
 <p>°OYUNULMESAIL journal</p>	<p>مجلة عين المسائل- Mesail Journal</p>	
	<p>Vol 1. No. 1, العدد 1 مجلد 1 30- 06 -2023 DOI: 10.5281/zenodo.10691150</p>	

الاعتياض عن الحقوق المجردة وأهم ضوابطه في الفقه الإسلامي
دراسة تحليلية مقارنة بالقانون المدني المصري

**Commutation (Al-Ea'tiad) of Abstract Rights and Its Principal Controls in Islamic
Jurisprudence: An Analytical Comparative Study with the Egyptian Civil Law**

د. حسام الدين خليل

أستاذ مساعد كلية الدراسات الإسلامية، جامعة كارابوك

hossameldeenmohammed@karabuk.edu.tr

ملخص البحث:

عني هذا البحث بدراسة الاختلاف الفقهي في الاعتياض عن الحقوق المجردة وإبراز الضوابط الشرعية للاعتياض عنه مع مقارنة ذلك بالقانون المدني المصري. بدأ البحث بالتعريف بالحقوق والاتجاهات المختلفة في تصوير حقيقته في الفقه والقانون، ثم انتقل إلى التعريف بالحقوق المجردة في المذاهب الفقهية الأربعة، وتناول الاختلاف في جواز الاعتياض عنها، وخلص إلى ترجيح جواز الاعتياض إذا توفرت عدة ضوابط. وقد قام بإيضاح هذه الضوابط وتسليط الضوء عليها لتشكيل منهجية علمية في الحكم على ما يطرأ من التطبيقات المعاصرة.

الكلمات المفتاحية: الحقوق المجردة، اعتياض، ضوابط، الحقوق غير المجردة، ضوابط

Abstract

This research is dedicated to examining the variations in the jurisprudential concept of commutation (al-ea'tiad) concerning abstract rights. The study aims to illuminate the Islamic legal principles governing such commutation, drawing comparisons with the Egyptian civil law. The investigation begins by elucidating the notion of "al-haq" (the right) and exploring diverse perspectives on its essence in both jurisprudence and law. It further delves into the definition of abstract rights within the four major jurisprudential schools, addressing the variations in the permissibility of commutation for these rights. The research concludes by advocating for the permissibility of commutation under specific criteria, providing a detailed explanation and emphasis on these criteria, with the hope that this study contributes to a scientific methodology for evaluating contemporary applications of this concept.

Key words: Abstract rights, objection, controls, non-abstract rights, controls

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، ونشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، ونشهد أن محمداً عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً، أما بعد: فإن الفقه الإسلامي هو أحد المفاخر العظيمة التي تميز بها هذا الدين الحنيف، وهو فقه واقعي جاء ليواكب الحياة ويعالج مشاكلها. ومعلوم أن الحياة لا تتوقف، بل تأتي كل يوم بالجديد، ولا سيما في عصرنا؛ حيث تميز بسرعة التغيرات، مما أفرز الكثير من المسائل والقضايا التي تحتاج إلى معرفة الحكم الشرعي فيها، ومن هذه المجالات موضوع الاعتياض عن الحقوق المجردة، فقد شاع في عصرنا الاعتياض عن أنواع من الحقوق المحضة، والتي لم تعرف من قبل، وعُدَّت في العرف التجاري، ذات قيمة مالية كبيرة، يجري بين كثير من الناس بيعها وشراؤها وتأجيرها، شأنها في ذلك شأن الأموال.

ومن هذه الحقوق على سبيل المثال: حق استخدام الاسم والعلامة التجارية والمعرفة الفنية للغير، وهو ما يعرف بـ: (Franchise)، بيع الاختيارات أو (Options)، الحق في الإعفاء الجمركي والضريبي، الحق في التوريد، الحق في التنقيب عن البترول والمعادن. ولقد أدلت القوانين المعاصرة بدلوها في هذا المجال -إيماناً منها بالمكانة الكبيرة التي تحتلها هذه الحقوق اليوم في المعاملات المالية المعاصرة - فأجازت الاعتياض عن بعضها دون البعض، فهل يجوز في الشريعة الإسلامية أن تُعدَّ هذه الحقوق أموالاً يجوز بيعها وشراؤها والاعتياض عنها أم لا يجوز ذلك؟ والجواب عن هذا السؤال يعدُّ من الأمور الملحة التي يحتاجها المجتمع المسلم اليوم، ولا سيما في المجتمعات التي يشيع فيها بيع هذه الأنواع والمعاوضة عليها بمال. ولقد قسم الفقهاء الحقوق باعتبار محلها إلى نوعين:

أ - الحقوق المجردة: وهي الحقوق المحضة التي هي مجرد سلطة وميزة، تُخصَّص بها صاحب الحق، ولم تتقرر في محل مملوك له، مثل حق الشفعة؛ فإنه نوع من الولاية أعطيت للشفيع في أن يتملك العقار، وليست حقاً في ذات العقار، وكذلك حق المرور في ملك الغير، ونحوه من حقوق الارتفاق، فإنه حق في المرور فقط، وليس حقاً في ذات الطريق، ومن هذه الحقوق ما يكون محلّه الإنسان، كحق الحضانة وحق ولاية النكاح وحق الولاء وحق الانتساب، ومنها ما قد يكون أمراً اعتبارياً، لا محل له أصلاً، كحق العمل في الوظيفة الوظيفية، وكذلك الحقوق السياسية كحق الانتخاب والترشيح.. الخ.

ب - الحقوق غير المجردة: وهي الحقوق غير المحضة التي تقوم وتتقرر بمحل مملوك لصاحب الحق، ويثبت لصاحبها سلطة على هذا المحل، تمكنه من مباشرة التصرفات الشرعية عليه، ومن أمثلتها: حق ملك العين وملك المنفعة.

أهمية الموضوع:

إن اختيار هذا الموضوع، يرجع إلى أنه لا يزال بحاجة إلى بيان وتوضيح وإثراء، ويمكن إيضاح ذلك من خلال النقاط التالية: أولاً: تحتل الحقوق المجردة أهمية كبرى في المعاملات المالية المعاصرة، حتى أخذت الدول على عاتقها تنظيمها من خلال إصدار قوانين خاصة بذلك، كما هو الشأن في القوانين المنظمة لحق استعمال الاسم التجاري والعلامة التجارية ونحو ذلك. ثانياً: لم تكن الحقوق المجردة في عهد فقهاءنا الأعلام بهذا الشكل الواسع الذي وجد اليوم، ولهذا لم يضعوا ضوابط فقهية جامعة مؤصلة يمكن الحكم بها على هذه الحقوق ومتى تجوز المعاوضة عليها ومتى لا تجوز؟ بحيث تكون بمثابة القاعدة التي يقاس عليها كل جديد منها، مع شدة الحاجة إلى معرفة ذلك.

ثالثاً: محاولة الاقتداء بعلمائنا وأئمتنا، حيث قد دعاهم تجدد أنواع من هذه الحقوق لم تكن معروفة في عصرهم إلى إعادة النظر في جواز بيعها والاعتياض عنها، مع منع متقدميهم من الاعتياض عن جنس هذه الحقوق - وهذا كما قرره في جواز التنازل عن الوظائف، ومسكة الأراضي (1)، وحق القرار (خلو الحوانيت وما يعرف بخلو الرجل)، والفراغ (2) عن التيمار (3) والجامكية (4) وحق الأسبقية. وهكذا كان علماءنا رحمهم الله مواكبين لأمر عصرهم، حريصين على إبداء الحكم في كل ما تجدد منها، فرحمهم الله وأجزل مثوبتهم.

رابعاً: حاجة الناس إلى معرفة ما يسوغ اتباعه والتحاكم إليه من القوانين التي نظمت بيع وتداول هذه الحقوق مما لا يسوغ فيه ذلك، والعمل على تخلص هذه القوانين مما يتعارض مع الشريعة الغراء.

مشكلة الدراسة: تنحصر مشكلة دراسة هذا الموضوع في أمرين:

الأمر الأول: أن موضوع الاعتياض عن الحقوق المجردة لم ينل من عناية الفقهاء واهتمامهم ما ناله الاعتياض عن الأعيان في البيوع، وما ناله الاعتياض عن المنافع في الإيجارات؛ نظراً لأن هذه الحقوق في عصرهم لم تكن على هذا النحو من الاتساع الموجود الآن في عصرنا، وبالتالي فلم يعتنوا بتأصيل ضوابط للاعتياض عنها، جاء في الموسوعة الفقهية: "فرّق الكثير من فقهاء الحنفية بين ما يجوز الاعتياض عنه من الحقوق وما لا يجوز بقاعدة هي: أن الحق إذا كان مجرداً عن الملك، فإنه لا يجوز الاعتياض عنه، وإن كان حقاً متقررّاً في المحلّ الذي تعلّق به صحّ الاعتياض عنه.

(1) المسكة: "حق مستأجر الأرض الموقوفة في البقاء بسبب ما له فيها من حراثة وسماد، إذ يتضرر لو أخرج منها"، ينظر: مصطفى الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام، (دمشق: دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1999م)، ص53.

(2) المقصود بالفراغ، هو النزول عن الحق في الأمور المذكورة.

(3) التيمار: الأرض التي يقطعها الإمام لبعض الأشخاص من أراضي الحوز ويعطيه حق الانتفاع بها، وأرض الحوز هي: الأراضي التي مات عنها أصحابها ولا وارث لهم فآلت ملكيتها لبيت المال؛ فيكون لهذا الشخص فقط حق الانتفاع بالأرض، وتبقى ربة الأرض مملوكة لبيت المال، ينظر: محمد رواس قلعجي وقنبي، معجم لغة الفقهاء، (عمان: دار النفائس، الطبعة الثانية)، 1427هـ، 55/1.

(4) هي: ما يرتب في الأوقاف أو ما يثبت في الديوان من الرواتب لأصحاب الوظائف، والفراغ عن الجامكية يكون بالتنازل عن الحق في الوظيفة، ينظر: محمد أمين المعروف بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 1412هـ-1992م)، 4/434.

وفرق البعض الآخر من الحنفية بقاعدة أخرى هي: أنّ الحقّ إذا كان شرعاً لدفع الضرر فلا يجوز الاعتياض عنه، وإذا كان ثبت على وجه البرّ والصلة فيكون ثابتاً له أصالةً، فيصحّ الاعتياض عنه... أمّا الجمهور «المالكية والشافعية والحنابلة» فلم نعثر لهم على قاعدةٍ يمكن الاستناد إليها في معرفة الحقوق التي يجوز الاعتياض عنها والتي لا يجوز، وإمّا يعرف ذلك بالرجوع إلى المسائل في أماكنها من أبواب الفقه، كالحضانة والشفعة والخيار في العقود وما شابه ذلك⁽¹⁾. ويتضح من هذا النقل أن ضوابط الاعتياض عن هذه الحقوق وقواعده إما مختلف فيها وإما لم تأخذ حقها من التحرير والتقيد والاستنباط.

الأمر الثاني: التداخل والخفاء في جوانب هذا الموضوع:

أولاً: من حيث طبيعة الحق الذي هو محل الاعتياض، هل الحق هو كل ما يثبت للإنسان كما هو معناه لغة؟ فيدخل في ذلك: الإباحات العامة، كحرية التنقل والسفر والعمل والزواج ونحو ذلك.. أم أنه قاصر على ما فيه اختصاص واستثثار بموضوعه، بحيث يختص به صاحب الحق، ولا يحق لأحد أن يزاخمه فيه، كما هو معناه اصطلاحاً؟ من الملاحظ أن هناك تداخلاً بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي في السياقات الفقهية أضفى نوعاً من الغموض على طبيعة الحق.

ثانياً: من حيث مالية الحقوق المجردة، هل يقال بأن الحقوق المجردة أموال يصح الاعتياض عنها، ولا سيما بالنظر إلى ما شهدته من تطور عُرفي كبير، والعرف له أثر كبير في التمول واعتبار الشيء من الأموال كما نص على ذلك الفقهاء؟ أم يقال إن هذا العرف الذي تغير إنما هو عرف خاص لا يعارض العرف العام كما قاله الحنفية، وبالتالي فلا تعدّ أموالاً؟⁽²⁾.

الدراسات السابقة: هناك عدد من الأبحاث التي تناولت الموضوع، منها بحوث علماء مجمع الفقه الإسلامي، حيث تناولوا في عدة أبحاث بعض هذه الحقوق، كبحث "بيع الحقوق المجردة" للشيخ محمد تقي العثماني، وهو بحث جيد، ولكنه مختصر جداً، كذلك بحوث بيع الاسم التجاري والتراخيص "لكل من أصحاب الفضيلة العلماء: عبد الحلیم الجندي، وعجيل جاسم النشمي، ووهبة الزحيلي، ومحمد رمضان البوطي وآخرين، وذلك في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الجزء الثالث⁽³⁾، وكذلك بحوث بدل الخلو لأصحاب الفضيلة العلماء، وهبة الزحيلي ومحمد سليمان الأشقر وإبراهيم فاضل الدبو وآخرين⁽⁴⁾، وكذلك حق الابتكار في الفقه الإسلامي⁽⁵⁾، للدكتور فتحي الدريني وجماعة من العلماء.

(1) مجموعة من الباحثين، الموسوعة الفقهية الكويتية، (الكويت: وزارة الأوقاف الكويتية ط2، 2007م)، 243/4.

(2) ينظر: رد المختار، 519/4.

(3) مجموعة من الباحثين، بحوث بيع الاسم التجاري والتراخيص، (جدة: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، د.ط، د.ن)، الجزء: الثالث.

(4) بحوث بدل الخلو، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الجزء: الرابع.

(5) فتحي الدريني، بحث حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 1994م).

والملاحظ على هذه الدراسات السابقة على الرغم من قيمتها العلمية الكبيرة أنها لم تتعرض إلى تأصيل عميق لموضوع الحقوق المجردة في المذاهب الأربعة، إنما قد تكتفي بالمذهب الحنفي غالباً، كما أنها لا تقارن بين موقف الفقه الإسلامي وموقف القانون المدني من الاعتياض عن الحقوق المجردة، كما أنها لم تتعرض لوضع ضوابط جامعة يمكن الحكم بها على ما يستجد ويطرأ من هذه الحقوق، بحيث تشكل منهجية للاجتهد الفقهي المعاصر بشأن مختلف التطبيقات المعاصرة. فهذه الأمور تجعل -إن شاء الله- الميدان لا يزال رحباً وبحاجة إلى مزيد من البحث والدراسة والتأصيل وهذا ما نتمنى أن تحققه هذه الدراسة إن شاء الله تعالى.

المبحث الأول

التعريف بالاعتياض وأهم أنواعه وكيفية الاعتياض عن الحقوق

أولاً: الاعتياض لغة: الاعتياض لغة، مشتق من العوض، تقول: "عاضني فلاناً، واعتضت منه" (1)، أي أخذت العوض، والعوض هو البديل الذي يبذل في مقابلة غيره، وهذا المعنى نجده واضحاً في المعاجم اللغوية: جاء في لسان العرب: "اعتاضَ أخذ العوضَ، واعتاضه منه واستعاضه وتعوّضه كلُّه سأله العوضَ، وتقول اعتاضني فلان إذا جاء طالباً للعوض والصلّة" (2). وجاء في المصباح المنير: "عاضني زيد.. و (أعاضني).. و (عوضني) بالتشديد أعطاني (العوضَ)، وهو البديل والجمع (أعواضُ)" (3). ومن هذا: يتبين أن الاعتياض في اللغة عبارة عن عملية مبادلة، يأخذ فيها كل واحد من المتبادلين عوض ما يبذل.

ثانياً: الاعتياض في الاصطلاح الشرعي:

لا يخرج الاعتياض في الاصطلاح الشرعي عن المعنى اللغوي، ولذا قال: صاحب المطلع على أبواب المقنع: "العوض: ما يبذل في مقابلة غيره، تقول منه: عاضني فلان وأعاضني، وعوضني وعواضني: إذا أعطاك العوض" (4). وفي معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية: "العوض مصدر عاضه عوضاً وعياضاً ومعوّضة، وهو البديل تقول: عضت فلاناً وأعاضته: إذا أعطيته بدل ما ذهب منه.. وفي الاصطلاح: هو مطلق البديل وهو ما يبذل في مقابل غيره" (5). وفي معجم لغة الفقهاء: "المعوضة: بضم الميم وفتح الواو من اعتاض، ومنه: أخذ العوض، أي: البديل، وعقد المعاوضة: عقد

(1) أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد، الاشتقاق، (القاهرة: مكتبة الخانجي، ط3، د.ن)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، 240/1.

(2) محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، لسان العرب، (بيروت: دار صادر، ط1، د.ن)، مادة "عوض"، 192/7.

(3) أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير، (بيروت: المكتبة العلمية، د.ط، د.ن)، "عوض" 438/2.

(4) محمد بن أبي الفتح البعلبي الحنبلي أبو عبد الله، المطلع على أبواب المقنع، (بيروت: المكتب الإسلامي، طبعة 1401 هـ، تحقيق: محمد بشير الأدلبي، 154/1).

(5) علي بن محمد الجمعة، معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية، (الرياض: مكتبة العبيكان، ط1، 2000م)، ص391.

يعطي كل طرف فيه نفس المقدار من المنفعة التي يعطيها الطرف الآخر⁽¹⁾

ثالثاً: الاعتياض في القانون: ولا يخرج الاعتياض في القانون عن معناه في اللغة والشرع (2)، وقد عرّف القانون الفرنسي

عقد المعاوضة في المادة (1106) بأنه "عقد يلزم كل طرف بإعطاء شيء أو فعله"⁽³⁾. وعرّفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري

بأنه: "العقد الذي يأخذ فيه كل واحد من المتعاقدين مقابلاً لما أعطاه"⁽⁴⁾.

الخلاصة: ومن هذا نخلص إلى أن الاعتياض في اللغة والاصطلاح الشرعي، والقانوني، بمعنى واحد، وهو يعني أن هناك

شخصين، كلا منهما لديه شيء، وضع هذا الشيء في مقابلة الآخر ليعتاض هذا بما لدى ذلك وذلك بما لدى هذا، والهدف

من ذلك إحداث معاوضة ومبادلة بين المتعاقدين على ما ملكه كل منهما للآخر⁽⁵⁾.

أنواع الاعتياض وكيفية الاعتياض عن الحقوق: تبين مما سبق، أن الاعتياض عبارة عن عملية مبادلة، يعطي فيها كل طرفٍ

عوض ما يأخذ، والاعتياض على هذا جنس ينتظم أنواعاً من العقود، كالبيع، والإجارة، والصلح، والتنازل بعوض، ونحو

ذلك مما فيه معاوضة ومبادلة بين طرفين. وعقود المعاوضات، إما أن يتم التعاقد فيها على الأعيان أو المنافع أو الحقوق،

كحق الشفعة، وحقوق الارتفاق، وحق القصاص، ونحو ذلك. والاعتياض عن الحقوق يكون من خلال ثلاثة طرق:

- الاعتياض عن طريق البيع، وحقيقته: نقل ما كان يملكه البائع إلى المشتري بجميع مقتضيات النقل.

- الاعتياض عن طريق الإجارة، مثل أن يسمح شخص ما، لشخص آخر - لفترة من الزمن - باستخدام بعض حقوق

الملكي الفكرية العائدة له، (مثل براءة الاختراع والأسماء والعلامات التجارية) بمقابل محدد⁽⁶⁾.

- الاعتياض عن طريق التنازل والإسقاط⁽⁷⁾، وحقيقته: إسقاط النازل حقه بمقابل، ولكن لا ينتقل الحق إلى المنزل له،

(1) معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعي وقنبي، 438/1.

(2) ينظر: علي السالوس، فقه البيع والاستيثاق، (الدوحة: دار الثقافة، ومؤسسة الريان، بيروت، 2005م، 108/1.

(3) نقلاً عن الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، 2000م)، 162/1.

(4) المرجع السابق.

(5) محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، (دار النفائس: عمان، ط1، د.ن)، ص44.

(6) ينظر: الفرنايز، دراسة في القانون المقارن، لنعيم مغيب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية 2009 م، ص104.

(7) الإسقاط لغةً: الإيقاع والإلقاء والإزالة، وفي الاصطلاح الفقهي: "إزالة الحق بحيث لا يكون له مستحق".

ينظر: أحمد فهمي أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، دار التأليف بمصر بدون رقم طبعة، سنة 1967م، ص150.

وهذا التعريف يبين أن الإسقاط يزول الحق ويفنيه، بحيث لا يعود له مستحق آخر، يكون له حق المطالبة به، ويبين أن الإسقاط لا يكون إلا لحق ثابت، فهو لا يرد

على الحقوق غير الثابتة كما أنه لا يرد على الأعيان لأنها لا تسقط بالإسقاط إنما تنتقل بالأسباب الناقلة للملكية.

ينظر: هاني سليمان محمد طعيمات، إسقاط الحقوق وتوريثها في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، قسم الشريعة

الإسلامية، ص78.

بمجرد نزوله، ولكن تزول مزاحمة النازل للمنزول له (1).

وقد ذكر كل من: العز بن عبد السلام (2)، والقراقي (3) هذه الطرق، وأرجعها إلى طريقتين:

أ. نقلٍ مثل: البيع والإجارة.

ب. إسقاط مثل: الخلع، والعفو على مال.

والفرق بينهما أن النقل، سواء عن طريق البيع أو الإجارة يقتضي نقل ملكية المبيع أو نقل ملكية المنفعة إلى المشتري أو المستأجر، أما الإسقاط، فالمسقط يتنازل عن حقه الثابت ولا ينقله إلى الغير، وإنما تزول مزاحمته له (4). ومن المتعين التفريق بين هذين الطريقتين، إذ من الحقوق ما يصح أن يجري عليه الطريقتان، النقل والإسقاط، ومنها ما لا يصح أن يجري عليه سوى الطريق الثاني.

المبحث الثاني: التعريف بالحق بين الفقه والقانون

التعريف بالحق في اللغة والاصطلاح الشرعي

الحق في اللغة: واحد الحقوق، وهو مصدر حق الشيء حقا وحقوقا، والحق اسم من أسماء الله تبارك وتعالى، قال عز وجل: (فَدَلِكُمْ اللَّهُ رَبُّكُمُ الْحَقُّ فَمَاذَا بَعَدَ الْحَقِّ إِلَّا الضَّلَالُ فَأَنَّى تُصْرَفُونَ) (يونس:32). والحق ضد الباطل، قال تعالى: (بَلْ نَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْبَاطِلِ فَيَدْمَغُهُ فَإِذَا هُوَ زَاهِقٌ وَلَكُمُ الْوَيْلُ مِمَّا تَصِفُونَ) (الأنبياء:18). ومعانيه في اللغة تدور حول: الثبوت والوجوب والصواب (5).

تعريف الحق في الفقه الإسلامي: لما كان للحق مكانة عالية في شريعتنا الغراء؛ عُنى علماءنا - رحمهم الله - بدراسته وتناولوا جوانب مختلفة من معانيه، واستعملوه في سياقات متعددة شملت معانيه اللغوية السابقة.

فمن استعمالهم له في الثابت ثبوتاً شرعياً (6): إطلاقهم الحق على الحريات العامة الثابتة بإقرار الشارع، مما هو مباح لعامة الناس الانتفاع به على سبيل التساوي والاشتراك دون استثناء، فيقال: حق التملك وحق التنقل، وحق السير في الطريق

(1) ينظر: محمد تقي العثماني بيع الحقوق المجردة المنشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس (3/2358)، وقد اقتصر على ذكر طريقتين فقط للاعتياض عن الحقوق (البيع والصلح).

(2) العز بن عبد السلام، القواعد الكبرى الموسوم ب: قواعد الأحكام، (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، د.ن)، 81/2.

(3) أحمد بن إدريس القراقي، أنوار البروق في أنواع الفروق، (بيروت: عالم الكتب، د.ط، د.م)، 79، 110/2.

(4) المرجع السابق، 110/2.

(5) جمال الدين بن منظور. لسان العرب، (بيروت: دار صادر ط2، 2003م)، مادة (حقوق)، 682-680/2، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار النشر: مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، بدون رقم طبعة، 1415 هـ - 1995م، تحقيق: محمود خاطر، مادة (حقوق)، 167/1، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس (دمشق: دار الهداية، بدون تاريخ، بدون طبعة)، مادة (حقوق)، 169 / 25.

(6) ينظر في هذه الاستعمالات، نظرية الحق، للدكتور الخولي ص14، والملكية في الشريعة الإسلامية، للدكتور عبد السلام العبادي، مكتبة الأقصى، عمان، الطبعة الأولى، 1974م، 1/94، مصادر الحق، للدكتور عبد الرزاق السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون رقم طبعة، بدون تاريخ، 14/1.

العام وهكذا. وأيضا إطلاقهم الحق على ما يقابل الأعيان والمنافع المملوكة، ويقصدون بذلك المصالح التي ثبتت بأمر من الشارع، وذلك كحق الشفعة وحق الطلاق والحضانة. وأيضا من قبيل الثابت، قولهم في مرافق العقار: حق الشرب، حق المسيل، حق المرور... الخ وهذه كلها ثابتة للعقار موجودة ولازمة له،(1).

ومن استعملاتهم فيما يجب: قولهم لفلان حق على فلان؛ فمن ذلك قولهم حق المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة، وحق المؤجرة أجرة المثل وهكذا.

وبالجمله، فلو مررنا على أبواب الفقه، في أي مذهب من المذاهب، لوجدنا مصطلح الحق يطالعا فيها جميعا، ففي العبادات نرى الحديث عن حق الله في الصلاة، وحق الفقير في الزكاة، وفي المعاملات المالية نجد الحقوق المترتبة على العقد وحق الشفعة، وفي المعاملات غير المالية كالزواج، نرى حقوقا مالية كالمهر والنفقة للزوجة، وحقوقا غير مالية كحسن العشرة وحق الزوج في الطلاق، وكذلك نجد حق الولاية سواء ما كان منها على النفس أو المال، وحق الحضانة والوصاية، وحق التعويض في باب الضمان، وحق الدية في باب الجنايات، وحق القصاص. وفي كل هذه الأبواب وغيرها استعمل الفقهاء الحق في معانيه المختلفة(2).

المعنى العام والخاص للحق: ولكن مما يجدر التنبيه عليه، أن استعمال الفقهاء للفظه " الحق " قد حدث فيها نوع من التداخل بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي، مما أضفى نوعا من عمومية الاستعمال في السياقات الفقهية من غير تحديد دقيق(3)، فالحق في اللغة هو الثابت أو الموجود... فيدخل فيه كل الإباحات العامة، وكل ما هو ثابت بمقتضى الشرع، كملك العين أو المنفعة، أما في الاصطلاح فيقصد به ما يقابل الأعيان والمنافع، وفيه اختصاص واستثثار بموضوعه، ولذلك يمكن أن يقال إن استعمال الفقهاء للحق، جاء على نوعين:

النوع الأول: استعمال عام، حيث يطلق على كل عين، أو منفعة أو إباحة أو تكليف يكون للشخص أو عليه بمقتضى الشرع، فالحق هنا يعني الملك بنوعيه، ملك العين وملك المنفعة، كما يعني الإباحات والتكاليف المختلفة.

النوع الثاني: استعمال خاص، حيث يطلق على ما يقابل الأعيان والمنافع وفيه اختصاص، وذلك مثل حق الشفعة وحق القصاص، وحق الخيار، وحق المرأة في حبس نفسها عن زوجها حتى يؤدي لها معجل صداقها، وحق الحضانة والولاية،

(1) ينظر: عبد الرحمن بن محمد شيخي زادة، مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، بدون رقم طبعة، بدون تاريخ نشر)، 90/2.

(2) عيسوي أحمد عيسوي، المدخل إلى الفقه الإسلامي، (القاهرة: دار الاتحاد العربي للطباعة، د.ط)، 1968م، ص306.

(3) محمود الخولي، نظرية الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، (القاهرة: دار السلام، د.ط، د.ن)، ص3.

والحق في الوظيفة الوقفية، وما إلى ذلك... (1). وهذا المعنى وإن استعمله جل الفقهاء إلا أننا نجد بصورة أوضح عند الحنفية (2) ولهذا سموا هذا النوع من الحقوق بالحقوق المجردة (3).

وهذا المعنى الخاص للحق هو المقصود هاهنا بهذا البحث، وهو ما وقع الاختلاف في حكم الاعتياض عنه. والوقوف على ماهية الحق وجوهره، له أهميته القصوى في موضوع الاعتياض عنه، مما يستدعي نوعاً من التفصيل لذلك، وقد تنوعت عبارات الفقهاء قديماً وحديثاً، وتعددت اتجاهاتهم في تفسيره، والكشف عن جوهره ومعدنه، ولن أكتفي هنا بعرض هذه الاتجاهات عرضاً مجرداً، لأن هذا العرض لا يعدو أن يكون تسجيلاً لكل اتجاه وتقليداً، وإنما يبدأ أولاً بعرض هذه الاتجاهات، ومن ثم مناقشتها وصولاً إلى تحديد ماهية الحق، بالقدر الذي يتعلق بموضوع الدراسة، ويمكن تلخيص هذه الاتجاهات في ثلاثة اتجاهات رئيسية:

الاتجاه الأول: وهو تعريف الحق انطلاقاً من معناه اللغوي اكتفاءً بوضوحه، ويمثل هذا الاتجاه أكثر الفقهاء المتقدمين وبعض المعاصرين، ومما يمكن التمثيل به في هذا الصدد:

تعريف الشيخ نكركار: عرف الشيخ نكركار الحق بأنه: "الشيء الموجود من كل وجه، ولا ريب في وجوده، ومنه قوله عليه السلام "السحر حق، والعين حق" (4)؛ فهذا التعريف يتناول جانباً من جوانب المعنى اللغوي للحق، وهو الموجود، ولا يضيف إليه شيئاً آخر.

تعريف الشيخ علي الخفيف: عرف الشيخ علي الخفيف الحق بأنه: "ما ثبت لإنسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه" (5). ويؤخذ على هذا التعريف ما أخذ على التعريف السابق، من أنه لم يتجاوز المعنى اللغوي للحق وهو الثبوت إلا في أن هذا الثبوت من جهة الشرع، كما أنه غير جامع أيضاً، لأنه لم يشمل الحقوق التي تثبت لغير الإنسان كحقوق الله تعالى والأشخاص الاعتبارية.

الاتجاه الثاني: وهو تعريف الحق بأنه مصلحة، ويعنون بالمصلحة، المنفعة المترتبة على ممارسة الحق، وكأن أصحاب هذا الرأي قد نظروا إلى ما يُبتَغى بالحق من مصلحة فعرفوه بها، والواقع أن المصلحة هي هدف الحق وغايته، فهي شيء آخر غير

(1) علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية (بيروت: دار الفكر العربي، ط2، 1363هـ-1944م)، ص32.

(2) المبسوط، 21/10، مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ/1986م)، 121/7، عثمان بن علي الزبيلي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، (بيروت: دار الكتاب الإسلامي، ط2، د.ن)، 204/3.

(3) بدائع الصنائع، 160/9، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين ابن عابدين، (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط)، 1412هـ/1992م، 519-518/4.

(4) عزى ابن نجيم إليه هذا التعريف في البحر الرائق، ينظر: زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (بيروت: دار الكتاب الإسلامي، ط2، د.ت)، 148/6، علماً بأنني لم أجد ترجمة للسيد نكركار.

(5) علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ص31، وهذا التعريف هو أحد تعريفات الشيخ للحق، وسيأتي التعريف الثاني في الاتجاه الثاني قريباً.

الحق(1). ويمثل هذا الاتجاه بعض الفقهاء المتقدمين وكثير من المعاصرين. ومما يمكن التمثيل به في هذا الصدد:

تعريف القراني: عرف الإمام القراني الحق بأن: "حق الله تعالى أمره ونهيه، وحق العبد مصالحه"(2)، أي إن كل الأوامر التي أمرنا الله بها، والنواهي التي نهانا عنها، هي حقوق لله تعالى، وإن حقوق الناس هي الأمور التي تتحقق بها مصالحهم. ويؤخذ على هذا التعريف: أنه قسم الحق دون أن يبين حقيقته، وهي الماهية الجامعة بين حق الله وحق العبد، ثم إنه قد جعل حق الله هو نفس الأمر والنهي، لا امتثال الأمر والنهي، كما أنه جعل جوهر حق العبد المصلحة، وليست المصلحة سوى متعلق للحق وغاية له.

تعريف الشيخ علي الخفيف: عرف الشيخ علي الخفيف الحق -إضافة إلى تعريفه السابق- بأنه (مصلحة مستحقة شرعاً)(3)، ويشرح التعريف بقوله: "إن الحق يجب أن يكون مصلحة لمستحقه، تتحقق بها له فائدة مالية أو أدبية، ولا يمكن أن يكون ضرراً، ولا بد من أن تكون هذه المصلحة والفائدة لصاحبٍ يستحقها ويختص بها، ويكفي في المصلحة أن يترتب عليها فائدة ولو لغير المنسوبة إليه، وعلى هذا يتناول التعريف حقوق الله، مع أنه تعالى لا يناله فائدة منها، وإنما الفائدة لجميع الناس، وذلك كحقه تعالى في إقامة الأحكام الشرعية"(4). ويرد على هذا التعريف ما ورد على تعريف الإمام القراني، إذ جعل جوهر الحق المصلحة، وليست المصلحة سوى غاية للحق فلا يصح مثلاً تعريف الجامعة بأنها تنقيف النشء أو تعريف القضاء بأنه العدل.

الاتجاه الثالث: وهو تعريف الحق بأنه اختصاص، أي عبارة عن علاقة أو رابطة بين شخص وشيء، أو شخص وشخص، تمنح صاحبها استثناء بموضوعها.

فأصحاب هذا الاتجاه يرون: أن جوهر الحق كونه ميزة مقصورة على صاحبه دون غيره. وبذلك تخرج الأشياء التي لا اختصاص فيها، وإنما تعدد من قبيل الإباحات العامة، كالاصطياد والاحتطاب في الصحراء. ولا ريب أن هذا الاتجاه هو أقرب الاتجاهات إلى طبيعة الحق؛ إذ لا يتصور الحق إلا عندما يتصور فيه ميزة ممنوحة لصاحبه وممنوعة عن غيره، ومما يمكن التمثيل به في هذا الصدد:

تعريف القاضي حسين المروزي الشافعي: عرف القاضي حسين الحق بقوله: "الحق: اختصاص مظهر فيما يقصد له

(1) ينظر: عبد السلام العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، 1/98، إبراهيم فاضل الدبو، حكم الشريعة في بدل الخلو، 3(جدة)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، د.ط، د.م، 2199/.

(2) أنوار البروق في أنواء الفروق، (1/141).

(3) علي الخفيف، مذكرات الحق والذمة، (القاهرة: مكتبة وهبة، بدون طبعة، 1945م)، ص 36.

(4) المصدر السابق.

شرعاً⁽¹⁾. وهذا التعريف من أجمع التعاريف إلى حد كبير، وهو يبين أن بعض المتقدمين عنوا ببيان حقيقة الحق وجوهره، مما يجعل دعوى تعميم عدم اهتمام الفقهاء المتقدمين بتعريف جامع للحق دعوى غير صحيحة⁽²⁾، ولذا قال الدكتور عبد السلام العبادي بحق عن هذا التعريف: "إن له وزنه وقيمته العلمية من عدة نواح:

الأولى: أنه عرف الحق بأنه اختصاص، وهو تعريف يبرز ماهية الحق بشكل يميزه عن غيره.

الثانية: أن تعريف الحق بأنه اختصاص يتفق مع آخر ما وصل إليه البحث القانوني⁽³⁾.

الثالثة: أن وصف هذا الاختصاص بأنه "مظهر... يبين أن طبيعة هذا الاختصاص تقوم على وجود آثار وثمار يختص بها صاحب الحق دون غيره في الأشياء التي شرع الحق فيها، وهي قد تكون مادية أو معنوية.

الرابعة: أنه تعريف أحد فقهاء القرن الخامس الهجري مما يدل على أن فقهاء الشريعة القدامى عرفوا الحق تعريفاً صحيحاً⁽⁴⁾.

تعريف الدكتور فتحي الدريني: عرف الدكتور فتحي الدريني الحق بأنه: (اختصاص يقرر به الشرع سلطة على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة)⁽⁵⁾. وهذا التعريف - كما يقول الدكتور الدريني - فيه عدة مزايا:

أولاً: يميز بين الحق وغايته، فالحق ليس هو المصلحة، بل هو وسيلة إليها.

ثانياً: تعريف جامع يشمل حقوق الله تعالى، وحقوق الأشخاص الطبيعية والاعتبارية بنوعها العينية والشخصية.

ثالثاً: يبين مدى استعمال الحق بما أُلقي عليه من قيد "تحقيقاً لمصلحة معينة"، إذ فيه تعليل لتقرير الشارع الاختصاص ولوازمه، فكل حق في الشرع ممنوح لتحقيق غاية معينة، وتظل حماية الشرع مبسطة على هذا الاختصاص ما دام يتجه صاحبه إلى تحقيق تلك الغاية.

رابعاً: استبعد المصلحة من تعريف الحق، كما استبعد الإرادة، لأن الأولى غاية الحق، والثانية شرط لمباشرته واستعماله، وبيّن جوهر الحق، وأنه علاقة شرعية اختصاصية.

خامساً: شمل التعريف حقوق الأسرة، وحقوق المجتمع، وغيرها من الحقوق الغيرية أو الوظيفية التي لا ترجع فيها المصلحة إلى صاحب الحق، ولا إلى مباشره، بل إلى الغير، غير أن الشريعة أسمتها حقوقاً.

سادساً: لم يجعل الحماية الشرعية للحق عنصراً فيه، بل الحماية من مستلزمات وجود الحق، وكذلك الدعوى ليست من

(1) الملكية في الشريعة الإسلامية، للدكتور عبد السلام العبادي: ص 96، نقلاً عن كتاب طريقة الخلاف بين الشافعية والحنفية، للقاضي أبي علي الحسين بن محمد المروزي، مخطوط بدار الكتب المصرية رقم 1523.

(2) ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى أن العلماء القدامى لم يعنوا بوضع تعريف جامع مانع للحق ومن ذلك ما جاء في الملكية في الشريعة الإسلامية للخبير ص 6، والحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص 251.

(3) يشير بذلك إلى ما يعرف بالنظرية الحديثة في تعريف الحق والتي تزعمها القانوني البلجيكي دابان.

(4) المصدر السابق.

(5) فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق، (بيروت: مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1993م)، ص 193.

مقومات الحق، بل وسيلة تلك الحماية، فهي صفة بعدية تالية في وجودها على وجود الحق.

ولعل تعريف الدكتور فتحي الدريني للحق، هو أفضل التعاريف التي ذكرها فقهاء المسلمين المعاصرون، لأنه تعريف جامع مانع.. والله تعالى أعلم.

وقريبا من هذا التعريف تعريف الدكتور وهبة الزحيلي حيث عرف الحق بقوله: "هو ما يقره الشرع لشخص من اختصاص يؤهله لممارسة سلطة معينة أو تكليف بشيء" ثم شرح التعريف بقوله: "فهو -أي الحق- قد يتعلق بالمال كحق الملكية، وحق الارتفاق بالعقار المجاور من مرور أو شرب أو تعلي، وقد لا يتعلق بالمال كحق الحضانة، والولاية على نفس القاصر"(1).

تعريف الحق في القانون: يعدّ تعريف الحق من أكثر مسائل القانون التي كثر فيها الجدل، واحتدم فيها الخلاف، حتى حدا هذا الخلاف ببعض القانونيين إلى درجة أن يضيّقوا بالحق ذرعا وأن ينكروا وجوده بالكلية(2).

ولقد تعددت تعاريف القانونيين للحق تبعا لاختلاف زوايا نظرهم إليه، فمن نظر منهم إلى الحق من زاوية صاحبه، جعل من إرادة صاحبه عنصرا أصيلا في تكوين الحق، ومن نظر منهم إلى الحق من زاوية محله وموضوعه -وهو المصلحة- جعلها ركن الحق الأكبر، ومن نظر منهم من الزاويتين جميعا، زاوية شخص صاحب الحق، وزاوية موضوعه، جعل من عنصري الإرادة والمصلحة ركنين للحق، وإن اختلفوا بينهم في تغليب أي العنصرين(3).

وتبعا لذلك تحددت التعاريف المختلفة للحق في أربعة اتجاهات أساسية: الاتجاه الشخصي، الاتجاه الموضوعي، الاتجاه المختلط، النظرية الحديثة.

الاتجاه الشخصي: يُعرّف هذا الاتجاه "الحق" من خلال النظر إلى صاحبه، فعرفه بعضهم بأنه: قدرة أو سلطة إرادية، يخولها القانون لشخص معين(4). وعرفه بعضهم بأنه "سلطة قررها القانون لشخص معين يكون له بمقتضاها التسلط على شيء معين أو اقتضاء أداء معين"(5)

فالحق عند أصحاب هذا الاتجاه هو: تلك القدرة أو السلطة الإرادية التي يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم، فحق الدائنية -مثلاً- قدرة للدائن على أن يقتضي من المدين عملاً أو شيئاً ما كمبلغ من النقود مثلاً.

(1) الفقه الإسلامي وأدلته، 4/2877.

(2) ينظر: علي حسن نجيدة، المدخل لدراسة القانون -نظرية الحق- (القاهرة: دار الفكر العربي، بدون رقم طبعة، وبدون تاريخ نشر)، ص16.

(3) ينظر: المصدر السابق ص28.

(4) ينظر: سليمان مرقس، شرح القانون المدني، (القاهرة: دار الكتب القانونية، بدون رقم طبعة، وبدون تاريخ)، ص419. الملكية في الشريعة الإسلامية، للدكتور عبد السلام العبادي: 103/1.

(5) المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، للدكتور علي حسن نجيدة، ص35.

وقد تعرض هذا التعريف لنقد شديد، فهو يجعل الحق هو الإرادة، وكأن لسان حاله يقول: "أنا أريد فأنا صاحب حق" (1)، في حين أن الحق قد يثبت لشخص دون أن تكون له إرادة، كما في حق الحياة، وكما في حالة المجنون، والطفل غير المميز، ولا يجدي القول بأن عديمي الأهلية يقيم عنهم القانون نوابا قانونيين يعوضون فقد إرادتهم، لأن مقتضى ذلك ثبوت الحق لهؤلاء النواب لأنهم أصحاب الإرادة فعلا وهذا لم يقل به أحد (2). وقد يثبت الحق للشخص دون علمه ودون إرادته كما في حالة الغائب، وكذلك الميراث فالحق يثبت للوارث دون إرادته أو علمه.

كما أن هذا التعريف يتنافى مع وجود "أشخاص اعتبارية" تثبت لها حقوق كـ "الأشخاص الطبيعية". ومن هذا يتبين أن الحق -إذن- شيء غير الإرادة، وإنما الإرادة قد تكون مطلوبة فقط لاستعمال الحق و مباشرته فقط، على أنه في بعض الحالات لا حاجة فيها للإرادة لممارسة الحق، كأن يسكن الصغير غير المميز في منزله الذي ورثه، أو يركب سيارته فهو يستعمل حقه دون إرادة لديه.

الاتجاه الموضوعي: ينظر أصحاب هذا الاتجاه إلى الحق من خلال موضوعه والغرض منه، ويجعلون ذلك محورا لتعريفهم، فالحق عندهم يمثل منفعة لصاحبه، أو مزية أو مغنما أو بتعبير آخر مصلحة، سواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية، ويعرفون الحق بأنه: (مصلحة يحميها القانون) (3) أو أنه: "ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون" (4)، فيكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون، بغية تحقيق مصلحة جديدة بالرعاية. وقد أخذ على هذا التعريف أمران معتبران:

الأول: أنه عرّف الحق بالغاية منه، وهي المصلحة، التي تعدّ هدفاً للحق لا ركناً فيه.

الثاني: أن ذكر الحماية القانونية في التعريف جعل منها مناطا لوجود الحق وركنا فيه، والركن هو ما لا يتصور الشيء بدونه، في حين أن الحماية القانونية تأتي كنتيجة لحق قائم فعلاً، فهي تالية عليه، وليست جزءاً منه أو ركناً فيه، فليس صحيحاً أن يقال: إن ما يعدّ حقاً هو كذلك لأن القانون يحميه، بل الصحيح أن يقال: إن القانون يحميه لأنه حق (5).

الاتجاه المختلط: تولّد هذا الاتجاه من محاولة الجمع بين الاتجاهين السابقين، فهو ينظر إلى الحق من خلال صاحبه ومن خلال موضوعه أو الغرض منه على حد سواء، فيعرّفه بأنه إرادة ومصلحة في آن واحد.

(1) ذكره دابان في مؤلفه الحق الشخصي، ص56، نقلا عن المدخل لدراسة القانون -نظرية الحق - للدكتور علي حسن نجيدة، ص22.

(2) ينظر: دروس في أصول القانون، للدكتور جميل الشرقاوي، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، 1966م، ص233.

(3) من أنصار هذا الرأي الدكتور السنهوري، فعرف الحق بأنه: "مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للفرد". وعرفه مطلقاً فقال بأنه: "مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون". فلا يدخل إذن لا الحقوق العامة ولا الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية؛ لأنها وإن كانت حقوقاً، فليست ذات قيمة مالية. وعلى ذلك فالتعريف يشمل الحقوق الشخصية والعينية. راجع الوسيط 103/1.

(4) حق الملكية، للدكتور عبد المنعم الصدة، الناشر: مطبعة مصطفى الحلبي، الطبعة الثالثة، 1967م، القاهرة، ص4.

(5) ينظر: المدخل لدراسة القانون -نظرية الحق - للدكتور علي حسن نجيدة، ص24: 28، حيث ذكر أربع انتقادات لكن لا يسلم منها إلا ما ذكرت.

وقد اختلف أنصار هذا الاتجاه في تحديد أي العنصرين تكون له الأهمية، وتعقد له الغلبة، فبعضهم يغلب عنصر الإرادة على عنصر المصلحة، فيعرّف الحق بأنه " قدرة لشخص من الأشخاص على إن يقوم بعمل معين يمنحها القانون ويحميها تحقيقاً لمصلحة يقرها"⁽¹⁾.

والبعض الآخر يغلب عنصر المصلحة على عنصر الإرادة، فيعرّف الحق بأنه: " المصلحة التي يحميها القانون وتقوم على تحقيقها والدفاع عنها قدرة إرادية معينة"⁽²⁾.

وهذا الاتجاه أيضاً غير مقبول، لأن الحق -كما قيل سابقاً- لا يستلزم وجود قدرة إرادية لدى صاحبه، كما أنه ليس هو المنفعة أو المصلحة التي تعود على صاحب الحق من وراء حقه.

وبذلك نجد أن الاتجاهات الثلاثة ليست محكمة في تعريف الحق والكشف عن جوهره وذاتيته، وهذا ما حدا ببعض القانونيين أن يتجه في تعريف الحق اتجاهاً آخر وهو ما يعرف بالنظرية الحديثة.

الاتجاه الرابع: النظرية الحديثة: تعدّ هذه النظرية أن جوهر الحق عبارة عن الاختصاص أو الاستئثار بقيمة يحترمها القانون ويحميها.

ويعدّ القانوني البلجيكي "جان دابان" رائد هذه النظرية وحامل لوائها وقد تزعم تعريفاً جديداً للحق، فعرف الحق بأنه "استئثار شخص بمزية يقرها القانون له، ويخوله بموجبها أن يتصرف في قيمة معينة باعتبارها مملوكة ومستحقة له"⁽³⁾.

ويشرح ذلك بأن الحق عبارة عن الامتيازات الممنوحة لشخص بواسطة القانون والحماية بواسطة الوسائل القانونية الممنوحة للحصول على فائدة أو مصلحة معترف بها سواء كانت له أو عليه⁽⁴⁾.

وإلى هذا التعريف يميل فريق من فقهاء القانون العرب: فقد عرف الدكتور عبد المنعم البدرابي الحق بأنه: "اختصاص أو استئثار شخص بقيمة مالية أو أدبية معينة يمنحها له القانون"⁽⁵⁾.

وعرفه الدكتور شمس الدين الوكيل بأنه "استئثار شخص بقيمة أو أشياء معينة تخول له التسلط والاقتضاء ويهدف إلى تحقيق مصلحة يحميها القانون لأنها ذات قيمة اجتماعية"⁽⁶⁾.

(1) ينظر: دروس في أصول القانون، للدكتور جميل الشرقاوي، ص220.

(2) نقلا عن الملكية للدكتور العبادي، ص104.

(3) الملكية للدكتور العبادي 105/1.

(4) Dabin: le droit subject، p. 105، نقلا عن كتاب التعسف في استعمال الحق للدكتور محمد شوقي السيد، الناشر: دار الفكر العربي، القاهرة، بدون رقم طبعة، وبدون تاريخ، ص54.

(5) المدخل للعلوم القانونية، للدكتور عبد المنعم البدرابي، الناشر: دار النهضة العربية، بيروت، 1966م، ص450.

(6) محاضرات في نظرية الحق لشمس الدين الوكيل ص11، نقلا عن المدخل لدراسة القانون -نظرية الحق - للدكتور علي حسن نجيدة.

وعرّفه دكتور حسن كبيرة بأنه: (الرابطة القانونية التي بمقتضاها يحوّل القانون شخصاً من الأشخاص - على سبيل الانفراد والاستثثار - التسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر)(1).

وهذه التعاريف متقاربة في الجملة، وهي تقوم على اعتبار أن جوهر الحق هو الاختصاص والاستثثار الذي يعطي صاحبه القدرة على التسلط والتصرف محميا من القانون.

وفي ضوء هذا يختص صاحب الحق بمركز قانوني ممتاز يتفرد به دون غيره من الناس، فالمالك مثلاً يستأثر وحده بالتسلط على ملكه، فلا يكون لأحد غيره من الناس مثل هذا التسلط على نفس هذا الملك.

وقد سلمت هذه التعاريف - في نظري - من المؤاخذات التي وجهت للاتجاهات السابقة، حيث أفادت أن الحق ليس مصلحة إنما هو اختصاص بمصلحة، كما أنه ليس إرادة، ولذا فإن فاقد الأهلية يمكن أن يختص بمال من الأموال دون حاجة إلى إرادة، وأما ما جاء فيها من القدرة على التسلط، فإن هذه القدرة تأتي كثمرة ونتيجة لقيام الحق(2).

وتتفق هذه التعاريف مع تعريف الدكتور الدريني إلى حد كبير.

وبعد هذا العرض أظن أنه قد اتضح أن القانون قد اتفق بعد بحث طويل مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي العظيم من أن جوهر الحق هو الاختصاص بمصلحة، سواء كانت هذه المصلحة معترف بها ومحمية من جهة الشرع أو من جهة القانون، غير أنه يجدر التنبيه هاهنا إلى أن القانون ينظر إلى الحق في مجال الالتزام نظرة أضيق منها في الفقه الإسلامي فهو يرى أن الحق لا يكون إلا (مالاً) بينما ينظر الفقه الإسلامي إلى الحق نظرة أوسع من ذلك، فالحق في الفقه الإسلامي أعم منه في الفقه الوضعي(3).

المبحث الثالث: التعريف بالحقوق المجردة

التعريف بالحقوق المجردة في المذهب الحنفي: عني الفقهاء بدراسة الحقوق دراسة تفصيلية، والحقوق المجردة: قسم من أقسام الحقوق الكثيرة في الفقه الإسلامي التي بحثها الفقهاء، إلا أنها لم تنل من البحث والدراسة، ما نالته أنواع الحقوق الأخرى. وهذه الحقوق المجردة تنتشر في واقعنا المعاصر، بصورة كبيرة، كما هو الحال في حق استعمال العلامة التجارية والرخصة التجارية كما في عقد الفرنشايز وامتيازات التنقيب عن النفط والغاز وغير ذلك.

وأصل تقسيم الحقوق إلى حقوق مجردة وحقوق غير مجردة؛ هو النظر إلى مدى الارتباط بين الحق ومحلّه، فالحق المجرد: هو الحق المحض الذي ليس له بمحلّه تعلق استقرار، فليس لصاحبه في محلّه ملك لا حقيقة ولا حكماً، ومن هنا يمكن انفراد الحق عن محلّه، ولا أثر لاستعماله على محلّه، مثاله: حق الشفعة، فهو حق مجرد، سواء استعمله صاحبه أو أسقطه، لا أثر

(1) حسن كبيرة، أصول القانون (الإسكندرية: منشأة المعارف، بدون رقم طبعة وبدون تاريخ نشر)، ص 567.

(2) ينظر الملكية للدكتور العبادي، 104/1.

(3) ينظر الملكية للحنفي، ص 8.

له في المحل، فالمحل يبقى بكل صفاته سواء أخذه صاحب الشفعة أو أخذه شخص آخر(1).

والحق غير المجرد: هو الحق الذي له بمحله تعلق استقرار، فلصاحبه بمحله ملك حقيقة أو حكماً، ومن هنا لا يتصور انفراد الحق عن محله، ومثاله: حق القصاص فهو حق متقرر، واستعماله أو إسقاطه يحدث أثراً في المحل، فالمقتص منه يكون مهدر الدم - بالنسبة لأولياء المقتول - إذا ثبت الحق، ويصبح معصوم الدم إذا أسقط الحق(2).

تاريخ نشأة مصطلح الحقوق المجردة: ويعدّ علماء الحنفية هم أول من قسم الحقوق إلى: حقوق مجردة وغير مجردة، بل يكاد يعدّ مصطلح (الحق المجرد) مصطلحاً حنفياً صرفاً، إذ لم يعرف الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة - في الأغلب - هذا الاصطلاح، ويرجع سبب ابتكار الحنفية له إلى المنحى، الذي نحوه في مسألة مالية المنافع والحقوق؛ ذلك أن جواز التصرف في الأشياء بالمعاوضة، منوط بماليتها؛ فمذهب الحنفية لا يعدّ الحقوق أموالاً وبذلك لا تجوز المعاوضة عليها؛ غير أن النصوص الشرعية جاءت بجواز الاعتياض عن حقوق معينة، كحق القصاص، مما اضطر الحنفية إلى وضع أساس يضمن التوفيق بين ما قرروه من قواعد وبين ما جاءت النصوص الشرعية به، فخلصوا إلى التفريق بين الحق الذي ينفرد عن محله؛ فتطبق عليه القاعدة المتعلقة بالحقوق، وبين الحق الذي لا ينفرد عن محله، وإنما له تعلق استقرار به فيجوز المعاوضة عليه كحق القصاص، وهذا كله أدى إلى ظهور مصطلح الحق المجرد، والحق المتقرر - غير المجرد - في الفقه الحنفي. في حين لم يرتض الجمهور مذهب الحنفية في مالية الحقوق والمنافع، فلم يروا داعياً لتقسيم الحقوق إلى مجردة وغير مجردة، كما فعلت الحنفية(3).

تعريف الحقوق المجردة عند الحنفية: لم يعتن فقهاء الحنفية - حسب تتبعي - بوضع تعريف حدي للحق المجرد، وإنما أشاروا إلى معلمين متلازمين من حيث المعنى، يمكن من خلالهما تحديد ماهيته، وهما:

أ. التجرد عن الملك: وفي هذا يقول ابن عابدين: " لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة عن الملك"(4)، ومعنى التجرد عن الملك، أنه يمكن ثبوت الحق لشخص ويكون ملك المحل الذي تعلق به هذا الحق لشخص آخر، ولذلك عرّفت مجلة الأحكام العدلية حق المرور وهو من الحقوق المجردة بأنه: " حق المشي في ملك الغير، وذلك بأن تكون رقبة الطريق مملوكة لشخص ولآخر الحق بأن يمر منها فقط، وهذا الحق من الحقوق المجردة"(5).

(1) رد المختار على الدر المختار، 519/4.

(2) أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص28.

(3) الحقوق المجردة في الفقه المال الإسلامي، إعداد سامي الحبيبي، رسالة مقدمة لاستكمال الحصول على درجة الماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، 2004م، ص22.

(4) ينظر: رد المختار على الدر المختار، 518/4.

(5) ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر الناشر: دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، 1411هـ/1991م، 120/1.

ب. عدم التقرر في المحل: ومعنى ذلك إمكان انفراد الحق عن المحل الذي يتعلق به، وفي هذا يقول ابن الهمام في حق الشفعة: "لأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل؛ لأنه مجرد حق التملك، وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه" (1).

وقد ذكر الشيخ علي الخفيف: فحوى هذين المعلمين وأحما يرجعان إلى أن الحق المجرد لا يترك أثرا في المحل الذي تعلق به، سواء استعمل الشخص حقه أو أسقطه، ومثل له بحق الشفعة، فإن استعمال الشفعة له أو إسقاطه لا يترك أثرا في العين المشفوعة، فهي نفسها سواء ثبتت ملكيتها للشفيع أو للمشتري، بخلاف الحق المتقرر فإنه يترك أثرا في محله وذلك في حال استعماله أو إسقاطه ومثاله حق القصاص، فإن من ثبت عليه الحق يكون مهدر الدم في حال الاستعمال، بينما يصبح معصوم الدم في حال التنازل أو الصلح (2).

ومما ينبغي التنبيه عليه هنا: أن من الحقوق المجردة ما ليس له محل مادي يتعلق به وذلك كحق الوظيفة والحق في الترشح والانتخاب، ونحو ذلك.

تعريف صاحب الحاوي القدسي للحق المجرد: مع أن الغالب على فقهاء الحنفية - كما تقدم - أنهم لم يعتنوا بوضع تعريف حدي للحقوق المجردة، اكتفاء بظهور معناها، إلا إن بعض الفقهاء قد ذكروا لها تعريفا، ومن ذلك تعريف صاحب كتاب الحاوي القدسي وهو كتاب في فروع الحنفية.

عرف القابسي الحنفي، الحق المجرد في كتابه الحاوي القدسي تعريفا قابل فيه بينه وبين الملك فقال: "الحق والحقيقة والحق بمعنى واحد لغة، وهو في الشرع عبارة عما يختص به الإنسان انتفاعا وارتفاقا لا تصرفا كاملا، كطريق الدار ومسيل الماء والشرب وشارع الطريق فإنه قد ينتفع بمسيل مائه على سطح جاره وبطريق داره ولو أراد أن يتصرف فيه يباع أو هبة أو نحوها لا يمكنه ذلك" (3).

وواضح أنه يقصد بالحق في التعريف الحق المجرد عن الملك، غير المتقرر في محله، وذلك لوجهين:

الأول: لأنه أبان أن صاحبه لا يستطيع أن يتصرف فيه تصرفا كاملا وليس ذلك إلا الحق المجرد على مذهب الحنفية.

الثاني: لأنه مثل له بما هو معدود من الحقوق المجردة عند الحنفية كحق المرور والشرب ومسيل الماء..

ويلاحظ على هذا التعريف وإن كان له وزنه وقيمتة العلمية أمران:

(1) ينظر: فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد الشهير بابن الهمام: الناشر: دار الفكر، بيروت، بدون رقم طبعة أو تاريخ نشر، 414/9.

(2) ينظر: أحكام المعاملات الشرعية، ص 28.

(3) مخطوطة رقم: 711، نقلا عن الملكية، للدكتور عبد السلام داود العبادي، 164/1، وهو مخطوط أيضا بدار الكتب المصرية برقم 145، فقه حنفي، م ف 36561، لوحة 10، ويوجد أيضا في المتحف البريطاني، لندن، برقم 60، وتوجد منه نسخة مصورة بمكتبة جامعة ميشيغان "Michigan" الأمريكية، والتعريف المذكور يقع في ص 42 من تلك النسخة المصورة.

الأول: أنه أدخل فيه حكم الاعتياض عن هذه الحقوق على مذهب الحنفية، وهو ما أشار إليه بقوله: "لا تصرفا كاملا"، والتعريف لا بد أن يكون منصبا على حقيقة المعرف لا على حكمه.

الثاني: أنه غير كاف في الكشف عن حقيقة ما في هذا الحق من التجرد والانفراد عن الملك.

الحقوق المجردة في المذاهب المالكية والشافعية والحنبلية

إذا كان فقهاء الحنفية قد نظروا إلى الحقوق التي لم تتقرر في ملك نظرة شاملة، وأطلقوا عليها مصطلح الحقوق المجردة، فإن المذاهب الفقهية الأخرى قد نظروا إليها نظرة جزئية باعتبار أنواعها وأفرادها التي سبق ذكرها، وأطلقوا عليها تسميات مختلفة، تمثل كل تسمية نوعا من أنواع هذه الحقوق. ومع ذلك فقد وجد من العلماء من غير الحنفية، من استعمل في كتاباته مصطلح (الحق المجرد) ومن ذلك ما نقله النووي في كتابه المجموع عن القاضي حسين من الشافعية في التعليل للمنع من الاعتياض عن حق الشفعة وحد القذف ومقاعد الأسواق، قال: "لأنها ليست بمال وإنما يصح الاعتياض عما هو مال فأما إذا كان حقا مجردا فلا"⁽¹⁾.

ومن ذلك قول النووي في التعليل لجواز الاعتياض عن خيار الرد بالعيب بمال: "فانه ليس في مقابلة حق مجرد ولا سلطة الرد"⁽²⁾ وفيما يلي بيان المصطلحات الأخرى التي تقابل الحقوق المجردة في المذاهب الثلاث:

أولا: الحقوق المجردة في المذهب المالكي: قد يطلق فقهاء المالكية على طائفة من هذه الحقوق، مصطلح حق الانتفاع، أو الحق في الانتفاع⁽³⁾، ويقصدون بذلك: الحقوق الثابتة على وجه البر والصلة، كانتفاع الموقوف عليهم بالوقف، أو الثابتة على وجه الاختصاص بالمباحات، ومثلوا لها بالسكنى في بيوت المدارس الموقوفة على الطلبة، والحق في الوظائف الوقفية الحق في مقاعد الأسواق والمساجد لمن سبق إليها.

ثانيا: الحقوق المجردة في المذهب الشافعي: قد يسمي الشافعية طائفة من الحقوق المجردة بحقوق التملك، وهي ما انعقد فيها لصاحب الحق سبب يقتضي المطالبة بالتمليك، جاء في تحفة المحتاج: "وحق التملك لا يباع كحق الشفعة"⁽⁴⁾ ومعلوم أن حق الشفعة هو حق مجرد عند الأحناف، بل هو أبرز الحقوق المجردة عندهم، كما يظهر من خلال تمثيلهم لهذه الحقوق. وقد يسمون طائفة أخرى من هذه الحقوق وهي ما يعرف باسم حقوق الارتفاق: بالمنافع المؤبدة، حيث يعرفون البيع بأنه "عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين أو منفعة على التأييد" ثم يدخلون في المنفعة التي على التأييد حق البناء وحق المرور

(1) يحيى بن شرف الدين النووي، المجموع شرح المهذب، (القاهرة: المطبعة المنيرية، بدون رقم طبعة وبدون تاريخ نشر)، 363/11.

(2) المجموع شرح المهذب، 364/11.

(3) يقول الدسوقي: في حاشيته على الشرح الكبير: "ويجوز إسقاط الحق في الانتفاع ببيوت المدارس، والوظائف مجانا وفي مقابلة دراهم على المعتمد...". ينظر: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، بدون رقم طبعة، وبدون تاريخ، 434/3).

(4) تحفة المحتاج، 213/6.

ونحو ذلك من الحقوق(1).

ثالثاً: المذهب الحنبلي: يتفق الحنابلة مع الشافعية في تسمية طائفة من الحقوق المجردة بحقوق التملك، وفي هذا يقول ابن رجب في القواعد: "الحقوق خمسة أنواع" ثم ذكر منها النوع الثاني: "حق تملك كحق الأب في مال ولده.. وحق الشفيع في الشقص"(2). وقد يسمون حقوق الارتفاق بحق الانتفاع أو حق اختصاص، كما سماها بذلك ابن رجب: ومثل لحق الانتفاع، بوضع الجار خشبه على جدار جاره إذا لم يضره به إجراء الماء في أرض غيره. ومثل لحق الاختصاص: بمرافق الأسواق المتسعة التي يجوز البيع والشراء فيها فالسابق إليها أحق بها(3)، وقد يسمونها باسم المنافع المجردة فيما نقله ابن رجب في كتابه (الاستخراج في أحكام الخراج) عن ابن تيمية ومثل لها بالمصالحة بعوض على وضع الأخشاب وفتح الأبواب ومرور المياه في الأملاك(4).

تعريف العلماء المعاصرين للحقوق المجردة والتعريف المختار

اهتم كثير من العلماء المعاصرين بتعريف الحقوق المجردة، وفيما يأتي بيان بعض إسهاماتهم في ذلك.

تعريف الشيخ علي الخفيف: يعدّ الشيخ علي الخفيف -رحمه الله- من أبرز المعاصرين الذين تصدوا لتعريف الحقوق المجردة وغير المجردة، وكل من جاء بعده فهم عيال عليه في ذلك، وقد عرف الحقوق المجردة بأنها: "ما كانت غير متقررة في محلها" وشرح ذلك التعريف بقوله: "ومعنى ذلك: أنه لا يترتب على تعلق الحق بمحلّه أثر قائم يزول بالتنازل عنه، ومرجعه إلى رغبة المالك -أي مالك الحق- ومشيتته، إن رأى الخير في الانتفاع به فعل، وإلا ترك، دون أن يترتب على تركه أو التنازل عنه تغيير في حكم محله، وذلك كحق الشفعة فإنه في الحقيقة نوع من الولاية للشفيع، وهي أن يملك العقار بعد أن يملكه المشتري، وملكية المشتري لهذا العقار قبل التنازل عن الشفعة هي بعينها بعد التنازل عنها. وإذن فلا تعلق له -أي الحق المجرد- بالمبيع إلا على هذا الوجه، ولا يُرى للشفيع فيه حق مستقر يحد من تصرف المشتري فيه وانتفاعه به. فحاله بعد التنازل عن الشفعة هي حاله قبل التنازل عنها.

وكذلك الحال في حق المرور بالنسبة للطريق، وحق الولاية على المال بالنسبة للمال. وهكذا..

وعرف الحقوق غير المجردة بأنها: "الحقوق التي لها تعلق بمحلها تعلق استقرار"، ثم شرح ذلك بقوله وذلك بأن يكون لتعلقها أثر أو حكم قائم في محلّه يزول بالتنازل عنه، مثل حق القصاص، فإنه يتعلق برقبة القاتل ودمه، ومع قيامه وتعلقه يكون غير معصوم الدم بالنسبة لولي القصاص، وبالتنازل عن القصاص يصير معصوم الدم، وكذلك حق الاسترقاق له أثر ظاهر في

(1) ينظر: مغني المحتاج، 323/2.

(2) القواعد، ص188.

(3) ينظر: المرجع السابق.

(4) ينظر: الاستخراج لأحكام الخراج لابن رجب الحنبلي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1405هـ، 100/1.

الريق، فإذا أعتقه سيده زال ذلك الأثر، وحق استمتاع الزوج بزوجه، يتعلق بالزوجة، فإن له أثراً في الزوجة يسلبها بعض حريتها، فلا تستطيع مثلاً أن تتزوج غيره، فإذا تنازل الزوج عن هذا الحق بالطلاق، استردت المرأة حريتها، فتتزوج بمن تشاء(1).

تعريف الدكتور وهبة الزحيلي: عرف الدكتور وهبة الزحيلي الحقوق المجردة وغير المجردة فقال: " الحق المجرد أو المحض: هو الذي لا يترك أثراً بالتنازل عنه صلحاً أو إبراء، بل يبقى محل الحق عند المكلف (أو المدين) بعد التنازل كما كان قبل التنازل. والحق غير المجرد: هو الذي يترك أثراً بالتنازل عنه، كحق القصاص"(2).

تعريف الدكتور عجيل جاسم النشمي: عرف الدكتور عجيل جاسم النشمي الحق المجرد وغير المجرد في بحثه المقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي فقال: " يقسم الفقهاء الحقوق إلى حق مجرد وحق غير مجرد أو متقرر، فالحق المجرد: ما كان غير متقرر في محله أي لم يتم بمحل ولم يتقرر في ذات، كحق الشفعة، فإنه نوع من الولاية أعطيت للشفيع في أن يملك العقار بعد أن يتملكه المشتري، ومثله حق المرور بالنسبة للطريق.

وغير المجرد: هو ماله تعلق بمحله تعلق استقرار، بمعنى أن لتعلقه أثراً أو حكماً قائماً يزول بالتنازل عنه"(3).

وإلى نحو ذلك التعريف أيضاً ذهب الشيخ عثمان جمعة ضميرية في بحثه الحق في الشريعة الإسلامية(4). والملاحظ على هذه التعريفات كلها أنها مستفادة ومستقاة من تعريف الشيخ علي الخفيف ولم تضيف جديداً عليه. وهذه التعاريف على قيمتها ووزنها العلمي إلا أنها في نظري قد انصبت على تعريف معني التجرد الذي وصف به الحق وأغفلت الكشف عن حقيقة الحق وجوهره، ولذا نحتاج هنا إلى أن نضم إليها ما تقدم عن القابسي وبعض ما فاتته الإشارة إليه حتى يكون التعريف جامعاً مانعاً.

التعريف المختار: وعلى هذا يمكن تعريف الحق المجرد بأنه: "اختصاص مجرد عن الملك والتقرر في محله، يقر به الشرع لصاحبه ولاية أو انتفاع"

فقولي: "اختصاص" يكشف عن جوهر الحق، وبذلك تخرج الأمور التي لا اختصاص فيها وإنما هي من قبيل الإباحات العامة كالمشي في الشارع أو الاصطياد أو التنقل في الأرض فلا تعدّ حقاً بالمعنى المراد هنا وإنما هي حرية ممنوحة لكافة الناس.

وقولي: "مجرد عن الملك والتقرر في محله" يبين أن هذا الحق ليس حق ملكية سواء كانت هذه الملكية حقيقية أو حكمية

(1) أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف، ص 32، وينظر الملكية في الشريعة، للشيخ علي الخفيف، الناشر دار الفكر العربي، 9/1.

(2) الفقه الإسلامي وأدلته، 2852/4-2853.

(3) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 2297/4، 2303.

(4) ينظر: مجلة البحوث الإسلامية، 363/40.

على ما سبق تقريره.

وقولي: "يقر به الشرع لصاحبه" يبين أن هذا الاختصاص يستمد سلطته من الشرع وهو ممنوح لشخص معين.
وقولي: "ولاية" يدخل فيها ولاية المطالبة بالتملك، كحق الشفعة، وكحق الغازي في الغنيمة، قبل قسمتها كما يدخل فيه الولاية على النفس كما في حق الحضانة وكذلك الوظائف الوقفية أو السياسية.
وقولي: "انتفاعا" يدخل فيه حقوق الارتفاق بمختلف أنواعها كما يدخل فيه حق المرأة في قسم زوجها لها. كما يمكن تعريف الحق غير المجرد بأنه: "اختصاص مقرون بالملك والتقرر في محله يقر به الشرع لصاحبه كافة التصرفات المشروعة"
فقولي: "مقرون بالملك في محله" يبين أن الحق غير المجرد هو حق ملكية، يترتب عليه أن يمارس صاحبه كافة التصرفات المشروعة التي يمنحها حق الملكية لصاحبه.

الحقوق المجردة في القانون

لم يرد مصطلح الحقوق المجردة في نصوص القانون المدني المصري، إلا إن الظاهر أن شراح القانون يحصرون الحقوق المجردة في حقوق الارتفاق؛ يدل على ذلك صنيع الدكتور السنهوري حيث حصر الحقوق المجردة في حقوق الارتفاق كالشرب والمجرى والمسيل والمرور والتعلي والجوار(1).

وقد عدّ القانون الأردني الحقوق المجردة نوعاً من الحقوق العينية؛ فجاء في نص المادة 70: - الحقوق العينية الأصلية: هي الملكية والتصرف والانتفاع والاستعمال والسكنى والسطحية (القرار) والحقوق المجردة والوقف والحكر وخلو الانتفاع. وحصر أيضاً الحقوق المجردة في حقوق الارتفاق وجاء في المادة 1271: الحق المجرد هو ارتفاق على عقار لمنفعة عقار مملوك لآخر.

وقد تبين سابقاً أن الحقوق المجردة في الفقه الإسلامي عبارة عن عدة أنواع، وليست فقط حقوق ارتفاق، مما يبيّن أن نظرة الفقه الإسلامي لهذه الحقوق أوسع منها في القانون. لكن لا يعني ذلك أن القانون لم يعرف أنواع الحقوق المجردة الأخرى، بل قد عرفها واستوعب الكثير منها بتشريعاته وتقنياته، ولكن أطلق عليها تسميات أخرى، فسمي بعضها حقوقاً عينية، وبعضها حقوقاً معنوية، وبعضها حقوقاً شخصية، وبعضها حقوق أسرة، وهكذا.

المبحث الرابع: اختلاف العلماء في الاعتياض عن الحقوق المجردة وموقف القانون المدني

مذاهب العلماء في الاعتياض عن الحقوق المجردة: اختلف العلماء في الاعتياض عن الحقوق المجردة على ثلاثة مذاهب: المذهب الأول: المانعون من الاعتياض عن الحقوق المجردة: المانعون من الاعتياض عن الحقوق المجردة: وإلى هذا ذهب:

(1) ينظر: مصادر الحق للسنهوري 64/1.

- متقدمو الحنفية (1)، قال السرخسي في شرحه للزيادات (2): "الاعتياض عن مجرد الحق باطل" (3) وقال الكاساني: "الحقوق لا تحتل الأفراد بالبيع والشراء" وقال أيضا: "الحقوق لا تحتل الإجارة على الأفراد كما لا تحتل البيع" وقال: "الحقوق المفردة لا تحتل التمليك ولا يجوز الصلح عليها" (4).
- جمهور الشافعية: جاء في كفاية الأخير في الفقه الشافعي: "الحقوق لا تقبل العوض كحق الشفعة وغيره" (5).
- بعض الحنابلة في أحد الوجهين، يقول ابن رجب: "وأما ملك الانتفاع وحقوق الاختصاص سوى البضع وحقوق التملك فهل يصح نقل الحق فيها أم لا؟ إن كانت لازمة جاز النقل لمن يقوم مقامه فيها بغير عوض، وفي جوازه بعوض خلاف" (6). واختار القاضي أبو يعلى وابن عقيل من الحنابلة المنع من الاعتياض عنها (7).
- وهذا عند الشافعية والحنابلة فيما لا يتعلق بالأموال من هذه الحقوق، أما ما يتعلق منها بالأموال كحقوق الارتفاق فهم مع المالكية يجيزون الاعتياض عنها كما سيأتي.
- جماعة من المعاصرين: منهم: فضيلة الدكتور: على محي الدين القرة داغي، وفضيلة الدكتور/ هاني بن عبد الله الجبير وفضيلة الدكتور عبد القادر جعفر والدكتور أحمد الصويبي شليبيك (8).
- إلا أن الفقهاء يجوزون الصلح على إسقاطها، إذا كانت هي محل النزاع المصالح عنه، ولا يجوز أن تكون هي بدل الصلح لأن بدل الصلح يجب أن يكون مالا، لأن كل ما يمكن فيه النزاع والخصومة يمكن أن يكون محلا لمصالحا عنه، إذ الغاية التي شرع طريق الصلح العقدي لأجلها هي حسم النزاع وهذه الحقوق يجري فيها النزاع.
-
- (1) ينظر: ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، فتح القدير، (بيروت: دار الفكر، بدون رقم طبعة، وبدون تاريخ)، 429:430/6، غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات (بيروت: دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، 1308)، ص385، رد المحتار على الدر المختار 518/4.
- (2) "الزيادات" هي أحد الكتب الستة التي تمثل أصول الفقه الحنفي، وهي التي تسمى بظاهر الرواية والأصول، وهي كتب محمد بن الحسن الشيباني -رحمه الله- وهي: المبسوط والزيادات والجامع الصغير والجامع الكبير والسير الكبير والسير الصغير، وإنما سميت بظاهر الرواية؛ لأنها رويت عن محمد رواية الثقات فهي ثابتة عنه متواترة أو مشهورة، ينظر رد المحتار على الدر المختار، 51/1.
- (3) نقلا عن رد المحتار على الدر المختار، 519/4.
- (4) تنظر هذه النصوص في بدائع الصنائع، 6/189: 190.
- (5) كفاية الأخبار في حل غاية الاختصار، لتقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصني الدمشقي الشافعي، تحقيق الشيخ كامل محمد عويضة، الناشر دار الكتب العلمية، بيروت، بدون رقم طبعة، 2005م، ص508.
- (6) القواعد لابن رجب ص198.
- (7) نسب ابن رجب إليهما ذلك في كتابيه: القواعد، والاستخراج، ينظر: القواعد لابن رجب ص200، والاستخراج لأحكام الخراج، 100/1.
- (8) يقول الدكتور: "ليس من السهل حصر الحقوق التي يجوز الاعتياض عنها والتي لا يجوز، ولكن يمكن القول أن الحق إذا كان مجردا عن الملك فإنه لا يجوز الاعتياض عنه، وإذا كان حقا متوقفا في المحل الذي تعلق به صح الاعتياض عنه" ينظر رسالته للدكتوراه وهي بعنوان أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي، الناشر دار النفائس - الأردن، ص215.

على أنهم استثنوا بعض الحقوق فاعتبروها لا يصح الصلح عنها على بدل، فلو صلح عنها سقط الحق ولم يستحق البدل وهذا كحق الشفعة، فقد لحظوا أن الشفعة لم تشرع للاسترباح والاستغلال فليس لصاحب الحق إلا استعماله أو تركه (1).

المذهب الثاني: المتوسعون في جواز الاعتياض عن الحقوق المجردة:

وقد ذهب إلى هذا: المالكية، ويظهر هذا من خلال المسائل العديدة التي أجازوا فيها الاعتياض عن الحقوق، كحق الشفعة وحق المرأة في قسم زوجها لها وحق الحضانة وحق الوظيفة.. الخ (2). أبو إسحاق المروزي من الشافعية (3). جماعة من المعاصرين منهم: فضيلة الشيخ محمد بن إبراهيم مفتي المملكة العربية السعودية سابقاً (4)، فضيلة الشيخ مصطفى الزرقا (5) وفضيلة الدكتور يوسف بن عبد الله الشبيلي (6).

المذهب الثالث: المتوسطون في جواز الاعتياض عن الحقوق المجردة بحسب أفرادها وبناء على توافر ضوابط معينة:

وإلى هذا ذهب: بعض متأخري الحنفية ومنهم العلامة ابن عابدين حيث قرر خلافاً للمذهب أن عدم جواز الاعتياض عن الحق المجرد ليس على إطلاقه (7)، وكذلك الطحطاوي في حاشيته على الدر المختار (8). بعض فقهاء الشافعية كالرمللي، والسبكي، وابن حجر الهيتمي وقلبي وعميرة (9). بعض فقهاء الحنابلة كابن نصر الله، والبهوتي (10). أكثر العلماء المعاصرين من أعضاء مجمع الفقه الإسلامي (11)

(1) ينظر: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة للشيخ الزرقا ص 138.

(2) ينظر: المدونة للإمام مالك بن أنس، الناشر دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، 1415هـ/1995م، 4/229، حاشية الدسوقي 434/3، حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي 236/5، فتاوى ابن رشد القرطبي المالكي، جمع وتحقيق المختار بن طاهر التليلي، الناشر: دار الغرب الإسلامي، 1987م، 1547/3، منح الجليل شرح مختصر خليل، 541/3. حاشية أبي العباس أحمد الصاوي، الموسومة ببلغة السالك لأقرب المسالك، الناشر: دار المعارف بدون رقم الطبعة، وبدون تاريخ نشر، 23/3.

(3) اختار أبو إسحاق -رحمه الله- جواز المصالحة بعوض عن حق الشفعة، ومقاعد الأسواق، وحد القذف، وحق التحجر للموات، مخالفاً بذلك مذهبه الشافعي، والظاهر من اختياراته أنه يقول بجواز المصالحة عن الحقوق المجردة بلا تفصيل، ينظر: نهاية المطلب لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني المعروف بإمام الحرمين، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر، الطبعة الثانية، 1430هـ/2009م، 433/7-434، مغني المحتاج 505/3.

(4) فتاوى ورسائل محمد بن إبراهيم آل الشيخ، فتوى رقم: 1541.

(5) حيث يقول: "أصبح يدخل في زمة الأموال جميع الحقوق المجردة، كحق الامتياز وحق استعمال عناوين المحلات التجارية، وحقوق الابتكار (الملكية الصناعية والأدبية للمخترعين والمؤلفين) فكل ذلك ونحوه أصبح بالقانون في حكم الأموال يقبل عقود المعاوضات بيعاً وشراءً وغيرهما. والداعي إلى ذلك تطور الحاجة الزمنية والأساليب الاقتصادية" ينظر كتابه المدخل إلى نظرية الالتزام العامة ص 140.

(6) اختيار الشيخ في ذلك يتضح من خلال فتوى عن حكم بيع كروت توريد القمح، إذ قرر أن هذه الكروت من الحقوق المجردة، ثم قال: وقد جوّزت الشريعة بيع الحقوق المجردة، ينظر الفتوى في موقع الإسلام اليوم:

http://www.islamtoday.net/questions/show_question_content.cfm?id=51566

(7) ينظر: رد المحتار على الدر المختار 520/4.

(8) ينظر: حاشية أحمد الطحطاوي على الدر المختار، الناشر دار المعرفة، بيروت، بدون رقم طبعة، وبدون تاريخ نشر، 10/3.

(9) ينظر: تحفة المحتاج 215/6، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب لسليمان بن منصور العجيلي المصري، الشهير بالجمال، 319/3، حاشيتنا قلوبية وعميرة 324/3.

(10) ينظر: دقائق أولي النهى، لمنصور بن يونس البهوتي، الناشر: عالم الكتب، الرياض، الطبعة الأولى، 1414هـ/1993م، 367:368/2.

(11) كما في بحوث أصحاب الفضيلة العلماء: عبد الحلیم الجندي وعجيل جاسم النشمي، ووهبة الزحيلي ومحمد عثمان تقي، ومحمد رمضان البوطي وآخرين، وذلك في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الجزء الثالث، وكما في قرار المجمع في قرار مجمع الفقه الإسلامي (الهند) قرار رقم (4) في يونيو 1990 م.

عرض أدلة المذاهب في الاعتياض عن الحقوق المجردة ومناقشتها

أولاً: أدلة المذهب الأول [المانعون من الاعتياض عن الحقوق المجردة]

استدل أصحاب هذا المذهب بعدة أدلة، أوجز بيانها مع مناقشتها، وذلك على النحو الآتي:

الدليل الأول: أن الاعتياض عن هذه الحقوق يستلزم أن تكون مالا، والمال عند الحنفية كما تقدم له رسم خاص بهم، فقد وضعوا له أوصافاً معينة، في محاولة منهم لضبطه وفق معطيات خاصة في زمانهم، فحملهم ذلك على إخراج الحقوق والمنافع من مفهوم المالية.

فصفة المالية للشيء عندهم لا تثبت إلا للأعيان التي يجري فيها التمول، والتمول: صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة، ولما كانت الحقوق والمنافع عبارة عن أعراض لا يتصور فيها التمول، فليست إذن بمال ولا يصح الاعتياض عنها وإنزالها منزلة الأعيان (1).

وأما غير الحنفية ممن ذهب هذا المذهب، فإنهم وإن كانوا لا يشترطون العينية كصفة في المال، ويعدون المنافع أموالاً إلا إنهم منعوا أن تكون هذه الحقوق أموالاً؛ لأن العرف في زمنهم لم يجر بأنها أموال والتمول إنما يثبت بالعرف الذي لا يخالف الشرع (2).

مناقشة الدليل الأول: ونوقش ذلك الدليل بما تقدم بحثه عند الحديث على أسباب النزاع، وحاصله وخلاصته: أن اشتراط العينية كصفة في كون الشيء مالا كما ذهب إليه الحنفية، لم يرق عليها دليل.

وإذا كان المرجع في تحديد المال من غيره إلى العرف، فإن ذلك يعني أن مفهوم المال قابل للتبدل في كل زمان حسب اختلاف الأعراف في عالم المال، بحيث ما لم يكن متمولاً قديماً لكونه محقراً عرفاً ولعدم إمكانية الانتفاع به، يمكن الآن أن يعد في زمن لاحق شيئاً ثميناً بناء على تمول الناس، وتعارفهم على اتخاذهم إياه مالا ومحلاً للتعامل، فمادامت حاجة الناس قد دعت إلى اعتبار شيء ما مالا، وكان في الإمكان التسلط عليه، والاستئثار به، ومنعه من الغير أصبح مالا، ولا يلزم أن يكون مادة تدخر لوقت الحاجة، بل يكفي أن يكون الحصول عليه واستعماله ميسوراً غير متعذر عند الحاجة إليه.

وهذا المعنى متحقق الآن في كثير من الحقوق، فإذا تحقق ذلك فيها عدت من الأموال بناء على عرف الناس وتعاملهم (3).

(1) ينظر: المبسوط 79/11، درر الحكام شرح مجلة الأحكام 191/1، فتح القدير: 428/6، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، لمحمد أمين بن عمر المعروف بابن عابدين، الناشر دار المعرفة، بيروت، بدون رقم طبعة وبدون تاريخ نشر، 199/2، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ص32..

(2) ينظر: المجموع شرح المهذب 363/11، المغني 237/7، كشاف القناع 262/6.

(3) ينظر: ضمان المنافع، للدكتور إبراهيم فاضل الدبوي: ص 228 وقارن ب: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 434/4، شرح عمل فاس للسجلماسي 440/1، نقلاً عن العرف والعمل في المذهب المالكي، تأليف عمر بن عبد الكريم الجعدي، الناشر اللجنة المشتركة لإحياء التراث المملكة المغربية ودولة الإمارات العربية ص472

الدليل الثاني: القياس، حيث يقاس منع الاعتياض عن الحقوق المجردة على المنع من بيع حق الولاء وهبته، بجامع أن حق الولاء عبارة عن حق مجرد فيقاس عليه سائر الحقوق المجردة(1)،

وقد نهي النبي -صلى الله عليه وسلم- عن "عن بيع الولاء وهبته" كما في حديث عبد ابن عمر رضي الله عنهما(2).

مناقشة الدليل الثاني: ونوقش ذلك الدليل بأن القياس هنا قياس مع الفارق، لأن الشرع إنما منع من الاعتياض عن الولاء لا لكونه حقاً مجرداً، وإنما لأن هذا الحق لا يقبل الانتقال من واحد لآخر، فإن الله تعالى قد جعل الولاء كالنسب، يثبت للمعتق، كما يثبت النسب للوالد، فقد قال -صلى الله عليه وسلم- "الولاء لحمة كلحمته النسب لا يباع ولا يوهب"(3). فلم يكن لأحد نقله إلى غيره بعوض أو بغير عوض.

الدليل الثالث: أن أكثر هذه الحقوق أثبتت الشرع لأصحابه لدفع الضرر عنهم، وما ثبت لذلك لا يصح الاعتياض عنه، لأن صاحب الحق لما رضي بالاعتياض علم أنه لا يتضرر بذلك، فلا يستحق شيئاً، وهذا بخلاف الحقوق غير المجردة كحق القصاص، وكالخلع لأن حق القصاص وملك النكاح قد ثبت على وجه البر والصلة، فهو ثابت له أصالة، لا على وجه رفع الضرر عن صاحبه(4).

مناقشة الدليل الثالث: ونوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول: أن كثيراً من هذه الحقوق ثابت لصاحبه أصالة، لا لدفع الضرر، كالحق في الوظائف الوقفية، وحق الأسبقية، كمن سبق إلى مكان في السوق ليبيع فيه، أو سبق إلى مكان في المسجد ليجلس ويتعبد فيه، وحق المتحجر في الإحياء... إلى آخر هذه الحقوق التي أصبح لها نظائر في الواقع المعاصر، كالاسم التجاري ورخصة الصيد وحق التوريد وما شابه ذلك. الثاني: أن رضي صاحب الحق بالاعتياض عن الحق الذي شرع لدفع الضرر، لا يعني أنه لا يتضرر بالتنازل عنه، ولكنه ربما رأى أن حاجته إلى المال أشد من حاجته إلى دفع الضرر. وأجيب عن ذلك بأن الشرع منح هذا الحق لدفع الضرر لا للربح والاستغلال، فليس أمام من منح له إلا أن يستعمله أو يتركه.

(1) صرح ابن عابدين في العقود الدرية بأن الولاء حق مجرد وقاس عليه في المنع من الاعتياض مشد المسكة بجامع أنها أيضاً حق مجرد، ينظر: العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، 205/2.

(2) أخرجه البخاري في كتاب العتق، باب بيع الولاء وهبته بلفظ: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ الْوَلَاءِ، وَعَنْ هِبَتِهِ» حديث رقم: (2535)، وأخرجه مسلم في كتاب العتق، باب بيع الولاء وهبته حديث رقم: (1506).

(3) رواه ابن حبان في صحيحه، في كتاب البيوع، باب البيع المنهي عنه، ذكر العلة التي من أجلها، نهي عن بيع الولاء وهبته، برقم (4950)، والحاكم في المستدرک في كتاب الفرائض، برقم (7990).

(4) ينظر: رد المختار على الدر المختار 520/4.

الدليل الرابع: أن كثيرا من هذه الحقوق لا يتضرر صاحبها ببدلها دون عوض، ففي إباحة الاعتياض عنها ما يدعو إلى منع الماعون والمعروف بين الناس ويكرس الشح والبخل في النفوس وهذا لا ريب خلاف لما قصدت إليه الشريعة، ولذا توعد الله تعالى الذين يمنعون الماعون، فقال تعالى: (فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ * الَّذِينَ هُمْ عَنْ صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ * الَّذِينَ هُمْ يُرَاءُونَ * وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ *) (الماعون 4: 8). وفي الصحيحين عنه أنه قال: " لا يمنعن جار جاره أن يغرز خشبة في جداره "(1).

مناقشة الدليل الرابع: ونوقش هذا الدليل بما تقدمت الإشارة إليه عند بحث أسباب النزاع، وخلاصته: أن الإحسان الذي أمرت به الشريعة وقصدت بتشريعاتها إليه، منه ما هو واجب، ومنه ما هو مستحب، ولو كان الإحسان كله واجبا، لكان في ذلك من المشقة ما لا يخفى، والقول بأن ترك الاعتياض عن هذه الحقوق من الإحسان الواجب تحكم بلا دليل، ولا سيما وأن في إباحة الاعتياض عن هذه الحقوق، والتي قد تقدر بأموال طائلة، ما يتفق مع مقاصد الشريعة في حفظ المال ورفع الحرج عن المكلفين.

الدليل الخامس: أن بعض هذه الحقوق يشتمل على غرر وجهالة، ولذا يقول السرخسي في بيع حق التسييل، أي الحق في صرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح للاستعمال، وهو من الحقوق المجردة: "وبيع المسيل لا يجوز، لأنه مجهول فإن كان مسيل ماء الميزاب فذلك يختلف بقله المطر وكثرتة، والضرر بحسبه يختلف، وإن كان مسيل ماء الوضوء فذلك يختلف أيضا بقله الحاجة إليه وكثرتها"(2).

ويقول في بيع حق الشرب، أي الحق في نوبة الانتفاع بالماء للزراعة أو الدواب، وهو أيضا من الحقوق المجردة: "ولو صالحه على شرب نهر شهرا لم يجز؛ لأن بيع الشرب بدون الأرض غير جائز، فكذلك الصلح عليه؛ لأن ما هو المقصود يختلف بقله الماء وكثرتة، وجريان أصل الماء في النهر على خطر، ومقداره غير معلوم ولو صالحه على أن يسيل ماء فيها لم يجز"(3). مناقشة الدليل الخامس: ونوقش هذا الدليل: أن الغرر والجهالة في ذلك يسير، لا تفسد به المعاوضة، وعلى فرض كونه كثيرا، فإن ذلك يغتفر مع مسيس حاجة الناس إليها، ولذلك نظائر في الشريعة، فقد أجمع العلماء على جواز دخول الحمام بالأجرة مع اختلاف الناس في استعمالهم الماء وفي قدر مكنتهم، وأجمعوا على جواز الشرب من السقاء بالعوض مع جهالة قدر المشروب واختلاف عادة الشاربين (4).

(1) رواه البخاري في كتاب المظالم والغصب، باب: لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه في جداره، حديث رقم: (2331)، ومسلم في المساقاة، باب غرز الخشب في جدار الجار، حديث رقم: (1609)، وأحمد في المسند، مسند أبي هريرة - رضي الله عنه - حديث رقم: (7154).

(2) المبسوط، 154/20.

(3) المصدر السابق.

(4) نقل الإجماع على ذلك الإمام النووي في شرحه على مسلم، 156/10.

قال الإمام النووي: " قال العلماء: مدار البطلان بسبب الغرر، والصحة مع وجوده على ما ذكرناه، وهو أنه إذا دعت الحاجة إلى ارتكاب الغرر ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة، أو كان الغرر حقيراً جاز البيع، وإلا فلا " (1).

وقال ابن تيمية: " وبيع الغرر نُهي عنه لأنه من نوع الميسر الذي يفضي إلى أكل المال بالباطل فإذا عارض ذلك ضرر أعظم من ذلك أباحه دفعا لأعظم الفسادين باحتمال أدناهما " (2).

وجاء في أسنى المطالب شرح روض الطالب: " جوز الشافعي ذلك في حقوق الأملاك كحق المرور ومجرى الماء لمسيب الحاجة كما جوز العقد على المنافع، وإن كانت معدومة للضرورة إرفاقاً بالناس " (3).

الدليل السادس: أن هذه الحقوق لعدم استقرارها في محلها، لم يكن ملكها شبيهاً بملك المنفعة المستقرة في محل، فلم تقبل أن تقوم بالعقد، كما تقومت بالمنفعة بالعقد عليها في عقد الإجارة (4).

مناقشة الدليل السادس: ونوقش هذا الدليل بأن اشتراط الاستقرار في محل لا تأثير له، إذ إن مدار الحكم على التقوم، فمادام الحق متقوماً، فلا أثر لاستقراره في محل معين من عدمه.

الدليل السابع: أن الاعتياض عن هذه الحقوق بمال داخل في الرشوة المحرمة، قال في مجمع الأنهر: في التعليل للمنع من الاعتياض عن حق الشفعة " لأن حق الشفعة لم يكن متقوماً في المحل وهو مجرد التملك الغير المتقوم فيكون المأخوذ رشوة " (5).

مناقشة الدليل السابع:

ونوقش هذا الدليل بأن الرشوة هي ما أعطي لإبطال حق أو إحقاق باطل، والاعتياض عن هذه الحقوق ليس كذلك إذ إنها ثابتة لأصحابها فليس ثمة ما يمنع من الاعتياض عنها (6).

ثانياً: أدلة المذهب الثاني [المتوسعون في الاعتياض عن الحقوق المجردة] استدلت أصحاب هذا المذهب بما يلي:

الدليل الأول: الأصل في المعاملات الإباحة (7).

فالأصل المعول عليه في سائر العقود والمعاملات أنها على الإباحة حتى يثبت من أدلة الشرع ما يخرجها عن هذا الأصل إلى ما سواه كالتحريم والكراهة.

(1) المجموع شرح المهذب 311/9.

(2) مجموع الفتاوى 483/29.

(3) أسنى المطالب شرح روض الطالب 222/2.

(4) ينظر: أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الحفيف ص 33.

(5) مجمع الأنهر 2 / 483.

(6) ينظر رد المختار على الدر المختار 520/4.

(7) ينظر: إعلام الموقعين 340/2، قال ابن رجب: " وقد حكى بعضهم الإجماع على ذلك " ينظر جامع العلوم والحكم الناشر: دار المعرفة - بيروت، الطبعة الأولى، 1408هـ، ص 283.

وقد دلَّ على هذا الأصل الكتاب، والسنة والنظر الصحيح:

أولا من الكتاب:

1. قول الله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (المائدة:1).

وجه الاستدلال من الآية: أن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود مطلقا دون استثناء.

وهذا يشمل كل تعاقد خلا من المخالفات الشرعية؛ فدَلَّ ذلك على أن الأصل في المعاملات الإباحة لا الحظر.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية في بيان ذلك: "قد جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود، وبإداء الأمانة ورعاية ذلك، والنهي عن الغدر ونقض العهود والخيانة، والتشديد على من يفعل ذلك، ولو كان الأصل فيها الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع لم يجز أن يؤمر بها مطلقا ويذم من نقضها وغدر مطلقا"⁽¹⁾.

2. قول الله تعالى (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) (البقرة: 275). وجه الاستدلال: أن (أَلَّ) في كلمة (الْبَيْعَ) تفيد العموم، فهي

تشمل أي بيع. وفي هذا يقول الإمام الشافعي: " فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا إلا ما نهي عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم منها، وما كان في معنى ما نهي عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم محرم "⁽²⁾.

3. قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) (النساء: من الآية 29). قال أبو بكر الجصاص: "اقتضت الآية إباحة سائر التجارات الواقعة عن تراض. والتجارة اسم واقع على عقود المعاوضات المقصود بها طلب الأرباح"⁽³⁾.

4. قوله تعالى: (وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ) (الأنعام: 119).

وجه الاستدلال: أن كل ما لم يبين الله ولا رسوله -صلى الله عليه وسلم- تحريمه من العقود والشروط، فلا يجوز تحريمها، "فإن الله سبحانه قد فصل لنا ما حرم علينا، فما كان من هذه الأشياء حراما، فلا بد أن يكون تحريمه مفصلا، وكما أنه لا يجوز إباحة ما حرمه الله، فكذلك لا يجوز تحريم ما عفا عنه ولم يحرمه"⁽⁴⁾.

ثانيا من السنة: وأما السنة: فأحاديث كثيرة تدل على أن الأصل في المعاملات هو الحل، لعل من أبرزها:

(1) الفتاوى الكبرى 86/4.

(2) الأم 3/3.

(3) أبو بكر بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن للجصاص (بيروت، دار الفكر، بدون رقم طبعة أو تاريخ نشر)، 2/ 245 بتصرف يسير.

(4) إعلام الموقعين 383/1.

1. قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: "إن الله فرض فرائض، فلا تضيعوها، ونهى عن أشياء فلا تنتهكوها، وحدّ حدوداً فلا تعتدوها، وسكت عن أشياء من غير نسيان فلا تبحثوا عنها"(1).
2. قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: "الحلال ما أحلّ الله في كتابه، والحرام ما حرم الله في كتابه، وما سكت عنه، فهو مما عفا عنكم"(2). قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "قوله [وما سكت عنه فهو مما عفا عنه] نص في أن ما سكت عنه فلا إثم عليه فيه(3).
3. قوله - صلى الله عليه وسلم -: " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا "(4).

ثالثا: النظر الصحيح:

وأما النظر الصحيح: فالناس لا غنى لهم عن المعاملات والعقود التي يحتاجون إليها، والشريعة لا تمنع شيئاً فيه مصلحة، فتكليفهم طلب الدليل لكل ما يتعاملون به مما لا دليل على منعه، يتضمن تعطيل مصالح الناس وإلحاق المشقة والعنت بهم.

، يقول الإمام الجويني: " وليس لهم من العقود بد، ووضوح الحاجة إليها - أي إلى إباحة العقود التي ليس في الشرع تحريمها - يغني عن تكلف بسطٍ فيها، فليصدروا العقود عن التراضي، فهو الأصل الذي لا يغمض ما بقي من الشرع أصل، وليجروا العقود على حكم الصحة"(5)، وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: "والأصل في هذا أنه لا يحرم على الناس من المعاملات التي يحتاجون إليها إلا ما دل الكتاب والسنة على تحريمه"(6).

وإذا كان الأصل في المعاملات أنها على الإباحة حتى يرد الدليل الناقل، فإن ذلك يقتضي أن دعوى المنع من الاعتياض عن الحقوق ممنوعة، ما لم يقدّم دليل على ذلك، وهو هنا معدوم فثبت حكم الأصل بالجواز. الدليل الثاني: ما رواه أبو يوسف في كتاب الخراج عن أبي الزناد قال كتبت إلى عمر بن الخطاب في بحيرة يجتمع فيها السمك بأرض العراق أن يؤجر فكتب إليّ أن افعلوا(7).

(1) رواه الدارقطني بهذا اللفظ، في كتاب الرضاع حديث رقم (42) (183/4-184)

(2) رواه الترمذي بهذا اللفظ في كتاب اللباس - باب ما جاء في لبس الفراء -، رقم (1726)، (220/4)،

(3) الفتاوى الكبرى 367/1.

(4) رواه الترمذي في كتاب أبواب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس وقال هذا حديث حسن صحيح، حديث رقم: (1352).

(5) غياث الأمم في التياث الظلم، لأبي المعالي الجويني، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، بدون رقم طبعة، 2003م، ص 495.

(6) السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية لأحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، الناشر: دار المعرفة، بيروت، بدون رقم طبعة، 2005م، ص 211.

(7) الخراج لأبي يوسف، الناشر: دار الفارابي، بيروت، بدون رقم طبعة وبدون تاريخ، أثر رقم: (187).

فهذا نص في الاعتياض عن الحقوق، لأن التأجير وارد على حق الاصطياد، إذ لم يؤجر السمك أو الماء كما هو معلوم، كما يبيع له السمك في الماء لأنه من الغرر والجهالة فثبت أن المعاوضة هنا عن حق الاصطياد (1).

الدليل الثالث: القياس وبيانه من وجهين:

الوجه الأول: قياس الحقوق على الأعيان في جواز الاعتياض عنها بجامع المالية والتقوم في الكل، فإن الأعيان قد ثبت جواز التصرف فيها والاعتياض عنها بالنص والإجماع، ذلك أنها مما جرى عرف الناس على اعتبارها أموالاً متقومة، ومادام العرف نفسه قد شهد للحقوق باعتبارها أموالاً متقومة فإنه يثبت التصرف فيها والاعتياض عنها قياساً على الأعيان.

الوجه الثاني: قياس الحقوق على المنافع بجامع أن كلا منهما شيء غير مادي و له قيمة مالية يتمولها الناس.

الدليل الرابع: الاستدلال بدليل المصلحة المرسله:

ومن أدق ما قيل في تعريف المصلحة المرسله: تعريف شيخ الإسلام ابن تيمية حيث عرفها: بأن يرى المجتهد أن هذا الفعل يجلب منفعة راجحة وليس في الشرع ما ينفيه (2).

وأساس العمل بالمصلحة المرسله أن الشريعة الإسلامية قد جاءت لجلب مصالح العباد في المعاش والمعاد. وفي هذا يقول الشاطبي: "والشريعة ما وُضعت إلا لتحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل ودرء المفاسد عنهم" (3)

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "والقول الجامع أن الشريعة لا تهمل مصلحة قط" (4) ويقول ابن القيم: "الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها" (5).

وقد عمل الفقهاء من مختلف المذاهب بدليل المصلحة المرسله وفرعوا عليها أحكاماً، وما يقال إنها خاصة بمذهب مالك وأحمد فليس بصحيح، قال القرافي: "المصلحة المرسله في جميع المذاهب عند التحقيق لأنهم يقيسون ويفرقون بالمناسبات ولا يطلبون شاهداً بالاعتبار ولا يعني بالمصلحة المرسله إلا ذلك" (6)

ويقول الآمدي: " فلو لم تكن المصلحة المرسله حجة، أفضى ذلك أيضاً إلى خلو الوقائع عن الأحكام الشرعية لعدم وجود النص أو الإجماع أو القياس فيها" (7).

(1) ينظر: صناعة الفتوى وفقه الأقليات، للشيخ عبد الله بن بيه، ص 123.

(2) مجموع فتاوى شيخ الإسلام، 11 / 342.

(3) الموافقات 9/2.

(4) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، 11/344-345.

(5) إعلام الموقعين 3/3.

(6) شرح تنقيح الفصول في علم الأصول، لأبي العباس أحمد بن إدريس المالكي الشهير بالقرافي. الناشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة: الأولى، 1393 هـ - 1973 م، 446/1.

(7) الإحكام في أصول الأحكام لعلي بن محمد الآمدي أبو الحسن، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1404 هـ، 32/4.

ويقول الغزالي: " وإذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع فلا وجه للخلاف في اتباعها بل يجب القطع بكونها حجة" (1) .

والناظر إلى فقه الصحابة -رضي الله عنهم- يجد أنهم قد جروا في اجتهادهم على رعاية المصالح وبناء الأحكام عليها عند عدم النص فمن ذلك: جمع صحف القرآن في عهد أبي بكر في مصحف واحد، وجمع المسلمين في عهد عثمان، على مصحف واحد، وتضمين الصنّاع، وقتل الجماعة بالواحد، وتعريف لقطة الإبل الضالة، ومنع صرف الزكاة للمؤلفة قلوبهم وغير ذلك كثير مما هو معروف.

يقول صاحب التقرير والتحبير: مما يؤكد العمل بالمصالح المرسلّة أن الصحابة عملوا أموراً مطلقاً المصلحة، لا لتقديم شاهد بالاعتبار، نحو كتابة المصحف ولم يتقدم فيه أمر ولا نظير، وولاية العهد من أبي بكر لعمر رضي الله عنهما، ولم يتقدم فيها أمر ولا نظير، وكذلك ترك الخلافة شورى وتدوين الدواوين وعمل السكة للمسلمين واتخاذ السجن، فعمل ذلك عمر رضي الله عنه، وهذه الأوقاف التي بإزاء مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم والتوسعة بها في المسجد عند ضيقه فعله عثمان رضي الله عنه، وتجديد أذان في الجمعة بالسوق، وهو الأذان الأول فعله عثمان -رضي الله عنه- (2)

والصلة الوثيقة بين دليل المصلحة المرسلّة والاعتياض عن الحقوق؛ أن إجازة الاعتياض عن هذا الحقوق فيه مصلحة للناس وتيسير عليهم، وليس فيه مفسدة، فيكون مشروعاً ولو لم يرد فيه نص بعينه.

الدليل الخامس: أن هذه الحقوق ولو كانت مجردة، فهي مملوكة لأصحابها حقيقة، إذ الحق جوهره الاختصاص، والاختصاص هو جوهر الملك وحقيقته، وإذا كانت الحقوق داخلة في دائرة الملك، فإن حق الملكية يمنح صاحبه سلطات أو صلاحيات ثلاثاً هي الاستعمال والاستغلال والتصرف، وتعبير فقهاءنا: " التمكين من الانتفاع ". والتصرف يتناول التنازل عن الحق بعوض أو بغير عوض. وهذا يعني أن المعاوضة أثر الملك وثمرته (3).

الدليل السادس: العمل بدليل العرف والعادة (4)، حيث قد جرى العرف باعتبار هذه الحقوق أموالاً تجري المعاوضة فيها، والعرف يعدّ مصدراً تشريعياً تستنبط منه الأحكام، ما لم يتعارض مع نص أو إجماع وليس هناك نص أو إجماع يمنع من الاعتياض عن هذه الحقوق.

(1) المستصفي 179/1.

(2) شرح تنقيح الفصول في علم الأصول، 446/1، وينظر: التقرير والتحبير لابن أمير حاج، 286/3.

(3) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي بحث الدكتور وهبة الزحيلي، 3/ 2393.

⁴ قال السرخسي في المبسوط: " وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله أفق أن يبيع الشرب، وإن لم يكن معه أرض، للعادة الظاهرة فيه في بعض البلدان، وهذه عادة معروفة بنسب، قالوا المأجور الاستصناع للتعامل، وإن كان القياس يأباه فكذلك يبيع الشرب بدون الأرض " ينظر: المبسوط، 171/23.

ومن القواعد الشرعية أن " استعمال الناس حجة يجب العمل بها "(1)، وعليه فكل ما تعورف تداوله من أعيان ومنافع وحقوق يعتبر محلاً صالحاً للتعاقد عليه ككل مال متقوم.

وقد قرر العلماء أن العرف له أثره الكبير في خلع صفة المالية على الأشياء، وفي هذا يقول ابن عابدين: " المالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم " (2).

والعرف يتغير بتغير الزمان، فما كان نافها في زمان، قد يتغير العرف ويصبح مالا معتبراً في زمان وكثير من الأشياء لم يكن مالا مقوماً في غابر الأزمان، وقد أصبح اليوم مالا مقوماً تركز عليه ثروة البلاد

ثالثاً: أدلة المذهب الثالث [المتوسطون في جواز الاعتياض عن الحقوق المجردة]

استدل أصحاب هذا المذهب بنفس الأدلة التي ذكرها أصحاب المذهبين الأول والثاني، ولكن مع التوفيق بينها، حيث رأوا أن هذه الحقوق ليست نوعاً واحداً، بل هي -، كما سبق - أنواع مختلفة، وبعضها تنطبق عليه أدلة المانع من الاعتياض، وبعضها تنطبق عليه أدلة المميزين، مما ينبئ أن الاعتياض عن هذه الحقوق لا يمكن أن يقال فيه بالمتع بإطلاق أو الجواز بإطلاق، بل يحتاج إلى تفصيل وتوافر ضوابط تحقق صحة الاعتياض وتمنع المحظورات الشرعية، وسيأتي الحديث عن هذه الضوابط في ختام البحث.

وقد ظهر هذا المعنى واضحاً في الأبحاث التي قدمت لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الخامسة(3)، في موضوع "الحقوق المعنوية"؛ حيث أجاز أصحابها الاعتياض عن بعض هذه الحقوق دون بعض، وبضوابط وليس على الإطلاق.

وقد برز هذا المعنى أيضاً من خلال النقاشات العلمية التي دارت بين الباحثين(4)؛ ومن ذلك قول رئيس المجمع الشيخ بكر أبي زيد -رحمه الله- مداخلاً: (إن كان يُراد بحث بيع الحقوق المعنوية من حيث الأصل... فهذا شيء، أما إذا أردنا الدخول في التفاصيل والقضايا التي تنطلق من الحقوق المعنوية... فلا شك أن في بعض هذه المفردات أحكاماً تنفرد بها عن بعضها... وأحب أن أطرح هذا الشيء لإثارته... وأنه فرقٌ بين المبدأ العام.. وبين القضايا الأعيان التي تدخل في هذا(5). وظهر هذا جلياً في قرار المجمع، حيث اتخذ له عنوان: (قرار بشأن الحقوق المعنوية)، بينما في نص القرار حُذفت لفظة (الحقوق المعنوية) واستعيض عنها بالتنصيص على اعتبار ماليّة حقوق محددة هي: (الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية

(1) مجلة الأحكام: المادة 37.

(2) رد المختار: 501/4.

(3) المنعقدة في دولة الكويت، في الفترة من 1-1409/5/6هـ.

(4) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس (2521/3، 2524، 2527، 2536).

(5) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس (2521/3) بتصرف يسير.

والتأليف، والاختراع أو الابتكار (1)، كما ظهر أيضا في قرار مجمع الفقه الإسلامي بالهند(2)، حيث جاء فيه " لا بد من الرجوع إلى دور الإفتاء وأصحاب الفتوى في تعيين أنواع الحقوق الرائجة وتقسيم ما يجوز الاعتياض عنه منها وما لا يجوز".

الترجيح بين مذاهب العلماء في الاعتياض عن الحقوق المجردة

الراجح فيما يظهر للباحثين - والعلم عند الله تعالى - أن الراجح هو مذهب المتوسطين في الاعتياض عن هذه الحقوق، حيث أجازوا ما توفر فيه ضوابط معينة تنفي الغرر والتدليس، وتمنع تغيير الأوضاع الشرعية، والإضرار بالآخرين، وتحقيق مصلحة الفرد والمجتمع، ومنعوا ما سوى ذلك، والحجة في هذا الترجيح عدة أمور أوجزها فيما يلي:

أ. أدلة المانعين الذين يمنعون الاعتياض عن الحقوق المجردة جملة ليست قوية، وليست كافية في إثبات الحرمة، والأصل في المعاملات الإباحة.

ب. أساس المالية التي يثبت على إثرها إباحة الاعتياض أمران هما:

أن يكون الشيء له قيمة بين الناس.

أن تكون هذه القيمة ناتجة من أنه يُنتفع به انتفاعا مشروعاً، فلا قيمة في نظر الشريعة لأية منفعة غير مشروعة.

والمال على الصحيح - كما تقدم - هو كل: " ما كان له قيمة مادية بين الناس، وجاز شرعا الانتفاع به في حال السعة والاختيار".

وعلى هذا فالحقوق المجردة التي لها قيمة مادية عند الناس وينتفع به انتفاعا شرعيا داخلية في مسمى المال، وبالتالي يباح الاعتياض عنها كما هو الشأن في الأموال.

ج. أن التعامل فيما توافر فيه الضوابط الشرعية من هذه الحقوق قد شاع بين الناس وجرى عليه العرف، والمعروف عند الفقهاء أن العرف معتبر، وإن في اعتباره رفعا للحرج. يقول الشيخ مصطفى الزرقا: "إن النظر في نصوص الفقهاء يبنى بأن العرف العملي في ميدان الأفعال العادية والمعاملات المدنية، له السلطان المطلق والسيادة التامة في فرض الأحكام وتقييد آثار العقود وتحديد الالتزامات على وفق المتعارف، وذلك في كل موطن لا يصادم فيه العرف نصا تشريعيًا، فالعرف عندئذ يعد مرجعا ومنبعا للأحكام، ودليلا شرعيا عليها حيث لا دليل سواه من النصوص التشريعية الأساسية، فقد قال الإمام السرخسي في "المبسوط": "والثابت بالعرف كالثابت بالنص"(3).

د. أن علماء الحنفية فيما يظهر لي لم يمنعوا من بيع الحقوق المجردة لأجل ما فيها من التجرد عن الأعيان إنما منعوا من ذلك لما رأوا فيها من غرر وجهالة كلالزم من لوازم هذا التجرد في نظرهم. ولذا جاء في بيع حق المرور عندهم روايتان:

(1) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس (2581/3).

(2) المنعقد في يونيو 1990 م، قرار مجمع الفقه الإسلامي (الهند) قرار رقم (4).

(3) المبسوط 4/9.

- رواية الزيادات: لا يجوز بيع حق المرور.

- رواية كتاب القسمة: يجوز بيع حق المرور.

وقد رجّح ابن عابدين - وعليه الفتوى - رواية الجواز، بل ذكر أنها ترجيح عامة المشايخ من الحنفية، فقال:

"قوله: وبه أخذ عامة المشايخ... قال السائحان: وهو الصحيح، وعليه الفتوى " مضمرة " . والفرق بينه وبين حق التعلي، حيث لا يجوز، هو أن حق المرور حق يتعلق برقبة الأرض، وهي مال هو عين، فما يتعلق به له حكم العين. أما حق التعلي فمتعلق بالهواء، وهو ليس بعين مال" (1).

فلو كان (التجريد) أي كون الحق مجرداً علة في المنع من البيع لما جاز أن يبيع حق المرور من الأرض؛ ذلك أنه حق مجرد حتى في حال تعلقه بالعين في مسألتنا، ويؤكد ذلك أن العلامة الفقيه المرغيناني ذكر في منع بيع حق التسييل، أن العلة في المنع من بيعه أن المحل - أي محل التسييل - مجهول (2)، لا لأنه حق مجرد، وعلى ذلك فإن تم تعيين محل التسييل، بأن قيل مثلاً: " إن حدوده كذا وكذا " فقد ارتفعت الجهالة وجاز بيع حق التسييل.

ومما يدل أيضاً على عدم اعتبار (التجريد) علة في منع البيع؛ أن بعض الحنفية أفتى بجواز بيع (حق الشرب) وإن لم يكن معه أرض من الأصل، وهو قول انتشر على أساس العادة الظاهرة في بعض البلدان إلا أنه خلاف ظاهر الرواية والمعتمد كما ذكره ابن عابدين في الحاشية.

قال السرخسي: " وبعض المتأخرين من مشايخنا - رحمهم الله - أفتى أن يبيع الشرب وإن لم يكن معه أرض للعادة الظاهرة فيه في بعض البلدان، وهذه عادة معروفة بنسف (3)

فكل ذلك يدل على عدم اعتبارهم (التجريد) بذاته علة لمنع بيع الحق، بل لما ظنوه فيه من غرر وجهالة لازمة من هذا التجريد، ولذا فإذا تحقق ضبط الحق المجرد ضبطاً ينتفي فيه الغرر والجهالة، كان ذلك مقتضياً للقول بجواز بيعه (4) والله أعلم.

موقف القانون المدني المصري من الاعتياض عن الحقوق المجردة: يتفق القانون بشكل عام مع الفقه الإسلامي في إجازة الاعتياض عن الحقوق التي أصبح لها في العرف المعاصر منفعة مادية معتبرة مثل العلامة التجارية والرخصة التجارية والسجل التجاري وامتيازات التنقيب عن النفط والغاز ونحو ذلك، بيد أن المتأمل في القانون المدني المصري يجد أنه يغلب عليه التوسع

(1) رد المختار 80/5، وينظر: فتح القدير لابن الهمام، 429/6، المبسوط، 14/135-136.

(2) ينظر: الهداية، 3/162.

(3) (نَسَف) "بفتح أوله وثانيه ثم فاء: هي مدينة كبيرة كثيرة السكان بين جيحون وسمرقند، خرج منها جماعة كثيرة من أهل العلم في كل فن" ينظر: معجم البلدان، لياقوت الحموي، الناشر: دار صادر، بيروت، الطبعة: الثانية، 1995 م، 5/285.

(4) ينظر: رد المختار، 80/5.

في الاعتياض عن الحقوق المجردة إلى حد بعيد يتجاوز ما ذهب إليه الفقهاء المتوسعون في الاعتياض عن هذه الحقوق، حتى قد يجيز ويسمح بما لا يجوز شرعا بالاتفاق.

فإذا كان الراجح في الفقه الإسلامي هو المنع من الاعتياض عن حق الشفعة، فإن القانون المدني لا يمنع من التنازل عن حق الشفعة بمقابل مالي؛ فنصت المادة 948 على أن الحق في الأخذ بالشفعة يسقط في الأحوال الآتية: "إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع"، فهذا النص العام يفهم منه أن حق الشفعة يسقط، بمجرد تنازل الشفيع، سواء كان التنازل بمال أو غير مال، ولذا علق على ذلك الدكتور عبد الحميد الشواربي بقوله: "النزول تصرف قانوني قد يقع بمقابل أو بغير مقابل"⁽¹⁾

ويقول الدكتور كامل مرسي في شرح القانون المدني: "الاستشفاع - حق الشفعة - حق من هذه الحقوق، توافرت فيه عناصر المالية، النفع والتقوم والقابلية للاستئثار، فوجب اعتباره مالا"⁽²⁾.

إلا إن القانون لا يقف عند هذا الحد، بل يذهب بعيدا ليحيز ما فيه غرر، فإنه يجيز اعتياض الورثة عن حقهم في تركة مورثهم في حياته قبل موته كما سيأتي قريبا عند الحديث على الضوابط. كذلك يجيز ما فيه ربا كما في عقود الاختيارات.

المبحث الخامس: الضوابط الجامعة للاعتياض عن الحقوق المجردة

لم يعتن الفقهاء - حسب تتبعي - بوضع ضوابط عامة لما يصح الاعتياض عنه من الحقوق المجردة مما لا يصح، وسواء في ذلك، علماء المالكية القائلون بجواز الاعتياض عن بعض أنواع هذه الحقوق أو غيرهم، حتى قال العلامة الشيخ علي الخفيف: "جواز الاعتياض عن بعض الحقوق وعدم جوازه لا يرجع في الفقه الإسلامي إلى ضابط عام واضح الحدود، وإنما يختلف الحكم باختلاف الحقوق، واختلاف الأعراف، حتى كان لكل حقٍ حكمٌ لا يستند فيه إلى أصلٍ عام، فاختلقت لذلك الآراء"⁽³⁾.

وقال العلامة تقي الدين العثماني: "ولو استقصينا ما كتبه الفقهاء في هذا الباب لوجدنا أن أنواع الحقوق كثيرة، وعبارات الفقهاء فيها مختلفة، ولم أظفر بعد بكلمة جامعة تشمل جميع أنواع الحقوق، وتوضح الضابط الذي يمكن أن تبني عليه المسائل في الموضوع، فنحتاج أن نستخرج الضوابط في هذا الباب من دلائل القرآن والسنة والجزئيات المبعثرة في كتب الفقه والتي يمكن أن تصير نظائر لما نحن بصدده..."⁽⁴⁾.

(1) عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة في ضوء الفقه والقضاء (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، بدون رقم طبعة، وبدون تاريخ)، ص 197.

(2) كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد (القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية، 1953م، بدون رقم طبعة)، 13/3.

(3) الملكية في الشريعة الإسلامية (ص 58).

(4) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، (3/2357-2358)، وقد انتهى إلى بعض ما انتهت إليه من الضوابط.

وإذا كان هذا هو قول هذين العالمين الجليلين، فإنني أحمد الله على ما يستر من فضله، إذ إنه من خلال ما تقدم من التعريف بجوهر الحق، واستعراض مذاهب العلماء في الاعتياض عن الحقوق المجردة، والترجيح بينها، يمكن أن أخلص إلى الضوابط التالية:

- أن يكون هذا الحق قائماً على اختصاص، لا من قبيل الإباحات العامة.
- أن يكون الحق قابلاً للاعتياض عنه شرعاً.
- أن يكون الحق ثابتاً في الحال لمن يريد الاعتياض عنه.
- أن يكون الحق مالا شرعاً، يسلك به في العرف التجاري مسلك الأموال.
- أن يكون الحق ثابتاً لصاحبه أصالة، لا لدفع الضرر عنه فقط.
- أن يكون الحق قابلاً للانتقال من واحد إلى آخر.
- أن يكون الحق منضبطاً بالوصف، ولا يستلزم غرراً أو جهالة.
- أن يكون الحق حقاً خالصاً لمن يريد الاعتياض عنه وليس من حقوق الله تعالى.
- ألا يترتب على الاعتياض عن الحق الوقوع في محذور شرعي كالقمار ونحوه.

وفيما يأتي تفصيل ذلك:

الضابط الأول: أن يكون هذا الحق قائماً على اختصاص، لا من قبيل الإباحات العامة: هذا الضابط للتفريق بين الحق الذي تجوز المعاوضة فيه، وما قد يلتبس به من الإباحات، فالحق الذي تتأني فيه المعاوضة هو ما كان منطويًا على مصلحة أو ميزة خاصة بصاحبها على سبيل الانفراد والاستثناء وممنوعة من غيره.

فإن لم يكن هناك اختصاص بأحد، وإنما إباحة كما في إباحة السكنى في بيوت الأوقاف لمن قام به وصف معين، كطلب العلم أو الفقر أو السفر واجتياز السبيل، فمثل تلك السكنى لا يجوز لواحد من هؤلاء أن يعتاض عنها؛ لأن كل ما له فيها مجرد الإذن بأن يسكن عند تحقق شرط الواقف، فلا يملك أخذ العوض مقابل التنازل عن ذلك (1).

يقول القرابي في الفروق في الفرق بين قاعدة تملك الانتفاع وبين قاعدة تملك المنفعة: "تمليك الانتفاع نريد به أن يباشر هو بنفسه فقط، وتمليك المنفعة هو أعم وأشمل، فيباشر بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة، وبغير عوض كالعارية.

(1) ينظر: أنوار البروق في أنواع الفروق، 3/ 215، 216.

مثال الأول سكنى المدارس والرباط والمجالس في الجوامع والمساجد والأسواق ومواضع النسك كالمطاف والمسعى ونحو ذلك، فله أن ينتفع بنفسه فقط، ولو حاول أن يؤجر بيت المدرسة، أو يسكن غيره أو يعاوض عليه بطريق من طرق المعاوضات، امتنع ذلك وكذلك بقية النظائر المذكورة معه.

وأما مالك المنفعة فكمن استأجر داراً أو استعارها، فله أن يؤجرها من غيره أو يسكنه بغير عوض ويتصرف في هذه المنفعة تصرف المالك في أملاكهم" (1)،

الضابط الثاني: أن يكون الحق قابلاً للاعتياض عنه شرعاً: فليس كل الحقوق قابلة للاعتياض عنها شرعاً (2)، إذ يشترط للاعتياض عن الحق ألا يترتب على الاعتياض عنه - سواء أكان إسقاطاً بعوض أو نقلاً للحق للغير - تغيير لأحكام شرعية، لما في ذلك من مناقضة الشرع ومضاداته، ومن الأمثلة على ذلك: اعتياض المشتري عن حق خيار الرؤية في بيع العين الغائبة (3)، فهذه الحقوق ثبتت بالشرع لا باختيار المكلفين، وصار حكماً شرعياً لتحقيق مصلحة العباد، فلا يجوز التراضي على إسقاطه بعوض أو بغير عوض، وليس لأحد من الناس تغييره، لأن كل ما أدى إلى تغيير الشرع فهو باطل (4).

الضابط الثالث: أن يكون الحق ثابتاً في الحال لمن يريد الاعتياض عنه: فإذا كان الحق متوقفاً في المستقبل، فلا يصح الاعتياض عنه، لأنه معدوم وقت العقد وقاعدة الشريعة: عدم صحة الاعتياض عما كان كذلك لما فيه من الغرر الكبير، جاء في بدائع الصنائع: "وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع (منها): أن يكون موجوداً فلا ينعقد بيع المعدوم" (5).

وتنص المادة 304 من كتاب مرشد الحيران (6) على أنه لا يصح أن يكون الشيء المعدوم الذي سيوجد في المستقبل محلاً للعقد المتقدم ذكره، إلا السلم بشرائطه.

ولذلك لا يصح اعتياض الورثة عن حقهم في تركة مورثهم في حياته قبل موته، لأن هذا الحق قد يثبت وقد لا يثبت، وكذلك لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المتنازع فيها قبل حكم المحكمة وثبوتها لمن هي له، خلافاً لما ذهب إليه القانون، يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري في بيع الحقوق المتنازع فيها: "الحق المتنازع فيه حق محتمل الوجود وهو بهذا الوصف يجوز بيعه، والبيع

(1) أنوار البروق في أنواء الفروق، 187/1.

(2) ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 201/1، المجموع شرح المهذب، 362/9، المبسوط 165/13، المنشور في القواعد، 54/2، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 457/2، الفقه الإسلامي وأدلته 2847/4 وما بعدها. الموسوعة الفقهية، 249/4: 250.

(3) خيار الرؤية: هو أن يكون للمشتري الحق في إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية المعقود عليه، إذا لم يكن رآه عند إنشاء العقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه عادة. فبسبب هذا الخيار: عدم رؤية محل العقد حين التعاقد أو قبله، فإذا كان قد رآه سقط خياره.

وثبت هذا الخيار عند القائلين به بحكم الشرع من غير حاجة لاشتراطه في العقد، بخلاف خيار الشرط والتعيين، فإنهما مشروطان في العقد

(4) ينظر: أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي، للدكتور أحمد صويحي شليبيك، ص 195.

(5) بائع الصنائع للكاساني، 138/5.

(6) مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان لقدري باشا مط الأُميرية بالقاهرة المادة 304.

يصبح في هذه الحالة عقدا احتماليا، فإذا ثبت الحق المبيع للبائع انتقل إلى المشتري بعقد البيع، وإن لم يثبت، فقد ضاع على كل من البائع والمشتري. فالمشتري الذي يقدم على شراء حق متنازع فيه، إنما يخاطر بما يبذله من ثمن⁽¹⁾.

وواضح هنا أن بيع هذا الحق وإن جوزه القانون فهو من الغرر الذي حرّمته الشريعة.

الضابط الرابع: أن يكون الحق مالا شرعا، يسلك به في العرف التجاري مسلك الأموال: فلا بد أن يكون الحق مالا في نظر الشرع واعتباره، إذ المالية والتقويم الشرعي شرط في صحة المعاوضة باتفاق الفقهاء⁽²⁾ ويتحقق ذلك بأن يكون متعلق الحق ومجال استعماله نفعاً مباحاً فإذا لم يكن كذلك، فلا يجوز الاعتياض عنه. وذلك كحق الترخيص في افتتاح الخمارات، أو صالات الرقص، أو نوادي القمار، أو بيوت دعارة... الخ. وكذلك يشترط في الحق الذي يعتاض عنه أن يكون العرف قد جرى باعتباره مالا شأنه في ذلك شأن الأعيان والأموال. وهذا القيد في الحقيقة ليس إلا تأكيداً وبياناً لشرط المالية، إذ إنها لا تثبت إلا بجريان العرف باعتبارها، وفي هذا يقول ابن عابدين: "المالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم"⁽³⁾.

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "والمنفعة التي لا قيمة لها في العادة - والحق في ذلك مثل المنفعة تماماً - بمنزلة الأعيان التي لا قيمة لها، لا يصح أن يرد على هذه عقد إجارة ولا على هذه عقد بيع بالاتفاق، كالاتفال والاستضاءة من بعد"⁽⁴⁾.

والعرف يتغير بتغير الزمان، فما كان تافهاً في زمان، قد يتغير العرف ويصبح مالا معتبراً في زمان آخر، وكثيراً من الأشياء مما لم يكن مالا مقوماً في غابر الأزمان، قد أصبح اليوم مالا من أنفس الأموال.

الضابط الخامس: أن يكون الحق ثابتاً لصاحبه أصالة، لا لدفع الضرر عنه فقط: يرى جمهور الفقهاء «الحنفية والشافعية والحنابلة» أنه لا يجوز الاعتياض عن الحقوق التي تثبت لإزالة الضرر، بينما يجوز ذلك عند المالكية.

وما ذهب إليه جمهور العلماء هو الراجح لأن هذه الحقوق شرعت لدفع الضرر وهذا لا يحصل إلا باستعمال الحق نفسه، ولم تشرع للاسترباح والاستغلال؛ فليس لصاحب الحق إلا استعماله أو تركه⁽⁵⁾.

كما أن هذا الحق لم يكن ثابتاً لصاحبه أصالة، وإنما ثبت له لدفع الضرر عنه، فإن رضي بإعطائه لغيره، أو تنازل عنه لآخر، ظهر أنه لا ضرر له عند عدمه، فيرجع الأمر إلى الأصل، وهو عدم ثبوت الحق له.

(1) شرح القانون المدني، 194/9.

(2) المبسوط، 25/13، حاشية العدوي، 5/230، الأم، 63/5، كشاف القناع، 152/3.

(3) رد المحتار، 501/4.

(4) مجموع الفتاوى، 305/30.

(5) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة للشيخ الزرقا، ص138.

فالشفعة مثلا إذا تنازل عنها الشفيع، ظهر أنه لا ضرر عليه في البيع الذي كان سببا لثبوت حقه، فانتفى حقه في نقض ذلك البيع، ولا يجوز إذن أن يأخذ على ذلك مالا (1).

والتفرقة في جواز الاعتياض بين ما ثبت لصاحبه أصالة، فيباح وبين ما ثبت لدفع الضرر فيمنع، هو ما رجحه العلامة ابن عابدين (2).

الضابط السادس: أن يكون الحق قابلا للانتقال من واحد إلى آخر: تنقسم الحقوق من حيث قابليتها شرعا للانتقال للغير إلى نوعين:

حقوق تقبل الانتقال مثل أكثر الحقوق المجردة.

حقوق لا تقبل الانتقال، وذلك مثل الحقوق التي ترتبط بشخص الإنسان وذاته.

والعلة في منع الشارع من نقل هذه الحقوق إلى الغير، أنه إنما أثبتتها لشخص مخصوص بصفة مخصوصة، متى تنتف هذه الصفة تنعدم الحقوق، ولذلك لا يجوز الاعتياض عنها، ومن الأمثلة على ذلك:

- الحق في الولاء (3)، فلا يجوز الاعتياض عنه، لقوله -صلى الله عليه وسلم- "الولاء لحمة كلحمه النسب لا يباع ولا يوهب" (4).

- حق النسب - كما في الحديث السابق - وهو أن يبيع شخص ما اسمه لشخص آخر ليستفيد بهذا النسب لمبررات معينة قد يراها في ذاته أنها مسوغ لهذا التصرف،

- حق ولاية النكاح فلا يجوز للولي أن يسقط هذا الحق أو ينقله إلى غيره بعوض أو بغير عوض (5).

- الحق في نسبة الكتاب إلى صاحبه، كأن يؤلف شخص ما كتاباً أو رسالة، ثم ينسبها إلى شخص آخر ليستفيد بها، أو ليحتر من ورائها شيئاً آخر، كشهادة أو مسوغ آخر من المسوغات المادية، فهذه ولا شك من الحقوق التي لا تقبل النقل، لأنها تعدّ من التزوير في الحقائق.

الضابط السابع: أن يكون الحق منضبطاً بالوصف، بحيث ينتفي عنه الغرر والجهالة: يشترط في الحق أن يكون منضبطاً بالضوابط العامة التي يجب توافرها في محل العقد، بحيث ينتفي عنه الغرر المؤثر والجهالة الفاحشة.

(1) بحوث في قضايا فقهية معاصرة، لمحمد تقي العثماني، دار النشر: دار القلم - دمشق، الطبعة: الثانية، 1424هـ - 2003م، ص 81.

(2) ينظر رد المحتار، 520/4.

(3) بفتح الواو والماء. قال في النهاية: يعني ولاء العتق وهو إذا مات المعتق ورثه معتقه أو ورثة معتقه كانت العرب تبعه وتحمه، فنهى عنه لأن الولاء كالنسب فلا يزول بالإزالة، ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر، لأبي السعادات المبارك بن محمد الجزري، الناشر: المكتبة العلمية، 5/510.

(4) رواه ابن حبان في صحيحه الناشر مؤسسة الرسالة - بيروت، برقم (4950)، والحاكم في المستدرک، الناشر دار الكتب العلمية - بيروت، برقم (7990)، والبيهقي في السنن الكبرى، برقم: (21222)، وصححه الألباني في إرواء الغليل، 109/6، وهو في صحيح الجامع برقم: (7157).

(5) المنشور في القواعد، 54/2.

ولذلك لا يجوز مثلاً الاعتياض عن حق التعلي، دون أن ينضبط بوصف يمنع الغرر والجهالة، فقد يؤدي ذلك إلى بناء عدد من الطوابق لا يحتملها المبنى الذي تبنى عليه، يقول الدردير رحمه الله في شرحه الكبير. " (وجاز) بيع (هواء) بالمد، أي فضاء، (فوق هواء) بأن يقول شخص لصاحب أرض: بعني عشرة أذرع مثلاً .. (إن وصف البناء) الأسفل والأعلى لفظاً أو عادة، للخروج من الجهالة والغرر " (1).

ومن أمثلة الحقوق التي يدخلها الغرر والجهالة بحيث يمتنع الاعتياض عنها: الاسم التجاري إذا تم بيعه أو تأجيره دون أي التزام من البائع بتقديم خبرة أو الكشف عن أسرار الصناعة، وتكون الفائدة المرجوة للمشتري من ذلك رواج سلعة تحت هذا الاسم، فالحق بهذه الكيفية منطوق على غرر بالغ فيما يتعلق بالصلة بين المشتري والبائع، ومنطوق على التدليس والخداع فيما يتعلق بالصلة ما بين المشتري وعمامة الناس الذين سيتحولون إليه، بحثاً عن الجودة التي آل إليه شعارها (2).

الضابط الثامن: أن يكون الحق حقاً خالصاً لمن يريد الاعتياض عنه، وليس من حقوق الله تعالى:

فإذا كان الحق ليس كذلك، فلا يصح الاعتياض لأنه يتضمن الاعتياض عن حق الغير. سواء أكان الغير هو الشارع -جل وعلا - أو أحد المكلفين.

فإذا أخذ رجل زانيا أو سارقاً أو شارب خمر وأراد أن يرفعه إلى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال ليترك ذلك فالصالح باطل. وله أن يرجع عليه بما دفع إليه من المال، لأن الحد حق الله تعالى، والاعتياض عن حق الغير لا يجوز (3).

وإذا ادعت الزوجة المطلقة على زوجها بأن هذا الصبي هو ولد الزوج، وأنكر الزوج دعواها وصالح المدعية عن دعوى النسب على مال كان الصالح باطلاً، لأن النسب حق الصبي، وليس حق المدعية حتى يحق لها الاعتياض عنه (4).

كذا لو كان لرجل ظلة أو كنيف على طريق العامة، فخاصمه رجل على نقضه فصالحه على شيء كان الصالح باطلاً، لأن الحق في الطريق النافذ لجماعة المسلمين، فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد (5).

(1) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، 14/3، وينظر: الشرح الصغير مع حاشية الصاوي، 30/3.

(2) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، بحث " الحقوق المعنوية، حق الإبداع العلمي وحق الاسم التجاري " للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، العدد الخامس، 1409هـ..

(3) العناية شرح الهداية، 418/8.

(4) ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 12/4.

(5) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، 37/5.

الضابط التاسع: ألا يترتب على الاعتياض عن الحق الوقوع في محذور شرعي كالربا ونحوه: فمتى أدى الاعتياض عن الحق إلى محذور شرعي، كالوقوع في الربا، أو الغش أو الميسر، منع منه لعموم الأدلة الدالة على تحريم ذلك، ومن أمثلة ذلك بيع الاختيارات، (Options) (1).

وفي ختام هذه الضوابط نسوق قرار مجمع الفقه الإسلامي والذي جاءت فيه الإشارة إلى بعض هذه الضوابط. جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي (الهند) قرار رقم (4) السؤال: هل يجوز الاعتياض عن الحقوق التي لم تشترع إلا لدفع الضرر عن أصحابها؟

الجواب: هذا الملتقى المنعقد في يونيو 1990 م، بعد كثير من الدراسة والنقاش في قضية بيع الحقوق اتخذ هذه القرارات:

أ - إن شرط المال في المبيع شرط جوهري

ب - لم تعين النصوص الشرعية حقيقة المال والمالية تبنى على أعراف كل عصر وبلد إذا لم تكن الأعراف متعارضة مع الشرع

ج - لا يجوز الاعتياض عن الحقوق التي لم تشترع أصالة، بل لدفع الضرر عن أصحابها كحق الشفعة.

د - الحقوق التي لم تثبت من النصوص الشرعية، ولكنها تعلقت بها المنفعة المالية، وشاع تداول الاعتياض عنها في الأعراف،

ولم تكن مجرد دفع الضرر عن أصحابها، ولا تتعارض مع المصالح الشرعية ومقاصدها العامة يجوز الاعتياض عنها

هـ - لا بد من الرجوع إلى دور الإفتاء وأصحاب الفتوى في تعيين أنواع الحقوق الرائجة وتقسيم ما يجوز الاعتياض عنه منها وما لا يجوز.

أهم نتائج البحث

- الاعتياض في اللغة والاصطلاح الشرعي، والقانوني، بمعنى واحد، وهو عبارة عن عملية مبادلة، يعطي فيها كل واحد من المتبادلين عوض ما يأخذ.

- الاعتياض عن الحقوق يتم من خلال ثلاثة طرق: بيع وإجارة وإسقاط (تنازل).

- جوهر الحق الاختصاص أي كونه ميزة مقصورة على صاحبه دون غيره. وبذلك تخرج الأشياء التي لا اختصاص فيها، وإنما هي من قبيل الإباحات العامة.

- الحقوق التي قد أصبح لها في العرف المعاصر منفعة مادية معتبرة، وجرى العرف بالاعتياض عنها، تعدّ أموالاً محترمة شرعاً، ولا يجوز الاعتداء عليها.

(1) للتوسع حول عقود الاختيارات ينظر: حسام الدين خليل، عقود الاختيارات في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، مجلة وحدة الأمة، العدد 8 - 25 يونيو - 2017.

- يغلب على القانون المدني المصري التوسع في الاعتياض عن الحقوق المجردة إلى حد بعيد يتجاوز ما ذهب إليه الفقهاء المتوسعون في الاعتياض عن هذه الحقوق، حتى قد يميز ويسمح بما لا يجوز شرعا بالاتفاق مما فيه ربا أو غرر.
- توصل الباحث إلى أنه يشترط لجواز الاعتياض عن الحقوق الضوابط التالية:
- أن يكون هذا الحق قائما على اختصاص، لا من قبيل الإباحات العامة.
- أن يكون الحق قابلا للاعتياض عنه شرعا.
- أن يكون الحق ثابتا في الحال لمن يريد الاعتياض عنه.
- أن يكون الحق مالا شرعا، يسلك به في العرف التجاري مسلك الأموال:
- أن يكون الحق ثابتا لصاحبه أصالة، لا لدفع الضرر عنه فقط.
- أن يكون الحق قابلا للانتقال من واحد إلى آخر.
- أن يكون الحق منضبطا بالوصف، ولا يستلزم غررا أو جهالة.
- أن يكون الحق حقا خالصا لمن يريد الاعتياض عنه وليس من حقوق الله تعالى.
- ألا يترتب على الاعتياض عن الحق الوقوع في محذور شرعي كالربا ونحوه.