

الفصل الأول

تعريف الملك وبيان أسبابه ووسائله

- تعريف الملك
- أسباب الملك ووسائله

obeikandi.com

تعريف الملك

● الملك فى اللغة^(١) : احتواء الشئ والمقدرة على الاستبداد به والتصرف بانفراد^(٢) .

● الملك فى اصطلاح الفقهاء : علمنا فيما سبق أن ما حيز من الأشياء كان مملوكا وما لم يحز كان مباحا غير مملوك ، ولأن أساس الملك الاختصاص والمنع والتعامل وهذه الحيازة وهذا الاختصاص هو ما عبر عنه بالملك .

● وفى تعريف الملك اختلف نظر الفقهاء على النحو التالى :

١ - فمنهم من عرفه بأنه الاختصاص الحاجز . ومعنى ذلك أن ملك الشئ هو الاختصاص به المسافع لغير مالكه من الانتفاع به أو التصرف فيه الا عن طريقه وبسببه كتوكيل منه مثلا . أو عن طريق الشارع باقامته نائبا عنه ومن ثم كان للملكه القدرة التى يمنع بها غيره من التصرف والانتفاع الا عن طريقه .

٢ - ومنهم من عرفه بأنه حكم شرعى أو وصف شرعى مقدر فى العين أو فى المنفعة يقتضى للملكية من يضاف اليه من الانتفاع بالمملوك ومن المعاوضة عنه^(٣) .

(١) الملك مثلث الميم أى يجوز فيه الفتح والكسر والنضم . ولكن يستعمل مكسور الميم ومفتوحها فى تلك الأشياء ومضمومها فى الولاية العامة - أى السلطة العامة للسلطان - فيقال : ملكت الشئ ملكا - بكسر الميم - وملكت على الناس أمرهم (بضم الميم) .

والوصف الأول مالك وجمعه ملاك (بضم الميم وتشديد اللام مثل كافر وكنار وكاتب وكتاب) . والوصف الثانى ملك (بضم الميم وبكسر اللام أو تسكينها) وجمعه ملوك وأملاك - كتاب المصباح الخيز .
(٢) لسان العرب .

(٣) الفروق : ج ٣ الفرق ١٨٠ ، ص ٢٠٨ ، ٢٢١ .

٣ - ومنهم من عرفه بأنه تمكن الانسان شرعا بنفسه أو بنائبه من الانتفاع بالعين أو المنفعة ومن أخذ العوض عنها^(٤) .
٤ - وعرفه الأكمال بن الهمام : بأنه القدرة الشرعية على التصرف ابتداء الا لمنا^(٥) .

وأساس هذه انظرة ما يراه الفقهاء من أن الحقوق كلها ومنها حق الملك وحقوق شرعية أثبتها الشارع لأربابها ولا يترتب عليها من الآثار أو الأحكام الا ما رتبها الشارع عليها وفي وصف الملك بهذه الصفات « صفة شرعية » ، « حكم شرعى » ، « قدرة شرعية » ما يجعله صالحا ومهيئا لأن يقيد بما تقتضى الأحكام والدلائل الشرعية من القيود لأنه اذا كان منحة أو حقا مصدره الشارع كان اليه تحديده وتوجيهه الوجهة التى قصد اليها الشارع ، وقد جاء فى التعريفين الثانى والثالث النص على العين والمنفعة دون ذكر الحقوق وبذلك لم يتناول جميع الحقوق اذ من الحقوق ما يعد من المنافع فيتناوله التعريفان ومنها ما لا يعد من منافع الأعيان كحق الحضانة وحق الضم وحق الولاية وهذا ما لا يتناوله التعريفان لأن المنفعة التى جاء ذكرها فيهما هى ما يطلب من الأعيان . وهذا النوع من الحقوق لا يعد من منافع الأعيان كما لا يعد منفعة صاحبه بل هو الى الواجب عليه والتكليف له أقرب منه الى المنفعة وعليه لا يكون هذا النوع من الحقوق مما يقبل الملك بالمعنى الذى جاء فى التعريفين المذكورين . فى حين أن الملك قد عرف بما يتناول الحقوق جميعها دون تفرقة بين حق وآخر فى تعريف المقدسى اذ يتناول كل حق اخص به صاحبه اختصاصا حاجزا .

(٤) تهذيب الفروق ج ٣ - ص ٢٢٢ الفرق ١٨٠ .
أما قولنا : حكم شرعى لأنه يتبع الأسباب الشرعية وأما أنه مقدر فلأنه يرجع الى تعلق اذن الشارع لأنه يقدر فى العين أو المنفعة عند تحقق الأسباب المفيدة للملك وفى العين أو المنفعة فان الأعيان تملك كالتبعية والمنافع كالأيجارات يقتضى انتفاعه بالملوك . يخرج التصرف بالوصية وانوكالة وتصرف القاصى فى أموال الغائبين والمجانين فان هذه الطوائف لهم التصرف . بغير ملك - والعوض عنه يخرج الاباحات فى الضيافات فان هذه الأمور لا مكنة فيها مع المكنة الشرعية من التصرف فى هذه الأمور .

(٥) المقدسى فى الحاوى .

ويلاحظ: أنه قد نص في التعريفين الثانى والثالث على الانتفاع والمعاوضة فقط ، ونص في التعريف الرابع على التصرف فقط ولم ينص فيه على الانتفاع أى القدرة على التصرف التى تثبت للإنسان ثبوتاً مبتدأ أصلياً غير مستمدة من أحد الأمانع يمنع من ثبوتها كالجنون • ولئن هل يلزم لثبوت الملك وتحققه الانتفاع والتصرف أم يكفى ثبوت أحدهما كان يثبت الانتفاع فقط كما فى بعض الحقوق مثل حق تمتع أزواج بزواجه وحق الشفعة وحق الارتفاق عند من يرى عدم جواز التصرف فيه ؟

والظاهر من تعريف الفقهاء للملك أنه يكفى فى ثبوت الملك تحقق أحدها على أن ثبوت التصرف يستلزم ثبوت الانتفاع • فكل ما يجوز فيه التصرف محل للانتفاع ولذلك يكفى فى ثبوت الملك أن ينص عليه وحده كما فعل الكمال بن الهمام أما ثبوت الانتفاع فلا يلزم من ثبوته ثبوت التصرف •

ونخلص من التعريفات السابقة للملك أن المقدسى يجعل كل اختصاص مانع ملكاً سواء أكان معه قدرة على التصرف أم لا وهو بهذا يعم الأعيان والمنافع والحقوق إذا ما ثبت فيها هذا الاختصاص وتعريف الكمال بن الهمام يخرج منه جميع الحقوق التى لا يرى لصاحبها قدرة على التصرف فيها ويقصره على ما يجوز فيه التصرف فى حين أن من الحقوق ما يختص بصاحبه وليس لصاحبه أن يتصرف فيه ويعد الفقهاء فى جانبه بأنه مملوك له مراعاة لذلك الاختصاص ولما فيه من القدرة على الانتفاع وذلك كحق الشفعة وحق الخيار •

وتعريف الملك بالتعريفين الثانى والثالث يقتضى أنه لا بد فى ثبوت الملك من ثبوت الانتفاع والتمكن من المعاوضة أى التصرف وعلى ذلك لا يتناول بعض الحقوق مثل حق استمتاع الزوج وحق الارتفاق عند من يرى عدم جواز المعاوضة عنه وعلى ذلك يكون تعريف المقدسى أعم وأشمل • ويعرفه البعض^(٦) اعتماداً على التعاريف السابقة بأنه : الاختصاص

(٦) محمد أبو زهرة ص ٧١ .

بالأشياء الحاجز للغير عنها شرعا الذي به تكون القدرة على التصرف فى الأشياء ابتداء الا لمانع يتعلق بأهلية الشخص ، ومن نظر الى الملك على أنه علاقة بين الملك والمملوك عرفه بأنه اتصال شرعى بين الانسان وبين شىء يكون مطلقا لتصرفه فيه وحاجزا عن تصرف الغير ، وقيد شرعى يخرج أية علاقة أو اتصال غير شرعى بين الانسان والشىء كعلاقة السارق بالمسروق والغاصب بالمغصوب وغيرها مما حرمه الاسلام^(٧) .

* * *

● الملك من الثمار الأولى للاستخلاف :

اختلف الفقهاء فى تعريف الملك باختلاف نظرهم اليه ، فمنهم من نظر الى واقع الملك ومنشئه ومنهم من نظر اليه على أنه حكم شرعى رتب عليه الشارع آثارا ونتائج ومنهم من نظر اليه على أنه علاقة بين المالك والمملوك .

والأموال بطبيعتها قابلة للملك بطبيعته وذاته وخاصته لأنه الثمرة الأولى لاعتبار الأشياء أموالا والنتيجة الطبيعية للاحراز والاحراز ان طرأ على المباح كان هو الاختصاص الحاجز المانع لغير المحرز من الانتفاع غير أنه قد يعرض لبعض الأموال ما يجعلها مخصصة لجهة من جهات الانتفاع فتصير بذلك التخصيص غير قابلة للملك فى كل الأحوال أو فى بعض الأحوال وتشمل ما يأتى :

(أ) الأموال المخصصة للمنفعة العامة كالطرق العامة أو القناطر والجسور والاستحكامات والمرافق وغيرها من المحلات المعدة لحفظ الحدود والثغور فهذه الأموال لا تقبل التملك ما دامت مخصصة لمنفعة عامة فان زالت عنها تلك الصفة عادت الى حالتها الأصلية وهى قابليتها للملك^(٨) .

(٧) الملكية فى الشريعة الاسلامية — عبد السلام العبادى — القسم

الأول ص ١٤٤ — ١٤٩ .

(٨) المادتين ٩ ، ١٠ من مرشد الحيران .

(ب) أموال تقبل التملك في بعض الأحوال وذلك عند وجود مبرر شرعى من ضرورة ملجئة للملك أو حاجة ماسة واقعة اليه أو مصلحة راجحة مثل العقارات الموقوفة وأموال بيت المال^(٩) . كما أن ما لا يتناول اسم المال من الأعيان لا يصلح أن يكون محلا للملك كالميتة والخمر بالنسبة الى المسلمين . وكذا كل ما لا ينطبق عليه تعريف المال كالشمس والقمر والنجوم ونحوها وكذلك كل ما حرم الشارع تملكه والانتفاع به فهناك من المنافع ما حرمه الشارع كمنفعة الغناء ومنفعة آلات الطرب كالعود والمزمار ومنافع آلات اللهو كالنرد ونحوه وكذلك منافع كل ما حرم الشارع عينه كالخمر والميتة لقول الله تعالى : « قل لا أجد فى ما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فانه رجس » . (الأنعام : ١٤٥)

وانما يتناول النهى لمن تملك منافع آلات اللهو فى اللهو بها ما كان منفعة مقصودة منها أما ما ليس مقصودا منها كتملك هذه الآلات لاحتراقها فلا يتناول النهى ولا التحريم . فهذا النوع من المنافع المحرمة لا يصحح أن يكون محلا للملك فى نظر من ذهب الى تحريمه من الفقهاء .

* * *

● نطاق الملك :

أما مدى ما يمتد اليه الملك فى نظر الفقهاء اذا ما تعلق بما يملك فإنه حين يتعلق بالأعيان يمتد الى منافعها وثمراتها ونتائجها وجميع ما يتولد منها سواء منها المنقول أو العقار — وفى الحيوان يمتد الى جميع أجزائه والى نتاجه ومنافعه — وفى العقار — يمتد الى علوه وسفله^(١٠) ومنافعه

(٩) راجع المادتين ٧ ، ٨ من مرشد الحيران .

(١٠) الفروق لأقرانى ج ٤ ص ١٥ وتهذيب الفروق على هامشه ج ٤ ص ٤٠ . ولكن تعريف الفتوى للملك بأنه بما أمكن حيازته والانتفاع به أو بأنه الاختصاص الحاجز يشير الى أن كلا من العلو أو السفل المملوكين لصاحب الأرض محسداً بإمكان الانتفاع بها والتدرة على المنفعة الحاجزة وان كان الفقهاء لم يصرحوا بذلك عند بيانهم لما لصاحب الأرض علوها وسفلها . يراجع الشيخ على الخفيف الملكية فى الشريعة الإسلامية ص ٤٨ ط ١٩٦٦

وكان له بناء على ذلك أن يمنع جاره من أن ينتفع بجوها الذى يعلوها أو بأن تمتد فروع أشجاره المغروسة فى أرضه الى ذلك العلو وكذلك له أن يمنعه من الانتفاع بسفلها بأى طريق أراد وإذا ما حوت الأرض كنوزاً^(١١) أو معادن^(١٢) فانها لا تكون ملكا لصاحب الأرض لأنها ليست منها ولا متولدة عنها وإنما تكون ملكا لصاحبها الذى أودعها فيها .

أما المعادن وهى الفلزات توجد فى الأرض بحسب الطبيعة كالذهب والنفاس والحديد والماس والبتروول فقد اختلف الفقهاء فى حكمها لمن تكون .

فيرى البعض - ونرى معهم - ومنهم المالكية فى أشهر أقوالهم « أن ليس شيئاً من ذلك يعد مملوكاً لمن يملك أرضه التى تحويه اذ ليس ائلك ذلك تملك الأرض وتطلب عادة وإنما يعد ملكاً للمسلمين وليس ثمرة للأرض ولا يتولد منها فكان للامام أمر هذه المعادن يستغلها لصالح المسلمين » .

وقد ذهب كثير من الفقهاء الى استثناء الكلا الذى ينبت فى الأرض من غير صنع مالكة فذهبوا الى أنه يكون مباحاً كما استثنوا الماء ينبع منها لعموم قول الرسول ﷺ : « الناس شركاء فى ثلاثة : الماء ، والكلا ، والنار »^(١٣) فليس يملك شيئاً من ذلك الا باحرازه وتملكه باحرازه محل اجماع وأن مما يمتد اليه الملك أيضاً ما يعد متحداً مع العقار سواء أكان

(١١) الكنز اسم لما يوجد فى باطن الأرض مما أودعه الانسان تقوياً كان أم حلياً سبائك ولذلك لا يعد حرزاً من الأرض التى دفن فيها ولا يتناولها ملكها ..

(١٢) اسم المعدن يطلق فى الأدرف على الفلز وهو كما فى القاموس المحيط : جواهر الأرض كلها من الذهب والفضة والنفاس والحديد وغيره .

(١٣) رواه أحمد وأبو داوود عن أبى خراش عن بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ورواه ابن ماجه بن حديث ابن عباس وزاد فيه : وثمنه حرام وعن أبى هريرة : إن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا ينبع الماء - ولا النار - ولا الكلا ، رواه ابن ماجه .

هذا الاتحاد طبيعياً أم صناعياً فجميع الأشياء المتحدة بالعقار تتبعه فى الملك ومن الأشياء التى تتحد بالأرض اتحاداً صناعياً البناء (١٤) .

* * *

● طبيعة الملك :

وصفت الملكية بأنها اختصاص وبأنها صفة شرعية أو حكم شرعى . ومن ذلك يتضح أنها عبارة عن علاقة الانسان بالمال وما فى حكمه من المنافع وذلك يدل على أنها صفة اعتبارية منتزعة من آثارها وأحكامها فليس لها وجود مادى ولا حقيقة مادية فحيثما أقر الشرع هذه العلاقة الاختصاصية بين الانسان والمال ثبت الملك وحيثما نفى الشرع هذه العلاقة انتفى الملك .

* * *

المبحث الثاني

أسباب الملك ووسائله

● أسباب الملك من وجهة نظر الفقهاء :

حاول بعض الفقهاء حصر أسباب التملك فى الشريعة •• قال ابن السبكي « قال ابن الرفعة فى الكناية فى باب احياء الموات : أسباب الملك ثمانية : الميراث — والمعاضات — والهبات — والوصايا — والوقف — والغنيمة — والاحياء — والصدقات • قلت: بقيت عليه أسباب آخر منها تملك اللقطة بشرطه — ومنها : دية القتل يملكها أولا ولذلك يوفى منها دينسه ومنها الجنين الأصح أنه يملك العرة ، ومنها : خلط الغاصب المغصوب بماله أو بمال آخر لا يتميز فوجب تملكه اياه على الصحيح عند الرافعى والنووى ، ومنها : الصحيح أن الضعيف يملك ما يأكله وهل يملك بالعرض بين يديه أو فى الفم أو بالأخذ ، أو بالازدراء يتعين حصول الملك قباه ؟ •• وجوه ، وقد يجاب بدخولها فى الهبة » (١) •

وقال ابن نجيم : « أسباب التملك : المعاضات المالية ، والأمهار — والخاع — والميراث — والهبات — والصدقات — والوصايا — والغنيمة — والاستيلاء على المباح والاحياء وتملك اللقطة بشرط ودية القتل يملكها أولا ثم تنقل الى الورثة ومنها العرة يملكها الجنين فتورث عنه والغاصب اذا فعل بالمغصوب شيئا أزال به اسمه وعظم منافعه ملكه واذا خلط المثلى بمثلى بحيث لا يتميز ماكه (٢) • وقد بين القابسى فى الحاوى القدسى الأساس الذى بنت عليه الشريعة اقرارها لما أقرت من أسباب التملك : فقال : فلا بد أن يكون المحل الذى ثبت الملك فيه خاليا عن الملك والخالى

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي ص ٩٧ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣١٧ مشار اليه فى الماكية فى الشريعة الاسلامية — عبد السلام اليبادى رسالة القسم الثانى ص ٢٧ وما بعدها .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤٦ .

عن الملك هو المباح والمثبت للملك فى المال المباح هو الاستيلاء لا غير لأن المباح لما استوى فى التصرف فيه جميع الناس وتعذر على كل واحد منهم اقامة المصالح به والانتفاع منه لوقوعه فى محل التنازع شرع الشرع الاستيلاء عليه : ثم المستولى على المال المباح قل ما يقوم به جل مصالحه من منافعه فيحتاج الى ما فى يد غيره ويحتاج الى ما فى يده فشرع الشرع البيع لينقل المستولى ما حصل فى يده بالاستيلاء من المال الى غيره وينقل ما فى يد غيره الى نفسه فينتفع كل واحد منهما بما نقل الى نفسه من صاحبه فتقوم به مصالحهما فصار البيع ناقلاً للملك اثابت بالاستيلاء وكذا ما قام مقامه من أسباب الملك كالهبة ونحوها .
والانسان اذا حصل مصالحه بما حصل فى يده من الأموال المباحة والمملوكة بالاستيلاء أو البيع من غيره مدة عمره فى حال حياته وأن أو ان ارتحاله عن الدنيا وأثر على ارتحاله منها احتاج الى أن يقيم مقامه فيما أنفق فى تحصيله عمره فشرع الشرع الوصية والميراث . . وللملك فى حق الوارث والموصى له حكم البقاء لا حكم الثبوت ابتداء كما يكن بالاستيلاء ولا حكم الانتقال كما يكون بالبيع^(٣) فثبت أن هذه الأسباب على ثلاثة أنواع :

- ١ - مثبت للملك ابتداء : وهو الاستيلاء .
- ٢ - ناقل للملك بعد ثبوته : وهو البيع ونحوه .
- ٣ - وهبى للملك على الورثة والموصى له بطريق النيابة وهو الارث والوصية^(٤) .

وجاء فى الدر المختار^(٥) : اعلم أن أسباب الملك ثلاثة :

- ١ - ناقل كبيع وهبة .
- ٢ - وخلافه كارث .
- ٣ - وأصالة . . وهو الاستيلاء حقيقة بوضع اليد أو حكماً بالتهيئة كصب شبكة الصيد . . على المباح الخالى عن مالك .

(٣) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٤٩ وحاشية العمودى ج ٢ ص ٢٠٥ - ٢٠٦ .
(٤) انظر الحاوى القدسى : ٢١٥ - ٢١٦ .
(٥) ج ٦ ص ٤٦٢ .

وفى حاشية ابن عابدين عليه : أن الاستيلاء حقيثة يشمل الأحياء •
وجاء فى حاشية العمودى على الأشباه^(٦) أن الأسباب ثلاثة : مثبتة —
وناقلة — وخلافة •

وتأسيسا على ما تقدم وفى ضوء ما قرره الفقهاء القدامى أورد
الفقهاء المحدثون أسباب التملك بتقسيمات متعددة فمنهم من قال^(٧)
أنه يمكن حصر طرق التملك المباحة فى الشريعة بما يأتى :

- ١ — احراز المباحات والاستيلاء عليها ويشمل الصيد واحياء المرات
واستخراج ما فى باطن الأرض •
- ٢ — العقود الناقلة للملكية من بيع الى اجارة الى هبة الى وصية •
- ٣ — الميراث •
- ٤ — التعويض ، ويشمل ضمان ما ينقله الانسان من أموال غيره
والدية •

٥ — التولد من المملوك مثل نتاج الحيوانات وثمر الزرع •
ومنهم^(٨) من قال ان أسباب التملك التى أقرها التشريع الاسلامى
تنحصر فى أربعة :

- ١ — احراز المباحات •
- ٢ — العقود •
- ٣ — الخلفية •
- ٤ — التولد من المملوك •

ثم قسم أسباب الملك باعتبارين هما :

أولا — باعتبار وجود الاختيار وعدمه : ومن هذه الناحية تنقسم
أسباب الملكية الى نوعين : اختيارية — وجبرية :

- (أ) الاختيارية : هى ما كان الانسان مختارا فى ايجادها وهى
سببان : احراز المباحات والعقود •
- (ب) والجبرية : هى ما ليس للانسان فيها اختيار وهى سببان
أيضا : الارث ، التولد من المملوك •

(٦) ج ٢ ص ٢٠٢ •

(٧) د . عبد السلام العبادى — الملكية فى الشريعة الاسلامية —

القسم ٢ ص ٣٠ •

(٨) د • مصطنى الزرقا — المدخل الفقهى العام ج ١ ص ٢٤٢ •

ثانياً — من حيث الأثر النوعي : ومن هذه الناحية تنقسم أسباب

الملكية الى نوعين : هما : أسباب منشئة للملك ، وأسباب ناقلة له :

(أ) والأسباب المنشئة هي التي توجد ملكا على شيء غير مملوك

قبلها وهي احراز المباحات والتولد من المملوك •

(ب) والأسباب الناقلة هي التي تتعلق بملك موجود قبلها فتنتقله

من حوزة الى حوزة وهي الخافية — والعقود (٩) •

ولكن يتلاحظ التداخل بين هذا النوع من الأسباب وبين الأسباب

الاختيارية والجبرية •

ويوضح أن ما ذكر من أسباب للملك لدى الفقهاء المحدثين ، لم

يخرج عما سبق أن ذكره الفقهاء القدامى وبخاصة ما جاء في الحاوي

القدسى وفي الدر المختار — وحاشية الحموى على الأشباه فقد ذكروا :

أن أسباب الملك ثلاثة هي :

١ — مثبت أو أصالة وهي ما ثبت الملك ابتداء على شيء غير مملوك

قبلها ومن أهم صورها الاستيلاء أو احراز المباحات •

٢ — ناقل للملك بعد ثبوته ويشمل العقود والدية وضمان المتلفات •

٣ — خلافة الارث والوصية أى قيام الغير مقام المورث والموصى

حتى كأنه لم يمت بعد وللملك فى حق الوارث والموصى له حكم البقاء ،

لا حكم الثبوت ابتداء كما يكون بالاستيلاء ولا حكم الانتقال كما يكون

بالبيع (١٠) •

ومن الممكن أن يكون التولد من المملوك كسبب رافع مستقل من

أسباب كسب الملكية أو التملك ، وان كان البعض (١١) يعده ضمن الأسباب

المنشئة للملك •

* * *

(٩) د . مصطفى الزرقا — المرجع السابق ص ٢٥٥ وما بعدها .

(١٠) انظر الحاوي القدسى ص ١٥ — ١٦ وجاء فى الأشباه والنظائر

لابن نجيم ص ٣٤٩ « اعلم أن ملك المورث بطريق الخلافة عن الميت فهو

قائم مقامه كأنه حي ، فيرد المبيع بعينه ويرد عليه ويصح اثبات دين الميت

عليه ، وأما ملك الموصى له فليس خلافة عنه بل بعينه تملكه ابتداء فانعكست

الأحكام المذكورة فى حقه » .

(١١) د. مصطفى الزرقا — المرجع السابق ص ٢٥٦ .

● التقسيم السائغ لأسباب الملك فى نظرنا :

وعلى ذلك يكون تقسيم أسباب الملك على أنها أربعة على نحو ما تقدم هو التقسيم السائغ لدينا والذي من الممكن أن ينضوى تحت كل سبب منها أى سبب فرعى آخر وذلك بحسب طبيعة كل سبب وما اذا كان مثبتا لتمام ابتداء أم ناقلا له بعد ثبوت الملك • أم خلافاً أم متولد من الملوك • وسنفرد كل سبب من الأسباب بشرح موجز ايضاها لمساهيته وطبيعته حتى يسهل اعتبار ما يدخل فيه من أفراده وفروعه وما لا يدخل :

أولا - الأسباب المنشئة للملك ابتداء كالاستيلاء أو احراز المباحات^(١٢) فالمباحات هى التى لم تدخل فى ملك أحد ولا يوجد مانع شرعى من تملكها ومن ثم يجوز تملكها بالاستيلاء والحيازة وتشمل الصيد واحياء الموات والاحتطاب واستخراج ما فى باطن الأرض والغنائم الحربية لأن أموال الحربيين تعتبر مالا مباحا لا تحترم المشريعة ملكيتهم لها • وعلى ذلك يتوقف ثبوت ملك المباحات بالاحراز والاستيلاء على أمرين هما :

- ١ - ألا يكون قد سبق الى احرازها شخص آخر اعمالا لقاعدة من سبق الى مباح فقد ملكه •
 - ٢ - قصد التملك وفقا لقاعدة : الأمور بمقاصدها •
- والاستيلاء على المباح يشمل أربعة أنواع هى :
- ١ - احياء الموات •
 - ٢ - الاستيلاء على المعادن والكنوز واستخراج ما فى باطن الأرض •
 - ٣ - الغنائم الحربية •
 - ٤ - الصيد^(١٣) والاحتطاب •

(١٢) والمال المباح هو الذى لم يدخل فى ملك يحرمة الشارع ولم يوجد ما يمنع من تملكه شرعا كالمساء فى منابهه والكلا فى منابته والأشجار فى البرارى غير الملوكة وصيد البر والبحر •

(١٣) يراجع فى تفصيل هذه المسائل محمد أبو زهرة نظرية الملكية ص ١٢٣ - بدران أبو العينين بدران - نظرية الملكية ص ٣٢٤ ، مذكرة ضوابط الملكية فى الفقه الإسلامى للدكتور عدنان التركمانى ص ٨٣ وما بعدها فتفصيلها يخرج من موضوع ضوابط الملكية ويدخل فى مسائل الفقه التفصيلية •

ثانياً — الأسباب الناقلة للملك وهي لا تثبت الملك ابتداء كما فى الحالة الأولى وانما تتعلق بملك موجود وثبت قبلها فتنتقله من حوزة الى حوزة ومنها العتود ، وبالنسبة لسببية العتود للملكية تعتبر أسبابا ناقلة لا منتشئة اذ يتعين أن يكون البائع مالكا لشيء المبيع ، ففاقد الشيء لا يعطيه ، ومن ثم تعتبر أدبية وضمن المنلفات ضمن هذه الأسباب الناقلة لملك : وكذا الهبات والوصايا والوقف والصدقات •

هذا وسنفرد بعض الأسباب الناقلة للملك بشيء من البيان لأهميتها الخاصة فى مجال عمل المؤسسات المالية الاسلامية وبصفة خاصة البنوك الاسلامية ، ومن أهم هذه الأسباب ما يأتى :

١ — الادخار بقصد التملك (١٤) :

المقصود بالادخار هو تأجيل الشخص انفاق جزء ما من دخله أو كسبه (١٥) وإيداعه لدى البنك الاسلامى كمؤسسة مالية مصرفية تعمل على تجميع فوائض التوازن لدى الأشخاص وتوجيهها فى أوجه استثمار انمائية لصالح الفرد والجماعة طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية ومقاصدها الأساسية من الضروريات والحاجيات والتحصينات •

والادخار من وسائل المحافظة على المال ، والمحافظة على المال مقصد أساسى من مقاصد التشريع الضرورية على نحو يؤدى الى رواجه بتثنيه ودورانه ، ومن أهم وسائل ذلك وضع النقد واستعماله فى توجيه الائتمان الوجهة الصحيحة •

كما تتحقق هذه الصفة للمال — المحافظة — بأن يكون ممكنا ادخاره ، وفى نفس الوقت أن يكون قابلا للتداول ، مع ابعاده عن الاضرار والضرر العام والخاص والتعامل بالربا والتعرض للخصومات بقدر الامكان، ويتصاغر المقصد الحاجى مع الضرورى فى شأن مقصد المحافظة على الأموال يجرى انتيسير فى المعاملات على وجه العموم ودفع الحرج •

(١٤) انظر فى تفصيل المسألة كتابنا المدخل لفقه البنوك الاسلامية ، ونسئى بالادخار هنا الادخار انحر أو الاختيارى •
(١٥) انظر د. أحمد النجار — المدخل للنظرية الاقتصادية فى الاسلام — بنوك بلا فوائد — منهج الصحو الاسلامية .

وبناء على ذلك يظهر بجلاء دور البنك أو المصرف الاسلامى فى وضع مقاصد التشريع الضرورية والحاجية موضع التطبيق عن طريق نشر الوعى الادخارى بين الأشخاص كوسيلة شرعية واحدة لتغيير أحوال الناس •

* * *

● كيفية استخدام البنك الإسلامى لهذه الوسيلة وتطبيقها لتغيير أحوال الناس :

الأصل أن المال لا ينتزع من صاحبه بدون رضاه ، وفى ظل عدم سن ولى الأمر نظاما بالادخار ، فان الادخار يعتمد على دور البنك الإسلامى فى ايجاد الرغبة لدى الأشخاص فى أن يكونوا مدخرين لديه ، ومن ثم فان قرار الشخص بالادخار يمر بمرحلتين هما :

١ - مرحلة ذاتية داخلية يمر فيها بأطوار ثلاثة هى :

(أ) الباعث الدافع على الادخار والرغبة فيه •

(ب) المقصد وهو اتجاه النية اليه •

(ج) الرضا وهو امتلاء الرغبة والمقصد الى الادخار •

٢ - مرحلة خارجية تتمثل فى التعبير عن الرضاء ، والتصرف بما يحققه ويجعله واعيا وهو ما يسمى « بالسلوك الادخارى » •

وهذه المراحل المختلفة بأطوارها المتعددة ، يؤدى فيها البنك الإسلامى دورا رئيسيا وثاقا ، فى احداث هذا التغيير بشقيه ، مستخدما كل أجهزته ووسائله ومن أهمها « هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية » التى تعتبر من أهم سمات ومميزات البنك الإسلامى •

ويزيد من صعوبة هذا الدور للبنك الإسلامى ، أن قرار الفرد بالادخار لا يرتبط بحجم دخله أو كسبه فحسب ، وانما يرتبط أساسا برغبته وهدى دافعيته تجاه مصالحه ، وتوفير احتياجاته ، وحسن تقديره لما قد يواجهه من صعوبات فى حياته ، وكلها أمور شرعية تدخل فى اطار المقاصد الضرورية والحاجية على نحو ما سلف •

وغنى ذلك يقول الله تعالى :

« وليخش الذين أو تركوا من خلفهم ذرية ضاغطة خافوا عليهم »

(النساء : ٩)

وقد ادخر الرسول ﷺ لأهله قوت سنة . (متفق عليه)
وليس معنى أن السلوك الادخاري لا يرتبط بحجم الدخل
أو الكسب أصلاً ، أننا ننفي ما قد يكون هناك من علاقة طردية بين حجم
الدخل أو الكسب وحجم المبلغ المدخر .

● الفقير والمسكين والغنى والادخار :

أولاً - الفقير والمسكين :

هل يستطيع كل من الفقير والمسكين أن يمارس الادخار على نحو
ما سبق تحديده بأنه تأجيل انشاق جزء ما من الدخل أو الكسب ؟
لابد للإجابة على هذا التساؤل من توضيح المقصود بالفقير
والمسكين .

• للفقهاء في هذا مسالك متعددة .

فهنالك من يذهب الى أن الفقير وهو المحتاج المتعنف الذي لا يسأل ،
والمسكين هو المحتاج المتذلل الذي يسأل (١٦) .
وذهب البعض الى أنهما صنف واحد - أبو يوسف الحنفي
وابن القاسم المالكي (١٧) .

● مالية الفقير والمسكين :

الفقير عند الحنفية من يملك شيئاً دون النصاب الشرعي في
الزكاة ، أو يملك ما قيمته نصاب أو أكثر من الأثاث والأمتعة والثياب
والكتب ونحوها مما هو محتاج اليه لاستعماله والانتفاع به في حاجته
الأصلية .

(١٦) الطبري ج ٤ ص ٢٠٨ - ٢٠٥ طبعة المعارف - الأموال

لأبي عبيد ص ٦٠٣ .

(١٧) انظر حاشية الدسوقي ج ١ ص ٤٩٢ .

والمسكين من لا يملك شيئاً عندهم (١٨) .

● وعند الأئمة الثلاثة :

المفقير : من ليس له مال ولا كسب حلال لائق به يقع موقعا في كفايته وسائر ما لا بد له منه لنفسه ولن نلزمه نفقته من غير اسراف ولا تقتير .
المسكين : من قدر على مال أو كسب حلال لائق يقع موقعا من كفاية من يعوله ولكن لا تتم به الكفاية وان ملك نصابا (١٩) .
والمراد بالكفاية كفاية السنة عند البعض وكفاية العمر الغالب لأمثاله في بلده عند البعض الآخر .

ودوذي ذلك أن الفقير والمسكين كلاهما ذو مال ، ولكن لا يكفيه ، أو لا تتم به كفايته على نحو ما سبق بيانه ، ولا يخرج عن الفقر والمسكنة أن يكون له مسكن أو ثياب أو كتب علم اذا كان من أهله ، أو آلات حرفة أو أدوات صنعة يحتاج اليها (٢٠) . ومن واقع حاجته وتلبية لها — وبخاصة اذا كان من أهل العلم مثلا أو أرباب الحرف والصنائع — فلا تعارض اطلاقا بين فقره أو مسكنته وبين ادخاره للوفاء لمطلبات حاجته التي لا غنى له عنها .

* * *

ثانياً — الغنى :

الغنى ثلاثة أنواع هي :

- ١ — الغنى الموجب لدفع الزكاة وهو مالا نركز عليه الآن (٣١) .
- ٢ — الغنى المانع من أخذ الزكاة .
- ٣ — الغنى المانع من المسألة أو سؤال الغير ، وهو دون الغنى المانع من أخذ الزكاة لتشديد الشرع في المسألة (٣٢) .

(١٨) انظر فقه الزكاة للقرضاوى ص ٥٤٦ .

(١٩) نهاية المحتاج لشمس الدين الرملى ج ٦ ص ١٥١ — ١٥٣ —

القرضاوى المرجع السابق ص ٥٥٠ .

(٢٠) نهاية المحتاج للرملى ج ٦ ص ١٥١ .

(٢١) انظر محاضراتنا في الزكاة .

(٢٢) عن قبيصة بن مخارق الهلالي قال : تحملت حمالة فأنيت رسول

الله صلى الله عليه وسلم اسأله فيها . فقال : « أقم حتى تأتينا الصدقة =

● خلاصة :

ونخلص مما تقدم في معنى النقيير والمسكين والغنى الذي يحرم عليه الأخذ من مال الزكاة ، أو يمتنع عليه السؤال أنهم جميعا ذوو مال ، وإنما الاختلاف بينهم في قدر ذلك المال ، مرتبطا بمدى كفايتهم وتامرها ، واشباع حوائجهم دون اسراف .

وإذا كانت حوائجهم جميعا تتفاوت ، فإنه مما يدخل فيها وسيلة اشباع أو اوفاء بتلك الحاجات ، ولا شك أن تأجيل جزء ما من الدخل أو كسب يساعدهم حتما على ذلك الاشباع .

● الفقير أو المسكين القادر على الكسب :

وانه لما يزيد الحاجة الى الادخار ، الى درجة الضرورة أحيانا ، أن النقيير أو المسكين قد يكون قادرا على الكسب واكتساب قدر الكفاية كسبا يليق بحاله ومروءته بغير اسراف - إذ يذهب كثير من الفقهاء

== فنأمر بك بها قال : ثم قال : يا قبيصة ان المسألة لا تحل الا لأحد ثلاثة : رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك . ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش أو قال سدادا من عيش ، ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوى الحجا من قومه : لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش أو قال : سدادا من عيش . فما سواهن من المسألة يا قبيصة : سحتا يأكلها صاحبها سحتا .

الحالة : ما يتحملة الانسان من دية أو غرامة (دين) عن النهاية لابن الأثير .

ذوى الحجا : أى المتبصرون أصحاب الافهام . رواه مسلم في صحيحه - كتاب الزكاة .

ويلاحظ في الحديث الشريف أن الرسول صلى الله عليه وسلم أباح المسألة للمضطر ولكنه حدد ما يؤخذ بأن لا يزيد على أن يكون قواما أو سدادا من عيش في الحالات التي أوردها الحديث إن أوصدت كل الأبواب في وجه ذى الحاجة المسلم .

الشاغعية والحنابلة وبعض الحنفية وبعض المالكية الى أنه لا يجوز أن يأخذوا أو يعطوا من أموال الزكاة (٢٣) .

ويستدلون بحديث الرسول ﷺ : « لا تحل الصدقة لغنى ولا لذى مرة سوى » (رواه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي) وفي رواية أخرى « ولا حظ فيها لغنى ولا لقوى مكتسب » (رواه الخمسة الا ابن ماجه) (٢٤) .

* * *

● الفقير والمسكين القادر على الكسب ولكن تنقصه الأدوات :

أما إذا كان الفقير أو المسكين قادرا على الكسب والعمل ، وكان من أرباب الحرف وأهل الصنائع ، ولكن تنقصه أدوات الحرفة أو الصنعة ، فانه يكون أكثر من غيره من الفقراء والمساكين القادرين على الكسب حاجة الى توفير هذه الأدوات التي لا بد له منها لكسبه ، ومن ثم يكون أشد من غيره حاجة الى الادخار ، كما أنه أشد من غيره حاجة الى وقوف البنك الاسلامي بجانبه كي يمكنه من تملك هذه الأدوات وتوفير ما يلزمه منها ، ووسيلة ذلك علاقته النقية بالبنك عن طريق سلوكه الادخاري فتحصل بذلك مصلحة مزدوجة :

(أ) اقراض البنك له ، اذ يكون من خلال تعامله مع البنك أهلا للثقة ومن ثم أولى برعاية البنك .
(ب) أن يعطى من أموال الزكاة ما يمكنه من اكتساب كفاية عمره ، وعدم احتياجه الى الزكاة مرة أخرى بشراء ما يلزمه لمزاولة حرفته وتمليكه اياها استقلالاً أو اشتراكاً (٢٥) .

* * *

(٢٣) انظر المجموع ج ٦ ص ٢٢٨ - مجمع الأنهر ص ٢٢٠ - حاشية الدسوقي ص ١٤٩٤ - مطالب أولى النهي ج ٢ ص ١٣٦ - فقه الزكاة للقرضاوى ج ٢ ص ٥٧٠ وما بعدها .

(٢٤) انظر الأذوال لأبي عبيد ص ٥٤٩ .

(٢٥) انظر في هذا المعنى الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٢٢ - المعنى ج ٦ ص ٤٧٠ وما بعدها - جواهر العقود للمنهاجى ج ١ ص ٤٩٤ .

● البنك الاسلامى والزكاة :

انه لما يرتبط بفلسفة البنك الاسلامى أشد الارتباط - اذ يهدف البنك الاسلامى أساسا الى تحريك الطاقات الكامنة فى المجتمع والوصول بها الى أقصى انتاجية ممكنة - أن يقوم البنك بجمع أموال الزكاة ، فضلا عن زكاة أمواله التى تمثل موردا ماليا مستقرا ومستمرًا ، وصرفها فى مصارفها الشرعية التى منها الفقراء والمساكين ، ولكن الى أى حد يعطى هؤلاء من أموال الزكاة ؟ وفى هذا الصدد ذهب عدد غير قليل من الفقهاء الى اعطائهم سائر ما لأبد لهم منه على ما يليق بحالهم بغير اسراف^(٢٦) ، والى اعطائهم ما يغنيهم والتوسعة فى الاعطاء ، فقد جاء فى الأموال لأبى عبيد أن مالك بن أنس لم يكن عنده حد معلوم ، وكان يقول : أرى على المعطى فى ذلك الاجتهاد وحسن النظر . وقول عمر رضى الله عنه « اذا أعطيتهم فأغنوا » وقد فعل ذلك ، وقد كان بعض التابعين يأخذ بنحو هذا ويؤثر الاكثار على الاقلال ، السى حد شراء المسكن والملبس والعنق من الرق^(٢٧) .

وكان ابن حزم يرى أن القرآن والسنة لم يوجبا حدا يعطى للفقير والمساكين^(٢٨) .

* * *

● كيف يتخذ الادخار سببا للتملك :

فى ضوء ما تقدم من أن البنك الاسلامى وهو بصدد نشر الوعى الادخارى لدى الناس ، بقصد تحريك الطاقات الكامنة ، والوصول بها الى أقصى انتاجية ممكنة ، وأن ذلك لا يتوقف على حجم الدخل أو الكسب على نحو ما سبق سرده بالنسبة للفقير والمساكين والغنى ، وأيضا فان لدى

(٢٦) المجموع ج ٦ ص ١٩١ .

(٢٧) انظر الأموال لأبى عبيد ص ٥٦٠ - ٥٦٧ .

(٢٨) المحلى ج ٦ ص ١٥٦ وانظر أيضا فى هذا المعنى شمس الدين

الرملى فى شرح المنهاج ج ٦ ص ١٥٦ - الانصاف ج ٣ ص ٢٣٨ - معالم السنن ج ٢ ص ٢٣٨ .

البنك الاسلامى دوردا ماليا مستقرا هو الزكاة ، ومن ثم يستطيع البنك الاسلامى أن يولى أرياب الحرف وأهل الصنائع عناية خاصة اذا توفرت لديهم الرغبة والرضا بالادخار لديه والتعامل معه ، فانه فى ضوء دراسات البنك يمكنه أن يوفر لهم أدوات الحرفة أو الصنعة ليصبحوا ملاكا لمنشأة صناعية ، تفى باحتياجاتهم هم ومن يلزمهم نفتتهم مدى حياتهم ، ويخرجون بذلك من حالة الفقر ، بل يصبحوا من دافعى الزكاة .

وأساس الملكية هنا هو « السلوك الادخارى » ومن ثم المبلغ المدخر لدى البنك الاسلامى ، سواء تحقق من دخل الشخص وكسبه أو من الزكاة ، والملكية هنا قامت على عملية مركبة : الشق الأول فيها الشخص السوى المعنى بأمر نفسه ، والحريص على أن يكون مالكا أو صاحب منشأة ، والشق الثانى هو البنك الاسلامى فى ممارسته لهذا العمل فى ضوء سلوك الشخص الادخارى وقيامه بادخار جزء من دخله أو كسبه ، أو قيامه باعطاء الزكاة لمستحقيها من الفقراء والمساكين وتوفير وسائل الملكية لهم .

* * *

٢ - المشاركة المتبوية بالتملك :

هذا النوع من الشركة أو المشاركة ، أوردته الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الاسلامية^(٢٩) وأطلقت عليه اسم « المشاركة المتناطقة » . وجاء فيها ما نصه :

« وهذا النوع من المشاركة قد يميل اليه كثير من المضاربين الذين لا يرغبون فى استمرار مشاركة البنك لهم وفى هذا النوع من المشاركة يعطى البنك الحق للشريك فى الحلول محله فى الملكية دفعة واحدة أو على دفعات حسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها وطبيعة العملية على أساس اجراء ترتيب منظم لتجنيد جزء من الدخل المتحصل كقسط لسداد قيمة الحصة . ومن المجالات المناسبة لهذا النوع قطاع النقل والمباني بوجه خاص وان كان لا يمنع هذا امكان العمل به فى غير ذلك من المجالات » .

(٢٩) ج ١ ص ٢٨ الطبعة الأولى ١٣٩٧ هـ / ١٩٧٧ م .

وعرفتھا المادة الثانية من قانون البنك الاسلامي الاردني رقم ١٣/١٩٧٨ بأنها :

« دخول البنك بصفة شريك ممول — كلياً أو جزئياً — في مشروع ذي دخل متوقع وذلك على أساس الاتفاق مع الشريك الآخر بحصول البنك على حصة نسبية من صافي الدخل المتحقق فعلاً مع حقه في الاحتفاظ بالجزء المتبقى أو أي قدر منه متفق عليه ليكون ذلك الجزء مخصصاً لتسديد أصل ما قدمه البنك من تمويل » .



● ما نراه بشأن هذا النوع من التعامل :

عند تحليلنا لهذه العملية المتداخلة والمركبة نجد أنها تمر بثلاث مراحل متوالية هي :

أولاً : هذه العملية نوع من أنواع الشركة في الفقه الاسلامي ، وهي شركة العقد بين اثنين أو أكثر ، على كون رأس المال والأرباح مشتركة بينهم .

وكل قسم من شركة العقد يتضمن الوكالة ، فكل واحد من الشريكين •• أو الشركاء وكيل الآخر • وفي شركة العقد يتقوم العمل بالتقويم أي بتعيين القيمة • وتقسيم الربح شرط بين الشركاء •

ثانياً : عائد المال المشترك في المشاركة المتناقصة (الربح) : ان استحقاق الربح في شركة العقد يكون بالنظر الى الشرط المذكور في عقد الشركة ، ويتم توزيعه على أساس نسبة الربح المشتركة في العقد •

وما يدره الملك المشترك في هذه المشاركة يكون أيضاً مشتركاً بين أصحاب الملك ، وان كانت صورة ذلك العائد تختلف باختلاف وسيلة استغلال المال المشترك ، فيسوغ للشريكين أن يؤجرا مالهما المشترك لآخر أو لأحدهما •

والضرر والخسارة الواقعة بلا تعد ولا تقصير منقسم على مقدار رأس المال •

وفى هذا الصدد يمكننا أن نميز بين أمرين هما :

- (أ) تحقق العائد أو الربح فعلا ، ولحصوله من سبب واحد مشترك ، فهو مال مشترك بين الشركاء ، وتخصم منه جميع التكاليف والنفقات اللازمة ، بما فيها مقابل عمل أحد الشركاء فيما لو كان هو الذى تولاه ، اذ العمل فى شركة العقد يتقوم بالتقويم كما سبق .
- (ب) ملزومية من وجب فى ذمته هذا العائد أو الربح به ، وقد يكون شخصا آخر غير الشريكين أو أحدهما .

وفى حالة ما اذا كان أحد الشريكين ، فانه يصبح مدينا ودائنا ، ومن ثم تجرى المقاصة بين ما يستحقه وما يجب عليه ، ويصبح الباقي من الربح من حق الشريك الآخر يلتزم به ويقوم بدفعه اليه .

ثالثا : بيع أحد الشريكين حصته لشريكه بقسطها من الثمن :

وهو من الأمور المتعهد بها بين الطرفين ابتداء فى عقد الشركة . وهذا معتبر من وقت معين مستقبلا (٣٠) .

(٣٠) انظر عكس ذلك توصيات مؤتمر المصرف الاسلامى بدبى ١٩٧٩ حيث رأى المؤتمر بصدد بحث هذا النوع عن المشاركة « أن يكون بيع حصص المصرف الى المتعامل بعد اتمام المشاركة بعقد مستقل بحيث يكون له الحق فى بيعها للمصرف أو غيره وكذلك الأمر بالنسبة للمصرف بأن تكون له حرية بيع حصصه للمتعامل شريكه أو لغيره » .

ونرى أن ما انتهى اليه المؤتمر يعالج مسورة بسببلة لسببتين منفصلتين تماما ، عملية مشاركة وعملية بيع حصص أحد اشركاء على حين أن الصورة المطروحة للبحث هى عملية مركبة ومدمجة ، تقتضى مصلحة الطرفين ابتداء الدخول فى المشاركة والاتفاق على البيع فى نفس الوقت ، ومن ثم كانت هذه المعاملة فى حاجة الى تحليل ، وتكيف يواجهها ، كما تجرى فى الواقع ، ويضبط حركتها ، ويسبق عليها الحكم الشرعى فى كل مرحلة من مراحلها ، وعاليها كلها بالتالى .

وقد بسطت الموسوعة العلمية للبنوك الاسلامية ح / ٥ الشرعى المجلد / ١ ص ٣٢٦ صور هذه المعاملة ونراها كلها تخرج عن حقيقة العملية كما تجرى فى الواقع ، فالمعاملة كما تجرى فى الواقع ذكرتها الموسوعة ج ١ كما ذكرناها فى المتن ، وبذلك يتضح أن مؤتمر المصرف الاسلامى المشار اليه قد عالج صورا بسيطة لهذه المعاملة ، ولم يتعرض لحقيقة المعاملة كما تجرى فى الممارسة والسول .

وعندئذ يجب تقويم حصة الشريك البائع بثمنها بسعر يومها وقت البيع ، ويشترىها الشريك الآخر ، وذلك على التفصيل التالي :

١ - الغالب ألا يبيع الشريك حصته جملة أو دفعة واحدة ، والا خرج من الشركة نهائيا دون ما صعوبة ، وهو ما قد يبدو على خلاف الصورة المعروضة ، إذ لا يتصدى لهذه المعاملة في حقيقتها ، ومن ثم فإن الشريك يبيع حصته في الشركة مجزأة أو على حصص ، كل حصة بقدرها من الثمن بسعر يومها وقت البيع ، وذلك حتى يحل محله في تملك حصته بالكامل ، ويتم بذلك خروجه من الشركة .

٢ - ان الشريك المشتري لحصة شريكه قد يقوم بدفع ثمنها حالا أو مؤجلا أو مقسطا حتى يتم السداد .

ويجب في هذه الحالة تسمية الثمن وتحديدده حين البيع ، وأن يكون معلوما وأن تكون المدة محددة ومعلومة أيضا اذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا .

ومن المعلوم أن الثمن هو ما يكون بدلا للمبيع ، ولكنه يتعلق بالذمة ، ومن ثم تصبح أموال المدين كلها ضامنة للوفاء به ، وليس مال الشركة فقط .

٣ - في هذه الصورة المركبة من المشاركة لا وجه لارتباط ثمن حصة الشريك البائع بالربح الذي يحصل عليه الشريك المشتري من استغلال المال المشترك ، وان صح تزامن^(٣١) سداد قسط الثمن مع حصوله على حصته من الربح ، ولكن المسألة تبدو أكثر تعقيدا في الحالات الآتية :

- (أ) اذا لم يحقق المشروع أو الشركة ربحا .
- (ب) اذا تحققت خسارة للشركة .
- (ج) اذا هلك مال الشركة كله أو بعضه .
- (د) تصفية المشاركة قبل انتهاء مدة العقد .

(٣١) أي توافق وقت السداد مع وقت حصوله على نصيبه من الربح المتحصل من الشركة ، كوسيلة من وسائل التيسير والتسهيل في دفع أقساط الثمن المستحق .

ومن ثم فلا وجه للربط بين الربح المحقق وسداد ثمن حصة الشريك المبيعة لشريكه ، ومن هنا يتعين على الشريك البائع أن يأخذ هذه الاحتمالات فى الاعتبار وما يستوجبه ذلك من أمرين :

(أ) ملاءة الشريك المشتري أى أن تكون ذمته المالية كافية لسداد

• ما يجب عليه من ثمن •

(ب) أخذ الضمانات الكافية للوفاء بالثمن فى حالة الخسارة أو الهلاك ، إذ قد يهلك المبيع بعد حصول البيع ، فيكون ذلك على ملك الشريك المشتري ، إذ الضرر الواقع بلا تعد ولا تقصير منقسم على مقدار رأس المال ، وقد انتقلت ملكية الحصة المبيعة الى ملك الشريك المشتري •

وبعد •• فهذه هى فى نظرنا الأصول التى نضبط هذا النوع من المشاركة وتقوم عليها ، ولا شك أن كل عملية منها تخضع لما تتضمنه من شروط وتفاصيل •

كما أن اطلاق موسوعة البنوك الاسلامية اسم « المضاربة » على هذه المعاملة ذيه شئ من التجاوز ، فالمضاربة أصلا ما تكون بين طرفين ، أحدهما برأس ماله والآخر بعمله ، ومن ثم فرأس المال فى يد المضارب ابتداء شئ حكم الوديعة ، ومن جهة تصرفه فى رأس المال هو وكيل رب المال ، وإذا ربح فيكون شريكا فيه •

ومع كل ذلك فاننا نعتبر هذا النوع من التعامل فى حاجة الى مزيد من البحث والتأصيل ، فى ضوء كل عملية بحسب ظروفها وشروطها فمثلا :

١ - إذا كانت المشاركة المتناقصة تخفى عملية « قرض بفائدة » تعتبر باطلة ويظهر ذلك فى حالة ما إذا كان القصد هو حصول الشريك على قرض وحصول البنك على رأسماله مع زيادة تسمى ربحاً من العائد المقدر للعملية فذلك تحايل على الربا وهو ممنوع شرعا •

٢ - إذا شرط البنك فى العقد أنه فى حالة تصفية المشاركة قبل انتهاء مدة العقد فللبنك استيفاء أرباحه المتفق عليها والمتوقعة عن طيبة فترة العقد •

فهذا الشرط باطل لأنه يضمن للبنك حصوله على أصل رأس ماله وزيادة متمثلة فى الربح المتوقع عن فترة العقد المستقبلية وهذه الزيادة ربا .

كما أن كل شرط يضمن للبنك تلك الزيادة يعتبر باطلا أيضا .

٣ - عدم تعيين نسبة ربح الشريك فى العقد يبطله .

٤ - كل شرط يضمن للبنك أصل رأس المال أو أصل ما قدمه

من تمويل مع حصوله على زيادة حتى ولو كانت نسبة من ربح المشروع يعتبر باطلا لشبهة الربا اذ قصد البنك فى أن يعود اليه ما دفعه من مال كاملا وفوقه زيادة يبطل العقد اذ العبرة فى العقود للقصود .

٣ - الشفعة :

هى استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه ممن انتقلت اليه بعوض مالى ، بالثمن الذى استقر عليه العقد . وهى ثابتة بالسنة والاجماع .

● الشفعة : فما روى عن جابر قال « قضى رسول الله ﷺ

بالشفعة فى كل شركة لم تتقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فان شاء أخذ ، وان شاء ترك ، فان باع ولم يؤذنه فهو أحق به » . (رواه مسلم والنسائى وأبو داوود)

وهى لفظ : قال رسول الله ﷺ : « اذا وقعت الحدود ، وحرفت

الطرق فلا شفعة » . (رواه الترمذى وصححه)

● وأما الاجماع : قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على اثبات الشفعة

لشريك الذى لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط (٢٢٢) .

● شروط ثبوت الشفعة :

نحاول استخلاصها واجمالها على النحو التالى :

١ - أن يكون المشفوع فيه مبيعا : فلا شفعة فيما انتقل بغير عوض

كالارث والهبة والموصية أو كان عوضه غير مالى كأن يكون صداقا أو خلعا أو صلحا عن دم عمد فلا شفعة .

(٢٢) انظر الشرح الكبير لابن قدامة ج ٣ ص ٢٢٢ .

(٤ - الملكية وضوابطها)

٢ - أن يكون شقصا مشاعا من عقار تجب قسمته : فلا شفعة في منقول أو فيما لا تجب قسمته كالحمام الصغير والبئر والطرق الضيقة ولا شفعة فيما ليس بعقار كالشجر والحيوان على خلاف بين الفقهاء في تفاصيل ذلك .

٣ - المطالبة بها وقت علمه فان لم يطلبها بلا عذر أو ظهر منه ما يدل على رضاه بتركه الشفعة سقطت .

٤ - أن يأخذ الشفيع جميع المبيع والا سقطت الشفعة على خلاف بين الفقهاء في ذلك ما لم يتعذر أخذ الكل ، كتلف بعض المبيع ، فللشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن .

٥ - أن يكون للشفيع ملك سابق ، لأن الشفعة انما تثبت للشريك لدفع الضرر عنه ، واذا لم يكن له ملك سابق فلا ضرر عليه فلا تثبت له الشفعة .

واذا اشترى اثنان دارا مثلا صفقة واحدة فلا شفعة لأحدهما على الآخر ، لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه لتساويهما ومن ثم عدم الضرر (٣٣) .

ويزيد ابن قدامة المسألة تفصيلا بقوله (٣٤) :

« اذا كانت دار بين رجلين فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما في يده بالشفعة سئلا متى ملكتماها ؟ فان قالوا ملكناها دفعة واحدة فلا شفعة لأحدهما على الآخر ، لأن الشفعة انما تثبت بملك سابق في ملك متجدد بعده . وان قال كل واحد منهما ملكي سابق ولأحدهما بيينة بما ادعاه قضي له ، وان كان لكل واحد منهما بيينة قدم أسبقهما تاريخا ، فان شهدت بيينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا ، وان لم يكن لواحد منهما بيينة سمعنا دعوى السابق وسألنا خصمه فان أنكر فالقول قوله مع يمينه فان حاف سقطت دعوى الأول ، ثم تسمع

(٣٣) انظر الروض المربع في شرح زاد المستقنع ج ٢ ص ٤٠٩ .

(٣٤) الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٥٤ - انظر مجلة الأحكام العدنية

م ١٠٠٨ وما بعدها .

دعوى الثانى على الأول ، فان أنكر وحلف سقطت دعواهما جميعا ،
وان ادعى الأول فنكل الثانى عن اليمين قضينا عليه ولم نسمع دعواه ،
لأن خصمه قد استحق ملكه وان حلف الثانى ونكل الأول قضينا عليه » •
٦ - يأخذ الشفيع الشتم من المشتري بالثمن الذى وقع واستقر
عليه العقد فان عجز عنه أو عن بعضه سقطت الشفاعة •

لما روى عن جابر أن النبي ﷺ قال « هو أحق به بالثمن » •
٧ - لا شفاعة لكافر على مسلم ، عند أحمد ، وله الشفاعة عند الأئمة
الثلاثة أبو حنيفة ومالك والشافعى •

* * *

● عهدة الشفيع :

هل هى على البائع أم على المشتري ؟
اختلف الفقهاء فى ذلك ، فقال أبو حنيفة هى على البائع ان أخذه
من يده ، وعلى المشتري ان أخذه من يده •
وقال مالك والشافعى وأحمد^(٣٥) هى على المشتري سواء أخذه
الشفيع من يده أو من يد البائع •
وفى تعليق ذلك الرأى يقول ابن قدامة^(٣٦) :

« ان الشفاعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ، ثم يزول
الملك من المشتري الى الشفيع ، بالثمن ، كانت العهدة عليه ، كما لو أخذه
منه ببيع ، ولأنه ملكه من جهة المشتري بالثمن ، فملك رده عليه بالعيب ،
كالمشتري فى البيع الأول ، وقياسه على المشتري فى جعل عهده على
البائع لا يصح ، لأن المشتري ملكه من البائع بخلاف الشفيع ، وأما اذا
أخذه من البائع ، فالبائع نائب عن المشتري فى التسليم المستحق عليه ،
ولو انفسخ العقد بين المشتري والبائع بطلت الشفاعة لأنها استحققت به » •

* * *

(٣٥) انظر الافصاح لابن هبيرة ج ٢ ص ٣٧ .

(٣٦) الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٧٢ .

● المشاركة المنتهية بالتملك تختلف عن الشفعة :

المشاركة المنتهية بالتملك عقد شركة أساسا وبيع يتم كل ذلك دفعة واحدة وفقا للقواعد والضوابط السابق بيانها .
والشفعة يثبت الحق فيها للشريك قبل من انتقلت اليه حصة شريكه ،
أى قبل المشتري من الشريك ، ومن ثم فهي مستحقة بعد الشراء وزوال
المالك عن البائع وحصوله للمشتري .
وقد نفى صاحب الروض المربع والشرح الكبير الشفعة عن الشريكين
إذا ملكا العقار صفقة واحدة ، أو دفعة واحدة ، لتساويهما فى هذه
الحالة ، إذ لا مزية لأحدهما على صاحبه ، ومن ثم انتفى الضرر الذى
من أجل دفعه شرعت الشفعة .

لهذا كانت المشاركة المنتهية بالتملك مرحلة منقذمة قائمة على رضا
الطرفين فى الشركة ، على حين أن حق الشفعة لا يثور إلا إذا باع أحد
الشريكين حصته لأجنبى ، وكان لشريكه رغبة فى شرائها ، فيستعمل
الشفيع حق الشفعة قبل المشتري الأجنبى عن الشركة ، ويأخذ منه المبيع
جبرا إذا اقتضى الأمر ذلك .

وتأسيسا على ذلك لا يصح بناء المشاركة المنتهية بالتملك على
الشفعة أو تعليلها بها فلكل مجال تطبيقها وشروطها وأحكامها .

٤ - الزكاة (٣٧) :

سنقصر الحديث هنا على الزكاة باعتبارها سببا من أسباب الملك
الناقلة ، والزكاة ركن من أركان الاسلام وفريضة شرعية ثابتة بالكتاب
والسنة والاجماع :

● الكتاب :

وردت الزكاة فى القرآن الكريم فى أكثر من ثمانين آية وقرنت
بالصلاة فى آيات كثيرة :

(٣٧) انظر فى تفاصيلها بحثنا بعنوان الجانب الاقتصادى فى
فريضة الزكاة .

يقول الله تعالى :

- « وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة » (البقرة : ٤٣)
- « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها » (التوبة : ١٠٣)
- « وآتوا حقه يوم حصاده » (الأنعام : ١٤١)

● السنة :

عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ لما بعث معاذاً إلى اليمن قال « انك تأتي قوماً من أهل الكتاب فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله ، فإن هم أطاعوك لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة ، فإن هم أطاعوك لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم ، فترد على فقرائهم ، فإن هم أطاعوك لذلك فأياك وكرائم أموالهم ، واتق دعوة المظلوم فإنه ليس بينها وبين الله حجاب » (رواه الجماعة) (٣٨) .

● الاجماع :

اتفقت كلمة الأمة على فرضيتها وأجمعت عليها واشتهرت شهرة جعلتها من ضروريات الدين ، من جحدتها بعد العلم بفرضيتها يعتبر مرتداً .

● الزكاة شرعا :

الزكاة شرعا حق واجب معلوم ، فى مال خاص ، لطائفة مخصوصة ، فى وقت مخصوص .

● شروط وجوبها :

تجب الزكاة على المسلم الحر ، الذى يملك ملكا تاما لنصاب من المال الذى تجب فيه الزكاة ، وأن يكون النصاب فاضلا عن حوائجه الأصلية ويحول عليه الحول الا فى الخارج من الأرض من الزروع والثمار .

● الأموال التي تجب فيها :

تجب الزكاة في الأثمان كالنقدين ، وتجب في عروض التجارة ،
والزروع والثمار والحبوب والمواشي ، والمعادن والركاز .
ونصابها ومقدارها في كل نوع من أنواع المال السابقة كل بحسبه
على التفصيل الذي أورده الفقهاء .

● مصارفها :

مصارف الزكاة ورد ذكرها في القرآن الكريم :
يقول الله تعالى :

« انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم
وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل ، فريضة من الله ،
ولله عليم حكيم » . (التوبة : ٦٠)
وفريضة الزكاة تعنى أنها الأساس المالى ، والركن الركين للنظام
المالى والاقتصادى فى الدولة الاسلامية ، بغيرها يصبح النظام
الاقتصادى محلولاً ، كما أنه بالحدود يصبح النظام العام فى الدولة
مضبوطاً ، ومربوطاً .

● الزكاة سبب من أسباب الملك الناقلة :

تؤخذ الزكاة من الأغنياء لترد على الفقراء ، وبقيّة مصارفها الشرعية
الأخرى ، ومن ثم فان المستحق لها ينال حقه منها الذى قرره له الشرع ،
يدخل فى حيازته واختصاصه ، وبالنظر الى أن الزكاة حق تكسب صاحبها
ملكيتها ، قسم الفقهاء المستحقون لها قسمين :

قسم يأخذها على سبيل الملك وهم :

الفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم .
وقسم يأخذها أخذاً مراعى فيه الغرض الذى من أجله أعطيت وهم :
لفك الرقاب والغارمين وفى سبيل الله وابن السبيل .
وما زاد أو فضل عن الوفاء بالغرض الذى من أجله أعطيت رد وأعيد
الى بيت مال الزكاة .

ثالثا — أسباب الملك : خلافة ويعبر عنها بعض الفقهاء (٢٩) بأنها سبب مبق للملك على الورثة والموصى له بطريق انبيابة • فالارث خلفية يحل بها انوارث محل المتوفى ملكية أمواله المخلفة عنه وهي ما تسمى بالتركة وفى المسئوليات المالية المتعلقة بها • وانيراث أو الارث يعتبر سببا للملك بحكم الشريعة أى أنه جبرى فلا يسقط باسقاط الوارث كما لا يؤثر فيه قصد المورث الى الحرمان • وذلك كله بشرط ألا تستغرق ديون المورث تركته • ومن توسع فى معنى الخلفية أدخل فيها خلفية شىء عن شىء الى جانب خلفية شخص عن شخص فأدخل فيها التضمين لأنه ضمان ما أُلغى الشخص لغيره فيكون خلفا عما تضرر فيه من مال أو منفعة أو عضو ومن ثم يدخل فى ذلك الدية — وارث الجنائيات (٤٠) وان كان البعض يدخل التضمين (التعويض) ضمن الأسباب الناقلة وهو ما نرجحه باعتبار أنه قد سبق دخول هذه الأموال فى ملك شخص سابق ، كما نرجح اعتبار الوصية ضمن الأسباب الناقلة للملك لا الخلفية التى يخلف فيها الشخص المالك الأصلى بسبب مباشر كالارث وليس للمالك الأول دخل فيها •

* * *

رابعا — التولد من المملوك : من القواعد المقررة أن ما يتولد أو ينشأ من المملوك ، مملوك الأصل أولى بفرعه سواء فى ذلك ما ينتج بتسبب مالك الأصل وعمله أو ما يحصل بطبيعته غنتاج الحيوانات وثمر الزرع وأمثالها مملوكة لصاحب الأصل • والأصل فى الشريعة الاسلامية أن لا يدخل فى ملك الانسان شىء ما بغير رضاه واختياره الا فى الميراث والتولد من المملوك وبعض المسائل الجزئية فى الوصية والشفعة وغيرها (٤١) • فمن القواعد الفقهية المقررة « ليس لأحد تملك غيره بلا رضاه » كما أن الأصل أيضا فى الشريعة ألا يخرج ملك انسان بغير اختياره ورضاه الا فى بعض الحالات كما فى الشفعة وبيع أموال

(٢٩) يراجع الحاوى القدسى ص ٢١٥ — ٢١٦ •

(٤٠) د. مصطفى الزرقا — المرجع السابق ص ٢٥١ — ٢٥٢ •

(٤١) يراجع الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٢١٧ — ٢٢٨ — الأشباه

والتظائر لابن نجيم ص ٣٤٧ •

المدین جبرا عنه للوفاء بديونه وأخذ المضطر طعام غيره وقد اتفق الفقهاء على أن هذه الأسباب الأربعة كأسباب للملك ولكن استكمالا للفائدة نعرض للمسألة الآتية :

● حيازة الشيء المدة الطويلة (٤٢) :

الحيازة أو وضع اليد على مال مملوك للغير مدة طويلة كسبب من أسباب كسب الملكية أو كسبب من أسباب الملك .

فالفقه الاسلامي لم يجعل الحيازة مدة طويلة أو وضع اليد مدة طويلة سببا مثبتا للملكية مهما طالَّت تلك المدة (٤٣) كما لم يجعل ترك المطالبة بالحق مدة طويلة مستقلا لذلك الحق (٤٤) .

ولكن الفقهاء اعتبروا المدة الطويلة سببا مانعا من سماع الدعوى عند الانكار بشروط اشترطوها في تلك المدة مبناها الاجتهاد الفقهي وذلك سدا لباب التروير ومنعا من الدعاوى الباطلة واجتنابا لعراقيل الاثبات ومشكلاته فقال بعضهم ان تلك المدة المانعة من سماع الدعوى هي ست وثلاثون وقيل ثلاث وثلاثون وقيل ثلاثون والأكثر على أنها ثلاث وثلاثون أما أصل الحق فبإق في ذمة الانسان لصاحبه ويجب الوفاء به ديانةً ولذلك لو أقر الشخص بالحق فيثبت الحق بذلك الاقرار وتكون الدعوى مسموعة وينهدم مضي المدة مهما طالَّت (٤٥) وتبقي المدة المانعة

(٤٢) يخرج من نطاق هذه المسألة حيازة الشيء المباح أو وضع اليد عليه فلا يعتبر ذلك محلا للخلاف في الشريعة كسبب من أسباب الملك .

(٤٣) وهو ما يسمى بالتقادم المكسب أى سبب مكسب للملكية .

(٤٤) وهو ما يسمى بالتقادم المستقط أى سبب مستقط للحق .

(٤٥) يراجع محمد أبو زهرة — الملكية ونظرية العقد ص ١٦٠ —
بدران أبو العيّن نظرية الملكية ص ٣٢٢ د. مصطفى الزرقا ج ١ ص ٢٤٣ —
هذا وقد أورد البعض اختلاف الفقهاء في تلك المسألة (حيازة الشيء المدة الطويلة) وذكر أن الجمهور يذهب الى أنها ليست سببا للملك وأن كثيرا من المالكية يذهبون الى أنها سبب للملك إذا توافرت فيها شروط معينة وذهب =

من سماع الدعوى من وقت ثبوت الحق فى المطالبة بشرط ألا يكون هناك عذر مسوغ لعدم المطالبة فالمدة تبتدىء من وقت زوال ذلك العذر بعد ثبوت حق المطالبة ، ومن الأعذار المسوغة لتأخير المطالبة بالحق بعد ثبوته ومن ثم تأخير ابتداء مدة التقادم — عدم قدرة صاحب الحق على رفع دعواه دأن يكون غائبا أو يكون من عليه الحق ذا شوكة يخشى بأسه •

= الحنفية الى أنها تمنع من سماع الدعوى ضد الحائز ولا تثبت الملك — د. عبد السلام العبادى — الملكية فى الشريعة الاسلامية ص ٣٠ — ٣١ والمراجع المشار إليها فيه (الفروق للقرافى ج ٤ ص ٧٣ — ٧٤ تهذيب الفروق ج ٤ ص ١١٧ — ١١٨ — حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤١٩ — ٤٢٣ — فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٢) •