

الباب الأول الحجامة

سنقدم في البابين الأول والثاني
معلومات عامة عن فكرة الحق
والالتزام ومنشئيهما ومصادرهما.

obeikandi.com

الفصل الأول عنشاً فلكرة المحو، ومعناه وتعريفه

١/١ - منشأ فكرة الحق :

إن فكرة الحق في ذاتها هي ثمرة من ذلك التفكير الاجتماعي في الرأي العام البشري. فقبل أن يبدأ البشر بالمعيشة المجتمعة وتتولد من أعمالهم فيها علائق دعتهم إلى التفاهم على حدود وشرائط توضع لتلك الأعمال والعلائق، وعلى نتائج تحدد لها، لا يمكن أن يتصور الشيء الذي سمي بالحق.

ولكن كل جماعة من الجماعات التي صارت تتكل على نفسها في عهد الإنسان الأول، وتعيش عيشة مشتركة متعاونة، كانت تجد نفسها أمام حاجات دائمة التولد من لوازم الغذاء والكساء والمأوى. وتلك الحاجات تدفع بأصحابها إلى التماس وفائها مما في أحضان الطبيعة أو مما في حيازة الآخرين. فتصادم الاحتياجات، وتعارض الإرادات والحريات في اكتساب ما يقوم بوفاء تلك الحاجات، كان هو الشيء الذي يشترك في الشعور به كل جماعة في كل مجتمع. وكان هذا هو العامل الوحيد في الشعور بضرورة وضع النظام بجانب الحاجات، كي لا تطغى حاجة إنسان على حاجة غيره، ولا تصطدم حريته بحرية سواه.

وليس هذا النظام الذي شعرت به البشرية جمعاء شعورها بالحاجة إلى الغذاء والكساء في أقدم عصورها سوى فكرة الحق الذي يضع حداً يحجز بين حاجات الناس أن تلتهم إحداها الأخرى. ويحول بين حريات الأفراد أن تصطدم فتتهاتر وتنهار.

ففكرة الحق هي النظام الذي يخط لتلك الحريات الاكتسابية مسالكها على هذه الأرض الواسعة، كي تصل كل حرية بصاحبها إلى حوائجه بلا اصطدام وإن طال الطريق، مثلما تجري الكواكب في أفلاكها وطرائقها من الفضاء الواسع كما وجهها بارئها لا تحيد فلا تصطدم.

ومن ثم تواردت آراء البشر أجمعين منذ أقدم العصور على الإقرار بفكرة الحق، وتكون هذا الرأي العام البشري حول حرمتها والاحتجاج بها. وقد تسلسل ذلك وازداد على الدهور تمتيناً وتمكيناً بنمو الإدراك الاجتماعي، وبتوسع الحياة المدنية، وازدياد الشعور بمعنى الحق، وإن تفاوتت عقول البشر ومداركهم وأعرافهم وحاجاتهم في تحديد جزئيات هذا المفهوم الكلي للحق، وتعيين مواقعه، ورسم طرقه، كما يتفاوت خضوعهم لحرمة الحق وقديسيته.

وهذا الاختلاف في تعيين مواقع الحقوق وفي حرمتها كان من أعظم الأسباب التي منعت البشرية أن تعيش في نعيم مطمئن بعد اتفاقهم على فكرة الحق.

وقد جاءت الشرائع الإلهية، وآخرها الشرع الإسلامي، بالنظم المدنية لتعيين هذه الحقوق الجزئية التي قد يخطئ ويصيب البشر في تعيينها، ولتفرض حرمتها وقديسيته فتصلها بإرادة البارئ تعالى.

وقد تكفل الفقه الإسلامي من هذه النظم والأحكام، أصولاً وفروعاً، بأوسع ما عرفه تاريخ التشريع.

٢/١ - معنى الحقوق:

والحقوق لها معنيان أساسيان:

أ - فهي، أولاً، تكون بمعنى «مجموعة القواعد والنصوص التشريعية» التي تنظم، على سبيل الإلزام، علائق الناس من حيث الأشخاص والأموال.

فهي بهذا المفهوم قريبة من مفهوم خطاب الشارع المرادف لمعنى «الحكم» في اصطلاح علماء أصول الفقه، أو لمعنى «القانون» في اصطلاح علماء القانون.

وهذا المعنى هو المراد عندما نقول مثلاً: الحقوق المدنية، أو القانون المدني.

ب - وهي ثانياً، تكون جمع «حق» بمعنى السلطة والمكنة^(١) المشروعة، أو بمعنى المطلب الذي يجب لأحد على غيره.

وهذا هو المراد في مثل قولنا: إن للمغضوب منه حق استرداد عين ماله لو قائماً، وأخذ قيمته أو مثله لو هالكاً؛ وإن للمشتري حق الرد بالعيب، وإن التصرف على الصغير هو حق لوليّه أو وصيه، ونحو ذلك.

والحق بهذا المعنى هو غالباً موضوع الدراسة. وتحت مفهومه العام أنواع وأقسام.

٣/١ - تعريف الحق بمعناه العام:

ولم أر للحق بمفهومه العام تعريفاً صحيحاً جامعاً لأنواعه كلها لدى فقهاء الشريعة أو القانون.

ويمكننا تعريفه كما يلي:

«الحق هو اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً».

وذلك كحق الولي في التصرف على من تحت ولايته، فإنه سلطة لشخص على شخص؛ وكحق البائع في طلب الثمن من المشتري، فإنه تكليف على الثاني لمصلحة الأول؛ وكحق الوارث في ملكية أعيان التركة الموروثة، وحق الإنسان في منفعة العقار الموصى له بمنفعته، فإنهما سلطة لشخص على شيء.

وإليك تحليل هذا التعريف وإيضاحه:

١ - الاختصاص هو علاقة تشمل الحق الذي موضوعه مالي كاستحقاق

(١) المكنة (بفتح فكسر) في اللغة: بمعنى القوة، أو الشدة، أو السلطة، من قولهم: مكنته من الشيء تمكيناً، إذا جعلت له عليه سلطاناً وقدرة. (ر: المصباح المنير).

الدين في الذمة بأي سبب كان، والذي موضوعه ممارسة سلطة شخصية كممارسة الولي ولايته والوكيل وكالته. وكلاهما حق لشخص فيجب أن يتناوله التعريف.

٢ - هذه العلاقة لكي تكون حقاً يجب أن تختص بشخص معين أو ب فئة، إذ لا معنى للحق إلا عندما يتصور فيه ميزة ممنوحة لصاحبه وممنوعة عن غيره: فالثمن يختص به البائع، وممارسة الولاية أو الوكالة يختص بها الولي أو الوكيل. فلا وجود لفكرة الحق إلا بوجود الاختصاص الذي هو قوامها وحقيقتها.

وبذلك تخرج العلاقة التي لا اختصاص فيها وإنما هي من قبيل الإباحات العامة كالاصطياد، والاحتطاب من البراري، والتنقل في أجزاء الوطن، فلا تعتبر حقاً بالمعنى المراد هنا، وإنما هي رخصة. ولكن إذا منح إنسان امتيازاً باستثمار شيء من هذه المباحات فانهصر به يصبح ذلك حقاً له.

٣ - إنما اشترط إقرار الشرع لهذا الاختصاص وما ينشأ عنه من سلطة أو تكليف، لأن نظرة الشرع هي أساس الاعتبار. فما اعتبره الشرع حقاً كان حقاً، وما لا فلا.

٤ - وإنما قلنا: «سلطة أو تكليفاً» لأن الحق تارة يتضمن سلطة، وتارة تكليفاً.

والسلطة نوعان: سلطة على شخص، وسلطة على شيء معين.

- فالسلطة على شخص كحق الولاية على النفس، إذ يخول الولي أن يمارس سلطة على القاصر تأديباً وتطبيباً وتعليمياً وإيجاراً وتزويجاً وغير ذلك. وكذلك حق حضانة الصغير وتربيته.

والسلطة على شيء معين كحق الملكية، فإنها سلطة للإنسان على ذات الشيء، كما سنرى قريباً؛ وكحق التملك بالشفعة، وحق الانتفاع بالأعيان، وحق الولاية على المال.

- أما التكليف فهو دائماً عهدة على إنسان. وهو إما عهدة شخصية كقيام الأجير بعمله، وأما عهدة مالية كوفاء الدين.

فالعطف بحرف (أو) في قولنا: «سلطة أو تكليفاً» يفسح مجالاً لتوزيع موضوعي الحق وهما (السلطة والتكليف) على موضعهما وهما: الشخص والشيء، بحسب ما يناسب كلا منهما:

فالحق في الشيء هو سلطة لصاحبه عليه أبدأً. والحق على الشخص هو إما تكليف عملي أو مالي عليه، وإما سلطة لغيره كما رأينا في الأمثلة.

٥ - أن هذا التعريف، كما يشمل بعمومه جميع أنواع الحقوق المدنية، يشمل الحق الديني لله تعالى كفروضه على عباده من صلاة وصيام ونحوهما.

ويشمل أيضاً الحقوق الأدبية كحق الطاعة في معروف للوالد على ولده، وللرجل على زوجته.

وكذا يتناول حقوق الولاية العامة في إقرار النظام، وقمع الإجرام، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والجهاد، ونشر الدين والدعوة؛ لأن كل ذلك وأشباهه إما سلطة يختص بها من أثبتها له الشرع، وإما تكليف بأمر على مكلف به شرعاً.

على أنه لا علاقة لما سوى الحقوق المدنية بموضوع دراستنا هنا، ولكن التعريف للحق بمعناه العام يجب أن يكون شاملاً لجميع أنواعه.

أما الحق المالي وحده فيمكن تعريفه بأنه: «اختصاص له قيمة مالية بين الناس»، أو هو: «اختصاص مشروع بمنفعة ذات قيمة مالية بين الناس»، وهذا أحسن وأوضح.

٦ - بما تقدم يتبين أن الحق بهذا المعنى الاصطلاحي لا يشمل الأعيان المملوكة، لأنها أشياء مادية وليست اختصاصاً فيه سلطة أو تكليف.

ويؤيد ذلك أن الفقهاء يذكرون الحقوق في مقابلة الأعيان، والحنفية يذكرونها في مقابلة الأموال، ويقولون: أن الحق ليس بمال.

(ر: كتاب «الحق والذمة» للأستاذ الفقيه الشيخ علي الخفيف أستاذ الشريعة الإسلامية في كلية الحقوق بالقاهرة).

وهذا يتفق مع رأي المحققين من علماء القانون. إذ يرون أن قول القائل: «هذا الشيء ملكي» هو من قبيل المجاز العرفي، وإنما التعبير الحقيقي أن يقال: «الشيء الذي لي فيه حق ملكية»^(١).

(١) عرف الأستاذ العلامة عبد الرزاق السنهوري الحق بمعناه العام في المعاملات بأنه: (مصلحة مالية يقرها القانون للفرد) (نظرية العقد ص/٢).

وهذا التعريف في الأصل هو للفقيه الألماني (إهرنج) وهو يتقد من وجوه: أولاً: أنه مقصور على الحق في المعاملات، فلا يشمل بعض الحقوق الناشئة في زمرة الأحوال الشخصية كحق الولي والوصي في ممارسة سلطتهما على القاصر، وحق الزوج في طاعة زوجته له ومتابعتها.

ثانياً: أنه أيضاً غير جامع لأفراد الحقوق في المعاملات من جهة تقييده بأنه ذو قيمة مالية، فإنه لا يتناول الحقوق التي هي من قبيل الصلاحيات غير المالية كحق الوكيل في ممارسة العمل الموكل به، فإن حقه في هذه الممارسة ليس مصلحة مالية وإنما هو سلطة. وإن كان العمل موضوع الصلاحية ذا قيمة مالية.

ثالثاً: إن الحق ليس هو المصلحة التي يفسرونها بالمنفعة ذاتها، وإنما هو اختصاص الشخص بهذه المصلحة وعلاقته بها. فليست المصلحة في الحقيقة سوى متعلق للحق، أي محل له، وليس هو إياها، وإنما هو صلة أو علاقة اختصاصية بين الشخص وبين المصلحة.

ولذلك لجأ بعض القانونيين بعد (إهرنج) إلى تعديل هذا التعريف فقالوا: (الحق هو القدرة على القيام بأعمال معينة لتحقيق مصلحة يحميها القانون).

(ر: «النظرية العامة للحق» للدكتور شفيق شحاتة ف/٧ - ٨).

وهذا التعريف أيضاً غير سديد لأن القدرة، وهي المكنة القانونية، إنما هي أثر للحق ونتيجة يستلزمها، وليست هي الحق نفسه، كما أنه يحصر الحق في قيام صاحبه بأعمال بينما للحق صور أخرى كحق الزوج على زوجته في الطاعة المشروعة. وهناك تعريفان آخران للحق بمعناه العام:

فالشيخ عبد الحليم بن محمد أمين اللكنوي في حاشيته «قمر الأقمار» على كتاب «نور الأنوار» شرح «المنار» في علم أصول الفقه قد عرف الحق بأنه (حكم يثبت).

وهذا التعريف غير قويم، لأن الحكم في اصطلاح الأصوليين هو: (خطاب الشارع) من أمر ونهي ونحوهما، وإن الحق أثر لهذا الخطاب بنشأ عنه وليس هو إياه.

وإن أريد بالحكم معناه في اصطلاح الفقهاء، وهو الأثر المترتب على الحادث كانتقال الملكية بالبيع، واحتباس المرهون بعقد الرهن إلخ... كان التعريف أيضاً غير مفيد، =

= لأن لفظ الحكم عام يشمل ما جعله الشارع مباحاً، وما شرعه على سبيل الاستحسان لا الإلزام. فيكون التعبير بلفظ (الحكم) مبهماً لا يبين حقيقة مفهوم الحق ومميزاته التي يجب أن يكشف عنها التعريف وهي الاختصاص، والسلطة أو التكليف. وقد نقل تعريف اللكنوي الأستاذ الجليل الشيخ علي الخفيف، وانتقده بأنه تعريف عام يبين بعض جهات الحق دون بعضها الآخر. ثم عرفه هو تعريفاً آخر بقوله: (الحق هو مصلحة مستحقة شرعاً).

(ر: كتاب الحق والذمة ص/٣٦).

ولكن هذا التعريف أيضاً فيما أرى غير محكم لعدة ملاحظات:
أولاً: لأنه كسابقه لا يبين خصائص الحق المميزة له.
ثانياً: لأن الحق ليس هو المصلحة التي فسرها الأستاذ الخفيف بالمنفعة ذاتها، وإنما هو العلاقة الاختصاصية بها لصاحب الحق، كما أوضحناه في نقد تعريف الأستاذ السنهوري.

ثالثاً: لأن في هذا التعريف ما يسميه المنطقة (دوراً) ويسمى في اصطلاح الفلسفة الحديثة: (دائرة فاسدة Vice circle) وهو أن يؤخذ في التعريف الشيء المراد تعريفه أو بعض مشتقاته، كما لو قيل مثلاً في تعريف العلم: (العلم هو إدراك المعلوم)، إذ يتوقف عندئذ فهم التعريف على معرفة سابقة بالعلم المراد تعريفه، بينما هذه المعرفة متوقفة على فهم التعريف، وهذا ممنوع في التعاريف.

فإذا قيل هنا: (الحق هو مصلحة مستحقة شرعاً) لم تمكن معرفة الحق الاصطلاحي إلا بفهم معنى كلمة (المستحقة) وهذه لا يفهم معناها إلا بمعرفة الحق فيحصل التمانع. ولذا استقر رأبي على التعريف الذي وضعته في هذا الكتاب، وأرجو أن يكون سديداً.

obeikandi.com

الفصل الثاني

تقسيم الحق في الفقه الإسلامي إلى عيني وشخصي

تقسيم الحق إلى مالي وغير مالي - تقسيم الحق المالي إلى شخصي وعيني - إيضاح النوعين - الحقوق العينية أصلية وتبعية ثمرات التمييز بين الحقيقتين: الشخصي والعيني - رأي الأستاذ السنهوري فيه بالنسبة إلى الفقه الإسلامي، ونقد هذا الرأي - انقلاب أحد الحقيقتين إلى الآخر - اشتباه النظر بينهما أحياناً.

١/٢ - تقسيم الحق:

يتضح مما تقدم أن الحق بمعناه العام ينقسم إلى قسمين أساسيين: مالي، وغير مالي.

- فالحق المالي هو ما يتعلق بالمال كملكية الأعيان أو الديون أو المنافع.

- وغير المالي كحق الولي في التصرف على الصغير بتعليمه وتأديبه، والحقوق السياسية أو الطبيعية كحق الانتخاب وحق الحرية.

ثم أن الحق المالي وهو المقصود ببحثنا هنا يتفرع إلى نوعين مهمين وهما: الحق الشخصي، والحق العيني.

٢/٢ - (أ) الحق الشخصي والالتزام:

كل علاقة شرعية بين شخصين يكون أحدهما فيها مكلفاً تجاه الآخر أن

يقوم بعمل فيه مصلحة ذات قيمة للآخر، أو أن يمتنع عن عمل مناف لمصلحته، مهما كان مصدر تلك العلاقة، فإنها تفسر في الاصطلاح الفقهي ويعبر عنها بأنها حق شخصي للمستفيد منها كما أنها في الوقت نفسه التزام على الآخر المكلف بها.

ينطبق هذا على العلاقات التي تنشأها تصرفات الإرادة - العقد، والإرادة المفردة - كما في البيع مثلاً، فإن أحد المتبايعين - المشتري - هو صاحب حق في تسليم المبيع، والآخر - البائع - ملتزم بالتسليم، وفي الوقت نفسه يعتبر هذا البائع الملتزم بتسليم المبيع صاحب حق في قبض ثمنه، وذلك المشتري صاحب الحق في استلام المبيع ملتزماً بدفع ثمنه.

٣/٢ - وينطبق هذا التحليل أيضاً على العلاقات التي تنشأ وتتولد من الأفعال: فمن يأتي فعلاً ضاراً بغيره في جسمه أو ماله يترتب عليه التزام نحو المضرور بتعويض مالي عن الضرر الذي ألحقه به كما ينشأ للمضرور حق عليه بذلك التعويض. فالضار ملتزم، والمضرور صاحب حق شخصي، أو ملتزم له.

وينطبق أيضاً على العلاقات التي يوجبها القانون مباشرة كالنفقة بين الأقارب، للفقراء العاجزين منهم على الأغنياء، فالغني ملتزم قانوناً بالنفقة على قريبه الفقير العاجز عن الكسب بحدود وشروط معينة، وذلك الفقير صاحب حق شخصي على قريبه الغني المذكور.

وهكذا يقال في كل علاقة متشابهة بين شخصين مهما كان مصدرها المولد لها.

٤/٢ - تعريف الحق الشخصي:

ويمكننا تعريف الحق الشخصي بأنه: «مطلب يقره الشرع لشخص على آخر».

وهذا الحق يكون متعلقه:

- تارة قياماً بفعل ذي قيمة لمصلحة صاحب الحق.

- وتارة امتناعاً عن فعل منافع لمصلحته.

وذلك كحق كل من المتبايعين على الآخر، فإن أحدهما يستحق على الآخر أداء الثمن، والآخر يستحق تسليم المبيع، وكل من هذين الحقين فعل. وكذا حق المودع على الوديع في أن لا يستعمل الوديعة، وهذا امتناع عن فعل.

٥/٢ - الحق العيني:

فإذا كانت العلاقة الحقوقية المباشرة ليست بين شخصين أحدهما مستحق على الآخر وذلك الآخر مكلف ومسؤول، ولكنها بين شخص وشيء مادي معين بذاته بحيث يكون الشخص ذا مصلحة اختصاصية تخوله سلطة مباشرة على عين مالية معينة، فإن هذه العلاقة تفسر ويعبر عنها في لغة القانون بأنها حق عيني في ذلك الشيء المعين لصاحب السلطة عليه. وذلك كحق الملكية، فإنه سلطة قانونية مباشرة لصاحبه المالك على الشيء المملوك. وهذه السلطة لا يتوقف تحقق معناها قانوناً ولا ممارستها على وجود شخص آخر غير المالك أو وساطته، بل معناها متحقق بمجرد وجود المالك والمملوك. ويستطيع المالك ممارسة سلطته هذه على الشيء المملوك والتمتع بثمراتها المشروعة من استعمال أو استغلال أو استهلاك أو احتباس دون توقف على أحد.

ومثل ذلك يقال في حق الارتفاق المقرر على عقار معين، كحق المرور أو المسيل، أو تحميل الجذوع على الجدار المجاور، فإن المرتفق بهذه المنافع إنما ينتفع بالشيء دون وساطة شخص يتوقف عليها الاستيفاء الطبيعي لهذا الحق شرعاً^(١).

(١) يلاحظ في هذا المقام أن التشريع العقاري الحديث يعتبر حق الارتفاق العقاري تكليفاً مرتباً على عقار معين لمنفعة عقار آخر معين، (انظر المادة/ ٩٦٠ من القانون المدني =

وكذا حق الاحتباس لعين معينة حيث يسوغه القانون توثيقاً لدين، كاحتباس المال المرهون. فالدين المرهون به هو حق شخصي بين شخصين، أما حق الدائن المرتهن في احتباس المال المرهون لديه توثيقاً لاستيفاء الدين - ويسمى قانوناً: حق الرهن - فهو حق عيني، أي سلطة مباشرة له على ذلك الشيء المرهون. أي أن العلاقة فيه هي بين شخص وشيء، لا بين شخص وشخص.

فليس في الحق العيني سوى عنصرين بارزين هما: صاحبه، ومحلّه، وهذا المحل هو الشيء.

وذلك بخلاف الحق الشخصي، فإن فيه رابطة شرعية حقوقية بين شخصين كما تقدم. ففيه - ما خلا العنصرين السالفي الذكر في الحق العيني - عنصر ثالث هو المكلف أو المدين.

وبذلك يكون استيفاء الحق الشخصي في الحال الطبيعية بواسطة من عليه الحق، فلا بد من التوجه إليه لطلبه منه واقتضائه.

ولذا كان استيفاء صاحب الحق الشخصي إياه بنفسه بالقوة والعنف دون رضی المكلف المدين ولا وساطة القضاء يعتبر في نظر الشرائع عملاً إجرامياً يعاقب عليه صاحب الحق^(١).

ويلحظ في هذا المقام أنه قد يوجد حول شيء واحد حقان: شخصي

= (السوري) وهذا قد يشعر بإمكان تصور بعض الحقوق العينية مجردة عن صاحب. ووجهة النظر في ذلك أن تبدل المالكين في العقارين لا يغير من وضعية الحق بين العقارين، فالحق مرتبط بالعقار لا بمالكه. ووجه التوفيق بين هذا المفهوم وبين التعريف المأثور للحق العيني هو أن الانتفاع بحق الارتفاق إنما يكون للشخص المالك وهو الذي يمارس سلطة الحق.

(١) أما إذا وقع للمدين المماطل مال في يد دائته، فأخذ منه الدائن مقدار حقه الحقيقي دون علم المدين، فذلك جائز له ديانة. أما في نظام القضاء فإن القاضي إذا رفع الأمر إليه لا يقره عليه، بل يوجب عليه الرد ما لم يثبت دينه ويُقضى له به، كما تقدم في الجزء الأول «المدخل الفقهي العام» (ر: ج ١ ف ٢/٤ و ٨١/٨٧).

وعيني، باعتبارين من ناحيتين مختلفتين، كما في الشيء المغصوب، مثلاً:

- فملكية المالك للشيء المغصوب هو حق عيني، لأنها علاقة مباشرة بينه وبين الشيء المغصوب تقتضي له سلطة مشروعة عليه.

- أما حقه على الغاصب في أن يرد إليه ذلك الشيء المغصوب فهو حق شخصي، أي علاقة بينه وبين الغاصب، هو فيها مستحق للرد، والغاصب ملتزم به.

٦/٢ - ملاحظات:

مما تقدم عن الحقين الشخصي والعيني تلحظ وتستخلص الملاحظات التالية:

١ - أن الحق العيني يجب أن يكون الشيء الذي هو محله معيناً بذاته في الوجود الخارجي، كي تنصب عليه سلطة صاحب الحق مباشرة وبلا واسطة.

فإذا لم يكن محل الحق معيناً بذاته بل بنوعه فقط كما في شراء كمية محددة المقدار غير معينة الذات من القمح أو السكر أو نحوهما، فإن هذا المحل يكون من قبيل الدين لا العين، فلا يكون متعيناً في الوجود الخارجي، بل مكانه الاعتباري هو الذمة، فلا يكون الحق عينياً بل شخصياً.

وكذا إذا هلك المغصوب في يد الغاصب، فانتقل حق المالك من عين المغصوب إلى قيمته في ذمة الغاصب، صار حقه في القيمة حقاً شخصياً.

٢ - أن السلطة التي تصاحب الحق العيني على الشيء محل هذا الحق ليس معناها أن يكون ذلك الشيء في يده، بل يعتبر له هذه السلطة عليه بمقتضى حقه العيني فيه ولو كان ذلك الشيء محل الحق موجوداً في حيازة شخص آخر، بوجه مشروع، كالوديعة عند الوديع، أو بوجه غير مشروع، كالمغصوب عند الغاصب، والمسروق عند السارق. فالغاصب والسارق متسلطان على الشيء سلطة فعلية، ولكن ليس لهما حق عيني فيه، إنما الحق العيني فيه لصاحب السلطة المشروعة القانونية وهو المالك وإن لم يكن ذلك الشيء في حيازته.

٧/٢ - الحق العيني نوعان: أصلي وتبعي:

وبالتأمل في الأمثلة التي أوردناها عن الحق العيني يتضح أن هذا الحق نوعان:

١ - نوع ذو مفهوم ووجود مستقل يتحقق بمجرد وجود صاحب الحق ومحله الذي هو الشيء المعين، كحق الملكية وحق الارتفاق.

٢ - ونوع آخر توثيقي يثبت ويقرر لشخص دائن على مال معين لشخص آخر مديون له، ليتمكن الدائن أن يستوفي دينه منه عند عدم وفاء المدين، كحق المرتهن في احتباس المال المرهون. فهو حق عيني غير مستقل في مفهومه ووجوده، بل هو تابع للدين لأنه توثيق لاستيفائه. فإذا سقط الدين بوفاء أو بإبراء أو غير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام سقط حق المرتهن في احتباس المرهون - أي حق الرهن - لأنه تابع لذلك الحق الشخصي - أي الدين المرهون فيه -.

- فالنوع الأول المستقل يُسمى في الاصطلاح القانوني: حقاً عينياً أصلياً.

- أما غير المستقل فيسمى: حقاً عينياً تبعياً.

والحق العيني الأصلي سلطته تخول صاحبه إحذى أو جميع المكنات الثلاث التالية: ١ - استعمال العين محل الحق ٢ - واستغلالها ٣ - والتصرف بها.

٨/٢ - وهذه المكنات الثلاث إذا اجتمعت شرعاً في حق عيني كونت فيه أوسع سلطة يمكن أن يكسبها صاحب حق عيني. ولكنها لا تجتمع كلها إلا في حق عيني واحد هو ملكية الشيء. ولذلك توصف الملكية بأنها أوسع الحقوق العينية مدى.

وتوجد إلى جانب حق الملكية حقوق متفرعة عنه لا تخول صاحبها إلا بعض هذه المكنات كحق الاستعمال، وحق الانتفاع، وحق السكنى، وحقوق الارتفاق العقارية.

أما الحق العيني التبعية فسلطته لا تخول صاحبه شيئاً من هذه المكنات أو المزايا، لأن غايته توثيق حق شخصي لصاحبه كما تقدم، فسلطته تنحصر في ضمان استيفاء ذلك الحق الشخصي من المال المقرر عليه هذا الحق العيني التبعية، بطريق الأولوية على غيره من الدائنين الآخرين.

٩/٢ - حقوق الابتكار:

وهناك نوع ثالث حديث من الحقوق المالية أوجدته أوضاع الحياة المدنية والاقتصادية والثقافية الحديثة، ونظمتها القوانين العصرية والاتفاقات الدولية، يسميه بعض القانونيين: الحقوق الأدبية، كحق المخترع والمؤلف وكل منتج لأثر مبتكر فني أو صناعي. فإن لهؤلاء حقاً في الاحتفاظ بنسبة ما اخترعوه أو انتجوه إليهم، وفي احتكار المنفعة المالية التي يمكن استغلالها من نشره وتعميمه. ومثله العلامات الفارقة الصناعية، والعناوين التجارية، وامتيازات إصدار الصحف الدورية. كل ذلك بشروط وحدود تقررها القوانين المحلية والاتفاقات الدولية.

فهذا النوع من الحقوق لم يكن معروفاً في الشرائع القديمة، لأنه وليد العوامل والوسائل المدنية والاقتصادية الحديثة.

وهو لا يدخل في الحقوق العينية لأنه لا يرد مثلها مباشرة على شيء مادي معين، كما أنه لا يدخل في الحقوق الشخصية لأنه لا يفرض تكليفاً خاصاً على شخص معين آخر غير صاحب الحق.

والقصد من إقرار هذه الحقوق إنما هو تشجيع الاختراع والإبداع، كي يعلم من يبذل جهده فيهما أنه سيختص باستثمارهما، وسيكون محمياً من الذين يحاولون أن يأخذوا ثمرة ابتكاره وتفكيره ويزاحموه في استغلالها.

وفي الشرع الإسلامي متسع لهذا التدبير تخريباً على قاعدة المصالح المرسلة في ميدان الحقوق الخاصة. وقد تقدم إيضاح تلك القاعدة في الجزء الأول - المدخل الفقهي العام -، فلينظر هناك (ج ١ ف ١٢/٥). وقد أصدر

مؤخراً مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي قراراً يؤكد ما ذكرناه^(١).

وقد رجحنا أن نسمي هذا النوع «حقوق الابتكار» لأن اسم «الحقوق الأدبية» ضيق لا يتلاءم مع كثير من أفراد هذا النوع، كالاختصاص بالعلامات الفارقة التجارية، والأدوات الصناعية المبتكرة، وعناوين المحال التجارية، مما لا صلة له بالأدب والنتاج الفكري. أما اسم «حق الابتكار» فيشمل الحقوق الأدبية كحق المؤلف في استغلال كتابه، والصحفي في امتياز صحيفته، والفنان في أثره الفني من الفنون الجميلة. كما يشمل الحقوق الصناعية والتجارية مما يسمونه اليوم بالملكية الصناعية، كحق مخترع الآلة، ومبتدع العلامة الفارقة التي نالت الثقة، ومبتكر العنوان التجاري الذي أحرز الشهرة إلخ..

١٠ / ٢ - ثمرة التمييز بين الحقيين العيني والشخصي:

لهذه التفرقة بين الحقيين العيني والشخصي ثمرات ونتائج هامة. فقد اختص كل منهما بمزايا تتناسب مع طبيعته نذكر منها ما يلي:

١ - لصاحب الحق العيني حق التتبع^(٢).

(١) القرار رقم (٥) بشأن «الحقوق المعنوية» الصادر في ٦/٥/١٤٠٩ هـ = ١٥/١٢/١٩٨٨ م ونصه:

أولاً: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها. وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها.

ثانياً: يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس والغش باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً.

ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعاً، ولأصحابها حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها. والله أعلم.

(٢) حق التتبع هو: الحق في اقتفاء عين معينه بذاتها حيثما وجدت، للاستيلاء عليها، أو لاستيفاء منفعة منها.

وحق التتبع هذا قد يكون ناشئاً عن تعلق الحقوق بالأعيان لذاتها، كما إذا كانت العين نفسها أو منافعها ملكاً لمتبعتها، أو كان له حق ارتفاق عليها؛ فيستولي عليها ليتمكن من =

فله أن يتبع الشيء المتعلق به حقه في أي يد انتقل إليها، أي أنه ينتقل بحقه مع العين مهما كان سبب انتقالها من يد إلى يد^(١).

وعلى هذا الأساس وضع الفقهاء القاعدة القائلة:

«إن دعوى العين لا تقام إلا على ذي اليد»

فلو غصب إنسان شيئاً ثم باعه أو غُصب منه، وتناقلته الأيدي ليس لصاحبه أن يدعي على الغاصب الأول برد عينه، بل عليه أن يدعي بذلك على ذي اليد الأخيرة وإنما له أن يدعي بضمان قيمته - وهذا حق شخصي - على الغاصب الأول وعلى من بعده من ذوي الأيدي السابقة (م/١٦٣٥).

بخلاف الحق الشخصي، فإنه لا يطلبه صاحبه إلا من المكلف به أصالة أو نيابة، لأنه لا يمكن فيه مثل ذلك الانتقال والتتبع لأنه متعلق بذمة المكلف وعهدته الشخصية، فلا يسأل عنه غيره إلا بإرادة ذلك الغير كما في حالة الكفالة والحوالة.

أما الحق العيني موضوع البحث فإنه متعلق بعين معينة كما رأينا، لا بذمة

= التصرف أو الانتفاع بها. فذلك في الحالين نتيجة لتعلق الحق بذات العين. وقد يكون حق التتبع ناشئاً عن تعلق حق بعين بالنظر إلى ماليتها، لا إلى ذاتها وصورتها، وذلك في حق الامتياز وحق الارتهان وحق الاحتباس (ر: ف/٣ و ٥ و ٦)؛ فإن هذه الحقوق ما شرعت إلا لتكون وسائل لتوثيق الديون في الابتداء، واستيفائها في النهاية، عندما تجعل الأعيان المتعلقة بها محلاً للوفاء، فتباع لأجل هذا الغرض، وذلك بسبب ما تقتضيه من أولوية صاحبها على غيره من الغرماء في الاستيفاء. وفي هذه الحال لا يظهر حق التتبع لذات العين، لأن المقصود منها هو ماليتها، فإذا استبدلت بها قيمتها المالية تعلقت هذه الحقوق بتلك القيمة وانتقلت إليها، ولا تقتفى العين ذاتها حينئذ، كما لو باع الراهن المرهون بإذن المرتهن إذ ينتقل الرهن إلى البذل. (ر: كتاب الحق والذمة للأستاذ الجليل الشيخ علي الخفيف، ص/٧٩).

(١) في الفقه القانوني حق التتبع هذا مقيد بقاعدة تقول «إن حيازة المنقول بحسن نية سند للملكية» فإذا كان ذو اليد الأخيرة قد حصل على العين المنقولة بطريق مشروع وبحسن نية تستقر ملكيته فيه ولا تنزع، ولصاحب العين أن يلاحق المسؤول الذي قبل الحائز الأخير بالضمان والتعويض حرصاً على استقرار المعاملات.

شخصية. والعين يمكن أن تنتقل من يد إلى أخرى دون إرادة صاحبها كما في الغصب والسرقة والضياع، وهي مثقلة بملكية صاحبها، فينتقل حقه في عينها معها.

٢ - لصاحب الحق العيني التبعي - كما في الرهن - حق الأولوية والامتياز^(١).

وعن هذا قال الفقهاء: إن حق المرتهن في استيفاء دينه من العين المرهونة مقدم على حقوق بقية الدائنين (م/٧٢٩).

أما الدائنون الشخصيون فمهما كان مصدر حقهم أو تاريخه فلا امتياز لأحدهم في التقدم على سواه، بل توزع عليهم أموال المدين بنسبة ديونهم، وقد نصوا على أن البائع لو مات مفلساً قبل تسليم المبيع المعين فالمشتري أولى به من سائر الغرماء بخلاف ما لو مات المشتري مفلساً قبل أداء الثمن، والمبيع قائم في تركته، إذ يكون البائع أسوة الغرماء (المجلة/٢٩٥، و٢٩٧) وسيأتي قريباً إيضاحه (ر: ف١١/٢).

فالأصل في الحق الشخصي أنه لا يخول صاحبه امتيازاً إلا بنص خاص استثنائي.

وقد وجد هذا الامتياز الاستثنائي شرعاً وقانوناً لبعض الحقوق الشخصية لاعتبارات خاصة.

أ - فمن هذه الاعتبارات ما يرجع إلى الشك والريبة في الحق المزاحم.

(١) حق الامتياز هو حق ممنوح لأنواع معينة من الديون أن تُستوفى قبل غيرها، إما من جميع أموال المدين، أو من جزء معين من أمواله. ولا يتحقق هذا الحق إلا عند تراحم عدة حقوق على الاستيفاء من مال معين ولأحدها حق التقدم على غيره، فيكون لهذا الدين المتقدم حق الأولوية أو حق الامتياز. ومن ذلك يتبين أن الحق العيني التبعي الذي يتمتع صاحبه بالامتياز لا يكون إلا تابعاً لدين ومن ثم يسمى: حقاً تبعياً، لأنه تبع لدين فيبقى ببقائه، ويسقط بسقوطه. (ر: كتاب الحق والذمة للشيخ علي الخفيف، ص ٦٦ و٨٠).

وذلك كما في تقديم دين الصحة على دين مرض الموت، (م/١٦٠٢)،

ب - ومنها ما يرجع إلى الضرورة.

وذلك كتقديم حق تجهيز الميت وتكفينه على ديونه:

- فعند الحنابلة يقدم ذلك على جميع الديون.

- وعند الحنفية إنما يقدم على الديون العادية فقط أي غير الموثقة

باحتماس عين معينة لاستيفائها منها؛ أما الديون الموثقة فتقدم على التجهيز والتكفين كدين المرتهن، وثمن المبيع قبل تسليمه.

ومن امتياز الحق الشخصي للضرورة قانوناً تقديم دين النفقة للزوجة

والأولاد الصغار على بقية الديون العادية في الاستيفاء بمقتضى الأحكام القانونية لدينا، لأن النفقة تتعلق بها حياة مستحقيها.

ج - ومنها ما يعود إلى رجحان حق عام على حق خاص.

وذلك كامتياز ديون الضرائب الحكومية على ديون الناس العادية فتستوفى

أولاً من طابق المفلس أو تركته في الأحكام القانونية.

٣ - يتم إسقاط ما يصح إسقاطه من الحقوق العينية بإرادة صاحبه

المنفردة.

وذلك كالمرتهن فإن له فسخ الرهن وإن أبى الراهن.

بخلاف الحق الشخصي، فإن إسقاطه بإرادة صاحبه، كما في الإبراء عن

الدين، والخط من ثمن المبيع، لا بد فيه من موافقة المدين ولو ضمناً، وذلك بأن لا يرفض الإسقاط. ولذا كان من أحكام الإبراء أنه يرتد برد المدين إذ قد يراه منافياً لمصلحته المعنوية (المجلة/٧١٦ و١٥٦٨).

وإنما قلنا: (ما يصح إسقاطه)، لأن من الحقوق العينية ما لا يقبل

الإسقاط، كحق الملكية على ما تقدم في بحث خصائص الملكية في الجزء

الأول (ف/٢٥/٦).

٤ - إن الحق العيني الناشئ عن عقد إذا هلك محله قبل تنفيذ العقد استحال تنفيذه وبطل العقد.

وذلك كالمبيع المعين إذا هلك قبل التسليم (المجلة/٢٩٣)، والمأجور إذا هلك قبل التمكن من استيفاء المنفعة.

حتى إنه في العقود المستمرة^(١) كالإجارة، والرهن، إذا هلك محل الحق العيني، ولو بعد البدء بالتنفيذ، انتقضت تلك العقود لاستحالة استمرارها، كما لو هلك المأجور أو المرهون، إذ تبطل هذه العقود، ولا يكلف الطرف الآخر تقديم مال يحل محل الهالك.

٥ - إن الحق العيني يسقط بهلاك العين التي هي محله، لتعلقه بذاتها. ثم إذا كان هناك مسؤول عن هذا الهلاك يتحول ذلك الحق العيني إلى حق شخصي بضمان القيمة، كهلاك المغصوب عند الغاصب. وإن لم يكن هناك مسؤول سقط لا إلى عوض.

أما الحق الشخصي فلا يسقط بهلاك أموال المدين به لأنه تكليف غير متعلق في الأصل بمال معين. فإذا هلك مال المكلف فإن مالاً آخر مما يقتنيه يصلح للوفاء^(٢).

(١) العقد المستمر: هو الذي يستغرق تنفيذه مدة من الزمن، كالإيجار والشركة. أي أن الزمن الممتد هو عنصر أساسي في تنفيذه.

ويقابله العقد الفوري وهو الذي يكون تنفيذه دفعة واحدة في الوقت المحدد له، كالبيع ولو كان الثمن فيه مؤجلاً.

هذا تعريف علماء القانون وهو ملائم للنظر الفقهي.

(٢) يلاحظ هنا أن حق التعلي لا يسقط بهلاك السفل، بل للمرتفق صاحب العلو أن يعيد بناء السفل ويتعلّى عليه ويستغله حتى يدفع له صاحب السفل ما أنفق وذلك لأن محل حق التعلي العيني لم يهلك هلاكاً نهائياً، بل هو قابل للإعادة على وجه يمكن معه التعلي، لأن حق المرتفق إنما هو في التعلي على السفل لا في السفل ذاته. فإن لم يعد صاحبه بناءه فللمرتفق أن يعيده بأمر القاضي ويجبسه عنه حتى يدفع له ما أنفق، فيصان حقه دون أن يجبر صاحب السفل على البناء (ر: المجلة م/١٣١٥).

١١/٢ - انقلاب الحق العيني إلى شخصي، وبالعكس:

أ - كثيراً ما ينقلب الحق العيني إلى شخصي؛ فينقلب معه حكمه الذي كان ناشئاً عن عينيته.

وذلك كما في المغصوب. فإنه، ما دام باقية عينه على حالها في يد الغاصب، فللمالك حق عيني فيه يسوغ طلب استرداده.

لكن إذا حوله الغاصب إلى صفة أخرى يحدث له بها اسم جديد كما لو كان المغصوب حنطة فطحنها الغاصب حتى صار اسمها دقيقاً، أو كان المغصوب حديدة فصنعها سكيناً - يعتبر هذا كالاستهلاك، ويتحول حقه عن استرداد عين المغصوب إلى تضمين قيمته (المجلة/٨٩٩) فيصبح حقه شخصياً بعد أن كان عينياً.

ومن هذا القبيل جميع صور ضمان الأعيان والمتلفات، والصلح عن عين بمبلغ يلتزم في الذمة.

ب - وأما العكس، وهو انقلاب الحق الشخصي إلى عيني، فلم أجد من تعرض لذكره وهو نادر.

ويمكن تصويره بما إذا باع المدين لدائنه شيئاً بدينه، أي بأن جعل الدين نفسه هو الثمن، (وهي حالة «الوفاء بمقابل» في اصطلاح القانون). فهنا يسقط الدين وينقلب حق الدائن إلى ملكية العين.

أما لو لم يجعل الدين نفسه هو الثمن فإن كلا منهما يصبح دائناً ومديناً، فيتقاصان ولا يكون انقلاب (كما سنرى في بحث نتائج التمييز بين العين والدين).

وكذا تعلق حق الدائنين بتركة المدين المستغرقة بالدين إذا توفي، كما سيأتي (ف٣/٧) فإن حقهم يكتسب صفة شبه عينية بعد أن كان شخصياً محضاً متعلقاً بالذمة.

١٢/٢ - هذا، وقد يختلف الاجتهاد والنظر في اعتبار عينية الحق

وشخصيته، فينشأ منه اختلاف الفقهاء في الأحكام، استناداً إلى اختلاف وجهة نظرهم في صفة الحق.

مثال ذلك أن المبيع يعتبر لبائعه حق عيني فيه يسوغه حبسه لديه حتى استيفاء ثمنه المعجل الذي هو حقه الشخصي في ذمة المشتري، فإذا سلمه البائع إلى المشتري دون أن يقبض الثمن، فمات المشتري مفلساً والمبيع قائم بعينه في تركته، فهل يكون للبائع أولوية بأخذه من التركة مرجحاً فيه على سائر الغرماء؟ أو يكون أسوة الغرماء فيما يصيب ثمنه من التركة؟

ذهب الاجتهاد الشافعي إلى اعتبار حق الأولوية للبائع. وفي هذا اعتبار بقاء عينية حقه في المبيع قبل قبض الثمن مادام قائماً في التركة المستغرقة. وهذا في الحقيقة مبني على أن للبائع حينئذ في الاجتهاد الشافعي حق فسخ البيع.

وذهب الاجتهاد الحنفي إلى أن للبائع أسوة بالغرماء بلا أولوية (المجلة/ ٢٨١ و ٢٩٥) معتبراً أن حق البائع انقطع من عين المبيع بعد تسليمه، فأصبح شخصياً محضاً يتعلق بالثمن في الذمة، والمبيع أصبح تركة محضة للمشتري كبقية أمواله.

مَعَ الْفَصْلِ الْبَاقِي

رَأْيُ اللَّهِ تَأْوِيلُ السُّنْهُورِيِّ هُنَا، وَالتَّفَاقُفُ نَا حَلِيلَتِهِ

١٣/٢ - جاء في نظرية العقد للأستاذ العلامة عبد الرزاق أحمد السنهوري (ص/٦ حاشية ٢):

«إن الشريعة الإسلامية لا يستشعر فيها بهذا التمييز بين الحق العيني والشخصي، إلا في بعض عبارات تأتي عرضاً في موضوعات مختلفة ميز فيها فقهاء المسلمين بين حق يتعلق بالعين وحق لا يتعلق بها، ولكنه تمييز غير واضح، ولم تعقب عليه الفقهاء تعقيباً يتفق مع أهميته، ولم تصنع منه نظرية ممهدة كما فعلت في النظريات الأخرى للفقهاء الإسلاميين، وإن كان الفقهاء قد رتبوا لحق الرهن مثلاً حق التقدم ونوعاً من حق التبع» اهـ.

أقول:

أ - أما أن فقهاء المسلمين لم يصوغوا نظرية ممهدة مستقلة للتمييز بين الحق الشخصي والحق العيني فنعم. وهذا راجع إلى اختلاف مبنى الترتيب والصياغة بين الفقه الإسلامي والفقه الأجنبي.

فالفقه الأجنبي يقوم ترتيبه على أساس تقسيم أحكامه إلى زمريتين منفصلتين:

١ - زمرة أحكام الحقوق الشخصية، وتشتمل على النظرية العامة للالتزامات، ثم أحكام العقود المسماة.

٢ - وزمرة أحكام الحقوق العينية، وتسمى: «نظرية الأموال».

ومن ثم برز للنظر هذا التمييز بين الحقين العيني والشخصي في الفقه الأجنبي والقوانين المصوغه منه، لأن هذا التمييز هو أساس ترتيب الفقه الأجنبي كله.

أما الفقه الإسلامي فإن ترتيبه وصياغته يقومان على أساس سرد مصادر الحقوق والالتزامات، وبيان أحكامها ونتائجها في كل مصدر بحسب أحواله. فلم يبق مجال لأن يظهر تمييز فقهاء الفقه الإسلامي بين الحقين العيني والشخصي إلا في فروع الأحكام المتفرقة لمن يتبعها.

وإذا كان فقهاؤنا لم يتخذوا هذا التمييز بين نوعي الحق أساساً لترتيب فقهم كما فعل علماء القانون الأجنبي فليس في ذلك أبداً دلالة على عدم تمييز فقهاؤنا بين نوعي الحق وطبيعتيهما تمييزاً ذاتياً!! إذ العبرة في هذا التمييز لفروع الأحكام لا للترتيب.

وهذا مما دعانا إلى صياغة فقها على غرار نظرية الالتزامات القانونية.

ب - والواقع أن فقهاءنا قد ميزوا بين الحقين في جميع المسائل التي يقتضي هذا التمييز فيها اختلاف الأحكام ولهم في ذلك أنظار دقيقة جداً.

- فمن ذلك الأمثلة التي تقدمت في ثمرات التفرقة بين الحقين. فكلها أمثلة فقهية عزوناها إلى مصادرها، وهي تناظر تماماً ما يذكره علماء القانون في هذا الصدد.

- ومن ذلك أيضاً تصريح فقهاؤنا بأن المبيع المعين إذا إستحق^(١) من يد المشتري ينتقض عقد البيع السابق، فلا يكلف البائع إعطاء المشتري مثل المبيع الذي استحق من يده، بل يسترد المشتري ما دفع من الثمن لأن حق المشتري عيني متعلق بعين المبيع، فباستحقاق المبيع استحالة تنفيذ البيع فيبطل.

أما إذا استحق الثمن من يد البائع فلا ينتقض البيع ولا يسترد البائع

(١) الاستحقاق هو أن يدعي أحد ملكية شيء موجود في يد غيره ويثبتها بالبينة ويقضي له بها، (ر: ج ١ ف ٣٧/٣ الحاشية).

المبيع وإن كان قائماً، وإنما يرجع على المشتري بمثل الثمن المستحق، لأن أصل الثمن حق شخصي للبائع في ذمة المشتري، فإذا وفاه إياه بمبلغ معين فاستحق هذا المبلغ من يد البائع تبين عدم صحة وفاء الثمن، فيوفيه المشتري مجدداً بمبلغ آخر.

- ومن ذلك أيضاً ما صرحوا به في بحث الحقوق التي تتعلق بالتركة، وترتيب استيفائها، فقد قالوا: إن الحقوق منها ما يتعلق بعين التركة، كالدين المتعلق بالمرهون والمأجور^(١) وأرث جنابة العبد الجاني في حياة مولاه^(٢)، والمبيع المحبوس بالثمن، والعبد المأذون بالتجارة إذا لحقته ديون ثم مات المولى ولا مال له سوى هذا العبد إلخ.. ومنها ما يتعلق بمالية التركة كالديون العادية التي على الميت.

- فالنوع الأول يقدم استيفاؤه على نفقات التكفين إلا إذا كان الحق قد تعلق بالعين بعد صيرورتها تركة، كالعين الموصى بها فإن تنفيذ الوصية بها عندئذ يؤخر عن التكفين.

- وأما النوع الثاني فإن التكفين يقدم عليه مطلقاً (شرح السراجية للسيد الجرجاني وحاشيته للعلامة محمد شاه الفناري).

والعلة هي أن هذا النوع الثاني حقوق شخصية على الميت لا تتعلق بعين معينة من التركة ليكون لاستيفائها امتياز ورجحان.

- ومن ذلك أيضاً الفرع الآتي (آخر بحث نتائج التمييز بين العين والدين (ف١٧/١٣) في الفرق بين إقرار المدين بوكالة الوكيل بقبض الدين وإقرار الوديع بوكالة الوكيل بقبض الوديعة فليُنظر.

(١) لفهم كيفية تعلق الدين بعين المأجور انظر ما سيأتي (ف/٣/٣).

(٢) العبد إذا جنى جنابة تعلق حق المجني عليه بشخص العبد الجاني باعتبار أنه هو نفسه مال. فإن لم يدفع مولاه أرث جنابته فداء له يباع العبد ويستوفى أرث جنابته من قيمته، كما يباع المرهون لوفاء الدين. وقبل ذلك إذا مات المولى يكون هذا العبد الجاني من تركة الميت مثقلاً بحق المجني عليه كالمرهون.

وأمثال هذه الأمثلة في الفقه كثير.

فمجموعة هذه النصوص تدل على فكرة مبدأ عام لدى فقهاءنا في هذا التمييز، أفرغوها عملياً في فروع الأحكام، وإن لم يصوغوها نظرياً بانسجام وإحكام، شأنهم في صياغة الفقه عموماً بالأسلوب الفروعي لا الموضوعي، كما أوضحناه في مقدمة الجزء الأول. ولكن تتجلى للباحث خلف تلك الفروع، المبادئ العامة والنظريات الفقهية التي كانت تسود في فكر المجتهدين والمخرجين عند الاستنباط والتفريع.

الفصل الثالث

أنواع الحق العيني

والحقوق العينية

١/٣ - أنواع الحق العيني في الفقه الإسلامي:

بعد أن وضح - بما سلف بيانه - التمييز الفقهي بين الحق العيني والحق الشخصي وثمرات هذا التمييز، نورد فيما يلي أنواع الحقوق العينية في الفقه الإسلامي. ويمكن إجمالها في الأنواع التالية:

- ١ - حق الملكية.
- ٢ - حق الانتفاع.
- ٣ - حقوق الارتفاق.
- ٤ - حق الارتهان.
- ٥ - حق الاحتباس.
- ٦ - حق الوقفية.
- ٧ - حقوق القرار على الأوقاف^(١).

(١) أن المادة/١٠/ من قانون الملكية العقارية السابق لدينا ذي الرقم/٣٣٣٩/ وبعبء المادة/٨٥/ من القانون المدني السوري قد عددنا الحقوق العينية العقارية فبلغت اثني عشر حقاً معظمها داخل فيما بيناه وهي: حق الملكية - والتصرف - والسطحية - والانتفاع - والأفضلية في الأراضي الخالية المباحة - والارتفاق - والرهن - والامتيازات والتأمينات - والوقوف - والإجارتين - والإجارة الطويلة - والخيار الناشئ عن وعد بيع العقار. والرأي الراجع أن الحقوق العينية غير مذكورة في القانون على سبيل الحصر.

٢/٣ - حق الملكية^(١):

وهو في نظر الفقهاء حق يعطي صاحبه سلطة على الشيء تجعل له فيه ولاية ومكنة مطلقة، ويخوله فيه جميع وجوه الاستعمال والانتفاع والاستهلاك ما لم يلزم من ذلك ضرر بالغير فتتقيد حرية المالك بما تقتضيه صيانة حق الغير. وذلك كما في تصرف الشريك بالمال المشترك إذ يمنع عن كل تصرف مضر، فلا يحق له تجاوز المعتاد في استعمال الدابة أو الثوب المشتركين مثلاً، ولا يحق له استهلاكه، فإن استهلكه عد معتدياً وضمن نصيب شريكه.

وكذلك تقيد حريته في التصرف بالعقار، ولو غير مشترك، بما لا يضر بجيرانه. (ر: المجلة/ ١١٩٢ - ١٢١٢).

٣/٣ - حق الانتفاع^(٢):

الانتفاع هو من ثمرات الملكية، وهذه الثمرات هي كالملكية حقوق عينية. وتتلخص في أمرين: حق الاستعمال وحق الاستغلال ويشملهما حق الانتفاع لأن كلا منهما منفعة تعود على المالك.

وحق الاستعمال قد ينفصل عن حق الاستغلال، كما في الموقوف للسكنى، والعقار الموصى بسكناه لشخص أو أشخاص، فإن للموقوف عليه والموصى له أن يسكنوا دون أن يستغلا بالإيجار.

(١) المملك هو: «اختصاص حاجز شرعاً يسوّغ التصرف إلا لمانع» والمانع يشمل نقص الأهلية كما في الصغير إذ يتصرف عنه وليه، ويشمل حق الغير كما في المال المشترك والمال المرهون إذ تقيد فيهما تصرفات الشركاء والراهن، فوجوده لا ينفي الملك لأنه عارض. وهذا التعريف يتناول ملكية الأعيان والمنافع والحقوق.

(٢) المراد ملك المنفعة. وفقهاء الشريعة الإسلامية يفرقون بين حق الانتفاع وملك المنفعة. من حيث العموم والخصوص في المنشأ، ومن حيث القوة والضعف في الحق: فملك المنفعة فقهاً إنما ينشأ عن عقد مملك كالوقف والإجارة والإعارة والوصية بالمنافع. أما حق الانتفاع فهو أعم، إذ يشمل هذا ويشمل أيضاً مجرد الانتفاع الناشئ عن إذن وإباحة فقط من المالك. أما في اصطلاح علماء القانون فهما شيء واحد.

والأصل أن من ملك المنفعة يحق له تملكها، بخلاف من أبيض له إباحة (ر: المدخل الفقهي ج ١ ف ٢٦٦، وكتاب «الحق والذمة» للأستاذ الشيخ علي الخفيف ص/ ٧٥).

وقد يجتمع الاستعمال والاستغلال كما في العقار الموقوف للسكنى والإيجار، أو الموصى به كذلك، وكما في الشيء المأجور أو المعار، ففي الاجتهاد الحنفي، للمستأجر أن يؤجر ما لا يختلف باختلاف المستعملين كالعقار، وللمستعير أن يعير سواه في العارية المطلقة (المجلة/٤٢٨ و٨١٩) وذلك بناء على الأصل النظري: (أن من ملك الشيء حق له تملكه)، والمستأجر والمستعير مالكان للمنفعة فلهما تملكها. ولكن ليس للمستعير أن يؤجر لأن الإجارة أقوى من الإعارة، ولا يستطيع الشخص تملك أكثر مما يملك هو. فالإجارة عقد لازم، والإعارة عقد غير لازم، فلو ساغ للمستعير أن يؤجر العارية لامتنع حق المعير في الرجوع عن الإعارة واسترداد العارية.

غير أن قوانين الإيجارات لدينا اليوم تمنع المستأجر أيضاً من أن يؤجر العقار المأجور إلا بإذن من المؤجر، وفي هذا المنع حكمة ومصلحة كما سنراه في موضعه.

فيظهر مما تقدم أن حق الانتفاع قد ينشأ عن عقد بين الأحياء كالإجارة والإعارة، أو عن وصية أو وقف.

وللمستأجر، كما للمالك، حق تتبع العين المأجورة بإقامة الدعوى على من غصبها منه.

هذا، وإن حق المستأجر على العين المأجورة يمنع التنفيذ الفوري لتصرف المالك فيها ببيع أو إجارة من شخص آخر. وكذا العين التي عليها حق الانتفاع لشخص بالوصية إذا تصرف بها الوارث.

فلو باع المؤجر المال المأجور لم يجب تسليمه إلى المشتري إلا بعد انقضاء مدة الإجارة حفظاً لحق المستأجر في الانتفاع. وإن للمشتري الخيار في الفسخ أو الانتظار إن لم يكن عالماً بالإجارة عندما اشترى.

وللمستأجر، إذا كان قد أسلف الأجرة ثم مات المؤجر، أن يحتج بحقه على العين المأجورة تجاه بقية الدائنين فيكون مقدماً عليهم في استيفاء الأجرة من العين.

على أن هذا مبني على انفساخ الإجارة بموت أحد العاقدين في الاجتهاد الحنفي، لكن الأحكام القانونية لدينا اليوم قد منعت هذا الانفساخ، فيتابع المستأجر استيفاء المنفعة بقية المدة بعد وفاة المؤجر^(١).

٤/٣ - الارتفاق:

الارتفاق منفعة مقررة لعقار على عقار آخر مملوك لغير الأول كالشرب والمسيل للأراضي، وكالمرور والتعلي.

(١) إن علماء القانون يفرقون بين حق الانتفاع الناشئ عن وقف أو وصية مثلاً، والناشئ عن إجارة الأشياء، فيعتبرون الأول حقاً عينياً والثاني شخصياً. ويعملون ذلك بأن حق من وقفت عليه المنفعة وحق الموصى له بالمنفعة سلطة على العين تنصب عليها مباشرة دون حاجة إلى توسط شخص آخر، ولا تقوم بجانبه رابطة التزامية بين صاحب الحق ومن أعطاه إياه، فكان محله العين التي هي مال. ويؤيد ذلك أن هذا الحق في حالة الوصية لا يوجد إلا بعد وفاة الموصي وهو الملزم، وأنه في الوقف لا يتوقف وجوده على وجود الواقف ولا ينتهي بموته، بل يوجد مع وجوده ويبقى بعد موته. فلو كان قيامه بقيام الرابطة كما في الحق الشخصي لانتهى بموت معطيه.

أما حق المستأجر فهو حق يقوم بقيام الرابطة بين المؤجر والمستأجر، فإذا ما انتهت انتهى هو أيضاً، وهو لا ينصب مباشرة على العين المستأجرة، بل يتجه إلى إلزام المؤجر بأن يستمر تركه للعين في يد المستأجر المدة المتفق عليها حتى يتمكن المستأجر من الانتفاع بها. ذلك هو تعليلهم.

لكنهم أغفلوا وجه الشبه بين صور هذا الحق في الحاليين: فهما متشابهان من حيث إن المنتفع في الحاليين مالك للمنفعة، وإن هذه الملكية موقته فيهما، وإن المنفعة فيهما واحدة لا تتغير، وإن كلتا الحاليين لا تعرى عن وجود التزام فيهما: فإذا كان في إحداها التزام المؤجر ففي الأخرى التزام الورثة أو ناظر الوقف بترك العين في يد المنتفع حتى ينتهي انتفاعه.

فطبيعة الملك في الحاليين - حال الإجارة وحال الوصية - واحدة، وذلك يستلزم الحكم عليهما بحكم واحد لا أن يعتبر ملك المنفعة في إحداها حقاً عينياً وفي الأخرى حقاً شخصياً (كتاب الحق والذمة للأستاذ الشيخ علي الخفيف ص/ ٥٥ - ٥٦ باختصار).

هذا، وإن القانون المدني الجديد، وقبله قانون الملكية العقارية السابق لدينا (المادة/ ٣٢ منه) ينصان على أن: «حق الانتفاع بالمعنى العقاري هو حق عيني يتعلق باستعمال شيء يخص الغير والتمتع به، ويسقط هذا الحق حتماً بموت المنتفع، ولا يجوز إنشاؤه لمصلحة أشخاص معنوية» فهو حق موقت.

وحق الارتفاق في نظر الفقهاء من قبيل ملك المنفعة. وهي منفعة بين عقارين تابعة لهما على الدوام مهما انتقلت ملكيتها، وإن مالك هذه المنفعة هو مالك العقار المنتفع. ومن هنا تتجلى عينية هذا الحق (ر: المجلة/١٢٣٢).

وحق الارتفاق هذا هو في الحقيقة منفعة منتقصة من ملكية العقار المرتفق به (الخادم) لمصلحة العقار المرتفق (المخدوم).

وبسبب هذه التبعية العقارية فيها لم تكن مؤقتة بوقت محدود كغيرها من المنافع، بل تبقى ما بقي العقار إلى أن يتنازل عنها المالك بطريق مشروع. والارتفاق يورث باتفاق المذاهب^(١).

٣/ ٥ - حق الارتهان^(٢):

هو حق للدائن في احتباس مال معين للمدين ينشأ عن عقد خاص بينهما يسمى الرهن.

(١) مما ينبغي التنبيه إليه أن حقوق الارتفاق محصورة عند كثير من العلماء - ومنهم الحنفية - في حقوق ستة: الشرب، والطريق، والمجرى، والمسيل، والتعلي، والجوار. ولا يجوز لمالك عقار أن ينشئ على عقاره حقوق ارتفاق أخرى، لأن في إنشائها تقييداً للملكية التامة، والأصل فيها أن لا تقبل تقييداً، وما قيدت بتلك الحقوق إلا استثناء، ولا يتوسع في الاستثناء.

ويرى آخرون - ومنهم المالكية - أنها غير محصورة فيما ذكر، فيجوز إنشاء حقوق ارتفاق أخرى بالإرادة والالتزام كأن يقرر شخص على أرض يملكها ألا يقيم على ناحية منها ملاصقة لأرض أخرى بناء، وأن لا يرتفع بناؤه إلا إلى ارتفاع معين، مما هو معروف الآن في القوانين. (ر: كتاب الحق والذمة للأستاذ الشيخ علي الخفيف، ص/٦٤).

هذا وينبغي أن يلحظ بالنسبة إلى الواقع في بلادنا السورية أن قانون الملكية العقارية السابق ذا الرقم/٣٣٣٩ لدينا قد اطلق حقوق الارتفاق عن الحصر، فسوغت المادة/٨٤ منه لمالكي العقارات إنشاء ما يشاؤون من حقوق الارتفاق لها أو عليها، بشرط أن تكون للعقار أو عليه لا للشخص أو عليه، وأن لا تكون مخالفة للنظام العام، كما أنه قسم حقوق الارتفاق إلى ثلاثة أقسام: طبيعية، وقانونية، ومنشأة من قبل الإنسان. وهذه الأخيرة هي المقصودة ببحثنا هذا.

ثم جاء القانون المدني السوري فأقر هذا التفصيل في المواد/٩٦٠ - ٩٨٧ منه.

(٢) آثرنا التعبير بلفظ «الارتهان» دون «الرهن»، لأن هذا الحق في الرهن إنما هو للدائن المسمى بالمرتهن وهو اسم فاعل من «الارتهان»، ولأن لفظ «الرهن» قد يطلق على العين المرهونة.

فالرهن أيضاً ينشئ حقاً عينياً للمرتهن متعلقاً بمالية العين المرهونة لا بذاتها، كما تقدم في مناسباته (ر: ف ٥/٢)، لأنه يركز مباشرة على الاستيثاق بهذه المالية لأجل وفاء الدين.

وهو أيضاً يمنع التنفيذ الفوري لتصرف المالك أو الراهن، فلو باع الراهن المرهون أو أجره ليس للمشتري أو المستأجر أن يتسلم؛ بل ينتظر فكاك الرهن أو يفسخ الشراء (م/٧٤٧).

وإذا أجاز الدائن المرتهن بيع المالك أصبح الثمن هو المرهون، وإذا أجاز إيجاره سقط حق الارتهان^(١):

وللمرتهن كما تقدم امتياز في استيفاء دينه من المرهون (م/٧٢٩).

٦/٣ - حق الاحتباس^(٢):

الفرق بين حق الاحتباس وحق الارتهان هو أن الارتهان يكون بعقد خاص يرد عليه مباشرة وقصداً. أما حق الاحتباس فهو أعم لأنه يكون في حالات عديدة يقر بها الشرع احتباس المال لاستيفاء حق مالي منه.

وهذا الاحتباس حق عيني يستطيع صاحبه أن يحتج به تجاه الدائنين كافة، ويمتاز عنهم في استيفاء حقه من ثمن المال المحتبس مقدماً عليهم.

فمن ذلك حق الملتقط في احتباس اللقطة عن مالكة، إذا ظهر، حتى يستوفي الملتقط ما أذنه القاضي أن ينفقه عليها ليرجع به.

وكذا حق الوكيل بالشراء أن يحتبس المال المشتري عن الموكل حتى

(١) علة هذا الفرق بين حكم إجازة البيع وإجازة الإيجار فيما يظهر هي أن الثمن يخلف المبيع في توثيق حق المرتهن. فإجازته لبیع المرهون لا دلالة فيها على أنه قد تخلى عن الرهن، بل على أنه قد رضي بتحويل الرهن إلى الثمن.

بخلاف الإيجار فإن الأجرة فيه قد لا تخلف المأجور في المالية، فإجازته لإيجار المرهون هي رضي بخروجه من يده لا إلى خلف، أي بسقوط الرهنية.

(٢) آثرنا استعمال لفظ «الاحتباس» دون لفظ «الحبس» المؤلف لأن الحبس يكثر استعماله في حبس الأشخاص، فاصطلحنا على تخصيص «الاحتباس» بالأموال، بعداً عن الاشتراك.

يدفع إليه الثمن، ولو لم يكن الوكيل قد دفعه من ماله إلى البائع لأنه عرضة لأن يطالبه به البائع (المجلة/١٩٤١).

وكذا للبائع احتباس المبيع عن المشتري إلى أن يؤدي إليه الثمن إذا لم يكن مؤجلاً، وإن كان المبيع قد انتقلت ملكيته إلى المشتري بمجرد العقد.

وكذا للأجير المشترك الذي لعمله أثر في العين كالصباغ والخياط، أن يحتبس العين عن المستأجر المالك حتى يؤدي إليه الأجرة، إلى غير ذلك من الفصول الكثيرة^(١).

ففي جميع هذه المسائل وأمثالها قد أقر الفقهاء حق الاحتباس، واعتبروه متعلقاً بمالية العين، وجعلوا لصاحبه امتيازاً على سواه كما في الرهن.

٧/٣ - الحقوق شبه العينية:

ويصادفنا في الفقه الإسلامي نوع آخر من الحقوق فيه شيء من العينية وإن لم يكن فيه معناها كاملاً، وقد سماها الدكتور شفيق شحاتة في رسالته باسم «الحق شبه العيني». وهو كما يعبر الفقهاء: حق الشخص في «أن يملك»^(٢) كحق الشفعة، وحق المجاهدين في الغنيمة بعد إحرازها، وحق المجني عليه في العبد الجاني.

ففي هذه الأحوال أقر الفقهاء لصاحب الحق أن يطالب بالشيء عيناً ولو لم يعتبر ملكاً له بعد، وله أيضاً أن يتبعه في الأيدي التي ينتقل إليها.

والأظهر أن يعتبر أيضاً حق الدائنين في تركة المتوفى المستغرقة بالدين

(١) كحق المستأجر في احتباس المأجور إذا انفسخت الإجارة حتى يسترد ما أسلفه من الأجرة (ر: ف ٣/٣)، وحق الوديع في احتباس الوديعة عن المودع حتى يستوفي ما أنفقه عليها بإذن القاضي، وحق الغاصب في احتباس المغصوب الذي زاد فيه زيادة متصلة من ماله كالصبغ مثلاً، إلى أن يدفع له المالك قيمة الزيادة إذا اختار المالك استرداد المغصوب مع زيادته المحدثه.

(٢) جاء في الدرر أوائل كتاب البيوع (١٤٤/٢) ما نصه: «الحق غير منحصر في الملك، بل حق التملك أيضاً حق».

حقاً شبه عيني يسوغهم حق تتبع مال المدين المتوفى واستخلاصه قضاء من الأيدي التي هو فيها. وليس حقهم هذا عينياً محضاً، لأنه في الأصل حق شخصي متعلق بذمة المدين أثناء حياته، ثم انتقل منذ مرض الموت إلى التعلق بمالية تركته لا بعينها، فللدائنين أن يملكوا التركة عند عدم إيفاء الدين.

والذي يرجح اعتباره شبه عيني لا عينياً هو أن للورثة أن يفتدوا التركة من الغرماء بدفع جميع الدين، فلا يكون عندئذ للغرماء أن يمتنعوا عن الأخذ ويحتفظوا بالتركة، لأن أصل حقهم إنما هو في ماليتها لا في عينها كما أشرنا إليه.

(ر: الدر المختار ورد المحتار في كتاب القضاء ٤/٣٤٠).

الفصل الرابع حقوق الوقفية

١/٤ - الوقف هو حبس عين المال عن التملك لتصرف منافعه إلى جهة

بَرَّة.

فعقد الوقف كما ترى ينشئ في المال الموقوف حقاً عينياً في احتباسه لمصلحة الجهة الموقوف عليها.

وقد عدته المادة/١٠/ من قانون الملكية العقارية السابق لدينا من جملة الحقوق العينية التي عدتها، كما نصت المادة/١٧٦/ منه على أنه لا تعتبر وقفية العقار إلا من تاريخ تسجيل الوقف في السجل العقاري كسائر الحقوق العينية العقارية. ثم جاء القانون المدني فأقر ذلك أيضاً في المادتين/٨٥ و١٠٠٠/ منه.

ويثبت فيه حق التتبع يمارسه متولي الوقف باسم الجهة الموقوف عليها. فللمتولي حق الدعوى شرعاً لاسترداد المال الموقوف من كل يد غاصبة تستولي عليه بلا حق؛ حتى أنه ليستحق العزل بحكم الخيانة إذا قصر في ملاحقة غاصبه أو شاغله بلا حق أمام القضاء.

على أن العقار الموقوف يمكن بيعه استبدالاً بإذن القاضي الشرعي إذا قلت فائدته، وعندئذ تزول وقفية العقار المستبدل به ويحل محله العقار المستبدل.

حقوق القرار على الأوقاف:

يشمل هذا النوع طائفة من الحقوق تعورف انشاؤها على عقارات الأوقات

بطرق معينة في حالات مخصوصة: تارة لحاجة الوقف إليها وتارة لدفع الضرر عن بعض مستأجري عقارات الوقف لو لم يمنحوا حق القرار فيها. وقد تكلم متأخرو الفقهاء في كتبهم وفتاويهم عنها ويدخل في هذا النوع الحقوق التالية:

٢/٤ - حق الحُكر (ويسمى أيضاً: المُقاطعة):

وهو حق قرار مرتب على الأرض الموقوفة بإجارة مديدة تعقد بإذن القاضي يدفع فيها المستحكر لجانب الوقف مبلغاً معجلاً يقارب قيمة الأرض ويرتب مبلغ آخر ضئيل يستوفى سنوياً لجهة الوقف من المستحكر أو ممن ينتقل إليه هذا الحق، على أن يكون للمستحكر حق الغرس والبناء وسائر وجوه الانتفاع.

وحقه هذا قابل للبيع والشراء وينتقل إلى ورثته بالموت إلخ...

والغرض من هذا العقد أن يستفاد من الأرض الموقوفة المعطلة عندما لا يكون الوقف متمكناً من استثمارها.

ولعل الحُكر أقدم ما نعرف من الحقوق العينية المنشأة على الأوقاف. فقد حدثت طريقتة في عهد متقدمي الفقهاء وأقروها^(١). وقد سمي بعد في القوانين العثمانية باسم «المقاطعة» وكذا في قانون الملكية العقارية السابقة لدينا ذي الرقم/٣٣٣٩. وقد حدد في المادة/١٩٥/ منه مبلغ الأجرة السنوية بمقدار نسبي ثابت قدره اثنان ونصف في الألف من قيمة الأرض المقدرة رسمياً لجباية الضرائب العقارية. ثم جاء القانون المدني السوري فأقر هذه النسبة في المادة/١٠١٩/ منه.

(١) نقل في البحر وفي رد المحتار عن الإمام الخصاص جواز وقف البناء وحده إذا كان قائماً على أرض محتكرة. ونقل في رد المحتار مثل ذلك عن فتاوى قارئ الهداية، كما نقل أيضاً تعريف عقد الاستحكار عن فتاوى العلامة خير الدين الرملي بأنه: «عقد إجارة لاستبقاء الأرض مقرر للبناء والغرس»؛ (ر: رد المحتار ٣/ ٣٩٠ - ٣٩١).

وهذا يدل على أن الحكر كان معروفاً ومستمراً منذ عصر الخصاص. والخصاص من عظماء الطبقة الثالثة المجتهدة في المذهب الحنفي وهو أحمد بن عمر المتوفى سنة ٢٦١هـ. وقارئ الهداية هو سراج الدين عمر بن إسحاق الغزنوي المتوفى سنة ٧٧٣هـ والخير الرملي متوفى سنة ١٠٨١هـ (ر: كشف الظنون، والفوائد البهية).

٣/٤ - حق الإيجارتين :

وهو ينشأ بطريقة أحدثتها القوانين العثمانية بعد سنة ١٠٢٠هـ على أثر الحرائق التي شملت أكثر عقارات الأوقاف في القسطنطينية، فعجزت غلاتها عن تجديدها، وتشوه منظر البلدة، فابتكروا طريقة الإيجارتين تشجيعاً على استئجار هذه العقارات لتعميرها اقتباساً من طريقة التحكير في الأراضي.

وهي عقد إجارة مديدة بإذن القاضي الشرعي على عقار الوقف المتوهن الذي يعجز الوقف عن إعادته إلى حالته من العمران السابق، بأجرة معجلة تقارب قيمته تؤخذ لتعميره، وأجرة مؤجلة ضئيلة سنوية يتجدد العقد عليها ودفعها كل سنة. وذلك كمخرج من عدم جواز بيع الوقف ولا إجارته مدة طويلة. ومن هنا سميت بالإيجارتين.

والفرق بينها وبين الحكر أن البناء والشجر في الحكر ملك للمستحكر لأنهما أنشئا بماله الخاص بعد أن دفع إلى جانب الوقف ما يقارب قيمة الأرض المحكرة باسم أجرة معجلة.

أما في عقد الإيجارتين فإن البناء والأرض ملك للوقف، لأن عقدها إنما يرد على عقار مبني متوهن يجدد تعميره بالأجرة المعجلة نفسها التي استحقها الوقف.

وقد حددت المادة/ ١٨٠/ من قانون الملكية العقارية السابق لدينا الأجرة المؤجلة في الإيجارتين بمبلغ ثلاثة في الألف من قيمة العقار المقدرة رسمياً لجباية الضرائب العقارية. ثم جاء القانون المدني السوري فأقر هذه النسبة في المادة/ ١٠٠٤/ منه.

٤/٤ - المُرَصَد :

وهو في الأصل دين يثبت على الوقف لمستأجر عقاره مقابل ما ينفقه بإذن المتولي على تعميره عند عدم وجود غلة في الوقف، ثم يؤجر منه بأجرة مخفضة لما له من دين على الوقف.

وقد اعتبر بعد ذلك لصاحبه حق قرار في عقار الوقف يورث ويتنازل عنه بالفراغ، بأن يأخذ صاحبه دينه من آخر يحل محله في العقار بإذن المتولي.

٥/٤ - حق الكدك:

الكَدِكُ (بفتح فكسر) لفظ تركي الأصل^(١) يطلق على ما هو ثابت في الحوانيت الموقوفة ومتصل بها إتصال قرار ودوام لعلاقته الثابتة بالعمل الذي يمارس في هذا العقار.

وقد جرت العادة أن ينشئ مستأجر عقار الوقف هذا الكدك فيه من ماله لنفسه على حسب حاجته بإذن متولي الوقف.

وقد يسمى الكدك: «سكنى» في الحوانيت الصناعية أو التجارية، كما يسمى: «كرداراً» في الأرض الزراعية:

وقد أقروا ملكية كل من الكدك والكردار للمستأجرين، فيوهب ويورث ويباع، ولكن لا شفعة فيه. وأقروا لهم فيه حق القرار فيحق لمالكه استبقاؤه بأجر المثل عن عقار الوقف خالياً عنه وإن أبى المتولي، إذ لا ضرر على الوقف ما دام المستأجر يدفع للوقف أجر المثل، وذلك كي لا يتضرر صاحب الكدك بقلعه (قانون العدل والإنصاف لقدرى باشا، م/٣٤٧ و٣٤٨).

(١) أصل منشأ الكدك أن من يستأجر حانوت الوقف لأجل التجارة أو الصناعة قد يحتاج إلى بعض تأسيسات تتعلق بصناعته أو تجارته كالرفوف والمصاطب والمواقد، - وهذه تسمى كدكا - فلا بينها له متولي الواقف لأن المستأجر قد يترك العقار في آخر السنة ويأتي غيره من المستأجرين فلا توافقه. لذلك يأذن المتولي للمستأجر أن يؤسسها من ماله. فإذا انقضت مدة الإيجار. وأراد متولي الوقف إخراجه يتضرر المستأجر بما صرف عليها. وبما أن عقار الوقف معد للإيجار بصورة دائمة - بخلاف عقار الملك فإن مالكه قد يحتاج إلى سكناه بنفسه - لذلك أفتى الفقهاء بعدم جواز إخراج المستأجر صاحب الكدك ما دام يدفع للوقف أجر المثل. وفي أصل هذا التدبير نظرة انصاف واقعية. ثم آل الأمر مع الزمن إلى أن أصبح أصحاب الكدكات كغاصبين لتلك الأوقاف كلها بسبب حق القرار المرتب لهم، فيتصرفون في العقار كمالكين، وللوقف أجر سنوي ضئيل رمزي بنسبة اثنين أو ثلاثة في الألف من القيمة لا يستطيع تحصيله!!

ويبقى هذا الحق لأصحاب الكدكات ولو خرجوا من عقار الوقف وأجر غيرهم، فتوزع الأجرة بينهم وبين الوقف بنسبة أجر المثل عن كل من الكدك وأصل العقار. ثم لما كثرت المشكلات في ذلك حددت القوانين نسبة ما يعود من الأجرة السنوية لكل من الجانبين.

٦/٤ - حقوق أخرى عرفت باسم «القميص» و «مَشَدَ الْمَسْكَ»^(١)، و«القيمة».

وقد أقرروا أيضاً لأصحابها حق قرار على عقار الوقف بأجر المثل ترجيحاً على سواهم من المستأجرين.

- فالقميص: حق لمستأجر دار الرحي الموقوفة يخوله البقاء فيها لما له فيها من أدوات الطحن وآلاته ولوازمه.

- ومشد المسكة: حق لمستأجر الأرض الموقوفة في البقاء بسبب ما له فيها من حراثة وسماد، إذ يتضرر لو أخرج منها.

- والقيمة: حق مستأجر البساتين الموقوفة في البقاء فيها كذلك لما له فيها من أصول المزروعات التي تدوم كالصفصفا، أو من عمارة الجدر المحيطة التي أنشأها هو.

ومثلها ما يكون لمستأجر الحمامات الموقوفة من أدوات ولوازم ثابتة؛ وهي نظير الكدك.

هذه هي زمرة حقوق القرار العينية المنشأة على الأوقاف^(٢).

(١) «المشد» بفتحين مع تشديد الدال. و «المسكة» بفتحات، وزان «سمكة» وهو لفظ مشتق من «الشد والتسك» ويتجلى فيه ركابة التعبير الموروثة من العهد التركي.

(٢) إن لهذه الحقوق أحكاماً مفصلة ترى منشورة متفرقة في كتاب الوقف وأوائل البيوع من رد المحتار، وفي كتاب الوقف وباب مشد المسكة من تنقيح الفتاوى الحامدية؛ وفي كتاب «الوقف» للشيخ عبد الجليل عشوب ص/٢٢٩ - ٢٤٩/ وكتاب «الأوقاف» للأستاذ شاكِر الحنبلي ص/١٢٠ - ١٣٥/، وكتاب «إتحاف الأخلاف» للعلامة عمر حلمي رئيس محكمة التمييز العثمانية في مقدمته والباب السادس منه، وقانون العدل والإنصاف لقنري باشا م/٣٢٥ - ٣٦١ و٤٦١ - ٤٧٣/، وفي المواد/ ١٠٠٤ - ١٠٢٧/ من القانون المدني السوري الجديد.

وقد كانت هذه الحقوق أغللاً في أعناق الأوقاف سلبت معظم منافعها بأجور زهيدة، في عهود اختل فيها ميزان الحكم وسلطان القضاء.

وقد منع القانون المدني، وقبله قانون الملكية العقارية لدينا ذو الرقم /٣٣٣٩/، إنشاء شيء من هذه الحقوق العينية من جديد على عقارات الأوقاف سوى المقاطعة، (وهي الحكر)، في الأراضي الموقوفة (ر: قم/١٠١٨ و ١٠١٩).

وإنما سمينا جملة هذه الحقوق باسم مستقل هو: حقوق القرار، لما يصرح به الفقهاء في كثير منها، كالحكر والكدك ومشد المسكة، بأن لصاحبها حق قرار (ر: تنقيح الفتاوى الحامدية ١٩١/٢، ورد المحتار ٤٢٨/٣)، ولأنها لا تدخل في حق الانتفاع لكون هذا الحق مؤقتاً بحياة المستفع بنص القانون كما تقدم، ولا في حق الارتفاق لأن من شرطه أن يكون لعقار على عقار آخر كما سلف بيانه، وهنا في هذه الحقوق لا يوجد عقاران بصفة (خادم ومخدوم) بل عقار واحد موقوف من جانب، وحق قرار لشخص من جانب آخر.

٧/٤ - وفي سنة ١٩٥٢ ميلادية صدر في سورية المرسوم التشريعي ذو الرقم/١١٦/ فحدد الأجور السنوية المؤجلة التي يستحقها جانب الوقف عن عقاره المثقل بأحد حقوق القرار العينية هذه بما لا يختلف كثيراً عن المقادير المقررة بالقوانين السابقة التي بينهاها، ولكنه جعل هذه المقادير حداً أدنى لا يجوز النزول عنه وتمكن زيادته.

هذا، وأخيراً بعد قيام الوحدة بين سورية ومصر صدر القانون ذو الرقم/١٦٣/ المؤرخ في ١٣ من ربيع الأول ١٣٧٨ هـ ٢٧ من أيلول ١٩٥٨م والمعدل بالقانون ذي الرقم/١٨٩/ لسنة ١٩٦٠م فأوجب تصفية هذه الحقوق العينية جميعها نهائياً بين جانب الوقف وصاحب حق القرار - أو حق التصرف - من أي نوع كان بصورة إلزامية على أساس الاستبدال بملكية الوقف مقداراً محدداً بنسبة مئوية من قيمة كامل العقار الوقفي المثقل بأحد هذه الحقوق بما فيه من بناء أو شجر. فيأخذ الوقف هذا المقدار المحدد من قيمة العقار التي تقدر بمعرفة خبراء رسم القانون طريقة اختيارهم، ويصبح العقار ملكاً حراً لصاحب حق القرار تنقطع منه كل علاقة للوقف. فإذا لم يتقدم صاحب حق

القرار بطلب هذا الاستبدال خلال عشرة أيام من تبليغه قامت دائرة الأوقاف التابع لها العقار بإجراء معاملة الاستبدال المذكور.

وقد حدد هذا القانون لجانب الوقف في كل نوع من هذه الحقوق نسبة من قيمة العقار تختلف عنها في النوع الآخر بحسب قوة كل من حق الوقف وحق القرار.

وقد نص القانون المذكور في المادة/ ٢١/ منه على منع إنشاء أي حق عيني على عقار موقوف بعد هذا القانون وذلك تحت طائلة البطلان.

وبذلك أنهيت أعظم مشكلة كانت مستعصية بين هذه العقارات الوقفية وبين أصحاب هذه الحقوق التي ابتلعت الأوقاف وطغت عليها^(١).

وفي هذا التخالص مصلحة للأوقاف وإن كانت لم تأخذ فيه إلا جزءاً ضئيلاً من أصل حقها.

(١) حدد القانون المذكور حق الوقف من قيمة كامل العقار بالمقادير التالية، بحسب نوع حق القرار المربوط به:

- ١٣,٥ في المائة من قيمة العقار المربوط بالمرصد.
- ١٢,٥ في المائة من قيمة العقار المربوط بالإجارتين.
- ١٥ في المائة من قيمة العقار المربوط بالقيمة.
- ٨ في المائة من قيمة العقار المربوط بالحكر أو المقاطعة.
- ١٢ في المائة من قيمة العقار المربوط بالكدك.
- ١٢,٥ في المائة من قيمة العقار المربوط بالكدك والمرصد معاً، أو بالمرصد والقميص معاً.

- ١٤ في المائة من قيمة العقار المربوط بالكردار.
- ٣٠ في المائة من قيمة العقار المربوط بمشد المسكة في الأرض السليخ.
- ٥٥ في المائة من قيمة العقار المربوط بمشد المسكة في الأراضي المشجرة.