

الفصل الرابع

أَهْمُ خَصَائِصِ الْمَلِكِ

- الأصل في الملك
- ملكية رقبة الأعيان لا تقبل التوقيت ، وملكية المنافع الأصل فيها التوقيت .
- ملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط .
- الملكية الشائعة في الديون المشتركة لا تقبل القسمة .

المبحث الأول

الأصل فى الملك

أولا - الأصل فى الملك أنه استخلاف الهى وأن يكون جامعا لكل صور الانتفاع والتصرف فى الشيء المملوك ، وأن يكون مقصورا على صاحبه :

وهذه الخاصة هى جوهر الملك وموضوعه ، وبحسب أنواعه تتعدد صور الانتفاع بالأشياء المملوكة ، ويظهر ذلك جليا فى الملكية التامة . أما بالنسبة الى الملكية الناقصة ، فإن هذه الخاصة تتحدد تبعا لما اذا كانت ملكية عين فقط أو ملكية منفعة فقط . وبحسب ما اذا كانت شاملة لجميع منافع العين المتعلقة بها أو مقصورة على بعضها ، والانتفاع بالشيء استعمالا وتصرفا ليس مطلقا ، وإنما هو مقيد بقيود حددتها الشريعة ، سنتحدث عنها ان شاء الله تعالى ، والمزايا والسلطات التى تخولها الملكية مقصورة على صاحب الملك « المالك » - فالأصل أن يستأثر صاحب الملك بجميع مزاياه ، ويمنع غيره أن يشاركه فيها ، وفى حدود مقتضاه ، إذ أن الشريعة الاسلامية قد قيدته بما شرعته من حق المشاركة فى بعض المنافع ، اذا ما اشتدت حاجة الغير الى ذلك ولم يلحق صاحبه ضرر من هذه المشاركة^(١) .

* * *

ثانيا - الملك فى الاسلام موجه بأوامر الله ونواهيه :

ليست الملكية فى الاسلام الا نوعا من الخلافة عن المالك الحقيقى لكل ما على ظهر الأرض وما وصلت اليه يد الانسان . وأن اختصاص الانسان بشيء من المال انما هو نتيجة سبق يده اليه وثمرة عمله وذلك ما يضع الملكية على العموم فى نطاق حدود أوامر الله ونواهيه وارشاداته

(١) انظر الملكية - الشيخ على الخفيف - ص ٦٩ ،

(٨ - الملكية وضوابطها)

التي أراد بها مصلحة الناس جميعا فردا أو جماعة وبذلك لا تكون الملكية حقا مطلقا وإنما حقا مقيدا ، ومن ثم يكون لولى الأمر منع الاحتكار ونزع ملك الفرد لمصلحة الجماعة ، وعلى ذلك فقد أقرت الشريعة الإسلامية نظام الملكية فكان فيما فرضته على الناس فى أموالهم وفيما ندرت اليه من انفاق دلائل على ذلك وآيات المواريث وبيان أنصبا الورثة ودلالة واضحة على الملكية واقرارها وتوجيهها (٢) .

يقول الامام الكاسانى (٣) :

« حكم الملك ولاية التصرف للمالك فى المملوك باختياره ليس لأحد ولاية الجبر عليه الا لضرورة ولا لأحد ولاية المنع عنه وان كان يتضرر به الا اذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق ، وغير المالك لا يكون له التصرف فى ملكه من غير اذنه ورضاه الا لضرورة » .

والملكية فى الاسلام موجهة بأوامر الله ونواهيهِ (٤) وهو ما أسماه الفقهاء « قيود الملكية » فى كل أنواعها وسواء أكانت ملكية تامة شاملة للرقبة والمنفعة ، أو ملكية ناقصة .

فملكية المنفعة مثلا قابلة للتقييد بالزمان والمكان وأوجه الانتفاع (٥) ، بما يشترط من شروط فكما قال الرسول ﷺ : « المؤمنون عند شروطهم » (رواه أبو داوود)

وفى ذلك دلالة قاطعة على حرص الشرع على تحقيق مصالح الناس وجلب المنافع لهم ودرء المفسد عنهم .

ثالثا - ملك العين يستتبعه مبدئيا ملك المنفعة (الملكية التامة) :

تملك العين يستلزم ملك المنفعة ، سواء أكان ذلك حالا أو مآلا (٦) ، فملكية الأعيان ليست مقصورة لذاتها وإنما لمنافعها ، وعندما أجاز الشرع

(٢) البدائع ج ٨ ص ٤٠١٢ مطبعة الامام بالقاهرة .

(٣) انظر فى تفصيل ذلك قيود الملك فى الفصل الخامس .

(٤) انظر فى تفصيل ذلك المعنى ج ٥ ص ٥٠١ - تبين الحقائق

ج ٥ ص ٨٧ - القوانين الفقهية ص ٢٢٨ - المهذب ج ١ ص ٤١٠ .

(٥) انظر د . مصطفى الزرقا - المدخل الفقهى العام ج ١ ص ٢٦٩ .

ملكية العين دون منفعتها في صورتى الوصية كما سبق ، انما كان ذلك على سبيل التأقيت ، اذ بعد فترة تعود المنفعة تستتبع ملكية العين (٦) . فالوصية في كثير من أحكامها قائمة على سبيل التسامح ، تشجيعا على أعمال الخير في آخر العمر ، والملكية التى تثبت على أشياء لأول مرة تكون غالبا ملكية تامة ، شاملة للرقبة والمنفعة ، وكما سبق فان هذه الملكية هى التى تثبت بأسباب الملك المنشئة ، كما فى الاستيلاء على المباح ، ثم تنتقل بعد ذلك بأسباب الملك الناقلة ، اما عينا ومنفعة أو احدهما ، وعلى ذلك يمكننا القول :

(أ) أن الملك الناقص لا يثبت غالبا بالسبب المنشئ .

(ب) أن الملك التام — الرقبة والمنفعة — يثبت بالأسباب المنشئة والأسباب الناقلة .

(ج) أن الملكية الناقصة قد تكون مسبوقه بملك تام .

وفى هذا الخصوص ، يرى فضيلة الشيخ على الخفيف ، أن ملك المنافع لا يستند الى ملكية تامة فى محل الملك ، وذلك كحق الشرب ، وحق المرور ، وحق المسيل ، فان هذه الحقوق قد تثبت وتستقر على الأرض المباحة باستعمالها فى هذه الحقوق ، دون أن يسبق تملكها بالاستيلاء عليها . . كما اذا أحيأ شخص أرضا معينة ، وهى محاطة بأراض موات ، جعل منها طريقا الى أرضه ، أو مسيلا لها ، فانه بذلك يترك الحقوق عليها ، دون أن يسبق تملك رقبته (٧) .

ويخالف د . عبد السلام العبادى فضيلة الشيخ الجليل فيما ذهب اليه بقوله :

« الواضح أن ملك الشخص لهذه الحقوق — بعض حقوق الارتفاق السابق ذكرها ، قد جاء تبعا لتملكه للأرض التى أحيأها ، فالمنافع التى

(٦) انظر فتح القدير ج ٥ ص ٤١٩ — رد المحتار ج ٣ ص ٣٥٩ .

(٧) الملكية ج ١ ص ٨٠ .

ملكها في هذه الحال تابعة لرغبة الأرض الحياة ، فالانتفاع بها لا يكون كاملا الا بثبوت هذه الحقوق « (٨) .

ونرى أن ما ذهب إليه د . عبد السلام العبادي لم يقصده فضيلة الشيخ الجليل كما هو واضح من عبارته ، إذ الثابت أن الأرض الحياة غير الأرض التي تثبت عليها حقوق الارتفاق ، فالأخيرة أرض موات ، جعل منها المالك طريقا الى أرضه الحياة ، أو ميلا للمائها ، فكأنه في هذه الحالة قد ملك من المنافع ما لا يستند الى ملكية تامة سابقة على نفس الأرض التي تثبت عليها حقوق الارتفاق . إذ المقصود أن يستتبع ملك العين ملك منفعتها ، أي منفعة نفس العين لا عينا أخرى كما هو الحال في المثال الذي ضربه الشيخ .

* * *

رابعا - الأصل في الملكية الشائعة في الأعيان المادية قابليتها للتصرف الا لمانع (٩) :

ان التصرف في بعض الشيء المملوك جائز ، كالتصرف فيه كله ، فيصح بيع الحصص الشائعة ، والصلح عنها ، والوصية بها ، ووقفها ، ويستثنى من ذلك الأصل ثلاثة عقود هي : الرهن والهبة والاجارة . فالرهن يشترط فيه قبض المرهون ، واستمرار حبسه في يد المرتهن ، ومن ثم يعتبر مانعا من حق الرهن في الحصة الشائعة .

أما الهبة فيرى فقهاء الحنفية أنها اذا كانت على حصة شائعة من مال قابل للقسمة ، فانها لا تصح فيها ، إذ يشترط لتمام الهبة التسليم والقبض ، وهذا مانع من صحة الهبة في الحصة الشائعة ، ما دام المان قابلا للقسمة ، ومن ثم لا يكتفى بالتسليم الناقص . أما اذا وردت الهبة على حصة شائعة من مال غير قابل للقسمة . كأن تضره القسمة مثلا فانها

(٨) الملكية - رسالة - القسم الاول ص ٢٧٦ للدكتور عبد السلام العبادي .

(٩) انظر د . مصطفى الزرقا - المرجع السابق ص ٢٧٧ .

تصح ، لأنه يكتفى بالقبض الناقص اذا تعذر التسليم الكامل . فيتسلم الموهوب له الحصة الموهوبة ضمن الكل ، ويصبح شريكا فى ملكية العين مع صاحب الحصة الأخرى .

والاجارة منعها فقهاء الحنفية فى الحصة الشائعة ، اذا كان الشبوع مقارنا للعقد . أما اذا طرأ الشبوع فانها صحيحة فى حصة الشريك العاقد ، طبقا لقاعدة « يفتقر فى البقاء ما لا يفتقر فى الابتداء » .

وذلك كما لو أجر أحد الشريكين جميع العقار المشترك عن نفسه ، وفضوليا عن شريكه ، ثم رفض الشريك العقد ، فان الاجارة تبقى صحيحة فى حصة الشريك العاقد^(١٠) .

* * *

(١٠) يرى د . مصطفى الزرقا أن الهبة والاجارة لا يظهر مانع من صحتهما فى المشاع وحول الموهب له أو المستأجر محل الواهب أو المؤجر فى الحصة الشائعة - المرجع السابق ص ٢٨٠ هامش .

المبحث الثاني

ملكية رقبة الأعيان لا تقبل التوقيت وملكية المنافع الأصل فيها التوقيت

فإذا ثبتت ملكية العين بأحد أسبابها الشرعية ، فإنها تثبت دائمة ،
ما لم يطرأ عليها سبب ناقل للملك ••

وقد أثبت الرسول ﷺ الملك الدائم في العمري (١) على ما يراه
جمهور الفقهاء •

أما ملكية المنافع دون الأعيان ، فالأفضل فيها التوقيت ، كما في
الإعارة والإجارة ، ولكن هذا التوقيت إذا كان في عقد معاوضة كالإجارة ،
كان ملزماً للمالك ليس له أن يرجع عنه ، لأنه بمثابة بيع المنفعة مدة معينة ،
وهذا ما صرح به الفقهاء في الإجارة من أنها نوع من بيع المنافع ،
في مقابل بيع الأعيان ، أما إذا كان التوقيت للملك المنفعة في عقد تبرع ،
كالإعارة فليس ملزماً للمالك ، ويكون للمعير أن يرجع عن الوقت الذي
حدده للمستعير ، إلى وقت أقصر ، أو يرجع عن الإعارة أصلاً ويسترد
العارية متى شاء (٢) •



(١) العمري بضم العين والالف المتصورة وهي أن يهب انسان لآخر
شيئاً مدى عمره ، على أنه إذا مات عاد الشيء للموهب أو لورثته من بعده ،
ويرى جمهور الفقهاء أن الملك يثبت بها للموهب له ، ولا قيمة لشرط التوقيت ،
فإذا مات الموهب له ، ورث ورثته الشيء كأمواله الأخرى ، واحتج الجمهور
بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم « العمري جائزة لأهنها » أخرجه
مسلم عن جابر وأبي هريرة ، وقد ذهب الإمام مالك إلى أنها تملك لمنفعة
وهي جائزة ورثتها تعود إلى مالكها بعد انتهاء الانتفاع بها — الزرقاني على
الموطأ ج ٤ ص ٤٨ ، ٤٩ — فيض القدير ج ٤ ص ٣٩٢ ، ٣٩٣ — نيل الأوطار
ج ٦ ص ١٥ ، ١٨ •

(٢) خلافاً للمالك إذ يرى أن الإعارة إذا كانت مؤقتة لا تنتهي إلا بانتها
مدتها كما أنه في الوصية بالمنفعة فإن انتفاع الموصى له بالمنفعة بعد موت =

• • • • • • • • • •

= الموصى انما يعتبر شرعا على حساب منك الموصى لا على حساب ورثته فاعتبر المال الموصى بمنفعته محبوبا علسى ملك المورث المتوفى فى حق المنفعة الموصى بها - انظر الدر المختار ورد المختار ج ٥ ص ٤٤٢ ؛ ونظرا لما قد يترتب على رجوع المعير قبل فوات مدة العارية من ضرر للمستعير ، فصل الفقهاء القول فيها : ففى صورة الزرع لا يحق للمعير استرداد الأرض قبيل استحصاد الزرع ، وفى صورتى الغراس والبناء يحق للمعير أن يرجع فى أى وقت شاء لأن الغرس والبناء ليس لهما أمد ينتهيان اليه ، ولكن اذا كانت الاعارة مؤقتة فرجع المعير قبل فوات الأجل الذى ضربه للمستعير الغراس أو البناء ، فيحق للمستعير تضمين المعير مقدار تفاوت قيمة البناء والغراس بين وقت القلع وانتهاء المدة التى كانت مضروبة للاعارة - انظر د . مصطفى الزرقا المدخل الفقهى العام ج ١ ص ٢٧٤ - وكتابنا عمدت العارية دراسة مقارنة .

ملكية الأعيان لا تقبل الاسقاط

بيننا فيما تقدم أن ملكية رقبة الأعيان لا تقبل التوقيت ، فهل تزول بالاسقاط أو الاعراض من جانب المالك^(١) ؟

يذهب جمهور الفقهاء^(٢) الى أن ملك الأعيان لا يسقط بالاسقاط ، ولا بعدم الاستعمال ، ويظل على ملك صاحبه لو أسقطه أو أعرض عنه ، والأصل في ذلك أن الاسلام منع السائبة وما يشبهها ، مما كانت تعتاده العرب في الجاهلية وذلك لقوله تعالى :

« ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام ولكن الذين كفروا يفترون على الله الكذب ، وأكثرهم لا يعقلون » (المائدة : ١٠٣)

ولكن هناك تفصيل في مذاهب الجمهور يستثنى بعض الحالات :

يرى بعض فقهاء الحنفية أن ترك بعض الأعيان لا يسقط ملكيتها ، ولكنه يعتبر اذنا للغير بالانتفاع بها .

وذكر الشافعية أنه لو قال عند ارسال صيده أبحثه لمن يأخذه . . . حل لأخذه أكله ولا ينفذ تصرفه فيه لأنه لا يملكه .

(١) المراد بالاسقاط الخروج عن الملك لا الى مالك ، والمراد بالاعراض ترك الملك دون استعمال واستفادة — انظر د . عبد السلام العمادي — الملكية القسم الأول ص ٣٧٧ هامش ٢ .

(٢) الحنفية بدائع الصنائع ج ٦ ص ١٩٣ الشافعية في الأصح الأم ج ٢ ص ٢٦٤ — ٢٦٦ نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٢٦ ، ١٢٧ — الحنابلة في الراجح — المغنى ج ٥ ص ٤١٦ ، ٤١٧ ج ٩ ص ٣٨٦ ، ٣٨٧ ، سحنون وابن بشر من المالكية ، الفروق وحاشيته ج ٤ ص ١٨ ، ٢٠ — تهذيب الفروق ج ٤ ص ٤١ ، ٤٣ وأكثر الامامية — شرائع الاسلام ج ٢ ص ١٤٠ والروضة البهية ج ٢ ص ٢٧٥ .

كما استثنى العلماء ملكية الرقيق ، فأجازوا اسقاطها بالعتق ،
واستثنى بعضهم الوقف^(٢) .

واستثنى الحنابلة : الدواب ، اذا تركها صاحبها فى صحراء
أو مسبعة ، مما يعد تركة فيها مهلكة لها . وقد بين الزركشى حكم الاعراض
عن الملك ، وبين ضابطه : فان كان ملكا لازما ، لا يبطل بالترك ، كأن
يترك أحد الورثة نصيبه فى الميراث ، فلا يزول ملكه بذلك . وان كان
الملك دينيا فلا يزول الا بالابراء وان كان الملك غير لازم بل ثبت له حق
التملك صح الاعراض والترك . واستثنى حالات يزول فيها الملك
بالاعراض ، كالمحقرات كسرة خبز والحجارة الملقاة بين الأرتة وتركت
رغبة عنها^(٤) .

أما جمهور المالكية^(٥) فقد فرقوا بين حالتين هما :

(أ) ما يثبت من الملك بالأسباب الفعلية ، كما فى الصيد والاحياء
فان الملك يزول بزوال هذه الأسباب^(٦) .

(ب) ما يثبت من الملك بالأسباب القولية كما فى البيع فانه - الملك -
لا يسقط الا بسبب ناقل نظرا لقوة الأسباب القولية لكونها مبنية على
ملك سابق^(٧) .

(٣) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤٨ .

(٤) انظر قواعد الزركشى ص ٣٣٨ ، ٣٣٩ مشار إليه فى د . عبد السلام
العبادى المرجع السابق انقسم الأول ص ٣٨٠ - انظر حاشية الباجورى
ج ٢ ص ٥٦ .

(٥) الفروق ج ٤ ص ٤١ ، ٤٢ - المغنى لابن قدامة ج ٥
ص ٤١٦ - ٤١٧ .

(٦) وهذا المذهب يجد سنده فى قول رسول الله عنه : « ليس لمحجر
حق بعد ثلاث سنوات » .

(٧) انظر الهداية ج ٨ ص ١٢٨ - فقد ذهب بعض الحنفية بخصوص
الأرض المحيطة الى ما ذهب اليه جمهور المالكية .

المبحث الرابع

الملكية الشائعة في الديون المشتركة لا تقبل القسمة

سبق أن أوضحنا أن الدين قد يكون مشتركاً ، إذا نشأ لأشخاص متعددين بسبب واحد ، في ذمة شخص آخر ، أما إذا لم يكن سبب الدين واحداً ، كان دين كل دائن مستقلاً عن الآخر ، وإذا كان الدين مشتركاً ، فإن ما يقبضه أحد الدائنين يقسم بين شركائه ، فيأخذ كل منهم حصته منه •

أما إذا كان الدين غير مشترك ، فيستقل كل دائن بما يقبضه من الدين عن دينه (1) •



(1) هناك تفصيل فقهي في حالة ما إذا اشترى أحد الشركاء في الدين المشترك من المدين شيئاً بحصته في الدين وحالة ما إذا صالح المدين عن حصته ، انظر د • مصطفى انزرقا المرجع السابق ص ٢٨١ وما بعدها •