الفصل الثالث:

الفرق بين الإباحة والتمليك وبين ملك المنفعة وحق الإنتفاع

- الفرق بين الاباحة والتمليك ·
- ما الفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع ·

المبحث الأول

الفرق بين الاباحة والتمليك

قد تطلق الاباحة ويراد بهـا اذن المالك لغيره باسـتهلاك الشيء أو باستعماله على وجه مشروع دون أن يتملك المباح له العين أو المنفعة[1] فهى دون التمليك وهـذا هو المعنى الخاص للاباحة • وليس المباح له أن يتصرف فى العين أو المنفعة المباحة فليس له أن يبيعها أو يبيحها لغيره • والاباحة ترخيص قابل للرجوع فيه متى شاء المبيح فلو أباح انسـان لآخر أن يأكل من طعامه أو من ثمره لا يملك المباح له شيئا من الطعام أو الثمرة، ولا يحق له أن يبيع ولا أن يبيح لغيره اذ لا يملك التمليك أو الاباحة الا المالك والمباح له ليس بمالك • وقد تطلق الاباحة ويراد بها اباحة الشارع للانسان أن ينتفع أو أن يتملك • وعلى ذلك فاباحة الشارع قد تكون للانتفاع فقط كما فى الطرق والجسور وقد تكون للتملك كمـا فى جواز احراز وتملك المباحات العامة التى لم تدخل فى ملك خاص ولم يمنع الشارع تملكها كالصيد فى الهواء والسمك فى المـاء والعشب فى الفلاة واذا وجد الاحراز بشروطه المشروعة كان سـببا للملك كما تقـدم • والاباحة العامة على هذا النحو تثبت للمباح له حقا فى الانتفاع أو التملك لا يجوز أن يمنع منه وهذا غير حق ملك المنفعة أو العين •• ومما تقدم نخلص الى أن الاباحة الخاصة لا تكون سببا للملك بحال ولا تخـول الا الانتفاع ، بينما قد تكون اباحة الشارع ــ الاباحة العامة ــ سـببا للملك أو الانتفاع[2] وعلى ذلك فالاباحة غير الملك •

* * *

---

(١) وقد عرفها الزركشى بأنها « تسليط من المالك على استهلاك عين أو منفعة ولا تمليك فيها » القواعد و ٣ أ وعرفتها مجلة الأحكام العدلية بأنها « الترخيص والاذن لواحد ان يأكل أو يتناول شيئا بلا عوض المادة رقم ٨٣٦ .

(٢) يراجع الفروق للقرافى حيث فى عبارات صريحة « بين ملك أن =

. . . . . .

= يملك » بين من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتمليك ، والأول كمن ملك أن يملك أربعين شاة أو يتزوج أو ملك أن يملك خادما أو دابة فهؤلاء جميعا لا يملكون فلا يجب على الأول الزكاة وعلى الثانى الصداق والنفقة ولا على الثالث التكلفة والمؤونة والثانى من جرى له سبب كما فى حيازة الغنيمة بالنسبة الى المجاهدين وفى بيت المال بالنسبة الى المستحق لفقر أو جهاد أو غير ذلك » ج ٣ ص ٢٠ — ٢١ .

المبحث الثانى

ما الفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع ؟

سبق القول بأن الاباحة بالمعنى الخاص هى اذن وترخيص بالانتفاع وفى صورها الأخرى من الشارع اذن وترخيص بالتملك ، فعندما تكون الاباحة متعلقة بالانتفاع فقط كما فى الاباحة الخاصة وكما فى اباحة الشارع الانتفاع بالطرق والمراعى وغيرها فانها ــ الاباحة ــ تؤدى الى قيام حق الانتفاع • وعندما تكون بصدد اباحة الشارع بالتمليك أو غيرهامن أسباب ملك المنفعة أو العين فانها تؤدى الى قيام ملك المنفعة • وعلى ذلك فالفرق بين الاباحة والتمليك يؤدى الى الفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع ، وقد فرق جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة بين ملك المنفعة وحق الانتفاع • ومن أحسن ما قيل فى الفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع ما قاله القرافى فى الفروق[1] • فتمليك الانتفاع عبارة عن الاذن للشخص فى أن يباشر هو بنفسه فقط الانتفاع كالاذن فى سكنى المدارس والجلوس فى المساجد والجوامع والأسواق والبيعات فى المضايف •• ونحو ذلك فلمن اذن له فى ذلك أن ينتفع بنفسه فقط ويمتنع فى حقه أن يؤجر أو يعاوض بطريق من طرق المعاوضات أو يسكن غيره فى بيت من دار الضيافة •

وتمليك المنفعة : عبارة عن الاذن للشخص فى أن يباشر هو بنفسه أو يمكن غيره من الانتفاع بعوض كالاجارة أو بغير عوض كالعارية فهو تمليك مطلق فى زمن خاص حسبما تناوله عقد الاجارة أو شهدت به العادة فى عقد العارية • وفى الجملة له أن يتصرف فى هذه المنفعة تصرف

---

(١) الجزء الأول ص ١٩٣ ــ ١٩٥ .

الملاك فى أملاكهم بالوجه الذى قيدت به أحكام العقد الذى استحقت بمقتضاه المنفعة[٢] .

* * *

● **أسباب ملك المنفعة وحق الانتفاع :**

ملك المنفعة ينشأ كما سبق أن أوضحنا من عقد مملك كما فى الاجارة والاعارة[٣] والوصية والوقف . أما حق الانتفاع فيثبت بأحد سببين :

١ — كون الأشياء المنتفع بها مخصصة لمنفعة الناس كافة كالأنهار والترع التى تشقها الدولة والطرق غير المملوكة ، وكذلك ما خصص لمنفعة فريق من الناس كالمدارس والمصحات ونحوها .

فكل ما يتعلق بهذه الأشياء من الحقوق انما هو من قبيل حق الانتفاع لا من قبيل ملك المنفعة .

٢ — اباحة المنفعة من مالك خاص دائمـــا فقد سبق أنها تفيد رخصة واذنا لا تملكا .

* * *

---

(٢) انظر محمد أبى زهرة — الملكية ونظرية العقد ص ٧٨ راجع أيضا كشاف القناع ج ٢ ص ٣٠٢ — شرح منتهى الارادات ج ٢ ص ٢٧٥ مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٥٠ .

(٣) هناك خلاف بين الفقهاء حول العارية فهل هى تفيد ملك المنفعة أم اباحة المنافع فذهب جمهور الحنفية والمالكية الى أنها تفيد تمليك المنفعة بغير عوض وذهب الشافعية فى الأصح والحنابلة فى الراجح والكرخى من الحنفية الى أنها اباحة للمنافع فليس فيها الا تمليك الانتفاع .