الاعتياض عن الحقوق المجردة
دراسة تحليلية مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي

أ.م.د. حبيب ادريس المزوري
hbiebmezory@uomosul.edu.iq
جامعة الموصل/ كلية الحقوق
أ.م.د. ايسر عصام داؤد
dr.aysar.essam@uomosul.edu.iq
جامعة الموصل/ كلية الحقوق

REPLACEMENT OF ABSTRACT RIGHTS A COMPARATIVE ANALYTICAL STUDY IN ISLAMIC JURISPRUDENCE AND IRAQI CIVIL LAW

Assist. Prof. Dr. Habib Idris Al-Mazouri
University of Mosul / College of Law
Assist. Prof. Dr. Essam Daoud
University of Mosul / College of Law
University of Kirkuk / College of Law and Political Science / Department of Law

المستخلص

الاعتياض، هو عبارة عن عملية مبادلة، يعطي فيها كل واحد من المتبادلين عوضاً عما يأخذ الطرف الآخر. ويتم الاعتياض عن الحقوق المالية المجردة من خلال البيع والإجارة والإسقاط (تنازل). وجوهر تلك الحقوق هو الاختصاص أي كونه ميزة مقصورة على صاحبه دون غيره. والحقوق المجردة التي قد أصبح لها في العرف المعاصر منفعة مادية معتبرة، وجرى العرف بالاعتياض عنها، تعدّ اموالاً مقومة، ولا يجوز الاعتداء عليها. والحقوق التي ذكرناها في موضوع البحث واردة على سبيل المثال؛ لأنها تختلف باختلاف الزمان والمكان، فقد تظهر في المستقبل القريب حقوق مجردة لم تكن معروفة الآن.

المنارة للاستشارات
www.mar

ويشترط لجواز الاعتياض عن الحقوق المالية المجردة الشروط التالية: * أن تكون الحقوق المجردة من حقوق الاختصاص، وليس من قبيل الإباحات العامة. * أن تكون الحقوق المجردة قابلة للاعتياض عنها. * أن تكون الحقوق المجردة ثابتةً في الحال. * أن تكون الحقوق المجردة مالاً يسلك به العرف التجاري مسلك الأموال. * أن تكون الحقوق المجردة ثابتةً أصالةً لصاحبه، ولم تثبت لدفع الضرر عنه فقط. * أن تكون الحقوق المجردة قابلة للانتقال من شخص إلى آخر. * أن تكون الحقوق المجردة موصوفة، ولا تستلزم غرراً أو جهالة. * أن تكون الحقوق المجردة حقوقاً خاصة، وليس من حقوق الله (سبحانه وتعالى). * أن يكون الاعتياض عن الحقوق المجردة مشروعاً، بحيث لا يترتب على الاعتياض عنها الوقوع في محذور شرعي كالربا ونحوه.

وإِذَا كَانَت الْحَقّوقَ مُجَرَّدَة عَنِ الْمِلْكِ أو قَدْ شُرِعَت لِدَفْعِ الضَّرَرِ فَلاَ يَجُوزُ الاِعْتِيَاضُ عَنْهُا، كحق الشفعة، وَإِنْ كَانَت الحَقّوق مُنْفَرِدَة فِي الْمَحَل الَّذِي تَعَلَّقَت بِهِا أو كَانَ ثُبُوتُهُا عَلَى وَجْهِ الْبِرّ وَالصِّلَةِ فَتكُونُ ثَابِتَة لِصَاحِبِهِا أَصَالَةً فَيَجُوز الاِعْتِيَاضُ عَنْهُا كحق الخلو (بدل السرقفلية).

الكلمات المفتاحية: الحقوق، الاعتياض، الفقه الاسلامي، القانون

Abstract

Replacement is a process of exchange, in which each of the two exchanges gives in exchange for what the other party takes. And the replacement of abstract financial rights is through sale, rent and omission (assignment). The essence of these rights is jurisdiction, that is, it is a privilege that is restricted to its owner and not others. The abstract rights that have become to them in the contemporary custom of significant material benefit, and the custom has been replaced by them, are considered funds, and it is not permissible to violate them. The rights that we mentioned in the topic of the research are presented, for example; Because they vary with time and place, abstract rights may appear in the near future that were not known now.

In order for it to be permissible for abstract financial rights, the following conditions must be met: * That the rights deprived

المنارة للاستشارات

www.mar

of the rights of jurisdiction, and not a form of public permissibility. * That the abstract rights are exchangeable. * That abstract rights be fixed immediately. * That the abstract rights are money in which the commercial custom conducts the course of money. * That the abstract rights are inherently fixed for the owner, and were not proven to pay the damage only. * That the abstract rights are transferable from one person to another. * That the abstract rights are described, and do not require ambiguity or ignorance. * That the abstract rights are private rights, not from the rights of God (Glory be to Him). * That the compensation for abstract rights is legitimate, so that the replacement thereof does not result in falling into legal prohibitions such as usury and the like.

If the rights in the abstract about the king or have begun to pay for the damage may not be Ea'tiad reported, as a right of pre-emption, though rights alone in the shop, which concerned or was proved, on the face of the land and the link shall be fixed to its owner authenticity may Ea'tiad them as a right-free (instead of Alsergvlah.(

Key words: rights, litigation, Islamic jurisprudence, law

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وأصحابه أجمعين، أما بعد. فانه يمكننا توضيح مقدمة موضوع دراستنا في النقاط الآتية:

أولاً: التعريف بموضوع البحث وأهميته: تقسم الحقوق المجردة إلى نوعين: حقوق مجردة: وهي الحقوق المحضة التي هي مجرد سلطة وميزة، خُصّ بها صاحب الحق، ولم تتقرر في محل مملوكه. وحقوق غير مجردة: وهي الحقوق غير المحضة التي تقوم وتتقرر بمحل مملوك لصاحب الحق، ويثبت لصاحبها على هذا المحل، تمكنه من مباشرة التصرفات عليه. ويعدُّ الفقه الإسلامي أحد المفاخر العظيمة التي يتميز بها الدين الإسلامي، وهو فقه واقعي يعالج مشاكل الناس، ويبين حقوقهم وواجباتهم، وينظم علاقاتهم ومعاملاتهم، في كل زمان مكان. ومعلوم أن الحياة لا تتوقف، بل تأتي بالجديد، مما أفرز الكثير من المسائل والقضايا المالية التي تحتاج إلى معرفة الحكم

المنارة للاستشارات

www.mar

الشرعي والقانوني فيها. وأهمها: الاعتياض عن الحقوق المجردة، فقد شاع الاعتياض عن أنواع من الحقوق المحضة، وعُدَّت في العرف التجاري، ذات قيمة مالية كبيرة، يجري بين كثير من الناس بيعها وتأجيرها، شأنها في ذلك شأن الأموال. والسؤال الذي يطرح نفسه هو: هل تعد الحقوق المجردة أموالاً يجوز بيعها وشراؤها وتأجيرها والتنازل عنها والتعويض عنها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي أم لا يجوز ذلك؟ والجواب عن هذا السؤال يُعدُّ من الأمور الملحة في المجتمعات التي يشيع فيها بيع هذه الأنواع والمعاوضة عليها بمال.

ثانياً: أسباب اختيار موضوع البحث: يعود اختياري لموضوع البحث إلى النقاط الآتية:

١.تحتل الحقوق المجردة أهمية كبرى في المعاملات المالية المعاصرة، حتى أخذت الدول على عاتقها تنظيمها من خلال إصدار قوانين خاصة بذلك.

٢-عدم وجود نظرية عامة للتعويض عن الحقوق المالية المجردة في القانون المدني العراقي.

٢-اختلاف مذاهب الفقه الإسلامي في حكم التعويض عن الحقوق المالية المجردة.

٣-عن عدم وجود شروط جامعة مانعة للاعتياض عن الحقوق المالية المجردة.

٣.حاجة الناس إلى معرفة ما يسوغ إتباعه والتحاكم إليه من القوانين التي نظمت بيع وتداول هذه الحقوق مما لا يسوغ فيه ذلك، والعمل على تخليص هذه القوانين مما يتعارض مع الشريعة الإسلامية الغراء.

٤.بيان أن شريعة الله (سبحانه وتعالى) بما تضمنت من أحكام وتعاليم وشرائع هي الصالحة المصلحة للأمة في كل شؤونها وفي كل زمان ومكان، ويجب أن تكون هي الحاكمة لكل ما يطرأ للأمة من مستجدات مصداقاً لقول الله (سبحانه وتعالى):" وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَى لِلْمُسْلِمِينَ" (النحل:٨٩). فهذه الأمور تكاد أن تكون -إن شاء الله- هي المنطلقات الأساسية لاختيار الموضوع.

ثالثاً: مشكلة الدراسة: تنحصر مشكلة دراسة موضوع البحث في التداخل والخفاء والغموض في جوانب الموضوع الذي يتمثل من حيث: أولا: طبيعة العقد الذي هو محل التعويض، هل الحق هو كل ما يثبت للإنسان كما في المعنى اللغوي؟ فيدخل في

المنارة للاستشارات

www.mar

ذلك: الإباحات العامة، أم أنه قاصر على ما فيه الاختصاص والاستئثار بموضوعه، بحيث يختص به صاحب الحق، ولا يحق لأحد أن يزاحمه فيه، كما في المعنى الاصطلاحي؟ ثانياً: من حيث مالية الحقوق المجردة، هل تعد الحقوق المجردة أموالاً يجوز التعويض عنها؟ ولاسيما بعد تغيير وتطور العرف الخاص الكبير في عد الشيء من الأموال، أم إن العرف الخاص لا يعارض العرف العام الذي لا يعد الشيء من الاموال؟

رابعاً: منهجية البحث: اتبعت في البحث المنهج المقارن، والتحليلي، إذ تمت المقارنة بين الفقه الإسلامي وبين كل من القوانين المدنيين العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، والأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ ، وقانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم (٥) لسنة ١٩٨٥المعدل وفق القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ١٩٨٧، لأبين مدى تنظيم المشرع العراقي لموضوع البحث من عدمه، ومدى تأثر قانوننا المدني بالفقه الإسلامي من عدمه في حال تنظيمه لموضوع البحث. فضلاً عن ذلك حاولت جاهداً تحليل نصوص القانونين المذكورين فيما يخص موضوع البحث للوقوف على مواطن الإصابة والخطأ، فضلاً عن تحليل الآراء الفقهية، للوقوف على الراجح منها.

خامساً: خطة البحث: قسمت خطة البحث على المبحثين الآتيين: المبحث الاول: التعريف بالتعويض عن الحقوق المجردة. المبحث الثاني: أحكام تعويض الحقوق المجردة.

المنارة للاستشارات

www.mar

المبحث الأول

التعريف بالتعويض عن الحقوق المجردة

للتعريف بالتعويض عن الحقوق المجردة ينبغي تحديد مفهوم التعويض، ومن ثم الحقوق المجردة، وتوضيح شروط التعويض عن الحقوق المجردة، وذلك في المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول

مفهوم التعويض

للوقوف على حقيقة التعويض لأبد من تعريفه، وبيان الطرائق التي يمكن من خلالها التعويض عن الحقوق المجردة، وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تعريف التعويض: لمعرفة حقيقة التعويض لأبد من بيان معناه في اللغة العربية، والفقه الإسلامي، ومن ثم في القانون المدني العراقي، وكما يأتي: فالتعويض لغةً اسمٌ مشتقٌ من العِوَض، والمعونة، والصلة، وكلها تفيد المعاوضة والمبادلة والتي تعني أن يأخذ الشخص مقابلاً لما أعطاه، أو أن يعطي مقابلاً لما أخذه(١). أما التعويض شرعاً فقال بعض الفقهاء(٢) أن المعاوضة: أخذ العوض(البدل) وعقد

(١) محمد بن الحسن الأزدي، الاشتقاق، تحقيق وشرح: عبد السلام محمد هارون، ج١، دار الجيل، بيروت، ط١، ١٩٩١م، ص٢٤٠؛ محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مجموعة من المحققين، ج١٨، دار الهداية، من دون مكان وسنة نشر، مادة (عوض)، ص٤٤٩؛ وينظر محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقي المصري، لسان العرب، ج٣، دار صادر، بيروت، ط٣، ١٤١٤هـ، فصل العين المهملة، مادة (عوض)، ص١٩٢؛ أحمد بن محمد بن علي الفيومي الحموي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير،ج٢،المكتبة العلمية، بيروت، من دون سنة نشر، مادة (ع وض) ٤٣٨.

(٢) محمد بن أبي الفتح البعلي، المطلع على ألفاظ المقنع، تحقيق: محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، ج١، مكتبة السوادي للتوزيع، من دون مكان نشر، ط١، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م، ص٢٥٥؛ محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، ج١، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، من دون مكان نشر، ط٢، ١٤٠٨ه، ١٩٨٨م، ص٤٣٨؛ وينظر تعريف الفقه القانوني في المعنى نفسه أ.د. سعدي البرزنجي،ملاحظات نقدية في القانون المدني، مطبعة وزارة الزراعة، أربيل، ط١، ٢٠٠٧، ص٣٨؛ د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، ج١، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، ج١، دار ابن الأثير، الموصل، ط٢، ٢٠١١، ص٢٥؛د.أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، بيروت، ط١، ٢٠٠٦، ص٤١و٤٢.

المنارة للاستشارات

www.mar

المعاوضة: عقد يعطى كل طرف فيه مقداراً من المنفعة التي يعطيها الطرف الاخر. أما قانوناً فلم يعرف مشرعوا كل من القوانين المدنية العراقي، والأردني، والاماراتي المعاوضة بل ترك ذلك للفقه وهذا موقف حسن؛ لأن ذلك من اختصاص الفقه وليس المشرع، فضلاً عن أن تعريف الفقه يكون سهل التعديل بمرور الزمان والمكان بحيث يلائم مستجدات العصر، وهذا بخلاف تعريف المشرع اذ يصعب تعديله، لأنه حتى يكون ملائماً لمستجدات العصر فأنه يحتاج إلى إجراءات طويلة معقدة.

نستدل مما تقدم على أن معنى التعويض القانوني لا يخرج عن معناه اللغوي والشرعي وهو: المال الذي يدفعه أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر مقابل المنفعة التي يحصل عليها، وهذه المنفعة قد تكون مساوية للمال، وقد تزيد أو تنقص عنه.

الفرع الثاني: أسباب اكتساب الحقوق المجردة بالتعويض : التعويض عبارة عن مبادلة بين طرفين، يأخذ فيها كل طرف عوض عما يعطي، لذا يتم التعويض عن طرائق متعددة من العقود، أهمها: البيع، والايجار، والصلح، والتنازل بعوض، وغير ذلك مما فيه معاوضة ومبادلة بين طرفين. وعقود المعاوضات، إما أن يتم التعاقد فيها على الأعيان، أو المنافع أو الحقوق، كحق الشفعة([1])، وغيرها من الحقوق. وبناءً على ذلك، يكون اكتساب الحقوق المجردة بالتعويض بالأسباب الثلاثة الآتية:

أولا:الاكتساب بالْبَيْعِ: عرف المشرع العراقي البيع في م(٥٠٦) من القانون المدني العراقي بأنه:" مبادلة مال بمال"، بينما عرفه المشرع الاردني في المادة(٤٦٥) من القانون المدني بانه:"تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض"، في حين عرفه المشرع الاماراتي في المادة (٤٨٩) من قانون المعاملات المدنية بانه:"مبادلة مال غير نقدي بمال نقدي" وبما أن لفظ البيع والمال قد وردا مطلقين فأنه يشمل الحقوق غير المجردة، والحقوق المجردة، كبيع حق المرور تبعاً للعقار المرتفق به لقاء عوض مالي

([1]) والشفعة عبارة عن سلطة المطالبة بالتملك بعد قيام سببه، فقد انعقد للشفيع حق المطالبة بتملك العقار ونزعه من المشتري بالثمن الذي اشتراه به المادة (١١٢٨) من القانون المدني العراقي؛ وينظر بهذا الشأن حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٩١/١٢/١٨ حسن محمد عرب وراني جوزف صادر، صادر بين التشريع والاجتهاد في دولة الامارات العربية المتحدة، قانون المعاملات المدنية معززا بأحدث الاجتهادات العربية المقارنة، مطبعة صادر، بيروت، ٢٠٠٢، ص٤١٧و٤١٨.

المنارة للاستشارات

www.mar

تبعا لـلأرض التـي تعلـق بهـا، لكـن لا يجـوز بيـع حـق المـرور لوحـده منفصـلا عـن الآرض([1]).

ثانياً: الاكتساب بالْإِجَارَةِ: عرف المشرع العراقي الْإِجَارَة في المادة (٧٧٢) من القانون المدني بأنـه تمليك منفعـة معلومـة بعـوض معلـوم لمـدة معلومـة وبـه يلتـزم المـؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور([2])، وعرفه المشرع الأردني في المادة (٦٥٨) من القانون المدني بأنه:" تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم"، وعرفه المشرع الاماراتي في المادة (٧٤٢) من قانون المعاملات المدنية بانـه:" تمليك المؤجر للمستاجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينـة لقاء أجر معلوم"، وهذه التعاريف كلها يمكنها أن تشمل الحقوق المجردة ومثالـه بإمكـان المـؤجر أن يخـرج المسـتأجر مـن المـأجور لقـاء عـوض مـالي يدفعـه للمستأجر كالتعويض عن حق الخلو([3]).

ثالثاً: الاكتساب بالتنـازل والإسقاط: حقيقـة هـذه الطريقـة أن المتنـازل يسـقط حقـه لقـاء عوض، ولكن لا ينتقل الحق إلى المتنازل له بمجرد التنازل، بل يزول مزاحمة المتنازل للمتنازل له([4]). وأجاز المشرع العراقي الصلح عن الحقوق في الفقرة الأولى من المادة (٢٤٢) مـن القـانون المـدني العراقـي جـاء فيهـا:" وإذا اتصـل بالصـلح إبـراء عـام عـن الحقوق والـدعاوى كافـة فـلا تسـمع علـى المبـرأ دعـوى فـي أي حـق كـان قبـل الصـلح

([1]) ينظر الملاحظات الواردة عن تعريف البيع في القانون المدني العراقي أستاذنا الدكتور جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المسماة (البيع، الإيجار، المقاولة)، دار ابن الأثير، الموصل، ط٢، ٢٠٠٥، ص٢١و٢٢.

([2]) للتفاصيل حول الملاحظات الواردة عن تعريف الإيجار في القانون المدني العراقي ينظر د. سعيد مبارك ود. طه الملأ حويش ود.صاحب عبيد الفتلاول، الموجز في العقود المسمادة، البيع-الايجار-المقاولة، دار الجكمة، بغداد، ١٩٩٣، ص١٨٨و١٨٩.

([3]) للتفاصيل ينظر جمعة سعدون الربيعي، السرقفلية بين الشرع والقانون، مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٥، ص٣ومابعدها.

([4]) محمد تقي العثماني، بيع الحقوق المجردة، بحث مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الخامس بالكويت حول الحقوق المعنوية، المنعقد من: (١-٦) جمادى الأولى (١٤٠٩هـ) في(١٠-١٥) كانون الأول (١٩٩٨م)، في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة،ع٤، دون سنة، ص١٩٢٣، وقد اقتصر هذا الباحث على طريقين فقط للاعتياض عن الحقوق المجردة هما (البيع والصلح).

المنارة للاستشارات

www.mar

وتسمع على الحق الحادث بعده". وتنص المادة (٧٠٦) من القانون المدني العراقي:" يصلح الصلح عن الحقوق التي اقر بها المدعي عليه أو التي أنكرها أو التي لم يبد فيها إقراراً ولا إنكاراً"([1])، وتنص الفقرة الأولى من المادة (٦٥١) من القانون المدني الأردني والفقرة الاولى من المادة (٧٢٧) من قانون المعاملات الاماراتي أنه:" يصح الصلح عن الحقوق سواء أقر بها المدعى عليه أو أنكرها أو سكت ولم يبد فيها اقرارا ولا انكارا". وبما أن لفظ الحقوق الواردة في هذه النصوص وردت مطلقة والمطلق يجري على إطلاقه فيشمل الحقوق المجردة وغير المجردة، ومثال الحقوق المجردة كبدل السرقفلية التي يدفع للمستاجر من الباطن([2]). وذكر الفقه الاسلامي([3]) هذه الطرائق وأرجعها إلى طريقين هما: النقل والإسقاط. وهناك من الحقوق ما تنطبق عليها الطريقان وهما: النقل والإسقاط، ومن الحقوق ما لا تنطبق عليها سوى الطريق الثاني وهو الإسقاط.

ونرى أن أسباب إنشاء الِاعْتِيَاضِ عن الحُقُّوقِ المُجَرَدَةِ يمكن ردها جميعها الى التصرف القانوني الإرادي، سواء أكان تصرفاً قانونياً للجانبين كالعقد عموما، وعقد البيع أو الايجار خصوصاً، أم تصرفاً قانونياً لجانب واحد، كالتنازل أو الاسقاط، والنقل، يومن أضافة أسباب ارادية منفرة أخرى إليهما وهي: الميراث، والوصية، والإذن، التي ترجع أساسها إلى الإرادة المنفردة؛ لأن الحق المجرد ينتقل الى الخلف بوفاة صاحبه، سواء أكان عن طريق الميراث أم الوصية. لذلك نوصي المشرع العراقي إضافة فصل خاص ومستقل بالحُقُّوقِ المَالِيَةِ المجردة، وموقعها يكون في الفَصْلُ الرَابِعْ من الكتاب الثَالِثْ من القَانُونُ المَدَنِي، تحت عنوان الحُقُّوقِ المُجَرَدَةِ، ويكون

([1]) للتفاصيل حول الصلح ينظرد. د.سعدي حسين علي جبر، الخلافات المالية وطرق حلها في الفقه الإسلامي، ط١، دار النفائس، عمان،٢٠٠٣، ص٢٠٣-٢١٢.

([2]) للتفاصيل حول الخلو ينظر حبيب إدريس عيسى المزوري، أحكام السرقفلية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة الموصل، م١٠، ع٣٧،٢٠٠٨، ص٨١ ومابعدها.

([3]) عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، ج٢، مكتبة الكليات الأزهرية. القاهرة، ١٤١٤هـ، ١٩٩١م، ص٨١و٨٢و٨٣.

المنارة للاستشارات

www.mar

الفَرعُ الأول بعنوان إنشاء الحُقُوقِ المُجَرَدَةِ، والنص المقترح بشانه يكون على النحو الآتي:" تكتسب الحُقُوقِ المُجَرَدَةِ بالتصرف القانوني،أو بالإذن، أو بالميراث، أو بالوصية"

المطلب الثاني

مفهوم الحقوق المجردة

لتوضيح ماهية الحقوق المجردة لأبد من تحديد معناها لغةً وشرعاً وقانوناً وذلك في الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: تعريف الحقوق المجردة في الاصطلاح اللغوي: يتضمن الحَقُّ في اللغة العربية المعان الآتية: اسم من أسماء الله تبارك وتعالى أو صفة من صفاته، والمطابقة والموافقة، والقُرآن، وأَمرُ النبِي صَلَّى اللهُ عليه وسَلمَ، وضد الباطل، والأمرُ المقتضى المَفعُول، والعَدلُ، والإسلام، المالُ، والمِلْكُ، والمَوْجُودُ الثابِتُ الذي لا يَسُوغُ إِنْكارُه، والصِّدقُ في الحَدِيث، والمَوْتُ. وبعبارة أدق الحق لغةً تعني الثابت، والواجب، والصواب المطابق للواقع([1]). أما التجرد لغةً فيعني ظهور الشيء وبدوه وانكشافه([2]).

الفرع الثاني: تعريف الحقوق المجردة في اصطلاح الفقه الاسلامي: سنوضح في هذا الفرع موقف الفقه الاسلامي قديماً وحديثاً حول تعريف الحقوق المجردة، لذلك سيتم تقسيمه الى المقصدين الآتيين:

المقصد الأول: تعريف الحقوق المجردة عند الفقهاء القدامى: على الرغم من دراسة مذاهب الفقه الإسلامي للحقوق دراسة تفصيلية، إلا أن الحقوق المجردة لم تنل من

([1]) عبد الله بن أحمد النسفي، تفسير النسفي (مدارك التنزيل وحقائق التأويل)، حققه وخرج أحاديثه: يوسف علي بديوي،ج٣، دار الكلم الطيب، بيروت، ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م، ص٩٦و٦٣٣؛ أحمد بن مصطفى المراغي، تفسير المراغي، ج٢، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر، ط١، ١٣٦٥هـ، ١٩٤٦م، ص٦٦؛ محمّد بن محمّد مرتضى الزَّبيدي، المرجع السابق، مادة الحق، ج٢٥، ص١٦٧ومابعدها؛ محمد بن مكرم الأفريقي المصري، المرجع السابق، ج١٠، مادة حقق، ص٤٩ومابعدها؛ محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: محمود خاطر، ج١، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ١٩٩٥، ص٤٣ومابعدها.

([2]) أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد، ج١، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م، ص٤٥٢؛ محمد بن مكرم الأفريقي المصري، ج٣، المرجع السابق، ص١١٥؛ محمد الزبيدي، ج٧، المرجع السابق، ص٤٨٧.

المنارة للاستشارات

www.mar

الدراسة والبحث والأهمية، مثلما ما نالته أنواع الحقوق الأخرى. وأصل تقسيم الحقوق إلى مجردة وحقوق غير مجردة؛ هو النظر إلى مدى الارتباط بين الحق ومحله، فالحق المجرد: هو الحق المحض الذي ليس له بمحله تعلق استقرار، فليس لصاحبه في محله ملك لا حقيقةً ولا حكماً([١])، لذا يمكن انفراد الحق عن محله، ولا أثر لاستعماله على محله، كحق الشفعة، فهو حق مجرد، سواء أستعمله صاحبه أم أسقطه، ولا أثر له في المحل، فالمحل يبقى بكل صفاته سواء أخذه صاحب الشفعة أم غيره([٢]). وأما الحق غير المجرد: فهو الحق الذي له بمحله تعلق استقرار، فلصاحبه بمحله ملك حقيقةً أو حكماً، لذا لا يتصور انفراد الحق عن محله([٣]).

ويعد فقهاء الحنفية([٤]) أول من قسم الحقوق إلى: حقوق مجردة وغير مجردة، بل يكاد يعد مصطلح (الحق المجرد) مصطلحاً حنفياً صرفاً، إذ لم يعرف جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة –في الأغلب– هذا الاصطلاح، ويرجع سبب ابتكار الحنفية لهذا المصطلح إلى مسألة مالية الحقوق والمنافع؛ ذلك أن جواز التصرف في الأشياء بالتعويض، منوط بماليتها؛ فالفقه الحنفي لا يعدَ الحقوق أموالاً وبذلك لا تجوز التعويض عليها؛ إلا أن النصوص الشرعية جاءت بجواز التعويض عن حقوق معينة، وهذا كله أدى إلى ظهور مصطلح الحق المجرد، والحق المتقرر–غير المجرد– في الفقه الحنفي. في حين لم يرتض جمهور الفقهاء من الشافعية، والمالكية، والحنابلة([٥])

([١]) محمود بن الغيتابى العينى،البناية شرح الهداية، ج١١، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٠هـ، ٢٠٠٠م، ص٣٧٠.

([٢]) محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٤، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م، ص٥١٨.

([٣]) علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر، من دون مكان نشر، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٥م، ص٢٨.

([٤]) محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٥، المرجع سابق، ص١٤٥و١٤٦؛ أبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي، مجمع الضمانات، ج١، دار الكتاب الإسلامي، بدون مكان وتاريخ نشر، ص٣٨٥.

([٥]) عبد الملك بن عبد الله الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين الشافعي، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق: أ.د.عبد العظيم محمود الدّيب، ج٦، دار المنهاج،ط١-٢٠٠٧م، ص(٦و٢١و٦٦و٣٨٤و٣٨٥و٥١٩و٥٢٩)؛ علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي المالكي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني،المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي،ج٢، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م ص٢٥٤؛ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

المنارة للاستشارات

www.mar

مذهب الحنفية في مالية الحقوق والمنافع، فلم يروا داعياً لتقسيم الحقوق إلى مجردة وغير مجردة، كما فعلت الحنفية.

وبالنسبة إلى تعريف الحنفية للحقوق المجردة فإنهم لم يضعوا تعريف حدي للحق المجرد، وإنما أشاروا إليه من حيث المعنى، يمكن من خلاله تحديد ماهيته، وهما: أولا: التجرد من الملكية: وفي هذا المعنى جاء في كتاب رد المحتار على الدر المختار للفقه الحنفي:" لَا يَجُوزُ الِاعْتِيَاضُ عَنْ الْحُقُوقِ الْمُجَرَّدَةِ عَنْ الْمِلْكِ"([1])، ومعنى التجرد عن الملك، أنه يمكن ثبوت الحق لشخص ويكون ملك المحل الذي تعلق به هذا الحق لشخص آخر، لذا عرفت الْمَادَّةُ (١٤٢) من مجلة الأحكام العدلية([2])حَقُّ الْمُرُور الذي هُوَ من الحقوق المجردة بأنه:" حَقُّ الْمَشْيِ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ وَذَلِكَ بِأَنْ تَكُونَ رَقَبَةُ الطَّرِيقِ مَمْلُوكَةً لِشَخْصٍ وَلِآخَرَ الْحَقُّ بِأَنْ يَمُرَّ مِنْهَا فَقَطْ. وَهَذَا الْحَقُّ مِنْ الْحُقُوقِ الْمُجَرَّدَةِ"([3]).

ثانياً–عدم التقرر في المحل: وهو يعني أنه يمكن إنفراد الحق عن المحل الذي يتعلق به([4]). ويقول أحد الفقهاء([5]) ان هذين الشرطين يرجعان إلى أن الحق المجرد لا يترك أثراً في المحل الذي تعلق به، سواء أستعمل الشخص حقه أم أسقطه، بخلاف الحق المتقرر فإنه يترك أثراً في محله وذلك في حال استعماله أو إسقاطه([6]).

وإذا كان الحنفية قد نظروا إلى الحقوق التي لم تتقرر في ملك نظرةً شاملةً، وأطلقوا عليها مصطلح الحقوق المجردة، فإن المذاهب الفقهية الأخرى قد نظروا إليها نظرةً جزئية بعدد أنواعها وأفرادها، وأطلقوا عليها تسميات مختلفة، تمثل كل تسميةٍ نوعاً من

الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، المغني،ج٣، مكتبة القاهرة، بدون مكان نشر، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م، ص٤٩٤.

([1]) محمد أمين بن عابدين، ج٤، المرجع السابق، ص٥١٨.

([2]) تعد مجلة الأحكام العدلية التقنين الرسمي للمذهب الحنفي.

([3]) علي حيدر أفندي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار الجيل، دون مكان نشر،١٩٩١، ص١٢٠.

([4]) كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي بن الهمام، فتح القدير، ج٩، دار الفكر، دون مكان وتاريخ نشر، ص٤١٤.

([5]) علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص٢٨.

([6]) يذكر أن هناك من الحقوق المجردة ما ليس له محل مادي يتعلق به وذلك كالحقوق المعنوية، وحق الوظيفة.

المنارة للاستشارات

www.mar

أنواع هذه الحقوق. ومع ذلك فقد وجُد من غير الحنفية، مَن استعمل في كتاباته مصطلح (الحق المجرد)، ومن ذلك ما نقله أحد الشافعية([1]) عن سبب عدم جواز التعويض عن حق الشفعة إذ قال:" لأنها ليست بمال وإنما يصح التعويض عما هو مال فأما إذا كان حقاً مجرداً فلا"، كما نقل عن سبب جواز الاعتياض عن خيار الرد بالعيب بمال إذ قال:" فانه ليس في مقابلة حق مجرد ولا سلطة الرد".

وقد يطلق الفقه الشافعي([2]) على الحقوق المجردة مصطلح حقوق التملك، وهي ما انعقد فيها لصاحب الحق سبب يقتضي المطالبة بالتمليك، ومن المعلوم أن حق الشفعة هو حق مجرد عند فقهاء الحنفية كما سبق ذكره آنفاً. وقد يُطلَقُ على طائفة أخرى من الحقوق المجردة –التي هي حقوق الارتفاق– بالمنافع المؤبدة إذ يعرف البيع بأنه:" عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ مَالِيَّةٍ يُفِيدُ مِلْكَ عَيْنٍ أَوْ مَنْفَعَةٍ عَلَى التَّأْبِيدِ فَدَخَلَ بَيْعُ حَقِّ الْمَمَرِّ وَنَحْوِهِ"([3])، إذ أدخلوا حق المرور –وهو حق مجرد– في المنفعة على التأبيد. وفي الوقت نفسه يسمي المالكية طائفة من الحقوق المجردة، بحق الانتفاع أو الحق في الانتفاع، ويقصدون بذلك: الحقوق الثابتة على وجه البر والصلة، كانتفاع الموقوف عليهم بالوقف، أو الثابتة على وجه الاختصاص بالمباحات، كالسكنى في بيوت المدارس الموقوفة على الطلبة، والحق في الوظائف الوقفية، والحق في مقاعد الأسواق لمن سبق إليها([4]). ويتفق الحنابلة مع الشافعية في إطلاق مصطلح الحقوق المجردة على حقوق التملك، وقد يسمون حقوق الارتفاق بحَقُّ الانْتِفَاعِ أو حق اختصاص، كما سماها بذلك ابن

([1]) يحيى بن شرف بن مُرِّي بن حسن بن حسين بن محمد بن جمعة بن حزام أبو زكريا النووي الدمشقي، المجموع شرح المهذب، المطبعة المنيرية، ج١١، من دون مكان وتاريخ نشر، ص٣٦٣و٣٦٤.

([2]) أحمد بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج٦، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ١٩٨٣، ص٢١٣.

([3]) شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٢، دار الكتب العلمية، من دون مكان نشر، ١٤١٥هـ، ١٩٩٤م، ص٣٢٣.

([4]) محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، دار الفكر، بيروت، بلا تاريخ نشر، ص٤٣٤؛ للتفاصيل حول السباقات ينظر د.ضحى محمد سعيد، عقد المسابقة (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، م١٢، ع٤٥، س١٥، ٢٠١٠، ص(١-١٠٦).

المنارة للاستشارات

www.mar

رجب الحنبلي([1])، وقد يطلقون مصطلح الحقوق المجردة على المنافع المجردة عن الأعيان ([2]).

المقصد الثاني: تعريف الحقوق المجردة عند الفقهاء المعاصرين: لقد أهتم الفقه المعاصر بتعريف الحقوق المجردة وغير المجردة اهتماماً كثيراً، وفيما يأتي تسليط للدراسة لبعضهم. فمن أبرز التعاريف المعاصرة للحقوق المجردة ما ذهب إليه أحد الفقهاء([3]) بقوله: الحقوق المجردة هي:" ما كانت غير متقررة في محلها". ثم وضح تعريفه على النحو الآتي:" ومعنى ذلك: أنه لا يترتب على تعلق الحق بمحله أثر قائم يزول بالتنازل عنه، ومرجعه إلى رغبة المالك- أي مالك الحق- ومشيئته، إن رأى الخير في الانتفاع به فعل، وإلا ترك، دون أن يترتب على تركه، أو التنازل عنه تغير في حكم محله". وعرف الحقوق غير المجردة أنها:" الحقوق التي لها تعلق بمحلها تعلق استقرار":، وذلك بأن يكون لتعلقها أثر أو حكم قائم في محله يزول بالتنازل عنه. وقريب من التعريف المذكور فقد ذهب أحد الفقهاء([4]) إلى أن من أقسام الحقوق باعتبار محل الحق هي الحقوق المجردة والحقوق غير المجردة، ثم عرف الحق المجرد أو المحض بقوله:" هو الذي لا يترك أثراً بالتنازل عنه صلحاً أو إبراء، بل يبقى محل الحق عند المكلف (أو المدين) بعد التنازل كما كان قبل التنازل. والحق غير المجرد: هو الذي يترك أثراً بالتنازل عنه". وذهب آخرون([5]) إلى أنه:" يقسم الفقهاء الحقوق إلى

([1]) زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السَلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، القَاعِدَةُ الخَامِسَةُ وَالثَّمَانُونَ، ج١، دار الكتب العلمية، من دون مكان وتاريخ نشر، ص١٨٨و١٩١و١٩٣.

([2]) زين الدين بن رجب الحنبلي، الاستخراج لأحكام الخراج، ج١، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٨٥م، ص١٠٠.

([3]) علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص٣٢؛ علي الخفيف، الملكية في الشريعة مع المقارنة بالشرائع الوضعية، ج١، دار الفكر العربي، من دون مكان نشر، ١٤١٦هـ، ١٩٩٦م، ص٩.

([4]) أ.د.وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ، ج٤، دار الفكر، دمشق، ط٤، بلا تاريخ نشر، ص٢٨٥٣.

([5]) د.عجيل جاسم النشمي، بيع الاسم التجاري، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٥، ج٥، المرجع السابق، ص١٨٦٩؛ عثمان جمعة صميرية، الحق في الشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة البحوث الإسلامية، مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الرياض، العدد ٤٠، ١٤١٤هـ، ص٣٦٣و٣٦٤.

المنارة للاستشارات

www.mar

حق مجرد وحق غير مجرد أو متقرر، فالحق المجرد: ما كان غير متقرر في محله أي لم يقم بمحل ولم يتقرر في ذات، كحق الشفعة، فإنه نوع من الولاية أعطيت للشفيع في أن يتملك العقار بعد أن يتملكه المشتري، ومثله حق المرور بالنسبة للطريق. وغير المجرد: هو مالَهُ تعلق بمحله تعلق استقرار، بمعنى أن لتعلقه أثرًا أو حكمًا قائمًا يزول بالتنازل عنه".

ويلاحظ على التعاريف المذكورة آنفاً أنها مأخوذة من تعريف الشيخ علي الخفيف هذا من جانب، ومن جانب آخر أنها ركزت على معني التجرد الذي وصف به الحق، وتجاهلت الكشف عن مضمون الحق وجوهره.

وبناءً على ما تقدم، نتفق مع الرأي القائل([1]) بأنه يمكن تعريف الحق المجرد على النحو الآتي:" اختصاص مجرد عن الملك والتقرر في محله، يقر به الشارع لصاحبه ولايةً أو انتفاعاً". وفيما يأتي توضيح لهذا التعريف: فقوله:" اختصاص" يكشف عن حقيقة الحق وجوهره، وبذلك تخرج الأمور التي لا اختصاص فيها وإنما هي من قبيل الإباحات العامة كالمشي على الشارع أو الاصطياد أو التنقل في الأرض... فلا تعدّ حقاً بالمعنى المراد هنا وإنما هي حرية ممنوحة للناس كافة. وقوله:" مجرد عن الملك والتقرر في محله" يبين أن هذا الحق ليس حق ملكية سواء أكانت هذه الملكية حقيقية أم حكمية كما سبق تقريره. وقوله:" يقر به الشارع لصاحبه" يبين أن هذا الاختصاص يستمد سلطته من الشرع وهو ممنوح لشخص معين، أي أنه يبين مصدر الحق وأساسه. وقولنا:" ولاية" يدخل فيها ولاية المطالبة بالتملك، كحق الشفعة، وحق خيار الشرط في العقود... وقوله:"انتفاعاً" يدخل فيه حقوق الارتفاق بمختلف أنواعها. وفي الوقت نفسه يمكن تعريف الحق غير المجرد على أنه " اختصاص مقرون بالملك والتقرر في محله يقر به الشارع لصاحبه التصرفات الشرعية كافةً". فقولنا:" مقرون بالملك في محله" يبين أن الحق غير المجرد هو حق ملكية، يترتب عليه أن يمارس صاحبه التصرفات المشروعة كافةً التي يمنحها حق الملكية لصاحبه.

([1]) حسام الدين خليل فرج، الاعتياض عن الحقوق المجردة في الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط١، ٢٠١٣، ص٧٤و٧٥.

المنارة للاستشارات

www.mar

الفرع الثالث: تعريف الحقوق المجردة في القانون المدني العراقي: لم يردّ مصطلح الحقوق المجردة لا في نصوص القانون المدني العراقي، ولا في نصوص قانون المعاملات المدنية الاماراتي، وإذا كان ذلك يدل على أن المشرع العراقي لم يعرف الحقوق المجردة بشكل مباشر، فإنه قد عرفها واستوعب الكثير منها بتشريعاته وتقنيناته بشكل غير مباشر، ولكن أطلق عليها مسميات أخرى، فسمي بعضها حقوقاً عينية، وبعضها حقوقاً شخصية، وبعضها حقوقاً معنوية([1]).

في حين عدّ القانون الأردني النافذ الحقوق المجردة نوعاً من أنواع الحقوق العينية؛ إذ قسم الباب الثاني الذي هو تحت عنوان الحقوق المتفرعة عن حق الملكية إلى أربعة فصول وكان الفصل الرابع بعنوان الحقوق المجردة والذي يشمل إنشائه، وبعض أنواعه، وآثاره، وانقضائه، فجاء في الفقرة الأولى من المادة (٧٠) منه ما يأتي:" الحقوق العينية الأصلية: هي الملكية والتصرف والانتفاع والاستعمال السكني والسطحية (القرار) والحقوق المجردة والوقف والحكر والإجارتين وخلو الانتفاع". وحصر أيضاً الحقوق المجردة في حقوق الارتفاق إذ جاء في المادة (١٢٧١) منه أن:" الحق المجرد هو ارتفاق على عقار لمنفعة عقار مملوك لآخر".

وفي الوقت نفسه فمِنْ فقهاء القانون المدني([2]) مَنْ يحصرون الحقوق المجردة في حقوق الارتفاق كحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وحق المرور وحق التعلي وحق الجوار.

وقد أوضحنا آنفاً أن الحقوق المجردة في الفقه الإسلامي عبارة عن عدة أنواع، ولا تنحصر في حقوق الارتفاق فقط، مما نستدل على أن نظرة الفقه الإسلامي لهذه الحقوق أوسع وأشمل منها في القانون المدني وفقهائه وشراحه.

([1]) ينظر المواد (٦٧و٦٨و٧٠) من القانون المدني العراقي؛ للتفاصيل حول حقوق الملكية الفكرية ينظرد.محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، اسكندرية، ٢٠٠٩، ص٢٥٩-٢٩٥.

([2]) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، منشورات الحلبي، بيروت، ط٣، ٢٠٠٠، ص٦٤؛ للتفاصيل حول حقوق الارتفاق ينظرد.علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، دار صادر، بيروت، ١٩٦٩، (ص٥٣ وما بعدها) و (ص٣٥٨-٣٨٥).

المنارة للاستشارات

www.mar

المطلب الثالث

شرائط التعويض عن الحقوق المجردة

لم يهتم الفقه الاسلامي بوضع شروط عامة جامعة لما يجوز التعويض عنه من الحقوق المجردة مما لا يجوز، فيقول أحدهم([1]):" جواز الاعتياض عن بعض أنواع الحقوق وعدم جواز جوازه لا يرجع في الفقه الإسلامي إلى ضابط عام واضح الحدود، وإنما يختلف الحكم باختلاف الحقوق، واختلاف الأعراف، حتى كان لكل حق حكم لا يستند فيه إلى أصل عام، فاختلفت لذلك الآراء". ويقول غيره([2]):"ولو استقصينا ما كتبه الفقهاء في هذا الباب لوجدنا أن أنواع الحقوق كثيرة، وعبارات الفقهاء فيها مختلفة، ولم أظفر بعد بكلمة جامعة تشمل جميع أنواع الحقوق، ويوضح الضابط الذي يمكن أن تبنى عليه المسائل في الموضوع، فنحتاج أن نستخرج الشروط في هذا الباب من دلائل القرآن والسنة، والجزئيات المبعثرة في كتب الفقه التي يمكن أن تصير نظائر لما نحن بصدده". وبناءً على ما تقدم، يمكن وضع مجموعة من الشروط العامة يمكن أن يكون مقياساً لبيان مدى الحقوق التي يجوز التعويض عنها من عدمه، وذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: أن يكون الحق المجرد مختصاً، وقابلاً للاعتياض عنه: وجد هذا الشرط لغرض التمييز بين الحقوق المجردة التي تجوز الاعتياض فيها، وبين الاباحات العامة، فالحق الذي يقبل الاعتياض عنه هو ما كان منطوياً على مصلحة أو ميزة خاصة بصاحبها على سبيل الإنفراد والاستئثار وممنوعة من غيره. فإن لم يكن هناك اختصاص بأحد، وإنما إباحة كما في إباحة السكنى في بيوت الأوقاف لمن قام به وصف معين، كطلب العلم أو السفر، فلا يجوز لواحد من هولاء أن يطلب تعويضاً عنها؛ لأن كل ما له فيها مجرد الإذن بأن يسكن عند تحقق شرط الواقف، فلا يملك أخذ العوض مقابل التنازل عن ذلك([3]). وقد نظم القانون المدني العراقي حق الملكية

([1]) علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ٥٨.
([2]) محمد تقي العثماني، المرجع السابق، ص١٩٢٢.
([3]) أبو العباس شهاب الدين القرافي، ج٢، عالم الكتب، المرجع السابق، ص٢١٤ومابعدها.

المنارة للاستشارات
www.mar

ذاته في المواد (١٠٤٨-١١٦٨)، وعالجتها المواد (١٠١٨-١١٩٧) من القانون المدني الأردني، وتناولتها المواد (١١٣٣-١٣٣٢) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي، وتنص المادة(١٠٤٨) من القانون المدني العراقي على أن:" الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك، تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة"، وعد المشرع العراقي الوقف أحد الحقوق العينية الأصلية([1])، بينما تنص الفقرة الاولى من المادة (١٠١٨) من القانون المدني الأردني، والفقرة الأولى من المادة (١١٣٣) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على أن:" حق الملكية هو سلطة المالك في ان يتصرف في ملكه تصرفا مطلقا عينا ومنفعة واستغلالا".

ويشترط أيضاً في الحقوق المجردة لصحة يكون ذلك وفق الشريعة الإسلامية؛ لأنه ليس كل الحقوق المجردة قابلة للتعويض عنها شرعاً([2])، إذ يشترط لتعويض الحق المجرد أن لا يترتب على التعويض عنه تغيير لأحكام شرعية -سواء أكان التعويض عن الحق إسقاطاً بعوض أم نقلاً للغير؛ لما في من مناقضة الشرع ومضاداته، ونص المشرع العراقي على التعويض المشروع إذ نصت الفقرة الأولى من المادة(٧) القانون المدني العراقي على أنه:" من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان"، وكذلك نصت الفقرة الأولى من المادة (٦٦) من القانون المدني الأردني، المادة (١٠٦) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على أنه:"يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع". ومن الأمثلة على ذلك: اعتياض المشتري عن حق خيار الرؤية([3]) في بيع العين الغائبة، فهذا الحق قد ثبت بالشرع([1]) لا باختيار المكلفين،

([1]) الفقرة الأولى من المادة (٦٨) من القانون المدني العراقي؛ للتفاصيل عن الوقف ينظر محمد رافع ينوس الحيالي، متول الوقف، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٥، ص٧ومابعدها.

([2]) أبوعبد الله بدر الدين الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية ج٢، وزارة الأوقاف الكويتية، ط٢، ١٩٨٥م، ص٥٤و٥٥؛ أ.د.وَهْبَة الزُّحَيْلِيّ،الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ،ج٤، المرجع السابق، ص٢٨٤٧؛ الموسوعة الفقهية، ج٤، المرجع السابق، ص٢٤٩ومابعدها.

([3]) تنص ف(٢) م(٥١٧) من القانون المدني العراقي على أن:" المراد بالرؤية الوقوف على خصائص الشيء ومزاياه بالنظر أو اللمس أو الشم أو السمع أو المذاق" وقد نظم المشرع العراقي أحكام خيار الرؤية في المواد الآتية من القانون المدني:(٥١٧-٥٢٣)، بينما نظمت المواد =

المنارة للاستشارات

www.mar

وصار حكماً شرعياً لتحقيق مصلحة العباد، فلا يجوز التراضي على إسقاطه بعوض أو بغير بعوض، وليس لأحد من الناس تغييره؛ لأن كل ما أدى إلى تغيير الشرع فهو باطل([٢]). وبناءً على ما تقدم، فإن خيار الرؤية لم يثبت باشتراط المتعاقدين، إنما أثبته الشرع والقانون فهو حق له فلا يجوز التعويض عنه، سواء أكان ذلك قبل الرؤية أم بعدها.

الفرع الثاني: أن يكون الحق المجرد مالاً ثابتاً في الحال: لتعويض الحق المجرد فإنه يشترط فيه أن يكون ثابتاً في الحال، فإذا كان الحق متوقعاً في المستقبل، فلا يصح التعويض عنه؛ لأنه معدوم وقت العقد، ولما فيه من الغرر الكبير وفي ذلك جاء في بدائع الصنائع للفقه الحنفي:" وَأَمَّا الَّذِي يَرْجِعُ إلَى الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَأَنْوَاعٌ (مِنْهَا): أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا فَلَا يَنْعَقِدُ بَيْعُ الْمَعْدُومِ"([٣])، وتنص المادة (٣٠٤) من كتاب مرشد الحيران على أنه:" لا يصح أن يكون الشيء المعدوم الذي سيوجد في المستقبل محلاً للعقد المتقدم ذكره، إلا في السلم بشرائطه". ولذا لا يجوز للورثة الاعتياض عن حقهم في تركة مورثهم قبل موته؛ لأن هذا الحق قد يثبت وقد لا يثبت، وكذلك لا يجوز التعويض عن الحقوق المتنازعة فيها قبل حكم المحكمة وثبوتها لمن هي له، أما بالنسبة للمشرع العراقي فأنه بعد أن نص على وجود محل الالتزام فجاء في المادة (١٢٨) من القانون المدني أنه:" ١- يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص أن كان موجوداً

=(١٨٤-١٨٨) من القانون المدني الأردني، والمواد (٢٢٦-٢٣٠) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي خيار الرؤية دون أن تعرفها.

([١]) عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:" مَنِ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَآهُ "أخرجه أحمد بن الحسين الْخُسْرَوْجِردي الخراساني البيهقي،السنن الكبرى،تحقيق: محمد عبد القادر عطا،ج٥،كِتَابُ الْبُيُوعِ،بَابُ مَنْ قَالَ يَجُوزُ بَيْعُ الْعَيْنِ الْغَائِبَةِ،حديث رقم(١٠٤٢٦)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٣،١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م،ص٤٤٠.قال البيهقي:هذا الحديث مَرْفُوع.

([٢]) للتفاصيل حول خيار الرؤية ينظر د.سعيد مبارك ود. طه الملأ حويش ود.صاحب الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، البيع- الايجار- المقاولة، دار الحكمة، بغداد،١٩٩٣، ص٣٢-٣٤؛ د.ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، نظرية العقد، مراتب انعقاد العقد، ج١،م١، ق٢، دار وائل، عمان، ط١، ٢٠٠٢، ص٣٣٥-٣٥١.

([٣]) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٥، دار الكتب العلمية،١٤٠٦ ط٢،هـ، ١٩٨٦م، ص١٣٨.

المنارة للاستشارات

www.mar

وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره أن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف. ٢- على انه يكفي أن يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر"[١]. فأنه خالف الفقه الإسلامي بشأن إمكان وجود محل الالتزام في المستقبل إن كان معيناً تعييناً نافياً للجهالة والغرر، اذ جاءت في المادة(١٢٩) منه "١- يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر. ٢-غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل"[٢]. وجاءت في المادة (٥٩٣) منه على أن:" ١- الحق المتنازع فيه إذا نزل عنه صاحبه إلى شخص آخر بمقابل فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المشتري الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن بالسعر [القانوني] من وقت الدفع. ٢- ويعتبر الحق متنازعاً فيه، إذا كان قد رفعت به دعوى أو قام بشأنه نزاع جاري"[٣].

ويقول الفقه[٤] أن:" الحق المتنازع فيه حقٌ محتمل الوجود وهو بهذا الوصف يجوز بيعه، والبيع يصبح في هذه الحالة عقداً احتمالياً، فإذا ثبت الحق المبيع للبائع انتقل إلى الْمُشْتَرِي بعقد البيع، وإن لم يثبت، فقد ضاع على كل من البائع والمشتري. فالمشتري الذي يقدم على شراء حق متنازع فيه، إنما يخاطر بما يبذله من ثمن".

---

(١) يقابل النص العراقي نص الفقرة الأولى من المادة (١٦١) من القانون المدني الأردني؛ ونص الفقرة الأولى من المادة (٢٠٣) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

(٢) يقابل النص العراقي نص المادة (١٦٠) من القانون المدني الأردني؛ ونص الفقرة الأولى من المادة (٢٠٢) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي؛ للتفاصيل حول المحل ينظر د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، المرجع السابق، ص٩٥-١٠٠؛ د.عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي،المصادر الارادية، م١، مطبعة جامعة الكويت، ١٩٨٢، ص٣١٧وما بعدها؛ ولمعرفة النقاش حول كون المحل هو ركن في العقد ام في الالتزام ينظر د.سعد البرزنجي، المرجع السابق، ص٧١-٧٦.

(٣) لم أجد نصا يقابل النص العراقي لا في القانون المدني الأردني ولا في قانون المعاملات المدنية الاماراتي؛ للتفاصيل حول ينظر د.سعيد مبارك ود.طه الملأ حويش ود.صاحب الفتلاوي، المرجع السابق، ص١٦٣ وما بعدها.

(٤) أ.د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج٩، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص١٩٤؛وينظر أستاذنا الدكتور جعفر محمد جواد الفضلي، المرجع السابق، ص٢١٦-٢٢٦.

المنارة للاستشارات

www.mar

يتضح مما تقدم، إنه على الرغم من اجازة مشرع القانون المدني العراقي بيع الحقوق المتنازعة فيها إلا أنه من الغرر الذي حرمته الشريعة الإسلامية، فضلا عن ذلك ان المشرع العراقي عد عقود الغرر موقوفة على اجازة صاحبه([1])، وهنا يكون المشرع قد وقع في تناقض، إذ يجيز عقود التغرير من ناحية كما هو الحال في البيع، ويجعله موقوفاً من ناحية أخرى كما هو الحال في القواعد العامة، وهذا التناقض يجب أن يزال، بان يجعل بيع الحقوق المتنازعة فيها جائزة لكنها موقوفة على اجازة صاحبها.

ويجب أيضاً أن يكون الحق المجرد مالاً في نظر الشرع واعتباره، إذ الْمَالِيَّةُ التَّقَوُّمُ الْشَرْعي شرطٌ في صحة عقود المعاوضة باتفاق الفقهاء المسلمون([2]) ويتحقق ذلك بان يكون متعلق المال ومجال استعماله نفعاً مباحاً فإذا لم يكن كذلك، فلا يجوز التعويض عنه. وذلك كحق الترخيص في افتتاح نوادي القمار أو بيوت الدعارة...الخ. ونظم القانون المدني العراقي أحكام المال في م(٦٥) التي جاءت فيها أن:"المال هو كل حق له قيمة مادية"ونصت المادة (٥٣) من القانون المدني الأردني والمادة (٩٥) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي بان:" المال هو كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل". ونصت م(٦٦) من القانون المدني العراقي على أن:"الحقوق المالية تكون إما عينية أو شخصية"([3])، ونصت المادة (٦٧) من القانون المدني الأردني والمادة (١٠٧) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي بانه:" يكون الحق شخصيا أو عينيا او معنويا". ويشترط أيضاً للتعويض عن الحق المجرد، أن يكون العرف قد جرى باعتباره مالاً شأنه في ذلك شأن الأعيان والأموال. وهذا القيد في الحقيقة ليس إلا تأكيداً وبياناً

([1]) ينظر المواد (١٢١-١٢٣) من القانون المدني العراقي..

([2]) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي الحنفي، المبسوط، ج١٣، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ،١٩٩٣م، ص٢٥؛ الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، الأم، ج٥، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٠هـ،١٩٩٠م ص٦٣؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٣، دار الكتب العلمية، من دون مكان وسنة نشر، ص١٥٢.

([3]) للتفاصيل ينظر محمد طه البشير ود.غني حسون طه، الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية-الحقوق العينية التبعية)، ج١، المكتبة القانونية، بغداد، ط٤، ١٤٣١هـ، ٢٠١٠م، ص٥ومابعدها.

المنارة للاستشارات

www.mar

لشرط المالية، إذ إنها لا تثبت إلا بجريان العرف باعتبارها([1]). والعرف يتغير بتغير الزمان والمكان، فما كان تافهاً في زمان ومكان معين، قد يتغير العرف ويصبح مالاً معتبراً في زمان ومكان آخر، وكثيراً من الأشياء مما لم يكن مالاً مقومّاً في مر الأزمان، قد أصبح اليوم مالاً من أنفس الأموال. واخذ القانون المدني العراقي بالعرف إذ نصت م(١٦٣) منه على أن:" ١- المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص. ٢- والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم. ٣- والممتنع عادة كالممتنع حقيقة". وجاءت في المادة (١٦٤) منه بأن :" ١- العادة محكمة عامة كانت أو خاصة. ٢- واستعمال الناس حجة يجب العمل بها". ونصت م(١٦٥) منه على:" إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت والعبرة للغالب الشائع لا للنادر"([2]).

الفرع الثالث: أن يكون الحق المجرد ثابتاً أصالةً لإزالة الضرر، وقابلاً للنقل: يرى جمهور الفقهاء من الحنفية([3]) والشافعية([4]) والحنابلة([5]) أنه لا يجوز التعويض عن الحقوق المجردة التي ثبتت لإزالة الضرر، في حين فقهاء المالكية([6]) يجيزون ذلك. ويرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء؛ لأن هذه الحقوق شرعت أصلاً لدفع الضرر وهذا

([1]) محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٤، المرجع السابق، ص٥٠١؛ تقي الدين بن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، المحقق:عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، ج٣٠، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٤١٦هـ،١٩٩٥م، ص٣٠٥. يذكر ان العرف يعد مصدرا للشريعة الاسلامية لقوله تعالي:"خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ" الآية (١٩٩) من سورة الأعراف، فضلا عن وجود سورة كاملة بالعرف.

([2]) يقابل نصوص القانون العراقي نصوص المواد (٢٢٠و ٢٢٣ و٢٢٤ و٢٢٥) من القانون المدني الأردني؛ ونصوص المادة (٢٦٤) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي؛ للتفاصيل حول العرف ينظر عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، ط٣، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، المكتبة القانونية، بغداد، ط٣، ٢٠١١، ص١٣٩-١٤٦؛ د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، ج١، المرجع السابق، ١٥٧و١٥٨؛ عبد الغفور محمد البياتي، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية والأحوال الشخصية، مطبعة أنوار دجلة، بغداد، ط١، ٢٠١٠، ص ٢١٥ وما بعدها.

([3]) عثمان بن علي فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٥، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ط١، ١٣١٣هـ، ص٣٥.

([4]) أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، ج١٤، المرجع السابق،ص٣٣٠.

([5]) منصور بن يونس البهوتى، كشاف القناع، ج٣، المرجع السابق،ص٤٠١.

([6]) مالك بن أنس الأصبحي المدني، المدونة،ج٤، دار الكتب العلمية، ط١، من دون مكان نشر، ١٩٩٤م، ص٢٢٩.

المنارة للاستشارات

www.mar

لا يحصل إلا باستعمال الحق نفسه، ولم تُشرَعْ للاسترباح والاستغلال؛ فيس لصاحب الحق إلا استعماله أو تركه([1]). فضلاً عن ذلك، الحقوق المذكورة لم تكن ثابتة لصاحبه أصالة، وإنما ثبت له لدفع الضرر عنه، فإن رضي بإعطائه لغيره، او تنازل عنه لآخر، ظهر أنه لا ضرر له عند عدمه، فيرجع الأمر إلى الأصل، وهو عدم ثبوت الحق له، فالشفعة مثلاً إذا تنازل عنها الشفيع، ظهر أنه لا ضرر عليه في البيع الذي كان سبباً لثبوت حقه، فانتفى حقه في نقض ذلك البيع، لذا يجوز على ذلك مالاً([2]). ونصت المادة (١١٣٤) من القانون المدني العراقي على انه:" لا تسمع دعوى الشفعة: د– إذا تنازل عن حقه في الشفعة صراحة أو دلالة ولو قبل البيع"، ونصت المادة (١١٣٦) منه على أنه:"إذا سقط شفيع حقه في الشفعة قبل الحكم أو التراضي، سقط حقه". ونصت الفقرة الاولى من المادة (١١٦١) من القانون المدني الأردني والفقرة الثالثة من المادة (١٢٩٨) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي بانه:" لا تسمع دعوى الشفعة: اذا نزل الشفيع عن حقه في الشفعة صراحة أو دلالة"

نستدل مما تقدم: أن الحقوق المجردة إذا ثبتت لصاحبها أصالةً فيجوز التعويض عنها، أما إذا ثبتت لدفع الضرر عن صاحبه فلا يجوز التعويض عنها.

وتنقسم الحقوق من حيث قابليتها شرعاً للانتقال للغير إلى نوعين هما: أولاً: حقوق تقبل الانتقال مثل أكثر الحقوق المجردة. ثانياً: حقوق لا تقبل الانتقال، كالحقوق التي تربط بشخص الإنسان وذاته. والعلة في منع الشارع من نقل الحقوق إلى الغير، أنها إنما أثبتها لشخص مخصوص بصفة مخصوصة، متى ما انتفت هذه الصفة انعدمت الحقوق، لذا لا يجوز التعويض عنها، ومن الأمثلة على ذلك: الحق في نسبة الكتاب إلى صاحبه، كأن يؤلف شخص كتاباً أو رسالة، ثم ينسبها إلى شخص آخر ليستفيد بها، ليجتر من ورائها شيئاً آخر، كشهادة أو مسوغ آخر من المسوغات المادية، فهذه

([1]) مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص١٣٨.
([2]) محمد تقي العثماني، المرجع السابق، ص١٩٢٤.

المنارة للاستشارات
www.mar

ولا شك من الحقوق التي لا تقبل النقل؛ لأنها تعدُّ من التزوير في الحقائق([1]). ونظم المشرع العراقي أحكام حوالة الحق في المواد (٣٦٢-٣٧٤) من القانون المدني النافذ [2]، إذ نصت المادة (٣٦٨) منه على انه:" ١- إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك" فالقاعدة أن الحقوق الشخصية جميعها تجوز حوالتها سواءً أكان محلها مبلغاً من النقود أم مجرد حق احتمالي أو مستقبل، والحق الشخصي قابل للحوالة حتى لو كان متنازعاً فيه([3]). على أن هناك حالات ثلاثة لا تجوز فيها حوالة الحق. وهذه الحالات قد أشار إليها القانون المدني العراقي فتنص المادة مادة (٣٦٢) منه على أنه:"يجوز للدائن أن يحول إلى غيره ما له من حق على مدينه إلا إذا حال دون ذلك نص في [القانون] أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون حالة إلى رضاء المحال عليه"، وتنص المادة (مادة ٣٦٤) من على أنه :"لا تجوز حوالة الحق إلا بقدر ما يكون منه قابلاً للحجز".

الفرع الرابع: أن يكون الحق المجرد موصوفاً، وخاصاً، ومشروعاً: يشترط في الحقوق المجردة أن تكون منضبطة بالشروط العامة التي يجب توافرها في حق التعلي، من دون أن ينضبط بوصف يمنع الغرر والجهالة، فقد يؤدي ذلك إلى بناء عدد من الطوابق لا يحتملها المبنى الذي تنبى عليه([4]). ومن الأمثلة الحقوق التي يدخلها الغرر والجهالة بحيث يمتنع التعويض عنها الاسم التجاري إذا تم بيعه أو تأجيره من دون أي التزام من البائع بتقديم خبرة أو الكشف عن أسرار الصنعة، وتكون الفائدة المرجوة

([1]) لمعرفة المزيد من اقسام الحقوق وطريقة ضمانه ينظر د.ابراهيم فاضل الدبو، ضمان المنافع (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني)، دار البيابرق، بيروت، دار عمار، عمان، ط١، ١٩٩٧، ص٣١١ ومابعدها.

([2]) لم نجد نصوص لا في القانون المدني الأردني، ولا في قانون المعاملات المدنية الاماراتي تقابل نصوص القانون المدني العراقي.

([3]) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، ج٢، المرجع السابق، ص٢٣٦و٢٣٧.

([4]) أبو العباس أحمد الخلوتي،الشهير بالصاوي المالكي،بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير،ج٣،دار المعارف، دون مكان وسنة نشر،ص٣٠؛وينظر محمد بن عرفة الدسوقي المالكي،ج٣،المرجع السابق، ص١٤.

المنارة للاستشارات

www.mar

للمشتري من ذلك رواج سلعة تحت هذا الاسم، فالحق منطو على غرر بالغ فيما يتعلق بالصلة بين المشتري والبائع، ومنطو على التدليس والخداع فيما يتعلق بالصلة ما بين المشتري وعامة الناس الذين سيتحولون إليه، بحثًا عن الجودة التي آل إليه شعارها([١]). ونصت م(١٢٨) من القانون المدني العراقي:" ١- يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف. ٢- على انه يكفي أن يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر"([٢]). ونصت م(١٦١) منه أن:" الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر".

ويشترط في الحقوق المجردة حتى يجوز التعويض عنها، أن تكون من الحقوق الخالصة لمن يريد التعويض عنها، وليس من حقوق الله (سبحانه وتعالى)، فإذا لم تكن كذلك، فلا يجوز التعويض عنها؛ لأنه يتضمن التعويض عن حق الغير. سواء أكان الغير هو الشارع (جل وعلا) أم أحد المكلفين([٣]). ومن المعلوم أن القانون المدني العراقي ينظم أحكام العلاقات المالية بين الأفراد([٤])، و:" المال هو كل حق له قيمة مادية"([٥]) و:"الحقوق المالية تكون إما عينية أو شخصية"([١])، و:" الحق العيني هو

([١]) أ.د.محمد سعيد رمضان البوطي، حق الإبداع العلمي وحق الاسم التجاري طبيعتهما وحكم شرائهما، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق،، ص١٩٧٠.

([٢]) يقابل النص العراقي نص المادة (١٦١)من القانون المدني الأردني؛ ونص المادة(٢٠٣) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي؛ د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، ج١، المرجع السابق، ص٩٧و٩٨؛ولمعرفة الراجح حول خلاف محل العقد ومحل الالتزام ينظرد.مصطفى الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق،دون مكان ودار سنة نشر،ط٢، ص٣٩-٤١.

([٣]) لمعرفة الأمثلة ينظر محمد أكمل الدين الرومي البابرتي، العناية شرح الهداية،ج٨، دار الفكر،دون مكان وسنة نشر، ص٤١٨.

([٤]) د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، ج١، المرجع السابق، ص٣وما بعدها.

([٥]) المادة (٦٥) من القانون المدني العراقي؛ يقابل النص العراقي نص المادة (٦٧) ونص المادة (٩٥) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي؛ لمعرفة المقارنة بين الحقين ينظر د.علي سليمان، المرجع السابق، ص١٧ومابعدها.

المنارة للاستشارات

www.mar

سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها [القانون] لشخص معين"([2])، و:" الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن أو مدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل"([3]).

وأخيراً يشترط في الحقوق المجردة لكي يجوز التعويض عنها أن لا يترتب عليه الوقوع في الحرام شرعاً، فمتى أدى التعويض عن الحقوق المجردة إلى محذور شرعي، كالوقوع في الربا، أو الغش أو الميسر، منع منه لعموم الأدلة الدالة على تحريم ذلك، منها قوله (تعالى):" وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا"([4])، وقوله (سبحانه وتعالى):" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ"([5]).

ونص المشرع العراقي صراحة إلى مشروعية محل الالتزام إذ جاء في م(١٣٠) من القانون المدني:" ١- يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو للآداب وإلا كان العقد باطلاً. ٢- ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية" [6]. ونصت المادة (٦١) منه أن:" كل شيء لا

([1]) المادة (٦٦) من القانون المدني العراقي؛ للتفاصيل حول الحقوق المالية ينظر د.مصطفى أحمد عمران الدراجي، الحقوق المتعلقة بالذمة المالية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، اسكندرية،٢٠٠٩، ص٦٩ وما بعدها .

([2]) الفقرة الأولى من المادة (٦٧) من القانون المدني العراقي يقابل النص العراقي نص المادة (٦٩) ونص المادة (١٠٩) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

([3]) الفقرة الأولى من المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي؛ يقابل النص العراقي نص المادة (٦٨) ونص المادة (١٠٨) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

([4]) الآية (٢٧٥) من سورة البقرة.

([5]) الآية (٩٠) من سورة المائدة.

([6]) يقابل النص العراقي نص المادة (١٦٣)من القانون المدني الأردني؛ ونص المادة (٢٠٥)من قانون المعاملات المدنية الاماراتي

المنارة للاستشارات

www.mar

يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم [القانون] يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية"[١]. فالأصل أن جميع الأشياء صالحة لأن تكون محلاً للحقوق المالية إن لم تخرج من التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون. فالأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها كالماء والهواء لا يستأثر أحد بحيازتها فتكون غير قابلة للتملك ولا للانتقال من يد إلى أخرى. ولكن قد تزول استحالة التعامل فيها كما يحدث للهواء والماء بعد حصره وإفرازه. وقد يخرج القانون بعض الأشياء من دائرة التعامل رعاية لمصلحة عامة كالأموال المخصصة للمنفعة العامة فلا يجوز التصرف فيها لغير الغرض المخصصة من أجلها، وقد يهدف المشرع من تحريم التعامل في بعض الأشياء حماية للنظام العام والآداب كتخريم الاتجار في المخدرات والتعامل في تركة مستقبلة([٢]).

وفي ختام الشروط المذكورة آنفاً هناك قرار لمجمع الفقه الإسلامي (الهند) رقم (٤) المنعقد في يونيو ١٩٩٠م الذي جاء فيه الإشارة إلى بعض هذه الشروط، إذ طرح فيه السؤال الآتي: هل يجوز التعويض عن الحقوق التي لم تشرع إلا لدفع الضرر عن أصحابها؟ الجواب: بعد كثير من الدراسة والنقاش في موضوع بيع الحقوق أُتُخِذَتْ هذه القرارات: أ.إن شرط المال في المبيع شرط جوهري. ب.لم تعين النصوص الشرعية حقيقة المال والمالية تبتنى على أعراف كل عصر وبلد إذا لم تكن الأعراف متعارضة مع الشرع. ج.لا يجوز التعويض عن الحقوق التي لم تشرع أصالة بل لدفع الضرر عن أصحابها. د. الحقوق التي لم تثبت من النصوص الشرعية، ولكنها تعلقت بها المنفعة المالية، وشاع تدوال التعويض عنها في الأعراف، ولم تكن لمجرد دفع الضرر عن أصحابها، ولا تتعارض مع المصالح الشرعية ومقاصدها العامة يجوز الاعتياض

([١]) يقابل النص العراقي المادة (٥٤) من القانون المدني الأردني؛ والمادة (٩٧) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي

([٢]) للتفاصيل حول مشروعية المحل وفكرة النظام والآداب العامة ينظر د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، ج١، المرجع السابق، ص٩٩؛ د.ياسين الجبوري، المرجع السابق، ص٢٨و٢٩.

المنارة للاستشارات

www.mar

عنها. هـ.لا بد من الرجوع إلى دور الإفتاء وأصحاب الفتوى في تعيين أنواع الحقوق الرائجة وتقسيم ما يجوز التعويض عنه منها وما لا يجوز([1]).

المبحث الثاني

أحكام تعويض الحقوق المجردة

يقصد بأحكام الحقوق المجردة، كل مايترتب عليه من آثار قانونية، إلا أننا سنقتصر على أهم أثر يترتب عليه وهو معرفة مدى جواز التعويض عنها من عدمها، سواء أتم ذلك عن طريق البيع أم الإيجار أم الصلح أم غيرها من طرائق التعويض. ولمعرفة ذلك ينبغي تقسيم هذا المبحث على المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول

لا يجوز التعويض عن الحقوق المجردة

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه: لا يجوز التعويض عن الحقوق المجردة؛ لأنها لا تحتمل التمليك فهي باطل وإلى هذا ذهب متقدمي فقهاء الحنفية([2])، وجمهور الشافعية([3])، وبعض الحنابلة في أحد الوجهين([4]). وذهب الفقه المعاصر([5]) إلى القول: أما الحقوق المجردة كحق الشفعة فلا يجوز التعويض عنها. إلا أنه يجوز الصلح على إسقاطها، إذا كانت محل النزاع المصالح عنه، ولا يجوز أن تكون هي بدل الصلح؛ لأن بدل

([1]) منشور في الموسوعة الشاملة على الموقع الآتي: http://islamport.com/w/fqh/Web/2377/1429.htm

([2]) محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٤، المرجع السابق، ٥١٨؛ علاء الدين الكاساني، ج٦، المرجع السابق، ص١٨٩و١٩٠؛ وينظر أبي محمد البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب أبي حنيفة، ج٢، تحقيق أ.د محمد أحمد سراح، أ.د.علي جمعة محمد، دون سنة نشر، ص٨٠٤و٨٠٥؛ كمال الدين السيواسي بن الهمام، فتح القدير، ج٦، دار الفكر، من دون مكان وتاريخ نشر، ص٤٢٩و٤٣٠.

([3]) عبد الملك بن عبد الله الجويني، ج٧، المرجع السابق، ص٤٣٣و٤٣٤؛ أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن الحسيني، تقي الدين الشافعي، كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار، علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، ج١، دار الخير، دمشق، ط١، ١٩٩٤، ص٣٨٠.

([4]) زين الدين بن رجب،القواعد، الْقَاعِدَةُ السَّابِعَة وَالثَّمَانُونَ مَا يَقْبَلُ النَّقْلَ وَالْمُعَاوَضَةَ مِنْ الْحُقُوقِ الْمَالِيَّةِ وَالْأَمْلَاكِ، المرجع السابق، ص١٩٨؛ زين الدين عبد الرحمن بن رجب، الاستخراج لأحكام الخراج، المرجع السابق، ص١٠٠.

([5]) علي القره داغي،الأسوَاق المالِيَّة في مِيزان الفقه الإسلاَمي، بحث مجلة مجمع الفقه الإسلامي،ع٧،المرجع السابق، ص١٣٥.

المنارة للاستشارات

www.mar

الصلح يجب أن يكون مالاً، لأن كل ما يمكن فيه النزاع والخصومة يمكن أن يكون محلاً مصالحاً عنه، إذ الغاية التي شرع طريق الصلح العقدي لأجلها هي حسم النزاع وهذه الحقوق يجري فيها النزاع. ويستثنى بعض الحقوق بوصفها لا يصح الصلح عنها على بدل، فلو صولح عنها سقط الحق ولم يستحق البدل وهذا كحق الشفعة، إذ لم تشرع الشفعة للاسترباح والاستغلال فليس لصاحب الحق إلا استعماله أو تركه، واستدلوا بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: إن التعويض عن الحقوق المجردة يستلزم أن تكون مالاً، والمال عند الحنفية([1]) يثبت للأعيان فقط دون الحقوق والمنافع. فصفة المالية للشيء عندهم لا تثبت إلا للأعيان التي يجري فيها التمول، وَالتَّمَوُّلُ: صِيَانَةُ الشَّيْءِ وَادِّخَارِهِ لِوَقْتِ الْحَاجَةِ، ولما كانت الحقوق والمنافع عبارة عن أعراض لا يتصور فيها التمول؛ فليست إذن بمال ولا يصح الاعتياض عنها وإنزالها منزلة الأعيان. وأما جمهور الفقهاء([2]) فإنهم وإن كانوا لا يشترطون العينية كصفة في المال، ويعدون المنافع أموالاً إلا إنهم منعوا أن تكون هذه الحقوق أموالاً؛ لأن العرف في زمنهم لم يجر بأنها أموال والتمول إنما تثبت بالعرف الذي لا يخالف الشرع. **ونوقش الدليل المذكور** بان اشتراط الحنفية العينية كصفة في كون الشيء مالاً، لم يقم عليها دليل. وإذا كان المرجع في تحديد المال من غيره إلى العرف، فإن ذلك يعني أن مفهوم المال قابل للتغير في كل زمان ومكان حسب اختلاف الأعراف، فما لم يكن متمولاً قديماً، صار متمولاً الآن لتعارف الناس على تموله، واتخاذهم مالاً ومحلاً للتعامل لكن يشترط في العرف أن يكون مباحاً في الشرع([3])، فما دامت حاجة الناس قد دعت إلى اعتبار شيء ما مالاً، وكان

([1]) محمد بن أحمد السرخسي، ج١١،المرجع السابق، ص٧٩؛ كمال الدين بن الهمام، ج٦، المرجع السابق، ص٤٢٨؛ محمد أمين بن عابدين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج٢، دار المعرفة، من دون مكان وسنة نشر، ص١٩٩؛ علي حيدر، ج١، المرجع السابق، ص١٩١.

([2]) محمد بن إدريس، الأم،ج٥، ص١٧١؛ محمد بن عبد الله بن العربي المالكي، أحكام القرآن، راجع أصوله تحقيق: محمد عبد القادر عطا،ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٣، ٢٠٠٣م، ص١٠٧؛ منصور البهوتي، كشاف القناع،ج٦،المرجع السابق، ص٢٦٢.

([3]) لأن:"الأَعْيَانُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: ضَرْبٍ لاَ يَقْبَلُ التَّمَوُّلَ، فَلاَ يَعْتَبِرُهُ الشَّارِعُ مَالاً، وَإِنْ تَمَوَّلَهُ النَّاسُ... وَضَرْبٍ يَقْبَلُ التَّمَوُّلَ، وَيَكُونُ مَالاً شَرْعًا بِتَمَوُّلِ النَّاسِ لَهُ". ينظر في ذلك الموسوعة الفقهية الكويتية، ج١٤، دار السلاسل، الكويت، ط٢، (من ١٤٠٤ - ١٤٢٧هـ)، ص٢٩.

المنارة للاستشارات

www.mar

في الإمكان التسلط عليه، والاستئثار به، ومنعه من الغير أصبح مالاً، ولا يلزم أن يكون مادة تدخر لوقت الحاجة، بل بكفي أن يكون الحاصل عليه واستعماله ميسوراً غير متعذر عند الحاجة إليه. وهذا المعنى متحقق الآن في كثير من الحقوق، فإذا تحقق ذلك فيها عدت من الأموال بناءً على عرف الناس وتعاملهم([1]).

الدليل الثاني: القياس: حيث يقاس منع التعويض عن الحقوق المجردة على المنع من بيع حق الولاء وهبته، بجامع أن حق الولاء عبارة عن حق مجرد فيقاس عليه الحقوق المجردة جميعها. لما جاء في الحديث الصحيح أن عَبْدُ اللَّهِ بْنُ دِينَارٍ سَمِعَ ابْنَ عُمَرَ (رضى الله عنهما) يَقُولُ: نَهَى رَسُولُ اللَّهِ (صلى الله عليه وسلم) "عَنْ بَيْعِ الْوَلاَءِ، وَعَنْ هِبَتِهِ"([2]). **وهذا الدليل** قياس مع الفارق، لأن الشرع إنما منع التعويض عن الولاء ليس لكونه حقاً مجرداً، وإنما لأن هذا الحق لا يقبل الانتقال من واحد لآخر، فإن الله (سبحانه وتعالى) قد جعل الولاء كالنسب، يثبت للمعتق، كما يثبت النسب للوالد، للحديث الصحيح عن عَبْدِ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ، لَا يباع ولا يوهب"([3]). فلم يكن لأحد أن ينقله إلى غيره سواء أكان بعوض أم بدون عوض.

الدليل الثالث: إن أكثر الحقوق المجردة أثبته الشرع لأصحابه لدفع الضرر عنهم، وما ثبت لذلك لا يصح التعويض عنه، لأن صاحب الحق لما رضي بالتعويض علم أنه لا يتضرر بذلك، فلا يستحق شيئاً، وهذا بخلاف الحقوق غير المجردة كحق القصاص، لأن الأخير قد ثبت على وجه البر والصلة، فهو ثابت له أصالة، لا على وجه رفع الضرر عن صاحبه([4]). **ونوقش هذا الدليل** من وجهين: الأول: إن كثيراً من الحقوق

([1]) د.إبراهيم فاضل الدبو، المرجع السابق، ص٢٢٨.

([2]) أخرجه محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح المختصر(صحيح البخاري)، تحقيق: د.مصطفى ديب البغا،ج٢، كِتَاب الْعِتْقِ، بَاب بَيْعِ الْوَلَاءِ وَهِبَتِهِ، حديث رقم (٢٣٩٨)، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، ط٣، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م، ص٨٩٦.

([3]) أخرجه محمد بن حبان الدارمي،الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان،ترتيب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي،حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، ج١١، كتاب البيع،بَابُ الْبَيْعِ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ،ذكر العلة مِنْ أَجْلِهَا نُهِيَ عَنْ بَيْعِ الْوَلَاءِ وَعَنْ هِبَتِهِ، حديث رقم، حديث رقم (٤٩٥٠)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٩٨٨م، ص٣٢٦.

([4]) محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٤، المرجع السابق، ص٥٢٠.

المنارة للاستشارات

www.mar

المجردة ثابت لصاحبه أصالة، لا لدفع الضرر، كحق الوظائف الوقفية، وحق الأسبقية، وحق المتحجر في الإحياء...وغيرها من الحقوق التي أصبح لها نظائر في الواقع المعاصر كالحقوق المعنوية. الثاني: إن رضى صاحب الحق بالاعتياض عن الحق الذي شرع لدفع الضرر، لا يعني أنه لا يتضرر بالتنازل عنه، ولكنه ربما رأى أن حاجته إلى المال أشد من حاجته إلى دفع الضرر. وهناك من أجاب عن ذلك بقوله: أن الشرع منح هذا الحق لدفع الضرر لا للربح والاستغلال، فليس أمام من منح الحق له إلا أن يستعمله أو يتركه([1]).

الدليل الرابع: إن كثيراً من الحقوق المجردة لا يتضرر صاحبها ببذلها دون عوض، ففي إباحة التعويض عنها ما يدعو إلى منع الماعون والمعروف بين الناس ويكرس الشح والبخل في النفوس وهذا لا ريب، خلاف لما قصدت إليه الشريعة، لذا توعد الله (سبحانه) الذين يمنعون الماعون، فقال(تعالى):" فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ الَّذِينَ هُمْ عَنْ صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ الَّذِينَ هُمْ يُرَاءُونَ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ"([2])، وجاء في الحديث الصحيح عن أبي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم قال:" لَا يَمْنَعْ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَهُ في جِدَارِهِ"([3]). ونوقش هذا الدليل بأن الإحسان الذي أمرت به الشريعة الإسلامية وقصدت بتشريعاتها إليه، منه ما هو واجب، ومنه ما هو مستحب، ولو كان كله واجباً، لكان في ذلك مشقة ما لا يخفى، والقول بأن ترك التعويض عن الحقوق المجردة من الإحسان الواجب تحكم بلا دليل، ولاسيما وأن في إباحة التعويض عن هذه الحقوق، والتي قد تقدر بأموال طائلة، ما يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية([4]) في حفظ المال ورفع الحرج عن المكلفين.

([1]) حسام الدين خليل فرج محمد، المرجع السابق، ص١٤٥.

([2]) الآيات (٤-٧) من سورة الماعون.

([3]) أخرجه محمد البخاري، ج٢، كِتَاب المظالم، بَاب لَا يَمْنَعُ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَهُ في جِدَارِهِ، حديث رقم (٢٣٣١)، المرجع السابق، ص٨٦٩.

([4]) للتفاصيل حول مقاصد الشريعة الإسلامية ينظر الموسوعة الفقهية الكويتية، ج٣٨، المرجع السابق، ص٣٢٩-٣٤٠.

المنارة للاستشارات

www.mar

الدليل الخامس: يشتمل بعض الحقوق المجردة على غرر وجهالة، لذا يقول الحنفية([1]) في بيع حق المسيل أي الحق في صرف الماء الزائد عن الحاجة أو الغير صالح للاستعمال، وهو من الحقوق المجردة:" وَبَيْعُ الْمَسِيلِ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ فَإِنْ كَانَ مَسِيلُ مَاءِ الْمِيزَابِ فَذَلِكَ يَخْتَلِفُ بِقِلَّةِ الْمَطَرِ وَكَثْرَتِهِ وَالضَّرَرُ بِحَسَبِهِ يَخْتَلِفُ، وَإِنْ كَانَ مَسِيلُ مَاءِ الْوُضُوءِ فَذَلِكَ يَخْتَلِفُ أَيْضًا بِقِلَّةِ الْحَاجَةِ إلَيْهِ وَكَثْرَتِهَا". وقال أيضاً في بيع حق الشرب، أي الحق في نوبة الانتفاع بالماء للزراعة أو الدواب، وهو أيضاً من الحقوق المجردة:" وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى شِرْبِ نَهْرٍ شَهْرًا لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الشِّرْبِ بِدُونِ الْأَرْضِ جَائِزٌ فَكَذَلِكَ الصُّلْحُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ يَخْتَلِفُ بِقِلَّةِ الْمَاءِ وَكَثْرَتِهِ وَجَرَيَانُ أَصْلِ الْمَاءِ فِي النَّهْرِ عَلَى خَطَرٍ وَمِقْدَارُهُ غَيْرُ مَعْلُومٍ وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى أَنْ يَسِيلَ مَاءٌ فِيهَا لَمْ يَجُزْ". ونوقش الدليل الخامس بأن الغرر والجهالة في ذلك يسير، لا تفسد به المعاوضة، وعلى فرض كونه كثيراً، فإن ذلك يغتفر مع مسيس حاجة الناس إليها، ولذلك نظائر في الشريعة الإسلامية، فقد أجمع الفقهاء على جواز دخول بالأجرة مع اختلاف الناس في استعمالهم الماء وفي قدر مكثهم، وأجمعوا على جواز الشرب من السقاء بالعوض مع جهالة قدر المشروب واختلاف عادة الشاربين([2]). وقال الشافعية([3]):" قَالَ الْعُلَمَاءُ مَدَارُ الْبُطْلَانِ بِسَبَبِ الْغَرَرِ وَالصِّحَّةُ مَعَ وُجُودِهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ وَهُوَ أَنَّهُ إذَا دَعَتْ الْحَاجَةُ إلَى ارْتِكَابِ الْغَرَرِ وَلَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ إلَّا بِمَشَقَّةٍ أَوْ كَانَ الْغَرَرُ حَقِيرًا جَازَ الْبَيْعُ وَإِلَّا فَلَا" وقال أحد الفقهاء([4]):" وَبَيْعِ الْغَرَرِ نَهَى عَنْهُ لِأَنَّهُ مِنْ نَوْعِ الْمَيْسِرِ الَّذِي يُفْضِي إلَى أَكْلِ الْمَالِ بِالْبَاطِلِ فَإِذَا عَارَضَ ذَلِكَ ضَرَرٌ أَعْظَمُ مِنْ ذَلِكَ أَبَاحَهُ دَفْعًا لِأَعْظَمِ الفسادين بِاحْتِمَالِ أَدْنَاهُمَا". وقال أحد فقهاء الشافعية([5]):"

([1]) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، ج٢٠، المرجع السابق، ص١٥٤.
([2]) نقلاً عن يحيى بن شرف النووي، صحيح مسلم بشرح النووي،ج١٠، دار إحياء التراث العربي،بيروت، ط٢، ١٣٩٢، ص١٥٦.
([3])يحيى بن شرف النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، المجموع شرح المهذب، ج٩، دار الفكر، دون مكان وسنة نشر، ص٢٥٨.
([4]) تقي الدين أبو العباس أحمد بن تيمية الحراني، ج٢٩، المرجع السابق، ص٤٨٣.
([5]) زكريا بن محمد الأنصاري،أسنى المطالب في شرح روض الطالب،ج٢، دار الكتاب الإسلامي،دون مكان وسنة نشر،ص٢٢٢.

المنارة للاستشارات
www.mar

جَوَّزَ الشَّافِعِيُّ ذَلِكَ فِي حُقُوقِ الْأَمْلَاكِ كَحَقِّ الْمُرُورِ وَمَجْرَى الْمَاءِ لِمَسِيسِ الْحَاجَةِ كَمَا جَوَّزَ الْعَقْدَ عَلَى الْمَنَافِعِ، وَإِنْ كَانَتْ مَعْدُومَةً لِلضَّرُورَةِ إرْفَاقًا بِالنَّاسِ".

الدليل السادس: نظراً عدم استقرار محل الحقوق المجردة، فلم يكن ملكها شبيهاً بملك المنفعة المستقرة في محل، فلم تقبل أن تتقوم بالعقد، كما تقومت المنفعة بالعقد عليها في عقد الإجارة([1]). ونوقش ذلك بأن اشتراط الاستقرار في محل لا تأثير له، إذ إن مدار الحكم على التقوم، فما دام الحق متقوماً،فلا أثر لاستقراره في محل معين من عدمه.

الدليل السابع: إن التعويض عن الحقوق المجردة بمال داخل في الرشوة المحرمة، قال الحنفية([2]) في التعليل مِنَ التعويض عَنْ حَقٍّ:"لِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ لَمْ يَكُنْ مُتَقَرِّرًا فِي الْمَحَلِّ وَهُوَ مُجَرَّدُ التَّمَلُّكِ الْغَيْرِ الْمُتَقَوِّمِ فَيَكُونُ الْمَأْخُوذُ رِشْوَةً". ونوقش هذا الدليل بأن الرشوة هي ما أعطي لإبطال حقٍ أو إحقاق باطلٍ، والتعويض عن الحقوق المجردة ليس كذلك أنها ثابتةٌ لأصحابها فليس ثمةٌ ما يمنع من التعويض عنها([3]).

المطلب الثاني: يجوز تعويض الحقوق المجردة

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى جواز التعويض عن الحقوق المجردة بلا قيود ويتوسعون فيها، ويمثل هذا الاتجاه المالكية([4])، وأبو إسحاق المروزي من الشافعية([5])، وقال مفتي المملكة العربية السعودية سابقاً بـ:"جواز النزول عن الاختصاص بعوض، كعوض التنازل عن الوظيفة"([6])، وذهب الفقه المعاصر([1]) إلى القول:" أصبح يدخل

([1]) علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص٣٣.

([2]) عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج٢، دار إحياء التراث العربي، من دون مكان وسنة نشر، ص٤٨٣.

([3]) محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٤، المرجع السابق، ص٥٢٠.

([4]) مالك بن أنس،ج٤، المرجع السابق، ص٢٢٩؛محمد الدسوقي، ج٣، المرجع السابق، ص٤٣٤؛علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، حاشية العدوي،ج٢، المرجع السابق، ص٢٥٠.

([5]) عبد الملك الجويني،نهاية المطلب، ج٧، المرجع السابق، ص٤٣٣و٤٣٤؛ شمس الدين الخطيب الشربيني، ج٢، المرجع السابق، ص٣٦٧.

([6]) محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، فتوى رقم (١٥٤١)، بعنوان (النزول عن الاختصاص بعوض)، تحقيق: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، ج٧،مطبعة الحكومة بمكة المكرمة،ط١،١٣٩٩هـ، ص٢٢.

المنارة للاستشارات

www.mar

في زمرة الأموال جميع الحقوق المجردة، كحق الامتياز وحق استعمال عناوين المحلات التجارية، وحقوق الابتكار(الملكية الصناعية والأدبية للمخترعين والمؤلفين) فكل ذلك ونحوه أصبح القانون في حكم الأموال يقبل عقود المعاوضات بيعاً وشراءً وغيرهما. والداعي إلى ذلك تطور الحاجة الزمنية والأساليب الاقتصادية". واستدل أصحاب هذا الاتجاه بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: الأصل في المعاملات الإباحة([٢]). فالأصل في العقود والمعاملات كآفة أنها تقوم على الإباحة حتى يثبت بالدليل الشرعي ما يخالف هذا الأصل. وقد دَلّ على هذا الأصل الآتية:

أولاً: الكتاب: ١.قوله تعالى:" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"([٣]). نستدل من هذه الآية الكريمة: أن الله (سبحانه وتعالى) أمر بالوفاء بالعقود مطلقاً، من دون استثناء. وهذا يشمل كل تعاقد خلا من المخالفات الشرعيَّة؛ فدلّ ذلك على أن الأصل في المعاملات والعقود الإباحة. يقول شيخ الإسلام ابن تيمية:" فقد جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود وبأداء الأمانة ورعاية ذلك والنهي عن الغدر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك ولو كان الأصل فيها الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع لم يجز أن يؤمر بها مطلقا ويذم من نقضها وغدر مطلقا"([٤]). ٢.قوله تعالى:" وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ"([٥]). نستدل من هذه الآية الشريفة: أنَّ (الْ) في كلمة (الْبَيْعَ): تفيد العموم، فهي تشمل كل بيع. وفي يقول الإمام الشَّافِعِيُّ([٦]):" فَأَصْلُ الْبُيُوعِ كُلِّهَا مُبَاحٌ إذَا كَانَتْ بِرِضَا الْمُتَبَايِعَيْنِ الْجَائِزَيْ الْأَمْرِ فِيمَا تَبَايَعَا إلَّا مَا نَهَى عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مِنْهَا وَمَا كَانَ فِي مَعْنَى مَا نَهَى عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ

([١]) مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، من دون دار نشر، دمشق، ١٩٦١م، ص١٤٠.

([٢]) وقد قيل بالإجماع على ذلك.نقلاً عن أبو الفرج بن رجب، جامع العلوم والحكم،ج١،دارالمعرفة، بيروت،ط١٤٠٨،١ه،ص٢٨٣.

([٣]) الآية (١) من سورة المائدة.

([٤]) أحمد بن تيمية، الفتاوى الكبرى لابن تيمية، تحقيق: حسنين محمد مخلوف، ج٤، دار المعرفة، بيروت،١٣٨٦، ص٨٦.

([٥]) الآية (٢٧٥) من سورة البقرة.

([٦]) محمد بن ادريس بن العباس، ج٣، المرجع السابق، ص٣.

المنارة للاستشارات

www.mar

عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – مُحَرَّمٌ..." ٣.قوله تعالى:" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا"([١]). قال أحد المفسرين([٢]): اقتضت الآية الكريمة إباحة سائر التجارات الواقعة عن تراض. والتجارة اسم واقع على عقود المعاوضات المقصود بها طلب الأرباح.

٤.قوله تعالى:" وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ"([٣]) نستدل من الآية المباركة:" كُلُّ ما لم يُبَيِّنْ اللَّهُ وَلَا رَسُولُهُ (صلى اللَّهُ عليه وسلم) تَحْرِيمَهُ من ...الْعُقُودِ وَالشُّرُوطِ فَلَا يَجُوزُ تَحْرِيمُهَا فإن اللَّهَ سُبْحَانَهُ قد فَصَّلَ لنا ما حَرَّمَ عَلَيْنَا فما كان من هذه الْأَشْيَاءِ حَرَامًا فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ تَحْرِيمُهُ مُفَصَّلًا وَكَمَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إبَاحَةُ ما حَرَّمَهُ اللَّهُ فَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ تَحْرِيمُ ما عَفَا عنه ولم يُحَرِّمْهُ"([٤]).

ثانياً: السنة النبوية: يوجد كثير من الأحاديث النبوية الشريفة تدل على أن أصل المعاملات هو الحل، لعل أهمها:

١.جاء في الحديث الصحيح عن أبي ثعلبة الخشني (رضي الله عنه) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) :"إن الله حد حدودا فلا تعتدوها وفرض لكم فرائض فلا تضيعوها وحرم أشياء فلا تنتهكوها وترك أشياء من غير نسيان من ربكم ولكن رحمة منه لكم فاقبلوها ولا تبحثوا فيها"([٥]). ٢.عن سُلَيْمَانَ التَّيْمِيِّ عن أبي عُثْمَانَ عن سَلْمَانَ قال: سُئِلَ رسول اللَّهِ(صلى الله عليه وسلم) عن السَّمْنِ وَالْجُبْنِ وَالْفِرَاءِ فقال:" الْحَلَالُ ما أَحَلَّ الله في كِتَابِهِ وَالْحَرَامُ ما حَرَّمَ الله في كِتَابِهِ وما سَكَتَ عنه فَهُوَ مِمَّا عَفَا عنه"([٦]).

([١]) الآية (٢٩) من سورة النساء.

([٢]) أحمد الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، ج٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥، ص١٢٨و١٢٩.

([٣]) الآية (١١٩) من سورة الأنعام.

([٤]) أبو عبد الله شمس الدين محمد الزرعي الدمشقي،ج١، المرجع السابق، ص٣٨٣.

([٥]) أخرجه محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا ج٤، كتاب الأطعمة، حديث رقم (٧١١٤)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٠م، ص١٢٩.

([٦]) أخرجه محمد بن عيسى الترمذي السلمي،الجامع الصحيح سنن الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، ج٤،كِتَاب اللِّبَاسِ،بَاب ما جاء في لُبْسِ الْفِرَاءِ، حديث رقم(١٧٢٦)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر، ص٢٢٠. قال الترمذي:" حَدِيثٌ غَرِيبٌ لَا نَعْرِفُهُ مَرْفُوعًا إلا من هذا الْوَجْهِ وَرَوَى سُفْيَانُ وَغَيْرُهُ عن سُلَيْمَانَ التَّيْمِيِّ عن أبي عُثْمَانَ عن سَلْمَانَ قَوْلَهُ وَكَأَنَّ الحديث=

المنارة للاستشارات

www.mar

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية:" قوله [وما سكت عنه فهو مما عفا عنه] نص في أن ما سكت عنه فلا إثم عليه فيه" ([1]). ٣.جاء في الحديث الصحيح عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم:"الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلالا"([2]).

ثالثاً: لا غنى للناس عن المعاملات والعقود التي يحتاجون إليها، ولا تمنع الشريعة الإسلامية شيئاً فيه مصلحة، فتكليفهم طلب الدليل لكل ما يتعاملون به مما لا دليل على منعه، يتضمن تعطليل مصالح الناس وإلحاق المشقة والعنت بهم. يقول أحد الفقهاء([3]):" وَلَيْسَ لَهُمْ مِنَ الْعُقُودِ بُدٌّ. وَوُضُوحُ الْحَاجَةِ إِلَيْهَا يُغْنِي عَنْ تَكَلُّفِ بَسْطٍ فِيهَا، فَلْيُصْدِرُوا الْعُقُودَ عَنِ التَّرَاضِي، فَهُوَ الْأَصْلُ الَّذِي لَا يُغْمَضُ مَا بَقِيَ مِنَ الشَّرْعِ أَصْلٌ، وَلْيُجْرُوا الْعُقُودَ عَلَى حُكْمِ الصِّحَّةِ". وقال شيخ الإسلام ابن تيمية:" والأصل في هذا أنه لا يحرم على الناس من المعاملات التي يحتاجون إليها إلا ما دل الكتاب والسنة على تحريمه"([4]). وإذا كان الأصل في المعاملات الاباحة حتى يرد الدليل على خلافه، فإن ذلك يقتضي أن دعوى المنع من التعويض عن الحقوق المجردة ممنوعة، ما لم يقم دليل على ذلك، وهو هنا معدوم فثبت حكم الأصل بالجواز.

٢. عَنْ أَبِي الزِّنَادِ قَالَ:" كَتَبْتُ إِلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ فِي بُحَيْرَةٍ يَجْتَمِعُ فِيهَا السَّمَكُ بِأَرْضِ الْعِرَاقِ: أَنُؤَاجِرُهَا؟ فَكَتَبَ أَنِ افْعَلُوا"([5]).

=الْمَوْقُوفَ أَصَحُّ وَسَأَلْتُ الْبُخَارِيَّ عن هذا الحديث فقال ما أُرَاهُ مَحْفُوظًا رَوَى سُفْيَانُ عن سُلَيْمَانَ التَّيْمِيِّ عن أبي عُثْمَانَ عن سَلْمَانَ مَوْقُوفًا قال الْبُخَارِيُّ وَسَيْفُ بن هَارُونَ مُقَارِبُ الحديث وَسَيْفُ بن مُحَمَّدٍ عن عَاصِمٍ ذَاهِبُ الحديث". وقال الألباني:حسن.

([1]) أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني أبو العباس، ج١، المرجع السابق، ص٣٦٧.

([2]) أخرجه محمد بن حبان البستي، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج١١، كتاب الصلح،حديث رقم (٥٠٩١)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٢، ١٩٩٣م، ص٤٨٨.

([3]) عبد الملك بن عبد الله الجويني الملقب بإمام الحرمين، الغياثي غياث الأمم في التياث الظلم،المحقق: عبد العظيم الديب، ج١، مكتبة إمام الحرمين، من دون مكان نشر، ط٢، ١٤٠١هـ، ص٤٩٥.

([4]) أحمد بن تيمية الحراني،السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية،دار المعرفة، من دون مكان وسنة نشر، ص٢١١.

([5]) أبو يوسف الأنصاري، الخراج، تحقيق: طه عبد الرءوف سعد، سعد حسن محمد، ج١، المكتبة الأزهرية للتراث، من دون مكان وسنة نشر، ص١٠٠.

المنارة للاستشارات

www.mar

الدليل الثالث: القياس: يكون التعويض عن الحقوق المجردة عن طريق القياس من ناحيتين هما: الأولى: قياس الحقوق على الأعيان في جواز التعويض عنها بجامع المالية والتقوم في الكل، فإن الأعيان قد ثبت جواز التصرف فيها والتعويض عنها بالنص والإجماع، وذلك لأنها مما جرى عرف الناس على اعتبارها أموالاً متقومة، وما دام العرف نفسه قد شهد للحقوق بوصفها أموالاً متقومة فإنه يثبت التصرف فيها والاعتياض عنها قياساً على الأعيان. أما الثانية: قياس الحقوق على المنافع بجامع أن كلاً منهما شيء غير مادي وله قيمة مالية يتمولها الناس.

الدليل الرابع: المصالح المرسلة: يعرفها شيخ الإسلام ابن تيمية بقوله:" وَهُوَ أَنْ يَرَى الْمُجْتَهِدُ أَنَّ هَذَا الْفِعْلَ يَجْلِبُ مَنْفَعَةً رَاجِحَةً؛ وَلَيْسَ فِي الشَّرْعِ مَا يَنْفِيه"([1]). وأساس العمل بالمصالح المرسلة هو أن الشريعة الإسلامية جاءت لجلب مصالح العباد في المعاش والمعاد. ويقول أحد الفقهاء([2]):" أَنَّ وَضْعَ الشَّرَائِعِ إنَّمَا هُوَ لِمَصَالِحِ الْعِبَادِ فِي الْعَاجِلِ وَالْآجِلِ مَعًا". وعمل الفقهاء بدليل المصلحة المرسلة وفرعوا عليها أحكاماً، اذ قال أحدهم([3]):" المصلحة المرسلة في جميع المذاهب عند التحقيق لأنهم يقيسون ويفرقون بالمناسبات ولا يطلبون شاهداً بالاعتبار ولا نعني بالمصلحة المرسلة إلاّ ذلك". وجر الفقهاء في اجتهادهم على رعاية المصالح وبناء الأحكام عليها، عند عدم النص عليها. وفي هذا يقول غيره([4]):"فلو لم تكن المصلحة المرسلة حجة أفضى ذلك أيضا إلى خلو الوقائع عن الأحكام الشرعية لعدم وجود النص أو الإجماع أو القياس فيها والعذر إذ ذاك يكون مشتركا والمعتمد في المسألة الكتاب والسنة والإجماع".

([1]) تقي الدين أبو العباس أحمد بن تيمية الحراني، ج١١، المرجع السابق، ص٣٤٢و٣٤٣.

([2]) إبراهيم بن موسى بن محمد الشاطبي، الموافقات،المحقق:أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان،ط١،١٤١٧هـ،١٩٩٧م، ص٩.

([3]) أبوالعباس شهاب الدين أحمد القرافي،شرح تنقيح الفصول،المحقق:طه عبد الرؤوف سعد،ج١،ط١،١٣٩٣هـ،١٩٧٣م، ص٤٤٦.

([4]) أبوالحسن الثعلبي،الإحكام في أصول الأحكام،تحقيق:د.سيد الجميلي،ج٤، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١،١٤٠٤هـ، ص٣٢.

المنارة للاستشارات

www.mar

نستدل مما تقدم الصلة الوثيقة بين دليل المصالح المرسلة والتعويض عن الحقوق المجردة؛ هي إجازة التعويض عنها فيه مصلحة للناس وتيسير عليهم، وليس فيه مفسدة فيكون مشروعاً ولو لم يرد فيه نص بعينه.

الدليل الخامس: الحقوق المجردة، مملوكة لأصحابها حقيقةً، إذ الحق جوهره الاختصاص، والاختصاص هو جوهر الملك وحقيقته، وإذا كانت الحقوق داخلة في دائرة الملك، فحق الملكية يمنح صاحبه سلطات ثلاثاً هي الاستعمال والاستغلال والتصرف، والتصرف يتناوله التنازل عن الحق بعوض أو بغير عوض. وهذا يعني أن المعاوضة أثر الملك وثمرته([1]).

الدليل السادس: العرف والعادة([2]): حيث جرى العرف بوصف الحقوق المجردة أموالاً تجري المعاوضة فيها، والعرف يعدّ مصدراً تشريعياً تستنبط منه الأحكام، ما لم يتعارض مع نص أو إجماع، وليس هناك نص أو إجماع يمنع من التعويض عن هذه الحقوق. ومن القواعد الشرعية أن:" اسْتِعْمَالُ النَّاسِ حُجَّةٌ يَجِبُ الْعَمَلُ بِهَا"([3]). لذلك فكل ما تعارف عليه الناس وتداوله من أعيان ومنافع وحقوق يعد محلاً صالحاً للتعاقد عليه كأي مال متقوم. وقد قرر الفقه أن العرف له أثر كبير في خلع صفة المالية على الأشياء، وفي هذا يقول أحد الفقهاء([4]):"وَالْمَالِيَّةُ تَثْبُتُ بِتَمَوُّلِ النَّاسِ كَافَّةً أَوْ بَعْضِهِمْ". والعرف يتغير بتغير الزمان والمكان، فما كان تافهاً في زمان ومكان، قد يتغير العرف ويصبح مالاً معتبراً في زمان ومكان، وكثير من الأشياء لم يكن مالاً مقوّاً في غابر الأزمان، وقد أصبح اليوم مالاً مقوماً ترتكز عليه ثروة البلاد.

([1]) د.وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص١٩٥٤.
([2]) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، ج٢٣، المرجع السابق، ١٧١.
([3]) المادة (٣٧) من مجلة الأحكام العدلية. وللتفاصيل ينظر علي حيدر خواجه أمين أفندي،ج١، المرجع السابق، ص٤٦.
([4]) محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٤، المرجع السابق، ص٥٠١.

المنارة للاستشارات
www.mar

المطلب الثالث: يجوز تعويض الحقوق المجردة بقيود

يرى أصحاب هذا الاتجاه بجواز التعويض عن الحقوق المجردة بحسب أفرادها وبناءً على توافر قيود وشرائط، ويمثل هذا الاتجاه بعض متأخري الحنفية([١])، وبعض الشافعية([٢])، وجانب من الحنابلة([٣])، بعض الفقه المعاصر([٤]). واستندوا بالأدلة نفسها التي ذكرها أصحاب الاتجاهين الأول والثاني، ورأوا من خلال التوفيق بينهما، أن الحقوق المجردة ليست نوعاً واحداً، بل هي أنواع كثيرة ومختلفة، وبعضها تنطبق عليه أدلة المانعين من التعويض، وبعضها تنطبق عليه أدلة المجيزين، مما نستدل عليه أن التعويض عن هذه الحقوق لا يمكن أن يقال فيه بالمنع مطلقاً أو بالجواز مطلقاً، بل يحتاج إلى تفصيل وتوافر شروط تحقق صحة الاعتياض وتمنع المحظورات الشرعية. وظهر هذا المعنى واضحاً في الأبحاث التي قدمت لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في موضوع الحقوق المعنوية الذي انعقد في دولة الكويت في الفترة من من ١ إلى ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩ هـ/ ١٠ إلى ١٥ كانون الأول ١٩٨٨، إذ أجاز أصحابها التعويض عن بعض هذه الحقوق المجردة دون بعض، وبشروط معينة وليس على الإطلاق. وبرز هذا المعنى أيضاً خلال المناقشات العلمية التي دارت بين الباحثين([٥])؛ ومن ذلك قول رئيس المجمع الفقه الإسلامي الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد:" كان يراد بحث بيع الحقوق المعنوية من حيث الأصل، هل يجوز بيع الحقوق المعنوية كالاسم التجاري والترخيص، أو لا يجوز؟ فهذا شيء، أما إذا أردنا الدخول في

([١]) محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٤، المرجع نفسه، ص٥٢٠.

([٢]) شهاب الدين أحمد القليوبي، ج٣، المرجع السابق، ص٣٢٤. وينظر أحمد بن حجر الهيتمي، ج٦، المرجع السابق، ص٢١٥؛ سليمان العجيلي الأزهري، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل، ج٣، دار الفكر، دون مكان وسنة نشر، ص٣١٩.

([٣]) منصور بن يونس بن إدريس البهوتى، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات،ج٢،عالم الكتب، من دون مكان نشر،ط١، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م، ص٣٦٧و٣٦٨. وهذا ما ذَكَرَهُ ابْنُ نَصْرِ اللَّهِ. نقلاً عن منصور البهوتى، المرجع نفسه، ص٣٦٧و٣٦٨.

([٤]) د.عجيل جاسم النشمي، المرجع السابق، ص١٨٦٩؛ محمد عثمان تقي، المرجع السابق، ص١٩٢٢ومابعدها؛ د.وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص١٧٣٣.

([٥]) د.عجيل النشمي، المرجع السابق، ص١٨٤٦ومابعدها؛ محمد العثماني، المرجع السابق، ص١٨٤٦؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص١٩٥٢وما بعدها؛ محمد سعيد البوطي، المرجع السابق، ص١٩٥٢وما بعدها؛ د.عبد السلام العبادي، المرجع السابق، ص٢٠١١وما بعدها.

المنارة للاستشارات

www.mar

التفاصيل والقضايا التي تنطلق من الحقوق المعنوية كحق التأليف، كالترخيص، كالاسم التجاري وغيرها من الحقوق المعنوية، فلا شك أن في بعض هذه المفردات أحكامًا تنفرد بها عن بعضها، فحقوق التأليف لها أحكام في داخلها تنفرد عن المبدأ العام للحقوق المعنوية، هذا الذي يظهر لي وأحب أن أطرح الشيء هذا لإثارته ومعرفة توجهات المشايخ حول هذا الشيء، وأنه فرق بين... المبدأ... العام و....بين القضايا الأعيان التي تدخل في هذا كحق التأليف وبيع الاسم التجاري والترخيص وما جرى مجرى ذلك"([1]). ويظهر هذا واضحاً في قرار مجمع الفقه الإسلامي، إذ اتُّخِذ له عنوان:" قرار بشأن (الحقوق المعنوية)، بينما في نص القرار حُذِفت لفظة (الحقوق المعنوية) واستعيض عنها بالتنصيص على اعتبار ماليّة حقوق محددة هي: (الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية والتأليف، والاختراع أو الابتكار) ([2])، كما ظهر أيضاً في قرار مجمع الفقه الإسلامي بالهند([3])، إذ جاء فيه " لا بد من الرجوع إلى دور الإفتاء وأصحاب الفتوى في تعيين أنواع الحقوق الرائجة وتقسيم ما يجوز الاعتياض عنه منها وما لا يجوز".

ونعتقد بأن الاتجاه الثالث الذي يجيز تعويض الحقوق المجردة إذا ما توافر فيه شرائط وقيود معينة تنفي الغرر والتدليس، وتمنع تغير الأوضاع الشرعية، والإضرار بالآخرين، وتحقق مصلحة الفرد والمجتمع، ومنعوا ما سوى ذلك، اتجاه جدير بالتأييد والترجيح وذلك للمبررات الآتية:

أولاً: إن أدلة الاتجاه الأول الذين يمنعون التعويض عن الحقوق المجردة أدلةً ليست قويةً، وليست كافيةً في إثبات الحرمة، والأصل في المعاملات الإباحة.

([1]) قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم (٥) الحقوق المعنوية المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١ إلى ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩هـ/ ١٠ إلى ١٥ كانون الأول ١٩٨٨، تصدرها منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة،ع٥، من دون سنة نشر، ص٢٠٩٥.

([2]) مجلة الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص٢٠٧٦ومابعدها.

([3]) القرار منشور في الموسوعة الشاملة على الموقع الآتي: http://islamport.com/w/fqh/Web/2377/1429.htm

المنارة للاستشارات

www.mar

ثانياً: إن أساس المالية التي يثبت على إثرها إباحة التعويض أمران هما: أن يكون الشيء له قيمة بين الناس. وأن تكون هذه القيمة ناتجة من أنه ينتفع به انتفاعاً مشروعاً، فلا قيمة في نظر الشريعة الإسلامية لأية منفعة غير مشروعة. والمال على الصحيح–كما تقدم– هو كل "ما كان له قيمة مادية بين الناس، وجاز شرعاً الانتفاع به في حال السعة والاختيار". وعلى هذا فالحقوق المجردة التي لها قيمة مادية عند الناس وينتفع بها انتفاعاً شرعياً داخلة في مسمى المال، ومن ثَمَّ يباح التعويض عنها كما هو الحال في الأموال.

ثالثاً: إن التعامل فيما توافر فيه الشروط والقيود الشرعية من الحقوق المجردة قج شاع بين الناس وجرى عليه العرف، والمعروف عند الفقهاء أن العرف معتبر، وإن اعتباره رفعاً للحرج. حيث يقول الفقه([1]):" إن النظر في نصوص الفقهاء ينبئ بأن العرف العملي في ميدان الأفعال العادية والمعاملات المدنية، له السلطان المطلق والسيادة التامة في فرض الأحكام وتقييد آثار العقود وتحديد الالتزامات على وفق المتعارف، وذلك في كل موطن لا يصادم فيه العرف نصاً تشريعياً، فالعرف عندئذ يعدّ مرجعاً ومنبعاً للأحكام، ودليلاً عليها حيث لا دليل سواه من النصوص التشريعية الأساسية"، إذ يقول أحد فقهاء الحنفية([2]):" وَالثَّابِتُ بِالْعُرْفِ كَالثَّابِتِ بِالنَّصِّ".

رابعاً: إن فقهاء الحنفية فيما نستدل لنا أنهم لم يمنعوا من بيع الحقوق المجردة لأجل ما فيها من التجرد عن الأعيان إنما منعوا من ذلك لما رأوا فيها من غرر وجهالة كلازم من لوازم هذا التجرد في نظرهم. لذا جاء في بيع حق المرور عندهم روايتان: رواية الزيادات: لا يجوز بيع حق المرور. ورواية كتاب القسمة: يجوز بيع حق المرور. وقد رجَّح ابن عابدين –وعليه الفتوى– رواية الجواز، بل ذكر أنها ترجيح عامة المشايخ من الحنفية وهو الصحيح، وقال([3]):"الْفَرْقُ بَيْنَهُ(حق المرور) وَبَيْنَ حَقِّ التَّعَلِّي حَيْثُ لَا

([1]) مصطفى أحمد الزرقاء،ج٢، المرجع السابق، ص٨٨٣و٨٨٤.
([2]) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، ج٩، المرجع السابق، ص٤.
([3]) محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار،ج٥، المرجع السابق، ص٨٠؛ كمال الدين محمد د السيواسي المعروف بابن الهمام، ج٦، المرجع السابق، ص٤٢٩و٤٣٠؛ محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، ج١٤، ص١٣٥و١٣٦.

المنارة للاستشارات
www.mar

يَجُوزُ، هُوَ أَنَّ حَقَّ الْمُرُورِ حَقٌّ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَةِ الْأَرْضِ، وَهِيَ مَالٌ هُوَ عَيْنٌ، فَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ لَهُ حُكْمُ الْعَيْنِ. أَمَّا حَقُّ التَّعَلِّي فَمُتَعَلِّقٌ بِالْهَوَاءِ، وَهُوَ لَيْسَ بِعَيْنِ مَالٍ". فلو كان (التجريد) أي كون الحق مجرداً علة في المنع من البيع لما جاز أن يبيع حق المرور من الأرض؛ ذلك أنه حق مجرد حتى في حال تعلقه بالعين في مسألتنا، ويؤكد ذلك الفقه الحنفي([1]) والعلة في منع بيع حق التسيل هو أن محل التسيل مجهول، لا لأنه حق مجرد، وعلى ذلك فإن تم تعيين محل التسيل، فقد ارتفعت الجهالة وجاز بيع حق التسيل.

ومما يدل أيضاً على عدم اعتبار (التجريد) علة في منع البيع؛ أن بعض الحنفية أفتى بجواز بيع حق الشرب وإن لم يكن معه أرض من الأصل، وهو قول انتشر على أساس العادة الظاهرة في بعض البلدان إلا أنه خلاف ظاهر الرواية والمعتمد([2]) فكل ذلك يدلل على عدم عدهم (التجريد) بذاته علة لمنع بيع الحق، بل لما ظنوه فيه من غرر وجهالة لازمة من هذا التجريد، فإذا تحقق ضبط الحق المجرد ضبطاً ينتفي فيه الغرر والجهالة، كان ذلك مقتضياً للقول بجواز بيعه([3]).

المطلب الرابع: موقف التشريعات الوضعية من التعويض عن الحقوق المجردة

في هذا المقام سؤال يطرح نفسه هل تعد الحقوق المجردة اموالا تجوز التعويض عنها؟ يعد المشرع العراقي كل حق يجري بين الناس فيه التعامل، ويخضع لحكم القانون المدني النافذ ويحميه هو حق مالي أو مال، بل إن المال في عرف القانون المدني العراقي هو الحق ذو القيمة المالية، سواء أكان حقاً عينياً أم حقاً شخصياً أم حقاً معنوياً، وفيما يأتي تأكيد لذلك. حيث جاء في المادة (٦٥) من القانون المدني العراقي بأن المال:" هو كل حق له قيمة مادية"[4]، ونصت المادة (٦٦) منه على أن :"

([1]) أبي الحسن علي الرشداني المرغياني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج٣، المكتبة الإسلامية، من دون مكان وسنة، ص٤٦.

([2]) محمد السرخسي،ج٢٣،المرجع السابق،ص١٧١؛محمد بن عابدين،رد المحتار على الدر المختار،ج٥،المرجع السابق، ص٨٠.

([3]) محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٥، المرجع السابق، ص٨٠.

([4]) يقابل النص العراقي نص المادة (٦٧) ونص المادة (٩٥) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

المنارة للاستشارات

www.mar

الحقوق المالية تكون إما عينية أو شخصية"، بينما اختصت المادة (٧٠) منه بالأموال المعنوية فجاء فيها ما يأتي:" ١- الأموال المعنوية هي التي ترد على شيء غير مادي كحقوق المؤلف والمخترع والفنان. ٢- ويتبع في حقوق المؤلفين والمخترعين والفنانين وعلامات التجارة ونحو ذلك من الأموال المعنوية أحكام القوانين الخاصة"[١]، فضلاً عن ذلك فإن القانون المدني العراقي يعد كل الحقوق التي يمكن أن يستأثر بها الشخص، وتجري فيها ملكيته مالاً، بل إنه يقصر المالية على الحقوق ويعدّ الأشياء محلها... وفي هذا يتفق المشرع العراقي مع جمهور الفقهاء وخالف فيه الحنفية وفيما يأتي تأكيد لذلك. فنصت المادة (٦١) القانون المدني على أن:" ١-كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح ان يكون محلاً للحقوق المالية. ٢- والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع احد أن يستأثر بحيازتها، والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية".

وبناءً على ما تقدم أصبحت الحقوق المجردة، تدخل في نطاق الأموال، والتي تقبل المعاوضات، وذلك لتطور حاجة المجتمع الزمنية وأساليب البلد الاقتصادية، ويستثنى تلك التي ثبتت من أجل دفع الضرر عن صاحبه، فهذه لا تقبل المعاوضات المالية.

أما فيما يتعلق بموقف القانون المدني العرقي من حكم التعويض عن الحقوق المجردة فلم ينظم المشرع العراقي حكم التعويض عن الحقوق المجردة بشكل صريح ومباشر، لكن من خلال الاطلاع على تطبيقاته نستدل أن المشرع العراقي قد أخذ بالاتجاه القائل: بجواز التعويض عن الحقوق المجردة وفق الضوابط والقواعد القانونية، وهذا يدل على أن مشرع القانون المدني العراقي نظم أحكام التعويض عن الحقوق المجردة بشكل ضمني غير مباشر، فعلى سبيل المثال المشرع العراقي جعل من التنازل عن حق الشفعة بمقابل مالي سبباً من أسباب عدم سماع دعوى الشفعة، وسبباً من أسباب سقوط حق الشفعة، وبهذا يكون قد أخذ بالاتجاه الأول اللذين منعوا التعويض عن حق

(١) يقابل النص العراقي نص المادة (٧١) ونص المادة (١١١) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

المنارة للاستشارات

www.mar

الشفعة، إذ نص على أنه:" لا تسمع دعوى الشفعة إذا تنازل عن حقه في الشفعة صراحة أو دلالة ولو قبل البيع"([1]).وليس لأحد من الشفعاء أن ينزل عن حقه لأجنبي أو لشفيع آخر، فان فعل سقط حقه"([2]).

فهذه النصوص عامة يفهم منها أن حق الشفعة يسقط بمجرد تنازل الشفيع عن حقه، سواء أكان التنازل بمقابل مالي أم بغيره؛ وذلك لأن الحكمة من ثبوت الشفعة هو التخلص من ضرر الشركاء أو الجار السوء، وليس الحصول على مقابل مالي، فإذا القصد استعمال حق الشفعة الغرض الثاني فتنتفي الحكمة التي من أجلها قررت الشفعة.

وما قيل بشأن موقف المشرع العراقي المذكور آنفا فانه ينطبق كذلك على موقف مشرع قانون المعاملات المدنية الاماراتي؛ لأنه هو الآخر لم ينص صراحة على الحقوق المجردة في قانون المعاملات المدنية، في حين نجد أن المشرع الأردني نص صراحة على الحقوق المجردة، وذلك في الفصل الرابع من الباب الثاني من القانون المدني تحت عنوان الحقوق المجردة، ثم قسم ذلك الفصل الى أربعة فروع خصص الفرع الأول لانشاء الحقوق المجردة، وتناول في الفرع الثاني بعض انواع الحقوق المجردة، وذكر ستة أنواع منها أهمها: الحائط المشترك، وحق الطريق، وحق المرور، وحق الشرب، وحق المجرى، وحق المسيل، بينما تكلم المشرع الاردني في الفرع الثالث آثار الحقوق المجردة، وأخيرا نظم في الفرع الرابع أسباب انقضاء الحقوق المجردة [3].

وعلى الرغم من معالجة مشرع القانون المدني الأردني الحقوق المجردة صراحة الا أنه يؤخذ عليه أنه ضيق من نطاقها، اذ اقتصرها على بعض الحقوق المتفرعة عن حق الملكية الا وهي حقوق الارتفاق، في حين وجدنا من خلال الدراسة أن نطاق الحقوق

([1]) الفقرة (د) من المادة (١١٣٤) من القانون المدني العراقي المعدل.
([2]) الفقرة الثانية من المادة (١١٣٦) من القانون المدني العراقي المعدل؛ للتفاصيل حول التنازل عن حق الشفعة ينظر محمد طه البشير ود.غني حسون طه، ج١، المرجع السابق، ص١٩٤؛ د.علي سليمان، المرجع السابق، ص٢٣٥ومابعدها
([3]) ينظر المواد (١٢٧٦-١٣٢١) من القانون المدني الأردني.

المنارة للاستشارات
www.mar

المجردة أوسع من ذلك، اذ يمكن ان تشمل حق الشفعة، حق بدل الخلو، أو ما يسمى بالسرقفلية، وحق المدين في الآجل، فضلا عن حقوق الارتفاق...الخ

وبناءً على ما تقدم يجب وضع قاعدة عامة جامعة مانعة يمكن أن تكون أساساً لمعرفة الحُقُوقِ المُجَرَدَةِ التي يجوز الِاعْتِيَاضِ عنها من عدمه، وبناءً على ما تقدم نوصي المشرع العراقي بتضمين القَانُونُ المَدَنِي النص الآتي وذلك ضمن الفَرعُ الثَّانِي المعنون بـــ: الِاعْتِيَاضِ عن الحُقُوقِ المُجَرَدَةِ: ويكون النص المقترح "١. إِنَّ الْحَقَّ إِذَا كَانَ مُجَرَّدًا عَنِ الْمِلْكِ أو قَدْ شُرِعَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ فَلاَ يَجُوزُ الِاعْتِيَاضِ عَنْهُ، وَإِنْ كَانَ حَقًّا مُنْفَرِدًا فِي الْمَحَل الَّذِي تَعَلَّقَ بِهِ أو كَانَ ثُبُوتُهُ عَلَى وَجْهِ الْبِرِّ وَالصِّلَةِ فَيَكُونُ ثَابِتًا لِصَاحِبِهِ أَصَالَةً فَيَجُوز الِاعْتِيَاضِ عَنْهُ".

الخاتمة: بعد أن أنتهينا من كتابة بحثنا المعنون بـــ النظام القانوني للاعتياض عن الحقوق المجردة دلراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقوانين المدنية ، توصلنا الى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النتائج: من أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال كتابة موضوع البحث هي ما يأتي:

أولاً:على الرغم من أهمية الحقوق المجردة في المعاملات المالية المعاصرة إلا أن القانون المدني العراقي لم ينظم ذلك في ثنايا نصوصه بشكل مباشر وصريح، مما استوجب منا وضع قاعدة عامة جامعة مانعة لبيان مدى الحقوق المجردة التي يجوز الاعتياض عنها من عدمه.

ثانياً: يذكر أن طرائق وأسباب إنشاء الاعتياض عن الحقوق المجردة وهي البيع، والايجار، والتنازل أو الاسقاط، ثم تبين لنا أن جميعها ترجع إلى طريقين أو سببين أساسيين هما: النقل والإسقاط؛ لأن هناك من الحقوق المجردة ما تنطبق عليها الطريقان أو السببين وهما: النقل والإسقاط، وهناك من الحقوق المجردة ما لا تنطبق عليها سوى الطريق أو السبب الثاني وهو التنازل أو الإسقاط.

المنارة للاستشارات

www.mar

ثالثاً:يشترط في الحقوق المجردة أن تكون:من حقوق الاختصاص الخاصة، وقابلة للاعتياض عنها،أي محلاً للاعتياض، وموصوفة، وثابتةً إصالة، ومشروعة، وتعد أموالاً في نظر قواعد العرف،وقابلة للانتقال من شخص الى آخر.

رابعاً: اختلف الفقهاء المسلمون في حكم الاعتياض عن الحقوق المجردة، وكانت هناك ثلاثة آراء رئيسة هي: الرأي الأول، لايجيز الاعتياض عن الحقوق المجردة بشكل مطلق دون قيد وذلك على أساس: عدم مالية الحقوق المجردة، وأنها ثبتت لدفع الضرر، وتتضمن الجهالة والغرر، وتعد في حكم الرشوة المحرمة ،واجازتها تمنع المعروف عن المحتاجين، فضلا عن أدلة اخرى استندوا عليها. الرأي الثاني: يجيز الاعتياض عن الحقوق المجردة بشكل مطلق دون قيد، وذلك على أساس الأصل في الاعتياض عن الحقوق المجردة الاباحة، وفيه مصلحة للناس وتيسير عليهم، وقد جرى العرف على أنها تعد من الأموال المقومة، فضلا عن أدلة أخرى استندوا عليها. أما الرأي الثالث والأخير فكان وسطاً بين الرأيين المذكورين، إذ اجاز الاعتياض عن الحقوق المجردة لكن وفق شروط وقيود وضوابط معينة ينبغي توافرها جميعاً؛ وذلك على أساس أنها شاعت بين الناس على عدها أموالاً مقومة،موصوفة، فضلاً عن أدلة أخرى استندوا عليها.

خامساً: يعود سبب اختلاف الفقهاء المسلمون في مدى الاعتياض عن الحقوق المجردة من عدمها إلى اختلافهم في مالية الحقوق المجردة، ففي الوقت الذي يرى الفقه الحنفي أن الحقوق المجردة لا تعد أموالاً في حد ذاتها، وإن عدّوها حقوقاً مالية لتعلقها بأعيان مالية، لذلك منعوا من بيعها استقلالاً، وأجازوا بيعها تبعاً للعقار الذي ثبت لمنفعته. وذلك على أساس أن صفة المالية للشيء لا تتحقق إلا فيما يمكن إحرازه وادّخاره. في حين يرى جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والمالكية أن الحقوق المجردة تعدّ أموالاً، ومن ثَم يجوز بيعها والاعتياض عنها. وذلك لأن في هذه الحقوق منفعة مباحاً مقصوداً فجاز بيعها والمنافع عندهم تدخل في دائرة الأموال. واتضح لنا أن جمهور الفقهاء وسعوا من دائرة الأموال فشملوا الأعيان، والمنافع، والحقوق ولاسيما

المنارة للاستشارات

www.mar

الحقوق المجردة، وهذا موقف حسن؛ لأنه يوافق تطور العصر لتشمل أشياء لم تكن معرفة من قبل ما دام أنه تحقق فيها معنى المالية.

سادساً: يعود سبب اختلاف الفقهاء المسلمون كذلك في مدى الاعتياض عن الحقوق المجردة من عدمها إلى اختلاف محل العقد وعدم انضباطه، لأنه لما كان الحق المجرد أمراً معنوياً، وليس عيناً مادياً، وأنه ليس بمتقرراً في عين مادية، فهذا يحتمل معه اختلاف محل العقد وعدم انضباطه، ففي الوقت الذي أدى بفقهاء الحنفية إلى القول: بعدم جواز الاعتياض عن الحقوق المجردة تغليباً لجانب الغرر والجهالة الفاحشين الداخلين على محل العقد وهو الحق، في حين ذهب جمهور الفقهاء من الشافهة والحنابلة والملكية إلى القول: أنه على الرغم من عدم انضباط محل العقد واختلافه؛ لما فيه من الغرر والجهالة، إلا أنه يسير مغتفر ولاسيما مع دعاء حاجة الناس إليه.

سابعاً: تعد الحقوق المجردة كقاعدة عامة من الحقوق المالية بحكم العرف، التي تقبل عقود المعاوضات، وذلك لتطور حاجة المجتمع الزمنية وأساليب البلد الاقتصادية.

التوصيات: من أهم التوصيات التي توصلنا إليها في موضوع البحث هي ما يأتي:

أولاً: نرى أن أسباب إنشاء الاعتياض عن الحقوق المجردة يمكن ردها جميعها الى التصرف القانوني الإرادي، سواء أكان تصرفاً قانونياً ملزماً للجانبين كالعقد عموما، و لاسيما عقد البيع أو الايجار، أم تصرفاً قانونياً ملزماً لجانب واحد، كالتنازل أو الاسقاط، والنقل، كالميراث، والوصية، والإذن، التي ترجع أساسها إلى الإرادة المنفردة. لذلك نوصي المشرع العراقي إضافة فصل خاص ومستقل بالحقوق المالية المجردة، وموقعها يكون في الفصل الرابع من الكتاب الثالث من القانون المدني، تحت عنوان الحقوق المجردة، ويكون الفرع الأول بعنوان إنشاء الحقوق المجردة، والنص المقترح بشانه يكون على النحو الآتي:" تكتسب الحقوق المجردة بالتصرف القانوني، أو بالإذن، أو بالميراث، أو بالوصية".

ثانياً: يجب وضع قاعدة عامة جامعة مانعة يمكن أن تكون أساساً لمعرفة الحقوق المجردة التي يجوز الاعتياض عنها من عدمه، وبناءً على ما تقدم نوصي المشرع

المنارة للاستشارات

www.mar

العراقي بتضمين القانون المدني النص الآتي وذلك ضمن الفرع الثاني المعنون بـ: الاعتياض عن الحقوق المجردة: ويكون النص المقترح "١. إِنَّ الْحَقَّ إِذَا كَانَ مُجَرَّدًا عَنِ الْمِلْكِ أو قَدْ شُرِعَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ فَلاَ يَجُوزُ الاِعْتِيَاضُ عَنْهُ، وَإِنْ كَانَ حَقًّا مُنْفَرِدًا فِي الْمَحَل الَّذِي تَعَلَّقَ بِهِ أو كَانَ ثُبُوتُهُ عَلَى وَجْهِ الْبِرِّ وَالصِّلَةِ فَيَكُونُ ثَابِتًا لِصَاحِبِهِ أَصَالَةً فَيَجُوز الاِعْتِيَاضُ عَنْهُ".

المصادر والمراجع

أولاً: المعاجم اللغوية:

١-أحمد بن محمد بن علي الفيومي الحموي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، من دون سنة نشر.

٢-محمد بن الحسن بن دريد الأزدي،الاشتقاق، تحقيق وشرح:عبد السلام محمد هارون،دار الجيل،بيروت،لبنان، ط١،١٤١١هـ، ١٩٩١م.

٣-محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، المحقق: - مجموعة من المحققين، دار الهداية، من دون مكان وسنة نشر.

٤-محمد بن مكرم بن على جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقي، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط٣، ١٤١٤هـ.

٥-محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، من دون مكان نشر، ط٢، ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م.

ثانياً: التفاسير:

٦-أحمد بن مصطفى المراغي، تفسير المراغي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر، ط١، ١٣٦٥هـ، ١٩٤٦م.

٧-عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي، تفسير النسفي (مدارك التنزيل وحقائق التأويل)، حققه وخرج أحاديثه: يوسف علي بديوي، دار الكلم الطيب، بيروت، ١٤١٩هـ ، ١٩٩٨م.

ثالثاً: الأحاديث النبوية:

٨-أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٣،١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م.

رابعاً: كتب الفقه الإسلامي

المنارة للاستشارات

www.mar

٩-أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ)، دار المعارف، من دون مكان وسنة نشر.

١٠.أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة، بدون مكان نشر، ١٣٨٨هـ.

١١-أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ١٣٥٧هـ، ١٩٨٣م.

١٢-زين الدين عبدالرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، الاستخراج لأحكام الخراج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م.

١٣-زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السَلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، من دون مكان وتاريخ نشر.

١٤-الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، الأم، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٠هـ،١٩٩٠م.

١٥-شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، من دون مكان نشر، ١٤١٥هـ، ١٩٩٤م.

١٦-شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، عالم الكتب، من دون مكان وتاريخ نشر.

١٧-شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي،الفروق= أنوار البروق في أنواء الفروق،المحقق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، من دون مكان نشر،١٤١٨هـ، ١٩٩٨م.

١٨-عثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ط١، ١٣١٣هـ.

١٩-عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية. القاهرة، ١٤١٤هـ، ١٩٩١م.

٢٠-علاء الدين،أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية،١٤٠٦ ط٢،هـ، ١٩٨٦م.

٢١-كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، من دون مكان وتاريخ نشر.

المنارة للاستشارات

www.mar

٢٢-محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي المعروف بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م.
٢٣-محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي، المطلع على ألفاظ المقنع، تحقيق: محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادي للتوزيع، من دون مكان نشر، ط١، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م.
٢٤-محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي الحنفي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ،١٩٩٣م.
٢٥-محمد بن أحمد بن عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، من دون تاريخ نشر.
٢٦-محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي، العناية شرح الهداية، دار الفكر، من دن مكان وسنة نشر.
٢٧-منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، من دون مكان وسنة نشر.
٢٨-يحيى بن شرف بن مُرّي بن حسن بن حسين بن محمد بن جمعة بن حزام أبو زكريا النووي الدمشقي، المجموع شرح المهذب، المطبعة المنيرية، من دون مكان وتاريخ نشر.

خامساً: كتب الفقه الإسلامي المعاصر:

٢٩-د.إبراهيم فاضل الدّبو، ضمان المنافع (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني)،دار عمار،عمان،ط١٤١٧،١هـ، ١٩٩٧م.
٣٠-أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي،إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣,
٣١-تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، المحقق:عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٤١٦هـ،١٩٩٥م.
٣٢-حسام الدين خليل فرج محمد،الاعتياض عن الحقوق المجردة في الشريعة الإسلامية،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط١، ٢٠١٣,
٣٣- علي الخفيف، الملكية في الشريعة مع المقارنة بالشرائع الوضعية،ج١، دار الفكر العربي، دون مكان نشر، ١٤١٦هـ، ١٩٩٦م.
٣٤-الموسوعة الفقهية الكويتية تصدرها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،الكويت،دار السلاسل، الكويت، ط٢،(من ١٤٠٤- ١٤٢٧هـ).

المنارة للاستشارات
www.mar

٣٥-أ.د.وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ، ج٤، دار الفكر، دمشق، ط٤، من دون تاريخ نشر.

سادساً: كتب أصول الفقه:

٣٦-أبوعبد الله بدرالدين محمد بن عبدالله بن بهادر الزركشي،المنثور في القواعد الفقهية،وزارة الأوقاف الكويتية، ط٢،١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م.

٣٧-عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي،كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، من دون تاريخ نشر.

سابعاً: الكتب القانونية:

٣٨-أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، بيروت، ط١، ٢٠٠٦,

٣٩-جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في العقود المسماة (البيع، الإيجار، المقاولة)، دار ابن الأثير، الموصل، ط٢، ٢٠٠٥,

٤٠-جمعة سعدون الربيعي، السرقفلية بين الشرع والقانون، مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٥,

٤١-حسن محمد عرب وراني جوزف صادر، صادر بين التشريع والاجتهاد في دولة الامارات العربية المتحدة، قانون المعاملات المدنية معززا بأحدث الاجتهادات العربية المقارنة، مطبعة صادر، بيروت، ٢٠٠٢,

٤٢-سعدي البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، مطبعة وزارة الزراعة، أربيل، ط١، ٢٠٠٧,

٤٣-سعيد مبارك ود. طه الملأ حويش ود. صاحب الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، البيع- الايجار- المقاولة، دار الحكمة، بغداد،١٩٩٣,

٤٤-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، منشورات الحلبي، بيروت، ط٣، ٢٠٠٠,

٤٥-عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، ط٣، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، المكتبة القانونية، بغداد، ط٣، ٢٠١١,

٤٦-عبد الغفور محمد البياتي، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية والأحوال الشخصية، مطبعة أنوار دجلة، بغداد، ط١، ٢٠١٠.

٤٧-عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، ج١، دار ابن الأثير، الموصل، ط٢، ٢٠١١.

٤٨-علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، دار صادر، بيروت، ١٩٦٩,

المنارة للاستشارات

www.mar

٤٩- محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، اسكندرية، ٢٠٠٩,

٥٠-محمد طه البشير ود.غني حسون طه، الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية- الحقوق العينية التبعية)، ج١، المكتبة القانونية، بغداد، ط٤، ١٤٣١هـ، ٢٠١٠م، ص٣٠٠.

٥١-مصطفى أحمد عمران الدراجي، الحقوق المتعلقة بالذمة المالية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، اسكندرية،٢٠٠٩,

٥٢-ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، نظرية العقد، مراتب انعقاد العقد، ج١،م١، ق٢، دار وائل، عمان، ط١، ٢٠٠٢.

ثامناً: البحوث العلمية:

٥٣-حبيب إدريس عيسى المزوري، أحكام السرقفلية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة الموصل، م١٠، ع٣٧، ٢٠٠٨,

٥٤-د.ضحى محمد سعيد، عقد المسابقة (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، م١٢، ع٤٥، س١٥، ٢٠١٠,

٥٥-د.عبد الحليم محمود الجندي وعبد العزيز محمد عيسى، بيع الاسم التجاري والترخيص، بحث عرض على مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الخامس بالكويت حول الحقوق المعنوية، المنعقد من: (١-٦) جمادى الأولى (١٤٠٩هـ) الموافق من: (١٠-١٥) كانون الأول (١٩٩٨م)، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة،ع٤، من دون سنة نشر.

٥٦-د.عثمان جمعة صميرية، الحق في الشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة البحوث الإسلامية، مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الرياض، العدد ٤٠، ١٤١٤هـ.

٥٧-د.عجيل جاسم النشمي، بيع الاسم التجاري، بحث مقدم إلى المؤتمر الخامس الذي انعقد بالكويت في الفترة من ١-٦ جمادى الأولى ١٤٠٩هـ -١٠-١٥ ديسمبر ١٩٨٨م، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مجلة تصدر عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، ع٥، من دون تاريخ نشر.

٥٨-محمد تقي العثماني، بيع الحقوق المجردة، بحث عرض على مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الخامس بالكويت حول الحقوق المعنوية، المنعقد من(١-٦) جمادى الأولى (١٤٠٩هـ) الموافق من(١٠-١٥) كانون الأول (١٩٩٨م)، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدرها منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة،ع٤، دون سنة نشر.

٥٩-د.محمد سعيد رمضان البوطي، حق الإبداع العلمي وحق الاسم التجاري طبيعتهما وحكم شرائهما ، بحث مقدم إلى المؤتمر الخامس الذي انعقد بالكويت في الفترة من ١ - ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩هـ

المنارة للاستشارات

www.mar

/١٠/ ١٥ ديسمبر ١٩٨٨م، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة،ع٤، من دون سنة نشر.

٦٠–د.محمد سليمان الأشقر، بدل الخلو، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٤، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، من دون سنة نشر.

٦١–د.وهبة الزحيلي، بيع الاسم التجاري والترخيص، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٥، ج٥، من دون تاريخ نشر.

تاسعاً: الرسائل والأطاريح الجامعية:

٦٢–محمد رافع ينوس الحيالي، متول الوقف،دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون،جامعة الموصل، ٢٠٠٥.

اثنتاعشر: قرارات مجلس مجمع الفقه الإسلامي:

٦٣–قرار مجمع الفقه الإسلامي (الهند) رقم (٤) المنعقد في يونيو ١٩٩٠م والذي جاء فيه الإشارة إلى بعض شروط الاعتياض عن الحقوق المجردة، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، من دون سنة نشر، منشور في الانترنيت على موقع الموسوعة الشاملة الآتي:
http://islamport.com/w/fqh/Web/2377/1429.htm

عاشراً. التشريعات

٦٤–قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١,

٦٥–قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١,

٦٦–قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٦٧– قانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ المعدل.

٦٨.قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ المعدل وفق قانون اتحادي رقم (١) لسنة ١٩٨٧.

المنارة للاستشارات

www.mar

Copyright of College of Law Journal for Legal & Political Sciences / Magallat Kulliyyat Al-Qanun Li-L-ulum Al-Qanuniyyat Wa-Al-Siyasiyyat is the property of Republic of Iraq Ministry of Higher Education & Scientific Research (MOHESR) and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.

www.manaraa.com