعلم أنه لا يرجع إليه حقه لا يقدم علي المعروف، وقد أمر الرسول صلي الله عليه وسلم بمكافأة من أسدي إلي آخر معروفا^(٢).

« النوع الثاني » - القيام بعمل يحتاجه لمصلحة نفسه ولا يتوصل إليه الا باسداء نفع لغيره ولم يأذن له فيه، كما لو أعار شخص لآخر عينا ليرهنها بدين عليه، وحينما أراد المعير استردادها لم يتمكن من ذلك الا بقضاء دين المرتهن ففعل، فانه يرجع علي المستعير بالدين . وبهذا قال جمهور الفقهاء، وعليه نصت مجلة الأحكام^(٣). ومن النصوص الفقهية الواردة في كتب الفقهاء ما يلي :

جاء في شرح الدر المختار : (ولو أفتك الرهن المعير أجبر المرتهن علي القبول ثم يرجع المعير علي الراهن، لأنه غير متبرع لتخليص ملكه)^(٤).

(١) المغني ج ٥ ص ٩١ .

(٢) سبق بيان الحديث نصا عند ذكر أدلة الحنابلة .

(٣) نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة ٧٣٢ أن لصاحب الرهن المستعار أن يواخذ الراهن المستعير لتخليصه وتسليمه إياه واذا كان المستعير عاجزا عن أداء الدين افقره فللمعير أن يؤدي ذلك الدين ويستخلص ما له من الرهن ويرجع بذلك علي الراهن .

(٤) شرح الدر المختار ج ٢ ص ٤٣٠ .

وجاء في المدونة : (قلت رأيت إن أكراني إبله وتركها في يدي فأنفقت عليها أكون لي علي المكري النفقة التي أنفقتها عليها : قال مالك : نعم يكون عليه ما أنفق عليها)^(١).

وجاء في القواعد لابن رجب : (إذا أعاره شيئا ليرهنه ثم أفتكه المعير بقضاء الدين فإنه يرجع هنا قولاً واحداً . . . ولو قضي أحد الورثة الدين عن الميت ليزول تعلقه بالتركة فإن يرجع)^(٢).

والواضح من هذه المسائل والصور أن من أتفق كانت له حاجة في استيفاد حقه أو حفظ ماله فمن أفتك الرهن كانت حاجته الي المرخون، وفي النفقة علي الإبل لولاها لما أمكن استيفاء المنفعة منها ولو لم يقض الوارث الغرماء لم يتمكن من أخذ حقه من التركة^(٣).

- (السابع) الفعل المشروع حالة الضرورة فيما لو ترتب عليه إتلاف مال الغير :

كمن أكل طعام غيره بغير إذنه مضطرا لدفع الهلاك عن نفسه، فان ترخيص الشارع وإباحته استهلاك مال الغير بدون إذنه لداعي الضرورة لا يسقط عن الفاعل المسؤولية ولا يعفيه من ثبوت مثل المستهلك أو قيمته ديننا في ذمته لمالكه إذ الإباحة للاضطرار لا تنافي الضمان^(٤) لأن إذن الشارع العام إنما ينفي الاثم والمؤاخاة بالعقاب، ولا يعني من تحمل تبعة الاستهلاك بخلاف إذن المالك .

(١) المدونة ج ١١ ص ١٤٢ .

(٢) القواعد ص ١٤٨ .

(٣) إعلام الموقعين ج ٢ ص ٤١٧ .

(٤) رد المحتار علي الدر المختار ٥ / ٢١٥، المهذب ١ / ٢٥٧، نهاية المحتاج ٨ / ١٥٢، القواعد لابن رجب ص ٦٩ .

وقد ذكر الامام القرافي : أنه إذا اضطر الي طعام غيره فأكله في المخصصة جاز، وهل يضمن له القيمة أو لا قولان : (أحدهما) لا يضمن لأن الدفع كان واجبا علي المالك والواجب لا يؤخذ له عوض^(١) . (والقول الثاني) يجب وهو الأظهر والأشهر، لأن إذن المالك لم يوجد، وإنما وجد إذن صاحب الشرع وهو لا يوجب سقوط وإنما ينفي الاثم والمؤاخذه بالعقاب^(٢) .

وذكرت مجلة الأحكام العدلية : أن الاضطرار لا يبطل حق الغير^(٣) .

وذكر العز بن عبد السلام : أن المضطر في المخصصة إذا وجد طعام أجنبي أكله بقيمته، ولو شرب المضطر ماء أجنبي له قيمة خطيرة حيث شربه ضمنه لمستحده بقيمته^(٤) .

وذكر ابن رجب الحنبلي : ولو قتل حيوانا لغيره في مخصصة ليحبي به نفسه ضمنه .. ولو أشرفت السفينة علي الفرق فألقي متاع غيره ليخففها ضمنه^(٥)

- (الثامن) القيام بواجب مالي يلزم الغير بناء علي طلبه :

فلو أمر شخص غيره بأداء دينه فأداه، المأمور من ماله عنه، فإن ما دفعه يكون دينا في ذمة الأمر يرجع عليه به سواء شرط الأمر رجوعه عليه بأن قال :

(١) المحلي لابن حزم الظاهرة / ٨ . ٣٣٠ .

(٢) الفرق للقرافي / ١ / ١٩٦ فرق رقم ٨٢ .

(٣) المادة ٣٣ من مجلة الأحكام، وذكر صاحب دور الحكام أن الاضطرار وان أباح للمضطر تناول مال الغير دون عقاب فانه لا يكون سببا للخلاص من الضمان، لأن الاباحة لا تكون سببا لضيق الحقوق علي ذمها

دور الحكام لعلي حيدر / ١ / ٣٨ .

(٤) قواعد الأحكام ج ٢ ص ١٦٦ .

(٥) القواعد لابن رجب السادسة والعشرون . ١٨٧١ / ١٨٧٢ .

"أد ديني علي أن أوؤديه لك بعدد، أو لم يشترط ذلك، بأن قال : " أد ديني فقط فأداه"^(١) .

وكذا لو أمر شخص آخر أن يكلفه بالمال فكلفه وأدي ما عليه من دين بأمره فله الرجوع علي المكفول بما أداه عنه، وكذا لو ضمن بأمره وقضي بدون أمره، لأنه إذا أذن له الضمان تضمن ذلك إذنه في الأداء، لأن الضمان يوجب عليه الأداء فرجع عليه كما إذا أذن في الأداء صريحا . وذلك عند الحنابلة وقال به المالكية والشافعي في أحد الوجوه . والوجه الثاني لا يرجع به، لأنه دفع بغير أمره، أشبه ما لو تبرع به، وهناك وجه آخر : أنه لو تعذر الرجوع علي المضمون عنه فدفع ما عليه والا فلا لأنه تبرع بالدفع^(٢) . وما قال به الحنابلة أولي لأن الاذن في الضمان اذن بالأداء، لأن الأداء مترتب عليه ولثلا يضيع المعروف بين الناس بفقد ما أداه الضامن عن المضمون .

وفي مرشد الحيران : " من قام عن غيره بواجب عليه من الواجبات الدنيوية كما إذا قضي دينه بأمره أو أنفق من مال نفسه علي عيال غيره ومن تلزمه نفقتهم بأمره رجع علي الأمر بما أداه عنه وقام مقام الدائن الأصلي في مطالبته به سواء اشترط الرجوع أم لم يشترطه"^(٣) .

- حكم أداء الدين :

أداء الدين علي الوصف الواجب فرض بالاجماع لقوله تعالي : (فليؤد الذي أؤتمن أمانته)^(٤) وهو يعتبر كما قال بعض الفقهاء من الحوائج الأصلية، وإذا كان

(١) المادة ١٥٠٦ من المجلة - رد المختار ص ٦٧٤ .

(٢) المغني لابن قدامة / ٥ / ٨٦ ، ٨٧ .

(٣) مرشد الحيران مادة ١٩٨ ، مجلة الأحكام العدلية المواد ١٩٩ ، ٢٠٠ ، ٨٦٢ ، ١٥٠٨ .

(٤) سورة البقرة : الآية رقم ٢٨٣ .

الدين حالا فانه يجب أدائه علي الفور عند الطلب، ويقال له الدين المعجل، وذلك متى كان قادرا علي الأداء لقوله صلي الله عليه وسلم : (مطل الغني ظلم)^(١).

أما اذا كان الدين مؤجلا، فلا يجب أدائه قبل حلول الأجل، لكن لو أدي قبله صح وسقط عن ذمة المدين . وقد يصبح المؤجل حالا فيجب أدائه علي الفور، وذلك بالردة، أو بالموت أو بالتفليس^(٢) . وللفقهاء في ذلك تفصيلات كثيرة ليست موضع بحثنا .

والمعنى الذي عليه الفقهاء في هذا الباب هو أن الدين المعجل يجب أدائه متى طلب منه ولو كان مؤجلا فإنه لا يجب أدائه قبل حلول أجله إلا في حالات الردة أو التفليس أو الموت. وهذا هو الأصل في الدين المعجل، وهو الذي عليه جمهور الفقهاء. وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الدين المعجل يجب أدائه متى طلب منه ولو كان مؤجلا، وهذا هو المذهب الذي ذهب إليه بعض الفقهاء.

(١) أخرجه البخاري ٣ / ١١٧، ومسلم ٣ / ١١٩٧، تحقيق محمد عبد الباقي الموطأ للإمام مالك في باب جامع الدين والحول ص ٤١٨ .
(٢) ابن عابدين ٢ / ٦، المهذب ١ / ٣١١، الخطاب ٥ / ٣٩، المغني ٤ / ٤٨١ .

المطلب الثاني

كيفية أداء الدين

- الأداء هو تسليم الحق لمستحقه، وتسليم الحق في الديون إنما يكون بأمثالها، لأنه لا طريق لأداء الديون سوي هذا، ولهذا كان المقبوض في الصرف والسلم حكم عين الحق، إذ لو لم يكن كذلك لصار استبدالا ببديل الصرف، ورأس مال السلم، والمسلم فيه قبل القبض وهو حرام، وكذا له حكم عين الحق في غير الصرف والسلم، بدليل أنه يجبر رب الدين علي القبض ولو كان غير حقه لم يجبر عليه، وفيما لا مثل له مما تعلق بالذمة تحب القيمة كما في الغضب والمتلفات

وقيل : انه في القرض إذا تعذر المثل فانه يجب رد المثل في الخلقة والصورة، لحديث أبي رافع أن النبي صلي الله عليه وسلم أمره أن يقضي البكر بالبكر، ولأن ما ثبت في الذمة بعقد السلم ثبت بعقد القرض قياسا علي ماله مثل^(١) .

ويجوز الأداء بالأفضل اذا كان بدون شرط، لأن النبي صلي الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرة فقدمت عليه ابل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره، فرجع اليه فقال لم أجد فيها الا خيارا رباعيا، فقال: اعطه اياه، ان خيار الناس أحسنهم قضاء^(٢) .

(١) كشف الأسرار ١ / ١٦٠، البدائع ٧ / ١٥٠، ٣٩٥، ٣٩٦، الدرر السنية ٣ / ٢٢٦، المذهب ١ / ٣١١، المغني ٤ / ٣٥٢ .

أخرجه مسلم ٣ / ١٢٢٤ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، وروى في البخاري بلفظ آخر عن جابر رضي الله عنه (أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال: خيركم أحسنكم قضاء والمراد به الدين وحسنه أن لا يوجد منه ما يؤذي صاحب الحق، كما قال الصنعاني ٢ / ٧٤، ورواه مالك في الموطأ برواية رافع في باب ما يجوز من السلف ص ٤٢٢ .

- ما يقوم مقام أداء الدين :

إذا أدى المدين ما عليه بالصفة الواجبة سقط عنه الدين، وبرئت ذمته، ويقوم مقام الأداء في اسقاط الدين وبرائة الذمة ابراء صاحب الدين للمدين مما عليه أو هبته له أو تصدقه به عليه، كذلك يقوم مقام الأداء من حيث الجملة الحوالة بالدين أو المقاصة أو الصلح، وللفقهاء تفصيلات في ذلك وشروط خاصة ليست محل بحثنا (١).

- الأمتناع عن أداء الدين :

من كان عليه دين وكان موسرا فأنه يجب عليه أدائه، فإن ماطل ولم يؤد ما وجب عليه، ألزمه الحاكم بالأداء بعد طلب الغرماء، فإن امتنع حبسه لظلمه بتأخير الحق من غير ضرورة وذلك لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (لي الواجد يحل عرضه وعقوبته) (٢). والحبس يعد عقوبة، فإن لم يؤد وكان له مال ظاهر باعه الحاكم عليه، لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم باع علي معاذ ماله وقضى دينه (٣) وكذلك ما روي أن عمر رضي الله تعالى عنه باع مال أسيفع وقسمه بين غرمائه (٤).

وإن كان المدين معسرا وثبت ذلك وجب انظاره لقوله تعالى :

(وإن كان ذو عسرة فنظرة الي ميسرة) (٥).

وإن كان للمدين مال ولكنه لا يقفي بديونه، وطلب الغرماء الحجر عليه حجر عليه

(١) بدائع الصنائع ١٢/١١/٦، وتبين الحقائق ٤١/٥-٤٤، الأشباه لابن نجيم ص ٣٥٦، الأشباه للسيوطي

ص ٣٣٠، الشرح الصغير ٤/٢٩٠/١ الملهذب ١/٤٥٥، المغني ٤/٥٧٧.

(٢) أخرجه أبو داود ٤٢٦/٣، وابن ماجه ٨١١/٢.

(٣) رواه الدارقطني - وصححه الحاكم، وأخرجه أبو داود مرسلًا ورجح ارساله. سبل السلام ٥٦/٣.

(٤) رواه الدارقطني - سبل السلام ٥٦/٣.

(٥) سورة البقرة: الآية رقم ٢٨٠، الشرح الكبير بهامش المغني ٤/٢٥٩.

القاضي وباع ماله إن امتنع من بيعه وقسم ثمنه بين الغرماء علي نسبة ديونهم، ومنعه من كل تصرف يضر بالغرماء كالاترار وبيعه بأقل من القيمة وهذا عند المالكية والشافعية والحنابلة وأبي يوسف ومحمد من الحنفية وذهب الامام أبو حنيفة الي خلاف ذلك فقال: لا يجوز الحجر علي المدين ولكل من المذهبين دليله علي ما ذهب اليه نبينه فيما يلي:

- (المذهب الاول) في الحجر علي المدين: يري أنه يجوز للقاضي أن يحجز

علي المدين، وأن يقوم ببيع ماله وقسمته بين الغرماء بالحصص عند امتناع المدين، والي ذلك ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة وأبي يوسف ومحمد من الحنفية (١)، ودليلهم علي ذلك مايلي:

أ- من السنة: ما روي أن معاذا ركب دين فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله، وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص، وفي هذا دليل علي صحة ما نقول به. وما روي أن عمر رضي الله تعالى عنه باع مال أسيفع وقسمه بين الغرماء .

ب- من المعقول: ان في الحجر علي المدين مصلحة الغرماء كي لا يلحق بهم الضرر بتصرفاته مثل الاقرار والتلجنة بأن يبيع ماله من انسان عظيم لا يمكن انتزاعه منه أو بالاقرار له ثم ينتفع به من جهته، كما أن البيع واجب عليه لايفاء دينه حتي يحبس عليه. فاذا امتنع ناب القاضي منابه. واذا كان المريض محجورا عليه لمكان وراثته فأحري أن يكون المدين محجورا عليه لمكان الغرماء.

(١) الهداية ٣/٥٨٢، تبين الحقائق ٥/٩٩١، بداية المجتهد ٢/٢٥٥ بلغة السالك ٢/٢١٠ وما بعدها.

الاتناع ٢/٩٩، الميزان للشعراني ٢/٦٦، المغني ٤/٤٥٦، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ١٥٢.

- (المذهب الثاني) ذهب الامام أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق الي القول بعدم الحجر علي المدين، لأن في ذلك إهدار أهليته والحاقه بالبهائم وذلك ضرر عظيم فلا يجوز الحاقه به لدفع ضرر خاص ولا يتصرف الحاكم في ماله، لأنه حجر عليه، ولأن البيع لا يجوز الا بالتراضي بالنص فيكون باطلا.

- وقد ناقش الامام أبو حنيفة ما استدل به أصحاب المذهب الاول، فقال: " قلنا التلجئة موهومة، والواجب عليه قضاء الدين، والبيع ليس بطريق معين لقضاء الدين فلا ينوب القاضي منابه كالمدينون اذا كان معسرا فان القاضي لا يؤجره ليقضي من أجرته الدين.

أما بيع النبي صلي الله عليه وسلم مال معاذ فقد كان باذنه، والدليل عليه أن بيع ماله لا يجوز حتي يأمره وبأبي ولا يظن بمعاذ أنه خالف أمر النبي صلي الله عليه وسلم، حاشاه، ولأن من شرط جواز البيع التراضي لقوله تعالي: (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم)^(١) ولم يوجد الرضا فكان فعل الحاكم باطلا^(٢).

- والراجع في نظري: رغم وجاهة ما ناقش به الامام ما عليه جمهور الفقهاء من أن للقاضي الحجر علي المدين بعد طلب الغرماء لما روي عن سيدنا رسول الله صلي الله عليه وسلم، ولما روي عن فعل عمر، ولأن في ذلك تحقيق للعدالة وضمان لأموال الناس حتي لا تضيع عليهم أموالهم ببعض التصرفات التي قد يلجأ اليها المدين كالتلجئة والاقرار، وقد رجح هذا الرأي ابن رشد بقوله: "وهذا القول الأطهر، لأنه أعدل"^(٣)

(١) سورة النساء: الآية رقم ٩٢.

(٢) تبين الحقائق ١٩٩/٥، الهداية ٢/٣٨٥.

(٣) بداية المجتهد ٢/٢٥٥.

(المبحث الرابع)

الحق العيني وأنواعه في القانون المدني

ويشتمل هذا المبحث علي مطلبين :

المطلب الأول : الحق العيني في القانون المدني .

المطلب الثاني : أنواع الحق العيني في القانون المدني :

المطلب الأول

الحق العيني في القانون المدني

(droit réel)

- الحق العيني في القانون المدني هو حق يتمثل في سلطة لشخص تنصب مباشرة علي شيء مادي معين . فهذا الشيء هو مجال القيمة التي تثبت لصاحب الحق بمقتضى القانون، فيؤدي هذا الي وجود سلطة مباشرة للشخص علي الشيء حيث يستطيع الشخص بمقتضاها أن يفيد من الشيء علي نحو يختلف مداه بحسب مضمون الحق، كحق الملكية وحق الانتفاع، وحق الرهن .

ومادام أن الحق العيني يتمثل في سلطة تنصب مباشرة علي الشيء فإن لصاحبه أن يباشره دون حاجة الي وساطة شخص آخر، والحق العيني يظهر في ذمة صاحبه، ولكن الواجب العام الذي يقابل الحق والذي يقع علي عاتق الناس جميعا، ويقتصر علي التزام الكافة باحترام الحق لا يظهر في ذمة شخص آخر^(١).

(١) د . جميل الشرقاوي : المرجع السابق فقرة ١ ص ٣، ٤ طبعة دار النهضة ١٩٧٤، د/ الصدة : مبادئ القانون فقرة ١٦٠، د. أحمد سلامة : المدخل فقرة ١٥٩، د/ غيد الرازق فرج : المرجع السابق فقرة ٣

- خصائص الحق العيني :

يظهر لنا بما سبق أن خصائص الحق العيني تتمثل في أن^(١) : الحق العيني سلطة تنصب مباشرة علي شيء معين بالذات، كما أنه حق مطلق بمعنى أنه لا يوجد في علاقة شخصين معينين، فلصاحبه أن يزاوله دون وساطة ويعطي حق التمتع وحق الأفضلية (الأولوية)، ويتسم بأنه حق دائم يبقى ما بقي الشيء^(٢) ولصاحبه أن ينزل عنه بإرادته المنفردة .

المطلب الثاني

أنواع الحقوق العينية

- تتفق الحقوق العينية جميعها في أنها تخول لصاحبها سلطة مباشرة علي شيء مادي، ولكنها تختلف فيما يتعلق بمدى هذه السلطة^(٣) .
وعبارة أخرى، فإن محل الحق العيني هو دائما شيء مادي، أما مضمونه وهو السلطات التي يخولها صاحبه فيختلف من حق لآخر، وتنقسم الحقوق العينية الي :
حقوق عينية أصلية، وحقوق عينية تبعية .

= وأنظر في ذلك : د/ عبد الحمي حجازي : نظرية الحق ص ٤٨ وما بعدها .

(١) د . جميل الشراوي : النظرية العامة للالتزام ص ٤ فقرة ١ طبعة دار النهضة ١٩٧٤ .

د . عبد المنعم الصده : المرجع السابق فقرة ١٦٠ .

د . عبد المنعم البدرائي : المدخل للقانون الخاص فقرة ١٨٠ .

(٢) د . عبد الرازق فرج : دوام حق الملكية - دراسة مقارنة - ص ٢٢ فقرة ١٦ .

(٣) وهذا ما نصت عليه المادة ١١ من مرشد الحيران في الشريعة الاسلامية - (الملك من شأنه أن يتصرف به المال تصرفا فيما يملكه شيئا ومنفعة واستغلالا فيمتنع بالعين المملوكة وتجارها وتناجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات المجازة) .

(أولا) الحقوق العينية الأصلية :

وهي الحقوق التي تقصد لذاتها، وتقوم مستقلة بحيث لا تستند في وجودها الي حق آخر، وهي تشمل الحقوق الآتية :

حق الملكية^(١) : (droit de propriete)

وهو يعد أوسع الحقوق العينية نطاقا، لأنه يخول لصاحبه سلطة كاملة علي الشيء، فيكون له حق الاستعمال والاستغلال والتصرف فيه، وهي مميزات من شأنها أن تمكن المالك من الحصول علي جميع المزايا التي يمكن استخلاصها من الشيء .

الحقوق المتفرعة من حق الملكية :

ترد هذه الحقوق علي شيء مملوك للغير فتقتطع من المالك بعض سلطاته وهي نوعان :

منها ما يتقرر لمصلحة شخص معين كحق الانتفاع وحق الاستعمال السكني .

ومنها ما يتقرر لفائدة عقار معين أي أنها تتقرر للشخص بوصفه مالكا وتلك هي حقوق الارتفاق .

والحقوق المتفرعة عن حق الملكية تعطي صاحبها سلطة محدودة علي شيء مملوك

للغير ونوضحها فيما يلي :

(١) د . عبد الحمي حجازي : نظرية الحق ص ٥٦ . د . الصده : مبادئ القانون فقرة ١٦٠ ، ١٦١ . د .

البدرائي : المرجع السابق فقرة ١٨٠ . د . عبد الرازق فرج : نظرية الحق الفقرة ١١٣ ، ١١٤ . د . الصده :

حق الملكية فقرة ١٧ ، د . أحمد سلامة : الملكية الفردية فقرة ١٩ ، د . عبد الرازق فرج : دوام حق الملكية

(١) حق الانتفاع :

وهو حق عيني متفرع عن حق الملكية يخول للمنتفع استعمال شيء مملوك للغير واستغلاله^(١)، فيثبت له بذلك عنصران من عناصر الملكية هما الاستعمال والاستغلال، أما التصرف فيبقي للمالك الذي يقال له في هذه الحالة : مالك الرقبة .

ويتميز هذا الحق بكونه حقا مؤقتا لا يتسم بالدوام، فهو ينتهي بموت المنتفع وانقضاء الأجل المعين .

- حق الاستعمال وحق السكني :

ويعد حق الاستعمال أضيق نطاقا من حق الانتفاع اذ يخول لصاحبه سلطة مباشرة لاستعمال شيء مملوك لغيره دون الاستغلال، وأما حق السكني : فهو لا يخول لصاحبه سوي نوع واحد وهو السكني فقط، وبذلك يكون هذا الحق أضيق نطاقا من حق الاستعمال، لأنه يخول صاحبه استعمال الشيء علي وجه معين هو الاستعمال بطريق السكني فقط^(٢) .

وسواء بالنسبة الي حق الاستعمال أو السكني فان نطاقهما يتحدد بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق هو وأسرتة لخاصة أنفسهم^(٢) .

(١) عرفت المادة ١٣ من مرشد الحيران الانتفاع بقولها : (الانتفاع الجائز هو حق المنتفع في استعمال العين واستغلالها ما دامت قائمة علي حالها وان لم تكن رقبته مملوكة) ، وأنظر في حق الانتفاع : د. السنهوري، د. أحمد حشمت أبو ستيت : أصول القانون ص ٢٧٨ .

د. محمد سامي مذكور : نظرية الحق ص ١٩ ، د. اسماعيل غانم : نظرية الحق ص ٤٠ .
(٢) د. عبد المحي حجازي : نظرية الحق ص ٥٧ ، د. الصدة : المرجع السابق فقرة ١٦٥ ، د. أحمد سلامة : المرجع السابق فقرة ١٦٢ ، د. عبد الرازق فرج : المرجع السابق فقرة ١٧ .

(٣) المادة ٩٩٦ من القانون المدني المصري الحالي وتنص علي : نطاق حق الاستعمال وحق السكني يتحدد بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق هو وأسرتة لخاصة أنفسهم وذلك دون اخلال بما يقرره الالتضي للعين من أحكام) .

(٢) حق الحكر : هو حق عيني متفرع عن حق الملكية يخول لصاحبه الانتفاع بأرض مملوكة للغير في مقابل أجرة المثل وذلك بالبناء أو الغرس أو غيره^(١)، ويكون الحكر مالكا لما يحدثه من بناء أو غرس أو غيره . وقد استمد القانون المدني أحكام هذا الحق من الشريعة الاسلامية، ولكنه لا يجيزه الا علي أرض موقوفة حينما تقضي ضرورة أو مصلحة^(٢) . وحق الحكر يتفق مع حق الانتفاع في أن ملكية الرقبة تكون ثابتة لشخص، وسلطتي الاستعمال والاستغلال ثابتتين للمحكر، ولكنه يختلف عنه في أنه لا يتقرر إلا علي عقار ولا ينقضي بوفاة المحكر كما أنه لا يتقرر الا علي عقار موقوف وينقضي حق الحكر بانقضاء مدته وزوال صفة الوقف .

(٤) حق الارتفاق : هو حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر يملكه شخص آخر، ويسمي العقار الأول العقار الخادم والعقار الثاني المخدم^(٣) .

ومن حقوق الارتفاق حق الشرب وحق المرور وحق المثل، ولما كان حق الارتفاق مقرر من عقار لمصلحة عقار آخر فانه يرتبط بالعقار لا بشخص مالكة لذا يبقي قائما رغم تغير الملاك، ويكتسب حق الارتفاق بالبيع والهبة والميراث وينقضي بانقضاء الأجل المحدد له، ويهلك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكاً كلياً، وباتحاد الذمة أي باجتماع العقارين في يد واحدة .

(١) د. الصدة : المرجع السابق فقرة ١٦٥ ، د. أحمد سلامة : المرجع السابق فقرة ١٦٣ ، د. عبد الرازق فرج : المرجع السابق فقرة ١٨ ، نقض مدني ٢١ إبريل ١٩٣٨ - مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ٥٢٧ رقم ١ .

(٢) حق الحكر : قد نظمت أحكامه في القانون المدني المواد ٩٩٩ وما بعدها .
(٣) حق الارتفاق، عرفته المادة ٣٧ من مرشد الحيران بقولها : (الارتفاق د. أبو ستيت : المرجع السابق فقرة ٢٩٨ ، د. الصدة : المرجع السابق فقرة ١٦٥ ، د. اسماعيل غانم ص ٤١ ، د. أحمد سلامة : المرجع السابق فقرة ١٦٤ .

- (ثانيا) الحقوق العينية التبعية^(١) :

هي الحقوق التي لا توجد مستقلة بذاتها، وإنما تكون تابعة لحق شخصي تضمن الوفاء به، ولهذا سميت بالتأمينات العينية، فهي تخول لصاحبها سلطة مباشرة علي شيء معين بالذات، ولكن تستند الي حق شخصي (دين) ضمانا للوفاء به. والحق الشخصي لا يتعلق بمال معين من أموال المدين فمحلله عمل يقوم به المدين، ولذلك لا يضمن الوفاء به الا ما للدائن من حق الضمان العام علي أموال المدين، إذ القاعدة أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. وهذا يعني أنه اذا لم يقم المدين بالوفاء الاختياري استطاع الدائن أن ينفذ بحقه علي أي مال من أموال المدين.

وتتنوع الحقوق العينية التبعية في القانون المدني المصري بحسب مصدرها فمنها حقان ينشآن بالعقد، وهما : الرهن الرسمي، والرهن الحيازي. وحق ينشأ بأمر من القاضي بناء علي حكم، وهو حق الاختصاص، وحقوق تنشأ بنص القانون، وهي حقوق الامتياز، وسوف نبين ذلك فيما يلي :

(١) - الرهن الرسمي : هو حق عيني تبعي يتقرر للدائن علي عقار بواسطة عقد يتم بينه وبين الراهن يكون له بمقتضاه أن يتقدم علي الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء دينه من المقابل النقدي لذلك العقار في أي يد يكون ويتميز هذا الرهن بأنه لا يرد الا علي عقار وبأنه اتفاقي أي باتفاق الراهن والدائن، كما أنه يعطي الأفضلية والأولوية للمرتهن في استيفاء دينه علي من هم دونه.

(٢) - الرهن الحيازي : (le droit de gage) هو حق عيني تبعي للدائن بواسطة عقد بينه وبين الراهن علي شيء يسلم اليه أو الي أجنبي، فيكون له بمقتضاه أن يحبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم علي الدائنين العاديين

(١) د. جميل الشرقاوي : دروس في التأمينات العينية ص ٤ وما بعدها، د. الصدة : المرجع السابق لقرنة ١٦٧، د. عبد الرازق فرج : المرجع السابق لقرنة ٢٠، د. عبد المحي حجازي : المرجع السابق ص ٥٩.

والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء دينه من المقابل النقدي لذلك الشيء في أي يد يكون^(١).

ويتفق هذا الحق مع الرهن في أن مصدره العقد، ولكن يختلفان في وجوه :

أ - فالرهن الرسمي يتقرر بمقتضي عقد رسمي بينما الحيازي يتقرر بمقتضي عقد رضائي.

ب - لا يرد الرهن الرسمي الا علي عقار بينما الحيازي يرد علي العقار والمنقول.

ج - في الرهن الرسمي تبقى حيازة العقار المرهون للراهن، بينما في الحيازي تنتقل الحيازة الي الدائن أو الي أجنبي بعينه المتعاقدان.

د - في الرهن الرسمي يثبت للدائن حقي التقدم والتتبع وفي الحيازي يثبت للدائن حق الحبس الي حين الاستيفاء^(٢).

(٣) - حق الاختصاص (le droit d affectation) هو حق عيني تبعي يتقرر للدائن علي عقار للمدين بموجب أمر يصدر من القاضي بناء علي حكم بالدين واجب التنفيذ، فيكون للدائن بمقتضاه أن يتقدم علي الدائنين في استيفاء دينه، ويختلف هذا الحق عن الرهن الرسمي في أن مصدره أمر يصدره القاضي وفيما عدا هذا فما يسري هناك من أحكام كالتقدم والتتبع يسري علي حق الاختصاص^(٣).

(١) الرهن عرفته المادة ٩٧٥ من مرشد الحيران بأنه جعل الشيء المالي محبوبا في يد المرتهن أو في يد عدل بحق مالي يمكن استيفاؤه منه كلا أو بعضا.

(٢) د. الصدة : المرجع السابق لقرنة ١٦٧، د. عبد الرازق فرج : المرجع السابق لقرنة ٢٣.

(٣) د. جميل الشرقاوي : التأمينات ص ٨، د. عبد المحي حجازي : المرجع السابق ص ٥٩، ٦٠، د. أحمد سلامة : المرجع السابق لقرنة ١٦٦.

(٤) - حقوق الامتياز : (le droit de privilege) : حق الامتياز من عيني تبعية مقرر بمقتضى نص في القانون ضمانا للوفاء بدين معين مراعاة لصفته علي جميع أموال المدين، أو علي منقول أو عقار معين منها، فيكون للدائن بمقتضاء أن يتقدم علي الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لهذه الأموال . وهذا الحق لا يتقرر بعقد ولا بأمر القاضي، وإنما يتقرر بمقتضى نص في القانون لمصلحة دائن يثبت له حق من نوع معين^(١) . .

وحقوق الامتياز اما أن تكون عامة فترد علي جميع أموال المدين من منقول وعقار^(٢)، واما أن تكون خاصة فترد علي مال معين من أموال المدين سواء كان هذا المال عقار أم منقولاً . وهي تخول للدائن حق التقدم والتتبع^(٣) .

القاضي بناء علي حكم، وهو حق الاختصاص، وحق نقض الدين للمدينين والحق في الامتياز (le droit d'affection) (المادة ١١٣٠ - (٦))

(١) تنص المادة ١١٣٠ من القانون المدني المصري علي أن : الامتياز أولوية يقرها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته ولا يكون للحق امتياز الا بمقتضى نص في القانون .

(٢) وهذا ما نصت عليه المادة ١١٤١ من القانون المدني المصري .

(٣) هذا ما نصت عليه المادة ١١٤١ من القانون المدني المصري .

(٤) هذا ما نصت عليه المادة ١١٤١ من القانون المدني المصري .

(٥) هذا ما نصت عليه المادة ١١٤١ من القانون المدني المصري .

(٦) هذا ما نصت عليه المادة ١١٤١ من القانون المدني المصري .

(البحث الخامس)

الحق الشخصي ومطاطره فك القانون المدني

ويشتمل هذا البحث علي ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : الحق الشخصي في القانون المدني .

المطلب الثاني : مصادر الحق الشخصي في القانون المدني .

المطلب الثالث : مقارنة بين الحق العيني والحق الشخصي .

المطلب الأول

الحق الشخصي [الألتزام] فك القانون المدني^(١)

(droit personnel)

- هو حق يتمثل في رابطة قانونية بين شخصين، بمقتضاها يقوم أحدهما وهو المدين قبل الآخر وهو الدائن بأداء مالي معين أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل معين، ويطلق علي الحق الشخصي اصطلاح الألتزام (obligation) ويقال في تعليل استعمالها كمترادفين أن رابطة الألتزام التي تقوم بين الدائن والمدين، اذا نظرنا اليها من ناحية الدائن كانت حقا، واذا نظرنا اليها من ناحية المدين كانت التزاما ،

(١) د. السنهوري : الوسيط فقرة ١ وما بعدها، ود. محمود جمال زكي : الوجيز فقرة ٢ وما بعدها، د. عبد

الحي حجازي : نظرية الحق ص ٦٣، ٦٤، د. جميل الشراوي : النظرية العامة للألتزام فقرة ١ وما

بعدها، د. عبد الودود يحيى : الموجز فقرة ٣، د. الصدة مصادر الألتزام فقرة ١٦، ١٧، د. أحمد سلامة :

المرجع السابق فقرة ١٥٦، د. البدرابي : المرجع السابق فقرة ١٨٩، د. عبد الرازق فرج : المرجع السابق

فقرة ٢٥، د. عبد الناصر العطار : نظرية الألتزام فقرة ٦، ٥، د. أحمد حشمت أبو ستيت : نظرية

الألتزام ٢٥، د. سليمان مرقص : موجز أصول الألتزامات فقرة ٣، د. محمود جمال زكي : دروس مقدمة

الدراسات القانونية فقرة ٦٥ .

والحق الشخصي يظهر في ذمة الدائن كعنصر ايجابي، ويقابله التزام يظهر في ذمة المدين كعنصر سلبي ومن ثم تجتمع في الحق الشخصي ثلاثة عناصر، هي صاحب الحق (الدائن)، ومن عليه الحق وهو (المدين) ومحل الحق وهو (الأداء الواجب) علي المدين. فصاحب الحق الشخصي لا يستطيع أن يحصل علي حقه مباشرة، إذ لا بد من وساطة المدين في الاستيفاء.

والحق الشخصي دائما يكون المدين فيه ملتزما بإعطاء شيء أو عمل آخر أو امتناع عن عمل.

(أ) - فالالتزام بإعطاء هو التزام بنقل أو انشاء حق عيني علي شيء، ومن أمثلة ذلك : التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع الي المشتري، والتزام المشتري بدفع الثمن، ومن أمثلة الالتزام بإنشاء حق عيني التزام مالك العقار بإنشاء حق ارتفاق علي عقاره لمصلحة عقار آخر.

(ب) - والالتزام بعمل هو : الالتزام بالقيام بعمل ايجابي غير الاعطاء ومن أمثلته : التزام المقاول ببناء منزل، والتزام العامل بأداء عمله، والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة وتمكين المستأجر من الانتفاع بها^(١).

(ج) - أما الالتزام بالامتناع عن عمل هو : الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل معين كان يمكن القيام به، وهو التزام سلبي، ومقتضاه أن يمتنع المدين عن فعل شيء كان يحل له أن يفعله لولا هذا الالتزام، ومن أمثلة ذلك : التزام البائع بعدم التعرض للمشتري في انتفاعه بما اشتراه، فليس للبائع أن يبيع نفس الشيء مرة ثانية لشخص ثان، ولا يقرر عليه حقا عينيا لشخص آخر، وكالتزام بائع المتجر بالامتناع عن فتح

(١) د. عبد الحى حجازي : المرجع السابق ص ٦٧، ٦٨. د. عبد الرازق فرج : النظرية العامة للالتزامات
فقرة ٧.

متجر مماثل في نفس المكان طوال مدة معينة، وكالتزام المستأجر بمقتضي عقد الايجار ألا يتنازل عن الايجار وألا يؤجر من الباطن^(١).

المطلب الثاني

مصادر الحقوق الشخصية أو مصادر الالتزام

- المقصود بمصادر الالتزام هنا: الأسباب القانونية التي أنشأت الالتزام^(٢)، فالتزام المشتري بدفع الثمن مصدر عقد البيع والتزام المتسبب في ضرر بتعويضه مصدر العمل غير المشروع. والتزام الأب بالنفقة علي عياله مصدره نص في القانون.

ومصادر الحقوق الشخصية الالتزام تتمثل في العقد والارادة المنفردة، والعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب ونص القانون وبيانها كالاتي:

١- **العقد**: هو توافق ارادتين علي انشاء التزام، أو نقله أو تعديله أو انهاءه^(٣) كعقد البيع يتفق بمقتضاه البائع والمشتري علي انشاء التزامات، منها ما هو في جانب البائع كالتزامه بنقل الملكية والتزامه بضمان التعرض، ومنها ما هو في جانب المشتري كالتزامه بدفع الثمن.

٢- **الارادة المنفردة**: هي ارادة تقصد انشاء أثر قانوني دون حاجة الي أن تقترن بارادة أخرى^(٤) ومثل ذلك أن يقوم بشخص بتوجيه وعد الي الجمهور بمنح جائزة

(١) د. الصدة : المرجع السابق فقرة ١٥٩. د. أحمد سلامة : المرجع السابق فقرة ١٥٧.

(٢) د. السنهوري : نظرية العقد فقرة ٢٠. د. جميل الشراقوي : المرجع السابق ص ٢٩ فقرة ٦. د. جمال الدين زكي : الوجيز فقرة ١٠، مازو دروس جزء ٢ فقرة ٤٥.

(٣) د. السنهوري : الوسيط فقرة ٣٦. د. سليمان مرقص : موجز أصول الالتزامات فقرة ١٦. د. أحمد حشمت أبو ستيت : نظرية الالتزام فقرة ٣٥. د. عبد الرازق فرج : نظرية الحق فقرة ٢٧.

(٤) د. البراوي : المدخل فقرة ١٩٤. د. عبر الناصر العطار : نظرية الالتزام فقرة ١٣. د. جمال الدين زكي : المرجع السابق فقرة ١٣. د. عبد الرازق فرج : نظرية الحق فقرة ٢٧، النظرية العامة للالتزامات فقرة

يعطيها لمن يقوم بعمل معين، كالعشور علي شيء مفقود، ففي هذه الحالة ينشأ حق شخص لمن قام بالعمل يمكنه من مطالبة الواعد بالجائزة ومصدر ذلك ارادة الواعد المنفردة.

٣- العمل غير المشروع^(١): يقصد بالعمل غير المشروع كل فعل ضار ينشأ عنه في ذمة فاعله التزام بتعويض من أصابه الضرر، يقابله حق للمصاب في الحصول علي هذا التعويض، فيعتبر الفعل الضار غير المشروع مصدرا للحقوق الشخصية والالتزامات، ومثل ذلك اطلاق شيء مملوك للغير، فمن أتلف شيئا مملوكا لغيره يلتزم بتعويض الضرر الحادث من الاتلاف، وتقوم المسؤولية هنا علي أساس أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض.

٤- الاثراء بلا سبب^(٢): هو عبارة عن فعل يقوم به شخص يفتقر بسببه ليعود منه نفع علي شخص آخر يثري منه دون سبب مشروع يبرر هذا الاثراء وهو مصدر قديم من مصادر الالتزام يقضي بأن كل شخص يثري دون سبب مشروع علي حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثري به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، مثل دفع غير المستحق، فكل من تسلم شيئا علي سبيل الوفاء وليس مستحقا له وجب عليه رده، وفعل الفضولي كالجار يصلح جدار جاره الأيل للسقوط فعلي الجار أن يؤدي اليه ما انفق.

٥- نص القانون^(٣): أما القانون كمصدر من مصادر الالتزام فيقصد به تلك

(١) بلاتيول وريببير ج ٦ فقرة ٤٧٥ وما بعدها، د. السنهوري: الوسيط فقرة ٥٠٤، د. جمال الدين زكي: المرجع السابق فقرة ٢٣٤، د. عبد المنعم البدرابي: المرجع السابق فقرة ١٩٤، د. عبد الرازق فرج: المرجع السابق فقرة ٢٧.

(٢) د. عبد الودود يحيي، الموجز للنظرية العامة للالتزام فقرة ١٣.

د. عبد الرازق فرج: المرجع السابق فقرة ٢٧.

(٣) د. البدرابي: المرجع السابق فقرة ١٩٤، د. عبد الرازق فرج: المرجع السابق فقرة ٢٧.

الحالات التي يكون فيها المصدر للالتزام فيقصد به تلك الحالات التي يكون فيها المصدر للالتزام نصا معيننا في القانون كالتزامات الأسرة من التزامات الزوجية والالتزام بالنفقة.

المطلب الثالث

المقارنة بين الحق العيني والحق الشخصي

فد القانون المدني

- بعد أن بينا فيما سبق مدلول كل من الحق العيني والحق الشخصي بقي لنا أن نبين ما يتميز به كل منهما عن الآخر:

(١) - الحق العيني سلطة مباشرة لشخص علي شيء مادي معين تخول له الاستئثار بقيمة مالية منه، أما الحق الشخصي فهو رابطة قانونية بين شخصين تخول لأحدهما اقتضاء شيء أو عمل أو امتناع عن عمل من الآخر^(١) وينبني علي هذا أن صاحب الحق الشخصي وهو الدائن لا يستطيع الحصول علي محل حقه الا بتدخل الطرف الآخر في الرابطة القانونية وهو المدين والوفاء بالتزامه. فمن يكون دائنا لآخر بمائة جنيه مثلا لا يمكنه استيفاء هذا المبلغ بالاستيلاء عليه^(٢)، بل لابد له من مطالبة المدين ولا يحصل من ثم علي محل الحق الا بواسطة هذا الأخير، حين أن صاحب الحق العيني يستعمل حقه مباشرة من الشيء دون حاجة الي تدخل شخص آخر، فالمالك ينتفع مباشرة بما يملكه بكافة وجوه الانتفاع دون وساطة شخص آخر يرتبط معه بعلاقة قانونية^(٣).

(١) د. جميل الشراوي: المرجع السابق ص ٤، مازو الكتاب الاول دروس ج ٢ فقرة ١١.

(٢) المادة ١/٣٦٤ من القانون المدني المصري الحالي.

(٣) د. السنهوري: الوسيط فقرة ٥، د. جمال زكي: المرجع السابق فقرة ٣.

(٢) - الحق العيني محلّه شيء معين بالذات كملكية منزل معين بذاته، بينما محل الحق الشخصي عمل أو الامتناع عن عمل، ولذا فانه قد ينشأ متعلقا بشيء غير معين بالذات، فاذا باع شخص كمية من القمح دون أن تحدد الكمية بالذات ففي هذه الحالة لا تنشأ ملكية المشتري ولا يكون له سوي حق شخصي فقط قبل البائع، فاذا أفرزت تنشأ الملكية ويصبح للمشتري حق عيني علي هذه الملكية المفترزة (١).

(٣) - يخول الحق العيني لصاحبه حق تتبع هذا الشيء (droite de suite) في يد أي شخص انتقلت اليه ملكيته، وله أيضا اذا كان الحق العيني حق ضمان كالرهن، أن يتقدم علي جميع الدائنين الشخصيين في تقاضي حقه من الشئ (droite de preference) بخلاف الحق الشخصي فهو لا يخول صاحبه شيئا من ذلك (٢).

(٤) - ينشأ عن الحق العيني واجب عام يلزم الكافة احترامه، بينما ينشأ عن الحق الشخصي واجب خاص يقتضي من المدين القيام بعمل أو الامتناع عن عمل إلي جانب الواجب العام.

(٥) - يحدد القانون الحقوق العينية علي سبيل الاختصر ويبين أحكامها أما الحقوق الشخصية فهي متعددة ومتنوعة، وللأفراد أن ينشئوا منها صوراً متعددة ومتنوعة في حدود النظام العام، وقد اكتفي المشرع المصري ببيان مصادرها.

(١) د. عبد الحي حجازي : المرجع السابق ص ٦٨، د. أحمد سلامة : المرجع السابق فقرة ١٧٠، د. عبد الرازق فرج : المرجع السابق فقرة ٢٦.
(٢) د. السنهوري : الوسيط فقرة ٦، د. عبد الحق حجازي : المرجع السابق ص ٦٨، د. شفيق شحاتة : النظرية العامة للحق العيني فقرة ١٤، د. عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية الحق فقرة ٢٩، د. الدرزي : المرجع السابق فقرة ٣٠٢، د. الصدة : المرجع السابق فقرة ٢٠٤، د. اسماعيل قفانم : النظرية العامة للحق ص ٣٢، د. عبد الرازق فرج : المرجع السابق فقرة ٢٦.

(٦) - الأصل في الحقوق العينية أنها مؤبدة، أما الحق الشخصي يكون مؤقتاً، وان كانت الحقوق العينية التبعية مؤقتة فلأنها تستمد هذه الصفة من الحقوق التي تتبعها أي الحقوق الشخصية (١).

المطلب الخامس : مقارنة أسباب الدين والالتزام في الشريعة والقانون .

يقتضي الدين التزاماً بالدين والالتزام في الشريعة والقانون .
الدين : هو الالتزام الذي يترتب عن إيجاب أو إجبار من إيجاب أو إجبار .
الالتزام : هو الالتزام الذي يترتب عن إيجاب أو إجبار من إيجاب أو إجبار .
الدين : هو الالتزام الذي يترتب عن إيجاب أو إجبار من إيجاب أو إجبار .
الالتزام : هو الالتزام الذي يترتب عن إيجاب أو إجبار من إيجاب أو إجبار .
الدين : هو الالتزام الذي يترتب عن إيجاب أو إجبار من إيجاب أو إجبار .
الالتزام : هو الالتزام الذي يترتب عن إيجاب أو إجبار من إيجاب أو إجبار .

(١) د. حسن كبره : الحقوق العينية الأصلية ص ٤٩ - ٥٣، د. أحمد سلامة : المرجع السابق فقرة ١٧٢ .
ويلاحظ أن التنازل عن الحق العيني يتم بإرادة صاحب الحق المنفردة، أما التنازل عن الحق الشخصي فكانت في القانون القديم لا يتم الا باتفاق الدائن والمدين، ولقد سوي القانون الجديد بينهما فيتم كل منهما بإرادة منفردة، ويلاحظ أن الحق العيني يكسب بالتقادم أما الحق الشخصي فلا .

المبحث السادس ،

مقارنة العين والدين بالحق العيني والحق الشخصي

[الألتزام]

- تمهيد :

سبق أن بينا في هذا الفصل تعريف كل من العين والدين في الفقه الاسلامي، وخصائص الحق المتعلق بكل منهما، ثم بينا تعريف كل من الحق العيني والحق الشخصي في القانون المدني، وأهم ما يتميز به كل منهما عن الآخر، وبقي لنا بعد بيان تعلقات كل منهم أن نقارن بين كل من العين والحق العيني والدين والحق الشخصي (الالتزام) وقد كان للفقهاء الذين تعرضوا لهذه المقارنة رأيان فمنهم من يري موافقة العين والدين للحق العيني والشخصي، ومنهم من يقول بخلاف ذلك ولما كان هذا الموضوع بالغ الأهمية ذكرت فيما سبق كل ما يتعلق بالعين والدين والحق العيني والحق الشخصي حتي تكون المقارنة موضوعية، وفي هذا المبحث سنحاول التطبيق بين أقسام الحق المالي في كل من الشريعة والقانون المدني أي العين والدين والحق العيني والحق الشخصي حتي نقف علي مدي العلاقة بين القسمين ثم نذكر رأي من قال بالاتفاق ورأي من قال باختلاف . وناقش الرأيين لنبين الراجح منهما . والله الموفق .

لذا سوف نبين في هذا المبحث عدة مطالب هي :

المطلب الأول : مقارنة أقسام الحق المالي في كل من الشريعة والقانون .

المطلب الثاني : مقارنة تعريف كل من العين والدين وتعريف الحق العيني والحق الشخصي .

المطلب الثالث : مقارنة أساس التقسيم في النوعين .
المطلب الرابع : مقارنة أقسام الحق المتعلق بالعين والحق العيني وبالذات حق الملكية وباقي الحقوق .

المطلب الخامس : مقارنة أسباب الدين والالتزام في الشريعة والقانون .

المطلب السادس : مقارنة أهم ما يميز العين والدين والحق العيني والحق الشخصي .

المطلب السابع : في بيان ما يؤخذ من المقارنات السابقة .

المطلب الثامن : في بيان رأي من قال بالموافقة .

المطلب التاسع : في بيان رأي من قال بالمخالفة .

المطلب العاشر : في الخلاصة .

المطلب الأول

مقارنة أقسام الحق المالك^(١) فك

الفقه الاسلامي والقانون المدني

- بالنظر فيما ذكرناه سابقا يتبين لنا أن أقسام الحق المالي في الفقه الاسلامي

هما : العين والدين، وقد ذكر الامام الكاساني في البدائع قوله :

" وأما حق العبد فهو المال من العين والدين " (٢) .

(١) المال في الفقه الاسلامي هو كل ما يمكن حيازته والانتفاع به علي وجه معتاد - مختصر أحكام

المعاملات ص ٣ .

أما القانون المدني هو الحق المالي أي ذو القيمة المالية - المدخل د/ عبد المنعم البدرائي فقرة ١٦٥ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٢٢٣، وفي ص ٢٢٦ قال : " وأما بيان محل تعلق الحق فمحل تعلق

الحق المال . ثم قال : فيتعلق حق الفرماء بكل متروك هو مال من العين والدين .

وقال أيضا في باب الصلح : " وأما الشرائط التي ترجع الي المصالح عليه فأنواع منها أن يكون مالا إما عينا وهو يحتمل التعيين أو ديننا وهو ما لا يحتمل التعيين " (١) . فيستفاد من ذلك أن المال في الفقه إما أن يكون عينا أو ديننا وفي القانون المدني ذكروا أن الحقوق المالية تنقسم الي قسمين : الحقوق الشخصية والحقوق العينية (٢) .

ويتبين من ذلك أن العين والدين والحق العيني والحق الشخصي تعد أقساما للحق المالي في كل من الشريعة والقانون وأن لفقهاء الشريعة مسمياتهم كما أن القانون المدني مسمياته الخاصة به .

المطلب الثاني ،

مقارنة تعريف كل من العين والحق العيني والدين والحق الشخصي

سبق أن قلنا أن العين في الفقه الإسلامي هي : ما يتعين بالتعيين (٣) أو هي : الشيء المعين المشخص كبيت وكرسي (٤) فالحق في العين يتعلق بذاتها .
وبينا أن الحق العيني في القانون المدني هو : سلطة مباشرة لشخص علي شيء معين بالذات، ويمكن الاحتجاج به في مواجهة الكافة . ومثاله حق الملكية (٥) .

(١) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٤٢ .

(٢) د/ عبد المنعم البدراري : المدخل فقرة ١٧ ص ٢٥٧ . د/ عبد الرازق فرج : نظرية الحق فقرة ١٢ ص ١٣ . د/ عبد الحي حجازي : نظرية الحق ص ٤٨ عند ذكر الحقوق المالية قال : وتنقسم هذه الحقوق الي قسمين جري التشريع والفقه من قديم الزمان علي التمييز بينهما وهما الحقوق العينية والحقوق الشخصية (٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٠٤ .
(٤) المادة ١٥٩ من مجلة الأحكام العدلية .

د. السنهوري : مصادر الحق ج ١ ص ٣٦ ، د/ عبد المنعم الصدة : فقرة ١٦٠ من الكبادي ، د/ عبد المنعم البدراري : المرجع السابق فقرة ١٧ د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق فقرة ١٣ .

ومقارنة كل من التعريفين يتبين تطابقهما اذ الحق في كل منهما يتعلق بذات معينة مشخصة مرئية ومحسوسة أيضا، وذلك بخلاف الدين .
وفي تعريف الدين قلنا أن أكثر الفقهاء يستعملونه ويعرفونه بأنه " إما أن يكون عبارة عن الفعل وهو فعل تسليم المال وأما أن يكون عبارة عن مال حكمي في الذمة (١) .

وعبارة الإمام الكاساني في تعريفه للدين ظاهرة فالدين إما مال حكمي في الذمة وإما فعل تسليم المال، وفعل تسليم المال في القانون المدني هو ما يطلق عليه لفظ عمل (٢) ، والمال وفعل تسليمه يكون محله ذمة المدين (٣) .

والحق الشخصي في القانون هو : رابطة قانونية بين شخصين، يلتزم بمقتضاها أحدهما وهو المدين في مواجهة الآخر وهو الدائن بأن يقوم بعمل أو بأن يمتنع عن عمل معين ويسمى الحق الشخصي حقا اذا نظر اليه من ناحية الدائن والتزاما أو ديننا اذا نظر اليه من جهة المدين (٤) . وعلي هذا النظر يعتبر الحق الشخصي والالتزام وجهي عملة واحدة اذا نظر اليها من جانب المدين كانت التزاما (٥) .

وبلاحظ بمجرد النظر في تعريف بعض فقهاء القانون المدني للحق الشخصي أنهم أطلقوا عليه ديننا في تعريف جانب منهم قوله : " ويسمى الحق الشخصي حقا اذا نظر

(١) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٥ .

(٢) د/ محمد زكي عبد البر : مقالة بمجلة القانون والاقتصاد العدد الخاص بالعيد المنوي لكلية الحقوق ص ٨٠ .

(٣) الذمة : وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الانسان ويسير به أهلا للالتزام وللالتزام .
(٤) د/ السنهوري : مصادر الحق ج ١ ص ١٣ ، د/ عبد الحي حجازي : نظرية الحق ص ٦٤ ، د/ عبد المنعم البدراري : المرجع السابق فقرة ١٧٥ ، د/ عبد المنعم الصدة : المرجع السابق فقرة ١٥٨ ، د/ جمال الدين زكي : الوجيز فقرة ٣ ، د/ عبد الرازق فرج : المرجع السابق فقرة ٢٥ .
(٥) د/ عبد الناصر العطار : نظرية الالتزام فقرة ٥ .

اليه من ناحية الدائن، والتزاما أو ديننا إذا نظر اليه من جهة المدين^(١). وقد استعمل المشرع الوضعي كلمة التزام مرادفه لعبارة الحق الشخصي إذ أنه قد عنون القسم الأول من القانون المدني بعنوان (الالتزامات أو الحقوق الشخصية)^(٢) وعلي هذا تعريفات الفقهاء في القانون المدني . وقد ذكر بعض أساتذتنا^(٣) عند تعرضه لتعريف الحقوق العينية التبعية قوله : (هي تلك الحقوق التي تخول سلطة مباشرة علي شيء معين بالذات، ولكنها لا توجد مستقلة بذاتها، بل إنها لا بد وأن تستند الي حق شخصي دين ضمانا للوفاء بها) وفي هذا يدل علي اعتبار الحق الشخصي ديننا في القانون المدني كما أن الدين هو الحق الشخصي . كما يلاحظ أيضا عند النظر في مضمون تعريف فقهاء الشريعة للدين وتعريف فقهاء القانون المدني للحق الشخصي أن كلا منهما أي الدين هو الحق الشخصي . كما يلاحظ أيضا عند النظر في مضمون تعريف فقهاء الشريعة للدين وتعريف فقهاء القانون المدني للحق الشخصي أن كلا منهما أي الدين والحق الشخصي يتعلق بذمة المدين فهو وإن كان الحق الشخصي ارتباطا بين شخصين للقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل أو بإعطاء شيء فإن هذا هو ظاهر الارتباط إذ لا يتصور الارتباط إلا بين شخصين ولكن حقيقة الأمر أن المطلوب يتعلق بذمة المدين^(٤) ولكن الذمة لا يمكن تصورها محددة، فلا بد من إضافتها وتعلقها بالمدين، إذن فالعبارة هنا علي تقدير فعندما يقال (المدين) التقدير ذمة المدين كما يلاحظ أيضا أن الدين

(١) د/ عبد المنعم البدراني : المرجع السابق فقرة ٢٧٥ .

(٢) د/ أحمد سلامة : المدخل فقرة ١٥٦ .

(٣) د/ عبد الرازق فرج : نظرية الحق فقرة ٢٠ .

(٤) ذكر الدكتور عبد المنعم البدراني في المدخل فقرة ١٧٥ ص ٢٥٧ أن الأمر الجوهري في الحق الشخصي هو تلك الرابطة التي تقوم بين الدائن والمدين . ثم قال وهكذا يبدو أن الحق الشخصي حق نسبي بمعنى أنه لا يقوم الا في علاقة شخصين معينين الدائن والمدين، والدائن لا يستطيع أن يباشر حقه الا في ذمة الدائن في الجانب الايجابي منها، وهو يظهر في الوقت ذاته في الجانب السلبي من ذمة المدين ص ٢٥٧ . ٢٥٨

في الفقه الاسلامي اما مال في الذمة أو عمل أي فعل تسليم المال كما قال الكاساني ومحل ذلك ذمة المدين واذا كان المحل هو الذمة فإنها صلاحية الانسان للحقوق والواجبات فتشمل بذلك ما له وما عليه أي الجانب الايجابي في العمل والجانب السلبي في الامتناع عن العمل . فيكون بذلك مضمون الدين مالا حكيميا في الذمة وعمل أو امتناع عن عمل يضر الغير مثلا . كما هو موضوع الحق الشخصي في القانون المدني وهو القيام بإعطاء شيء أو عمل أو امتناع عن عمل وهذا العمل أو الامتناع يتعلق بذمة المدين وإن كان لا يمكن الاستيفاء إلا بمطالبته فهو واسطه . لذا أرى تطابق مضمون التعريفين وإن اختلفت التسميات .

المطلب الثالث ،

مقارنة أساس التقسيم

- قلنا سابقا أن أساس تقسيم الحق المالي الي عين ودين هو أن الحق المالي اما أن يكون متعلقا بذات معينة واما أن يكون متعلقا بالذمة فإنه يسمى ب (الدين) ، أما أساس تقسيم الحق المالي الي حق عيني وحق شخصي فهو اتجاه السلطة التي يخولها الحق لصاحبه، ففي الحق العيني تتجه هذه السلطة للشئ محل التصرف بالاتفاق به أو التصرف فيه فيكون المحل هو العنصر المهم .

(١) د. الصدة : المرجع السابق فقرة ١٦٥ . د. أحمد سلامة : المرجع السابق فقرة ١٦٣ ، د. عبد الرازق فرج : المرجع السابق فقرة ١٨ ، نقض مدني ٢١ إبريل ١٩٣٨ - مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ٥٢٧

رقم ١ .

(٢) حق الحكر : قد نظمت أحكامه في القانون المدني المواد ٩٩٩ وما بعدها .

(٣) حق الارتفاق، عرفته المادة ٣٧ من مرشد الحيران بقولها : (الارتفاق د. أبو ستيت : المرجع السابق فقرة ٢٩٨ ، د. الصدة : المرجع السابق فقرة ١٦٥ ، د. اسماعيل غانم ص ٤١ ، د. أحمد سلامة : المرجع السابق فقرة ١٦٤ .

وفي الحق الشخصي تتجه هذه السلطة الي شخص المدين لمطالبته بأداء مالي فاذا نظرنا الي أساس التقسيم العيني والحق العيني وجدنا أن هذا الأساس واحد وأن سلطة صاحب الحق تنصب علي عين معينة أو شيء معين بالذات فهما بذلك يتفقان .

أما في أساس تقسيم الدين والحق الشخصي فإني أيضا لا أجد فارقا بينهما لأنه وإن اتجهت سلطة الدائن الحق الشخصي إلي شخص المدين إلا أنها تتعلق بما في ذمة هذا المدين لأنه لا يمكن استيفاء ما في ذمته إلا بواسطته فالحق أساسا يتعلق بذمته وإن كان الأداء لا يمكن إلا بواسطته . فلو امتنع المدين عن الأداء لا يستطيع الدائن بيع المدين لاستيفاء حقه ولكن يستطيع جبره بواسطة المحاكم علي الوفاء بما في ذمته ويكون ذلك ببيع ما يملكه المدين .

المطلب الرابع ،

مقارنة أقسام الحق العيني بأقسام العيني

- نلاحظ فيما ذكر سابقا أن الحق العيني ينقسم الي حق عيني أصلي وحق عيني تبعي فالحق العيني الأصلي حق يقوم بذاته دون أن يرتكز علي وجود حق آخر . والحقوق العينية الأصلية تشمل حق الملكية وهو أقوى الحقوق العينية، بل أن بقية هذه الحقوق متفرعة عنه، وهو يخول صاحبه كافة السلطات التي يمكن أن تكون لشخص علي شيء من حق استعمال واستغلال وتصرف، ثم حق الانتفاع وما يتفرع عنه، ثم حق الحكر، ثم حق الارتفاق وقد ذكرنا ذلك تفصيلا في مباحث سابقة .

وإذا رجعنا الي العين في الفقه الاسلامي نجد أن الملك فيها قد يكون تاما إذا كان شاملا للعين ومنفعتيها جميعا، وقد يكون الملك ناقصا إذا كان متعلقا بالعين وحدها أو المنفعة وحدها، أو يتعلق بحق الارتفاق .

فمن هذا الجانب نجد أن الحقوق العينية الأصلية يقابلها في الفقه الاسلامي الملك التام والملك الناقص، والحق العيني التبعي في القانون المدني يشمل الرهن وهو يقابل الرهن الحيازي وحق الحبس في الفقه الاسلامي يقابل الحبس والامتياز في القانون المدني .

المطلب الخامس ،

مقارنة أسباب الدين بأسباب الحق الشخصي [الالتزام]

- قد سبق ذكر أسباب الدين في الفقه الاسلامي ومصادر الالتزام في القانون المدني وقد ذكرها صاحب كتاب المعاملات في الشريعة الاسلامية^(١) بقوله : (أسباب الدين علي سبيل الاجمال ثلاثة أسباب : الأول العقود، الثاني النصوص، الثالث الأفعال فالعقود كالقرض والبيع والاجارة والكفالة والحوالة والزواج والخلع وغير ذلك . والديون التي تثبت بها هي : بدل القرض والثلث والأجرة والمكفول به والمحال به والمهر وبدل الخلع والنصوص هي الأحكام الشرعية بشيوت النفقات علي اختلاف أنواعها، فانها تكون ديننا في ذمة من وجبت عليهم شرعا . والأفعال كالغصب واستهلاك أقوال الغير بالتعدي فإنها تثبت بها أمثالها إن كانت من المثليات أو قيمتها إن كانت من القيميات في ذمة الغاصب والمستهلك . ثم قارن ذلك بأسباب الدين في القانون المدني فقال : (وأسباب الديون في القانون ثلاثة كما هي في الديون الشرعية :

الأول : توافق المتعاقدين (العقود والتصرفات) ، والثاني : الأفعال التي تصدر من الشخص نفسه أو بمن هم في كفالته أو من أمواله أو من أموالهم، والثالث نهوض القانون ثم قال : فالدين الواجب بالعقود سيأتي الكلام عليه في ضمن الكلام علي العقود من أقسام التعهدات القانونية، والديون التي تجب بالنوعين الأخيرين هي بعينها المبينة في أسباب الديون الواجبة بهما شرعا بدون فرق مطلقا بين أنواعها) .

وقد ذكر صاحب كتاب الولاية علي المال والتعامل بالدين أسباب ثبوت الدين في الفقه الاسلامي والقانون المدني وذكر بعض الصور التي تدخل تحت قاعدة الاثراء

(١) المعاملات في الشريعة الاسلامية والقوانين المصرية للأستاذ أحمد ابو الفتح ج ١ ص ١١٥ ، ١١٦ .

المطلب السادس

مقارنة خصائص الحق المتعلق بالعيق

وخصائص الحق المتعلق بالذمة

- سبق أن بينا علي وجه التفصيل خصائص الحق المتعلق بالعين وهي علي وجه الاجمال : أن الحق المتعلق بالعين مقدم علي الحق المتعلق بالذمة، وأن صاحب الحق يملك تتبع حقه واسترداده إذا خرج من يده بدون وجه حق أي أن له حق التقدم والتتبع، كما أن من الخصائص أن الحق المتعلق بالعين ينصب علي العين مباشرة .

وإذا نظرنا الي خصائص الحق العيني وأهم ما يميزه عن الحق الشخصي نجد أن من هذه الخصائص أن الحق العيني محله شيء معين بالذات فهو سلطة لشخص علي شيء مادي معين، كما أن لصاحبه حق التتبع وأيضا حق التقدم كما هو الحال في الحق المتعلق بالعين في الفقه الاسلامي .

ومن هنا يتبين لنا أن خصائص الحق المتعلق بالعين هي خصائص الحق العيني في القانون المدني ولو نظرنا إلي خصائص الحق المتعلق بالذمة في الفقه الاسلامي نجد أن من خصائصه : أنه ثابت في الذمة، ويقبل الأجل وتجري فيه المقاصة والبراء وأنه حتي يمكن استيفاؤه لا بد من مطالبة المدين كما أنه يرد عليه التوثيق بالكفالة والرهن وخصائص الحق الشخصي أنه يكون ثابتا في ذمة المدين ولا يمكن استيفاؤه الا بواسطته . لذا أري أن أهم ما يميز العين عن الدين هو ما يميز الحق العيني عن الحق الشخصي في القانون المدني .

علي حساب الغير بدون سبب مشروع منها أن يدفع الانسان مالا يظنه واجبا عليه وليس بواجب، ومن بني في أرض غيره، أو قام بترميم بيته بغير اذنه ومن عالج مريضا بغير اذنه فكل هذه تدخل تحت الإثراء بلا سبب فتكون من أسباب الدين . . . ثم قال : (وليس في الشريعة الاسلامية مثل هذه القاعدة علي عمومها وإن كان لكل من هذه الصور حكم مهني علي أساس شرعي) (١) .

وأيا كان هذا الأساس فإن الحكم فيها يتفق مع الحكم في القانون المدني فمثلا الذي قد أخذ المال في الصورة الأولي يلزم برده لصاحبه إذ أنه صار ديننا في ذمته يجب دفعه الي صاحبه وقد ذكر بعض الفقهاء المحدثين أن كل الأسباب التي أدت الي الدين في الفقه هي الأسباب في القانون المدني لا تختلف وأن الصور الواردة في القانون المدني تدخل تحت أسباب الدين في الفقه الاسلامي وقد توسع الفقه الإسلامي في أسباب الدين إذ أن هناك حق الله وحق العباد (٢) .

ولذا أري أن أسباب الدين في الفقه الإسلامي هي أسباب الدين في القانون المدني .

(١) الاستاذ/ علي حسب الله : الولاية علي المال والتعامل بالدين ص ٩٥ - وما بعدها .

(٢) د/ نزيه كمال حماد : حقيقة الدين وأسباب ثبوته في الفقه الاسلامي مقال بمجلة البحث العلمي العدد الرابع .

المطلب السابع ،

ما يؤخذ من المقارنات السابقة

- بعد بيان حقيقة العين والدين وخصائص كل منهما في الفقه الإسلامي وتقسيمات كل منهما واطهار حقيقة الحق العيني والحق الشخصي في القانون المدني وما يميز كل منهما عن الآخر، ثم مقارنة العين بالحق العيني والدين بالحق الشخصي وقد تبين لنا عند المقارنة أنها تعد أقساما للحق المالي في الفقه الاسلامي والقانون المدني، كما أن أساس التقسيم كان واحدا كما تبين أن الحق العيني يشمل الحقوق العينية الأصلية والتبعية كما أن العين في الفقه الاسلامي يرد عليها الملك التام والملك الناقص وحق الرهن والحبس وهو ما يقابل الحقوق العينية الأصلية والتبعية .

ووجدنا أن أسباب الدين في كل من الفقه الاسلامي والقانون المدني واحدة علي حد تعبير أحد أساتذة المقارنات، ثم تبين لنا أن أهم ما يميز العين عن الدين في الفقه الاسلامي هو ما يميز الحق العيني عن الحق الشخصي في القانون المدني .

لذا نستطيع بعد هذه المقارنات أن نقول أن العين في الفقه الاسلامي يقابلها في القانون المدني الحق العيني كما أن الدين في الفقه الاسلامي يقابله الحق الشخصي فالعبارة دائما ليست بالمسميات وإنما بالتطبيق العملي والمقارنات قد أظهرت أن التطبيق واحد والأثر واحد وان اختلفت التسميات فلفقهاء الشريعة الاسلامية مسمياتهم الخاصة كما أن الفقهاء القانون المدني مسمياتهم الخاصة .

المطلب الثامن ،

وأحد من قال بموافقة العين والدين فح الفقه الاسلامي

للحق العيني والحق الشخصي فح القانون المدني

- أولاً:

يري جانب في الفقه المدني^(١) أن العين والدين في الفقه الاسلامي هما الحق العيني والحق الشخصي في القانون المدني ونذكر هنا بعض النصوص الواردة في مؤلفاتهم والتي تفيد صراحة أن العين والدين في الفقه هما الحق العيني والحق الشخصي في القانون المدني ومنها :

- (ما ذكر تحت عنوان الحق العيني والحق الشخصي قوله: ان الحق العيني لا يتضمن مطالبة شخص معين بشيء ما، بل هو يركز مباشرة علي العين فهو حق في العين. ونستعرض هنا سراً مختلف الحقوق العينية المقررة في التشريع الاسلامي، كي ما يتنسى لنا الوصول بمفهوم المخالفة وبعد ظهور مميزاتها الي كنه الحق الشخصي أو الالتزام)^(٢)

ثم عدد بعد ذلك حق الملكية والانتفاع وحقوق الارتفاق، وحق الرهن وحق الحبس في الفقه الاسلامي وهذه هي الحقوق المتعلقة بالعين من حيث الملك التام أو الملك الناقص وعقود الاستيثاق في الفقه الاسلامي ثم ذكر تحت عنوان الفكرة المجردة للالتزام في الفقه الاسلامي^(٣) قوله: (أن الدين يمكن تحليله علي أنه مال، ولكنه

(١) د/ شفيق شحاته: النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ج١ ص ١٩٣ وما بعدها.

(٢) د/ شفيق شحاته: المرجع السابق ج١ ص ١٩٣ وما بعدها.

(٣) المرجع السابق ص ١٩٧

والثاني شخصي^(١)، ثم قال : (ومن ناجية أخرى نجد أن فقهاء الشريعة قد تكلموا عن حق الاختصاص، وفيما يتعلق بالحقوق الشخصية فقد تعرض لها الفقه الاسلامي بنفس الطريقة التي درسوا بها الحقوق العينية)^(٢).

- ورأي ثالث^(٣): يقول بموافقة العين والدين للحق العيني والشخصي في

القانون المدني:

وقد قارن هذا الرأي مقارنة موضوعية بين العين والحق العيني والدين والحق الشخصي أرى أهمية ذكرها فيما يلي:

- قد بين وجه الاختلاف بين العين والدين في الفقه الاسلامي فقال

١- الدين يحتاج في استيفائه الي وساطة المدين ومن ثم تتبعه المطالبة اذ أن وساطة المدين تقتضي مطالبته . أما العين فالحقوق المتعلقة بها تنصب علي العين في ذاتها فلا حاجة فيها الي وساطة.

٢- الدين يرد عليه الأجل، وتصح به المقاصة، ويجوز فيه الإبراء. أما العين فلا يتصور فلا يتصور فيها ذلك.

٣- العين تهلك. أما الدين فيثوي. والهلاك أو التلف معروف. أما الثوي فقد بينه الحنفية في كتاب الحوالة. فعند أبي حنيفة يكون الثوي بشيئين لا ثالث لهما أحدهما: أن يموت المحال عليه مقلسا.

(١) المرجع السابق ص ٥٤ .

(٢) المرجع السابق ص ٦٠، ٦١ .

(٣) د/ محمد زكي عبد البر : بحث الدين والدين مجلة الاقتصاد ص ٨٠ .

يحتاج لاستقراره الي فعل فهو اذا كما قال أبو حنيفة عبارة عن فعل أي فعل تملك وتسليم شيء مثلي. وهذا هو أيضا من ناحية أخرى تحليل الالتزام (العين) فانه يتضمن بالضرورة فعل الملتزم اذا أن الشيء المعين لا يكون موضوعا لحق شخصي وعلي ذلك يمكن القول أن الالتزام في جوهره هو دائما عبارة عن فعل مطلوب من شخص معين وعنصر الطلب هذا هو الذي يظهر أن الالتزام يتضمن ارتباطا بين شخصين. وهذا الارتباط يسميه الفقهاء " المطالبة " . ولذلك نجدهم يطلقون في الغالب علي الملتزم له لفظ " الطالب "، وعلي الملتزم لفظ " المطلوب "، ثم قال (وبهذه الرابطة يتميز في الواقع الحق الشخصي أو الالتزام عن الحق العيني. ذلك أن الحق العيني أو العين بالمعني الخاص لا يتضمن المطالبة، اذ ليس هناك من يعترض صاحب الحق دون الشيء محل الحق. فالحق في الشيء، ولذلك هو قائم قبل الكافة ولذلك قالوا ان الحق العيني لا يسقط بالاسقاط. فالحق هو الشيء في الواقع، ومادام هذا الشيء موجودا فالحق باق ولا يزول الا بفنائه ...) انتهى

والملاحظ علي هذا الرأي أنه قابل العين والدين في الفقه الاسلامي بالحق العيني والحق الشخصي في القانون المدني.

- وراي آخر يوافق مايراه الرأي السابق^(١) يقول : (قد وصل الفقهاء المسلمون الي نفس النتائج التي توصل اليها الفقه الوضعي فقد درسوا مفردات الحق العيني حيث تكلموا عن ملك العين وقسموه الي قسمين ملك تام وملك ناقص^(٢) ثم قال :

(ولم تقتصر أبحاث الفقهاء المسلمين علي ما يطلق عليه الحقوق العينية الأصلية بل عرفوا عقود الاستيثاق وأهمها عقد الرهن، وعقد الكفالة مع ملاحظة أن الأول عيني

(١) د/ فخري أبو يوسف مبروك: الأسس العامة لأحكام المعاملات ص ٤٩، ٥٠ .

(٢) الاسس العامة لأحكام المعاملات- دراسته مقارنة بنظرية الحق ص ٩٤، ٥٠ .

والثاني : أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينه للمحال وقال أبو يوسف ومحمد بهما وبثالث وهو أن يغلي المحال حال حياته ويقضي القاضي بافلاسه^(١).

٤- الدين يرد عليه التوثيق وهو ضمان وفاء الدين بكفيل وزهن. أما العين. فيرد فيها الضمان.

- ثم قارن بين الدين والحق الشخصي (الالتزام) فقال الدين في الفقه الاسلامي هو ذمة ما شغل ذمة المطالب به من مال أو عمل وأنه في كليهما محله الذمة فهو كما عرفه كما عرفه الكاساني عبارة عن نوعين اما أن يكون عبارة عن الفعل وهو تسليم المال (أي العمل في القانون) واما أن يكون عبارة عن مال حكمي في الذمة.. ثم قال: ونطاق الذمة في الفقه الاسلامي يتسع لذلك، فالذمة في الفقه الإسلامي: وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الانسان ويصير به أهلا للالتزام وللالتزام أي صالحا لأن تكون له حقوق وواجبات... ولا يقتصر الفقه الاسلامي في الذمة علي ما في الانسان من الصلاحية للتمسك والكسب أي علي نشاطه الاقتصادي فحسب، بل الذمتوصف تصدر عنه الحقوق والواجبات جميعها وان لم تكن مالية كالصلاة والصيام، الحج، أو كانت مالية ذات صبغة دينية كالزكاة وصدقة الفطر والعشر والخراج ومن ثم كان نطاق الذمة واسعا في الفقه الاسلامي حتي قال فخر الاسلام البزدوي أن الذمة لا يراد بها الا نفس الانسان^(٢). والصلاة والصيام والحج أفعال وكذا اخراج الزكاة والصدقة الفطر وأداء العشر والخراج كلها أعمال تتسع لها الذمة ثم يقول: (وزيد الأمر وضوحا تعريف الحكم الشرعي التكليفي فهو في اصطلاح الأصوليين خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين طلبا أو تخييرا فاذا كان اقتضاؤه الفعل علي وجه

(١) بدائع الصنائع ج ٦ ص ١٨ .

(٢) أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ١٣٥ ، ١٣٦ ، مختصر أحكام المعاملات للشيخ علي الخفيف ص ٩٦ .

الالتزام فهو ايجاب وأثره الوجوب والمطلوب فعله هو الواجب. وان كان اقتضاؤه للفعل ليس علي وجه الالتزام فهو الندب واذا اقتضي كفا عن الفعل فان كان اقتضاؤه علي وجه الالتزام فهو التحريم وأثره الحرمة والمطلوب الكف عن فعله هو المحرم وان كان كان واقتضاؤه له ليس علي وجه الالتزام فهو الكراهة وأثره الكراهة والمطلوب الكف عن فعله هو المكروه واذا اقتضي تخييرا المكلف بين فعل شيء وتركه فهو الاباحة وأثره الاباحة والفعل الذي خير بين فعله تركه هو المباح.

والمحكوم فيه هو فعل المكلف الذي تعلق به حكم كالإيفاء بالديون (واجب) وكتابة الدين (مندوب). وقتل النفس (محرم) وانفاق المال الخبيث (مكروه) والفطر في السفر (مباح)^(١). ومن المقرر أنه لا يتكلف الا بفعل أي أن حكم الشارع التكليفي لا يتعلق الا بفعل المكلف فجميع الأوامر والنواهي متعلقة بأفعال المكلفين ففي المكلف به، وفعل المأمور به، وفي النواهي هو الكف عن المنهي عنه^(٢).

وهذا الفعل الواجب أو المندوب أو المحرم أو المكروه أو المباح محله الذمة ثم يقول: ونزيد الأمر تأكيدا فنقول أن رسول الله صلي الله عليه وسلم اعتبر الصوم وهو فعل (دينا) فقد روي مسلم في كتاب الصيام من صحيحه " أن امرأة أتت رسول الله صلي الله عليه وسلم فقالت: (اني أمني ماتت وعليها صوم شهر فقال: أرأيت لو كان عليها دين أكنت تقتضيه؟ قالت: نعم. قال فدين الله أحق بالقضاء)^(٣).

وعلي ذلك يكون المقصود بالدين في الفقه الاسلامي: المال الحكمي في الذمة كضمن المبيع في ذمة المشتري والمبيع غير المعين في ذمة البائع والدين في ذمة المدين، العمل بأنواعه المختلفة كتسليم المبيع المعين وتقديم كفيل وقيام صانع بالعمل المتفق

(١) أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ١٠٠، ١٠١، ١٠٥، ١٢٧ .

(٢) المرجع السابق ص ١٢٨ .

(٣) رواه البخاري في كتاب الايمان رقم ٣٠، مسلم في كتاب الصيام ٨ / ٢٣، ٢٤ .

عليه، الامتناع عن العمل كالامتناع عن اتيان عمل ضار بالغير. ثم قارن بين الدين والحق الشخصي بع البيان السابق فقال: الحق الشخصي هو رابطة بين شخصين دائن ومدين، بمقتضاها يطالب الدائن المدين باعطاء شيء (أي ينقل ملك شيء) أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل . ومثال الأول نقل الأول نقل البائع ملكية المبيع الي المشتري. ومثال الثاني تسليم البائع المبيع الي المشتري، وقيام الأجير بالعمل المتفق عليه. ومثال الثالث الامتناع عن الفعل الضار بالغير.

اذن يتبين لنا مما تقدم أن الدين في الفقه الاسلامي يقابل " الحق الشخصي أو الالتزام " في الفقه الغربي ويساويه . فكل منهما يقع في ذمة المدين، وكل منهما اما أن يكون اعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل .

- ثم قارن بين العين والحق العيني فقال : العين ما يتعين بالتعيين فالحق في العين متعلق بذات العين لا بذمة شخص، والحق فيها قد يكون الملك التام أي ملك الرقبة والمنفعة وقد يكون الناقص أي ملك الرقبة وحدها أو المنفعة وحدها ويدخل في المنفعة حقوق الارتفاق، وقد يكون حق الرهن كحق المرتهن على العين المرهونة أو حق الحبس كحق البائع في حبس المبيع حتي يستوفي الثمن .

فالحق المتعلق قد يكون أصليا وهو حق الملك التام أو الناقص ويكون تبعيا وهو حق الرهن وحق الحبس والحق العيني في الفقه الغربي سلطة يعطيها القانون لشخص علي عين الذات وهو اما أصلي أو تبعي، فالأصلي هو حق الملكية وما يتفرع عنه والتبعي الرهن الرسمي والحيازي وحقوق الامتياز والاختصاص .

ثم قال : يتبين مما تقدم أن العين في الفقه الاسلامي تقابل الحق العيني في الفقه الغربي وتساويه في الحقوق العينية الأصلية وفي أكثر الحقوق العينية التبعية، وكلا منهما يعطي التبعية والتقدم بل قد يكون الفقه الاسلامي أعم من هذا من الفقه الغربي .

- ثم أورد تطبيقات علي الدين والعين في الفقه الاسلامي والحق الشخصي والحق العيني في الفقه الغربي .

في البيع : اذا كان المبيع شيئا معيننا بالذات فهو عين بالنسبة الي المشتري اذ ثبت عليه بمجرد العقد حد الملك كما هو الحكم في الفقه الاسلامي : أن الملك ينتقل بمجرد العقد بقوة العقد ذاته دون القول بالالتزام، وفي الفقه الغربي حق المشتري في البيع حق شخصي أي التزام في ذمة البائع بنقل ملكيته الي المشتري وسبب الاختلاف بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي ما قدمنا من أن عقد البيع في الفقه الاسلامي ينقل بذاته الملك في المبيع المعين بالتعين الي المشتري فيكون فيه حق الملك وهو (عين) أما في الفقه الغربي فالعقد ينشيء التزاما علي البائع بنقل ملكية المبيع الي المشتري فيكون للمشتري لدي البائع حق شخصي أي التزام .

والثمن في ذمة المشتري (دين) في الفقه الاسلامي وحق شخصي أي التزام في الفقه الغربي وتسليم المبيع الي المشتري (دين) في الفقه الاسلامي وحق شخصي في الفقه الغربي أي التزام واذا كان المبيع غير معين بالذات فهو في الفقه الاسلامي (دين) وفي الفقه الغربي حق شخصي ثم ذكرنا تطبيقات في عقد الاستصناع والاجارة والتوثيق والغصب يبين فيها أن العين حق عيني وأن الدين حق شخصي.

المطلب التاسع ،

وأحد من قال بمخالفة العين والدين في الفقه

الاسلام للحق العيني والحق الشخصي في القانون المدني

- ذهب جانب من الفقه^(١) إلى أن الدين ليس كل الحق الشخصي بل هو صورة من صور العين تستغرق الحق العيني وبعضاً من الحق الشخصي (الالتزام) ومن ثم فالدين أضيق من الحق الشخصي والعين أوسع من الحق العيني .

وقد عرف الدين بأنه التزام محله مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية وهذا هو الذي يتعلق بالذمة^(٢) .

وقد اعترض علي هذا التعريف من الجانب الآخر^(٣) بأن هذا التعريف غير جامع إذ قصر (الدين) علي أحد نوعيه وهو ما إذا كان محله مبلغاً من النقود أو جملة من الأشياء المثلية فخرج منه النوع الآخر وهو ما إذا كان محله العمل الواجب علي المدين (ويدخل فيه الامتناع عن العمل إذ أنه عمل سلبي) فهو تعريف ناقص في نظر الجانب الآخر . ولما كان التعريف ناقصاً ترتب علي ذلك أنه أعتبر (الدين) لا يشمل إلا صورة من صور الالتزام في الفقه الغربي وهو الالتزام بدفع مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية دون سائر الصور الأخرى العمل بنوعيه وترتب عليه أيضاً أن جعل الالتزام بالعين (بتمليكها أو تقليدك منفعتها أو تسليمها أو حفظها) والالتزام بالعمل والالتزام بالعثيق عيناً (لا ديناً)^(٤) .

ولو أنه أخذ بالتعريف الجامع للدين بنوعيه المال لحكمي في الذمة والعمل لاعتبر هذه الالتزامات من (الدين) لا من (العين) تعلقها بالذمة، ثم يذكر الجانب الآخر دليلاً علي أن هذه الالتزامات كلها التزامات بعمل وهي من (الدين) المقابل والمساوي للحق الشخصي أي الالتزام في الفقه الغربي لا من العين المقابل والمساوي للحق العيني أنها تتعلق بالذمة، الذمة تتسع لذلك كله . . وهي بذلك تستتبع الحاجة في استيفائها الي وساطة المدين مما يقتضي مطالبته بخلاف (العين) الذي ينصب الحق فيها علي العين ذاتها ولا حاجة فيه الي الوساطة^(١) .

وقد ذكر الجانب القائل بالمخالفة بين الدين والدين والحق العيني والحق الشخصي أن التمييز بين الدين والدين في الفقه الاسلامي يقوم علي الذمة^(٢) .

وقد اعترض عليه بأن هذا التمييز يقوم أولاً علي التعيين بالذات أو عدم التعيين الذات فإن كان المال معيناً بذاته كان عيناً . أما إن كان غير معين بذاته محله الذمة فالتعلق بالذمة نتيجة بالضرورة لعدم التعيين بالذات^(٣) .

- وذهب جانب ثان^(٤) بالقول أيضاً بالمخالفة بين العين والدين للحق العيني والحق الشخصي فقال : (أن الدين والدين في الفقه الاسلامي غير الحق الشخصي والحق العيني في القانون لأن أساس التفرقة بين الدين العين في الفقه الاسلامي هو الذمة، فما كان شيئاً حاضراً أطلق عليه لفظ العين) وما كان موصوفاً في الذمة كان (ديناً) أما مناط التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني في القانون فهو فيمن تتجه اليه مباشرة السلطة التي حولها الحق لصاحبه، ففي الحق الشخصي تتجه السلطة

(١) د/ محمد زكي عبد البر : المقالة السابق ص ٨٠ وما بعدها .

(٢) د/ السنهوري : مصادر الحق ج ١ ص ٢٠ وما بعدها .

(٣) د/ محمد زكي عبد البر : المقالة السابقة .

(٤) د/ عبد الناصر العطار : نظرية الأجل في الشريعة والقوانين الأخرى ص ٣٨ .

(١) د/ السنهوري : مصادر الحق .

(٢) د/ السنهوري : مصادر الحق ج ١ ص ١٥ - ٢٣ .

(٣) د/ محمد زكي عبد البر : مقالته بمجلة القانون والاقتصاد .

(٤) د/ السنهوري : مصادر الحق ج ١ ص ١٥ ، ١٨ .

المطلب العاشر .

فد خلاصة ما سبق ذكره بالنسبة للعين والدين والحق

العيني والشخصي

- يظهر لنا مما سبق بيانه من تعريفات للعين والدين في الفقه الاسلامي والحق العيني والحق الشخصي في القانون المدني أن مدلول المسميات واحد في الفقهاء وأن اختلفت تسميات الفقه الاسلامي عن القانون المدني .

كما يظهر في التطبيقات التي ذكرناها أن (العين) في الفقه الاسلامي تقابل الحق العيني في القانون المدني وأن (الدين) في الفقه الاسلامي يقابل الحق الشخصي .

وقد أوردنا رأي القائلين بالاتفاق والقائلين بالاختلاف وتبين من الاعتراضات أن القائلين بالاتفاق علي حق .

لذا نستخلص من ذلك أن (العين) في الفقه الاسلامي تقابل الحق العيني في القانون المدني وتوافقه وتساويه، وأن (الدين) في الفقه الاسلامي يقابل الحق الشخصي في القانون المدني ويساويه .

والله أعلم

الي شخص المدين مطالته بأداء مالي، وفي الحق العيني تتجه هذه السلطة الي الشيء محل التصرف للانتفاع به أو التصرف فيه، ويختلف بذلك كل من القسمين (العين والدين)، و(الحق الشخصي والحق العيني) في نطاق تطبيقه وفي آثاره من ثم فلا وجه للمقارنة (١).

- وفي هذا الرأي نظر فأنني أري أنه علي فرض أن التفرقة بين العين والدين ليست الشيء المعين وأنها الذمة فان الفرق أيضا بين الحق العيني والحق الشخصي بأن الأول سلطة مباشرة علي عين معينة وهذا لا يختلف مع (العين) في الفقه الاسلامي وأن الحق الشخصي في القانون سلطة تتجه إلي شخص المدين بأداء مالي .

وهذا المال المطلوب يكون في ذمة شخص المدين . لذا كان المطلوب ليس شخص المدين بل المطلوب هو ما في ذمته .

اذن فالحقيقة أن المطلوب يتعلق بذمة المدين لا بشخصه والدليل علي ذلك : أن الدائن لا يستطيع بيع شخص المدين عند امتناعه عن دفعه، كما أن المدين إذا مات انتقل حق الدائن الي ما تركه للورثه . فنستطيع بذلك أن نقول أن الفرق بين الحق العيني والحق الشخصي هو أن السلطة في الأول تتجه الي عين معينة وهذا هو معنى (العين) في الفقه كما أن السلطة في الثاني تتجه الي المدين لاستيفاء ما في ذمته وهذا هو معنى (الدين) في الفقه الاسلامي . أما في نطاق التطبيق فيظهر ذلك من تطبيقنا السابق وهو يبين تطابق العين للحق العيني والدين للحق الشخصي .

(١) د/ السنهوري - مصادر الحق .

(٢) د/ السنهوري - مصادر الحق .

(٣) د/ السنهوري - مصادر الحق .

(٤) د/ السنهوري - مصادر الحق .

(١) د/ عيد الناصر العطار : المرجع السابق ٣٨ ، ٣٩ .