

بجث محكم

المعاوضة على الحقوق ضوابطها وتطبيقاتها

إعداد

د. عبد الله بن إبراهيم الموسى *

* أستاذ الفقه المشارك بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية
بالأحساء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية .

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد: فإن قضايا المال ومعاملاته من أبرز اهتمامات المجتمع بصورة عامة، فهي محور نشاطه، والمسببة لكثير من مشكلاته، وخلافات أبنائه، ولذا ترى أن معظم المؤتمرات والندوات الفقهية الحالية تدور حول المال، وهذا مصداق حديث النبي ﷺ: «إن لكل أمة فتنة، وفتنة أمتي المال»^(*).

وإن موضوع (المعاوضة على الحقوق)، جديد في شكله وطرحه، وإن كان الفقهاء القدامى تناولوه في مضمونه، غير أنه جاء مشتتاً في أعطاب أبواب الفقه، فتارة في أبواب البيع والإجازات، وأخرى في النكاح، وثالثة في الصلح ونحوه.

وإن بحثي هذا الموسوم بـ (المعاوضة على الحقوق - ضوابطها وتطبيقاتها) ما هو إلا إبراز لهذا الجانب، وتجميع لشتات البحث، وإظهار لبعض تطبيقاته، ولا أدعي أنه بدع من الطرح لم أسبق إليه، فثمة بحوث معتبرة، تناولت جوانب مختلفة في الحقوق، وما بحثي إلا حلقة في هذه السلسلة.

هذا ما أردت تناوله، فإن أصبت فلله الفضل والمنة، وإن كانت الأخرى فمن نفسي والشيطان، وما هي إلا محاولة لوضع لبنة في صرح المكتبة الإسلامية العامرة، حفظ الله تراثنا، وشريعتنا الغراء، وأبناءها النبلاء، وعلماءنا الأجلاء.

والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

(*) الترمذي (٢٣٣٦)، كتاب الزهد، باب ما جاء أن فتنة هذه الأمة في المال. وقال عنه: حديث حسن صحيح غريب.

التمهيد

ويشمل مسألتين:

المسألة الأولى: تعريف الحق

١- تعريف الحق لغة واصطلاحاً:

لغة: نقيض الباطل، وجمعه حقوق، ويأتي مصدرًا مؤكدًا لغيره، تقول: هذا عبد الله حقًا، وتكرر لزيادة التأكيد، كما في حديث التلبية: «ليك حقًا حقًا» (١).

أي: غير باطل، والحق: اسم من أسماء الله تعالى، ويطلق على عدة معان، منها:
* الثبوت والوجود: قال تعالى: ﴿لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَىٰ أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ﴾ [يس: ٧]، أي: ثبت ووجب.

* العدل: قال تعالى: ﴿وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ﴾ [سورة غافر: ٢٠].
* الحظ والنصيب: قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ﴾ [المعارج: ٢٤]. أي: نصيب مقدر.

* الصدق: قال تعالى: ﴿أَلَيْسَ هَذَا بِالْحَقِّ﴾ [الأنعام: ٣٠] أي: بالصدق (٢).
* التبعية للشيء: تقول: حقوق الدار، أي: مرافقها التابعة لها، و(الحق) في العادة يذكر تبعاً للمبيع ولا بد منه، كحق الطريق، وحق الشرب، بالنسبة للأرض (٣).

اصطلاحاً: لم يلق مصطلح (الحق) القدر الأوفى من عناية قدامى فقهاءنا في التعريف، ولذلك ورد استعمالهم لهذا المصطلح على نحو معانيه اللغوية، كقول الشافعي (ت: ٢٠٤هـ): «حق على الناس غسل الميت» * أي: واجب. وقول الماوردي (ت: ٤٥٠هـ): فإن سأل إحلاف المدعى عليه بأن ابتياعه كان حقاً (٤) أي: صدقاً، وقال القرافي (ت: ٦٨٤هـ): «حق الله: أمره ونهي» (٥) أي: حكمه.

(١) كنز العمال: ١٤٩/٥ رقم (١٢٤١٦). وعزاه لابن عساكر وابن النجار والديلمي والخطيب البغدادي، وفيه ضعف.

(٢) انظر: لسان العرب (٤٩/١٠-٥٠)، والمصباح المنير ص (٧٨) (حق).

(٣) انظر: رد المحتار (٤٢٤/٧).

* الأم (٢١٢/١).

(٤) الأحكام السلطانية ص (١١١).

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

مختصاً.

فالحق ليس مصلحة، بل هو اختصاص بمصلحة، كما إنه لا علاقة لهذا الاختصاص بالإرادة، لذلك ففانق الأهللة يمكن أن يختص بمال من الأموال مثلاً، دون حاجة إلى إرادة. وموضوع الاختصاص متعدد، فقد يكون شيئاً قائماً بالشخص نفسه كحياته، أو متعلقاً بشيء خارج عنه، سواء أكان مادياً كمنزله، أم غير مادي، كاختراع، وأداء يطلب من غيره الوفاء به له. أما منشأ الحق - كما يراه القانونيون-: فقد ينشأ طبيعياً، كما في حق الحياة، أو بقوة القانون، أو بالاتفاق.

أما القدرة على التصرف أو التسلط، فمداها يختلف باختلاف الحق، ففي حق الملكية، يتضمن التسلط القدرة على كل عمل من أعمال الاستعمال والاستغلال والتصرف، لصالح الملك ولصالح غيره، وفي حق الحياة، يقتصر مداه على الانتفاع به والمحافظة عليه. والقدرة هذه قدرة معنوية، تتحقق ولو وجد مانع يحول دون ظهورها، فالجنون والصغير الذي لا يميز، صاحب حق، ولو أنه ليس لهما قدرة على التصرف، وذلك لوجود المانع (١٢).

يقول الشيخ الخفيف في تعريف الحق لدى رجال القانون: «فقد اختلف معناه باختلاف النظر إليه: فمن نظر إلى موضوعه عرفه بأنه: مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون لصاحبها. ومن نظر إلى صاحبه عرفه بأنه: قدرة أو سلطة، خولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معين.

ومن راعى النظرين عرفه بأنه: «رابطة قانونية تجعل لشخص على سبيل الانفراد والاستئثار ولاية التسلط على شيء، أو المطالبة بأداء معين من شخص آخر» (١٣).

٢- الألفاظ ذات الصلة بالحق:

ثمة ألفاظ وثيقة الصلة بالحق، نعرضها بإيجاز، مبينين مدى صلتها به، وهي: الالتزام، الحكم، الواجب، الملك.

(١٢) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية (العبادي) (١٠٥/١).

(١٣) الملكية في الشريعة الإسلامية (الخفيف) ص (١٠).

أ- الالتزام:

لغة: من لزم الشيء لزومًا: أي: ثبت وداوم عليه، ولزم المال: وجب، والالتزام، الاعتناق (١٤)، ومنه الملتزم، حيث يلصق به الناس صدورهم.

واصطلاحًا: كون الشخص مكلفًا بفعل، أو امتناع عن فعل لمصلحة غيره (١٥). فالالتزام بفعل: كالاتزام بالنفقة على الزوجة والأقارب، وسببه الشرع، والتزام البائع بتسليم المبيع، والمشتري بتسليم الثمن، وسببه العقد، والالتزام بالتعويض عن الإتلاف، وسببه الفعل الضار. وتسمى هذه التزامات إيجابية.

وأما الالتزام بالامتناع عن فعل: فهي مثل: عدم التعدي على نفس إنسان، أو جسمه أو ماله، أو كرامته، وسببه الشرع، وكذلك التزام المودع بعدم استعمال الوديعة، وعدم التصيير في حفظها، وعدم تجاوز الحد المعتاد في استعمال العارية، وهذه كله لمصلحة المودع والمعير، وسببه العقد (١٦). وأما صلة الالتزام بالحق، فيبدو أنه الطرف الآخر الذي رتب عليه الشرع الحق، وخاصة في جانب الحق الشخصي: الذي يقره الشرع لشخص على آخر، بأن يقوم له بعمل، أو يمتنع عن القيام بعمل.

ب- الحكم:

وهو لغة: القضاء، وأصله المنع، تقول: حكمت عليه بكذا: أي: منعته من خلافه، فلم يقدر على الخروج من ذلك (١٧).

واصطلاحًا: هو خطاب الله تعالى، المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء، أو التخيير، أو الوضع (١٨). وأما صلته بالحق: فهو أن الحق أثر للحكم؛ لأن الحق يثبت بالشرع، فبين الحق والحكم علاقة المسبب بالسبب (١٩).

ج- الواجب:

لغة: يطلق الواجب لغة على عدة معان، أبرزها:

- (١٤) انظر: لسان العرب (٥٤٢/١٢)، والمصباح المنير ص (٢٨٥) (لزم).
- (١٥) انظر: المدخل الفقهي (٤٣٦/١)، والموسوعة الفقهية (١٤٤/٦) (التزام).
- (١٦) انظر: المرجع السابق (٤٣٧/١).
- (١٧) لسان العرب (١٤٠/١٢)، والمصباح المنير ص (٧٨) (حكم).
- (١٨) انظر: المستنصفى (٥٥/١)، وفواتح الرحموت (٥٤/١)، والوجيز في أصول الفقه ص (٢٣).
- (١٩) الموسوعة الفقهية (٨/١٨) (حق).

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

اللازم والثابت، تقول: وجب الشيء أو البيع وجوبًا ووجِبَةً: أي: لزم وثبت، كما يطلق على الاستحقاق والسقوط، فتقول: استوجب العقوبة: أي: استحقها، ووجب الحائط: أي: سقط (٢٠). واصطلاحًا: عرفه ابن قدامة (ت: ٦٢٠هـ) بقوله: «وحدّ الواجب ما تُؤدُّ بالعقاب على تركه» (٢١). وقال الجرجاني (ت: ٨١٦هـ): «هو ضرورة اقتضاء الذات عينها، وتحقيقها في الخارج، وعند الفقهاء عبارة عن شغل الذمة» (٢٢).

وأما صلة الواجب بالحق من حيث إن وجوب الأداء يعني تفرغ الذمة، فهو -بتعبير الجرجاني (شغل الذمة) - يعبر عن الوجه الآخر للحق، فإن كان الحق هو ما يستحقه صاحبه على وجه من الاختصاص، الذي يخوِّله سلطة على الآخرين أو تكليفًا لهم، فإنه بذلك يشغل ذم هؤلاء الآخرين بما يجب أن يؤدوه نحو صاحب الحق (٢٣).

د- المُلْك:

لغة: الحياة والانفراد بالتصرف بالشيء، كما يطلق على العز والسلطان (٢٤). واصطلاحًا: عرفه القرافي (ت: ٦٨٤هـ) بأنه: «حكم شرعي، أو وصف شرعي مقدر في العين، أو في المنفعة، يقتضي تمكين من يضاف إليه من الانتفاع بالملوك، ومن المعاوضة عنه» (٢٥). ويبدو أن العلاقة بينه وبين الحق علاقة عموم وخصوص مطلق، من حيث إن الحق أعم منه، فهو يشمل العين المملوكة والمنفعة، ويشمل غيرها، كالحق الشخصي ونحوه. كما إن الحقوق كلها تقوم على أساس الملك، إذ الحق جوهر الاختصاص، والاختصاص جوهر الملك وحقيقته.

المسألة الثانية: تقسيمات الحق

يقسم الحق باعتبارات مختلفة إلى عدة تقسيمات، أبرزها تقسيمان:

- (٢٠) انظر: لسان العرب (١/٧٩٣)، والمصباح المنير ص (٣٣٤) (وجب).
- (٢١) روضة الناظر (١/١٥٠).
- (٢٢) التعريفات ص (٣٠٥).
- (٢٣) انظر: نظرية الحق ص (٥٥).
- (٢٤) انظر: لسان العرب (١٠/٤٩٢)، والمعجم الوجيز ص (٥٩٠) (ملك).
- (٢٥) الفروق (٣/٣٨٤) (الفرق ١٨٠).

١- تقسيم الحق باعتبار صاحبه:

ويقسم بهذا الاعتبار إلى حق الله تعالى، وحق العبد، والحق المشترك.
أ- حق الله تعالى (الحق العام): (وهو ما يتعلق به النفع العام للعالم، فلا يختص به أحد، وإنما ينسب إليه تعظيمًا؛ لأنه - سبحانه - يتعالى عن أن ينتفع بشيء، فالإضافة إليه إضافة تشریف من جهة، ولعظم خطره وشمول نفعه من جهة أخرى) (٢٦). ويقصد بهذا الحق التقرب إلى الله تعالى، وتعظيمه وإقامة شعائره، مثل: أداء العبادات المختلفة، كالصلاة، والصيام، والحج، كما يقصد به تحقيق النفع العام مثل: الكف عن الجرائم، وتطبيق العقوبات، ونحو ذلك.
وأحكام حق الله تعالى: عدم جواز إسقاطه بعفو أو صلح أو تنازل، كما إنه لا يورث، ويجري فيه التداخل، فمن زنى أو سرق مرارًا يقام عليه حد واحد، واستيفاء هذا الحق منوط بالحاكم (٢٧).

ب- حق العبد: وهو ما يقصد منه حماية مصلحة الشخص، سواء أكان الحق عامًا، كالحفاظ على الصحة والأولاد والأموال، وتحقيق الأمن وردّ العدوان، والتمتع بالرفاق العامة، أم كان الحق خاصًا، كمرعاة حق المالك في ملكه، وحق البائع في الثمن والمشتري في المبيع، وحق الشخص في بدل ماله المتلف، وحق الزوجة في النفقة على زوجها، وحق الأم في حضانة طفلها.
وحكم هذا الحق أنه يجوز لصاحبه التنازل عنه وإسقاطه (٢٨) بالعفو أو الصلح أو الإبراء أو الإباحة،

(٢٦) انظر: نظرية الحق ص (٦٧).
(٢٧) انظر: الفروق (١/٢٥٦)، والمنثور في القواعد (٢/٥٨ - ٦٠)، والمكينة في الشريعة الإسلامية (العبادي) (١/١٠٨)، والفقه الإسلامي وأدلته (٤/١٣ - ١٤).
(٢٨) وهذا على العموم على الغالب، ومنها ما يكون الإسقاط بعوض، كحق القصاص، أو بغير عوض، كحق الشفعة والخيار. إلا أنه ثمة حقوق للعبد لا تقبل الإسقاط، وهي: ١- الحقوق التي لم تثبت بعد: كأسقاط الزوجة حقها في المبيت والنفقة المستقبلية، وإسقاط المشتري حقه في خيار الرؤية قبل الرؤية، وإسقاط الوارث حقه في الاعتراض على الوصية حال حياة الموصي، وسبب عدم قابليتها للإسقاط، أن الحق نفسه لم يوجد بعد. ٢- الحقوق المعتمدة شرعًا من الأوصاف الذاتية الملازمة للشخص: كأسقاط الأب أو الجد حقهما في الولاية على الصغير؛ وذلك لأن حق الولاية وصف ذاتي لهما لا يسقط بإسقاطهما. ٣- الحقوق التي يترتب على إسقاطها تغيير للأحكام الشرعية: كأسقاط المطلق حقه في إرجاع زوجته، وإسقاط الواهب حقه في الرجوع عن الهبة، والموصي حقه في الرجوع عن الوصية. ٤- الحقوق التي يتعلق بها حق الغير: كأسقاط الأم حقها في الحضانة، والمطلق حقه في عدة مطلقة، ونحو ذلك. انظر: الفقه الإسلامي وأدلته (٤/١٦ - ١٧).

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

ويجري فيه التوارث، ولا يقبل التداخل، فتكرر فيه العقوبة على كل جريمة على حدة، واستيفاءه منوط بصاحب الحق أو وليه (٢٩).

ج- الحق المشترك: وهو ما اجتمع فيه الحقان: حق الله، وحق العبد، لكن إما أن يغلب فيه حق الله تعالى، أو حق العبد.

مثال الأول: عدة المطلقة، فيها حق لله تعالى، وهو صيانة الأنساب عن الاختلاط، وفيها حق للشخص، وهو المحافظة على نسب أولاده، لكن حق الله غالب؛ لأن في صيانة الأنساب نفعاً عاماً للمجتمع، وهو حمايته من الفوضى والانحيار. وحقه: أنه يلحق بحق الله تعالى، على أنه الغالب.

ومثال الثاني: حق القصاص الثابت لولي المقتول، فيه حقان: حق الله تعالى، وهو تطهير المجتمع من جريمة القتل، وحق الشخص، وهو شفاء غيظه، وتطبيب نفسه بقتل القاتل، وهو الغالب. وحقه: أن يلحق بحق العبد في جميع أحكامه، فيجوز لولي المقتول العفو عن القاتل، والصلح معه على مال (٣٠).

٢- تقسيم الحق باعتبار محله:

ويقسم بهذا الاعتبار إلى: حق مالي وحق غير مالي، وحق شخصي وحق غير شخصي، وحق مجرد وحق غير مجرد.

أ- الحقوق المالية وغير المالية:

١- الحقوق المالية: وهي التي تتعلق بالأموال ومنافعها، والتي يكون محلها المال أو المنفعة، كحق البائع في الثمن، والمشتري في المبيع، وحق المستأجر في السكنى، وحقق الارتفاق، ونحو ذلك، ومن الحقوق المالية: حق الابتكار، والاسم التجاري، ونحو ذلك، ويتميز الحق المالي بأنه يمكن المعاوضة عليه بالمال، كما سيأتي، بخلاف غير المالي، فهو قابل للمعاوضة، قال د. عبد المنعم الصّدة: «والحقوق المالية: هي التي يمكن تقويم محل الحق فيها بالنقود، وهي: إما أن تكون حقوقاً عينية، أو حقوقاً شخصية،

(٢٩) انظر: الفروق (١/٢٥٦ - ٢٥٧)، والمنثور في القواعد (٢/٥٤ - ٥٥)، والملكية في الشريعة الإسلامية (١/١٠٨)، والفقاه الإسلامي وأدلته (٤/١٤).

(٣٠) انظر: المنثور في القواعد (٢/٦٥)، والملكية في الشريعة الإسلامية (العبادي) (١/١٠٩)، والفقاه الإسلامي وأدلته (٤/١٥).

أو حقوقاً معنوية، والمال في نظر القانون: هو الحق المالي أيًا كان نوعه» (٣١).

٢- **الحقوق غير المالية:** وهي ما لا تتعلق بالمال، كحق القصاص، وحق الحرية بجميع أنواعها، وحق المرأة في التفريق لعدم الإنفاق، أو بسبب العيوب التناسلية، وحق الحضانة، وحق الولاية على النفس، ونحو ذلك من الحقوق السياسية والطبيعية (٣٢).

ب- الحق الشخصي والحق العيني (٣٣):

١- **الحق الشخصي:** وهو ما يقره الشرع لشخص على آخر، ومحله: إما أن يكون قياماً بعمل، كحق البائع في تسليم الثمن، وحق المشتري في تسليم المبيع، وحق الزوجة والقريب في النفقة، وإما أن يكون امتناعاً عن عمل، كحق المودع على الوديع في عدم استعمال الوديعة (٣٤).

٢- **الحق العيني:** وهو ما يقره الشرع لشخص على شيء معين بالذات، فالعلاقة القائمة بين صاحب الحق وشيء مادي معين بذاته، والتي بموجبها يمارس المستحق سلطة مباشرة على الشيء، هو الحق العيني، مثل: حق الملكية، الذي به يستطيع المالك ممارسة أكمل السلطات على ما يملكه، بالبيع والإجارة والهبة، وكذلك حق احتباس المرهون لاستيفاء الدين (٣٥).

ويرى الدكتور عجيل النشمي (٣٦) أن الحق العيني لا يشترط أن يكون محله عيناً مادية، بل يجوز أن يكون منفعة أو معنى، إذ المنظور في الحق العيني هو العلاقة المباشرة التي يقرها الشرع بين صاحب الحق ومحله، فلا يشترط أن يكون مادياً، وهو بذلك يشمل الحقوق المالية وغير المالية (٣٧).

وهذا رأي وجيه، لكن لا ينهض أمام ظاهر التسمية (الحق العيني)، نسبة إلى العين، وهي المادة التي

(٣١) الحقوق العينية الأصلية ص (٣)، وانظر: حكم الشريعة في بدل الخلع، د. إبراهيم فاضل الدبو، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٥) (٢٢٠٦/٣).

(٣٢) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته (١٨/٤)، والملكية في الشريعة الإسلامية (العبادي) (١٠٩/١ - ١١٠). يرى د. السنهوري أن الشريعة الإسلامية لا تميز بين الحق العيني والحق الشخصي، وأن الفقهاء المسلمين لم يصوغوا في ذلك نظرية ممهدة مستقلة تفرق بين الحقين. انظر: مصادر الحق: (١٨/١). وقد ردّ الشيخ الزرقا على ذلك بقوله: «وإذا كان فقهاؤنا لم يتخذوا هذا للتمييز بين نوعي الحق أساساً لترتيب فقهم، كما فعل علماء القانون الأجنبي، فليس من ذلك أبداً دلالة على عدم تمييز فقهاؤنا بين نوعي الحق وطبيعتهما تمييزاً ذاتياً!! إذ العبرة في هذا التمييز لفروع الأحكام، لا للترتيب». المدخل الفقهي (٢٩/٣).

(٣٤) انظر: المدخل الفقهي (١٦/٣).

(٣٥) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته (١٩/٤)، والملكية في الشريعة الإسلامية (العبادي) (١١٤/١).

(٣٦) أستاذ في كلية الشريعة - جامعة الكويت.

(٣٧) انظر: الحقوق المعنوية (النشمي)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٥) (٢٣٠١/٣).

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

وعرفت (مجلة الأحكام العدلية) الصلح ومحلّه على النحو التالي :

المادة (١٥٣١) : «الصلح عقد يرفع النزاع بالتراضي ، وينعقد بالإيجاب والقبول» .

وصلة الصلح بالمعاوضة هي أنه يشبه عقود المعاوضات من حيث المعنى .

قال ابن قدامة (ت : ٦٢٠هـ) : «ويصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه» (٤٦) ، ولذا ، كثيراً ما يستعمل الفقهاء عبارة (المصالحة) على أنها معاوضة ، كقول ابن قدامة : «ولا يجوز أن يبيني دكائاً ، ولا يخرج روشئاً ، ولا ساباطاً ، على درب غير نافذ إلا بإذن أهله . . . ، وإن صالح أهل الدرب على ذلك على عوض معلوم جاز» (٤٧) .

وهذا ما أشار إليه الزرقا (ت : ١٤٢٠هـ) في معرض ذكره لأنواع عقود المعاوضات قائلاً : «كالبيع ، والإجارة ، والصلح على مال» (٤٨) .

ولأن الدائن يصلح المدين بإسقاط جزءٍ من حقه الأصلي ، كما جاء في حديث كعب بن مالك : «أنه تقاضى ابن أبي حدرد (٤٩) دَيْئاً كان عليه في المسجد ، فارتفعت أصواتهما ، حتى سمعها رسول الله ﷺ وهو في بيته ، فخرج إليهما حتى كشف سجف (٥٠) حجرته ، فنادى : يا كعب ، قال : لبيك يا رسول الله ، قال : ضع من دينك هذا ، وأوماً إليه ، أي : الشطر ، قال : لقد فعلت يا رسول الله ، قال : قم فاقضه» (٥١) . قال ابن بطال (ت : ٤٤٩هـ) : «هذا الحديث أصل لقول الناس : خير الصلح على الشطر» (٥٢) ، فقد أرشد النبي ﷺ كعب بن مالك إلى إسقاط شطر حقه ، وأخذ الشطر الباقي مباشرة ، فالعملية شبه معاوضة إلى حد ما .

المسألة الثانية: ضوابط المال في نظر فقهاء المذاهب

المال لغة : يقال : مال الرجل يمُولُ ويمَالُ مَوْلاً ومُؤُولاً : إذا صار ذا مال ، وهو ما مُلِكَ من جميع

(٤٦) المغني (٢٧/٥) .

(٤٧) المصدر السابق (٣٥/٥) .

(٤٨) المدخل الفقهي (٥٧٨/١) .

(٤٩) واسمه: عبد الله رضي الله عنه .

(٥٠) السجف: هو الستر. انظر: لسان العرب (١٤٤/٩) (سجف) .

(٥١) البخاري (٤٥٧) كتاب الصلاة، باب: التقاضي والملازمة في المسجد .

(٥٢) فتح الباري (٣٦٤/٥) .

د. عبد الله بن إبراهيم الموسى

الأشياء، والأصل في المال: ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يعتنى به ويملك من الأعيان، وأكثر ما كان يطلق عند العرب على الإبل؛ لأنها كانت أكثر أموالهم (٥٣).
اصطلاحاً: اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفاتهم للمال، فانقسموا فريقين في ذلك، تبعاً لما وضعوه من ضوابط في تعريفاتهم هذه.

الفريق الأول: الحنفية، وضابط المال عندهم (العينية والادخار)، والفريق الثاني: الجمهور، وهؤلاء توسعوا في الأمر، حتى أدخلوا المنافع، وكل ما له قيمة في أعراف الناس.
نعرض تعريفات الفريقين، مبينين ملاحظتنا عليها، ثم نخلص إلى نتيجة نقرر من خلالها: أي المذهبين أسلم من الاعتراضات، وأكثرهما تطابقاً مع روح الشرع ومفاهيمه، من استيعابه لقضايا العصر ونوازلها، كالقول بمالية كثير من المنافع والحقوق المعنوية ونحوها.

١- تعريفات الحنفية:

عرفه السرخسي (ت: ٤٨٣هـ) بقوله: «المال: اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، ولكن باعتبار صفة التمويل والإحراز» (٥٤). ويلاحظ عليه أنه قصر المال على التمويل والمحرز، وثمة أموال غير متمولة ولا محرزة، قال ابن عابدين (ت: ١٢٥٢هـ): «وحاصله أن المال أعم من التمويل؛ لأن المال ما يمكن ادخاره ولو غير مباح، كالخمر، والمتقوم ما يمكن ادخاره مع الإباحة، فالخمر مال لا متقوم» (٥٥). هذا عند الحنفية، أما عند غيرهم فلا يعتبر الخمر مالاً مطلقاً.

ثم إن ابن عابدين عرّف المال بقوله: «المراد بالمال ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة» (٥٦). ويلاحظ عليه ما يلي:

أ- أن طباع الناس تختلف في ميلها وتتناقض، فلا تصلح أن تكون أساساً ومقياساً لتميز المال من غير المال، وإذا قيل: المراد به الطبع السليم العام، فإن هذا ليس له حد أيضاً.

ب- أن من المال أنواعاً لا يمكن ادخارها، كالخضراوات والثمار الطازجة، مع أنها أموال في نظر عامة الناس.

(٥٣) انظر: لسان العرب (١١/٦٣٦)، والمصباح المنير ص (٣٠٢) (مول).

(٥٤) المبسوط (١١/٧٩).

(٥٥) رد المحتار (٧/١٠).

(٥٦) المرجع السابق نفسه.

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

ج- أن من الأموال ما لا يميل إليها الطبع بل يعافه، كالأدوية الكريهة، وبذلك لا يشملها التعريف، إلا أن يراد بالميل ميل الإرادة، لا الطبع.

د- أن المباحات الطبيعية جميعاً قبل إحرازها قد عدوها أموالاً في ذاتها، كالسمك في الماء، والطيور في الهواء، والوحش في البراري، والشجر في الغابات، وعدم ملكيتها لا ينافي ماليتها (٥٧).

وعرفت (مجلة الأحكام العدلية) المال قريباً من تعريف ابن عابدين بنصها:

«المال: هو ما يميل إليه طبع الإنسان، ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة، منقولاً كان أو غير منقول» (٥٨).

وعرفه الزرقا (ت: ١٤٢٠هـ) وهو من آخر فقهاء الحنفية بقوله:

«المال: هو كل عين ذات قيمة مادية بين الناس» (٥٩).

فبالعين قصر المال على الأعيان، وبذلك خرجت المنافع والحقوق المحضة، مما عدوه ملكاً لا مالاً، وبالقيمة المادية خرجت الأعيان التي لا قيمة لها بين الناس، كحبة القمح والجيفة ونحوها.

على أن حبة القمح أو الأرز وأمثالهما، لا تعد مالاً في حالتها الطبيعية، أما إذا دخلتها صنعة - مثلاً -، كما يكتبه مهرة الخطاطين على حبة القمح أو الأرز من آيات قرآن وآيات شعر ونحوها، تجعل لها قيمة فنية أو دينية، فإنها عندئذ قد تصبح من أنفس الأموال، وكمثل بعض الآثار، التي قد يحرص الناس على اقتنائها للذكرى، مما ليس له قيمة في ذاته، ولكن أصبح ذا قيمة بنسبته، كفضلة قلم أحد المشاهير، أو توقيع، أو مسودة بخط أحد العظماء، ونحو ذلك مما يدخل في زمرة الآثار (٦٠).

فالخلاصة أن فقهاء الحنفية - كما يظهر من تعريفاتهم - يؤكدون على العينية والادخار في مالية الأشياء، ولم يخرجوا عن هذا الضابط مطلقاً.

وعموماً يلاحظ على ضابط الحنفية (العينية والادخار) ما يلي:

١- أن (العينية) لم يوافقهم على اشتراطها أحد من فقهاء المذاهب الأخرى، بله متأخريهم، الذين لم يشترطوا ذلك، حين أجازوا الاعتياض عن الحقوق المجردة بالمال، كالتنازل عن الوظيفة. قال الحصكفي

(٥٧) انظر: المدخل الفقهي (٣/ ١١٤ - ١١٥).

(٥٨) المادة (١٢٦) من المجلة.

(٥٩) المدخل الفقهي (٣/ ١١٨).

(٦٠) انظر: المدخل الفقهي (٣/ ١١٨ - ١١٩).

(ت : ١٠٨٨هـ) : «وعليه فيفتى بجواز النزول عن الوظائف بمال» (٦١).

٢- أن اشتراط (العينية) إنما كان منهم بقصد إمكان تحقيق الحيازة المادية، التي يتحقق فيها الاختصاص في نظرهم، الذي هو جوهر الملك، ولما كانت هذه الحيازة لا تتصور إلا في الأعيان، فقد اشترطوا في المال أن يكون عيناً، وهذا النظر أقرب إلى الصناعة الفقهية منه إلى النظر في المفاهيم الشرعية ودلالات التشريع، أو ربما يكون أقرب إلى المفهوم اللغوي منه إلى المفهوم الشرعي، ومقصد الشارع.

٣- أن اشتراطهم إمكانية (الادخار) لتحقيق صفة المالية في الأعيان، يخرج عن مفهوم المال ما لا يمكن ادخاره، كالخضراوات والفواكه، كما أسلفنا (٦٢).

٤- هذا وسيمر معنا (*) كيف أن متأخري الحنفية أعادوا النظر في هذا الضابط، فصححوا مالية كثير من الأشياء، مع أنها ليست أعياناً، وغير قابلة للادخار.

٢- تعريف المال عند الجمهور (فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة):

أ- قابلية الملك محور المالية عند المالكية :

فقد عرف الشاطبي (ت : ٧٩٠هـ) المال بقوله : « وأعني بالمال : ما يقع عليه الملك ، ويستبد به المالك » (٦٣). فقد عرف المال باعتبار الملكية، ومفهومه : أن ما ليس قابلاً للملك لا يسمى مالاً. ويبدو أن الفلسفة التشريعية التي يقوم عليها مفهوم المال عند الإمام الشاطبي، أنه مجرد اعتبار أو وصف شرعي؛ لأن الملك في اجتهاد جمهور الأئمة مجرد علاقة اختصاص يقرها الشرع بين المالك ومحل الملك، وهذه العلاقة تمكن المالك من التصرف الشرعي في ملكه، فيصبح المالك متمكناً مما يملك، لتمكين الشارع إياه، فالتمكن إذن هو مناط السلطات الثلاث: التصرف، والاستعمال، والاستغلال، وبذلك يصبح بوسعه أن يمنع غيره من التجاوز والاعتداء على ماله، أو التصرف فيه تصرفاً نافذاً إلا بإذنه.

فهذا الاعتبار الشرعي الذي يقوم عليه مفهوم المال في اجتهاد المالكية هو مناط الصفة المالية للأشياء، مادية كانت أم معنوية، وبذلك يشمل الأعيان والمنافع، وسائر الأمور المعنوية كالحقوق؛ لأن الحقوق

(٦١) الدر المختار مع رد المحتار (٣٥/٧).

(٦٢) انظر: الفقه المقارن ص (٢٨١ - ٢٨٢).

(*) انظر: ما سيأتي في المسألة الثالثة (مسألة مالية المنافع).

(٦٣) الموافقات (١٧/٢).

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

كلها تقوم على أساس الملك؛ إذ الحق جوهر الاختصاص، والاختصاص جوهر الملك وحقيقته، وإذا كانت الحقوق من قبيل الملك فالحقوق أموال (٦٤).

ب- العرف محور المالية عند الشافعية:

وعرف الشافعي (ت: ٢٠٤هـ) المال بقوله: «لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة يباع به، وتلزم متلفه وإن قلت، وما لا يطرحه الناس، مثل الفلوس وما أشبه ذلك» (٦٥).

ويبدو أنه تعريف يراعي أعراف الناس في اعتبارهم للقيمة، وهذا باب واسع يدخل فيه الأعيان والمنافع والحقوق، فكل هذه لها قيمة في نظر الناس.

يقول د. الدريني: «ومقتضى هذا التعميم المستفاد من قوله: (ما له قيمة) - لأن (ما) من ألفاظ العموم: أن يشمل هذا التعريف المنافع والأمور المعنوية إذا تعورف تقييمها بين الناس وجرى ابتياعها، بأن أضحت محلاً للاعتياض عنها، وإذا أدركنا أن القيمة مناط المالية الثابتة عرفاً، وأن القيمة أساسها المنفعة، نتج عن ذلك أن المنفعة هي الأصل في التقييم والاعتبار» (٦٦).

ج- المنفعة محور المالية عند الحنابلة:

وعرف ابن عقيل الحنبلي (ت: ٥١٣هـ) المال تعريفاً عاماً بقوله: «هو: ما يتناقله الناس في العادة بالعقود الشرعية، لطلب الأرباح والأكساب التي تلزم بها الأموال والحقوق والذمة، لرغباتهم فيه وانتفاعهم به» (٦٧).

ويبدو أنه اعتبر المنفعة أساساً في تحديد ما يعاوض عليه بين الناس، فما لا منفعة فيه لا يكون فيه ربح ولا كسب.

وعرفه البهوتي (ت: ١٠٥١هـ) بقوله: «المال شرعاً: ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة» (٦٨).

فالمنظور إليه في مالية الأشياء عند البهوتي ليس هو (عينية) الشيء المادي، بل منفعته وأثره، كما

(٦٤) انظر: الفقه المقارن ص (٢٤٠).

(٦٥) الأشباه والنظائر (السيوطي) ص (٣٢٧).

(٦٦) انظر: الفقه المقارن ص (٢٣٢ - ٢٣٣).

(٦٧) الواضح في أصول الفقه (١/١٩١).

(٦٨) كشف القناع (٧/٣٠٨).

د. عبد الله بن إبراهيم موسى

يلاحظ من تعليلهم جواز بيع أي شيء ما، إذا كان منتفعًا به، فمناطق المالية إذن هو (المنفعة) لا (العينية) في حد ذاتها، فما لا منفعة فيه لا يكون مالا. وهذا ما تؤكدونه نصوصهم:

قال ابن قدامة (ت: ٦٢٠هـ): «فإن كان الفهد والصقر ونحوهما مما ليس بمعلم، ولا يقبل التعلم لم يجز بيعه؛ لعدم النفع به، وإن كان مما يمكن تعليمه جاز بيعه؛ لأن ماله إلى الانتفاع» (٦٩).

وقال البهوتي بعدما عرف المال بأنه ما فيه منفعة مباحة: «فخرج ما لا نفع فيه أصلاً، كالحشرات (٧٠)، وما فيه منفعة محرمة، كالخمر، وما فيه منفعة مباحة للحاجة، كالكلب، وما فيه منفعة تباح للضرورة، كالميتة حال المخمصة... ويصح بيع ديدان لصيد الأسماك، ويصح بيع علق لمصّ دم، ويصح بيع طير لقصد صوته، كبلبل وهزاز؛ لأن فيه نفعاً مباحاً» (٧١).

فالقيمة عند الحنابلة منوطة بالمنفعة، التي هي أصلها ومستندها، بل معيارها، ولا ريب أن المنفعة أمر معنوي، ولا تدرك إلا بالعقل وحده، فحيث تكون المنفعة تكون القيمة، أي: تكون المالية.

وتأسيساً على هذا، يتسع هذا المنطق أو القياس العام ليشمل كل نفع ذي قيمة بين الناس، إذا لم يكن الانتفاع به محرماً شرعاً، وبالتالي فإن جريان المعاوضة فيه أمر صحيح، كما يقول الفقهاء: يجري فيه البذل والمنع (أي: أنه محل للمعاوضة) (٧٢).

فالخلاصة: أن للفقهاء في تعريفهم للمال اتجاهين:

(٦٩) المغني (٤/٣٢٨).

(٧٠) فالديدان أعيان في ذاتها، ولكنها ليست أموالاً، على الرغم من عينيتها، إذ لا نفع فيها، حتى إذا صارت تتخذ طعماً في أشراك الصيد مثلاً غدت حينئذ ذات قيمة مالية، لا بالنظر إلى عينيتها أو ماديتها، بل بالنظر لهذه المنفعة التي ظهرت، ولولا ذلك لبقيت من المحقرات التي يطرحها الناس.

(٧١) كشاف القناع (٧/٣٠٨ - ٣٠٩).

(٧٢) ويشير الدريني إلى اتساع المنطق في مالية الأشياء عند الحنابلة بقوله: «بل يتسع هذا (المنطق) أو القياس العام: ليشمل كل شيء لم يكن مالا في الأصل، أو كان محرماً لضرره من وجه، إذا ظهرت له منفعة فيما بعد، من وجه آخر، أثراً لاكتشاف علمي، ما دام حكم المالية شرعاً يدور على ما للشيء من أثر ظاهر يتعلق بالنفع الإنساني العام. فأوصال اللقاح مثلاً، قوامها في الأصل جرائم ضارة فتاكة، لكنها أصبحت اليوم أموالاً ذات قيمة عالية، بعد أن ظهر نفعها في مقاومة الأوبئة والأمراض مثل: (الكوليرا) والجدري والطاعون ونحوها. وكذلك الدم الأدمي، فإنه في الأصل محرم الاتجار به لمجرد الاتجار والكسب؛ صيانة للكرامة الإنسانية، التي أرساها القرآن الكريم مبدأً دستورياً أصيلاً بقوله سبحانه: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ [الإسراء: ٧٠] لكن لما ظهر نفعه العظيم، علماً وواقعاً، في إنقاذ حياة جرحى الحروب، الذين استنزفت دماؤهم أثراً لجراحاتهم البالغة، واعتاد الناس تداوله دولياً، لما أضحى له من قيمة، كان مالا متقوماً شرعاً، تخريجاً على هذا المنطق العام في مالية الأشياء». الفقه المقارن ص (٢٣٥ - ٢٣٦).

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

الأول: الحنفية: وهو أن الشيء لا يعدّ مالاً ما لم يتوافر فيه عنصران:

١- إمكان الحيازة والإحراز (العينية).

٢- إمكان الانتفاع به عادة أو عرفاً.

وبهذا، لا يعدّ مالاً ما لا يمكن حيازته وإحرازه، كالأموال المعنوية، كالعلم والحقوق المعنوية ونحوها، وكل ما لا يمكن الانتفاع به، إما لضرره وفساده كالحم الميتة، والطعام المسموم الفاسد، أو لتفاهته، كحبة الحنطة أو قطرة الماء، وهذا يعني أن المال عند هؤلاء يقتصر على ما له صفة مادية محسوسة.

الاتجاه الثاني: جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) وبعض متأخري الحنفية (٧٣):

وذهبوا إلى أن المال: كل ما له قيمة مالية عرفاً، ويقع عليه الملك، وفيه منفعة مباحة، ويلزم متلفه بضمانه، وهذا يلتقي مع القوانين الوضعية في تعريف المال، ويشمل الأعيان والمنافع، وسائر الأمور المعنوية، كالحقوق ونحوها (٧٤).

المسألة الثالثة: مالية المنافع

المنافع لغة: جمع منفعة، وهي كل ما ينتفع به (٧٥).

واصطلاحاً: الفائدة التي تحصل باستعمال العين، كسكنى الدار، وركوب الدابة ونحوها (٧٦).

وما ينتفع به الإنسان على وجه العموم ثلاثة أنواع:

١- الأعيان: وهي الأشياء العادية التي لها جرم (٧٧).

(٧٣) يقول الدريني: « وفيه اجتهاد الحنفية - وهم أكثر الفقهاء اعتداداً بالعينية، عنصرًا مقومًا وحيدًا للمالية - أن هوائاً الأرض تصبح مالاً، وبالتالي محلاً للملك، إذا ظهرت منافعتها في الدواء، ويلزم متلفها بالضمان (التعويض) وغاصبها بالرد عيناً إذا كانت قائمة؛ لأنها ذات قيمة مالية عرفاً ». الفقه المقارن ص (٢٣٤ - ٢٣٥). وقال ابن عابدين (ت: ١٢٥٢هـ): « العلق في زماننا يُحتاج إليه للتداوي بمصه الدم، وحيث كان متمولاً لمجرد ذلك دل على جواز بيع دود القرمز، فإن تمولها الآن أعظم، إذ هي من أعزّ الأموال ». رد المحتار (٧/٢٥٩).

(٧٤) انظر: بيع الاسم التجاري والترخيص (الزحيلي)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ص (٥) (٣/٢٩١ - ٢٩٣).

(٧٥) انظر: لسان العرب (٣/٣٥٩)، والمصباح المنير ص (٣١٨) (نفع).

(٧٦) انظر: درر الحكام (١/١٠٠).

(٧٧) الأعيان: جمع عين، وهي من الألفاظ المشتركة، تطلق على عدة معان، منها: عين الماء، والباصرة، والشمس، والجاسوس، وعين الشيء: نفسه. انظر: لسان العرب (١٣/٣٠١) (عين). واصطلاحاً: عرفتها المادة (١٥٩) من مجلة الأحكام العدلية بنصها: « العين: الشيء المعين المشخص، كبيت وحصان وكرسي، وصبرة حنطة، وصبرة دراهم حاضرتين، فكلها أعيان ».

٢- المنافع: وهي ما ذكرناه آنفاً.

٣- الحقوق: وهي كل مصلحة ثبتت للإنسان باعتبار الشارع، وقد تكون متعلقة بمال، كحق الشرب، والمرور، والتعلي، وقد لا تكون متعلقة بمال، كحق الحضانة، وحق الاستمتاع بالزوجة (٧٨).

ولقد اتفق الفقهاء على أن الأعيان أموال (٧٩)، ولكنهم اختلفوا في مالية المنافع على قولين: الأول: المنافع ليست أموالاً، وهو قول الحنفية.

الثاني: المنافع أموال، وهو قول جمهور الفقهاء.

نعرض القولين، وأدلة كل منهما ومناقشته، ثم نخلص إلى الترجيح، وذلك على النحو التالي: القول الأول: ذهب الحنفية إلى أن المنافع ليست أموالاً متقومة (٨٠)، واستدلوا المذهبهم بالأدلة التالية:

١- أنها معدومة؛ لأن الصفة المالية للشيء إنما تثبت بالتمول، والتمول يعني: صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى زمانين، لكونها أعراضاً، فإذا خرجت من حيز العدم إلى حيز الوجود تلاشت، فلا يتصور فيها التمول (٨١).

لكن يمكن أن يرد على ذلك: بأن القول إنها معدومة، غير مسلم به، إذا نظرنا إلى الحقائق، فإن هذه المنافع - وإن كانت معدومة -، هي مال عرفاً وشرعاً، والعرف معتبر في الأحكام الشرعية، ومن المعروف: أن من وضع يده على دار، وسكنها مدة من الزمن أنه فوت منفعتها، وتفويت المنفعة تفويت شيء من المال، بدليل أنه يعوِّض المالك.

٢- قالوا: إنها ليست متقومة، ومن خصائص المال التقوم، بدليل أنها لا تضمن بالإتلاف. قال السرخسي (ت: ٤٨٣هـ): «إن المنفعة ليست بمال متقوم، فلا تضمن بالإتلاف، كالخمر والميتة، وبيانه: أن صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتمول، والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى وقتين، ولكنها أعراض، إذا خرجت من حيز العدم إلى حيز الوجود تلاشت. وإنما قيل هذا لأن المتقوم لا يسبق الوجود، فإن المعدوم لا يوصف بأنه متقوم، إذا المعدوم ليس بشيء، وبعد الوجود التقوم لا

(٧٨) انظر: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص (٣٣١).

(٧٩) انظر: رد المحتار (١٠/٧)، وشرح حدود ابن عرفة (٣٢٦/١)، ومغني المحتاج (٣/٢)، والإنصاف مع المقنع والشرح الكبير (٧/١١).

(٨٠) انظر: المبسوط (٧٨/١١)، وبدائع الصنائع (١٤٥/٧)، ورد المحتار (١٠/٧)، ومجلة الأحكام العدلية، المادة (١٢٦)، والمدخل الفقهي (١١٤/٣ - ١١٥).

(٨١) انظر: المبسوط (٧٨/١١).

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

يسبق الإحراز، والإحراز بعد الوجود لا يتحقق إلا فيما يبقى وقتين، فكيف يكون متقومًا؟ وعلى هذا نقول: الإلتلاف لا يتصور في المنفعة» (٨٢).

لكن يمكن الرد على هذا الدليل بالرد السابق نفسه، وهو أن المنفعة متمولة، ودليل تمولها اعتياد الناس، واعتبارهم لها في تجارتهم ومعاشهم، والمنفعة باقية ما بقيت العين (٨٣).

٣- قالوا: إن المنفعة لا تماثل العين، فهي دونها في المالية. قال السرخسي: «لئن سلمنا أن المنفعة مال متقوم، فهو دون الأعيان في المالية، وضمن العدوان مقدر بالمثل بالنص، ألا ترى أن المال لا يضمن بالنسبة، والدين لا يضمن بالعين؛ لأنه فوقه، فكذلك المنفعة لا تضمن بالعين، وبيان هذا: أن المنفعة عرض يقوم بالعين، والعين جوهر يقوم به العرض، ولا يخفى على أحد التفاوت بينهما... والعين لا تضمن بالمنفعة قط، ومن ضرورة كون الشيء مثلاً لغيره أن يكون ذلك الغير مثلاً له أيضاً، والمنفعة لا تضمن بالمنفعة عند الإلتلاف» (٨٤).

ويمكن الرد على هذا القول بأنه لا يلزم من كون المنفعة دون الأعيان وأنها لا تماثلها، وأنها عرض، أن تكون مالاً متقومًا، ثم إن النزاع ليس في مماثلتها للأعيان أو عدمه، إنما هو في ماليتها وتقومها. وكذلك لا نسلم بأن المنافع دون الأعيان مطلقًا، فإن الأعيان تقوم بالمنفعة، ويتوصل بالأعيان إلى المنافع، فالمقصود منافع الأعيان، لا ذاتها (٨٥).

٤- كما استدلوا بأن المنافع ليست بذات قيمة في نفسها، إنما ورد تقويمها في الشرع بعقد الإجارة، على خلاف القياس للحاجة، والقاعدة: أن ما ثبت على خلاف القياس غيره لا يقاس عليه (٨٦). جاء في (درر الحكام): «ولما كانت المنفعة كالحركة من الأعراض الزائلة، وهي معدومة، فيجب قياساً ألا تكون محللاً للعقد؛ لأن الشارع لضرورة الحاجة قد أعطاها حكم الوجود، وجوز بأن تكون محللاً للعقد، فأقام العين مقام المنفعة في العقود» (٨٧). ويبدو أن دليل الحنفية في هذه المسألة الاستحسان (٨٨)؛ تحقيقًا

(٨٢) انظر: المبسوط (٧٩/١١).

(٨٣) انظر: الحقوق المعنوية (النشمي) المجلة (٥) (٢٣١٣/٣).

(٨٤) المبسوط (٧٩/١١ - ٨٠).

(٨٥) انظر: الحقوق المعنوية (النشمي) المجلة (٥) (٢٣١٤/٣).

(٨٦) القاعدة (١٤) من قواعد الزرقا، المادة (١٥) من مجلة الأحكام العدلية.

(٨٧) درر الحكام (١٠٠/١)، و انظر: المدخل الفقهي (٢٠٥/٣).

(٨٨) الاستحسان: هو العدول بحكم مسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة. انظر: روضة الناظر (٥٣١/٢).

للمصلحة، كما يبدو من كلام الكاساني (ت: ٥٨٧هـ) يقول: «لأن الإجارة بيع المنفعة، والمنافع للحال معدومة، والمعدوم لا يحتمل البيع، فلا يجوز إضافة البيع إلى ما يؤخذ في المستقبل، كإضافة البيع إلى أعيان تؤخذ في المستقبل، فإذن لا سبيل إلى تجويزها باعتبار الحال ولا باعتبار المآل، فلا جواز رأساً، لكن استحساناً الجواز» (٨٩).

ويمكن مناقشة هذا الدليل بأن يقال: إنما قوّمت المنافع بعقد الإجارة على خلاف القياس، من أجل المصلحة، فإن هذا المدرك أو العلة متحقق في أصل المنافع، سواء ورد عليها العقد أم لم يرد، مما يقضي بوجوب اعتبار أصل المنافع أموالاً، لاتحاد العلة، وهي المصلحة (٩٠).

يقول د. الدريني - منتقداً منهج الحنفية، من أن اعتبروا العقد (في الإجارة) سبب المالية في المنافع - : «لم يعهد شرعاً أن العقد يغيّر من خصائص الأشياء، فيجعل مالاً ما لم يكن كذلك؛ لأن وظيفة العقد إنما هي إنشاء حقوق والتزامات بين طرفيه في محله، كما هو معلوم، لا تغيير طبيعة هذا المحل، بل يشترط أن يكون محل العقد مالاً متقوماً ابتداءً، حتى يصح ورود العقد عليه، ويترك أثره فيه. فما ليس بمال لا يصح أن يكون محلاً للعقد أصلاً، والعقد لا يبدل طبيعته» (٩١).

القول الثاني: أن المنافع أموال، وهو قول جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) (٩٢)، واستدلوا المذهبهم بما يلي:

١- قياس المنافع على الأعيان، بجامع أن كليهما يجب الضمان فيه، كما في الغصب والإتلاف (٩٣). قال ابن رشد (ت: ٥٩٥هـ):

«القياس: أن تجري المنافع والأعيان المتولدة مجرىً واحداً» (٩٤). وقال ابن شاس (ت: ٦١٦هـ): «وقال القاضي أبو بكر (٩٥): والصحيح أن المنافع مال، وأنها مضمونة، سواء أتلقت تحت اليد العادية،

(٨٩) بدائع الصنائع (٤/ ١٧٣).

(٩٠) انظر: الفقه المقارن ص (٢٨٢).

(٩١) المرجع السابق نفسه.

(٩٢) انظر: أحكام القرآن (ابن العربي) (١/ ٢٤١)، وعقد الجواهر الثمينة (٢/ ٧٤٤ - ٧٤٥)، ومعالن السنن

(٢/ ٥٨٧)، وشرح مسلم (النووي) (٩/ ٢٢٦)، ونهاية المحتاج (٥/ ١٧٠)، والمغني (٤/ ٣٢٨)، وكشاف القناع

(٧/ ٣٠٨).

(٩٣) انظر: نهاية المحتاج (٥/ ١٧٠).

(٩٤) بداية المجتهد (٢/ ٣٢٢).

(٩٥) ابن العربي (ت: ٥٤٣).

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

أم أتلّفها المتعدي» (٩٦).

٢- المنفعة تصلح لأن تكون صداقاً، وهذا دليل اعتبارها مالاً؛ لأن من شروط صحة الصداق أن يكون مالاً، وقد سماه المولى عزّ وجلّ مالاً بقوله: ﴿وَأَحْلَلْ لَكُمْ مَّا وَّرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾ [النساء: ٢٤]، ولقد كان صداق زوجة سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام المنفعة، وهي الإجارة، قال تعالى على لسان شعيب عليه الصلاة والسلام: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِّحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّجٍ﴾ [القصص: ٢٧]، قال القرطبي (ت: ٦٧١هـ): «وأما النكاح بالإجارة فظاهر من الآية، وهو أمر قد قرره شرعنا» (٩٧).

ولقد زوج النبي ﷺ رجلاً على تعليم القرآن وهو منفعة، وقال له: «زوجتكها بما معك من القرآن» (٩٨)، وفي رواية: «فقم فعلمها عشرين آية، وهي امرأتك» (٩٩). قال الخطابي (ت: ٣٨٨هـ): «وليس في الحديث أنه جعل المهر ديناً عليه إلى أجل، فكان الظاهر أنه جعل تعليمه القرآن إياها مهراً لها» (١٠٠)، وأكد النووي (ت: ٦٧٦هـ) هذا المعنى بقوله: «وفي هذا الحديث دليل لجواز كون الصداق تعليم القرآن» (١٠١)، ومن المعلوم أن تعليم القرآن منفعة، ولما كان الأصل في الصداق أن يكون مالاً، كانت المنفعة مالاً.

٣- أن الطبع يميل إليها، والمال: ما يميل إليه الطبع، وإنه ليسعى في ابتغائها وطلبها، وتنفق في سبيلها الأموال، ويقدم في سبيلها نفيس الأشياء ورخيصها، والمصلحة في التحقيق تقوم بمنافع الأشياء لا بذواتها، فالذوات لا تصير أموالاً إلا بمنافعها، وتقاس بما فيها من منفعة، فما لا نفع فيه لا يكون مالاً (١٠٢).

٤- المنافع أموال؛ لإمكان حيازتها بحيازة أصلها، ولأنها المقصود من الأعيان، ولولاها لما طلبت.

(٩٦) عقد الجواهر الثمينة (٧٤٤/٢ - ٧٤٥).

(٩٧) الجامع لأحكام القرآن (٢٦٣/١٦)، تفسير سورة القصص.

(٩٨) أبو داود (٢١١١)، كتاب النكاح، باب في التزويج على العمل يعمل.

(٩٩) أبو داود (٢١١٢)، الكتاب والباب السابقان، وقد رواه البخاري (٥١٢١)، ومسلم (١٤٢٥) عن سهل بن سعد بروايات مقاربة.

(١٠٠) معالم السنن (٥٨٧/٢).

(١٠١) شرح مسلم (٢٢٦/٩).

(١٠٢) انظر: الحقوق المعنوية (النشمية) المجلة (٥) (٢٣١٢/٣).

هذا قول (١٠٣).

٥- أن إطلاق المال على المنافع أولى من إطلاقه على الأعيان؛ لأن الأشياء لا تسمى مالا إلا لاشتغالها على المنافع، ولذلك لا يصح بيعها بدونها، ولا قيمة للعين إذا خلت عن المنفعة، وهذا قول ثان (١٠٤).
٦- وهذا قول ثالث أن إتلاف منافع الأعيان إتلاف للأعيان نفسها؛ لأنه لا معنى لبقاء العين مع ذهاب منفعتها. قال ابن شاس (ت: ٦١٦هـ): «وإذا كان قد أتلف على المالك المنفعة المقصودة من العين، فقد صار كمتلفها جملة إضافة إلى مقصوده، إذ الأعيان إنما تقصد وتقتنى لمنافعها، فذهاب المنفعة المقصودة من العين التي اقتنيت من أجلها، كذهاب العين جملة» (١٠٥).
٧- وقالوا: إن المنافع هي المقصودة من الأعيان، ولا قيمة للأعيان بدونها، وإن أثمان الحاجات والأشياء تقاس بين الناس بمنافعها (١٠٦).

يقول ابن قدامة: (ت: ٦٢٠هـ): «إن المعقود عليه المنافع، وهذا قول أكثر أهل العلم، منهم: مالك وأبو حنيفة، وأكثر أصحاب الشافعي، وذكر بعضهم أن المعقود عليه هو العين؛ لأنها الموجودة، والعقد يضاف إليها، فيقول: أجرتك داري، كما يقول: بعثتها. ولنا: أن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد، وذلك هو المنافع دون الأعيان، ولأن الأجر مقابل المنفعة، ولهذا تضمن دون العين، وما كان العوض في مقابلته فهو المعقود عليه، وإنما أضيف العقد إلى العين لأنها محل المنفعة ومنشؤها» (١٠٧).
هذه أبرز أدلة الجمهور على مالية المنافع.

الترجيح:

من استعراض أدلة الفريقين، يترجح لدينا قول الجمهور، بأن المنافع أموال؛ لأسباب عدة:
١- موافقة هذا الاتجاه للعرف الجاري في معاملات الناس، فإن قول الحنفية: (المنافع ليست أموالاً؛ لأنها معدومة)، غير مسلم به، وذلك إذا نظرنا إلى الحقائق، فإن هذه المنافع - وإن كانت معدومة - هي مال عرفاً وشرعاً، والعرف معتبر في الأحكام الشرعية.

(١٠٣) انظر: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص (٣٣٢)، ومقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية ص (٤٠).

(١٠٤) انظر: المرجع السابق (مقاصد الشريعة) ص (٤١).

(١٠٥) عقد الجواهر (٧٥٦/٢).

(١٠٦) انظر: المدخل الفقهي (٢٠٥/٣).

(١٠٧) المغني (٧/٦ - ٨).

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

- ٢- أن القول بمالية المنافع موافق لروح الشريعة وحاجات العصر .
- ٣- أن القول بعدم مالية المنافع وعدم ضمان متلفها، يجرئ الناس على العدوان، على أنه لا مسؤولية مدنية في ذلك (١٠٨)، ولا سيما عند غياب الوازع الديني عند الناس، فقد أفتى ابن الهمام (ت: ٦٨١ هـ) وهو حنفي، بتضمين منافع الغصب في الأملاك؛ لكثرة الغاصبين (١٠٩).
- ٤- أن أدلة الجمهور أدلة شرعية، بخلاف أدلة الحنفية، فهي مجرد تعليقات عقلية. قال الزرقا (ت: ١٤٢٠ هـ): «ومن الواضح أن نظرية الاجتهاد الشافعي والحنبلي في إلحاق المنافع بالأعيان في المالية والتقوم الذاتي هي أحكم وأمتن وأجرى مع حكمة التشريع، ومصلحة التطبيق، وصيانة الحقوق، من نظرية فقهاءنا في الاجتهاد الحنفي، فإن اعتبار المنافع غير ذات قيمة في نفسها، ليس عليه دليل واضح قوي من أدلة الشريعة، لا من نصوصها، ولا من أصولها، وإنما هو غلو في النزعة المادية بنظرية المال والقيمة في الاجتهاد الحنفي» (١١٠).

إلا أن من فقهاء الحنفية من لم يلتزم بأصل مذهبه، الذي يفصل بين المال والمنافع، فذهب إلى مالية المنافع في مواطن متعددة (١١١)، كالإمام الكاساني (ت: ٥٨٧ هـ) يقول: «ولنا أن الكلب مال، فكان محلاً للبيع، كالصقر والبازي، والدليل على أنه مال: أنه منتفع به حقيقة، مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق، فكان مالاً، ولا شك أنه منتفع به حقيقة، والدليل على أنه مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق: أن الانتفاع به بجهة الحراسة والاصطياد مطلق شرعاً في الأحوال كلها، فكان محلاً للبيع؛ لأن البيع إذا صادف محلاً منتفعاً به حقيقة، مباحاً الانتفاع به على الإطلاق، مسّت الحاجة إلى شرعه» (١١٢).

أبرز ثمرات اختلاف النظرتين في مالية المنافع:

نشأ عن اختلاف النظر الاجتهادي في مالية المنافع وتقويمها - بين الحنفية والجمهور - مسائل متعددة متفرعة عن هذه النظرية الأساسية، أهمها: نظرية ضمان منافع المغصوب، أو عدم ضمانها. فذهب الاجتهاد الحنفي إلى عدم تضمين الغاصب أجر المثل عن منافع المغصوب؛ لأنها ليست مالاً

(١٠٨) انظر: المدخل الفقهي (٢٠٩/٣).

(١٠٩) انظر: الفوائد الزينية ص (٩٤).

(١١٠) انظر: المدخل الفقهي (٢٠٨/٣).

(١١١) انظر: المقاصد الشرعية الخاصة بالتصرفات المالية ص (٣٨).

(١١٢) بدائع الصنائع (١٤٣/٥).

د. عبد الله بن إبراهيم موسى

متقوِّمًا، إلا استثناءً بعقد الإجارة، ولا عقد بين الغاصب والمغصوب منه، إنما يضمن الغاصب قيمة العين أو نقصانها، إذا تلفت أو نقصت أو تعيبت في يده (١١٣).

أما الجمهور، فقد ذهبوا إلى تضمين الغاصب بأجر مثل المغصوب خلال مدة الغصب، سواء استوفى الغاصب منافعه أم عطَّلها (١١٤).

جاء في (المدونة): «أرأيت الدور والعبيد إذا غصبهم رجل زمانًا، والأرضين، فاكثرى ذلك كله، أو زرع الأرض أو سكن . . . قال سحنون: وأما الدور والأرضون، فإن كان زرعها أو سكنها فإن عليه كراءها» (١١٥).

وجاء في (الأم): «من سكن دار رجل، كمن تعدى على سلعته فأتلَّفها، فله قيمة السكنى» (١١٦). وقال ابن مفلح (ت: ٧٦٣هـ): «وإذا قال: أعرتني وأجرتني، قال: بل غصبتني . . . صدق المالك، فيضمن ما انتفع» (١١٧).

موقف متأخري الحنفية من مالية المنافع:

ذهب المتأخرون من الحنفية إلى إعادة النظر في بعض الأحكام المترتبة على أصلهم هذا؛ لعدم ملاءمتها لمقاصد الشريعة العامة والخاصة، فمن ذلك: ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة وصاحبه، من أن منافع الغصب لا تضمن، بناء على أن المنافع ليست أموالاً. واختار المتأخرون الإفتاء بالضممان في ثلاث مسائل: مال اليتيم، ومال الوقف، والمنافع المعدَّة للاستغلال (١١٨)، وقد أُلزم المحقق ابن الهمام (ت: ٦٨١هـ) المفتين الإفتاء بتضمين منافع الغصب في الأملاك؛ لكثرة الغاصبين، زجرًا لهم ورفعًا للفساد (١١٩).

يقول الشيخ الزرقا (ت: ١٤٢٠هـ): «على أن المتأخرين من فقهاء الحنفية لحظوا سيئات النتائج، وإضاعة الحق الذي تؤدي إليه نظرتهم عدم ضمان منافع المغصوب، فقصروا من أذيالها، وضيقوا دائرة شمولها، فاستثنوا: مال اليتيم، ومال الوقف، والأموال المعدَّة للاستغلال، وأوجبوا في كل ذلك على

(١١٣) انظر: المواد (٥٩٦، ٥٩١، ٩٠٠) من مجلة الأحكام العدلية.

(١١٤) انظر: المدخل الفقهي (٣/٢٠٥ - ٢٠٦).

(١١٥) المدونة (٤/١٨٠).

(١١٦) الأم (٨/٢١٥).

(١١٧) الفروع (٤/٤٧٧).

(١١٨) انظر: الفوائد الزينية ص (٦٣)، والمدخل الفقهي (٣/٢٠٩).

(١١٩) انظر: الفوائد الزينية ص (٩٤)، ومقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية ص (٣٩ - ٤٠).

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

غاصبه التزام ضمان أجر المثل، قيمة للمنافع (١٢٠)، وعللوا ذلك باقتضاء المصلحة الزمنية، وبعض اعتبارات أخرى... ولا يخفى أن ما صلح من الاعتبار أن تكون به المنافع كالأعيان، مالاً متقوِّماً، مضموناً بالغصب، فيما يتعلق باليتيم والوقف والمعدِّ للاستغلال - يصلح أن تعتبر به المنافع كذلك، بوجه عام في سائر الأحوال. وليت جمعية المجلة (١٢١)، بما منحت من صلاحية الاختيار المعتبر شرعاً، أخذت هذا الموضوع بنظرية الاجتهاد الشافعي والحنبلي، فعممت ضمان المنافع، واعتبرتها أمراً متقدمة بذاتها في سائر الأحوال، رعاية لمصلحة المجتمع، وزجراً عن العدوان، الذي أصبح معظم الناس لا يتحامونه لمجرد حرمة، إذا لم يقترن بالمسؤوليات المدنية» (١٢٢).

كما إن د. الدريني انتقد استثناء الحنفية للمنافع الثلاثة، قائلاً: «إن هذه الاستثناءات التي أوردوها على ضابطهم العام في المال دليل على فساد النظر فيه» (١٢٣).

المطلب الثاني: مدى قابلية الحقوق للمعاوضة

ويشمل ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: الحقوق التي لا تقبل المعاوضة

وهذه صنفان، الأول: لا يقبل المعاوضة ولا المصالحة، الثاني: لا يقبل المعاوضة، لكنه يقبل المصالحة.

١- الحقوق التي لا تقبل المعاوضة ولا المصالحة: وهي التي أثبتها الشارع لأصحابها دفعا للضرر عنهم، كحق الشفعة، وحق المرأة في القسَم، وحق الخيار، وحق الحضنة، ونحوها، فهذه الحقوق لا يجوز الاعتياض عنها، لا عن طريق البيع، ولا عن طريق الصلح والتنازل.

(١٢٠) جاء في المادة (٥٩٦) من مجلة الأحكام العدلية: «لو استعمل واحد مالاً بدون إذن صاحبه كان غاصباً، فلا يلزمه ضمان منافعه، ولكن إذا كان ذلك المال مال وقف أو صغير، فحينئذ يلزمه ضمان المنفعة، أي: أجر المثل بكل حال، وإن كان مُعداً للاستغلال، فإنه يلزمه ضمان المنفعة، أي: أجر المثل، إذا لم يكن استعماله بتأويل ملك أو عقد، أو لم يكن، وكذلك إذا كانت تلك الدار دار كراء، ولم يكن ثمة تأويل ملك أو عقد، يلزم أجر المثل، ومثل ذلك لو استعمل واحد دابة الكراء بدون إذن صاحبها، أي: فيلزمه أجر المثل».

(١٢١) على أنهم من متأخري الحنفية، ومن أعضاء الجمعية علاء الدين ابن عابدين، وكان صدورهما عام (١٢٨٦هـ). انظر: شرح المجلة (الباز) ص (٩).

(١٢٢) المدخل الفقهي (٢٠٩/٣).

(١٢٣) الفقه المقارن ص (٢٨٣).

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

قابل للمعاوضة عن طريق البيع ، مثلاً، فلا يجوز لولي القتيل أن يبيع حق الاقتصاص لرجل آخر، بأن يستحق ذلك الرجل استيفاء القصاص بدله، ولا يجوز للزوج أن يبيع حق التمتع بزوجه لآخر، ولا للوارث أن يبيع حق إرثه لرجل آخر، بحيث يرث عوضاً عنه.

فهذه الحقوق لا تقبل المعاوضة والانتقال لشخص آخر؛ لأن الشرع أثبتها لرجل مخصوص بصفة مخصوصة، فإذا انعدمت هذه الصفة انعدمت تلك الحقوق. فحق القصاص إنما أثبته الشرع لولي المقتول بصفته ولياً له، فإذا انتفت الولاية انتفى الحق، فبما أن الشريعة لا تأذن بنقل هذه الحقوق من واحد إلى آخر، فإنه لا يجوز الاعتياض عنها بالبيع ولا بالمبادلة (١٢٨).

ويستدل لذلك على العموم بحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: «نهى النبي ﷺ عن بيع الولاء وهبته» (١٢٩). قال النووي (ت: ٦٧٦هـ): «فيه تحريم بيع الولاء وهبته، وأنهما لا يصحان، وأنه لا ينتقل الولاء عن مستحقه، بل هو لحمة كلحمه النسب، وبهذا قال جماهير العلماء من السلف والخلف» (١٣٠).

أما التنازل عن هذا الحق بالصلح فهو جائز، فلولي القتيل المصالحة مع القاتل على مال، وليس هذا المال عوض الحق، وإنما هو بدل إمساك صاحب الحق عن استيفاء حقه، والقاتل هذا لا يشتري الحق من صاحبه، وإنما يبذل هذا المال دفعاً لضرر الموت عن نفسه، ولا خلاف في ذلك. يقول د. الدريني: «وقد يرد علينا حق القصاص، فهو حق متقرر في محله، وليس حقاً مالياً بالبداهة؛ لأن محله - وهو ذات القاتل - ليس بمال، ولا متعلقاً بمال، ومع ذلك جاز إسقاط القصاص نظير عوض مالي (الدية) بالنص، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّءْ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ١٧٨]، ويجب عن ذلك: بأن العوض المالي هنا إنما كان نظير الإسقاط، لحمل ولي القتيل عليه، مكافأة له، لا ثمناً للحق ذاته؛ لأنه ليس بمال» (١٣١).

وكذلك بالنسبة إلى الزوج، فإن حق الاستمتاع بزوجه ببقاء نكاحها معه، ولكن يمسك عن استعمال

(١٢٨) انظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص (٧٨ - ٧٩).

(١٢٩) البخاري (٢٥٣٥)، كتاب العتق، باب بيع الولاء وهبته، ومسلم (١٥٠٦)، كتاب العتق، باب النهي عن بيع الولاء وهبته.

(١٣٠) شرح مسلم (٤٠٢/١٠ - ٤٠٣).

(١٣١) الفقه المقارن ص (٢٤١ - ٢٤٢) (حاشية).

هذا الحق بمال تفتدي به المرأة، وهو الخلع والطلاق على مال، وهو أمر جائز بلا خلاف. ويشترط لجواز الاعتياض عن هذه الحقوق بالمصالحة، أن تكون ثابتة لصاحبها في الحال، بخلاف أن تكون متوقعة في المستقبل، غير ثابتة، فإنه لا يجوز المعاوضة عليها بالصلح ولا بغيره، كما في حق الوراثة في حياة المورث، فإنه لا يجوز التنازل عنه بمال؛ لأن هذا الحق ليس ثابتاً في حياة المورث، إنما يثبت بعد الوفاة (١٣٢)، ودليل ذلك قوله ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك» (١٣٣).

المسألة الثانية: المعاوضة على الحقوق العرفية

ويقصد بها: الحقوق التي ثبتت لأصحابها بحكم العرف والعادة، وبناء على ذلك تعتبر مشروعة، ومشروعية العرف والعادة، للقاعدة: (العادة محكمة) (١٣٤)، وذلك كحقوق الارتفاق (١٣٥): حق المرور، وحق الشرب، وحق المسيل، وحق التعلّي، والمعاوضة على هذه الحقوق مختلف فيها: منعها الحنفية في المشهور عندهم (١٣٦)، وأجازها جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) (١٣٧)، وبعض الحنفية.

وسبب اختلافهم يرجع إلى اختلافهم في تعريف البيع، فمن عرفه: (مبادلة المال بالمال)، وخصّ بالمال الأعيان، منع بيع هذه الحقوق المجردة، على أنها ليست أعياناً، ومن عمم تعريف البيع ليشمل المنافع، أجاز بيعها (١٣٨).

نعرض أقوال الفريقين، ثم نخلص إلى الترجيح، على النحو التالي:

- (١٣٢) انظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص (٨٠).
- (١٣٣) أبو داود (٣٥٠٣)، كتاب البيوع والإجازات، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، والنسائي (٤٦١٥)، كتاب البيوع، باب يبيع ما ليس عند البائع.
- (١٣٤) القاعدة (٣٥) من قواعد الزرقا، والمادة (٣٦) من مجلة الأحكام العدلية، وهي من القواعد الكلية الكبرى.
- (١٣٥) هي لغة: من الرفق، وهو ضد العنف، تقول: رفق به: لطف، والمرفق: ما استعين به، وفي التنزيل: ﴿وَيَهَيِّئْ لَكُم مِّنْ أَمْزَاجٍ مَّرْفَقًا﴾ [الكهف: ١٦]، ومرافق الدار: مصاب الماء، والمغتسل، والكنيف ونحوه. انظر: لسان العرب (١٠/١١٨ - ١٢٠) (رفق). واصطلاحاً: عرفها الزرقا بقوله: «الارتفاق: منفعة مقررة لعقار على آخر مملوك لغير الأول». المدخل الفقهي (٣٥/٣).
- (١٣٦) انظر: المبسوط (١٤/١٣٥ - ١٣٦)، ودرر الحكام (٢/١٧٣)، والبحر الرائق (٥/٢٩٦)، وشرح مجلة الأحكام العدلية (الباز) ص (٢١٦).
- (١٣٧) المدونة (٣/٢٨٩)، ومغني المحتاج (٢/٢)، وكشاف القناع (٨/٢٩٧، ٣٠٠).
- (١٣٨) انظر: بحوث في قضايا معاصرة (العثماني) ص (٨١ - ٨٢).

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

١- موقف الحنفية من بيع حقوق الارتفاق:

وهذا مبني على تعريفهم للبيع، وذلك على النحو التالي:
عرفه الجرجاني (ت: ٨١٦هـ) بقوله: «مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم، تملكاً وتملكاً» (١٣٩). فقد قيد صحة المعاوضة بالمال المتقوم وقابليته للتملك، وقد مر معنا ضوابطهم للمال، وهي: العينية، والتقوم، وقابلية الإحراز والادخار، وحقوق الارتفاق منافع، لا تنطبق عليها خواص وصفات المال القابل للمعاوضة عندهم.

وعرفه التمرتاشي (ت: ١٠٠٤هـ) بقوله: «مبادلة شيء مرغوب فيه بمثل» (١٤٠).
ويبدو أن هذا التعريف على إطلاقه يفتح آفاقاً واسعة في تصحيح بيع كثير من الأشياء، المرغوب بالمعاوضة عليها، من الأعيان والمنافع والحقوق، التي هي محل رغبات الناس.
لكن قيدت ذلك مجلة الأحكام العدلية، عندما نصت على تعريفه: «البيع: مبادلة مال بمال» (١٤١)،
والمال معروف، منضبط لدى الحنفية بالضوابط السابقة، وعلى هذا فُسِّرَ المرغوب فيه.
أما حكم بيع هذه الحقوق، فيبدو أنها غير جائزة على العموم، إلا ما كان من أهل نسف وبلخ، فإنهم أجازوا بيع حق الشرب، وهذا ما يظهر من نصوصهم:

قال السرخسي (ت: ٤٨٣هـ): «بيع الشرب فاسد، فإنه من حقوق البيع، بمنزلة الأوصاف، فلا يفرد بالبيع، ثم هو مجهول في نفسه، غير مقدور على التسليم؛ لأن البائع لا يدري أيجري الماء أم لا، وليس في وسعه إجراؤه. قال: وكان شيخنا الإمام يحكي عن أستاذه أنه كان يفتي بجواز بيع الشرب بدون الأرض، ويقول: فيه عرف ظاهر في ديارنا بنسف (١٤٢)، فإنهم يبيعون الماء، فللعرف الظاهر كان يفتي بجوازه، ولكن العرف إنما يعتبر فيما لا نص بخلافه، والنهي عن بيع الضرر نص، بخلاف هذا العرف، فلا يعتبر» (١٤٣).

فقد ذهب السرخسي إلى فساد بيع الشرب، مستدلاً على ذلك بأدلة عدة:

- (١٣٩) التعريفات ص (٧٤).
(١٤٠) تنوير الأبصار مع رد المحتار (١١/٧).
(١٤١) المادة (١٠٥) من المجلة. انظر: بدائع الصنائع (٥/١٤٠).
(١٤٢) نسف: مدينة كبيرة، بين جيحون وسمرقند، خرج منها جماعة كثيرة من أهل العلم، وهي مدينة كثيرة المياه، على مدرج بخارى وبلخ، وهي مدينة (نخشب) نفسها. انظر: معجم البلدان (٥/٢٨٥).
(١٤٣) المبسوط (١٤/١٣٥ - ١٣٦).

د. عبد الله بن إبراهيم موسى

- ١- أن حقوق المبيع بمنزلة الأوصاف، فلا تفرد بالبيع.
 - ٢- أن هذا الحق مجهول في نفسه، فلا تعرف كمية المياه المارة.
 - ٣- أن هذا الحق غير مقدور على تسليمه حقيقة؛ لأن بائعه لا يضمن استمرار جريان الماء.
- كما إنه ذكر مستند من أجاز بيع هذا الحق، على أنه العرف، وقد ردّ على هذا الاستدلال، بأن العرف يعمل به عند عدم وجود نص يعارضه.

وقال ملا خسرو (ت: ٨٨٥هـ): «ولا يجوز بيع مسيل الماء وهبته، ولا بيع الطريق بدون الأرض، وكذلك بيع الشرب، وقال مشايخ بلخ (١٤٤): جائر» (١٤٥).

وعلى مثل هذا نص ابن نجيم (ت: ٩٧٠هـ) قائلاً: «وفي الخانية: ولا يجوز بيع مسيل الماء وهبته، ولا بيع الطريق بدون الأرض، وكذلك بيع الشرب، وقال مشايخ بلخ: بيع الشرب جائز» (١٤٦).

ولقد علل النسفي (ت: ٥٠٨هـ) صحة بيع حق الشرب بقوله: «لأنه حظ من الماء، وهذا يضمن بالإتلاف، وله قسط من الثمن» (١٤٧).

والخلاصة أن جمهور الحنفية لا يرون صحة بيع حق الشرب؛ للأسباب السالفة، كما إنهم اعتبروا عمل أهل نَسَف وبلخ من قبيل العرف الخاص، ولا يكون حجة. قال أبو زهرة: «وأهل الرأي الأول - القائلون بعدم صحة حق الشرب - يردّون كل هذا، فينكرون أن يكون تعامل أهل مدينة مسوِّعاً لمخالفة القياس، إنما العرف المسوِّع لمخالفة القياس هو عرف جميع الناس أو المسلمين، حتى يكون قريباً من الإجماع، كالمال في الاستصناع، والسلم، والإجارة، في نظر الحنفية» (١٤٨).

٢- موقف الجمهور من بيع حق الارتفاق:

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى صحة بيع حقوق الارتفاق عموماً، تصريحاً من بعضهم، أو تلميحاً من الآخرين، بناءً على اجتهادهم بالقول بمالية المنافع، كما سبق، وهذا ما يلاحظ من تعريفهم للبيع، ونصوصهم في هذه المسألة:

- (١٤٤) بلخ: مدينة مشهورة في خراسان، ومن أكثر بلادها غلة وخيراً، وقيل: بناها الإسكندر، وكانت تسمى الإسكندرية قديماً، وينسب إليها علماء كثيرون. انظر: معجم البلدان (١/٤٨٠).
- (١٤٥) درر الحكام (٢/١٧٣)، و انظر: شرح مجلة الأحكام العدلية (الباز) ص (١٠٤ - ١٠٥).
- (١٤٦) البحر الرائق (٥/٢٩٦).
- (١٤٧) كنز الدقائق مع البحر الرائق (٦/٢٨٨).
- (١٤٨) الملكية ونظرية العقد ص (١٠٨).

د. عبد الله بن إبراهيم موسى

ولقد أشار الزرقاني (ت: ١١٢٢هـ) في بداية كتاب البيوع إلى أن البيع يشمل العين، والدَيْن، والمنفعة، وذلك بقوله: «كتاب البيوع: جمع بيع، وجمع لاختلاف أنواعه، كبيع العين، وبيع الدين، وبيع المنفعة، والصحيح والفاسد، وغير ذلك» (١٥٦).

فالذي يظهر من هذين النصين وغيرهما، أن المنافع التي أخرجها ابن عرفة (ت: ٨٠٣) من تعريف البيع سابقاً، إنما هي المنافع المؤقتة، التي يقع عليها عقد الإجارة والكراء، أما المنافع المؤبدة، فيجوز بيعها عند المالكية، والله أعلم (١٥٧).

وعرف الشرييني (ت: ٩٧٧هـ) البيع بقوله: «مقابلة مال بمال على وجه مخصوص» (١٥٨). وقال أيضاً: «وحدّه بعضهم بأنه: عقد معاوضة مالية، يفيد ملك عين، أو منفعة على التأييد، فدخل بيع حق الممرّ ونحوه» (١٥٩). فهو نص صريح على صحة المعاوضة على المنافع عموماً، وعلى الحقوق المجردة خصوصاً، كحق المرور ونحوه، وجاء في حاشية الرشيدي (ت: ١٠٩٦هـ) على نهاية المحتاج: «وقد سلم من جميع هذه الإيرادات قول بعضهم: عقد معاوضة مالية، تفيد ملك عين، أو منفعة على التأييد» (١٦٠). وهو مؤكّد لما قلنا. فبيع المنافع والحقوق المجردة عن أصلها صحيح عند الشافعية.

ونقل المرادوي الحنبلي (ت: ٨٨٥هـ) تعريف البيع بقوله: «وقال في (الوجيز): هو عبارة عن تملك عين مالية، أو منفعة مباحة على التأييد، بعوض مالي» (١٦١).

وعرفه البهوتي (ت: ١٠٥١هـ) بقوله: «وشرعاً: مبادلة مال، من نقد أو غيره، معين موصوف، ولو كان المال في الذمة، كعبد أو ثوب، صفته كذا، أو مبادلة منفعة مباحة على الإطلاق» (١٦٢). فقول المرادوي: «منفعة مباحة على التأييد» والبهوتي: «على الإطلاق» يعني الحقوق المجردة؛ لأن بيع المنفعة المؤقتة هو الإجارة.

قال ابن قدامة (ت: ٦٢٠هـ): «ولا يجوز أن يبيني دكائناً، ولا يخرج روشناً، ولا ساباطاً على درب

(١٥٦) شرح الزرقاني على الموطأ (٣/٢٩٧).

(١٥٧) انظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة (العثماني) ص (٨٩).

(١٥٨) مغني المحتاج (٢/٢).

(١٥٩) المرجع السابق (٣/٢).

(١٦٠) نهاية المحتاج (٣/٣٧٢).

(١٦١) الإنصاف (٧/١١).

(١٦٢) كشف القناع (٧/٢٩٦).

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

غير نافذ إلا بإذن أهله، وبهذا قال الشافعي . . . وإن صالح أهل الدرب من ذلك على عوض معلوم جاز» (١٦٣).

فهو صريح بجواز بيع الحقوق؛ لأن حق المرور هنا خاص بأهل الدرب غير النافذ، فإن صالحوا عليه بالمعاوضة جاز.

والخلاصة أن جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) يجيزون المعاوضة على الحقوق المجردة.

الترجيح:

من استعراض أقوال ونصوص الفريقين الحنفية والجمهور، في المعاوضة على الحقوق، تبدو لنا - والله أعلم - راحة مذهب الجمهور؛ وذلك أن الحق هنا منفعة معلومة، لها قيمة معلومة في عرف الناس، تصح المعاوضة عليها، وبهذا القول يمكن استيعاب قضايا جديدة، بتصحيح المعاوضة عليها، كبيع حقوق الابتكار، والاسم التجاري ونحوها. أما قصر صحة المعاوضة على ما يشترط فيه (العينية، والإحراز، وقابلية الادخار) كما ذهب إليه الحنفية فتضييق على الناس في مثل هذا الزمن.

المسألة الثالثة: المعاوضة على حق الانتفاع

والحديث عنه يتناول: تعريف حق الانتفاع، والفرق بينه وبين ملك المنفعة، وصور المعاوضة عليه.

١- تعريف حق الانتفاع:

الانتفاع لغة: مصدر انتفع، من النفع، وهو الخير، وما يتوصل به الإنسان إلى مطلوبه، وهو ضد الشر، والانتفاع: الوصول إلى المنفعة (١٦٤).

واصطلاحاً، لا يخرج عن معناه اللغوي، وهو: الحصول على منفعة ما، وعرفه قدري باشا (ت: ١٣٠٦ هـ) بقوله: «الانتفاع الجائز هو: حق المنتفع في استعمال العين واستغلالها ما دامت قائمة على حالها، وإن لم تكن رقبته مملوكة» (١٦٥).

(١٦٣) المغني (٣٥/٥).

(١٦٤) انظر: لسان العرب (٣٥٨/٨)، والمصباح المنير ص (٣١٨) (نفع).

(١٦٥) مرشد الحيران: المادة (١٣).

د. عبد الله بن إبراهيم موسى

وعرفه د. شبير بقوله: «حق الشخص في الحصول على المنفعة العرضية، الاستفادة من العين غير المملوكة له، بحيث يكون له حق الاستعمال والاستئثار بالمنفعة لمدة معينة» (١٦٦). وهو تعريف أجمع من سابقه، بإضافة (الاستئثار) وهو الانفراد بالشيء دون مزاحمة الآخرين. وهذا التعريف الأخير يدخل فيه:

المنفعة التي يحصل عليها الإنسان عن طريق المعاوضة، من بيع وإجارة، والتي يحصل عليها عن طريق التبرع، من وصية وإعارة، أو عن طريق الإباحة العامة أو الخاصة (١٦٧)، وصور ذلك:

* من اشترى حق المرور أو الشرب، يكون له حق الانتفاع به؛ لأنه ملكه عن طريق البيع، ومن استأجر داراً فله حق الانتفاع بها؛ لأن ملكه عن طريق الإجارة، وكلاهما عن طريق المعاوضة.

* ومن أوصى له بسكن دار، أو أعيرها مدة، كان له حق الانتفاع، وذلك عن طريق التبرع (التمليك بلا عوض).

* ومن جلس على كرسي في الحديقة العامة فله حق الانتفاع به ما دام جالساً عليه.

٢- الفرق بين حق الانتفاع وملك المنفعة:

يستعمل الفقهاء كلمة (الانتفاع) مضافة إلى الحق أو التمليك، فيقولون: حق الانتفاع، وتمليك الانتفاع، فهل هما مصطلحان لمعنى واحد، أم مختلفان؟ في المسألة اتجاهاً:

الأول: للحنفية: وهو عدم التمييز بينهما، وقالوا: إنهما يستعملان بمعنى واحد؛ لأن حق الانتفاع، قد يكون نتيجة لثبوت الملكية التامة، كمن اشترى داراً، فإنه يملك المنفعة، فضلاً عن الرقبة، وقد يكون حق الانتفاع نتيجة لثبوت الملكية الناقصة، وملكية المنفعة دون الرقبة، كمن استأجر داراً، فإنه يملك المنفعة وحدها، ولكل مالك للمنفعة في الحالتين حق الانتفاع بملكه، وقد يكون حق الانتفاع نتيجة للإباحة، كما أسلفنا، فيحق للمباح له أن ينتفع بما أبيع له الانتفاع به (١٦٨).

يقول ابن نجيم (ت: ٩٧٠ هـ): «والمذهب عندنا أنها - أي الإعارة - تمليك المنافع بغير عوض، فهي كالإجارة، تمليك المنافع، وإنما لا يملك المستعير الإجارة؛ لأنه ملك المنفعة بغير عوض، فلا يملك

(١٦٦) الاعتياض عن حق الانتفاع ص (٩).

(١٦٧) انظر: المرجع السابق ص (٩).

(١٦٨) انظر: المرجع السابق ص (٨).

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

أن يملكها بعوض، ولأنه لو ملك الإجارة لملك أكثر مما ملك، فإنه ملك المنفعة بلا عوض، فيملكها نظير ملك، ولأنه لو ملكها للزم أحد الأمرين غير الجائزين: لزوم العارية، أو عدم لزوم الإجارة» (١٦٩). ومفاده: أن ملك المنفعة، وحق الانتفاع سواء في نظر الحنفية، فالمستأجر مالك المنفعة، والمستعير له حق الانتفاع، وهو أيضاً مالك المنفعة، وإنما يختلفان من حيث تأجير المنفعة للغير، فللمؤجر أن يفعل ذلك؛ لأنه ملك المنفعة بعوض، فله أن يملكها بعوض، وبغير عوض، بخلاف المستعير، فليس له إلا التملك بغير عوض (الإعارة)؛ لأنه ملك المنفعة بغير عوض، وكلاهما مالك للمنفعة وله حق الانتفاع.

الاتجاه الثاني: وهو اتجاه جمهور الفقهاء: (المالكية والشافعية والحنابلة) ومفاده: التمييز بين ملك المنفعة وحق الانتفاع، فإن مالك المنفعة ينصرف لمن يملك المعاوضة عليها، أما من له حق الانتفاع، فلا يملك المعاوضة عليها، وهذا ما يظهر من نصوص فقهاءهم:

قال القرافي (ت: ٦٨٤هـ): «الفرق الثلاثون بين قاعدة تملك الانتفاع، وبين قاعدة تملك المنفعة: فتمليك الانتفاع نريد به: أن يباشر هو بنفسه فقط، وتمليك المنفعة: أعم وأشمل، فيباشر بنفسه، ويمكن غيره من الانتفاع بعوض، كالإجارة، وبغير عوض، كالعارية. مثال الأول: سكنى الدار والخوانك والرباط... 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 غيرها، أو يسكنه بغير عوض، ويتصرف في هذه المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم» (١٧٠).

وقال السيوطي (ت: ٩١١هـ): «وقد يملك الانتفاع دون المنفعة، كالمستعير، والعبد الذي أوصى بمنفعته مدة حياة الموصى له... وكل من ملك المنفعة، فله الإجارة والإعارة، ومن ملك الانتفاع، فليس له الإجارة قطعاً، ولا الإعارة على الأصح» (١٧١).

وقال الشريني (ت: ٩٧٧هـ): «وعقد النكاح، والخلع، والصلح عن دم بقيد الملك، فإن الزوج لا

(١٦٩) الأشباه والنظائر (ابن نجيم) ص (٣٥٣).
(١٧٠) الفروق (١/٣٣٠ - ٣٣١) (الفرق الثلاثون).
(١٧١) الأشباه والنظائر ص (٣٢٦).

د. عبد الله بن إبراهيم موسى

يملك منفعة البُضْع، وإنما يملك أن ينتفع به، والزوجة والجاني لا يملكان شيئاً، إنما يستفيدان رفع سلطنة الزوج ومستحق القصاص» (١٧٢).

وقال ابن القيم (ت: ٧٥١هـ): «فائدة: تملك المنفعة شيء، وتمليك الانتفاع شيء آخر، فالأول: يملك الانتفاع والمعاوضة، والثاني: يملك به الانتفاع دون المعاوضة، وعليها إجارة ما استأجره؛ لأنه ملك المنفعة، بخلاف المعاوضة على البُضْع، فإنه لم يملكه، وإنما ملك أن ينتفع به، وكذلك إجارة ما ملك أن ينتفع به من الحقوق، كاجلوس بالرحاب، وبيوت المدارس، والربط، ونحو ذلك، لا يملكها؛ لأنه لا يملك المنفعة، وإنما ملك الانتفاع» (١٧٣).

والنتيجة، أن الجمهور فرقوا بين ملك المنفعة وحق الانتفاع، ويمكن تلخيص الفوارق بينهما على النحو التالي:

١- أن العلاقة القائمة بين المالك والمنفعة في ملك المنفعة، علاقة ذات اختصاص، تخوّل صاحبها منفرداً العمل فيما يملكه، بحسب طبيعتها التي أقرتها الشريعة، فهو ينتفع بها، ويتصرف بكافة التصرفات الجائزة في المنفعة، ضمن حدود العقد الذي ملكها به.

أما حق الانتفاع المجرد: فهو من قبيل الرخصة بالانتفاع الشخصي، دون الامتلاك، كحق الجلوس في الأسواق والمساجد والحدائق، والسير في الطرقات.

٢- ومن حيث المنشأ: ينشأ ملك المنفعة عن عقد مملك، كما في الإجارة والإعارة والوصية.

أما حق الانتفاع: فإنه يثبت بالإباحة الخاصة والعامة.

٣- ومن حيث الانتفاع: ليس لصاحب حق الانتفاع إلا أن ينتفع بنفسه، دون أن يؤجر أو يعير أو يبيع لغيره، بخلاف مالك المنفعة، فله ذلك في حدود العقد (١٧٤).

٣- صور المعاوضة على حق الانتفاع (١٧٥):

إن مالك المنفعة في حق الانتفاع، إما أن يكون ملكها بعوض، أو بغير عوض، ولكل حالة منهما

(١٧٢) مغني المحتاج (٣/٢).

(١٧٣) بدائع الفوائد (٣/١).

(١٧٤) انظر: الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية ص (٥٤ - ٥٥).

(١٧٥) اعتمدنا في هذه المسألة قول الحنفية، وهو عدم التمييز بين ملك المنفعة، وحق الانتفاع، وإن كانوا يعنون بحق الانتفاع هنا، ذلك الذي ملك صاحبه المنفعة بعوض، كالإجارة ونحوها، لا ذلك الذي يقصده الجمهور، وهو من ملكها بغير عوض، كالإعارة ونحوها.

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

حكمها الخاص (١٧٦).

١- المعاوضة على حق الانتفاع حال ملك المنفعة بعوض :

فإذا ملك الشخص المنفعة بالمعاوضة مدة معلومة، عن طريق الإجارة أو الصلح، فله أن ينتفع بها بنفسه، أو بغيره، بعوض أو بغير عوض، فله تأجيرها مدة معلومة، وهذا باتفاق الفقهاء (١٧٧)، وذلك ضمن ضوابط، وهي: أن تكون الإجارة الثانية مثل الإجارة الأولى، أو أخف منها، مثلاً: إذا كانت العين المؤجرة داراً للسكن، فلا يؤجرها لحداد أو قصّار أو طحّان، فيضرب بالعين، وكذلك الحانوت الذي يكون في صفّ البازين لا يؤجر لمثل هؤلاء السالفين: (الحداد والقصّار والطحّان)، فلا ينصرف مطلق العقد إليه، إذ المطلق محمول على العادة والعرف (١٧٨).

قال السرخسي (ت: ٤٨٣هـ): «والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص، وله أن يسكنها ويُسكنها من شاء؛ لأن السكّنى لا تتفاوت فيها الناس» (١٧٩).

وجاء في (المدونة): «قلت: رأيت لو أن رجلاً باع سكّنى دار أسكنها سنين، أتجعل هذا بيعاً في قول مالك أم تفسده، أم هو كراء وتجيّزه؟ قال: بل هو جائز، وهو كراء» (١٨٠).

وقال السيوطي (ت: ٩١١هـ): «ومن ملك المنفعة فله الإجارة والإعارة» (١٨١).

وقال ابن القيم (ت: ٧٥١هـ): «تمليك المنفعة شيء، وتمليك الانتفاع شيء آخر، فالأول: يملك به الانتفاع والمعاوضة» (١٨٢).

ففقهاء المذاهب الأربعة متفقون على المعاوضة على حق الانتفاع إذا كان صاحب المنفعة حصل عليها بعوض.

٢- المعاوضة على حق الانتفاع حال ملك المنفعة بغير عوض :

(١٧٦) انظر: الاعتياض عن حق الانتفاع ص (١٨).

(١٧٧) انظر: المبسوط (١٥/١٣٠)، والمدونة (٣/٢٦٢)، والأشباه والنظائر (السيوطي) ص (٣٢٦)، وبدائع الفوائد (٣/١).

(١٧٨) المبسوط (١٥/١٣٠)، ومصادر الحق (٦/٧٢).

(١٧٩) المبسوط (١٥/١٣٠).

(١٨٠) المدونة (٣/٢٦٢).

(١٨١) الأشباه والنظائر (السيوطي) ص (٣٢٦).

(١٨٢) بدائع الفوائد (٣/١).

د. عبد الله بن إبراهيم موسى

إذا ملك الشخص المنفعة بغير عوض، كالإعارة ونحوها، فهل له أيضاً أن يعاوض عليها؟ في المسألة قولان:

الأول: عدم جواز ذلك، وهو قول جمهور الفقهاء: (الحنفية والشافعية والحنابلة) (١٨٣)، ودليلهم: أن المنتفع حصل عليها بغير عوض، فليس له أن يعاوض عليها؛ لأنه ملك الانتفاع، ولم يملك المنفعة، ولو ملك المعاوضة عليها لملك أكثر مما مئلك.

قال السرخسي: «للمستعير أن ينتفع بالدابة من حيث الحمل والركوب، كما ينتفع بدابة نفسه، في قليل المدة وكثيرها، ما لم يطالبه المالك بالرد؛ لأنه لا يؤجرها، فإن أجزاها صار غاصباً» (١٨٤). وقال السيوطي: «ومن ملك الانتفاع، فليس له الإجارة قطعاً، ولا الإعارة على الأصح» (١٨٥). وقال ابن القيم: «وعلى هذا الخلاف تُخرَجُ إجارة المستعار، فمن منعها، كالشافعي وأحمد ومن تبعهما قال: لم يملك المنفعة، وإنما ملك الانتفاع، ومن جوزها، كمالك ومن تبعه قال: قد ملك المنفعة، وهذا يلزم عنده بالتوقيت، ولو أطلقها لزم في مدة ينتفع بمثلها عرفاً، فليس له الرجوع قبلها» (١٨٦).

القول الثاني: جواز المعاوضة على حق الانتفاع، وإن كان ملك الانتفاع بالعين بغير عوض، وهو قول المالكية.

قال القرافي (ت: ٦٨٤هـ): «وأما مالك المنفعة، فكمن استأجر داراً، أو استعارها، فله أن يؤجرها من غيره، أو يسكنه بغير عوض، ويتصرف في هذه المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم» (١٨٧). فتلاحظ أنه لم يفرق بين ملك المنفعة بعوض، أو بغير عوض، فقال: «استأجر داراً أو استعارها فله أن يؤجرها»، وبذلك لم يفرق المالكية في هذه المسألة بين ملك المنفعة وحق الانتفاع، وهم من صفّ الجمهور الذين يفرقون بينهما! ويبدو أنهم كَيّفوا الإعارة على أنها ملك منفعة، لا حق انتفاع، كما ذهب غيرهم.

(١٨٣) الميسوط (١١/١٣٤)، والجوهرة النيرة (١/٣٥٠)، والأشباه والنظائر (ابن نجيم) ص (٣٥٣)، والأشباه والنظائر (السيوطي) ص (٣٢٦)، وبدائع الفوائد (٣/١).
(١٨٤) الميسوط (١١/١٣٤).
(١٨٥) الأشباه والنظائر (السيوطي) ص (٣٢٦).
(١٨٦) بدائع الفوائد (٣/١).
(١٨٧) الفروق (١/٣٣١) (الفرق الثلاثون).

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

وكان من المتوقع أن يكون هذا موقف الحنفية، الذين لم يفرقوا بين ملك المنفعة وحق الانتفاع (١٨٨). وتبدو رجاحة قول الجمهور في هذه المسألة؛ لأن عقود التبرعات غايتها الإرفاق والإحسان، فلا يناسب أن تستغل، ويتوسع بها أكثر مما شرعت من أجله، كما إنه قد يحصل بسبب ذلك عواقب سيئة، قد تكون سبباً لإغلاق باب الخير والإحسان، كأن يؤجرها المستعير من أساء إلى العين، أو تسلط عليها، وأبى الخروج، وبذلك يقع في حرج شديد مع المعير الذي أحسن إليه.

المطلب الثالث: بعض التطبيقات القديمة والمعاصرة على المعاوضة على الحقوق

ويشمل ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: المعاوضة على النزول عن الوظائف

والحديث عنها يتناول: المقصود بالوظائف، وأقوال الفقهاء في المسألة.

١ - المقصود بالوظائف:

يظهر من عبارة الفقهاء، أن المقصود بها وظائف الوقف، من إمامة وأذان، أو خدمة، أو وظيفة وقفية أخرى، إذا كانت هذه الوظيفة قائمة بحكم شرائط الوقف؛ وذلك أن الموظف بهذه الحالة يملك الاستمرار فيها، ويبقى على إجارته فيها طوال حياته، فهذه هي الوظيفة التي تحدث الفقهاء عن جواز التنازل عنها، أما الوظائف الحكومية، فلا يملك الموظف الاستمرار فيها، بله أن يتنازل عنها للغير.

يقول الشبرايملي (ت: ١٠٨٧هـ): «وأما المناصب الديوانية، كالكتبة الذين يقررون من جهة الباشا فيها، فالظاهر أنهم يتصرفون فيها بالنيابة عن صاحب الدولة، فيما ضبط ما يتعلق به من المصالح، فهو مخير بين إبقائهم وعزلهم، ولو بلا جنحة، فليس لهم يد حقيقة على شيء ينزلون عنه، بل متى عزلوا أنفسهم انزلوا، وإذا أسقطوا حقهم عن شيء لغيرهم، فليس لهم العود إلا بتولية جديدة ممن له الولاية، ولا يجوز لهم أخذ عوض على نزولهم؛ لعدم استحقاقهم لشيء ينزلون عنه» (١٨٩).

(١٨٨) انظر: الأشباه والنظائر (ابن نجيم) ص (٣٥٣) قال: «والمذهب عندنا أنها - أي: الإعارة - تملك المنافع بغير عوض، فهي كالإجارة، تملك المنافع».
(١٨٩) الحاشية على نهاية المحتاج (٤٨١/٥).

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

١- بالمصلحة، وهو أن الضرورة تقتضي ذلك أحياناً، وبذلك يكون تحقيق مصلحة. قال ابن عابدين (ت: ١٢٥٢هـ): «وعليه فيفتى بجواز النزول عن الوظائف بمال، قال العلامة العيني في فتاواه: ليس للنزول شيء يعتمد عليه، ولكن العلماء والحكام مشوّاً ذلك للضرورة، واشترطوا إمضاء الناظر لثلاث يقع فيه نزاع» (١٩٥).

٢- بالعرف، قال ابن نجيم (ت: ٩٧٠هـ): «وكذا أقول على اعتبار العرف الخاص: قد تعارف الفقهاء في القاهرة النزول عن الوظائف بمال يعطى لصاحبها، وتعارفوا ذلك، فسينبغي الجواز» (١٩٦)، وقال الحموي: «يصح النزول عن الوظائف والاعتياض عنها، عملاً بالعرف الخاص، مع أنها حق مجرد» (١٩٧).

٣- القياس على تنازل الحسن لمعاوية رضي الله عنهما عن الخلافة مقابل مال، قال ابن حجر (ت: ٨٥٢هـ): «وفيه (١٩٨): جواز خلع الخليفة نفسه إذا رأى في ذلك صلاحاً للمسلمين، والنزول عن الوظائف الدينية والدنيوية بالمال» (١٩٩).

٤- تخريج النزول عن الوظيفة على بعض المسائل:

ذهب بعض الفقهاء في تصحيحهم للمسألة إلى تخريجها على الجعالة، ومخالفة الأجنبي، وتنازل المرأة عن حقها في القسم، ورفع اليد عن الاختصاص.

أ- تخريجها على الجعالة: وذلك بجامع أن كليهما إعطاء مبلغ مقابل شيء ما، سواء أكان تحقيق منفعة أم نحوها. قال سليمان الجمل (ت: ١٢٠٤هـ): «وأفتى الوالد بحلّ النزول عن الوظائف بالمال؛ لأنه من أقسام الجعالة، فيستحقه النازل، ويسقط حقه، وإن لم يقرر الناظر المنزول له؛ لأنه بالخيار بينه

(١٩٥) رد المحتار (٣٥/٧).

(١٩٦) الأشباه والنظائر مع حاشية الحموي (٢١٨/١).

(١٩٧) غمز عيون البصائر (١٥٨/٤).

(١٩٨) أي: حديث صلح الحسن مع معاوية رضي الله عنهما، رواه الحسن البصري، قال: (لما سار الحسن بن علي رضي الله عنهما إلى معاوية بالكتائب، قال عمرو بن العاص لمعاوية: أرى كنيبة لا تولى حتى تدبر أخراها، قال معاوية: من لذراري المسلمين؟ فقال: أنا، فقال عبد الله بن عامر وعبد الرحمن بن سمرة: نلقاه، فنقول: الصلح، قال الحسن (البصري): ولقد سمعت أبا بكره قال: بينا النبي ﷺ يخطب جاء الحسن، فقال النبي ﷺ: «ابني هذا سيد، ولعل الله يصلح به بين فئتين من المسلمين» البخاري (٧١٠٩) كتاب الفتن، باب قول النبي ﷺ للحسن بن علي: «إن ابني هذا سيد، ولعل الله يصلح به بين فئتين من المسلمين».

(١٩٩) فتح الباري (٧٢/١٣).

وبين غيره» (٢٠٠).

ب- تخريجها على مخالعة الأجنبي: وذلك بجامع النزول عن حق مقابل مبلغ من المال، وذلك أن الأجنبي يقول للزوج: اخلعها بألف مثلاً، وأنا ضامن، فهو يعطيه ألقاً مقابل تنازله عن حق العصمة الزوجية، وهنا يعطيه مبلغاً مقابل تنازله عن حقه في الوظيفة. قال البجيرمي (ت: ١٢٢١هـ): «استنبط - أي السبكي - جواز النزول عن الوظائف بعوض وبغير عوض، ويكون النزول بعوض مأخوذاً من خلخ الأجنبي، والنزول من غير عوض مأخوذ من مسألة الهبة» (٢٠١).

ج- تخريج النزول على مسألة تنازل المرأة عن حقها: قال ابن عابدين (ت: ١٢٥٢هـ): «وذكر الحموي، أن العيني ذكر في (شرح نظم درر البحار)، في باب القسّم بين الزوجات: أنه سمع من بعض شيوخه الكبار أنه يمكن أن يحكم بصحة النزول عن الوظائف الدينية، قياساً على ترك المرأة قسمها لصاحبها؛ لأن كليهما مجرد إسقاط» (٢٠٢).

لكن هذا القياس والتخريج فيه نظر؛ لأن حق الزوجة في القسّم من الحقوق التي شرعت لدفع الضرر عن المرأة، وهي لا تقبل المعاوضة، مثل حق الشفعة، إلا إذا كان هذا النزول عن الوظيفة بلا عوض، فإنه يصح بلا خلاف، فابن عابدين - وإن كان يرى جواز النزول عن الوظائف بعوض، كما ذكرنا سابقاً، لا يوافق على هذا القياس، فقد قال بعدها بصفحة واحدة: «وحاصله: أن ثبوت حق الشفعة للشفيع، وحق القسم للزوجة، وكذا حق الخيار في النكاح للمميزة، إنما هو لرفع الضرر عن الشفيع والمرأة، وما ثبت لذلك لا يصح الصلح عنه؛ لأن صاحب الحق لما رضي، علم أنه لا يتضرر بذلك، فلا يستحق شيئاً» (٢٠٣).

د- تخريج المسألة على رفع اليد عن الشيء بعوض: وذلك في مسألة الاختصاص، وهذه عند الشافعية خاصة، يخرجون عليها المعاوضة على ما لا يجوز بيعه، كالكلب والنجاسات (٢٠٤)، ونظراً للانتفاع بها، فيأخذ صاحبها مبلغاً، مقابل رفع اليد عن الاختصاص بها، وهذا أصل المسألة التي قيس

(٢٠٠) حاشية الجمل (٢٢٨/٣).

(٢٠١) حاشية البجيرمي على الخطيب (٤٧١/٣).

(٢٠٢) رد المحتار (٣٥/٧).

(٢٠٣) المصدر السابق (٣٦/٧).

(٢٠٤) انظر: مغني المحتاج (١١/٢).

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

عليها هنا. قال البجيرمي (ت: ١٢٢١هـ): «ولا يبعد اشتراط الصيغة في نقل اليد في الاختصاص، كأن يقول: رفعت يدي عن هذا الاختصاص، ولا يبعد جواز أخذ العوض على نقل اليد، كما في النزول عن الوظائف» (٢٠٥).

ومن استعراض أدلة الفريقين تبدو راحة أدلة الجمهور، على العموم، التي هي المصلحة، والعرف، والقياس، وكلها أدلة معتبرة لم تنهض أمامها أدلة الفريق الأول، وإن كانت هذه المسألة شبه تاريخية ليس لها وجود في واقعنا المعاصر، إلا أنها صورة من صور المعاوضة على الحقوق تعرض لها الفقهاء في كتبهم ذكرناها تمييزاً للفائدة.

المسألة الثانية: المعاوضة على حق الابتكار

والحديث عنها يتناول: تعريف حق الابتكار، وماليته، وتكييف المعاوضة عليه، على النحو التالي:

١- تعريف الابتكار:

عرفه الدريني بقوله: «الصور الفكرية، التي تفتقت عنها الملكة الراسخة في نفس العالم أو الأديب ونحوه، مما يكون قد أبدعه هو، ولم يسبقه إليه أحد» (٢٠٦).

أما حق الابتكار، فعرفه (العثماني) بأنه: الحق الحاصل بحكم العرف والقانون، لمن ابتكر مخترعاً جديداً، أو شكلاً جديداً لشيء (٢٠٧).

وعرفه الشهراني بأنه: ما يثبت للمبتكر من اختصاص شرعي بابتكاره الذهني، يمكنه من نسبه إليه، والتصرف فيه، واستثثاره بالمنفعة المالية الناتجة عن استغلاله استغلالاً مباحاً شرعاً (٢٠٨).

وهذه التعاريف كلها صحيحة، إلا أن هذا الأخير أولى من سابقه؛ لما له من صلة بموضوعنا، وهو الاستثثار بالمنفعة واستغلالها، والمعاوضة عليها (٢٠٩).

(٢٠٥) حاشية البجيرمي على شرح المنهج (١٦٦/٢).

(٢٠٦) الفقه المقارن ص (٢٢٣).

(٢٠٧) انظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص (١٢١).

(٢٠٨) حقوق الاختراع والتأليف ص (٢١٤).

(٢٠٩) يقول الزرقا (ت: ١٤٢٠هـ): «وهناك نوع ثالث حديث من الحقوق المالية، أوجده أو وضع الحياة المدنية والاقتصادية والثقافية الحديثة، ونظمتها القوانين العصرية والاتفاقات الدولية، يسميه بعض القانونيين: الحقوق الأدبية، كحق المخترع والمؤلف، وكل منتج لأثر مبتكر فني أو صناعي، فإن لهؤلاء حقاً في الاحتفاظ =

والسؤال الذي يطرح: هل لصاحب هذا الحق أن ينفرد بإنتاج ما ابتكره، فتكون له المعاوضة عليه مع الآخرين، كدور النشر وغيرها؟

للإجابة عن هذا السؤال لا بد من الوقوف أولاً على مدى مالية هذا الحق، فإن ثبتت ماليته، فينبغي أن تصحح المعاوضة عليه، والاستئثار به، كما هو شأن باقي الحقوق المالية، وإلا فلا.

٢- مالية حق الابتكار:

لمعرفة مدى مالية حق الابتكار نعرض عليه ضوابط المال، التي مرت معنا والتي وضعها الفقهاء شروطاً في تحقيق المالية، لنرى هل تنطبق عليه أم لا؟

فقهاء الحنفية: اشترطوا (العينية والادخار) (٢١٠) ويبدو أن هذا المعنى غير متحقق في حق الابتكار ظاهراً.

أما جمهور الفقهاء فقد اشترطوا: «القيمة بين الناس، والقابلية للاختصاص، والاستبداد (المالك)، والمنفعة» (٢١١). نعرضها واحدة واحدة، على النحو التالي:

القيمة بين الناس: فقد أصبحت المبتكرات والاختراعات ذات قيمة كبيرة عند الناس؛ نظراً للحاجة إليها. يقول الخفيف: «ومن الفقهاء من صرح بأن المالية ليست إلا صفة للأشياء، بناءً على تمول الناس، واتخاذهم إيها مالا، ومحلاً لتعاملهم، وذلك لا يكون إلا إذا دعته حاجتهم إلى ذلك، فمالت إليه طباعهم، وكان بالإمكان التسلط عليه، والاستئثار به، ومنعه من الناس، وليس يلزم لذلك أن يكون مادة تدخر لوقت الحاجة (٢١٢)، بل يكفي أن يكون الحصول عليه ميسوراً عند الحاجة إليه غير متعذر،

= بنسبة ما اخترعه أو أنتجوه إليهم، في احتكار المنفعة المالية التي يمكن استغلالها من نشره وتعميمه، ومثله: العلامات الفارقة الصناعية، والعناوين التجارية، وامتيازات إصدار الصحف الدورية... وقد رجحنا أن نسمي هذا النوع (حق الابتكار)؛ لأن اسم الحقوق الأدبية ضيق، لا يتلاءم مع كثير من أفراد هذا النوع، كالاختصاص بالعلامات الفارقة التجارية، والأدوات الصناعية المبتكرة، وعناوين المحال التجارية، مما لا صلة له بالأدب والنتاج الفكري، أما اسم (حق الابتكار) فيشمل: الحقوق الأدبية، كحق المؤلف في استغلال كتابه، والصحفي في امتياز صحيفته، والفنان في أثره الفني من الفنون الجميلة، كما يشمل: الحقوق الصناعية والتجارية، مما يسمونه اليوم بالملكية الصناعية، كحق مخترع الآلة، ومبتدع العلامة الفارقة، التي نالت الثقة، ومبتكر العنوان التجاري الذي أحرز الشهرة». المدخل الفقهي (٣/٢١ - ٢٢) (حاشية). (٢١٠) انظر: المبسوط (١١/٧٩)، ورد المحتار (٧/١٠)، ومجلة الأحكام العدلية، المادة (١٢٦)، والمدخل الفقهي (٣/١١٨). (٢١١) الموافقات (٢/١٧)، والأشباه والنظائر (السيوطي) ص (٣٢٧)، والمغني (٤/٣٢٨)، وكشاف القناع (٧/٣٠٨ - ٣٠٩). (٢١٢) وبذلك يرد على متقدمي الحنفية، الذين يؤكدون شرط الإحراز وقابلية الادخار.

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

وذلك متحقق في المنافع وفي كثير من الحقوق، فإذا ما تحقق ذلك فيها عُدَّت من الأموال، بناءً على عرف الناس وتعاملهم» (٢١٣).

ويؤكد د. البوطي هذا المعنى بقوله: «إن القيمة في الشيء يبرزها، بل يوجد العرف الاجتماعي، سواء أعرّفنا المال بأنه كل ما يمكن حيازته مما يمكن الانتفاع به كما هو رأي الحنفية، أم عرّفناه، بأنه مطلق ما كانت له قيمة يعتد بها عرفاً كما هو رأي الجمهور؛ وذلك أن إقبال الناس على الشيء بالاستفادة منه أو إعراضهم عنه هو المؤشر في إعطاء ذلك الشيء أو عدم إعطائه القيمة» (٢١٤).

وهكذا يبدو لنا أن حق الابتكار يتحقق فيه هذه المعنى، وهو أن له قيمة بين الناس من المؤلفات والمخترعات ونحوها.

أما قابليته للملك، من الاختصاص والاستبداد فيبدو أنه متحقق أيضاً، فإن الشريعة تحرم انتحال الرجل قول غيره، أو إسناد القول لغير قائله. قال القرطبي (ت: ٦٧١هـ): «وشرطي في هذا الكتاب: إضافة الأقوال إلى قائلها، والأحاديث إلى مصنفها، فإنه يقال: من بركة العلم أن يضاف القول إلى قائله» (٢١٥).

فالمبتكر مختص بما ابتكره، من فكرة أو مؤلف، أو اختراع، أو إبداع، فكل ذلك ينسب له، لا ينازعه فيه أحد. يقول د. الدريني: «هذا، والاختصاص أو الاستبداد الذي ورد في التعريف (٢١٦)، لا يعني الحيازة المادية بداهةً، وإن كان يقوم مقامها فيما تأبى طبيعته الاستحواذ المادي المباشر؛ لأن هذا لا يتصور في الحقوق والمعنويات، بل مجرد (الانتماء) كافٍ في ثبوت حق الملك في الإنتاج المبتكر، وذلك بتسجيله على اسم مؤلفه، تحت رقم متسلسل لدى المراجعة المختصة في الدولة، وإيداعه، وبذلك يحفظ حقه فيه، وتثبت الحماية القضائية له» (٢١٧).

فقابلية الملك متحققة في الابتكار، وأن جريان الملك في الأعيان والمنافع يستلزم ماليتها شرعاً،

(٢١٣) الملكية في الشريعة الإسلامية ص (١٣).

(٢١٤) الحقوق المعنوية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٥) (٢٤٠٢/٣).

(٢١٥) الجامع لأحكام القرآن (٨/١).

(٢١٦) أي: تعريف الشاطبي للمال: « ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك ». الموافقات (١٧/٢).

(٢١٧) الفقه المقارن ص (٢٤١).

د. عبد الله بن إبراهيم موسى

والمعاوضة أساس الملك، وهي جارية عرفاً في الابتكار الذهني، كما هو مشهود، فالابتكار الذهني مال. أما الانتفاع به: فإنه لا يخفى من أن المؤلف المبتكر، والشيء المخترع، منتفع به، وإلا لما أقبل الناس عليه، وبذلوا من أجله المال، وما دام الشيء منتفعاً به شرعاً فهو مال. فلقد ذهب جمهور الفقهاء: (المالكية والشافعية والحنابلة) إلى أن المنافع أموال متقومة في ذاتها - كما مر معنا - كالأعيان.

وتأسيساً على ذلك، ترد عليه العقود الناقلة للملكية، وتسترد من غاصبها، ويجري فيها الإرث جملة (٢١٨).

أما متقدمو الحنفية: فتعد المنافع - في اجتهادهم - أموالاً متقومة أيضاً، على سبيل الاستثناء في عقد الإجارة، مراعاة للمصلحة العامة وحاجة الناس إليها في حياتهم، بدليل مالها من موقع في تعاملهم عرفاً، والعرف مستنده المصلحة والحاجة (٢١٩).

فمناطق المالية عند الجمهور (المادية والمعنوية)، فكل ما هو منتفع به من الأعيان والمنافع، هو مال عند جمهور الفقهاء. يقول الدريني: «وجرياً على مقتضى مناط المالية في الفقه الحنبلي، من أن (ديدان الصيد) تعتبر مالاً، بالنظر لمنفعتها المحدودة، من جعلها طعماً لاقتناص طائر، أو اصطيد سمك، فإن (المنافع الخالصة) ذات الأثر البالغ في حياة البشر، كالابتكار الذهني، ينبغي أن تكون مالاً من باب أولى؛ لأن من المقرر أصولياً أن الحكم يتأكد شرعاً بمدى قوة تقرر مناطه فيما يشمله من وقائع، والتفاوت شاسع بين الأثرين بداهةً، بل لا يخفى ذلك على من له أدنى مسكة من عقل، إذ النفع في الحشرات والديدان أثر محدود لمخلوقات تافهة، بخلاف الإنتاج الفكري المبتكر، فهو أثر لمجهود عقلي شاق ومضن، يبذله الإنسان الحي العاقل المفكر العالم؛ لتقويم وتدبير الحياة الإنسانية الفاضلة، باعتباره مستخلفاً عن الله في الأرض» (٢٢٠).

فالخلاصة، أن حق الابتكار حق مالي، بعد أن رأينا أن شرائط المالية التي وضعها الفقهاء

(٢١٨) انظر: الفقه المقارن ص (٢٣٠).

(٢١٩) انظر: بدائع الصنائع (٤/١٧٣)، ودرر الحكام (١/١٠٠)، والمدخل الفقهي (٣/٢٠٥).

(٢٢٠) الفقه المقارن ص (٢٣٧).

متحققة فيه (٢٢١).

٣- التكيف الفقهي للمعاوضة على حق الابتكار:

إذا ثبت أن حق الابتكار حق مالي متقرر فإن من أبرز خصائص الحق المالي قبوله للمعاوضة، وجريان الإرث فيه، وإلزام مغتصب محله برده عيئاً إن كان قائماً، أو متلفه بالتعويض والضمان (٢٢٢).

فتخريباً على هذا القياس العام في فقه جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) يدخل حق الابتكار دخولاً أولياً في المفهوم العام للحق المالي، وما يترتب عليه من أثر من ناحيتين:

أولاهما: من ناحية كونه مالاً، إذ هو منفعة من أعظم المنافع؛ لأن مصدرها الإنسان العالم المفكر المبدع، وهي منفعة قد جرى العرف الإنساني العام، ولا سيما الإسلامي، باعتبارها ذات قيمة مالية، بدليل جريان المعاوضة فيها، والمعاوضة أساسها الملك.

الثانية: من ناحية كونه حقاً تنهض به هذه العلاقة المباشرة الظاهرة التي أقرها الشارع بين المؤلف

(٢٢١) يرى د. البوطي أن الإبداعات الفكرية والعلمية كانت تنشأ في العصور القديمة داخل أفكار أصحابها، ثم لا تستقر إلا بكتابتها على أيدي النساخ، الذين كانوا يبذلون جهوداً شاقة في عملية النسخ والكتابة، ولم يكن يتجلى لهذا الحق أي معنى أو قيمة، أكثر من مجرد اختصاص نسبة، تكسب صاحبها المثوبة والثناء، فيما هو مقبول مستحسن، وتعرضه للضحك والعقاب، فيما هو مرفوض مستهجن. أما القيمة المالية فلم يكن يبدو شيء منها، ومن ثم لم تطرح فكرة الحق المالي في التأليف، في أي من تلك العهود الغابرة، وربما لم تخطر لأحدهم على بال. ولم يكن في مألوف الناس، وعرفهم السائد أن جهداً فكرياً أو علمياً ظهر من خلال كتابة مرموقة على صفحات يقوّم بأي قيمة مالية، ما عدا قيمة الورقة والحبر، والجهد الذي يبذله الناسخ في الكتابة. وهكذا فإن الكتاب، مهما عظمت فائدته المعنوية، ومهما كان محل رغبة من جماهير الناس، فإن القيمة المالية التي يمكن أن تقدر تلك الفائدة بها، تذوب وتختفي إزاء قيمة الجهد الكبير الذي كان النساخ يبذلونه في سبيل رصد هذه الفائدة وتسجيلها، بحيث تبدو قيمة النسخ مساوية أو أعلى من قيمة المضمون العلمي أو الفكري للكتاب. وتوضيح ذلك نقول: إن جهد الناسخ لكتاب ما عندما يقدر بعشرة دنانير مثلاً، فإن القيمة الاسمية له لن تزيد في السوق على هذا المبلغ؛ ذلك لأن الناسخ هو الذي يقرر الثمن، وإنما الثمن من وجهة نظره قيمة جهده البدوي، وتكاليف الكتابة، وإن كان من وجهة نظر المشتري قيمة ما يتضمنه الكتاب من علم وإبداع فكري؛ إذ هو لا ينظر إلى الجهد الكتابي، وما بذله الناسخ، فهو أمر لا يعنيه. ويمكن أن يقال: إن هذا المؤلف له قيمة مالية في نظر القراء المقبلين عليه، ولكن يجب ألا يغيب عن البال أن هذه القيمة استهلكت داخل القيمة التي اقتضاها جهد الكتابة وتكاليفه. وهكذا، فإن المؤلف لم يكن يخطر على باله قط أن يجعل من أعماله العلمية مصدر رزق، إنما كانت غايته الوصول إلى أعين القراء وأفكارهم. انظر: الحقوق المعنوية، مجلة الفقه الإسلامي (٥) (٣/٢٤٤٠١ - ٢٤٤٠٣).

(٢٢٢) اعتمدنا القول الراجح في مسألة حق الابتكار، على أنه: «حق يعترف به الشرع ويقره»، وهو مذهب جمهور الفقهاء المعاصرين، وذلك جاء التزاماً بمنهجنا في الدراسة، وهو عدم التوسع في الموضوع، ولو أردنا ذلك فثمة ثلاثة أقوال في المسألة. انظر: حقوق الاختراع والتأليف ص (٣٨) وما بعدها؛ لتقف على الأقوال وأدلتها ومناقشتها، فهو من خير ما كتب في هذا الموضوع.

وإنتاجه المبتكر، بدليل تقرر مسؤوليته عنه، ولا يسأل شخص عما لا علاقة له به، سواء أكانت تلك المسؤولية دينية، أم سياسية، أم اجتماعية، أم علمية، باعتباره ثمرة لجهوده الفكرية، وانعكاساً لشخصيته العلمية، التي قضى في تكوينها معظم سني حياته، وأنفق من أجلها نفيس أمواله. وإذا تقرررت علاقته بإنتاجه مباشرة، ومسؤوليته عنه واختصاصه به، فالحق علاقة اختصاصية مباشرة يقرها الشرع، وإقراره بحكم مصدره: العرف هنا؛ لأن العرف مصدر من مصادر الشريعة، وأساس هذا العرف المصلحة (٢٢٣).

إذا كانت هذه مشروعية المعاوضة على حق الابتكار، فما طبيقتها، وما ضوابطها؟

أ- طريقة المعاوضة:

إذا كان الابتكار مؤلفاً فإن حق صاحبه يكف في المعاوضة بإحدى طريقتين:
الأولى: اعتبار الطابع أو الناشر هو المشتري لحق الابتكار، ثم إنه يبيعه للناس بدوره، وفي وعائه المادي (الكتاب) ويكون ذلك وفق عقد بيع بين المؤلف والناشر، يقوم المؤلف ببيع النسخة المخطوطة التي أنتجها، على أن يصاحب العقد شرط يتضمن رفع المؤلف يده عن حقه هذا كلياً، أو جزئياً (أي: إلى أمد محدود).

الثانية: اعتبار المستهلكين هم المشترين من المؤلف، ولكن عن طريق الطابع أو الناشر، فالمؤلف يستحق الثمن على أنه المالك، صاحب الحق، والناشر يستحق شيئاً من الأجر، على أنه الوسيط بين البائع (المؤلف) والمشتري (آحاد الناس) (٢٢٤).

ب- ضوابط المعاوضة:

قد يرد السؤال التالي: هل يكون المشتري للكتاب مالاً له؟ وتبعاً لذلك، هل مطلق التصرف فيه، كأن يصور آلاف النسخ ثم يبيعه للناس؟
الجواب: الأصل في عقد البيع أن يقع على المنفعة العلمية التي ابتكرها المؤلف، التي هي المقصودة، ولكن لما تعذر تسليمها إلا بواسطة الوعاء العلمي الذي يحويها (الكتاب) كان لا بد أن يقع العقد على هذا الكتاب، فهو بيع منضبط مقدر بعدد من النسخ التي يتم الاتفاق عليها، بين المؤلف والناشر، وبناء على

(٢٢٣) الفقه المقارن ص (٢٤٩).

(٢٢٤) الحقوق المعنوية (د. البوطي) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٥) (٣/٢٤٠٤).

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

ذلك لا يملك الناشر إلا هذا العدد المتفق عليه، وليس له أن يطبع أكثر من المتفق عليه؛ لأنه إن فعل ذلك فقد استل من حوزة المؤلف حقاً متقومًا منسوبًا إليه خارج حدود الوعاء الذي وقع البيع عليه، فهو تصرف غير شرعي.

ولا يصح أن يقال: إن مالك الكتاب يحق له أن يتصرف بملكه كما يشاء، ما لم يضر بالآخرين، وله أن يستنسخ نسخاً أخرى عن طريق الطباعة؛ لأنه تصرف في ملكه، وليس فيه تعسف أو إضرار بالآخرين! فهذا غير صحيح؛ لأن عقد الشراء لم يقع على جوهر الحق، الذي هو أصل ملك المؤلف، إنما وقع على الكتاب، وعلى هذا العدد المحدد فقط، وليس للمشتري أن يزعم أنه بهذا الشراء قد انتزع حق تلك الأفكار من مبدعها، الذي تنسب إليه شرعاً، وأنه قد حل محل مالك الحق، وهو المؤلف (٢٢٥).

والخلاصة أن حق الابتكار، ثبتت ماليته، فهو حق يعترف به الشرع، ولصاحبه السلطات الثلاث فيه: الاستعمال، والاستقلال، والتصرف، وقد تم تكيف المعاوضة فيه وفق طريقتين، وذلك ضمن ضوابط شرعية.

المسألة الثالثة: المعاوضة على الاسم التجاري

والحديث عنها يتناول: المقصود من الاسم التجاري، ومدى اعتباره حقاً لصاحبه، وماليته، ومدى المعاوضة عليه، وطريقتها، والمعاوضة على المحل التجاري، وقرار مجمع الفقه الإسلامي فيه.

١ - المقصود بالاسم التجاري:

عندما ازدادت التجارات حجماً وضخامة، وتنافست الشركات في كثرة الإنتاج، وتنوعت المنتجات من جنس واحد باختلاف أوصافها، نشأ الاسم التجاري، وصارت هذه الأوصاف تعرف باسم المنتج، فكلمة رأى المستهلك أن البضاعة أنتجتها الشركة الفلانية التي عرفت بسمعتها الحسنة في السوق، اشتراها بمجرد رؤية اسم الشركة عليها، أو العلامة التجارية، فالاسم التجاري يراد به: الشعار التجاري للسلعة، وهو ما يسمى (الماركة المسجلة)، فيصبح هذا الشعار تعبيراً عن الصنف المتميز عن غيره في كثير من الخصائص والسمات.

(٢٢٥) انظر: المرجع السابق (٣/٢٤٠٥).

كذلك قد يصبح الاسم التجاري عنوانًا لمحل تجاري نال شهرة مع الزمن، وقد يكون هذا الاسم هو اسم التاجر ذاته، أو لقبه، وقد يكون اسمًا أو وصفًا اصطلاحيًا لُقّب به المحل (٢٢٦).

وقد عرّفت المادة (١) من نظام العلامات التجارية السعودي الاسم التجاري بما يلي: «تعتبر علامة تجارية في تطبيق أحكام هذا النظام: الأسماء المتخذة شكلًا مميزًا، والكلمات، والإمضاءات، والحروف والأرقام، والرسوم، والرموز، والأختام، والنقوش البارزة، وأية إشارة أخرى، أو أي مجموع منها، تكون صالحة لتمييز منتجات صناعية، أو تجارية، أو حرفية، أو زراعية...» (٢٢٧).

٢- مدى اعتبار الاسم التجاري حقًا لصاحبه:

مرمعنا أن الحق كما عرفه الزرقا (ت: ١٤٢٠هـ): «اختصاص يقرر فيه الشرع سلطة أو تكليفًا» (٢٢٨)، فهو إذن اختصاص، ومعناه: الاستثناء والانفراد والاستبداد بالشيء، فهل ينطبق هذا على الاسم التجاري؟

يعني: هل للتاجر أن يستأثر بهذه العلاقة من دون الناس باسم الشرع وحكمه، بحيث لا يجوز شرعًا أن ينسب هذا الاسم لغيره، كما مرمعنا في حق الابتكار، من عدم جواز نسبة المؤلف إلى غير صاحبه؟ لنرى أولاً الغاية من إطلاق هذا الشعار: إن هذا الشعار، لا يراد به أكثر من التعريف بهذه البضاعة التي افرد صاحبها بصنعها أو ابتكارها، وإخراجها على الوجه المتميّز هذا.

ولما كان من حق صاحب هذه الصناعة، التي تنسب إليه أن يضع حماية لإنتاجه هذا، فيحافظ على استقلاليتها، وعدم اختلاطه بغيره، فقد كان أيسر سبيل إلى هذا الحجز والتميز أن يسميها بهذا الشعار الخاص به، ليكسبها استقلاليتها عن غيرها.

ومن هنا يتبين لنا أن العلاقة بين البضاعة والاسم التجاري الذي تنسب إليه هي عملية تحصيل للعلاقة القائمة بين تلك البضاعة والصانع أو التاجر الذي استقل بإبداعها وإخراجها بصفاتها المتميزة، وذلك يشبه تمامًا، العلاقة بين المؤلف وإنتاجه العلمي، الذي ينسب إليه، فكما أن نسبة تلك الأفكار إلى صاحبها

(٢٢٦) انظر: الحقوق المعنوية (البوطي) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٥) (٣/٢٤٠٧)، وبحوث في قضايا فقهية معاصرة (العثماني) ص (١١٦).

(٢٢٧) بيع الاسم التجاري والترخيص، د. حسن أمين، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٥) (٣/٢٤٩٧).

(٢٢٨) المدخل الفقهي (١٠/٣).

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

حق شرعي لا يجوز إنكاره، ولا التطاول عليه، وكذلك ثمرة جهد هذا التاجر أو الصانع حق شرعي لا يجوز إنكاره. إلا أن المؤلفات العلمية تكون محصنة ضد أي انتحال، بكتابة أسماء مؤلفيها عليها، في حين أن البضائع المصنعة تنقطع نسبتها إلى المعمل الذي صنعها، بمجرد طرحها في السوق، فكان الشعار التجاري أو (الماركة) المسجلة عليها بمثابة ذكر اسم المؤلف وتسجيله على الكتاب.

فالخلاصة أن الاسم التجاري حق شرعي لصاحبه، لا يجوز تجاهله، ولا التطاول عليه، بأن ينسب إلى غير صاحبه، فكما أن الحق يتعلق بالأعيان المادية من سلع ونحوها على وجه التملك والاختصاص فهو يتعلق أيضاً بالجهد المعنوي والطاقة الإبداعية المتعلقة بالأفكار والصناعات.

وبهذا الاختصاص، تحصل فائدتان:

الأولى للتاجر أو الصانع، وتمثل فيما يناله من الأرباح بسبب إقبال الناس على بضاعته.

الثانية للمستهلك، وتمثل في تيسير الطريق أمامه إلى الوصول لما قد يبحث عنه من الجودة والإتقان، ويضمن بالحصول عليه، وذلك بمجرد رؤيته الاسم التجاري، أو (الماركة المسجلة) (٢٢٩).

٣- مالية الاسم التجاري:

ثبت لدينا آنفاً، أن الاسم التجاري حق شرعي لصاحبه، فهل هذا الحق ينطوي على منفعة أو قيمة مالية، فيكون حقاً مالياً؟

الجواب: مصدر هذا الحق، الجهد الذهني والنشاط الحركي والعقلي، وهو شيء ثابت في كيان صاحب الحق ذاته، غير أن لهذا الجهد الذهني ثماراً تنفصل عنه، لتستقر في سلعة أو بضاعة منفصلة عنه، بحيث يمكن استيفائها والانتفاع بها وتقديرها.

وكما أن السلع والبضائع تعدّ بحدّ ذاتها أموالاً متقومة، خاضعة للمعاوضة والتداول، فإن الأجهزة والأدوات التي تستخدم في إنتاجها، تعدّ أموالاً متقومة على العموم (٢٣٠).

ولتفصيل ذلك نقول: سبق أن بينا أن الفقهاء انقسموا في اعتبارهم لمالية الأشياء فريقين:

الأول: قصر المالية على الأعيان القابلة للدخار، وهم الحنفية (٢٣١)، وبذلك لا يكون الاسم

(٢٢٩) انظر: الحقوق المعنوية، د. البوطي (٥) (٣/٢٤٠٨ - ٢٤٠٩).

(٢٣٠) انظر: المرجع السابق (٣/٢٤١٠).

(٢٣١) انظر: المبسوط (١١/٧٩)، ورد المختار (٧/١٠)، ومجلة الأحكام العدلية، المادة (١٢٦)، والمدخل الفقهي (٣/١١٨).

د. عبد الله بن إبراهيم موسى

التجاري مالا، قياساً على هذا الضابط ؛ لأنه ليس عيناً قابلةً للدخار .
الفريق الثاني : توسع في مفهوم المالية ، واعتبر القيمة بين الناس ، والاختصاص ، والمنفعة ، وهم جمهور الفقهاء (٢٣٢) .

ويبدو أن الاسم التجاري حق مالي ، استناداً لهذا الضابط ؛ لأنه :
١- ذو قيمة بين الناس ، فهم يدفعون ثمن سلعة ما ، تحمل اسماً تجارياً معيناً أضعاف قيمة مثيلاتها ، اللواتي لا يحملن هذا الاسم ، والواقع أن قيمة أي شيء إنما يوجد لها العرف الاجتماعي ، فإن إقبال الناس على الشيء بالاستفادة منه ، أو إعراضهم عنه ، هو الذي يتحكم في إعطاء ذلك الشيء أو عدمه القيمة .

٢- أنه قابل للاختصاص : فالاسم التجاري يختص به صاحبه ، وهو ثمرة جهده وإبداعه ، وإليه ينسب ، نسبة الكتاب إلى مؤلفه ، كما أسلفنا في حق الابتكار ، والمالك ما يقع عليه الاستبداد (٢٣٣) .
يقول الدريني : «بل مجرد الانتماء كاف في ثبوت حق المالك في الإنتاج المبتكر» (٢٣٤) .

٣- أن الاسم التجاري يحقق منفعة ظاهرة : وذلك كما أسلفنا ، لجهة التاجر ، بحماية حقه من الضياع ، وزيادة ربحه ، بإقبال الناس عليه ، ولجهة المستهلك ، بدلالته على مواطن الجودة ، وتيسير الحصول عليها .
فصفة المالية متحققة في الاسم التجاري ، وشروطها متوافرة فيه ، وذلك وفق الضابط الذي وضعه جمهور الفقهاء .

٤- مدى المعاوضة على الاسم التجاري :

تقرر لنا سابقاً أمران :

الأول : أن الاسم التجاري حق شرعي لصاحبه ، لا ينبغي إنكاره ، ولا يجوز التطاول عليه .
الثاني : أن هذا الاسم ينطوي على منفعة وقيمة مالية ، تنطبق عليه شروط المالية ، وفق ضوابط جمهور الفقهاء .

وعلى هذا ، فهو حق مالي متقرر لصاحبه ، فكما تقرر حق الابتكار لصاحبه ، وانصبّ على الوعاء

(٢٣٢) انظر: الموافقات (١٧/٢) ، والأشباه والنظائر (السيوطي) ص (٣٢٧) ، والمغني (٣٢٨/٤) ، وكشاف القناع (٣٠٨/٧ - ٣٠٩) .
(٢٣٣) انظر: الموافقات (١٧/٢) .
(٢٣٤) الفقه المقارن ص (٢٤١) .

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

العلمي الذي يحويه (الكتاب) فهو أيضاً يتقرر على الاسم التجاري، أو (الماركة المسجلة)، فكلاهما من الحقوق المالية.

وإذا تقرر هذا فإن الحقوق المالية قابلة للمعاوضة، تخريجاً على القياس العام في اجتهاد جمهور الفقهاء، وذلك:

١- لأنه مال له قيمة متعارف عليها بين الناس، وهو منفعة من أعظم المنافع، مصدرها صاحب الاسم التجاري، المفكر المبدع، فهو ملك لصاحبه، والمعاوضة أساسها الملك.

٢- للعلاقة المباشرة، بين الاسم التجاري وصاحبه، والتي أقرها الشرع، بدليل تقرر مسؤوليته عنه، ولا يسأل الشخص عادة عما لا علاقة له به، سواء أكانت المسؤولية دينية أم قضائية، على أنه ثمرة جهوده وخبرته وإبداعه.

٥- طريقة المعاوضة على الاسم التجاري:

ثمة طريقتان:

الأولى: وهي أن تكون بين صاحب الاسم التجاري، كأن تكون شركة أجنبية، صاحبة الامتياز، وشركة أخرى، ولتكن عربية، فيتضمن عقد البيع:

١- أن تتعهد الشركة (صاحبة الاسم التجاري) بتقديم خبراء ومهندسين في تصنيع البضاعة المعروفة بذلك الاسم، ليقوموا بتصنيع البضاعة للشركة المشتري، بنفس المواصفات والمزايا التي صنعت في مصنعها الأصلي، ونالت بها الشهرة، وحازت إعجاب الناس، وارتبط بها ذلك الشعار أو الاسم التجاري.

٢- أن يلتزم البائع بالاستمرار في التدريب، والقيام بالتجارب العملية، حتى تترسخ لدى طرف المشتري عوامل الإتيان، فتظهر المنتجات بنفس مواصفات المصنع الأصلي.

فالملاحظ أن العقد انصبّ على الخبرة التي هي جوهر الاسم التجاري، ولولاها لما كانت شهرته وإعجاب الناس به، فهي إذن محل العقد، وإنما يدخل الاسم التجاري في الصفقة تبعاً له (٢٣٥).

التكييف الفقهي للمسألة:

يبدو أن هذه الطريقة مشروعة، والعقد صحيح، فهو:

(٢٣٥) انظر: الحقوق المعنوية (البوطي) م، س (٢٤١٢/٣).

إما عقد بيع مقترن بشروط مفيدة له، وهو صحيح عند المالكية والحنابلة (٢٣٦)؛ لأنه بيع للاسم التجاري، مقيد بالتزام البائع بتقديم الخبرات، في فترة تتحقق لدى المشتري فيها مواصفات الصناعة الأصلية، وهو شرط لا ينافي مقتضى العقد، وفيه منفعة، خلافاً للحنفية والشافعية (٢٣٧). وإما عقد جعالة، وهي صحيحة باتفاق (٢٣٨)؛ لأن المشتري جعل للبائع مبلغاً معيناً مقابل الاسم التجاري والخبرات.

جاء في المادة (٣٧) من نظام العلامات التجارية السعودي: «يجوز لمالك العلامة، أن يرخص لأي شخص طبيعي أو معنوي باستعمالها عن كل أو بعض المنتجات، أو الخدمات المسجلة عليها العلامة، ويكون لمالك العلامة الحق في أن يرخص لأشخاص آخرين باستعمال نفس العلامة، كما يكون له أن يستعملها بنفسه، ما لم يتفق على غير ذلك، ولا يجوز أن تزيد مدة الترخيص عن مدة حماية العلامة». كما نصت المادة (٢١) من النظام نفسه على أنه: «يجوز التصرف في العلامات بأي تصرف ناقل للملكية، كما يجوز رهنها، وفقاً للقواعد المحددة نظاماً...» (٢٣٩).

الطريقة الثانية: وهي أن يشتري الاسم التجاري، دونما التزام من البائع بنقل الخبرات، أو الكشف عن أسرار الصناعة، ويكون هذا الشراء تنازلاً للبائع عن الاسم التجاري المسجل لسلعته، فيمكن المشتري من جعله شعاراً لسلعته المشابهة، ويستفيد من رواجها وإقبال الناس عليها، إذا كان ذلك الاسم التجاري ذا شهرة واسعة، ومحل ثقة الناس.

لقد كان محل العقد في الطريقة الأولى (الخبرة)، حيث كان التعاقد منصباً عليها، وما الاسم التجاري الظاهر إلا تبع لها، أما هنا فيبدو أن محل العقد مفرغ لا يتحقق له أي مضمون، وذلك أن المزايا التي عرفت بها السلعة، والتي هي المضمون المراد من الاسم التجاري ستظل ثابتة للسلعة الأصلية ذاتها، وستظل وثيقة الارتباط بها مهما انفصل عنها اسمها أو شعارها التجاري، ليلتصق بسلعة أخرى مشابهة، لأن هذه المزايا إنما هي ثمرة جهود صاحبها ونشاطه الفكري، أو الصناعي الممتاز، فهي متعلقة به من

(٢٣٦) انظر: المقدمات (ابن رشد الجد) (٢٠٥/٣)، وبداية المجتهد (ابن رشد الحفيد) (١٦١/٢)، والشرح الكبير (٥٦/٤)، وفتاوى ابن تيمية (٤٩٣/٣).

(٢٣٧) انظر: بدائع الصنائع (١٦٩/٥)، والمهذب (٢٧٥/١).

(٢٣٨) انظر: البحر الرائق (٢٧٩/٤)، والخرشي على خليل (٦٠/٧ - ٦١)، وأسنى المطالب (٥٦٠/١)، والفروع (٤٥٥/٤).

(٢٣٩) انظر: بيع الاسم التجاري والترخيص (حسن أمين) (٥) (٢٥٠٠/٣).

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

حيث الجهد، متجلية في صناعته من حيث الصورة والمظهر، وهيهات أن تنفك هذه العلاقة عنه وعنهما مهما باع أو تصرف في رمزها التجاري.

فالمعاوضة على الاسم التجاري بهذه الطريقة هي صورة من صور عقود الغرر والتدليس؛ لأن العقد منطو على غرر بالغ فيما يتعلق بالصلة بين المشتري والبائع، ومنطو على تدليس وخداع فيما يتعلق بالصلة بين المشتري وعامة الناس الذين سيتحولون إليه بحثاً عن الجودة التي آل إليها شعارها (٢٤٠).

ولقد نهى ﷺ عن بيع الحصة، وعن بيع الغرر (٢٤١)، فإن كان الغرر كبيراً، كما في الصورة السابقة، كان العقد فاسداً (٢٤٢)، وأما إن كان يسيراً فإنه لا يؤثر في العقد (٢٤٣). ولا شك أن الناس لو علموا حقيقة الأمر، وأن هذه السلعة التي لبست ثوب هذا الاسم التجاري بهذه الطريقة المزيفة لما اشتروها؛ لأنهم عندما اشتروها إنما اشتروها ظناً منهم أنها بمواصفاتها الأصلية.

جاء في المادة (٣٣) من نظام العلامات التجارية السعودي ما نصه: «يجوز أن تنتقل ملكية العلامة التجارية إلى الآخرين بأية واقعة أو تصرف ناقل للملكية، ويشترط في التصرف أن يكون كتابةً، وألا يكون الغرض منه تضليل الجمهور، وخاصة بالنسبة لطبيعة أو مصدر المنتجات أو الخدمات، أو مميزاتها أو أدائها» (٢٤٤).

فقد تحمّظ هذا النظام على بيع الاسم التجاري، من أن يكون وسيلة تضليل للناس من إقبالهم على السلع التي تحمل اسمًا لامعًا مشهورًا (٢٤٥) تخلفت فيها مواصفاته ومزاياه.

(٢٤٠) انظر: الحقوق المعنوية، د. البوطي، م، س (٢٤١٣/٣).
(٢٤١) مسلم (١٥١٣)، كتاب البيوع، باب: بطلان بيع الحصة، والبيع الذي فيه غرر، وأبو داود (٣٣٧٦)، كتاب البيوع والإجازات، باب في بيع الغرر.

(٢٤٢) انظر: المبسوط (١١/١٣)، والمدونة (٢٥٤/٣)، والأم (١٨٥/٨)، والفروع (٢٧/٤).
(٢٤٣) قال النووي (ت: ٦٧٦هـ): «وقد يحتمل بعض الغرر بيعاً إذا دعت إليه حاجة، كالجهد بأساس الدار، وكأن يبيع الشاة الحامل والتي في ضرعها لبن، فإنه يصح البيع؛ لأن الأساس تابع للظاهر من الدار، ولأن الحاجة تدعو إليه، فإنه لا يمكن رؤيته، وكذا القول في حمل الشاة ولبنها، وكذلك أجمع المسلمون على جواز أشياء فيها غرر حقير...». شرح مسلم (٤١٢/١٠).

(٢٤٤) بيع الاسم التجاري والترخيص (حسن أمين) (٢٥٠٠/٣).
(٢٤٥) مثلاً: عندما يقال: هذه الكهريائيات (ماركة سانيو) أو نحوها، يهرع إليها الناس، ويشترونها دون سؤال أو جواب؛ لأنه تأصل لديهم سابقاً أن هذه (الماركة) تتمتع بمواصفات ومزايا جيدة.

٦- المعاوضة على المحل التجاري:

ما يقال عن الاسم التجاري، من كونه حقاً شرعياً لصاحبه، مالاً متقومًا، قابلاً للمعاوضة، يقال عن المحل التجاري الذي اكتسب شهرة؛ وذلك لأن علاقة الاختصاص بين اللقب التجاري للمحل وصاحبه إنما تتكون من الدلالة التي يحملها ذلك اللقب، على ما يمتاز به ذلك المحل من خصائص ومزايا يفترض أنها قد لا توجد في غيره، لأن من الواضح أن أي شهرة تجارية ينالها محل تجاري ما تنصبّ وتتمركز في اسم ذلك المحل، ومن هنا تنشأ شرعية اختصاص الاسم به، أو بصاحبه. ويصبح هذا الاسم للمحل التجاري من الحقوق المالية لصاحبه، وأن أي استلاب لهذا الاسم يدخل في معنى الغصب والعدوان؛ لأنه استلاب لرصيد شهرة، تكونت من مجموع مزايا، وصفات تجارية حميدة لصاحب المحل، وحملت في داخلها من جراء ذلك بذور نفع مادي لصاحب ذلك الرصيد. وهذا يعني أن الحق الكامن في لقب المحل التجاري هو حق مالي متقرر يتعلق بمنفعة مالية متقومة شأن المنفعة المالية الثابتة في الاسم التجاري للبضاعة.

وأما المعاوضة عليه، فهي كالمعاوضة على الاسم التجاري، من جهة أنه حق مالي قابل للمعاوضة، ولكن بشرط ألا يتخذ وسيلة تضليل وتدليس على الجمهور، كما أسلفنا في الاسم التجاري، فكثيراً من التجار المحدثين، الذين لم تحقق لهم شهرة كافية، أقدموا على شراء أسماء ذائعة لمحال تجارية مشهورة، كي يغطوا أنفسهم تحتها وهم ليسوا أهلاً لذلك.

والخلاصة: أن لقب المحل التجاري عندما لا يكون أكثر من عنوان تقليدي على المحل للدلالة عليه، أي: لم يتحول بعد إلى وعاء يحمل مزاياه وشهرته، فإنه لا يشكل عندئذٍ حق لصاحب المحل، لا حقاً مالياً متقوماً، ولا حقاً شخصياً مجرداً (٢٤٦).

٧- قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن المعاوضة على حق الابتكار والاسم التجاري:

(٢٤٦) انظر: الحقوق المعنوية (البوطي) (٣/٢٤١٥ - ٢٤١٦).

- ٤- أن المعاوضة هي المبادلة وإعطاء العوض من الطرفين المتعاقدين .
- ٥- أن عبارة الفقهاء اختلفت في تحديد مالية الأشياء، وانقسموا في ذلك فريقين :
- * الحنفية: وقالوا: هي العينية، والإحراز، وقابلية الادخار .
- * الجمهور: وقالوا: كل ما له قيمة عرفاً بين الناس، ويقع عليه الملك، وفيه نفع مباح، وهو الراجح .
- ٦- أن المنافع مال متقوم عند جمهور الفقهاء، خلافاً للحنفية، ولكل منهما دليله، والراجح ما ذهب إليه الجمهور .
- ٧- أن الحقوق التي شرعت لدفع الضرر، كحق الشفعة، وحق المرأة في القسم، لا تقبل المعاوضة .
- ٨- أن ثمة حقوقاً لا تقبل المعاوضة إنما تقبل المصالحة، كحق القصاص، وحق الإرث، وحق التمتع بالزوجة .
- ٩- أن الحقوق العرفية: هي التي ثبتت لأصحابها بحكم العرف والعادة، كحقوق الارتفاق، وهي قابلة للمعاوضة عند جمهور الفقهاء، غير قابلة في المشهور عند الحنفية، والراجح مذهب الجمهور .
- ١٠- أن ثمة فارقاً بين ملك المنفعة وحق الانتفاع :
- فمالك المنفعة: يحق له الانتفاع بالعين بنفسه أو بغيره، وله المعاوضة عليها .
- أما من له حق الانتفاع: فليس له الانتفاع إلا بنفسه، وليس له المعاوضة عليه .
- ١١- أن مسألة النزول عن الوظائف جائزة لدى جمهور الفقهاء، على أن تكون الوظيفة من وظائف الأوقاف التي يملك صاحبها منفعة الاستمرار فيها، بخلاف الوظائف الحكومية .
- ١٢- أن حق الابتكار حق مالي، توافرت فيه شروط المالية، وهو قابل للمعاوضة، تخريجاً على قول جمهور الفقهاء القائلين بأن المنافع أموال، خلافاً للحنفية .
- ١٣- أن الاسم التجاري حق مالي معتبر لصاحبه، يقره الشرع، وهو قابل للمعاوضة،

المعاوضة على الحقوق (ضوابطها وتطبيقاتها)

لكن بشروط وضوابط معينة .

١٤- أن مجمع الفقه الإسلامي أقرّ حق الابتكار، والاسم التجاري كليهما، وأجاز التصرف

بهما بالمعاوضة ونحوها .

وأخيراً، فإنني أضع بحثي هذا بين أيدي الباحثين والقراء، وأرجو الله تعالى ألا أعدم أخاً ناصحاً، وزميلاً مقوماً، وقارئاً مسدداً، فما منا إلا يؤخذ منه ويرد عليه، وما جعل الله الحفظ والكمال إلا لكتابه العزيز، ولا العصمة إلا لأنبيائه، عليهم الصلاة والسلام . كما أسأله سبحانه وتعالى أن يتقبل منا صالح العمل، ويعفو عن الزلل، ويجعل ذلك في صحيفة أعمالنا يوم نلقاه وهو راضٍ عنا . والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .