مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: العين والدين في الفقه الاسلامي وتطويعهما بالقانون (دراسة مقارنة)
اسم الكاتب: د. علي شاكر عبد القادر البدري
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/765
تاريخ الاسترداد: 2026/11/01 12:39 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

العين والدين في الفقه الاسلامي وتطويعهما بالقانون
(دراسة مقارنة)
Debt and Real in Islamic Jurisprudence and Adaptationin Law (Comparative Study)

د. علي شاكر عبد القادر البدري
Ali Shaker Abdl Gader Al Badri
جامعة كربلاء – كلية القانون
University of Karbala College of Law
alishker149@gmail.com

الملخص:
يعد الفقه الاسلامي بمذاهبه المتعددة ثروة ضخمة لفقهاء وباحثي القانون ، ولايخفى ما للفقه الاسلامي من دور في القانون بصورة عامة وفي القانون المدني بصورة خاصة، ومن مواضيع المهمة في الفقه الاسلامي موضوع الدين والعين ،ولان الفقه الاسلامي لديه مصطلحاته ومفاهيمه التي توافق احيانا مصطلحات ومفاهيم القانون واحيانا تخالفه ، ارتأينا ان نبحث في هذا الموضوع لكشف حقيقة التقارب والتباعد وتبيان حقيقة الامر .
الكلمات المفتاحية : الدين ،العين، الفقه الاسلامي، تطويع.

ABSTRACT:
Islamic Jurisprudence include several schools and these schools have wealthy knowledge for scholars and law researchers. In general, the Islamic jurisprudence has important role in the general law and it is having especial role in civil law. The debt and real state consider an important subject in Islamic jurisprudence and religion. Because Islamic jurisprudence has especial terms and concepts for debt and real state that sometimes agree with law's terms and sometimes not. This research will explain the similarity and the difference between Islamic jurisprudence and law.

Key words: Debt, Real ,Jurisprudence, Adaptation.

المقدمة:
ان للفقه الاسلامي مضمار يدور فيه ،كما للقانون مضمار يدور فيه ،وقد يُرفدْ القانون بإحكام معينة من قبل الفقه الاسلامي، وكما لا يخفى يعد الفقه الاسلامي احد مصادر القانون المدني الرئيسية ،وهذا لا يعني تطابق القانون المدني مع الفقه الاسلامي، فتارة نرى الفقه الاسلامي والقانون متوافقان، وتارة نجدهما متخالفان ،وتارة يوجد بعض من التشابه والاختلاف ،وكما نعلم ان القانون المدني ينظم المعاملات المالية ، فما دخل في هذا المضمار كان تحت رعاية القانون المدني وماعدا ذلك يخرج عن نطاق اهتمام القانون المدني ، الا في الدول التي تنظم الاحوال الشخصية مع الاحوال العينية .

وتقسم الحقوق المالية في القانون المدني إلى حقوق شخصية وحقوق عينية ، مع وجود تقسم آخر للحقوق المعنوية وهي خارج نطاق بحثنا .

وقد عرف الفقه الاسلامي تقسيما آخر للحقوق المالية ،الدين والعين ، وقد جرى نقاش فقهي بين أرباب القانون وأرباب الفقه الاسلامي من حيث تطابق المصطلحات او

اختلافهما، فهل لكل منهما مدلول مختلف عن الاخر ام ان لكل منهما مدلول متطابق وانهما مجرد تسميات اختص بها كل فقه ، فكان لابد لنا من مناقشة ذلك وتحرير موطن النزاع والخروج بحكم ،واردنا من خلال بحثنا بلورة الموضوع وإزالة اسباب الغموض فيه وسوء الفهم عنه ،فهو بحاجة الى من ينفض الغبار عنه.

وسنقسم هذا البحث الى اربعة مباحث سنتناول في المبحث الاول الذمة المالية والمال وسنكرس في المبحث الثاني العلاقة بين العين والحق العيني و سنبين في المبحث الثالث العلاقة بين الدين والحق الشخصي ، وسنخصص في المبحث الرابع رأي الباحث بالعلاقة بين العين والحق العيني والدين والحق الشخصي ، وسنتخذ المنهج التحليلي المقارن بين القانون والفقه الاسلامي بمدرستي القانون العراقي والمصري ، وللفقه الاسلامي بمذاهبه الامامية ، الحنفية ، المالكية ، الشافعية الحنابلة .

المبحث الاول
الذمة المالية والمال

ان معرفة العلاقة بين الدين والحق الشخصي، والعين والحق العيني ،يتطلب معرفة الذمة المالية والمال ، فالحق الشخصي والحق العيني في الفقه القانوني ، والدين والعين في الفقه الاسلامي يعدان من الاموال ، لذا كان علينا ان نبين معنى الذمة المالية والمال .

فالذمة المالية في الفقه الاسلامي هي ((وعاء اعتباري تستقر فيه الحقوق والالتزامات جميعها ، سواء كانت مالية ام غير مالية))[١] ، وعلى الرغم من تعدد الآراء الفقه الاسلامي في الذمة المالية فمنهم من عدها النفس البشرية [٢]، ومنهم من عدها وصفاً اعتباريا مقدرا في الشخص يجعله اهلا للوجوب له وعليه ، ومنهم من عدّ الذمة المالية امر زائد لا معنى له[٣] ،ومنهم من عدها ((وعاء للأموال الخارجية))[٤]. فالذمة المالية محل يقدر وجوده في الانسان تثبت فيه الحقوق والالتزامات المالية وغير المالية ، وبما اننا في صدد الحقوق والالتزامات المالية دون سواها ، فلا يعنينا ما كان غير مالياً .

اما موقف الفقه القانوني من الذمة المالية فهي((مجموع معنوي من المال ، فهي مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات في الحاضر والمستقبل))[٥] ، فالنظرة التقليدية هي مجموع ما للشخص من اموال، ويربط أصحاب هذه النظرية بين الشخصية القانونية والذمة المالية ارتباطا وثيقا [٦] ،بينما النظرية (الحديثة) تفصل بين الذمة المالية والشخصية القانونية، اذ أن الذمة المالية هي تخصيص أموال معينة للوفاء بالتزامات معينة أي تخصيصها لغرض معين [٧].

ان النظرية التقليدية هي السائدة في الفقه القانوني، فالذمة المالية هي وعاء مستقل عن عناصرها ، فالشخص لديه ذمة مالية ولو لم يكن له حق مالي او عليه التزام، فطالما انه اهلا لاكتساب الحقوق وان يكون عليه التزامات ، فالحقوق الشخصية والحقوق العينية تكون ضمن هذا الوعاء وتشمل الذمة المالية كافة الحقوق والالتزامات المالية في الحاضر والمستقبل .

فالحقوق العينية والحقوق الشخصية تنضوي في نطاق الذمة المالية لا على اساس تحليل الحق العيني سلطة قانونية على شيء معين بالذات والحق الشخصي رابطة قانونية بين شخصين، بل لأن الذمة المالية وعاء لكل الحقوق والالتزامات المالية ، فالذمة المالية ليست هي مجموع من الاموال بل هي المظهر المالي للشخصية القانونية ،ويترتب على ذلك من ان الذمة المالية هي مجموع معنوي من المال يستند الى شِخص يكون هو صاحب الذمة المالية ، فالذمة المالية مستقلة عن عناصرها الداخلية فيها، ولذا يقال ان الذمة المالية تعد الضمان العام للدائنين ، فالديون غير متعلقة بالشخص ذاته انما تتعلق بحقوقه المالية المطوية داخل الذمة المالية [٨].

وبعد تسليط الضوء على الذمة المالية ،لابد من بيان معنى المال، بين جمهور الفقهاء من الامامية [٩]،والمالكية[١٠]،والشافعية[١١]،والحنابلة[١٢]إ لى تعريف المال بعدة تعريفات ،والمتحصل من مجموع هذه التعريفات ان نبين تعريف يوافق آرائهم ((كل ماله قيمة مادية بين الناس وأجاز الشرع الانتفاع به في حالة الظروف الاعتيادية)) .

وقد بينوا ان هناك شرطين يستلزمها المال ،الشرط الاول ان يكون للشيء قيمة بين الناس، وهذه القيمة تثبت بوجوب الضمان على المتلف ، والشرط الثاني ان الشرع أباح الانتفاع به في ظل الظروف الاعتيادية ، فان لم يكن الاصل اباحة الانتفاع فيه في ظل الظروف الاعتيادية فلا يعد مالاً[١٣] .

اما الحنفية فقد بينت المال بتعريف آخر، فقد عرفوه ((ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ويجري فيه البذل والمنع)) [١٤] ،وللمال عندهم ثلاثة شروط ، الشرط الأول إن يكون له وجود خارجي مادي ويمكن احرازه [١٥]،والشرط الثاني التمول ، ولمعرفة التمول هناك معياران ،اولها ان يكون له نفع ،وثانيها ان يكون له قيمة بين الناس، فان لم يكن ذلك لا يعد مالاً ،مثل حبة القمح أو ذرة التراب ، فلا تعد مالاً [١٦] ،و الشرط الثالث ميل طبع الإنسان إليه، والميل الى الشيء يعني حب الإنسان لذلك الشيء والانحياز إليه، فما يشبع حاجة الإنسان او يلبي رغبته يعد مالاً[١٧] . ولكن تحت مطرقة النقد فأن تعريف الحنفية للمال يورد عليه عدة ملاحظات منها ،ان الأدوية والسموم لا يميل طبع الانسان اليها ولكنها تعد مالاً ، والزهور الموجودة في البساتين يميل الطبع اليها ولكنها لا تعد مالا ، كذلك ان الخضروات والفواكه تعد اموالاً مع انها تفسد سريعا ولا يمكن ادخارها الى وقت الحاجة ،كما ان طباع الناس تختلف في ميلها، فلا يعد الميل أساساً ومقياسا لتمييز المال من غيره، وفضلا عن ذلك بذكر قيد الادخار في التعريف لاتعد المنفعة مالاً لعدم إمكانية ادخارها. يتبين مما تقدم ان جمهور الفقه الإسلامي يذهبون ان المال قد يكون ماديا أو معنويا بينما ذهب فقهاء الحنفية الى ان المال عندهم مادي فقط. أما المال في نظر القانون فقد نصت المادة(٦٥) من القانون المدني العراقي على ان ((المال هو كل حق له قيمة مادية)). وهذا الحق ذو القيمة المادية يكون دائما معنويا ،أي ليس له جسم محسوس يتجسد فيه ، لذلك لا يدرك بالحس، ودخول لفظ العموم (كل) على تعريف المال يجعله شاملاً للحقوق العينية والحقوق الشخصية والحقوق المعنوية ولدى النظر في قانوننا المدني الذي تناول تعريف المال يمكن ان نورد عليه عدة ملاحظات منها ، ان كلمة (مادية)التي وردت في التعريف غير دقيقة ،والصحيح ان (المال هو كل حق له قيمة مالية)[١٨] ، أي إن المال هو حق ذو قيمة اقتصادية ، ويلاحظ كذلك على التعريف الاخير ان بيان المال متوقف على معرفة المالية، ومعرفة المالية متوقفة على معرفة المال ومما لاشك فيه يعد عيب منطقي ففيه دور مصرح أي أن توقف المال على معرفة المالية يستلزم توقف الشيء على نفسه وهو يستلزم تقدم الشيء على نفسه واللازم باطل وكذلك الملزوم ،وبمعنى آخر هناك مصادرة على المطلوب [١٩]. اما القانون المدني المصري على الرغم من عدم تعريفه للمال فقد خلط بين المال ومحله، فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة (٨٣) من القانون المدني المصري ((١- يعتبر مالا عقارياً كل حق عيني يقع على عقار ، بما في ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار .)) ، وقد جاء في المادة (٨٧)من القانون المدني المصري ((١-تعتبر اموالا عامة ، العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون او مرسوم أو قرار من الوزير المختص. ٢- وهذه الاموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها او تملكها بالتقادم)).فالمال دائما يكون معنويا بينما

محله في الاكثر يكون ماديا ، وقد يكون معنويا [٢٠].

المبحث الثاني

العلاقة بين العين والحق العيني

سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الاول منهما الموافقة ما بين العين والحق العيني ،وسنكرس في المطلب الثاني المخالفة بين العين والحق العيني.

المطلب الاول

الموافقة ما بين العين و الحق العيني

ان الحقوق في نظر الشريعة تشمل فضلا عن حقوق العباد(الحقوق العينية والحقوق الشخصية)، حقوق الله والحقوق المشتركة ، واهتمام موضوعنا بالحقوق الاولى دون سواها . الحق العيني هو سلطة يقررها القانون لشخص على شيء معين بالذات ، اما العين فقد جاء تعريف لها في المادة(١٥٩) من مجلة الاحكام العدلية بقولها((ان العين: هي الشيء المعين المشخص كبيت وحصان وكرسي وصُبْرةِ حنطة وصُبْرةِ دراهم حاضرتين وكلها من الأعيان))، وقد عرفوا العين كذلك بانها((الذات المعينة المشخصة في الخارج المرئية بالحس)) [٢١] .

ويلاحظ على التعريفين ان كليهما ينصبان على شيء معين بالذات ولا يحتاجان في استيفائه إلى وساطة مدين ولا يتصور فيهما ان يرد اليهما أجل ولا تصح فيهما مقاصة ولا إبراء، فاذا كان الشيء حاضرا سمي عيناً، ويبدو ان معنى العين تطابق لمعنى الحق العيني ولكن الاختلاف في المسميات دون المضمون، ولا مشاحة في الاصطلاح ، وان العين التي يتعلق بها الحق تكون ذاتا معينة ،اي ان لها وجود حقيقي يمكن استيفاء الحق منه مباشرة ،وهي مشخصة مرئية محسوسة يتعلق الحق بذاتها لا بمثلها ولا بقيمتها، ويلاحظ على تعريف المجلة بذكرها الامثلة ،والاصح ان لا تعرف الاشياء بأمثلتها ،بينما الحق العيني ((سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين))[٢٢] .

ان التعريفين وان اختلفت فيهما التسميات الا ان كليهما يتعلقا بذات معينة مشخصة مرئية ومحسوسة أيضا، وان عددنا الحقوق العينية في الفقه الإسلامي لوجدناها مشابهة لما ذكرناه في نظر القانون فحق الملكية والانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن وغيرها من الحقوق هي من حقوق المتعلقة بالعين من حيث الملك التام أو الملك الناقص[٢٣]،وهناك رأي أخر سار في المنحى نفسه أذ يقول بأن الفقهاء المسلمين وفقهاء القانون قد توصلوا الى نتائج متشابهة، فقد بينوا مفردات العين وهي تماثل مفردات الحق العيني من جهة أقسامه الى ملك تام وملك ناقص[٢٤].

ان الحق العيني والعين في الفقه الاسلامي ينصبان على شيء معين بالذات ولمالك الحق العيني ولمالك العين حق التقدم والتتبع[٢٥]، فلمالك العين ان يتتبع العين اينما وجدت وفي يد أي حائز لها وذلك لتعلق حقه بها فله ان يخاصم كل من له يد عليها وله ان يطالبه بتسليمها له، ولصاحب الحق العيني حق التقدم في استيفاء دينه على باقي الدائنين العاديين وكذلك لمالك العين حق التقدم، وان اقسام العين اما ان يكون الملك تاماً اي شاملا للعين ومنفعتها او يكون الملك ناقصا اذا كان متعلقا بحق الرقبة دون المنفعة او المنفعة دون حق الرقبة ،وهذه الاقسام توجد عند القانونيين أيضا فحق الملكية قد يشمل حق الرقبة ومنفعتها، او له حق الرقبة دون حق الانتفاع او الانتفاع دون حق الرقبة، وكذلك أن الحقوق العينية التبعية في القانون المدني كالرهن الحيازي تقابل الرهن في الفقه الاسلامي وحق الحبس في الفقه الاسلامي يقابل الامتياز في القانون المدني .

وخصائص الحق المتعلق بالعين تشبه خصائص الحق العيني من حيث تقدمه على الحق المتعلق بالذمة عندما يتزاحم الغرماء، وصاحب الحق المتعلق بالعين يملك حق استرداده إذا خرج من يده دون وجه حق مادامت العين باقية ،واذا استحقت العين أو تلفت فأن ذلك يوجب فسخ العقد ،ان الحق المتعلق بالعين ينصب على العين ذاتها ولا تحتاج الى وساطة من أحد ،فالعين لا مطالبة فيها ولا واسطة لتعلق الحق بها مباشرة ،[٢٦] .

المطلب الثاني

المخالفة بين العين و الحق العيني

ان من اصحاب اتجاه المخالفة من يقول ان العين اعم من الحق العيني لأنها تنطوي بالإضافة للحق العيني على بعض الحقوق الشخصية ،فالعين عندهم لا تتعلق بالذمة بل يكون الحق متعلقا بالعين ذاتها ولا تحتاج الى وساطة المدين ولا تتبعه المطالبة ولا يرد عليه أجل ولا تصح به المقاصة ولا يجوز فيه الابراء ،وصفوة القول عند اصحاب هذا الاتجاه ان الفقه الاسلامي يعد العين أعم من الحق العيني ولكل فقه أسلوبه وصناعته، فالعين بالفقه الاسلامي تشمل فضلاً عن الحق العيني(الالتزام بالعين) الذي يعده أرباب القانون حقاً شخصياً بينما يعده أصحاب اتجاه الموافقة في الفقه الاسلامي عيناً [٢٧] .

وعلى الرغم من وجود تشابه بين الحق العيني والعين الا انهما مختلفان، فالتشابه بينهما ان كليهما ينصب على شيء معين بالذات ولا يحتاجان في استيفائه إلى وساطة مدين ولا يتصور فيهما ان يرد اليهما أجل ولا تصح فيهما مقاصة ولا إبراء كما بيناه سلفاً ،لكن الاختلاف بينهما يكمن في ان الالتزام بالعين عند اصحاب هذا الاتجاه في الفقه الاسلامي يكون عينا وليس دينا لأن الالتزام ينصب على عينٍ معينة بذاتها وليس على ذمة المدين، فلا يتضمن عنصرا لمطالبة وبالتالي لا حاجة لوساطة المدين في الوفاء بهذا الالتزام ،اما في الفقه القانوني الالتزام بالعين هو حق شخصي يتركز على ذمة المدين[٢٨]. ويرى أصحاب هذا الاتجاه أيضا بان الذمة في الفقه الاسلامي لا تقتصر على الدين والعين بل تتسع للالتزام بالعمل والالتزام بالتوثيق [٢٩]، وأن اساس التمييز مثل ما يراه أصحاب هذا الاتجاه بين العين والحق العيني والدين والحق الشخصي يقوم على الذمة ،فهم يذهبون إلى ان الاختلاف بينهما ناتج عن اختلاف المفاهيم ،فاذا كان الشيء حاضرا سمي عينا وما كان موصوفا بالذمة يسمى دينا وفق الفقه الإسلامي ،أما مناط التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني وفق الفقه القانوني فهو فيمن تتجه اليه مباشرة السلطة التي خولها الحق لصاحبه ، ففي الحق الشخصي تتجه إلى شخص المدين لمطالبته بأداء مالي، وفي الحق العيني تتجه هذه السلطة إلى الشيء محل التصرف [٣٠].

ويترتب على ما تقدم من رأي أصحاب أتجاه المخالفة ان جعل الالتزام بالعين (بتمليكها أو تمليك منفعتها أو تسليمها أو حفظها)،والالتزام بالعمل والالتزام بالتوثيق عينا[٣١] ، وصفوة القول عند اصحاب هذا الاتجاه ان العلاقة المنطقية بين الحق العيني والعين ، ان العين اعم مطلقاً.

المبحث الثالث

العلاقة ما بين الدين و الحق الشخصي

سنقسم هذا المطلب إلى مطلبين نتناول في المطلب الاول الموافقة ما بين الدين والحق الشخصي ، ونكرس في المطلب الثاني المخالفة ما بين العين والحق العيني.

المطلب الاول

الموافقة ما بين الدين والحق الشخصي

نصت المادة (٦٩/ف١) من القانون المدني العراقي على ان((الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بان ينقل حقا عينيا أو يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل))، ومحل قيام بعمل او امتناع عن عمل .

ويعرف اصحاب المعنى الاعم للدين بأنه ((وصف شرعي في الذمة يقتضي مطالبة صاحبه بأداء شيء عليه))،او ((الاداء او

الفعل الشاغل للذمة))[٣٢]، ويشمل الدين من مال كثمن مبيع وزكاة او عمل ،ولذا لا يشترط ان يكون الدين ثابتا في معاوضة او اتلاف او قرض[٣٣]، وقد بينت المادة(١٥٨) من مجلة الاحكام العدلية بأنه ((**الدين ما يثبت في الذمة ،كمقدار من الدراهم في ذمة رجل ومقدار منها ليس بحاضر ،والمقدار المعين من الدراهم أومن صبرة الحنطة الحاضرتين قبل الإفراز ،فكلهما من قبيل الدين**)).

ويرى اصحاب اتجاه (الموافقة) ان المال يطلق على كل ما يملك ومافيه منفعة مباحة[٣٤]، فلفظ الدين مرادف للحق الشخصي ولفظ العين مرادف للحق العيني، فيرى أصحاب اتجاه(الموافقة) ان الدين مرادف للحق الشخصي وهم يعرفونه بأنه ((الدين يكون عبارة عن الفعل وهو اما فعل تسليم المال او ان يكون عبارة عن مال حكمي في الذمة))[٣٥].

ومما تقدم يتحصل لدينا ان الدين يكون اما مال حكمي في الذمة واما فعل تسليم المال، وفعل تسليم المال في القانون المدني هو لفظ العمل الوارد في تعريف الحق الشخصي لأرباب القانون ، والذمة تشمل الجانب الايجابي في العمل وتشمل كذلك الجانب السلبي المتمثلة في الامتناع عن العمل ولذا يكون مضمون الدين مالا حكميا في الذمة او عملاً او امتناعاً عن عمل كما هو الحق الشخصي ويتعلق بذمة المدين ولا يمكن استيفاؤه الا بالمطالبة ، وان اسباب الدين في الفقه الاسلامي من عقد وارادة منفردة والفعل الضار والفعل النافع وما يتحقق مما جعله الشارع مناطاً لثبوت حق المالي يوجد عند القانونيين مع اختلاف التسميات في بعض الاحيان [٣٦].

وكذلك ذهب اصحاب اتجاه الموافقة ان الالتزام بتسليم العين مثل تسليم العين المودعة تعد (دين) كحق المودع على الوديع بتسليم العين فهو حق شخصي ولكن ملكية العين للمودع للوديعة تعد حق عينياً[٣٧]. فالدين يشمل عند أصحاب اتجاه (المطابقة) النقود والأشياء المثلية ويضاف الى ذلك ما يكون محله العمل الواجب على المدين ويدخل فيه الامتناع عن العمل اذ أنه عمل سلبي، لحق المتعلق بالذمة فأنه يحتاج في استيفائه إلى وساطة المدين ،ويترتب على ذلك أن الدين يلزمه مطالبة مستحقه لمن له دين حتى يستوفيه .أن المائز بين العين والحق العيني والدين والحق الشخصي يقوم أولا على التعيين بالذات أو عدم التعيين بالذات ، فأن كان المال معينا بذاته كان عينا ،اما ان كان غير معين بذاته فيكون محله الذمة فالتعلق بالذمة نتيجة ضرورية لعدم التعين بالذات، فالدين حقيقته مال حكمي وليس مالً حقيقيا ولكن صيرورته مال عند الاستيفاء سمي مالاً مجازاً[٣٨].

وجملة كلام أتجاه المطابقة أن الدين في الفقه الإسلامي والحق الشخصي في الفقه القانوني بينهما نسبة مساواة وفق العلاقة المنطقية وكلاهما يقع في ذمة المدين وكلاهما اما ان يكون عملا أو امتناعاً عن عمل[٣٩] .

المطلب الثاني
المخالفة بين الحق الشخصي والدين

عُرف الدين بالمعنى الاخص ((ما يثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته)) [٤٠].

قد بينا سلفاً ان بعض من الحقوق الشخصية في الفقه القانوني يعد عيناً في الفقه الاسلامي وفق رؤية اتجاه المخالفة ،فلذا يكون الدين عندهم أخص من الحق الشخصي في الفقه القانوني .

وعلى الرغم من ان الدين يتعلق بذمة المدين لا بشخصه ، لكن الدين يتعلق بالمعنى الاخص للحنفية هو((ما وجب في الذمة بعقد أو استهلاك وما صار في ذمته دينا باستقراضه))[٤١]، وهناك من سار في الاتجاه نفسه بتعريفه بانه ((اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلا من مال أتلفه أو اقرضه أو مبيع عقد بيعه ...)) [٤٢]، بأن الدين محله نقود او اشياء مثلية وهو الذي يتعلق بالذمة فتأثرهم بتعريف الدين بالمعنى الاخص

للحنفية، ولا يتصورون الدين في القيميات لان القيميات لا تصح ديناً في الذمة، لان المطالبة به تتعلق بعينه ، والدين عندهم مال حكمي، وبعبارة اخرى هو مال من حيث المآل، وان الالتزام بعمل وان كان يثبت بالذمة ولكن لا يطلق عليه دين .

فالدين هو مال حكمي ثابت في الذمة بأي سبب من اسباب ثبوته ،فالدين مال موصوف غير مشخص ،لهذا يكون موضوع حق الدائن غير متعين بذاته ، وانما بوصفه ،لذا أقتضى تدخل المدين أو وساطته ليقوم بتشخيص موضوع حق الدائن اذ لا يمكن أداؤه الا بتعينيه وهذا يتطلب من الدائن ان يقوم بمطالبة المدين ، ويستلزم كل هذا أن يتعلق الدين بذمة المدين لعدم وجود مال بذاته يتعلق به، فالدين متعلقة بذمة المدين ويمكن وفاؤه بدفع أي عين مالية من جنس الدين المتعهد به، ولذا صحت به المقاصة والحوالة [٤٣]،فالدين وفق اتجاه المخالفة ليس الا مالاً حكمياً موصوفاً في الذمة ، ولذا فالدين ليس مطابقاً للحق الشخصي بل هو صورة من صوره .

المبحث الرابع
رأي الباحث بالعلاقة بين العين والحق العيني والدين والحق الشخصي

ان الفرق بين الحق العيني والحق الشخصي بأن الاول سلطة مباشرة على عين معينة وهو ما يوافق العين في الفقه الاسلامي لدى اتجاه الموافقة ، والثاني هو سلطة تتجه الى شخص المدين بأداء مالي وهذا المال المطلوب يكون في ذمة الشخص المدين لذلك لم يكن المطلوب شخص المدين بل المطلوب هو ما في ذمته وهذا يوافق الدين في الفقه الإسلامي [٤٤].

وقد بين اصحاب اتجاه الموافقة ان الحق العيني محله شيء معين بالذات فهو سلطة لشخص على شيء مادي معين ،وان لصاحبه حق التتبع والتقدم كذلك الحال في الحق المتعلق بالعين في الفقه الاسلامي ، كما نجد ان اقسام الحقوق العينية الى الحقوق العينية الاصلية والحقوق العينية التبعية موجودة في الفقه الاسلامي ، فالعبرة ليس بالمسميات بل العبرة بما موجود من تطبيقات متشابهة في كل من الفقه القانوني والفقه الاسلامي ، فلكل فقه مسمياته واصطلاحاته .

واقسام حق العيني والعين متشابهة من حيث الحقوق العينية الاصلية ،فحق الملكية وما يتفرع منها موجودة في الفقه الاسلامي فلديهم الملك التام والملك الناقص اذا كان متعلقاً بحق الرقبة وحدها او بالمنفعة وحدها ، او يتعلق بالحقوق العينية التبعية فالرهن موجود في القانون وفي الفقه الاسلامي وحق الحبس موجود في الفقه الاسلامي ويقابله الامتياز في الفقه القانوني .

والعين والحق العيني لا يتضمنا المطالبة ، اذ ليس هناك من يعترض صاحب الحق ، فالحق العيني والعين اساسهما واحد وهو سلطة صاحب الحق تنصب على عين معينة بالذات ، ولاوجود للمدين في كليهما .

ولكن مع كل ما قيل من حجج لأصحاب الموافقة في العين والحق العيني ، لكن الباحث لا يميل إلى هذا الاتجاه ،وهذا لا يعني ميلنا مع اصحاب المخالفة ، ولكن نظن ان مبنى الموضوع هو بيان معنى العين ،وبقراءة متمعنة لتعريفه لغرض ازالة الغموض عنه ، نجد ان المادة ١٥٩ من المجلة التي ذكرناها سلفاً تعرف العين ((الشيء المعين المشخص كبيت ...)) ، وكذلك التعريف الاخر للعين بأنه ((الذات المعينة ذكره لا ينطبق على الحق العيني ، فالحق العيني سلطة شخص... ، ولا نجد ذكرا لهذه السلطة ، والحق العيني حق كما تقدم ذكره ولا نجد في هذه التعريفات شيء من ذلك، بل انها بينت ان العين هي(الشيء)، والشيء (محل الحق) وليس الحق، وما ذكر من أمثلة للعين في الفقه الاسلامي يستدل منها ان المقصود هو محل الحق وهو الشيء المادي مثل البيت والكرسي والحصان ، فالحق العيني لا يطابق العين بل يطابق الحق المتعلق بالعين ، اي ان الحق لابد من متعلق ، وهذا المتعلق هي العين المعينة بالذات ،وما ذكر في الفقه الاسلامي للعين في كلا الاتجاهين (الموافقة ،

والمخالفة) ومطابقته للحق العيني ومخالفته للحق العيني لا نستصوبه على اطلاقه.

ان القانون المدني حين ما أشار الى العين أراد بتعبيره ما قصده الفقه الاسلامي لمعنى العين ، وللوهلة الاولى قد نظن ان القانون اراد بالعين انها بمنزلة الشيء(محل الحق) ومرادفة لها ،وبالتالي يكون لكليهما معنى واحد، ولكن تحت مطرقة النقد والتحليل يتبين لنا خلاف ذلك ، لان الشيء هو محل الحق العيني و قد يكون ماديا او معنويا[٤٦].

اما العين فهي محل الحق العيني أيضا ولكنها تكون(مادية دائما)، اي ان الشيء اعم مطلقا من العين، ونستدل ذلك من المادة (٧٤/ف١)من القانون المدني العراقي التي نصت ((يصح ان يرد العقد: ١-على الاعيان منقولة كانت اوعقاراً لتمليكها بعوض بيعاً او بغير عوض هبة ولحفظها وديعة او لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً ٠)) ، ويتضح مما تقدم أن العين تكون عقارا ومنقولا وهي اشياء مادية ندركها بالحس اي ان الشيء اعم مطلقا من العين[٤٧] .

وكذلك نستدل على مادية العين في القانون المدني المصري اذ نصت المادة (٥٧٣/ف١) ((اذا تعدد المستأجرون لعين واحدة فضل من سبق منهم الى وضع يده عليها دون غش ، فاذا كان مستأجر عقار قد سجل عقده وهو حسن النية قبل ان يضع مستأجر اخر يده على العقار المؤجر او قبل ان يتجدد عقد ايجاره ، فانه هو الذى يفضل)) [48] .

ان الفقه الاسلامي لم يسم مصطلح الحق العيني ولكن فكرة الحق العيني من حيث سلطة الشخص على عين معينة بالذات لا يرفضها الفقه الاسلامي ،ولكن لا يكون من خلال سحب مصطلح (العين) في الفقه الاسلامي الذي له مدلول مختلف عما يقصد به القانون، فلكل صياغته وفقهه .

اما تعريف اتجاه (المخالفة) للدين فيعدُّ تعريفاً ناقصاً لدى أصحاب اتجاه (الموافقة)،لان الدين حسب التعريف الأخص(المخالفة)لا يشمل الا صورة من صور الالتزام في الفقه القانوني وهو الالتزام بدفع مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية دون سائر الصور الأخرى للالتزام وبالتالي يترتب على رأي أصحاب أتجاه المخالفة ان جعل الالتزام بالعين (بتمليكها أو تمليك منفعتها أو تسليمها أو حفظها)،والالتزام بالعمل والالتزام بالتوثيق عينا لادينا ،فما كان محله العمل الواجب على المدين أو امتناع عن عمل يخرج عن تعريف الدين ،فقد ضيقوا أصحاب اتجاه المخالفة من الدين وجعلوه صورة من صور الحق الشخصي ولايشمل على كافة صوره .

ولو انهم اخذوا بالتعريف الجامع (تعريف الموافقة) الذي يشمل المال الحكمي في الذمة والعمل لعدت هذه الالتزامات من الدين لا من العين، وكذلك ان هذه الالتزامات التي ذكرناها سابقا انما هي التزامات بعمل وهي من الدين المساوي للالتزام في الفقه القانوني، فهي تتعلق بالذمة وتستتبع الحاجة في استيفائها إلى وساطة المدين ، ان تعريف مجلة الاحكام العدلية في المادة (١٥٨) التي سبق وان ذكرناها توسع من نطاق الدين.

ان الحق الشخصي ثابت في الذمة ولكي يتمكن من استيفاؤه لابد من مطالبة المدين، ويتضمن ارتباط ما بين شخصين وهذا الارتباط يسمونه (المطالبة)[٤٩] ،ولذا يطلقون على صاحب الحق للفظ (الطالب) وعلى الملتزم لفظ(المطلوب)، وان هذا الارتباط لا يكون الا بين شخصين فلابد من تعلقها بالمدين، والدين في الفقه الاسلامي يشمل ما ذكره في الفقه القانوني اي عمل او امتناع عن عمل ويتعلق بذمة المدين ولكن باختلاف التسميات على وفق اتجاه الموافقة .

ان الالتزام بالعين لدى اصحاب اتجاه المخالفة في الفقه الاسلامي وكما بيناه سلفاً عده عينا وليس دينا ،وسار في المنحى نفسه بعض فقهاء القانون وشراحهم فعدّ العين اوسع من الحق العيني وحجتهم هو(الالتزام بالعين)، وهذا القول يستتبع قولاً آخر ان الدين لدى اصحاب اتجاه المخالفة أخص من الحق الشخصي ، ولكن بمزيد من التمعن نجد من يقول بعدم المطابقة حجتهم هو (الالتزام بالعين)، ويتبين ان الالتزام بالعين

في الفقه الاسلامي لابد فيه من المطالبة - وهي خصيصة الحق الشخصي - بينما في الحق العيني(العين) لا يتضمن عنصر للمطالبة لان الحق متعلق بعين معينة بالذات وعندئذ لا حاجة لوساطة شخص في الوفاء بحق الدائن ، فنستخلص من ذلك ان الالتزام بالعين يعد حق شخصي.

وقد ينبري من يقول ان الفقه الاسلامي يجعل الدين في المثليات دون القيميات ،فالقيميات لا يمكن ان تكون دينا في الذمة ،والالتزام بالعين هو قيمي وليس ذمي [٥٠] ،و يمكن الاجابة عن ذلك بالقول ان اكثر الفقه الاسلامي يرى بان القيميات تصح ان تكون دينا في الذمة[٥١] .

ولكن مع كل ما ذكرناه ،يبدوان الفقه الاسلامي لم يقصد مطابقة الدين بالحق الشخصي، فما بيناه سلفاً من رأي الكاساني من انه عّرف الدين فعل تسليم المال ومال حكمي في الذمة انما كان في سياق تقسيمه لاستيفاء الدين ،واما حجة أتجاه الموافقة التي بيناها سلفاً من ان(الفعل) الذي ورد في تقسيم الكاساني للدين، يتضمن العمل وكذلك يتضمن الامتناع عن العمل لأن الامتناع عن العمل كذلك فعل، لا يبدو رجحانها ، فقول اتجاه الموافقة يعوزه الدليل ، وحيث لا دليل فتكون حجتهم مرجوحة ،.وطالما ان الكاساني قد قسم استيفاء الدين فتصوره لجميع اقسام الدين وبذلك لا يدخل الامتناع عن العمل ضمن انواع الدين لعدم ذكره ، والقسمة تفيد الحصر. فالفعل ان كان مقصوده القيام بالعمل فالامتناع عن عمل لا يدخل ضمن الفعل ،ولو تصفحنا معاجم اللغة لتبين لنا ذلك فمعنى الفعل هو العمل والصنع ولا يسمى في اللغة الامتناع عن العمل فعل [٥٢] .

الخاتمة

بعد ان بلغنا خاتمة المطاف من هذه الدراسة يلزم ان نسجل ابرز النتائج والمقترحات:-

أولا/ النتائج :-

١- ذهب جمهور الفقه الإسلامي الى إن المال قد يكون ماديا وفق ما ذهب اليه الشافعية ومعنويا بينما ذهب فقهاء الحنفية الى ان المال عندهم مادي فقط.

٢- يوجد اختلاف فقهي في الفقه الاسلامي لتحديد معنى العين فذهب اتجاه المخالفة ان معنى العين في الفقه الاسلامي أعم من الحقوق العينية لاحتوائها على بعض من الحقوق الشخصية ،بينما ذهب اتجاه آخر الى ان معنى العين هو معنى الحقوق العينية نفسها وتوصلنا إلى ان العين في الفقه الاسلامي هو الشيء المادي وفق نظر ة القانون .

٣- جرى نقاش فقهي اسلامي وقانوني حول الدين والحق الشخصي ، بين من يرى ان الدين في الفقه الاسلامي أخص من الحق الشخصي وبين من يرى تطابق المعنين ، وقد بينا ان الدين في الفقه الاسلامي صورة من صور الحق الشخصي .

ثانيا /المقترحات :-

١- يمكن تعريف المال بانه ((الحق الذي يمكن تقدير محله بالنقد)).

٢- الاهتمام بالدراسات الفقهية الاسلامية التي تبين تأثير الفقه الاسلامي في القوانين.

٣- وجود دراسات تهتم بين الموافقة والمخالفة بين الفقه الاسلامي الثري بمعلوماته ، وبين القانون ،ولرؤية مدى التطابق والتقارب او التباعد بين الفقه الاسلامي والقانون .

٤- تحديد معاني المصطلحات في الفقه الاسلامي بمن قبل مختصين بطريقة تمكن من تحديد مدلولاتها بشكل واضح مشفوع بالأدلة العلمية ، لإزالة كل غموض عن المقصود منها .

الهوامش

١- علاء الدين عبد العزيز بن احمد البخاري ، كشف الاسرار على اصول الامام فخر الاسلام البزودي ، دار الكتاب العربي ، ١٩٧٤ ، ص٣٤١ .

٢- سعد الدين مسعود بن عمر(التفتازاني ، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح، ج٢،مطبعة علي صبيح واولاده ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٧٤ ، ص٥١ وما بعدها .

٣- حمد ابراهيم ، الاهلية وعوارضها والولية في الشرع الاسلامي ، منشور في

جلة القانون والاقتصاد ، السنة الاولى ، العدد ٣، ص٣٥٣.

٤-موسى بن محمد الخوانساري ، منية الطالب في حاشية المكاسب – تقريرات الميرزا محمد حسين النائيني- ، ج١ ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم، دون ذكر سنة الطبع ، ص١٤٥.ومنهم من عرفه ((وعاء للأموال الرمزية) كاظم الحسيني الحائري ، فقه العقود ،ج١ ،ط٢، مطبعة شريعت ، قم ،دون ذكر سنة الطبع ،ص ٤٥ .

٥- MARTY ET RAVUNAUD; DROIT CIVIL, T,1. 2E PARIS,SIREY, 1988.P288 . أورده منصور حاتم ، الدين والعين في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالفقه الوضعي ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الادارية والقانونية ، المجلد ٤ ، العدد ٦ ، ١٩٩٩، ص ١٢٩ ٥ .

٦- M.ETL.MAZEAU:LECANES DE DROIT CIVIL ,T.1EDITION MONTCHRESTIEN, 1970 .P292. اوردها منصور حاتم ، المرجع السابق ، ص١٢٩٥ .

٧- **اوردها د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ١٩٨٥**، ص١٣١ .

٨- منصور حاتم ، المرجع السابق، ص١٢٩٥ .

٩- الحسن بن يوسف بن مطهر(العلامة الحلي)،تذكرة الفقهاء، ج٧،مطبعة النجف ، ١٩٥٥م، ص ١٩ . عباس كاشف الغطاء، المال المثلي والمال القيمي في الفقه الاسلامي،ط١،مؤسسة بستان،٢٠٠٩، ص ١٦. د. عبد الهادي الفضلي في بحثه المال دراسة فقهية مقارنة على موقع الانترنيت http://www.shahrodi.com/al-menhaj/Almen02/mh-al102.htm .

١٠- وقد عرفته المالكية بأنه ((ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه))إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي الشاطبي ، الموافقات، ج٢،دار المعرفة، بيروت بدون ذكر سنة الطبع ،ص ١٧ ،ويلاحظ على تعريف المالكية انه يعد ذرة الرمل مال مع انها ليست مال في نظر العرف ، ينظر عباس كاشف الغطاء، المرجع السابق ،ص ٢٥ .

١١- وقد ذكر الشافعي بأنه لا يقع اسم المال الاعلى ((ماله قيمة يباع فيها ويلزم متلفه وان قلت ،وما لا يطرحه الناس كالفلس ،وما أشبه ذلك)) ينظر عبد الرحمن بن ابي بكر السيوطي ، الأشباه والنظائر، ج ١، ط١ ، دار الكتب العالمية ،بيروت بدون ذكر سنة الطبع ، ص ٣٢٧ .

١٢- وقد عرفته الحنابلة بقولهم((هو ما فيه منفعة مباحة لغير الضرورة)) فكل شيء فيه منفعة مباحة يمكن استيفاؤها وجواز اخذ العوض عنها وإباحة بذل المال فيها توصلا لها في غير حالة الاضطرار تعد مالا، ينظر شمس الدين ابو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر (المقدسي)،المغني ،ط١ ،دار الفكر للطباعة ،بيروت،١٤٠٥ه .

١٣- لمزيد من التفصيل ينظر محمد الحسين ال كاشف الغطاء، ج١،المرجع السابق، ص٣١٥ وما بعدها .

١٤- محمد أمين بن عمر (ابن عابدين)، رد المحتار على الدر المختار، ج ٤، دار الكتب العالمية، بدون ذكر سنة الطبع ، ص ٥١ .

١٥- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق (دراسة مقارنة)،ط ٢ ،المكتبة القانونية، بغداد، من دون ذكر سنة الطبع ،ص ٢٧١ وما بعدها .

١٦- وعند الحنفية ،منافع الأعيان أعراض تحدث ساعة فساعة وهي قبل الطلب والاكتساب معدومة لاوجود لها في عالم الأعيان فقد وجدت لتفنى وإذا كانت كذلك فلا يمكن حيازتها وإحرازها، لمزيد من التفصيل ينظر د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج٤،ط ٨،مطبعة دار الفكر، دمشق ،٢٠٠٥ ،،ص٢٨٧٨ومابعدها.

١٧- د. مصطفى أبراهيم الزلمي ، المرجع السابق ،ص٢٧١ وما بعدها.

١٨- د. عبد المجيد الحكيم ،الموجز في شرح القانون المدني العراقي ،ج١،مصادر

الالتزام في المقارنة والموازنة بين الفقه الغربي والفقه الإسلامي، ط ٣ ،شركة الطبع والنشر الأهلية ،بغداد ،١٩٦٩ ،ص١ .وكذلك جاء لفظ (قيمة مالية) عند مناقشة المادة ١٨٦ من قانوننا العراقي ،انظر القانون المدني مع مجموعة الأعمال التحضيرية ،الجزء الثاني، مطبعة الزمان ، بغداد ، ٢٠٠٢،ص٦ . د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي ،الحقوق العينية الاصلية ،شركة الرابطة،بغداد،١٩٥٤ ، ص٥٣ .

١٩- وعرفه احدهم بانه ((الاعيان والمنافع والحقوق)) ،وهذا تعريف بالقسمة المنطقية ويلاحظ انه عدَّ المال اعم مطلقا من الحق، والمال هو المقسم ومن اقسامه الحق ،والعكس هو الصحيح من وجهة نظر القانون أي ان الحق اعم مطلقا من المال ،والحق هو المقسم ومن اقسامه المال ،اما الاعيان فهي ليست المال بل هي محل المال قانونا محمد الحسين ال كاشف الغطاء،ج٣ ،المرجع السابق، ص٣١٦ .

٢٠- اما القانون المدني الفرنسيّ فأنه لم يميز بين (الحق) والموضوع الذي يردُّ إليه هذا الحق، ويعود الفضل لبعض فقهاء القانون المدني من الفرنسيين الذين استقروا على التمييز فالحق الوارد على الشيء هو مال غير مادي لكن قيمته لا تظهر الا مندمجة مع الشيء المادي نفسه، فالشيء المادي كل ما يدركه الحس كالدار، وأما الأموال غير المادية أو المعنوية فهي التي ليس لها وجود حسي وانما يتصور العقل وجودها بالتجريد،اوردها د. جورج شدراوي، تقسيمات الأموال ،لبنان: المؤسسة المعيشية للكتاب، ٢٠٠٥، ص١٨٤ .

٢١- د .أسامة محمد العبد ،العين والدين في الفقه الاسلامي والحق العيني والشخصي في القانون المدني ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ،العدد ١٥، ص ٣٢٨ .

٢٢- ينظر المادة(٦٧) من القانون المدني العراقي .

٢٣- لمزيد من التفصيل ينظر د. شفيق شحاتة ، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ،ج١،المكتب الجامعي الحديث ،الاسكندرية ، ص١٩٣ وما بعدها .

٢٤- لمزيد من التفصيل ينظر د. فخري أبو يوسف مبروك، الأسس العامة لأحكام المعاملات ،دار الجامعة الجديدة، مصر، من دون ذكر سنة الطبع ،ص ص(٤٩-٥٠) .

٢٥- علي الخفيف ،الملكية في الشريعة الإسلامية ، مع مقارنتها بالقوانين العربية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٩٠ ،ص٢٣ . د. أسامة محمد العبد ،المرجع السابق ، ص٤٠١ .

٢٦- فخر الدين عثمان بن علي (الزيلغي الحنفي)،تبيين الحقائق ،ج٦، الطبعة الكبرى الاميرية ،مصر، من دون ذكر سنة الطبع، ص٦٥ ،والقرافي ، ج٢ ،المرجع السابق ،ص١٣٢ .ويذكر أحدهم ان الفقه الجعفري قد بين بإسهاب في العقود المختلفة التي تستعمل لأنشاء التمليك والرهن والقرض ونحو ذلك ، ولم يتكلموا عنها باعتبارها من الحقوق الشخصية أو العينية فالفقه الجعفري قد تعرض لها وبحثها بحثا دقيقا ولكن لم يسموها بتسميات ارباب القانون ، ولا يخفى ان العبرة بالمضمون لا بالاسم، لأن هذه التقسيمات من مختصات الفقه القانوني ،ومع ذلك يوجد راي لديهم ان عند تقسيم السلطنة اما تكون على شخص واما تكون على عين ، والسلطنة على الشخص اما من حيث الدين الثابت بذمته واما من حيث الحق الثابت له عليه مثل حق الخيار والقصاص، والسلطنة على العين عبارة عن السلطنة على المال، اما بملكية العين ملكية مطلقة من جميع الجهات واما بملكية الانتفاع او المنفعة لمزيد من التفصيل ينظر هاشم معروف الحسني ،نظرية العقد في الفقه الجعفري

،دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، ١٩٩٦ ،ص ٥٠ .وذكر أحد الفقهاء الجعفرية ان الاختلاف في التسميات فقط ومصطلحات الفقه الإسلامي لها تطبيقات في الفقه القانوني وان اختلفت المسميات ، لمزيد من التفصيل ينظر كاظم الحسيني الحائري ، المرجع السابق ، ص١٥٧ .

٢٧- د٠ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ،ج١،ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،١٩٩٨، ص١٨.

٢٨- د٠منصورحاتم ، المرجع السابق ،ص١٢٩٩ .

٢٩- ولمزيد من التفصيل ينظر محمد طه البشير، الدين وأحكامه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، عدد خاص بمناسبة الاحتفال باليوبيل الماسي لكلية قانون بغداد، مايس ١٩٨٤،بغداد ص١٦٧ وما بعدها .د.عبد الرزاق السنهوري ود.أحمد حشمت أبو ستيت ،اصول القانون ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة،١٩٨٣،ص ص (٣٢٤-٣٢٥) .

٣٠- د. عبد الناصر العطار، نظرية الأجل في الشريعة والقانون، مطبعة السعادة ، دون ذكر مكان الطبع ١٩٧٨، ،ص٣٨ .

٣١- ويرى احدهم ان العين لا تقابل ولا تساوي الحق العيني ، بل ان العين في ذاتها ليست حقاً حتى نقول بالمطابقة او المخالفة للحق العيني. لمزيد من التفصيل ينظر د. احمد محمود الخولي ،نظرية الحق بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ،ط١، دار السلام للطباعة ،مصر ٢٠٠٣ ،ص١٩٥ .

٣٢- أوردها محمد طه البشير، الدين واحكامه ، المرجع السابق ، ص١٦٦ .

٣٣- ينظر د. علي حسب الله ،الولاية على المال والتعامل بالدين في الشريعة الاسلامية، مطبعة الجبلاوي،١٩٦٧،ص٨٢وما بعدها .(القرافي) ،ج٢،المرجع السابق ،ص١٣٤٠.وشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين (الرملي) ،نهاية المحتاج ج٣،دار الفكر،١٩٨٤، ص١٣٠وما بعدها . الإمام مالك مع حاشية الصاوي،ج٤، دار المعارف ،القاهرة ،١٩٨٦ ، ص٧٤٢ .

٣٤- أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد(الدردير) المالكي ،ا لشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك مع حاشية الصاوي ، ج٤ ، دار المعارف ،القاهرة ،١٩٨٦ ، ص٧٤٢.

٣٥- المرجع نفسه، ص٢٥ .

٣٦- د. محمد زكي عبد البر ،الدين والعين في الفقه الاسلامي والحق الشخصي والعيني والحق العيني في الفقه الغربي ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، عدد خاص بمناسبة العيد المئوي لكلية حقوق القاهرة ، ص٨٠.

٣٧- مصطفى احمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي ،ط١،دار القلم ، دمشق،١٩٩٩، ص٨٨ .

٣٨- المرجع نفسه ، ص٨٠ وما بعدها .

٣٩- د ناصر أحمد إبراهيم النشوي ،بيع الدين، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ٢٠٠٧م،ص٢٣ ،والالتزام شيء والحق شيء آخر .ولكن يجب ان يبقى الحق متميزاً عن الالتزام ومن المؤسف له ان هذه الحقيقة البسيطة لم يأخذ بها المشرع العراقيّ، اذ نصت المادة (٣/٦٩) من القانون المدني العراقيّ على ما يأتي: **((يؤدي التعبير (الالتزام) وبلفظ (الدين) نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ (الحق الشخصي))** فشخص الدائن يكون صاحب حق محتواه أنه يحق له مطالبة شخص أخر يسمى المدين بأداء معين أو امتناع معين وفي الطرف الثاني

هناك مدين عليه التزام وهو ملتزم بأن يقوم بأداء معين أو يمتنع عن أداء معين ونستخلص مما تقدم ان الحق الشخصي لا يساوي الالتزام بل هو نقيضه ، لمزيد من التفصيل ينظر د. سعدي اسماعيل البرزنجي ،ملاحظات نقدية في القانون المدني دار الكتب القانونية ،مصر ، ٢٠١٠م ،ص

ص(٩-١٠) .ويبدو ان العلاقة بين الحق الشخصي والالتزام من جهة العلاقة المنطقية ليس تقابل النقيضين بل هناك تقابل المتضايفين ،فالمتضايفان أمران وجوديان يتوقف تعقل أحدهما على تعقل الاخر ولا يجتمعان في موضع واحد من جهة واحدة ويجوز ان يرتفعا ،فكل حق شخصي في طرف الدائن يعد التزاما من طرف المدين ،وكل التزام في طرف المدين يعد حقا شخصيا من طرف الدائن .

٤٠- اورد ها د. أسامة محمد العبد المرجع السابق ،ص٣٤٩ ،ص٨٢.

٤١- (ابن عابدين)،المرجع السابق، ص١٥٧.

٤٢- ابن كمال الدين بن عبد الواحد (ابن همام)، البحر الرائق، شرح فتح القدير ،ج٥، دار إحياء التراث العربي ، ١٣١٦ه،،ص٤٣١.

٤٣- ولمزيد من التفصيل ينظر علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ،ج١،ط١،دار الكتب العلمية،بيروت، ٢٠١٠،ص١١٦ومابعدها .علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد(الكاساني)،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ،ج٦ ، ط٢،دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨٢ ، ص١١٩ .

٤٤- د .أسامة محمد العبد ،المرجع السابق ، ص ص (٤١١-٤١٢) .د. مصطفى الزلمي ،نظرية الالتزام برد غير المستحق ،المرجع السابق ، ص٣٥٢ .

٤٥- انظر المطلب الاول من المبحث الثاني .

٤٦- ونستدل على ان الشيء قد يكون معنويا او ماديا حسب ما جاء به القانون المدني العراقي، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٧٠)منه على انه ((الأموال المعنوية هي التي ترد على شيء غير مادي كحقوق المؤلف والمخترع والفنان))،ويتضح من النص ان الشيء يمكن ان يكون معنويا كما ان محل الحق العيني هو الشيء المستدل عليه بدلالة المادة(١/٦٧)من القانون المدني العراقي التي نصت ان((الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين)). د. علي شاكر عبد القادر البدري ، التغير الجبري لمالك العين وأثره في التصرفات القانونية ،ط١،المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٧ ، ص٥٥ وما بعدها . ونستدل كذلك من المادة (٥٣٩)من القانون المدني العراقي التي نصت على ان ((اذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشتراها من المالك فلا حاجة إلى قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان أو يد أمانة))، ونجد ان العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري فهي شيء مادي وليست معنوية فالشيء المعنوي لا تحتويه اليد ولا تتعلق به الحيازة ولا يدرك الا بالفكر بينما المبيع المادي هو موجود تحت يد المشتري.

ونستدل كذلك من نص المادة (٦٨٤) من القانون المدني العراقي التي نصت على ان ((القرض، هو ان يدفع شخص لأخر عينا معلومة من الاعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها))، فالقرض لابد ان يكون شيئا مثليا مثل الحنطة وملكية العين المثلية لا تنتقل الا بالتعيين ،ويجري ذلك كله بالشيء المادي المحسوس ولا يجري على الشيء غير المادي وكذلك نصت المادة (٧٣٤) من القانون المدني العراقي على ان ((من استأجر عينا كان قد رآها رؤية كافية من قبل ، لا يكون له خيار الرؤية ، الا اذا كانت هيأتها الأولى قد تغيرت)).

فالمستأجر قد شاهد شيئا ماديا معينا مشخصا اما الشيء المعنوي فأنه لا يدرك بالحس انما بالفكر مثل ما تقدم سابقا وكذلك ان خيار الرؤية يكون في الاشياء المعينة بالذات دون غيرها[0] مثل الأرض والقلادة الذهبية والتمثال الاثري وما تقدم اشياء محسوسة مادية ولها أجسام تتمثل فيها وليست أشياء معنوية.

وكذلك نصت المادة (١٠٦٣) من القانون المدني العراقي على ما يأتي ((١- يجوز

للشركاء ان ينتفعوا بالعين الشائعة جميعا ٢- ويجوز لكل منهم حق الانتفاع بحصته، فإذا انتفع بالعين كلها في سكنى ومزارعة او ايجار او غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا اذن شركائه، وجب عليه لهم اجر المثل، على انه اذا اجر العين الشائعة بأكثر من اجرة المثل، وجب ان يعطي كل شريك حصته من الاجرة المسماة))، فالانتفاع بالعين مثل سكنى الدار او زراعة الارض لا تجري الا على الأشياء المادية دون غيرها . لمزيد من التفصيل ينظر محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ،ط٢ مطبعة العاني ،بغداد، ١٩٧١،ص ص(٣٠٦ -٣٠٨). د. علي شاكر عبد القادر المرجع السابق ، ص٥٦ وما بعدها .

٤٧- نصت المادة ٥٨٣ من القانون المدني المصري على ان ((١- يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجّرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد. ٢- وهو مسئول عمّا يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك غير ناشئ عن استعماله استعمالاً مألوفاً.)). وكذلك نصت المادة ٥٩١ من القانون نفسه على ان ((١- على المستأجر أن يردّ العين المؤجّرة بالحالة التي تسلّمها عليها، إلا ما يكون قد أصاب العين من هلاك أو تلف لسبب لا يدّ له فيه. ٢- فإذا كان تسليم العين للمستأجر قد تم دون كتابة محضر أو دون بيان بأوصاف هذه العين افترض، حتى يقوم الدليل على العكس، أن المستأجر قد تسلّم العين في حالة حسنة)).

٤٨- محمد طه البشير ، الدين واحكامه ،المرجع السابق ، ١٧٤ .

٤٩- ابن عابدين ، ج٦، المرجع السابق ، ص١٦١ . ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي ، المهذب ، ج١ ،مطبعة عيسى البابي وشركاؤه ، مصر، دون ذكر سنة الطبع ، ص٣٠٢-٣٠٣ .

٥٠- علي بن احمد بن سعيد (بن حزم)، المحلى ، ج٨ ، دار الطباعة المنيرية ، دون ذكر مكان الطبعة ،١٣٥٠ ه،ص٨٢ إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي (القرافي) ،أنوار البروق في أنواء الفروق ،ج٣،دار الفكر، بيروت، ١٩٨٤ .

٥١- جمال الدين ابن الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الانصاري الافريقي المصري ، لسان العرب ،ج ١١ ،ط١ ،دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٣م ،ص ص(٥٩٦- ٦٩٢) . جماعة من المختصين، معجم النفائس الكبير ،ط١،دار النفائس ،بيروت ، ٢٠٠٧ ، ص٩٤٣ .عبد الله البستاني ، الوافي – معجم وسيط للغة العربية ، مكتبة لبنان ، لبنان ،١٩٨٠، ص ٤٧٢ . د. مروان العطية ، معجم المعاني الجامع ، ط٤ ، مكتبة التوزيع الدولية، مصر، ٤..٢ م ، ص٢٣١ .

المصادر:

اولا/ كتب اللغة :-

١ – جماعة من المختصين، معجم النفائس الكبير ،ط١،دار النفائس ،بيروت ، ٢٠٠٧ .

٢- جمال الدين ابن الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الانصاري الافريقي المصري ، لسان العرب ،ج ١١ ،ط١ ،دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٣م.

٣ - عبد الله البستاني ، الوافي – معجم وسيط للغة العربية ، مكتبة لبنان ، لبنان ١٩٨٠ .

٤ - د. مروان العطية ، معجم المعاني الجامع ، ط٤ ، مكتبة التوزيع الدولية، مصر، ٤..٢ م.

ثانيا/ الكتب الاسلامية:-

١- ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي ، المهذب ، ج١ ،مطبعة عيسى البابي وشركاؤه ، مصر، دون ذكر سنة الطبع .

٢- د. احمد محمود الخولي ،نظرية الحق بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ،ط١، دار السلام للطباعة ،مصر ٢٠٠٣.

٣-الحسن بن يوسف بن مطهر(العلامة الحلي)،تذكرة الفقهاء، ج٧،مطبعة النجف ، ١٩٥٥.

٤-شمس الدين ابو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر (المقدسي)،المغني ،ط١ ،دار الفكر للطباعة ،بيروت،١٤٠٥ه .

٥- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين (الرملي) ،نهاية المحتاج ج٣،دار الفكر،١٩٨٤ .

٧-د. شفيق شحاتة ، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ،ج١،المكتب الجامعي الحديث ،الاسكندرية .
٨- د. عبد الناصر العطار، نظرية الأجل في الشريعة والقانون، مطبعة السعادة ، دون ذكر مكان الطبع ١٩٧٨.
٩- عبد الرحمن بن ابي بكر السيوطي ، الأشباه والنظائر، ج ١، ط١ ، دار الكتب العالمية ،بيروت بدون ذكر سنة الطبع .
١٠-عباس كاشف الغطاء، المال المثلي والمال القيمي في الفقه الاسلامي،ط١،مؤسسة بستان،٢٠٠٩.
١١-علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد(الكاساني)،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ،ج٦ ، ط٢،دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨٢ .
١٢- علاء الدين عبد العزيز بن احمد البخاري ، كشف الاسرار على اصول الامام فخر الاسلام البزودي ، دار الكتاب العربي ، ١٩٧٤ .
١٣-علي الخفيف ،الملكية في الشريعة الإسلامية ، مع مقارنتها بالقوانين العربية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٩٠ .
١٤- علي بن احمد بن سعيد (بن حزم)، المحلى ، ج٨ ، دار الطباعة المنيرية ، دون ذكر مكان الطبعة ،١٣٥٠ ه.
١٥-علي حسب الله ،الولاية على المال والتعامل بالدين في الشريعة الاسلامية، مطبعة الجبلاوي،١٩٦٧ .
١٦- د. فخري أبو يوسف مبروك، الأسس العامة لأحكام المعاملات ،دار الجامعة الجديدة، مصر، من دون ذكر سنة الطبع .
١٧ - فخر الدين عثمان بن علي (الزيلغي الحنفي)،تبيين الحقائق ،ج٦، الطبعة الكبرى الاميرية ،مصر، من دون ذكر سنة الطبع.
١٨- كاظم الحائري ، كاظم الحسيني الحائري ، فقه العقود ،ج١ ،ط٢، مطبعة شريعت ، قم، دون ذكر سنة الطبع .
١٩- كمال الدين بن عبد الواحد (ابن همام)، البحر الرائق، شرح فتح القدير ،ج٥، دار إحياء التراث العربي ، ١٣١٦ه
٢٠- محمد أمين بن عمر (ابن عابدين)، رد المحتار على الدر المختار، ج ٤، دار الكتب العالمية، بدون ذكر سنة الطبع .
٢١- د.مصطفى إبراهيم الزلمي، نظرية الالتزام بردغير المستحق (دراسة مقارنة)،ط ٢ ،المكتبة القانونية، بغداد، من دون ذكر سنة الطبع .
٢٢- مسعد الدين مسعود بن عمر(التفتازاني)الشافعي ، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح، ج٢،مطبعة علي صبيح واولاده ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٧٤ .
٢٣- موسى بن محمد الخوانساري ، منية الطالب في حاشية المكاسب -تقريرات الميرزا محمد حسين النائيني- ، ج١ ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم، دون ذكر سنة الطبع .
٢٤- مصطفى احمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي ،ط١،دار القلم ، دمشق،١٩٩٩
٢٥- هاشم معروف الحسني ،نظرية العقد في الفقه الجعفري ،دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، ١٩٩٦ .

ثالثاً:- الكتب القانونية

١-د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي ،الحقوق العينية الاصلية ،شركة الرابطة،بغداد،١٩٥٤ .
٢-د. جورج شدراوي، تقسيمات الأموال ،لبنان: المؤسسة المعيشية للكتاب، ٢٠٠٥.
٣- د. سعدي اسماعيل البرزنجي ،ملاحظات نقدية في القانون المدني دار الكتب القانونية ،مصر ، ٢٠١٠م .

٤- د.عبد المجيد الحكيم ،الموجز في شرح القانون المدني العراقي ،ج١،مصادر الالتزام في المقارنة والموازنة بين الفقه الغربي والفقه الإسلامي، ط ٣ ،شركة الطبع والنشر الأهلية ،بغداد ،١٩٦٩ .

٥-د. عبد الرزاق السنهوري ود٠أحمد حشمت أبو ستيت ٠،اصول القانون ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة،١٩٨٣ .
٦-د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ،ج١،ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،١٩٩٨.
٧- د. علي شاكر عبد القادر البدري ، التغير الجبري لمالك العين وأثره في التصرفات القانونية ،ط١،المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٧.
٨-علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ،ج١،ط١،دار الكتب العلمية،بيروت،٢٠١٠.
٩- د. ناصر أحمد إبراهيم النشوي ،بيع الدين، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ٢٠٠٧م.
١٠- **د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ١٩٨٥.**
١١- محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ،ط٢ مطبعة العاني ،بغداد، ١٩٧١.

رابعاً- البحوث:-

١- احمد ابراهيم ، الاهلية وعوارضها والولية في الشرع الاسلامي ، بحث منشور في جلة القانون والاقتصاد ، السنة الاولى ، العدد ٣.

٢- د .أسامة محمد العبد ،العين والدين في الفقه الاسلامي والحق العيني والشخصي في القانون المدني ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ،العدد ١٥ .
٣- د. عبد الهادي الفضلي في بحثه المال دراسة فقهية مقارنة على موقع الانترنيت http://www.shahrodi.com/al-menhaj/Almen02/mh-al102.htm .
٤- د. محمد زكي عبد البر ،الدين والعين في الفقه الاسلامي والحق الشخصي والحق العيني في الفقه الغربي ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، عدد خاص بمناسبة العيد المئوي لكلية حقوق القاهرة.
٥-محمد طه البشير، الدين وأحكامه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، عدد خاص بمناسبة الاحتفال باليوبيل الماسي لكلية قانون بغداد، مايس ١٩٨٤،بغداد .
٦- د. منصور حاتم ،الدين والعين في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالفقه الوضعي ،بحث منشور في مجلة العلوم الادارية والاقتصادية –مجلة جامعة بابل، المجلد الرابع ،العدد٦، ١٩٩٩ .

خامساً - الاعمال التحضيرية والقوانين :-

١-القانون المدني مع مجموعة الأعمال التحضيرية ،الجزء الثاني، مطبعة الزمان ، بغداد ، ٢٠٠٢.
٢-القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.
٣- القانون المدني المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٤٨ المعدل.