Journal of Humanities and Social Sciences Studies
مجلة دراسات العلوم الإنسانية والاجتماعية
ISSN: 2663-7197
DOI: 10.32996/jhsss
Journal Homepage: www.al-kindipublisher.com/index.php/jhsss

بيع حقوق المجردة في فقه المذاهب الاربعة: دراسة فقهية مقارنة

د. محمدولى حنيف -أستاذ مشارك كلية العلوم الإسلامية - قسم الفقه والعقيدة -جامعة التعليم والتربية الكابول- افغانستان.
لطف الله حق برست - أستاذ مشارك كلية العلوم الإسلامية - قسم الثقافة الاسلامية -جامعة التعليم والتربية الكابول- افغانستان.

تاريخ استلام البحث: 2023/08/25	تاريخ نشر البحث: 14/ 2023/09	المجلد: 5	العدد: 9

الملخص:
تناولت هذه الدراسة الحقوق المجردة في فقه المعاملات المالية الإسلامية، وكان الغرض منها تحديد مفهوم الحق المجرد ومتعلقاته وبيان مشمولاته؛ وذلك قصد دراسة ما يتعلق بهذه الحقوق من أحكام الإسقاط والتمليك والإرث، وقد اشتملت الدراسة على كل ذلك مبينا في موضعه من البحث. كما تناول البحثٌ مسألة مالية الحق المجرد، ذلك أن إثبات وصف المالية للشيء أو رفعه عنه له أثره في مسألة المعاوضة عنه عند كل من الحنفية والشافعية والحنابلة وتعرض البحث إلى دراسة اتجاهات الفقهاء فيما يشترطونه من أوصاف تتعلق بالحق المجرد حتى يجوز تمليكه، وقام الباحث بمقارنة هذه الاتجاهات، وترجيح ما رآه منها أقوى حجة ومستندا. وختم البحث بعرض نماذج معاصرة للحقوق المجردة، ودراسة ما يتعلق بها من أحكام ، في ضوء ما سبق تقريره من قواعد وأحكام عند الفقهاء. لقد أتبعت في دراسة هذاالموضوع المنهج الوصفي التحليلي والمقارنة حيث قمت ببيان مفهوم الحقوق المجردة وأنواعها ، تكييفها الفقهي، وأثره على صيغ التبادل فيها و النماذج المعاصرة لها مع بيان اقوال مذاهب الأربعة في كل مسألة وبيان قول الراجح منها.
الكلمات المفتاحية: الحق ، المجردة ، المنفعة ، بيع والشراء.

Selling Abstract Rights in the Jurisprudence Of the Four Schools of Thought: A Comparative Jurisprudential Study

Prof. Dr. Muhammad wali Hanif
Professor of the College of Islamic Sciences, Department of Jurisprudence and Doctrine, University of Education, Kabul, Afghanistan

Lotfollah Haq Perast
Associate Professor, College of Islamic Sciences - Department of Islamic Culture - University of Education, Kabul Afghanistan.
Corresponding Author: Muhammad wali Hanif, E-mail: d.mufti.mwalihanif@gmail.com

RECEIVED: 25 August 2023 **PUBLISHED:** 14 September 2023 **DOI:** 10.32996/jhsss.2023.5.9.8

Abstract:
This study dealt with abstract rights in the jurisprudence of Islamic financial transactions. This is intended to study what is related to these rights from the provisions of forfeiture, ownership and inheritance, and the study included all of this, indicating its place in the research. The research also dealt with the financial issue of the abstract right, because proving the financial description of the thing or removing it from it has an impact on the issue of compensation for it according to each of the Hanafis, Shafi'is and Hanbalis. directions, and the weighting of what he saw of them is the strongest argument and basis. The research concluded by presenting contemporary models of abstract rights, and studying the provisions related to them, in the light of the previously reported rules and provisions of the jurists. In studying this topic, I followed the descriptive, analytical and comparative approach, where I explained the concept of abstract rights and their types, their jurisprudential adaptation, and its impact on the exchange formulas and contemporary models for them, with a statement of the sayings of the four schools of thought in each issue and a statement of the most correct of them.
Keywords: Right, abstract, utility, buying and selling.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين ، والعاقبة للمتقين ، ولاعدوان إلا على الظالمين ، وأشهد أن لاإله إلا الله وحده لاشريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله صلى الله عليه وسلم وبعد :

لا شك أن التشريع المتعلق بالمعاملات في الفقه الإسلامي؛ يعتبر من أعلق قضايا التشريع بالواقع الحيوي، باعتبار ارتباطه بالجوانب المتحركة من تصرفات الخلق، بخلاف تشريع العبادات ونحوها مما يرتكز في الجملة على ثوابت لا تخضع لصيرورة الواقع؛ ولا يعتريها التبدل تبعا لإملاءات الظروف والمصالح.

ولا يخفى علينا أن تخلف المسلمين الذي تزامن مع ظهور النهضة العلمية الحديثة؛ أدّى إلى غيابنا عن صناعة الحياة بكل جوانبها، مما جعل الإسلام بتعاليمه وشرائعه غير مهيمن على واقع الناس وتصرفاتهم؛ الأمر الذي لا يرتضيه ديننا الحنيف.

ومع ظهور الصحوة الدينية الحديثة في عالمنا الإسلامي؛ حاول العلماء والمفكرون والمصلحون؛ إظهار رأي الإسلام في كل ما استجد وظهر؛ لتحقيق هيمنة الشريعة على كل مجريات الحياة.

ولعل أهم المواضيع التي لقيت بالغ العناية؛ هي ما يتعلق بفكرة الحق، ويرجع ذلك إلى أن الحق هو الأساس الذي تبنى عليه علاقات الناس فيما بينهم، فإن اضطرب أمره كانوا في هرج ومرج.

فوجدناهم تطرقوا بالبحث إلى شتى موضوعاته؛ فكتبوا في الحقوق العامة؛ كالحقوق السياسية وما شابه، ودرسوا مجالات تطبيق الحق، كالتعسف في استعمال الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، وكذا تطرقوا إلى بعض الجوانب ذات الصلة بالحقوق المالية.

هذه هي المضامين العامة التي حدت بي إلى الاهتمام بالكتابة في جانب من جوانب هذا الموضوع؛ الموسوم بـ:" بيع الحقوق المجردة في الفقه مذاهب الاربعة- دراسة فقهية مقارنة " راجيا المولى عز وجل؛ أن أكون مساهما ولو بقدر ضئيل في خدمة جانب من جوانب حياتنا الفقهية.

مع العلم أن هذا الموضوع لم يلق خدمة تليق بمكانته وأهميته، فكثير من المسائل المستجدة تعتبر امتدادا له، وهي المسائل التي تم الإشارة إليها في مبحث النماذج المعاصرة.

مشكلة الدراسة وسبب الاهتمام بها:

نظرا للالتباس الذي وقع فيه كثير من الباحثين أثناء التعرض إلى هذا الموضوع، والذي أدّى بهم إلى الوقوع في أخطاء علمية، منها إطلاق أحكام اجتهادية خلافية، في شكل قواعد شرعية اتفاقية، الأمر الذي يؤدي إلى الوصول إلى نتائج قاصرة في مسائل تحتاج إلى إعمال نظر وبذل جهد واستفراغ وسع، آثرت تناول هذا الموضوع بالدراسة راجيا الوصول إلى ما يلي:

١-:تحديد مفهوم الحق المجرد، وموقعه من مفهوم عموم الحق في الفقه الإسلامي.

٢-:استخراج مشمولات الحق المجرد؛ وبيان ما يتعلق بها من أحكام.

٣-:تحقيق مالية الحق المجرد، وأثر الخلاف فيها.

٤-:بيان منزع الفقهاء في الشروط التي ينبغي توفرها في الحقوق –أعني المجردة- حتى يجوز التصرف فيها بالتمليك ونحوه، وبيان الراجح في كل ذلك.

٥-:تخريج بعض المسائل المعاصرة على ضوء ما استقر عليه البحث.

الدراسات السابقة:

لم أقف على دراسة سابقة تناولت الموضوع مجال البحث أو ما يقرب منه، إلا أني وقفت على كتابات اهتمت بمعالجة جوانب تجزيئية من الموضوع، وانصب اهتمامها على بعض مفردات الحق المجرد سواء القديمة منها أو المعاصرة، دون دراسة الموضوع بكل الحيثيات والجزئيات التي تشكل البنية العامة له.

وأقتصر في ذكر الدراسات السابقة على ما له علاقة وطيدة بالبحث، وهي كالآتي:

١-: قضاياالفقهي المعاصرة لمفتي محمدتقي عثماني' هذه البحث كانت عاما مع ان هنا ذكرمن حقوق المجردة.

٢-: الاسم التجاري؛ دراسة قانونية مقارنة، لـ: عز الدين مرزا ناصر العباسي، طبعة دار ومكتبة حامد للنشر والتوزيع، تطرق فيه الكاتب إلى بيان ماهية الاسم التجاري وعناصره وملكيته وحمايته.

٣-: دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، د: محمد مصطفى أبّوه الشنقيطي، مكتبة العلوم والحكم، تناول في الجزء الأخير من الكتاب ما يتعلق بالحقوق وماليتها، وبعض التطبيقات المعاصرة لها.

٤-: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، الجزء الثالث: أُثبتت فيها مجموعة من الأبحاث التي تتعلق بالحقوق المعنوية، وهي غالبا النماذج المعاصرة للحقوق المجردة.

٥-فقه الاسلامى وادلته 'الدكتور وهبة الزحيلي .مع ان فيه بحث من الحقوق المجردة ولكن لم تكن كافيا في هذه المسئلة.

منهج البحث:

اتبعت في بحثى المنهج الوصفي'التحليلي وإستقرائي، وقد حاولت قدر الاستطاعة التزام العناصر الآتية:

١-: دراسة الموضوع في إطار المذاهب الأربعة؛ ذلك أني لم أقف على كثير من مفردات البحث عند الظاهرية؛ الأمر الذي يحول دون إمكان استنتاج رأيهم في المسائل المرجو الوصول إليها في البحث.

٢-:عزو الآيات القرآنية إلى سورها بأرقامها.

٣-: إذا استفدت من غيري مباشرة، أنقل استفادتي بحرفها وأجعلها بين قوسين، وأعزوا إلى مكان الاستفادة، وإذا كانت الاستفادة عبارة عن اقتباس فكرة، أشرت في الهامش إلى المراجع التي ذكرت فيها الفكرة ذاتها أو ما يقرب منها.

٤-: توثيق المسائل الفقهية المنقولة، وذلك بعزوها إلى المراجع التي ذكرتها، مع بيان رقم الجزء والصفحة.

٥-: الاعتماد على الكتب الفقهية المعتمدة في كل مذهب، مع الاستعانة بكتب المعاصرين في المسائل التي تقتضي ذلك.

٦-: التزمت الاختصار والبعد عن التطويل وذكر الفروع التي لا تخدم موضوع البحث، وكذا التزام الموضوعية في مقارنة الأقوال والترجيح بينها مع بيان الوجه الراجح من المسائل.

٧-: التزمت في الفصل الأول ذكر الخلاف بين الفقهاء؛ مع الاكتفاء بالتحليل؛ قصد استنباط منهج الفقهاء في تناولهم لما يتعلق بالحقوق المجردة، وهذا ما يجعل الترجيح في كل مسألة ذكرت في هذا الفصل أمرا غير منطقي، لأن الترجيح لابد أن يكون بعد استكمال الإحاطة بمنهج كل مذهب فقهي، ومقارنته بمناهج المذاهب الأخرى، وهذا ما أثبت في الفصل الثاني.

٨-:لم أتعرض لترجمة الأعلام، تفاديا للحشو الذي يعود على البحث بنوع تطويل، مع أن أغلب من ذُكِرُوا هم من الأعلام المشهورين.

٩:-فهرست المصادر والمراجع التي تم اعتمادها في تحرير هذه البحث، وأثبت ذلك في آخر البحث.

خطة البحث:

يتكون البحث من مقدمة وفصلين وخاتمة:

المقدمة

الفصل الأول: الحقوق المجردة مفهومها وأنواعها.

المبحث الأول: مفهوم الحق المجرد ومتعلقاته.

المطلب الأول: مفهوم الحق المجرد.

المطلب الثاني: الفرق بين الحق المجرد والحق المتقرر.

المطلب الثالث: مشمولات الحق المجرد.

المبحث الثاني: أنواع الحق المجرد.

الفصل الثاني: الحقوق المجردة: تكييفها الفقهي، وأثره على صيغ التبادل فيها، النماذج المعاصرة لها.

المبحث الأول: التكييف الفقهي للحقوق المجردة وأثره على صيغ التبادل فيها.

المطلب الأول: مالية الحقوق المجردة عند الفقهاء القدامى.

المطلب الثاني: مالية الحقوق المجردة عند الفقهاء المعاصرين.

المطلب الثالث: صيغ التبادل (النقل) في الحقوق المجردة.

المبحث الثاني: النماذج المعاصرة للحقوق المجردة.

المطلب الأول: حق التأليف.

المطلب الثاني: الاسم التجاري.

المطلب الثالث: العلامة التجارية.

الخاتمة: وفيها أهم نتائج البحث وفهرس المصادر .

الفصل الأول: مفهوم الحقوق المجردة وأنواعها

ويشتمل على مبحثين: المبحث الأول: مفهوم الحق المجرد ومتعلقاته:

المطلب الأول: مفهوم الحق المجرد

يستحسن قبل الولوج في بيان مفهوم الحق المجرد؛ أن نذكر بعض الحقائق التي تساهم في تحقق المطلوب، وهي كالآتي:

أولا: أن الحق المجرد هو اصطلاح حنفي محض؛ أي أن الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة لم يعرفوا هذا الاصطلاح، ويرجع سبب تفرد الحنفية به إلى المنحى الذي نحوه في مسألة مالية المنافع والحقوق؛ ذلك أن جواز التصرف في الأشياء بالمعاوضة منوط بماليتها؛ فمذهب الحنفية لا يعتبر الحقوق أموالا وبذلك لا تجوز المعاوضة عليها؛ غير أن النصوص الشرعية جاءت بجواز المعاوضة بمختلف صورها على حقوق معينة كحق القصاص –، مما اضطر الحنفية إلى وضع أساس يضمن التوفيق بين ما قرروه من قواعد وبين ما جاءت النصوص الشرعية به، فخلصوا إلى التفريق بين الحق الذي ينفرد عن محله؛ فتطبق عليه القاعدة المتعلقة بالحقوق، وبين الحق الذي لا ينفرد عن محله، وإنما له تعلق استقرار به فيجوز المعاوضة عليه كحق القصاص، هذا كله أدى إلى ظهور مصطلح الحق المجرد، والحق المتقرر – غير المجرد – في الفقه الحنفي.

في حين لم يرتض الجمهور مذهب الحنفية في مالية الحقوق والمنافع - كما هو الأمر عند الشافعية والحنابلة -، وكذا اشتراط المالية لجواز المعاوضة – كما هو رأي المالكية -؛ فكان عدم موافقتهم للحنفية في قاعدتهم يستلزم حتما اختلافهم في الاصطلاح. وكل ما سبق ذكره سيأتي مبسوطا أثناء التعرض لمسائل البحث.

ثانيا: أن الحنفية لم يضعوا تعريفا حديا للحق المجرد، كشأن الفقهاء في كثير من المصطلحات الفقهية، وإنما أشاروا في تعبيراتهم إلى معالم يمكن من خلالها تحديد ماهية الحق المجرد، ومن هذه النصوص:

قول ابن عابدين:" لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة عن الملك"1، فأول معلم لهذا النوع من الحقوق هو التجرد عن الملك، أي أنه يمكن ثبوت الحق لشخص ويكون ملك المحل الذي تعلق به هذا الحق لشخص آخر؛ لذلك عرفت مجلة الأحكام العدلية حق المرور وهو من الحقوق المجردة بأنه:" حق المشي في ملك الغير، وذلك بأن تكون رقبة الطريق مملوكة لشخص ولآخر الحق بأن يمر منها فقط، وهذا الحق من الحقوق المجردة"2. وهذا لا ينفي أن يكون مالك الحق المجرد هو نفسه مالك المحل الذي تعلق به الحق، فحق المرور هو حق مجرد وهو ثابت لمالك الطريق قطعا.

وثاني معلم للحق المجرد هو عدم التقرر في المحل، ومعنى ذلك إمكان انفراد الحق عن المحل الذي يتعلق به، قال ابن الهمام :" فلأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل؛ لأنه مجرد حق التملك، وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه"3، وفي الهداية:" بخلاف القصاص لأنه حق متقرر"4.و هذا المعلم هو تأكيد للمعلم الأول؛ إلا أنه يتضمن معنى آخر وقد ذكر الشيخ علي الخفيف فحواه؛ وأنه يرجع إلى أن الحق المجرد لا يترك أثرا في المحل الذي تعلق به، سواء استعمل الشخص حقه أو أسقطه، ومثاله حق الشفعة، فإن استعمال الشفيع له أو إسقاطه لا يترك أثرا في العين المشفوعة، فهي نفسها سواء ثبتت ملكيتها للشفيع أو للمشتري، بخلاف الحق المتقرر فإنه يترك أثرا في محله وذلك في حال استعماله أو إسقاطه، ومثاله حق القصاص، فإن من ثبت عليه الحق يكون مهدور الدم في حال الاستعمال، بينما يصبح معصوم الدم في حال التنازل أو الصلح5.

تعريف الحق المجرد:

من خلال ما سبق بيانه حاول بعض المعاصرين وضع تعريف حدي للحق المجرد، فقيل فيه: الحق المجرد: ما كان غير متقرر في محله6.

والملاحظ على هذا التعريف أنه مقتبس من نصوص الحنفية في كلامهم عن الحق المجرد؛ كقولهم في الشفعة:" فلأن حق الشفعة ليس بمتقرر في المحل.

ويمكن القول بأن الحق المجرد هو: اختصاص بمنفعة غير متقرر في محله.

شرح التعريف:

-اختصاص بمنفعة: فيه بيان لطبيعة الحق؛ فالحق المجرد ليس إلا نوعا من أنواع الحق، وقد سبق أن جوهر الحق هو العلاقة الاختصاصية.

-غير متقرر في محله: يشتمل على الأساسين الذين تقوم عليهما ماهية الحق المجرد، وهما التجرد عن الملك، وعدم إحداث أثر في المحل.

وما يجدر التنبيه إليه: أن الأساس الأول – التجرد عن الملك – هو المطرد في تحديد ماهية الحق المجرد، بخلاف الأساس الثاني – إحداث أثر في المحل – فهو أغلبي؛ ذلك أن من الحقوق المجردة ما هو أمر اعتباري ليس له وعاء مادي يتعلق به كحق الوظيفة.

كما أن للحق المجرد إطلاقا آخر عند بعض علماء الحنفية وهو: الحق المفرد، جاء في البدائع:" والحقوق المفردة لا تحتمل التمليك"7

ومن المعاصرين من أطلق لفظ الحق المحض على الحق المجرد8

المطلب الثاني:الفرق بين الحق المجرد والحق المتقرر

يمكن التفريق بين كِلا الحقين من زاويتين اثنتين: الأولى: من حيث المعنى، والثانية: من حيث الأثر.

[1] رد المحتار ، ابن عابدين (518/4)
[2] درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر (120/1)
[3] فتح القدير، ابن الهمام (414/9)، العناية شرح الهداية البابرتي (414/9)، رد المحتار (421/6)
[4] الهداية بشحه العناية (416/9)، وانظر رد المحتار (421/6)
[5] أحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف (28)
[6] أحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف (28)
[7] بدائع الصنائع، للكاساني (190/6)، وانظر رد المحتار (518/4)
[8] المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مصطفى الزرقا (128)

من حيث المعنى: الحق المجرد هو الحق الذي ينفرد عن محله، بينما الحق المتقرر لا ينفرد عنه، بل له تعلق استقرار بمحله، ومظهر ذلك أن الحق المجرد لا يحدث أثرا في محله سواء استعمل أو أسقط، بخلاف الحق المتقرر فإنه يحدث أثرا في كل ذلك، وقد سبق توضيح ذلك بمثال حق الشفعة وهو حق مجرد، وحق القصاص وهو حق متقرر.

من حيث الأثر: أن الحق المجرد لا يجوز المعاوضة عليه عند الحنفية، بخلاف الحق المتقرر يجوز الاعتياض عنه، قال الكاساني:" ولو صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت له على شيء على أن يسلم الدار للمشتري؛ فالصلح باطل؛ لأنه لا حق للشفيع في المحل، إنما الثابت له حق التمليك، وهو ليس لمعنى في المحل، بل هو عبارة عن الولاية وأنها صفة الوالي، فلا يحتمل الصلح عنه، بخلاف الصلح عن القصاص؛ لأن هناك المحل يصير مملوكا في حق الاستيفاء؛ فكان الحق ثابتا في المحل فملك الاعتياض عنه بالصلح؛ فهو الفرق"9.

المطلب الثالث: مشمولات الحق المجرد

سبق أن تقرر أن الحق المجرد هو من أقسام الحق باعتبار تقرره في محله، وأنه كذلك نظير الحق المتقرر:

والحق المجرد قد يكون حقا ماليا وقد لا يكون كذلك، كما أنه قد يكون مشروعا أصالة، كما أنه قد يكون شرع لرفع الضرر10.

ومن الحقوق المجردة المالية: حقوق الارتفاق: وهي حق الشرب، حق المرور، حق التسييل، حق المجرى، حق التعلي، حق الانتفاع بالجدار،قال الكاساني:" لأن الشرب ليس بمال بل هو حق مالي"11، ومنها كذلك: حق الشفعة وحق الخلو وحق التحجير12.

واعتبرت هذه الحقوق مالية؛ لأنها تتعلق بأعيان مالية؛ فهي في ذلك تبع لأعيانها.

ومن الحقوق غير المالية: حق الزوجة في القسم وما ألحقه الحنفية به من حق الخيار بالنسبة للمخيرة13.

وأما الحقوق المجردة التي شرعت لرفع الضرر، فهي حق الزوجة في القسم وخيار المخيرة، وحق الشفعة.

والحقوق التي شرعت أصالة: هي الحقوق المجردة المالية عدا الشفعة14.

والذي يلاحظ أن مفردات الحق المجرد كلها من حقوق العبد، وليست من حقوق الله تعالى، وهذا أمر طبيعي؛ ذلك أن سبب هذا الاصطلاح عند الحنفية؛ هو بيان ما يقبل التصرف من الحقوق وما لا يقبلها، وحقوق العباد هي موضوع التصرفات؛ لأن الأصل أن ليس لأحد أن يتصرف في حقوق الله تعالى بمعاوضة أو بإسقاط، وإنما الواجب فيها الاستيفاء فقط.

المبحث الثاني: أنواع الحق المجرّد وهو على ثلاثه انواع:

آ: الحقوق المجردة التي شرعت لدفع الضرر(حق الشفعة. حق القسم).

ب: حقوق الارتفاق(حق الشِّرب.حق المرور.حق التسييل. حق المجرى. حق التعلي. حق الانتفاع بالجدار. حق التحجير –السبق-).

د: حق العقد(حق النزول عن الوظائف و حق الخلو).

الفصل الثاني: الحقوق المجردة: تكييفها الفقهي، وأثره على صيغ التبادل فيها، ونماذجها المعاصرة

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: التكييف الفقهي للحقوق المجردة، وأثره على صيغ التبادل فيها

المبحث الثاني: نماذج معاصرة للحقوق المجردة

---

[9] بدائع الصنائع (50/6)
[10] رد المحتار (518/4)، فتح القدير (430/6)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (253/5)، مجمع الضمانات (385)
[11] بدائع الصنائع (190/6)
[12] فتح القدير (430/6)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (253/5)، وفيهما النص على أكثر الحقوق المجردة المذكورة.
[13] مغني المحتاج (525/4)، تحفة المحتاج (453/7)، المغني (237/7)، شرح منتهى الإرادات (51/3)
[14] رد المحتار (520/4)

المبحث الأول: التكييف الفقهي للحق المجرد، وأثره على صيغ التبادل فيها:

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: موقف الفقهاء القدامى من مالية الحق المجرد

المطلب الثاني: موقف الفقهاء المعاصرين من مالية الحق المجرد

المطلب الثالث: صيغ التبادل (النقل) في الحقوق المجردة

تمهيد:

لا يعدو الحق المجرد أن يكون اختصاصا بمنفعة؛ كونه يستوفى دون التعرض لأصل قرار الملك، وهذا ما يصرح به الفقهاء في نصوصهم، ومنها:

ما جاء في ردّ المحتار:" أن حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى، وهو البناء، فأشبه المنافع..." 15.

وفي منح الجليل:" والخلو من ملك المنفعة لا من ملك الانتفاع..." 16.

وقال النووي:" من المنافع شرعا حق الممر بأرض أو على سطح ..." 17.

وفي المغني:" فإن كان أجر رأس الجدار للبناء عليه، فهو إجارة، لكن لا يشترط فيها بيان المدة في الأصح؛ لأنه عقد يرد على منفعة، وتدعوا الحاجة إلى دوامه، فلم يشترط فيه التأقيت"18.

كما يجدر التنبيه إلى أن من الحقوق المجردة ما هو متعلق بمال، كحق الخلو والمرور والشّرب، ومنها ما لا يتعلق بمال كحق القسم بالنسبة للزوجة، ومن هذه الحقوق ما له وجود في الخارج كحق الشرب والمرور، ومنها ما هو أمر اعتباري لا وجود له في الخارج إلا بفرض الشارع كحق الشفعة19.

من خلال ما تقدم يظهر لنا أن الحق المجرد يأخذ حكم المنافع، وأن مرجع الخلاف في الاعتياض عنه؛ مردّه إلى تباين منزع الفقهاء في الوصف الذي يشترط أن يتعلق بالمنفعة حتى يجوز الاعتياض عنها.

فذهب المالكية إلى اشتراط الملك فقط، جاء في الذخيرة:" من ملك المنفعة له المعاوضة عليها وأخذ عوضها "20.

بينما اشترط الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة- المالية، فينبغي لمن أراد الاعتياض عن شيء؛ أن يكون ذلك الشيء ماليا21.

ومسألة مالية المنفعة، التي تستتبع مالية الحقوق المجردة؛ هي التي سنعرض لها في المطلب الآتي.

المطلب الأول: موقف الفقهاء القدامى من مالية الحقوق المجردة

سبق أن بينا أن مسألة مالية الحقوق المجردة؛ هي تبع لمسألة مالية المنافع، وهذا ما سيتم بيانه في هذا المطلب؛ إلا أن طبيعة البحث تقتضي معرفة مدلول الشيء قبل التعرض للمسائل المتعلقة به.

[15] رد المحتار (80/5)
[16] منح الجليل (51/7)
[17] المنهاج بشرحه تحفة المحتاج (239/5-240)
[18] المغني (326/4)
[19] انظر دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، للدكتور محمد مصطفى أبوه الشنقيطي (701/2)
[20] الذخيرة (340/6)
[21] بدائع الصنائع (140/5)، مغني المحتاج (342/2)، شرح منتهى الإرادات (7/2)

معنى المنفعة

لغة:النفع ضد الضرّ، والمنفعة اسم ما انتفع به[22].

اصطلاحا:عرفها ابن عرفه بقوله:" ما لا يمكن الإشارة إليه حسًّا دون إضافة يمكن استيفاؤه غير جزء ممّا أضيف إليه ".

شرح التعريف:

قوله: "ما لا يمكن الإشارة إليه حسًّا": يحترز به عما يمكن الإشارة إليه حسًّا من الأعيان بنفسه، كالثّوب والدّابة.

قوله: " يمكن استيفاؤه": قيد أخرج به العلم والقدرة؛ لأنه لا يمكن استيفاؤهما.

قوله: "غير جزء ممّا أضيف إليه": أخرج به نصف الدّار مشاعا؛ لأنه يصدق عليه التعريف[23].

ويمكننا أن نلاحظ ما يلي:

-أن المنفعة في إطلاق الفقهاء يقصد به العَرَض الذي يقابل العين، يقول السرخسي:" المنفعة عرض يقوم بالعين، والعين جوهر يقوم به العرض، ولا يخفى على أحد التفاوت بينهما....." [24].

- ما دامت المنفعة عرضا، فإنها تحدث شيئا فشيئا بمرور الزمن، فيكون استيفاؤها كذلك؛ لأن المنافع لا تبقى وقتين بخلاف العين فإنها تبقى أوقاتا، وهذا شأن كل الأعراض[25].

-أن المنافع لما كانت متعلقة بالأعيان، فإنها تختلف وتتعدد تبعا لاختلاف أعيانها، فكل عين لها منافع تليق بطبيعتها، فالسكنى منفعة الدار، والقراءة منفعة الكتاب، والركوب منفعة ما يركب، ومنفعة الصناع فيما يقدمونه من أعمال وخدمات وهكذا[26]...، يقول الزنجاني:" كل عين لها هيئة تتميز بها عن الأخرى، وبها تستعد لحصول الغرض منها فهي منفعتها، وهذه الهيئات أعراض متجددة توجد وتفنى كسائر الأعراض..." [27].

مالية المنافع[28]

اختلف العلماء في اعتبار المنافع أموالا على قولين، ومما يجدر التنبيه إليه ما يلي:

1-أن المنافع التي لا تتعلق بالأعيان المالية؛ لا تعتبر مالا عند الجميع، فهي خارجة عن محل النزاع، ومن ذلك ما جاء في حق القسم، قال ابن قدامة:" فإن بذلت ليلتها بمال لم يصح، لأن حقها في كون الزوج عندها، وليس ذلك بمال، فلا تجوز مقابلته بمال"[29].

2-وإنما الخلاف واقع في المنافع المتعلقة بالأعيان المالية:

القول الأول: وهو مذهب الحنفية[30] والمالكية[31]، وقد نصّوا على أن المنافع ليست أموالا، وإنما تأخذ حكم المالية بالعقد؛ سواء كان هذا العقد صحيحا أم فاسدا، ويتسنى لنا معرفة ذلك من أمور ثلاث:

أولا: تعريفهم للمال: فمن خلال إدراك مفهوم المال؛ يمكن معرفة ما ينطبق عليه وصف المالية من الأفراد.

---

[22] لسان العرب المحيط (693/3)
[23] شرح حدود ابن عرفة (396)
[24] المبسوط (80/11)
[25] المبسوط (80/11)، وانظر نظرية المنفعة في الفقه الإسلامي، بحث أعد لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي، إعداد: تيسير محمد برمو، دمشق 2003(ص29)
[26] نظرية المنفعة في الفقه الإسلامي (29)
[27] تخريج الفروع على الأصول (225)
[28] يكون التركيز في عرض المسألة على مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة، وسيكون ذكر المذهب المالكي تبعا؛ ذلك أن الثمرة المرجوة من إثبات المالية هو جواز التصرف في الحقوق المجردة، وقد تم بيان أن المالكية لم يعتبروا وصف المالية حتى تجوز المعاوضة وإنما اعتبروا لذلك الملك.
[29] المغني (237/7)، وانظر مغني المحتاج (525/4)، وقد اقتصر الباحث في النقل على الشافعية والحنابلة؛ لأن الحنفية والمالكية لا يعدون المنافع أموالا سواء تعلقت بأعيان مالية أم غير مالية.
[30] المبسوط (79/11)، كشف الأسرار (93/4)، رد المحتار (307/2)، التلويح على التوضيح (370)، بدائع الصنائع (12/5)، تبيين الحقائق (47/5)، فتح القدير (489/10)
[31] الذخيرة للقرافي (281/8-283)

ثانيا: التنصيص على ذلك.

ثالثا: صنيعهم في الفروع الفقهية.

هذا والمعول في نسبة الأقوال إلى المذاهب الأمر الثاني –التنصيص-؛ إلا أنه يمكن اعتبار الأمر الأول من قبيل معرفة منشأ الأمر، والأمر الثالث تأكيدا وتطبيقا له.

أولا: تعريف المال:

عند الحنفية: قال ابن عابدين:" المراد بالمال: ما يميل إليه الطبع ويمكن ادّخاره32.

تحليل التعريف: الذي يظهر من خلال التعريف أن المالية عند الحنفية تقوم على أساسين اثنين، هما: العينية والعرف.

العينية: ويقصد بها أن يكون الشيء مادّيا ذا وجود خارجي، واستفيد ذلك من إمكان الادخار الذي نصّوا عليه في تعريفهم للمال.

وخرج بذلك المنافع، فلا يقع عليها اسم المال؛ لأنها أمور اعتبارية لا أعيان مادية.

العرف: ويقصد به أن يتعارف الناس تَمَوُّله، والحفاظ عليه، وإجراء البذل فيه، وكذا المنع، فما لم تجر التصرفات هذه في عين مادية؛ لا تكون مالا، كالإنسان الحرّ، والمحقّرات كحبة من قمح أو شعير.

ويكون الأساس الأول –العينية- كالقيد بالنسبة للأساس الثاني –العرف-؛ وعليه فما اعتاد الناس تموله وصيانته، وإجراء البذل فيه والمنع، مما ليس عينا مادية – لا يعتبر في نظر الحنفية مالا، وإنما يكون ملكا33، وهذا حال المنافع والحقوق المجردة.

والمقصود بالملك: ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص34.

ثانيا: التنصيص على عدم اعتبار المنافع أموالا

عند الحنفية: جاء في المبسوط:" والمعنى فيه أن المنفعة ليست بمال متقوم "35، وفي البدائع:" والمنفعة ليست بمال "36، وفي التلويح:" والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال؛ لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يدّخر للانتفاع به وقت الحاجة "37، وفي ردّ المحتار:" لأن المنفعة ليست بمال حقيقة "38

عند المالكية: قال القرافي:" ويدلنا على أن المنافع ليست مالا خمسة أوجه "39.

فهذه نصوص في غاية الصراحة، تفيدنا عدم اعتبار المنفعة مالا عند كل من الحنفية والمالكية.

ثالثا: الفروع الفقهية:

وأظهر مسألة يمكن من خلالها، بيان رأي المذاهب في مسألة الباب، هي قضية ضمان المنافع:

عند الحنفية: المنافع عند الحنفية لا تضمن بالغصب أو الإتلاف، وإنما يكون ضمانها بالعقد، كان هذا العقد صحيحا أم فاسدا، ويستوي في عدم الضمان قيام الغاصب للمنفعة باستعمالها والتصرف فيها، أو تعطليها وعدم استيفائها، وكذا عدم تمكين صاحبها أو غيره من الانتفاع بها؛ أي أنه جعلها تفوت دون استغلال أحد.

[32] رد المحتار (501/4)
[33] المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للزرقا (126)
[34] التلويح على التوضيح للتفتزاني (370)
[35] المبسوط (79/11)، والمقصود بالمتقوم: المال المباح الانتفاع به شرعا، انظر رد المحتار (501/4)
[36] بدائع الصنائع (12/5)، و(53/6)، و(285/6)
[37] التلويح على التوضيح (370)
[38] رد المحتار (307/2)، (51/5)، (380/5)، (692/6)
[39] الذخيرة (281/8)

فمن غصب دارا وسكنها، أو أجرّها، لا يضمن منفعتها، ولا يغرم أجرتها، ومن غصب دابة فركبها لا يضمن أجرتها، ومن سخّر حرّا – أي كلفه عملا بلا أجرة – أو أجبره على القيام بعمل ما، يأثم ويؤدّب على ما صنع؛ لكنه لا يضمن شيئا، ومن استعمل مالا لغيره دون إذنه لا يلزمه ضمان منفعته؛ أي لا يلزمه أجر المثل، وكذلك إذا غصبه ولم يستعمله لا يضمن منفعته ولا يغرم أرش المثل40.

التعليل: وقد علل الحنفية ما سبق تقريره؛ بأن المنفعة ليست مالا متقوما أصلا؛ فلا تضمن عند الإتلاف41.

القول الثاني: وهو مذهب الشافعية42 والحنابلة43، وقد نصّوا على أن المنافع لها حكم الأعيان المتعلقة بها؛ وعليه فمنافع الأعيان المالية تعدّ مالا.

ويعرف مذهبهم، من تعريفهم للمال، ومن التنصيص عليه، ومن صنيعهم في الفروع الفقهية، تماما كما هو الحال عند الحنفية والمالكية.

أولا: تعريفهم للمال:

عند الشافعية: عرف الشافعية المال بما نسبه السيوطي للشافعي في قوله:" لا يقع اسم المال؛ إلا على ماله قيمة يباع بها وتلزم متلفه"44.

عند الحنابلة: وعرفه الحنابلة في معرض كلامهم عن شروط المبيع فقالوا:" هو ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة"45.

وعرفوه أيضا بأنه:" ما يباح نفعه مطلقا، أي في كل الأحوال، أو يباح اقتناؤه بلا حاجة"46.

فالذي نلحظه من تعريف الشافعية والحنابلة للمال هو عدم اشتراط العينية، كما هو الحال عند الحنفية، وهذا ما يفيد إمكان إطلاق اسم المال على المنفعة.

ثانيا: تنصيصهم على اعتبار المنفعة مالا:

عند الشافعية: قال الزنجاني:" ومعتقد الشافعي ـ أن منافع الأعيان بمنزلة الأعيان القائمة في الماهية، وحقيقتها عند تهيؤ الأعيان واستعدادها بهيئتها وشكلها؛ لحصول الغرض منها، مثاله: أن الدار بسقوفها لتُهيأ لدفع الحرّ والبرد، وبحيطانها لدفع السرّاق والغصّاب عما فيها، وبأرضها لمنع الهويّ بسكانها إلى أسفل، وكذلك كل عين لها هيئة تتميز بها عن الأخرى، وبها تستعد لحصول الغرض منها؛ فهي منفعتها، وهذه الهيئات أعراض متجددة، توجد وتفنى كسائر الأعراض، وهي أموال متقومة؛ فإنها خلقت لمصالح الآدمي، وهي غير الآدمي، وإطلاق لفظ المال عليها أحق منه على العين، إذ الأعيان لا تسمى مالا إلا لاشتمالها على المنافع؛ ولذلك لا يصح بيعها بدونها"47.

عند الحنابلة: قال البهوتي:" ولأن المنفعة مال متقوم، فوجب ضمانه كالعين"48، وقال :" لأن منفعته مال يجوز أخذ العوض عنها فضمنت بالغصب"49، وقال أيضا:" ولأن المنفعة مال فوجب أن تضمن كالعين"، وقال ابن قدامه:" لأنه فوّت منفعته، وهي مال يجوز أخذ العوض عنها"50.

فهذه نصوص الشافعية والحنابلة دالة على اعتبار المنافع المتعلقة بالأعيان مالا.

---

[40] رد المحتار (206/6)، تبيين الحقائق (324/5)، العناية على الهداية (354/9)، وانظر نظرية المنفعة في الفقه الإسلامي ص153
[41] المبسوط (79/11)
[42] الأشباه والنظائر للسيوطي (238)، تخريج الفروع على الأصول للزنجاني (225-226)
[43] كشاف القناع (78/4)، شرح منتهى الإرادات (320/2)، المغني (175/5) و(162/7)
[44] الأشباه والنظائر للسيوطي (238)
[45] الإقناع بشرحه كشاف القناع (152/3)
[46] شرح منتهى الإرادات (8/2)
[47] تخريج الفروع على الأصول (225-226)
[48] شرح منتهى الإرادات (320/2)
[49] كشاف القناع (78/4)، و(80/4)
[50] المغني (175/5) و(162/7)

ثالثا: صنيعهم في الفروع الفقهية: ونأخذ ضمان المنافع مثالا لذلك

ذهب الشافعية[51] والحنابلة[52] إلى أن منافع الأعيان المملوكة – كمنفعة الدار والدابة ونحو ذلك- تضمن بالغصب والاعتداء.

وتعليل ذلك: أن الشرع قد قوّمها ونزّلها منزلة الأموال فكانت مضمونة، يقول العزّ ابن عبد السلام:" لأن الشرع قد قوّمها ونزّلها منزلة الأموال؛ فلا فرق بين جبرها بالعقود وجبرها بالتفويت والإتلاف؛ لأن المنافع هي الغرض الأظهر من جميع الأموال، فمن غصب قرية قيمتُها في كل سنة ألف درهم، وبقيت في يده سبعين سنة ينتفع بها منافع تساوي أضعاف قيمتها؛ ولم تلزمه قيمتها، لكان ذلك بعيدا من العدل والإنصاف الذي لم ترد شريعة بمثله ولا بما يقاربه..." [53].

وبعد عرض مذاهب العلماء في مسألة مالية المنافع، نصل إلى بيان الأدلة ومناقشتها:

الأدلة: واستدل كل من الفريقين على ما قرره بما يلي:

أدلة القول الأول: وفيما يلي عرض لأدلة الحنفية والمالكية على أن المنافع ليست أموالا:

أولا: أن صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتمول، والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى وقتين، ولكنها أعراض كما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى؛ فلا يتصور فيها التمول[54].

ويُردّ على ذلك، بأن المنافع متمولة، ودليل تمولها اعتياد الناس واعتبارهم لها في تجاراتهم ومعايشهم، والمنفعة باقية ما بقيت العين، وتجددها مستمر لبقاء العين، وأيضا فإن الإتلاف متصور في المنافع[55]؛ لأنه تقرر عندكم أن المنافع تتقوم في العقود، ويلزم من ذلك ضمانها، والضمان فرع الإتلاف.

ثانيا: أن التقوم –أي المالية- يحتاج إلى وجود الشيء وإمكان إحرازه، وهذا غير متحقق في المنافع فلم تكن مالا، قال السرخسي:" لأن المتقوم لا يسبق الوجود، فإن المعدوم لا يوصف بأنه متقوم، إذ المعدوم ليس بشيء، وبعد الوجود التقوم لا يسبق الإحراز، والإحراز بعد الوجود لا يتحقق فيما لا يبقى وقتين فكيف يكون متقوما"[56]

ثالثا: أن إثبات المالية للمنفعة بالعقد؛ اعتبر بخلاف القياس، وكان ذلك بإقامة العين المنتفع بها مقام المنفعة؛ لأجل الضرورة والحاجة، وكذلك الأمر في الصداق، ولا تتحقق مثل هذه الحاجة في غير ذلك، وما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا ينقاس[57]

ويُردّ عليه بأن المالية لم تثبت لاحتياج العقد إليها؛ لأن العقد قد يصح دون تقوم المنفعة كالخلع؛ فإن منافع البضع غير متقومة في حال الخروج عن العقد، وإن كانت متقومة في حال الدخول فيه؛ ولمّا صحّ مقابلتها بالمال حال الخروج وهي ليست متقومة، علمنا أن المنافع متقومة بنفسها دون العقد[58]

رابعا: أن المنافع لا تقوّم على المفلس، ولو كانت مالا لقوّمت ولسُدّ منها حق الدائنين[59]

وفيه نظر، فقد نصّ متأخرو المالكية على أن حق الخُلو، وهو من ملك المنفعة، يُسَدُّ منه حق الدائنين[60]؛ فامتنع الاستدلال.

خامسا: المنافع لا تجب فيها الزكاة؛ ولو كانت مالا لوجب فيها الزكاة شأنها شأن كل الأموال[61]

[51] مغني المحتاج (353/3)
[52] المغني (163/5)، كشاف القناع (111/4)، شرح منتهى الإرادات (297/2)
[53] قواعد الأحكام في مصالح الأنام (183/1)
[54] المبسوط (79/11)
[55] بيع الاسم التجاري، بحث الدكتور عجيل جاسم النشمي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد الخامس، الجزء الثالث، 1409ه-1988م (2313)
[56] المبسوط (79/11)
[57] المبسوط (79/11)
[58] انظر التوضيح بشرحه التلويح (371)
[59] الذخيرة (281/8)
[60] انظر منح الجليل (52/7)
[61] الذخيرة (281/8)

ويُردّ على ذلك بما ذكره الزركشي في منثوره عند كلامه عن مالية المنفعة حيث قال:" وينبغي أن يُخَرَّج فيها وجهان من الخلاف، فيما لو استأجر عقارا ليكريه بزيادة ويربح، فهل تلزمه زكاة للتجارة؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم؛ لأن المنافع مال، فكان التصرف فيها كالتصرف في الأعيان، والثاني: لا؛ لأن المنافع ليست بأموال حاصلة وإنما هو بعوض"62.

سادسا: أن الوصي لو توانى في عقار اليتامى فلم يؤجره لم يضمن، ولو تسبب أو أهمل شيئا من مالهم ضمنه، فدلّنا على أن المنافع ليست أموالا كالأعيان؛ لاختلاف الحكم فيهما63.

سابعا: أنه على أصل الشافعية والحنابلة:

-لو حلف إنسان على أن لا مال له، وله منافع بوصية، أو إجارة؛ لا يحنث في الأصح؛ لأن المفهوم من لفظ المال عند الإطلاق الأعيان.

-كما أنهم ذكروا أن الشخص لو أقر بمال وفسّره بمنفعة لم يقبل64، فدلنا ذلك على أن المنافع ليست أموالا.

أدلة القول الثاني: استدل الشافعية والحنابلة على أن المنافع مال بما يلي:

أولا: أن المال اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، والمنافع تحقق ذلك، وإنما تعرف مالية الشيء بالتمول، والناس يعتادون تمول المنفعة بالتجارة فيها؛ فإن أعظم الناس تجارة الباعة، ورأس مالهم المنفعة، وقد يستأجر المرء جملة ويؤجر متفرقا؛ لابتغاء الربح، كما يشتري جملة ويبيع متفرقا، وولي الصبي يستأجر له بماله فيصح منه، وبهذا تبين أن المنافع في المالية مثل الأعيان65.

ثانيا: أن الأعيان تزيد قيمتها المالية أو تنقص بحسب المنافع التي تستفاد منها، وما لا منفعة فيه لا يعد مالا، فإذا كانت المنافع هي أصل مالية الأعيان؛ فهي أولى أن تعتبر مالا66، أضف إلى ذلك أن الطبع يميل إليها، ويسعى في ابتغائها وطلبها، وتُنفق في سبيلها الأموال ويقدم لتحصيلها نفيس الأشياء، يقول العز بن عبد السلام:" لأن المنافع هي الغرض الأظهر من جميع الأموال، فمن غصب قرية قيمتُها في كل سنة ألف درهم، وبقيت في يده سبعين سنة ينتفع بها منافع تساوي أضعاف قيمتها؛ ولم تلزمه قيمتها، لكان ذلك بعيدا من العدل والإنصاف الذي لم ترد شريعة بمثله ولا بما يقاربه، وهذا كله في منافع الأعيان المملوكة"67.

ثالثا: أن المنفعة تصلح أن تكون صداقا، وشرط صحة التسمية؛ أن يكون المسمى مالا68؛ لقوله تعالى:﴿ أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين﴾69؛ فدلنا ذلك على أن المنفعة مال.

رابعا: أنكم تنصون –الحنفية- على أن المنافع تأخذ حكم المالية بالعقد؛ والعقد لا يصيّر ما ليس بمال مالا، بل صحة العقد متوقفة على المالية؛ فلو توقفت المالية لزم الدور70.

خامسا: أن المنافع تملك بالإرث والوصية، شأنها شأن المال، وقد تقرر أن الوصية بالمنافع معتبرة من الثلث؛ فكانت مالا كالرقاب71.

سادسا: أن الوصي يجوز له أن يبذل مال اليتيم في تحصيل المنافع؛ لأنها متقومة كالأموال72.

سابعا: أن المنافع يصح فيها الإذن والإباحة، كسائر الأموال فكانت مالا73.

---

[62] المنثور (292/2)
[63] الذخيرة (281/8)
[64] المنثور (292/2)، وانظر مغني المحتاج (220/6)
[65] المبسوط (78/11)
[66] الذخيرة (282/8)
[67] قواعد الأحكام (183/1)
[68] المبسوط (78/11)
[69] النساء 24
[70] الذخيرة (282/8)
[71] الذخيرة (282/8)، الحاوي (161/7)
[72] الذخيرة (282/8)
[73] الذخيرة (282/8)

المناقشة والترجيح:

بعد عرض أدلة الفريقين، يمكن أن نلاحظ ما يلي:

-أن طبيعة الأدلة التي استدل بها الفقهاء؛ على نوعين:

-الأول: ويعتبر الأساس الذي قامت عليه حجج الفريقين، وهو شرط العينية في الشيء حتى يعتبر مالا، وهذا الشرط هو ما يعبر عنه بالإحراز والبقاء، وقد كان مستند من منع مالية المنفعة، بينما شرط العرف محل اتفاق بين الفقهاء.

واشتراط العينية حتى يكون الشيء مالا؛ وبذلك تجوز المعاوضة عليه، يمكن أن يرد عليه مايلي:

*أن هذا الشرط من وضع الفقهاء؛ أي أنه مجرد اجتهاد؛ ذلك أنه لم يرد في الشرع ما يدل على مفردات المال، فالمال ليس له حقيقة شرعية وردت في كتاب أو سنة، وقد قرر الفقهاء أن الاجتهاد لا ينقض بمثله.

*أن من الحنفية من قال بجواز المعاوضة على جملة من المنافع، كحق الشرب عند مشايخ بلخ، والنزول عن الوظائف عند متأخري الحنفية؛ ومستند الجواز هو تعارف الناس ذلك ، والذي تقتضيه قواعد المذهب هو عدم الجواز؛ فالحاصل أن شرط العينية أصبح عائقا أمام ما تعارفه الناس واعتادوا المعاوضة عليه[74].

*أن شرط العينية دفع الحنفية إلى القول بأن العقود التي وردت على المنافع في الشرع؛ وردت على خلاف القياس فيقتصر عليها، والصحيح أن العقود لا تغيّر الحقائق؛ فما لم يكن مالا لا يصبح كذلك، كما أن هذا ينافي الأصل القائل: بأن الأصل في المعاملة الحل.

-الثاني: بينما باقي الاستدلالات من الجانبين؛ تعد نتيجة لما اعتبر مالا أو لم يعتبر كذلك.

ويمكن الإجابة عليه بما يلي:

أن المنافع والأعيان وإن اشتركت في وصف المالية؛ فإن طبيعتهما مختلفة، فليست كل الأموال مثل بعض، واختلاف الأحكام التي تقع على المنافع والأعيان هو تبع لاختلاف طبيعة كل منهما، وهذا لا يقدح في مالية المنافع في شيء.

وفي ضوء ما سبق يمكن القول؛ بأن الراجح من أقوال الفقهاء في هذه المسألة؛ هو ما ذهب إليه الاجتهاد الشافعي والحنبلي من اعتبار المنافع أموالا؛ ومدرك الترجيح أن حقيقة المال أسند تحديد ماهيتها إلى تعارف الناس ومعاملاتهم، والناس قد تعارفوا مالية المنافع؛ ذلك أنهم يبذلون أنفس ما يملكون لتحصيلها ويحرصون على تنميتها وعدم التفريط فيها.

كما أن كثيرا من المعاصرين الذين تفقهوا على مذهب الحنفية؛ رجّحوا ذلك وصدّوا عن رأي سابقيهم من أئمة المذهب، وهو ما سيتم بيانه في المطلب الآتي.

المطلب الثاني: مذهب الفقهاء المعاصرين[75] في مالية الحقوق المجردة

تكاد تجتمع كلمة العلماء المعاصرين على ضرورة اعتبار المنافع أموالا، وكذا الحقوق المجردة، وأن مذهب الحنفية يعد قاصرا في هذه المسألة.

يقول الدكتور محمد محروس المدرس الأعظمي:" إن الوصول إلى هذه النتيجة هي أمنية –كانت وما تزال- يسعى إليها علماء المذهب؛ لأنهم يرون قصور المذهب في هذه الجزئية"[76].

وقد ذكر المعاصرون جملة من الانتقادات والدوافع؛ التي حدت بهم إلى تبني الاجتهاد الشافعي والحنبلي في مسألة مالية المنافع:

[74] تبيين الحقائق (52/4)، رد المحتار (520/4)

[75] سنعرض في هذا النطلب لرأي جمع من العلماء المعاصرين الذين عرفوا بالتفقه على مذهب الحنفية

[76] مسألة بيع الحقوق والمنافع في فقه الحنفية للدكتور محمد محروس المدرس الأعظمي، بحوث فقهية من الهند، تقديم وإعداد الكتاب: سماحة الشيخ القاضي مجاهد الإسلام القاسمي (58) دار الكتب العلمية

الانتقادات:

أولا: وجود الاستثناءات يشعر بضعف الأصل المقرر

ذلك أن الحنفية لم يطرد أصلهم في عدم اعتبار المنافع أموالا، فقد نص متأخروهم على أن منافع كل من الوقف ومال اليتيم والأعيان المُعَدّة للاستغلال مضمونة، وهذا خلاف أصل المذهب، وكذا الأمر بالنسبة إلى ما ذهب إليه مشايخ بلخ في حق الشرب، ورواية ابن سماعة في حق المرور، وما نص عليه المتأخرون في حق النزول عن الوظائف، يقول الدكتور فتحي الدريني:" ويبدو على اجتهاد الحنفية الصناعة الفقهية؛ ولذا لم تسعفهم في وقائع كثيرة؛ أدّى الأخذ بها إلى مجافاة المصلحة والعدل؛ فعمدوا إلى ما يسمونه بالاستحسان، كما في غصب مال اليتيم وغصب أموال بيت المال، وغصب منافع المعدّ للاستغلال، وكثرة الاستثناءات هذه تؤذن بضعف المناط العام عندهم"77.

ثانيا: النزعة المادية ظاهرة في تقرير مفهوم المال عند الحنفية

يقول الشيخ الزرقا:" هذا ومن الواضح أن نظرية الاجتهاد الشافعي والحنبلي؛ في إلحاق المنافع بالأعيان في المالية والتقوم الذاتي؛ هي أحكم وأمتن وأجرى مع حكمة التشريع ومصلحة التطبيق وصيانة الحقوق؛ من نظرية فقهائنا في الاجتهاد الحنفي؛ فإن اعتبار المنافع غير ذات قيمة في نفسها ليس عليه دليل واضح قوي من أدلة الشريعة، لا من نصوصها ولا من أصولها، وإنما هو غلو في النزعة المادية بنظرية المال والقيمة في الاجتهاد الحنفي"78.

الدوافع . ويقصد بها المسوغات التي حذت بالمعاصرين إلى القول بمالية المنافع.

أولا: النظر في المعنى اللغوي للمال

فالمعنى اللغوي للمال هو ما ملكته من كل شيء، والشيء في اللغة يطلق على الموجود والمعدوم والممكن والواجب؛ فيتضح لنا أن المنافع تعد أموالا بالحقيقة الوضعية اللغوية79.

ثانيا: أن معنى المال اصطلاحي، وليس ثابتا بنص كتاب أو سنة

فهو ثابت بالاجتهاد، ولا مانع من ترك اجتهاد إلى اجتهاد آخر؛ إذا كان الأخير أقرب إلى الصحة والصواب، يقول أبو زهرة:" وذلك لأن الكتاب الكريم والسنة الشريفة جاءت فيها كلمة المال، وترك للناس فهمها بما يعرفون ويألفون، وأطلقت على ما كانوا يجرون في معاملاتهم، ولم يرد عن صاحب الشرع بيان خاص للمال حتى يكون عرفا إسلاميا"80.

ثالثا: وجود نصوص فقهية عند الحنفية؛ فيها اعتبار المنافع أموالا

منها ماجاء في بيان شرائط الموصى به، قال الكاساني:" منها أن يكون مالا....وأن يكون مالا متقوما.....سواء أكان المال عينا أو منفعة عند العلماء كافة"81، وقال أيضا:" أما الوصية بالمال فحكمها ثبوت الملك في المال الموصى به للموصى له، والمال قد يكون عينا وقد يكون منفعة"82.

رابعا: اتساع قواعد المذهب من جهة أحكام العرف83

ذلك أن العرف أصل قوي في مذهب الحنفية، يقول ابن عابدين:" اعلم أن المسائل الفقهية إما: أن تكون ثابتة بصريح النص، وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتهاد أو رأي، وكثير منها ما يبنيه المجتهد على عرف أهل زمانه، بحيث لو كان في زمن العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولا"84، وقد تعارف الناس في هذا الزمان مالية المنافع، فينبغي الأخذ به وترك ظاهر الرواية، يقول أبو زهرة:" وإن العرف العام في الأسواق والمعاملات المالية؛ يجعل المنافع غرضا ماليا، ومتجرا يُتَّجَر فيه، فالخانات والأسواق والبيوت التي تعد للاستغلال بسكناها؛ إنما تتخذ فيها المنافع متجرا ومستغلا؛ تدُّر على أصحابها الدّرّ الوفير؛ فدلّ هذا على أن العرف العام يعتبر المنافع أموالا

[77] حق الابتكار في الفقه الإسلامي، الدريني (32)
[78] المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مصطفى أحمد الزرقا (218)
[79] مسألة بيع الحقوق والمنافع في فقه الحنفية للدكتور محمد محروس المدرس الأعظمي(58-59)، وانظر معنى الشيء (48-49)
[80] الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة (48)
[81] بدائع الصنائع (352/7)
[82] بدائع الصنائع (385/7)
[83] مسألة بيع الحقوق والمنافع في فقه الحنفية للدكتور محمد محروس المدرس الأعظمي (62)
[84] مجموع رسائل ابن عابدين (125/2)

تبتغى"85، ويقول علي الخفيف:" واعتبار المنافع من الأموال هو أوجه الرأيين؛ لأنه المتفق مع عرف الناس والمُتَّسق مع أغراضهم ومعاملاتهم؛ فهم لا يبتغون الأعيان إلا طلبا لمنافعها، ولأجلها يستعيضونها بالنفيس من أموالهم، وما لا منفعة له لا رغبة فيه ولا طلب له، وإذا طلب عدّ طالبه من الحمقى والسفهاء وربما حجر عليه، ولذا كان في المنافع مجال واسع لمعاملاتهم المالية، وليس أدل على ذلك من إقامة الخانات والفنادق والحوانيت والأسواق وبناء دور السكنى وإنشاء السكك الحديدية وبناء البواخر، وما إلى ذلك مما هو معد للاستغلال بالاستعاضة عن منافعه؛ ولذا جاز أن يعتاض عن المنافع بالمال"86.

خامسا: أن للمنافع قيمة كبرى في هذا العصر، وإهمالها حيف وظلم تأباه الشريعة

يقول علي حيدر:" وللمنافع قيمة كبرى في هذا الزمان، كما لو أنشأ أحد بنفسه قصرا للاصطياف، وكان أجر المثل السنوي لهذا القصر سبعين جنيها، فانتهز شخص آخر غياب صاحب القصر وسكنه مدة ثلاث سنوات غصبا؛ فعلى رأي الأئمة الحنفية، لا يلزمه أجر، أما عند الشافعي فيلزمه، وبما أن المتأخرين من فقهاء الحنفية قالوا بضمان المنفعة في مال الوقف واليتيم، فيجب على فقهاء عصرنا هذا أن يتشاوروا ويتخذوا قرارا بخصوص قبول مذهب الشافعي في عموم منافع الأموال، وأن يستحصل على إرادة سنيّة بالعمل به"87.

المطلب الثالث: صيغ التبادل (النقل) في الحقوق المجردة

الفرع الأول: النقل أو التمليك

ويقصد بالتمليك: نقل الملك وإزالته إلى مالك آخر88، وله صور هي : البيع، والإجارة، والصلح – إذا كان على دعوى المال-، والهبة، والصدقة، والإعارة، والوصية.

وقد وقع الخلاف بين الفقهاء في تمليك الحقوق المجردة، إلا أنه يجدر التنبيه إلى أن أظهر مسألة تعرض لها الفقهاء في تمليك الحقوق المجردة؛ هي مسألة الاعتياض سواء كان عن طريق البيع أو عن طريق الصلح، وأحيانا بالإجارة، بينما باقي صور التمليك هي تبع لما سبق، ولذلك سنعرض لخلاف الفقهاء في الاعتياض عن الحقوق المجردة.

مذهب الحنفية:

من خلال ما تم بسطه في الفصل الأول عند الكلام عن أنواع الحقوق المجردة؛ نميّز تطورا في المذهب الحنفي في مسألة الاعتياض عن الحقوق المجردة، ويمكن القول أن هناك خلافا بين متقدمي الحنفية ومتأخريهم:

متقدمو الحنفية:

نصّ متقدمو الحنفية على أن الحقوق المجردة لا تقبل الاعتياض عنها، إن بالبيع أو الصلح أو الإجارة، وكذا لا تحتمل التمليك بباقي صوره، كالهبة والإعارة، والصدقة.

واستندوا في ذلك على ما يلي:

-أن الحقوق المجردة ليست مالا؛ فلم تحتمل الاعتياض، وبذلك لا يجوز تمليكها.

-أن الاعتياض يفتقر إلى التسليم، وهذا ما لا يمكن تحققه في هذه الحقوق.

_أن في الاعتياض عنها جهالة، والجهالة من شأنها أن تبطل العقود89.

وخالف بعضهم في جزئيات معينة؛ نظرا لتعارف الناس المعاوضة عليها، كحق الشرب عند مشايخ بلخ، وحق المرور في رواية ابن سماعة90.

---

85 الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة (53)
86 أحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف (27)
87 درر الحكام شرح مجلة الأحكام (686/1)
88 الموسوعة الفقهية (227/4)
89 تبيين الحقائق (52/4)، فتح القدير (429/6)، العناية شرح الهداية (429/6)
90 فتح القدير (429/6-430)، الفتاوى الهندية (294/6)، غمز عيون البصائر (371/1)

واستثنى متقدمو الحنفية من صور التمليك: الوصية، فأجازوا الوصية بالحقوق المجردة المالية، وتعتبر الوصية من الثلث؛ ومستند استثناء الوصية من صور التمليك؛ أن الوصية تمليك بعد الموت فهي كالميراث؛ ومادامت الحقوق المجردة المالية تحتمل التوريث فهي تحتمل الوصية كذلك[91].

متأخرو الحنفية: نحى متأخرو الحنفية منحى آخر في مسألة الاعتياض عن الحقوق؛ ذلك أنهم لم يجعلوا معيار جواز الاعتياض؛ كون الحق مجردا أو متقررا، وإنما نظروا إلى سبب المشروعية؛ أي هل هذا الحق مشروع لإزالة الضرر فلا يجوز الاعتياض عنه؟، أم هل هذا الحق مشروع أصالة لا لدفع الضرر فيجوز الاعتياض عنه، سواء كان هذا الحق مجردا أم متقررا[92].

والذي أدى بمتأخري الحنفية إلى إحداث هذا المعيار هو العرف الذي صادم ما تقرر عند المتقدمين منهم، وقد تمّ بيان ذلك في حق النزول عن الوظائف.

كما تجدر الإشارة إلى أن هذا المنحى – النظر إلى سبب المشروعية – لم يستحدثه الحنفية، وإنما هم فيه تبع للشافعية والحنابلة، فقد منعوا من الاعتياض عن الحقوق التي شرعت لدفع الضرر كحق القسم بالنسبة للزوجة، وحق الشفعة.

مذهب المالكية: من خلال ما سبق بيانه؛ يظهر لنا أن المالكية أوسع المذاهب في مسألة الاعتياض عن الحقوق المجردة وبالتالي تمليكها؛ ذلك أن المالكية لم يشترطوا مالية الحقوق حتى يجوز الاعتياض عنها؛ وإنما اشترطوا الملك؛ أي أن من ملك الحق والمنفعة؛ جاز له التصرف فيها بالاستيفاء والتمليك بعوض وبغيره، بخلاف من ملك الانتفاع؛ فإنه لا يجوز له إلا الانتفاع الشخصي، يقول القرافي مقررا هذا المعنى:" من ملك المنفعة له المعاوضة عليها وأخذ عوضها، ومن ملك أن ينتفع ليس له المعاوضة، كسكنى المدارس والربط والجلوس في المساجد والطرق؛ ليس لأحد أن يؤجر مكانه في المسجد أو المدرسة أو الطريق؛ لأنه لم يملك المنفعة، بل يملك أن ينتفع بنفسه فقط[93].

والذي يظهر من خلال نص القرافي أن الفرق بين ملك المنفعة وملك الانتفاع هو كالآتي:

- أن مالك المنفعة له سلطة التصرف بنفسه، أو بتمكين غيره، بينما مالك الانتفاع ليس له ذلك، وإنما له الانتفاع بنفسه فقط.

- مالك المنفعة له المعاوضة على المنفعة بخلاف مالك الانتفاع ليس له ذلك.

مذهب الشافعية والحنابلة: ويعد الشافعية والحنابلة مذهبا وسطا بين الحنفية والمالكية، فهم ذهبوا إلى جواز الاعتياض عن حقوق مجردة دون أخرى؛ وبذلك يمكننا وضع معالم أو شروط المذهبين في جواز الاعتياض عن الحقوق المجردة- ويمكن أن يُعدّى إلى الحقوق جميعا-، وهي كالآتي:

- الحقوق المجردة التي يجوز الاعتياض عنها؛ هي التي تتعلق بأعيان مالية، بينما التي لا تتعلق بأعيان مالية لا يجوز الاعتياض عنها بمال، وذلك كحق القسم بالنسبة للزوجة[94].

- الحقوق المجردة التي تثبت لإزالة الضرر؛ لا يجوز الاعتياض عنها؛ لأن الاعتياض عنها فيه إشعار بأن لا ضرر؛ فيبطل العوض لبطلان مُعَوَّضِه، كما هو الحال في حق الشفعة وحق القسم[95].

- الحقوق التي لا حاجة للناس إليها، وفيها جهالة لا يجوز الاعتياض عنها، كحق الشرب عند الشافعية، في حين تغتفر الجهالة إذا كان الناس في حاجة إلى الحق، كحق المرور، والتسييل.....[96].

- لا بد أن يكون متعلق الحق مملوكا؛ وإلا لم يجز الاعتياض عنه، كحق الشرب عند الحنابلة، فإن الماء الذي تعلق به الحق لا يملك[97].

- لا بد أن يكون الحق من ملك المنفعة لا من ملك الانتفاع؛ حتى يجوز الاعتياض عنه، وذلك كحق التحجير لما كان من قبيل ملك الانتفاع لم تجز المعاوضة عليه[98].

---

[91] البحر الرائق شرح كنز الدقائق (246/8)، بدائع الصنائع (189/6-190).
[92] رد المحتار (520/4)
[93] الذخيرة (340/6-341)
[94] مغني المحتاج (425/4)، تحفة المحتاج (435/7)، المغني (237/7)، شرح منتهى الإرادات (51/3)
[95] أسنى المطالب (378/2)، كشاف القناع (402/3)
[96] مغني المحتاج (521/3)
[97] المغني (320/4)
[98] مغني المحتاج (504/3)، المغني (321/5)

الترجيح: والذي يظهر للباحث أن الراجح هو ما قرره المالكية من اشتراط ملكية المنفعة لا غير؛ ويرجع ذلك إلى ما يلي:

-أن أساس منع تمليك الحقوق المجردة عند الحنفية؛ هو عدم ماليتها، وقد ثبت ضعف هذا الرأي فيما سبق.

-أن مذهب الحنفية فيه تضييق على الناس في استعمال حقوقها، بنفسها أو بتمكين الغير من استيفاء الحق بعوض أو بغيره؛ ذلك أن من أراد استعمال حق مجرد للغير؛ لم يكن له من سبيل إلا أن يسقط مالك الحق ملكه بغير عوض، وذلك متعذر؛ لأن الأصل أن يتشاحّ الناس فيما يملكون.

-أن الحنفية أنفسهم اضطروا إلى مخالفة ما قرره أئمتهم؛ وهذا يشعر بضعف مذهبهم، قال ابن عابدين في مسألة النزول عن الوظائف:" فالمسألة ظنية والنظائر المتشابهة للبحث فيها مجال..."99.

-أن الشافعية والحنابلة وإن كان مذهبهم قريبا من مذهب المالكية في التطبيق؛ إلا أنه انخرم في مسألة النزول عن الوظائف بمال، فالوظيفة ليست حقا متعلقا بعين مالية، وإنما هي أمر اعتباري لا وجود له إلا فيما تواضع عليه الناس، وكان الأحرى بما تقرر عندهم؛ عدم جواز أخذ العوض عن النزول عن الوظائف، والذي جعلهم يشرعون ذلك؛ هو تعارف الناس هذه المعاملة.

-أن اشتراط الشافعية والحنابلة كون الحق مشروعا أصالة لا لدفع الضرر؛ حتى يجوز الاعتياض عنه؛ لأن في الاعتياض عنه إشعارا بانتفاء الضرر الذي شرع لأجله الحق – مَحَلُّ نظر؛ ذلك أن الإنسان قد يتحمل ضررا لدفع ضرر أكبر منه، وليس بالضرورة أن يكون تركه لحقه لازما لانتفاء الضرر، وصنيع صفية τ مع عائشة τ فيه دليل على ذلك؛ فقد تنازلت عن ليلتها؛ لدفع ضرر أكبر وهو دفع ما وجد رسول الله ρ في نفسه منها.

- وبقي مذهب المالكية مطردا؛ فهو لم يتخلف في حق من الحقوق؛ فكان أولى بالترجيح، أضف إلى ذلك أنه يفتح مجالا أوسع وأرحب في الاستفادة من الحقوق بالاعتياض عنها.

الفرع الثاني:الإسقاط:

ومعنى الإسقاط: إزالة الملك أو الحق، لا إلى مالك ولا إلى مستحق، وتسقط بذلك المطالبة به، فالساقط ينتهي ويتلاشى ولا ينتقل، وذلك كالطلاق والعتق والعفو عن القصاص، والإبراء من الدين100.

هذا والإسقاط على ضربين: إسقاط بعوض، وإسقاط بغير عوض.

الإسقاط بغير عوض: وهو الإسقاط المحض، والأصل أن الحقوق المجردة تقبل الإسقاط المحض؛ ذلك أن من ملك الحق له أن يستوفيه وله أن يتركه.

أضف إلى ذلك أن الإسقاط المحض يتم بإرادة المسقط وحده، ولا يحتاج إلى موافقة من أسقط له الحق؛ لأن جائز التصرف لا يمنع من إسقاط حقه؛ ما دام لم يمس حق غيره101.

الإسقاط بعوض: الإسقاط بعوض له حكم المعاوضة؛ فما جاز فيه الاعتياض، جاز إسقاطه بعوض؛ وعليه ما قيل في مسألة التمليك يقال هنا.والإسقاط بعوض يخالف الإسقاط المحض؛ في اشتراط قبول الطرف الآخر حتى ينفذ في الجملة؛ لأن الحكم متوقف على قبول دفع العوض من الطرف الآخر؛ إذ المعاوضة لا تتم إلا برضى الطرفين.

وجدير بالذكر: أن الإسقاط بعوض يطلق على ما كان من الحقوق أمرا اعتباريا، كالمبيت في حق القسم، قال عليش:" في إطلاق لفظ البيع على هذا تجوز؛ لأن المبيع لا يكون إلا ذاتا، وإنما هو إسقاط بعوض "102، وكذا الأمر في النزول عن الوظائف بمال: قال البهوتي:" لكن النزول عنه بعوض على غير وجه البيع جائز، كما ذكره ابن نصر الله، قياسا على الخلع "103.

---

99 رد المحتار (520/4)

100 أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي، د: أحمد صويعي شلبيك (18)، الموسوعة الفقهية (226/4)، موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي (233/8-234)

101 أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي (66)، الموسوعة الفقهية (230/4)، موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي (250/8-251)

102 منح الجليل (541/3)

103 شرح منتهى الإرادات (368/2)

الفرع الثالث:الإرث:

وقد عبر عليه بعض الفقهاء بقوله:" حق قابل للتجزي يثبت لمستحقه بعد موت من كان له ذلك لقرابة بينهما أو نحوها"[104].

والحقوق المجردة كغيرها من الحقوق؛ ينطبق عليها ما قرره العلماء؛ من أن الحقوق إذا كانت متعلقة بمال فتورث، على خلاف الحقوق التي لا تتعلق بالأموال فإنها لا تورث.

قال القرافي مؤكدا هذا المعنى:" أن كل ما كان مالا أو متعلقا بالمال انتقل؛ لأن الوارث يرث المال فورث متعلقاته، وكل ما هو متعلق بالنفس كالنكاح، أو بالعقل والرأي كخيار اشترطه المتبايعان والوكالة؛ فلا ينتقل؛ لأن جسمه وعقله ورأيه لا يورث"[105].

لذلك كانت الحقوق المجردة المتعلقة بالمال محلا للإرث، كحقوق الارتفاق وحق الخلو.

بينما لم تكن الحقوق المجردة التي لا تتعلق بالمال محلا للإرث، كحق القسم وحق الوظيفة.وقد وقع الخلاف في حق الشفعة؛ هل يصلح محلا للإرث أم لا؟

وسبب الخلاف مردّه إلى اعتبار حق الشفعة حقا ماليا عند الجمهور فيورث، أم حقا متعلقا بشخص الشفيع كما هو رأي الحنفية فلا يورث.

المبحث الثاني: نماذج معاصرة للحقوق المجردة ويشتمل على ثلاثة مطالب

المطلب الأول: حق التأليف

معنى التأليف: لغة: جاء في لسان العرب:" ألّفت بينهم تأليفا، إذا جمعت بينهم بعد تفرق، وألّفت الشيء تأليفا إذا وصلت بعضه ببعض، ومنه تأليف الكتب "[106].

اصطلاحا:لا يختلف المعنى الاصطلاحي للتأليف عن المعنى اللغوي له، فهو يرجع إلى جمع مادة معرفية تخص موضوعا معينا وعرضها في ترتيب منطقي يجعلها قابلة لتحصيل النفع المرجو منها.
وقد ذكر بعضهم مقاصد التأليف في قوله:" اختراع معدوم، وجمع مفترق، وتكميل ناقص، وتفصيل مجمل، وتهذيب مطول، وترتيب مخلط، وتعيين مبهم، وتبيين خطأ "[107].

فهذه أنواع التأليف مجملة، وكلها يتعلق بها الحق موضوع المسألة؛ لأنها اتصفت بمقدار من الإبداع أكسبها ذلك الحق، أضف إليها ما يعرف حاليا بـ: الترجمة والتحقيق.

ويظهر الجهد الإبداعي في عمل الترجمة؛ في دقة الفهم للمعاني المترجمة، أضف إلى ذلك إظهار هذه المعاني في ثوب قشيب، يتحقق به إيصال ما أراده مؤلف الكتاب المترجَم في أبهى صورة له[108].

بينما يكمن الإبداع في التحقيق؛ في إخراج نص المخطوط إخراجا سليما كما أراده مؤلفه الأصلي، مع بيان ما يشكل فيه من الأمور، وعزو ما يحتاج إلى عزو منها.

ويتحصل لنا بعد هذا العرض الموجز؛ أنواع التآليف التي يتعلق بها الحق موضوع الدراسة.

حق التأليف: ويقصد به ما يثبت للمؤلف من الحقوق والامتيازات تجاه مؤلفه الذي قام بإعداده

وتحسن الإشارة إلى أن الدراسات القانونية لهذا النوع من الحقوق؛ قد فاقت الدراسات الشرعية من حيث العدد، وكذا من حيث استيعاب جوانب الموضوع بالعرض والمناقشة والتقنين.

---

[104] الموسوعة الفقهية (17/3)
[105] الذخيرة (215/6)
[106] لسان العرب المحيط (83/1)
[107] قواعد التحديث للقاسمي (38)، وانظر المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، محمد عثمان شبير (59)
[108] انظر حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، فتحي الدريني (10)

في حين اقتصرت الدراسات الشرعية على مسألة مالية هذا الحق، وما تستتبعه من معاوضة وإرث.وحق التأليف اجتمع فيه حقّان: الأول خاص والثاني عام:

الحق الخاص: وهو حق المؤلف نفسه، وهو ما اصطلح عليه بالحقوق الأدبية والحقوق المالية للمؤلف، وسيأتي بيانها.

الحق العام: وهو حق للأمة؛ لحاجتها لما في المصنف من علوم ومعارف، فليس للمؤلف أن يمنع الأمة من الانتفاع بمؤلفه إذا قرر نشره.

وحصر الحق العام في ثلاثة صور هي:

الاقتباس: بشرط العزو إلى صاحب الكتاب.

الترجمة: إلى لغة أخرى.

حق الدولة عند ممانعة المؤلف من نشر مؤلفه مع قيام الحاجة إليه[109].

وقد أثبت القانونيون نوعين من الحقوق المتعلقة بالتأليف وهي: الحقوق الأدبية والحقوق المالية.وسنعرض لبيان موجز للحقوق الأدبية المتعلقة بالتأليف؛ لما لها من الأهمية البالغة، ثم نعقب ذلك بعرض للحق المالي، وهو الموضوع الألصق بهذه البحث.

الحقوق الأدبية:يثبت للمؤلف عدد من الحقوق، اصطلح عليها أهل القانون بالحقوق الأدبية، وهي كالآتي:
أولا: حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه[110]:

ومعنى ذلك أن للمؤلف وحده السلطة الكاملة؛ في أن يقرر ما إذا كان مؤلفه قد أصبح في صورة تجعله صالحا للنشر أم لا.

ويمنح هذا الحق امتيازات للمؤلف هي:

-أن للمؤلف وحده دون غيره الحق في تحديد ما إذا كان مصنفه قد اكتمل وأصبح قابلا للنشر[111].

-أن للمؤلف وحده الحق في تحديد شكل مؤلفه وطريقة الإعلان عنه؛ هل يطبع في كتاب أو في غيرها من أنواع الطباعة كالمجلات وما شابه...؟ [112]

-أن للمؤلف وحده الحق في تحديد وقت معين لنشر مصنفه، كافتتاح مواسم الدراسة بالنسبة للكتب المدرسية أو انتظار معرض من المعارض... [113].

ثانيا: حق المؤلف في نسبة مصنفه إليه[114] ويقصد به حق المؤلف في المطالبة بالاعتراف بأن المصنف الذي أعده هو من إنتاجه، وإيصال هذا المصنف إلى الجمهور مقرونا باسمه ولقبه ومؤهلاته العلمية، وذلك بشكل بارز على كل نسخة من نسخ المصنف، وهو ما اصطلح عليه بأبوته للكتاب.

ويثبت هذا الحق للمؤلف الامتيازات الآتية:

-حق المؤلف في كتابة اسمه واسم عائلته ومؤهلاته العلمية، وغير ذلك مما قد يساعد على التعريف بشخصيته إلى الغير، ويلتزم الناشر بما يريده المؤلف في ذلك كله[115].

[109] انظر فقه النوازل (2/124-125)، حق الابتكار في الفقه الإسلامي (121)
[110] قانونا حماية المؤلف والرقابة على المصنفات، خاطر لطفي (42)، حق المؤلف، نواف كنعان (93-94)، المدخل للعلوم القانونية، عبد المنعم البدراوي ص521، مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جنائيا، د: أحمد الخمليشي (165)، نظرية الحق، محمد حسين منصور (138)
[111] مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جنائيا (165)، حق المؤلف، نواف كنعان (95)
[112] حق المؤلف، نواف كنعان (96)
[113] حق المؤلف، نواف كنعان (97) مع أن كثيرا من هذه الأمور غير محترمة غالبا، نتيجة تسلط الناشرين؛ إلا في حالة كون المؤلف ذا اسم مشهور ومرغوب.
[114] نظرية الحق (142)، حق المؤلف، نواف كنعان (104-105)، حماية الملكية الفكرية، عبد الحميد المنشاوي (43)،المدخل للعلوم القانونية (522)، مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جنائيا (187)
[115] مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جنائيا (187)، نظرية الحق (142)، حق المؤلف، نواف كنعان (106)

-حق المؤلف في أن ينشر مصنفه تحت اسم مستعار، أو دون ذكر اسم عليه أصلا، مع بقاء حقه ثابتا في الكشف عن شخصيته والإعلان على أنه هو المؤلف116.

-حق المؤلف في دفع الاعتداء عن اسمه، سواء كان هذا الاعتداء تحريفا للاسم أو إضافة الكتاب إلى غير مصنّفه، أو أي اعتداء من شأنه أن يشوه المؤلف، واصطلح عليه بحق الاحترام117 ، فيثبت له المطالبة بتصحيح التحريف، وكذا بإضافة الكتاب إليه إذ هو مؤلفه وصاحبه118.

-التزام كل من ينقل عن الكتاب – وذلك فيما يسمح له نقله عادة الإحالة على الكتاب ومؤلفه، وهذا ما عرف بالأمانة العلمية119.

والملاحظ أن هذا الحق بامتيازاته، تقرره الشريعة الإسلامية بأصولها وقواعدها؛ ذلك أن الإنسان حر في التصرف في ملكه ما لم يضر بالآخرين، كما يحرم شرعا على الإنسان أن ينتحل شيئا لغيره وينسبه لنفسه وقد قال ﷺ: المتشبع بما لم يعط كلابس ثوبي زور120.

ثالثا: حق المؤلف في تعديل مصنفه: ذلك أنه يطرأ للمؤلّف من الأمور ما تجعله يضفي على تأليفه تعديلا؛ إن بتغيير في آرائه، أو بزيادة في مباحث الكتاب أو بحذف وهكذا ...، ويثبت للمؤلف هذا الحق بشرط دفع عوض مالي إذا تعرض المتعهد بالنشر للضرر من جراء هذا التعديل121.

رابعا: حق المؤلف في سحب مصنفه من التداول: وهذا موضع خلاف بين القوانين الوضعية، فمن معترف به، ومن مانع له ، في حين اشترط المعترفون بهذا الحق وجود أسباب خطيرة تدفع لذلك122، وأضاف القانون المصري تقدير الأسباب إلى قاض مختص123، واعترض عليه بأن تحديد خطورة السبب أمر إضافي وهذا يوقع في الاختلاف، كما أن الأمور القضائية تأخذ زمنا طويلا مما يؤدي إلى بقاء المصنف تحت التداول، وهذا خلاف ما يريده المؤلف124.

والذي يظهر أن المسألة إذا تعلقت بالكتاب – وهو موضوع مسألتنا – فالأمر يسير نوعا ما؛ ذلك أن للمؤلف أن يكتب مقالا أو كتابا؛ يبين فيه أن كتابه غير صالح للتداول وأنه قد تراجع مثلا عن كل ما قيل فيه، ولا يعفيه هذا من التزام التعويض المالي إذا لحق بالناشر ضرر من جراء ذلك.

وإنما تعظم المشكلة في المصنفات الأخرى كالفنية منها، في حال توبة صاحبها مع بقاء ما كان عليه من فسق وفجور متداول بين الناس – والله أعلم -.

الحق المالي: والمقصود به:" إعطاء كل صاحب تأليف حق احتكار استغلال إنتاجه بما يعود عليه من منفعة أو ربح مالي "125؛ أي احتكار حق النشر للمؤلف.

والفرق بين الأدبي والمالي يكمن في:

الأول: أن الحق الأدبي لا يجوز التصرف فيه وبالتالي لا تجوز المعاوضة عليه، ذلك أن الحق الأدبي متعلق بشخصية الإنسان وعقله، وأن من اعتاض عليه أو تنازل عنه؛ يعد متنازلا عن جزء من شخصيته وهذا غير مقبول126.

الثاني: الحق الأدبي مؤبد، بينما الحق المالي مؤقت بحياة المؤلف وبالسنوات التي ينتقل فيها إلى الورثة على اختلاف بين القوانين في تحديدها127.

---

[116] المدخل للعلوم القانونية (522)، حق المؤلف، نواف كنعان (107-108)، حماية الملكية الفكرية، عبد الحميد المنشاوي (44)، نظرية الحق (142)
[117] حق المؤلف، نواف كنعان (124-125)، المدخل للعلوم القانونية (522)
[118] حماية الملكية الفكرية (43)، حق المؤلف، نواف كنعان (108)، ، المدخل للعلوم القانونية (522)
[119] حق المؤلف، نواف كنعان (109)
[120] رواه البحاري في صحيحه، كتاب: النكاح، باب: المتشبع بما لم ينل، (2001/5/رقم4921).

[121] حماية الملكية الفكرية (41)، نظرية الحق (142)، مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جنائيا (174)
[122] حق المؤلف، نواف كنعان (118)،
[123] المدخل للعلوم القانونية (522)، مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جنائيا (176)، نظرية الحق (144)
[124] حق المؤلف، نواف كنعان (120)
[125] حق المؤلف، نواف كنعان (129)
[126] فقه النوازل (131/2)، حق المؤلف، نواف كنعان (85)، المدخل للعلوم القانونية (522)، نظرية الحق (144)
[127] فقه النوازل (131/2)، حق المؤلف، نواف كنعان (85)، المدخل للعلوم القانونية (523)، نظرية الحق (145)

الطبيعة الفقهية لحق المؤلف في احتكار حق النشر: هذا الحق هو حق مجرد128 حسب اصطلاح الحنفية، ذلك أنه ينفصل عن محله الذي هو الكتاب، وأن إسقاطه أو استعماله لا يحدث أثرا بمحله – عين الكتاب –

وهو حق مشروع أصالة لا لدفع الضرر، ذلك أن سبب ملك المؤلف له هو إبداعه الذي نشأ عن العقلية العلمية التي هي جزء من شخصه، كما أنه لا ضرر يلحق بطرف آخر في استعمال هذا الحق أو تركه، خلافا لحق الشفعة ففيه ضرر الشفيع من جراء استعمال شريكه حقه في التصرف بجزئه، وكذا القسم فيه ضرر يلحق الزوجة في حال أهمل الزوج قسمها دون غيرها من النساء.

وهو من قبيل ملك المنفعة؛ ذلك أن أصله نابع عن شخصية المؤلف نفسه، فاختص به دون غيره.

الاعتياض عن حق المؤلف: ويمكن حصر صور الاعتياض في اثنتين:

الأولى: التنازل المؤقت: وذلك بأن يتنازل المصنف عن حقه في نشر مؤلفه مقابل عوض مالي، لكن لزمن محدود مع بيان عدد النسخ.

الثانية: التنازل الأبدي: وذلك بأن يسقط المصنف حقه في نشر مؤلفه مقابل عوض مالي، وأن هذا الحق ينتقل إلى الناشر نهائيا.

وقد وقع الخلاف بين العلماء في جواز أخذ العوض عن إسقاط المؤلف حقه في نشر كتابه، وانقسموا في ذلك إلى فريقين:

الفريق الأول: المانعون: ومنهم: سماحة الشيخ محمد شفيع مفتي باكستان في زمانه129، والدكتور أحمد الحجي الكردي130، والشيخ تقي الدين النبهاني131.

الفريق الثاني: المجيزون: وهو قول أكثر الذين بحثوا المسألة ومنهم: الشيخ علي الندوي132، والشيخ محمد تقي العثماني133، والأستاذ محمد برهان الدين السنبهلي134، والشيخ بكر أبو زيد135، والدكتور محمد فتحي الدريني136، والدكتور محمد سعيد رمضان البوطي137، وهو ما اعتمده مجمع الفقه الإسلامي138.

الأدلة: واستدل كل من الفريقين بجملة أدلة نوردها فيما يلي:

أدلة الفريق الأول: وفيما يأتي عرض لأدلة القائلين بعدم جواز أخذ العوض عن حق التأليف:
أولا: أن حق التأليف، أكثر ما يقال فيه أنه حق مجرد، والحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها، فهو كحق الشفعة139.

ويرد على هذا الدليل بالآتي:

-صحيح أن احتكار المؤلف لأحقية النشر هو حق مجرد، لكن لا يلزم من ذلك عدم جواز الاعتياض عنه لما يلي:

*أن قاعدة:" الحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها " هي قاعدة حنفية كما رأينا، وليست قاعدة اتفاقية بين المذاهب الفقهية، فلا يلزم المخالف بما قرره مذهب دون آخر.

---

[128] خلافا لما قرره الدكتور الدريني من أنه حق متقرر، انظر حق الابتكار (40)، والذي دفعه لذلك جعله الحق المجرد قسيما للحق المالي، وأن إطلاق وصف التجرد على الحق يفقده صفة المالية، وهو خطأ وليس بصواب؛ = ذلك أن الحق المجرد قسيم للمتقرر، وهو – أي المجرد – قد يكون ماليا كما في حقوق الارتفاق وحق الشفعة، وقد يكون غير مالي كما في حق القسم، وكذلك الأمر بالنسبة للمتقرر فقد يكون غير مالي كحق القصاص، أضف إلى ذلك أن كون الحق ماليا لا يلزم منه جواز الاعتياض عند الحنفية.
وأن جعل الأستاذ الدريني مسألة إباحة التصرف أساسا للتفريق بين المجرد والمتقرر؛ هو من البعد بمكان؛ ذلك أن كل الحقوق مهما كانت طبيعتها إذا أسقطت صارت مباحة، وكان للغير الانتفاع بها، وهذا ينطبق على الحقوق المجردة نفسها، كحق الشرب إذا أسقط صار مباحا وكان للغير الانتفاع بالماء لسقي الزرع، فهل يقال إن حق الشرب حق متقرر؟ إنما الضابط في التفريق هو تغير عين المحل بالاستعمال أو الإسقاط، وكذا إمكان انفراد الحق عن محله، والله أعلم بالصواب.

[129] ثمرات التقطيف من ثمرات الصنعة والتأليف، لمحمد شفيع، نقلا عن فقه النوازل لبكر أبو زيد (96/2)

[130] حكم الإسلام في حقوق التأليف والنشر والتوزيع والترجمة، أحمد الحجي الكردي، مجلة هدي الإسلام مجلد 25، العددان 7 و 8، 1401ه-1981م (62)

[131] مقدمة الدستور الإسلامي، نقلا عن فقه النوازل (92/2)

[132] حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن (149)

[133] بيع الحقوق المجردة، محمد تقي العثماني (2387)

[134] وجهة نظر حول الحكم الشرعي لحق التصنيف والتأليف، محمد برهان الدين السنبهلي، مجلة البعث الإسلامي، المجلد ثلاثون، العدد الثاني: 1405ه-1985م (70-71)

[135] فقه النوازل (142/2)

[136] حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن (126)

[137] قضايا فقهية معاصرة (88)

[138] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، العدد الخامس (258/3)

[139] حكم الإسلام في حقوق التأليف (62-63)، ثمرات التقطيف من ثمرات الصنعة والتأليف، نقلا عن فقه النوازل (97/2)

*أن الحنفية أنفسهم اضطروا إلى مخالفة هذه القاعدة، فأحدثوا أساسا آخر لتحديد الحقوق التي يجوز الاعتياض عنها من غيرها، وهو النظر في سبب المشروعية، فما كان من الحقوق شرع أصالة لا لدفع الضرر جاز الاعتياض عنه، بينما ما شرع لدفع الضرر من الحقوق فلا يجوز الاعتياض عنها، سواء كانت هذه الحقوق مجردة أم متقررة، وسبب هذا التحول هو العرف؛ ذلك أن الناس تعارفوا المعاوضة على حقوق مجردة.

وكل هذا موجود في حق المؤلف في احتكار نشر مؤلفه؛ ذلك أنه حق أصيل لم يعتبر لدفع الضرر، لأن سبب استحقاق المؤلف له؛ هو الجهد الذهني الإبداعي الناتج عن الملكة العلمية والذي ترجمه المصنف إلى مؤلف، وهذه الملكة جزء من شخصية المؤلف فهي ملكه، كما أن الناس تعارفوا المعاوضة عليه؛ فلزم جواز ذلك.

ثانيا: أن القول بجواز أخذ العوض عن حق التأليف؛ مآله أن المؤلف سيمتنع عن الإذن بنشر كتابه إلا إذا حصل عوضه، وهذا هو منع العلم عن مستحقيه، وهو حرام140 لنص حديث رسول الله ﷺ من كتم علما يعلمه ألجم يوم القيامة بلجام من نار141.

ويرد على هذا بأن تحريم كتمان العلم؛ لا ينقض أصل حق الملك الذي هو مقرر شرعا، غاية ما في الأمر أن كتمان العلم كاحتكار المنافع والخبرات والسلع، التي يخفيها أصحابها طلبا لارتفاع أسعارها، والناس محتاجون إليها، ولم ينقل عن أحد أنه قال: إن تحريم الاحتكار يلزم منه بذل السلع مجانا، وإنما تبذل بأثمان معقولة ينتفي معها الضرر على الجميع، فلباب القول أن لا دليل في تحريم كتمان العلم على منع المؤلف من حقه في مؤلفه وأخذ العوض عليه142.

أدلة الفريق الثاني: واستدل المثبتون لحق المؤلف في احتكار نشر مؤلفه بما يلي:

أولا: أن حق التأليف اختصاص بمنفعة تعلقت بعين مالية؛ فكانت مالا – كما سبق بيانه في مسألة مالية المنافع – فلما كانت كذلك جاز المعاوضة عليها143، أضف إلى ذلك أنها من ملك المنفعة وليس من ملك الانتفاع، دليل ذلك أن المُؤَلف مصون شرعا فليس لأحد التعرض له دون إذن مؤلفه.

ثانيا: أن العرف جرى على اعتبار الحق المالي للمؤلف في تأليفه، فالناس يعتاضون عنه ويجازون عليه، ومعلوم أن العرف متى لم يصادم أصلا تشريعيا؛ صلح أن يكون مستندا شرعيا للأحكام144.

وما يذكره المانعون لأخذ العوض عن حق التأليف ليست أصولا تشريعية، وإنما هي محض اجتهادات قد تصيب وقد تخيب، وقد تقرر أن الاجتهاد لا ينقض بمثله.

ثالثا: أن اعتبار الحق المالي للمؤلف فيه نفع ظاهر للأمة؛ ذلك أنه يكون حافزا معنويا قويا؛ يدفع بأهل الفكر والنظر إلى إبداء ما توصلوا إليه من نتائج قد تصنع حياة أمة، خصوصا إذا علمنا أن زماننا زمان تخصص لا يقبل المزاحمة، فمن سلك طريق العلم والمعرفة ليس له أن يخلط ذلك بتجارة والعكس، فتحصّل أن الحقوق المالية للتأليف عون للمؤلفين على الإبداع، فكان لابد من اعتبارها شرعا؛ لأن مقصود الشرع تحصيل مصالح الناس، والقاعدة الشرعية مفادها أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وكذا الأمر في باقي المطلوبات145.

رابعا: أن الإعانات التي كان يتلقاها أهل العلم فقدت في هذا العصر، وما بقي منها يعد أمرا نادرا، فكان الحق المالي للتأليف فرجا ومخرجا من الله عز وجل لما كان عليه الأمر في زمن الصلاح، أضف إلى ذلك أن استغناء أرباب العلم والفكر عن مصادر الإعانة مهما كان نوعها؛ طريق إلى إظهار الحق دون الشعور بمنة أو نوع تبعية، وقد تقرر عند العارفين: أن بقدر حاجتك للغير؛ يأخذ ذاك الغير من دينك وعرضك146.

خامسا: أن المؤلفات لو كانت من قبيل المباحات، وأن الناس فيها شركاء، لنُقل ذلك عن الأعلام الأوائل، غير أن الأمر على خلاف ذلك، فقد اشتهر عن أئمة العلم أنهم كانوا يضنون بما عندهم إلا إذا رأوا أهلية المتلقي، وكانوا يمنعون كتبهم إذا عرض لهم، بل إن منهم من كان يعتاش على بيع ما ألفه، أو أخذ الأجر في التحديث بما سمعه147.

---

140 حكم الإسلام في حقوق التأليف (62-63)

141 رواه ابن ماجه في سننه من طريق أبي سعيد الخذري (97/1)، رقم:365 ، باب: من سئل عن علم فكتمه، وأخرجه الحاكم في مستدركه من حديث عمرو بن العاص (182/1)، رقم:346، وقال: هذا إسناد صحيح من حديث المصرين على شرط الشيخين وليس له علة، وفي الباب عن جماعة من أبي هريرةﷺ .

142 حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن (100-101)

143فقه النوازل (135/2)، المعاملات المالية المعاصرة، عثمان شبير (62)، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة (743/2)

144 دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة (744/2-745)، حق الأبتكار في الفقه الإسلامي المقارن (128)

145 حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن (83-84)، المعاملات المالية المعاصرة (64)، فقه النوازل (136/2)

146 انظر قريبا من هذا المعنى فقه النوازل (136/2)

147 دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة(745/2-747) فقه النوازل (141/2)

ومن ذلك ما أثر عن أسد بن الفرات في كتبه:" لما عزم أسد على الرحيل إلى إفريقيا قام عليه أهل مصر، فسألوه في كتبه أن ينسخوها فأبى عليهم، فقدموه إلى القاضي بمصر، فقال لهم القاضي: وأي سبيل لكم عليه، رجل سأل رجلا فأجابه وهو بين أظهركم فاسألوه كما سأله، فرغبوا إلى القاضي في سؤاله أن يقضي حاجتهم، فسأله القاضي فأجابه إلى ذلك، فنسخوها حتى فرغوا منها"[148].

ولو لم يكن له حق في احتكار نشر كتبه؛ لما كان له منعهم ابتداء.

سادسا: أن المؤلف مسؤول عما يكتبه وينشره للناس، فلا مانع من إثبات العوض له عن ذلك، جريا عن قاعدة :" الغنم بالغرم "[149].

سابعا: أن التأليف أصل لأعيان مادية هي الكتب، وهذه الأخيرة تعد مالا، فلا بد من اعتبار أصل المال مالا[150].

ثامنا: أن ترك حق النشر مباحا للجميع؛ فيه ضرر فاحش بالكتاب، وهو واقع مشاهد؛ ذلك أن دُور النشر تفننت في إظهار الكتب ذات الأخطاء الكثيرة، والسقط المخل بما ورد في المصنف، وأن هذه الزلات تؤثر على من يسعى في تحصيل العلم والمعرفة، خاصة أن الكتاب أعظم معلم في هذا الزمان، والشريعة قاضية بحسم مادة الفساد، ولا سبيل إلى ذلك إلا بإثبات حق النشر بالنسبة لمؤلف الكتاب؛ لأنه غالبا يكون أحرص على إخراج ما ألفه سليما من كل ما يشينه[151].

الترجيح: والذي يظهر للباحث أن إثبات حق المؤلف في احتكار استغلال مصنفه، بما يعود عليه من منفعة أو ربح مالي؛ هو الراجح للأمور الآتية:

-أن المانعين للاعتياض عن هذا الحق، إنما كان مستندهم ما قرره الحنفية من عدم جواز المعاوضة عن الحقوق المجردة، وأنها لا تحتمل التمليك، وقد ظهر ضعف ذلك لمعان قد ذكرت في التكييف الفقهي للحق المجرد.

-أن هذا الحق ذو طبيعة مالية، وهو من ملك المنفعة، فجازت المعاوضة عليه بناء على أن ما تعلق بالمال فإنه يأخذ حكمه.

-أن العرف له أثر بالغ في مالية الأشياء، وقد تعارف الناس في هذا الزمن الاعتياض عن هذا الحق، وعرفهم لم يصادم أصلا تشريعيا، فكان مستندا قويا للمشروعية.

-أن حقوق التأليف لها قيمة مالية كبيرة، قد تصل في بعض الأحيان إلى حدود الثروة المعتبرة، والشرع لم يأت لإهدار حقوق الناس، وإنما جاء للمحافظة عليها.

-أن التأليف سبب لتحصيل ثروات مالية، ومن ذلك ما يتعلق بالجامعات والمؤسسات المالية ودور النشر والتوزيع وحتى البيع، فمن الإجحاف بمكان أن يحرم الشخص من الانتفاع المالي لمؤلفه، في حين أن مؤلفه سبب لاغتناء كثير من الأطراف.

المطلب الثاني:الاسم التجاري

معنى الاسم التجاري:

حقيقة الاسم التجاري: هي التسمية التي تستخدم للدلالة على المحل التجاري[152]، فتكسبه ذاتية خاصة تميزه عن غيره من المحال التجارية التي تقوم بنشاط مماثل[153].

[148] معالم الإيمان (1/261-262) نقلا عن فقه النوازل (2/113)
[149] المعاملات المالية المعاصرة (63-64)
[150] دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة (2/748-749)
[151] فقه النوازل (2/135)
[152] وللمحل التجاري حقيقة أيضا عند القانونيين: فالمحل التجاري مال منقول معنوي وله عناصر وهي على نوعين: عناصر مادية وتتمثل في الآلات والسلع، وعناصر معنوية وهي: الاتصال بالعملاء، السمعة التجارية، الاسم التجاري، العنوان التجاري، الحق في الإجارات وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية والتراخيص، انظر الوجيز في النظرية العامة للقانون التجاري، د: محمد حسني عباس (185)
[153] الاسم التجاري، دراسة قانونية مقارنة، عز الدين العباسي (25)، التشريع الصناعي، محمد حسني عباس (165)، القانون التجاري، علي حسن يونس (453)، الموجز في الملكية الصناعية والتجارية، د: سميحة القليوبي (338-339)

ويمكن أن نخلص من خلال ما سبق إلى ما يلي:

-أن الاسم التجاري يستعمل للدلالة على المحل التجاري، سواء أكان هذا المحل مؤسسة تجارية صغيرة أم كبيرة، وسواء أكان مستغلها فردا أم شركة، والحكمة من هذه الدلالة إرشاد الزبائن إلى المحل، ويلزم من ذلك تعرفهم على البضائع والمنتجات التي يسوقها هذا المحل.

-أن الذاتية التي اكتسبها المحل بتميزه عن المحال التجارية المماثلة، اعتبرها القانون حقا من حقوق الملكية التجارية والصناعية[154].

-أن من مقاصد الاسم التجاري؛ تمييز المحل التجاري عما يشتبه به من محال تجارية مماثلة[155]، لذا فإن التجار يعمدون إلى كتابة الاسم التجاري على واجهة محالهم التجارية.

زيادة عما ذكر من وظائف الاسم التجاري – الدلالة والتمييز – فقد نصّت القوانين على وظائف أخرى لهذا الاسم، نجملها فيما يلي:

-استخدام الاسم التجاري في جميع التصرفات المعتبرة، كالمراسلات والأوراق المتعلقة بالتجارة، وكذا التعهدات والعقود التي قد يقوم بها صاحب هذا الاسم[156].

-استخدام الاسم التجاري وسيلة للدعاية والإعلان[157].

-قد يؤدي الاسم التجاري وظيفة العنوان التجاري[158]، وكذا وظيفة العلامة التجارية؛ لتمييز السلع التي يبيعها أو ينتجها المحل التجاري، أو الخدمة التي يقدمها المحل التجاري[159].

شروط الاسم التجاري المحمي قانونا: فالاسم التجاري لا بد أن تتوفر فيه جملة من الشروط حتى يسمح بتسجيله، وأن تَخلُّف هذه الشروط تجعله ممنوعا من ذلك، وترجع هذه الشروط إلى:

أولا: شرط الصفة الذاتية المميزة:

ويقصد بالصفة الذاتية المميزة، أن يكون للاسم التجاري شكل مميز خاص به؛ يحفظه عن الاختلاط بغيره من الأسماء التجارية العائدة لمحلات مماثلة أو مشابهة، ويجعل من اليسير معرفته من قبل الجمهور.

والقصد من هذا الشرط هو إزالة اللبس والخلط بين المحال التجارية لحماية الجمهور، فضلا عن أنه يمنع المنافسة غير المشروعة بين التجار التي قد يعتمدها بعضهم بحجة أنه يحمل اسم ولقب المنافس نفسه[160].

ثانيا: شرط الجِدَّة:
ويقصد بالجدة: أن يكون الاسم التجاري جديدا؛ أي لم يسبق استعماله من قبل تاجر آخر لتمييز محله التجاري[161].

وتمتاز هذه الجدّة أو الأسبقية بالنسبية في أمور:

النسبية في نوع التجارة: فيشترط أن يكون الاسم التجاري للمحل جديدا بالنسبة للأسماء التجارية التي تدل على محال تمارس نفس النشاط، ويلزم من ذلك عدم منع تاجر أو صانع يمارس نوعا آخر من التجارة أو الصناعة من اتخاذ نفس الاسم التجاري[162].

النسبية في الزمان: حيث أنه يمكن استعمال اسم تجاري لشخص تخلى عنه، إن بتغييره أو بإزالة المحل نفسه، شريطة انقضاء مدة معينة يتحقق من خلالها امتناع اللبس[163].

---

[154] الاسم التجاري (25)
[155] الموجز في الملكية الصناعية والتجارية (339)
[156] التشريع الصناعي (167)، الموجز في الملكية الصناعية والتجارية (339)
[157] الاسم التجاري (28-29)
[158] هذا في بعض القوانين، بينما اعتبر القانون الأردني: أن الاسم التجاري يتخذ لتمميز المحل التجاري من غيره، في حين فائدة العنوان التجاري تمييز التاجر عن غيره، انظر الاسم التجاري (65)، والتشريع الصناعي (166)
[159] التشريع الصناعي (167)، الاسم التجاري (30-31)
[160] الاسم التجاري (72)
[161] موسوعة الحقوق التجارية، رزق الله أنطاكي (142)
[162] الموجز في الملكية الصناعية والتجارية (354)
[163] الاسم التجاري (80)، الموجز في الملكية الصناعية والتجارية (357)

النسبية في المكان: فالجدّة مطلوبة في المنطقة المسجل فيها الاسم؛ إلا أنه يمكن تعميم الأحقية في الاسم الجاري على مستوى الإقليم، إذا اكتسب المحل شهرة وطنية، وذلك بتعميم التسجيل على كافة الدوائر المختصة164.

ثالثا: شرط المشروعية:

ويقصد بالمشروعية أن لا يكون الاسم التجاري متعارضا مع النظام العام والآداب، وأن يكون مطابقا للحقيقة التي استعمل من أجلها؛ حتى لا يؤدي إلى تضليل الجمهور، فإذا توفر فيه كل ذلك اعتد به، ومن ثم أسبغت عليه الحماية القانونية بتسجيله165.

رابعا: شرط اللغة:

أي اشتراط التزام لغة البلد في الاسم التجاري وهو محل خلا ف بين القوانين166.

الطبيعة القانونية للاسم التجاري: يعد الاسم التجاري في القانون حقا ذا قيمة مالية، واكتسب الاسم صفة الأحقية والمالية؛ لأنه يقرر صفة ذاتية للمحل الذي يحمله، من حيث إنه يرمز للجودة التي تتميز بها المنتوجات والبضائع التي يقدمها المحل، فالاسم التجاري عنوان الجودة التي تستلزم كثرة الزبائن، الأمر الذي ينتج عنه مضاعفة الأرباح، فجعل الاسم التجاري مباحا من شانه أن يضلل الناس؛ الأمر الذي يوقع صاحبه في خسارة وضرر، والضرر مرفوع.

أضف إلى ذلك أن هذه السمعة التي يكتسبها صاحب المحل؛ هي من نتاج الجهد الذهني والعضلي الذي يقوم ببذله، فينبغي أن تكون منافع ذلك خاصة به.

وقد تعارف التجار مالية هذا الحق، وأقرته القوانين167.

-الحق في ملكية الاسم التجاري حق نسبي: ذلك أنه يرتبط بنوع التجارة، فلا يمنع أصحاب تجارة معينة من اتخاذ أسماء تجارية لمحالهم، في حين أن هذه الأسماء هي لمحال تمارس تجارة مختلفة168.

كما أن النسبية مكانية؛ ذلك أن نطاق حماية هذا الحق تقتصر على المكان الذي تم فيه تسجيل الاسم التجاري – وهذا في الدول التي تتعدد فيها مكاتب التسجيل التجاري -، وفي حالة ما إذا كان الاسم التجاري قد حقق شهرة وسمعة أوسع، فإنه يمكن رفع طلب توسيع الحماية على جميع أرجاء البلاد، ويبقى حق الاسم التجاري غير محمي خارج الدولة؛ إلا في الدول التي تعد عضوا في الاتفاقات الدولية المنظمة لحماية الملكية الصناعية169.

-الحق في ملكية الاسم التجاري حق دائم؛ خلافا لحق التأليف فهو مؤقت؛ تغليبا للمصلحة العامة170.

من خلال ما سبق ذكره يمكن قول ما يلي:

-أن ما تعارف عليه التجار وأقرته القوانين، مما يتعلق بالاسم التجاري وحمايته وشروط ذلك – تقره الشريعة بأصولها وقواعدها لما يلي:

*أن الشريعة الإسلامية قاضية بتحقيق مصالح الناس، ورافعة لكل صور النزاع التي يحتمل وقوعها، كما أنها تمنع الاعتداء عن حقوق الناس وممتلكاتهم، وكل ذلك متحقق في الاسم التجاري، وبيانه على النحو الآتي:

-أن الاسم التجاري يتضمن مصلحة خاصة لصاحبه، ومصلحة عامة تخص المستهلكين، حيث أنه يُسَهّل استدلال الناس على محله، وبذلك اقتناء منتوجاته وبضائعه، التي يفترض أنها تميزت بصفات الجودة والنوعية الراقية، مما يعني وصول المستهلك لغرضه وزيادة أرباح التاجر، وما دام النفع متحققا للجانبين مع عدم الإضرار بطرف آخر، فإن الشريعة ترعى سبيل ذلك وتحميه171.

---

164 الموجز في الملكية الصناعية والتجارية (355)
165 الاسم التجاري (80)
166 الاسم التجاري (88-90)
167الموجز في الملكية الصناعية والتجارية (358)
168 التشريع الصناعي (179-180)
169 الموجز في الملكية الصناعية والتجارية (355)
170 الاسم التجاري (130-131)
171 انظر: البيوع الشائعة، محمد توفيق رمضان البوطي (231)

-أن عدم حماية أحقية الاسم التجاري؛ يؤدي إلى الاعتداء على أملاك الناس، يقول الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي موضحا حقيقة إباحة الاسم التجاري لكل التجار، وعدم إثبات أحقية صاحبه له:" وإنما هو استلاب لرصيد شهرة يفترض أنها تكونت من مجموعة مزايا وصفات تجارية حميدة لصاحب المحل، وحملت في داخلها من جراء ذلك بذور نفع مادي لصاحب ذلك الرصيد، فهو في الحقيقة عدوان على الوعاء الذي حوى بذور نفع مادي مستمر، لا على اسم من حيث هو اسم ذو دلالة لغوية مجردة "172.

-أن المعنى الذي يعبّر عنه الاسم التجاري من الجودة العالية؛ هو نتيجة الجهد الذهني والعضلي الذي يبذله التاجر لتحسين نوع منتوجاته وبضائعه، فكان أحق بكل ما ينتج عن جهوده من منافع، أضف إلى ذلك ما يستلزمه إضفاء الحماية القانونية على الاسم التجاري من تكاليف مادية173.

-أن العرف العام اليوم قد جعل للاسم التجاري قيمة مالية معتبرة، تعتبر بالنسبة لبعض الأسماء ثروة لا يستهان بها، وسبق أن علمنا أن العرف له أثر بالغ في إكساب الأشياء صفة المالية؛ إذ معيار المالية تمول الناس، والعرف يعد أصلا قويا للمشروعية إذا لم يعارض أصلا تشريعيا، وكان جالبا للمصالح المقصودة شرعا، وقد سبق تقرر هذا.

الطبيعة الفقهية للاسم التجاري: الاسم التجاري هو حق مجرد حسب اصطلاح الحنفية؛ ذلك أن استعماله أو إسقاطه لا يحدث أثرا في العين التي تعلق بها وهي المحل التجاري، كما أنه يمكن انفراده عن أصل الملك – المحل التجاري -؛ ذلك أنه يتصور انتقال المحل التجاري إلى مالك آخر، مع بقاء الاسم التجاري ملكا لصاحب المحل الأصلي وهو حق مشروع أصالة لا لدفع الضرر؛ ذلك أنه نتيجة لما يبذله مالك المحل من جهد ذهني وعضلي، وما يتحمله من تكاليف إزاء إضفاء الحماية القانونية عليه وهو من قبيل ملك المنفعة؛ لأنه تابع للمحل التجاري الذي هو ملك لصاحبه، فلزم أن يملك جميع ما يتعلق بملكه من منافع.

الاعتياض عن الاسم التجاري: ويمكن تصور صورتين للتصرف في الاسم التجاري بالتمليك:

الأولى: أن يُمَلَّكَ تبعا للمحل:

أما من الناحية القانونية؛ فقد منعت القوانين الوضعية من المعاوضة عن الاسم التجاري مفردا دون المحل التجاري؛ نفيا للضرر الذي قد يلحق المستهلك من جراء الالتباس الذي قد يقع فيه.

وأجازت تمليكه تبعا للمحل التجاري الذي ارتبط به؛ لانتفاء الضرر، كما أجازت استثناء الاسم التجاري من صور التمليك التي قد تقع على المحل174.

ومن الناحية الشرعية: ما نصّت عليه القوانين الوضعية لا إشكال فيه؛ ذلك أن تمليك الحقوق المجردة تبعا لمحلها جائز حتى عند الحنفية – كما سبق بيانه -، كما أنهم نصوا على مشروعية استثناء الحق المجرد من العقد عند تمليك محله.

الثانية: أن يُمَلَّكَ مفردا:

أن يكون مالك الاسم التجاري مؤجرا للمحل، وتنتهي مدة الإجارة، ويرجع المحل التجاري إلى مالكه، أو ينتقل إلى مستأجر جديد، فهل يجوز بيع الاسم لمالك المحل أو للمستأجر الجديد، وبذلك يكون بيعا للحق مجردا عن ملك محله؟

في ضوء ما سبق ترجيحه من أن الحقوق المجردة؛ إذا كانت من قبيل ملك المنفعة، وكان الحق ماليا وشرع أصالة، فإنه لا مانع من الاعتياض عنه عند الجمهور.

إلا أن للاسم التجاري شروطا حتى يجوز الاعتياض عنه مفردا أو تبعا لمحله، كما في الصورتين السابقتين وهي:
-أن يكون الاسم التجاري يعبر عن واقع حقيقي وليس صوريا، خاليا عن الكذب والتزوير175؛ لأن بيع ما لا منفعة فيه لا يجوز شرعا.

-إذا كان مع شراء الاسم التجاري انتقال الفحوى، عن طريق نقل الخبرة وأسرار التميز جاز، وإلا كان غررا وتدليسا، وكل منهما مبطل للعقد176

[172] قضايا فقهية معاصرة (107)
[173] قضايا فقهية معاصرة (107)، وانظر البيوع الشائعة (231)
[174] الاسم التجاري (133-135)، التشريع الصناعي (186-187)
[175] بيع الاسم التجاري، عجيل جاسم النشمي (2347)
[176] قضايا فقهية معاصرة (107-108)، قرار مجمع الفقه الإسلامي الدورة الخامسة (2581/3)

-أن يكون الاسم محميا قانونيا بالتسجيل؛ لأن ما ليس مسجلا لا يعد مالا في عرف التجار[177].

-لا بد من الإعلان بأن صاحب الاسم التجاري الجديد – المشتري – غير المالك الأول – البائع – وإنما يَستعمل هذا الاسم بعد شرائه، بنية أنه سيحاول بقدر الإمكان أن يكون إنتاجه بمستوى الإنتاج السابق أو أحسن منه[178].

المطلب الثالث:العلامة التجارية

معنى العلامة التجارية:

العلامة التجارية هي إشارة توسم بها البضائع والسلع والمنتجات؛ تمييزا لها عما يماثلها من السلع والمنتجات لمُنْتِج آخر[179].

من خلال بيان مفهوم العلامة التجارية؛ يمكن استظهار الوظائف التي يمكن تحصيلها من جراء إرساء نظام العلامات التجارية، وهي كالآتي:

أولا:تمييز البضاعة والسلعة بالعلامة، وبذلك تمنع من الاختلاط مع السلع المشابهة، فالعلامة التجارية تكسب السلعة ذاتية مستقلة بين السلع والبضائع المشابهة الأخرى، وبذلك تتحقق حصانة للصانع أو التاجر على سلعته التي بذل جهدا إبداعيا لإخراجها للناس بصفات الجودة المميزة لها، وفي هذا منفعة كبيرة لمالك العلامة التجارية[180].

ثانيا:جذب العملاء والمستهلكين إليها؛ ذلك أنهم اعتادوا أن السلعة التي تحمل علامة مميزة – غالبا ما تكون دليل جودة عالية في التصنيع، وفي هذا نفع ظاهر للمستهلك[181].

ثالثا:تيسر الرقابة على المنافسة، وتضمن مشروعيتها، فالعلامة التجارية تمكن من معرفة مصادر السلعة وكذا أسعارها، كما تكشف الاعتداء على التجار وأصحاب الصنائع؛ عندما يؤخذ منهم زبائنهم من جراء تقليد العلامات في وسم بضاعة لم يقم مالك العلامة التجارية الأصلي بإنتاجها[182].

شرط العلامة التجارية:

ينبغي أن يتوفر شرط في العلامة التجارية حتى يتم تسجيلها، فإن تخلف هذا الشرط لا تسجل، وبذلك لا تسبغ عليها الحماية القانونية.

وهذا الشرط مردّه إلى الصفة الفارقة: ويقصد به أن تكون العلامة التجارية مؤلفة من حروف أو رسوم أو علامات أو خليط من هذه الأشياء، وتكون على شكل يكفل تمييز بضائع صاحبها عن بضائع غيره من الناس[183].

الطبيعة القانونية للعلامة التجارية: العلامة التجارية حق مالي لمنتج السلع؛ ذلك أنها تعد وعاء للجودة والتميّز، التي ينتج عنها كثرة الزبائن، الشيء الذي يعني زيادة الأرباح، وهذه الجودة هي ثمرة الإبداع الذي بذله الصانع أو التاجر واتصفت به البضائع والمنتجات، كل هذا أكسب الصانع والتاجر صفة الاختصاص بالعلامة التجارية، التي قد تعارف التجار وأرباب الصناعات ماليتها[184].

فالعلامة التجارية تشبه حق التأليف، فالكتاب يُحَصّن من الانتحال بكتابة اسم مؤلِفه عليه، والبضاعة تُحَصَّنُ بوضع العلامة التجارية عليها[185].

كما يحسن التنبيه إلى أن ثمة فروقا بين الاسم التجاري والعلامة التجارية نجملها فيما يلي:

-أن اتخاذ الاسم التجاري واجب حتى يميز التاجر محله عن باقي المحلات، بينما لا يجب على التاجر أو الصانع في الغالب اتخاذ علامة تجارية لتمييز منتجاته عما يماثلها من المنتجات.

[177] بيع الحقوق المجردة، محمد تقي العثماني (2385)
[178] نفس المرجع والصفحة
[179] الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، صلاح الدين عبد اللطيف الناهي (233)، قضايا فقهية معاصرة (96)، الاسم التجاري (67)، التشريع الصناعي (195)، الموجز في الملكية الصناعية والتجارية (243)
[180] قضايا فقهية معاصرة (98)، الوجيز في الملكية الصناعية (234)، التشريع الصناعي (197)، القانون التجاري، علي حسن يونس (455)، الموجز في الملكية الصناعية والتجارية (243)
[181] الوجيز في الملكية الصناعية (234)، قضايا فقهية معاصرة (97)، التشريع الصناعي (197)
[182] التشريع الصناعي (197-198)، القانون التجاري (455)
[183] الوجيز في الملكية الصناعة (235)
[184] الموجز في الملكية الصناعية والتجارية (279)
[185] قضايا فقهية معاصرة (98)

-أن المقصود من الاسم التجاري تميز المحل ، بينما يقصد بالعلامة التجارية تميز المنتوج.

-ليس للتاجر أن يتخذ أكثر من اسم تجاري لمحله، بينما قد تتعدد العلامات التجارية باختلاف المنتجات.

-الاسم التجاري يكون منطوقا، بينما العلامة التجارية غالبا لا تكون كذلك[186].

وبعد هذا العرض يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية تقر العلاقة الاختصاصية، التي جعلها القانون بين العلامة التجارية و بين صاحب البضائع والمنتوجات، وما ذكر في الاسم التجاري من مسوغات للإقرار تذكر هنا كذلك.

الطبيعة الفقهية للعلامة التجارية: العلامة التجارية هي حق مجرد؛ ذلك أنها تنفرد عن محلها، وهي السلعة التي تعرض للتداول. كما أن هذا الحق يعد حقا أصيلا؛ لأنه ناشئ عن الجهد الذهني مضافا إليه النشاط الحركي والعضلي، وهو شيء ثابت ومستقر في كيان صاحب الحق ذاته[187].

وهو من قبيل ملك المنفعة وليس من ملك الانتفاع؛ ذلك أن العلامة التجارية تتعلق بمحل مملوك، فملك صاحبه الاختصاص بكل المنافع الناتجة عن محله.

الاعتياض عن العلامة التجارية:

ونميز لذلك صورا:

-أن يكون بيع حق العلامة التجارية تابعا للمحل التجاري، فهذا لا إشكال فيه شرعا ولا قانونا؛ ذلك أن الحقوق المجردة يجوز بيعها تبعا لمحالها.

-أن يكون بيع الحق مفردا، ومن صوره: ما يتم بين الشركات، فتشتري شركة محلية العلامة التجارية المتعلقة ببضاعة ما لشركة أجنبية[188].

فهذا جائز على الراجح من جواز بيع الحقوق المجردة بالشروط السابقة بيانها.

ويشترط لجواز المعاوضة على العلامة التجارية سواء بيعت مجردة أم تبعا لمحلها-ما ذكر من شروط في بيع الاسم التجاري، من التعبير عن واقع حقيقي، وانتقال الفحوى، والحماية القانونية، والإعلان بأن مالك العلامة التجارية قد تغير[189].

لأن ما سوى ذلك غش وتدليس وهما من المحرمات المبطلة للعقد.

الخاتمة:

نتائج البحث:

وفيما يلي بيان لأهم **النتائج التي توصلت إليها من خلال البحث**:

1. أن الحق المجرد هو اصطلاح حنفي؛ سببه تقرير الحنفية لعدم مالية الحقوق والمنافع، وأن ماهية هذا الحق تقوم على أساسين هما: التجرد عن الملك، وعدم إحداث أثر في المحل.
2. أن الحق المجرد هو نظير الحق المتقرر، وكل منهما من أقسام الحق باعتبار محله، وعليه فالحق المجرد يشمل أنواعا متعددة من الحق، منها الحق المالي والحق غير المالي، والحق الذي شرع أصالة، وكذا الذي شرع لرفع الضرر؛ وعليه فإطلاق وصف التجرد على الحق لا يرفع عنه وصف المالية.
3. أن سبب اختلاف الفقهاء في صور التمليك للحقوق المجردة؛ هو اختلافهم في الوصف الذي ينبغي توفره في الشيء حتى تجوز المعاوضة عليه، فاشترط الحنفية والشافعية والحنابلة المالية، في حين اكتفى المالكية بشرط الملك – أي ملك المنفعة أو العين -.

[186] انظر الاسم التجاري (67-69)، الوجيز في الملكية الصناعية (240)، التشريع الصناعي (168-169) و(195)، الموجز في الملكية الصناعية والتجارية (252)
[187] انظر قضايا فقهية معاصرة (100)
[188] قضايا فقهية معاصرة (102)
[189] بيع الحقوق المجردة، العثماني (2385)، قضايا فقهية معاصرة (102-104)، ، مجمع الفقه الإسلامي في قراره، الدورة الخامسة (2581/3)

4. أن الراجح من أقوال الفقهاء هو اعتبار المنافع والحقوق المتعلقة بالأعيان المالية-أموالا؛ ذلك أن وصف المالية خاضع للعرف، وأن الناس قد تعارفوا مالية المنافع والحقوق وبذلوا في سبيل تحصيلهما وحما يتهما أنفس ما يملكون.
5. أن الفقهاء اختلفت منازعهم فيما يجوز تمليكه من الحقوق.
6. فتوجه نظر الحنفية ابتداء إلى تجرد الحق أو تقرره، ثم تحول إلى مراعاة سبب المشروعية؛ أي هل هذا الحق شرع أصالة فجاز تمليكه ، أم أنه شرع لرفع الضرر فلم يجز ذلك فيه، وكان سبب التحول هو مصادمة ما تقرر عندهم من عدم جواز المعاوضة على الحقوق المجردة مع العرف، والعرف أصل قوي في مذهب الحنفية.
7. نظر المالكية في المعاوضة على الحقوق كان متوجها إلى طبيعة الاختصاص؛ هل هو من قبيل ملك المنفعة فيجوز التصرف فيه، أم هو من قبيل ملك الانتفاع فلا يجوز التصرف فيه، وإنما يثبت للشخص الاستعمال الشخصي فقط.أما الشافعية والحنابلة، فاشترطوا شروطا لجواز تمليك الحقوق المجردة؛ مردها إلى: أن يكون الحق متعلقا بأعيان مالية، وأن يكون مشروعا أصالة، مع كونه مملوكا لصاحبه ملك منفعة وليس ملك انتفاع.
8. ما قرره المالكية من شرط ملك المنفعة في جواز المعاوضة على الحقوق؛ أرجح وأقوى مما ذكره غيرهم من المذاهب الفقهية؛ لأنه اتسم بالاطراد، مع كونه أوسع المذاهب في جواز المعاوضة على الحقوق، فهو بذلك خادم لقاعدة شرعية قاضية بأن الأصل في المعاملات الحل، مع عدم مصادمة أصل تشريعي في ذلك.
9. أن ما اشترطه المالكية والشافعية والحنابلة من شروط لجواز التصرف في الحقوق بالتمليك، لا يختص بالحقوق المجردة، وإنما يشمل الحقوق بكل أنواعها.
10. أن الحقوق المعاصرة: كحق التأليف والاسم التجاري والعلامة التجارية، هي صور جديدة للحقوق المجردة، التي شرعت أصالة، والتي هي من قبيل ملك المنفعة، فينبغي دراسة أحكامها في ضوء أحكام نظيراتها في الفقه.
11. أن الناس قد تعارفوا مالية هذه الحقوق المعاصرة، فينبغي الإقرار بجواز التصرف فيها بالمعاوضة وغيرها، مع مراعاة الشروط التي تمنع الغرر والتدليس والغش حين العقد.

فهرس المصادر والمراجع

1. القرآن الكريم.
2. الأنصاري، زكريا بن محمَّد، أسنى المطالب شرح روض الطَّالب، دار الكتاب الإسلامي.
3. أنطاكي، رزق الله(1950)، موسوعة الحقوق التجارية في شؤون التجارة والتشريع التجاري، الجامعة السورية، دمشق.
4. بدراوي، عبد المنعم(1966م)، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، دار النهضة العربية.
5. برمو، تيسير محمد(2003م)، نظرية المنفعة في الفقه الإسلامي، بحث أُعِدَّ لنيل درجة الدكتوراة في الفقه الإسلامي وأصوله، جامعة دمشق كلية الشريعة.
6. البلخي، نظام الدين مع لجنة من العلماء، الفتاوى الهندية؛ دار الفكر.
7. البهوتي، منصور بن يوسف، شرح منتهى الإرادات؛ دار عالم الكتب، بيروت.
8. االبوطي، محمد سعيد(1994)، قضايا فقهية معاصرة، مكتبة الفارابي، ط5.
9. االبوطي، محمد توفيق رمضان(1998)، البيوع الشائعة وأثر المبيع على شرعيتها، دار الفكر، دمشق، ط1.
10. الحطاب، محمد بن محمد (ت954هـ)، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق، عبد السَّلام محمَّد الشَّريف؛ دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1؛ 1984م.
11. ـــ مواهب الجليل شرح مختصر خليل؛ دار الفكر.
12. الحموي، أحمد بن محمَّد،غمزُ عيونِ البصائر، دار الكتب العلميَّة، بيروت.
13. حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام؛ دار الجيل، بيروت.
14. الخرشي، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، دار الفكر.
15. الخفيف، علي، أحكام المعاملات الشرعيّة؛ دار الفكر العربي، القاهرة.
16. الخميشلي، أحمد(1997)، مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جنائيا، دراسة تحليلية نقدية، دار الأمان للنشر والتوزيع.
17. الدريني، محمَّد فتحي (1987)، حقُّ الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، مؤسّسة البحث، دمشق، ط4.
18. ـــ(1997م)، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، دار البشير.
19. الدّسوقي، محمد بن أحمد، حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير؛ دار إحياء الكتب العربية.
20. الرحيباني، مصطفى بن سعيد، غاية المنتهى بشرحه مطالب أولي النُّهى؛ المكتب الإسلامي، بيروت.
21. ابن رشد، أبو الوليد(ت520هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق جماعة من الباحثين، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1984م.
22. الرَّملي، شهاب الدين أحمد بن أحمد، فتاوى الرَّملي؛ المكتبة الإسلاميّة.
23. الروياني، عبد الواحد بن إسماعيل(ت502هـ)، بحر المذهب في فروع مذهب الإمام الشافعي، تحقيق، أحمد عزّ وعناية الدمشقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 2002م.
24. الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق.
25. الزركشي، بدر الدين بن محمَّد بهادر، المنثور في القواعد الفقهيَّة؛ وزارة الأوقاف الكويتيَّة.
26. الزنجاني، شهاب الدين محمد بن أحمد(656هـ)، تخريج الفروع على الأصول، تحقيق، محمد أديب الصالح، مؤسسة البحث، بيروت، 1982م.
27. أبو زهرة، محمَّد، الملكية ونظريّة العقد في الفقه الإسلامي؛ دار الفكر العربي، القاهرة.

28. أبو زيد، بكر بن عبد الله(1988)، فقه النوازل، قضايا فقهية معاصرة، مكتبة الصديق، ط1.
29. الزَّيلعي، جمال الدِّين عبد الله بن يوسف(ت762هـ)، نصب الرَّاية في تخريج أحاديث الهداية؛ دار الحديث، مصر.
30. الزَّيلعي، عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق؛ دار الكتاب الإسلامي.
31. السُّبكي، تقيُّ الدين علي بن عبد الكافي، فتاوي السُّبكيّ؛ دار المعارف.
32. سُحنون، ابن سعيد التَّنوخي، المدوَّنة الكبرى؛ دار الكتب العلمية، بيروت.
33. السَّرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط؛ دار المعرفة.
34. السريتي، عبد الودود محمد، استيفاء الحق بغير قضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الثقافة الجامعية.
35. الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللّخمي(ت790هـ)، الموافقات في أصول الشَّريعة، بشرح عبد الله دراز؛ دار الكتب العلمية، بيروت.
36. شبير، محمد عثمان(2001)، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمَّان، ط4.
37. الشربيني، محمّد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج؛ دار الكتب العلمية، بيروت.
38. شليبك، أحمد الصويعي(1999م)، أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمَّان، ط1.
39. الشنقيطي، محمد مصطفى أبوه، دراسة شرعيَّة لأهمّ العقود الماليّة؛ المكتبة المكيّة.
40. الشوكاني، محمد بن علي(ت1250هـ)، نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار، مؤسسة التاريخ العربي، الطبعة الأخيرة.
41. شيخي زاده، عبد الرّحمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر؛ دار إحياء التراث العربي، بيروت.
42. ابن عابدين، محمد أمين، ردّ المحتار على الدرّ المختار؛ دار الكتب العلمية، بيروت.
43. ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية؛ الشركة التونسية للتوزيع تونس، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر.
44. عباس، محمد حسني(1969)، الوجيز في النظرية العامة للقانون التجاري، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، القاهرة.

45. العباسي، عز الدين مرزا ناصر عبد الله(2003)، الاسم التجاري، دراسة قانونية مقارنة، ط1.
46. ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله(ت463هـ)، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار، تحقيق، حسان عبد المنان ومحمود القيسية، مؤسسة النداء، ط4، 2003م.
47. ابن عبد السلام، عز الدين(660هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ، تحقيق، طه عبد الرؤوف سعد، مكتب الكليات الأزهرية، القاهرة.
48. العلائي، خليل بن كيكلدي(هـ)، المجموع المذهب في قواعد المذهب، تحقيق، مجيد علي العبيدي وأحمد خضير عباس، المكتبة المكية ودار عمار، 1425هـ
49. القاسمي، القاضي مجاهد الإسلام (ط1؛ 2003)، بحوثٌ فقهيَّةٌ من الهنْد؛ دار الكُتُب العلمية، بيروت.
50. ابن قدامة، موفَّق الدين المقدسي(ت630هـ)، المغني شرح مختصر الخرقي؛ دار إحياء التراث العربي، بيروت.
51. القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس(ت684هـ)، الذخيرة، تحقيق، سعيد أعراب وآخرين، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م.
52. القليوبي، أحمد سلامة وعميرة؛ أحمد البراسي، حاشيتا قليوبي وعميرة؛ دار إحياء الكتب العربيّة، بيروت.
53. القليوبي، سميحة(1968)، الموجز في الملكية الصناعية والتجارية، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ط1.
54. الكاساني، أبوبكر مسعود بن أحمد، بدائعُ الصَّنائع في ترتيب الشَّرائع؛ دار الكتب العلمية، بيروت.
55. كنعان، نواف(2004)، حق المؤلف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، دار الثقافة، عمَّان، ط1.
56. لطفي، خاطر(1988)، قانونا حماية حق المؤلف والرقابة على المصنفات، ط1.
57. ابن ماجه، محمد بن يزيد (ت275هـ)، السنن، اعتنى به محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، (دت).
58. الماوردي، علي بن محمد بن حبيب(ت450هـ)، الحاوي الكبير، تحقيق، علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994م.
59. المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية(1390هـ)، موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي، القاهرة.
60. مجمع الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
61. المرداوي، علي بن سليمان، الإنصاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
62. ابن مفلح، محمَّد بن محمد المقدسي، الفروع؛ دار عالم الكتب، بيروت.
63. المنشاوي، عبد الحميد(2002)، حماية الملكية الفكرية وأحكام الرقابة على المصنفات الفنية؛ دار الفكر الجامعي.
64. منصور، محمد حسين، نظرية الحق، رمضان وأولاده للطباعة والتجليد.
65. ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم الأفريقي (ت711هـ)، لسان العرب المحيط ، دار الصادر ، بيروت، ط2 ،1412هـ .
66. الموَّاق، محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت.
67. منلا خسرو، محمد بن فرامرز بن علي، مرآة الأصول في شرح مرقاة الأصول في أصول الفقه، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، 2002.
68. الناهي، صلاح الدين عبد اللطيف(1983)، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، دار الفرقان، عمَّان، ط1.
69. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم(ت970هـ)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الفكر.
70. ـــــ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق؛ دار الكتاب الإسلامي.
71. النَّسَفي، عمر بن محمد، طلبة الطلبة؛ المطبعة العامريّة مكتبة المثنى بغداد.
72. ابن الهمام، كمال الدين بن عبد الواحد، فتح القدير؛ دار الفكر .
73. الهيثمي، علي بن أبي بكر (ت806هـ)، زوائد الحارث بن أبي أسامة، تحقيق، حسين الباكري، مركز خدمة السنة والسيرة النبوية، المدينة، ط1، 1992م.
74. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، الكويت.
75. ياسين، محمد نعيم(1999م)، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النفائس، عمّان.
76. يونس، علي حسن، القانون التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة.