النظرية العامة
للموجبات والعقود
في الشريعة الإسلامية

بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة

المحامي الدكتور صبحي محمصاني

عضو المجامع العلمية العربية

الأستاذ في كلية الحقوق الفرنسية في بيروت

المجزء الأول

يبحث في التصرفات الشرعية بوجه عام
وفي التصرفات الفعلية أو الأعمال غير المباحة

دار العلم للملايين

بيروت

جميع الحقوق محفوظة للمؤلف

الطبعة الثانية

١٩٧٢

مقدمة الطبعة الثانية

كانت الغاية من تصنيف هذا الكتاب استخلاص النظرية العامة للالتزام في الشريعة الاسلامية على ضوء مذاهبها المختلفة ، وذلك بلغة النظريات العصرية وبحلة الأسلوب الفقهي الجديد ، تسهيلاً للمقارنة والمقابلة بين التراث العربي القيم وبين مبادىء القانون الحديث .

وقد صدرت الطبعة الأولى من الكتاب منذ قرابة ربع القرن . وكان الاقبال عليها كبيراً ومشجعاً ، بحمده تعالى ، إذ نفدت نسخها بسرعة بعد بضع سنوات .

ثم ازداد الالحاح بطلب اعادة طبع الكتاب ، لا سيما في الآونة الأخيرة ، بمناسبة النهضة الفقهية والقانونية الجديدة في البلاد العربية ، على أثر استقلالها واعادة النظر في تنظيماتها وتجديد تشريعاتها . وكذلك تعدى الطلب إلى سائر البلاد الاسلامية ، فنقل الكتاب الى الايرانية عام ١٩٦٨ .

هذا ما اوجب اخراج هذه الطبعة الثانية . وقد حُرص على بقائها كسابقتها ، من حيث الحجم والترتيب والمضمون ، محافظة على غاية الكتاب الاصلية ، وتورعاً من التطويل الذي قد يعسّر الاطلاع ويعطل الفائدة المنشودة ، وذلك طبعاً باستثناء بعض التنقيح البسيط أو الزيادة الطفيفة ، اللذين اقتضتهما اعادة الطبع .

ونرجو أن تسهم هذه الطبعة بعض الإسهام في احياء العلوم الشرعية ، واعطائها ما تستحقه من العناية ، وإظهار كنوزها على وجهها الصحيح . انما الأعمال بالنيات . « وكفى بالله عليما » .

صبحي محمصاني

بيروت في ٢٠ محرم ١٣٩٢
الموافق ٦ آذار ١٩٧٢

مقدمة الطبعة الاولى

ليست الغاية التي قصدت اليها من تأليف هذا الكتاب ان اجمع في جامع واحد المذاهب الاسلامية في العقود والموجبات ، لان ذلك يتطلب مجاميع عديدة ومجلدات لا تحصى . انما الغاية من وضع كتابي هي استخلاص النظرية العامة للالتزام في الشريعة الاسلامية ، ومقارنتها بالنظرية العامة المعروفة في القوانين المدنية العصرية .

وانا لا ادعي ان المسلمين في دراساتهم الفقهية تطرقوا من حيث الاسلوب الى نظرية عامة تشبه النظرية الحديثة . بل انهم على العكس لم يفعلوا ذلك لان هذه النظرية رومانية الاصل ، وان الفقه الاسلامي لم يتأثر مبدئياً بفقه الرومان ، كما اثبتّ في كتاب « فلسفة التشريع في الاسلام » ، ولان للمسلمين اسلوبهم العلمي ونهجهم الفقهي الخاص .

غير ان هذا التباين في الاسلوب الشكلي لم يستتبع تبايناً كبيراً في الجوهر . وما غايتي ههنا الا ان اسعى الى جمع المبادىء العامة للالتزام في الشريعة الاسلامية ، والى اخراجها في لغة النظريات الحديثة او في حلة الاسلوب الحديث .

ولا أنكر جهود من سبقني في هذا البحث الوسيع الشاق . ولكن لا بد من الملاحظة ان تلك الجهود كانت محصورة بوجه عام في ناحية من النواحي فقط او في مذهب من المذاهب فحسب . واني لا ارى البحث في مذهب واحد كافياً للوصول الى تصوير النظرية الاسلامية الحقيقية ، بل لا بد لذلك من الالمام بالمذاهب المختلفة جميعاً ، حتى تصح بعدئذ مقارنة النظريات الاجنبية بالشريعة الاسلامية بكاملها لا بمذهب واحد منها .

فوق ذلك فان في المقارنة والمقابلة بين المذاهب المتعـــددة ، كما في مقارنة
نع الحديثة ، ميداناً وسيعاً لتمرين الفكر الفقهي وللبحث والاستفادة . ففي
المذاهب جميعاً كنز لا يفنى من الآراء والنظريات ، المتوافقة حيناً والمتعارضة
آخر ، والتي لا تخلو ابداً من قيمة علمية وفلسفية عظيمة .

اني لا أنسى ولن أخفي ما وجدته في اثناء تصنيف هذا الكتاب من عقبات
وبات ، وما اعتراني من يأس في بعض المسائل ، اما لعدم توافر المراجع فيها ،
ناقض تلك المراجع . وكثيراً ما اختلفت الروايات في المذهب الواحـــد ،
، البحث في التنقيب عن مصادرها وفي تحقيق اصحها من الامور الصعاب .

ربما اوجب الزيادة في التدقيق والرجوع الى الكتب الاصلية المعتبرة في كل
ب ماجاء في بعض كتب المقابلات في المذاهب الاسلامية ،لا سيما في المختصرات
،من اغلاط ربما نتجت عن عدم انتشار المراجع الاصلية او عدم طبعها او تعدد
ال في المذهب الواحد . وآسف أن ارى بعض هذه المختصرات برغم اغلاطها
جمت الى اللغات الاجنبية ، ونقل عنها المستشرقون ونفر قليل من الشرقيين
سرين ، فكان ذلك سبباً للتشويش والتضليل .

ولم يكن سبب الصعوبة قلة المراجع في بعض المسائل فحسب ، بل كان سببها
ة المراجع ايضاً في مسائل اخرى . حتى اقتضى الامر الرجوع الى اقـدم تلك
جع واصحها وضمها جميعاً ومقارنتها بغيرها . ولن أنكر ما بذلت في هـذا من
. ، ومالقيت من مشقة كادت تسير بي الى اليأس والقنوط .

ولست أقصد بكل ذلك الى ان أتمدح أو أن أطنب فيما انفقت من جـــدّ
دت من صبر ، ولا إلى ان أبالـــغ في قيمة عملي وتأليفي . بل انما أقصد الى
ذار عما قد يجده القارىء الكريم من الخطـــأ أو النقص . وما العصمة الا
وحـــده .

ولا يعتبنّ القارىء إذا ما ذكرت له بعض المسائل البديهية المعروفة في القوانين
ثة او في علم الحقوق او تاريخـه ، لا سيما بعض احكام القانون الروماني او غير
، من المسائل التي لا تحتاج الى بيان ولا توضيح . ولكن ذلك كان لا بد منه
ي تسهيل المقابلة التي هي اول مقاصد كتابي. وكان لا بد منه ايضاً لاجل تقريب
ريات الحديثة الى بعض اخواني الشرقيين الذين لم يطلعوا عليهـــا بتفصيل ،

والذين افتخر بالكتابة لاجلهم .

ولا شك في انه لا يجوز الحكم على شريعة من الشرائع الا بالقياس الى الزمن والظروف التي وجدت فيها ، ولا يصح النظر الى شرائع الماضي بمنظار الحاضر ، كما انه لا يصح تقدير شرائع اليوم بمعيار المستقبل . واني اعتقد ان في الشريعة الاسلامية ، بمجموعها وعلى اختلاف مذاهبها ، احكاماً عامة تصلح لان تكون أساساً لنظرية عامة في الالتزام. واذا كان في بعض المسائل الفرعية فراغ او نقص او خلاف ، فذلك سببه اختلاف الازمنة والامكنة واختلاف النهج الفقهي الاسلامي .

والحاصل ان هذه الشريعة الغراء ليست من الجمود بحيث زعم بعض الجهلة . بل هي قابلة لان تساير التطور الاجتماعي وان تجاري كل مدنية وحضارة ، لانها بعبارة الفقهاء شريعة كل زمان ومكان ، ولانه لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمنة والامكنة والعادات .

ولست اقول ذلك تعصباً مني للشريعة الاسلامية . إنما أقوله لأنه لا يجوز انكار الحقائق العلمية الثابتة ، ولا طمس هذه الحقائق او تشويهها ، كما فعل نفر من الناس ، بضاعتهم بعض المصادر الناقصة أو المغلوطة . إذ يدعون معرفة هذه الشريعة ، بل يزعمون ان معرفتها وقف عليهم ، فيتخيلون الامام الأعظم أبا حنيفة النعمان وغيره من الائمة مترجمين لفقه الرومان ، ويوهمون ان ما يقتبسه الشرق من قوانين الغرب الجديدة هو دليل على ان التاريخ يعيد نفسه في هذا المضمار . ثم يكتبون ويستنتجون كما تشاء أهواؤهم ، أو كما يمليه عليهم اعتقادهم المغلوط ، أو كما تؤهلهم له دراستهم السطحية .

وان كل هذا والله كان من العوامل التي دفعتني الى تأليف كتابي . وارجو ان اكون في النتيجة قد توفقت بعض التوفيق الى الغاية التي نشدتها . وحسبي ان اكون على الاقل قد نقلت بعض ما خلفه العرب والمسلمون في ميدان العلوم الشرعية ، هذه العلوم التي تستحق منزلة سامية في تاريخ الانتاج الفكري في العالم بلا مراء . « وما توفيقي إلا بالله ، عليه توكلت واليه انيب » .

بيروت ، ١٩٤٨

القسم الأول

التصرفات الشرعية بوجه عام

الباب الأول

كلمة عامة في المال وتقسيمه

تعريف المال

ان علاقات الناس فيما بينهم في حياتهم الاجتماعية مشتبكة معقدة . ولعل اكثرها اشتباكاً وتعقيداً المعاملات الشرعية المتنوعة .

وان هذه المعاملات بالجملة تمس ، عن بعد او عن قرب ، الافراد بذاتهم اوبمالهم. فالافراد ، سواء أنظر اليهم منفردين أم كجزء من العائلة او المجتمع ، يخضعون لطائفة من الاحكام تبين حقوقهم وواجباتهم ، وتسمى في الفقه احكام الاحوال الشخصية ، وهي خارجة عن دراستنا في هذا المقام .

أما اموال الناس وثروتهم فهي متصلة بموضوعنا عن التصرفات الشرعية ، بالنظر الى الحقوق المختلفة التي ترتكز عليها . فلا بأس إذن من ان نلم الماماً سريعاً بمعناها وبأهم اقسامها . ..

وان المال في الفقه يختلف عن الشيء . فاذا كان كل مال شيئاً فليس كل شيء مالاً . فالشيء هو كل ما كان في الوجود . أما المال فهو الشيء المتصف بصفة او صفات معلومة .

ويطلق المال في تعريفه القانوني اليوم على كل ما كانت له قيمة تجارية . ولكن

هذا التعريف لم تأخذ به المجلة . ففيها «المال هو ما يميل اليه طبع الانسان ، ويمكن ادخاره الى وقت الحاجة » (المادة ١٢٦) . فلتفهّم هـــذا التعريف ، ولمعرفة الخلاف الواقع بشأنه في بعض المذاهب ،نرى ان نحلل ههنا الشروط المطلوبة في الشيء ليكون مالاً عند الحنفيين ، او لتكون له ، كما يقولون ، صفة المالية . وها هي :

اولا — يجب للشيء ، بعبارة المجلة ، « ان يميل اليه طبع الانسان » ، وبعبارة عصرية ، يجب ان تكون له ، كما قلنا ، قيمة تجارية . فيخرج من هذا ما ليس له مثل هذه القيمة ، كالجيفة او كالانسان الحر . وبمعناه قال الشافعي : « لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة يباع بها ويلزم متلفه [١] » . اما تعبير المجلة الغريب ، فشبيه ربما كان لغوياً ، لقرب لفظ الميل من المال ، او ربما كان معنوياً ، لميل الانسان بطبعه الى المال والتموّل . وعلى كل فهذا التعبير منقول عن الكتب الفقهية الحنفية [٢] .

ثانياً — ينبغي ، كما جاء في تتمة تعريف المجلة الذي ذكرناه ، ان يكون الشيء قابلاً للادخار الى وقت الحاجة . وقد استنتج الحنفيون من هـــذا الشرط الذي أوجبوه ان المنافع ، كحق السكنى والاستغلال وغيرهما ، لا تعد من الاموال لانها غير قابلة للادخار . ولذا وضعوا في قواعدهم الكلية انه « لا تقوّم المنافع في انفسها » [٣] . ولكنهم استثنوا من هذه القاعدة المنفعة في عقد الاجارة ، واعتبروها مالاً متقوما . فخالفوا القياس في ذلك استحساناً للضرورة والحاجة .

وتعليل هذه القاعدة نظري . قال السرخسي « ان صفة المالية للشيء انما تثبت بالتموّل ، والتموّل صيانة الشيء واذخاره لوقت الحاجة . والمنافع لا تبقى وقتين ، ولكنها اعراض كما تخرج من حيز العدم الى حيز الوجود تتلاشى ، فلا يتصور فيها التموّل » . ولكن هذا التعليل النظري غير عملي ، لان المذهب الحنفي بنى عليه قواعد اخرى ، فيها حرج كبير على الناس . منها ، كما سنرى في حينه ، ان الغاصب لا يضمن منفعة المغصوب . مثاله اذا استولى احد بدون عقد او بغير حق على دار او دابة لآخر ، فانه لا يجبر على اعطاء مالكها اجراً ولا تعويضاً [٤] .

---

(١) كما نقله السيوطي في كتاب الاشباه والنظائر ، ص ١٩٧ .

(٢) راجع مثلا شرح الحموي على الاشباه والنظائر، ج ٢ ص ٢٠٩ .

(٣) راجع المجامع وشرحه ، ص ٣٢٩ .

(٤) راجع المبسوط ، ج ١١ ص ٧٨ وما بعدها . استثنت المجلة من ذلك كما سنرى مال الوقف ومال اليتيم والمال المعد للاستغلال (راجع المواد ٥٩٦ — ٥٩٩) .

لذلك لا غرو من ان نرى الامام الشافعي يخالف الحنفيين في هـــذه المسألة ، بر ان هذا الشرط الثاني في تعريف المال ليس بضروري ، ويرى « ان المنفعة مال م فيضمن بالاتلاف كالعين ، وبيان الوصف ان المال اسم لما هو مخلوق لاقامة لحنا به مما هو عندنا ، والمنافع منا او من غيرنا بهذه الصفة ، وانما تعرف مالية ء بالتمول ، والناس معتادون تمول المنفعة بالتجارة فيها » . وقد ذهب الحنابلة المذهب ايضاً [١] .

وان الشافعي وابن حنبل واتباعهما كانوا على حق في هـذا القول ، لانه اوفق مات الناس في الحياة الاجتماعية ، واقرب لمبادىء العدل والاقتصاد الصحيحة . افع بلا ريب كانت ولا تزال من العناصر الوثيسية المعتبرة في تكوين قيمـــة نياء ، او هي كما قال عز الدين بن عبد السلام « الغرض الأظهر من جميـــع وال » [٢] . فلا عجب من ان يكون لهذه المنافع من حيث هي قيمة مالية او المال المتقوم .

فاذن قـد احسنت المادة ٦٤ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني ، التي ت المجلة في هذه المسألة ، حيث نصت على ان « ما تعورف تداوله من الاعيـان نافع والحقوق على الاطلاق هو في حكم المال المتقوم » . وكذلك تعتبر المنافع الرومان [٣] وفي القوانين العصرية من الاموال ، وتسمى الاموال غـير الحسية يقها عن الاعيان او الاموال الحسية .

ثالثاً — من شروط المال المتقوّم ان يكون مما يباح الانتفاع به (المجلة المادة ١) . فعند المسلمين ، لا يعدّ الخمر والخـــنزير من الاموال المتقومة في حقهم ، لا يحل لهم الانتفاع بهما . ولكنهما عند بعض الفقهاء كأبي حنيفـــة ومالك ان مالا في حق غير المسلمين ، كأهل الذمـة ، الذين اعتادوا تداولها والاتجار . اما عنـد الشافعي وابن حنبل وابي ثور واتباع المذهب الظاهري ، فلا تعتبر

---

(١) انظر السرخسي في الموضوع المذكور ، والشرح الكبير (بذيل المغني ، ج٥ ص ٤٣٩).
(٢) في كتاب قواعد الاحكام في مصالح الانام ، ج ١ ص ١٧٢ .
(٣) راجع كتاب النظم لبوستيانوس (Inst. 2, 2) حيث جاء فيه : —
« Res corporales quae tangi possunt, res incorporales quae tangi possunt »

مثل هذه الاشياء المحرمة مالا متقوماً ، لا بالنسبة الى المسلمين ولا الى غيرهم [١] . ولا شك في ان هذا الحكم تغير في القانون العثماني ، بمقتضى المادة ٦٤ المشار اليها .

رابعاً - يشترط اخيراً للمال المتقوم ان يكون محرزاً . فان مالا يمكن احرازه ، كالهواء والشمس والبحر وما اليها ، لا يمكن اعتباره مالا متقوماً . والسمك في البحر غير متقوم لانه غير محرز ، ولكن اذا اصطيد صار متقوماً بالاحراز (المجلة المادة ١٢٧) .

وقد أحسن الرومان بوضع الاشياء التي لا تقبل الاحراز خارج الاموال التي يملكها المرء وتؤلف ثروته ، واصابوا بوضعها في فئة خاصة ، تسمى « اشياء خارج الثروة [٢] » او الاشياء غير المملوكة .

والاموال تقسم الى اقسام عديدة اختلفت باختلاف القوانين وعصور التاريخ . وان بحثها المستفيض يقتضي مجالا اوسع من مجالنا هنا . لذا نكتفي منها بلمحة موجزة ، تبين اهمها وما ذكرته منها مجلة الاحكام العدلية . وهي : المنقولات وغير المنقولات ، المقدرات وغير المقدرات ، المثليات والقيميات ، الاعيان والمنافع .

المنقولات وغير المنقولات

المال نوعان : منقول وغير منقول .

والمنقول في المجلة هو « الشيء الذي يمكن نقله من محل الى آخر ، فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات » (المادة ١٢٨) .

وهذه الامثلة واضحة لا تكاد تحتاج الى بيان . فالحيوانات هي من الاموال المنقولة . وقد كانت من اهمها في القديم ، يوم كانت وحدها واسطة النقل والحمل والزراعة ، كما كان الامر عند الرومان الذين وضعوها في فئة الاشياء الثمينة [٣] ، وكما كان الامر عند العرب ، سواء في الجاهلية أم بعدها ، اذ كانت الابل والخيل

---

(١) راجع المبسوط (ج ١١ ص ١٠٢ - ١٠٥) ، والمحلى لابن حزم (ج ٨ رقم ١٢٦٦) ، وشرح الخرشي على سيدي خليل (ج ٤ ص ٣٥١) ، واختلاف الفقهاء للطبري (ص ١٦٠) ، والمغني (ج ٥ ص ٤٤٢) .

(٢) Res extra patrimonium. راجع كتاب غايوس النظم (القسم الثاني رقم ١) ، (Inst. G. II) ، وبمعناه في القانون المدني الفرنسي كتاب بلانيول (ج ١ رقم ٢١٧٠) .

(٣) Res mancipi

الدواب عماد حياتهم الاقتصـــادية ، وكانوا يتغنون بها في اشعارهم وامثالهم ، كانت من ثم موضوع كثير من احكامهم ، واثيرت حولها مسائل عديدة ، واقعية فرضية ، كما سنرى في امثلة لا تحصى واردة في المجلة وغيرها من الكتب الفقهية .

ثم من اهم المنقول النقود . وهذه كانت ولا تزال عنـــوان الثروة وواسطة المبادلة الاساسية .

ومن البديهيات التاريخية ان النقد بدأ بعد عهد المقايضة الفعلية ، وكان في اول الامر معدناً غير مسكوك ، يوزن عند كل معامـــلة كما توزن السلع المبيعة لعادية . ثم عرف بعد ذلك النقد الرسمي المسكوك من المعادن المختلفة .

وقد بحثت المجلة في ذلك ، ونصت على ان « النقود جمع نقد ، وهو عبارة عن الذهب والفضة » (المادة ١٣٠) ، أي المسكوك منها . ونصت ايضاً على ان : المسكوكات النحاسية الرائجة معدودة من النقود عرفاً » (المادة ١٣٣٩) . أما غير المسكوك من الذهب والفضة ، فقـــد عدته المجلة في حكم النقود ، اذا جرى التعامل به كواسطة للمبادلة بين الناس عرفاً وعادةً ، والا فهو في حكم العروض (المادة ١٣٤٠) .

هذا طبعاً في ايام المجلة وقبلها . اما اليوم ، وقد تغيرت الاحكام بتغير الازمان ، فيطلق النقد على جميع ما جرى التعامل به عرفاً او قانوناً كاداة للمبادلة ، مهما كان نوعه . ولا شك في ان النقد الدارج في التجارة الداخلية أصبح رمزياً ، مؤلفاً من الورق الرسمي المطبوع ، حتى ان هذا النوع صار وحده مقبولاً في المعاملات في بعض البلاد [١] .

وانواع أخرى من المنقولات هي المكيلات والموزونات ، اي التي تباع بالكيل والوزن ، كما سنوضح قريباً . فهذه بطبعها منقولة ، لان ما لا يمكن نقله لا يتصور فيه الكيل والوزن .

واخيراً العروض ، وهي جمع عرض (بسكون الراء او بتحريكها) . ومعناها لغةً كل شيء سوى النقود ، واصطلاحاً كل ما بقي من الاموال المنقولة بعد مـــا ذكرنا . او بعبارة المجلة « هي ما عدا النقود والحيوانات والمكيلات والموزونات ،

---

(١) منع التعاقد بالنقد الذهب في لبنان بمقتضى القرار ذي الرقم ١٨ ل . الصادر في ١٦ ك ٢ سنة ١٩٤٠ .

كالمتاع والقماش » (المادة ١٣١) ، وكالثمار بعد قطفها ، وما الى ذلك .

اما المال غير المنقول بلغة المجلة ، فهو العقار ، أي « مالا يمكن نقله من محل إلى آخر كالدور والاراضي » (المادة ١٢٩ من المجلة) ، أو ما لا يمكن نقله بدون ضرر أو تلف كالاشجار الواقفة قبل فصلها أو قطعها . ولكن البناء والاشجار دون الأرض تعد من الاموال المنقولة [١] .

وقد قسمت المجلة العقار الى محدود وغير محدود . فالاول « هو العقار الذي يمكن تعيين حدوده واطرافه » (المادة ١٣٧) ، والثاني هو الذي لا يمكن تعيين حدوده واطرافه . ولكن هذا التقسيم لم يعد له اهمية كبيرة بعد اتباع نظام السجل العقاري في اكثر المناطق في لبنان وسوريا وفي معظم البلاد الراقية ، حيث مسحت العقارات جميعاً وتحددت وتقيدت بصورة فنية في سجل عقاري خاص [٢] .

ومن الاشياء المنقولة ما يكون تابعاً ومخصصاً لمنفعة عقار ، كالحيوانات او الادوات المعدة للزراعة والمرتبطة بالاراضي الزراعية . فهذه الاشياء ، المنقولة في الحقيقة ، تعتبر في القوانين الحديثة في حكم المال غير المنقول ، توسعاً في تفسير معنى هذه الكلمة ، الذي اصبح يشمل ايضاً ما يكون من المنقولات متصلا بغير المنقول اتصالا اقتصادياً ، ان لم يكن مادياً . وتبرر هذا الحكم وحدة الغاية التي ينشدها المالك عند ربط ماله المنقول بعقاره . فيقضي الاول بذلك تابعاً للثاني في وصفه وحكمه . وبهذا جاء في قانون الملكية اللبناني السوري « ان العقارات بالنظر الى الغاية المعدة لها هي اشياء تعتبر بالنظر الى ذاتها كمنقولات ، غير انها تكون تابعة لذات العقار . ويشترط فيها على كل حال ان تكون وذات العقار لمالك واحد ، وان تكون مخصصة لاستثمار العقار ، او بصورة اعم ، لمنفعة العقار الذي تكون هذه الاشياء تابعة له ، كالحيوانات المعدة للزراعة والالات الزراعية الخ ... » [٣]

---

(١) انظر شرح علي حيدر تحت المادتين ١٢٨ و١٢٩ من المجلة .

(٢) راجع نظام السجل العقاري في سوريا ولبنان في القرارات ذات الارقام ١٨٦ — ١٨٩ الصادرة في ١٥ اذار سنة ١٩٢٦ وتعديلاتها في القرارات ٤٤ — ٤٦ ل . ر . الصادرة في ٢٠ نيسان سنة ١٩٣٢ وغيرها .

(٣) المادة الثالثة من القرار ذي العدد ٣٣٣٩ .

وقانون الاراضي والعقارات من أصعب الابحاث القانونية في معظم البـــلاد ، بما في الشريعة الانكليزية ، وفي الشرائع الاخرى التي لا تزال في هذا البـاب ـة بالنظـام الاقطاعي[١] . وهي اقل تعقيداً في القانون الرومـــاني والقوانين روبية المأخوذة عنه . اما الشرع الاسلامي والقانون العثماني فقد اخذا بنظـام ط لا يزال أثره الى اليوم رغم صدور قانون الملكية الجديد .

وتقسم العقارات في بلادنا بصورة عامة الى مملوكة وموقوفة واميرية ومتروكة ات . ونحن نكتفي هنا بكلمة تعرّف كلاً من هذه الاقسام[٢] .

فالمملوكة ، او عقارات الملك ، هي ما كانت في ملك الافراد مع حق التصرف لق بالعين والمنفعة . وقد حددها قانون الملكية الجديد بانها « العقارات الكائنة ل مناطق الاماكن المبنية ، كما هي محددة اداريا والقابلة للملكية المطلقـــة ، ستثنى من ذلك العقارات القائمة على اراضي حكومة جبل لبنان السابقة المستقلة ، ا تبقى خاضعة لاحكام العرف والعادات المحلية » (المادة ٥) .

والعقارات الموقوفة هي التي وقفها اصحابها وقفاً ذرياً او خيرياً ، بحيث لاتملك تها ، بل تصرف منفعتها الى الجهات المعينة لها .

والعقارات الاميرية هي التي تكون رقبتها للدولة ، ويعطى التصرف بها لطالبها ، دفع بدل ، يسمى قديماً رسم الطابو .

والاراضي المتروكة هي ، كما عرفتها المجلة ، « الاراضي القريبة من العمران ، ك للاهالي مرعى ومحتصداً ومحتطباً » (المادة ١٢٧١) . وهي على نوعين المرفقة لحمية . فالاولى ، كما جاء في قانون الملكية الجديد ، « هي العقارات التي تخص ولة ، ويكون لجماعة ما حق استعمال عليهـــا ، بميزاته واتساعه معينان وفاقاً ادات المحلية او الانظمة الادارية » (المادة ٧) . اما الثانية فهي « العقارات التي ص الدولة او البلديات وتكون جزءاً من الاملاك العامة » (المادة ٨) .

واخيراً الاراضي الموات هي ، في المجلة ، « الاراضي التي ليست ملكاً لاحد ،

---

(١) لاجل الحصول على فكرة عامة عن مبـــادىء قانون الاراضي الانكليزي راجع كتاب لمقدمة التاريخية لقانون الاراضي » (Historical Introduction to Land Law) تأليف لسورث Holdsworth ، طبع اكسفورد ، سنة ١٩٣٧ .

(٢) راجع في تفصيل ذلك شروح علي حيدر وعاطف بك على قانون الاراضي العثماني وكتاب كام الاراضي لدعيبس المر (طبع القدس) وقانون الاراضي العثماني للحنبلي (دمشق) .

ولا هي مرعى ولا محتطباً لقصبة او قرية ، وهي بعيدة عن اقصى العمران ، يعني ان جهير الصوت لو صاح من اقصى الدور التي في طرف تلك القصبة لا يسمع منها صوته » (المادة ١٢٧٠) . وهي تصبح ملكاً لمن يحييها بالاذن السلطاني (المادة ١٢٧٢) . وقد خصصها قانون الملكية بالاراضي الاميرية التي تخص الدولة ، ولا تكون « معينة ولا محددة ، فيجوز لمن يشغلها اولاً ان يستحصل باذن الدولة على حق أفضلية ، ضمن الشروط المعينة في انظمة املاك الدولة » (المادة ٩) .

المقدرات وغير المقدرات

تختلف الاموال في مقاديرها ، وتختلف في طريقة تعيين تلك المقادير . فتقسم من هذه الناحية الى قسمين ، المقدرات وغير المقدرات . فالاولى تشمل اربعة انواع من الاموال ، هي المكيلات والموزونات والعدديات والمذروعات . والثانية تشمل ما عدا ذلك .

فالمقدرات اذاً هي الاموال التي تعرف مقاديرها بالكيل او الوزن او العدد او الذراع . فيقال لما يكال الكيلي والمكيل ، كبعض السائلات والمنقولات التي تباع كيلاً . ويقال لما يوزن الوزني والموزون ، كالسكر والطحين اليوم مثلاً . ويقال لما يُعدّ العددي والمعدود ، كالبيض وغيره . ويقال اخيراً لما يقاس بالذراع الذرعي والمذروع ، كالقماش وما شابه [١] .

ومن المقدّرات ما لا يكون الا منقولاً ، كالمكيلات والموزونات كما قدمنا . ومنها ما يكون منقولاً او غير منقول . فالمذروعات مثلاً تكون تارة منقولة ، كالقماش ، وتكون تارة غير منقولة ، كالارض عندما تباع بالذراع او بغيره من مقاييس المساحة .

ولا بد من الاشارة الى ان للعرف والعادة اهمية كبرى في تقسيم المقدّرات . فبينما كان البرّ والشعير من المكيلات في عهد النبي ، كما ثبت بالحديث الشريف الذي ذكرناه في غير هذا الموضع [٢] ، اذ بهما اليوم من الموزونات في معظم البلاد . وكذلك يباع اللبن في بعض البلاد وزناً فهو فيها من الموزونات ، ويباع في غيرها

---

(١) راجع المواد ١٣٢ — ١٣٦ من المجلة .

(٢) في كتابنا « فلسفة التشريع في الاسلام » ، ص ٢١٢ .

ل فهو من المكيلات . واخيراً ايضاً يعتبر البرتقال من العدديات فيباع بالعدد ض مدن فلسطين مثلاً ، بينما هو من الموزونات في سوريا ولبنان .

وقد لاحظ القدماء هذه الظاهرة العرفية ، فروى ابن حزم ان «كل ذي عقل ـ ان حكم المبيعات يختلف في البلاد اشدّ اختلاف . فما يوزن في بلدة بكال في ى ، كالعسل والزيت والدقيق والسمن . يباع الزيت والعسل ببغداد والكوفة ، ولا يباع شيء منها بالاندلس إلاّ كيلاً . ويباع السمن والدقيق في بعض . كيلاً ، ولا يباعان عندنا الا وزناً . والتين يبـــاع بورية كيلاً ، ولا يباع لبة وقرطبة الا وزناً . وكذلك سائر الاشياء »[١] .

والعرف والعادة ايضاً تأثير على نوع المكاييل والموازين والمقاييس . فهذه جميعاً ـ باختلاف البلاد والاعصار . وهي من المظاهر الراسخة في معاملات النـاس يدهم . فالانكليز مثلاً ، ولا غروّ فهم من المحافظين المشهورين ، يتمسكون تهم المألوفة في المقاييس مع اعترافهم بان القاعدة المترية اصح من قاعدتهم علميا ب منها عملياً . وكذلك في بلادنا كان الرطل والذراع والمدّ والقيراط أساس ر المقدرات .

ولما اصدرت السلطة التشريعية في سوريا ولبنان القرار عدد ١٩١ ل.ر. بتاريخ ب سنة سنه ١٩٣٥[٢] بتقرير استعمال القاعـــدة العشرية والمترية للعيارات كاييل والمقاييس ، بقي الناس يتعاملون سراً ، واحياناً جهراً ، بالمعايير القديمة ورثوها عن الاسلاف ، والتي لا بد من ردح طويل من الزمـــن لقمعها من تعمال ولاقرار القاعدة الجديدة مكانها .

المثليات والقيميات

الاموال بعضها يشبه البعض الآخر قيمة ونوعاً ، وبعضها ينفرد عن غيره بقيمته وعه أو بالقيمة والنوع معاً . فيقال اصطلاحاً للفئة الاولى المثليات وللفئـــة ة القيميات .

---

١) المحلى ، ج ٨ ، رقم ١٤٧٩ ص ٤٨٣ .

٢) تمم هذا القرار بقرار آخر رقم ١٩٢ ل . ر . الصادر بنفس التاريخ ، وعدل بالقرار ٢٢ ل . ر . الصادر في ٢٠ تشرين الاول سنة ١٩٣٦ .

وتعريف المالي المثلي شرعاً هو كما جاء في المجلة « ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به » (المادة ١٤٥) . وقال الغزالي : المثلي هو « ما تماثل اجزاؤه في المنفعة والقيمة »[١] . مثاله الكتب المطبوعة الموجودة في الاسواق ، والسبارات المصنوعة من طراز وجنس واحد والمطروحة للبيع ، فكلها تماثل بعضها بعضاً ، ولا تتفاوت في القيمة تفاوتاً محسوساً ، فهي اذاً من المثليات .

ويدخل في هذه الفئة بصورة عامة العدديات والمكيلات والموزونات المتقاربة ، اي ما كان من هذه الاشياء متشابها ومتقارباً في القيمة . وقد نصّت المجلة بصورة خاصة على ان : « العدديات المتقاربة هي المعدودات التي لا يكون بين افرادهـا وآحادهـا تفاوت في القيمة ، فجميعها مثليات » (المادة ١٤٧) . مثاله الجوز او البيض اذا كان من جنس واحد ، فهو يباع عادة بالعدد باعتباره واحدا في القيمة ، لان التفاوت بين افراده زهيد لا يعبأ به .

اما تعريف المال القيمي ، فهو ما نظر اليه بحد ذاته ، باعتباره ذا صفة خاصة به تعطيه قيمته . أو كما قالت المجلة هو « ما لا يوجد له مثل في السوق ، او يوجـد ولكن مع التفاوت المعتد به في القيمة » (المادة ١٤٦) . فمن نوع القيمي الذي لا يوجد له مثيل في السوق الآثار القديمة والنادرة . ومن نوع القيمي الذي يوجـد مثـله في السوق ولكن مع تفاوت في القيمة المكيلات والموزونات المتفاوتة ، اي ما كان منها يتفاوت باسعاره . ويعد منها ايضاً بصورة خاصة العدديات المتفاوتة ، وهي « المعدودات التي يكون بين افرادها وآحادهـا تفاوت في القيمة ، فجميعها قيميات » (المادة ١٤٨) ، كالخيل والبقر من الحيوانات ، فهذه موجودة في السوق باسعار تتفاوت باختلاف افرادها وآحادها .

ولقد جمعت مجلة الاحكام العدلية امثلة قريبة ممـا ذكرنا وامثلة اخرى من المثليات والقيميات في مادة واحدة من باب القسمة ، لا نرى بأساً بنقلها كما وردت زيادة في الايضاح . قالت المجـلة : « المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض كلها مثليات . لكن الاواني المختلفة باختلاف الصنعة والموزونات المتفاوتة قيمية . وكذلك الحنطة المختلطة بالشعير وكل جنس مثـلي خلط بخلاف جنسه في صورة لا يقبل التفريق والتمييز هو قيمي . والذرعيـات ايضاً قيمية ،

(١) الوجيز ، ج ١ ص ٢٠٨ .

كن الجنس الواحد من الجوخ والبطاش من اعمال المصانع (الفابريقات) التي تباع على ان ذراعها بكذا قرشاً ولا يوجد التفاوت في افرادها ، هو مثلي . والحيوانات والعدديات المتفاوتة ، التي يوجد بين افرادها تفاوت في القيمة ، مثل البطيخ الاخضر والاصفر ،هي قيمية . وكتب الخط قيمية ، وكتب الطبع مثلية» (المادة ١١١٩) .

ولتقسيم الاموال الى مثلي وقيمي اهمية قانونية ، نورد لايضاحها مثلين من المجلة :

اولا — في الغصب : اذا غصب احد مال آخر ، اي اخذه وضبطه بدون حق ، ثم استهلكه او اضاعه او اتلفه ، كان ضامنا لذلك المال . فان كان المغصوب من المثليات ، وجب على الغاصب اعطاء مثله . وان كان من القيميات ، لزمه دفع قيمته كما كانت عند حصول الغصب ، اي في زمانه ومكانه (المادة ٨٩١) .

ثانياً — في القسمة : لو كان المال مشتركاً بين اثنين ، فتعتبر «جهة الافراز في المثليات راجحة ... وجهة المبادلة في القيميات راجحة » . ومعناه ان لكل واحد من الشريكين اخذ حصته من المثليات في غيبة الآخر وبدون اذنه ، ولا يجوز له ذلك في القيميات ، لان الاولى تعتبر كما لو كانت مفرزة ، والثانية لا تعتبر كذلك بل تجب المبادلة فيها بالتراضي او بحكم القاضي (المادتان ١١١٧ و١١١٨) .

هذا التقسيم بين المثليات والقيميات مبني على التفاوت بالنظر الى قيمة الاموال . ولكن اذا كان التفاوت فيها بالقياس الى الغرض المقصود منها ، فتنقسم الى تقسيم آخر ، هو الجنس والنوع .

فالجنس عند الفقهاء ، كما جاء في المجلة ، هو « ما لا يكون بين افراده تفاوت فاحش بالنسبة الى الغرض منه » (المادة ١٤٠) . والنوع هو ما كان بين افراده تفاوت بالنسبة الى ذلك الغرض . مثاله ، القماش جنس فيه انواع عديدة مختلفة : كقماش الصوف وقماش الحرير ، والقماش الابيض والاحمر والازرق ، والقماش الانكليزي والياباني والوطني ، وهلمّ جرّا . فجميع هذه الاقمشة لها غرض واحد متقارب يجمعها بكلمة الجنس القماش ، ولكنها متفاوتة في اوصافها فتفترق في انواع مختلفة شتى كما بينا .

الاعيان والمنافع

الاموال في الاصل اشياء حسية تعرف بالحواس العادية ، كالنظر واللمس . ولكن

المنافع كما رأينا تعتبر اليوم اموالاً متقومة ، وتسمى الاموال غير الحسية . وهي لا تعرف بالحس بل بالفكر والمعنى . ويدخل فيها بصورة عامة ما جرى التداول به عرفاً من الحقوق التي لها قيمة اقتصادية ، كحقوق الارتفاق على العقارات وغيرها . هذا ما قالت به ايضاً ، كما ذكرنا آنفاً ، المادة ٦٤ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني .

وبتطور الحياة الاقتصادية في يومنا الحاضر نشأت منافع جديدة ، اهمها الحقوق الادبية والعلمية والفنية والتجارية والصناعية المعترف بها للمؤلفين والموسيقيين والمخترعين وغيرهم . فهذه لها قيمة اقتصادية هامة تأيدت حمايتها باسم الملكية الصناعية او الادبية او الفنية في القوانين الحديثة الداخلية [١] ، وفي المعاهدات الدولية [٢] .

والاصطلاح الفقهي المتبع في المجلة والكتب الشرعية الاسلامية يستعمل كلمة « الاعيان » بوجه عام لتمييزها من المنافع . وهي جمع عين ، اي الشيء المعين الحاضر . وبعبارة المجلة « العين الشيء المعين المشخص كبيت وحصان وكرسي وصبرة حنطة وصبرة دراهم حاضرتين ، فكلها من الاعيان » (المادة ١٥٩) .

ويعارض ايضاً كلمة العين بالمعنى المذكور الدين . وهو ، بتعريف المجلة ، ما يثبت في الذمة ، كمقدار من الدراهم في ذمة رجل ، ومقدار منها ليس بحاضر ، والمقدار المعين من الدراهم او من صبرة الحنطة الحاضرتين قبل الافراز فكلها من قبيل الدين » (المادة ١٥٨) . وسيكون لنا في معنى الدين كلمة اخرى قريبة .

---

(١) راجع مثلا في سوريا ولبنان القرار عدد ٢٣٨٥ الصادر في ١٧ كانون الثاني سنة ١٩٢٤ ، وتعديلاته المختلفة ، كما في القرار عدد ٨٤ الصادر في ٣٠ كانون الاول سنة ١٩٢٦ والقرار عدد ٨ ل. ر. الصادر في ٢٦ كانون الثاني سنة ١٩٣٢ والقرار عدد ١٦٤ ل. ر. الصادر في ٨ كانون الاول سنة ١٩٣٨ ، وقانون ٣١ كانون الثاني سنة ١٩٤٦ .

(٢) راجع مثلا في حماية الملكية الصناعية اتفاق باريس المعقود في ٢٠ آذار سنة ١٨٨٣ المعدل باتفاقات لاحقة عديدة ، منها المعقودة في مدريد سنة ١٨٩١ وواشنطن سنة ١٩١١ ولاهاي سنة ١٩٢٥ . وراجع في حماية الملكية الادبية الفنية اتفاق برن المعقود في ٨ ايلول سنة ١٨٨٦ المعدل باتفاقات لاحقة احدثها اتفاق روما سنة ١٩٢٨ .

الباب الثاني
الموجبات أو الالتزامات ومصادرها

تمهيد

المعاملات بين الناس محدودة باصول وقواعد تعين حقوق البعض وواجبات
رين . فالحق ، بمعناه القانوني ، هو كل مصلحة اقرها الشرع او القانون واجرى
بها .

والحقوق ، اذا كانت في الناحية المالية ، على نوعين . فاما ان تكون متعلقة
رة بشيء معين ، كحق الملك ، فتسمى عينية لعلاقتها بعين الشيء . واما ان
ن رابطة شخصية بين دائن ومدين ، كالدين ، فتسمى الحقوق الشخصية او
بات .

وتقسيم الحقوق الى عينية وشخصية روماني الاصل ، لا نجد له اثراً في مجلة
كام العدلية . وقد اخذت به القوانين اللبنانية الجديدة ، فبحثت في الحقوق
ية العقارية في قانون الملكية ، وبحثت في الحقوق الشخصية في قانون العقود
جبات .

وموضوعنا هنا يقتصر على الفئة الثانية من هذه الحقوق ، لذلك نمر بالفئة الاولى
نين بكلمة سريعة عنها .

الحقوق العينية

هي تلك التي تتعلق بالتصرف والتمتع بالاعيان. واهمها عند الرومان وفي قانون
كية الجديد [1] : حق الملكية وحق الانتفاع وحقوق الارتفاق والتأمينات

١) راجع المادة العاشرة منه .