

# الملكية

في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية  
معناها - أنواعها - عناصرها - خواصها - قيودها

تأليف الأستاذ

علي الخفيف

١٤١٦ هـ / ١٩٩٦ م

ملتزم الطبع والنشر

دار الفكر العربي

الإدارة : ٩٤ شارع عباس العقاد - مدينة نصر

ت : ٢٧٥٢٩٨٤ فاكس : ٢٧٥٢٧٣٥ -



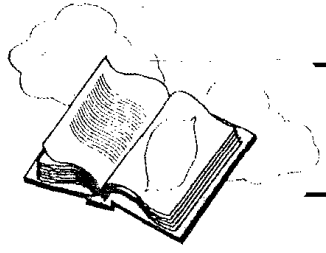


بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا...﴾ \*

قرآن مجید





الحمد لله رب العالمين، وصلاة الله وسلامه على سيدنا محمد إمام المرشدين الهادى إلى الحق المبين، وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد : فهذه دراسة لموضوع الملك في الفقه الإسلامى مقارنة بما له فى الفقه الوضعى من بحوث وآراء أرجو أن يكون لها بالتقاء الفقهاء واجتماعهما فيها أحسن الأثر فى تجلية خصائص الملك، وما للفقهاء من اتجاهات فى تحليله وبيان عناصره وآثاره وتحديد نطاقه وما له من صور وأوضاع اختلفت وتعددت باختلاف البيئات والأوطان والعادات، وبمثل هذه الدراسات المقارنة نرجو أن نهتدى إلى قول الحق فى تفهم الملك وتحديد نطاقه، وبيان أغراضه وثمراته. فإن نظام الملك ومايتصل به ذو أثر بالغ فى حياة الأمم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، ومن ثم كان سريع التطور والتغير بمرور الزمن وتطور المجتمعات وتغير أساليبها السياسية وآرائها الاجتماعية بسبب ما يتعرض له من صور. وما يفرض عليه من قيود، وما يطلب منه من غايات وأغراض.

ولما كان الملك نوعا من الحقوق كان التعريف به متطلبا أن يسبق بتمهيد فى الحق وأقسامه وخصائصه بصفة إجمالية؛ ليتبين موضعه بين الحقوق المختلفة المتعددة الأنواع إذ إن ذلك أوفى بالغرض وأقرب إلى تحقيقه.

## الملك

استعمل علماء الفقه الإسلامى اسم الحق كثيرا فى مواضع مختلفة وفى معان عديدة متميزة ذات دلالات مختلفة على الرغم من انتظامها فى معنى عام يجمعها هو الثبوت. ومع كثرة استعمالهم إياه لم يعنوا ببيان حدوده فى مواضع

استعمالاته المختلفة، بل اكتفوا بوضوح معناه اللغوي ودلالته عليه ووفائه بجميع استعمالاته في اللغة والعلوم ومخاطبات الناس.

ومعناه في اللغة الأمر الثابت الموجود. وعلى أساسه استعمله الفقهاء فأطلقوه على كل ما هو ثابت ثبوتا شرعيا أى بحكم الشارع وإقراره، وكان له بسبب ذلك حمايته سواء أثبت هذا الحق لشخص من الأشخاص أم لعين من الأعيان، كحق الشرب، وسواء أكان هذا الحق ممثلا لاختصاص أم للملك. ولا نبعد إذا ما ذهبنا إلى تعريفه في الفقه الإسلامى مذهبا نستمده من استعمالاتهم إياه. فنعرفه بأنه ما ثبت بإقرار الشارع وأضفى عليه حمايته. وعلى هذا الأساس قالوا من حق فلان أن يفعل كذا، أو أن يتملك. وهذه العين حق لفلان، ولفلان حق قبل فلان، كما أطلقوه على ماله ضرب من الاختصاص، فأطلقوه على العين فقالوا: هذه الدار أو هذه الشاة حق لفلان، وعلى المصلحة، فقالوا: سكنى هذه الدار أو ركوب هذه الدابة حق لفلان، وعلى المصلحة، فقالوا: ولاية هذا المال حق لفلان، وحضانة هذا الصغير حق لفلانة، فأطلق على المال عقارا كان أم منقولا، وعلى المصلحة مالية كانت أم أدبية.

وكذلك أطلقوه على مرافق العقار، كحق الشرب وحق المسيل وحق التعلی، لما فيها من معنى الاختصاص.

وقد جاء في تبيين الحقائق «شرح الكنز» للسزليعى أن الحق ما استحققه الإنسان. وهذا التعريف ظاهر فى أنهم يريدون بالحق ما استحققه الإنسان على وجه يقره الشارع ويحميه فيمكنه منه ويدفع عنه. وهذا تعريف يجعل الحق فى الفقه الإسلامى قريبا مما عرف به فى الفقه الوضعى إذا ما غرضنا النظر عما يراه الفقه الغربى فى الحق من أنه لا يكون إلا مالا مع مراعاة اختلاف معناه فى الفقهين.

ومن الفقهاء من أطلق اسم الحق فى مقابلة العين، كالحنفية. ولعل أساس هذا الإطلاق أن مالىس عينا ليس له قيام مستقل وإنما يتميز ويتعين بإضافته إلى غيره واختصاصه به فأطلق عليه اسم الحق مراعاة لهذا الاختصاص، وهذا أساس وصفه عند الحنفية بأنه ليس بمال إذ إن المال فى نظرهم لا يكون إلا عينا قائمة بذاتها. وهذا أساس استعماله فى آثار العقود فقالوا: حقوق العقد، ولا يريدون بذلك إلا آثاره من مصالح تضاف إلى طرفيه؛ لاستحقاقهما لها شرعا.

أما الحق في الفقه الوضعي : فقد اختلف معناه باختلاف النظر إليه ، فمن نظر إلى موضوعه عرفه : بأنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون لصاحبها . ومن نظر إلى صاحبه عرفه : بأنه قدرة أو سلطة حولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معين معلوم . ومن زاعى النظرين عرفه : بأنه رابطة قانونية تجعل لشخص على سبيل الانفراد والاستثناء ولاية التسلط على شيء أو المطالبة بأداء معين من شخص آخر ، وإن شئت قلت : إنه الصلة التي تكون بين طرفين منطوية على مصلحة يحميها المشرع . وبهذا التعريف ننظر إلى الحق نظرة موضوعية واقعية ، دون أن نخلط بينه وبين موضوعه أو محله ، وأظهرنا ما لطرفي الحق من أهمية .

وهو بهذا النظر لا يتناول إلا الحقوق الثابتة للناس بعضهم قبل بعض بمقتضى القانون ، ولا يتناول ما توحىه الأخلاق وآداب السلوك والتقاليد مما لا تتعرض له القوانين ، كما لا يتناول ما يسمى في الفقه الوضعي بالمكنة أو الرخصة مما يطلق عليه فقهاء الشريعة اسم الحق في أساليبهم . وكذلك لا يتناول نوعا آخر من المكنات ذات الاختصاص يراه رجال القانون في منزلة وسطى بين الرخصة والحق إذ يرونه أدنى من الحق وأعلى من الرخصة ، وهو ما يسميه فقهاء الشريعة بحق التملك ، وذلك مثل حق الشفيع في تملك العقار المبيع المشفوع فيه ، وحق الشريك في الدين في تملك ما يوازي حصته مما استوفاه شريكه الآخر من الدين المشترك بينهما ، وحق الوارث في تملك التركة المستغرقة بالدين عند الحنفية ، ولم يكن هذا النوع من الحقوق حقا عند فقهاء الفقه الوضعي ؛ لأنه ليس بذى قيمة مالية بدليل عدم جواز التصرف فيه بنقله إلى شخص آخر ، وعلى الجملة لا يرى فيه خصائص المال .

على أنه ينبغي أن نشير هنا إلى ما ذهب إليه بعض الفقهاء ، مثل «جوسران» وهو أن للحق وظيفة اجتماعية لم يكن وجوده وشرعه إلا لتأديتها ، وعليه إذا ما استعمل الحق لمجرد الإضرار بغير صاحبه أو لتحقيق غرض غير مشروع فإنه لا يكون في هذه الحال حقا . وهذا ما يتسق مع ما للنظر إلى الحق على أنه صفة قانونية تستلزم واجبات معينة إذ إن ذلك يستوجب على صاحبه دائما عدم التعسف في استعماله . وأنه ليس إلا أحد طرفي علاقة قانونية يتولد عنها التزامات بالنسبة إليه ، كما يتولد عنها حقوق يتطلبها من غيره .

والشريعة الإسلامية لا تنكر هذا النظر ولا هذا التعريف بل تقره وتوثقه، وتعريف الحق بأنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون ينطبق تمام الانطباق على عدد عديد من الحقوق والمصالح المتقومة في الشريعة الإسلامية التي تحميها الشريعة لصاحبها وتسمى فيها باسم الحق في تعبيرات الفقهاء الإسلاميين وفي بيانهم، كحق المستأجر في الانتفاع بالعين المستأجرة، وحق المالك في الانتفاع بما يملك، وحق الموصى له في الانتفاع بالموصى به وغير ذلك من الحقوق التي تقرها الشريعة وتحميها وتطلق عليها اسم الحق.

وكذلك تعريفه بأنه رابطة قانونية بمقتضاها يخول القانون شخصاً من الأشخاص على سبيل الاستئثار التسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر. أو تعريفه بأنه صلة بين طرفين تنطوي على مصلحة يحميها الشارع ليس إلا بيان أشير فيه إلى معنى الحق ومصدره.

ومن المعلوم أن الروابط الشرعية التي تنشأ عنها الحقوق هي موضوع دراسة الشريعتين، ومن هذا يتبين أن الحق بالمعنى الذي ذهب إليه الفقه الوضعي لم يخرج عن إطلاقات الحق واستعمالاته في الفقه الإسلامي، وليس من فرق بين الفقهاء في هذا سوى أن الفقه الوضعي قد قصر استعمال الحق في مجال الالتزام على هذا المعنى الذي يدل على اعتباره مالا اصطلاحاً منه فيه، بينما أن الفقه الإسلامي لم يكن له هذا الاصطلاح واعتمد في استعماله اسم الحق وضعه اللغوي ودلالته العامة التي شرحناها من قبل فكان في الفقه الإسلامي أعم منه في الفقه الوضعي<sup>(١)</sup>.

## أنواع الحقوق :

والحقوق أنواع : حقوق عامة : وحقوق خاصة<sup>(٢)</sup>. والعامة هي التي يحكمها القانون العام، نظراً لتعلقها بحق السيادة، ولذا تكون للفرد قبل الجماعة

(١) النظرية العامة للحق، الدكتور شفيق شحاته في تعريفه للحق، وحق الملكية، للدكتور الصبغة.

(٢) ليس لفقهاء الشريعة مثل هذا التقسيم في الحق، بل يسمونه تارة إلى حق الله تعالى وإلى حق للعبد وإلى حق يضاف إليهما ولكن اختصاصه بالله أقوى، ويعبرون عنه بما اجتمع فيه الحقان وكان حق الله فيه غالباً، وإلى حق يضاف إليهما ولكن اختصاصه بالعبد أظهر. ويعبرون عنه بما اجتمع فيه الحقان وكان حق العبد فيه غالباً، ويمثلون للأول بالإيمان وحرمة الزنى ونحوه مما شرعه الله لمصلحة عامة لا تخص فرداً بعينه، ويمثلون للثاني بحرمة مال إنسان على غيره وبدينه مما شرع لمصلحة خاصة ويمثلون للثالث بحق القذف، =

لأباعتبارها شخصا معنويا، كحقه عليهم في حمايته أو للجماعة قبل الفرد، كحقتها في تقييد نشاطه بما يحفظ الأمن، وقد تكون للهيئات العامة المختلفة التي تتكون

ويمثلون للراعي بالقصاص

ونارة يقسمونه إلى حق مجرد وحق غير مجرد

والحق المجرد عندهم ما كان غير متقرر في محله، ومعنى ذلك أنه لا يترتب على تعلقه بمحله أثر قائم لا يزول بالتنازل عنه. بل مرجعه إلى رغبة مالكه ومشيتته إن رأى الخير في الانتفاع به انتفع وإلا ترك دون أن يترتب على تركه أو التنازل عنه تغير في حكم محله، وذلك كحق المنفعة فإنه في الحقيقة نوع من الولاية أعطيت للشفيح، وهي أن يتملك العقار بعد أن يتملك المشتري، وملكية المشتري لهذا العقار قبل التنازل عن الشفعة هي بعينها بعد التنازل عنها، وإذن فلا تعلق له بالمبيع إلا على هذا الوجه ولا يرى للشفيح فيه حق مستقر يسجد من تصرف المشتري فيه وانتفاعه به، فحاله بعد التنازل عن الشفعة هي حالة قبل التنازل عنها، وكذلك الحال في حق المرور بالنسبة للطريق، وحق الولاية على المال بالنسبة للمال وهكذا.

وغير المجرد وهو ماله تعلق بجعله تعلق استقرار وذلك بأن يكون لتعلقه أثر أو حكم قائم في محله يزول بالتنازل عنه، مثل حق القصاص فإنه يتعلق برقبة القاتل ودمه، ومع قيامه وتعلقه يكون غير معصوم الدم بالنسبة لولى القصاص، وبالتنازل عن القصاص يصير معصوم الدم، وكذلك حق الاسترقاق له أثر ظاهر في الرقيق، فإذا اعتقه السيد زال هذا الأثر، وحق استمتاع الزوج بزوجه له في الزوجة أثر يسلبها بعض حريتها، فإذا زال بالطلاق ردت إليها حريتها كاملة، وحق انتفاع الموصى له بالعين الموصى بمفعتها فإن ملك الرقبة عند قيام هذا الحق ملك مقيد بقيود روعي فيها حق الموصى له فلا يتصرف مالكا بالبيع مثلا إلا للموصى له وبعد التنازل عنه ترتفع هذه القيود. والحق بهذا المعنى لا يكون إلا مصلحة وقد تكون هذه المصلحة أمرا اعتباريا لا وجود له إلا افتراضا بفرض الشارع وحكمه، كحق الشفعة وحق الحضانة، وقد يكون أمرا ذا وجود خارجي ظاهر، كحق السكنى وحق المرور، ولكونه مصلحة أو منفعة لم يكن من المال ولم يجز بيعه استقلالا، أما بيعه تبعا لما يتعلق به من الأموال فجاز كحق المرور وحق المسيل، ذلك ما يذهب إليه الحنفية.

ويلاحظ أن ما كان من الحقوق غير مجرد صح إسقاطه نظير مال عندهم، كحق القصاص وحق الانتفاع الثابت للموصى له في العين الموصى بمفعتها فيجب دفع المال المبذول لصاحب الحق نظير إسقاطه ولكن لا على معنى المعاوضة بين الحق والمال المبذول ولكن على معنى بذل المال لحمله على إسقاط الحق، كما يبذل المال من المدعى عليه للمدعى فداء عن اليمين إذا طلبها، وقال صاحب الكافي: إن جواز ذلك مبنى على أن ملكية هذه الحقوق تشبه ملكية الأعيان أو ملكية المنافع بالعقد فجاز لذلك أن تقوم بالعقد بين صاحب الحق ومن التزم له بالمال، كما جاز أن تقوم المنفعة بعقد الإجارة، ولم يجوز الحنفية إسقاط الحقوق المجردة نظير مال، كحق المنفعة وحق الأجل في الدين لعدم استقرارها في محلها، وذلك بناء على أن بذل المال في ذلك يعد رشوة وهي حرام.

وذهب بعض المالكية إلى أن الحق إن أطلق على حق أو على منفعة كان من المال وكان محلا للمعاوضة وإن استعمل فيما أباحه الشارع للناس من مصالح وكل الانتفاع بها أو التمسك بها أو تركها إلى رغبتهم لم يعد من المال، كحق الخيار وحق الحضانة وحق التظليل مما جعل مرجعه إلى إرادة صاحبه ومشيتته سواء أجاز إسقاطه بالمال كحق الزوج في الاستمتاع بزوجه وحق الشفعة على رأى لهم وحق القصاص أم لم يجز، ذلك لأن المال إما وجب في هذه الحال ولزم لحمل صاحب الحق على إسقاطه لا عوضاً عن الحق نفسه إذ ليس له قيمة مالية يستحق عنها عوض مالي، وإن استعمل فيما يوفى بالمال وينول إليه كان مالا، كحق الدين وصلح حينئذ لأن يكون محلا للتعامل.

منها الدولة لبعضها قبل بعضها الآخر، كحق أية هيئة حكومية قبل هيئة أخرى فى أن تتمكن من أن تقوم بمهمتها فى محيط ولايتها، كما تكون لدولة قبل دولة أخرى مما لا ينظمه القانون الخاص، كحق دولة قبل دولة تجاورها فى عدم الاعتداء على أمنها أو فى عدم مجاوزة حدودها.

والخاصة : هى التى تكون للأفراد لبعضهم قبل بعضهم الآخر، وقد تكون بين الفرد والدولة باعتبارها شخصاً معنوياً، فهى تقوم بين الأشخاص باعتبارهم أشخاصاً عاديين ويحكمها القانون الخاص.

وتنقسم الحقوق الخاصة لثلاثة أقسام :

حقوق الشخصية، وحقوق الأسرة، والحقوق المالية.

الحقوق الشخصية : تتمثل فى الحريات العامة التى كفلتها الدساتير لجميع الأفراد وطينين وأجانب على السواء، كحرية التنقل وحرية الاجتماع وحرية الرأى وحرمة المسكن، وهى تلازم الإنسان من ولادته إلى وفاته، وانتقاصها يعد انتقاصاً من الشخصية، ويتمتع بها الفرد بإزاء الدولة، كما يتمتع بها بإزاء غيره من الأفراد، ومن ثم تسمى حقوقاً عامة أيضاً، ومن ذلك يرى أنها تنظم علاقة الشخص بغيره من الناس وعلاقته بالدولة كذلك فى دائرتها الخاصة بها. فإذا قرر الدستور أن للمنازل حرمة كان من حق الشخص أن يدفع اعتداء السلطة العامة على مسكنه، وأن يمنع كذلك اعتداء غيره من الناس عليه إذا شاء كل منهما دخوله بغير مبرر قانونى.

وهذا النوع من الحقوق لا يقوم بالمال ولا يقبل التعامل به أو التنازل عنه ولا نقله من شخص إلى آخر ولكن الاعتداء عليه يولد التزاماً بالتعويض يلتزم به

---

أما الشافعية والحنابلة فيعدونه مالا إن أريد به عين أو منفعة من منافع الأعيان. أما إذا أريد به غير ذلك فإنه قد يكون مالا، كحق الدين وقد لا يكون مالا، كحق الحضنة.

هذا رأى فقهاء الشريعة فى قسمة الحق. أما رجال القانون فقد رأيت أنهم يقسمون الحق قسمين : حق مالى وحق غير مالى، والحق المالى هو الحق الشخصى، ويعد عندهم مالا، كما علمت أن الحق المعنوى يصير ماليا إذا صار محلا للتعامل وقام عليه نظام معاملة مالية بين الأفراد، وأساس ذلك هو العرف كما أشرنا إلى هذا.

المعتدى، عوضاً عن الحق المالى الذى ضاع بسبب الاعتداء ووقوع الضرر منه سواء أكان أدبياً أم مادياً.

أما حقوق الأسرة: فهى الحقوق التى تنظم العلاقات التى تنشأ عن رابطة الزوجية أو القرابة، وهى الروابط بين الزوجين وبين ذوى القربى بعضهم مع بعض. وهذه الروابط ليست ذات قيمة مالية وليست إلا سلطات لبعض أفراد الأسرة على بعضها الآخر، كسلطة الوالد على أولاده، والزوج على زوجته.

ويوجد من الحقوق التى تترتب على رابطة الزوجية أو القرابة ما يعد حقوقاً مالية، كحق النفقة وحق الإرث، ولمخالفة هذا النوع لسائر حقوق الأسرة فى تقومه دونها عدّ من الحقوق المالية ولم يعتبر من حقوق الأسرة.

أما الحقوق المالية: فهى الحقوق التى تقوم بالمال<sup>(١)</sup> فيكون محلها مالا أو مقوماً بالمال وتنظم العلاقات المالية بين الشخص وغيره وتتميز عن سائر الحقوق

---

(١) المال فى نظر القانون هو كل ما يتفجع به وأمكن أن يكون محلاً لحق من الحقوق الشخصية أو العينية أو كل ماله قيمة اقتصادية ومنه تتألف الثروة، وتثبت المالية للأشياء إذا كانت مملوكة أو قابلة لأن تملك فما لا يقبل الملكية كالصحة والشرف والهواء فى الجو والماء فى البحر والشمس والنجوم وغيرها من الأشياء لا يعد مالا وإن كانت ضرورية أو نافعة فى الحياة. ومن ذلك يتبين أن الشيء أعم من المال.

أما ما يتفجع به أو يكون صالحاً لأن يتفجع به ويصلح أن يكون موضوعاً للحقوق فإنه يعد من المال وإن لم يكن مملوكاً فعلاً سواء أكان مادة أم كان معنى من المعانى، فالأسماك فى البحار والفلزات فى معادنها تعد من الأموال وإن لم يكن لها مالك، وذلك لصلاحياتها لأن تكون مملوكة ومتفجعا بها، والابتكارات الفنية والعلمية والصناعية، كحق الملكية الفنية وحق الملكية الصناعية تعد أموالاً أيضاً مجريان العرف بالانتفاع بها وصلاحياتها لأن تكون ملكاً لصاحبها وإن لم تكن مادة، وعلى ذلك كان المال فى عرف القانون متناولاً كل ما هو عنصر من عناصر الثروة، كالعقارات والمنقولات والديون والمنافع والحقوق وغير ذلك من الأشياء التى تصلح أن تكون موضوعاً لحق مالى.

ومن رجال القانون من ذهب إلى أن المال ما كان مملوكاً وأن الشيء لا يعد مالا إلا إذا دخل فى ملك شخص من الأشخاص وعلى ذلك عرف المال بأنه ما امتلكه الإنسان فعلاً وأصبح جزءاً من ثروته، «شرح قانون الملكية العقارية لزهدي يكن، ص ٥٣»، وهذا خلاف مرده إلى الاصطلاح فيما يسمى مالا.

والشئ فى الحقيقة ليس إلا محلاً للحق المالى، وليس هو ذات الحق سواء أكان الشئ مادياً أم غير مادى، وذلك لما هو معروف من أن الحقوق إما التزامات بين الأفراد إن كانت شخصية وإما سلطات تنصب على الأشياء إن كانت غير شخصية سواء أكانت عينية أم معنوية، وهذا لا يتعارض مع ما سياتى بيانه من أن الحق المالى مما يطلق عليه اسم الشئ إذ هو شئ بالنظر إلى ذاته وإن كان محله شيئاً من الأشياء.

أما المال عند فقهاء الشريعة فهو أخص منه عند رجال القانون ذلك أنه عند الحنفية ما أمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به انتفاعاً عادياً جائزاً فى غير حالات الضرورة، ولذا لا يكون المال عندهم إلا عيناً =

= من الأعيان - أى مادة لها حيز - ولا تعد المنافع ولا الحقوق عندهم من الأموال، وكان الدين فى نظرهم ليس بمال وإن قالوا إنه مال حكما أى له حكم المال، وكذلك الميتة ليست بمال؛ إذ ليس الانتفاع بها جائزاً فى غير حال الضرورة، وقالوا إن حبة الأرز أوحية البر ليست بمال لأن الانتفاع بها إن حثت ليس عادياً، وعلى ذلك لا تكون الملكية الأدبية التى يقرها الفقه الوضعى من المال، وكذلك ما فى معناها، كالملكية الصناعية، ومن تعريفهم له أيضاً قولهم إن المال ما يميل إليه الطبع وأمكن ادخاره لوقت الحاجة ولا يكاد يختلف عن سابقه ذلك رأى الخفية فى المال، وخالفهم جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فلم يشترطوا فى المال أن يكون مادة يمكن حيازتها حيازة حسية بل اكتفوا بأن يكون فى مكنة صاحبه التسلط عليه ومنعه عن غيره ولو بحيازة مصدره. ولذا كانت المنافع عندهم أموالاً، لأنها تمنع بحيازة مصادرها ويتحقق الانتفاع بالاستيلاء على تلك المصادر، ولذا فإن المال قد يكون عيناً وقد يكون غير عين كالمنافع، وقالوا إن من الحقوق أيضاً ما يعد مالاً إذا ما جرى التعامل به وأصبح ذا قيمة مالية؛ لأنه لا يعدو أن يعد من المنافع، وإذا ما وقفنا عند ذلك كان المال فى الفقه الوضعى أعم وأشمل منه فى الشريعة. فنشاط الإنسان فى عمله وفى حياته الاقتصادية يعد ذا قيمة مالية فى الفقه الوضعى، ومن ثم عد مالاً فيه، ولا يتناول اسم المال فى الشريعة عند الخفية.

ومن الفقهاء من صرح بأن المالية ليست إلا صفة للأشياء، بناء على تحول الناس واتخاذهم إياها مالا ومحلا لتعاملهم، وذلك لا يكون إلا إذا دعتهم حاجتهم إلى ذلك فمالت إليه طباعهم وكان فى الإمكان التسلط عليه والاستئثار به ومنعه من الناس، وليس يلزم لذلك أن يكون مادة تدخر لوقت الحاجة بل يكفى أن يكون الحصول عليها ميسوراً عند الحاجة إليه غير مستعذر وذلك متحقق فى المنافع وفى كثير من الحقوق فإذا ما تحقق ذلك فيها عدت من الأموال بناء على عرف الناس وتعاملهم، وهذا رأى وجيه يتفق مع ما صار إليه التعامل فى هذا العصر، إذ قد انتهى الأمر فيه إلى اعتبار ذلك الورق المسمى «بالبنك نوت» مالا حل محل النقود ذهبية وفضية، فإذا ما انتهينا إلى هذا الرأى بناء على أن العرف فى الشريعة له اعتبار ما دام أنه لا يعارض نصاً ولا يتصادم مع أصل من أصول الدين رأينا أن الخلاف بين الفقهاء أن معنى المال يتلاشى أو يكاد.

وفى هذا المقام يحسن أن نوضح الصلة بين المال والشئ، والعين والمنفعة والحق؛ نظراً لاستعمال الفقهاء هذه الأسماء وتعرضهم لها عند بيان معنى المال والكلام عن المالية حتى يتجنب الالتباس بينها وتوضح معانيها، وقد ذكرنا فيما سبق معنى المال والحق فى الفقهاء وبيننا ما بينهما من خلاف فيهما.

أما الشئ فقد ذكر فى المصباح أنه عبارة عن كل موجود حساً، كالأجسام أو حكماً، كالأقوال، إذ لا وجود للأقوال إلا عند سماعها. ومن العلماء من ذهب إلى أن الشئ هو كل ما يضح أن يعلم ويخبر عنه، وعلى ذلك يطلق على الموجود وعلى المعدوم وهو بهذا المعنى أعم من سابقه إذ إنه يتناول ما لا وجود له حكماً. ومن العلماء من ذهب إلى أنه لا يطلق على الموجود حساً، وعلى أية حال، فإنه يكون أعم من المال فى جميع إطلاقاته.

ويستعمل رجال القانون اسم الشئ فى كل مالا يعد شخصاً بما له كيان مستقل مادى يجعله صالحاً لأن يكون محلاً لحقوق الأشخاص، فأجزاء الجسم وأعضاؤه ما دامت غير منفصلة عنه لا تعد من الأشياء ولكن إذا انفصلت عنه وأصبح لها كيان مستقل ذاتى أمكن أن تعد من الأشياء، ويقضى هذا البيان أن الشئ لا يكون إلا مادياً، وهذا اصطلاح لم يكتب له الدوام فقد اتسع بعض الشئ حتى صار يطلق اسم الشئ فى كل ماله كيان ذاتى مستقل سواء أكان مادياً يدرك بالحوس أم معنوياً لا يدرك إلا بالشعور كأفكار المؤلفين وابتكارات المخترعين وغير ذلك من الحقوق المعنوية وعلى هذا يكون أعم من العين كما ستبين مما يأتى «حسن كبيرة، ص ١٠١، من المدخل» وهذا الإطلاق أخص فى المعنى من الإطلاق الأول المنقول من المصباح لعدم صلاحيته لإطلاقه على الأشخاص.

الأخرى بأنها تقبل التنازل كما تقبل الانتقال من شخص إلى آخر، فصلحت لأن تكون محلا للتعامل، وأمكن لذلك الحجز عليها إذا لم يمنع من ذلك كله قانون، ومن هذه الحقوق يتكوّن العنصر الإيجابي للذمة وقد يكون محلها مادة وقد يكون غير مادة.

وهي إما حقوق عينية، وإما حقوق شخصية، وإما حقوق معنوية :

**فالحقوق الشخصية :** هي الالتزامات التي تقوم بين الأفراد، وهي عبارة عن الحقوق التي تقوم بين شخصين معينين أو أكثر، ومحلها قيام المدين بعمل إيجابي أو سلبي مطلوب منه، مثل إقامة بناء أو نقل بضاعة أو امتناع عن إقامة حائط أو رفعه، ومن هذا النوع قيام المملك بنقل ملكية شيء إلى غيره، كما في العقود الناقلة للملكية.

= أما اسم العين فإنه لا يطلق إلا على ماله وجود حسي (مستقل) من كل ماله حيز من الفراغ، كالأجسام، وعلى ذلك فهو أعم من المال وأخص من الشيء إذا راعينا المعنى الأخير إذ يطلق على الأشخاص ولا يطلق عليها اسم الشيء، وكذلك إذا راعينا المعنى الأول المنقول من المصباح إذ إن الشيء يطلق على الموجود حكما كالأقوال ولا يطلق عليها اسم عين، أما إذا راعينا المعنى الثاني فإن الصلة بينهما تكون العموم والخصوص المطلق إذ يطلق الشيء على ما ليس عيناً كأفكار المؤلفين واختراعات المخترعين في حين أن كل عين شيء. وللمالكية استعمال في العين فيريدون بالعين الذهب والفضة وهو معنى لغوي لهذه الكلمة. وأما المنفعة فهي اسم من النفع ضد الضرر، والنفع هو الخير من كل ما يتوصل به الإنسان إلى مطلوبه، ولا يستعمل الفقهاء هذا الاسم في الفقهاء إلا فيما يطلب من الأعيان أو الأعمال في سد الحاجات وكسب الطيبات من الرغبات والملذات. ومن ثم كانت المنفعة صفة من الصفات التي ليس لها قيام في ذاتها ولكنها تقوم بغيرها مما يستعان به في الوصول إلى الخير عينا كان أم عملا من الأعمال. وقد جاء في هذا المعنى قوله تعالى: ﴿قُلْ لَنْ تَنفَعَكُمْ أَرْحَامُكُمْ وَلَا أَوْلَادُكُمْ﴾ وجاء في بعض الآثار: لَنْ يَنْفَعَكَ إِلَّا عَمَلُكَ، ويلاحظ أن النفع أو المنفعة عندما يكون من عمل من الأعمال فإنه يكون قد صدر من صاحب العمل وهو عين من الأعيان؛ ولذا كان من الممكن أن تقصر المنافع على الأعيان واعتبارها صفة لا تقوم إلا بها ولا تعد إلا من عوارضها وذلك مثل السكنى يطلب من الدور والركوب يطلب من الدواب والسيارات واللبس يطلب من الثياب والقراءة تطلب من الكتب وهكذا.

والمنافع لا تعد من الأموال عند الحنفية بناء على ما بينا من قبل ولا يكون لها قيمة إلا في عقود الإجارة وما في معناها، أما عند غير الحنفية فقد ذكرنا أنها تعد من الأموال، وقد بينا فيما تقدم أن كل ما جعل محلا للتعامل والمعاوضة عد من المال وما لم يجعل محلا لذلك لا يعد منه فظل الأشجار والجدر والاستغلال بها لم يتخذها الناس محلا للتعامل فلم يكن معدودا من المال ولم يكن له قيمة مالية وعلى هذا كان من المنافع ما يعد مالا كالسكنى والركوب والخدمة وإصلاح الآلات وكان منها ما لا يعد مالا كالتنفاع بضوء الشمس ودفنها وبهواء الجو والاستئناس بجوار الجار ونحو ذلك، هذا ولم تخرج المنافع عن أن تعد من الأشياء، لما لها من وجود ظاهر الأثر ولكنها لا تعد من الأعيان كما بينا.

والحق الشخصي : بحسب طبيعته سلطة أو ولاية تثبت لشخص على شخص آخر ويسمى صاحبها بالدائن، ويسمى الشخص الآخر بالمدين، وهذه السلطة تجعل للدائن حق مطالبة المدين بإعطاء شيء أو بعمل شيء أو بالامتناع عن شيء، ومن ثم لم يكن لصاحب الحق الشخصي أن يباشره ويستوفيه إلا بواسطة المدين، ولذا كان له ثلاثة عناصر : صاحب الحق ومحل الحق ومن عليه الحق.

أما الحقوق المعنوية : فهي التي ترد وتُنصب على أشياء معنوية لا تدرك بحاسة من الحواس وإنما تدرك بالعقل والفكر؛ كالأفكار والاختراعات، ولذا كان الحق المعنوي سلطة على شيء غير مادي هو ثمرة فكر صاحب الحق أو خياله أو نشاطه: كحق المؤلف فيما ابتدعه من أفكار علمية وحق الفنان في مبتكراته الفنية، وحق المخترع في مخترعاته الصناعية وهكذا.

وهذا الحق يعد فرعاً خاصاً من الملكية، إذ إنه كما تقدم عبارة عن سلطة تنصب على شيء ويخول صاحبه حق الاستغلال والتصرف، وإن كان بحكم طبيعته لا يقبل الاستئثار ولا يصح أن يكون مؤبداً ويرى أن محله غير مادي.

أما الحقوق العينية : فهي تلك الحقوق التي تنصب على شيء معين بالذات والشخص. والأصل فيها أن صاحبها يستطيع أن يباشرها بدون وساطة أحد. ولذا لا يرى لها إلا عنصران؛ صاحب الحق ومحل الحق، وبهذا تتميز الحقوق العينية من الحقوق الشخصية كل التمييز. فمحل الحق العيني هو الشيء الذي يكون لصاحب الحق أن يستعمله أو يستغله أو يتصرف فيه. أما محل الحق الشخصي فهو كما سبق بيانه عمل يقوم به الملتزم أو الطرف الآخر في العلاقة القانونية، وليس لتنوع الأعمال نهاية، وإن أمكن قسمتها قسمين؛ أعمال إيجابية، كإقامة بناء وأعمال سلبية، كالامتناع عن تعلية جدار ونحو ذلك.

أما الحقوق العينية فهي حقوق محصورة بمقتضى القانون وفي الزيادة ما نص عليه منها في القانون خلاف بين رجال القانون، فمنهم من يرى وجوب الوقوف عندما جاء به القانون، ومنهم من يرى جواز إحداث حقوق جديدة لم ترد في القانون.

وأهم الحقوق العينية : هو حق الملكية الذي سندرسه في هذا الكتاب.

ومما سبق يتبين أن الفرق بين هذين النوعين من الحقوق يظهر في ناحيتين :  
أولاهما : أن الحق العيني بجميع أنواعه سلطة يختلف مداها ومقتضاها باختلاف طبيعة الحق، وتنصب مباشرة على عين معينة بالذات دون حاجة إلى توسط شخص آخر، في حين أن الحق الشخصي ليس إلا رابطة أو التزاما قائما بين طرفين.

ثانيتها : أن محل الحق العيني مال معين مادي، ومحل الحق الشخصي فعل خارجي أو فعل نفسي، أي امتناع عن عمل، يمكن تقويم كل منهما بالمال، ومن هنا كان الأصل في الحق العيني الأصلي أن يكون دائما غير مؤقت بمدة؛ لأنه متعلق بعين معينة لاصق بها باق ببقائها. أما الحق الشخصي فعلى خلاف ذلك إذ إن وضعه وتعلقه بمحله يقتضى أن يكون مؤقتا؛ لأنه متعلق بالأشخاص وأفعالهم، ووجودهم مؤقت.

هذه كلمة مجملة في بيان الحق وأنواعه لدى فقهاء القانون، وإنه ليرى أن قسمته هذه القسمة لم تخرج عن أن تكون قسمة مستمدة من طبيعته ووضعه، وكانت لذلك قسمة بيانية تكشف عن حقيقة الحق وأوصافه وخصائصه، وكانت لذلك بمنأى عن الخلاف فيها، وليس يسع أى باحث أو فقيه إلا التسليم بها وبأن الحق في واقعه وحقيقته يتنوع هذه الأنواع سواء أجعل هذا التقسيم محلا للبحث والبيان والتدوين أم لا، ومن ثم فإن الفقه الإسلامى لا يتنكر لهذه القسمة وإن لم يولها عناية أو جبت الإشارة إليها فيه.

وإذا كان الفقه الإسلامى لم يشر إلى هذه الأنواع، ولم يعرض لهذه القسمة فإنه مع ذلك قد عرف هذه الأنواع بأسماء أخرى، ولم يغفل بيان أحكامها غير مجموعة تحت عنوان واحد في مواضع متفرقة حيث عرض لبيان أسبابها، وكان له في الحق قسمة أخرى نظر فيها، أى ما للحق من ارتباط بما يعنى به من حيث إنه شريعة وضعت لتنظيم الصلات بين العبد وربه، وبين العبد وأمثاله من الناس، فقسم الحق إلى حق لله وحق للعبد وحق مشترك بينهما وغير ذلك من القسّمات الخاصة به الكاشفة عن جوانب أخرى من جوانب الحق لم يعن الفقه الوضعى بها؛ لعدم حاجته إليها.

## خصائص الحق العيني :

للحق العيني خاصتان يتمتع بهما صاحبه دون صاحب الحق الشخصي .  
ومردهما إلى ما بين الحثين من اختلاف في مضمون كل منهما .

أولاهما- حق التبعية : وذلك ما يستلزمه مضمونه فإنه إذ كان سلطة لصاحبه تنصب مباشرة على شيء معين بالذات غير متوقفة على وساطة شخص آخر ولا متقيدة بإرادته فإن هذه السلطة تثبت عليه لصاحبه في أي يد كان ذلك الشيء - وتتبعه أين كان وتقوم عليه ضد كل من يحوزه .

وهذا ما لا وجود له في الحق الشخصي إذ إن مضمونه مطالبة مدين بعديل ولا ينصب على شيء مملوك للمدين ولا يتعلق إلا بدمته وهي لازمة له . ومن ثم لا يستطيع صاحبه أن يتبع بناء على مقتضاه ما يتصرف فيه المدين من أمواله فيخرجه من يده إلى يد أخرى .

ثانيتها- حق الأولوية : ذلك أن طبيعته باعتباره سلطة تنصب مباشرة على شيء معين بالذات أن يكون صاحبه في مأمن من مزاحمة الدائنين أصحاب الحقوق الشخصية في حدود مضمون حقه . وذلك حين يطلبون وفاء حقوقهم من ذلك الشيء أو من ثمنه ، وهذا لأن حقه لازم للشيء المنصب عليه لاصق به ، فلا ينزع منه ومن ثم يتقدم صاحب الحق العيني بحقه عليهم ، فالمرتهن يتقدم على غيره من الدائنين في الوفاء ، لأنه صاحب حق عيني على العين المرهونة التي يراذ منها الوفاء .

هذا وليس لصاحب الحق الشخصي أفضلية على غيره من أصحاب الحقوق الشخصية في الوفاء فهم جميعا سواء مهما اختلفت أوقات نشوء حقهم .

والفقه الإسلامي يعرف هاتين الخاصتين لبعض الحقوق ، فلمالك العين فيه أن يتبعها حيث توجد وفي يد أي حائز لها ؛ وذلك لتعلق حقه بها وهو ملكه لها فيدعيها ويخاصم كل من له يد عليها ويطلب تسليمها إليه . أما الدائن فليس يتعلق دينه إلا بدمه مدينه ، ومن ثم لم يكن له أن يتبع عينا لمدينه أخرجها من يده إلى يد شخص آخر بعقد تمليك إذ ليس لحقه تعلق بها ، وكذلك للمرتهن في الفقه

الإسلامى حق الأولوية بالنسبة للدائنين الآخرين على الوضع الذى شرحناه آنفا بالنسبة إلى الفقه الوضعى؛ وذلك لتعلق حقه بالعين المرهونة. ولنا الآن بصدد دراسة الحق وأنواعه وبيان أحكامه حتى نتصدى لبيان هاتين الخاصتين فى الفقه الإسلامى، ولمن تثبت من أصحاب الحقوق، وإنما أردنا فقط أن ننبه إلى وجود اتفاق بين الفقهاء فى الجملة من حيث ثبوت هاتين الخاصتين لبعض الحقوق دون بعضها الآخر فى الفقه الإسلامى وإن لم يسم ما تثبت له حقاً عينياً وما لم تثبت له حقاً شخصياً.

## ٢١٢ حق الملكية (١) - الملك



علمنا فيما سبق أن من الأشياء ما تثبت له صفة المالية فيعد مالا، ومنها ما لا تثبت له هذه الصفة، وعرفنا أن هذه الصفة إنماتثبت للشئ بتمول الناس له واتخاذهم إياه مالا يتعاملون به، وليس يتحقق ذلك إلا إذا تحققت فيه حيازة واختصاص، لأن ذلك ما يقوم عليه التعامل والتمول، فما حيز منه كان مملوكا، وما لم يحز منه كان مالا مباحا غير مملوك؛ لأن أساس الملك الاختصاص والمنع والتعامل. والمباح لا يتصور فيه التعامل بين الناس؛ لأنه للجميع فلا يمنع ولا يعطى، وهذه الحيازة أو هذا الاختصاص هو ما انتهى الأمر فيه إلى أن عبر عنه بالملك أو بالملكية فى لسان الفقهاء من الباحثين فى الفقه الإسلامى والفقه الوضعى، فكانت الملكية أو الملك اسما لهذه الحيازة أو لهذا الاختصاص فى التعبير العام، وكان من آثار ذلك اتجاه الفقهاء والقانونيين إلى التعريف بالملك والملكية وتحديد دلالاته ليكون ظاهر المعنى بين الحدود لا يلتبس بغيره بما له به شبه.

وفى بيان ذلك اختلف نظر فقهاء الشريعة، فمنهم من نظر إلى واقع هذا المعنى ومنشئه، ومنهم من نظر إليه وصفا أو حكما أقره الشارع، ورتب عليه آثارا ونتائج تلزمه ولا تتخلف عنه، وجعل له مع ذلك صفة الإلزام فكان على الناس أن يسلموا به وألا يقفوا منه موقف المعارضة، وذلك ما استوجب له الإقرار من الشارع أو الوجود فى نظر الشارع فضلا عن وجوده الواقعى.

فمن نظر إليه من الفقهاء النظرة الأولى عرفه، بأنه الاختصاص الحاجز، ومن هؤلاء القدسى فى كتابه الحاوى: إذ عرف الملك، بأنه الاختصاص الحاجز، ومعنى

(١) الملكية مصدر صناعى منسوب إلى الملك بكسر فسكون، وقد ورد الملك مثلث الميم ولكن شاع استعماله مكسور الميم ومفتوحها فى ملك الأشياء، وشاع استعماله بضم الميم فى الولاية العامة، أى «السلطة العامة للسلطان» فقيل فى هذا الاستعمال ملكت على الناس أمرهم ملكا بالضم، واستعمال اسم الملكية فى لسان رجال القانون أريد به الدلالة على معنى خاص ينبئ عن الصلة بين الإنسان والمال، ويطلقون عليها اسم حق الملكية، بينا أن هذا الاسم لا يكاد يستعمل فى الفقه الإسلامى إذ يستعملون كثيرا اسم الملك.

ذلك أن ملك الشيء هو الاختصاص به اختصاصا يمنع غير مالكة من الانتفاع به أو التصرف فيه إلا عن طريق مالكة بتوكيل منه مثلا، أو عن طريق الشارع بإقامته نائباً عنه، فكان لمالكة القدرة التي يمنع بها غيره من التصرف فيه والانتفاع به إلا عن طريقه.

وتعريف الملك بذلك يجعله متاولا للملك الأعيان، ومملك المنافع، سواء أعدت من المال أم لا. ولملك الحقوق على اختلاف أنواعها، سواء أكانت حقوقا مالية أم كانت غير مالية متى تحقق فيها اختصاصها بشخص اختصاصا يخول له القدرة على أن يحجز غيره ويمنعه من أن يكون له بها انتفاع، أو يكون له فيها تصرف نافذ. فجميع ما يختص به الإنسان من حقوق على هذا الوضع من الاختصاص يعد مملوكا له، ويعد هو مالكا لها وإن لم يعد من المال، وعلى ذلك يعد حق الشفعة مملوكا أو ملكا للشفيع، وحق المستأجر في عمل الأجير ملكا للمستأجر، وحق الدين ملكا للدائن، وحق الاستمتاع بالزوجة ملكا للزوج، وحق السكنى في الدور الموقوفة على طلبة العلم ملكا لطالب العلم. يلى إته على هذا التعريف يتناول ما ثبت للإنسان من حقه بطريق الإباحة إذا ما ثبت له على وجه الاختصاص به، كحق السكنى في حجرة صغيرة خاصة من رباط أبيض لمرباط معين مدة من الزمن، وذلك ما يعد نقصا في التعريف بالملك، إذ قد اتفقت كلمة الفقهاء على أن الإباحة خلاف الملك ولا يسمى المباح له مالكا، ولا يعد الاختصاص بالمنفعة ملكا إلا إذا ثبت بسبب من الأسباب التي تفيد الملك.

وفى رأين أنه إذا نظرنا إلى ما تدل عليه كلمة اختصاص من معنى التسلط والاستبداد الذي يقضى ألا يكون لأحد غير صاحبه تدخل فيه بالإنهاء، والذي يجعل متعلقها صفة لازمة لصاحبه، وإلى أن حق المباح له رهن ثبوته بإرادة الميخ وله إنهاؤه إذا أراد - إذا نظرنا هذا النظر - سلم التعريف من هذه الناحية، ولكن فساده يرى في ناحية أخرى، إذ لا يتناول الملك غير اللازم، كالمملك الثابت بالإعارة فإنه ملك لا يتحقق فيه الاختصاص الحاجز إذ لا يستطيع المستعير منع الميخ من أن يتدخل بانتفاع أو بإنهاء، وعلى ذلك لا يعد المستعير مالكا للمنفعة الثابتة له بعقد العارية، فى حين أن كثيرا من الفقهاء يعد المستعير مالكا، ويعد عقد العارية سببا لتملك المنفعة، وليس يبيعد أن من ذهب من الفقهاء كالكرخى من الحنفية وغيره

من الشافعية والحنابلة إلى أن عقد العارية لا يفيد ملكاً وإنما يفيد إباحة قد لاحظ هذا المعنى. ذلك ما قد يؤخذ على تعريف القدسي في حاويه.

ومن نظر إليه النظرة الثانية :

منهم من عرفه بأنه حكم شرعى أو وصف شرعى مقدر فى العين أو فى المنفعة يقتضى تمكين من يضاف إليه من الانتفاع بالملوك ومن المعاوضة عنه<sup>(١)</sup>.

ومنهم من عرفه بأنه تمكن الإنسان شرعاً بنفسه أو بنائبه من الانتفاع بالعين أو بالمنفعة ومن أخذ العوض عنهما<sup>(٢)</sup>. ومنهم من عرفه بأنه اتصال شرعى بين الإنسان والشئ يطلق تصرفه فيه ويمنع من تصرف غيره فيه<sup>(٣)</sup>.

وكذلك عرفه الكمال بن الهمام : بأنه القدرة الشرعية على التصرف ابتداءً إلا للمانع<sup>(٤)</sup> - وعرفه غير هؤلاء بما لا يختلف عن ذلك.

وفى جميع هذه التعريفات يوصف الملك بأنه حكم شرعى أو وصف شرعى أو قدرة شرعية. وأساس ذلك ما يراه الفقهاء من أن الحقوق كلها ومنها حق الملكية أو الملك حقوق شرعية أثبتها الشارع لأربابها، وليس يترتب عليها من الآثار والأحكام إلا ما رتبها الشارع عليها.

وليس الأمر فى الملك بناء على هذه النظرة الثانية إلا أنه حكم شرعى لا يكون له وجود إلا حيث يقر الشارع وجوده، ولا يترتب عليه من الآثار حينئذ إلا ما رتبها الشارع عليه، وليس صفة ناشئة عن طبيعة الأشياء وذواتها، ولا عن اصطلاح للناس فيه، ولا نتيجة لتعارفهم عليه.

وفى وصف الملك بهذه الصفات المتقدمة، «صفة شرعية - حكم شرعى - قدرة شرعية» ما يجعله صالحاً ومهيئاً لأن يقيد بما تقتضى به الأحكام والدلائل الشرعية من القيود، فيقيد بما يقتضيه الاستحسان والقياس والعرف والمصلحة؛ لأنه إذا كان منحة أو حقاً مصدره الشارع كان إليه تحديده وتوجيهه الوجهة التى قصد

(١) الفروق للقرافى : الفرق / ١٨٠ ج ٣، ص ٢٠٨.

(٢) تهذيب الفروق : الفرق / ١٨٠ ج ٣، ص ٢٣٢.

(٣) تعريف صدر الشريعة فى شرح الوقاية.

(٤) فتح القدير فى أول كتاب البيع.

إليها الشارع من شرعه، وقد شرعه مصلحة للناس، ومصدرا لمعيشة راضية يتمتعون بخيراتها وينعمون بشمراتها، وذلك ما يؤيد ما انتهى إليه أخيرا رأى الباحثين الاجتماعيين والاقتصاديين في هذا العصر من أنه وظيفة اجتماعية يقوم بها أحد أفراد المجتمع، لاحق ذاتي لصاحبه له فيه التصرف المطلق والانتفاع المطلق، وذلك ما نعرض لبيانه فيما يأتي :

هذا، وقد جاء في التعريفين الثاني والثالث النص على العين والمنفعة دون ذكر الحقوق، وبذلك لم يتناول جميع الحقوق، إذ 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 التي جاء ذكرها فيهما هي ما يطلب من الأعيان. وهذا النوع من الحقوق لا يعد من منافع الأعيان، كما لا يعد منفعة لصاحبه، بل هو إلى الواجب عليه والتكليف له أقرب منه إلى المنفعة، وعليه لا يكون هذا النوع من الحقوق، مما يقبل الملك بالمعنى الذي جاء في التعريفين المذكورين، في حين أن الملك قد عرف بما يتناول الحقوق جميعها دون تفرقة بين حق وآخر، كما في التعريف الأول المنقول عن الحاوي، للقدسى، إذ يتناول كل حق اختص به صاحبه اختصاصاً حازماً.

كذلك يلاحظ أنه قد نص في التعريفين المذكورين آنفاً على الانتفاع والمفاوضة فقط، ونص في التعريف الرابع على التصرف فقط ولم ينص فيه على الانتفاع فقيل فيه : إنه القدرة الشرعية على التصرف ابتداءً إلا للمانع، أي القدرة على التصرف التي تثبت للإنسان ثبوتاً أصلياً غير مستمدة من أحد إلا للمانع يمنع من ثبوتها، كالجنون.

والملك فيما يرى يخول صاحبه أن يتتفع دائماً ولو ببديل المنفعة.

وأن يتصرف إلا للمانع. والانتفاع بمعناه العام يشمل جميع أنواعه من الاستعمال والاستغلال، ويشمل كذلك التصرف؛ لأنه لا يعدو أن يكون ضرباً من الانتفاع، فهل يلزم لثبوت الملك وتحققه اجتماع هذه الأمور كلها، ولا يكفي لثبوته تحقق أحدها، كأن يثبت الانتفاع فقط، كما يرى في بعض الحقوق مثل حق تمتع الزوج بزوجه وحق الشفعة وحق الارتفاق عند من يرى عدم جواز التصرف فيه وحق التملك ونحو ذلك؟ إن الذي يبدو من استعمال الفقهاء اسم الملك أنه يكفي

فى ثبوتة وإطلاقه تحقيق أحدها، ولا يجب لذلك اجتماعها، على أن ثبوت التصرف يستلزم بطريق الاستقراء ثبوت الانتفاع، فكل ما يجوز فيه التصرف محل للانتفاع، ولذا يكفي فى تعريف الملك أن ينص عليه وحده، كما فعل الكمال بن الهمام. أما ثبوت الانتفاع فلا يلزم من ثبوتة ثبوت التصرف، كما يرى فى كثير من الحقوق التى ينتفع بها، كحق الحضانة، وحق الشفعة وحق الارتفاق ونحوها من الحقوق التى يختص بها صاحبها اختصاصاً يخوله منع غيره، وهى لهذا الاختصاص تعد مملوكة له بناء على التعريف الأول المنقول عن القدسى.

من هذا يبدو ما فى هذه التعريفات من اختلاف. فتعريف القدسى يجعل كل اختصاص مانع ملكا سواء أكان معه قدرة على التصرف أم لا. وهو بهذا يعم الأعيان والمنافع والحقوق إذا ما ثبت فيها هذا الاختصاص، وتعريف الكمال 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، ويعبر الفقهاء فى جانبها 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 هذا لا يتناول بعض الحقوق، مثل حق استمتاع الزوج وحق الارتفاق عند من يرى عدم جواز المعاوضة عنه.

وعليه يكون تعريف القدسى أعم وأشمل وأقرب إلى أن يكون متسقا مع استعمال الفقهاء لاسم الملك ومع مختلف الأحكام الفقهية.

ومن تعريفات الفقهاء استمد «قدرى باشا» تعريف الملك فى المادة (١١) من كتابه «مرشد الحيران» ونصها :

«الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينيا ومنفعة واستغلالا، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتائجها، ويتصرف فى عينها بجميع التصرفات الجائزة».