

البَابُ الثَّلَاثُ
فِي هَلْ وَهَلْ

obeikandi.com

الفصل الثاني عشر حقيقة المال بالنظر إلى الفقهي والقانوني

أولاً: المال بالنظر الفقهي

تعريف المال ونقده - عناصر المالية -
التعريف الصحيح - نتيجة اعتبار المال.

١/١٢ - تعريف المال:

عرف فقهاؤنا المال بأنه:

«ما يميل إليه طبع الإنسان، ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة» (رد المحتار أوائل البيوع).

ومنهم من عرفه بأنه:

«ما يميل إليه الطبع، ويجري فيه البذل والمنع» (الدر المختار، والدرر شرح الغرر أوائل البيع الفاسد).

وقد جرت المجلة في المادة /١٢٦/ على التعريف الأول.

والتقييد بإمكان الادخار هو لإخراج المنفعة لأنها عند فقهاء الحنفية من قبيل الملك لا المال كما سيأتي.

وقد فرقوا بين المال والملك، أي الشيء المملوك، تفريقاً يستند إلى:

- أن الملك هو ما من شأنه أن يتصرف فيه بوجه الاختصاص فيشمل

المنفعة.

- والمال هو ما من شأنه أن يدخر للانتفاع وقت الحاجة. (التلويح بحث القضاء والأداء).

٢/١٢ - نقد هذه التعاريف:

وفي رأينا أن كلا التعريفين للمال غير قويم لأسباب نذكر منها ما يلي:

١ - إن طباع الناس تختلف في ميلها وتتناقض، فلا تصلح أن تكون أساساً ومقياساً لتمييز المال من غير المال. وإذا قيل إن المراد هو الطبع السليم العام، فإن هذا ليس له حد أيضاً.

٢ - إن من المال أنواعاً لا يمكن ادخارها كالخضروات والثمار الطازجة، مع أنها أموال هامة بين الناس، كما أن من الأموال ما ليس يميل إليه الطبع بل يعافه كالأدوية الكريهة، وهي أموال ثمينة لا يشملها التعريف، إلا أن يراد بالميل ميل الإرادة لا الطبع حتى يشمل الحرص والتقدير لفائدة ما.

وعلى كل نرى أن لفظ «الميل» إنما يصلح أن يذكر في مقام بيان الاشتقاق اللغوي للفظ المال لا لبيان مفهوم فقهي مضبوط.

٣ - إن المباحات الطبيعية جميعاً قبل إحرازها قد عدوها أموالاً في ذاتها كالسمك في الماء، والطير في الهواء، والوحش في البراري، والشجر في الغابات إلخ... وعدم ملكيتها لا ينافي ماليتها.

ومن هذه المباحات ما لا يمكن إدخاره إلى وقت الحاجة لعدم القدرة عليه قبل الإحراز، كالصيد بأنواعه، ولا يجري فيه أيضاً البذل والمنع لأنهما إنما يكونان بعد الإحراز والملك.

٤ - إن الثمار المأكولة في بدء انعقادها على الشجر قبل صلاحها ونضجها لا يميل الطبع إليها وهي في هذا الطور، ولا يمكن ادخارها إلى وقت الحاجة لأنها لا يحتاج إليها بهذه الصفة، ولو قطعت وادخرت كانت عديمة الفائدة. فلا يشملها التعريف المذكور مع أنها أموال يتغالى بقيمتها في هذه الحال باعتبار المآل ويصح بيعها (م/٢٠٦).

فهذه التعاريف غامضة غير واضحة، ولا جامعة.

٣/١٢ - والتعريف الصحيح يمكن أن يستنبط من مجموع ما ذكره الفقهاء عن المال وخصائصه في مختلف المناسبات. فقد قالوا:

١ - إن المال اسم لغير الآدمي، مما خلق لمصالح الآدمي وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار (البحر الرائق عن الحاوي القدسي).

٢ - إن المالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم (رد المحتار من أوائل البيوع).

٣ - ما ليس يعد مالاً بين الناس فبيعه باطل (المجلة/٢١٠).

٤ - إن المال، كما صرح به أهل الأصول، «هو ما يتمول، أي يدخر للحاجة، وهو خاص بالأعيان، فخرج به تملك المنافع»^(١) (رد المحتار في أول كتاب الزكاة عند تعريفها).

٥ - إن ما لا يتموله الناس لا يكون مالاً وإن كان مباحاً، كالحبة الواحدة من القمح (رد المحتار أيضاً).

٦ - إن المال يجب أن يكون ذا وجود خارجي، فلا يشمل المنافع لعدم إمكان ذلك فيها (رد المحتار مع بعض إيضاح، أول البيع الفاسد).

فمن هذه النصوص الفقهية يتبين أن فقهاء المذهب الحنفي يوجبون في المال أن يكون شيئاً مادياً.

(١) على أن الفقهاء قد يفسرون المال بما يشمل المنفعة في بعض المواطن، فقد جاء في بيان شرائط الموصى به من «البدائع» ٣٥٢/٧ ما نصه: «منها أن يكون مالاً... وأن يكون مالاً متقوماً... سواء أكان المال عيناً أو منفعة عند العلماء كافة».

وقال أيضاً في أول فصل بيان حكم الوصية ص ٣٨٥ ما نصه:

«أما الوصية بالمال فحكمها ثبوت الملك في المال الموصى به للموصى له، والمال قد يكون عيناً وقد يكون منفعة».

ومرجع هذا في الحقيقة إلى ما صرح به في البدائع في بحث الموصى به:

«إن الوصية بإيجاب الملك، ومحل الملك هو المال» فيطلقون المال في الوصية على ما يشمل المنافع.

فكما يخرجون المنافع من معنى المالية، يخرجون أيضاً الحقوق المحضنة كحق التعلي، وحق الأخذ بالشفعة، وحق المرور، والشرب، والمسيل.

حتى إنهم لا يعتبرون الديون في الذمم أموالاً لأنها ما دامت في الذمم فهي أوصاف شاغلة لها، ولا يتصور قبضها حقيقة وإنما يقبض ما يعادلها. فإذا وفيت الديون كان المقبوض مالاً لصاحبه، ولذا لا يوجبون الزكاة في الديون قبل قبضها.

وإذا حلف إنسان أنه لا مال له، ولم يكن له إلا ديون، لا يعتبر حائثاً في يمينه سواء أكان مدينه مفلساً أو غنياً مليئاً (ر: الدر المختار كتاب الأيمان ١٣٨/٣).

٤/١٢ - عناصر المالية:

يستخلص مما تقدم أن المالية في نظر الفقهاء الحنفية تركز على أساسين، وتقوم بعنصرين هما: العينية، والعرف.

- والعينية يراد بها أن يكون المال شيئاً مادياً ذا وجود خارجي.

- والعرف أن يعتاد الناس كلهم أو بعضهم تموله وصيانته بحيث يجري فيه بذل ومنع، فما لا يجري فيه ذلك بين الناس لا يعتبر مالاً ولو كان عيناً مادية، كالإنسان الحر، وحبّة القمح، وكسرة الخبز، وحفنة التراب، والجيفة.

وكذلك ما يعتاد الناس تموله وصيانته، ويجري فيه البذل والمنع لكنه ليس عيناً مادية، فإنه لا يعتبر في نظرهم مالاً، بل قد يكون ملكاً أو حقاً، كالمنافع، والحقوق المحضنة، والديون.

وغني عن البيان أن عنصر العرف يستلزم القيمة، إذ لا يعتاد الناس هذا الاعتبار والصيانة في شيء بحيث يحمي تارة ويبذل أخرى إلا لمنفعة^(١) مادية

(١) في فصل المعقود عليه من كتاب البيوع من البدائع (١٤٣/٥) في صدد مناقشة الاجتهاد

الشافعي بعدم تجويزه بيع سباع الحيوان كالكلب والفهد والأسد، ما نصه:

«ولنا - أي دليلنا - أن الكلب مال فكان محلاً للبيع كالصقر والبازي. والدليل على أنه =

أو معنوية يقدرونها فيه، فتتوجه إليه الرغبات. وإن الرغبات يبذل في سبيل تحقيقها وتحصيلها أعواض مادية، وهذه هي القيمة المادية بالمعنى الاقتصادي العام.

٥/١٢ - التعريف الصحيح للمال:

فما تقدم نستطيع أن نعرف المال في نظر فقهاء المذهب الحنفي^(١) بالتعريف التالي:

المال هو كل عين ذات قيمة مادية بين الناس.

- فبالعين خرجت المنافع والحقوق المحضة، مما عدوه ملكاً لا مالاً.

- وبالقيمة المادية خرجت الأعيان التي لا قيمة لها بين الناس مما تقدم

بيانه، كحبة القمح، والجيفة إلخ...

على أن حبة القمح أو الرز وأمثالها إنما لا تعتبر مالاً في حالتها الطبيعية، أما إذا دخلتها صنعة مثلاً، كما يكتبه مهرة الخطاطين على حبة قمح أو رز من أبيات شعر أو حكم أو آيات قرآنية تجعل لها قيمة فنية أو دينية، فإنها عندئذ قد تصبح من أنفس الأموال، وكمثل بعض الآثار التي قد يحرص الناس على اقتنائها للذكرى مما ليس له قيمة في ذاته، ولكنه أصبح ذا قيمة بنسبته، كفضلة قلم أحد العلماء المشاهير، أو توقيع، أو مسودة بخط أحد العظماء، ونحو ذلك مما يدخل في زمرة الآثار.

وقد أطلنا بعض الشيء في تحقيق هذا الموضوع لأنه يكاد يكون مهملاً

= مال أنه منتفع به حقيقة، مباح الانتفاع به شرعاً - بالحراسة والاصطياد - على الإطلاق، فكان مالاً إلخ...

فقد اعتبر كونه ذا منفعة حقيقية ومشروعة دليل المالية.

ولكن سنرى أن مشروعية الانتفاع ليست شرطاً لتحقيق أصل المالية، بل هي شرط لكون المال متقوماً، وهذا تقوم من شرائط انعقاد البيع.

(١) أما عند غير الحنفية كالشافعية مثلاً فإن المالية أوسع نطاقاً، إذ أنها تشمل المنافع، كما سنرى في الفصل العشرين المخصص لبحث العين والمنفعة.

في كتب الفقه، والمذكور فيها وفي المجلة عن مفهوم المال مقتضب مشتت وغير محكم.

٦/١٢ - النتيجة العملية لاعتبار المالية وعدمها:

ولتمييز المال عن غير المال نتائج عملية ذات بال في أحكام الفقه المدنية.

أ - فما ليس مالاً ولا ملكاً، كالهواء والجيفة والإنسان الحر، لا تعتبر فيه ملكية ولا تنعقد عليه العقود أصلاً من معاوضة أو تملك، كالبيع والإجارة والهبة (المجلة/٢١٠).

ب - وأما ما لا يعتبر مالاً لكنه يعتبر ملكاً، فالمنافع، والحقوق، فإن النظرية الفقهية فيه تختلف في كل موضوع عن الآخر بحسب ما يلحظ من القابليات فيه:

فالمنافع مطلقاً، سواء أكانت منافع إنسان أو حيوان أو أشياء، تقبل عقود تملك المنافع بعوض أو بغير عوض، كالإجارة والإعارة والوصية بالمنفعة.

وأما الحقوق المحضة، كحق المدعي في تحليف خصمه اليمين فإنها لا تكون محلاً صالحاً للتعاقد بها أو عليها في العقود التي يجب أن يكون محلها مالاً، أو منفعة كالبيع والقسمة والإجارة مثلاً، لأن البيع موضوعه مبادلة مال بمال، والقسمة موضوعها إفراز الحصص الشائعة ومبادلة بعضها ببعض. فعقد البيع يجب أن يكون محله مالاً، وليس حقاً مجرداً. وكذا القسمة والإجارة يجب أن يكون محلها مالاً أو منفعة.

وهذه الحقوق المجردة يجوز أن يقع عليها عقد الصلح إذا كانت هي محل النزاع المصالح عنه، ولا يجوز أن تكون هي بدل الصلح لأن البدل الذي يدفع في عقد الصلح لحسم النزاع يجب أن يكون مالاً. أما الحق المصالح عنه فلا يجب أن يكون مالاً، لأن كل ما يمكن فيه النزاع والخصومة يمكن أن يكون محلاً صالحاً عنه، إذ الغاية التي شرع طريق الصلح العقدي لأجلها إنما هي حسم النزاع، وهذه الحقوق المجردة يجري فيها النزاع.

لذلك جاز الصلح عن طلب اليمين على بدل مالي يدفعه المدعى عليه إلى المدعي لقاء الخلاص من الحلف (م/١٥٥٥).

على أنهم قد استثنوا بعض الحقوق اعتبروها غير قابلة للاعتياض عنها، كحق الشفعة وحق المكفول له في الكفالة بالنفس لا بالمال، فلا يصح الصلح عنها على بدل؛ ولو صولح عنها سقط الحق ولم يستحق البديل (ر: الدر المختار أيضاً)؛ فقد لاحظوا أن الشفعة نوع سلطة شرعت لتنظيم الملكية العقارية ودفع سوء الجوار؛ وهذا لا يحصل إلا باستعمال الحق نفسه، ولم تشرع الشفعة للاسترباح والاستغلال، فليس لصاحب الحق إلا استعماله أو تركه.

على أن حق طلب اليمين يقبل الاعتياض، كما تقدم، ولو كان في دعوى شفعة (المجلة/١٥٥٥).

ثانياً: المال بالنظر القانوني

٧/١٢ - إن النظرة القانونية الحديثة إلى المال ومفهومه تختلف عن نظرة المجلة من زاوية المذهب الحنفي التي أوضحناها آنفاً.

فالقانون يتجه إلى اعتبار كل ما يتعارف الناس تداوله والاعتياض عنه داخلاً في معنى المال، وتنعقد عليه العقود المختلفة.

هذا ما وردت عليه المادة/٦٤ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية السابق لدينا، فقد قالت الفقرة الثانية من نصها المعدل:

«إن كل ما كان مالاً متقوماً يجوز أن يكون معقوداً عليه، فالأعيان والمنافع والحقوق مما كان تداوله متعارفاً على الإطلاق هي في حكم المال المتقوم».

وهذا هو أيضاً مقتضى نصوص القانون المدني الجديد، فإن نظرتة في المالية والتقوم تتفق مع مدلول المادة/٦٤ من أصول المحاكمات التي كانت هي النافذة لدينا في سورية.

وهذا النظر القانوني قد اتفق مع المذهب الحنفي من الفقه الإسلامي في عنصر العرف من عنصر المال، واختلف معه في عنصر العينية فلم يشترطه.

وعليه قد أصبح مما يدخل في زمرة الأموال جميع الحقوق المجردة، كحق الامتياز، وحق استعمال عناوين المحلات التجارية، وحقوق الابتكار (الملكية الصناعية والأدبية للمخترعين والمؤلفين) فكل ذلك ونحوه أصبح بالقانون في حكم الأموال يقبل عقود المعاوضات بيعاً وشراءً وغيرهما. والداعي إلى ذلك تطور الحاجة الزمنية والأساليب الاقتصادية.

١٢/٨ - وقد جاء في القانون المدني العراقي تعريف المال بأنه: «المال هو كل حق له قيمة مادية».

وهذا التعريف قد قلب الموضوع رأساً على عقب، فجعل عاليه سافله، فإنه قد قصر مفهوم المال على الحقوق فأخرج بذلك الأعيان من حيز الأموال نظراً إلى أن الأعيان إنما مالتها باعتبار ما فيها من حقوق لأصحابها فتدخل في زمرة الحقوق.

ولكن هذا تكلف، فإن الأعيان أموال في ذاتها وإن لم تقع تحت الملكيات الفردية والحقوق الخاصة، فيرد على هذا التأويل الأعيان التي هي من المباحات غير المحرزة، كصيد البر والبحر والجو، وكالشجر والحطب والعشب المباح إلخ... فإنها أعيان مالية لم تدخل في ملك شخص ولم تقع تحت حق أحد، فتبقى خارجة عن معنى المال، بمقتضى نص القانون المدني العراقي، بينما يشملها صنيع المادة /٦٤/ من قانون الأصول الحقوقية السابق لدينا فهي أحكم دلالة وشمولاً.

وقد كان المناسب في مشروع القانون العراقي أن يقال في تعريف المال: «هو كل عين أو حق ذي قيمة مادية» فتجتمع فيه عندئذ ميزة حسن الدلالة والشمول إلى جانب الاختصار.

ثالثاً: تقسيم المال ونتائجه الفقهية

٩/١٢ - تمهيد للفصول ١٣ - ٢٣ التالية:

المال بمعناه العام الذي رأيناه ينقسم في نظر الفقه الإسلامي باعتبارات مختلفة، إلى أقسام عديدة يفترق بعضها عن بعض في أوصافها وطبيعتها، وقابلياتها، وتختلف تبعاً لذلك الأحكام المدنية التي تتعلق بها.

والنظر الفقهي في تقسيم المال بهذا الاعتبار ينتهي بالباحث إلى عشرة أنواع أساسية:

الأول: المال المتقوم وغير المتقوم.

الثاني: المال المثلي والقيمي.

الثالث: المال الاستهلاكي والاستعمالي.

الرابع: المال المنقول وغير المنقول.

الخامس: العين والدين.

السادس: العين والمنفعة.

السابع: المال المملوك والمباح والمحجور.

الثامن: المال القابل للقسمة وغير القابل.

التاسع: الأصول والثمرات.

العاشر: المال الخاص والعام.

وستولى في الفصول التالية بيان كل نوع، وخصائصه وما يترتب عليها من أحكام.

obeikandi.com

الفصل الثالث عشر في المال المتقوم وغير المتقوم

معنى التقوم وعدمه شرعاً - ونتائجه
- معناه قانوناً.

١/١٣ - ينقسم المال أولاً في الفقه الإسلامي إلى قسمين: مال متقوم،
ومال غير متقوم.

والمتقوم في هذا المقام ليس معناه ما له قيمة بين الناس، بل معناه في
اصطلاح الفقهاء: ما يباح الانتفاع به شرعاً. وغير المتقوم ما لا يباح الانتفاع
به شرعاً (المجلة/١٢٧ والدرر، والدر المختار في البيع الفاسد) كالخمر
والخنزير، وكالحيوان المأكول إذا خنق خنقاً أو وَقِدَ وَقْدًا^(١) دون أن يذبح
بالطريقة المشروعة، فكل ذلك مال غير متقوم بالنسبة إلى المسلم، بحيث لو
كان مالكة مسلماً فأتلفه أحد لا يكون مضموناً على متلفه.

وعدم التقوم لا ينافي الملكية فقد تثبت الملكية للمسلم على مال غير
متقوم، كما لو تخمر العصير عنده، أو أسلم وعنده خمر أو خنزير، أو ورثهما
منه وارثه، أو اصطاد الخنزير. ذلك لأن الملكية تثبت على المال، والمالية
ثابتة في غير المتقوم.

ولكن عدم التقوم ينافي ورود العقود من المسلم على المال غير المتقوم.
فسبيل الخمر مثلاً إذا ملكها المسلم أن يريقها أو يخللها، وسبيل الخنزير أن يسببه
(ر: رد المحتار في البيع الفاسد ٤/١٢٠، والدرر أول البيع الفاسد ٢/١٧٤).

(١) الوَقْدُ ضرب الحيوان بشيء ثقيل على رأسه حتى يسترخي ويموت (المصباح).

هذا ولا تلازم بين التقويم بهذا المعنى وبين المالية، فقد يكون الشيء متقوماً أي مباح الانتفاع، ولا يكون مالاً لفقدان أحد عناصر المالية المتقدمة. وذلك كالحبة من القمح، والكسرة الصغيرة من فتات الخبز، والتراب المبتدل. (ر: الدرر أول البيع الفاسد).

وقد يراد أحياناً بالمتقوم معنى المال المحرز: فالسلك في البحر مثلاً غير متقوم بهذا المعنى؛ فإذا أصطيد صار متقوماً بالإحراز (المجلة/١٢٧).

وقد يستعملون «المتقوم» بمعنى «ذي القيمة» نظير الاصطلاح القانوني تماماً كقولهم: «إن المنافع ليست متقومة في ذاتها عندنا، وإنما تقوم بعقد الإجارة للحاجة (ر: الهداية، فصل من غضب عيناً فغيبها).

وأما «المقوم» (بصيغة المفعول من التقويم) فمعناه ذو القيمة قولاً واحداً. ففرق في الاستعمال بين تقوم المال وتقويمه.

والأصل في الأموال جميعاً أن تكون متقومة، أي مباحة الانتفاع ومحللاً صالحاً للعقود. فقد قرر علماء الشريعة قاعدة «أن الأصل في الأشياء الإباحة»، وإنما التحريم حالة استثنائية تتوقف على ورود النص.

وأساس ذلك قوله تعالى: ﴿خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾... الآية (البقرة ٢/٢٩) فأصبحت الحرمة استثنائية محتاجة إلى نص أو دليل خاص.

وقد وردت نصوص متتالية في الكتاب والسنة ببيان المحرمات من الأشياء كقوله تعالى:

﴿قُلْ لَا أُحَدِّثُ فِي مَّا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾... الآية (الأنعام ١٤٥/٦).

وقوله: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَمِ﴾... الآية (المائدة ٣/٥).

١٣/٢ - ثمرة اعتبار التقوم وعدمه:

اتضح من خلال البحث أن لاعتبار التقوم وعدمه في المال نتائج هامة في العقود وغيرها:

أ - ففي جميع العقود التي ترد على المال، كالبيع والهبة والإجارة والإعارة والرهن والوصية والشركة إلخ. . يشترط لانعقاد العقد أن يكون المال متقوماً؛ فإن لم يكن متقوماً بطل العقد.

على أنهم في البيع قد فرقوا بين كون المال غير المتقوم مبيعاً أو ثمناً:

- ١ - فإذا كان مبيعاً، كما لو باع المسلم خمراً، فالبيع باطل.
- ٢ - وإذا وقع ثمناً، كما لو باع شيئاً بمقدار من الخمر، فالبيع منعقد لكنه فاسد.

والعلة في ذلك عندهم هي أن المقصود بالذات في عقد البيع هو المبيع، فتقومه شريطة انعقاد. أما الثمن فهو وسيلة لا يقصد لذاته، فتقومه شريطة صحة لا انعقاد (ر: رد المحتار، البيع الفاسد).

ب - وفي الإتلاف إذا أتلف الإنسان مالا غير متقوم كالخمر والخنزير لمالكة المسلم لا يضمنه، لأنه لا يباح الانتفاع به شرعاً فلا قيمة له.

أما بالنسبة إلى غير المسلم من الذميين الذين يدينون بإباحته فهو من أموالهم المحترمة في نظر الشرع. فلو أتلف المسلم أو غيره خمر النصراني أو خنزيره أو غنمته الموقوذة أو المنخقة كان ضامناً.

وكذلك تنعقد عليه عقودهم وتصح دون عقود المسلم.

١٣/٣ - التقوم بالنظر القانوني:

رأينا في الفقرة /٧٥/ أن المادة /٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية السابق لدينا، ثم نصوص القانون المدني بعدها قد اعتبرت أن كل مال «متقوم» هو قابل لأن يكون معقوداً عليه، وأن كل ما كان تداوله متعارفاً من أعيان أو منافع أو حقوق هو في حكم المال «المتقوم».

فما المراد بالمتقوم في هذه المادة؟

لا شك أنه ليس المراد بها منه المعنى الشرعي وهو ما يباح الانتفاع به شرعاً، وإنما المراد بالمتقوم فيها: ما كان ذا قيمة بين الناس. لأن هذه المادة قد جاءت لتوسع في معنى المال وشموله، وتجعل مفهومه مدنياً بحثاً لا علاقة فيه للحل والحرمه.

فالفخمر والخنزير بمقتضى هذه المادة قد اعتبرا أموالاً متقومة تصح العقود عليها بين المسلمين وغير المسلمين.

وقد أطلقت هذه المادة الأعيان واعتبرتها بمجرد التعارف على تداولها مالاً متقوماً، فشملت الأعيان المحرمة والمحللة شرعاً.

ولا يعقل أن يكون واضعها قد أرادوا اعتبار التداول من أسباب حل الانتفاع شرعاً، إذ ليس غرضهم التحليل والتحریم، وليس لفكرة الحلال والحرام موضع ولا متسع في القانون الوضعي، وإنما امتاز بهذه الفكرة الدينية الفقه الإسلامي الذي جعل منها رقيباً روحياً مهيمناً يرافق الأحكام المدنية، ويمنع بقدر الإمكان طغيان الظاهر على الواقع، فأسس حكم الديانة وحكم القضاء كما أوضحناه في مقدمة الجزء الأول.

فواضعو المادة/٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية إنما أرادوا اعتبار التداول من أسباب انعقاد العقد وصحته مدنياً.

فالتقوم في كلامهم إنما هو التقوم بالمعنى المدني، وهو كون الشيء ذا قيمة، وليس بالمعنى الشرعي.

١٣/٤ - عدم التقوم قانوناً:

وهنا محل للتساؤل: هل فكرة عدم التقوم معدومة في القانون، أو هي موجودة فيه أيضاً ولكنها فيه تقع على نوع آخر من الأموال؟

لا شك أن فكرة عدم التقوم موجودة في القانون أيضاً وإن لم تسم هذه التسمية، ولا يعقل أن يخلو عنها التشريع الوضعي ما دام يمنع تداول بعض الأشياء الضارة ويهدر احترامها، وهو المعنى الذي تستند إليه فكرة عدم التقوم شرعاً، وإن اختلف النظر القانوني عن الشرعي في نوعية المال غير المتقوم لا في أصل الفكرة.

فغير المتقوم في نظر القانون هو المال الذي يمنع القانون اقتناءه وتداوله، كالحشيش والأفيون وغيرهما من المخدرات الممنوعة، وكالمواد الحربية المتفجرة.

فإن كل ذلك ممنوع على العامة إلا في حالات استثنائية لأغراض مشروعة كالتطبيب، ولأناس مخصوصين.

يقول الأستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة:

«وتقسيم المال في الشريعة إلى متقوم وغير متقوم له نظير في القانون، لأن من الأموال ما يحرم قانون العقوبات اقتناءها وإحرازها، ويعد إحرازها جريمة إلا في أحوال استثنائية، وهي المواد المحرم تناولها، وكل من استولى عليها في غير أحوالها الاستثنائية بأي طريق من طرق الاستيلاء لا تحترم يده، ومن أتلفها في هذه الحال لا عقوبة عليه؛ فهي مهكرة المالية لمن وضع يده عليها بغير مسوغ من القانون.

فهذا النوع من الأموال نعتبره نظير المال غير المتقوم في الشريعة مقارباً له في المعنى، لأن قانون العقوبات لم يحترم ملكيتها في هذه الحال، فكأنه سلبها قيمتها من محرزها.

ولا يكتفي القانون في سبيل التحريم بإهدار ماليتها ممن ملكها، بل يجعلها سبباً في العقاب الأليم ينزل به، والغرم المالي يهظه.

ومهما يكن من فوارق في الاعتبار بين نظر الشريعة للأموال المحرمة فيها

ونظر القانون لها فلا شك أنه يسوغ لنا أن نصف المواد المحرمة بأنها مال غير متقوم في يد من يستولي عليها من غير مسوغ قانوني للاستيلاء» اهـ.
(نظرية الملكية والعقد في الشريعة الإسلامية للأستاذ المشار إليه، ف/٤).

الفصل الرابع عشر

في المال المثلي والقيمي

النظرية الفقهية في قيمة الأموال
ومثلتها - حصر الأموال المثلية - انقلاب
المثلي إلى قيمي وبالعكس - نتائج التمييز
بين القيمي والمثلي - مزايا النقيدين - نظرية
عدم تعيين النقود في العقود.

١/١٤ - وينقسم المال من جهة ثانية عند الفقهاء إلى قسمين أساسيين،
وهما: المال المثلي، والمال القيمي.

أ - فالمثلي: هو ما تماثلت آحاده أو أجزاؤه بحيث يمكن أن يقوم
بعضها مقام بعض دون فرق يعتد به.

ب - والقيمي: ما تفاوتت أفراده فلا يقوم بعضه مقام بعض بلا فرق.

وقد عرفت المجلة المثلي بأنه «ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت.
والقيمي ما لا يوجد له مثل في السوق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به
في القيمة» (م ١٤٥م ١٤٦).

وقد عدت المادة /١١١٩/ منها أنواع الأموال المثلية، فحصرتها في
أربعة أنواع: المكيلات، والموزونات، والعدييات المتقاربة، وبعض أنواع
الذريعات، وميزت بعض التمييز بينها وبين الأموال القيمية.

٢/١٤ - إيضاح النظرية الفقهية في قيمة الأموال ومثلتها:

- والمال تارة يكون النوع أو الصنف منه تتفاوت آحاده بحيث يكون لكل

فرد منها اعتبار خاص وقيمة له تختلف عما للفرد الآخر، وذلك كأفراد الحيوان ولو من نوع واحد، وكالطنافس، والأراضي، والشجر، والدور، والحوانيت إلخ...

- وتارة لا تتفاوت آحاده ولا أجزاءه، بحيث إن كل كمية منه إذا ساوت سواها قدرأ في الصنف الواحد المتميز المعين تساوت أيضاً قيمة، بحيث لا يكون هناك بين الكميات من فرق في القيمة يعتد به عادة إلا من حيث تفاوت مقاديرها. وذلك كالسمن والزيت والقمح والشعير والملح والتمر والزبيب والجوز واللوز والحطب والدرهم والدنانير والمعادن بجميع أنواعها والفواكه والورق، ونحو ذلك إذا كان كل هذا من صنف واحد وصفة متماثلة.

فإن كل واحد من هذه الأصناف وأشباهاها يعد بين الناس بعض أجزاءه مساوياً في القيمة للبعض الآخر إذا تعادلت الكميتان، ويقوم بعضه مقام بعض في التداول والوفاء.

بخلاف القسم الأول، فإن القطعة من الأرض لا تتساوى حتماً مع القطعة المجاورة لها وإن كانت مساحتها متساويتين.

وكذا الرأس الواحد من الغنم أو البقر أو الخيل لا يتساوى مع الآخر في القيمة لما بينهما من تفاوت في وجوه وأوصاف شتى.

وهكذا الدور والحوانيت والطنافس والمصوغات من الحلي والجواهر والمفروشات الأثائية التي يسمونها اليوم (الموبيليا)، فكل فرد منها له قيمة خاصة بحسب مادته أو صفته أو طبيعته أو صنعته أو حجمه أو سعته إلخ... أو بحسب مجموع ما فيه من مميزات تختلف عما في سواه.

أ - فالقسم الأول الذي تتفاوت آحاده أو أجزاءه يسمى: «قيماً» - بكسر القاف وسكون الياء - نسبة إلى القيمة التي يتفاوت بها كل فرد عن سواه.

ب - والقسم الثاني الذي تتماثل آحاده أو أجزاءه يسمى: «مثلياً» نسبة إلى المثل، لأن كل نوع منه بعضه مثل بعض.

وعلاوة على هذا الاعتبار الذاتي في المال المثلي يشترط شرط آخر خارجي فيه هو أن يكون المثلي موجوداً بالفعل أمثال له تحت التداول في الأسواق.

فلو كان أو أصبح نادراً أو مفقوداً اعتبر قيمياً ولو كانت آحاده لا تتفاوت كـبعض النقود المسكوكة أو المصنوعات القديمة.

وإلى هذا يشير تعريف المجلة الآنف الذكر، فإن هذه الأموال بانقطاع أمثالها لم يبق من الممكن أن يحل بعض أفرادها محل بعض بلا تفاوت، وأصبح لها اعتبار خاص في قيمتها ينقلها إلى زمرة القيميات.

١٤/٣ - انقلاب المال المثلي إلى قيمي، وبالعكس:

ينتج مما تقدم أن المال المثلي قد يصبح قيمياً، والقيمي قد يصبح مثلياً. فإن وجود المال المتمائل بكثرة في الأسواق أمر غير ثابت فبتبدل الحال في المال المثلي من وجود إلى انقطاع، ومن انقطاع إلى وجود ينقلب اعتباره من مثلي إلى قيمي، وبالعكس.

وقد تعرض عوارض أخرى غير الانقطاع من الأسواق تنقل المال من المثلية إلى القيمية^(١). فمن ذلك الحالات الآتية:

١ - إذا اختلط مالان مثليان من جنسين مختلفين بصورة لا تقبل التمييز كان الحاصل المختلط قيمياً.

وذلك لأنه لم يبق له مماثل في حاله الحاضرة، إذ يختلف محصول كل مختلطين باختلاف نسبة الأجزاء فيكون له تقويم خاص: (ر: م/١١١٩).

٢ - كل مال مثلي أحاط به خطر وأسفى على التلف يصبح أثناء خطره قيمياً.

(١) في كتاب الفصب من رد المحتار ١٢٧/٥ طبعة الميمنية: «أن المثلي يخرج عن المثلية لمعنى خارج».

وذلك كالأموال التي أحاط بها الحريق، أو المشحونة في سفينة جنحت إلى الغرق، ونحو ذلك (الدر المختار أوائل الغصب).

وهذا لأن هذه الأموال في هذه الحال لم تبقى مماثلة لأمثالها السليمة من الأخطار، بل أصبحت لها قيمة خاصة يؤخذ فيها أمر الخطر بعين الاعتبار. فهي مثلاً إنما تشتري وهي في هذه الحال بما يتناسب مع درجة الأمل بنجاتها^(١).

٣ - كل مال مثلي تعيب أو استعمل بحالة تجعل له قيمة خاصة تختلف عن قيمة أمثاله قبل التعيب أو الاستعمال يصير قيمياً.

وعن هذا كانت الكتب المطبوعة مثلية وهي جديدة، فإذا استعملت أصبحت قيميّة، كما سنرى (ف/١٤/٥).

هذا، وإذا لوحظ أيضاً أمر الكثرة والندرة في المال يتصور أيضاً، بالعكس، انقلاب المال من صفته القيميّة إلى المثلية كما سلف بيانه (في الفقرة السابقة)، وذلك كالأموال المتماثلة في ذاتها النادرة الوجود، إذ تعتبر قيميّة، فإذا كثرت أصبحت مثلية.

١٤/٤ - حصر الأموال المثلية ومستنده:

إن القيمي لا يمكن حصره في أنواع كلية لأن أنواعه لا تجمعها جامعة، فلذا اكتفى الفقهاء في تمييزه بتعريفه الوارد في المادة/ ١٤٦/ من المجلة المتقدمة الذكر.

(١) فائدة اعتبار انتقال المال من صفة المثلية إلى القيميّة في هذه الحال من الخطر تظهر مما سيأتي في الفقرتين ٧/١٤ و ١٠، إذ نرى فيها أن المال المثلي يضمن بمثله، والقيمي بقيمته.

فلو ألقى الملاح في البحر بعض ما في هذه السفينة الموقورة بدون إذن صاحبه لأجل تخليصها لا يكون ملتزماً بضمان مثل ما ألقى لصاحب المال، ولو كان المال الملقى مثلياً في الأصل، وإنما يضمن له قيمته التي تقدر له بصفة أنه مال مشرف على الغرق (ر: الدر المختار ورد المحتار أوائل كتاب الغصب، وأواخر كتاب القسمة).

أما المثلي فإنه جميعاً من الأموال التي أساس تفاوت القيم بين أفراد الصنف الواحد منها، أو أجزاء الفرد الواحد إنما هو في الكميات والمقادير. فكلها إذن مما يخضع للمقياس في كميته لتقدير قيمته.

فالكمية في كل شيء إما أن تقاس وتقدر بالثقل وزناً، وإما بالحجم كيلاً، وإما بالآحاد عدداً، وإما بطول المساحة ذرعاً أو متراً^(١) أو سواهما من المقاييس الطولية. وهذه هي المقاييس الممكنة والمعتادة.

وعن هذا كانت الأموال المثلية تنحصر في أربعة أنواع: الموزونات، والمكيلات، والذريعات، والعدديات المتقاربة.

١٤/٥ - أ - فأما الوزنيات والكيليات من نوع واحد فهي مثلية على إطلاقها.

ب - وأما الذريعات فإنها لا تكون مثلية إلا إذا كانت أجزاؤها متساوية دون فرق يعتد به كالمسوجات المحكمة الصنعة مثل الجوخ وسائر المتوجات القطنية والحريرية وغيرها اليوم، فكل ذراع أو متر منها يساوي أخاه. وكذا ألواح البلور من كل صنف، والأخشاب الجديدة التي تأتي بأوصاف ومقاييس واحدة وتباع بالمتر المكعب أو المربع أو بالطول، فكلها مثلية.

فلو كانت تتفاوت أجزاء المذروعات كالنسيح غير المتمائل الأجزاء وكالأراضي فإن كل قطعة منه عندئذ قيمة لا مثلية.

ج - وأما العدديات فما كان منها متقارباً، وهو ما ليس بين آحاده فرق كبير يعتد به كالبيض والجوذ، فإنه مثلي على الإطلاق.

فإذا تفاوتت أفرادها في الحجم بحيث يكون لكل منها قيمة تختلف عن الآخر، كالبطيخ والقنييط والملفوف ونحوها، فإنه عندئذ إذا كان العرف على

(١) نرى لزوم تعريب كلمة «المتري» (بكسر الميم)، المقياس المعلوم، للحاجة إليها. وقد اشتقنا منها هنا «المتري» بالفتح مصدراً، بمعنى القياس بالمتري. والفعل منه: «متر يمتري» كما يقال: ذرع يذرع، للقياس بالذراع.

بيعه بالعدد كان قيمياً لتفاوت آحاده؛ وإذا كان العرف على بيعه بالوزن كان مثلياً. وذلك لأن آحاده عندئذ (أي في حالة الوزن) هي الوحدات القياسية الاعتبارية بالوزن من الرطل أو الأوقية ونحوهما وهي غير متفاوتة فيه، وليست آحاده هي أفراد الطبيعة المتفاوتة حجماً، أي أنه يصبح عندئذ وزنياً لا عددياً. وهكذا يقال في كل ما له أفراد متفاوتة في الحجم متماثلة في المضمون والصفة إذا كان يباع بالعدد أو الوزن.

وبهذا يظهر ما للعرف من تأثير في اعتبار المال قيمياً أو مثلياً، وتبدل هذه الصفة في المال المثلي الأصل بتبدل تعامل الناس فيه من عد إلى وزن، ومن وزن إلى عد.

وإذا كان المعدود المتقارب كالبيض والجوز من المحصولات الطبيعية مثلياً، فإن المعدود المتماثل من المصنوعات هو مثلي بالأولى، كالأشياء الصناعية التي هي من صنع المعامل الآلية الحديثة اليوم، مثل الكؤوس الزجاجية والمعدنية وأباريق البلور ومصابيح الكهرباء من صنف واحد، بل والمحركات والمضخات بسائر أجهزتها مما تخرج منه المعامل أفراداً كثيرة فإنها كلها تعد من المثليات.

وأفراد النسخ المطبوعة الجديدة من كتاب واحد مثلية. أما النسخ المخطوطة ولو لكتاب واحد، والنسخ المطبوعة المستعملة فقيمية، لتفاوت النسخة عن الأخرى في الأوصاف والقيمة.

٦/١٤ - نتائج التفرقة بين المال القيمي والمثلي فقهاً:

إن هذا التفريق بين القيمي والمثلي من الأموال له نتائج عملية ذات بال في مناط الحقوق والقضاء، وإليك أهم هذه النتائج:

٧/١٤ - النتيجة الأولى:

فالأموال المثلية على الإطلاق تقبل أن تثبت في الذمم ثبوت الديون، فيتعلق الحق منها بمقدار غير متعين بذاته في الخارج، فتشغل به الذمة، ويجب

على الملتزم به وفاء دينه من أي الأموال المماثلة لما التزم به جنساً وصفة، ولا يتقيد بعين معينة يريدتها الملتزم له.

وذلك كمن استقرض مبلغاً من النقود أو باع كمية من القمح الموصوف إلى شهر مثلاً، أو مائة متر من ألواح البلور كذلك، فيكون كل هذا التزاماً بدين في ذمته يوفيه من أي كمية من النقود أو القمح أو البلور تتوافر فيها أوصاف هذا الدين.

هذا، وإن ثبوت الأموال المثلية في الذم يستلزم حكماً آخر فيها، وهو أنها يجري بينها في الذم المتقابلة التفاضل الذي سيأتي بيانه في نتائج تقسيم المال إلى عين ودين (ف ٨/١٧ خامساً).

أما الأموال القيمية فإنها لا تقبل الثبوت في الذم فلا تكون بذاتها ديناً أبداً، ولا يجري بينها تفاضل، وإذا أريد تعلق الحق بذاتها يجب أن تكون موجودة متعينة في الخارج.

فلا يمكن بيع رأس من الغنم أو البقر مثلاً إلا إذا ورد العقد على واحد موجود مشخص متميز عن سواه.

وذلك لأنه لو شغلت ذمة الملتزم بذات المال القيمي لكان غير متعين. وعندئذ يجب أن تفرغ الذمة ويوفى الالتزام بأي فرد كان من أمثاله. وقد رأينا أن القيمي لا مثل له لتفاوت كل فرد من أفراده عن الآخر في الأوصاف والقيمة.

فإذا وجدت واقعة شرعية توجب شغل الذمة بالمال القيمي فإنها عندئذ تشغل بقيمتها من النقود الدارجة وهي مثلية، كمن أتلف مالاً قيمياً لغيره، فإنه يلتزم بضمان قيمته، لا بأداء نظيره، (ر: المجلة/٨٩١/ والدر المختار أوائل كتاب الغصب).

٨/١٤ - وعن هذا قرر الفقهاء أن عقد القرض لا يجري في القيميات، وإنما يجري في المثليات من نقود أو أعيان أخرى كالقمح والشعير ونحوهما، لأن القرض يثبت به المال المقبوض ديناً في الذمة يوفى برد مثله، والقيمي لا مثل له فلا يثبت في الذمة.

وقالوا: إن إقراض المال القيمي، إذا وقع، يعتبر في حكم الإعارة من جهة أنه يجب رد عينه ما دامت قائمة، فلا يجبر المقرض على قبول مثله، لكن المقرض يملكه بالقبض، لأنه دفع بقصد التمليك فيكون مضموناً عليه بالقيمة إذا هلك عنده ولا يعتبر أمانة محضة كالعارية.

(ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار في القرض ١٧١/٤ و ١٧٢).

٩/١٤ - ومن ذلك يستخلص أن المال المثلي يتعلق به الحق العيني كمن باع كمية من الورق معينة بذاتها مشاراً إليها، فإنها تعلقت بها ملكية المشتري، وهي حق عيني، حتى لا يحق للبائع أن يعطي سواها من أمثاله عوضاً عنها. (ر: المجلة/ ٢٠٤).

ويتعلق أيضاً به الحق الشخصي، كمن باع مقداراً من الورق معيناً بنوعه وأوصافه فقط لا بذاته مؤجل التسليم إلى أجل محدد وهو بيع السلم، فيكون البائع مدينماً بالورق للمشتري، فعلى البائع أداء كمية مماثلة لدينه قدرأ ونوعاً وصفة عند حلول الأجل. (ر: المجلة/ ١٢٣ و ٣٧٠ و ٣٨١).

وأما المال القيمي فلا يتعلق بذاته إلا الحق العيني. وإذا صار موضوعاً لحق شخصي فإن ذلك الحق في الواقع، لا يتعلق بذاته بل بفعل يتصل بها كتسليم المبيع القيمي، فإن هذا التسليم حق شخصي للمشتري (ر: ف ٥/٧).

١٠/١٤ - النتيجة الثانية:

بما أن الأموال المثلية تقبل الثبوت في الذم، لذلك يجب بإتلافها ضمان مثلها لا قيمتها (المجلة/ ٨٩١)، لأن المثل أقرب إلى الأصل من القيمة، والواجب في التعويض التقرب من الأصل المعوض عنه بقدر الإمكان؛ لأن تعويض الضرر هو قضاء عن شيء فائت. ومن القواعد الفقهية أن «الضرر يدفع بقدر الإمكان» وأنه «إذا بطل الأصل يصار إلى البديل» (المجلة/ ٣١ و ٥٣).

فعند إمكان الأقرب لا يصار إلى الأبعد. وإن تضمن المثل يخلف ذات المال المتلف، أما تضمن القيمة فيخلف ماليته لا ذاته.

وقد صرح الفقهاء أن المعادلة في الضمان واجبة بالنص، وأن تمامها بالمثل لا بالقيمة، لأن المثل معادل صورة ومعنى، أما القيمة فمعادلة معنى فقط (رد المحتار، باب بيع السلم ٤/٢٠٥).

فإذا انقطعت أمثاله من السوق فعندئذ يصار إلى القيمة اضطراراً^(١).
أما القيمي فلأنه لا يكون بذاته ديناً، إذ لا مثل له، يكون التزام التعويض عند الإتلاف متوجهاً إلى قيمته رأساً كما تقدم.

ومتى وجب في الأموال المثلية الالتزام بضمان مثلها فلا عبرة عندئذ لصعود القيمة أو هبوطها ما بين تاريخ الالتزام وتاريخ وفائه بأداء المثل، لأن الالتزام قد استقر في الذمة على المال المثلي عيناً لا على قيمته، فلا عبرة لتحول القيمة^(٢).

١٤/١١ - النتيجة الثالثة:

الأموال القيمية لا تعتبر أموالاً ربوية، فلا تخضع شرعاً في مبادلة بعضها ببعض لقاعدة ربا الفضل التي توجب تساوي البدلين إذا كانا من جنس واحد، حيث تكون الزيادة ربا محرماً. فالأموال القيمية تخرج عن هذه القاعدة فيجوز إعطاء الكثير منها في مقابل القليل من جنسه كبيع غنمة بغنمتين معينات. وذلك لأن الفضل هو زيادة أحد المتجانسين على الآخر في المقدار والكمية، وإن القيميات ليست من المقدرات، أي ليست من الأموال التي تجمع بين أفرادها وحدة مقياس ومقدار بحيث يكون تفاوت قيمها بنسبة تفاوت مقاديرها، فلذا كان ربا الفضل يختص شرعاً بالمقدرات المثلية من مكيل أو موزون فقط (الدر المختار من باب الربا).

(١) وهل يجب عندئذ ضمان القيمة يوم الإتلاف، أو يوم انقطاع المثل، أو يوم الخصومة؟ في ذلك نظريات اجتهادية سيأتي بيانها في محلها من بحث الفعل الضار. والمادة/٨٩١ من المجلة تفيد اختيار الرأي الأول.

(٢) على أن هذا الحكم، على متانته نظرياً، هو محل النقد لدى بعض الأساتذة القانونيين من حيث أن الملتزم قد يتأخر في تأدية المال المثلي الذي عليه إلى وقت تكون القيمة فيه قد هبطت فيتضرر الملتزم له.

١٢/١٤ - خصائص النقدين:

رأينا أن من الأموال المثلية المعادن كافة.

ومن هذه المعادن الذهب والفضة اللذان جرى العرف البشري العام على اتخاذ المسكوكات النقدية منهما لتكون أثماناً وقيماً للأشياء التي تتعلق بها الحوائج. فتوفى الالتزامات من هذه المسكوكات، وتقوم بها الحقوق، وذلك لمزية اعتبرت في هذين المعدنين في الأوصاف والندرة كانا بها أثبت من سواهما قيمة في التداول، وأصلح للوساطة بين الإنسان وحاجاته، وأليق أن يكونا أساساً ومقياساً لقيم سائر الأشياء.

وعن هذا قال الفقهاء: «إن الذهب والفضة يعتبران أثماناً بالخلقة» أي بطبيعتهما ولو غير مسكوكين.

ومعنى هذا أن الذهب والفضة إذا قوبلا في العقود بأي مال آخر يعتبران هما العوض وهو المعوض^(١). وإذا قوبل أحدهما بالآخر كان العقد صرفاً.

أما بقية الأموال المثلية فإنها إذا كانت معينة وقوبلت في عقد المعاوضة بأعيان قيمة على سبيل المقايضة، كانت هي أثماناً والمال القيمي مثنماً أي مبيعاً، لأن المثليات أليق بالثمنية إذ تقبل الثبوت في الذمة ديناً كما رأينا.

أما إذا قوبلت القيميات بعضها ببعض فإنها يكون كل منها ثمناً من وجه، ومبيعاً من وجه.

ويُرى تفصيل التمييز بين المبيع والثمن ونتائجه في باب البيع من العقود المسماة.

(١) إن لتمييز الثمن من المبيع في المعاوضات نتائج عملية في الفقه. فالثمن في نظرهم واسطة في العقد، وإن المبيع هو المقصود، فيتسامح في شأن الثمن أحياناً بما لا يتسامح بمثله في المبيع.

فالمال غير المتقوم كالخمر إذا كان مبيعاً بطل العقد، وإن كان ثمناً فسد العقد: فعندما يقابل بالنقود لا بعين قيمة يكون مبيعاً حتماً لأن النقود ثمن حتماً، فيبطل العقد. والشيء المبيع إذا استحق من يد المشتري يبطل البيع. أما إذا استحق الثمن من يد البائع فالبيع باق لأن الثمن في الذمة ويرجع على المشتري بمثل الثمن.

١٣/١٤ - هذا، وإذا كان الذهب أو الفضة مسكوكين دنانير أو دراهم كان لهما اعتبار آخر في نظر الفقهاء علاوة على ما تقدم، ذلك أنهما يصبح لهما شيء من التجرد المالي يكونان به في العقود كأنهما ديون محضّة، فالعقد الذي يرد عليهما كأنما ورد على دين في الذمة لا على عين، لأنهما عندئذ تمحضاً للوساطة في التداول والمعاوضة.

وعن هذه النظرية قرر الفقهاء القاعدة القائلة:

إن الدنانير والدراهم لا تتعين بالتعيين في عقود المعاوضة (المجلة/ ٢٤٣).

وإيضاح ذلك أن الذهب والفضة إذا كانا معدناً غير مسكوك اعتباراً أثماً في المعاوضات، لكنهما كسائر المثليات يقبلان التعيين بالذات. فمن اشترى سبيكة من ذهب أو فضة معينة بذاتها لا يجبر على استيفاء غيرها ولو مماثلاً لها في مقدارها ومعيّارها، فيتعلق بها الحق العيني للمشتري.

وأما إذا كانا مسكوكين دنانير أو دراهم فاشترى شيئاً بدينار أو درهم معين بذاته وأشار إليه أنه هو الثمن المعقود به وتم العقد؛ فإنه لا يجبر على أدائه بعينه بل له أن يدفع سواء من الدراهم أو الدنانير المماثلة. فيعتبر العقد كأنما ورد على دينار أو درهم مجرد مطلق عن التعيين.

وهذا التجريد مستمد من مهمة النقد المسكوك التداولية، فإن الغاية الاقتصادية للنقد المسكوك - وهي أنه وسيط بين الإنسان وحاجاته وليس مقصوداً لذاته - تقتضي تساوي أفراد النوع الواحد منه في هذه الوساطة ما دامت قيمتها متساوية.

فبين كون الذهب والفضة نقوداً مسكوكة، وكونهما معادن فرق فقهي في قابلية التعيين وعدمها في المعاوضات بناء فقهاؤنا على الهدف الاقتصادي العام الذي يبتغيه التشريع في المسكوكات النقدية.

ومثل الدراهم أو الدنانير جميع المسكوكات من المعادن الأخرى، وهي التي يسمونها «الفلوس النافقة الرائجة»، ويعتبرون ثمنيتها ناشئة عن اصطلاح الناس وتعارفهم.

فهذه الفلوس تتفق في عدم قابليتها للتعيين، مع الدراهم والدنانير المعدودة أثماناً بالخلقة؛ وتختلف عنها في بعض أحكام أخرى ليس هذا محل بيانها^(١).

١٤/١٤ - هذا الحكم السابق، أعني عدم تعين النقود بالتعيين هو خاص بعقود المعاوضة. أما في عقد الأمانة فإن الدنانير والفلوس تتعين بالتعيين كالودائع النقدية، فإنها لا يحق للوديع استبدالها بسواها من أمثالها، ولو فعل كان غاصباً، فيصبح ضامناً بعد أن كان أميناً، بل عليه أن يحفظها بأعيانها للمودع.

ومثل ذلك إذا استعار الإنسان ديناراً مثلاً ليعاير به الميزان، فليس له أن يرد سواه من مثله، بل يتعين رد الدينار المعار بذاته.

(١) في حكم الفلوس النافقة الورق النقدي في عصرنا هذا، فإنه يتداول كالفلوس وإن كان في أصل مبناه من قبيل السند المحرر لحامله. وهو اليوم يُداول على أنه نقود أصلية.

ماحور بالفصل الرابع عشر

عمره للأموال المثلية والقيمية، وعمره النقود

١٥/١٤ - هناك ملاحظات إضافية مهمة تتعلق بالأموال المثلية بوجه عام، وبخصائص النقدين بوجه خاص، وبعضها من قضايا الساعة التي تثار في هذا العصر، ووقع فيها فتاوى خاطئة خطيرة جداً من أناس ينتسبون إلى علم الشريعة وفقهها، وتحير فيها بعض الناس الذين لا يستطيعون التفريق بين الفقهاء الراسخين الثقات، وبين غيرهم.

وبما أن هذه الملاحظات - على أهميتها - تعتبر فوق حدود الغرض التعليمي المبسط الموطأ لطلاب الدراسة الجامعية الأولى للشريعة الإسلامية وفقهها، لذلك رأيت أن أفرد لها بهذا الملحق لمن يريد التوسع والتعمق.

ملاحظات تتعلق بالمال المثلّي والقيمي بوجه عام

١٦/١٤ - رأينا في محله أن المال المثلّي محصور فقهاً في المكيلات والموزونات والمذروعات المتجانسة والعديدات المتقاربة.

إن هذه الأنواع الأربعة هي الأموال التي كانت في عصور فقهاؤنا السابقين ذات وحدات قياسية متماثلة تقاس بها هي الوحدات المتعارفة الأربعة بالثقل، أو الحجم، أو المسافة، أو التعداد.

واليوم في عصرنا هذا قد وجد بعض أموال أخرى اكتشفها العلم بقوانين الطبيعة أصبحت تعتبر من أعظم الأموال شأناً في حياة المجتمعات البشرية وأبرز أمثلتها الطاقة الكهربائية. فهي قوة تتولد وتخزن وتستعمل حين اللزوم في

أعمال الإنارة، والتحرك، والتحليل والتركيب في المواد الكيماوية، وغير ذلك مما لا يحصى. وهي تباع وتشترى وتقاس كميتها بوحدات قياسية غير تلك المقاييس الأربعة المعهودة التقليدية.

ولا شك أن الكهرباء هي من الأموال المثلية لأنها متماثلة الوحدات التي تقاس بها. وعندئذٍ يجب تعديل الحصر الفقهي السابق للأموال المثلية بالأنواع الأربعة بحسب نوع وحداتها القياسية التقليدية، وذلك بأن نقول: إن المال المثلي ينحصر في كل ما يقاس بوحدات قياسية متماثلة تحدد مقداره سواء أكانت وحدته القياسية هي الثقل، أو الحجم، أو المسافة، أو التعداد أو غير ذلك من المقاييس المنضبطة.

١٧/١٤ - ومن أبرز الأموال القيمة المستحدثة في عصرنا هذا ولم تكن معروفة في العصور السابقة حقوق الابتكار التي تقدم الكلام عليها في الباب الأول (ر: ف ٩/٢)، فهي أموال قيمة لأنها حقوق يختلف كل فرد منها عن الآخر في قيمته، ولو كانت من جنس أو نوع واحد كحق المؤلف فإنه يختلف في قيمته عن حقوق المؤلفين الآخرين بحسب مدى الابتكار والإبداع في كل كتاب عن آخر. ومثل ذلك يقال في بقية أنواع حق الابتكار.

ملاحظات وأحكام تتعلق بخصائص النقدين

١٨/١٤ - ذكرنا فيما سبق (ف ١٢/١٤ عن خصائص النقدين) الأمور الأساسية التي لا يجوز لطالب الشريعة الجامعي أن تغيب عنه.

ونذكر الآن في هذا الملحق جوانب أخرى من خصائص النقدين الذهب والفضة وأحكامهما لمن يريد التوسع والاستيعاب، فمن ذلك:

١ - أن عقد الصرف بين النقدين الذهب والفضة - أي مبادلة أحدهما بالآخر، وهو بيع - يشترط لصحته بالإجماع تقابضهما في مجلس العقد، بينما بيع سائر الأشياء الأخرى بالتقود لا يشترط فيه ذلك.

٢ - أن النقدين الذهب والفضة، وما يلحق بهما من المسكوكات المعدنية

المعتبرة أجزاء لهما، لا يجوز أن تكون محلاً مُسَلِّماً فيه في عقد السَّلْم^(١)، ذلك لأن جعلهما محلاً مُسَلِّماً فيه مؤجلاً معناه شراؤهما بنقود من نوع آخر، وهذا مصادفة بين النقود، فيشترط فيها حينئذٍ التقابض في العوضين في مجلس عقد الصرف كما أسلفنا آنفاً، سداً للذريعة كيلا تتخذ المصادفة وسيلة لتغطية مراباة متواطأ عليها. فوجوب التقابض في المصادفة يتناقض مع تأجيل المبيع إلى أجل محدد في بيع السلم (ر: الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٢٥ مادة: سلم، ورد المختار: باب السلم).

ومثل ذلك يقال في جميع أنواع النقود من غير الذهب والفضة، من حيث إنها لا يجوز أن تكون مبيعاً مُسَلِّماً فيه في عقد السلم.

الورق النقدي

١٩/١٤ - ويجدر التنبيه هنا إلى أن الورق النقدي الذي حلّ اليوم في هذا العصر محل الذهب والفضة اللذين كان يمثلهما في الأصل أول ظهوره ينطبق عليه الحكم نفسه، فلا يجوز أن تكون النقود الورقية اليوم محلاً مبيعاً في عقد السلم، فهي أيضاً أثمان محضة بالخلقة والاعتبار، وليس لها أية صفة أو منفعة أخرى، وذلك للعلة نفسها التي بينهاها. فالورق النقدي يأخذ حكم الأصل الذي يمثله من الدينار أو الدرهم أو الريالات بلا فرق أصلاً^(٢).

(١) لاستذكار ما هو عقد السلم - ويسمى: السَلْف أيضاً - ينظر ما تقدم في (المدخل الفقهي، ج ٢، ف ٧٢/٣). والمحل المسلم فيه هو المال المثلي المبيع المؤجل التسليم، ورأس المال هو الثمن في بيع السلم.

(٢) يرى اليوم بعض من يدعون العلم والفقه أن الورق النقدي ليس من قبيل النقود ولا تنطبق عليه أحكامها، بل هو مال آخر، وبينون على ذلك ويجيزون عدم وجوب التقابض في مصادفة بعض أنواعه ببعض، أو بالنقود المعدنية كالبيع العادي، ومنهم من لا يوجب الزكاة فيه!! وهذا ضلال بين، وجهل فادح فاضح بمقاصد الشريعة وفقهها، ويهدم قاعدة حرمة الربا ويؤدي إلى تعطيل الزكاة التي هي من أعظم مزايا الشريعة الإسلامية في التكافل الاجتماعي. ومن يقول بهذا غافل أو ضليل مذل. فهذا الورق النقدي الذي تصدره الدول اليوم هو العملة النقدية الوحيدة التي يتعامل بها الناس في العالم، محلياً ودولياً، فأخراجه عن حكم النقدين اللذين يمثلهما، يفتح ذريعة سهلة لهدم قاعدتي فريضة الزكاة وتحريم الربا القطعتين.

٢٠/١٤ - هذا، ولشيخ الإسلام ابن تيمية حول النقدين الذهب والفضة

= نعم هناك من العلماء الفقهاء اليوم من يرى أن الورق النقدي قد أصبح في التعامل عملة نقدية من نوع جديد - لا تأخذ حكم النقدين الذهب والفضة اللذين حلت محلهما -، وإن أخذت اسم الدينار والدرهم والريال والدولار والروبية وغيرها. وبناء على ذلك أفتوا بجواز مصارفة العملة الورقية كالريالات مثلاً بالريالات المعدنية مع التفاضل زيادة أو نقصاً بحسب السعر المتعارف، ومثل ذلك يقال في الدولار والدرهم والدينار وغيرها بنظائرها المعدنية ولكن بشرط التقابض في مجلس العقد وفقاً لما يشترط في عقد الصرف، وهذا ما أقره المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، وبه أخذ الشيخ عبد الله بن منيع في كتابه عن (الورق النقدي). وقد ذكرت فضيلته مستغرباً ذلك فأطلعني على قرار مجمع الفقه وعليه توقيعي مع سائر الأعضاء، فاستغربت وجود توقيعي مع أنني لا أرى هذا الرأي، ثم تبين لي تفسير ذلك، وهو أن بعض أعضاء المجمع قد يتأخر في بعض الجلسات، أو يقوم لحاجة، ويقرر شيء في فترة غيابه خلال الجلسة. ثم تأتي القرارات في ختام الدورة وتعرض على الأعضاء مبيضة لتوقيعها فيوقع كل عضو عليها دون أن ينظر في مضمونها. وهذا ما حصل معي بالنسبة لهذه المسألة. لكنني لا أقر هذا الرأي.

وكان يجب على الأقل أن يقيد جواز مبادلة العملة الورقية بنظيرها المعدني مع التفاضل بأن لا يكون المقصود منه سوى سد حاجة، كحاجة شخص لقطعة معدنية لأجل مكالمة هاتفية يحتاج إليها في مطار، أو من مركز هاتف عمومي في الشارع. أما إذا كان المقصود منه تغطية فائدة ربوية في قرض صورته قرض حسن، ومتوطاً على تغطية الفائدة المتفاهم عليها بهذا التفاضل في مصارفة بين الورق النقدي والمعدني فهي عندئذٍ حرام غير سائغ. ذلك لأن التفاضل وحده - دون نسيئة - في مبادلة الأموال الربوية من جنس واحد ليست حرمة لذاته كحرمة ربا النسيئة، بل إنما حرم سداً للذريعة إلى المراباة، كما لو تعاقدا على قرض ربوي ظاهره أنه قرض حسن وتوطأ على تغطية الفائدة الربوية المتفاهم عليها بمصارفة بين نقدين من جنس واحد مع التفاضل، لأن الإنسان العاقل لا يعطي الكثير بالقليل فوراً دون تأجيل، وهما من نوع واحد متماثل ما لم يكن ذلك حيلة لتغطية شيء ممنوع.

وما كان كذلك من المحرمات في شريعة الإسلام - أي حرمة ليست لذاته، بل سداً للذريعة - يباح إذا دعت إليه حاجة عامة. كبيع العرايا. هذا ما يقرره شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم رحمهما الله، لكن الحاجة لا يدخل فيها التواطؤ على الربا والاحتيال لتغطيته.

وبيع العرايا: هو بيع الرطب وهو على نخله بتمر جاف يعادله خزصاً - أي بالتقدير التخميني - ولو لم يتحقق بينهما التساوي وزناً أو كيلاً، وذلك لأن الرجل ذا العيال يحتاج إلى الرطب في موسمه يأكله طرياً تباعاً من شجره وليس لديه سوى التمر الجاف. فرخص النبي ﷺ في ذلك، وكلاهما مال ربوي من جنس واحد يجب فيه التساوي ولا يجوز التفاضل، لأن الفضل في أحدهما ربا، ولكن النبي ﷺ رخص فيه للحاجة إليه. (ر: الموسوعة الفقهية، إصدار الكويت - حرف الباء - بيع العرايا).

وطبيعتهما، والفلوس الرائجة التي هي أجزاء لهما بالاعتبار، كلام نفيس^(١) نفتس منه ما يلي:

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: «إن المقصود من الأثمان (النقود) أن تكون معياراً للأموال يتوسل بها إلى معرفة مقادير الأموال (الأخرى) ولا يقصد الانتفاع بعينها. فمتى بيع بعضها ببعض إلى أجل - أي لا يقصد الصرافة المحضة - قصد بها التجارة التي تناقض مقصود الثمنية»^(٢)، بخلاف سائر الأموال - أي السلع - فإن المقصود بها الانتفاع بها نفسها...»^(٣).

ويقول: «والفلوس النافقة (الرائجة) يغلب عليها حكم الأثمان، وتُجعل معيارَ أموال الناس. ولهذا ينبغي للسلطان أن يضرب لهم فلوساً بقيمة العدل في معاملاتهم من غير ظلم لهم. ولا يتجر ذو السلطان في الفلوس أصلاً بأن يشتري نحاساً فيضربه (فلوساً) فيتجر فيه، ولا بأن يحرم عليهم (يلغي) الفلوس التي بأيديهم، ويضرب لهم غيرها. بل يضرب ما يضرب بقيمته من غير ربح فيه للمصلحة العامة، ويعطي أجره الصناع من بيت المال، فإن التجارة فيها (من ذي السلطان) باب عظيم من أبواب ظلم الناس، وأكل أموالهم بالباطل. فإنه إذا حرم المعاملة بها حتى صارت عَرَضاً (سلعة)، وضرب لهم فلوساً أخرى، أفسد ما عندهم منها بنقص أسعارها، فيظلمهم فيها، وظلمهم فيها بصرفها بأعلى (من) سعرها...»^(٤).

ونقل الدكتور رفيق المصري (ص ١٠) أيضاً قول ابن تيمية: «أما الدرهم والدينار فلا يعرف له حد طبعي ولا شرعي، بل مرجعه إلى العادة والاصطلاح»، وقول الإمام مالك: «لو أن الناس أجازوا بينهم الجلود، حتى

(١) نقله الدكتور رفيق المصري في رسالة (الإسلام والنقود، الطبعة الثانية، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز - ١٤٠٨ هـ/ص ١٠ و ٤٢)، ونقله هنا مع الإحالة إلى الأصل في (فتاوى ابن تيمية).

(٢) فتاوى ابن تيمية ٤٧١/٢٩ - ٤٧٢.

(٣) فتاوى ابن تيمية ٢٥٢/١٩.

(٤) فتاوى ابن تيمية ٤٦٩/٢٩.

تكون لها سكة وعين لكرهتها أن تباع بالذهب والورق (الفضة) نظراً^(١) - أي نسيئة مؤجلة - أي أن الجلود إذا صارت نقوداً بالسك أخذت حكم النقود في الربا، ومبادلة نقد بآخر لا يجوز فيها الأجل.

٢١/١٤ - قبض الشيكات الصحيحة كقبض مضمونها:

أقر فقهاء العصر، والمجمعان الفقهيان في مكة وجدة، وهيئات الرقابة الشرعية على المصارف (البنوك) الإسلامية اليوم: أن الشيك (الصك) الصحيح المحرر وفقاً للقانون، وله رصيد وافٍ لدى البنك المسحوب عليه، يعتبر تسليمه من محرره وموقعه إلى المحرر لأمره بمثابة تسليم المبلغ الذي يتضمنه.

ذلك لأن الشيكات تتمتع بمزايا خاصة في القانون والتعامل التجاري ليست غيرها من الأوراق المالية، فهي لا تقبل التأجيل كالكيميالات، بل يجب على المصرف المسحوب عليه دفع مضمونها لحاملها المحرر لأمره أو للمظهرة إليه فور إبرازها، كما أن تحريرها دون أن يكون لها رصيد وافٍ بها لدى المصرف المسحوب عليه يعتبر جرمًا قانونياً يعاقب عليه محررها بعقوبة شديدة زاجرة.

فبناء عليه إذا اشترى شخص نقوداً من نوع بنقود من نوع آخر مصارفةً فدفع البائع في المجلس المبلغ الذي باعه، وسلمه الآخر شيكاً صحيحاً بالمبلغ المقابل، أو سلم كل منهما الآخر شيكاً صحيحاً بالمبلغ المستحق عليه، يعتبر أن التقابض قد تحقق.

أما إذا لم يكن لمحرر الشيك رصيد يغطيه لدى المصرف المسحوب عليه فلا عبرة عندئذٍ بتسليم شيك غير صحيح، إذ يصبح ذلك وسيلة للمراباة.

٢٢/١٤ - تسجيل المبلغ في سجلات المصرف يعدّ تسليمًا:

وكذلك أقرت هيئات الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية في

(١) فتاوى ابن تيمية ٢٥١/١٩، والمدونة الكبرى لمالك، ط دار الفكر، بيروت، ٩٠/٣.

موضوع المصارفة التي تجري بين الأفراد والبنوك، أو بين البنوك بعضها مع بعض، أن تسجيل المصرف المبلغ الذي يجب عليه دفعه للطرف الآخر في الحساب الدائن لذلك الآخر في سجلات المصرف يعتبر أيضاً تسليمًا للمبلغ إلى الطرف الآخر الذي سجل له. فإذا تم ذلك التسجيل في مجلس عقد الصرف يعتبر تقابضاً صحيحاً اعتباراً. واغتفر أيضاً المدة الضرورية المتعارف عليها اللازمة لإجراء عملية التسجيل، فتعتبر أيضاً امتداداً لمجلس عقد الصرف.

obeikandi.com

الفصل الخامس عشر

في استعمال الله تعالى

- معنى المال الاستهلاكي - والاستعمالي -
- عدم التلازم بين الاستهلاكي والمثلي -
- نتيجة هذا التقسيم فقهاً.

١/١٥ - وينقسم المال أيضاً من وجه ثالث إلى قسمين: استهلاكي

واستعمالي.

أ - فالمال الاستهلاكي: هو ما يكون الانتفاع بخصائصه بحسب المعتاد لا يتحقق إلا باستهلاكه.

والمراد به ما يستهلك باستعماله لأول مرة، كالأطعمة والأشربة بمختلف أنواعها، وكالحطب، وورق الكتابة إلخ... سواء أكان الاستهلاك فيه حقيقياً، كما في الأشياء المذكورة، أو حقوقياً، كما في النقود؛ فإن النقود تدخل في هذه الزمرة، ويعتبر خروجها من اليد التي هي فيها في سبيل وفاء الالتزامات وقضاء الحاجات استهلاكاً من الوجهة الحقوقية، وإن كانت أعيانها باقية على حالها في الوجود الخارجي.

ب - والمال الاستعمالي: هو ما يتحقق الانتفاع به باستعماله مراراً مع بقاء عينه.

وهو الأموال التي لا تستهلك بالاستعمال لأول مرة؛ بل لها دوام نسبي

(١) إن تقسيم المال إلى استهلاكي واستعمالي لم يذكره فقهاؤنا صراحة، ولكن الشرائط التي يشترطونها في بعض الأموال بالنسبة إلى بعض العقود تدل عليه كما سنرى.

يختلف طولاً وقصراً بحسب طبيعتها وقابليتها للبقاء: كالعقارات، والمفروشات، والثياب.

فالفارق بين النوعين هو الاستهلاك من أول مرة في الاستعمال لا مطلق استهلاك لأن معظم الأشياء يفنيها طول الاستعمال.

ويجب أن يلحظ أنه لا تلازم بين الاستهلاكي والمثلي بالمعنى والشرائط المتقدمة في بيان المثليات، وإن كان الأغلب في الأموال الاستهلاكية أن تكون مثلية.

فكل من القيمي والمثلي قد يكون استهلاكياً وقد يكون استعمالياً:

- فالطعام المطبوخ مثلاً قيمي استهلاكي.
- والكتاب المخطوط، أو المطبوع المستعمل، قيمي استعمالى.
- والقمح والشعير مثلي استهلاكي.
- والنسيج المتماثل الجديد، كالجوخ والكتان، مثلي استعمالى.

١٥/٢ - نتيجة هذا التقسيم:

ولهذا التقسيم ثمره في قابلية الأموال لبعض العقود والحقوق وعدم قابليتها في الفقه الإسلامى:

١ - فالأموال الاستهلاكية لا تقبل أن ترد عليها العقود التي موضوعها الاستعمال دون الاستهلاك، وهي التي تستهدف تمليك المنافع دون الأعيان، كالإجارة والإعارة؛ لأن العقد يقتضي الانتفاع مع حفظ العين، والمال الاستهلاكي لا ينتفع به إلا باستهلاك عينه، فيتنافى غرض العقد مع طبيعة المعقود عليه.

وقد صرح الفقهاء في الإجارة بأن «كل ما ينتفع به مع بقاء عينه تجوز إجارته، وإلا فلا». (ر: الفتاوى الخانية في بحث الإجارة الطويلة، والقواعد الفقهية للشيخ محمود الحمزاوي، أول مسائل الإجارة ص/٧٣).

ومفاد ذلك أن المأجور يجب أن يكون استعمالياً بالمعنى الذي سبق شرحه .

ومن هنا وضع الفقهاء القاعدة المشهورة في الاجتهاد الحنفي: «إن الإجارة لا يصح أن ترد على استهلاك العين» .

فلا يجوز إيجار البرك لأجل الاصطياد منها، ولا الأراضي للرعي أو الاحتشاش، ولا إيجار الآجام والغابات لاقتطاع القصب أو الحطب، ولا استئجار شاة لبون لشرب لبنها مدة معينة إلخ . . (ر: رد المحتار آخر الإجارة الفاسدة).

وقد استثنوا من ذلك بعض عقود للضرورة والاحتياج العام فجوزوا استئجار الطائر - وهي المرأة المرضع - لإرضاع الطفل، كما جوزوا نزول الحمام للاغتسال، وإن كان العقد يستهدف استهلاك اللبن والماء الحار .

ويجب أن يعتبر مثله نزول الفنادق اليوم بالطعام والشراب^(١) .

وعقد الإعارة إن ورد على مال استهلاكي كالنقود والحبوب والمأكولات عامة لم يصح إعارة بل يعتبر العقد مجازاً عن القرض، نظراً إلى المقصود . فتثبت فيه أحكام القرض، ويكون المال مضموناً بمثله على المستعير لا أمانة (ر: رد المحتار ٤/٥٠٤) .

ومقتضى هذا الأصل الذي تدل عليه النصوص في الأموال الاستهلاكية أن

(١) يجب أن يلاحظ هنا أن المادة/٦٤/ من أصول المحاكمات الحقوقية السابق، وبعده نصوص القانون المدني الجديد، تقتضي صحة جميع هذه الإجراءات الفاسدة . على أن معظم هذه الإجراءات الواردة على استهلاك العين قد تحققت حاجة الناس العامة إليها وجرى العرف عليها، وإن الحاجة والعرف يقضيان بتصحيح ما كان فاسداً في الأصل بمقتضى المبادئ النظرية .

وقد نقل ابن عابدين رحمه الله آخر الإجارة الفاسدة عن التارخانية ما نصه «وفي الحاوي سئل محمد بن سلمة عن أجره السمسار فقال أرجو أنه لا بأس به وإن كان في الأصل فاسداً، لكثرة التعامل وكثير من هذا غير جائز فجزوه لحاجة الناس إليه كدخول الحمام» .

الوصية بمنفعة المال الاستهلاكي: كالقمح والثمار ونحوها مدة معينة دون تمليك عينه لا تصح، إلا أن تحمل على إقراض الموصى له إياها لاستهلاكها ورد مثلها في نهاية المدة المحدودة.

٢ - وأما الأموال الاستعمالية فعلى عكس ما تقدم لا تقبل العقد الذي هدفه الاستهلاك فقط دون الاستعمال، كالقرض.

وعن هذا كان الواجب في المال المقرض أن يكون استهلاكياً ومثلياً في وقت واحد.

- فأما كونه استهلاكياً فكي تتحقق غاية العقد، لأن مقصود المقرض أن يستهلك ما اقترض لسد حاجته.

- وأما كونه مثلياً فلكي يمكن ثبوته في ذمة المستقرض فيقوم مثله مقامه في الأداء بعد الاستهلاك. (ر: ف ٧/١٤).

٣ - أما العقود التي لا ينحصر غرضها وموضوعها بالاستهلاك وحده أو الاستعمال وحده بل تشملهما معاً غاياتها كالبيع، أو يكون لها غرض آخر كالحفظ في عقد الإيداع، فإنها يمكن أن ترد على كلا النوعين المشروحين من الأموال، فتصح في الأموال الاستهلاكية والاستعمالية على السواء.

الفصل السادس عشر

في المنقول وغير المنقول

معنى المنقول والعقار بالنظرين الفقهي والقانوني - تحول المنقول إلى عقار، وبالعكس - تقسيم الأراضي، وأهم أحكامها فقهيًا وقانونيًا - ثمرات تقسيم المال إلى منقول وغير منقول في الأحكام المدنية.

١/١٦ - وينقسم المال أيضاً من وجه رابع إلى منقول، وغير منقول.

- فالمنقول هو كل مال يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، ويشمل النقود والعروض والحيوان ونحوها من القيميات والمثلثيات. ويدخل فيه السفن والطائرات والسيارات اليوم.

- وغير المنقول هو العقار، وهو ما لا يمكن نقله وتحويله من محل إلى آخر (المجلة/ ١٢٨ و ١١٩):

والعقار عند الفقهاء الحنفية، في الأصل، هو الأرض مجردة أو مبنية (رد المحتار من كتاب الوقف عن فتح التقدير).

فالبناء والشجر ولو كانا قائمين على الأرض يعتبران في المذهب الحنفي من المنقولات. ولذلك لا يجري فيهما حق الشفعة إذا بيعا منفردين عن الأرض، لأن حق الشفعة مقصور على العقار (المجلة / ١٠١٩ و ١٠٢٠).

وكذا لا يصح وقفهما دون الأرض في مكان لم يتعارف فيه الناس ووقف البناء والشجر وحدهما لأن الوقف لا يجري إلا في العقار وفي المنقول المتعارف وقفه (الدر المختار، ورد المحتار من كتاب الوقف).

غير أنهم يلحقون البناء والشجر بالعقار حكماً على سبيل التبعية له في التصرف الوارد على العقار بما فيه من بناء أو شجر. فلو بيعت دار أو أرض مشجرة يتناول حق الشفعة البناء والشجر مع الأرض (المجلة/ ١٠٢٠).

ومعنى هذا أن البناء والشجر في النظر الفقهي لهما اعتباران: فهما، بانفردهما عن الأرض، يعتبران من المنقولات؛ وهما، مع الأرض، عقار بالتبعية.

والاجتهاد المالكي يعتبر البناء والغراس القائمين من العقارات، لأنهما متصلان بالأرض اتصال قرار وغير قابلين للنقل مع البقاء على شكلهما، بل يتغيران من حال إلى حال، فيصبح الشجر حطباً، والبناء أنقاضاً. فالمحافظة على صفتها بلا ضرر أو خلل تقتضي ثبات أعيانها. وهذا الثبات يوجب أن يعتبرا عقاراً كالأرضين^(١) (ر: الشرح الكبير، باب الشفعة، وكتاب: الملكية ونظرية العقد للأستاذ أبي زهرة ف/١٠).

(١) النظر القانوني الحديث يتجه إلى توسيع نطاق الصفة العقارية عن حدوده الفقهية. فبينما لا يعتبر الفقهاء عقاراً بذاته سوى الأرض نجد المادة الأولى من نظام الملكية العقارية السابق لدينا تقسم العقارات إلى ثلاثة أنواع: عقارات بذاتها، وعقارات بالنظر إلى غايتها، وعقارات معنوية.

وتجعل من النوع الأول - أي من العقارات بذاتها - كل ما له موقع ثابت حتى النباتات المتأصلة في الأرض، والأبنية. وتفسر الأبنية بكل ما جمع من مواد البناء فشد بعضه إلى بعض بصورة ثابتة على ظاهر الأرض أو في باطنها. وهذا موافق للاجتهاد المالكي المبين أعلاه.

وتجعل من النوع الثاني - أي عقارات بالنظر إلى غايتها - كل ما يوجد في عقار زراعي أو صناعي مما يتعلق باستثماره، حتى السمك في الغدران، والسماد المخصص للأرض.

وتجعل من النوع الثالث (المعنوي) حقوق الارتفاق والتأمينات، حتى الدعاوى المقامة في المحاكم على العقارات الذاتية!!

ثم جاءت المادتان/ ٨٤ و ٨٥ / من القانون المدني السوري فأقرتا هذا التفصيل دون تقييد بهذه الأسماء.

وكل شيء محتمل، إلا جعل الدعوى بالعقار عقاراً! فهذا من المبانيات البعيدة في أساليب التصور بين الفقه الإسلامي والأجنبي، فإن نظام الملكية العقارية هذا قد أصدره المفوض الفرنسي في عهد الانتداب مستمداً من التشريع العقاري الفرنسي.

وقد عرف القانون المدني العراقي العقار بقوله:

٢/١٦ - تحول المنقول إلى عقار وبالعكس:

يتضح مما تقدم أن المنقول قد يصبح في الاعتبار الفقهي كالعقار عن طريق التبعية؛ كالبناء والشجر في معية الأرض.

ويعتبر من البناء كل ما يوضع في العقار متصلاً به اتصال قرار، كالأبواب والأقفال المسمورة وتمديدات الماء والكهرباء اليوم - بخلاف المصاييح الكهربائية فإنها لا توضع برسم القرار - وكأجران الحمام والسلالم المثبتة ونحوها.

فكل ذلك بمجرد اتصاله بالعقار يصبح كالعقار اعتباراً، وتجري عليه أحكام العقار التي سنراها قريباً، ويدخل تبعاً في بيع العقار الذي هو فيه، باعتبار أنه جزء منه وإن لم ينص في العقد على دخوله (ر: المجلة/٢٣٢).

وبالعكس قد يتحول العقار إلى منقول، وذلك كالأجزاء التي تنفصل عن الأرض مما يستخرج من المناجم والمقالع من معدن وفحم وحجر وتراب ونحوه. ومثل ذلك أنقاض البناء المهديم.

فكل ذلك بمجرد فصله عن الأرض وإعداده للنقل تسليخ عنه صفة العقار وأحكامه، ويلتحق بالمنقولات وتجري عليه أحكامها.

أولاً: التقسيم الفقهي للأراضي

٣/١٦ - الفقهاء إنما يقسمون الأراضي باعتبارين: بحسب عائديتها، وبحسب نوع الضريبة المفروضة عليها شرعاً.

٤/١٦ - (أ) تقسيم الأراضي فقهاً بحسب عائديتها:

تنقسم الأراضي فقهاً بحسب عائديتها إلى ستة أنواع وهي:

= «العقار هو كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف، فيشمل الأرض والبناء والغراس».

وجاء فيه أيضاً أنه:

«يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكة في عقار مملوك له رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله».

الأراضي المملوكة، والموقوفة، والمتروكة، وأراضي المملكة، والأراضي الموات^(١)، وأراضي الحوز.

١ - فالمملوكة: هي ما دخلت في الملكية الفردية بسبب من أسباب الملكية.

وهذه يتمتع منها أربابها بكل مزايا ملكية العين.

٢ - والموقوفة: هي ما وقفها مالكوها فحجزت عن التملك والرهن، ورصد ريعها لجهة وقف ذلك الربيع عليها.

وهذه تستغل وتصرف غلتها لما وقفت عليه، وتبقى وقفاً أبداً، إلا أن تستبدل استبدالاً بوجه شرعي، فيحل بدلها محلها.

٣ - والمتروكة: هي الأراضي القريبة من العمران تترك لمصلحة الأهالي مرعى؛ أو محتصداً، أو محتطباً (المجلة/١٢٧١).

وهذه تكون لمجموع أهل القرية، تبقى لمصالحهم، ولا يجوز لبعضهم استملاكها أو الاستئثار بها.

٤ - وأراضي المملكة: هي التي بقيت لبيت المال بعد التوزيع على الفاتحين، أو آلت إليه بانقراض مالكيها وانحلال ملكيتها، ولذا تسمى أيضاً: «أراضي بيت المال» وهي التي سميت أخيراً في القوانين بالأراضي الأميرية.

وإن التصرف بهذه الأراضي يعود شرعاً إلى السلطان فهو يتصرف بها وفقاً للمصلحة العامة. ولا يجوز أن يمنح منها منحاً بحسب هواه، أو يقطع منها من يشاء ما يشاء إقطاعاً^(٢) كيفياً بحسب قربه منه أو رضاه عنه.

٥ - والموات: هي الأراضي التي ليست ملكاً لأحد ولا متروكة، وهي بعيدة عن أقصى العمران بحيث لا يصل منه إليها صياح الإنسان الجمهوري الصوت (المجلة/١٢٧٠).

(١) الموات: بفتح الميم وزان «سحاب».

(٢) في المصباح: «أقطع الإمام الجند البلد إقطاعاً: جعل لهم غلتها رزقاً».

وهذه للدولة ليست ملكاً لأحد. ويجوز للسلطان أن يأذن إذنًا خاصاً لمن يرغب من الناس ويتعهد بإحياء شيء منها بالتعمير أو الزراعة أو بالحرث والسقي ونحوه، على أن يملك رقبته أو منفعته فقط. فمن أحيا منها شيئاً كذلك فإنه يملك رقبة ما أحياه أو منفعته فقط بحسب الإذن السلطاني (المجلة/ ١٣٧٢).

٦ - وأراضي الحوز: هي المملوكة التي عجز أصحابها عن زراعتها وأداء ضريبتها الخراجية الآتي بيانها، فتركوها للدولة لتكون منافعها جبراً لضريبتها. (قانون العدل والإنصاف لقديري باشا، م/٥١).

وهذه تبقى رقبته على ملك أربابها، وتستغلها الدولة لقاء خراجها فلا يجوز للسلطان بيعها أو وقفها ما دامت حوزاً قبل أيلولة رقبته إلى بيت المال بسبب شرعي.

١٦/٥ - (ب) تقسيم الأراضي فقهيًا بحسب نوع ضريبتها:

وتنقسم الأراضي فقهيًا أيضاً بحسب نوع الضريبة المطروحة عليها إلى نوعين: أراض عشريّة؛ وأراض خراجية.

أ - فالأراضي العشريّة: هي التي تخضع لضريبة «العشر»، أي يؤخذ لبيت المال عشرة في المائة من محصولها الزراعي.

ب - والأراضي الخراجية: هي التي تخضع لضريبة «الخراج» وهي ضريبة مالية على الأرض، متروك تقديرها للسلطان بحسب حالة المكلّف والأرض، غير مقيدة بمقدار العشر.

والخراج نوعان: خراج مقاسمة، وخراج وظيفة.

١ - فخراج المقاسمة: هو ما يؤخذ مما تخرجه الأرض عيناً، أي أنه جزء من الخارج نظير العشر، وإنما يختلف عن العشر في المقدار والمصرف.

- فالعشر معتبر من قبيل الزكاة، ومصرفه هو مصارف الزكاة.

- أما خراج المقاسمة فيتجاوز العشر. وأن حده الأعلى نصف الخارج فلا يجوز أن يتجاوزه. ويصرف في المصارف العامة للدولة.

٢ - وخراج الوظيفة: أو الخراج الموظف: هو ما يوظف، أي يرتب، من المال سنوياً على الأرض متعلقاً بذمة صاحبها المكلف لا بعين المحصول. فيؤخذ منه ولو عَطَّل الأرض وأهمَل استغلالها؛ كما لو فرض على كل مساحة فدان من الأرض دراهم محدودة أو مقدار من القمح ونحوه يؤديه إلى بيت المال.

٦/١٦ - هذا، وإن كلاً من الأراضي العشرية والخراجية هي من قسم الأراضي المملوكة، فهي مملوكة الرقبة لأربابها في الأصل.

فإذا انقرض مالكوها وورثتهم حتى آلت إلى بيت المال أصبحت من أراضي المملكة، فتعطى للمستثمرين بالأجرة فتكون هذه الأجرة هي حظ بيت المال منها، فلا يؤخذ بعدها عشر ولا خراج، كما في أراضي الحوز.

ولذا يعتبر متأخرو الفقهاء أراضي المملكة وأراضي الحوز نوعاً ثالثاً مأجوراً، لا عشرياً ولا خراجياً.

وقد اعتبر متأخرو الفقهاء أراضي الشام ومصر من هذا القبيل، أي من أراضي المملكة، لانقراض مالكيها الأصليين (ر: البحر، وفتح القدير، والدر المختار، باب العشر والخراج).

وأما تعيين أنواع هذه الأراضي أيها يكون عشرياً وأيها خراجياً فهو مبين في باب العشر والخراج من الكتب الفقهية.

هذه خلاصة إجمالية عن التقسيم القديم للأراضي في الفقه الإسلامي.

ثانياً: التقسيم القانوني للأراضي

٧/١٦ - رأينا أن أراضي المملكة هي ما كانت رقبته لبيت المال، فلإمام حق التصرف فيها بحسب المصلحة، لأن من القواعد: «أن التصرف على الرعية منوط بالمصلحة» (المجلة/ ٥٨).

وقد أقر متأخرو الفقهاء إعطاء هذه الأراضي إلى الناس كي يعمروها ويستثمروها لقاء أجر حتى لا تتعطل، كما أقروا أن لا تنزع من أيديهم ما داموا

يؤدون ما عليها. وجوزوا لهؤلاء المتصرفين بها أن يفرغ أحدهم عن حقه لغيره لقاء بدل أو مجاناً، ولكن بإذن السلطان، لأن رقبتهما لبيت المال فهي «كالعواري في يد الرعايا» (ر: تنقيح الحامدية باب مشد المسكة، ١٨٧/٢).

فاعتبروا المتصرف بها كالمستأجر على أساس حق القرار مدى الحياة وفراغه كإيجار منه لغيره إلى مدة أوسع، فيشترط فيه إذن السلطان.

ولتشتت أحكام الأراضي في المراجع الفقهية، ولأن أراضي المملكة التي سميت أميرية إنما يعود الأمر فيها شرعاً إلى السلطان، رأى السلطان سليمان القانوني حاجة إلى تقنين أحكامها وضبطها؛ فأصدر قانوناً للأراضي جمع فيه أحكامها مستمدة من الشريعة، فكان هذا أول قانون في الحكومة العثمانية. ثم تابعت بعده القوانين

وتلك القوانين العثمانية زمرتان:

أ - فمنها ما يتضمن أقسام الأراضي وأحكامها العامة.

ب - ومنها ما يتضمن حقوق وحدود انتقال التصرف بالأراضي الأميرية إلى ورثة المتصرف عند وفاته، أي إرث التصرف.

أ - الزمرة الأولى من القوانين العثمانية حول الأراضي:

٨/١٦ - فأما الزمرة الأولى من تلك القوانين، وهي التي تعالج الأحكام العامة للأراضي في العهد العثماني فقد كان آخرها قانونان عامان:

أحدهما: «قانون الأراضي» العثماني الصادر في ٧ رمضان/١٢٧٤هـ، وهذا القانون قد قسم الأراضي في المملكة العثمانية إلى نفس الأقسام الشرعية السالفة البيان، أي إلى: مملوكة، وموقوفة، وأميرية، ومتروكة، وموات؛ كما قسم المملوكة إلى أربعة أقسام، منها العشرية والخراجية.

وقد اعتبرت المادة الأولى منه أراضي بلاد الشام خراجية مملوكة لأصحابها في الأصل، ولكنها آلت نهائياً إلى بيت المال لانقراض معظم

أصحابها فأصبحت أميرية كما عليه رأي متأخري الفقهاء على ما سلف بيانه .
وقد أتى هذا القانون بأحكام لكل نوع من أنواع هذه الأراضي إجمالاً،
وللاميرية منها بصورة خاصة تفصيلاً .

وقد منع هذا القانون المتصرفين في الأراضي الأميرية من الحفر فيها أو
صنع اللبن والآجر ونحوهما من تربتها إلخ . . وأكدت المادة /٣٦/ منه عدم
صحة الفراغ عن التصرف في الأرض الأميرية إلا بإذن مأمور الطابو (أي مأمور
السجل العقاري).

وثانيهما: «قانون التصرف بالأموال غير المنقولة» الصادر في ٥ جمادى
الأولى سنة ١٣٣١هـ، الذي جاء بتوسيع حقوق المتصرفين بالأراضي الأميرية،
وسوغهم كثيراً مما كان ممنوعاً عليهم، وجعل إجراء جميع المعاملات المتعلقة
بالتصرف فيها منحصراً بدائرة الدفتر الخاقاني الذي هو السجل العقاري العام .

وبمقتضى هذين القانونين المذكورين أصبح الإذن السلطاني المشروط
لصحة الفراغ عن التصرف في الأراضي الأميرية ببدل أو مجاناً يعتبر حاصلًا
بمجرد إجراء معاملة الفراغ لدى مأمور السجل العقاري وتسجيله إياها دون
حاجة إلى إذن خاص من السلطان كما كان من قبل . وليس للمأمور الموظف
أن يمتنع عن إجراء التسجيل .

ونصت المادة /٨/ منه على عدم جواز وقف الأراضي الأميرية ولا
الوصية بها من قبل المتصرفين فيها، لأنهم لا يملكون رقبته .

٩/١٦ - قانون الأراضي الجديد ذو الرقم /٣٣٣٩.

ظلت هذه القوانين العثمانية في أحكام الأراضي معمولاً بها في سورية
إلى سنة ١٩٣٠م حيث أصدر المفوض الفرنسي في عهد الانتداب الفرنسي
قانون الأراضي الجديد الذي سمي أيضاً: «نظام الملكية العقارية» ذا الرقم
/٣٣٣٩/ فحل محلها، ونظم أحكام جميع أنواع الملكية والحقوق العقارية
لا الأراضي فقط، وأدخل مبدأ مرور الزمن المكسب في العقار .

وقد خولت المادتان/ ١٥ - ١٦/ منه صاحب حق التصرف في الأراضي الأميرية أن يستغلها ويستحق كل ما يتحد بها اتحاداً تبعياً، طبيعياً كان أو اصطناعياً، وأن يتصرف بها بملء حرите، وأن يبني فيها ما يشاء، ويحفر إلى العمق الذي يشاء وأن يستخرج منها مواد البناء دون غيرها من سائر المنتجات كالمعادن والدفائن والفحم الحجري، وذلك ضمن الحدود والقيود التي توجبها القوانين والأنظمة الأخرى.

وكذلك سوغت المادة/١٧/ منه صاحب حق التصرف في الأراضي الأميرية أن يجري عليها ما يشاء من أعمال التصرف ما عدا الوقف، فأصبحت الوصية بالأرض الأميرية جائزة بمقتضاه، وفاقاً للحكم الشرعي الذي يسوغ الوصية بالمنافع، لأن حق التصرف بالأرض الأميرية هو من قبيل المنفعة دون الرقبة.

هذا، وإن المادة / ٢٧٠/ من القانون ذي الرقم / ٣٣٣٩/ المذكور المصححة بالقرار ذي الرقم / ١٣٥/ ل ر/ الصادر في ٢٢ حزيران سنة ١٩٣٤م، جاءت تنص على إلغاء قانون التصرف بالأموال غير المنقولة العثمانية الصادر في ٥ جمادى الأولى سنة ١٣٣١هـ بكامله، وعلى إلغاء جميع «قوانين الأراضي» العثمانية والإرادات السنية، وأحكام المجلة في جميع المواد التي هي موضوع بحث في هذا القانون الجديد؛ فبقي المعمول به من تلك الأحكام السابقة كل ما لم يبحث فيه هذا القانون الجديد ولا يخالفه.

ثم جاء أخيراً القانون المدني السوري الجديد سنة ١٩٤٩م، فأدمجت فيه نصوص قانون الملكية العقارية المذكور ذو الرقم/ ٣٣٣٩/ بكامله سوى تعديلات جديدة طفيفة كإلغاء حق الشفعة - الذي كان يقره قانون الملكية العقارية المذكور - إلغاء تاماً نهائياً.

١٦/ ١٠ - التقسيم المعمول به اليوم في سورية:

إن تقسيم الأراضي، بالنظر القانوني المعمول به لدينا اليوم قد تناولته المادة/ ٨٦/ من القانون المدني (يقابلها المواد/ ٥ - ٩/ من قانون الملكية

العقارية)، فقسمت العقارات - أي الأراضي - إلى خمسة أقسام، كما يلي:

١ - العقارات المملوكة: وهي الأراضي الواقعة داخل مناطق الأماكن المبنية بحسب التحديد الإداري لتلك المناطق.

٢ - العقارات الأميرية: وهي الأراضي التي تكون رقبتها للدولة، ويجوز أن يجري عليها حق «تصرف».

٣ - العقارات المتروكة المرفقة: وهي التي تخص الدولة ويكون لجماعة عليها حق استعمال، تعين مميزاته واتساعه وفقاً للعادات المحلية والأنظمة الإدارية - أي كالأراضي المتروكة لمصالح القرى -.

٤ - العقارات المتروكة المحصية: وهي التي تخص الدولة أو البلديات وتكون جزءاً من أملاك الدولة.

٥ - الأراضي الموات: أو (العقارات الخالية المباحة)، وهي الأراضي الأميرية التي تخص الدولة إلا أنها غير معينة ولا محددة أي لم ينشأ عليها لأحد حق تصرف؛ بخلاف الأراضي الأميرية بمعناها المطلق فإنها أراض زراعية معينة محددة.

وهذه الأراضي الموات يجوز لمن يشغلها قبل غيره أن يستحصل بإذن من الحكومة على حق أفضلية له فيها، أي حق رجحان وأولوية في التصرف فيها وفقاً للشرائط المعينة في أنظمة أملاك الدولة.

وغني عن البيان أن التقسيم القديم الفقهي للأراضي بحسب نوع الضريبة إلى أراض عشرية وخراجية قد زال نظرياً وعملياً في بلادنا بمقتضى نظام الملكية العقارية السابق، ثم بالقانون المدني الحالي والأنظمة المالية في ضريبة الأراضي التي استبدلت بها لدينا أخيراً ضريبة الإنتاج الزراعي.

وقد كان ذلك التقسيم إلى عشرية وخراجية مرعياً في قانون الأراضي العثماني الآنف الذكر، إذ عدت فيه الأراضي العشرية والخراجية فروعاً من الأراضي المملوكة.

ب - الزمرة الثانية من القوانين العثمانية حول الأراضي:

١١/١٦ - أما الزمرة الثانية من قوانين الأراضي، وهي التي تتضمن انتقال التصرف في الأراضي الأميرية بالإرث، فقد بدأت أيضاً بالقانون الأول العثماني الآنف الذكر الذي أصدره السلطان سليمان. فإنه لم يجعل فيه لأحد من ورثة المتصرف في الأراضي الأميرية حق انتقال، بل تعود الأرض بوفاة المتصرف إلى بيت المال بناء على أنه في حكم المستأجر سنوياً، فإجارته تنسخ في المذهب الحنفي شرعاً بموته.

وإنما أقر لأولاد المتصرف بعد وفاته حق أولوية في استئجارها بيدل المثل.

وهذه الأولوية في الاستئجار كانت تسمى: «حق الطابو».

ثم تتابعت بعد ذلك قوانين وأنظمة كثيرة وُسِّع فيها أولاً انتقال «حق الطابو» هذا إلى غير الأولاد. ثم آل ذلك إلى تقرير انتقال في حق التصرف بالأرض الأميرية مجاناً إلى الورثة، على ترتيب ونظام يختلف عن ترتيب الإرث الشرعي في الأملاك الحرة، ويتساوى فيه الذكر والأنثى، باعتبار أن هذا الانتقال النظامي منحة للمتصرفين يعود للإمام صاحب السلطة العامة على هذه الأراضي حق توزيعها وترتيبها، كحق الواقف في فرض توزيع غلة وقفه كما يشاء، وليس إرثاً بالمعنى الشرعي.

١٢/١٦ - قانون انتقالات الأموال غير المنقولة:

وآخر قانون في ذلك هو القانون الجديد المعروف باسم «قانون انتقالات الأموال غير المنقولة» المؤرخ في ٢٧ ربيع الأول سنة ١٣٣١هـ = ٢١ شباط ١٩٢٧م^(١).

وقد جعلت فيه درجات الانتقال ثلاثاً تحجب كل منها ما بعدها، وهي:

أولاً: فروع المتوفى.

(١) الناس يسمون قواعد انتقال التصرف في الأراضي الأميرية، بمقتضى هذا القانون: بالإرث النظامي (مقابلاً للإرث الشرعي في الأموال الأخرى)، وهي تسمية غير صحيحة مخالفة لمبنى هذا القانون وتخريجه الفقهي الذي أجازته به المشيخة الإسلامية في الدولة العثمانية.

ثانياً: أبوا المتوفى، وفروعهما.

ثالثاً: أجداده وجداته، وفروعهم.

وجعل للزوج أو الزوجة مع أهل الدرجة الأولى الربع، ومع أهل الثانية والثالثة النصف.

وقد أقرت في هذا القانون أمور أهمها ما يلي:

١ - جعل نظام انتقال التصرف بالوفاة واحداً في الأراضي الأميرية وفي حق القرار المنشأ على عقار الوقف بطريقة الإجارتين (ر: ف ٣/٤ و ٧).

وقد كانت طريقة الانتقال قبلاً في حق الإجارتين على العقارات الموقوفة مختلفة عن طريقة الانتقال في حق التصرف بالأراضي الأميرية وأضيق منها.

٢ - ساوى في النصيب بين ذكور الأولاد وإنائهم كما ساوى بين الزوجين في النصيب.

٣ - أقر قاعدة الخلفية والتمثيل، وهي أن يعتبر المتوفى عند وصول الحق إلى درجته ممثلاً بولده الذي يخلفه، فيقوم الأولاد مقام أبيهم فيستحقون نصيبه الذي يستحقه لو كان حياً مع وجود أعمامهم الذين هم أعلى طبقة.

وعليه إذا مات أحد أولاد المتصرف بالأرض الأميرية عن أولاد ثم مات والده المتصرف، فإن الحفدة يستحقون نصيب أبيهم المتوفى من تركة جدهم الذي توفي بعد أبيهم، ولا يكونون محجوبين بأعمامهم كانهجابهم بهم في الإرث الشرعي المعتبر في الأملاك العادية. وهذه المسألة هي المعروفة بين الناس بمسألة «ابن المحروم»^(١) عالجهها هذا القانون في إرث المتصرف بالأراضي الأميرية.

(١) يلحظ في هذا المقام أنه أقر أخيراً في مصر قانون جديد للوصية عدلت فيه مسألة ابن المحروم في الإرث الشرعي العام عن طريق إيجاب وصية إجبارية لأولاد أحد الإخوة المتوفى قبل أبيه بمبلغ في تركة جدهم يعادل ميراث أبيهم منه لو كان أبوهم حياً عند وفاة جدهم على أن لا يتجاوز ثلث التركة، وذلك بالاستناد إلى بعض الاجتهادات =

ولا يزال هذا القانون معمولاً به في سورية إلى اليوم.

هذه خلاصة متسلسلة هامة عن أقسام الأراضي وأسمائها وأحكامها الأساسية شرعاً وقانوناً، تلقي نوراً على تطورها ومراحلها، وتعين على فهم ما يصادفه الباحث والطالب من أسمائها المختلفة وأنواعها في شتى المناسبات، فيدرك قديمها من حديثها، وناسخ أحكامها لدينا من منسوخها^(١).

١٦/١٣ - ثمرات التمييز بين العقار والمنقول:

إن ثمرة التمييز بين المنقول والعقار من الأموال لم تكن، في الأحكام الفقهية الأصلية، بالمكانة التي لها اليوم في ظل التشريع القانوني. فلم يكن هناك من تفاوت أساسي بين ما يتعلق بالمنقول وما يتعلق بغير المنقول من الأحكام إلا في بعض أمور وحقوق ناشئة عن طبيعة العقار تجري فيه ولا تجري في غيره، كحق الشفعة وحقوق الجوار والارتفاق، وكأحكام غصب العقار بناء على اختلاف الفقهاء في إمكان غصب العقار وعدمه.

أما بعد وجود التشريع العقاري القانوني في سورية وتأسيس التشكيلات العدلية التي تعددت بمقتضاها المحاكم واختلفت وظائفها واختصاصاتها منذ العهد العثماني إلى اليوم، فقد أصبح للتفريق بين المنقول والعقار ثمرات هامة

= الإسلامية في الوصية الإجبارية للأقارب. وهكذا عولجت في مصر قضية «ابن المحروم» عن طريق الوصية الإجبارية.

ثم صدر لدينا في سنة/١٩٥٣م قانون الأحوال الشخصية - وكنت أنا أحد أعضاء اللجنة التي كلفت وضعه - فتبنى هذا القانون لدينا تدبير الوصية الإجبارية الذي سلكته مصر مع تعديل يسير وجدناه ضرورياً. وهكذا زالت من الوجود لدينا قضية ابن المحروم ومشكلتها.

(١) ترى مراجع هذه الخلاصة وتفصيل الأحكام في باب العشر والخراج وكتاب الوقف من رد المحتار وغيره من الكتب الفقهية، وفي نصوص قوانين الأراضي العثمانية المشار إليها آنفاً، وكتاب أحكام الأراضي للأستاذ الكبير شاكرك الحنبلي، وأحكام الأراضي أيضاً للأستاذ المحامي دعيبس المر، وفي نظام الملكية العقارية السابق لدينا ذي الرقم/٣٣٣٩، وفي القسم الثاني من القانون المدني الذي أدمجت فيه نصوص نظام الملكية العقارية المذكور وفي جانب من مقدمته أيضاً.

ولا سيما في الأمور الشكلية، كاختصاص المحاكم ووجوب تسجيل العقود والحقوق العقارية في السجل العقاري.

وإننا سنجمل فيما يلي ذكر النتائج الناجمة عن التفريق في الأموال بين المنقول والعقار في الأحكام الفقهية الأصلية، وفي الأحكام القانونية.

١٤/١٦ - (أ) في الأحكام الفقهية:

١ - إن الشفعة تجري في العقار ولا تجري في المنقول ولو كان هذا بناء مبنياً أو شجراً مغروساً، إلا تبعاً للعقار كما تقدم.

ومثل الشفعة في ذلك بيع الوفاء، فإنه يختص بالعقار دون المنقول على أرجح الآراء الفقهية^(١) (ر: الدرر أواخر البيوع ورد المحتار، ٤/٢٤٨).

٢ - إن الوقف أيضاً إنما يصح في العقار دون المنقول إلا إذا وقف المنقول مع العقار الذي هو تبع له، أو كان من المنقولات التي جرى العرف والتعامل على وقفها منفردة، كالمصاحف والكتب وأدوات حمل الموتى.

وكذلك الحقوق العينية الطارئة على الوقف، أي حقوق القرار المعروفة بأسماء مختلفة كالحكر والإجارتين والمرصد والكذك إلخ... لا تجري في الموقوف من المنقولات وإنما تختص بالعقار الموقوف كما تقدم.

٣ - إن المنقول المبيع لا يصح من المشتري أن يتصرف فيه ببيع ونحوه قبل قبضه. أما العقار المبيع فيصح تصرف المشتري فيه قبل قبضه (المجلة / ٢٥٣).

والعلة في ذلك أن البيع يبطل بهلاك الشيء المبيع قبل التسليم، والمنقول عرضة للتلف، فتداول الحقوق عليه قبل استقرار ملكية المشتري

(١) يلحظ هنا أن بيع الوفاء أصبح ممنوعاً وعقده باطل بمقتضى المادة /٤٣٣/ من القانون المدني لدينا.

بالقبض هو غرر وتسرع يعرض تلك العقود والحقوق اللاحقة للبطلان والضياع إذا هلك المبيع في يد بائعه الأول^(١).

٤ - حقوق الجوار والارتفاق تتعلق بالعقار ولا تتعلق بالمنقول.

٥ - المنقول يمكن غصبه بلا خلاف بين الفقهاء وتترتب على الغاصب أحكام الغصب المقررة في محلها.

أما العقار فمن الفقهاء من يرى أنه غير قابل للغصب، إذ لا يمكن نقله وتحويله. وهذا رأي الإمامين أبي حنيفة وأبي يوسف.

ومنهم من يرى قابليته للغصب، وهذا رأي محمد، وهو الراجح الذي اعتمدته المجلة (ر: م/٩٠٥ - ٩٠٩)^(٢).

(١) إن نصوص القانون المدني، وقبله المادة/ ٦٤ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثمانية لدينا يقتضي عمومها صحة بيع المنقول قبل القبض.

(٢) وجهة نظر الإمامين في عدم جريان الغصب في العقار أن الغصب المتصور فيه ليس في الحقيقة غصباً للعقار بل هو إقصاء لصاحبه عنه، كمن يقصي الراعي عن مواشيه، والغصب لا يتحقق إلا بإزالة يد المالك عن ماله بفعل يقع من الغاصب على المال ولا يكون هذا إلا بالنقل والتحويل، والعقار لا يتصور فيه ذلك.

ووجهة نظر الإمام محمد في إمكان غصب العقار أن الغصب يتحقق بمجرد إزالة يد المالك عن ماله، ولا يشترط أن تكون تلك الإزالة بفعل في المال. وهذه الإزالة فيما يحتمل النقل إنما تكون بالنقل والتحويل، وفيما لا يحتمله تتحقق بإخراج المال عن أن يكون منتفعاً به في حق المالك، أو بإعجاز المالك عن الانتفاع به. وبهذا يتحقق الغصب في العقار كما في المنقول.

وثمرة الخلاف في إمكان غصب العقار تظهر في عدم التزام الغاصب بضمان قيمته إذا هلك في يده على الرأي الأول، والتزامه بالضمان على الرأي الثاني.

وعلى هذا: لو غصب إنسان عقاراً فجاء آخر فأتلفه فالتزم بالضمان على المتلف فقط عند الشيخين (أبي حنيفة وأبي يوسف)، لأن الغصب لم يتحقق فانفرد الإلتلاف بالاعتبار.

وعند محمد يتخير المالك بين تضمين الغاصب وتضمين المتلف. فإذا اختار تضمين الغاصب يرجع هذا على المتلف بما ضمنه لأنه يملكه الغاصب بضمان قيمته ملكاً مستنداً إلى تاريخ الغصب، أي يكون لملكه بالضمان أثر رجعي، فيكون الإلتلاف قد وقع على ماله. (ر: بدائع الصنائع، كتاب الغصب ٧/١٤٣ و ١٤٦ و ١٤٨، والهداية أيضاً، وغيرهما).

٦ - عقار القاصر لا يجوز للولي أو للوصي بيعه إلا بإذن القاضي في حالات محدودة ومعدودة مبينة في الكتب الفقهية، وفي قانون الأحوال الشخصية، وكلها من حالات الضرورة وهذا المنع لأن بقاء عين العقار أصون من حفظ ثمنه.

أما أموال القاصر المنقولة فيجوز بيعها وحفظ ثمنها.

١٥/١٦ - (ب) في الأحكام القانونية:

١ - في ظل الأحكام القانونية في سورية تخضع العقارات والحقوق العينية فيها والتصرفات المتعلقة بها للنظم والأحكام العقارية الخاصة، ومن أهمها مبدأ «إعلانية العقود» الذي يقضي بوجوب تسجيلها في السجل العقاري، واعتبار جميع العقود التي تعقد دون تسجيلها في السجل العقاري عديمة الأثر ولا حجة فيها على الأشخاص الثالثين (غير العاقدین) إلا من تاريخ تسجيلها في السجل العقاري، كما هو مفصل في مواضعه من القوانين العقارية، وخصوصاً لدينا المادة/ ٢٠٤/ من نظام الملكية العقارية ذي الرقم /٣٣٣٩/ (التي أصبحت المادة /٨٢٥/ في القانون المدني)، وكذا المادة/١١/ من القرار ذي الرقم /١٨٨/ المتعلق بالتسجيل العقاري.

أما المنقولات فتخضع مباشرة للأحكام المدنية العامة لا لنظام خاص، ولا يشملها مبدأ العلانية، فلا يجب في عقودها التسجيل^(١). حتى أنه في العقد الواحد كالرهن:

- إذا كان المرهون عقاراً يكون تابعاً لأحكام الرهن في القانون العقاري: فيتم رهنه بمجرد وضع إشارة الرهن في صحيفة العقار من السجل العقاري

(١) على أنه قد يفرض قانوناً لزوم التسجيل في عقود المنقولات على سبيل الاستثناء لاعتبارات تقضي بها المصلحة العامة الزمنية في نظر الحكومة، كما في السيارات اليوم؛ فإن بيع السيارة يجب تسجيله في السجل المخصوص في إدارة المواصلات، والعبرة لقيود هذا السجل في تعيين المكلف القانوني بالضريبة المالية عليها، فالرسوم المالية المفروضة عليها تستوفى من صاحب الملكية الرسمية المسجلة باسمه.

دون حاجة إلى قبض، ولا يسقط الدين بهلاكه وهو مرهون؛ خلاف المقرر من شرائط الرهن وأحكامه الشرعية في نظر الفقهاء.

- وإذا كان المرهون مالا منقولاً طبقت فيه أحكام الرهن العامة في القانون المدني كما يرى في موضعه من عقد الرهن.

٢ - قوانين الإيجار التي تعاقبت في هذه البلاد منذ سنين لتحديد حرية المؤجرين في الإيجار وفي الأجور، وتمديد عقود الإيجار للمستأجرين ومنع تخليتهم إلا بأسباب معينة رعاية لظروف زمنية باسم النظام العام، كل تلك القوانين إنما تتعلق بإيجار العقار ولا تسري على إيجار المنقولات، بل يخضع إيجار المنقولات لأحكام الإجارة العامة.

٣ - فيما يتعلق بأصول المحاكمات واختصاص المحاكم قد يختلف مرجع الدعوى بغير المنقول عن مرجع الدعوى بالأموال المنقولة كما هو معروف في قانون أصول المحاكمات الحقوقية.

فالمحكمة المختصة في دعوى العقار هي المحكمة التي في منطقتها يقع العقار؛ أما في دعوى المنقول فمحكمة مقام المدعى عليه.

٤ - عندما تلجأ دوائر التنفيذ إلى بيع أموال المدين لوفاء دين محكوم به تبدأ ببيع أمواله المنقولة بمقتضى أحكام قانون الإجراء، ولا تباع عقاره إلا إذا لم تكف أمواله المنقولة.

٥ - إزالة الشيوع الجبرية كانت تختص بالعقار، ثم عممت لدينا أخيراً على المنقول المشترك تعديلاً لقانون حكّام الصلح الذي يجعل دعوى إزالة الشيوع من اختصاصهم^(١).

(١) بعد الوحدة التي قامت بين مصر وسورية عام ١٩٥٨م سميت محاكم الصلح لدينا: «المحاكم الجزئية» بمقتضى قانون السلطة القضائية الجديد الموحد جرياً على الاصطلاح المتعارف في مصر.

obeikandi.com

الفصل السابع عشر

في العكس والدين

- ١/١٧ - يتشعب البحث في هذا الفرع إلى ثلاثة مباحث:
- الأول: في موقع الدين من أقسام المال، وتعريف العين والدين.
- الثاني: في نتائج التمييز بين العين والدين.

المبحث الأول

موقع الدين من أقسام المال تعريف العين والدين

- ٢/١٧ - المال، بالمعنى الاصطلاحي في نظر فقهاء الحنفية، لا يمكن تقسيمه إلى عين ودين، لأنه لا يكون إلا أعياناً.
- فالديون في الذمم هي حقوق شخصية مملوكة لأصحابها، والتزامات على من هي في ذممهم^(١).

(١) يعبر الفقهاء عن معنى الالتزام بوجه عام بلفظ «الحق» الذي يشمل عندهم جميع الحقوق المالية وغير المالية، ويتناول من الحقوق المالية الحقوق العينية والحقوق الشخصية جميعاً. (رسالة الدكتور شفيق شحاتة «نظرية الالتزام العامة في الشريعة الإسلامية» ف/٢٥٤).

فهم قد غلبوا لفظ «الحق» على ناحيتي الرابطة الالتزامية، على عكس اصطلاح نظرية الالتزامات التي غلب فيها لفظ «الالتزام» على الناحيتين (ر: ما تقدم ف ١/٥). وقد يستعمل الفقهاء لفظ «الواجب» في معنى الالتزام من ناحيته السالبة أي من ناحية المكلف الملتزم، فيقولون مثلاً: «من عليه الواجب» للتعبير عن الملتزم.

يقول الفقهاء الحنفيون: «إن الدين هو: وصف في الذمة».

واختلفوا هل يعتبر ملكاً لصاحبه وهو في الذمة، أو لا يعتبر لأنه مجرد وصف شرعي؟

وقد رجحوا النظر الأول فقالوا:

«الحق إنه يملك، ولذا جازت هبة الدين للمدين وهي تمليك، واعتبر الدين المشترك من قبيل شركة الملك، حتى لو أخذ أحد الشريكين فيه من المدين شيئاً عن حصته يشاركه فيه الآخر».

(فتح القدير أول كتاب الشركة).

ونحن هنا إنما نتكلم عن الدين بمناسبة تقسيم المال، لا باعتبار أنه من أقسام المال الاصطلاحي عند الفقهاء الحنفية، بل باعتبار أن الدين يقابل العين المالية كما تقابلها المنفعة.

على أن الفقهاء قد يصفون الدين بأنه؛ مال حكمي^(١) أي شيء اعتباري يملكه الدائن وهو موجود في ثروة المدين، فيصح أن يقال أن الدين عند الفقهاء مال من حيث المآل.

وقالوا: إن من أوصى بثلث ماله وله دين وعين يدخل الدين أيضاً في وصيته على الرأي الراجح (رد المحتار باب الوصية بثلث المال).

ومن جهة أخرى، نرى أن الديون تعتبر أموالاً في مذاهب فقهية أخرى وفي الأحكام القانونية التي تدخل في زمرة الأموال الحقوق والمنافع وكل ما تعورف تداوله بين الناس (ر: ف ٤/١٢).

وكذلك يجوز حجز الدين في ذمة مدين المدين لمصلحة دائن الدائن بمقتضى أحكام التنفيذ القانونية كما تحجز الأموال العينية، فيرتب عندئذ على مدين المدين أن يفرغ ذمته في يدي دائن دائنه لا في يدي دائنه.

(١) ر: «الأشباه والنظائر» لابن نجيم. ج ٢ الفن الثالث ص ٢٠٩.

٣/١٧ - تعريف العين والدين:

العين هي: الشيء المعين المشخص، كبيت، وحصان، وكروسي، وصبرة حنطة، وصبرة دراهم حاضرتين، فكل ذلك من الأعيان (المجلة/ ١٥٩).

ويفهم مما تقدم في الفقرة ١/١٢ وما بعدها أن الأعيان تنقسم إلى أعيان ذات قيمة فتكون مالاً، وغير ذات قيمة فلا تكون مالاً.

وذات القيمة تنقسم إلى متقومة - أي مباحة الانتفاع شرعاً - وغير متقومة، كما تنقسم إلى مثلية وقيمية، وإلى منقولة وغير منقولة.

أما الدين فهو: ما يثبت في الذمة، كمقدار من الدراهم في ذمة رجل (المجلة/ ١٥٨)^(١).

(١) في هذه المادة من المجلة تعميم للفظ «الدين» على أحوال أخرى في اصطلاح الفقهاء إذ قالت ما نصه:

«الدين ما يثبت في الذمة كمقدار من الدراهم في ذمة رجل، ومقدار منها ليس بحاضر، والمقدار المعين من الدراهم أو صبرة الحنطة الحاضرتين قبل الإفراز، فكلها من قبيل الدين». والمراد بالحالة الأخيرة المقدار المعين كمية على وجه الشيوخ، كالنصف والربع مثلاً، لا المعين ذاتاً، بدليل قولها: «قبل الإفراز» فإن المعين ذاتاً يكون مفرزاً.

ولا يخفى إن ما سوى الثابت في الذمة هو من قبيل الأموال المادية، لأنه في الحقيقة أعيان. فالنصف الشائع من مال مثلي لا يخرج شيوخ الملكية عن كونه عيناً مالية، وإنما يجعله الشيوخ غير متميز عن سواه. فتسميته ديناً هو مجرد اصطلاح بسبب مثليته وعدم تمييزه، فهو داخل في الأعيان المالية، وليس هو المقصود بكلمة «الدين» في موضوع بحثنا، لأن بحثنا موضوعه الدين الثابت في الذمة.

فلذا لم نأخذ من تعريف المجلة للدين إلا الحالة الأولى، لأنها محل البحث في مقابل العين.

على أنهم قد يخصون العين في بعض كلامهم بالدراهم والدنانير الحاضرة دون سواها من الأعيان. ففي رد المحتار من باب الوصية بثالث المال فيما لو أوصى أحد بألف وله دين وعين ما نصه:

«قال أبو يوسف: العين الدراهم والدنانير، دون التبر والحلي والعروض والثياب. والدين كل شيء يكون واجباً في الذمة من ذهب أو فضة أو حنطة ونحو ذلك».

فهذه اصطلاحات استثنائية، والاصطلاح الفقهي العام في معنى «الدين والعين» هو ما اقتصرنا عليه في متن هذا الكتاب.

والدين في الفقه الإسلامي يعبر به في الأصل عن الناحية السالبة في الالتزام النقدي أو ما في حكمه، أي عن التزام الملتزم بدفع نقود وما في حكمها من الأموال المثلية التي تثبت في الذمة، كمن اقترض مثلياً أو أئلفه فإنه يكون ملتزماً بمثله ديناً في ذمته، وعليه وفاءه من أي الأموال العينية المماثلة للثابت في الذمة (ر: ف ١٠/١٤).

على أنه قد يستعمل لفظ «الدين» للتعبير عن الناحية الموجبة في الالتزام، أي ناحية الملتزم له وهي «الحق» إذا كان أيضاً محل الالتزام مبلغاً من النقود أو أشياء مثلية، فيقال: لفلان على فلان دين أي حق مالي ثابت في ذمته.

وأغلب مصادر الديون هي تارة العقود، كالقرض والبيع والكفالة والصلح والنكاح، إلخ...؛ وتارة الفعل الضار كما في دين التعويض عن المتلفات، وضمنان المغصوب^(١).

المبحث الثاني

في نتائج التمييز بين الدين والعين

يترتب على التمييز بين الأعيان المالية والديون نتائج هامة في الأحكام الفقهية العملية، نشير إليها إجمالاً فيما يلي:

٤/١٧ - أولاً: الديون أمور اعتبارية محلها الذمم التي تشغل بالتزاماتها وليس لها وجود خارجي.

أما الأعيان المالية فهي أموال ذات وجود خارجي.

على أن الديون إنما توفى التزاماتها بدفع الأعيان المالية المثلية من جنسها في مقابلها.

(١) تقدم أن الفقهاء يميزون بين عنصري الالتزام بالدين، وهما: أصل الدين، والمطالبة به، وإنهما قد يجتمعان، وقد ينفك أحدهما عن الآخر، فلينظر (ف ٤/٧).

٥/١٧ - ثانياً: الديون لا يكون محلها إلا مالا مثلياً.

وذلك لأن المال المثلي هو الذي يقبل الثبوت في الذمة بسبب أن له أمثالاً يمكن المطالبة بأدائها عنه عيناً.

أما الأعيان فمنها المثلي ومنها القيمي. وإن القيمي منها لا يثبت في الذمة، وإنما يتعلق الحق بعينه، وقد ينتقل الحق عن عينه إلى قيمته فتثبت عندئذ في الذمة كما تقدم (ف ٧/١٤).

وقد استثني من هذا العموم بعض أموال قيمة اعتبر الفقهاء لها ثبوتاً في الذمة في بعض العقود. فقد سوغوا أن تكون المصنوعات القابلة للضبط صفة ومقداراً كالثياب والأحذية والمفروشات ونحوها موضوعاً لدين، فتثبت في الذمة عندما يكون الالتزام إلى أجل، كما في بيع السلم والاستصناع.

أما الحيوان فإنه لا يكون ديناً، لثفاوته، وإنما يمكن ورود الالتزام على أفراد معينة منه، على سبيل الالتزام بالعين، أي الالتزام بتسليم عين معينة كما تقدم بيانه في بحث موضوع الالتزام (ف ٣/٧).

على أنهم قد استثنوا المهر في عقد النكاح فأجازوا أن يكون حيواناً أو غيره من القيميات معينة بنوعه لا بذاته، ويعتبر ديناً على الزوج، ويلزمه المتوسط من أفراد نوعه في الجودة والرداءة. (ر: الدر المختار ورد المحتار في باب المهر). والعلة في هذا التسامح أن المال ليس هو الغاية المقصودة في عقد النكاح.

٦/١٧ - ثالثاً: الديون الثابتة في الذمم لا تقبل القسمة إلا بعد أن تقبض.

وعلى هذا لا يحق لأحد الشركاء في الدين المشترك أن يستأثر بما قبضه من المدين في مقابل حصته، بل يكون لشركائه في الدين أن يقاسموه في المقبوض بحسب حصصهم (المجلة/ ١١٠١ - ١١٠٥) إذ لو اعتبر أن القابض إنما قبض حصته فقط لكان ذلك اقتساماً للدين المشترك في الذمة^(١). وهو فيها

(١) الدين المشترك: هو ما ثبت لأشخاص متعددين في ذمة آخر بسبب واحد، كالإرث، وكما لو باع اثنان مالا مشتركاً بينهما لآخر صفقة واحدة فيكون الثمن ديناً مشتركاً =

وصف شاغل، فلا يقبل القسمة إلا بعد القبض.

٧/١٧ - رابعا: الديون في الذمم لا تعتبر محلاً صالحاً لعقود التملك والمعاوضة.

فلو باع إنسان من آخر دينه الذي على ثالث فالبيع باطل، وكذا لو وهبه دينه الذي على شخص لم تجز الهبة؛ إلا أن يوكله أيضاً بقبضه، فحيثئذ يقبضه من المدين بحكم الوكالة، ثم يملكه بحكم الهبة، كما تقدم (ف ٥/٦).

وعن هذا لم يسوغوا مخارجة أحد الورثة عن حصته من تركة لها دين، لأن هذا التخارج يشتمل على بيع الدين، وإنما يجب أن تقصر المخارجة على ما سوى حصته من الدين.

على أنه قد استثني من ذلك بيع الدين للمدين نفسه بمالٍ آخر يدفعه إلى الدائن لأنه عندئذ في معنى الوفاء.

وكذلك استثنوا هبة الدين للمدين نفسه لأنها في معنى الإبراء والإسقاط. والقاعدة في هذا عند الفقهاء أنه «لا يجوز تملك الدين لغير من عليه الدين» (الدر المختار أول فصل التخارج من كتاب الصلح).

وفي هذا تحديد من قابلية انتقال الالتزام من ناحيته الموجبة - أي حوالة الحق - ففقهاء الحنفية لم يسوغوا ذلك إلا بطريق الحوالة فقط.

فالشخص الذي له وعليه دين يستطيع أن يحيل دائنه على مدينه، ولكنه لا يستطيع أن يبيع دينه بيعاً لأحد غير المدين^(١).

= بينهما، أما لو باعه كل منهما حصته بعقد مستقل فلا شركة بل يختص كل بدينه. وقد تقدم ذكره وبيانه في عدة مناسبات من الجزء الأول، المدخل الفقهي العام (ر: ف ٤/٤ و ٧/٢٤).

(١) وهذا المنع مبني على قاعدة سد الذرائع لأنه يصلح ذريعة إلى المراباة، كما يحصل عند حسم (خصم) الورقة التجارية لدى المصرف الذي يعجل لمالكها قيمتها الاسمية بعد حسم مبلغ معين (يشمل الفائدة عن المدة الباقية إلى تاريخ الاستحقاق مع عمولة التحصيل). ر: الطبعة التمهيدية لموضوع «الحوالة» في مشروع الموسوعة الفقهية الكويتية، ف ٣٧٧ ص ٢٤٢. وزارة الأوقاف، ١٣٩٠هـ / ١٩٧٠م.

وهذا ما أوهم بعض الباحثين أن حوالة الحق في الفقه الإسلامي، وخاصة في الاجتهاد الحنفي، غير جائزة كما تقدم. (ر: ف ٢/٦).

وقد قدمنا هناك بيان الفرق بين طريق البيع وطريق الحوالة في هذا الموضوع^(١).

٨/١٧ - خامساً: عقد الحوالة لا يجري إلا في الديون دون الأعيان، لأن الأعيان، إنما تستوفى بذواتها لا بأمثالها كما تقدم.

ولكن الأعيان يمكن أن ينيب صاحبها غيره في قبضها إنابةً.

٩/١٧ - سادساً: الديون يجري فيها التقاص:

ومعناه أنه إذا ثبت للمدين عند الدائن مثل ما للدائن عليه جنساً وصفةً مع توافر شرائط مبسوطه في مواطنها من كتب الفقه امتنعت المطالبة بينهما فكأنما أصبح كل منهما مستوفياً لدينه.

أما الأعيان فلا تجري فيها المقاصة. فلو كان لكل من شخصين عند الآخر عين مغصوبة وهما متماثلتان كان لكل منهما أن يطالب الآخر بالعين التي تخصه.

١٠/١٧ - سابعاً: الديون إنما تقضى بأمثالها على سبيل التقاص، أما الأعيان فإنما تستوفى بذواتها.

(ر: رد المحتار أواخر فصل التصرف في المبيع والثلث والحط منهما، وفي أوائل باب الوكالة بالخصومة والقبض).

= والحوالة ليست بيعاً للدين، وإنما هي نقل غير نهائي للمطالبة به (في حوالة الحق)، أو للالتزام بأدائه (في حوالة الدين). فإن تعذر قبض الحوالة يرجع المحال على المحيل كما تقدم إيضاحه (ر: ف ١/٦).

(١) يجب أن يلاحظ في هذا الصدد أن نصوص القانون المدني الجديد - وقبله المادة/ ٦٤ من قانون الأصول الحقوقية السابق - لدينا تقتضي صحة بيع الدين لغير من هو عليه في جميع صورته من مخرجه أو غيرها.

وهذا أيضاً مقتضى نصوص القانون التجاري في أسلوب حوالة سندات الأمر. ويلحظ أن هذا البيع ممنوع فقهاً لأنه يصلح ذريعة للمراباة كما تقدم.

وإيضاح ذلك: أن الدين في الذمة هو تكليف شاغل لها وليس متعلقاً بمال معين للوفاء منه. فإذا وفى المدين دينه فليس معنى ذلك أن الدين الذي كان في ذمته قد سقط. بل حقيقة الوفاء أن المدين قد أصبح بالوفاء دائناً لدائنه بمثل دينه^(١)، فيقع التقاص وتمتنع المطالبة بينهما لعدم فائدتها، إذ لو طالب أحدهما الآخر حق للآخر مطالبته بالمثل. (ر: رد المحتار، كتاب الأيمان ٣/١٣٨).

وقد رتب الفقهاء على هذا صحة الإبراء بعد الوفاء لأنه يلاقي ديناً قائماً في الذمة. فلو أبرأ الدائن مدينه إبراء إسقاط من بعد ما استوفى منه الدين حق للمدين أن يستعيد من الدائن ما كان استوفاه منه، لأن ما ثبت للمدين بالوفاء في ذمة الدائن لم يبق له مقابل للدائن في ذمة المدين بعد الإبراء ليُدوم حكم التقاص.

ولو كان الدين يعتبر بالوفاء ساقطاً سقوطاً والذمة منه فارغة لوجب إلغاء الإبراء بعده، إذ لا يمكن إسقاط الساقط أو تفرغ الفارغ لأنه من قبيل تحصيل الحاصل (ر: الأشباه والنظائر لابن نجيم مع حاشية الحموي، الفن الثالث ص ٢٠٩ و ٢١٠).

أما الأعيان فلا يتأتى فيها هذا الاعتبار، إذ العين التي يستحقها أحد بسبب من الأسباب إنما يستوفىها ممن هي في يده بذاتها، لأنها متعينة وليس محلها الذمة حتى تقضى بمثلها، وإنما محلها اليد التي هي في حوزتها.

١١/١٧ - ثامناً: الإبراء إنما يتعلق بالديون ولا يتعلق بالأعيان.

(الدر المختار، فصل التصرف بالمبيع والثلث).

وذلك لأن الإبراء إسقاط، وملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط - كما أوضحناه في نظرية الملكية من الجزء الأول - وإنما تقبله طائفة من الحقوق منها الديون.

(١) وذلك نظير طريقة الحساب الجاري في المعاملات التجارية.

وعلى هذا فرع الفقهاء فروعاً كثيرة، منها أن المغصوب منه إذا أبرأ الغاصب عن العين المغصوبة فإنما يبرأ عن ضمانها فقط ولا يملكها، فتبقى أمانة في يده للمالك.

ومثله ما لو أبرأ المودع الوديع عن عين الوديعة لم يكن لهذا الإبراء من حكم.

أما لو هلك المغصوب في يد الغاصب فأصبح ملتزماً بقيمته أو مثله، فإن إبراءه عما ثبت في ذمته يصح، لأن التزامه أصبح ديناً، والديون يسقطها من الذمم الإبراء.

وقالوا: إن البائع إذا حط عن المشتري بعض الثمن الذي في ذمته صح الحط ويلزم المشتري بالباقي فقط، بخلاف ما لو حط المشتري عن البائع بعض المبيع المعين، فإن الحط لا يصح، لأنه إسقاط لا يجري في الأعيان (الدر المختار كتاب البيع، فصل التصرف بالمبيع والثمن).

١٢/١٧ - تاسعاً: إن الدعوى بالعين لا تقام إلا على ذي اليد.
(م/١٦٣٥).

لأن الأعيان لا يمكن أن يكلف بتسليمها من ليست في حوزته. أما الدعوى بالدين فإنها يمكن أن ترفع على غير المدين، لإمكان وفاء الدين واستيفائه من غير المدين الأصلي. فإذا أصبح الشخص مسؤولاً بدين غيره لسبب من الأسباب الشرعية جاز للدائن مطالبته قضاء كما يطالب المدين الأصلي: فيطالب بالدين المكفول والكفيل، ويطالب بقيمة المغصوب الغاصب وغاصب الغاصب ومن في حكمه كالمشتري من الغاصب إذا أتلف المغصوب^(١)، (ر: المجلة/٩١٠). غير أن تضمين غاصب الغاصب

(١) إذا تداولت الأيدي المغصوب فهلك، فإن للمالك تضمين مثله أو قيمته أياً شاء من الغاصب الأول، أو غاصب الغاصب، أو من في حكمه كالمشتري منه. وأما إذا كان غير هالك بل قائماً عند ذي اليد الأخيرة فإن ذا اليد غير مسؤول بالضمان بل بالعين ما دامت عنده. كما أن غير ذي اليد من الغاصبين ومن في حكمهم غير =

يستقر عليه، أما تضمين المشتري من الغاصب فيسوغ له الرجوع على الغاصب.

= مسؤول بالعين لخروجها من يده، بل هو مسؤول بضماتها. وعلى هذا فلمالك الخيار بين أن يتبع العين فيدعي بها على ذي اليد الأخيرة فقط، وأن يتركها فيدعي بضماتها على أي غاصب خرجت من يده لأنه مسؤول بمجرد الغصب. وهذا ما يوجبه نص المادة/ ١٦٣٥ / من المجلة؛ فإن دعوى الضمان بالقيمة على الغاصب الأول صحيحة وإن كانت العين المغصوبة في يد غاصب الغاصب (ر): مرآة المجلة نقلاً عن النوع الخامس عشر من دعوى «البيزاية»؛ وشرح المجلة للأتاسي نقلاً عن جامع الفصولين؛ وكذا شرح سليم الباز تحت المادة/ ١٦٣٥).

وقد جرت في هذه القضية مناقشة في مصر بيني وبين جماعة من كبار الأساتذة الفقهاء: فقد كان رأيهم أن المغصوب ما دام قائماً غير هالك في يد الغاصب الأخير أو من في حكمه كالمشتري من الغاصب فإن حق المالك المغصوب منه منحصر شرعاً في تتبع العين فقط، فيدعى بها على ذي اليد الأخيرة، وليس له أن يختار تركها وتضمين الغاصب الأول مثلها أو قيمتها، لأن الموجب الأصلي للغصب رد العين، وإنما التضمين خلف عنها فلا يصار إليه مع وجود العين.

وقد أجبتهم بأن هذا صحيح بالنسبة إلى ذي اليد، فلا يدعى عليه بالتضمين مع وجود العين المغصوبة في يده. فأما بعد خروجها من يده فيجوز للمالك تضمينه، ولا يمنع من ذلك وجود العين في يد غيره، فإن الغاصب الأول مسؤول بمجرد الغصب، ولا تسقط مسؤوليته بخروج المغصوب من يده بغصب أو بيع أو غيرهما، وإنما تتحول من مسؤولية بالعين إلى مسؤولية بالضمآن، لأن دعوى العين لا تقام إلا على ذي اليد. فيكون المالك مخيراً بين تتبع العين لدى ذي اليد الأخيرة، وبين تضمين أي غاصب خرجت العين من يده.

على أنه لو انحصر حق المغصوب منه في تتبع العين لدى ذي اليد الأخيرة لضاع حقه، إذ قد ينقلها هذا إلى بلد آخر أو يعطيها شخصاً آخر كلما ادعى بها المالك فتمتنع خصومته. وهذا خلاف منطلق الأحكام الفقهية.

ثم وجدت النصوص الآتفة الذكر كما قلت.

وبهذه المناسبة اذكر أنه وقع خطأ في نقل المادة/ ١٦٣٥ / من المجلة في بعض نسخ المتن والشروح، فقد نقلت في شرح الباز وشرح الأستاذ سعيد المحاسني بالنص التالي: «الخصم في دعوى العين هو ذو اليد فقط. مثلاً إذا غصب أحد فرس الآخر وباعه لشخص آخر، وأراد صاحب الفرس استرداده فلا يدعيه إلا على الشخص الذي هو ذو اليد. وأما إذا أراد ذو اليد تضمينه قيمته فيدعي ذلك على الغاصب» اهـ.

وصواب العبارة هكذا: «وأما إذا أراد تضمين قيمته»، أي أراد صاحب الفرس (لا ذو اليد)، وهو الموافق بالحرف للأصل التركي المترجم عنه المقول في مرآة المجلة.

١٣/١٧ - عاشراً: نتائج فرعية أخرى:

هذا، وإن هناك أحكاماً فرعية سوى ما تقدم من القواعد والأسس في ثمرات التفرقة بين العين والدين يعسر استقصاؤها، فمن ذلك مثلاً:

أن الإقرار قد يعتبر ماساً بحق الغير فلا ينفذ، أو يعتبر قاصراً أثره على المقر فينفذ، وذلك بحسب اختلاف تعلقه بعين أو دين.

فقد نص الفقهاء على أنه: لو ادعى شخص أنه وكيل عن دائن غائب بقبض دينه، فأقر المدين بوكالته، يؤمر بدفع الدين إليه عملاً بإقراره.

أما لو أودع أحد شيئاً عند آخر وغاب، فادعى شخص أنه وكيل الغائب في قبض وديعته، فأقر له الوديع بالوكالة فإن مقتضى القياس الظاهر على مسألة قبض الدين أن يلزم الوديع بتسليم الوديعة إليه.

لكن الفقهاء تركوا هذا القياس الظاهر، وقرروا بطريق الاستحسان عدم إلزام الوديع بتسليم الوديعة إلى زاعم الوكالة ولو كان الوديع مقرأ بوكالته، ذلك لأن حق المودع في وديعته حق عيني وهو الملكية المتعلقة بعينها. ومن المحتمل أن يحضر وينكر التوكيل بالقبض، فتكون وديعته قد ذهبت وربما لا يمكن استردادها.

بخلاف صورة الدين، فإن حق الدائن فيها متعلق بذمة المدين، لا بعين المبلغ الذي يدفعه هذا المدين إلى زاعم الوكالة بالقبض. فإذا حضر الدائن، فأنكر التوكيل المزعوم يتبين أن الدفع السابق لم يكن وفاء صحيحاً للمدين، لعدم ثبوت وكالة القابض، فيكون حق الدائن باقياً على حاله في ذمة المدين، فيكلف بالدفع ثانية إلى الدائن، وله حق الرجوع على القابض زاعم الوكالة ليسترد منه ما دفعه إليه.

وإيضاح ذلك أن عملية وفاء الدين بالنظر الفقهي وفي الواقع هي أن المدين يدفع من مال نفسه ما يعادل الدين، ولا يعيد إلى الدائن عين ماله الذي استدانه منه. وهذا معنى أن الديون تقضى بأمثالها كما تقدم، بإقرار المدين بوكالة القبض لمن يدعيها هو إقرار على نفسه، فينفذ عليه ويقضى عليه

بموجبه. فإذا لم تثبت الوكالة فيما بعد كان هو المفرد في مال نفسه بإقراره لزاعم الوكالة.

أما الوديعة فلأن حق مالكها متعلق بعينها ذاتها لا بذمة الوديع يكون إقرار الوديع بوكالة قبضها إقراراً بلزوم تسليم مال غيره إلى شخص ثالث، فهو إقرار على غيره لا على نفسه، والإقرار حجة قاصرة لا يسري على غير المقر. فلو أنفذناه هنا كان تفريطاً في حق المالك المودع بمجرد إقرار الوديع (ر: ج ١ ف ٤/٤ و ٩٩/٨١ والدر المختار مع رد المحتار، باب الوكالة بالخصوصة والقبض ٤/٤١٣ - ٤١٤).

وهذا في الحقيقة من الصور الدقيقة في تمييز الفقهاء بين عينية الحق وشخصيته مما سلف إيضاحه (ر: ف ١٢/٢).

الفصل الثامن عشر

نظريّة النزعة وخصاًصها في نظر الفقهاء الإسلاميّين

١ / ١٨ - إن فكرة الدين، كما رأينا، تركز في الواقع على فكرة «الذمة». وبهذه المناسبة رأينا أن نبحت هنا عن الذمة بحثاً يكشف عن حقيقتها وخصائصها كشفاً ضرورياً، ويجلي بعض اشتباهاًت للأنظار فيها. إن لفظ «الذمة» في الفقه الإسلامي يفيد معنى الوعاء الاعتباري الذي يعي الديون الثابتة على الإنسان^(١).

وهذا المعنى الشرعي للذمة قائم على أساس معناها اللغوي في العربية. فالذمة والذمام في أصل اللغة بمعنى العهد، وسمي بذلك لأن نقضه يوجب الدم. ومن ذلك قول النبي ﷺ في حديث شريف: «المسلمون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم»^(٢).

أي إذا أعطى أحد المسلمين عهداً للعدو بالأمان سرى ذلك على جميع المسلمين فليس لهم أن يخفروا عهده. ومن ثم أيضاً كان من يستوطنون في دار الإسلام من غير المسلمين على عهد معهم بالأمان، يسمون ذميين أو أهل الذمة، أي أهل العهد والأمان. (ر: النهاية لابن الأثير).

(١) قد يستعمل أيضاً مرادفاً للالتزام النقدي خاصة فيقال: إن لفلان على فلان ذمة، أي أداء مبلغ من النقود.

وقد يتساهلون في استعمال لفظ «الذمة» فيريدون به معنى أهلية الوجوب التي تكون للشخص، أي صلوحه لثبوت الحقوق له وعليه، وسننبه إلى ذلك وننقده.

(٢) حديث حسن رواه أبو داود وابن ماجه. (ر: صحيح الجامع الصغير وزيادته، للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، رقم ٦٧١٢).

ولما كان على الإنسان الوفاء بدمته وعهده كانت الذمة بمعنى العهد منشأ الاستحقاق بالنسبة إلى الطالب أي صاحب الحق، ومنشأ الالتزام بالنسبة إلى الملتزم المسؤول بالحق، وكانت الذمة بهذا المعنى مناطاً للطلب، فحيثما توجد ذمة وعهد يتوجه الطلب.

ثم اعتبرت الذمة محلاً للواجبات المالية والدينية على السواء. وهذا هو أساس استعمالها عند فقهاء الشريعة في معناها الاصطلاحي، فهو يتصل بذلك المعنى اللغوي اتصالاً وثيقاً.

١٨/٢ - نقد التعاريف الفقهية المأثورة للذمة، والفرق بينها وبين الأهلية: اختلف الفقهاء وعلماء الفقه في مختلف المذاهب في تعريف الذمة. ومما عرفوها به أنها:

«وصف شرعي يصير به الإنسان أهلاً لما له وما عليه».

(تنقيح الأصول، لصدر الشريعة ٣/١٥٢).

وقيل أيضاً أنها:

«أمر شرعي مقدر وجوده في الإنسان يقبل الإلزام والالتزام».

(حاشية الحموي على «الأشباه والنظائر»، الفن الثالث ص ٢١٠).

ومعنى ذلك أنها شيء أو وصف افترضه الشارع افتراضاً وتقديراً في الشخص، به يصبح قابلاً لأن يكون ملتزماً أو ملتزماً له، أي مستحقاً أو مسؤولاً؛ وقابليته لذلك هي أن يصير صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات.

وهناك عدة تعاريف أخرى للذمة ذكرها فقهاء المذاهب قريبة في المآل من هذين التعريفين: (ر: كتاب «الحق والذمة» للأستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٨٦ الطبعة الأولى).

وهذه التعاريف وأمثالها للذمة إنما تجنح بها كما ترى إلى شاطئ الأهلية، أهلية الوجوب، فإن الأهلية شرعاً نوعان:

- أهلية وجوب، وهي قابلية الإنسان لأن تثبت الحقوق له أو عليه.
 - وأهلية أداء، وهي صلاحيته الشرعية لممارسة الأعمال بحيث تصح تصرفاته.

أما الذمة في الحقيقة، فإنما تدل على معنى الظرفية المقدرة في الإنسان لاستيعاب ما يثبت عليه من حقوق.

وإيضاح ذلك: أن أهلية الوجوب في الإنسان ذات عنصرين، وهما:

- قابليته لثبوت الحقوق له، أي صلاحيته للإلزام.

- وقابليته لثبوت الحقوق عليه، أي صلاحيته للالتزام.

أ - فناحية ثبوت الحق للإنسان تتوقف على أهلية فيه لأن تجب له حقوق أي على العنصر الأول من أهلية الوجوب. وهذا العنصر يثبت له منذ كونه جنيناً في بطن أمه بإجماع الفقهاء، ولا يستدعي وجود ذمة مقدرة في شخصه، لأن الحق له لا عليه.

ب - وأما ناحية ثبوت الحق على الشخص، أي ناحية الالتزام فإنها تتوقف على أمرين اثنين:

- أحدهما: أهلية في الشخص لأن تجب عليه حقوق أي قابلية التحمل، وهو العنصر الثاني من أهلية الوجوب. وهذا يثبت له منذ ولادته حياً^(١).

- وثانيهما: محل مقدر يتسع لاستقرار تلك الحقوق فيه، أي ظرف اعتباري منتزع من شخص الإنسان تشغله تلك الحقوق حال ثبوتها، ويفرغ منها بسقوطها.

وهذا الأمر الثاني، أي المحل، هو المعنى الحقيقي لكلمة «الذمة» فقهاً.

(١) وبهذا يكمل فيه معنى أهلية الوجوب بعنصرها، أي قابليته لثبوت الحقوق له وعليه. أما أهلية الأداء فتظل معدومة فيه حتى سن التمييز التي تبدأ فيها أهلية الأداء ناقصة، ثم تتكامل ببلوغ الرشد.

٣/١٨ - وهذان الأمران اللذان يتوقف عليهما تصور الالتزام هما متلازمان في الوجود متغايران في المفهوم، فإنه يلزم من كون الشخص أهلاً لتحمل الحقوق أن يكون في شخصه مستقر ومستودع لها، وبالعكس.

فمتى اعتبرت للشخص أهلية التحمل شرعاً اعتبرت له ذمة، ومتى اعتبرت له ذمة اعتبرت له أهلية تحمّل، ولكن ليست تلك الأهلية هي الذمة نفسها، بل بينهما من الفرق ما بين معنى القابلية ومعنى المحل.

دليل هذا التغير من نصوص الفقهاء:

ويدل على هذا التغير مع التلازم بين مفهومي الذمة وأهلية التحمل. أن الفقهاء في عباراتهم إنما يصورون الحق والذمة في صورة الشاغل والمشغول، فيقولون: «إن ذمته مشغولة بكذا» ويقولون: «إن الدين في الذمة وصف شاغل لها».

فهذا يفيد أن الذمة غير أهلية الوجوب التي هي مجرد قابلية. فلا يصح أن يقال مثلاً «إن أهليته أو قابليته مشغولة بالدين».

فالذمة في اصطلاحهم إنما تشعر بمعنى الظرفية لا الأهلية وإن كانا متلازمين وجوداً.

وقد تنبه بعض المحققين من الفقهاء والأصوليين إلى هذا التغير بين مفهومي الذمة وأهلية الوجوب، فجاء في كلامهم ما يشير إليه وإن لم يوضحه قصداً يبحث مستقل.

فقد جاء في أصول فخر الإسلام البيزدوي وشرحه للشيخ عبد العزيز البخاري (٢٣٨/٤) ما نصه:

«إن الآدمي يولد وله ذمة صالحة للوجوب بإجماع الفقهاء. أما أهلية الوجوب^(١) فهي بناء على قيام الذمة، أي لا تثبت هذه الأهلية إلا بعد وجود

(١) المراد العنصر الثاني من هذه الأهلية، وهو قابلية الالتزام الذي تتكامل به أهلية الوجوب، لأن العنصر الأول وهو قابلية الإلزام ثابت قبل ذلك للجنين في بطن أمه بإجماع الفقهاء كما تقدم آنفاً.

ذمة صالحة، لأن الذمة هي محل الوجوب، ولهذا يضاف إليها ولا يضاف إلى غيرها بحال» اهـ.

أي إنما يقال: ثبت الدين في ذمة فلان، ولا يقال: ثبت في أهليته كما بيناه آنفاً. فقد أفاد كما ترى أن الذمة أساس لأهلية الوجوب، فهما إذن مفهومان متغايران.

وذكر البزدوي أيضاً بعد قليل في الصفحة ٢٣٩:

«أن ولي الطفل إذا اشترى بحكم ولايته شيئاً له بعد ولادته فإن الطفل يملكه ويلزمه الثمن، أما قبل الولادة فلا لأنه كالجُزء من أمه فليس له ذمة مطلقة، فيكون صالحاً لأن يجب الحق له، لا لأن يجب عليه».

أي إنما يثبت الحق له قبل الولادة لأن العنصر الأول من أهلية الوجوب - وهو قابلية الإلزام - يثبت للجنين منذ علوقه في بطن أمه كما تقدم بيانه. ولم تثبت عليه الحقوق، لأن العنصر الثاني - وهو قابلية الالتزام - مبني على قيام الذمة، وهي لا توجد فيه إلا منذ الولادة كما نقلناه عنه آنفاً^(١).

(١) على أن كلام بعض الأصوليين لا يخلو من اضطراب في هذا المقام. فبينما نجدهم يصرحون بأن «أهلية الوجوب تعتمد على قيام الذمة» مما يفيد التغاير بينهما إذا بهم أنفسهم يقولون: «إن للإنسان قبل الولادة ذمة صالحة للوجوب له لا عليه، وبعد الولادة له ذمة صالحة للوجوب له وعليه» فيستعملون «الذمة» بمعنى أهلية الوجوب بعنصرها اللذين أوضحناهما. ويعلل صاحب «مرآة الأصول» ذلك بما خلاصته: «إن الله تعالى قد ميز الإنسان عن سائر الحيوان بخصوصية من قوى ومشاعر كانت سبباً في أهليته لوجوب أشياء له وعليه، فتلك الخصوصية هي المراد بالذمة» (مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول للعلامة مثلاً خسرو، بحث المحكوم عليه ص: ٣٢١) فخرج بالذمة عن معنى المحلية في الإنسان لحقوق غيره عليه إلى معنى القوى والخصائص الإعدادية التي تجعل الإنسان أهلاً لثبوت ما له وما عليه. ولذا أوردوا عليه أن هذا المعنى عندئذ يشبه بمعنى العقل، وينافي قول الفقهاء: ثبت في ذمة فلان كذا...

فكل ما يصادف من هذا القبيل في اضطراب العبارات عن الذمة منشؤه تساهل بعض العلماء وتوسعهم في استعمال لفظها، وغفلة بعضهم عن حقيقة معناها الفقهي لصلتها الوثيقة بالأهلية.

ولذلك قلنا في صدر بحثنا: إن الذمة هي وعاء اعتباري يستوعب الديون التي تثبت على الإنسان. فلا ارتباط له إلا بالعنصر الثاني من عنصري أهلية الوجوب، دون العنصر الأول، لأن الظرف إنما يحتاج إلى تقدير وجوده للشخص فيما عليه لا فيما له.

٤/١٨ - فتعريف الذمة بأنها «وصف أو معنى شرعي مقدر في الإنسان يقبل الإلزام والالتزام، أو يصير به أهلاً لوجوب ماله وما عليه» هو ذهاب بالذمة إلى معنى أهلية الوجوب بعنصرها.

وأبعد من هذا عن النظر السديد ما بينه القرافي من فقهاء المالكية في كتابه «الفروق» (٢٢٦/٣) بعدما عرف الذمة بنظير تلك التعاريف، إذ قال:

«وهذا المعنى جعله الشارع مسبباً عن أشياء خاصة منها البلوغ، ومنها الرشد: فمن بلغ سفيهاً لا ذمة له. ومن حجر عليه فقد ذمته كالمفلس» إلخ...

(ر: كتاب «الحق والذمة» ص: ٨٦).

فقد ذهب القرافي بالذمة إلى معنى أهلية الأداء الكاملة التي تشترط لصحة التصرفات ونفاذها، وتتوقف على البلوغ وتنسلخ بالحجر، إذ من المقرر أن كلا من المفلس والمحجور والطفل الوليد غير المميز يتمتع بأهلية وجوب كاملة تثبت بمقتضاها الحقوق له وعليه: فيرث، ويملك ما يوجب له، ويضمن قيمة ما يتلف، وتجب عليه النفقة لو غنياً.

فقوله بأن الصغير والسفيه والمفلس المحجور عليه لدين لا ذمة لهم معناه ليس لهم أهلية أداء تصح معها تصرفاتهم.

وهذا أبعد ما يكون عن معنى الذمة، ولعله اصطلاح للمالكية.

٥/١٨ - الذمة حقيقة اعتبارية لا مادية:

إن النصوص التي نقلناها وناقشناها في تعريف الذمة شرعاً كلها متفقة على أن الذمة هي أمر مقدر وجوده في الإنسان، ومفترض له افتراضاً.

وهرباً من هذا الافتراض التجأ بعض الفقهاء الأصوليين إلى القول بأن الذمة ليست سوى نفس الإنسان، فقال فخر الإسلام البزدوي: «إن الذمة نفس لها عهد».

ثم أوضحه بأن ذلك من قبيل المجاز بإطلاق اسم الحال، وهو العهد على المحل، أي نفس الإنسان. ثم شاع هذا الاستعمال فأصبح حقيقة عرفية. (ر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي ٤/٢٣٩).

والمقصود بهذا الرأي جعل الذمة أمراً ذا وجود مادي، حتى لا تكون الأحكام الشرعية مبنية على شيء افتراضي لا وجود له.

والواقع أن هذا التأويل لم يخرج أصحابه عن الافتراض، لأن تعلق الديون بنفس الإنسان ليس إلا تعلقاً اعتبارياً، وإنما تحولوا به من افتراض المحل إلى افتراض التعلق.

وذهب آخرون إلى أن تقدير الذمة من الأوهام والترهات، وأن الذمة في لسان الفقهاء لم تخرج عن أصل معناها اللغوي وهو العهد، فليس معنى قول الفقهاء: «ثبت في ذمة فلان كذا» إلا أنه ثبت بعهده أو فيما تعهد به أو التزمه. ويكفي لثبوت الواجبات أن الشارع كلفه بها.

ولكن الشيخ عبد العزيز البخاري رد هذا القول في كتابه كشف الأسرار (٤/٢٣٨) وقال: أنه مخالف للإجماع.

وجه الرد أن هذا الرأي ينتقض بالصغير والمجنون اللذين لا يصح منهما عهد مع أن الحقوق تثبت عليهما ولو لم يكن لهما مال، فتستوفى منهما متى امتلکا مالاً.

فتقدير ذمة الشخص على أنها محل لثبوت الحقوق عليه أمر لا مندوحة عنه. وليس ذلك من قبيل بناء الأحكام على افتراض وهمي بل هو أمر تقتضيه استقامة منطق الأحكام، ويتطلبه تخريجها وتأصيلها.

ويدل على ذلك أن الشرائع الوضعية أيضاً تفترض وجودها.

(ر: الحق والذمة ص: ٨٩ - ٩٠).

٦/١٨ - أقول: إن هذا الافتراض في الذمة يتوقف عليه أيضاً عمل التشريع في بناء بعض النظريات والأحكام الهامة:

أ - فصحة التزام الإنسان بما لا حد له من الالتزامات والديون دون نظر إلى قدرته وثروته، وكذا صحة تصرفاته بماله ولو بإخراجه عن ملكه عندما تكون عليه ديون مستغرقة لثروته، كل ذلك يصبح سهلاً تفسيره وقبوله في التشريع بافتراض ذمة للإنسان تكون محلاً واسعاً لثبوت الديون بلا حد، فتكون يد الإنسان في أمواله حرة رغم ديونه، لأن الديون عندئذ حقوق شخصية مكانها ذمته، ولا علاقة لها بعين أمواله.

ولولا تقدير الذمة لوجب أن نعتبر الديون متعلقة بعين أموال المدين وثروته فتشل حركته وفعاليته الاقتصادية، ولو كان دينه غير محيط بكل ثروته؛ لأن الجزء الكافي منها لوفاء الدين غير معين، فلا مجال لمنع تصرف المدين في بعض ماله وإطلاقه في بعض لما يترتب على ذلك من مشكلات كبيرة في التعيين والتخصيص، وهذا مخالف لمباني التشريع الإسلامي، والوضعي القانوني.

ب - ونظرية الشخص الحكمي الآتي بيانها في الفصل الثالث إنما تقوم في الفقه الإسلامي والنظر القانوني على تصور شخصية مفترضة غير طبيعية تتمتع بذمة مالية فتعتبر كالشخص الطبيعي في ثبوت الحقوق له وعليه. كما سنرى هناك.

فلولا قبول الذمة الافتراضية في الشخص الطبيعي لما أمكن تكوين الشخص الحكمي بالنظر الحقوقي شرعاً ولا قانوناً، لأن الشخصية الحكمية ذات الذمة المالية هي من أساسها افتراضية اعتبارية، وليست حقيقية ذات وجود خارجي.

ولا يخفى أن فكرة الشخصية الحكمية أساس في التشريع، وشأنها على الزمن وتطور الأوضاع الاقتصادية في تمكن واستحكام.

على أن افتراض الذمة تام الشبه بافتراض الشخصية الحكومية نفسها: فكما ساغ تشريعاً قبول شخصية مقدره لمؤسسة يتعلق بها مصلحة، أو لجمعية، أو لشركة؛ يسوغ كذلك قبول محل مقدر في شخص الإنسان تتعلق به الديون. وإذا كانت الشخصية الحكومية ليست وهماً محضاً بل منتزعة من وجود مادي هو في المؤسسات ما تتكون منه مصلحتها، وفي الجمعيات والشركات أفرادها، فإن الذمة أيضاً ليست أمراً وهماً بل منتزعة ومجرد من شخص الإنسان. فما دامت فكرة الشخصية الاعتبارية مقبولة بل ضرورية في أساليب التشريع السديد ففكرة الذمة الظرفية كذلك.

وهذا الافتراض والتقدير الواجب في كلتا الفكرتين هو ضرب من الفن الحقوقي في صياغة أساليب التشريع وبنائه النظري، يستعان به في تقرير المبادئ والنظريات لأجل اتساق الأحكام وانسجامها، مما يمتاز به تشريع عن آخر كما تقدم بمناسبة التمييز بين الحق العيني والشخصي (ف ٣/١١).

٧/١٨ - التعريف الصحيح للذمة في نظر الفقه الإسلامي:

بعد ما أسلفنا من التحقيق في تحديد معنى الذمة الشرعي يمكننا تعريفها فقهاً كما يلي:

إن الذمة هي محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه.

فهي بهذا الاعتبار ذمة شخصية، أي متصلة بالشخص نفسه لا بأمواله وثروته، وهي غير محدودة السعة والاستيعاب، فتثبت فيها الحقوق المالية وغير المالية مهما كان نوعها ومقدارها. فكما تشغل بحقوق الناس المالية تشغلها أيضاً الأعمال المستحقة كعمل الأجير، وتشغلها الواجبات الدينية من صلاة وصيام ونذور وغيرها.

٨/١٨ - خصائص الذمة:

والنظر في الأحكام التي أثبتها فقهاء الإسلام في الذمة يوصل إلى أن لها عندهم الخصائص التالية:

الخاصة الأولى: إن الذمة لا تثبت إلا لشخص مستقل، سواء أكان شخصاً طبيعياً أو حكماً.

فيتفرع عن ذلك:

١ - أنه لا ذمة للحيوانات والبهائم كما أنها لا أهلية لها. فلا تثبت عليها حقوق^(١) كما أنها لا تثبت لها. فلو أوصى لها إنسان أو وقف عليها لا يصح إذا كان مراده تملكها هي لا تملك مالها. فأما إذا أوصى بالإنفاق عليها كما لو أوصى بعلف تعلق منه فجائز عند الحنفية لأنها في الواقع وصية لمالكها لأن نفقتها عليه، حتى إن هذه الوصية تتم بقبوله وترتد برده وله أن ينفقها على غير الدابة من شؤونه (رد المحتار، من الوصايا).

واجتهاد الشافعية أيضاً كذلك، إلا أنهم في هذه الحال يوجبون صرف النفقة للدابة التي خصصها الموصي، لا لشؤون أخرى (ر: كتاب الحق والذمة ص/٩٦) أي احتراماً لإرادة الموصي لا استحقاقاً للحيوان.

٢ - أن الجنين من الإنسان في بطن أمه لا ذمة له لأن شخصيته غير مستقلة، بل هو جزء من أمه تابع لها مهياً للانفصال والاستقلال.

فلا تثبت عليه حقوق^(٢) لأن الذمة كما رأينا إنما تلازم في الوجود العنصر الثاني من عناصر أهلية الوجوب. وهو قابلية الالتزام. والجنين لا يتمتع إلا بالعنصر الأول منها وهو قابلية الإلزام، أي ثبوت الحقوق له فقط بشرط أن يولد حياً.

حتى أن عنصر الإلزام هذا قاصر فيه أيضاً فلا يثبت له من الحقوق سوى أربعة فقط: النسب، والإرث، والوصية، والاستحقاق في الوقف.

ولذا قال الفقهاء لا تصح الهبة للحمل، ولو اشترى الإنسان لحمه شيئاً

(١) في القانون الروماني كانوا يحكمون البهائم ويحكمون عليها، وظل ذلك في فرنسا أيضاً إلى القرن الثامن عشر الميلادي!!.

(٢) في الاجتهاد الحنبلي تجب نفقة الأقارب على الحمل إذا كان له مال، (ر: القواعد لابن رجب ص/١٨١) وعلى هذا تكون له عندهم ذمة.

لا يملكه الجنين فلا يجب في ماله ثمنه، ولا تثبت ولاية أو وصاية عليه^(١) لأحد (ر: الحموي على الأشباه الفن الثالث ص: ٢٠٢).

الخاصة الثانية: أنه لا يوجد شخص مستقل الشخصية بلا ذمة خاصة به.

فالذمة من لوازم الشخصية. وذلك لما رأينا من أن الذمة تلازم العنصر الثاني من أهلية الوجوب، وهو قابلية الالتزام؛ وهذا العنصر يبدأ بولادة الإنسان حياً إذ تتم بولادته أهلية الوجوب له وعليه.

وهذه الأهلية مناطها الصفة الإنسانية فتلازم الإنسان منذ وجوده، بخلاف أهلية الأداء فإن مناطها العقل، فلا تعتبر للإنسان قبل سن التمييز.

فلذا لا يتصور أن يكون شخص مستقل بلا ذمة ما دامت أهلية الوجوب تولد معه كاملة.

والشخص هنا أيضاً يشمل الطبيعي والحكمي، فإن الشخص الطبيعي يولد حساً، والحكمي يولد اعتباراً عندما يتكون بمقتضى التشريع تكوناً صحيحاً، كما سنرى في الفصل الثالث، وحينئذ تولد معه الأهلية وتنشأ عنها الذمة أيضاً.

الخاصة الثالثة: إن الذمة ليس لسعتها حد.

وذلك لأن الذمة ظرف اعتباري فيتسع لكل ما يتصور من الحقوق.

الخاصة الرابعة: إن الشخص الواحد ليس له سوى ذمة واحدة.

وذلك لأنه له شخصية واحدة، فلا حاجة بالشخص إلى أكثر من ذمة واحدة لأنها تتسع لجميع الحقوق والديون.

الخاصة الخامسة: إن الذمة لا اشترك فيها، فلا يكون للذمة الواحدة أكثر

من صاحب واحد.

(١) في مصر سوغت المادة /٣/ من قانون المجالس الحسينية إقامة وصي على الجنين بناء على رأي فقهي. فهل يقتضي هذا توسيع أهليته وصحة تملكه بهبة ونحوها؟ أو إدارة أمواله فقط؟

وذلك لأنه لو تعدد الأشخاص لكان لكل منهم الخصائص التي تقتضي له ذمة مستقلة. فلو تصورنا اشتراكهم في ذمة واحدة لكان كل منهم وحده لا ذمة له، وهذا ممتنع لتلازم الشخصية والذمة.

الخاصة السادسة: إن الذمة ضمان لكل الحقوق بلا ترجيح، ولا يقتضي ذلك منع المدين من التصرف بأمواله.

وذلك لأن الذمة لا حد لسعتها، إذ هي شرعاً مستقلة عما يملك صاحبها، فتساوى فيها الديون، ولا يكون سبق بعضها في الثبوت سبباً لترجيحها، وما يثبت في ذمة الإنسان من حقوق عليه لا يتقيد وفاؤها بنوع خاص من ماله أو بجزء معين منه. فالديون متى استقرت في الذمة بسبب صحيح تساوت في احترامها وانتفى الترجيح، وإلا لتعذر التعامل، إذ لا يستطيع أحد أن يعرف ما على من يريد معاملته من ديون سابقة ليكون على بصيرة من رتبة دينه.

٩/١٨ - على أنه يستثنى من ذلك بعض ديون يقرر الشرع لها امتيازاً وتقديماً في الاستيفاء لبعض الأسباب الموجبة، كما تقدم في بحث الحق العيني والشخصي^(١).

هذا، ولاستقلال الذمة عن مال صاحبها كان مطلق اليد في التصرف بماله بيعاً وهبة وغيرهما ولو كان مديناً بأكثر مما يملك، لأنه إن كانت ذمته مشغولة فأمواله حرة.

ولو وفى المدين الدين المتأخر وأخر المتقدم صح الوفاء وملك القابض ما قبض وليس لغيره منازعته أو مقاسمته^(٢).

ولكن إذا أصبح للديون تعلق بأموال المدين توقف تصرفه المضر بكل

(١) قدمنا في بحث تقسيم الحق المالي أن هناك حالات استثنائية يكون فيها لبعض الحقوق الشخصية امتيازاً على بعض شرعاً وقانوناً فلتنظر (ف ١٠/٢).

(٢) يلحظ هنا أنه في الدين المشترك لا يستقل أحد الدائنين بقبض حصته بل يقاسمه فيها شريكه.

الدائنين أو ببعضهم، كما في حال مرض الموت، فإن المدين بدين مستغرق لأمواله يعتبر في مرض موته محجوراً عن كل تصرف يضر بحقوق دائنيه فلا ينفذ وقفه ولا تبرعه، ولا وفاؤه لبعض دائنيه دون بعض، ولا محاباته في ثمن مبيعه إلا إذا أجازها دائنوه، وذلك لضعف نشاطه الاكتسابي فتضعف ذمته، فتوثق الديون بتعليقها بماله إضافة إلى ذمته صيانة لحقوق الدائنين، فتصبح حقوقهم في هذه الحال شبه عينية كما تقدم في الفصل الثالث (ر: ف ٧/٣).

على أن متأخري فقهاء الحنفية قد استحسنوا عدم نفاذ وقف المدين إلا فيما يزيد من أمواله عن وفاء ديونه فاعتبر محجوراً حكماً عن الوقف فيما يعادل الدين من أمواله، ولو كان وقفه في حال صحته لا في مرض موته. وبذلك أفتى المولى أبو السعود مفتي الروم، وذكر في معروضاته أنه صدرت به الإرادة السلطانية وذلك لكثرة لجوء المدينين إلى تهريب أموالهم من وجه الدائنين بطريق الوقف^(١).

(ر: الدر المختار ورد المختار ٣/٣٩٥).

ولينظر في تفصيل الفقه الإسلامي من تصرفات المدين التهريبية ما أوضحناه في بحث عوارض الأهلية من «المدخل الفقهي العام» (ف ٥/٦٥) وفي كتاب «أحكام الأوقاف» (ج ١ ف/ ٩٠ و ٩١).

١٨/١٠ - انهدام الذمة:

إن ذمة الشخص ترافق حياته منذ ولادته كما تقدم، وتنهدم بعد وفاته. ولكن هل تعتبر الذمة منهدمة بالموت فوراً أو باقية بعده إلى حين؟ هذا ما اختلفت الأنظار الاجتهادية الفقهية فيه إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: إن الذمة تنهدم بمجرد الموت، لأنها من خصائص الشخص الحي. وثمرة الذمة صحة مطالبة صاحبها بتفريغها من الدين الشاغل

(١) يلحظ في هذا المقام أيضاً ما يوجبه القانون التجاري من بطلان جميع تصرفات التاجر المفلس الواقعة خلال الأيام العشرة التي قبل بدء عجزه الحقيقي بتوقفه عن الدفع.

لها. فبالموت يخرج الشخص عن صلاحية المطالبة فتهدم الذمة.

وعلى هذا، إن توفي الشخص المدين دون أن يترك مالا فمصير ديونه السقوط. وإن ترك مالا تعلقت الديون بماله. وإلى هذا الرأي ذهب بعض الحنابلة (ر: القواعد لابن رجب ص / ١٩٣).

الرأي الثاني: إن الذمة تبقى بعد الموت صحيحة إلى أن توفي الديون وتصفى التركة ثم تهدم الذمة.

ودليله ما ورد في الحديث النبوي:

«إن ذمة الميت مرتبهة بدينه حتى يقضى عنه».

وإنما يخرج الشخص بالموت عن صلاحية المطالبة في الدنيا ولا يستلزم ذلك عدم بقاء الذمة وصلاحيتها لأن تشغل بالدين.

وورد أيضاً في الحديث صحة الكفالة بعد الموت بما على الميت المفلس من دين^(١).

وهذا دليل على بقاء الذمة وما فيها. ولذا يمكن أن تشغل بعد الموت بدين جديد متفرع عن سبب سابق؛ وذلك كما لو باع الشخص شيئاً وتوفي فرد بعد موته بعبء ظهر فيه، فإن ذمة الميت البائع تشغل بثمنه الواجب الرد. وكذا لو باشر في حياته سبباً من أسباب الضمان كمن حفر حفرة في الطريق العام ثم مات، فتردى حيوان في الحفرة بعد موته، فإن ذمة الحافر تشغل بضمان قيمة الحيوان فتؤخذ من تركته.

وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية (ر: حاشية الرملي على أسنى المطالب ٢٣٥/١) وهو رأي المالكية وفريق من الحنابلة أيضاً.

ومقتضى هذا الرأي أن يبقى للميت العنصر الثاني من أهلية الوجوب،

(١) كما سنرى في بحث انتهاء الشخصية من أحوال الشخص الطبيعي في الباب الرابع. (ر: ف ٢٦/٣).

وهو قابلية الالتزام التي لا تنفك عن الذمة في الوجود. بل قد نقل عن المالكية ما يقتضي بقاء العنصر الأول منها أيضاً وهو قابلية الإلزام. فقد قالوا: إذا أوصى شخص لميت، وإن كان عالماً بموته، فوصيته جائزة ويصبح المال الموصى به من جملة تركته تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه، ثم يكون لورثته ما بقي منه (ر: المغني لابن قدامة ٤٣٦/٦).

فأنت ترى أنهم لم يصححوا الوصية للميت على أنها تمليك لورثته رأساً، بل اعتبروها تمليكاً للميت نفسه، وإلا لاستحق الورثة جميع الموصى به دون أن تقضى منه ديون الميت وتنفذ وصاياه.

الرأي الثالث: إن الموت لا يهدم الذمة لكن يضعفها كما يضعف أهلية الوجوب فلا تبقى الأهلية والذمة كما كانتا عليه حال الحياة، وإنما يبقى لهما من الصلوح ما تقتضيه الضرورة اقتضاء لتسوية الحقوق وثبوت الأحكام التي لها أسباب في حال الحياة. ولهذا الضعف الطارئ على الذمة الذي يعتبر مبدؤه من تاريخ مرض الموت توثق الديون التي على الميت بتعلقها بماله تقوية لذمته؛ وهذا مذهب الحنفية.

ومعنى ذلك أن الأصل انهدام الذمة وبطلان الأهلية بالموت، وإنما تعتبران مستمرتين بصورة استثنائية وبنطاق محدود، بقدر ما تقتضيه ضرورة تصفية نتائج الأسباب السابقة، لا لإثبات أحكام جديدة، إذ الضرورة تقدر بقدرها فلا يتوسع فيها.

١١/١٨ - وقد دعاهم إلى هذا التصوير ما يستدعيه المنطق الحقوقي من ضرورة التوفيق بين ما يستلزمه الموت من الذمة والأهلية، وما يستلزمه ثبوت بعض حقوق للميت وعليه من بقاء للأهلية والذمة؛ كي ترد جزئيات الأحكام التي اقتضتها المصلحة إلى قواعد وأصول نظرية تتفرع عنها ويسهل تفسيرها بها.

فقد لاحظوا أن الإنسان يدخل في ملكه بعد موته ما لم يكن مالكا له في حياته، كما أنه يعتبر ضامناً ومسؤولاً بما لم يكن ضامناً قبل موته. وذلك كمن

نصب شبكة للاصطياد ومات فوقه فيها حيوان فإنه يملكه، ويعتبر من جملة تركته. وعكسها تماماً قضية وقوع الحيوان في الحفرة المحفورة في الطريق العام بعد موت الحافر المتسبب.

ففي صورة نصب الشبكة اكتساب للملكية بعد الموت، فيعتمد بقاء جزء من أهلية الإلزام يثبت به حق للميت. وفي صورة الحفرة ثبوت ضمان على الميت بعد الموت، وهذا يعتمد بقاء أهلية التزام له.

وكذلك مسألة فسخ المشتري للبيع بحكم خيار العيب بعد موت البائع، فإن فيها إلزاماً والتزاماً للميت إذ تعود إليه ملكية ويستحق عليه ثمن، فيعتمد ذلك بقاء أهلية وذمة. (ر: كتاب الحق والذمة ص: ٩٣ - ٩٥).

ولئن تصورنا من الممكن أن يعتبر في بعض هذه الصور أن ثبوت الملك بعد الوفاة إنما هو للورثة رأساً خلفية عن الميت، فإن هذا الاعتبار غير ممكن في حالة الضمان بسبب يرجع إلى ما قبل الموت كصورة الحفرة، لأن الورثة إنما يخلفون الميت في استحقاق ما هو له لا في التزام بما عليه، فهم غير مسؤولين بذمهم عن أعمال المورث. فلذا يتعلق حق الغريم بالتركة. وأن التعلق بها بسبب الضمان لا يكون إلا عن طريق الذمة، لأن مال الإنسان غير مسؤول مباشرة عن فعل ضار، فوجب تقدير بقاء لذمة الميت.

هذه نظرية الحنفية في بقاء الذمة بعد الموت، وهي مبنية بناء استثنائياً على الضرورة منشأ وحدوداً. فإذا لم تكن ضرورة تقضي ببقاء الذمة بعد الموت وجب حينئذ أن تعتبر بالموت مهدومة معدومة.

وعلى هذا لا يصح أن يوصى للميت أو يوهب له.

وكذلك يقول أبو حنيفة بعدم صحة كفالة دين الميت بعد موته إذا لم يترك مالاً، لأن دينه عندئذ كالساقط من الذمة لعدم إمكان المطالبة به.

وقال الصحابيان والأئمة الثلاثة تصح هذه الكفالة لأن ذمة الميت مشغولة به في الواقع. ودليل الفريقين مبسوط في الكشف على أصول البزدوي (٤/ ٣١٥).

الفصل التاسع عشر

نظريّة اللزّمة في المنظرة القانونيّة

١/١٩ - إن للزّمة في الفقه الأجنبي مفهوماً يختلف من ناحية عن مفهومها في الفقه الإسلامي.

فالزّمة في نظر علماء الحقوق الأوروبيين هي:

«مجموع ما يخص الشخص من أموال حاضرة ومستقبلية».

ويتكون هذا المجموع مما له من أموال وحقوق، وما عليه من ديون وتكاليف.

وهذا يسمى: الثروة، أو الزّمة الماليّة^(١) Le Patrimoine ولا يراد منها معنى الفرق بين ما له وما عليه، بل نفس ما له وما عليه.

ففي الزّمة الماليّة عندهم عنصران: عنصر إيجابي هو الحقوق، وعنصر سلبي هو التكاليف؛ والزّمة تتكون من العنصرين معاً.

وحاصل الفرق بين العنصرين يسمى: الصافي L'actif net.

فالزّمة الماليّة بهذا المعنى المادي عندهم تزيد وتنقص. وقد تكون خالية ليس فيها حقوق ولا تكاليف كزّمة الوليد الذي ليس له مال.

فليس معناها الغنى، بل ما يكون للشخص من حقوق وتكاليف موجودة أو ممكنة الوجود، كما تقدم.

(١) إن كلمة «Patrimoine» الفرنسيّة مأخوذة من الكلمة اللاتينيّة: «Patrimonium» ومعناها عند الرومانيين: المال الآتي من أحد الوالدين، لأنها عندهم مشتقة من كلمة Pater بمعنى الأب (ر: معجم لاروس الفرنسي).

فإذا مات تحددت ذمته فلا تزيد ولا تنقص، وإنما تنتقل للورثة والمستحقين بعنصرها؛ ففي القانون الفرنسي يأخذ الورثة الحقوق إن شاؤوا الميراث، ويلزمون هم بالديون^(١).

٢/١٩ - خصائص الذمة في الفقه الأجنبي:

وللذمة المالية عند علماء القانون الأجانب خصائص شبيهة بخصائص الذمة في الفقه الإسلامي. فهم يقررون الخصائص التالية:

١ - الذمة المالية مرتبطة بالشخصية فلا شخص بلا ذمة ولا ذمة بلا شخص، سواء أكان إنساناً أو شخصاً اعتبارياً. وهي تكون للإنسان منذ كونه حملاً في بطن أمه^(٢) (ر: جوسران ج ١/ف ٦٤٩).

٢ - لا يكون للشخص الواحد إلا ذمة واحدة.

٣ - الذمة مجموعة مالية قانونية، أو بتعبير آخر: هي وحدة مالية قانونية مستقلة عن العناصر التي تتألف منها. فلكل شخص ذمة مالية وإن لم يكن له مال.

فالذمة عند علماء القانون أيضاً فكرة تصورية، أي مفترضة مقدرة (ر: كتاب الأموال للأستاذ محمد كامل المرسي، ف/ ٣ و ٤).

(١) حكم الشريعة الإسلامية في الميراث خلاف هذا، فالإرث فيها جبري ليس للوارث رفضه. والورثة لا يلزمون بديون مورثهم، وإنما توفى ديونه وتنفذ وصيته النافذة من تركته، وما فضل من التركة للورثة. وقد قدمنا بيان ذلك وحكمته في نظرية أسباب الملكية من الجزء الأول (ف ٨/٢٣).

(٢) هذا خلاف ما يقرره الفقه الإسلامي: أن الحمل لا ذمة له، وإنما تتكون له ذمة منذ ولادته حياً كما تقدم...

ومنشأ الاختلاف يرجع إلى الاختلاف في ماهية الذمة كما سيأتي:

- فهي في الفقه الإسلامي محل مقدر في الشخص للديون وللتكليفات. والجنين لا تثبت عليه حقوق لأحد وإنما تثبت له، فلا حاجة إلى تقدير ذمة له.

- أما في الفقه الأجنبي فالذمة مجموع ما للشخص وما عليه كما تقدم. فللجنين ذمة مالية لأنه أهل للملك، وقد يكون له مال.

٤ - الذمة المالية ضمان عام لحقوق الدائنين.

فكلهم سواء في هذا الحق المشترك، إلا إذا كان لبعضهم ضمان خاص من رهن أو امتياز؛ فتكون له الأولوية والتقدم.

٥ - الذمة تبقى بعد الموت محفظة بوحدتها وشخصيتها في صورة تركة حتى تُصفى.

٣/١٩ - موازنة بين النظيرين الفقهي والقانوني:

يتضح من مقارنة معنى الذمة وخصائصها في الفقه الإسلامي وفي الفقه الأجنبي أن النظيرين الشرعي والقانوني إلى الذمة يتفقان في ناحية ويختلفان في ناحية:

أ - فهما يتفقان في فكرة افتراض الذمة وفي معظم خصائصها: فالذمة عند علماء القانون أيضاً هي فكرة مفترضة ومقدرة تقديراً للشخص، وليست شيئاً مادياً محدوداً. وذلك لكي تعتبر الديون متعلقة بالذمة المالية العامة المقدره للشخص، فلا تتعلق بعين أمواله فتتمتع تصرفه بها.

قال الأستاذ محمد كامل مرسي في كتابه «الأموال»:

«ولولا نظرية الذمة المالية لوقع حق الضمان العام Le droit de gage général الذي للدائنين على أموال المدين نفسها فتبقى مثقلة بهذا الحق إلى حين انقضاء الدين. وهذا ثقل الاحتمال على المدين ويعيق^(١) تداول الأموال، فيتقى هذا الخطر بموجب فكرة الذمة المالية، إذ بمقتضاها لا تصير أموال المدين نفسها ضماناً للدائنين، وإنما الذمة المالية هي التي تتحمل الضمان فيقع الضمان العام على مجموع الأموال من غير أن يستقر على أحدها، وهو وإن كان يخول الدائنين حق توقيع الحجز، غير أنه، إلى الوقت الذي تقع فيه، تكون أموال المدين خالصة من كل مانع، ويستطيع التصرف فيها؛ ويحتج بتصرفاته على دائنيه، إلا إذا كان وقع منه غش fraude وبذلك تصان مصالح المدين ودائنيه معاً» اهـ.

(١) الصواب لغة: «يعوق» (ر: القاموس).

ب - ولكن إذا كان النظران الإسلامي والأجنبي قد اتفقا في أن الذمة فكرة متصورة فإنهما مختلفان في ماهية هذا المفهوم المتصور لها: فالفقه الأجنبي يتصور الذمة في صورة مال للشخص صالح لوفاء الديون. والفقه الإسلامي يتصورها في صورة محل مقدر في الشخص ثبت فيه الديون، كما سلف بيانه.

فالذمة في الفقه الإسلامي هي ذمة شخصية.

أما في الفقه الأجنبي فإنها ذمة مالية يقوم مفهومها على أساس مادي هو أموال الشخص.

ولكن لما اعترضتهم مشكلة تعلق الديون عندئذ بعين أموال المدين وما يستوجبه ذلك من شلل في حركته الاقتصادية التجأوا إلى طريقة الافتراض والتجريد التي سار عليها الفقه الإسلامي في نظرية الذمة، فجردوا مفهوم الذمة ونقلوه من معنى أموال الشخص والتزاماته الحاضرة إلى مجموعة حقوقه والتزاماته الحاضرة والمتوقعة، أي كل ما يمكن أن يتكون له وعليه من حقوق والتزامات، واعتبروا لهذه المجموعة كياناً اعتبارياً مستقلاً عن أمواله القائمة. ولكنها بقيت في نظرهم عبارة عن مجموعة أموال الشخص الضامنة لديونه. فلم يصلوا إلى الخطوة الفنية التي خطاها الفقه الإسلامي في اعتبار مفهوم الذمة أمراً شخصياً محضاً هو تلك المحلية الاعتبارية المقدرة في الشخص لاستقرار الحقوق عليه.

٤/١٩ - فلذا بقي في مفهوم الذمة القانوني شيء من الاضطراب وقلة الانسجام بين نظرين متنافرين: نظر مادي ونظر مجرد، في موضوع واحد منظور إليه، هو مالية الشخص.

فبينما يعرفون الذمة بأنها «مجموع الأموال التي يختص بها الشخص من حقوق له وتكليفات عليه»^(١) تراهم يعتبرون لهذه الأموال خاصية التجرد

(١) كتاب «الأموال» للأستاذ محمد كامل المرسي ف/٣.

والاستقلال عن نفسها فكأنها مجموعة أموال أخرى متصورة للشخص ليست ما يملكه حالاً ولا ما سيملكه، لكي لا تتعلق الحقوق بأعيان المال فتحجره.

وكذلك نرى شيئاً من التناقض في اعتبارهم التكاليف التي على الشخص من ديون والتزامات عنصراً من عناصر ذمته، لأن الذمة عندهم هي نفسها ضمان وتوثيق عام لجميع الديون التي على الشخص، ولذا ينزعون بها إلى معنى أمواله لأن فيها ذلك الضمان الاعتباري.

فعلى هذا تكون التكاليف والديون التي على الشخص هي نفسها مما يحتاج إلى ضمان بالذمة، فكيف تكون هي ضماناً لدين آخر نظيرها؟!.

أما في الفقه الإسلامي فنظرية الذمة، على ما أوضحناه، منسجمة تمام الانسجام وفيها من التفقه ودقة التصور وفن التصوير الحقوقي ما يجعلها صالحة لتنسيق الأحكام، وبعيدة من أصلها عن مشكلة تعلق الدين بالمال.

- فلكون الذمة في الفقه الإسلامي شخصية تنبئ عن ظرف للديون مقدر في الشخص كان من السهل تصورها فيمن له مال ومن لا مال له.

ولكون الدين إنما يشغل هذه الذمة الشخصية للمدين يبقى مال المدين حراً بطبيعة الحال، لا علاقة للدين به، فتكون يده فيه مطلقة في الأصل إلا أن يظراً ما يوجب تعلقاً للدين بعين المال فيتقيد عندئذ تصرف المدين بماله فيكون تصرفه موقوفاً، كما في حالة الرهن، وحجز المال قضاء لحق الدائن. وكذا حالة مرض الموت، إذ تقتضي تعلق الديون بأموال المريض كما تقدم، فيتوقف تصرف المريض في أمواله بما يضر حقوق الدائنين، لانقطاع الأمل من نشاطه الاقتصادي واكتسابه.

obeikandi.com

الفصل العُشرون

في العكس والمنفعة

اختلاف الاجتهادات في تقوم المنافع
بذاتها - ثمرات اختلاف النظريتين - منافع
المغصوب - نقد نظرية الحنفية .

١/٢٠ - اختلفت الأنظار الاجتهادية في المنافع هل تعتبر من الأموال
القيمة في ذاتها أو لا تعتبر كذلك؟

فذهب الاجتهاد الحنفي إلى أن المنافع، في الأصل، لا تدخل في حيز
الأموال، وإنما هي ملك (ر: ف ١/١٢) وبهذا جاءت المادة /١٢٥/ من
المجلة .

ووجهة نظرهم في هذا أن المنفعة ليست شيئاً مادياً موجوداً، وإنما هي
أعراض تحدث شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمن (البدائع كتاب الغصب ٧/
١٤٥)، فلا تعتبر ثروة من المال لأنها لا يمكن فيها الإحراز والإدخار .

وعن هذا وضع الاجتهاد الحنفي نظريته المشهورة:

«إن المنافع ليست ذات قيمة في نفسها وإنما ورد تقويمها في الشرع بعقد
الإجارة على خلاف القياس للحاجة» .

(ر: الهداية، فصل: من غصب عيناً فغيبها) .

فلا تقوم المنافع في غير الإجارة عند الحنفية لأن القاعدة أن ما ورد على
خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه .

٢/٢٠ - وقد ذهب الاجتهادان الشافعي والحنبلي إلى عكس هذه النظرية

فاعتبروا أن المنافع أموال متقومة في ذاتها، لأنها هي المقصودة من الأعيان، فإن أثمان الحاجات والأشياء تقاس بين الناس بمنافعها. وقد سوغ الشارع أن تكون المنفعة مهراً في النكاح، وإن المهر يجب أن يكون مالاً، لقوله تعالى: بعد تعداد محرمات النساء ﴿وَأَحَلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكَ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْلِفِينَ﴾.

٣/٢٠ - ثمرات اختلاف النظريتين:

وقد نشأ عن اختلاف النظر الاجتهادي في مالية المنافع وتقويمها في ذاتها إختلاف في مسائل عديدة متفرعة عن هذه النظرية الأساسية، أهمها وأشهرها نظرية ضمان منافع المغصوب أو عدم ضمانها.

فالاتجاه الحنفي على عدم إلزام الغاصب بضمان أجر المثل عن منافع المغصوب، لأنها ليست مالاً مقوماً إلا استثناءً بعقد الإجارة، ولا عقد بين الغاصب والمغصوب منه، وإنما يضمن الغاصب قيمة العين أو نقصانها إذا تلفت أو نقصت أو تعيبت في يده. وعلى ذلك وردت المواد /٥٩٦ و ٨٩١ و ٩٠٠/ من المجلة.

وأما الاجتهاد الشافعي والحنبلي فقد أخذ بإلزام الغاصب بأجر مثل المغصوب خلال مدة الغصب، سواء استوفى الغاصب منفعه أو عطلها.

٤/٢٠ - قال الإمام أبو زيد عبد الله بن عمر الدبوسي الحنفي في كتابه «تأسيس النظر» بياناً للاختلافات في هذه النظرية وما تفرع عنها:

«الأصل عند الإمام القرشي أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، قدس الله روحه، ونور ضريحه، أن المنافع بمنزلة الأعيان القائمة. وعندنا بمنزلة الأعيان في حق جواز العقد عليها لا غير - أي عقد الإجارة - وعلى هذا:

١ - قال علماؤنا أن من غصب داراً فسكنها سنين لا أجره عليه. وعند الإمام الشافعي تجب عليه قيمة المنافع وهي الأجرة، كما لو غصب عيناً من الأعيان فاستهلكها فإنه يضمن قيمتها.

٢ - وعلى هذا قال الشافعي إن الإجارة في المشاع جائزة لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان القائمة، ولو باع الإنسان حصة شائعة من العين جاز بيعه فكذلك الإجارة لأنها بيع المنافع. وعندنا لا يجوز الإيجار في المشاع من الأجنبي^(١). أما إيجار أحد الشريكين حصته الشائعة من الشريك الآخر فجائز.

٣ - وعلى هذا قال الشافعي أن الإجارة لا تفسخ بالأعذار لأن المنافع بمنزلة الأعيان القائمة، ولو باع عيناً ليس له أن ينقض البيع بالعدر، فكذلك ها هنا. وعندنا تنقض الإجارة بالأعذار^(٢).

٤ - وعلى هذا قال الشافعي: إن الإجارة لا تنتقض بموت أحد العاقدين. وعندنا تنتقض^(٣).

٥ - وعلى هذا قال الشافعي: إن الأجرة تجب بنفس العقد بمنزلة الأعيان المببوعة في وجوب ثمنها، وعندنا تجب ساعة فساعة ويوماً فيوماً^(٤)، فيجب أن يتمكن - أي المستأجر - من الانتفاع بعمله، فمهما لم يتمكن من الانتفاع به لا تجب عليه الأجرة» اهـ.

(تأسيس النظر للدبوسي ص ٦٢ - ٦٣).

-
- (١) الأجنبي هنا هو غير الشريك.
- (٢) كما لو استأجر دابة للسفر ثم عدل عنه، أو طبأخاً للعرس فماتت العروس فللمستأجر فسوخ الإجارة (ر: المدخل الفقهي ج ١، ف ٧/٤٠).
- (٣) انظر ما تقدم في المدخل ج ١ في بحث انفساخ العقود (ف ٣/٤٥). ووجه هذه النتيجة الاختلافية أن المنافع المعقود عليها معدومة عند العقد وإنما تحدث آناً فآناً، فلذا كانت الإجارة عند الحنفية بمثابة عقود مستمرة تتجدد اعتباراً بين العاقدين بتجدد حدوث المنافع. فبموت أحدهما لم يبق مجال لافتراض تجدد العقد من جهته بخلاف الاجتهاد الشافعي الذي يرى أن المنافع المعقود عليها كالأعيان القائمة، وإن الإجارة كبيع الأعيان من كل وجه.
- (٤) هذا إذا لم يشترط في عقد الإجارة خلافه. فلو اشترط تعجيل الأجرة كلها أو بعضها أو تقسيطها اتبع الشرط (المجلة / ٤٧٣). فإن لم يكن شرط اتبع العرف. فإن لم يكن عرف يطالب بالأجرة يوماً فيوماً لتعذر الطلب ساعة فساعة.

٥/٢٠ - هذا، ومن الواضح أن نظرية الاجتهاد الشافعي والحنبلي، في إلحاق المنافع بالأعيان في المالية والتقوم الذاتي هي أحكم وأمتن وأجرى مع حكمة التشريع ومصلحة التطبيق وصيانة الحقوق من نظرية فقهاءنا في الاجتهاد الحنفي. فإن اعتبار المنافع غير ذات قيمة في نفسها ليس عليه دليل واضح قوي من أدلة الشريعة، لا من نصوصها ولا من أصولها؛ وإنما هو غلو في النزعة المادية بنظرية المال والقيمة في الاجتهاد الحنفي.

وإن تشريع عقد الإجارة بنصوص الكتاب والسنة دليل ناطق بأن الشريعة الإسلامية قد اعتبرت المنافع متقومة في ذاتها حتى أقرت التزام البدل في مقابل الانتفاع، كما أقرت التزام الثمن في مقابل امتلاك العين بالبراءة.

ولئن سلم أن عقد الإجارة وارد على خلاف القياس فغير مسلم به أن مخالفته للقياس من جهة كون المنافع غير متقومة في ذاتها بل إنما هي من جهة أن المنافع المعقود عليها معدومة عند العقد.

ومما لا ريب فيه أن ملك العين ليس مقصوداً لذات العين بل لمنافعها. فالمنافع يجب أن تعتبر أساساً في التقويم وقد تربي قيمة المنافع المستوفاة من الشيء في مدة طويلة على قيمة عينه، فكيف يصح إهدار قيمتها واعتبارها كالعدم؟ بل كيف يتزن أن يكون المتتفع بمال الغير غصباً لا أجر عليه، لمجرد أنه عرضة لأن يضمن قيمة العين إن هلكت، مع أنه في كل حال، وإن أعاد العين المغصوبة سالمة، هو على أقل تقدير متسبب في ضرر المالك بحرمانه من منافع ملكه مدة الغضب. والمتسبب المتعدي ضامن كالمباشر للأضرار؟ فمن قواعد الشريعة أنه «لا ضرر ولا ضرار». ولو أن المالك أراد أن يسد حاجاته إلى منافع ماله المغصوب خلال مدة الغضب لما استطاع ذلك إلا بعوض يستأجر به ما يقوم له مقام المغصوب.

٦/٢٠ - على أن المتأخرين من فقهاء الحنفية لاحظوا سيئات النتائج وإضاعة الحق التي تؤدي إليها نظرية عدم ضمان منافع المغصوب، فقصرُوا من أذيالها، وضيّقوا من دائرة شمولها، فاستثنوا مال البيتيم، ومال الوقف، والأموال

المعدة للاستغلال، وأوجبوا في كل ذلك على غاصبه التزام ضمان أجر المثل، قيمة للمنافع (المجلة/٥٩٦)، وعللوا ذلك باقتضاء المصلحة الزمنية وبعض اعتبارات أخرى سنها في محلها على خلاف أصل النظرية في المذهب.

ولا يخفى أن ما صلح من الاعتبارات أن تكون به المنافع كالأعيان مالا مقوماً مضموناً بالغصب فيما يتعلق باليتيم والوقف والمعد للاستغلال يصلح أن تعتبر به المنافع كذلك بوجه عام في سائر الأحوال.

وليت أن جمعية المجلة، بما منحت من صلاحية الاختيار المعتبرة شرعاً، أخذت في هذا الموضوع بنظرية الاجتهاد الشافعي والحنبلي، فعممت ضمان المنافع واعتبرتها أموالاً مقومة بذاتها في سائر الأحوال، رعاية لمصلحة المجتمع، وزجراً عن العدوان الذي أصبح معظم الناس لا يتحامونه لمجرد حرمة إذا لم تقترن بالمسؤوليات المدنية.

وكم من نظر أو حكم اجتهادي قد كان يمكن قبوله لما كان الدين غضاً في النفوس يثمر التقوى فيها، وكان الورع حاجزاً لها، ثم تبدل وجه النظر والحكم لما فشا الفساد وسادت الأطماع، وأصبح الأمر محتاجاً إلى وازع من التبعات المادية والسلطان لما ضعف وازع الإيمان، كما قال سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه: «من يَزَعُ السلطانُ»^(١) أكثرُ ممن يَزَعُ القرآنُ».

على أن بحث ضمان المنافع سنجد تفاريعه أكثر بسطاً في موقعه من بحث الفعل الضار في نظرية الالتزام العامة إن شاء الله.

ملاحظة:

ويجب أن يلاحظ أن الأحكام القانونية اليوم لدينا تقضي بضمان أجر المثل للعقارات على من يشغلها بلا عقد، وعليه عمل المحاكم المستمر.

(١) يقال: وَرَعَهُ يَزَعُهُ وَزَعاً = كَرَدَعَهُ رَدْعاً وَزناً ومعنى.

والمعنى: أن من يكفهم عن ارتكاب الجرائم خوفهم من السلطان الحاكم أكثر عدداً ممن تكفهم خشية الله تعالى وموعظة القرآن (ر: النهاية لابن الأثير وتفسير ابن كثير وتفسير القرطبي عند قوله تعالى: ﴿واجمل لي من لدنك سلطاناً نصيراً﴾ الآية ٨٠ من سورة الإسراء).

كما أن نصوص القانون المدني تقضي بمسؤولية الغاصب بوجه عام - ولو في الأموال المنقولة - عن الأضرار التي تلحق المَغصوب منه وما يفوته من ربح ومنفعة في ماله المَغصوب.

obeyikandl.com

الفصل الحادي والعشرون

في المال المملوك، والمباح، والمحجور

المملوك - أقسامه الفرعية وأحكامها:

المستقل، والمشارك، وما تعلق به حق

الغير - تقسيم المال المشترك وأصول إزالة

الشيوع - المباح - المحجور.

ينقسم المال من وجه سابع، باعتبار دخوله في الملك وعدم دخوله، إلى

ثلاثة أقسام: مملوك، ومباح، ومحجور.

١/٢١ - (أ) المال المملوك:

فأما المال المملوك فهو ما دخل تحت الملكية سواء أكانت ملكية فرد أو

ملكية شخص اعتباري كدولة أو مؤسسة عامة أو جمعية.

ويتناول المملوك العقار والمنقول على السواء. فمتى دخل المال في

الملكية دخلاً معتبراً شرعاً ثبت فيه للمالك جميع الحقوق الخاصة التي تنفرع

عن الملكية من انتفاع واستعمال واستهلاك، وله فيه حق نقل ملكيته إلى غيره

بعوض وبغير عوض بالطرق المشروعة. كل ذلك ما لم يمس المتصرف بشيء

منه حقاً للغير يورثه ضرراً فعندئذ تنقيد حرية المالك في التصرف بما يصون

حق غيره.

٢/٢١ - أقسام فرعية للمال المملوك:

ومن هنا كان المال المملوك نفسه ينقسم إلى نوعين:

١ - مال مستقل، أي متميز لا شركة فيه.

٢ - ومال مشترك بين مالكين متعددين.

وكل منهما ينقسم إلى قسمين:

- ما تعلق به حق لغير المالك.

- ما لم يتعلق به حق لغير مالكة.

١ - فأما المال الذي لم يتعلق به شركة ولا حق للغير، بل هو مملوك لشخص على وجه الاستقلال، فإن لمالكه أن يتصرف فيه بكل وجوه التصرف القولي والفعلي، إلا إذا كان عقاراً فإنه يتقيد في تصرفه الفعلي فيه بما توجبه حقوق الجوار المفصلة في المواد / ١١٩٢ - ١٢١٢ / من المجلة.

والمبدأ العام المعتبر في هذه المواد:

أن كل من ملك محلاً صار مالكاً ما فوقه وما تحته، وله أن يتصرف في سطحه وعلوه وجوفه بالحفر إلى أي عمق كان، وبالبناء إلى أي علو كان^(١)، وغير ذلك من وجوه التصرف دون أن يضر بجار ضراً فاحشاً.

والضرر الفاحش هو كل ما يمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة من البناء كالسكنى؛ أو يضر بالبناء فيوهنه كاتخاذ طاحون أو معمل حداد يوهن بناء الجار، أو مصبغة أو مدبغة أو معصرة تزعج سكنى الجيران بالرائحة أو الدخان، وكما لو أجرى مياهه أو أفذاره في مجار غير محكمة بحيث تتسرب إلى أسس جيرانه فتوهنها، أو إلى آبارهم فتنجسها، أو أحدث نافذة تطل على مقر نساء جاره.

فكل ذلك يمنع الإنسان منه ولو كان إنما يتصرف في ملكه المستقل (المجلة/ ١١٩٨ - ١٢٠٠).

٢ - وأما المال المشترك فيتقيد تصرف كل شريك فيه بما لا يضر بحقوق شركائه الآخرين.

(١) يجب أن يلاحظ هنا أن إنشاء الأبنية في المدن مقيد اليوم بما توجبه الأنظمة البلدية من شروط المسافات والارتفاعات بحسب عرض الطرق، وغير ذلك من الاعتبارات التي تراعى فيها القواعد الصحية ومصصلحة التنظيم العمراني.

فليس لأحد الشركاء أن يتلف المال المشترك، ولا أن يحوله من شكل إلى شكل، ولا أن يتجاوز حد المعتاد في استعماله.

وعن هذا نشأ في الفقه بحث واسع عما يملكه وما لا يملكه كل من الشركاء من وجوه التصرف في المال المشترك.

وقد أفردت المجلة هذا البحث بفصل خاص عن كيفية التصرف بالأعيان المشتركة في المواد /١٠٦٩ - ١٠٩٠/ منها فلتنظر.

والمبدأ العام الذي تدور عليه هذه الأحكام هو تحقيق الانتفاع الممكن لكل شريك بحصته، ودفع الضرر عن بقية الشركاء.

على أنه بالنظر لما في شركة الملك هذه من عرقلة لحرية التصرف وغل للأيدي، قد اتجه التشريع الوضعي لدى كثير من الدول إلى سن أنظمة لإزالة الشيوخ جبراً في العقار خاصة دون المنقولات، وذلك بناء على طلب أحد الشركاء، فيقسم العقار المشترك إن كان قابلاً للقسمة ويستقل كل شريك بقسمه. وإن كان غير قابل للقسمة يباع بالمزاد العلني ويوزع ثمنه بين الشركاء، كل بحسب حصته.

وهذا ما عليه العمل في سورية بمقتضى قانون تقسيم الأموال غير المنقولة^(١).

٣ - وأما ما تعلق به حق الغير فكالمال المرهون أو المأجور، فليس لمالكة أن يتصرف فيه بما يخل بحقوق المرتهن أو المستأجر. فتحجر على المالك فيه التصرفات الفعلية والقولية، إلا بإذن المرتهن أو المستأجر.

(١) قد كان مما تفكر به وزارة العدلية سن قانون جديد لإزالة الشيوخ يتناول المنقولات أيضاً لأن مشكلات شركة الملك وعراقيلها متحققة في المنقول أيضاً، وإن كانت في العقار أظهر. ومثل هذا التدبير مصلحة تصان به الحقوق وتزال به المشكلات، فتقره قواعد الفقه الإسلامي.

ثم صدر بعد الطبعة الأولى من هذا الكتاب تعديل للمادة /٣/ من قانون حكام الصلح ذي الرقم /٣٥٣/ شمل إزالة الشيوخ الجبرية في المنقولات. (ر: المدخل ج ١ ف ٨/٢٤).

فإذا باع المالك ماله المرهون أو المأجور فهل يكون بيعه موقوفاً على إجازة المرتهن أو المستأجر؟

الرأي الفقهي الراجح أن حق الإجازة والرفض إنما هو للمالك أو لولي التصرف كالوصي مثلاً، فليس للمرتهن ولا للمستأجر أن يجيزا بيع المالك أو يرداه، بل يكون البيع نافذاً غير موقوف. ولكن يسان حق المرتهن والمستأجر بعدم جواز نزع المال من أيديهما قبل فكاك الرهن أو انتهاء مدة الإجازة، كما يسان حق المشتري الذي يتضرر من تأخير التسليم، وذلك بمنحه الخيار في أن يفسخ البيع أو ينتظر فكاك الرهن أو انتهاء الإجازة (المجلة / ٥٩٠ و ٧٤٧) أي إنما يمتنع تنفيذ عقد المالك لا نفاذه.

٣/٢١ - (ب) المال المباح:

وأما المال المباح فهو ما ليس في الأصل ملكاً لأحد، كالماء في منابعه، وكصيد البر والبحر، وغير ذلك كأشجار البوادي وثمارها. فلكل إنسان أن يحرز منه ما يستطيع، ومن أحرز منه شيئاً فإنه يملكه (المجلة/ ١٠٤٥ و ١٢٥٩).

وهذا القسم من الأموال يسمى في الفقه الأجنبي: *biens vacants*.

وستتكلم عليه عند كلامنا على الأموال العامة الآتي بيانها في الفرع العاشر.

٤/٢١ - (ج) المال المحجور:

وأما المال المحجور فهو ما منع شرعاً تملكه وتمليكه إما لأنه موقوف أو لأنه مخصص للمصالح العامة، كالطريق العام وكالمساجد والمقابر وسائر الأموال الموقوفة. وسيأتي بيانه في الفرع العاشر عن الأموال العامة.

الفصل الثاني والعشرون في الحال القابل للقسمة وغير القابل

معنى قابلية القسمة وعدمها - نتائجها

في الأحكام الفقهية.

١/٢٢ - وينقسم المال، من وجه ثامن، إلى: قابل للقسمة، وغير قابل

لها.

ومعنى القابل للقسمة أن يكون ليس في تجزئته وتبعيضه ضرر.

وضابط ذلك أن يكون نوع المنفعة التي للأصل قبل القسمة ثابتاً لكل

قسم منه بعد القسمة.

فالكمية من القمح أو الشعير أو الزيت أو السمن ونحو ذلك تقبل القسمة

لتساوي أقسامها في المنفعة وفي القيمة بالنسبة إلى الأصل المقسوم.

وأما الكأس أو الكرسي أو اللؤلؤة مثلاً فكل منها غير قابل للقسمة لأنها

لو قسمت تعطلت منفعتها. والثوب المخيط غير قابل للقسمة كذلك؛ وأما

القطعة من النسيج فإن كانت كبيرة بحيث تبقى قيمة أقسامها المرادة متناسبة مع

قيمة الأصل، كقطعة من الجوخ أو الكرباس إذا أريد تقسيمها إلى قطع تكفي

كل منها ثوباً، فهي قابلة للقسمة وإلا فلا. والنسخة الواحدة من كتاب غير

قابلة للقسمة.

وأما العقارات كالدار والحانات والحوانيت فإذا أمكنت قسمتها بحيث

يبقى كل قسم منها منتفعاً به انتفاع الأصل، كدار كبيرة يراد تقسيمها إلى دارين

وحانوت إلى حانوتين فهي قابلة للقسمة. وإذا كانت الدار لو قسمت لا يمكن

أن تخرج منها داران ولكن يمكن أن تحول أقسامها إلى منافع أخرى غير السكنى، بأن تجعل دكاكين مثلاً فهي غير قابلة للقسمة، لتغير أصل منفعتها بالتقسيم.

والعقارات التي فيها أشياء تتوقف منفعتها الأصلية عليها ولا تقبل التجزئة، كالطاحون والحمام؛ هي غير قابلة للقسمة (المجلة/ ١١٣١ و ١١٣٩ و ١١٤٢).

٢/٢٢ - نتيجة قابلية القسمة وعدمها:

إن لهذا التمييز بين المال القابل للقسمة وغير القابل ثمرات عديدة في الأحكام المدنية:

١ - فالمال القابل للقسمة إذا كان مشتركاً تجري فيه قسمة التفريق القضائية جبراً على الشركاء بطلب أحدهم؛ وتجري فيه أيضاً قسمة الجمع^(١) القضائية جبراً إذا كان متحد الجنس، كمجموعة من الكراسي أو كمية من الحبوب.

وغير القابل للقسمة لا تجري فيه القسمة القضائية بل القسمة الرضائية فقط^(٢) (المجلة / ١١٣٢ و ١١٤١).

٢ - عقد الهبة إذا ورد على حصة مشاعة من العين، كما لو وهب المالك نصفها أو ربعها يصح إذا كانت العين غير قابلة للقسمة، ولا يصح إذا كانت قابلة، بل يحب عندئذ أن يقسم العين أولاً ثم يهب الجزء المراد هبته

(١) قسمة التفريق: هي تقسيم العين الواحدة المشتركة إلى أجزاء. وقسمة الجمع هي تقسيم الأعيان المتعددة إلى أفراد بحيث يختص كل شريك بفرد كامل أو أفراد (ر: المجلة/ ١١١٥).

(٢) يلاحظ أن هذا الحكم في المجلة بالنسبة إلى العقار، معدل بقانون تقسيم الأموال غير المنقولة الذي يوجب إزالة الشيوع بطلب أحد الشركاء على كل حال: فإن كان العقار قابلاً للقسمة قسمه الحاكم؛ وإن كان غير قابل يباع بالمزاد العلني ويقسم ثمنه بين الشركاء، كما تقدمت الإشارة إليه (ر: ج ١ ف ٢٤/٨ - ١٠).

مفرزاً متميزاً (المجلة/٨٥٨/، والدر المختار كتاب الهبة) والعلة النظرية في ذلك سترى في محلها عند كلامنا على عقد الهبة من العقود المسماة.

٣ - العقار المشترك إذا احتاج إلى النفقة الضرورية وامتنع أحد الشريكين عنها فأنفق الشريك الآخر عليه بلا إذن شريكه ولا إذن الحاكم: فإذا كان قابلاً للقسمة يعتبر الشريك متبرعاً بما أنفق فلا يحق له الرجوع على شريكه الآخر بشيء، وإن كان غير قابل للقسمة كان للمنفق حق الرجوع على شريكه بما يصيبه من القيمة التي تقدر لما أجراه في العقار^(١) (المجلة/١٣١٣).

(١) يلاحظ هنا أن المادة /٧٨٦/ من القانون المدني، وقبله المادة /٢٢/ من قانون الملكية العقارية ذي الرقم /٣٣٣٩/ تقتضيان إثبات الحق للشريك المنفق على العقار المشترك في أن يرجع على شريكه بما يصيب حصته من نفقات الإدارة والترميم الضروري والتكاليف الأميرية، ولم تتعرض للتفصيل بين ما يقبل القسمة وما لا يقبل، وبين إذن الحاكم وعدمه.

obeikandi.com

الفصل الثالث والعشرون

في الأصول والثمرات

معنى الأصل والثمرة - فائدة التمييز بينهما

١/٢٣ - وينقسم المال من وجه تاسع إلى قسمين: أصل، وثمره. فالأصل من الأموال هو ما يمكن أن ينشأ عنه مال آخر كالدور والأراضي والدواب.

والثمرة ما نشأ هو عن مال آخر، وهي الغلات التي تنتج من الأموال الأصول، كأجور العقارات، وثمار الشجر، ونتاج الحيوان من صوف ولبن ونحو ذلك.

ومما تجب ملاحظته في هذا الصدد أنه لا يشترط فيما يعتبر أصلاً أن يكون له ثمرة بالفعل، بل يكفي أن لا يكون هو ثمرة لغيره، كأثاث البيوت وسائر الأموال التي ليست معدة للاستغلال، كما يجب أن يلاحظ أيضاً أنه ليس كل ما ينفصل عن أصل يعد ثمرة، كالانقراض الخارجة من البناء، والحطب من الشجر، لأن هذا إنما ينشأ من نقصان الأصل، فيحتفظ بصفة الأصل وحكمه.

هذا ما يذكره علماء القانون في التمييز بين الأصل والثمرة من الأموال وتعريف كل منهما. (ر: كتاب الأموال للأستاذ محمد كامل المرسي، وغيره).

وفقهاؤنا قد ميزوا بين الأصول والثمرات من الأموال في مباحث ومناسبات متفرقة، كالبيع والغصب والوقف، ويسمون الثمرة تارة «غلة» وتارة «خراجاً» - بفتح أوله - وبذلك سميت في الحديث الشريف كما سيأتي بيانه.

والخراج عندهم كل ما خرج من غيره، فيشمل الزيادة المتولدة المنفصلة

كثمر الشجر وولد الحيوان، وغير المتولدة كأجرة الشيء المأجور، ويشمل أيضاً منافع الشيء. (الأشباه والنظائر لابن نجيم، الفن الأول القاعدة العاشرة).

ويلحظ في هذا المقام أن فقهاءنا قد عنوا بتعريف الخراج والثمرة ولم يرد لهم تعريف صريح للأصل من الأموال، وإن كان يفهم ضمناً من كلامهم. فلذا استعنا بتعريف علماء القانون، وهو موافق للنظر الشرعي والأحكام التي أثبتتها فقهاؤنا لكل من هذين النوعين من الأموال. يقول بعضهم: إن الثمرة ما ينشأ عن الأصل بصورة دورية ولا يلحق بالأصل تلفاً أو نقصاً كبديل الإيجار ومحصول الأرض.

٢/٢٣ - فائدة التمييز بين الأصول والثمرات:

إن لهذا التقسيم أثراً كبيراً في بعض الأحكام الفقهية، إذ تختلف في الموضوع الواحد بحسب كون المال الذي يتعلق به الحكم أصلاً أو ثمرة.

١ - فالمال الموقوف محجور أصله فلا يملك ولا يوزع منه شيء على مستحقي الوقف، ولكن ثمرته مملوكة لهم وتوزع عليهم. ولذا وجب التفريق في الحكم بين استبدال المال الموقوف وبين أجرته.

فبديل الاستبدال هو ثمن العقار الموقوف المستبدل به وهو عوض عن الأصل، فلا يوزع في مصارف الغلة، بل يجب أن يشتري به عقار يحل محل المستبدل به؛ أما الأجرة فهي غلة توزع.

وكذلك أنقاض الوقف التي تخرج من ترميم أو تهديم، وحطب الشجر المثمر الموقوف، فإن ذلك لا يوزع في مصارف الغلة، بل يصرف على عين الموقوف أو يدخل في ترميمه.

٢ - الأموال العامة الأخرى غير الموقوفة - وهي المخصصة لمصالح المجتمع - كالطرق والأنهار الكبرى والحدائق العمومية ونحوها مما سيأتي ذكره في الفرع العاشر، وإن كانت رقابها لا تقبل الملكيات الفردية؛ يمكن تملك ثمراتها إن كان لها ثمرة، لأن ثمرتها في حكم الأموال الخاصة من حيث قابلية

التمليك حتى إن المسجد إذا كان فيه شجر مثمر جاز بيع ثمرته وصرف ثمنها في مصارف غلة الوقف.

٣ - إن الغلة وسائر الثمرات يملكها مالك الأصل الضامن له - أي الذي يهلك الأصل من حسابه - ولو انتقضت ملكيته؛ فإن هذا الانتقاض لا يكون له استناد، أي تأثير رجعي، بالنسبة إلى الثمرة.

فمن اشترى داراً أو دابة فأجرها، ثم اطلع على عيب قديم فردها به، فالأجرة له خالصة لا يضمنها للبائع، لأن الأصل كان في ملكه وضمانه.

والنظرية الشرعية في هذا الموضوع تستند إلى قول النبي عليه السلام: «الخراج بالضمآن». وقد اتخذ منه الفقهاء قاعدة فقهية عامة، كما تقدم في الجزء الأول (ر: م/٨٥ و المدخل الفقهي ج ١ ف ٨١/٨١).

ومثل ذلك ما لو وهب إنسان لآخر شيئاً كدابة مثلاً، فولدت عند الموهوب له، أو أجرها وأخذ أجرتها، ثم رجع الواهب في هبته، فإنما يسترد الأصل دون الولد أو الأجرة (م/٨١٩).

٤ - في العقود والتصرفات التي موضوعها تمليك المنفعة يستحق الثمرة مالك المنفعة. ففي إيجار الدار يكون ثمر الشجر الذي فيها للمستأجر، وكذا في الوصية بمنفعة الدار.

obeikandi.com

الفصل الرابع والعشرون

في أموال العامة، وأموال الخاصة

تعريف المال الخاص والعام
 وأنواعهما - المباحات المشتركة الثلاثة -
 الأنهار الخاصة والعامة - إنقلاب المال
 الخاص إلى عام وبالعكس - تقسيم الأموال
 العامة بحسب ما هي مخصصة له - ثمرات
 التمييز بين المال الخاص والعام.

١ / ٢٤ - وينقسم المال من وجه عاشر، باعتبار صاحب العلاقة به، إلى
 قسمين: الأموال الخاصة، والأموال العامة.

١ - فالأموال الخاصة: هي ما دخلت في الملك الفردي فكانت
 محجورة^(١) عن الكافة، أي أنها ليست مشاعة بين عموم الناس ولا مباحة لهم
 لا رقة ولا منفعة.

٢ - والأموال العامة: هي ما ليست داخلية في الملك الفردي، فهي
 لمصلحة العموم ومنافعهم.

٢ / ٢٤ - وإيضاح ذلك: إن الأشياء إما أن تكون بطبيعتها قابلة للحيازة،
 أي مما يمكن أن يستأثر أحد بإحرازها، أو غير قابلة.

أ - فغير القابلة للحيازة بطبيعتها كالهواء والبحار.

(١) رأينا في تعريف الملك أنه: «اختصاص حاجز» أي يحجز غير المالك عن التصرف
 والانتفاع والتدخل في الشيء المملوك لغيره (ر: ف ٢ / ٣ ح والجزء الأول ف ٣ / ٢٣).

وهذه لا تدخل في الملكيات مطلقاً، ولا تقبل ورود العقود عليها بحال، وهذا لا بحث لنا فيه.

ب - والقابلة للحيازة كسائر الأموال المنقولة.

وهذه الأموال القابلة للحيازة قسمان: إما أن تكون داخلة فعلاً في الأملاك الفردية، أو غير داخلة.

والقسم الثاني منها، أي غير الداخلة في الملك الفردي، نوعان:

النوع الأول: أموال قابلة للتملك الفردي لكنها لم يقع عليها سبب من أسباب الملكية، فلم تمتد إليها يد بالإحراز مع جواز إحرازها وتملكها لو وقع. وذلك كحيوان الصيد، وحطب البوادي، والأراضي الموات.

والنوع الثاني: أموال غير قابلة للتملك الفردي لأنها معتبرة شرعاً من مرافق المجتمع لمصلحة أهله كافة، فلا يجوز إستيلاء الأفراد عليها، كالأنهار الكبيرة، والماء الجاري تحت الأرض - مما يسمى اليوم: المياه الجوفية - والطرق العامة، والجسور إلخ...

وهذا القسم - أي غير الداخل في الملك الفردي بنوعيه - يسميه الفقهاء: **المباحات (المجلة/ ١٢٣٤ - ١٢٣٨).**

فالمباح في الاصطلاح الفقهي يشمل نوعين:

١ - ما أبيع إحراز عينه وتملكها.

٢ - وما أبيعحت منافعه دون ملكيته.

فالأول: يدخل في الملكيات الفردية بمجرد الإحراز الواقع بشرائطه الشرعية، فيصبح ملكاً خاصاً لمن يحزره.

والثاني: لا يدخل في الملكية الخاصة، لا لأنه بطبيعته غير قابل لها، بل بحكم الشرع لتعلق مصالح الجماعة به.

والأصل الفقهي في التمييز بين هذين النوعين بحسب دلائل النصوص هو

أنه:

- إذا كانت حاجة الجماعة متعلقة بعين الشيء، كالطرق والجسور والمعابد إلخ... تحجر عينه وتباح منافعه.

- وأما إذا كانت حاجة الجماعة متعلقة بنوع الشيء لا بعينه، كحيوان الصيد وحجر المقالع وشجر البوادي والغابات؛ فإنه تباح عينه بصورة يحفظ معها نوعه.

ويصح بمقتضى دلائل النصوص الفقهية أن يقال:

القاعدة هي أن جميع الأشياء قابلة في الأصل للملك الفردي، إلا ما خرج فيها عن إمكان الحيازة بطبيعته كالهواء والبحار، أو بحكم الشرع كالمرافق العامة من طرق وجسور ومرام ونحوها.

٣/٢٤ - المباحات العامة الثلاثة:

هذا، وقد اعتبر شرعاً ثلاثة أشياء من المباحات العامة مشتركة بين جميع الناس بنص الحديث النبوي الثابت، وهي: الماء، والكَلَأُ، والنار^(١).

٤/٢٤ - الماء:

ومعنى الشركة العامة في الماء أنه إن كان في منابع آباره أو مسالكة تحت الأرض، ولو في أرض مملوكة، لا يعتبر ملكاً لأحد، بل لكل واحد من الكافة أن ينتفع منه بما يسمى: حق الشفة، وهو أن يشرب بفمه، ويسقي مواشيه - لا أراضييه - ويغسل، ونحو ذلك. وعلى صاحب الأرض أن يمكنه

(١) نص الحديث: «المسلمون شركاء في ثلاث: في الماء، والكَلَأُ، والنار» رواه أحمد وأبو داود، وفي رواية: «الناس شركاء...» وخرجه ابن حجر في بلوغ المرام (باب إحياء الموات)، وأبو يوسف في الخراج. والكَلَأُ (بفتحتين) هو العشب.

قال ابن عابدين في رد المحتار تفسيراً لهذا الحديث:

«أي شركة إباحة لا شركة ملك. فمن سبق إلى شيء من ذلك في وعاء أو غيره وأحرزه فهو أحق به؛ وهو مالك له دون من سواه».

(ر: فصل الشرب من رد المحتار ج ٤ ص/٢٨٣).

من استخراج ما يكفيه لذلك، أو يخرج له، ولا يسوغ له منعه إذا لم يجد ماء سواه بقربه.

لكن ما استخراج من هذه المياه وأحرز يصبح ملكاً خاصاً لمحرزه لأن الإحراز من أسباب الملكية (المجلة / ١٢٤٨). وكذا الماء المجموع جمعاً في الآبار غير النابعة أو الأحواض، فهو ملك محجور لجامعه.

وأما إن كان الماء جارياً على الأرض من عين مملوكة فهو ملك لأصحاب الأراضي التي تسقيها تلك العين، لكن يثبت فيه للكافة حق الشفة المتقدم.

٥ / ٢٤ - وأما الأنهار فقد قسمت إلى قسمين: خاصة، وعامة.

أ - فالأنهار الخاصة هي ما تتفرق مياهها وتستنفذ في أراضي أشخاص معدودة حتى تمحى، ولا ينفذ منها بقية إلى مصب عام كالمفازة والبحر.

وهذه الأنهار في حكم العيون الجارية. فمياهها هي ملك لأصحاب الأراضي التي تسقيها، وإنما للكافة فيها حق الشفة.

ب - والأنهار العامة هي الأنهار الكبرى التي تجري فيها السفن كدجلة والفرات والنيل؛ وكذا التي لا تجري فيها السفن ولكنها تسقي أراضي خاصة لا تمحى فيها بل يبقى منها بقية مباحة تصب في مصب عام.

وهذه الأنهار العامة لا تدخل في ملك أحد من أفراد الناس شرعاً، ويثبت لكل إنسان فيها - علاوة على حق الشفة - حق الشرب^(١)، أي للري الزراعي أيضاً، وهو أن يسقي منها أراضيها بشق الجداول إليها، وإنشاء المسناة أو النواعير، أو النزح بأي وسيلة كانت؛ وكذا نصب الطواحين، ما لم يضر بالناس في شيء من ذلك، لأن الانتفاع بالمباح إنما يجوز إذا لم يضر بأحد (الدر المختار، فصل الشرب)^(٢).

(١) الشرب (بكسر الشين) هو النصيب من الماء، ونوبة الانتفاع به سقياً للزراعة والحيوانات (ر: المصباح، والدر المختار ج ٥ فصل الشرب)

أما الشرب (بضم الشين) فهو تناول الماء بالقم.

(٢) يلاحظ هنا أن القرار ذا الرقم / ١٤٤ الصادر عن المفوضية العليا الفرنسية في عهد =

وإذا دخل شيء من مياه هذه الأنهار العامة في المقاسم - أي المجاري المملوكة - بشق الجداول ونحوها أصبح ملكاً لأصحاب المقاسم ليس لأحد فيه إلا حق الشفة.

٦/٢٤ - الكلاً:

وأما الكلاً فالمراد به العشب النابت بنفسه في الأراضي مطلقاً، مملوكة كانت تلك الأراضي، أو غير مملوكة (المجلة/١٢٣٤).

فلو كان مستنبتاً في الأراضي المملوكة استنباتاً بفعل صاحبها وسقيه كان ملكاً خاصاً له محجوراً عن سواه.

فعين الكلاً النابت بطبعه تعتبر شرعاً من المباح العام. فما دام قائماً على أرضه غير محوز يعتبر كالمياه في منابعها، لا يملكه صاحب الأرض بل لكل واحد أن يحتش منه لحيوانه. وعندئذ يكلف صاحب الأرض أن يمكنه من الاحتشاش، وله أن يمنعه من دخول أرضه على أن يحتش هو ويخرج له عند الحاجة، إن لم يكن بالقرب منه كلاً مباح يغنيه عنه^(١) (المجلة/١٢٥٧) وفصل الشرب من الدر المختار).

٧/٢٤ - النار:

وأما النار فالمراد بها ما يوقدها الإنسان في المفازة. فمادة هذه النار هي

= الانتداب، يقضي بجعل جميع الأنهار والمجاري في سورية ملكاً للدولة دون تفريق بين الأنهار الخاصة والعامه، وإنما لأصحاب الأراضي إسالة المياه. والهدف في ذلك إصلاح الري العام وجعله تابعاً لأنظمة خاصة وتقسيمات اقتصادية في المستقبل. (١) إن المواد/ ٧٦٨ - ٧٧٠ من القانون المدني وقبله المادتان / ١٢ و / ١٣ من نظام الملكية العقارية السابق ذي الرقم / ٣٣٣٩ تعتبر من ثمرة الملكية أن لصاحبها الحق في جميع ما ينتجه العقار، وفي كل ما يتحد به اتحاداً تبعياً، سواء أكان الاتحاد طبيعياً أو صناعياً.

وتشمل ملكية الأرض ملكية ما فوقها وما تحتها.

وعلى ذلك يمكن أن يعتبر هذا موجباً ملكية صاحب الأرض المملوكة للكلاً النابت فيها بطبعه كالنابت بالاستنبات على خلاف حكم المجلة في ذلك.

ملك له خاصة؛ وإنما المباح فيها لغيره حق الاصطلاء والاستدفاء والاستضاء بها للعمل دون أن يأخذ منها جمرة، لأن الجمرة فحمة متشبهة مملوكة لصاحبها (المجلة/ ١٢٦١).

٨/٢٤ - انقلاب المال الخاص إلى عام، وبالعكس:

أ - قد ينقلب المال الخاص إلى مال عام. وذلك:

١ - إما بإرادة مالكيه وتخصيصهم، كالمساجد والمقابر الموقوفة؛ فإنها قبل الوقف مال خاص مملوك لأصحابه، فبالوقف تصبح لمصالح الكافة.

٢ - وإما بإيجاب الشرع، كما في الاستملاك الجبري لأجل المصالح العامة، كاستملاك الحكومة أرضاً لجعلها طريقاً أو مستشفى أو غيرها من مصالح المجتمع.

ب - وقد ينقلب المال العام إلى خاص، كما لو استبدل مستشفى موقوف أو من أملاك الدولة؛ إذ يصبح ملكاً لمشتريه، ويحل بدله محله في الوقف أو في بيت المال العام؛ وكما لو استغني عن طريق، فللحكومة أن تبيعه فيصبح ملكاً خاصاً، كما سنرى قريباً.

وهذا النوع (أي الذي يكون أو يصبح ملكاً خاصاً لبيت المال العام يفسح مجالاً لجعل التقسيم في الأموال من حيث الخصوص والعموم ثلاثياً: مال عام، ومال خاص، ومملوك لبيت المال.

وهذا القسم الثالث يشترك مع المال الخاص في بعض الأحكام، ويتميز عنه في البعض الآخر، ومما يميز به عن المال الخاص:

أ - أنه لا يجوز للسلطان أن يتبرع به هبة لمن يشاء، لأنه ليس ملكاً له شخصياً، بل هو للمصلحة العامة التي تتعلق بها حقوق جميع الناس. فيضمن ولي الأمر بالتفريط فيه، يضمته من ماله الخاص.

ب - أنه في المبادلة به أو بيعه لا يغتفر فيه الغبن اليسير كما لا يغتفر في

مال اليتيم ومال الوقف. (ر: المدخل الفقهي العام - ف٨/٣٥ و٨١/٦٣)^(١).

٩/٢٤ - تقسيم الأموال العامة، وجهة العموم فيها:

ومن هنا يمكن تقسيم الأموال العامة، بحسب تخصيصها إلى ثلاثة أقسام:

الأول: ما هو مخصص بذاته لمصالح العامة ومنافعهم الدينية أو الحيوية. وذلك كالمساجد، والمقابر، والطرق، والجسور، والقناطر، والمستشفيات، والحدائق، والمدارس، وسائر المؤسسات العامة. وكذا الأراضي المتروكة - لقربها من العمران - مرعى أو محتصداً أو محتطباً (المجلة/١٢٨١).

الثاني: ما هو مخصص للاستغلال لإحياء جهة عامة بموارده وغلته. وهو عقارات الوقف، ومستغلات بيت المال التي تدخل في زمرة ما يسمى اليوم: «أملاك الدولة».

الثالث: ما كانت عموميته، لا لأن مصالح العامة وحاجتهم متعلقة بذاته، بل لأنه في ملك جهة عامة، مع أنه مهياً بذاته للتداول والتمليك. وذلك كغلات الأوقاف العائدة لجهات خيرية موقوف عليها، وغلات بيت المال بمختلف فروعه، والأراضي الموات.

أ - فالقسمان الأولان محجورة رقابهما عن التداول، فليسا محلاً لعقود التمليك، لأنهما لا يدخلان في الملكية الفردية الخاصة.

غير أنه يمكن أن تنسلخ عن المال في هذين القسمين صفته العامة هذه في أحوال تستدعي ذلك شرعاً؛ ويعود إلى أولياء الأمر حق التقدير والتقرير فيها. وعندئذ يمكن أن ينقلها إلى أموال خاصة.

(١) بهذه المناسبة أذكر أنه جاء في فتاوى العلامة الونشريسي المالكي عن الأوقاف التي يقفها السلاطين على أنفسهم وذريتهم: أنهم إذا وقفوها من أموالهم الخاصة فوقفهم باطل، ومردود إلى بيت المال لأن أموالهم الخاصة يحوزونها عادة من بيت مال المسلمين بغير حق، ما لم يثبت أنهم إنما وقفوها من ملكهم الخاص الذي امتلكوه بوجه مشروع. (ر: المعيار المُعرب للونشريسي ٣٠٨/٧ - ٣١٠).

وذلك كما إذا حول الطريق العام، فاستغني عن موقعه الأصلي. فيبيع لحساب بيت المال ويصبح ملكاً خاصاً. ومثل ذلك سائر ما يستغني عنه من الأموال العامة كما تقدم (ف/٢٤/٨).

وكذا إذا دعت الضرورة للاستبدال بعقار الوقف بمسوغاته الشرعية، فإنه يستبدل به ما هو أنفع للوقف بإذن القاضي وتقديره. فيصبح الموقوف ملكاً خاصاً لمشتريه ويحل بدله محله في الوقف.

على أنهم قد استثنوا المسجد فاعتبروا فيه صفة الأبدية؛ فلا تنسلخ عنه مسجديته عند الحنفية ولو استغني عنه (ر: الدر المختار كتاب الوقف ٣/٣٧١).

ب - وأما القسم الثالث - وهو غلات الأوقاف الخيرية، وغلات بيت المال، والأراضي الموات - فإنه بمقتضى غايته يجري فيه التداول شرعاً.

ويعتبر - وهو في يد بيت المال أو مؤسساته الفرعية أو الوقف - كالأموال الخاصة في يد أصحابها، توفى به الحقوق والأجور والرواتب وسائر الالتزامات، فيدفع بالوجوه المشروعة إلى من يستحقه. وكل من أعطي منه شيئاً باستحقاق شرعي، يملكه، لأنه في الأصل مخصص للتملك في الوجوه المشروعة.

وعن هذا لو أحيأ إنسان أرضاً مواتاً بإذن السلطان يملكها (المجلة/١٢٧٢).

والنظر الشرعي في ذلك أن هذا القسم إنما تتعلق المصلحة العامة بماليته وقيمه، لا بعينه وبقائها لأجل منافعها الذاتية أو دوام غلتها.

هذا ما يمكن تلخيصه من فكرة الأموال العامة بالنظر الشرعي.

(ولتنظر النصوص التي تؤيد هذا التقسيم بصراحتها أو دلالتها في كتاب الوقف، وإحياء الموات، وفصل الشرب، وكتاب الصيد، وبعض تفاريع كتاب الجهاد، كباب العشر والخراج، وكمصارف بيت المال، في معظم المؤلفات

الفقهية كالبدائع والهداية ورد المحتار وغيرها. وكذا المواد/١٢١٣ - ١٢١٨ /
والمواد/١٢٣٤ - ١٣٠٨ / من المجلة).

١٠/٢٤ - ثمرة التمييز بين المال الخاص والعام شرعاً:

لهذا التفريق بين المال الخاص والعام نتائج هامة وثمرات في الأحكام المدنية، منها أساسي ومنها شكلي، أشرنا إلى بعضها في المناسبات السالفة من البحث، ونجمل أهمها فيما يلي:

١ - من حيث قابلية التداول وعقود التمليك مما تقدم ذكره في صلب البحث.

فالأموال الخاصة تقبل التداول وعقود التمليك. والأموال العامة لا تقبل ذلك، سوى القسم الثالث الأنف الذكر (ف/٢٤/٩).

٢ - تضمن قيمة منافع مال الوقف، إذا غصبه غاصب ثم أعاده، استثناء من أصل نظرية الفقه الحنفي في أن منافع المغصوب غير مضمونة كما تقدم (ر: ف ٥/٢٠).

٣ - المال العام لا يحق لأحد - ولو السلطان أو سائر ممثليه في فروع الأعمال - أن يسامح فيه من يدخل عليه، أو يصلح عنه، أو يبرئ من لزمه ضمانه بإتلاف أو غصب أو غيرهما من الأسباب. وهذا على خلاف حكم المال الخاص الذي يعود لصاحبه حق المسامحة فيه بصلح أو إبراء أو هبة إلخ...

٤ - إشتراك أصحاب الأراضي في الشرب من الأنهار العامة لا يجعلهم خلطاء في حقوق أراضيهم فلا يثبت لهم حق الشفعة فيها بهذا السبب.

أما الاشتراك في نصيب الشرب من الآبار والأنهار الخاصة المملوكة فإنه يعتبر من أسباب الخلطة في حقوق العقار فيثبت به حق الشفعة (المجلة/١٠٠٨ و ١٢٣٩).

٥ - الحجز^(١) القضائي قانوناً لا تقبله الأموال العامة كأموال الدولة فلا يجوز حجز هذه الأموال لاستيفاء الدين. أما الأموال الخاصة فتحجز.

٦ - في سريان حكم التقادم (مرور الزمن) ومدته^(٢).

فالتقادم يسري في الحكم الفقهي على الحقوق الخاصة ومدته العادية خمس عشرة سنة. فإذا مرت مروراً معتبراً دون ادعاء بالمال من قبل صاحبه لا تسمع دعواه بعدها.

وأما حكم التقادم في الأموال العامة ومدته فعلى التفصيل:

أ - فمنها طائفة لا يتقادم الحق فيها أبداً. فإذا استولى على شيء منها أحد يجوز في كل وقت الادعاء به لرده إلى أصله، وذلك في كل ما هو مخصص بذاته لمنافع العموم، كالطريق العام والنهر والمرعى (المجلة/١٦٧٥).

والنظر الفقهي في ذلك أن التقادم يتوقف سريانه بالمعاذير، كالسفر والصغر والجنون. والناس كافة هم في الأصل أصحاب الحق بهذه الأشياء، ولا يخلو مجموعهم من أصحاب الأعذار المانعة لمرور الزمن.

ب - ومنها طائفة يسري عليها التقادم لكن مدته فيها تختلف عن مدة التقادم العادي في الأموال الخاصة.

فرقبة الأموال الموقوفة من منقول أو عقار، والحقوق العينية التي

(١) الحَجْز (بالزاي المعجمة) في الاصطلاح القانوني اليوم يسميه فقهاء الشريعة حَجْراً (بالراء المهملة)، فهم يقسمون الحجر إلى نوعين: حجر الشخص (وهو سلب أهليته أو الحد منها قضاء، وهذا متفق مع الاصطلاح القانوني)، وحجر المال أي عزله قضاء عن سلطة صاحبه تمهيداً لبيعه في وفاء الديون (المجلة/ ٩٩٨ و ٩٩٩) وهذا يسميه القانون حجراً (بالزاي المعجمة) وهو الاصطلاح الأفضل للتمييز بين النوعين في الاسم. وأن نظامه القانوني اليوم لا ينافي الشريعة بل يتفق مع قواعد المصالح المرسله لأنه حكم استصلاحي لتنظيم وفاء الحقوق.

(٢) قدمنا في المدخل الفقهي العام في بحث الاستصلاح أن حكم التقادم بوجه عام مؤسس في الفقه الشرعي على قاعدة المصالح المرسله في أصل فكرته وفي مدته: (ر: المدخل الفقهي العام ف ١١/٥).

للأوقاف على بعض العقارات الأخرى من مملوكة أو موقوفة، وكذا أموال بيت المال، كل ذلك مدة التقادم المانعة من سماع الدعوى به هي ست وثلاثون سنة، إلا الأراضي الأميرية فمدة التقادم فيها عشر سنين (المجلة/١٦٦٢).

على أن القانون المدني (وقبله قانون الملكية العقارية السابق)، والقرارات المتعلقة بالتحديد والتحرير وإنشاء السجل العقاري، قد أتت بأحكام جديدة مفصلة في التقادم بالنسبة للعقارات الخاصة والعامة، تختلف مددها بحسب وجود تسجيل أو تصرف، وبحسب أنواع العقارات، فلتنظر في مواطنها من الأحكام العقارية.

١١/٢٤ - هذا ويمكن أن تعتبر الأموال الموقوفة، من حيث الأحكام التي تراعى فيها، حداً وسطاً بين الأموال الخاصة والعامة. ولذلك يسميها الأستاذ فتحي زغلول في شرحه للقانون المدني المصري - (القديم) ص/٥٠ - باسم: «الأموال ذات الشبهتين»:

- فهي تشبه الأموال المخصصة للمنافع العامة من جهة غايتها وعدم جواز التصرف فيها.

- وتشبه الملك الخاص من جهة جواز امتلاكها بمرور الزمن وجواز حجزها وبيعها لمن كان له حق عيني عليها قبل وقفها، أو كان له دين على الواقف لا وفاء له إلا منها.

١٢/٢٤ - ملاحظات:

١ - في الفقه الأجنبي يقسمون الأموال إلى: أموال مادية، وأموال معنوية.

ويريدون بالمعنوية ما كان له اعتبار في ثروة الإنسان، ولكنه ليس أعياناً مادية في الوجود الخارجي. فتدخل في ذلك الحقوق الشخصية والعينية، والمنافع، والملكية الأدبية للمؤلفين في انحصار حق طبع مؤلفاتهم، والملكية الصناعية للمخترعين، وحق استعمال العناوين التجارية، ونحو ذلك.

فكل منفعة أو حق خولهما القانون إنساناً فهما مال معنوي يمكن أن يباع ويشترى.

وهذا التقسيم لا يتناسب مع مفهوم المال بالنظر الشرعي المبني عليه بحثنا. فقد فرق فقهاء بين المال، والملك. فاعتبر الحقوق والمنافع ملكاً يستمتع به، لا مالاً ترد عليه العقود، إلا استثناء كما تقدم.

لكن هذا التقسيم إلى مال مادي ومعنوي يتناسب مع أحكام القانون المدني، وقبله مع مقتضى المادة/٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية السابق، تلك المادة التي أدخلت جميع الحقوق والمنافع في جملة الأموال التي يصح ورود العقود عليها.

فلذا لم ندخل هذا التقسيم في تقسيماتنا للأموال بالنظر الفقهي، واكتفينا بالإشارة إليه.

٢ - يفرق، في الأصل، بين الأشياء، والأموال.

- فالأشياء أعم من الأموال لأن كل مال هو شيء ولا عكس. فالشمس، والقمر، والهواء، هي أشياء، ولكنها ليست أموالاً بالنظر الشرعي ولا القانوني. فبين المال والشيء من النسبة ما يسمى العموم والخصوص المطلق.

غير أن الاصطلاح الحقوقي على عدم التفرقة بينهما، وعلى ذلك جرى القانون المدني أيضاً، (ر: كتاب «الأموال» للأستاذ محمد كامل المرسي ف/٢). وذلك لأن الأشياء التي يتناولها البحث الحقوقي إنما هي ما يمكن أن تتعلق به الحقوق، وهو الأموال.